Utrecht University Library
Partner in Science
Universiteit Utrecht

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

https://hdl.handle.net/1874/451992

ct.
09

V.V. N°
Kast 26, Pl. E

26 b
L. oct. 5009.

THEMIS

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

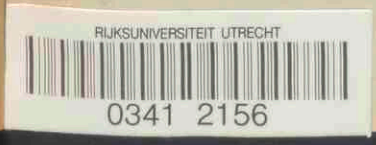
onder redactie van

Mrs A. R. Arntzenius, H. Zillesen, D. Simons
S. J. M. van Geuns, C. O. Segers, J. Ph. Suijling

TACHTIGSTE DEEL

1919

's Gravenhage
BOEKH. VH GEBR. BELINFANTE
1919



Gedrukt bij
Firma F. J. BELINFANTE, voorh. A. D. SCHINKEL, 's-Gravenhage

MEDEARBEIDERS

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

Mr. J. Baron d'Aulnis de Bourouill, oud-hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit, Utrecht.

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

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

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, Rotterdam.

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

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

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

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

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

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

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

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

Mr. Th. Heemskerk, Minister van Justitie, oud-lid van den Raad van State, 's-Gravenhage.

Mr. C. J. Heemskerk, 's-Gravenhage.

Mr. H. van der Hoeven, oud-hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Leiden, Hoeven.

Mr. J. F. Houwing, oud-hoogleeraar aan de Gemeentelijke Universiteit te Amsterdam, Doorn.

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

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

Mr. Ph. Kleintjes, hoogleeraar 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, lid van den Raad van State, oud-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, hoogleeraar aan de Rijks Universiteit, Utrecht.

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

Jhr. Mr. A. J. Rethaan Macaré, oud-advocaat-generaal bij den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.

Mr. J. C. Naber, hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit, Utrecht.

Mr. A. P. L. Nelissen, oud-Minister van Justitie, vice-president van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.

Mr. J. Domela Nieuwenhuis, oud-hoogleeraar aan de Rijksuniversiteit te Groningen, 's-Gravenhage.

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

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

Mr. E. E. van Raalte, oud-Minister van Justitie, 's-Gravenhage.

Mr. G. van Slooten Az., voorzitter van den krijgsraad, 's-Gravenhage.

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

Mr. H. Vos, advocaat, Leiden.

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

INHOUD

Bladz.

Mr. L. DE HARTOG

In Memoriam

† Mr. L. DE HARTOG

In het laatst van November van het vorig jaar ontviel aan de redactie haar medelid L. DE HARTOG, oud-hoogleeraar aan de Gemeentelijke Universiteit te Amsterdam. Sinds 1890, het jaar van de vereeniging van *Themis* met de *Bijdragen tot de kennis van het staats-, provinciaal- en gemeentebestuur in Nederland*, maakte DE HARTOG deel uit van de redactie van ons tijdschrift.

Verschillende bijdragen van zijn hand werden daarin opgenomen; de laatste was, meen ik, eene aankondiging van ROBERT FRUIN, „Geschiedenis der Staatsinstellingen in Nederland tot den val der Republiek", uitgegeven door Dr. H. T. COLENBRANDER. In de latere jaren was zijn gezondheidstoestand een beletsel voor verdere medewerking; toch bleef hij de lotgevallen van *Themis* met belangstelling volgen.

Ik heb DE HARTOG niet gekend als leermeester en eene beoordeeling van zijn wetenschappelijken arbeid als staatsrechtsleeraar ligt niet op mijn weg. Doch ik heb met DE HARTOG vele jaren samengewerkt op Joodsch-sociaal gebied en daarbij steeds bewonderd den rijkdom van zijn geest, den omvang van zijn kennis, het tintelende van zijn vernuft, den adel van zijn gemoed. Hij was een man van den ouden liberalen stempel, die misschien

vreemd zou gestaan hebben tegenover de eischen van het thans zoo snel stroomende staatkundig en maatschappelijk leven. Doch aan gemeenschapszin, aan medegevoel voor hen, die onrecht leden en hulp behoefden, ontbrak het hem allerminst.

Namens de redactie breng ik hulde aan zijne nagedachtenis.

D. S.

THEMIS

LXXXste deel — EERSTE STUK

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

De vertegenwoordiging en de buitenlandsche aangelegenheden

DOOR

Mr. J. B. BREUKELMAN

Referendaris bij de Raad van State te 's-Gravenhage.

Reeds vóór het uitbreken van den oorlog, waarvan wij thans nog getuigen zijn, waren hier en daar denkbeelden geuit, die de strekking hadden om de volksvertegenwoordiging meer zeggingsmacht in de buitenlandsche aangelegenheden te verschaffen. Bij de behandeling in de Tweede Kamer van de Staatsbegrooting voor het Hoofdstuk Buitenlandsche Zaken is daarop dikwijls gewezen en bij die van 1917 stelde de afgevaardigde VAN LEEUWEN een motie voor, waarin dit denkbeeld uitdrukking vond, welke motie is aangenomen (1). In het Voorloopig Verslag der Commissie van Rapporteurs uit de Eerste Kamer over het begrootingshoofdstuk voor 1918 komt mede de wensch ter sprake, dat ook van deze zijde meer invloed op het buitenlandsch beleid zal worden geoefend.

Reeds was in December 1917 door den heer TROELSTRA en partijgenooten een voorstel gedaan tot wijziging van het Reglement van Orde der Tweede Kamer in dien zin, dat tusschen de Hoofdstukken IX en X een nieuw Hoofd-

(1) Handelingen Tweede Kamer, zitting 1916—1917, bl. 2523.

stuk IXa wierd ingevoegd, met artikel 128a, waarin in hoofdzaak bepaald wordt, dat bij den aanvang van elke zitting de Kamer een vaste commissie voor buitenlandsche zaken benoemt, welke commissie dient om een regelmatig overleg over zaken van buitenlandsch beleid met de Regeering te bevorderen. Verder is bepaald, dat zij van de Regeering die inlichtingen vraagt die zij noodig acht, met haar overleg pleegt over al datgene waaromtrent de Regeering haar wenscht te hooren. Alle zaken waaromtrent der Commissie door de Regeering geen geheim is opgelegd, worden door haar aan de Kamer medegedeeld, inzoover de Regeering dit niet doet. De commissie komt bijeen, wanneer zij dit zelf noodig acht of de Regeering het wenschelijk oordeelt. De Voorzitter en de Griffier der Kamer zijn van rechtswege voorzitter en secretaris der commissie (1).

Volgens deze opvatting is dus geen grondwetsherziening noodig om de vertegenwoordiging meer zeggingsmacht bij de behandeling der buitenlandsche aangelegenheden te geven.

Anderen hebben dit wel noodig geacht. In dit verband zij hier herinnerd aan hetgeen in de verschillende ontwerpen tot grondwetsherziening in de laatste jaren over dit punt is voorgesteld.

Zoo stelde de Staatscommissie van 1905 voor om te bepalen, dat alle verdragen vóór de ratificatie aan de goedkeuring der Staten-Generaal moeten zijn onderworpen en dat bekrachtigde verdragen onschendbaar zijn.

De Commissie van 1910 wilde art. 59 Grondwet zoo lezen, dat verdragen, die bepalingen inhouden waarbij van de Grondwet wordt afgeweken, niet bekrachtigd worden,

(1) Zitting 1917—1918, p. 289. Het Voorloopig Verslag over dit voorstel is verschenen op 1 Mei, de Memorie van Antwoord op 14 Mei 1918.

dan nadat zij door de Staten-Generaal zijn goedgekeurd met een meerderheid in elk der beide Kamers de helft der leden te bovengaande, en verder, dat bepalingen van verdragen, die wijziging brengen in de wettelijke rechten, niet algemeen verbindend zijn dan na vaststelling, naar gelang van haren inhoud, bij wet of algemeenen maatregel van bestuur.

In het Regeeringontwerp van 5 Februari 1913 wordt de goedkeuring gevorderd van de drie categorieën van verdragen, genoemd in de bestaande grondwet. Dit ontwerp ontleent aan het ontwerp der Staatscommissie van 1910 de bepaling omtrent verdragen, die afwijken van de Grondwet en bepaalt, evenals het voorstel van 1905, dat door den Koning bekrachtigde verdragen, wettelijke rechten betreffende, kracht van wet verkrijgen en door den Koning in de Nederlandsche taal worden afgekondigd.

Terwijl ik straks op deze voorstellen terug kom wil ik eerst eenige beschouwingen wijden aan het mij door de redactie ter aankondiging toegezonden boekje van den heer Mr. Dr. N. Beets, getiteld: „Volksvertegenwoordiging en tractatenrecht" (1), waarin hij meer in het bijzonder heeft behandeld de vraag of de Staten-Generaal meer zeggingsmacht bij de totstandkoming der tractaten (dus een onderdeel der bovenbedoelde quaestie) moeten hebben en getracht heeft door een door hem ontworpen grondwetsartikel een oplossing dezer quaestie te bevorderen.

Wat de schrijver wil komt in het kort op het volgende neer.

In zijn *Inleiding* wijst hij er op, dat als een der vele factoren, die samengewerkt hebben tot het ontstaan van den wereldoorlog de omstandigheid geldt, dat het beleid der buitenlandsche betrekkingen in de meeste staten vrijwel aan de regeering wordt overgelaten en het

(1) Verschenen in 1918 te Arnhem bij de firma Gouda Quint.

parlement zich dikwijls moet tevreden stellen met het kennisnemen van mededeelingen door de regeering gedaan: „indien het belang van den staat dat toelaat".

In verband met dezen aanhef is schrijvers doel te bespreken het tractatenrecht, waarbij hij die verdragen tot onderwerp heeft gekozen, die tevens *wetten* (*Vertragsgesetze*) zijn en wijders te betoogen, dat het wenschelijk is aan die verdragen in alle staten zooveel mogelijk gelijkheid van werking te verzekeren. Men moet streven, zoo voegt hij er bij, naar een regeling, die de conferentie, die een tractaat ontwerpt, als het ware verheft tot een internationalen wetgever, dien men tot zekere hoogte kan beschouwen als de Bondswetgever in den Bondsstaat. Bij deze beschouwing laat hij het volkenrecht op den achtergrond en gaat uit van het beginsel (blz. 2): „De staat is souverein en erkent de souvereiniteit van het volkenrecht *niet*".

Hij gaat dus hiervan uit, dat ook de grondslag van het internationale recht is de constitutie; z. i. is de theorie van den Duitschen schrijver Von Verdross, voorkomende in diens verhandeling in het „*Zeitschrift für Völkerrecht*", dl. VIII, blz. 329—350, getiteld „Zür Konstruction des Völkerrechts", de eenige constructie van internationaal recht, die mogelijk is zoolang er geen wereldbondstaat bestaat. De daar verdedigde theorie komt voornamelijk, zooals uit het bovenstaande volgt, daarop neer, dat een staat alleen „*durch eigenen Willen* rechtlich *gebunden werden kann*".

De schrijver is van oordeel, dat door deze theorie de beginselen zijn aangegeven, volgens welke door wijziging der constitutie veel moeilijkheden uit den weg geruimd kunnen worden. Hij tracht aan te toonen, dat het door het op deze theorie van Von Verdross gegrondvest stelsel mogelijk is door bepalingen in de constituties aan

de tractaten, die regelen van privaatrechtelijken aard bevatten een zoodanige werking te geven, dat ze kunnen worden vergeleken met wetten van den centralen wetgever in den bondsstaat (blz. 6 v. b.). Hij acht het volkenrecht geen goeden grondslag voor den bouw van het internationale recht: hij zou dit liever gegrond willen zien op concessies, die de staten elkander in hunne constituties doen. Zoo acht hij medewerking der volksvertegenwoordiging „vóór het sluiten van onderhandelingen over verdragen van internationaal privaatrecht" wenschelijk: dan toch eerst wordt het parlement tot internationalen wetgever verheven in den waren zin.

Hij ziet intusschen de bezwaren niet voorbij, die zich zullen voordoen. Vooreerst zal de invloed van het parlement belemmerend kunnen werken op het totstandkomen van internationale regelingen en voorts zal het parlement weinig neiging hebben om zijn nationale wenschen ondergeschikt te maken aan het streven naar eenheid van regeling, wanneer vaststaat, dat een tractaat slechts kan worden gewijzigd door een tractaat tusschen dezelfde staten die de oorspronkelijke regeling maakten.

De schrijver vat zijn gedachtengang als volgt samen (1): „Is Von Verdross' leer juist en doet de staat, staande op het standpunt zijner souvereiniteit *onverplicht* een *concessie* aan andere staten, wanneer hij in zijn constitutie bepaalt, dat hij van bij verdrag gestelde regelen niet zal afwijken zonder van de staten, die aan het verdrag medewerkten, toestemming te hebben verkregen, dan kan de staat als souverein ook in zijn constitutie bepalen dat hij die regels slechts zal handhaven, zoolang hij dat zelf wil; de souvereine staat behoeft de bedoelde concessie niet zoover uit te strekken dat altijd de *verkregen*

(1) Blz. 8, i. m.

toestemming van vreemde staten voorwaarde is voor de ontbinding van een verdrag; hij behoeft aan andere staten in deze geen recht van veto toe te kennen. Hij kan zelf in zijn constitutie bepalen in hoeverre hij van bij verdrag gesteld recht in zijn nationaal belang kan afwijken".

In dien zin wil de schrijver de constituties gewijzigd hebben; naar zijn meening zouden de parlementen, wetende, dat ingeval van nood een nationale wijziging van een verdrag mogelijk zou zijn, eerder geneigd zijn om aan het vaststellen van den inhoud van verdragen mede te werken, zonder te eischen, dat een opzeggingsclausule wordt opgenomen. De schrijver merkt, wat dit punt aangaat, nog op, dat een dergelijke clausule voor verdragen van grooten omvang minder praktisch is omdat zij leidt tot opzegging van het geheele verdrag, wanneer slechts tegen enkele bepalingen bezwaar bestaat, terwijl — de schrijver verwijst hier naar een in het laatste hoofdstuk voorkomende ontwerpredactie — de constitutie zoo kan worden geredigeerd, dat nationale wijziging van de *bepalingen* (niet van het gansche verdrag) mogelijk is.

De schrijver zegt niet overwogen te hebben welke wijziging de constitutiën zouden moeten ondergaan ten aanzien van verdragen, die geen regelen voor de onderdanen bevatten, maar de voorgestelde wijziging zou natuurlijk *alle* tractaten betreffen.

Bij de medewerking der volksvertegenwoordiging — die niet in alle staten op dezelfde wijze behoeft te geschieden (1) — onderscheidt de schrijver:

(1) Hoofdzaak is wanneer in alle constituties bepaald wordt, dat het tractaat na ratificatie en afkondiging de onderdanen bindt en dus afwijking er van slechts onder bepaalde voorwaarden kan geschieden.

a. Medewerking vóór het sluiten van de onderhandelingen. Zij zal kunnen geschieden door afgevaardigden van het parlement, door de volksvertegenwoordiging in of *buiten* haar midden gekozen; de schrijver wil hier blijkbaar zeggen, dat de vertegenwoordiging de personen aanwijst die aan de onderhandelingen naast de regeering moeten deelnemen (1).

b. Medewerking na het sluiten van het verdrag ook vóór de ratificatie.

c. Medewerking na de ratificatie. Hier moet worden in het oog gehouden, dat soms na de ratificatie aan het parlement medewerking gevraagd wordt omdat het verdrag een wet tot uitvoering eischt; verder dat deze medewerking soms gevraagd wordt met het oog op de omstandigheid, dat volgens sommigen niet een verdrag, maar alleen de wet aan de onderdanen regelen kan stellen en ten slotte omdat soms de eisch van een wet na de ratificatie niet wordt gesteld, omdat het verdrag de onderdanen niet zou binden, maar om formeele redenen (eenheid in de wetgeving, begrooting).

Terwijl de schrijver dus in zijn *Inleiding* feitelijk de kern van zijn betoog, het door hem voorgestaan stelsel heeft ontwikkeld, geeft hij in Hoofdstuk I beschouwingen over „het volkenrecht en het internationale privaat- (administratief- en straf-)"recht; werking van tractaten (blz. 13 en vlg). Hij bespreekt daar de verschillende theorieën betreffende het verband tusschen volken- en staatsrecht, namelijk de contractstheorie van LABAND, de in beginsel daarvan afwijkende theorie van ZORN en die van Prof. VAN EYSINGA. De schrijver is vooral gekant

(1) De zinsnede op bl. 11 i. m., waar *parlement* naast *volksvertegenwoordiging*, waarmede toch hetzelfde wordt bedoeld, gesteld wordt, is eenigszins vreemd geredigeerd.

tegen laatstgemelde theorie, waarbij aan den grondwetgever het recht ontzegd wordt om het tractatenrecht te regelen (1), vrijwel dus het tegenovergestelde van hetgeen de schrijver en de door hem aangehaalden VON VERDROSS beoogen.

Terwijl hij daarna bij de redactie van het betrekkelijk grondwetsartikel op bl. 51 toch met de door hem bedoelde theorie tracht rekening te houden, poogt hij aan het slot van het Eerste Hoofdstuk (2) nog te betoogen, dat bij hem geen bezwaar bestaat tegen de bepaling in de grondwet, waarbij de mogelijkheid wordt geschapen om bij de wet van een vroeger tractaat af te wijken. Vooreerst wijst hij, ter adstructie van dit beginsel, op de omstandigheid, in *jure privato*, dat het geen algemeen rechtsbeginsel is, dat in geen geval eenzijdig kan worden afgeweken van wat meerzijdig is vastgesteld. Daartoe beroept hij zich op art. 1374 B. W., waarin wel staat, dat overeenkomsten niet kunnen worden herroepen dan met wederzijdsche toestemming, maar tevens, dat dit wel kan geschieden uit hoofde der redenen, welke de wet daartoe voldoende verklaart en hij herinnert, dat de wet één geval kent, waar de wil van een der partijen daartoe voldoende is, namelijk de bepaling van art. 1683 B. W.; terwijl hij er voorts op wijst, dat bij het sluiten van een verdrag aangenomen moet worden, dat partijen elkanders constitutie behooren te kennen, voorzoover deze bepalingen over tractaten bevatten, en verder vraagt of de moraal kan eischen, dat een internationaal belang steeds worde gesteld boven belangen der onderdanen die later blijkeu strijdig met het verdrag te zijn. Derhalve heeft

(1) Proeven eener inleiding tot het Nederlandsche tractatenrecht bl. 161, 162.

(2) Bl. 19 onder no. 17.

de regeering bij de voorbereiding van een tractaat de keus tusschen een internationale regeling, met het nadeel dat concessiën gedaan moeten worden aan buitenlandsche belangen, en een nationale regeling met het nadeel dat de onderdanen buiten de internationale rechtsgemeenschap worden gehouden, en bij die keus eischt z. i. het nationale belang, dat het kleinste nadeel worde gekozen. „Is het waar" zoo concludeert hij in zijn 1e Hoofdstuk, dat hij reeds vroeger uit algemeene beginselen afleidde (bl. 8) „dat het nationaal belang primair, het internationale belang secundair is, dan moet de staat eenzijdig van het tractaat kunnen afwijken, wanneer later blijkt, dat toch het bezwaar der gedane concessie het zwaarst weegt" (1)

In het Tweede Hoofdstuk, handelende over „Het tractatenrecht in de constitutie van eenige staten" bespreekt de schrijver de desbetreffende bepalingen van de constituties van de Vereenigde Staten van Amerika, Engeland, het Duitsche Rijk, Frankrijk, België, Italië, Oostenrijk, Zwitserland, Noorwegen, Denemarken en Nederland; in het Derde Hoofdstuk herinnert hij welke voorstellen in dit opzicht door de Staatscommissie van 1905, die van 1910 en in het Regeeringsontwerp van 1913 gedaan zijn en eindelijk geeft hij in zijn vierde, laatste Hoofdstuk aan de wijze waarop onze grondwet de bestaande moeilijkheden zou kunnen wegnemen.

Tot zoover de schrijver. Men moet, van het geschrift kennis nemend, toegeven dat de schrijver blijken heeft gegeven van groote belezenheid, vooral in het tweede Hoofdstuk, maar de vraag rijst toch of het door hem verdedigde stelsel den toets der kritiek zal kunnen doorstaan.

---

(1) Blz. 20.

Men zal zeker gaarne met hem meegaan, wanneer hij als zijn overtuiging uitspreekt dat de Staten-Generaal bij de behandeling der buitenlandsche aangelegenheden, en in het bijzonder bij de totstandkoming van verdragen, meer zeggingsmacht moeten hebben; iets anders is echter — en dit heeft de schrijver terdege gevoeld — te bepalen waarin die macht bestaan moet.

De quaestie, die ons hier bezig houdt, staat — dit blijkt mede uit schrijvers betoog — in nauw verband met die welke als *de* quaestie van „Wet of Tractaat" reeds lang aan de beoefenaars van het staatsrecht bekend is. Dit blijkt reeds daaruit dat de schrijver — ik wees er reeds op — vierkant partij trekt tegen de theorie, door Prof. VAN EYSINGA zoo welsprekend in zijn proefschrift verdedigd. Zelfs wanneer men niet in allen deele deze theorie kan onderschrijven, volgt daaruit, nog niet dat de leer van den schrijver of liever die van VON VERDROSS, die hij hier te lande tracht ingang te doen vinden, de juiste is.

Het groote bezwaar, hetwelk tegen schrijvers opvatting kan worden te berde gebracht, komt hierop neer, dat er volgens hem geen eigenlijk volkenrecht zoude bestaan, waarvan het gevolg is, dat van een verdrag kan worden afgeweken zonder toestemming der andere staten, die aan het verdrag deelnemen. Wel wil de schrijver niet zoover gaan, zooals hij zegt op bl. 8 (i. m.) maar hij meent toch, dat elke staat in zijn constitutie kan bepalen in hoever hij van bij verdrag gesteld recht in zijn nationaal belang kan afwijken. Zoowel dit gezegde als de conclusie, die hij daaruit trekt, bewijzen echter, dat zijn leer logisch meebrengt, dat een verdrag eenzijdig kan opgezegd worden en het klinkt dan ook haast zonderling op bl. 9 v. b. te lezen dat „niets belet om eventueel te bepalen, dat die (door hem bedoelde verdragen) slechts met toestemming van alle partijen kunnen worden gewijzigd".

Hoe klemmend schrijvers betoog ook moge wezen, vergis ik mij niet, dan hinkt hij op twee gedachten. Hij vindt de leer van VON VERDROSS een redmiddel uit den nood, maar begrijpt tevens dat deze onmogelijk in eene constitutie zou kunnen worden geschreven, omdat, schrijft een staat daarin dat een tractaat eenzijdig kan worden opgezegd, hoogstwaarschijnlijk geen andere staat met den eersten in verdragmatige verhouding zal willen treden; m. a. w. met dien staat tractaten sluiten.

De schrijver gevoelt dit en begrijpt, dat tegen een bepaling, waarbij de mogelijkheid wordt geschapen om bij de wet van een vroeger tractaat af te wijken, bezwaren gemaakt kunnen worden. Wel voert hij daarbij aan, dat het geen algemeen rechtsbeginsel is, dat in geen geval eenzijdig kan worden afgeweken van wat meerzijdig is vastgesteld, waartegen moet worden opgemerkt, dat schrijvers beroep op art. 1374 B. W. — aangenomen, dat dit privaatrechtelijk voorschrift ook in het staatsrecht geldt — alleen daarom reeds niet veel bewijst, omdat de schrijver erkent, dat slechts in het geval van art. 1683, 3°., B. W. de wil van een der partijen voldoende is om een contract te doen eindigen. Immers, daaruit zou men de conclusie kunnen trekken, dat art. 1374, 2e al. een algemeen rechtsbeginsel is, met art. 1683, 3°. als de eenige uitzondering. Schrijvers tweede argument, dat bij het sluiten van een verdrag moet worden aangenomen, dat partijen elkanders constituties behooren te kennen, voorzoover die bepalingen over tractaten bevatten, gaat m. i. evenmin op en bewijst tegen hem. Immers wanneer partijen elkanders constituties kennen, dan ligt het voor de hand, dat zij huiverig zullen zijn om met elkander overeenkomsten te sluiten die eenzijdig, dus wanneer het den staat, of liever de heerschende partij in dien staat, gelegen komt, kunnen worden op zij gezet.

Het laatste argument komt hierop neer, dat, nu in het volkenrecht een moreele dwang voor den staat ligt, de schrijver vraagt of de moraal kan eischen, dat het internationaal belang, dat in een tractaat tot uitdrukking is gekomen, door de regeering steeds moet gesteld worden boven de belangen harer onderdanen, die later blijken strijdig te zijn met het verdrag. Daartegenover zou ik willen vragen of bij het onderhandelen over en het sluiten van een verdrag niet gegeven en genomen moet worden, men hier niet met een *do ut des* te maken heeft, dat derhalve elke staat een deel van zijn souvereiniteit moet prijs geven om daarvoor wat anders in de plaats te krijgen.

Per slot van rekening komt de schrijver weer op zijn eerste stelling terug waar hij op blz. 20 het internationale belang secundair, het nationale primair acht en derhalve opnieuw de conclusie trekt, dat de staat eenzijdig van het tractaat moet kunnen afwijken, wanneer later blijkt, dat toch de gedane concessies in strijd met het belang van het land zijn. Maar nog eens: dan zal een andere staat geen verdrag willen sluiten, wanneer deze mogelijkheid hem als een Damocles-zwaard boven het hoofd hangt. Doch er is meer; sluit een staat verdragen krachtens de stelling van den schrijver, dan is te vreezen, dat daaruit spoediger dan anders het geval ware, conflicten zullen ontstaan, indien de staat, met wien gecontracteerd wordt, maar niet zoo voetstoots in een schending of opzegging van de eenmaal gesloten overeenkomst zou toestemmen, al zij het ook dat de constitutie van den staat, met wien het verdrag gesloten is, het toelaat.

Schrijver's hinken op twee gedachten komt ook hierin uit, dat bij de door hem voorgestelde grondwetswijziging toch *ook* rekening wordt gehouden met de leer van

Prof. VAN EYSINGA, die het volkenrecht boven het staatsrecht wil zien geplaatst. Me dunkt: de schrijver had in zijn stelsel consequent moeten zijn en in het voorgestelde grondwetsartikel deze mogelijkheid niet onder de oogen moeten zien.

De schrijver stelt een wijziging van onze Grondwet voor in dezen zin:

a. De Koning ratificeert alle verdragen met vreemde mogendheden.

b. Behoudens in de sub *c* te noemen uitzondering *worden verdragen, die regels stellen voor ambtenaren en onderdanen* (1) — onverschillig of zulke regels, wanneer het geen verdrag geldt, door den koning of door de wetgevende macht worden gesteld — *gesloten door bij de wet te benoemen afgevaardigden.*

Bij het wetsvoorstel tot benoeming wordt de strekking van het te sluiten tractaat vermeld; is er een ontwerp-tractaat, dan wordt dat overgelegd.

c. Bij verwerping van het wetsvoorstel door de Staten Generaal is de koning bevoegd om afgevaardigden te benoemen; in dit geval heeft het geratificeerd tractaat tegenover de ambtenaren en de burgers geen bindende kracht, is het geen tractaat in den sub *d, e, f* en *g* bedoelden zin. *De koning ratificeert niet dan onder voorbehoud van het recht om van het tractaat af te wijken.*

d. Het tractaat mag door den rechter niet worden getoetst aan de Grondwet.

e. De wet moet worden getoetst aan het tractaat.

f. Het tractaat kan worden gewijzigd:

1. *door een tractaat geratificeerd door alle staten die het oorspronkelijk tractaat ratificeerden* (internationaal);

---

(1) In een noot merkt de schrijver op, dat andere verdragen hier buiten beschouwing gelaten worden.

2. door een nationale tractaatsherziening in den vorm vereischt voor een Grondwetsherziening, welke herziening in geen geval kan geschieden dan nadat door de regeering aan de Staten-Generaal is medegedeeld, dat tenminste een der staten, die het tractaat ratificeerden, geweigerd heeft mede te werken aan door de Nederlandsche regeering voorgestelde herziening bij tractaat.

g. Het tractaat bezit kracht van tractaat (niet in materieelen zin) door de ratificatie en wordt door den koning afgekondigd. Die afkondiging geschiedt ook in de Nederlandsche taal. Afkondiging geschiedt niet dan na uitwisseling of nederlegging van *alle* ratificatie-oorkonden. De wet bepaalt welke autoriteit de officieele bindende vertaling maakt en hoe gezorgd wordt voor een behoorlijke aansluiting aan de Nederlandsche wetgeving".

Uit deze nieuwe redactie — in het licht der toelichting beschouwd (blz. 58) — blijkt nu, dat de schrijver de tractaten in twee groepen verdeelt, namelijk:

tractaten, die door de ratificatie kracht van wet krijgen en door den nationalen wetgever niet dan met veel moeite kunnen worden gewijzigd, en

tractaten, die bindende kracht ontleenen aan een wet (a. m. v. b.), die op de gewone wijze kan worden gewijzigd.

Die regeling lijkt tamelijk omslachtig en of ze kans op aanneming heeft valt te betwijfelen.

Vooreerst schijnt het artikel, zooals schrijver het in overweging geeft, ten opzichte waarvan trouwens niet precies blijkt of het, zóó gesteld, in de plaats van art. 59 Grondwet moet komen, niet volledig, in zooverre het alleen betreft verdragen, die regels stellen voor ambtenaren en onderdanen.

Wel is het gestelde sub *a* (de koning ratificeert alle verdragen met vreemde mogendheden) algemeen, doch

blijkens wat onder *b* voorkomt, schijnt hij alleen bovengenoemde op het oog te hebben.

In de tweede plaats rijst de vraag: hoe stelt de schrijver zich de totstandkoming van een verdrag voor?

Verdragen, die regels stellen voor ambtenaren en onderdanen worden gesloten door bij de wet te benoemen afgevaardigden, doch niet door den koning: bij het wetsontwerp tot benoeming wordt de strekking van het te sluiten tractaat vermeld. Begrijp ik het goed, dan komen deze afgevaardigden dus in de plaats van de gewone onderhandelaars, de diplomaten. Deze kunnen echter nog niet geheel gemist worden, want wie sluiten anders het ontwerp-tractaat, waarvan verder sprake is, en dat, bestaat het, overgelegd wordt?

Nu kan het echter ook, dat het voorstel tot benoeming van afgevaardigden door de Staten-Generaal wordt verworpen: alsdan worden de afgevaardigden door den koning benoemd. Maar komt dan een verdrag tot stand, dat door den koning geratificeerd wordt, dan bindt dit nòch de ambtenaren, nòch de onderdanen (waarom hier niet gezegd: *andere* onderdanen; de ambtenaren zijn toch ook onderdanen), ja de schrijver zegt, dus komt geen tractaat tot stand in den zin van *d*, *e*, *f* en *g*. Ik zou willen vragen: wat voor produkt ontstaat er dan? Slechts een regeling tusschen staten, die geen gevolg kan hebben of heeft?

Mijn conclusie zou dus zijn, dat, hoe interessant schrijver's bijdrage ook moge wezen, de kans niet groot is, dat een door hem voorgestelde redactie van art. 59 voor die van het tegenwoordig artikel in de plaats komt.

Hem kan echter de verdienste niet worden ontzegd het onderwerp ter sprake te hebben gebracht en daarom zou dit opstel onvolledig wezen, wanneer daarin niet in het kort werd aangegeven, hoe naar mijne meening

de Staten-Generaal meerdere zeggingsmacht bij het sluiten van verdragen kunnen verkrijgen.

Het komt mij voor, dat deze vraag een onderdeel is van een andere, namelijk hoe kunnen de constitutioneele waarborgen het best op te sluiten verdragen worden toegepast?

En dan rijst in de eerste plaats de vraag, in hoeverre het wenschelijk is, om den Raad van State over te sluiten verdragen te hooren. Op het oogenblik is de toestand zoo, dat, komt een tractaat pasklaar bij dit hooge staatscollege, dit wel niet anders zal kunnen doen dan een conform advies uitbrengen, tenzij het een gesloten tractaat in strijd met 's lands belang acht, in welk geval het tot niet-indiening van het goedkeuringsontwerp — wanneer het tenminste wettelijke goedkeuring behoeft — moet aanraden. In het voorbijgaan opgemerkt schijnt het wenschelijk om — ten einde moeilijkheden in de toepassing te voorkomen — bij eventueele herziening der Grondwet te bepalen, dat *alle* tractaten goedkeuring door de vertegenwoordiging behoeven, zooals ook, gelijk herinnerd is, de Staatscommissie van 1910 heeft voorgesteld.

Maar dit daargelaten, de vraag of over ontwerp-tractaten de Raad van State moet worden gehoord, wordt ook door Mr. J. C. DE MAREZ OYENS toestemmend beantwoord. Op blz. 41/42 van zijn hierbedoeld geschrift (1) herinnert hij, dat Mr. VAN EYSINGA op blz. 66 van zijn proefschrift zegt dat dit hoogst zelden gebeurt en voegt erbij, dat zijns inziens reeds de eerbied aan ons Hoogste Staatscollege verschuldigd tot het vooraf hooren van den Raad moet leiden. In een noot wijst de oud-Minister er op, dat op zijn uitdrukkelijk verzoek als Minister van Waterstaat de Raad van State vooraf gehoord is over het

(1) Het normatieve karakter van internationale tractaten.

poldertractaat, goedgekeurd bij de wet van 25 Juni 1906 (*Stbl.* n°. 150). De Raad deed toen verschillende wijzigingen aan de hand, zoodat tot heropening van de onderhandelingen met Pruisen besloten werd en met goed gevolg, zoodat het ontwerp, overeenkomstig 's Raads advies merkelijk verbeterd, er bij de Vertegenwoordiging zonder slag of stoot doorging.

Het is niet openbaar geworden of sinds het hooren van den Raad van State over ontwerp-tractaten meer is voorgekomen, evenmin of niet de Eerste Afdeeling van dit college, die in het bijzonder in verband staat met het Departement van Buitenlandsche Zaken, over sommige ontwerp-verdragen advies heeft uitgebracht, maar op het voetspoor van hetgeen in 1906 gebeurd is zou het wel overweging verdienen, indien òf de Raad in pleno òf een zijner Afdeelingen — bijv. de Afdeeling Koloniën, wanneer het tractaten over de Koloniën gold — over ontwerpverdragen gehoord werd. De vraag is natuurlijk of dit mogelijk is en dit moet de Regeering — in casu de Minister van Buitenlandsche Zaken of die van Koloniën — beoordeelen. Veel hangt ook af van het rijk, waarmede onderhandelingen zijn aangeknoopt. Wordt bijvoorbeeld een verdrag over een bepaalde aangelegenheid met Duitschland ontworpen, dan zou over het ontwerp tegelijk de Bondsraad aldaar en de Raad van State hier kunnen worden gehoord; in Frankrijk zou het ontwerpverdrag, terwijl het hier te lande bij den Raad van State of een zijner Afdeelingen werd aangebracht, ook bij den Staatsraad aldaar ter overweging ingezonden kunnen worden. Maar dit alles hangt er van af hoe men in de andere landen die zaken behandelt. Het is alleen de vraag wat *hier* moet geschieden en, waar, zooals gezegd, Mr. De Marez Oyens, blijkens het bovenstaande, van het eene geval zulke

goede resultaten heeft gehad, is er wel reden om het denkbeeld in overweging te houden.

Een verdere vraag is dan, in hoever de in het begin van dit opstel bedoelde Commissie voor buitenlandsche zaken ook van de ontwerptractaten behoort kennis te nemen. Dit zou zeker ook behooren tot de, wat de toelichting van het voorstel-Troelstra c. s., waarvan in den aanvang van dit opstel sprake is, noemt, versterking van den invloed der Kamer op het buitenlandsch beleid. De groote quaestie is hier, of zoo iets gedurende de onderhandelingen mogelijk zou zijn, vooral wanneer de Raad van State ook al gehoord is, waardoor natuurlijk de totstandkoming kan worden vertraagd. Daartegenover staat echter dat, wanneer de Commissie niet van het ontwerptractaat kan kennis nemen, de meerdere zeggingsmacht, wat dit punt betreft, niets geeft, want dan zal het, wat de tractaten aangaat, blijven bij het oude en de Kamer moet goed- of afkeuren.

Een andere vraag is deze: hoe met de Eerste Kamer? Wanneer deze ook in haar Reglement van orde een bepaling, als de Tweede Kamer heeft voorgesteld, wil opnemen, wat dan? De positie is wel eenigszins anders omdat de Eerste Kamer geen recht van amendement (1) bezit, maar van den anderen kant kan men begrijpen, dat ook deze tak der vertegenwoordiging zijn invloed wil laten gelden. Het beste ware dan misschien een gecombineerde commissie voor buitenlandsche zaken uit de beide kamers, aan welke het ontwerptractaat wierd overgelegd, nadat het van den Raad van State was terugontvangen. Een constitutioneel bezwaar verzet zich daartegen niet, naar mij voorkomt.

---

(1) Dat trouwens in dit opzicht bij de Tweede Kamer ook niet veel beteekent.

In het Voorloopig Verslag der Tweede Kamer van het bovengenoemd voorstel TROELSTRA wordt o. a. als bezwaar daartegen aangevoerd, dat een versterking van den invloed der Kamer op het bestuur der buitenlandsche betrekkingen niet wel met de Grondwet ware in overeenstemming te brengen.

Als argument worden daarvoor aangehaald de artikelen 57, 58, 59 en 94 der Grondwet; met deze bepalingen zou toekenning van een aandeel in het bestuur der buitenlandsche betrekkingen niet wel te vereenigen zijn. Dit bezwaar lijkt zeer overdreven. Zeker, wanneer, zooals uit het verslag blijkt, men de meening van sommige leden zou deelen, die wenschten, dat men aan de Commissie ook de opdracht zou geven over buitenlandsche quaesties, na de Regeering gehoord te hebbon, een oordeel uit te spreken en de Commissie bevoegd te verklaren om, als zij het noodig acht, de zaken bij de Kamer aanhangig te maken, dan zou men te ver gaan, maar het in het leven roepen van de commissie op de wijze, zooals het voorstel wil, prejudicieert niets. Trouwens, de omstandigheid, dat de Regeering zelve goed vindt in sommige gevallen de vertrouwensmannen der Kamer over belangrijke zaken te hooren schijnt een teeken, dat ook zij het voorstel niet bepaald afwijsbaar acht. Het eenvoudig hooren eener commissie uit de Kamer of uit de Kamers waardoor de Regeering natuurlijk allerminst gebonden is, kan nooit in strijd met de Grondwet zijn. Ook Prof. STRUYCKEN acht een dergelijke commissie niet ongrondwettig, al meent hij terecht, dat de commissie een krachtige positie tegenover de Regeering zou innemen, wanneer haar bestaan op de Grondwet zoude steunen. (1)

---

(1) De hoogleeraar was reeds in 1912 van deze meening. Zie ook zijn artikel in het Jaarbeursnummer in de Telegraaf (20 Febr. 1918).

Deze wijzigingen in de behandeling der verdragen zouden alle zonder grondwetsherziening te verkrijgen zijn; maar uit den aard der zaak zouden ze dan ook strikt toepasselijk zijn op de drie soorten van tractaten, waarop de grondwet de goedkeuring der vertegenwoordiging vordert. Intusschen, niets zou den Minister van Buitenlandsche Zaken beletten om den Raad van State of een zijner afdeelingen ook over andere tractaten te hooren en ook van de commissie uit de Tweede Kmer — of eventueel die uit de beide Kamers — het advies in te winnen over verdragen, die buiten die goedkeuring kunnen tot stand komen. Om een enkel voorbeeld te noemen zou het zeer zeker overweging verdienen om compromissen, waaromtrent in de door ons land gesloten arbitragetractaten met Portugal, Frankrijk, Engeland, Italië, en de Vereenigde Staten van Amerika, ter kwader ure een voorbehoud is gemaakt — in lijnrechten strijd met de bedoeling van art. 59, 4e lid der Grondwet — vóór ze door den Koning geratificeerd worden, bij den Raad van State of een zijner afdeelingen, en bij de commissie bovengenoemd, ter overweging aanhangig te maken, al was het alleen maar daarom, omdat over wat men eer en levensbelangen — de bekende eereclausule in de arbitrageverdragen — noemt, door de Regeering anders geoordeeld kan worden dan door Raad van State of Commissie.

Stippen wij hier nog aan, dat ook de regeering begrijpt, dat ze in zake buitenlandsch beleid met de vertegenwoordiging behoort samen te werken; een bewijs daarvan is, dat bij de jongste onderhandelingen met Duitschland het z. g. seniorenconvent geraadpleegd is. (1)

---

(1) Men bedenke dat het bovenstaande in Juni 1918 is geschreven.

Hier zij er nog op gewezen, dat ook in andere landen — waar het parlementair stelsel bestaat — behoefte bestaat om de vertegenwoordiging meer zeggingsmacht te geven bij het behandelen der buitenlandsche betrekkingen. Als voorbeeld herinner ik, dat in het klassieke land van het parlementarisme Engeland, op 19 Maart l.l. door den oud-Minister TREVELYAN een motie werd voorgesteld, waarin gewezen werd op de wenschelijkheid een commissie voor buitenlandsche zaken in te stellen, bestaande uit vertegenwoordigers van alle partijen, waardoor meer contact tusschen den Minister van Buitenlandsche Zaken en het Lagerhuis zou worden verkregen, den Minister meer gelegenheid tot inlichtingen zou worden gegeven en het Lagerhuis beter in staat zou zijn contrôle te oefenen op het buitenlandsch beleid. Bij de verdediging van dit voorstel wees TREVELYAN op de boodschap van 8 Januari l.l. van president WILSON, die als het eerste van de 14 punten van zijn vredespogram noemde: openbare vredesovereenkomsten, waarbij hij afkeurde dat in het begin van den oorlog door Engeland geheime overeenkomsten waren gesloten met Rusland en met Italië. Nadat een ander lid deze motie had gesteund, gaf de Minister van Buitenlandsche Zaken BALFOUR te kennen dat het z. i. — en dit was zijn hoofdbezwaar — niet democratisch is, om de verantwoordelijkheid, die het geheele parlement bezit, over te dragen op een commissie; zoo toch zou juist het buitenlandsch beleid aan het volk onttrokken worden. Verder stond hij uitvoerig stil bij de bezwaren, die meer openbaarheid bij het buitenlandsch beleid zou medebrengen.

Aangezien buitenlandsch beleid en diplomatie de taak hebben moeielijkheden in het verkeer der staten uit den weg te ruimen, zou het z. i. niet aangaan om de grieven, die tegen dat beleid worden aangevoerd, breed uit te

meten, en daardoor de publieke opinie te verbitteren. Daarbij komt dat in een aantal gevallen langdurige onderhandelingen noodig zijn, die nog langer zouden duren wanneer een groote commissie daarover zou meespreken. Het voorbeeld van Frankrijk, waar ook zoo'n commissie bestaat acht hij allerminst navolgingswaardig; juist omdat het Lagerhuis geen uitvoerend lichaam is, en de 670 leden hun werk niet aan een commissie van 50 kunnen overdragen, zou een en ander een groote belemmering voor den Minister van Buitenlandsche Zaken zijn en daarom niet in 's lands belang. Nadat hij ten slotte nog er op gewezen had, dat geheime verdragen soms noodig zijn, al zijn ze ook een noodzakelijk kwaad, werd de motie ingetrokken, zoodat Engeland vooreerst zulk een commissie niet zal hebben.

Ook in den Duitschen Rijksdag is de vraag ter sprake gekomen of tot de benoeming van een commissie voor de buitenlandsche zaken, die zich met de Rijksregeering in contact zou stellen, moest worden overge gaan. In het algemeen is deze vraag toestemmend beantwoord (1).

Uit wat door BALFOUR is medegedeeld over een dergelijke commissie in Frankrijk, blijkt dat deze, volgens den Britschen Minister, niet goed gewerkt heeft, wat altijd nog de vraag is. Vergis ik mij niet, dan bestaat er reeds lang in de Fransche Kamer een vaste commissie voor de tractaten, waaraan de gesloten verdragen worden gezonden. Dit komt feitelijk hierop neer, dat aan een vaste commissie van Rapporteurs, de door de Kamer goed te keuren tractaten ter beoordeeling gezonden worden.

---

(1) Vgl. opmerkingen dienaangaande in het *Zeitschrift für Völkerrecht*, Band X, bl. 201, over een *Ständiger Ausschuss für auswärtigen Angelegenheiten.*

Mocht het tot een grondwetsherziening komen, dan zou een wijziging van art. 59 aanbeveling verdienen in dien zin, dat voortaan *alle* tractaten goedkeuring van de Vertegenwoordiging behoeven; hiermede sta dan gelijk toetreding tot bestaande verdragen. Ook de Staatscommissie van 1910 stelde een dergelijke wijziging voor, maar het door de Regeering in 1913 ingediend voorstel ging daarmede niet accoord inzoover zij het thans bestaand grondwetsartikel, wat dit punt betreft, voorstelde te behouden. Maar wel nam het het voorlaatste lid van het ontwerp der Staatscommissie over, waarin bepaald werd: „Verdragen, die bepalingen inhouden, waarbij van de grondwet wordt afgeweken, worden niet bekrachtigd, dan nadat zij door de Staten-Generaal zijn goedgekeurd met een meerderheid, in elk der beide Kamers de helft der leden te boven gaande", terwijl het laatste lid zou luiden: „Door den Koning bekrachtigde verdragen, wettelijke rechten betreffende, verkrijgen kracht van wet en worden door den Koning in de Nederlandsche taal afgekondigd".

De regeering van 1913 meende de goedkeuring van *alle* verdragen niet te mogen aanbevelen op grond dat er zich gevallen laten denken, waarin een dergelijk voorschrift een door het staatsbelang geboden snelheid van beweging zou belemmeren. De Staatscommissie had daartegenover gesteld, dat die eisch van goedkeuring, beperkt tot bepaalde soorten, niet zoo nauwkeurig kan worden omschreven, dat niet ruimte voor twijfel overblijft. Ook mij komt het voor, dat de mogelijkheid van twijfel ertoe moet leiden, dat *alle* tractaten goedkeuring behoeven.

Trouwens de omstandigheid, dat in de overgroote meerderheid der gevallen thans reeds goedkeuring vereischt wordt, een argument, dat zoowel regeering als

Staatscommissie doen gelden, bewijst dat men veilig hier met de Staatscommissie kan meegaan.

De regeering was het evenmin eens met de Staatscommissie, waar deze uitdrukkelijk wilde bepaald hebben, dat bepalingen van verdragen, die wijziging brengen in wettelijke rechten, niet algemeen verbindend worden dan na vaststelling naar gelang van haren inhoud, bij wet of algemeenen maatregel van bestuur. De Staatscommissie stelde zich dan ook op het standpunt, dat een verdrag, als het wijzigingen brengt in het nationaal recht, niet de ingezetenen moet binden, vóórdat de wijzigingen langs den grondwettelijk daarvoor aangewezen weg wet zijn geworden, terwijl de regeering meende, dat de opvatting van den Hoogen Raad, neergelegd in het arrest van 23 Mei 1906 (*W. v. h. R.* no. 8383) juist is en het noodelooze omslag zou wezen nogmaals een wettelijke regeling te eischen welke aan de vastgestelde bepalingen rechtskracht verzekert. Deze juistheid ware, zoo voegt de regeering in de M. v. T. erbij, in de Grondwet uit te spreken.

Hier zou ik met de regeering willen meegaan. Wordt aan het artikel een lid toegevoegd, zooals door haar wordt voorgesteld (zie boven), dan zou inderdaad duidelijk zijn, dat niet, zooals de Staatscommissie wenscht, een verdrag eerst verbindend wordt door een nieuwe wet of algemeenen maatregel.

Bij Grondwetsherziening zou verbetering in ons tractatenrecht kunnen gebracht worden, wanneer het voorstel der Staatscommissie — behalve het laatste lid — in de Grondwet werd opgenomen, terwijl dan het laatste lid van het regeeringsvoorstel van 1913 daaraan zou kunnen worden toegevoegd (1).

(1) Prof. STRUYCKEN is ook van meening, dat het een verbetering ware *alle* tractaten door de wet te doen goedkeuren. Vergelijk zijn artikel in het Jaarbeursnummer van *De Telegraaf* van 20 Februari 1918.

Het derde lid van de beide voorstellen, behelzende het bekende voorbehoud, moet m. i. dan ook vervallen. In het stelsel, dat *alle* tractaten goedkeuring vereischen, is ook voor dit voorbehoud geen plaats; immers dit zou daarop neerkomen, dat sommige tractaten, in strijd met de bedoeling en bewoordingen van het artikel *niet* door de vertegenwoordiging werden goedgekeurd.

Trouwens, in aanmerking genomen, de omstandigheid, dat, zooals boven reeds met een enkel woord herinnerd is, het voorbehoud herhaaldelijk is toegepast in strijd met de bedoeling, waarmede het in 1887 in de Grondwet is gebracht, bestaat er nu zeker aanleiding om het te doen vervallen (1).

's-Gravenhage, Juni 1918

(1) Vergelijk mijn artikel in dit Tijdschrift, jaargang 1913.

Straftoemeting

DOOR

Mr. A. J. MARX

Substituut-Griffier b/d Arrondissements-Rechtbank te Amsterdam.

I.

„Strafbepaling is . . . . . allereerst een werk van toegepaste, van practische individueele psychologie." Aldus na velen, die reeds vroeger in gelijken zin gesproken of geschreven hebben, de Redactie van het *W. v. h. R.* in No. 10143. Hij, die week in-week uit zelve straf toemeet of anderen die hoort toemeten, moet, zoo hij bovenvermelde opvatting als juist aanvaardt, wel een gevoel van groote bitterheid in zich voelen opwellen, wanneer hij bedenkt, welke taak den rechter is gesteld en hoe weinig bevredigend hij haar vermag te vervullen.

Individueel-psychologisch toegemeten straffen! Daartoe zal toch wel, boven en behalve zielkundige aanleg en scholing, die we nu maar eens — laat ons hopen, terecht — in de groote meerderheid onzer rechtsprekenden aanwezig zullen achten, tweeërlei noodig zijn. Allereerst zeer ruim feitenmateriaal, dan ook tijd, dit te verwerken. En hoe staat het nu daarmede in de werkelijkheid, welke toch bij het stellen van eischen, gelijk in de eerste zinsnede van dit opstel omschreven, niet uit het oog mag worden verloren?

Laat ons eerst een blik werpen op het feitenmateriaal. Vraagt ge naar dat, wat noodig is, om een feit bewezen te verklaren, dan geeft de meerderheid der strafrechterlijke dossiers, die den rechter ter behandeling op de

terechtzitting bereiken, uiteraard wel voldoende. Doch voor individueel psychologische straftoemeting is natuurlijk meer noodig: voorgeschiedenis, kennis van het milieu, zeer gedetailleerd inzicht in den gemoedstoestand, kort voor het plegen van het delict. Veel daarvan is onnaspeurlijk, doch ook dat, waarover licht zou kunnen schijnen, blijft tegenwoordig in duisternis gehuld.

De gebruikelijke ingrediënten toch op zielkundig gebied, welke we welhaast in ieder dossier ontmoeten, zijn geen andere dan de uittreksels uit het strafregister en de Staat van Inlichtingen; waar er termen voor aanwezig zijn, zien wij bovendien nog recidive-extracten. Over de psychologische waarde dezer documenten behoeven we niet veel woorden te verliezen. Zeker al niet over die van den Staat van Inlichtingen. Wat daarin gegeven wordt, is het alleruiterlijkste en er is bovendien, gezien het feit dat het voor een goed deel de verdachte zelf is, die de inlichtingen verstrekt en een veelal onontwikkelde politiebeambte, die ze verzamelt en noteert — weinig waarborg voor de juistheid van den inhoud. Controle daarvan is ook niet mogelijk, want de gronden van het oordeel over den verdachte, zijn niet aangegeven en evenmin de bronnen, waaruit het is geput.

Met de zielkundige waarde van uittreksels uit het strafregister en recidive-extracten — de laatste zijn psychologisch beschouwd slechts weer deelen van de eerste — is het al niet gunstiger gesteld. De brutaalste zakkenrollerij en de wederrechtelijke wegneming van een broodje ter stilling van honger b.v. worden in deze stukken, meer eenvoudig dan sprekend, gelijkelijk met het etiquet „diefstal" beplakt en de rechter, die dit woord, zonder ook maar de geringste toelichting dan leest en van de indertijd opgelegde straf kennis neemt, moet zich tevergeefs afvragen, of die nu uit bijzondere gestrengheid, dan wel

clementie — of uit welk ander motief ook geboren is. Neemt hij de moeite — overigens niet van hem te vergen — zich in het vroegere vonnis en het procesverbaal der toenmalige strafzaak te verdiepen, dan zal hij wellicht iets — maar niet veel wijzer worden, want de opbouw onzer vonnissen geschiedt vrijwel uitsluitend ten einde daaruit de bewijsvoering te doen kennen, en zoo goed als nooit, om de strafmaat duidelijk te maken, terwijl het procesverbaal ook al niet bijzonderlijk ter wille van de bepaling der strafmaat gemaakt wordt, waar die immers als regel al is vastgesteld, vóórdat het proces-verbaal tot stand komt.

Eerst als de vonnissen ten opzichte der strafmaat breed gemotiveerd zullen zijn en de uittreksels aan die motiveering zooveel aandacht wijden, dat men ze haast geen uittreksels meer zal kunnen noemen, zullen we daarin psychologisch waardevol materiaal kunnen zien. Nu is het verre van dien.

Bij wijze van aangename verrassing op zielkundig terrein kan men wijders zoo nu en dan in de dossiers eenigszins over het feit uitgaande processen-verbaal van den Rechtercommissaris aantreffen, waarin deze den verdachte een weinig aan den praat gebracht heeft: een ietwat eenzijdige stof weliswaar, maar toch beter dan niets. Voorts soms brieven van- en aan den verdachte, wier opneming in het dossier in den regel niet zoo zeer moet dienen, om den psychologischen kijk op hem scherper te maken, dan wel om de toekomstige verklaringen van getuigen reeds van te voren met het stempel van betrouwbaarheid of het tegendeel daarvan te voorzien. Eindelijk bergt één dossier nog wel eens een of meer andere ad informandum, die op zichzelf beschouwd, natuurlijk aan dezelfde euvels mank gaan als dat, hetwelk op de dienende zaak betrekking heeft, maar in verband daarmede toch

wel breeder kijk geven. Doch, gelijk gezegd, dit zijn uitzonderingen; voor het normale geval kennen we niets dan den Staat van Inlichtingen, het uittreksel strafregister en, waar recidive wordt te laste gelegd, het daarop betrekking hebbende extract. Ergo individueel psychologisch gesproken: vrijwel niets.

Met dezen microscopischen schat van kennis omtrent den persoon des beklaagden gewapend, wacht hem nu de rechter ter terechtzitting. Wie nu verwacht, dat dezen laatste daar het zieldoorgrondende licht zal opgaan, vergeet het minimale tijdsbestek, dat aan de behandeling eener strafzaak is toegedacht en moet toegedacht zijn, wil de te verwerken stof worden afgedaan. Dat tijdsbestek is net toereikend voor de bewijsvoering en het door het O. M- en eventueel door de verdediging geleverd naspel. Vragen, die enkel zielkundig van belang zijn, worden slechts bij uitzondering gesteld. Het zijn de gedurende de bewijsvoering terloops opgevangen indrukken omtrent des beklaagden persoonlijkheid, die het — wat de psychologische beoordeeling betreft — zeer in hoofdzaak moeten doen. Hoe onvoldoende dit moet zijn, wordt duidelijk, als we er ons rekenschap van geven, dat de behandeling van een zaak, waarin de beklaagde bekent, gewoonlijk in een minimum van tijd afloopt en daarbij dan nog maar zelden hij het is, die voornamelijk het woord voert. Ingeval van bekentenis bemerken we dus van beklaagde vrijwel niets. Meer zeker speelt hij een actieve rol, waar hij het hem te laste gelegde niet toegeeft, doch is zoo iemand, vechtend voor zijne vrijheid, gelijk het toch, althans voor de Rechtbank, gewoonlijk het geval is, en abnormaal vergeleken bij zijn gewone doen en laten, een passend object voor zielkundige beoordeeling? Ik zou niet willen beweren, dat des beklaagden optreden ter zitting niet óók iets vermag te leeren omtrent zijne psyche, dat dit dus

niet ook eenigszins maatgevend is voor het oordeel over hem. Doch dit *alleen* is stellig te weinig en geeft een zeer eenzijdigen kijk op hem.

We weten, dat de psychiater, geroepen ter beoordeeling van iemands strafrechtelijke toerekeningsvatbaarheid, dagen, ja soms weken neemt, om op dit punt tot klaarheid te komen. Gedurende die periode neemt hij den verdachte niet onafgebroken waar, doch met tusschenpoozen. Juist door die verdeeling over verschillende momenten verveelzijdigt hij zijn blik. Zijn oordeel moet de synthese zijn van die veelheid van waarnemingen. Hoeveel beter moet dit oordeel — daarbij nog wel gevormd door een vakman, gelijk de rechter dit op zielkundig terrein nimmer kan wezen — wel zijn dan dat, ontstaan uit de waarneming op dit ééne abnormale moment, gedurende hetwelk de beklaagde terechtstaat! En toch behoeft de psychiater slechts een zeer algemeen oordeel uit te spreken — toerekeningsvatbaar of niet —, terwijl voor den rechter de veel subtilere zaak is weggelegd, aard en hoeveelheid der straf te bepalen.

Inderdaad: voor individueel zielkundig toegemeten straffen ontbreekt ons tegenwoordig iedere grondslag en wie nu — naar we toch mogen aannemen — in ernst dergelijke strafbedeeling in iedere strafzaak, klein of groot, van den rechter vergt, vergt het onmogelijke.

Om dit onmogelijke bereikbaar te maken, zou het aantal in strafzaken zittende rechters zeer sterk vermeerderd, allicht verdubbeld moeten worden, wijders het corps der hulpkrachten, welke het O. M. ten dienste staan, aanmerkelijk dienen te worden vergroot door toevoeging van personen, die niet zoozeer naar het strafbaar feit, als wel naar de individualiteit des beklaagden onderzoek doen, en eindelijk de taak der toegevoegde verdediging behooren te worden uitgebreid in dier voege, dat ze

vrijwel alle van misdrijf verdachten omvat. Dat is nogal duur en tijdroovend, doch dit mag geen bezwaar zijn, mits de wenschelijkheid dier maatregelen maar diep worde beaamd. Dat de geschikte personen spoedig zullen worden gevonden, lijkt me echter minstgenomen twijfelachtig.

Of onze wetgever zich ooit een dergelijke wijze van straftoemeting heeft gedacht, laat staan haar gewild, is voor redelijken twijfel vatbaar. Als een argument, dat hij dit niet heeft gewild, zou ik niet willen aanvoeren de zeer strenge scheiding tusschen instructie en behandeling ter terechtzitting, welke het meedoen van den Rechter-Commissaris aan de laatstgenoemde verbiedt. Het spreekt vanzelf, dat dit aan den psychologischen kijk op de beklaagden niet ten goede komt, doch de reden, weshalve men deze scheiding heeft begeerd, zal wel enkel zijn, vrees voor partijdigheid, niet afkeer van zielkundige beoordeeling.

Veel klemmender bewijs tegen een voorondersteld verlangen des wetgevers naar individueel psychologische straftoemeting, lijkt mij heel de opzet van ons strafwetboek: de toch altijd nog zeer geringe keuze in de soorten van straf, althans bij volwassenen, dan ook de maxima, voor elk bijzonder dilect gesteld, de beperking van het maximum in geval van poging, die der strafbaarheid zelve tot bepaalde vormen van uitlokking en tot uitvoeringshandelingen, wanneer het delict niet voltooid is. In dit alles toch is m. i. de wil uitgedrukt, dat het *objectieve feit in hooge mate* beslissend moet zijn voor de toe te meten straf. Niet ènkel beslissend zeer zeker, maar toch van zeer groot belang! En dat is al voldoende, om de oplegging van zuiver individueel-zielkundig toebedeelde straffen te brandmerken als buiten het systeem van onzen strafwetgever liggend en zelfs — voor zoover n.l. die oplegging overschrijding van het

strafmaximum zou eischen — onmogelijk te maken. Gelukkig! zou ik er naar mijne hartgrondige overtuiging bij willen zeggen, want als straf is een maatregel van sociale veiligheid, dan is daarmede eene veroordeeling, *uitsluitend of ook maar allereerst* rekening houdende met de psyche van den beklaagde, uit den booze. Trouwens: wanneer men zich op het standpunt van toegepaste individueel psychologie plaatst, is er natuurlijk geen reden, bij de misdrijven halt te maken. Dan moeten we ook de overtreders der straatpolitieverordening zielkundig gaan beschouwen. Arme Kantonrechter!

Nu zal men mij zeker tegemoet voeren, dat ons strafstelsel toch ook weer in menig opzicht ruimte geeft voor de opvatting, dat wèl op zielkundigen grondslag moet worden gestraft. Men wijst dan op het algemeen strafminimum, de voorwaardelijke veroordeeling, de kindermaatregelen en natuurlijk met recht, voor zoover men daarmede wil beweren, dat *óók* de psychologische betrachting bij onzen wetgever in eere staat. *Óók* evenwel, *niet* uitsluitend, zelfs niet in hoofdzaak, en toch ook vooral niet de *individueel*-psychologische betrachting. Om deze bewering waar te maken, zal het noodig zijn, eenigszins nader op den aard dezer laatstvermelde instituten en hunne practische werking in te gaan.

Allereerst dan het algemeen strafminimum. Een mooi denkbeeld ligt er aan ten grondslag, dit: dat elk delict, hoe ernstig ook bij abstracte formuleering lijkende, in concreto toch kan voorkomen in zoodanigen vorm, dat het geen hooger straf verdient dan de laagst denkbare. Daar zijn toch aan schuldeloosheid grenzende kleine schuldvormen en andere omstandigheden denkbaar, welke zeer geringe straf billijk doen zijn. Die kleinste schuldvormen en omstandigheden voor ieder afzonderlijk delict vast te stellen, zoo, dat de billijkheid niet eens in 't gedrang

kan komen, is ondoenlijk. Zoo kwam men tot 't algemeen minimum en daarmede tot eene vrijheid voor den rechter, die een drukkende verantwoordelijkheid op dezen wentelt. Weleer was het de wetgever, die verzachtende en verzwarende omstandigheden vastlegde, welke den rechter zijn taak van toemeting gemakkelijk maakten. Nu daarentegen is de rechter gedwongen, zelf een systeem van toemeting uit te denken en uit den eindeloozen rijkdom der praktijk te verfijnen. Anders gezegd: In het besef van eigen ontoereikendheid tot de hem gestelde taak, heeft de wetgever aan de door hem uitgevaardigde regels tot op zekere hoogte het begrenzende ontnomen, dat kenmerkend is voor elken rechtsregel. De idee des rechts zou hier, naar hij gevoelde, beter tot uiting komen naarmate er minder bindende rechtsbepalingen en dus meer rechterlijke vrijheid was, en dienovereenkomstig is ten deze gehandeld. Zoo is 't gedacht, gevoeld en in de wet neergelegd. Mooi in aanleg, zeker; of het niet kwam, voordat de tijden er voor rijp waren, is weer een andere vraag, waarop nu niet behoeft te worden ingegaan. Nù is het voldoende, zoo slechts dit worde begrepen, dat het algemeen strafminimum weliswaar ruimte geeft, om met psychologische eischen rekening te houden, doch er geen sprake van is, dat het daaraan eene alleenheerschappij zou willen toekennen. Eene andere en veel ruimere is zijne bestemming, Het wil het er toe zien komen, dat de rechter zich zijn systeem van toemeting zelfstandig vorme en dit met hulp zijner ervaringen steeds meer uitwerke. Daarbij zijn vele wegen mogelijk, en dat dan de verkieselijkste zou zijn die, waarbij de individueele psychologie de leidende rol speelt, ligt m. i. allerminst voor de hand. Daartegen verzet zich — gelijk reeds werd betoogd — de aard van het strafrecht, als bescherming der openbare orde, die dwingt aan objectieve omstan-

digheden eene overwegende plaats in te ruimen. Een systeem van straftoemeting, waarbij die objectieve omstandigheden in een hoekje worden gedrongen, is geen strafsysteem meer en laat, wanneer het in de praktijk overheerschend wordt, de taak des strafrechters onvervuld — naar te vreezen is, zeer tot schade der gemeenschap.

Als tweede aanwijzing voor des wetgevers streven naar individueel psychologische straftoemeting zou men kunnen noemen het instituut der voorwaardelijke veroordeeling. Ze is eerst korten tijd geleden ingevoerd en kan dus eigenlijk moeilijk gebruikt worden ten bewijze van wat de wetgever in 1886 zou hebben gewild. Hoogstens zou men kunnen zeggen, dat ze uitwerkt een destijds aanvaard stelsel, dat dan zoude zijn dat der individueel psychologische toemeting. Doch is dat juist? Zeker heeft de voorwaardelijke veroordeeling *óók* die zijde en in zooverre sluit ze zich aan bij het strafstelsel van 1886, dat die zijde — gelijk boven betoogd — immers niet miskent. Enkel, hoofdzaak is ze lang niet! De grondslag der voorwaardelijke veroordeeling is veeleer van *algemeen* psychologischen aard. De rechter werkt daarbij in hoofdzaak *niet* met psychologische ervaringen, gegrond op zeer diepgaande beschouwing van het wezen des beklaagden, (individueele psychologie) maar met algemeene waarheden. Bijv.: we weten, dat personen van notoir goed levensgedrag niet licht tot misdrijf zullen vervallen. Is dit nu toch eens gebeurd, dan is het aannemelijk, dat dit eene uitzondering zal blijven en er dan ook geen diep in den beklaagde wortelende eigenschap wordt ontdekt, welke hem tot het delict kan hebben geleid en wellicht in toekomst opnieuw daarheen zal leiden; alsdan heeft het delict het karakter eener toevalligheid, waartegen onmiddelijke strafvoltrekking niet geboden schijnt. Langs dien weg o. m. komt men tot voorwaardelijke veroordeeling.

Principieeler uitgedrukt: zeer algemeene sociale en psychologische gezichtspunten zijn maatgevend; zielkundig detailwerk, waarbij de ziel des beklaagden zelve als het ware onder het vergrootglas gezet wordt, kan zeer zeker eene rol spelen, doch doet het in den regel niet. Ware dit laatste noodig, dan zouden stellig veel minder personen voorwaardelijk veroordeeld worden, dan nu het geval is.

En niet veel anders geldt eindelijk voor de toepassing van kinderstraffen, zoowel, wanneer de rechter tusschen deze en de gewone de keuze heeft, als wanneer hij uit de staalkaart van maatregelen, welke tegen minderjarigen mogelijk zijn, de z. i. geschikste heeft te kiezen. Valt de beklaagde naar leeftijd en den persoonlijken indruk, dien hij maakt — zulks in verband met de *ten zijnen aanzien* in den regel nogal uitvoerige inlichtingen, die over hem zijn ingewonnen — onder de plooibaren, opvoedbaren? Zoo ja, dan kindermaatregelen, welke immers voor die plooi- en opvoedbaren zijn ingesteld. En welke? Hier zou er gelegenheid zijn zeer individueel-psychologisch te werk te gaan, ware het niet, dat men zich veilig op het algemeene standpunt kan stellen, dat met een weinig ingrijpende maatregel steeds dàn kan worden volstaan, als leeftijd en milieu een redelijk kansje geven, dat die maatregel voldoende zal wezen of althans, dat er niet veel wordt verspeeld, wanneer men met toepassing van de strengere bepalingen wacht, totdat de jeugdige delinquent zich opnieuw aan een strafbaar feit schuldig heeft gemaakt.

Ook hier dus groote algemeene lijnen, waarlangs zich de gedachtengang des rechters kan bewegen. Zielkundig kleinwerk kan vermeden worden, zonder dat dit tot onbillijkheid moet leiden. En komt het tot detailwerk, dan is er *hier* nog wel eenige waarborg voor juist oordeel, omdat, gelijk gezegd. een jeugdige beklaagde bij het

onderzoek ter terechtzitting lang niet in die mate een onbekende voor de rechtbank is, als anderen.

Nadere beschouwing van die eigenaardigheden onzer strafwetgeving, die zouden kunnen worden aangevoerd als argumenten voor de stelling, dat onze wet allereerst straftoemeting op individueel zielkundigen grondslag vooronderstelt, leert dus m. i., dat die stelling in hare algemeenheid onjuist is. Ook in die eigenaardigheden is de opvatting niet verloochend, dat in de eerste plaats het objectieve feit grondslag voor de straf moet zijn en treedt ons het zielkundige element tegemoet niet in den vorm van speciaal onderzoek naar de psyche van den juist terechtstaande beklaagde, maar in toepassing van algemeen erkende zielkundige waarheden, hetgeen geen individueele psychologie kan worden genoemd. Slechts bij de Kindermaatregelen treedt het objectieve feit meer op den achtergrond, maar dit brengt nog niet mede, dat het nu juist de individueele psychologie is, die in zijne plaats de hoofdrol gaat spelen, althans niet in de rechtszaal. Bij de tenuitvoerlegging is het anders.

Dit alles behoeft er natuurlijk niet aan in den weg te staan, dat onze strafrechters, gebruik makend van de vrijheid, welke de woorden der wet hun laten, den individueel psychologischen kant op gaan, althans zulks beproeven. Zooals reeds werd opgemerkt, zijn de omstandigheden er niet naar, dat men zich van een dergelijk streven mooie resultaten heeft voor te stellen. Doch gesteld eens, dit ware anders, zou zulks dan zoo verblijdend zijn? Ik liet al hierboven doorschemeren, weshalve ik dit niet geloof: er is groot gevaar, dat de sociale veiligheid aan het streven naar individueel psychologisch verdiende straffen wordt opgeofferd. Allicht niet in beginsel. Principieel zal men niet zoo gemakkelijk vergeten, dat de gemeenschap in het gedrang kan komen, als men

zich te zeer laat leiden door het verlangen, de straf aan des beklaagden psyche aan te passen. Doch in de praktijk is het hard, voor zich de overtuiging te hebben, dat een medemensch niet meer dan zekere straf verdient en al het meerdere, dat men hem doet lijden, *te zijnen opzichte* onnoodige kwelling is, en dan toch dat meerdere op te leggen, om der gemeenschip wille. Zal elke rechter die toch zoo noodwendige hardheid van zich kunnen verkrijgen? En zoo niet, is het dan maar niet beter, als hij niet te precies weet, wat die medemensch, enkel individueel-psychologisch beschouwd, aan straf verdient? Is het bij ons soortelijk weinig gedifferentieerd strafstelsel bovendien ook zelfs maar waarschijnlijk, dat iedere veroordeelde daarin zijne „verdiende" straf kan vinden?

II.

Zoo lijkt dan de phychologische toemeting, in den zin van op detailstudie van des beklaagden phyche gegronde keuze van soort en hoeveelheid der straf niet begeerlijk. Doch dan rijst de vraag, hoe we dan wèl de juiste soort en mate der straf zullen hebben te vinden, m. a. w, naar welk systeem we hebben toe te meten. De vraag zelve moet voor den buitenstaander bevreemdend zijn. „Jaar in, jaar uit wordt er gestraft", zal hij zeggen, „duizenden malen 's jaars en sedert ruim 30 jaren in hoofdzaak volgens hetzelfde wetboek, en nu vraagt ge nog, naar welk systeem er is te straffen!" Wij juristen weten helaas, dat die vraag, naar welk systeem er moet worden gestraft eigenlijk — nog voorbarig is. Want om die vraag te kunnen beantwoorden, moeten de systemen, welke met elkaar vergeleken worden en waaruit een keuze zal worden gedaan, bewust en voor alle belanghebbenden erkenbaar in praktijk zijn gebracht, en daaraan ontbreekt nog wel iets. Laat ons aannemen, dat er zoo niet overal, dan toch

hier of daar naar zeker vastomlijnd stelsel wordt gestraft, dat men bij een bepaalden rechter inderdaad ter zake van twee zeer gelijksoortige delicten, bedreven door twee zeer gelijkgeaarde personen op vrijwel gelijke straffen kan rekenen en het eventueel verschil in straf uit de toch nog wel bestaande verschillen in personen of daden voldoende kan worden verklaard. Blijkt dit dit dan voor eenig ander dan wellicht den betrokken ambtenaar van het O. M.? Het antwoord moet ontkennend luiden. Immers bijna zonder uitzondering maakt de strafrechter gebruik van zijn recht, zijne strafmaat niet te motiveeren. En waar hij 't wel doet, pleegt men als regel te doen te hebben met een zeer bijzonder geval, dat over het eventueel als regel gevolgd systeem, al heel weinig uitsluitsel geeft. Wellicht zal dit na totstandkoming van een nieuw Wetboek van Strafvordering beter worden, doch zeker is het niet. Motiveering, b.v., enkel bestaande in het noemen van een paar voor de toemeting belangrijke gezichtspunten, doet wellicht een systeem gissen, duidelijk getoond wordt het daardoor niet. En toch is dit laatste noodig, wil de belangstellende derde een gevolgd strafsystoem in zijne werking kunnen bestudeeren en zichzelve omtrent deszelfs licht- en schaduwzijden een oordeel vormen.

Maar bestaàt er nu systematische straftoemeting, zij het dan ook als een bloempje, dat in het verborgen bloeit? Ja, dat is natuurlijk zoo in het algemeen heel moeilijk te zeggen, daar de meesten niet achter de couliesen van onze Raadkamers kijken en zij, die iets meer ingewijd zijn, toch gewoonlijk slechts plaatselijke ervaring hebben, niet weten, hoe het buiten hunne standplaats toegaat en overigens krachtens hun ambtseed hebben te zwijgen. We hebben dus slechts uit de symptomen tot de feiten te concludeeren. En dan geloof ik, zeer weinig

tegenspraak te zullen ontmoeten, wanneer ik beweer, dat het eene zeer groote zeldzaamheid is, zoo een Officier van Justitie zich bij zijn requisitoir zegt te gronden op de hèm toch allicht — zoo ze bestaat — uit ervaring bekende toemetingsjurisprudentie van zijn college, en een hooger of lager eisch dan de straf, in een vroegere zaak uitgesproken, van die vroegere straf uitgaande motiveert door het opsommen van afwijkende omstandigheden. Het schijnt inderdaad wel eens voor te komen, dat zulke requisitoiren genomen worden, doch 't is hooge, hooge uitzondering. De meeste vorderingen zijn — wat de strafmaat betreft — niet —, of vaag gemotiveerd, betrekkelijk hoog of laag, naar gelang van den meer of min „crimineelen" aanleg van den betrokken ambtenaar en overigens verrassingen, gelijk de straffen, die er op volgen. Wie dat meemaakt, kan zich moeilijk aan den indruk onttrekken, dat er toegemeten wordt naar gevoel, ingave des oogenbliks of hoe men dat noemen wil, in elk geval niet volgens een streng omlijnd systeem. Is die indruk juist? De ~~sluiers~~ der raadkamers zouden moeten worden opgelicht, om hier het antwoord, of wat waarschijnlijker is, de vele verschillende antwoorden te geven. Zoo heel erg willekeurig, als men wellicht uit gemeld symptoom zou afleiden, zijn de toegemeten straffen waarschijnlijk niet. Geheel werktuigelijk toch zal zich in een rechtsprekende groep, en zoo ook bij den Kantonrechter, wel eene lijn van toemeting ontwikkelen, waarbij voor bepaalde, vaak in ongeveer denzelfden vorm voorkomende delicten, telkens dezelfde — zij het dan ook in den regel onuitgesproken — gedachtengangen op den voorgrond komen en tot niet al te sterk onderling afwijkende straffen leiden. Dat dit voldoende is en eenen veroordeelde den waarborg geeft, dat hij tegenover eenen

Sluiers uit

lotgenoot, die, omstreeks in gelijke omstandigheden als hij zelf, vrijwel in gelijk opzicht zich misdroeg, niet in het nadeel is, mag m. i. niet worden beweerd. En nu is het misschien wel waar, dat de veroordeelden *in den regel* zulke vergelijkingen niet maken, doch dat heft het bezwaar niet op, want *soms* zullen dergelijke vergelijkingen stellig wèl worden gemaakt en ook afgezien daarvan is het zaak der rechtssprekenden, dat er hier recht worde gedaan, d. w. z. gelijk voor gelijk worde gegeven en, waar er verschil bestaat, eenheid van maatstaf blijke. Honderdmaal belangrijker is dat, dan qualificatieve nuanceeringen en al die andere juridische lekkernijen, waaraan men zijne denkkracht kan stalen, doch die met een nauwkeurige toemeting wel iets, maar toch niet veel te maken hebben. Nochtans geloof ik niet, dat men nu bij de toemeting op veel meer systeem te rekenen heeft dan dat wat zich in des rechters geest min of meer onbewust ontwikkelt. Ik geloof 't — tegenbewijs wordt dankbaar aanvaard.

Dat zulk een onbewust, slechts gevoeld systeem — zoo we er al dien naam aan mogen geven — in de vonnissen niet gemotiveerd worden kan, spreekt van zelf; dat 't dus geen grondslag kan zijn voor vergelijkende studie is evenzeer duidelijk en dat men, om tot deze laatste te komen, moet trachten zich a. h. w. mathematisch rekenschap te geven van elke op te leggen straf, is onafwijsbare consequentie.

Men zal niet mogen verwachten, dat ten dage, waarop men aldus zal gaan handelen, er inderdaad spoedig één systeem van toemeting zal zijn geboren. Het is natuurlijk verre van dien. Om te beginnen zal elke Kantonrechter en elk college, ja elk lid daarvan, zich voelend en tastend zijn systeem moeten opbouwen. En veel, wat aldus opgebouwd is, zal bij eene

volgende gelegenheid onhoudbaar blijken of uit het oog worden verloren. Eerst als dit denkproces in veler brein zal zijn ontstaan en zekere vastigheid en bekendheid zal hebben gekregen, kan de critiek haar werk beginnen en zullen we beleven — wat we tot nu toe niet hebben gekend — bewuste, bekende en beoordeelde toepassing der tallooze straftheoriën op de feiten. En pas, wanneer die eenige jaren zal hebben bestaan, zullen we wellicht eene gevestigd stelsel van straftoemeting bezitten, dat — ook als men het in zijn vollen omvang (dus niet slechts van elken rechter of elk college op zich zelf) beziet — niet meer doet vreezen, dat het toeval er eene *groote rol bij speelt.*

Zal het aldus gaan, dan mag voorzeker van schrijver dezes nu niet worden verwacht de ontvouwing van een systeem voor toemeting, dat, als zijnde aprioristisch, geen waarborg voor bruikbaarheid zou bieden. Wat hierna gegeven zal worden, is dan ook niet anders dan een zeer grof schema, dat zelfs zóó al vol is van betwistbare opvattingen. Nochtans kan dit schema zijn nut hebben, omdat toch allicht er door wordt aangetoond, dat systeemvorming mogelijk is, al zal het stelsel zich dan ook wellicht heel anders ontwikkelen, dan het hieronder wordt geschetst.

Zoo ik dan al met niet minder gelijkmoedigheid dan belangstelling de wording van een bewust, vastomlijnd stelsel van straftoemeting tegemoet zie, toch is er één opzicht, ten aanzien waarvan, naar ik hoop, de wording van het stelsel zal overeenstemmen met het door mij ontwikkeld schema: Maatgevend moge zijn — ter wille der maatschappelijke veiligheid — het objectieve feit. Eerst dan moge invloed worden toegekend aan persoonlijke eigenschappen en omstandigheden des beklaagden, en daaronder dan in de eerste plaats hebben

te tellen die, welke van zelf, ook zonder studie der persoonlijkheid, de aandacht trekken en gewoonlijk *algemeen* psychologische conclusies toelaten. Eindelijk en pas in de laatste plaats rekene men met de dieper liggende en als regel meer individueele psychologische eigenschappen des beklaagden, en dan slechts, voorzoover het O. M., de verdediging of beklaagde zelf het noodig achten deze *met klem van redenen* onder des rechters aandacht te brengen. Met klem van redenen! Want individueele psychologie is gevaarlijk terrein, tot welks verkenning onze strafrechtspleging, gelijk ik hierboven al zeide, niet fijn genoeg bewerktuigd is en waarop zij zonder hulp van buiten af niet veel anders zal doen dan dwalen. En — het kan niet genoeg worden herhaald — in de laatste plaats, d. w. z., nadat de gekrenkte gemeenschap, doordat er behoorlijk is rekening gehouden met het objectieve feit, a. h. w. de zekerheid zal hebben verworven, dat hàar belang meer dan alles weegt.

Dàt eene lijkt me belangrijk, al het andere is slechts als eene aanmoediging te beschouwen. Na deze inleiding begin ik mijn opbouwende poging.

III.

Tweeërlei schijnt onvermijdelijk; allereerst eene bepaalde manier van strafbecijfering; voorts eene methode, om, waar verschillende soorten van straf mogelijk zijn, daaruit eene keuze te doen.

Wat nu die becijfering betreft, lijkt mij dit een goed uitgangspunt, dat we in de eerste plaats bepalen de straf voor het volstrekt kleurlooze delict volgens wetsomschrijving gepleegd door, wat men zou kunnen noemen den „normaaldader". Als de passende straf voor dit geval, zou in het algemeen moeten worden gesteld, eene zekere fractie,

b. v. de helft, van het bedreigde maximum. Hier al dadelijk kan ik me voorstellen. dat men uitzonderingen maakt, met name dan, als onder één delictsvorm de allerverschillendste daden of werkingen zijn samengevat. Men denke aan eenvoudige beleediging. Daar is de maximumstraf berekend op uitingen, die den beleedigde ernstig kunnen krenken, d. w. z. hem in zijn gevoel van eigenwaarde of stelling tegenover anderen aantasten. De „normaalstraf" van, laat ons zeggen, de helft van het maximum zou echter stellig veel te hoog wezen, voor de vele gevallen, waarin van ook maar eenigszins ernstige aantasting van dat gevoel of die stelling geen sprake kan zijn, gelijk het b. v. bij tallooze „dronkemansbeleedigingen" het geval is. De beleediger gelooft daar zelf niet, wat hij zegt, vindt zelf niet, dat de door hem uitgescholden persoon die mate van minderwaardigheid bezit, welke in zijne woorden uitgedrukt ligt. En wat meer zegt, de beleedigde twijfelt door die uitlatingen geen oogenblik aan zijn eigen waarde en gelooft ook niet, dat eenige derde dientengevolge van zoodanigen twijfel — laat staan meer — zal worden bekropen. Zoo wordt door art. 266 niet slechts de eigenlijke beleediging, maar ook de grove overtreding van de voorschriften van goeden omgang met de medeburgers strafbaar gesteld, twee gradueel zeer verschillende soorten van feiten. Waar slechts de voorschriften van goeden omgang grovelijk zijn geminacht, zal de normaalstraf, van welke men bij de becijfering van de straf in concreto uitgaat, zeker heel wat lager moeten zijn dan 1½ maand gevangenisstraf.

Alhoewel dan voor gevallen, als zoo juist aangegeven, en mogelijke andere, een afwijking zeer aannemelijk achtende, lijkt mij de helft van het bedreigde maximum een goed uitgangspunt, waarbij aan de bedoelingen des wetgevers de eer is gegeven, die haar toekomt. Het is duidelijk, dat

deze „normaalstraf in abstracto" niet steeds slechts met hulp van één artikel zal kunnen worden vastgesteld, doch daarbij ook eene rol is toebedeeld aan de in de wet voorziene verzwarings- en verlichtingsartikelen, zoowel de bijzondere (b.v. art. 304 Swb.) als de algemeene (poging) en half algemeene (recidive-bepalingen).

De volgende stap is: het objectieve feit nader te betrachten en als gevolg daarvan de „normaalstraf in abstracto" te modificeeren naar gelang van het bijzondere beeld van het onderhavige delict tot wat ik zou willen noemen de „normaalstraf in concreto". Die volgorde eischt m. i. de sociale orde. Begint men — in afwijking van het hier voorgestelde — met het subject, den dader, dan wordt zoo licht onder invloed van persoonlijke overwegingen het feit vergeten. Denkt men daarentegen éérst aan het feit, dan is er, als dit ernstig is, toch nog wel eenige kans, dat dit, eenmaal weerspiegeld in eene hooge „normaalstraf in concreto", door den later losbrekenden storm van persoonlijke momenten, niet al te zeer zal worden weggevaagd.

In dit stadium der toemetende werkzaamheid is er dus plaats voor overwegingen, betrekking hebbende op de groote — of omgekeerd onbeteekende waarde van het gestolene, de bijzondere bescherming, waarop zekere objecten aanspraak moeten maken (rijwielen); de bijzondere aanstekelijkheid van sommige misdadige gedragingen, in verband met de omgeving, waarin het feit gepleegd is (leerplichtwet-overtredingen in volksbuurten) of de tijdsomstandigheden (aardappel- en kolendiefstallen in den laatsten tijd) (1).

---

(1) Dat juist hier, ook in verband met de te bespreken subjectieve omstandigheden, de verschillende theoriën tot zeer uiteenloopende resultaten zullen leiden, spreekt vanzelf. Zoo zal b.v.

Dan eindelijk is er ruimte voor de subjectieve elementen. Daarbij zou ik willen onderscheiden tusschen de elementaire en de dieper liggende. Van de eerstbedoelde kan worden verwacht, dat de rechter er van zelf zijne aandacht aan wijdt: men denke aan leeftijd, vroeger ondergane straffen (voorzoover buiten de recidive bepalingen vallend) en *tot op zekere hoogte* nog den geestelijken en moreelen ontwikkelingsgraad. De conclusies, uit deze soort subjectieve omstandigheden te trekken, zullen in den regel wel van zeer *algemeen* psychologischen aard zijn. De rechter zal niet licht overwegen, hoe de beklaagde, wiens zaak hij juist behandelt, uithoofde zijner individueele eigenaardigheden (die hij immers meestal niet kent) op de straf reageeren zal; wel daarentegen rekent hij, om een voorbeeld te noemen, met het feit, dat de dader jong is en de algemeene waarheid, dat jonge personen vatbaarder zijn voor indrukken dan meer bejaarde, met conclusie dat de normaalstraf voor den jongen beklaagde te hoog is.

In de laatste plaats komen we dan eindelijk tot de dieper liggende psychologische momenten; het werd hierboven als gezegd: tot het ontdekken van dèze is onze strafrechtspleging niet ingericht; zelfstandige opsporing van motieven, karakter en de finesses van des beklaagden intellectueele en moreele vermogens mag van den rechter niet worden verlangd. Hier moeten O. M. en verdediging hem de stof leveren en liefst eenigzins verwerkt ter nadere overweging aanbieden. Laten deze organen dit na, dan zullen deze bijzondere psychologische factoren

---

plundering objectief gezien een ernstiger feit zijn dan diefstal, doch de schuldgraad, noodig, om tot plundering te geraken, veel geringer kunnen zijn dan die tot diefstal vereischt. Bij den eenen rechter zal meer op den verzwarenden, bij den anderen meer op den verlichtenden factor worden gelet.

buiten beschouwing moeten worden gelaten. Dat het daartoe *in belangrijke strafzaken* zou kunnen komen, is ondenkbaar. De goede naam van den verdediger eischt, dat hij er zich voorspant, ten voordeele van den beklaagde alles naar voren te brengen, wat tot diens ontlasting en mindere bestraffing strekken kan. Mogelijk blijft natuurlijk, dat de verdediger daarbij onhandig is; om dit gevaar naar vermogen te keeren, zou men eigenlijk van staatswege aangestelde strafrechtsadvocaten moeten hebben, welke tegen een vast tractement als raadsman worden toegewezen aan allen, die wegens ernstige feiten terecht zullen staan. Desnoods enkel in appel, ten einde den jongeren de kans niet te ontnemen, lauweren te oogsten.

Wat onbelangrijke zaken betreft, — met name is hier gedacht aan de meeste overtredingen en aan de onbeduidende mishandelingen, verzetten en beleedigingen, welke, zoo ze onder de jurisdictie van het Kantongerecht vielen, niet sterk van de daar nu behandelde delicten zouden afsteken, — geloof ik, dat men zich de individueel-psychologische beschouwing daarbij gerust zal kunnen sparen. Zoo'n zwaarwichtige behandeling verdienen die zaken niet, waarmede natuurlijk niet gezegd is, dat niet aan het objectieve feit en de *algemeen* psychologische omstandigheden evenveel aandacht moet gegeven worden, als bij groote zaken. Eene regelmaat, waarmede voor verzet en „bloedelooze" mishandeling vrijwel steeds dezelfde straf toebedeeld wordt, juich ik allerminst toe. Ook dát is willekeur, omdat daarbij voor de hand liggende verschillen veronachtzaamd worden. Ongemotiveerde gelijkheid is niet minder verkeerd dan ongemotiveerd verschil.

Naast de volgorde, waarin de objectieve en subjectieve elementen voor des rechters geest de revue zullen hebben te passeeren, is het natuurlijk van belang, na te gaan,

in welke mate elk dier elementen invloed zal hebben te oefenen bij de modificatie der normaalstraf in abstracto. Immers: de verzwarende en verlichtende momenten zullen uitteraard telkens in andere en onderling zeer verschillende graden aanwezig zijn. Men zou die graden dan m. i. het best telkens met cijfers kunnen aanduiden en voorts, wat de objectieve elementen betreft, ter zake van ieder moment, naar gelang van het daarop betrekking hebbende cijfer een evenredig deel der „normaalstraf ter zake van het feit in abstracto" bijtellen of aftrekken (1). Aldus komt men dan tot de juiste straf wegens het „concrete feit voor den normaalpersoon" welke daarna nog zal dienen te worden gemodificeerd onder invloed der subjectieve elementen. Ook die kunnen weer in cijfers, aangevende den graad, waarin ze verlichtend of verzwarend werken, worden uitgedrukt. Elk cijfer moet dàn echter niet, gelijk bij de objectieve elementen, een evenredig deel der normaalstraf ter zake van het feit in abstracto vertegenwoordigen, maar een van de straf wegens het

(1) De factor leeftijd is b.v. — gelijk van zelf spreekt — voor tallooze nuanceeringen vatbaar. Jeugdige en zeer hooge leeftijd werkt allicht sterk strafverminderend. Naarmate de meerderjarigheid in een minder ver verschiet ligt of de beklaagde zijn beste jaren minder lang te boven is, zal omgekeerd deze factor van geringer beteekenis worden.

Vroeger ondergane straffen zullen soms heel sterk verhoogend werken, soms weer niet; dit laatste b.v. bij zeer ernstige delicten — men denke aan diefstal met braak — waarbij als het normale geval moet worden aangenomen, dat de dader geen nieuweling is en veeleer al een omvangrijke misdadigerswerkzaamheid achter den rug heeft. Die laatste omstandigheid moet dan logischerwijze in de normaalstraf al tot haar recht gekomen zijn en mag dus geen aanleiding wezen tot verhooging. Omgekeerd zal, zoo de dader van een dergelijk delict inderdaad bij uitzondering eens een nieuweling is, die omstandigheid sterk verminderend moeten werken.

concrete feit aan den normaalpersoon op te leggen. M. a. w. de strafverzwarende of verlichtende kracht der *subjectieve* elementen hangt af van de zwaarte der in concreto gepleegde feiten. Naarmate het delict in concreto, objectief gezien, ernstiger is, groeien de proporties der subjectieve verzwaringen en verlichtingen, naarmate het lichter is, krimpen zij in. Niet dus in absoluut gelijke vermeerderingen of verminderingen wortelt het systeem, doch in relatief gelijke; en zoo mòet het zijn, daar anders alle verband tusschen het objectieve feit in concreto en de ten slotte op te leggen straf zou verloren gaan.

De practijk zal hier mettertijd tabellen moeten scheppen, waarmede zonder al te veel berekeningen de telkens toepasselijke straffen kunnen worden gevonden. Bij dat woord „tabellen" zie ik menigeen schrikken, doch m. i. ten onrechte. Immers wat is het schrikaanjagende daarvan? Niet anders dan het bindende, ook voor weinig passende gevallen, het al te on-individueele. Doch dat is hier niet te vreezen, want die tabellen dienen slechts, om het grofste werk niet telkens te moeten herhalen. Heeft de tabel in elk bijzonder geval hare diensten gedaan, dan kàn, ja moèt volgen de afronding der straf volgens de bijzondere eischen van het onderhavige feit.

IV.

Nadat in de vorige afdeeling gepoogd is, een algemeen schema der quantitatieve toemeting te geven, schijnt het geboden, daaromtrent nog eenige meer bijzondere opmerkingen te maken. Allerminst is het daarbij de bedoeling, de materie uit te putten. Mijn streven is slechts, op sommige punten te wijzen, ten aanzien waarvan men in de praktijk zijn standpunt zal moeten bepalen.

Onwillekeurig wordt dan ook omtrent die punten eigen meening ten beste gegeven, waarmede dan echter allerminst ontkend wordt, dat ook ten dezen de praktijk eerst de houdbaarheid dier meening zal kunnen leeren.

In de eerste plaats dan meen ik een enkel woord te moeten wijden aan de schuld, die, onvoorwaardelijk vereischte voor strafoplegging en dus practisch van het hoogste belang, het toch nog maar niet tot een vaste begripsomlijning heeft kunnen brengen. Vroeger scheen het wel alsof men onder „schuld" een verzamelwoord had te verstaan van dolus en culpa, doch nu omvat ze blijkbaar nog meer en moeten er gedragingen zijn, welke men niet eens laakbaar kan noemen en niettemin met „schuld" bedreven en strafbaar zijn.

Hierop zal in dit opstel niet nader worden ingegaan; zonder meer duidelijk is het, dat het bij stelselmatige toemeting onder de oogen dient te worden gezien. Naar ik vertrouw, zal men dan, op het punt zijnde, bovenbedoelde niet-laakbare handelingen te straffen, bij de motiveering, zelfs van de minimumstraf, met de handen in het haar zitten en berouwvol tot de oude opvatting terugkeeren.

Intusschen is er ook bij de meer beperkte, oude, opvatting der strafrechtelijke schuld geen gebrek aan schakeeringen, welke allicht tot verschillen in strafmaat moeten leiden. Zal nu boven en behalve de reeds vermelde becijferingen, nog eene bijzondere berekening in verband met den schuldgraad noodig wezen? Het antwoord schijnt me, niettegenstaande het zeer groote belang van den schuldgraad, als regel ontkennend te moeten luiden, en wel hierom, omdat men, *behoudens uitzonderingen*, zal mogen aannemen, dat in de straf wegens een concreet feit aan zekeren beklaagde op te leggen, de aan dat feit geëvenredigde schuld automatisch meegestraft

wordt. Behoudens uitzonderingen! Er zal dus kùnnen worden aangetoond, dat de schuld grooter is of kleiner dan a. h. w. in het feit ligt opgesloten. Grooter zou ik haar b.v. willen noemen, als er eene in het oog loopende wanverhouding is tusschen het kleine belang, dat de dader bij het door hem gepleegde feit had en de groote schade, die hij voorzag, er door te zullen aanrichten. Kleiner uitteraard in het omgekeerde geval en in het algemeen, als de beklaagde minder inzicht heeft in de gevolgen zijner gedragingen dan een normaal mensch, of ook als de hem omringd hebbende gemeenschap zich met de haar ten dienste staande middelen beter tegen hem en zijnen abnormalen aanleg had behooren te weren, dan ze gedaan heeft.

Dat de beklaagde niet uit weelde gehandeld heeft, is natuurlijk geen grond, den schuldgraad geringer te achten; wèl is handelen zonder iets, dat ook maar naar nood zweemt, schuldverzwarend. Tout savoir, c'est tout pardonner, gaat op dit gebied zeker niet op.

Het zijn maar een paar kleine grepen, die hier worden gedaan. Als er eenmaal op het onderhavige terrein practisch is gewerkt en de mate der schuld gemotiveerd in de vonnissen, welke daartoe aanleiding geven, is verantwoord, zal er op dit gebied zeker nog veel te zeggen wezen.

Slechts ééne opmerking wil ik mij hier ten aanzien der schuld nog veroorloven, n.l. omtrent het moment, waarop bij de strafbepaling eventueel de schuldgraad zal hebben mede te spreken. Dat moment zal m.i. moeten zijn het laatste, dat dus, hetwelk aan de vaststelling der straf onmiddellijk voorafgaat. Bij de bepaling van den schuldgraad toch spelen objectieve en subjectieve omstandigheden gelijkelijk mee; ze is geen eng begrensde werkzaamheid meer, maar eischt, dat feit en beklaagde met breeden blik worden overzien, opdat daaruit zoo noodig

voortkome eene correctie der overigens reeds in allen deele becijferde straf.

Eene tweede opmerking betreft den invloed van qualificatieve nuanceeringen en onvolledige omschrijvingen in de dagvaarding op de strafmaat. Men denke, wat die nuanceeringen aangaat, aan de vele dagvaardingen, waarin, niet ingevolge twijfel over de feiten, doch wegens wetenschappelijke dubia, daderschap, subsidiair medeplichtigheid, of wel diefstal, subsidiair verduistering wordt ten laste gelegd; voorts, op het gebied der onvolledige omschrijvingen, aan de vele gevallen, waarin de feiten, gelijk ze nu wel niet geïmputeerd, maar wel bewezen zijn, aanwijzen, dat er bij het plegen van het te laste gelegde in meer opzichten is tekort geschoten, dan uit den soberen opzet der dagvaarding alleen, kan worden vermoed. Ik wijs op ontrouw in dienstbetrekking, welke bij heel wat meer verduisteringen aanwijzig blijkt dan men uit de desbetreffende dagvaardingen kan lezen.

In al die gevallen zal m. i. de rechter hebben rekening te houden met de feiten, zooals ze werkelijk zijn. Het is stuitend voor het rechtsgevoel, dat de „dief" profiteere van de vernuftige vinding der juristen, volgens welke het door hem gepleegde feit wetenschappelijk verduistering heeft te heeten, met het gevolg, dat de „normaalstraf" een half jaar geringer is en dit doorwerkt op de straf, die hem werkelijk wordt opgelegd. Natuurlijk blijft men gebonden aan het maximum, doch overigens behoeft zich de rechter m. i. niet te ontzien, in een dergelijk geval de werkelijkheid over de vorm te doen zegevieren. Dat kan zeer ongedwongen in zijn werk gaan en de motiveering zal, geloof ik, niet moeilijk zijn. Een grensgeval, gelijk men dat immers in zoo'n casuspositie voor zich ziet, heeft uiteraard steeds ook eigenschappen aan

zich van het delict, dat bij het doorhakken van den knoop der twijfelingen, geacht werd, niet aanwezig te zijn. Wat is er dan eenvoudiger, dan dat men die eigenschappen in den vorm van buiten de wet liggende verzwarende omstandigheden door een achterdeurtje ter wille der strafbepaling weer binnen leidt?

Voorts dient te worden overwogen de vraag, in hoeverre mag worden gelet op geheel andere feiten, dan die, welke ten laste zijn gelegd. Wij allen kennen de bloemlezing-dagvaardingen, die, om welke redenen dan ook, uit een groot zondenregister een of meer, liefst gemakkelijk bewijsbare grepen doen en wier steller wellicht vaak hoopt, dat de rechter eene straf zal opleggen, door welke beklaagde meteen ook ter zake van het niet ten laste gelegde zijn loon krijgt. Ik zou aan die verwachting slechts dan willen tegemoet komen, als de beklaagde al die andere vergrijpen ook bekent. De bevestiging der omstandigheden van elders of welk meerder bewijs dan ook, zou ik niet willen eischen. Bij de motiveering der strafmaat kan men eenvoudig zeggen, dat de beklaagde heeft toegegeven, dat het hem ten laste gelegde niet alleen stond en derhalve dit laatste in een ander licht verschijnt, waarna dan verder het werkelijk geblekene als uitgangspunt voor de strafbecijfering wordt aanvaard, behoudens dan, dat de inhoud der dagvaarding voor het maximum maatgevend blijft. Ontkent de beklaagde echter, dan moet de hoop van het O. M. onvervuld blijven. Verdenking van een feit is nu eenmaal nog geen bewijs daarvan en zoolang dit laatste niet geleverd is en de beklaagde niet implicite heeft te kennen gegeven, de gevolgen ook van het wettelijk onbewezene te willen dragen, mag de rechter op dat feit niet letten, nòch openlijk, nòch langs een omweg. Dat kan hard zijn, vooral, wanneer men te doen heeft met misdadigers, die

na veel tot niets leidende verdenkingen, eindelijk eens gegrepen zijn en van wie men eigenlijk begrijpen kan, dat ze van misdrijf, steeds van hetzelfde soort, geleefd hebben (b.v. afdrijving). Maar nochtans mag men m. i. geen vrijheid vinden, bij het opleggen der straf verder te gaan dan hierboven aangewezen. Een kleine troost voor hen, die zulks moreel onbevredigend achten, is hierbij, dat in de strafmaxima van delicten, die men eigenlijk steeds „gewohnheitsmässig" begaat de misdadige gewoonte, naar men mag aannemen, reeds meegestraft wordt. Zelfs een zeer ernstig feit, onder een dier misdrijven vallende, zal dan ook, als het *klaarblijkelijk* een gelegenheidsmisdrijf is, niet licht met het maximum of althans met weinig minder worden gestraft.

Wijders zij nog op het navolgende gewezen: Het is m. i. niet juist, bepaalde verzwarende of verlichtende omstandigheden voor de meest uiteenloopende delicten ceteris paribus steeds op dezelfde wijze in rekening te brengen. Zoo zal ten aanzien van dieven, voorzoover ze niet feitelijk van diefstal leven, de waarde van het gestolen voorwerp zeer van beteekenis zijn voor de zwaarte der straf. Bij den heler geldt dat weer niet. Wie heelt, die maakt daar — dit mag men als sociale waarheid wel aannemen — eene gewoonte van en of het object in een gegeven geval nu wat grooter of kleiner van waarde was, dat is eigenlijk maar toeval, hetwelk voor de straftoemeting weinig gewicht in de schaal legt. Heeft men bij uitzondering eens te doen met gelegenheidsheling, die natuurlijk ook wel voorkomt, dan herwint de waarde van het object weer beteekenis. Doch dat moet dan blijken. Zoolang in het proces het karakter eener heling als gelegenheidsdelict niet aan het licht gekomen is, mag men aannemen, dat er eene misdadige gewoonte bestaat. Voor zulke gevallen althans heeft men dan — het werd hierboven reeds in

een ander verband opgemerkt — bij de toemeting geen last van het niet tot volledige klaarheid brengen van des beklaagden zondenregister in zijn vollen omvang (1).

Men zal nu natuurlijk ook nog een stap verder kunnen gaan en bij delicten, waarin men misdadige gewoonte niet als vanzelf sprekend mag betrachten, doch wel in casu bewezen acht, de beteekenis van het object uitschakelen. Staat eenmaal vast, dat iemand van diefstal leeft, dan is het niet meer van belang, of hij bij het plegen van den diefstal, waarvoor hij terechtstaat, nu juist eens een goeden of een minder voordeeligen slag sloeg. Hier zij terloops er op gewezen, dat waar er gestraft wordt op grond van bewezen gewoonte, het — gelijk zonder meer duidelijk is — onjuist moet worden geacht, om bovendien ter zake van eene rij gelijksoortige misdrijven, voor de toemeting met art. 57 Swb. te opereeren. Deed men dit, dan zou dezelfde verzwarende omstandigheid twee malen meetellen.

Neemt men — volgens het zooeven betoogde — eenmaal aan, dat bij sommige delicten het object een zeer beduidende rol speelt, terwijl het bij andere vrijwel zonder beteekenis blijft, dan zal het geen verwondering baren, zoo er tusschen deze beide uitersten allerlei overgangsvormen worden aangetroffen, welke de praktijk wel tot ontwikkeling zal brengen. Hetzelfde wat hierboven

(1) Het hier over de heling gezegde is zeer betwistbaar, gezien het bestaan van art. 417 Swb., de gewoonteheling, waartegenover dan art. 416 zoude zijn de gelegenheidsheling. Ik voor mij zou aan het sociale argument meer kracht toekennen dan aan het wettelijke. Zeker wordt art. 417 door mijne opvatting niet overbodig. Hadden we het niet, dan zou het maximum van art. 416 hooger moeten zijn en daarvan het practisch gevolg wezen, dat de *werkelijke* gelegenheidsheler er te slecht afkwam. Want het maximum heeft toch altijd eenigen invloed ook bij de toemeting der straf ter zake van minder zware vormen van het onderhavige delict.

over den schuldgraad werd gezegd, zal ook op dit gebied wel juist zijn: er mag zekere evenredigheid worden aangenomen tusschen delictvorm en schadelijk gevolg. Hoe bedenkelijker de delictvorm, hoe meer schade mag men er redelijkerwijs van verwachten en des te minder reden is er, om een groote schade bij de straftoemeting sterk in het gewicht te doen vallen. Wie een zeer waardevol voorwerp zich toeëigent door eenvoudigen diefstal, zal bij de toemeting allicht ervaren, dat het geen kleinigheid was, waarin hij zich vergrepen heeft. Is hij daarentegen dat zelfde voorwerp machtig geworden door diefstal met braak en inklimming, dan zal de waarde van het object allicht niet — of nauwelijks strafverzwarend werken. Men breekt nu eenmaal niet in, om niet meer dan eene kleinigheid weg te nemen en men mag dus aannemen, dat bij de vaststelling van de normaalstraf voor diefstal met braak en inklimming al op eene belangrijke wegneming gerekend is.

Eindelijk zij hier nog aangestipt, dat een goede straftoemeting het soms niet zonder hypothesen zal kunnen stellen. Ik denk hier vooral aan het straffen der poging. Hier geldt 't niet enkel de vraag, wat iemand deed, doch ook die, wat iemand zou hebben gedaan. En daarbij zal men m. i. niet zoozeer moeten letten op het nadeel, dat *werkelijk* zou zijn veroorzaakt, als wel op dat, hetwelk redelijkerwijs mocht worden verwacht. Wie in eene groote zaak poogt, de brandkast te forceeren, doch daarmede geen geluk heeft, mag niet profiteeren van de toevallige omstandigheid, dat daarin in den nacht van den inbraak, nauwelijks iets van waarde aanwezig is.

Maar ook bij voltooide delicten hebben we de hypothese noodig, om behoorlijk toe te meten. Wie een persoon berooft, wetende, dat hij incasseerder eener bankinstelling is en dit doet op een tijd, dat hij, de dief, mag aan-

nemen, dat die incasseerder als zoodanig in functie is, mag niet worden gebaat door de toevallige omstandigheden, dat bedoelde incasseerder tijdens den overval net eene groote uitbetaling gedaan heeft en slechts enkele guldens onder zijne berusting heeft.

De hypothese zal natuurlijk weer hebben te wijken voor de werkelijkheid, wanneer mocht blijken, dat de beklaagde niet heeft verwacht, wat hij redelijkerwijs mocht verwachten. Of dit nu gebeurt, door de hypothese eenvoudig te elimineeren of wel door haar eerst te gebruiken en later de straf te verhoogen of te verlagen door het aannemen van eene meerdere of mindere schuld dan die, welke adaequaat is aan het feit, gelijk men dit met hulp der hypothese objectief ziet, is eene questie van methode. Ik voor mij zou voor den langsten weg — d. i. dus de hier laatstelijk aangeduide — verreweg het meest voelen, omdat aldus de waardeering geschiedt met in aanmerking neming van alle, in welke richting ook werkende gezichtspunten: *slechts aldus houdt men systeem.*

Er is hier, dat blijkt voldoende — aanleiding tot eene rijke casuistiek en het spoor daarin niet bijster te worden, is geenszins gemakkelijk. Doch ook in dezen zal zonder twijfel ervaring den meester maken en wat eerst stroef en weifelend gaat, later licht en met helder inzicht doen geschieden.

V.

De moeilijkheden, aan eene juiste toemeting verbonden, worden nog grooter, wanneer het mogelijk blijkt, verschillende soorten van straffen of maatregelen toe te passen. Dan hebben we ons niet slechts over de quantiteit, maar ook over de qualiteit der straf het hoofd te breken en het behoeft wel geen betoog, dat de beslissing omtrent

de hoedanigheid der straf al evenmin als die ten aanzien harer duur, resp. geldelijke zwaarte van toevalligheden afhankelijk mag zijn. De eisch der systematische toebedeeling moet ook hier streng worden gesteld.

Eigenlijk bestaat er vrijwel steeds, wanneer de rechter een misdrijf van niet al te ernstigen aard te berechten heeft, noodzakelijkheid tot het doen van een qualiteitskeuze, n.l. die tusschen onvoorwaardelijke en voorwaardelijke strafoplegging. Zeer theoretisch gesproken, zou stellig kunnen worden beweerd, dat de beslissing omtrent deze keuze eigenlijk de strafsoort niet raakt, doch slechts is eene vraag ten aanzien der tenuitvoerlegging. Nu goed, laat dit zoo zijn, dan blijft daarmede toch onbestreden, dat het voor den beklaagde een zaak van zeer overwegend belang is, of hij al dan niet de voorwaardelijke strafoplegging deelachtig wordt. Een zeker aantal dagen of maanden voorwaardelijk toegemeten is in den regel, praktisch gesproken, een lichtere straf dan het gelijk aantal dier dagen of maanden zonder meer. En ook waar 't eens anders mocht zijn — er zijn bijzondere voorwaarden van zeer drukkenden aard — daar is de voorwaardelijk opgelegde straf toch in ieder geval naar den aard harer werking iets geheel anders dan de onvoorwaardelijke. Er bestaat aanleiding tot systematische keuze tusschen voorwaarlijk en onvoorwaardelijk op te leggen straf, daar komt het op neer, en dus moet een leidraad worden gezocht bij het doen daarvan.

Men zal wellicht theoretisch de verhouding tusschen onvoorwaardelijk- en voorwaardelijk opgelegde straffen gevoelen als twee groepen, die in dier voege samenhangen, dat zich de lichtste straf der eerste groep onmiddelijk aansluit aan de zwaarste der tweede. Dat iemand ten volle de practische consequenties dier theorie zou durven trekken, geloof ik niet, maar zonder invloed blijft zoo'n opvatting

natuurlijk niet. Juist zou ik haar geenzins durven noemen. Men zou dan de voorwaardelijke veroordeeling enkel voor die gevallen toelaatbaar moeten achten, waarbij anders de minimumstraf van één dag vrijheidsbeneming of 50 cent boete zou zijn toegepast, voorbeelden van aan strafrechtelijke schuldeloosheid grenzende culpa levissima. Bij de ten onzent bestaande vrijheid van het Openbaar Ministerie zich van vervolging te onthouden, is eene strafzaak, waarbij van zulk eene culpa levissima sprake zou kunnen zijn, uitteraard zeer zeldzaam en het mag niet aannemelijk worden geacht, dat men voor deze weinige *bijna* onschuldig vervolgden en veroordeelden het ingewikkelde instituut, nu neergelegd in artt. 14a vv. Strafwetboek zou hebben tot stand gebracht. Veeleer hebben we — ook op historische gronden — aan te nemen, dat binnen de grenzen, door de wetsbepalingen zelve gesteld, voorwaardelijke veroordeeling zelfs bij ernstige delicten, met vrij zwaren schuldgraad bedreven, door den wetgever gewenscht is telkens dan, wanneer er goede gronden zijn om aan te nemen, dat de veroordeelde ook zonder ten uitvoerlegging op het goede spoor zal blijven en daarbij geen buiten hem staande eischen van algemeene preventie zijne onvoorwaardelijke bestraffing vorderen. Dus zal de straf steeds moeten worden vastgesteld, alsof er geen voorwaardelijke veroordeeling bestond en eerst daarna te overwegen zijn, of er aanleiding bestaat, haar in den anderen vorm — voorwaardelijk — op te leggen. Wil dit nu zeggen, dat de straf, die eventueel voorwaardelijk zal worden opgelegd, steeds gelijk moet wezen aan de te voren onvoorwaardelijk becijferde? Er is wel grond voor een ontkennend antwoord. Immers dient in aanmerking te worden genomen, dat bij eene latere omzetting der voorwaardelijke straf in eene onmiddellijk executabele, de veroordeelde in den regel metterdaad be-

wezen zal hebben, een te voren in hem gesteld vertrouwen niet te hebben verdiend. Één strafminderende factor althans blijkt dan vroeger ten onrechte te zijn aangenomen of in ieder geval in geringer mate aanwezig te zijn geweest dan aanvankelijk werd verdacht.

Intusschen moet worden toegegeven, dat het vorengezegde slechts in den regel, en dus niet steeds geldt. Men kan zich voorstellen, dat tegen iemand tenuitvoerlegging eener voorwaardelijke opgelegde straf wordt gevorderd, zonder dat die persoon blijk gegeven heeft minder gunstige eigenschappen te bezitten dan er te voren, bij de strafoplegging, werd gedacht. Dan zou inderdaad de voorwaardelijke straf, bij wier oplegging op het tegenvallen is gerekend, te hoog wezen. Een correctief tegen deze onbillijkheid zou dan kunnen gevonden worden, door eene eventueele latere straf dienovereenkomstig te verkorten. Doch dan moet voor alles vast staan, dat de eerste straf nu ook werkelijk ten uitvoer gelegd wordt, iets, waaromtrent de latere rechter geen zekerheid heeft, tenzij hij identisch is met den vroegere en de toezegging van het O. M. hebbe, dat dit een verzoek tot tenuitvoerlegging zal indienen. Is dit alles niet het geval, dan zal het dien lateren rechter bovendien — ten minste bij de tegenwoordige inkleeding der vonnissen — practisch onmogelijk wezen, zich er van te vergewissen, of de vroeger opgelegde straf te hoog was. Eindelijk ontbreekt ieder correctief, wanneer er geen latere straf volgt, n.l. ingeval de tenuitvoerlegging wordt gevraagd wegens niet naleving van eene bijzondere voorwaarde. Zoo is er dus wel reden tot twijfel, of het niet toch in den regel verstandiger is, de voorwaardelijk opgelegde straf gelijk te maken aan de onvoorwaardelijke, voor welke zij in de plaats treedt.

Eene uitzondering zou men op goeden grond kunnen

maken — derhalve eene hoogere voorwaardelijke straf opleggen dan de onvoorwaardelijke, welke zij vervangt — in die gevallen, waarin eene sterkere afschrikkende werking op den beklaagden noodig wordt geacht dan men in de lagere onvoorwaardelijke straf meent te kunnen zien.

We komen tot de gevallen, waarin den rechter de keuze tusschen gevangenisstraf en boete gelaten is. We mogen daarbij, naar ik meen, aannemen, dat de boete de voorkeur verdient telkens wanneer hare oplegging mogelijk is, d. w. z. eene boete kan worden opgelegd, welke aan de voor het onderhavige geval juiste gevangenisstraf *als leed* gelijkwaardig is. De rechter zal dus m. i., waar hem de hier bedoelde keuze vrijstaat, allereerst moeten beginnen, op de gebruikelijke wijze de gevangenisstraf te fixeeren. Dit gedaan hebbende, zal hij zich er rekenschap van hebben te geven, welke boete met die gevangenisstraf als leed gelijkwaardig mag worden geacht, een onderzoek, waarbij zeer veel verschillende factoren eene rol spelen, maar hij bovenal het niet zonder eene vrij nauwkeurige kennis ten aanzien van des beklaagden geldelijke omstandigheden zal kunnen stellen. Uitteraard zal die boete dan menigmaal blijken hooger te moeten zijn dan het door de wet gestelde maximum, waarmede hare toepassing dan van zelf zal zijn uitgesloten. Wanneer boete op den hier laatstelijk genoemden grond niet reeds wegvalt, zal wijders moeten worden onderzocht, of de verdiende boete zonder al te grooten omslag ook zal kunnen worden geïnd, m. a. w. of ze des beklaagden draagkracht niet absoluut te boven gaat, nòch ook de betaling slechts in zóóveel termijnen en met zóó groote vertragingen van hem kan worden verkregen, dat deze aard der bestraffing eene onredelijke last op de schouders der administratie zou leggen, daar-

gelaten nu nog, dat het voor den beklaagde wellicht aangenamer is, de straf kort en bondig af te zitten, dan jarenlang debiteur van den Staat te zijn. Eindelijk zal, zoo de boeteoplegging ook, uit dit laatste gezichtspunt bezien, niet te verwerpen is, nog moeten worden onderzocht, of de feitelijke omstandigheden des beklaagden het niet waarschijnlijk maken, dat hij de boete geheel of voor een groot deel afwentelt op anderen, met name gezinsleden. Op dit laatste bezwaar zal de veroordeeling tot eenigzins zwaardere boete m. i. in de practijk vooral moeten stranden, en wel niet enkel ten opzichte van lui aangelegde beklaagden. De familieband zal vaak zoo sterk zijn, dat zelfs ongevraagd de huisgenooten zich ontberingen zullen getroosten, om de betaling der boete mogelijk te maken, te meer, omdat ze bij tenuitvoerlegging der vervangende hechtenis toch ook economisch de dupe zijn. De hierboven omschreven gedragslijn — met name de vergelijking met de in allen gevalle te fixeeren gevangenisstraf — zal vermoedelijk de oplegging van geldstraffen beperken tot die gevallen, waarin ze werkelijk gezonden zin hebben; vooral zal er door worden vermeden de zoo stuitende veroordeeling tot geldboete van beter gesitueerde misdadigers, voor wie dit een leed is, dat noch van het standpunt der vergelding, noch van dat der preventie voldoend gewicht in de schaal legt. Wil men ceteris paribus zoo iemand uit hoofde zijner vermoedelijk grooter gevoeligheid en den indruk, door het feit der gevangenisstraf onafhankelijk van haren duur, in zijnen socialen kring gewekt, minder lang opsluiten dan zijn minder fijn besnaarden- en sociaal hooggestelden medemensch, zoo is dat verdedigbaar. Doch geldboete voor zulke gevallen moet aanstoot wekken! Geldboete mag geen gunst zijn; ze is slechts dan op hare plaats, waar ze als leed met de te voren becijferde vrij-

heidsstraf gelijkstaat en uit sociaal oogpunt althans niet de mindere is (1).

Is het reeds moeilijk uit te maken, welke geldboete in leedveroorzakende kracht gelijkstaat met eene voor een bepaald geval gefixeerde vrijheidsstraf, nog lastiger lijkt het mij, in eene vergelijking der sociale gevolgen te treden, een onderzoek, waarin men groote kans loopt,

---

(1) Tegen dezen gedachtengang ware aan te voeren, dat de wet nu eenmaal gevangenisstraf en geldboete naast elkaar heeft gesteld als twee onderling onafhankelijke maatregelen, en wel, blijkens de in den regel nogal lage maxima der boeten, met het kennelijk doel, aan de geldstraf voor de meer goedaardige gevallen de voorkeur te geven. Ik kan dien gedachtengang niet onderschrijven. Uit de meestal lage maxima der boeten blijkt m. i. enkel, dat de wetgever de meer ernstige gevallen enkel door gevangenisstraf wil zien achterhaald, doch een voorkeur voor boete bij minder zware vergrijpen, in dier voege, dat gevangenisstraf in beginsel wordt uitgeschakeld, behoeft er volstrekt niet uit te volgen. Intusschen verhindert dat den rechter niet, zoo vaak mogelijk boete op te leggen en ik voor mij voel daar ook veel voor. Slechts moet hij — en dit is de kern van het betoog in den tekst — aan de boete-oplegging geen onredelijke uitbreiding geven, en tegen dit gevaar is hij slechts dan gevrijwaard, als hij, wel verre van gevangenisstraf onder omstandigheden buiten beschouwing te laten, haar als algemeene maat der strafwaardigheid ook in de onschuldigste gevallen, waarin hij haar kàn opleggen, becijfert en eerst daarna op den grondslag dier aldus gevonden gevangenisstraf, de boete vaststelt. Elke andere weg voert m. i. tot willekeur en bevoordeeling van „meer beschaafden". Hoe nader men iemand in sociale sfeer staat, des te meer kan men beamen, wat gevangenisstraf voor hem beteekent. Volmaakt te goeder trouw komt men er toe, die straf voor dien persoon te zwaar te achten en legt hem boete op. Zoo profiteert die veroordeelde van des rechters gevoel, in tegenstelling van, althans meer dan anderen, die het van zuiver menschelijk standpunt gezien evenzeer verdienen. Dit gevoel kan slechts door streng systematische strafoplegging worden uitgeschakeld. Alleen daardoor kan de rechter zich wapenen tegen eene onwillekeurig hem bevangende partijdigheid, waarvan hem nimmer een verwijt is te maken, doch die hem niettemin niet past.

het spoor bijster te raken. Dan is men na een onderzoek naar des beklaagden geldelijke draagkracht nog lang niet, waar men wezen moet. Natuurlijk toch moet dan ook in hooge mate de aandacht worden gewijd aan de werkingen van den eenen of den anderen maatregel op den beklaagde, die wel heel verschillend zullen zijn en op de buiten den gestrafte staande sociale gevolgen voor zijn gezin, ja zelfs voor den fiscus. Het is een vergelijking, waarbij de meest verschillende gezichtspunten achtereenvolgens aan de beurt komen en, nadat deze de revue hebben gepasseerd, ook nog het gewicht van ieder dier gezichtspunten tegenover de andere moet worden gewaardeerd. Daar is ruimte voor tallooze opvattingen. Bij den éénen rechter zal de maatregel, waarvan in meerdere mate verbeterende werking te wachten is, meer sympathie vinden, bij den anderen, die minder let op den delinquent, dan op den indruk, dien het feit in de samenleving maakt, de weer afschrikkende; hier zal de werking op het gezin den doorslag geven, daar deze nauwelijks tellen. Ik voor mij zou, wanneer ik de leedveroorzakende kracht der boete voldoende (d. i. gelijk aan de te voren becijferde gevangenisstraf) achtte en hare inning doorvoerbaar, haar zonder verder „inwendig debat" de voorkeur geven en van de diepere sociale bespiegelingen practisch niet veel heil verwachten. Doch daar kan men ook anders over denken. De wegen zijn vele, doch dit maakt niet uit. Is er maar eenmaal, om te beginnen bij iedere der rechtsprekende machten, ook ten aanzien van het kiezen tusschen gevangenisstraf en boete, een systeem, dan zal er in afzienbaren tijd ook op dit gebied critiek op die verschillende systemen ontstaan en daarmede langzamerhand meer eenvormigheid en een vaste lijn bij de toemeting. Bovenal — het lijkt mij eene herhaling waard — moet

m. i. hieraan worden vastgehouden, dat het leed der boete in beginsel niet geringer mag zijn dan dat der vrijheidsstraf en de voorkeur, aan de boete gegeven, slechts in buiten de leedtoevoeging liggende factoren haren grond mag hebben.

Nog een tweetal opmerkingen dienen in dit verband te worden gemaakt. Allereerst dan zij aangestipt, dat het bewezen verklaarde feit van zoo onschuldig gehalte vermag te zijn, dat één dag gevangenisstraf eigenlijk nog eene te zware straf is. Dan is dus de dag gevangenisstraf ook geen bruikbaar uitgangspunt voor de boeteberekening en zal men bij deze laatste met uren gevangenisstraf moeten gaan werken. Daar het enkel gaat om eene herleiding, is daartegen natuurlijk geen bezwaar. Zoo nu en dan schijnen inderdaad nog vervolgingen wegens zulke futiliteiten te worden ingesteld.

Voorts dit: Het is een bekend feit, dat de maxima der principale boeten zeer sterk varieeren en de vraag kan worden gesteld, of daarin eene vingerwijzing dient te worden gezien, om voor verschillende delicten bij gelijke gevangenisstraf ceteris paribus zeer ongelijke geldboeten op te leggen. In de lijn van den hierboven ontwikkelden gedachtengang moet men natuurlijk tot een ontkennend antwoord komen en in het stellen van hoogere maxima slechts een streven des wetgevers zien, den burgers eene grootere kans geven, uit de gevangenis te blijven, wegens delicten, waarin dit z. i. geen kwaad kan. Of de wetgever daarbij — b. v. ten opzichte van welgestelde belastingdefraudanten — niet te ver is gegaan, is eene vraag, die hier slechts zij aangestipt, doch niet verder uitgewerkt.

Nog ingewikkelder dan zooeven geschetst wordt de keuze, waar we naast elkander de voorwaardelijke en de onvoorwaardelijke gevangenisstraf en de geldboete hebben. Mij dunkt, dat hier eerst de mogelijkheid van voor-

waardelijke gevangenisstraf-oplegging behoort te worden overwogen, zonder dat er met de geldboete rekening gehouden wordt, al ware het slechts, omdat de keuze tusschen de beide soorten van vrijheidsbeneming, gelijk hierboven uiteengezet, uit eenigszins andere gezichtspunten geschiedt dan die tusschen gevangenisstraf en boete en eene vergelijking der drie strafsoorten dus onzuiver zou worden. Is eenmaal aan de voorwaardelijke — boven de onvoorwaardelijke gevangenisstraf de voorkeur gegeven, of omgekeerd, dan zal de meest verkieselijke dezer beide alsnog met de geldboete dienen te worden vergeleken.

Indien het dan de voorwaardelijk opgelegde vrijheidsstraf is, die met de boete concurreert, zal men m i. niet meer mogen beweren, dat ook dan nog de boete zoo mogelijk den voorrang verdient. Men miskent dan, naar ik meen, het opvoedend karakter der voorwaardelijke veroordeeling, dat haar groote voordeelen geeft tegenover de boete. Het moge waar zijn, dat de voorwaardelijke veroordeeling, eerder dan de boete, ook nog wel tot vrijheidsontneming kan leiden, doch dit is uitteraard een niet in de eerste plaats verwacht gevolg, waarmede dus ook niet in de eerste plaats rekening kan worden gehouden. En ook dient te worden bedacht, dat het er in geval van tenuitvoerlegging eener vroeger voorwaardelijk opgelegde vrijheidsstraf *in den regel* niet veel toe doet, dat de veroordeelde dan met de gevangenis kennis maakt, n.l. steeds dan niet, wanneer hij uit hoofde zijner latere veroordeeling toch niet aan dit noodlot ontkomt.

Anderzijds moet echter worden toegegeven, dat men met het opvoeden en afschrikken door middel van de voorwaardelijk opgelegde straf ook al weer niet te ver moet gaan en, waar boete tot de vereischte hoogte mogelijk is, toch niet moet nalaten, die op te leggen, zoowel wanneer herhaling *volstrekt* onwaarschijnlijk is als in al die vele

gevallen, waarin het tegendeel, niettegenslaande eene hooge gevangenisstrafbedreiging toch wel zal plaats hebben *en dit laatste eigenlijk toch ook niet zoo heel verschrikkelijk is.* Men denke — als voorbeelden van dit laatste — aan *kleine* verzetten en *onbeduidende* beleedigingen, welke zelfs in geval van vake herhaling nog met boete kunnen worden gestraft. Waartoe moet men den dader in zulke gevallen telkens weer het odium van voorwaardelijke doch later geëxecuteerde gevangenisstraf aandoen? Boete kan — en moet zelfs — als leed daarmede gelijkstaan, maar treft het zelfgevoel minder en veroorzaakt niet zoo veel moreele afstomping, en dat is geen kleinigheid! Verminderd zelfgevoel en moreele afstomping toch zijn zeer groote nadeelen, ook uit maatschappelijk oogpunt.

Dergelijke zesde-rangs-misdrijven zijn sociaal gezien eigenlijk niet veel anders dan overtredingen en de gevangenis lijkt me, ook voor recidivisten op dit gebied, niet het passende middel, om daarvoor te boeten.

Hetgeen in dit verband over de keuze tusschen kinderstraffen onderling en tusschen gewone straffen en kinderstraffen (in den ruimsten zin des woords genomen, dus ook omvattend de ter-beschikking-stelling) zou kunnen worden gezegd, is hierboven reeds te berde gebracht, waar de psychologische factor bij de bepaling dezer soort straffen behandeld werd.

Zoo moet er dus ook in de *keuze* der strafsoort systeem komen, wil onze strafrechtspraak op het punt der toemeting — almede het essentieelste deel harer taak — het verwijt der willekeur ontgaan.

VI.

Enkele samenvattende woorden en slotopmerkingen.

Zoowel tot het systematisch vinden van de soort — als van den duur (resp. geldelijke zwaarte) der straf

bieden wet en dossiers ook nu reeds de meeste gegevens, welke m. i. boven alle andere noodig zijn. Het eenige, waarin zonder moeite veel meer kon worden gegeven en dat waarlijk slechts noode wordt gemist, zijn inlichtingen omtrent de finantieele draagkracht. Wat daarenboven aan meer individueel psychologisch materiaal den rechter wordt aangeboden, zal zeker dankbaar door hem worden aanvaard, maar is — gelijk gezegd — niet het in de eerste plaats tot de straftoemeting vereischte. Actief zijn bij het vinden van laatstbedoeld materiaal mag van de rechtbank onder de bestaande omstandigheden niet worden verlangd. Zij zou — wijdde zij zich aan die taak — geen vierde deel kunnen afdoen van hetgeen nu van haar wordt gevergd. Hier moet dus allereerst het O. M. helpen en in zijn requisitoir, ook op het gebied der strafmaat motiveerend, doen zien, hoever het met zijn onderzoek is doorgedrongen, geholpen door de politie en die vele particuliere krachten, die het desverlangd in beweging kan zetten.

Is die taak voor het O. M. te zwaar, ook dan als het zich in gemeld dieper onderzoek wijselijk beperkt tot de belangrijke gevallen, dan worde het corps vergroot, hetgeen voor den Staat toch altijd nog veel minder uitgaven zou medebrengen, dan die benoodigd voor uitbreiding der strafkamers, gelijk die onvermijdelijk zou wezen, als het *actief* individueel psychologisch onderzoek haar werd opgeladen.

Doch het O. M. zal ook niet alles hebben te doen! Naast dit en boven dit zelfs moge voor bedoelde meer belangrijke strafzaken worden gerekend op eene ijverige deelneming der balie. Haar gratisbijstand blijve niet beperkt tot de preventief gedetineerden. Vrijwillig stelle zij zich ter beschikking van elkeen, die zich tegenover den strafrechter wegens misdrijf te verantwoorden

heeft, gedetineerd of vrij, ontkennend of toegevend, dat hij het hem te laste gelegde heeft gepleegd, en brenge den individueel psychologischen factor naar voren, waar het haars inziens past, zij het dan ook niet met het doel, dien factor allesoverheerschend te maken, doch slechts, om òòk hem tot invloed te verhelpen. De taak der balie zal dus zijn — ja, óók het ontwikkelen van juridische bezwaren tegen de veroordeeling, maar meer nog dan dat het leiden van de subjectieve voor beklaagden strafminderende momenten onder 's rechters aandacht. Zoo'n weinigje gebeurt dit ook nu bij de niet ontalrijke clementiepleidooien, die er gehouden worden. Maar 't is geen aantrekkelijke arbeid, waar de werking er van voor den buiten de Raadkamer staande, zoo weinig duidelijk is. Wat er indruk maakt op de rechters en in hoeverre 't zulks doet, 't is alles even onzeker. Hoe anders zal dit worden, als de balie uit de straftoemetingsjurisprudentie, van vonnis tot vonnis zich uitend in gemotiveerde straffen, weet naar welke omstandigheden de Rechtbank vraagt. Die jurisprudentie zal dan zijn een leidraad zoowel voor het onderzoek, dat de advocaat naar zijn client heeft in te stellen als — en in dit laatste vooral — voor de wijze, waarop hij vaststaande feiten bij pleidooi belicht, en de ontwikkelbaarheid dier jurisprudentie is natuurlijk een prikkel, steeds nieuwe gezichtspunten te induceeren, in de hoop naar aanleiding van het onderhavige geval het straftoemetingssysteem der Rechtbank uit te breiden en voor de toekomst te verfijnen.

Natuurlijk zal de advocaat niet eenvoudig op zijn woord kunnen worden geloofd en hij in staat moeten worden gesteld, zijne beweringen waar te maken door het voorbrengen van getuigen, niet slechts over het feit, doch ook over den persoon des beklaagden. Ook nu gebeurt dit wel, doch het draagt een uitzonderingskarakter en het mag

worden betwijfeld, of de colleges vermeerdering van dit soort getuigen met vreugde zullen begroeten. Wellicht niet, en dan waarschijnlijk in hoofdzaak, omdat men aan de objectiviteit dier getuigen twijfelt. Daarvoor bestaat wel grond, doch men bedenke, dat het O. M. alle vrijheid heeft, tegengetuigen voor te brengen. Zoolang het O. M. partij is en de goede zijden der beklaagden slechts toevallig vindt, maar ze niet zoekt, kan men eene werkzaamheid der verdediging in de aangegeven richting niet missen.

Te ontkennen valt niet, dat aldus de balie hare goede diensten ook zou kunnen bewijzen in zaken van zeer geringe beteekenis en de behandeling daarvan dientengevolge noodeloos vertragen. Doch zou men het niet aan haren tact kunnen overlaten, dat ze niet van bijna niets, veel maakt?

Zoo zal er zonder ingrijpende wetswijzigingen, door samenwerking aller betrokken krachten systematische straftoemeting kunnen ontstaan, ontdaan van alle dorre schematisme: geen gelijkheid van straftoemeting bij ongelijkheid van omstandigheden, doch verantwoording van iedere verscheidenheid, en verwerking daarvan in de toegemeten straf *naar vaste beginselen,* welke alle verdenking, dat er recht zou kunnen gedaan naar ingeving van het oogenblik uitsluiten.

Ik ben tot het einde dezer beschouwingen genaderd. Ze zijn in het opbouwende deel vaag: het bovengezegde moge voldoende zijn, om dit te verklaren en te rechtvaardigen. Immers zooal iets, dan is dit wel duidelijk: Een systeem van straftoemeting kan slechts ontstaan door-en in de praktijk. Doch daaruit zàl het dan ook ontstaan, mits slechts ernstig begeerd en met volharding nagestreefd. Onder vele bezwaren — onder de hevigsten strijd der opvattingen voorzeker, zal het dan geboren worden, maar als 't er is, zal men het zeker niet meer willen missen

en nauwelijks kunnen begrijpen, dat er eens een tijd was, toen straffen werden toebedeeld — en dus leed werd opgelegd — zonder ook maar bij benadering naspeurlijk onderling verband.

Zoo uit dit opstel die wil tot systematische straftoemeting geboren wordt en groeit tot de daad, dan is zijn doel bereikt.

„*Onware vonnissen*" (naar aanleiding van de intree-rede van Prof. TAVERNE).

> Was dàt het Recht? . . . Verlangde de levendige en snelle ontwikkeling van onzén tijd niet een nieuwèn geest voor de oude formulen?
>
> LUDWIG FINCKH („De Rozendokter").

Er straalt van de intree-rede van den nieuwen Amsterdamschen hoogleeraar in het strafrecht (1) een geest uit, welke den oud-magistraat siert en tevens voor de studeerende jongelingschap, aan wier wetenschappelijke vorming hij geroepen is zich te wijden, eene belofte bevat. Het is de geest van wat wij zouden kunnen noemen eene heilige onvoldaanheid en ontevredenheid, het diep besef van het betrekkelijk onmachtige van de „juristerij", en van àl wat er noodig zal zijn om deze hoog op te heffen en eene bereikbare werkelijkheid te doen grijpen. „Wij arme juristen", klinkt het zoo droevig in den aanvang der rede, wanneer de hoogleeraar de juristen — en bijzonder de rechters — ziet als den vogel, gevangen in een kooi van vooroordeel en traditie. En wanneer hij dan de taak van den strafrechter in hare hooge beteekenis heeft geschetst en ons tevens heeft doen zien, hoe de practijk ook hier nog ver van het ideaal is verwijderd, dan gunt hij ons tenslotte een blik in de rechterlijke werkplaatsen (de Raadkamer en het studeervertrek), waar de rechters vaak moeten „plooien en schipperen" om een ontwijfelbaar *waren* schuldige te kunnen straffen, en dan ver-

---

(1) De taak van den strafrechter. Rede uitgesproken den 25 Februari 1918 door Mr. B. M. TAVERNE (uitgegeven, met eenige aanvullingen, bij TJEENK WILLINK te Zwolle).

bindt hij daaraan eene scherpe aanklacht tegen de *wet*, die met hare de werkelijkheid trotseerende dogmatiek en met hare onmogelijke eischen betreffende de vaststelling van de feiten voor het grootste gedeelte de schuld is van den onbevredigenden toestand.

Deze beschouwingen van den oud-magistraat, die reeds tijdens zijn rechterschap de gelegenheid te baat nam om te getuigen van dat „ellendige gevoel" van machteloosheid, hetwelk aan de leden der strafkamer eener rechtbank niet onbekend is (1), treffen door hare oprechtheid en zijn m. i. van groote beteekenis. Zij vormen eene welkome bijdrage tot de kennis van de psychologie van de strafrechtspraak en de psychologie van den strafrechter, een onderwerp, hetwelk ook den schrijver dezer regelen ter harte gaat en waaraan hij vóór eenige jaren in dit tijdschrift eenige bescheidene opmerkingen mocht wijden (2), en dat — als onderdeel van de crimineele psychologie — op eene belangstelling ook buiten den kring van de rechterlijke macht, ja! van de juristen mag rekenen.

In zijn betoog, hetwelk den redenaar leidde tot zijne belangrijke en zoozeer de aandacht verdienende conclusie, legt hij terecht den meesten nadruk op den inhoud der strafvonnissen. Om dien inhoud is het hem, bij zijne critische beschouwingen, voornamelijk te doen.

Wat hij daaraan laat voorafgaan ten aanzien van den *vorm* der vonnissen, zou misschien tot eenig misverstand kunnen aanleiding geven; vandaar, dat ik mij hieromtrent eene enkele opmerking veroorloof. Met voorbeelden toont Prof. TAVERNE aan, wat de practijk van

(1) Aan het slot van eene ingezonden bijdrage in *W. v. h. R.* No. 9615.

(2) Aan het slot van „Het terrein van den psychiater in het strafproces" (*Themis* 1912, blz. 460 vlg.).

het voorschrift van art. 398 Wetboek van Strafvordering (den eisch, dat de getuigenverklaring moet loopen over feiten, welke de getuige zelf gehoord, gezien of ondervonden heeft) heeft gemaakt, en hoe de rechter, wanneer hij eenmaal door de „manie" voor natuurwetenschappelijke exactheid is bevangen, nagenoeg niets meer als getuigenverklaring toelaat, waaronder dan taal en stijl der vonnissen geducht lijden. Streng veroordeelt hij deze methode, welke vergeet, dat elke poging om in de practijk van het strafrecht tusschen waarneming en gevolgtrekking eene scherpe grenslijn te trekken althans om deze grenslijn natuurwetenschappelijk vast te stellen moet falen. Hoewel de *controle* van de getuigenverklaring natuurlijk niet zal kunnen vervallen, zal deze eene meer beperkte (dan thans) moeten worden, en zullen met name al die verklaringen kunnen worden toegelaten, waarin gevolgtrekkingen zijn vervat, welke in de gewone omgangstaal elk „voorzichtig, verstandig en praktisch" mensch voor zijne rekening neemt. Tot zooverre de opvatting van den spreker, eene opvatting, welke, vergis ik mij niet, althans wetenschappelijk heden ten dage meer en meer aanhang krijgt. Intusschen, indien zij juist is, dan blijkt tevens, dat in dit opzicht de *wetgever* geene schuld heeft en dat het voorschrift zelf van art. 398 buiten deze quaestie staat. Gesproken dient dus te worden *uitsluitend* van den slechten invloed van de *uitlegging en toepassing* van deze wetsbepaling op taal en stijl onzer vonnissen. Het requisitoir van den redenaar tegen den *wetgever* is waarlijk al zwaar genoeg, en maakt het dus tot plicht *dit feit* bepaald en uitdrukkelijk vast te stellen.

Wij komen nu tot de hoofdzaak, n.l. den materieelen inhoud van de vonnissen. Hier komt in al haren ernst de vraag tot ons, of de rechter zelf overtuigd kan zijn van de waarheid van datgene wat hij in zijn vonnis als

wettig en overtuigend bewezen aanneemt. Hier gaat het dus er om, of de rechter volkomen vrede heeft met de wijze, waarop hij zijne zware taak vervult, of hij daarvan de voldoening heeft, welke voor de overgave van zijn persoon aan die taak eene volstrekte voorwaarde is en dus indirect aan de rechtspraak tengoede komt. *Hier* zijn wij dus geheel op het gebied van de psychologie van den strafrechter.

Prof. TAVERNE neemt als uitgangspunt voor zijne redeneering een geval uit de rechtszaal, zooals de grootstad telkens oplevert. Een nachtelijk straattooneel. Eerst eene doodsche stilte. Dan het geluid van voetstappen, het zich bewegen van een groepje personen, het manoeuvreeren door één hunner met een zak, gevuld met voorwerpen welke later zullen blijken gestolen te zijn. Ten slotte het te voorschijn komen van de politie en de aanhouding van den man, die de zak op straat had neergezet, later wêer had opgenomen en, zich ontdekt ziende, had weggeworpen. Ondanks zijn beweren, dat hij van de inbraak, waarbij de voorwerpen gestolen werden, niets afweet, staat hij nu terecht wegens diefstal in vereeniging met braak en inklimming; en waarschijnlijk zal hij, een onmogelijk verhaal opdisschende en weigerende te zeggen wat er gebeurd is, worden veroordeeld.

De vraag, welke zich nu aan ons opdringt is deze, of de man mededader aan den diefstal is geweest, dan wel slechts medeplichtige was; de quaestie van eventueele heling nemen wij de vrijheid, met het oog op *deze* casuspositie, te ecarteeren. En het, door zijne openhartigheid weldadig aandoend maar daarom niet minder treffend, antwoord, op deze vraag door den oud-rechter gegeven, luidt: Niemand ter wereld kan 't zeggen, indien de beklaagde zelf 't ons niet vertelt. De ééne rechter zal in een dergelijk geval vrijspreken,

omdat hij niet voldoende zekerheid heeft, dat de beklaagde inderdaad heeft gestolen; de andere rechter zal veroordeelen, omdat hij den beklaagde in ieder geval schuldig oordeelt en zijn gevoel van plicht hem verbiedt dien schuldige vrij uit te laten gaan, al weet hij, dat het te wijzen vonnis, wat de feitelijke voorstelling van het gebeurde aangaat, sterk aanvechtbaar zal zijn.

En de conclusie van den hoogleeraar is dan deze, dat voor die onware vonnissen en — bij niet-veroordeeling — die onbevredigende vrijspraken de *wet* moet worden aansprakelijk gesteld, met hare streng doorgevoerde dogmatiek, hare scherpe deliktsomschrijving, ook bij onderling verwante misdrijven, en hare onmogelijke eischen betreffende de vaststelling van de feiten.

Tot drie opmerkingen, of juister misschien: aanteekeningen, geeft deze conclusie mij aanleiding.

De eerste bedoelt niets meer te zijn dan eene stem uit de practijk. Eigen ambtelijke ervaring leerde 't mij, dat ook voor het Openbaar Ministerie — zij 't in een anderen vorm, ja! wij mogen zeggen met andere aandoeningen dan bij den *rechter* — de moeilijkheid van het doen van eene keus tusschen de verschillende vormen van het „betrokken zijn" bij een gepleegd misdrijf ten aanzien van mede-verdachten zich geregeld voordoet. Deze moeilijkheid deed zich vaker voor bij de vraag: mededaderschap òf medeplichtigheid, dan bij de vraag: daderschap òf heling, welke laatste vraag *meestal* (niet altijd) in het licht van de feitelijke gegevens en in verband met maatschappelijke positie en individualiteit van den beklaagde gemakkelijker te beantwoorden is. Toen ik het door Prof. Taverne gekozen en zooeven weêrgegeven voorbeeld las, werd mijne herinnering teruggevoerd naar eene behandeling in eersten aanleg van eene Haagsche strafzaak, waarin één beklaagde terechtstond

wegens poging tot diefstal en zijne twee kameraden wegens medeplichtigheid (op den uitkijk staan), en het Openbaar Ministerie ter terechtzitting een kwaad oogenblik had, toen één dezer kameraden, die in de instructie ontkend had, eene soort bekentenis ging stamelen, welke op een mededaderschap zou wijzen, eene houding, waarop hij intusschen spoedig, na door den voorzitter aan den tand te zijn gevoeld, terugkwam, niet vermoedende dat juist *hierdoor* zijne kans om veroordeeld te worden aanmerkelijk was gestegen. In dit verband willen wij thans de vraag van de subsidiaire telastlegging, het voor twee ankers gaan liggen, waardoor aan het O. M. pijnlijke verrassingen ter terechtzitting bespaard blijven, laten rusten. Slechts deze opmerking veroorloven wij ons, dat — gezwegen nog van de bekende bezwaren tegen het euvel der tallooze „althansen", welke menige dagvaarding onleesbaar maken — er twijfelgevallen zijn, waarin, ondanks het onzekere, het feitelijk materiaal voor eene telastlegging wegens medeplichtigheid totaal ontbreekt en er à priori alleen voor eene dagvaarding terzake van mededaderschap voldoende grond bestaat, zoodat eene geheel in de lucht zwevende, grootendeels gefantaseerde, subsidiaire aanklacht beter achterwege blijft.

De tweede opmerking, waartoe het onderwerp van de ouware vonnissen ons aanleiding geeft, is van meer theoretischen aard. Zij betreft de strafrechtelijke deelneming, meer bepaald het door onze wet gehuldigd onderscheid tusschen daderschap en medeplichtigheid, een vraagstuk, dat, als wetenschappelijk vraagstuk, ook bij ons reeds vele jaren en nog steeds aan de orde is. Herinnerd moge worden aan het academisch proefschrift van den tegenwoordigen Leidschen hoogleeraar in het

strafrecht (1), die niet aarzelde te pleiten voor eene opheffing van de bedoelde wettelijke onderscheiding. En wanneer wij dit doen, dan mogen wij tevens wel in herinnering brengen, hoe ook deze schrijver zich leiden liet mede door de overweging, dat — bij de verwezenlijking van het uitgesproken desideratum — de rechter niet meer, zooals thans, zijne toevlucht zal hebben te nemen tot allerlei spitsvondigheden, maar zal kunnen vonnissen zooals hij 't wenschelijk acht, wat aan het prestige van wet en van rechterlijke macht zal ten goede komen. Ook in *dezen* gedachtengang dus het levendig besef van wát de strafrechtspraak, de in de maatschappij levende en tot het rechtsbewustzijn sprekende macht, in zulk een hooge, wij mogen zeggen klimmende, mate noodig heeft. Het is dan ook geen toeval, dat de nieuwe wetenschappelijke strooming, die het delict niet meer als eene „juridische verschijning" ziet, maar de strafrechtswetenschap als eene waardeeringswetenschap beschouwt, eene opvatting welke ook op het karakter van de *strafrechtspraak* haren invloed gelden doet, met kracht te velde trekt tegen het verbrokkelen van het daderschap in een aantal vormen van deelneming, eene onderscheiding „waardoor alweer het juridisch vernuft in werking moet worden gebracht, om met onvruchtbare geestesvermoeienis begrippen vast te stellen en daarvan den kring der mogelijk strafwaardigen te doen afhangen" (2). Zoo blijkt duidelijk, dat 't niet enkel technisch-forensische overwegingen zijn, welke aan het onderwerp van de onware vonnissen zijne beteekenis geven, maar dat dit vraagstuk, als nauw samenhangende

(1) Mr. A. J. Blok, Over het onderscheid tusschen medeplegen en medeplichtig zijn. Leiden, 1893.

(2) Prof. Mr. H. Krabbe, De moderne staatsidee, blz. 94 en 95 (Kentering in het strafrecht).

met algemeene beginselen van strafrecht en van staatsrecht, op een hooger plan komt te staan, en dat tegenover de aan die beginselen ontleende argumenten de redeneering, dat de wetgever verplicht is tusschen de verschillende vormen van deelneming te onderscheiden en zich niet, uit gemakzucht, eenvoudig van de moeilijkheid mag afmaken, als niet-afdoende moet worden beschouwd.

Het hier gezegde geldt niet — alleen volledigheidshalve wordt dit opgemerkt — voor de heling. Dit misdrijf zal m. i. de afzonderlijke plaats in ons wetboek moeten behouden. Zoowel juridisch als maatschappelijk heeft het eene eigene figuur. Met dit zelfstandig karakter zal de wetgever rekening moeten blijven houden.

Wij komen nu tot wat de nieuwe hoogleeraar noemt „de onredelijke tyrannieke macht der dagvaarding in ons strafproces", een tyrannie waaraan het, thans helaas *niet* meer aanhangig, ontwerp-strafvordering een einde wilde maken. Zooals bekend is, laat dit ontwerp *wijziging* van de dagvaarding door den Officier van Justitie ter terechtzitting toe, mits de gewijzigde telastlegging *hetzelfde feit* in den zin van artikel 68 van het Wetboek van Strafrecht omschrijft. De eisch van deze bevoegdheid tot wijziging mag èn uit theoretisch èn uit technisch-processueel oogpunt zoo gerechtvaardigd heeten, dat hier kan worden gesproken van een eisch van logische procesherverming, waaromtrent principieel debat uitgesloten schijnt. Wel debattabel is de vraag, hoever deze bevoegdheid zal moeten gaan. Eene onbeperkte toekenning van het recht tot wijziging achtte de staatscommissie-strafvordering niet gewenscht; zij hield vast aan de voorwaarde, dat de gewijzigde telastlegging *hetzelfde feit* in den boven aangeduiden zin behelze, al ontveinsde zij zich niet, dat de vraag, of hetzelfde materieele feit b.v. zoowel diefstal als

verduistering of oplichting kan opleveren, in concreto tot moeilijkheden en meeningsverschil kan leiden (1). Mijnerzijds zou ik geneigd zijn mijne sympathie met het voorstel te betuigen, ondanks de bedoelde twijfelachtige gevallen, ondanks de daarmede in verband staande rechtsonzekerheid, vooral in foro poenali zooveel mogelijk te vermijden, en ondanks het bezwaar, dat de vrijgesprokene later voor een ander feit zal moeten terechtstaan, waardoor misschien de waardigheid der justitie zal worden geschaad.

In dit opzicht zou ik dan ook iets hoopvoller gestemd zijn dan Prof. TAVERNE in zijne laatste uitvoerige aanteekening (achter de Rede), waarin hij met aanhaling van een drietal gevallen uit de practijk de „meer dan bespottelijke vertooning" gispt, waartoe thans menig strafproces aanleiding geeft, wanneer ter terechtzitting de figuur der zaak — feitelijk en juridisch — zoodanige wijziging ondergaat, dat op de uitgebrachte dagvaarding eene veroordeeling niet kan volgen en de *aan een ander misdrijf schuldige* wordt vrijgesproken. Bedenkt men, dat door de voorgestelde wetswijziging eenerzijds de rechtvaardigheid, d. w. z. de bestraffing van den waarlijk schuldige, zou worden bevorderd, anderzijds het euvel van de subsidiaire telasteleggingen in ieder geval zal worden beperkt, al zal dit in het nieuwe stelsel, b.v. bij de vraag: verduistering òf oplichting, niet altijd kunnen worden vermeden, dan ligt de conclusie voor de hand. Zij is deze, dat in deze moeilijke en netelige materie door de bedoelde nieuwe wetsbepaling eene belangrijke verbetering zou worden verkregen, een verbetering niet alleen op het geduldige papier maar ook in de bonte en grillige werkelijkheid.

(1) Memorie van Toelichting der staatscommissie op art. 306 (blz. 253 vlg.).

Met eene algemeene opmerking meenen wij deze vluchtige beschouwingen te mogen besluiten.

In den aanvang wezen wij er reeds op, hoe deze oud-magistraat uiting geeft aan een gevoel van onvoldaanheid, hetwelk bijwijlen in den kring van de rechterlijke macht valt waar te nemen. Hij houdt aan wetenschap en rechtspraak de onafwijsbare eischen voor van verlevendiging en verfrissching, van een voortdurend contact houden met de levende maatschappij en de steeds wisselende werkelijkheid. Telkens en telkens bracht de redevoering mij in herinnering de passage uit het fijne werkje, waaraan ik de boven dit opstel geplaatste aanhaling ontleende, de passage waarin de „Rozendokter", in het geestelijk leven overal lente ziende, een kiemen en spruiten met nooit gekende kracht, *hierdoor* getroffen wordt, dat de kunstenaar dit nieuwe innerlijke leven in zich opnam en daaraan uiting trachtte te geven, dat natuurwetenschap en geneeskunde nieuwe banen betraden, ja zelfs bij de theologen een frissche wind begon op te steken, maar aan de *rechtswetenschap* dit alles voorbijging en deze onaandoenlijk en zelfvoldaan op hare lauweren bleef rusten.

Naast deze eigenschap mochten wij in de inaugureele rede eene aantrekkelijke oprechtheid en openhartigheid constateeren. Er behoort een zekere durf toe, voor hem die den rechterszetel verliet om den hoogleeraars-katheder te bestijgen, om 't openlijk uit te spreken, wàt er nog aan rechtswetenschap en rechtspraak ontbreekt, en hoe ook hier de vensters moeten worden opengezet voor licht en frissche lucht. Er is een tijd geweest, waarin men over zulk eene openhartigheid de wenkbrauwen fronste, van meening, dat door dergelijke erkentenissen de hoogheid en waardigheid van de justitie schade lijdt en het algemeen belang niet wordt gediend. Bedrieg ik mij niet, dan is die tijd voorbij. Zeker! De mogelijkheid bestaat,

dat dergelijke uitlatingen voor het oogenblik afbreuk doen aan het *vertrouwen* in de strafrechtspraak. Maar ook hier is het besef van eigen onvolkomenheid en de daarin wortelende hervormingsdrang de weg van den vooruitgang, het middel om rechtspleging en rechtspraak omhoog te voeren zòò, dat de rechter *vollen* vrede heeft met de wijze waarop hij zijne taak vervult, en het algemeen vertrouwen in de justitie, misschien tijdelijk een weinig geschokt, tenslotte hechter en sterker wordt.

October 1918 S. J. M. VAN GEUNS

Een nieuw beginsel van volkenrecht, door Mr. A. M. M. Montijn, advocaat. — 's-Gravenhage, Gebr. Belinfante, 1918.

Deze interessante brochure staat in het teeken van de exacte wetenschap. Daarin steekt hare kracht en hare zwakheid tevens. De ijdelheid van de pacifistische verwachtingen legt zij onmeedoogend bloot. Met vredespaleizen en hoven van arbitrage, met volkenbonden en raden van verzoening sticht men den eeuwigen vrede niet, tenzij de staten hunne souvereiniteit aan de gemeenschap der natiën wilden overdoen. Of zij geneigdheid gevoelen dit offer te brengen? De kleine mogendheden behoeven niet te kiezen. Het centraal wereldgezag zullen ze erkennen, als de grooten dezer aarde zich omtrent de verdeeling dier macht verstaan.

Wie den statenbond beheerscht, heeft het wel en wee der menscheid in de hand, bepaalt volgens zijn inzicht de toekomst der onderscheiden volken, brengt naar zijn welgevallen opbloei hier en inzinking daar. Dat een enkele staat zichzelf met de leiding der geheele wereld zou kunnen belasten, sluiten de machtsverhoudingen van dit oogenblik uit. Meer dan een compagnieschap, dan een gemeenschappelijke opperheerschappij valt voorshands zeker niet te verwezenlijken. Misschien zetelt in den kring, die te Versailles voor het vernietigd Europeesch evenwicht een nieuwe orde van zaken zal instellen, een staatsman van zoo groote gaven, dat hij zijn medeleden voor eene volkengemeenschap onder het vereenigd toezicht van enkele machten weet te winnen. Aan de landen die buiten den „inner circle" blijven, zou zulk een ac-

coord, naast mogelijk veel goeds, tevens de bittere zekerheid schenken, dat elk toekomstig gewapend conflict noodwendig ook hen in zijnen maalstroom zou meesleuren. En met de mogelijkheid van botsingen zouden zij moeten rekenen. Niets is wankeler dan de onderlinge machtsverhouding tusschen staten; niets onbestendiger dan de stemming, die in mededingers genegen vrienden doet zien.

Het oude volkenrecht was niet bij machte oorlogen te voorkomen, omdat zijne inzettingen onder den druk der feiten bezweken. Zal de nieuwe wereldorde sterker blijken? Eens zal voor haar ook het uur der beproeving slaan. Voorloopig is men moe gestreden. De krijg heeft invloedrijke staten dichter tot elkander gebracht. Een wereldbond, onder hunne leiding gesteld, kan nuttige diensten bewijzen. De wrijvingspunten zullen in ieder geval verminderen. Slechts tusschen de beheerende vennooten van de groote wereldfirma zullen gevaarlijke geschillen kunnen rijzen. De stille vennooten vallen geheel uit, zoolang zij zich niet opgewerkt hebben tot een hoogte, die hun aanspraak geeft op medezeggenschap in den raad van bestuur. In den eersten tijd valt er niets te vreezen. Zoodra het materieele bestaan van een der leidende machten ernstig in de knel geraakt, zal het nieuwe recht, zoomin als het oude dit vermocht, de tegenstelling kunnen slechten. Indien er onmiddellijk gevaar voor het leven bestaat, kan men het niet op eene transactie laten aankomen. Naar medestanders zal de bedreigde mogendheid zoeken. Partijen zullen zich vormen. Als zij tenslotte tot de wapens grijpen, zullen hare operatiën de gansche wereld omspannen, want tractaatsverplichtingen zullen zelfs den meest pacifieken staat nopen, het geschokte bondsgezag bij te springen. Den hatelijken naam oorlog zal die geweldige strijd niet meer dragen. Dat is waar. Politiedienst, executie zal men het werk noemen, dat in den chaos orde moet brengen.

Voor de dooden, die vallen, maakt dit echter geen merkbaar verschil. Noch zullen de staten minder zwaar bloeden, omdat de wonden die zij ontvangen, hun niet door onafhankelijke leden van een statenmaatschappij, maar door deelgenooten in een wereldverbond geslagen worden.

In een korte formule vat de schrijver deze gedachten samen. Uit de cijfers die de bevolkingsdichtheid van de staten van West- en Midden-Europa aangeven, kon men de komst van den oorlog reeds aflezen, lang voor de Kabinetten in 1914 tot de opening van de vijandelijkheden besloten. Een zelfbewuste macht aanvaardt de oeconomische meerderheid van een concurrent niet als een onbetwistbaar feit dan na vooraf getracht te hebben zich, desnoods door geweld, de vrije ontplooiing harer energie te verzekeren. De hang naar welvaart is den mensch ingeschapen. Politieke invloed bepaalt voor een goed deel den industrieelen en commercieelen rang van een volk. Een staat als Engeland — en in het verleden Duitschland — draagt de ontzaglijke lasten zijner zeemacht in de overtuiging, dat de suprematie ter zee den voorspoed zijner bevolking schraagt. Zoo kostbare instrumenten als legers en vloten kon men echter missen, mits alle staten slechts over een voldoende geographische positie beschikten. Men zorge dus het oppervlak van de aarde in geographisch opzicht redelijk te verdeelen. Alle rijkdom komt tenslotte uit den bodem.

Daarom dient eene regelmatige verschuiving der grenzen aan te dicht bevolkte landen gelijk Frankrijk, Duitschland, Oostenrijk-Hongarije, Rumenië en Servië nu en dan lucht te verschaffen. In de richting van het Oosten zal de grensverzetting in hoofdzaak moeten geschieden. Rusland en Griekenland zullen een aderlating hebben te ondergaan. Maar, zoo besluit de schrijver, daarover behoeven zij zich niet te beklagen. De operatie zal hen krachtiger maken.

Met dit rationeele expediënt zullen, vrees ik, slechts

enkelen genoegen nemen. Niet ieder zal voetstoots willen toegeven, dat de voorspoed van een staat uitsluitend van den omvang en den rijkdom van zijn territoir afhangt. De waarde van den grond wordt tevens bepaald door het volk, dat erop woont. Ook raseigenschappen kunnen een kostbaar bezit zijn. Met een verwijzing naar de absolute cijfers der bevolkingsdichtheid brengt men het dus niet ver. Niet voordat de relatieve waarde van zekere deelen van het aardoppervlak nauwkeurig was vastgesteld, zou dus zijn uitgemaakt, dat b.v. Duitschland en Servië het niet zonder de aanhechting van Russisch en Grieksch gebied kunnen stellen. Nu kan de wetenschap der anthropogeographie zich zeker op schoone ontdekkingen beroemen. Maar bij de conclusie die zij ten koste van Rusland en Griekenland zou trekken, zullen deze staten zich nimmer zonder tegenspraak nederleggen. In het „sta op, opdat ik mij nederzet" schuilt weinig overtuigende kracht, al mag de eisch op wetenschappelijke motieven steunen. Eindelijk, en hier op dreigt het plan onherroepelijk te stranden, de mensch leeft niet bij de rede alleen. Huis en hof zijn hem meer dan bronnen van inkomst; zij zijn de stoffelijke centra van zijn geestelijk leven. Aan den grond waarop wij gewonnen en getogen zijn, knoopen ons onzichtbare banden. De anthropo-geographie acht zich misschien in staat hunne beteekenis te schatten. Psychische waarden kan men tenminste pogen in getallen uit te drukken. Geene wetenschap echter vermag het verlies te vergoeden, dat massale verhuizing voor het gevoelsleven van een volk beduidt.

De oudheid miskende de zedelijke waarde van den mensch. In de eerbiediging van zijne persoonlijkheid ligt een der grootste overwinningen van het heden op het verleden. Liefde voor de exacte wetenschap verleidt den schrijver hier tot een terugtred. Met redeneeringen, op

cijfers gebouwd, bevredigt men niet het gemoed, dat in zijne dierbaarste gevoelens gegriefd wordt. Aan de zonen die men van het erf der vaderen scheurt, verscheurt men tevens het hart. Nooit zullen Rusland en Griekenland willen begrijpen, dat gegevens, door de anthropo-geographie verschaft, aan Duitschland en Servië het recht kunnen geven, een nieuwe grens te vorderen. De behoefte van den een schept nog niet een verplichting voor den ander. En het procédé, dat Brest-Litofsk zoo berucht heeft gemaakt, verandert niet van karakter, omdat het niet in naam van de politiek maar in naam van de wetenschap wordt toegepast.

Utrecht SUIJLING

Mr. J. Terpstra. — *Reallasten in het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek.* — Academisch proefschrift, Vrije Universiteit, 1918.

Reeds de titel van dit proefschrift doet zien, dat de schrijver onze aandacht vraagt voor een rechtsfiguur, welke ons Burgerlijk Wetboek als zoodanig niet kent. De taak, welke hij zich bij zijn arbeid had gesteld, was te onderzoeken, of de Nederlandsche wet, al wijdt zij in tegenstelling met het B. G. B. en het Zwitsersche Civilgesetzbuch geen afzonderlijk hoofdstuk aan dergelijke rechten, ze niet toch wel degelijk kent en erkent.

Hij meent er een zestal te hebben opgespoord, welke hij achtereenvolgens meer of minder uitvoerig behandelt. Aan deze beschouwingen laat hij voorafgaan een slechts enkele bladzijden beslaande inleiding, waarin hij het begrip „Reallasten" in het algemeen bespreekt. Hij heeft zich daarbij ontslagen geacht van den plicht om een overzicht der verschillende theorieën omtrent het wezen dezer lasten te geven, dewijl èn voor het Duitsche èn voor het Zwitsersche recht de vraag haar antwoord vindt in de desbetreffende wetsbepalingen, en de Nederlandsche wet het soortbegrip niet kent. Ik acht dit niet geheel juist gezien. Wel ben ik er den schrijver dankbaar voor, dat hij ons een uitvoerige behandeling der vooral door Duitsche schrijvers over dit punt verkondigde leerstellingen heeft bespaard; aan de duidelijkheid en leesbaarheid van zijn werkje is het stellig ten goede gekomen, dat hij zich niet heeft gewaagd op het vooral voor een pas van de Universiteit komenden rechtsgeleerde zoo gevaarlijke

terrein der „constructie's"; het had hem anders allicht kunnen gaan als den ons door VON IHERING's geestige pen geteekenden jurist, die zoo lang bezig was geweest met pogingen tot het construeeren van de overeenkomst, dat hij ten slotte tot de overtuiging was gekomen, dat die eigenlijk onbestaanbaar was. Waar echter het B. W. Reallasten niet noemt, het B. G. B. (§§ 1105 vlg.) en de Zwitsersche wet („Grundlasten", art. 782 vlg.) daaronder niet geheel hetzelfde verstaan en ook de Nederlandsche schrijvers — de auteur wijst er met nadruk op — het over het begrip zelf niet eens zijn, had een algemeene omschrijving van hetgeen hij de kenmerkende eigenschappen er van acht niet mogen ontbreken. Wel spreekt hij van „verplichtingen tot periodieke of niet-periodieke praestatie's (om te geven of te doen)", welke dan volgens sommigen (ook hem zelven) als zakelijke last rusten op een onroerende (lichamelijke of onlichamelijke) zaak, terwijl volgens anderen de eigenaar daartoe telkens persoonlijk verplicht is, doch hiermee zijn we nog weinig verder: het zakelijk karakter van den reallast sluit persoonlijke aansprakelijkheid van den eigenaar niet uit (§ 1108 B. G. B. !); onbeslist blijft, hoever de afwijking van de periodiciteit, welke laatste toch wel regel is, mag gaan (het B. G. B. spreekt hier duidelijker van „wiederkehrende Leistungen"); nader onderzoek verdiende ook de vraag, of de reallast op onlichamelijke onroerende zaken kan worden gelegd. Vermits nu van de nauwkeurige vaststelling van het begrip moet afhangen, of het eene of andere recht als reallast kan worden aangemerkt en deze in het werk wordt gemist, ontbreekt voor des schrijvers beslissingen somwijlen de feitelijke grondslag en hebben ze een enkele maal iets tamelijk willekeurigs. Ik kom daar nader op terug.

In navolging van ALBRECHT onderscheidt de schrijver

zelfstandige reallasten, die *niet*, en onzelfstandige, die *wel* met eigendom verbonden zijn. Erg duidelijk is dit niet uitgedrukt; bij het woord last denkt men toch allereerst aan de verplichting en dan zou men er allicht het tegenovergestelde van hetgeen er mee bedoeld wordt in kunnen lezen. De beteekenis is, dat lasten der eerste soort drukken op den eigendom, zoodat de rechthebbende niet de eigenaar van het bezwaarde goed is; bij die der andere soort is juist de grondeigenaar de rechthebbende en rust de last op een zakelijk recht op dien grond.

Van de drie hoofdstukken, waarin het proefschrift is verdeeld, is het tweede en verreweg grootste gewijd aan de zelfstandige reallasten (het eerste bevat de inleiding) en daarin neemt weer de bespreking der grondrente de meeste plaats in beslag. Zeer uitvoerig staat de schrijver stil bij den ontwikkelingsgang van dit zakelijk recht, ontstaan zoowel uit het oude tijnsrecht, nadat men den tijnsplichtige als eigenaar van het goed was gaan beschouwen, als uit de eigenlijke grondrente, den rentekoop of de voorbehouden rente.

Vooral de rentekoop schijnt in de middeleeuwen veel te zijn voorgekomen; hij was voor het credietwezen van belang, omdat hij niet werd getroffen door het kanonieke renteverbod. Toch dankt hij zijn ontstaan niet aan den wensch tot ontduiking daarvan; de schrijver vindt dit punt belangrijk genoeg om het in een stelling te herhalen, doch verwijst ter motiveering alleen naar de litteratuur. De latere ontwikkeling gaat in deze richting, dat er bij rentekoop slechts is een persoonlijke schuld van den eigenaar en zijn rechtsopvolgers, waar naast secundair staat een hypothecair recht van verhaal op het goed, terwijl de voorbehouden rente als zakelijk recht werd beschouwd. Dit komt vooral in de Fransche doctrine sterk uit; de Nederlandsche juristen der 17de en 18de eeuw

houden meer vast aan het zakelijk karakter van alle grondrente. De meeningen van OPZOOMER en VAN BONEVAL FAURE, die in de grondrente onzer wet nog een persoonlijke verbintenis willen zien, bestrijdt de Schrijver op, naar het mij voorkomt, goede gronden. Voorts wijst hij niet ten onrechte op een aantal leemten in de wet, b.v. het ontbreken van een dwingend voorschrift tot het vaststellen eener afkoopsom bij de vestiging, van bepalingen tegen misbruik of verwaarloozing van het bezwaarde goed, van regeling der executie. Tal van vragen komen hierbij ter sprake, doch niet steeds tracht de schrijver ons een eigen oplossing aan de hand te doen en herhaaldelijk volstaat hij met de vermelding van wat anderen, in verschillenden zin, hebben geschreven. Afgezien hiervan acht ik dit gedeelte verreweg het beste en belangrijkste gedeelte van het proefschrift; de schrijver geeft ons een heldere en uitgebreide uiteenzetting van de geschiedenis van dit zakelijk recht en zijn regeling in de wet, en zijn beschouwingen over het verleden zijn, ook daar waar zij voor de uitlegging van het hedendaagsche recht niet van gewicht zijn, onze belangstelling wel waard.

Een tweeden reallast meent de schrijver te kunnen vinden in art. 736 B. W., waar de z.g. servitus oneris ferendi wordt behandeld. Tamelijk uitvoerig bespreekt hij den strijd, die vooral onder de Fransche juristen is gevoerd, of wij hier met een (qualitatieve) verbintenis dan wel met een servituut te doen hebben. Noch het een, noch het ander is juist: de verplichting is, naar hij op historische gronden betoogt, een reallast, die echter een accessoir der erfdienstbaarheid is en geen zelfstandig bestaan heeft. Het wil mij voorkomen, dat hij met deze toevoeging zijn eigen stelsel reeds veroordeelt. Juist het feit, dat de verplichting zoo geheel en

al afhangt van de erfdienstbaarheid, daarmee één geheel vormt, maakt, dat het niet aangaat, ze buiten dat servituut om in een ander hokje onder te brengen als verplichting van een afzonderlijken aard. Daarbij komt, dat zij in het kader der reallasten niet past: de schrijver geeft, ofschoon hij periodiciteit der praestatie (is dit hetzelfde als „wiederkehrende Leistung"?) niet noodig acht, toch toe, dat de last niet kan bestaan „in een praestatie voor slechts één keer". Hier zal het zich echter juist veelal voordoen, dat slechts eenmaal iets tot stand behoeft te worden gebracht. Ik zie ook het nut dezer constructie niet in; het moge dan waar zijn, dat de gehoudenheid om iets te doen niet past bij den aard der erfdienstbaarheid, gelijk het Romeinsche recht dien opvatte en art. 722 B. W. dien omschrijft: waar de Romeinsche juristen over dit bezwaar zijn heengestapt, behoeven wij te minder te aarzelen om hen daarin te volgen, dewijl het Germaansche recht, dat toch ook zijn invloed op ons zakenrecht heeft doen gelden, een ruimer opvatting gemakkelijk maakt.

Ook hier stipt de schrijver weer verscheidene belangrijke vraagstukken aan, doch hij laat er ook weer enkele onbeantwoord, daaronder het zeker niet het minst gewichtige, waartoe de vordering tot handhaving van het in art. 736 gegeven recht moet strekken.

Slechts kort spreekt hij over de tienden; trouwens na het standaardwerk van Mr. Kosters viel hierover weinig nieuws te vertellen en praktisch belang heeft het onderwerp nauwelijks meer voor onze wet. Voornamelijk staat hij stil bij de vraag, of naast het bezwaarde goed ook de tiendplichtige persoonlijk verbonden is.

In het derde hoofdstuk komen de onzelfstandige reallasten aan de beurt; de schrijver bespreekt opstal, erfpacht en beklemrecht; natuurlijk gaat het hier alleen

om den plicht van den rechthebbende tot betaling van uitkeeringen aan den grondeigenaar, aan die rechten eigen of althans, als bij opstal, daarmee verbonden kunnende worden. Deze last rust zakelijk op het recht; daarnaast erkent hij ook een persoonlijke aansprakelijkheid van dien rechthebbende. Hier komt naast de geschiedenis en de meeningen der schrijvers ook de jurisprudentie ter sprake en dit leidt den schrijver tot een kritische beschouwing van het arrest van den Hoogen Raad van 30 December 1881 (1), waarin hij een — indien zij juist ware, zeer bedenkelijke — tegenstrijdigheid meent te ontdekken. Ik geloof echter, dat hij ons hoogste rechtscollege hier onrecht aandoet: als de H. R. eerst spreekt van „een zakelijken last verbonden aan het recht van opstal en daarop gevestigd", en daarop laat volgen, „dat hier geen sprake is van de vestiging van een zakelijk recht op een ander zakelijk recht . . . . . , maar van een voorwaarde, volgens art. 764 B. W. aan het recht van opstal zelf verbonden en daarmee één geheel uitmakende", wil dit toch klaarblijkelijk zeggen, dat wel het beding der jaarlijksche uitkeering, door den opstaller te doen, is van zakelijken aard, mitsdien door een zakelijke actie moet worden gehandhaafd, maar het daarom nog geenszins als een zelfstandig zakelijk recht is te beschouwen. Duidelijker komt dit uit, wanneer men het arrest beschouwt in verband met het vonnis der Rechtbank te Tiel (van 4 Februari 1881), dat in cassatie werd aangevallen. Het lijkt mij van twijfelachtig nut, dergelijke onzelfstandige rechten onder de reallasten te brengen. Het Duitsche Wetboek rekent ze er niet toe: zoo men dit niet reeds uit de woorden der wet

(1) Van den Honert. Verzameling van arresten B. R., dl. 47, bl. 110. Zie ook W. 4727.

moest afleiden, dan zou het zeker blijken uit de geschiedenis (1). Nu is het waar, dat ons wetboek juist ten opzichte van de regeling dier „onzelfstandige reallasten" groote leemten vertoont, hetgeen de schrijver op verdienstelijke wijze heeft uiteengezet, doch wij winnen er niets mee door ze onder een rechtsbegrip te brengen, dat de wet in 't geheel niet kent of regelt. In elk geval behoorde die regeling samen te gaan met die van het zakelijke recht zelf.

Ondanks deze bezwaren kan de totaalindruk van dit proefschrift niet anders dan gunstig worden genoemd. De schrijver heeft zich uitstekend in zijn onderwerp ingewerkt, heeft de zeer omvangrijke litteratuur met grooten vlijt bestudeerd en goed verwerkt en doet zich in zijn beschouwingen kennen als een scherpzinnig jurist. Ik geloof, dat hij zijn onderwerp met volledigheid heeft behandeld en dat niets, wat in onze wet met eenige mogelijkheid als reallast zou kunnen worden beschouwd, hem ontgaan is; zeer terecht heeft hij het recht van den huurder volgens art. 1612 B. W. hier buiten beschouwing gelaten, want van een op het onroerend goed drukkenden last is daar geen sprake. Ook naar het uiterlijk is het werkje goed verzorgd (2) en des schrijvers stijl en betoogtrant zijn helder en niet omslachtig, Dat hij bij het bewerken van zijn stof zeer veel Duitsche auteurs heeft geraadpleegd, daarvan vertoont zijn taal op verscheiden plaatsen duidelijke sporen.

---

(1) Zie Motive III, bl. 572 vlg. en 581 vlg.

(2) Op bl. 95, onderaan, staan echter eenige drukfouten, die bij het lezen zeer hinderlijk zijn en hadden moeten zijn vermeden. En van «tekortkomingen en wanbetalingen, die op den rechtsopvolger overgaan», te spreken (bl. 103), kan niet door den beugel.

Ten slotte nog een opmerking. In de Voorrede verontschuldigt de schrijver zich voor het gebruik van den uitheemschen term „reallasten"; hij verklaart er geen juiste Nederlandsche uitdrukking voor te hebben kunnen vinden; het door LAND gebezigde woord „grondschuld" verwerpt hij terecht. Wil men niet van zakelijke lasten spreken, omdat dit streng genomen ook op andere zakelijke rechten moet slaan — al is het de letterlijke vertaling van het Duitsche woord —, dan zou, gelet op het min of meer periodieke karakter dezer uitkeeringen, wellicht de term „zakelijke renten" aanbeveling verdienen.

H. W. M. VAN HELTEN.

Johannes Offerhaus, *Nederlandsch Internationaal Bewijsrecht.* – Proefschrift, Amsterdam, 273 bladzijden.

Actueel is bovenvermeld proefschrift, 't welk de heer Offerhaus in Maart 1918 aan de gemeentelijke universiteit te Amsterdam verdedigde, zeker niet (1). Het internationale recht is in dezen benarden tijd uitermate in het gedrang gekomen, vooral in de oorlogvoerende staten, en wordt daar nog alleen geëerbiedigd, zoolang het oorlogsbelang het toelaat. Schr. toont terecht echter vol goeden moed te zijn, overtuigd dat, als normale tijden zijn teruggekeerd, het Ciceroniaansche „silent leges inter arma" niet meer zal gelden.

Het geschrift geeft blijk van veel studie en noesten vlijt en het wil mij toeschijnen, dat van literatuur en rechtspraak, ook van den nieuwsten tijd, in ruime mate is kennis genomen.

Soms kwam het mij bij de lezing voor, alsof schr. met de taal heeft moeten worstelen en moeite had zijn gedachten in begrijpelijken vorm te gieten. Ik moge hiervoor wijzen op Hoofdstuk II over den Bewijslast. Hem zij tot troost dat niemand minder dan Multatuli in Idee 13 verklaarde: „Het is zeer moeilijk zich juist uit te drukken".

Het werk is verdeeld in XII hoofdstukken, waarvan I handelt over: Het Bewijs in het Internationaal Privaatrecht, II over: Bewijslast, III—X over de verschillende bewijsmiddelen: Schriftelijk Bewijs, Getuigenbewijs, Ver-

(1) Dit opstel is geschreven in den zomer van 1918.

moedens, Rechtskracht en Bewijskracht van Buitenlandsche Vonnissen, Bekentenis, Gerechtelijke Eed, Bewijs door Plaatsopneming of Bezichtiging en door Deskundigen, Bewijsmiddelen in Zaken van Koophandel. XI handelt over Rogatoire Commissiën, terwijl het laatste hoofdstuk, bij samenvatting van het voorafgaande, het Nederlandsch Internationaal Bewijsrecht bespreekt.

Zeker een rijke voorraad van onderwerpen, zoodat de vraag bij mij opkwam, of schr. niet goed had gedaan zich wat te beperken. Wat hiervan moge zijn, dit moet erkend, dat ieder onderwerp behoorlijk tot zijn recht is gekomen en het verwijt niet mag worden gedaan, dat schr. zich van eenig punt hier en daar maar heeft afgemaakt. Zelfs geloof ik, dat hij soms bij de bespreking van het Nederlandsch Bewijsrecht uitvoeriger is geweest dan voor het doel, dat hij voor oogen had, noodig was, vergetende dat bij onze schrijvers hetzelfde reeds voldoende was behandeld en moeilijk daaromtrent iets nieuws was te zeggen.

Bij de bestudeering van het geschrift komt men zeker tot de overtuiging, voorzoover men die nog niet had, dat wat schr. van de „openbare orde" zegt, dat zij is „een probleem waarbij de subjectiviteit hoogtij viert", blz. 167, in niet mindere mate geldt van het internationaal bewijsrecht. Veel hangt hier bovendien af van het rechtsgevoel en den praktischen zin van den rechter.

Schr. plaatst eenige stellingen op den voorgrond, die hij dan nader uitwerkt. De eerste is, dat elke partij er groot belang bij heeft tijdens een proces te kunnen bewijzen met middelen, op welker waarde zij reeds bij het totstandkomen van een rechtsverhouding heeft vertrouwd, blz. 3. Een andere, dat de vormen van de bewijsvoering aan het Nederlandsche recht zijn gebonden, evenals de vraag in hoever partijen geen bewijs behooren te leveren,

omdat er geen strijd blijkt te zijn, en in hoever de rechter zelfstandig onderzoek mag doen, blz. 4.

Bij het materieele bewijsrecht gelde als regel hetgeen het Italiaansche B. W. voorschrijft in art. 10, lid 2, van de Inleiding: „De bewijsmiddelen der verbintenissen worden bepaald door de wetten der plaats waar de handeling is geschied". Hierin ligt de erkenning van het opgewekt vertrouwen. Schr. bestrijdt dan ook de leer van de Engelsche en Amerikaansche juristen, dat alleen die bewijsmiddelen zouden mogen worden toegepast, welke de wet van den rechter toelaat, en hun bewijskracht alleen naar deze wet mag worden beoordeeld.

Deze regel is echter, volgens schr., niet zonder uitzonderingen, want er zijn gevallen, „waarin het eigen „bewijsrecht bepalingen van zoo ingrijpend belang bevat, „met betrekking tot het vormen van de rechterlijke over„tuiging dat deze onder alle omstandigheden moeten „worden gehandhaafd", blz. 5.

Strijd met hetgeen men de openbare orde noemt mag ook nimmer plaats hebben. Jammer dat het begrip „openbare orde" zoo zwevend is.

Daarom is het vruchteloos naar een internationaal bewijsrecht te zoeken. Schr. eindigt dan ook zijn proefschrift met als zijn oordeel uit te spreken, dat er geen universeel bewijsrecht is en het ook niet verstandig is naar zulk een bewijsrecht te streven, blz. 273.

* * *

Bij het doorlezen van het proefschrift ontmoette ik hier en daar uitspraken, die m. i. niet boven bedenking zijn. Moge ik, om niet te uitvoerig te worden en de voor een recensie toegekende ruimte niet te overschrij-

den, hetgeen in dezen tijd van papiernood vooral uit den booze zou zijn, enkele nader behandelen.

Zoo wordt op bladz. 25 betoogd, dat de H. R. bij arrest van 21 Juni 1872, W. 3477, reeds zou hebben beslist, dat den oorspronkelijken gedaagde terecht bewijs was opgelegd, omdat hij dit zeer gemakkelijk zou kunnen leveren. In het sober gemotiveerde arrest wordt echter in de eerste plaats geleerd, dat het hier een feit betrof tot tegenspraak van eens anders recht — gedaagde als eigenaar aangesproken had beweerd niet de eenige eigenaar te zijn — en mitsdien het als geschonden voorgestelde art. 1902 B. W. juist was toegepast. Hieraan wordt alleen toegevoegd, dat de juistheid der toepassing daardoor wordt bevestigd, dat meestal het bewijs hier zeer gemakkelijk zal zijn voor den gedaagde, doch het bewijs van het tegendeel zeer moeilijk voor den eischer. Kennelijk volgde de H. R. hier FAURE I, bladz. 276 (2e druk).

Op bladz. 39 leest men ten betooge, dat de H. R. niet eischt, dat een geschrift om authentiek te zijn afkomstig zij van een openbaar ambtenaar, dat dit college in 1881 (W. 4600) zoodanige beslissing had gegeven ten aanzien van „syndics des agents de change" te Parijs. In het arrest leest men echter, dat door het Hof was aangenomen, dat deze heeren waren openbare ambtenaren.

Volgens schr. zou een Fransche onderhandsche akte, waarbij niet was voldaan aan art. 325, eerste lid, C. c. hier te lande bewijskracht hebben, bl. 64. Met deze uitspraak kan ik mij vereenigen maar ik zie niet in, dat dit voortvloeit uit het karakter van den regel „locus regit actum". Die regel leert, dunkt mij, het tegendeel.

Op bladz. 68 doet schr. een aanval op KOSTERS, die mij niet gegrond voorkomt. Het gaat over de vraag of art. 1917 B. W. van openbare orde is, zoodat onze rechter de juistheid der dagteekening eener onderhandsche akte

niet zou mogen aannemen als aan den eisch van dit artikel niet is voldaan, ook al kent het vreemde land, waar de akte is tot stand gekomen. zoodanig voorschrift niet. KOSTERS zegt niet, bl. 210, dat onze rechter dan steeds aan de dagteekening gebonden zou zijn, zooals schr. meent, maar niet meer dan dat „de wet, welke de „rechtshandeling beheerscht, alsmede die der plaats, waar „zij tot stand kwam en het bewijsstuk werd opgemaakt, „voor het bewijsmiddel beslissend zijn". Hetgeen mij juist voorkomt.

JITTA komt op bladz. 75 aan de beurt. Deze zou meenen, dat alle ten onzent noodzakelijke bestanddeelen der overeenkomst, dus ook de oorzaak, moeten aanwezig zijn bij alle overeenkomsten, waarvan de uitvoering voor den Nederlandschen rechter wordt gevorderd, omdat partijen daarbij in aanraking komen met den Nederlandschen verkeerskring.

Ik meen dat JITTA dit niet zoo beslist zegt. Immers op bladz. 328 van zijn *Internationaal Privaatrecht* leest men: „zeer zelden ook zal onze rechter de censuur in „dien zin uitoefenen, dat hij aan zulk een handeling het „rechtsgevolg weigert, dat de vreemde wet haar toekent; „toch is ook dat mogelijk, vooral indien het rechtsgevolg „nog niet verwezenlijkt is en de medewerking van onzen „rechter juist wordt ingeroepen om dat rechtsgevolg te „verwezenlijken; dan is ook de rechtshandeling, niet „meer zuiver een rechtshandeling, die tot een vreemden „kring behoort; zij dringt in den onzen door".

Getuigenissen van hooren zeggen acht schr. bij ons in burgerlijke gedingen niet toegelaten, bl. 108. De H. R. dacht er reeds op 13 Juni 1884, *W.* 5049 (1), anders

(1) Zie omtrent de geschiedenis van art. 1944 B. W. de conclusie van den advocaat-generaal GREGORY, te vinden N. R., dl. 49, bladz. 275 vlg., voorafgegaan aan 's H. R.s arrest van 9 Maart 1855.

over en DIEPHUIS, III, bl. 14, is ook van een andere meening. Het wil mij ook voorkomen. dat de tekst van art. 1944 B. W., in tegenstelling met dien van art. 398 W. v. Sv., niet verbiedt aan getuigenissen van hooren zeggen bewijskracht toe te kennen.

Op bladz. 136 spreekt schr. van „zich reconventioneel beroepen op schuldvergelijking" met verwijzing naar een buitenlandsch vonnis door iemand, die hier te lande op zijn beurt door de vroegere wederpartij, krachtens een andere verbintenis, wordt aangesproken. Schr. meent dat het verbod van tenuitvoerlegging zulk een eisch in reconventie uitsluit. Ik zie de reden voor deze uitsluiting niet in, want een eisch in reconventie verschilt in wezen niet van een gewone vordering, die hier zeker is toegelaten. Zou schr. soms ook bedoeld hebben een verweer met een beroep op schuldvergelijking, steunende op een veroordeeling tot betaling krachtens een buitenlandsch vonnis? Mocht dit zoo zijn, dan ben ik het met hem eens.

Schr. vraagt op blz. 139, sprekende over de uitvoerbaarheid van buitenlandsche vonnissen, naar aanleiding van 's Hoogen Raads beslissing van 8 Dec. 1916, *W.* 10054, dat de vordering tot betaling van een door buitenlandsche scheidslieden vastgesteld bedrag niet is een vordering tot uitvoerbaarverklaring van hunne beslissing, welk verschil het maakt of de vreemde rechter krachtens *beding* den omvang der verbintenis bepaalde of dat hij zulks deed na een normaal gevoerd geding.

Ik zou met den H. R. willen antwoorden, dat in het eerste geval niet meer gevraagd is dan de nakoming van een tusschen partijen aangegane overeenkomst, waarvan de scheidsrechtelijke beslissing een deel uitmaakt, terwijl in het andere geval de wederpartij zich niet vooraf heeft verbonden, dat een uit de overeenkomst voortvloeiend geschil door den vreemden rechter zou worden beslist.

Van nakoming van een overeenkomst is nu geen sprake.

Schr. spreekt op blz. 166, van het nog aanhangig wetsontwerp-REGOUT. Dit ontwerp is echter reeds kort na het optreden van het ministerie-CORT VAN DER LINDEN, ingetrokken.

De wettelijke afpaling van rechterlijk gebied is geen beletsel, zegt Schr. op blz. 210, dat de plaatsopneming en bezichtiging door den rechter geschieden niet alleen binnen zijn ambtsgebied doch overal in Nederland. Indien dit juist is, dan zie ik niet in waarom de rechter ook maar niet naar het buitenland zou mogen gaan ter plaatsopneming of bezichtiging, hetgeen Schr. evenwel niet mogelijk schijnt te achten. Het wil mij echter toeschijnen, dat elke bevoegdheid van een rechter buiten zijn ambtsgebied ophoudt en dat hij daar niet meer is dan een „simple particulier", CARRÉ Qu. 988[2] en 1144. Aan het begin van het Hoofdstuk, *Rogatoire Commissiën*, blz. 237, haalt Schr., kennelijk met instemming, aan de uitspraak van WEISS: „Sorti de son ressort le juge n'a plus de pouvoirs qu'un citoyen quelconque". Met deze uitspraak zou ik mij gaarne vereenigen.

Schr. juicht, blz. 262, terecht de bepaling toe van art. 12 van het Verdrag van 17 Juli 1905 betreffende de burgerlijke rechtsvordering, goedgekeurd bij de Wet van 15 Juli 1907, *S.* 197, krachtens welke „en cas d'in-„compétence de l'autorité requise la commission rogatoire „sera transmise d'office à l'autorité judiciaire compétente „du même Etat". Dit opzijdeschuiven van de lijdelijkheid des rechters zou den nationalen wetgever tot voorbeeld kunnen strekken.

Ik moge erop wijzen, dat dit in den laatsten tijd reeds door onzen wetgever wordt nagevolgd, zooals blijkt uit art. 84 der Beroepswet, art. 17 der Wet van 19 Dec. 1914,

S. 564, art. 54 van het K. B. van 26 Mei 1917, *S.* 444, bedoeld in art. 13 der Huurcommissiewet.

* * *

Over 't geheel valt op de taal van het proefschrift weinig aan te merken. Hier en daar stuitte ik op een Latijnsch woord, waar een Nederlandsch woord het begrip evengoed zou hebben uitgedrukt. Het zoogenaamde juristen-bargoensch komt er ook weinig in voor. Een enkele maal zijn er echter woorden gebruikt, die dit bargoensch, naar ik meen, nog noodeloos verrijken.

Zoo wordt b. v. op blz. 79 gesproken van een „producent" om een persoon aan te duiden, die een geschrift als bewijsstuk overlegt. Zou Schr. den persoon, tegen wien het geschrift zal dienen nu een „consument" of een „geproduceerde" willen noemen? Erger wordt het nog in Hoofdstuk VIII, dat over den *Gerechtelijken Eed* handelt. Op blz. 181 spreekt Schr. eerst van de „opdragende partij" om ze onmiddellijk daarna met het tot nu toe onbekende woord „deferent" aan te duiden. De partij, aan wie de eed wordt opgedragen, wordt even later „delaat" genoemd, waarschijnlijk ontleend aan jusjurandum delatum. De Praeter noemde zulk een persoon: „eum a quo jusjurandum petetur", L. 34 § 6, D. XII, 2.

Men begrijpe mij goed. Ik heb geen bezwaar tegen een vreemd woord, indien het de gedachte beter of veel korter uitdrukt. Maar waar overigens een goed Nederlandsch woord is te vinden, late men dit niet ongebruikt, mede ter bevordering van de duidelijkheid. Vooral den jongeren onder de rechtsgeleerden zij dit aanbevolen, de ouderen kunnen zoo moeilijk van een lang gevolgde gewoonte scheiden.

Moge uit het bovenstaande soms worden afgeleid, dat ik nog al wat bedenkingen heb, men vergete niet dat het de taak is van den beoordeelaar op wat hem minder juist voorkomt te wijzen.

Dit neemt niet weg, dat het geschrift behoort tot de goede proefschriften en de verwachting opwekt, dat des schrijvers eerste pennevrucht op rechtsgeleerd gebied wel niet ook de laatste zal zijn. Hetgeen hij gaf is de kennisneming waard.

Augustus, 1918 H. Hesse

Mr. P. H. L. Lamberts Hurrelbrinck. — *De Wetgeving der twaalf tafelen in het licht van den Romeinschen godsdienst.* — 's-Gravenhage, MART. NIJHOFF 1918.

Reeds in zijn academisch proefschrift: „De oorsprong van het huwelijk (Leiden 1910)" had S. zich doen kennen als iemand met een bizonderen historischen aanleg. Alleen de historische behandeling doet een instituut kennen in zijne volledige beteekenis. En dan late men aan de traditie ook haar recht wedervaren, want zelfs in het meest revolutionnaire tijdperk blijft de traditie hare rol vervullen, zelfs al is hare werking dan niet zichtbaar op de oppervlakte, want men vindt haar terug in het onderbewustzijn.

Dit is, in grove trekken, het uitgangspunt van den schrijver.

De waarde van de traditie in het volle licht te stellen, is S's doel. De overtuiging, dat de uitleggers van het Romeinsche Recht daarin zijn te kort geschoten, is zoo diep bij hem geworteld, dat hij geen moeite gespaard heeft, om uit de Latijnsche en Grieksche bronnen stof te verzamelen ter verdediging van zijn stelling en tot weerlegging van de argumenten zijner tegenstanders. Die overtuiging maakt hem welsprekend, wat aan zijn boek een groote bekoring geeft.

Dat hij zich daardoor wel eens aan overdrijving schuldig maakt, spreekt van zelf, want deze fout is de keerzijde van iedere krachtige overtuiging.

De 12 tafelen-wet is een sacraal recht, en aangezien de 12 tafelen vormen het fundament van het latere civiele

recht gaat het sacrale karakter nooit geheel te gronde, in het bizonder niet bij de begrafenisplechtigheden, het testament, het huwelijk.

De strijd tusschen patriciers en plebejers is in hoofdzaak een worsteling over het behoud der traditie.

Het eerste hoofdstuk over den Griekschen invloed op de oudste Romeinsche beschaving (gedeeltelijk zijn de 12 tafelen ontleend aan de wetgeving van Solon) achten wij het beste. Hier is de stijl voortreffelijk; de wijze, waarop in de Hollandsche taal worden weergegeven plaatsen uit de oude schrijvers, is boven allen lof verheven.

Minder gelukkig is S. geweest in de behandeling van het testament. Men stuit hier op noodelooze herhalingen. Dan, de stelling van Hölder over de arrogatie-formule (pag. 81) schijnt ons niet voldoende weerlegd.

Ook is het S. niet gelukt ons te overtuigen, dat „de usucapio pro herede is een uitvloeisel van de godsdienstige zorg der Romeinen voor hunne sacra". Wanneer het waar is, dat bij niet-aanvaarding eener erfenis, iedere *vreemde* het huis kon binnentreden, het haardvuur ontsteken, om dan na het jaar als erfgenaam beschouwd te worden (pag. 96), kan de bedoeling van dien vreemde niet geweest zijn om de verzorging der sacra op zich te nemen, want S. zegt zelf, dat die verzorging alleen effect heeft, wanneer zij geschiedt door iemand van dezelfde familie of van dezelfde gens.

In het hoofdstuk over het huwelijk durft S. een zeer reactionnaire uitspraak te doen:

„Is dit niet de eeuwige waarheid van alle tijden dat hoe minder wettelijke rechten de vrouw bezit, des te meer eerbied en achting de man haar toedraagt. En iedere overwinning, die de vrouw op de wet behaalt, doet haar een deel van het aanzien verliezen, dat zij in religieuse, patriarchale tijden van wettelijke knechtschap bezit" (pag. 139).

Wij eerbiedigen den moed om deze uitspraak neer te schrijven, maar betwijfelen of zij wel waar is in hare algemeenheid. Wanneer intreedt een tijdperk van overbeschaving — leert de geschiedenis — zijn wij getuigen van de verbastering der voorvaderlijke zeden; bij het losser worden van den familieband wordt ook minder de eerbied voor de vrouw „quae domum servavit, lanam fecit", maar de toekenning van meerdere rechten aan de vrouw is niet de oorzaak der verbastering. Het Horatiaansche: „Quid leges sine moribus vanae proficiunt" is nergens meer waar dan in het familierecht, en het was geen ijdele verzuchting van SENECA, toen hij met weemoed gedacht de eeuw, „quo impudentia monstrum erat, non vitium".

Voor het kleine publiek, waarvoor het boek geschreven is, schaadt een zoodanige overdrijving niet; integendeel de belangstelling wordt er door geprikkeld.

Het werk van Mr. H. is een novum in onze rechtsliteratuur. Reeds v. IHERING en PAUL GIDE hadden bewezen, dat men de positie der Romeinsche matrona niet leert kennen uit de Digesten alleen. Men vormt zich dan daarvan een geheel onjuist denkbeeld. Men dringe door tot den geest van het oude Rome en dan zal men ervaren, hoe geëerd het *atrium* was, waar de vrouw haar troon had.

Om zich dien geest eigen te maken, wordt een ernstige studie vereischt, die niet ligt op den weg van den gewonen jurist. Zijn literaire aanleg heeft den heer H. dien weg opgedreven met een resultaat, waarop hij trotsch kan zijn.

's Gravenhage Mr. M. RIJKE

Biographisch onderzoek naar de werking van het Rijksopvoedingsgesticht voor meisjes en naar de oorzaken der meisjesmisdadigheid. — Proefschrift, te Amsterdam verdedigd op 18 Juni 1918, door Mejuffrouw Mr. H. Hillesum. (374 blz.). — A. H. Kruyt, Amsterdam.

Het belangrijk proefschrift, hierboven vermeld, beoogde tweeërlei bedoeling: 1°. te onderzoeken, of de dwangopvoeding van regeeringswege goede vruchten gedragen heeft; 2°. na te gaan, welke feiten meisjes met den strafrechter in aanraking brengen en welke de oorzaken daarvan zijn. Om deze beide hoofdpunten groepeerden zich andere vragen, die in nauwer of ruimer verband daarmee stonden: *a.* naar de juistheid van den toegepasten maatregel; *b.* naar het voorwaardelijk ontslag met patronaat; *c.* naar het al of niet op tijd ingrijpen en loslaten; *d.* naar de prostitutie.

36 meisjes, die in het Rijksopvoedingsgesticht (R. O. G.) waren geweest, werden aan een onderzoek onderworpen. Er werd een keuze gedaan uit de meisjes, die tusschen 1905 (nà het in werking treden der Kinderwetten) en 1915 een tijd in het R. O. G. hebben doorgebracht, in het geheel 70. Alleen de crimineele meisjes uit de groote stad werden onderzocht, die welke door de Hoven of Rechtbanken van de drie groote steden, Amsterdam, Rotterdam, Den Haag, ter beschikking van de regeering waren gesteld.

Het zou belangwekkend zijn, wanneer een andere doc-

toranda zich geroepen gevoelde de biographieën van de 34 andere meisjes samen te stellen, daar we dan niet alleen een volledig geheel zouden hebben, dat immers naar dezelfde gezichtspunten zou kunnen worden onderzocht en waarbij men vergelijkingen zou kunnen maken tusschen deze 36, die een selectiecorps vormen en de meisjes van het platteland en de kleinere steden. Nu toch zou de titel van het proefschrift eigenlijk moeten luiden „naar de oorzaken der meisjesmisdadigheid, zooals deze in de groote steden tot uiting komt".

Zonder vooruit te loopen op dat onderzoek, ben ik toch overtuigd, dat enkele factoren, door de schrijfster hier sterk op den voorgrond geplaatst, met name geldt dit voor de exogene oorzaken, niet in die mate zouden gelden en dat misschien juist hier de endogene factoren eene belangrijker plaats zouden innemen.

De schrijfster koos de biographische methode, niet de statistische, omdat er veel wordt overgelaten aan het subjectief oordeel van den statisticus. Toch moet daarnaast deze opmerking gemaakt worden, dat het verzamelen van biographisch materiaal met groote moeilijkheden gepaard gaat en dat men meestal al doende eerst begint te leeren, hoe men eigenlijk moet verzamelen. Er zit met andere woorden ook veel subjectiefs in de gegevens van de schrijfster.

Omtrent den tijd in het R. O. G. doorgebracht kon over meer objectieve gegevens beschikt worden (de historie, die daar wordt bijgehouden en het oordeel van den gestichtsarts).

Met eenige nieuwsgierigheid zoekt men naar de verkregen resultaten. Menigeen toch, waartoe vele psychiaters behooren, meent, dat de resultaten van inrichtingen als Rijksopvoedingsgesticht en tuchtscholen ongeveer gelijk nul zijn en deze meening is gebaseerd op de theoretische

opvattingen, die zij huldigen omtrent de personen, die naar die inrichtingen gaan. Eenmaal gedegenereerd, blijft men gedegenereerd, eenmaal psychopaath, blijft men psychopaath.

De schrijfster deelt de resultaten van het R. O. G. telkens aan het einde der levensbeschrijvingen mede en resumeert ze op pag, 342—344. De dwangopvoeding faalde in 3 gevallen, daar de misdadigheid bleef. Deze meisjes hebben na definitief ontslag uit de terbeschikkingstelling gevangenisstraf wegens een vermogensdelict ondergaan, terwijl nog 4 andere meisjes zich aan vermogensdelicten hebben schuldig gemaakt, zonder dat dit tot een vervolging heeft geleid.

Moreel niet geslaagd waren 5 meisjes, zij waren prostituees; zonder invloed van het R. O. G. in moreel opzicht waren 2 andere meisjes, beiden waren eveneens prostituees (van de ééne wordt gemeld: ze was zich bewust als hetaere geboren te zijn en beheerschte zich slechts zoolang dit noodig was; van de andere: in haar eerste huwelijk was zij prostituee, zij het dan ook door de bijzondere omstandigheden, waarin zij verkeerde).

Voor 10 gevallen zou het wenschelijk geweest zijn, dat de verzorging van Overheidswege niet na het 21ste jaar was beëindigd geworden.

Er zijn dus 17 meisjes met onvoldoende resultaten. Eén meisje was krankzinnig en mag daarom niet meegerekend worden, aldus blijven nog 18 gevallen over. Van deze kan getuigd worden, dat er althans geen bepaalde misdragingen vielen te constateeren, terwijl er 9 als volkomen geslaagd moeten worden beschouwd.

Dit resultaat heeft me verrast, omdat men onwillekeurig gesuggereerd wordt door het telkens weer herhaalde: van die R. O. G.-menschen komt toch niets terecht; 50 pCt. vrij goed en 25 pCt. volkomen geslaagd, dat zijn toch getallen die gezien mogen worden.

In sommige opzichten moet dit resultaat ook de schrijfster zelf verrast hebben. Indien men het lijstje op pag. 252 nagaat, dan vindt men onder de 36 meisjes maar 5 geestelijk gezonden, verder 11 debielen, 3 geestelijk disharmonischen, 8 ethisch gedegenereerden, 7 hysterischen, 1 geestelijk gezonde met disharmonieën en 1 nerveuse. Het behoeft niet te verwonderen, dat bij de geslaagden 3 van de 5 normalen behoorden, maar daarnaast waren 2 debielen, 1 geestelijk gezonde met disharmonieën, 1 geestelijk disharmonische, 1 hysterica en zelfs 1 die bij de ethisch gedegenereerden was gerekend. Indien deze laatste geslaagd is en volkomen geslaagd is, dan blijkt dat we wel wat voorzichtig moeten zijn aan de ethisch gedegenereerden het cachet onopvoedbaar te geven.

Daarop kom ik straks nog terug.

Volkomen terecht vraagt de schrijfster zich af, nu er mislukkingen zijn, waren die dan noodzakelijk of zijn ze te wijten aan fouten van het bestaande stelsel, die voor verbetering vatbaar zijn. Dienaangaande worden nu behartenswaardige wenken gegeven.

Vooreerst grijpt de overheid doorgaans te laat in. Dit geldt met name voor de abnormaal aangelegden. Dit is volkomen juist gezien. Vroege bescherming van deze gevallen en op tijd in een geschikt milieu brengen zou belangrijke voordeelen geven.

Voor zwakzinnigen wordt reeds gezorgd, voor psychopathen niet. Het is volgens de schrijfster een logische consequentie van de leerplichtwet, dat de Staat hen dwingt, kinderen van arme en rijke ouders, aan een bijzonder regime te onderwerpen. De onderwijzer en de schoolarts zouden er alleen toe kunnen samenwerken, dat, indien abnormale verschijnselen worden waargenomen, het kind in een of andere observatie-inrichting aan een psychiatrische observatie wordt onderworpen. Hier moet

worden uitgemaakt, of het kind op de gewone school kan blijven of dat tot een speciale opleiding moet worden omgezien.

Het oordeel van den deskundige zal aan den Kinderraad (de Voogdijraad zou moeten worden een Algemeen College voor Kinderzaken), die de eindbeslissing heeft te nemen, moeten worden medegedeeld.

Ook ten opzichte van verschillende normale kinderen zou de overheid, wanneer ze volstaat met schooldwang, te kort schieten. De overheid heeft na te gaan, of de voorwaarden, waaronder het kind buiten de school leeft, zoodanig zijn, dat het een bruikbaar mensch in de maatschappij kan worden, en moet zoonoodig deze voorwaarden wijzigen. Zoowel bij het abnormale als bij het normale kind moet de overheid vragen: zijn *deze* ouders in staat *dit* kind op te voeden. Ook voor deze normale kinderen moeten kostscholen ter beschikking staan. Voor de ouders is het een *„voorrecht"* door de gemeenschap waardig gekeurd te worden haar toekomstige staatsburgers op te voeden en dit wordt ontnomen, wanneer men niet in staat is zijn taak naar behooren te vervullen.

Het zijn hier wel radicale maatregelen, die de schrijfster voorstelt en al kan ik daarin de goede bedoeling waardeeren en tegelijk een min of meer naief optimisme opmerken, toch meen ik, dat een nuchtere beschouwing van deze voorstellen ernstige bezwaren van principiëelen en van practischen aard zou openbaren. Zoo zou te spreken zijn over rechten, plichten en voorrecht der ouders, over de taak van de Overheid, over de onmogelijk door den onderwijzer te vervullen taak om uit te maken, of de voorwaarden, waaronder het kind buiten de school leeft, te wenschen overlaten, enz. enz. „Vreest men" zoo vraagt de schrijfster zich af, „dat zeer vele ouders opzettelijk hun kinderen zullen verwaarloozen, dat men zoo geleidelijk

zal komen tot opvordering der kinderen door den Staat, dan kan ik daar alleen tegen aanvoeren, dat ik die vrees niet deel, omdat ik het ouderlijk gevoel bij de meeste menschen sterk ontwikkeld acht, maar dat — zoo die vrees gegrond mocht blijken — het alleen zou bewijzen, dat de tegenwoordige basis van onze maatschappij, het gezin, verkeerd is".

De beslissing zou door den „Kinderraad" moeten worden genomen, die in de toekomst het recht zou moeten krijgen zelf de beslissingen te nemen. In alle gevallen, waarin twijfel bestaat of een kind op de voor hem geschikte wijze wordt opgevoed, zal het College moeten kunnen ingrijpen en het zal kunnen vermanen (zachtste maatregel), maar ook ter beschikking van de Regeering kunnen stellen met een nadere aanwijzing, waar en hoe het kind moet worden opgevoed (ingrijpendste maatregel). Voor Hooger beroep zou een „Hoogste Kinderraad" moeten worden ingesteld (noch voor de gewone Kinderraden, noch voor dit Hoogste College zou een juridische graad als eisch gesteld moeten worden).

Volgens de schrijfster zou de onderwijzer gewoonlijk wel in staat zijn zich een oordeel te vormen over de opvoeding in het ouderlijk huis. Daarnaast zouden echter alle andere personen in de gelegenheid moeten zijn hun vermoedens mee te deelen aangaande onvoldoende opvoeding, zoowel tijdens de schooljaren, als ook daarna. Ik heb mij daarbij afgevraagd, of de schrijfster zich wel goed ingedacht heeft of dit stelsel zou kunnen toegepast worden en zoo ja, of dit toelaatbaar mag geacht worden. De onderwijzer, maar ook „alle andere personen" moeten aanbrengers kunnen zijn en beoordeelaars van het vage begrip „onvoldoende opvoeding"!

De gemeenschap moet ook kunnen dwingen tot vakonderricht; de kinderen moeten na het verlaten der lagere

school de daaropvolgende 2 à 3 jaar gebruiken, om zich die kennis eigen te maken, waardoor zij een plaats in het maatschappelijk productieproces kunnen innemen. De overheid moet het kind blijven volgen en daarvoor is noodig, dat zij ten allen tijde weet, waar het is en wat het doet.

Terwijl ik meen, dat hier aan de Overheid eene taak wordt opgedragen, die zij niet kan noch mag aanvaarden, worden echter door de schrijfster behartenswaardige wenken gegeven wat betreft de zedenpolitie en de lichamen, die krachtens hun werkzaamheden in voortdurende verbinding met de kinderen staan en op het juiste oogenblik kunnen waarschuwen.

Ook het plaatsen in observatie-inrichtingen verdient aanbeveling en ik acht het eveneens verderfelijk, dat de meisjes, die door den Minister van Justitie bestemd zijn voor het R. O. G., moeten wachten, tot er plaats is, èn of vrij blijven rondloopen of in de huizen van bewaring blijven. Toejuiching verdienen ook de wenschen van de schrijfster een beambte te verbinden aan het R. O. G. om de rechterhand der directrice te zijn bij het reclasseeringswerk en de organisatie van vereenigingen, die zich direct met het toezicht van de ontslagen meisjes belasten, terwijl de ambtenaressen van de kinderwetten eveneens hulp kunnen bieden.

Nu komt nog het moeilijke punt, of men al of niet zal ingrijpen ook na het 21e jaar. Geciteerd worden Prof. J. A. van Hamel en Mr. Masthof, die daartegen ernstige bezwaren laten gelden. Hier zitten we eerst recht in de geweldige moeilijkheden van deze quaesties. Vooralsnog zou ik de meening van Van Hamel (1°. eerbied voor de persoonlijke vrijheid, 2°. inbreuk daarop dan alleen, nadat de abnormale door strafbare feiten getoond heeft een gevaar op te leveren voor belangrijke rechtsgoederen,

3°. alles vermijden om op iemand het stempel van abnormaliteit te drukken) de juiste vinden. We zijn als medici nog veel te weinig georiënteerd over grensgevallen en we mogen ook m. i. de beoordeeling over het al of niet geschikt zijn tot een leven in de maatschappij niet aan Directeur en Gestichtsarts overlaten (met beroep op een centraal college, uit medici en leeken bestaande). Nog weinigen onder de medici ten minste hebben zich voldoende ingewerkt in de logische positie der criminologie tot de psychopathologie en op dit terrein moeten we bij onzekerheid de hoogere waarden, zoo straks aangeduid, laten gelden. Ik deel ook de meening van VAN HAMEL, wat betreft de verslapping van de wilskracht, een factor, die niet onderschat mag worden, al zal hier een speciaal onderzoek uitwijzen, hoe het met de wilskracht van deze categorie van menschen gesteld is, wat met de tegenwoordig in gang zijnde experimenteel-psychologische onderzoekingen niet tot de onmogelijkheden behoort.

Opmerkelijk is wat de schrijfster nog over de staling van de wilskracht zegt. „Zoolang je die en die dingen doet, mag je niet in de vrije maatschappij, je moet het dus zelf maar weten of je je veranderen wil of niet" zoo zal men het meisje na het 21e jaar prikkelen in de goede richting. Daartegenover mag deze uitspraak gesteld worden op pag. 277, waar de schrijfster weergeeft wat Dr. POSTMA over ethische degeneratie gezegd heeft.

Dr. POSTMA had zich aldus uitgelaten: „Zij begrijpen heel goed dat ze verkeerd doen, ze zouden gaarne anders willen zijn, maar ze kunnen niet", waarop de schrijfster deze commentaar waagt „ze beweren anders te willen zijn, maar ze kunnen niet". Bij die meisjes met ethische degeneratie zou men dus met bovengenoemde vermaning aan een verkeerd adres zijn. Dit heb ik uitdrukkelijk daartegenover geplaatst, niet om eens een tegenspraak

aan te geven, maar wel om aan te toonen, hoe moeilijk het is om in deze materie stellingen te poneeren niet alleen, maar ook wenschen uit te drukken van zoo verreikende strekking.

Niet alle 29 meisjes, die een of andere abnormaliteit hebben vertoond, behoeven na het 21e jaar ter beschikking te blijven volgens de schrijfster, alleen zij die gevaar opleveren belangrijke rechtsgoederen te zullen aanranden (leven, gezondheid, sexueele integriteit en het vermogen der medeburgers), terwijl het onverschillig is, of men die rechtsgoederen aantast door strafbare feiten of door andere gedragingen. Ook dit acht ik niet geoorloofd, dat men n.l. meisjes die door haar gedrag een kruis zijn voor haar omgeving, mag houden na het 21e jaar. Hoevele psychopathen zijn er juist niet, die door verandering van omgeving direct veranderen in hun gedragingen en juist in een gesticht zich steeds van de ellendigste zijde doen kennen. Hier kan immers een vereeniging helpend en steunend optreden. Zou men ook om consequent te zijn niet een groot aantal andere meerderjarige psychopathen moeten opnemen en van de gestichtsverpleging moeten laten profiteeren, omdat er toch bijzonder veel misdadigers zijn, die onder dezelfde voorwaarden verkeeren als de bedoelde categorie, wanneer ze meerderjarig zijn geworden? Ik wil nogmaals herhalen, dat ik het oefenen van het verantwoordelijkheidsgevoel van de grootste beteekenis acht voor de psychopathen met name voor hen, die niet duidelijk debiel zijn.

Misschien heb ik me te veel gewaagd op een terrein, dat niet direct tot mijne competentie behoort en ik zou me dus liever hoofdzakelijk beperkt hebben tot afdeeling II, indien ik daarover veel te zeggen had. Dit is nu juist niet het geval. Misschien had deze geheele afdeeling ook wel weggelaten kunnen worden, daar de schrijfster

vele citaten geeft van min of meer bekende psychiaters, waarbij we niet veel verder komen, omdat ook deze psychiaters nog niet voldoende in deze problemen zijn doorgedrongen. Het doet dan ook eenigszins eigenaardig aan, wanneer de schrijfster daarbij eigen meeningen geeft, met name op het gebied der insania moralis. Hier hebben we te doen met anthropologische, ethische, metaphysische, psychiatrische en forensische vraagstukken die ontzaglijk gecompliceerd zijn (zie o. a. KRONFELD in *Allg. Zeitschr f. Psych.*, Bd 72, Heft 1).

Het is dan ook lang niet zoo eenvoudig, als de schrijfster zich voorstelt, wanneer zij op p. 275 vraagt: „Waarom toch het angstvallige streven om de ethische defecten met alle geweld onder de zwakzinnigheid te brengen? Is het niet, omdat men anders consequenties te trekken krijgt, die men niet aandurft?" Met die consequenties zal het wel losloopen, indien men maar op den bodem der ervaring blijft bij zijn onderzoek. Weten we nog wel veel van de degeneratie, is dit niet een modewoord, waar weinigen raad mee weten?

Met theoretische begrippen als aangeboren defect op den bodem der degeneratie komt men er niet. Onder de gevallen van LOMBROSO is er nauwelijks een, die zuiver bij het type past. Van LONGARD wordt op p. 277 een zin geciteerd die te denken geeft. Bij nauwkeurige bestudeering vond hij naast de defecten op ethisch gebied „eine ganze Reihe anderer recht charakteristischer Merkmale, welche auf eine geistige Minderwertigkeit und Schwäche hindeuten". Heuristisch, aldus KRONFELD, blijft het zuivere type van de insania moralis volgens de psychologische definitie, een grensgeval, „dessen Verwirklichung im lebenden Menschen durch immer genauere Arbeit eingeengt werden soll".

De nauwkeurig onderzochte gevallen van ZIEHEN, bijna

allen uit de gegoede klassen, dus beter te analyseeren in aetiologisch en symptomatologisch opzicht dan die welke gewoonlijk tot onderzoek komen, zijn in dit opzicht van zeer veel gewicht. Van de 41 gevallen (30 mann., 11 vrouw.) met zeer opvallende neiging tot onmoraal handelen werden velen gezonden met de diagnose insania moralis. Hiervan konden direct 37 afgezonderd worden met debilitas, psychopathische constitutie enz. Slechts 4 gevallen bleven over, waarvan 1 met dubieuse phychopathische constitutie en 2 met zeer licht, resp. dubieus intelligentiedefect. In al deze gevallen bleek, dat er ernstige fouten in de opvoeding, resp. milieuinvloeden, waren te constateeren, men kon ze rangschikken onder de normale ethische „Verkümmerung".

Nog op een ander punt wil ik wijzen om aan te toonen dat de schrijfster zich in afdeeling II op glad ijs begeven heeft. Welke definitie men ook wil geven van de psychopathen, vaststaat, dat ze labieler zijn dan normale personen en vaak allerlei lichte vormen van psychosen vertoonen. Zoo kunnen ze ook met name toestanden van depressie doormaken en dan een poging tot zelfmoord doen. De schrijfster, memoreerend, dat zelfmoord zeer vaak voorkomt onder psychopathen, zegt dan verder: „Menschen, die het steeds niet met het leven kunnen eens worden, zoeken een uitweg. De natuur geneest hier zelf, maar de menschen weten beter en juichen als zij een zelfmoord hebben verijdeld". Dit zijn nog naweëen van het Darwinisme „de natuur geneest hier zelf". Het Darwinisme begint op zijn eigen gebied steeds meer terrein te verliezen, op ethisch, sociaal en politiek gebied heeft het toch zeker wel fiasco gemaakt. We staan op ethisch gebied hooger, niet door „auszumerzen", zooals de Duitschers dit noemen, maar door zieken te behoeden voór zelfmoord, wanneer dit een symptoom is van hun ziekelijk gemoedsleven.

Bij de bespreking van de vroegere oorzaken in Afd. III en van de prostitutie nog afzonderlijk in Afd. IV wordt op verschillende belangrijke punten de aandacht gevestigd. Armoede, criminaliteit, moraliteit en dronkenschap in het huisgezin, kindertal en inkomsten, huwelijk, pleegouders, stiefmoeder, stiefvader, de school, heling worden hier achtereenvolgens behandeld. Ook hierbij blijkt, dat de schrijfster niet terugdeinst voor het aanbevelen van krasse maatregelen. Op pag. 303 bijv., wordt de erfelijkheid besproken, zooals men dit vaker aantreft in geschriften, waarbij de biologische oriënteering te wenschen overlaat. We weten ook na de Mendelsche regels en na den ontzaglijken arbeid op het gebied der erfelijkheid nog zoo beschamend weinig over deze moeilijke en intricate quaesties bij den mensch, dat men wel de uiterste voorzichtigheid zal moeten betrachten om zelfs aan dwangmaatregelen te denken, teneinde een minderwaardige nakomelingschap te verhinderen. Men moet bijzonder voorzichtig zijn met raadgevingen omtrent de zoogenaamde Rassenhygiëne en de pogingen, die aangewend worden om wettelijke voorschriften te verkrijgen omtrent het verbieden van huwelijken, omtrent het castreeren van gedegenereerden, kunnen niet op gronden, aan de wetenschap ontleend, geëischt worden.

Zeer nuttige wenken geeft de schrijfster omtrent de taak van de school, o. a. waar zij zegt, dat de school oneindig veel kan doen, wanneer men aan de karaktervorming een even belangrijke plaats toekent als aan de ontwikkeling van het intellect. De onderwijzer zal een bijzondere taak te verrichten hebben bij de studie van het kind, maar zal ook, wil hij steeds met vreugde zijn werk doen, veel beter gesalarieerd moeten worden. Verder moet het denkbeeld gesteund worden om de vrouw gelegenheid te geven zich aan hare huishouding te wijden.

En eindelijk wil ik nog wijzen op de opmerkingen, in het hoofdstuk „Prostitutie" gegeven, in deze 3 punten geformuleerd. 1°. Het is noodzakelijk, dat aan *minderjarige* meisjes belet wordt zich aan de prostitutie over te geven; 2°. men moet ten opzichte van de prostitutie een *oprecht* standpunt innemen; 3°. men moet ten opzichte van de prostitutie een *logisch* standpunt innemen.

Hiermede eindig ik mijn beschouwing over het proefschrift, dat bewondering afdwingt door den grooten arbeid daaraan besteed. De aanteekeningen, door mij gemaakt, mogen door de schrijfster beschouwd worden als bewijs van belangstelling in het nuttig werk, door haar verricht.

Amsterdam L. Bouman

Overdracht van onroerend goed, door Mr. L. A. Micheels, advocaat en notaris te Amsterdam. — Amsterdam, Holkema en Warendorf.

In eene bespreking van het proefschrift van den heer G. Ruijs over de voorloopige koopacte in n°. 10292 van het *Weekblad van het Recht* komt Mr. Micheels tot de uitspraak, dat de tegenwoordig „helaas" gangbare leer, dat ook een onderhandsche akte de titel van eigendomsoverdracht van een onroerend goed kan zijn in strijd is met hetgeen de geschiedenis van art. 671 B. W. leert. Gaat men deze na, dan zou blijken, dat onder akte in art. 671 moet worden verstaan de *authentieke* akte en een enkele uitlating der regeering in anderen zin kan daartegenover geen gewicht tn de schaal leggen. Waar nu het historisch onderzoek tot dusverre niet tot dit resultaat geleid had is het duidelijk, dat men met belangstelling en gespannen verwachting bovenstaande studie ter hand neemt. Immers hier zal met bewijzen worden gestaafd wat in het *Weekblad van het Recht* reeds om de plaatsruimte slechts kon worden aangestipt.

Die bewijzen voert de schrijver dan ook aan en zoo iemand overtuigd is van de juistheid zijner zienswijze, dan is hij het.

Immers de leer, dat bij koop een onderhandsche akte tot levering kan leiden zou niets anderszijn dan een dogma, in strijd met den aard en de geschiedenis van ons recht omtrent eigendomsoverdracht, in het bijzonder met den

zin en de beteekenis waarin in art. 671 B. W. het woord akte wordt gebezigd.

Vraagt men nu hoe het mogelijk is, dat dit averechtsche „dogma" — wanneer men ten onzent waar de rechtsdogmatiek vrijwel verwaarloosd wordt een meening in een ongunstig licht wil plaatsen is het een probaat middel haar als dogma te qualificeeren — in de wereld is gekomen dan luidt het antwoord: omdat men zich heeft laten beïnvloeden door het op dit punt door ons niet overgenomen Fransche burgerlijk recht en door de wet van 22 Frimaire An VII (12 December 1798).

Wat leert nu de geschiedenis omtrent de overdracht van onroerend goed in het oud-Nederlandsch recht? Dat de levering of opdracht waardoor de eigendom werd overgedragen geschiedde door het doen opmaken van een daartoe strekkende oorkonde, opdrachtbrief voor het gerecht der plaats, waar het goed gelegen was. Partijen verschenen voor den schout en twee schepenen en legden eene verklaring af, die het essentieele der koopovereenkomst — de archaeistische breedsprakigheid dier dagen in aanmerking genomen meestal vrij beknopt — inhield en welke dan door den secretaris werd op schrift gebracht met vermelding van de plaats van het register of protocol waarin de opdracht te boek stond. Nu waren die registers niet altijd zeer overzichtelijk, maar het was ook niet de overschrijving van de akte van opdracht in het register, maar de opdracht zelve, die den eigendom deed overgaan.

Zeer zeker ook in de XVIIIde eeuw had een koopovereenkomst beteekenis, maar zij schiep evenals in het Romeinsche recht, bloot een *persoonlijk*, niet een zakelijk recht, dat tegenover een ieder gold. De Fransche praktijk om door het invoegen van clausules de koopovereenkomst reeds een zakelijke werking te geven werd ten onzent niet

gehuldigd en hoe groot de invloed van den Code Civil ook geweest moge zijn, het Wetboek Napoleon voor Holland stond nog op het oude standpunt. Volgens art. 1380 toch geschiedde de levering van onroerend goed door opdracht en volgens art. 591 gaat de eigendom over „door het doen van opdragt van hetzelve voor de auto-„riteit welke daarmede nader door den koning belast „zal worden ter plaatse waar het goed is gelegen".

De zaak was, dat men, bevangen als men was in den waan, dat de trias politica juist was en met het voorbeeld van den Code voor oogen, aarzelde om de gemeentelijke autoriteiten den van ouds vervulden rol ook voortaan te doen vervullen. Intusschen 1810 bracht de inlijving bij Frankrijk en 1811 de Fransche wetgeving, die den eigendom deed overgaan door het enkele feit der overeenkomst (1).

Veel invloed heeft echter de Fransche wetgeving niet gehad, want reeds de Personeele Commissie van 1814, op welker arbeid de aandacht gevestigd te hebben zeker een verdienste van den schrijver is, wilde daarvan niets weten en kwam met een verbeterd oud-vaderlandsch systeem, terwijl ook het ontwerp van 1816 sprak van „overdragen voor het gemeentebestuur". Nu zijn die woorden — de Belgische invloed is hier reeds merkbaar — in het ontwerp 1820 wel verdwenen, maar dat neemt niet

(1) Dat de regeling van den Code geen revolutionnaire nieuwigheid was maar het resultaat van een ontwikkeling van jaren waarin men door het opnemen van clausules de koopovereenkomst een zakelijke werking trachtte te geven, zoo zelfs, dat LOYSEL in het begin der XVIIde eeuw reeds in zijn Institutes coutumières III, tit. 4, no. 6 kon schrijven: L'on n'a pas plus tost vendu la chose qu'on n'y a plus rien, had m. i. billijkheidshalve in het historisch overzicht kunnen worden opgenomen. cf. PLANIOL I, blz. 829 en vlgg.

weg, dat ook dit ontwerp een authentiek transport verlangde (1).

Edoch, anders luidde het in de zitting der Tweede Kamer van 24 October 1823 ingediende wetsontwerp, waar in titel 3 van Boek II een art. 40 voorkomt, luidende: „De levering of opdracht van onroerende goe„deren geschiedt door de overschrijving van den titel „van aankomst in de daartoe bestemde openbare registers" en in den Franschen tekst „La tradition des immeubles „se fait par la transcription du titre dans les registres „publics destinés à ce terme".

Waarom nu het ontwerp 1820 gewijzigd is geworden heeft Mr. MICHEELS niet kunnen ontdekken (2).

---

(1) Art. 1141 van het ontwerp 1816 luidt: Onroerende goederen daarentegen worden niet anders overgedragen dan alleen voor het gemeentebestuur van de plaats waaronder het goed is gelegen, welke dan ook de rechtstitel zijn moge waarop de zaak van eigendom verandert en art. 1142: De wijze waarop de transporten in het vorig artikel vermeld moeten plaats hebben wordt door de bijzondere wetten geregeld.

Art. 1029 van het ontwerp 1820 luidt: Onroerende goederen daarentegen worden niets anders overgedragen dan alleen bij authentiek transport.

Teneinde eigendomsovergang van vast goed van kracht zij tegen derden, moet derzelve ingeschreven zijn op de daartoe bestemde registers.

De wijze waarop deze registers door daartoe te benoemen bijzondere ambtenaren moeten gehouden en bewaard worden, wordt bij eene bijzondere wet geregeld.

(2) Zou men hier niet evenals in zooveel andere gevallen aan den invloed der Belgische leden der Kamer mogen denken? Dat het Fransche stelsel wegens de gebrekkige publiciteit verbetering behoefde wilde men — reminiscentiën aan het oud-Belgische recht van vóór de revolutie werkten allicht mede — wel toegeven, maar men maakte bezwaar om van den Code verder af te wijken dan bepaald noodzakelijk was. Voor het Roomsch-Hollandsche recht van KEMPER gevoelde men niets, zoo al niet afkeer, als zijnde dit, naar men zij het dan ook ten onrechte meende, het recht „de ces sales Hollandais".

„Maar dit doet weinig ter zake. In geen geval valt uit het artikel op te maken, dat de titel van aankomst kan zijn een onderhandsche acte, integendeel titel van aankomst duidt op iets officieels, een akte van opdracht.

Nog luidt art. 710 van het niet ingevoerde Burgerlijk Wetboek 1830: De levering of opdragt van onroerende goederen geschiedt door de overschrijving van den titel in de daartoe bestemde registers en in den Franschen text: La tradition des immeubles se fait par la transcription du titre dans les registres publics à ce destinés.

Ongetwijfeld kwam men na 1830, na de scheiding met België, terug op de concessies aan de Belgische juristen gedaan; zoo ook op hetgeen zweemde naar een soort compromis tusschen ons vaderlandsch recht en het Fransche recht. Niet door de overeenkomst maar door de overschrijving der akte van opdracht (d. i. der authentieke akte) geschiedt de levering, art. 671 B. W., 1ste lid en in dit verband zij nogmaals herhaald: art. 1581 al. 2 C. C. werd niet overgenomen" (1).

Opzettelijk om met door één woord weg te laten des schrijvers betoog te vervallen nam ik de laatste zinsneden woordelijk over. Immers hier vindt men de motiveering van zijn stelling. Gaf het historisch overzicht weinig wat men niet reeds wist, het argument, dat titel van aankomst duidt op iets officieels, op een akte van opdracht, is nieuw.

Maar is het ook overtuigend?

De redactie van het *Weekblad van het Recht* antwoordt in n°. 10339 ontkennend en, naar ik meen, terecht.

Immers het historisch argument beteekent niet veel, Wat in het oud-vaderlandsch recht rechtens was is zeker van belang en wanneer de auteur eens een goed en volledig overzicht van hetgeen hier te lande op dit gebied

(1) Het luidt: Elle (la vente) peut être faite par acte authentique ou sous seign privé. Geldt dit niet ook voor ons recht?

recht is geweest had gegeven, zou zijne studie zeker aan waarde hebben gewonnen maar *dit* is toch niet het recht, dat in ons B. W. is vastgelegd. In het midden gelaten wat men in de openbare registers moet overschrijven, de levering geschiedt — dit zegt art. 671 ipsis verbis — niet door een opdracht voor een daartoe aangewezen autoriteit maar door de overschrijving van de akte in de „daarvoor bestemde openbare registers".

De vraag is dus bloot, wat moet men overschrijven? En waar men nu nog mocht aannemen, dat het ontwerp 1820 een notarieele akte, „een authentiek transport", verlangde wordt deze eisch in het ontwerp van 1823 niet meer gesteld. Immers daar is sprake van den „titel van aankomst" — in den Franschen tekst — „le titre". Waarom zou nu die titel niet mogen zijn een onderhandsche koopacte? Omdat titel van aankomst — de woorden *van aankomst* zijn blijkens VOORDUIN III, blz. 463 op de aanmerking der 4de afdeeling later weder weggelaten — duidt op iets officieels, op een acte van opdracht? Men kan het zeker beweren, maar iedere bewering is nog niet juist. Mr. MICHEELS identificeert titel van aankomst met acte van opdracht, maar waaruit blijkt, dat die idenficatie juist is?

En nu is het zeker opmerkelijk, dat het woord „titel van aankomst" in het Wetboek 1830 *niet meer* voorkomt. Daar staat alleen „titel" gelijk in onze thans geldende wet na de wijzigingen van 1830 aangebracht, alleen gesproken wordt van „akte".

Nu kan men ook thans nog betoogen, dat akte identisch is met akte van opdracht en een akte van opdracht notarieel moet zijn, maar dan moet men toch aanvoeren waarom. En dit laat — het zij in alle bescheidenheid gezegd — Mr. MICHEELS na.

Volkomen juist stelt hij op blz. 16 de quaestie. Het

is, zoo zegt hij, niet de vraag of een koopovereenkomst van onroerend goed door een onderhandsche akte kan worden bewezen, of, zooals men zich minder correct uitdrukt, bij onderhandsche akte kan worden aangegaan, maar of de levering ook geschieden kan door overschrijving dier akte. Edoch, wanneer hij dan hierop laat volgen: „Dit kan in het Fransche recht, waar de „overschrijving niet verplicht was, de eigendom zelfs „overging door de overeenkomst zelf, maar niet bij ons, „gelijk art. 671, al. 1, uitdrukkelijk bepaalt", dan repliceer ik: Art. 671 bepaalt dit volstrekt *niet* uitdrukkelijk, het spreekt van „de akte" zonder meer en wanneer de wet niet anders voorschrijft, kan eene akte zeer goed zijn eene onderhandsche.

Want zoo de wet eene authentieke acte wil, laat zij, gelijk bijv. in art. 1217 B. W., niet na dit te zeggen.

Het argumentum a contrario? Neen geenszins. Ik beweer toch niet: in art. 1217 B. W. is sprake van een notarieele akte, in art. 671 niet, dus staat vast, dat met akte in art. 671 iets anders bedoeld moet zijn als eene notarieele; ik betoog alleen de tekst van art. 671 laat zoowel eene onderhandsche als eene notarieele akte toe en wanneer men beweert dat dit niet zoo is, dan heeft men dit te bewijzen. Dit bewijs nu trachtte Mr. MICHEELS te leveren, maar naar het mij voorkomt is hij daarin niet geslaagd (1).

Waarom toch wilde men in 1823 en later de overschrijving? Ter wille der publiciteit. Edoch, deze verkrijgt men evenzeer door overschrijving van eene onder-

(1) Natuurlijk kan men hiertegen een beroep doen op de bekende uitspraak van CELSUS: Scire leges non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem, maar daarmede heeft men zijn zaak nog niet gewonnen. Het is toch juist de vraag wat is de vis en potestas van het woord akte — zonder meer —, dat de wet bezigt?

handsche dan van eene notarieele akte (1). Dat men wèl de onderhandsche akte in haar geheel mag overschrijven, maar dat, zoo met overschrijving van een uittreksel volstaan wordt, dit laatste authentiek moet zijn, lijkt mij niet irrationeel. Immers eene onderhandsche akte — zij moge dan ook niet de waarborg hebben van eene notarieele — is in elk geval een door partijen onderteekend geschrift, dat zoo licht niet vervalscht wordt — een uittreksel wordt, zoo het belang het medebrengt, al spoedig onvolledig en onnauwkeurig.

Wat hiervan echter zij, dat uit den tekst der wet zou blijken, dat overschrijving eener onderhandsche acte van koop en verkoop niet geoorloofd zou zijn, kan ik moeilijk aannemen en wanneer ik hypotheekbewaarder was zou ik het advies van Mr. MICHEELS om de overschrijving te weigeren en het op een proces te laten aankomen niet opvolgen. Procedeeren is niet moeilijk, maar een proces winnen is lastiger.

Dat men tot dusverre art. 671 B. W. telkens heeft misverstaan is, zoo zagen wij, volgens Mr. M. ook te danken aan de wet van 22 Frimaire an VII, die gebaseerd op den Code Civil eene verwarring van denkbeelden, eene inconsequentie tusschen ons burgerlijk en ons fiscaal recht heeft gebracht, die nog steeds voortduurt.

Het is mogelijk, maar dan ligt de schuld toch meer bij hen, die de wetten hebben toe te passen dan bij den fiscalen wetgever.

---

(1) Dat de Regeering — zie VOORDUIN III, blz. 465 — overschrijving van een onderhandsche koopacte mogelijk en voldoende achtte, pleit niet voor de door Mr. MICHEELS verdedigde leer. Het is, dit geef ik gaarne toe, geen afdoend argument, maar men weerlegt het toch niet door de opmerking, dat de Regeering „nog verder van honk schijnt te zijn geweest".

Daargelaten toch, dat de wet van Frimaire, die ettelijke jaren vóór den Code Civil het licht zag daarop kwalijk kan zijn gebaseerd is zij juist verschenen enkele weken na de bekende wet van 11 Brumaire VII (1 Nov. 1798), die, gelijk men weet, althans ten opzichte van derden, de eigendom *niet* deed overgaan, par le seul fait de la convention (1). Nu is het zeker waar, dat de Wet van Brumaire niet in overeenstemming was met de rechtsontwikkeling in een goed deel van Frankrijk en het stelsel, dat de Code aannam de onregelmatigheid deed verdwijnen, dat men een droit de imutation hief, ook al had er nog geen tegen ieder werkende eigendomsoverdracht plaats gehad, maar dit neemt niet weg, dat niet is in te zien waarom de Frimaire-wet niet evengoed zonder tot misverstand aanleiding te geven kon blijven bestaan, toen wij in 1838 het Fransche stelsel verlieten, als zij zonder dat dit het geval was geweest bij haar tot stand komen stond naast de wet van Brumaire.

En zoo is dan ook moeilijk in te zien dat de registratiewet van 22 Maart 1917 (*Staatsblad* no. 240) anti-nationaal zou zijn omdat zij om fiscale redenen het registratierecht van f 2.50 van elke f 100 der verkoopwaarde van onroerende goederen niet heft bij de overschrijving der acte — dus bij de eigendomsovergang zelve — maar reeds op „de akte houdende overdracht onder bezwarenden titel „van onroerende goederen binnen het Rijk gelegen".

Dat de dissertatie van Mr. Ruys, die naar het mij voorkomt plus royaliste is que le roi tot twistgeschrijf aan-

---

(1) Art. 26 luidde: Les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèque doivent être transcrits sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques, dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Jusque-là ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contractés avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente.

leiding heeft gegeven kan de wetgever, al drukt hij zich niet onberispelijk uit, toch niet helpen.

Ik zoude hiermede eindigen ware het niet, dat de omstandigheid dat de bekende en bij mr. M. allesbehalve in de gratie zijnde Staatscommissie van 1906 zich heeft begeven in theoretische beschouwingen over het positief en negatief stelsel van eigendomsoverdracht en ampele beschouwingen heeft gewijd aan het Torrensstelsel, den schrijver aanleiding had gegeven tot de navolgende ontboezeming:

„Ons eigendomsrecht" — zoo leest men op blz. 19 — „was steeds positief; onze registers hadden steeds positieve „bewijskracht; de theorieën over positief en negatief stelsel „zijn meerendeels van later tijd, later dan die waarin „onze wetboeken zijn ontstaan; tot de negatie van de kracht „onzer registers is men gekomen juist door het feit dat „men opdracht of levering ging verwarren met de overeen„komst tot opdracht en levering en toeliet, dat onder„handsche acten werden overgeschreven".

Toen ik deze woorden las ben ik geschrokken. Niet omdat het vreemd zou zijn, dat een dergelijke uitspraak zonder nadere motiveering werd gegeven — de meening dat het eigenlijk verkeerd is, dat onze rechter aan de motiveering zijner vonnissen zooveel moeite besteedt wint meer en meer veld — maar omdat ik mij niet kon begrijpen, dat ik zooveel jaren in dwaling had verkeerd, waar de waarheid toch zòò voor het grijpen lag. De gedachte dat men reeds in Rome zeide errare humanum est gaf mij ten slotte weder moed. Edoch beschaamd ben ik gebleven.

Dat men tachtig jaar hier te lande de acquisitieve verjaring als een instituut van practische beteekenis heeft beschouwd; dat men jaren lang gestreden heeft met de vraag of ook bij de verkrijging van onroerende goederen

met het oog op de rechtszekerheid gebroken moest worden met het anders op zichzelf juiste beginsel, dat men vindt weergegeven in de regula juris „nemo plus „juris in alium tranferre potest quam ipse habet": dat eene staatscommissie, waarvan de meerderheid der leden naar het positieve stelsel overhelde zich zòò vergist heeft, dat zij aannam, dat onze tegenwoordige wetgeving het negatieve stelsel huldigde, dit alles is beschamend en pleit niet voor de scherpzinnigheid onzer juristen, van wie de meesten ook thans nog niet door de boven geciteerde verzekering — van eene argumentatie kan men moeilijk spreken — overtuigd zullen zijn.

Mr. Micheels heeft wel gelijk, wanneer hij zegt „Niet „aan goede wetten ontbreekt het bij ons, maar wel aan „goede wetstoepassers". Gelukkig dat zij er nog zijn zij het ook schaarsch en al moet men van hen zeggen apparent rari nantes in gurgite vasto. Vandaar dat men hen, want anders verdwijnen zij geheel, op hun woord moet gelooven.

C. S.

THEMIS

LXXXste deel — TWEEDE STUK

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

Nieuwe Hongaarsche rechtslitteratuur.

(*Felix Somló, Juristische Grundlehre, Leipzig, 1917.*)

I.

Het is een verblijdend verschijnsel, dat zelfs in de oorlogvoerende landen (1) nog rechtsgeleerde werken verschijnen, waarvan de wetenschappelijke waarde boven allen twijfel verheven is. Des te meer is dat toe te juichen, indien daarin een ruime plaats aan de schrijvers van het „vijandige" buitenland wordt ingeruimd. Dit is het geval met het nieuwste werk van den Hongaarschen hoogleeraar SOMLÓ, getiteld: „Juristische Grundlehre". Deze toch behandelt daarin niet alleen de schrijvers, die hun werken in de Duitsche, ja zelfs Hongaarsche taal deden verschijnen, doch ook de Fransche en vooral ook de Engelsche rechtslitteratuur, speciaal den hier te lande weinig bekenden AUSTIN.

Alvorens nu enkele hoofdstukken van SOMLÓ's boek aan een bespreking te onderwerpen, moeten wij wel nagaan wat onder Juristische Grundlehre te verstaan is;

(1) Dit artikel werd in Augustus 1918 geschreven.

te eerder is dit noodzakelijk, wijl hier te lande uitsluitend bekend zijn die onderdeelen der rechtswetenschap, die onder den naam van rechtsphilosophie en algemeene rechtsleer eenige bekendheid hebben verworven: „de „rechtsphilosophie, de wetenschap naar het doel, het „„waarom" der rechtsorde, de algemeene rechtsleer, een „onderzoek naar de concrete rechtsstof, een samenvatting „van alle rechtsverschijnselen van het heden en verleden, „waarin de menschheid getracht heeft de door de rechts-„philosophen nagejaagde rechtsidee (rechtvaardigheids-, „billijkheidsbegrip) te verwezenlijken" (1).

Valt nu onder één van beiden of onder beiden ook de door Prof. Somló beoefende Juristische Grundlehre, of om een Nederlandsch woord te bezigen, diens *rechtsbeginselenleer*? In geenen deele. Terwijl de rechtsphilosophie een onderzoek instelt naar het gerechtigheidsgehalte der geldende rechtsnormen (2), vraagt de rechtsbeginselenleer zich af, wat onder een rechtsnorm en de daarmede samenhangende begrippen te verstaan is; aldus zou men de rechtsbeginselenleer het uitgangspunt kunnen noemen der rechtsphilosophie. Tevens zou men hetzelfde kunnen beweren ten aanzien der zooeven aangeduide algemeene rechtsleer; ook deze wetenschap toch veronderstelt bij haar onderzoek bekendheid met het begrip der rechtsnorm. Dit begrip te onderzoeken, en in al haar onderdeelen te ontleden, is derhalve de taak van deze wetenschap, die terecht een „Grundlehre", beginselenleer, genoemd is; gelijk Somló het kernachtig uitdrukt (blz. 52): het rechtsbegrip is „der Atlas, auf dessen „Schultern die Kugel der juristischen Welt ruht", eerst wanneer men daarmede bekend is, kan men zich eigen-

(1) Vgl. A. H. H. Struycken, Het Rechtsbegrip 1903, blz. 1.
(2) Aldus H. Krabbe, De moderne Staatsidee 1915, blz. 37.

lijk met vrucht toeleggen op de rechtsphilosophie of op de algemeene rechtsleer: beide toch onderstellen bekendheid met het rechtsbegrip; dit toch kan uitsluitend het uitgangspunt zijn van een onderzoek naar het doel der rechtsverschijnselen of naar het wezen daarvan.

II.

Het rechtsbegrip nader te onderzoeken is dus de taak, die voor de rechtsbeginselenleer is weggelegd. Gelijk wij reeds opmerkten, neemt SOMLÓ, in navolging van vele schrijvers, als uitgangspunt van dat onderzoek het begrip van de (rechts)norm; op blz. 55 schrijft hij toch: „Ueber „den nächsten Oberbegriff des Rechts herrschte bis auf „unsere Tage im grossen und ganzen Einverständniss. „Man pflegte das genus proximum des Rechts im Begriffe „der Norm zu sehen". Een nadere bewijsvoering van die stelling ontbreekt echter ten eenenmale; maar ook, indien men deze leemte in SOMLÓ's betoog over het hoofd wilde zien, stuit men al dadelijk op zijn tweede stelling, die evenzeer geheel onbewezen blijft. Op blz. 56 toch merkt hij terecht op, dat het woord norm in meerdere beteekenissen gebruikt kan worden; ten eerste kan norm beteekenen „das Sollen" (het „Normgemässe"), d. i. hetgeen geschieden moet, in de tweede plaats kan daaraan de beteekenis gehecht worden van hetgeen pleegt te geschieden: het normale. SOMLÓ nu wil uitsluitend de eerste beteekenis bezigen. Een verklaring daarvan geeft hij evenwel niet; en des te opvallender is zijn stilzwijgen ditmaal, wijl hij den lezer hierbij waarschuwt, dat andere schrijvers deze normatieve beteekenis van het woord „norm" verwerpen en dit uitsluitend gebruiken in de tweede, feitelijke beteekenis. Hij haalt hierbij o.m. aan KORNFELD's rechtsdefinitie: „ein System tatsächlichesz gel-

„tenden Regeln des gesellschaftlichen Lebens" (1) en wijst op EHRLICH's uitlating in diens veelbesproken boek (2), „dass sich nicht aus Rechtssätzen, sondern aus Bezie-„hungen der Menschen Rechte ergeben". SOMLÓ (blz. 58) geeft dan ook toe, dat het bezigen dezer *feitelijke* normbeteekenis ten deele gegrond is, en dat inderdaad ook tot het begrip der rechtsnorm behoort, dat deze tot een zekere hoogte verwezenlijkt wordt; hoeveel dat echter het geval moet zijn, blijft evenwel eveneens in het duister.

Hij schrijft toch op blz. 107 van zijn werk: „Eines ist, „dass die Rechtsnorm immer eine Forderung, ein geschehen-„Sollen, nicht aber das regelmässig Geschehende bedeutet, „und ein anderes ist, dass die Rechtsmacht von einer „Macht herrührt, zu deren Eigenarten es gehört, ihren „Forderungen regelmässig Geltung zu verschaffen".

III.

Derhalve wordt de *normatieve* beteekenis van het woord „norm" ondubbelzinnig op den voorgrond gesteld. De vraag is echter wat dan onder die normatieve beteekenis verstaan moet worden. Er zijn immers normen, die absoluut zijn en gedragsregelen, die een relatieve beteekenis hebben. SOMLÓ nu rangschikt onder de eersten de logische, ethische en aethetische normen, maatstaven derhalve, die niet verder zijn af te leiden, en zich aan ons als „letzte Gegebenheit" voordoen, terwijl daarnaast de „bloss zufallige" of „empyrische Normen" staan; slechts onder deze laatste soort van gedragsregelen rangschikt SOMLÓ de rechtsnormen. Zij staan toch, gelijk hij op blz. 60 terecht opmerkt, met „irgend einem „Gebiet von Tatsachen" in verband, en zijn derhalve

(1) I. KORNFELD, Soziale Machtverhältnisse, 1911.

(2) E. EHRLICH, Grundlegung zur Soziologie des Rechts, 1913, blz. 28.

daarvan afhankelijk. Waarom echter SOMLÓ daarop de term „toevallige" norm toepast, is ons onverklaarbaar; juist uit die verhouding met die feiten blijkt, dat het geen „toevallige" gedragsregelen zijn; en evenzoo schijnt ons het woord „empyrische" hier ongewenscht; van een tegenstelling met „dogmatische" normen (1) — gesteld al, dat ooit daarvan gesproken kon worden — blijkt niets hoogstens zou zulks kunnen dienen als inleiding tot een bespreking van het door SOMLÓ aangeduide „Gebiet von „Tatsachen", waarvan echter een nadere uiteenzetting, — gelijk nog nader zal blijken, — ontbreekt.

Evenmin is ons duidelijk geworden, waarom deze toevallige, empyrische normen, of om het korter en juister uit te drukken deze relatieve gedragsregelen *wilsuitingen* zijn; weliswaar haalt SOMLÓ in een noot (blz. 62) het werk van REINACH (2) aan, waarin gezegd wordt, dat de absolute normen geen „Bestimmungen" zijn, de relatieve, (die een persoon veronderstellen, waarvan die gedragsregelen uitgaan), daarentegen wèl, doch dat geeft geen voldoende opheldering, te minder waar in die aanhaling reeds van een ander element sprake is, (te weten, dengeen, van wien de norm uitgaat), hetgeen nog in het geheel niet ter sprake kwam.

Uit het voorgaande blijkt evenwel, dat SOMLÓ een scherpe scheiding maakt tusschen de gedragsregelen van het recht eener- en van de ethiek anderzijds; zulks is, gelijk wij reeds vroeger betoogden (3), ten zeerste toe te juichen, vooral in verband met de pogingen om op het ethische karakter van het recht den nadruk te leggen (4). Evenzeer is

(1) Zie aldus de door H. G. HAMAKER, Verspreide schriften, deel VII, blz. 1, gemaakte onderscheiding der rechtswetenschap.

(2) A. REINACH, Die aprioristischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts, in Husserls Jahrbuch I, blz. 804.

(3) *Themis* 1918, blz. 1 v.v.

(4) Zie aldaar blz. 6

SOMLÓ van meening, dat het onderscheid daarbij niet, gelijk vaak geschiedt, gezocht moet worden in het feit, dat de ethische gedragsregelen een gezindheid veronderstellen, terwijl de rechtsregelen uitsluitend uiterlijk waarneembaar zijn; immers, gelijk hij op blz. 69 opmerkt, beoogt ook de moraal verwezenlijking van ethische bedoelingen, terwijl het recht anderzijds ook rekening houdt met de „Gesinnungen", waarbij dan op de onderscheiding van dolus en culpa, bona en mala fides gewezen kan worden, al neemt dit niet weg, dat zulks afhankelijk is van de voorschriften van elke rechtsregeling afzonderlijk, en daarin geen element van het rechtsbegrip in het algemeen ligt, zoodat de algemeene rechtsleer, niet de hier behandelde rechtsbeginselenleer daarop van toepassing is.

IV.

Onze taak is thans SOMLÓ verder te volgen in zijn bespreking der relatieve normen. Daartoe behooren, gelijk hij (blz. 71) terecht opmerkt, zoowel de gedragsregelen, die de conventie en de zede uitmaken, als de rechtsregelen. Het onderscheid nu tusschen de regelen der conventie en zede eener- en van het recht anderzijds ligt volgens hem in haar verschillenden oorsprong: Op blz. 72 zegt hij immers: „Hierzu (d. w. z. tot het vaststellen van dat onderscheid) „ist nun eine ausgezeichnete Handhabe diese „Normen nach der Verschiedenheit ihres Urhebers zu ord- „nen. Wie auf ein Zauberwort löst sich nach diesem „Prinzip die Unordnung der durcheinander laufenden „verschiedenen Ordnungen, und jeder von ihnen lässt sich „danach leicht ihr besonderer Platz in einem Systeme „der Normen anweisen". Tegen deze stelling hebben wij echter dit bezwaar, dat de juistheid daarvan nergens wordt aangetoond en evenmin een duidelijke omschrijving aangetroffen wordt van hetgeen als „Urheber" der rechtsnorm

te beschouwen is. Wel zegt hij op blz. 72, dat alle „hierher „gehörigen Normen" (waarmede alle relatieve normen bedoeld zijn) „von irgend einer sozialen Gruppe gefordert „werden, und zwar ... einer Gruppe von Menschen ..., „deren Normen im Kreise derer, an die sie sich richten, „meistens Gehör finden", doch wat onder die groep te verstaan is, blijkt nergens. Is derhalve op dezen belangrijken grond SOMLÓ's uiteenzetting ten deze te vaag, zulks is evenzeer het geval met zijn onderzoek naar het wezen der zede en conventie. Gelijk vaker het geval blijkt, is zijn overigens toe te juichen zucht naar systematische indeeling der behandelde stof ook hier oorzaak, dat zijn verhandeling niet altijd even begrijpelijk is. Nadat hij, gelijk wij zagen, op het normatieve karakter van het normbegrip, en in het bijzonder der rechtsnorm, gewezen heeft, komt hij later (blz. 74) weder daarop in zooverre terug, dat de hier bedoelde „Gewohnheiten" geen normatieve beteekenis hebben, zoolang zij geen „Forderung" inhouden; of zulks het geval is, is altijd „Tatsachenfrage". Derhalve hebben deze voorschriften van conventieen zede, niettegenstaande ook SOMLÓ haar eerst onder de (relatieve) normen gerangschikt heeft, niet steeds normatieve beteekenis. Merkwaardigerwijze wordt deze bewering later, ten opzichte der zede, weder ongedaan gemaakt, waar hij op blz. 75 neerschrijft, dat „die Sitte eine von einer sozialen Gruppe in „der „Form einer sozialen Gewohnheit ausgedrückte Norm (ist)".

V.

Doch laten wij tot de rechtsnorm terugkeeren; en te dien aanzien allereerst bespreken het element „Forderung", waarvan SOMLÓ telkens spreekt. Wij zagen het reeds bij de behandeling der normatieve beteekenis van het woord „norm": uit zijn definitie op blz. 60 gegeven, luidende: „Norm (ist) jeder Satz, den wir irgend einem

„Gebiet von Tatsachen als eine Forderung entgegenbringen" blijkt ook, hoezeer dat element van gewicht wordt geacht. Ook hier echter blijven wij in volslagen onkunde, wat daarmede bedoeld wordt: niet slechts van welk soort eisch ten deze sprake is, blijft in het duister, ook wordt in geen enkel opzicht nader aangeduid, welk „feitelijk gebied" beoogd wordt: of namelijk bedoeld wordt de niet nader aangeduide „sociale groep", waarvan hij, gelijk wij straks zagen, repte, dan wel de maatschappij in het algemeen. En des te opmerkelijker is dit gemis aan een soliden onderbouw van zijn rechtsbegrip (1), daar SOMLÓ in een noot op blz. 85 niemand minder dan DUGUIT aanhaalt, die de rechtsnorm als volgt omschrijft: „On donne en fait le „norm de règle de droit aux impératifs, qui apparaissent „à la masse comme une condition essentielle du maintien „et du développement de la solidarité", een definitie, waarvan SOMLÓ getuigt, dat zij te ontoereikend is, om daarop nog nader in te gaan! Blijft aldus het maatschappelijk leven, dat toch wel als het terrein van het rechtsleven bij uitnemendheid te beschouwen is, zonder nadere aanduiding, deze leemte is des te opmerkelijker, doordat SOMLÓ onwillekeurig daarop steeds wel terug moest komen: niet alleen bij zijn bespreking der primitieve rechtsnormen van de meer of minder ontwikkelde maatschappijen, doch ook elders rept hij van „ein weites Gebiet der menschlichen Lebensverhältnisse" (blz. 98), waarop de later te bespreken *rechtsmacht* betrekking heeft. Aldus wordt verklaarbaar, dat hij de bovenomschreven fout beging door, ofschoon Duitsche als Fransche schrijvers hem daarop opmerkzaam maakten, den reëelen ondergrond van het

(1) Zie daarover ons *Themis* artikel (jg. 1918, blz. 10) waarin het begrip maatschappij nader wordt aangeduid. Vgl. ook ons artikel in *Rechtsgeleerd Magazijn* 1917, speciaal blz. 521 v.v., alsmede *Weekblad voor Priv., Not. en Reg.*, nos. 2525, 2526 en 2527, in het bizonder het slot-

rechtsbegrip vrijwel te verwaarloozen, en uitsluitend naar den „Urheber" van de rechtsnorm het oog te richten.

VI.

„Die Rechtsnormen sind demnach menschliche Willens-„satzungen, die von der noch näher zu bestimmenden „„höchsten Macht" herrühren", aldus luidt SOMLÓ's omschrijving der rechtsnormen op blz. 86. Allereerst dient gevraagd te worden of deze wijze van onderzoek wel gerechtvaardigd is. Immers dadelijk dringt zich de vraag op, of aldus niet in stede van een onderzoek naar de rechtsnorm een onderzoek naar de door SOMLÓ bedoelde rechtsmacht wordt ingesteld en dus het voorwerp van onderzoek geheel veranderd wordt. Temeer klemt dit bezwaar, daar dit onderzoek naar een buiten het recht liggende macht leidt tot een opvatting, waarbij het machtselement dermate op den voorgrond gesteld wordt, dat men er vrijwel toe komen zou macht en recht te vereenzelvigen. Aldus komt men immers tot uitingen als van WINDSCHEID, door SOMLÓ op blz. 94 aangehaald, dat het „Recht nur dasjenige (ist), welches ein gewisses Mass „tatsächlicher Macht hinter sich hat . . . . . Was ist „ein Machthaber? Was ist die siegende Partei?", welke machtsverheerlijking toch niet door een „rechts"-beoefenaar zal worden onderschreven! Weliswaar zegt SOMLÓ op blz. 110, dat de rechtsmacht niet zonder méér met macht vereenzelvigd mag worden, omdat onder rechtsmacht alleen te verstaan is de door hem bedoelde macht, (welke nog nader door ons besproken zal worden), doch een heldere bewijsvoering ontbreekt ten eenenmale. Ofschoon hij nog uitdrukkelijk te dezer plaatse de juistheid van LASALLE's stelling ontkent, hierop neerkomende, dat: „wenn ich einmal die Macht zu etwas habe, so habe ich „dass zweite Mal auch schon das Recht dazu", toch stemmen

zijn verdere uitweidingen daarmede vrijwel overeen. Op blz. 102 toch, bij de bespreking van het element (der rechtsmacht), dat op de voortdurende navolging der rechtsnormen betrekking heeft, zegt hij, dat die macht wel bij één persoon berusten kan; ook al moge de verwezenlijking van die rechtsregelen ook niet „darstellen, zufällige und verüber-„gehende Machtbedingungen", hetgeen volgens hem het geval is, indien de macht aan „eine Vielheit" toekomt. Volgens SOMLÓ toch moet die macht „zu einer Institution „gediehen sein" om een rechtsmacht uit te maken, en of die „Institution" aanwezig is, is volgens hem een feitelijke kwestie.

Dit alles brengt ons er toe het wezen der rechtsmacht nog nader onder de oogen te zien. In de eerste plaats moet zij, volgens SOMLÓ de hoogste zijn. Daaronder moet volgens hem blz. 93 verstaan worden, dat zij in staat is haar voorschriften (de schrijver spreekt van „Gebote", doch zal ook wel „Verbote" bedoelen) in een bepaalden kring van personen als regel „durch zu setzen" en zulks met meer succes („erfolgreicher") dan andere machten doen kunnen. Dit hangt samen met de op blz. 92 aangeduide, doch niet nader omschreven „Hierarchie der Normen".

Daarvan zou pas sprake zijn, als wij naar de waarde der normen vragen. Hetgeen de Hongaarsche hoogleeraar echter hieromtrent zegt, is volkomen onbegrijpelijk. Immers uit zijn hierboven omschreven onderscheiding der normen in absolute en relatieve normen en de onderverdeeling daarvan in logische, ethische en aesthetische eener- en regelen van recht, conventie en zede anderzijds, blijkt dat elk normgebied afzonderlijk beschouwd moet worden, los van een ander gebied van gedragsregelen, en derhalve een hierarchie van normen niet te pas komt. Dit trouwens blijkt ook uit SOMLÓ's uiteenzettingen (blz. 90 v. v.) van de „Selbstherrlichkeit

„der verschiedene Normarten"; hij zegt dan ook woordelijk: „Da es zum Begriffe der Norm gehört, die Ver-„wirklichung einer Forderung zu verlangen, so ist jedes „durch einen besonderen Urheber von den übrigen Arten „abgegrenztes System von Normen von diesen übrigen „Arten volkommen unabhängig", ... „jedes System von „Normen bestimmt dementsprechend seine eigenen Grenzen „selbst". . . . . „Wie eine unsittliche Sitte, so kann es auch „ein unsittliches Recht geben. Ein Recht bleibt es doch". Hoe men aldus, gelijk SOMLÓ verder beweert, tot normconflicten komen kan, is niet duidelijk. Zijn toelichting, dat elk „normensysteem" de andere soorten van gedragsregelen ook wèl in aanmerking kan nemen, indien dat systeem zulks wenscht, is evenmin begrijpelijk; immers, gelijk hierboven werd uiteengezet, betreffen alle normen een afzonderlijk gebied d. w. z. zijn zij aanwezig, zoodra de vereischten van elk normen-complex aanwezig zijn, niettegenstaande zulks met andere normen strijden mag.

Hetgeen trouwens verder over die hierarchie der normen gezegd wordt, is evenmin duidelijk. Deze „trapsgewijze" indeeling der normen zou volgens hem wellicht tot een bizonder soort van gedragsregelen leiden, aangezien „der „Wert ein normativer Gesichtspunkt" is. Derhalve een maatstaf van de verschillende soorten van normen? Ons is het ten eenenmale onduidelijk gebleven, wat de Hongaarsche geleerde daarmede bedoelt, temeer waar hij daarop (blz. 92) onmiddellijk weer doet volgen: „Damit hätten „wir aber den hier zu verfolgenden rein erkentnis-„-kritischen Standpunkt verlassen und den axiologischen „betreten, dem wir in einer besonderen Untersuchung „gerecht worden wollen". Deze uiteenzetting is ons geheel onbegrijpelijk gebleven, evenmin als ons duidelijk geworden is, waar die afzonderlijke behandeling heeft plaats gehad.

VII.

Laten wij derhave liever terugkeeren tot het onderzoek der reeds met een enkel woord aangeduide elementen der rechtsmacht. Wij zagen reeds, hoe SOMLÓ als eersten eisch stelt het „gewöhnlich durchsetzen" der voorschriften, waarin de rechtsnorm vervat is.

Wat is het „gewöhnlich durchsetzen"? SOMLÓ (blz. 93) geeft zelf toe, dat hier een zeer vaag omschreven element wordt aangeduid. Hij stelt zich dan ook tevreden met deze negatieve omschrijving, dat hier een tegenstelling met „immer" en „ausnahmslos" bedoeld wordt, en dat dit rechtskarakter van een norm (bedoeld is o. i. rechtsmacht) ook aanwezig blijft, wanneer deze eens buiten staat is, de norm te doen verwezenlijken, daar uitsluitend de vraag is, of zij daartoe als regel bij machte is. Dit alles doet bedenkelijk veel denken aan de opvatting, dat van een rechtsnorm alleen dan sprake is, indien daaraan een sanctie verbonden is, een meening, die SOMLÓ elders (blz. 65) evenwel verwerpt.

Is derhalve gemeld element der rechtsmacht onduidelijk, nog te meer is zulks het geval, wanneer SOMLÓ zich aan een bespreking waagt van het tweede element, teweten dat de rechtsmacht beter dan eenige andere macht haar „Forderungen" kan „durchsetzen". Gelijk wij toch reeds opmerkten, zijn alle normencomplexen afgescheiden van elkander, derhalve zijn de „Forderungen" waarop elke normsoort betrekking heeft, ook verschillend van die van andere soorten van gedragsregelen. Hoe het derhalve denkbaar is, dat meerdere machten op één zelfde „Forderung" betrekking kunnen hebben, is o. i. niet duidelijk. Daaraan staat niet in den weg, dat men de normen van een ander normencomplex tot zich trekt, doch, gelijk wij boven reeds aanduidden, geschiedt zulks dan alleen, omdat die andere norm dan mede voldoet aan de vereischten

der oorspronkelijke norm: wordt b.v. een ethische norm tevens rechtsnorm, dan geschiedt zulks omdat aan de vereischten der rechtsnormen voldaan is: bedoelde norm heeft dan een dubbel n.l. ethisch- en rechtskarakter, doch wordt daardoor niet, gelijk SOMLÓ (blz. 95) schijnt te meenen, uitsluitend rechtsnorm; de door hem op den voorgrond gestelde „Selbstherrlichkeit der Normenacten" maakt zulks trouwens mogelijk en noodzakelijk.

Wij gaan thans over tot een door SOMLÓ (blz. 102 v.) besproken derde element van de rechtsmacht: „die Beständigkeit". Daarbij worden ARISTOTELES' woorden aangehaald: „Einen oder zwei oder drei Tage lässt sich „unschwer jede beliebige Verfassung aufrecht behalten", waaruit SOMLÓ dan de merkwaardige slotsom trekt, dat „eine Verfassung, die nicht von einer längerer Dauer ist, gar keine (ist)". Ons is zulks niet duidelijk geworden; afgezien dat het voorbeeld slaat op een positiefrechtelijk onderwerp en derhalve hier bij een bespreking van het algemeen rechtsbegrip niet thuis behoort, (waartegen SOMLÓ elders terecht zoo waarschuwt), zouden wij niet weten, waarom een dergelijke rechtregeling niet rechtsgeldig ware; een nadere bewijsvoering ontbreekt dan ook, en ook hier wordt een stelling eerder apodictisch verkondigd, dan dat zij bewezen wordt. Ook dit element der door SCRULÓ bedoelde rechtsmacht is derhalve niet duidelijk; laten wij een poging wagen nog beter over deze nog geheimzinnig gebleven macht ingelicht te worden, door na te slaan, hetgeen de Hongaarsche geleerde over haar karakter schrijft.

VIII.

„Der Begriff einer Rechtsmacht bedeutet (also) ein „bestimmtes Verhältnis zwischen einem Normsetzer und denen, an die seine Normen gerichtet sind". Aldus SOMLÓ

op blz. 103. Een verhouding derhalve en wel tusschen een niet nader omschreven „Normsetzer" en — om een eveneens onvertaalbaar woord te gebruiken — Norm-„adressat", een betrekking, die volgens hem aan de zijde van den eerstgenoemde in heerschappij en anderzijds in gehoorzaamheid bestaat. Ons is niet duidelijk geworden, waarom deze heerschappij uitsluitend aan den „Normsetzer" der *rechts*norm en niet aan dien der andere soorten van normen b.v. die der conventie toekomt; immers elke gedragsregel houdt een element van ondergeschiktheid in. Maar bovendien vraagt men zich af, waarin die heerschappij bestaat. SOMLÓ zelf schijnt het ook niet te weten: op blz. 108 zegt hij weliswaar, dat met de rechtsmacht niets anders is bedoeld dan de „Fähig-„keit zum gewöhnlichen Verwirklichen seiner Normen", (waaruit dus zou volgen, dat met de rechtsmacht een eigenschap van den „Urheber" der rechtsnormen, niet een verhouding tusschen de bij de rechtsnorm betrokken partijen, heerscher en onderworpene, bedoeld is), doch op blz. 109 wordt uitdrukkelijk gezegd, dat met rechtsmacht niet zonder meer een physieke macht gelijkgesteld mag worden, ofschoon daaraan wordt toegevoegd, dat een rechtsmacht haar normen kan doen opvolgen door gebruikmaking van physieke middelen, of door strafbedreiging. Hieruit zou volgens hem volgen, dat de rechtsmacht op verschillenden grondslag berusten kan b.v. godsdienstig geloof of moreele overtuiging, ja zelfs „stumpfe Gewöhnung". In dit verband wordt door SOMLÓ (blz. 109) gewezen op JELLINEK's bekende uiting over „die normative Kraft des Faktischen", hieropneerkomende, dat al hetgeen reeds „geübt" is, physiologisch en psychologisch gemakkelijker herhaald wordt dan hetgeen nieuw is. Dit alles nu betreft o. i. niet de rechtsmacht, gelijk SOMLÓ deze bedoelt te omschrijven, doch het feitelijk

gebeuren in een maatschappij. En daarheen moest SOMLÓ's betoog ten slotte ook wel leiden. Ook hier toch blijkt de leemte in zijn onderzoek, te weten dat hij den reëelen ondergrond van het recht, de maatschappij, buiten beschouwing laat. Had hij dit wel gedaan, hij zou niet slechts gemakkelijker gekomen zijn tot een consequente doorvoering van zijn onderscheiding van de verschillende maatschappelijke normen, doch tevens ingezien hebben, dat de rechtsmacht, waaraan hij zooveel aandacht wijdt, niets anders is dan de betrekking, die er bestaat tusschen de maatschappij en den eenling, althans tusschen de maatschappelijke en individueele factoren, waaruit elk rechtssysteem is opgebouwd. Zulks nog nader te onderzoeken, blijft ons voor een volgend hoofdstuk voorbehouden.

IX.

Op blz. 111 van zijn werk zegt SOMLÓ, dat een onderzoek naar de bronnen der rechtsmacht leiden zou tot eene verhandeling over de sociale verschijnselen. Deze „Bedingungen" der maatschappelijke „ontwikkeling" (!) zijn volgens SOMLÓ zoowel van physieken als van psychischen aard; volgens hem (blz. 112) behooren daartoe het klimaat, de oppervlakte der aarde, zelfs de planten- en dierenwereld (welk sociaal karakter dit alles heeft, is ons niet duidelijk), terwijl tot de psychische verschijnselen taal, wetenschap en de „technische Kulturgüter" (?) behooren. Als toelichting wordt dan nog een zinsnede uit SPENCER aangehaald, waarin uiteengezet wordt, dat bij de woestijnvolkeren, wier leven maatschappelijk onsamenhangend is, de „staatsmacht" dientengevolge uiterst gering is. Welnu, duidelijker dan ooit blijkt uit dit alles, hoe de door SOMLÓ bedoelde rechtsmacht niets anders is dan de verhouding tusschen heerscher en onder-

daan, en derhalve neerkomt op het vraagstuk der rechts- resp. staatssouvereiniteit, en dus niet bij een behandeling van het rechtsbegrip, doch bij die van het staatsbegrip thuis behoort; SOMLÓ geeft dit dan ook toe, door op blz. 96, bij de bespreking der elementen der rechtsmacht, naar zijn latere uiteenzettingen over de souvereiniteit te verwijzen. Maar bovendien blijkt uit SOMLÓ's uiteenzettingen over de rechtsmacht, dat daarmede tevens bedoeld is een onderzoek naar het verband tusschen recht en maatschappij. Op blz. 114 geeft hij dit trouwens evenzeer toe, door het volgende neer te schrijven: „Alles, was zu „einer sozialen Verschiedenheit und zu einem bestimmten „Verhältnisse der verschiedenen Bestandteile einer Gesell- „schaft führt, wird damit auch zu einer Quelle von Macht.. „Doch diese verwickelten Fäden verfolgen hiersse ein „vollständiges System einer Soziologie ausführen". Welnu, daaruit blijkt dus wel, hoe ook SOMLÓ de maatschappij tot uitgangspunt van zijn rechtsleer had moeten maken. Dat hij zulks niet deed, schijnt ons een groote leemte in zijn werk, dat anders in volledigheid zóózeer uitmunt; ook al moge een volledige sociologie niet vereischt worden, een heldere uiteenzetting tusschen recht en maatschappij had in dit belangrijke boek niet mogen ontbreken.

X.

Wij zijn aan het slot van onze verhandeling gekomen. Weliswaar bleek daaruit, dat wij in vele opzichten de inzichten van den Hongaarschen geleerde niet konden deelen, en dat vele leemten in het overigens zoo inhoudsrijke werk aanwezig zijn, doch dat neemt niet weg, dat wij een bestudeering daarvan ten zeerste kunnen aanbevelen aan ieder, die een studie wil maken van de grondbeginselen van het recht; te eerder kunnen wij de lezing van het zoo vlot geschreven, rijk gedocumenteerde

werk aanbevelen, waar de uitgebreide stof, waarvan wij slechts drie hoofdstukken bespraken, systematisch en overzichtelijk is behandeld, en het in laatstgenoemd opzicht gunstig afsteekt bij de gecompliceerde werken van vele Duitsche schrijvers. Ons oordeel is dan ook, dat wij den schrijver, in het afgelegen Zevenburgen woonachtig, mogen gelukwenschen een zóó belangrijk en omvangrijk werk in dezen oorlogstijd voltooid te hebben.

's-Gravenhage, Augustus 1918. G. J. VAN BRAKEL.

Genotsrechten op gemeente-aandeelen bij markescheidingen

In jaarg. 1918, afl. n°. 4, blz. 460 en vlgg. van dit Tijdschrift wordt door Mr. A. van Doorninck, naar aanleiding van een geval uit de practijk (op Ameland), een betoog geleverd ter beantwoording van de vragen, aan wie deze genotsrechten toekomen en welke deze genotsrechten zijn, om daarbij tot het besluit te komen, dat *alle* ingezetenen als zoodanig gerechtigd zijn tot *al* het genot, waartoe zich de toebedeelde grond het beste leent.

Het wil mij voorkomen dat de daar ontwikkelde beschouwingen, althans voor het besproken geval, niet strooken met de bepalingen der markenwet en met hetgeen uit hare geschiedenis blijkt, en dat dus des schrijvers conclusie niet aannemelijk is.

Het geldt hier de belangen van de personen, die noch recht van eigendom of aandeel in, noch een bepaald zakelijk recht of huurrecht hebben op de gronden der marke, doch die, omdat zij ingezetenen der gemeente zijn, gerechtigd zijn geacht tot een zeker genot van die gronden. Een der meest lastige vragen bij menige markverdeeling is de vaststelling van hetgeen aan die ingezetenen bij de toedeeling behoort te worden toegewezen.

Aan hen was bij de eerste ontwerpen eener markenwet geen bepaling gewijd, hoewel aan hen wel gedacht was bij de wet van 10 Bloeimaand 1810 (art. 20). Eerst later bij het ontwerp van 1885 werd dit gedaan door de

inlassching van art. 24. Hieraan is het ten deele mede te wijten dat ons weinig gegevens ten dienste staan tot opheldering van de bedoeling van dat artikel bij hare uitvoering.

Aan wien geeft dit artikel eenig recht? en welk recht geeft het?

Het artikel luidt: „Aan hen, die alleen krachtens inge-„zetenschap tot het genot van markegronden gerechtigd „zijn, zonder zelf een eigendomsrecht te hebben, wordt „geen aandeel toebedeeld, doch aan de gemeente of „afdeeling eener gemeente, aan welker ingezetenschap zij „dat genot ontleenen, wordt een derde gedeelte toebe-„deeld van het aandeel, dat zij verkrijgen zouden indien „hun recht dat van eigendom ware, welk gedeelte wordt „gekort op het aandeel van ieder der overige markge-„nooten naar evenredigheid.

„Die toebedeeling aan de gemeente of afdeeling heeft „niet plaats indien deze zelve een recht van eigendom „heeft op het gedeelte tot welks genot hare ingezetenen „gerechtigd zijn, en haar op dien grond een aandeel „wordt toebedeeld.

„Zij, die krachtens ingezetenschap tot het genot ge-„rechtigd waren, blijven zulks voor wat betreft het aan „de gemeente of afdeeling toebedeelde aandeel, tenzij „hun recht wordt afgekocht tegen schadeloosstelling, door „scheidsmannen in oneffen getal te bepalen, op wier „benoeming, werkzaamheden en beslissing de artt. 624 „en vlgg. W. v. Brv. toepasselijk zijn".

Een algemeene weide, waarvan van oudsher op eigen-aardige wijze het gebruiksrecht verbonden is aan het ingezetenschap van het nabijgelegen dorp vindt men bij het dorp Buren op Ameland. Wie daar een *eigen* schoor-steen (resp. woning) heeft, bezit daarmede het recht paarden en vee in die algemeene weide te laten grazen,

mits men dit vee ook 's winters houdt (1). Naast dit recht liggen op die gronden een aantal grazingen, die in den handel zijn. Bedoeld ingezetenrecht heeft met dat van art. 24 slechts dit gemeen dat het verbonden is aan het wonen in het dorp en aan het houden van vee en dat het collectief wordt uitgeoefend, maar heeft oudtijds wellicht gelijken oorsprong als dat van art. 24, hetwelk slechts *persoonlijke* gebruiksrechten waarborgt.

Een ingezetenschap, als art. 24 der markenwet bedoelt, is bij de verdeeling der markgronden van Hollum en Ballum op Ameland geoordeeld aanwezig te zijn voor de in die dorpen wonende ingezetenen, welke vee in de algemeene weide mochten zenden, hetzij deze zulks deden boven hun markgenootenrecht, hetzij als eigenaar van ommelanden hetzij enkel als ingezetenen, dus allen als veehouders. Wel hadden de eigenaren van ommelanden (zijnde gronden, gelegen evenals de achtendeelen (2) der markgenooten *in* de binnenweiden) lang trachten staande te houden dat ook zij een afzonderlijk markenrecht bezaten, doch bij de beslissing, dat hun dat niet toekwam, hebben zij zich ten slotte zonder verder verzet neergelegd (3).

---

(1) Gelijk ingezetenrecht bestond ook elders, in Overijsel, zie RAGER, Overijselsche gedenkstukken, dl. 3, blz. 303, Hof Arnhem 16 April 1902, *W.* 7742.

(2) Een achtendeel was oorspronkelijk $^1/_8$ van een hoeve (oudhoeve) en wel een landmaat. Oudtijds was een achtendeel ook een graad van verwantschap. «Immers men verdeelt de familie ter bepaling van familierechten en plichten in vierendeelen en achtendeelen». Zie Prof. Mr. FOCKEMA ANDREAE, Oud N. B. R. II, blz. 205. Wellicht heeft men indertijd in Hollum en Ballum de gronden verdeeld tusschen de achter-achter kleinkinderen van de eerst te boek gestelde eigenaren van oud-hoeven (72 zoodat men kwam tot 576 achtendeelen).

(3) Zie mijne beschrijving van die verdeeling 1904, blz. 39—49.

Alzoo is, ingevolge art. 24, bij gezegde verdeeling een deel der gronden toebedeeld aan het dorp Hollum (en ook aan Ballum, elk afzonderlijk) der gemeente Ameland ten behoeve van de *veehoudende* ingezetenen van elk dorp (1); immers ook vóór de verdeeling der markgronden hadden zij alléén *weiderecht.*

Dergelijke toedeeling aan eene gemeente of afdeeling eener gemeente geschiedt wel ten behoeve van de ingezetenen, maar heeft ten doel om het te voren bestaand collectief gebruik, echter thans voor een kleiner deel, te doen voortduren, welk gebruik in dezen, als gezegd, in het weiden van vee bestond. Vandaar de bijvoeging „ten behoeve van de ingezetenen-veehouders".

Toegegeven kan dus worden aan Mr. v. D. dat de toedeeling plaats moest hebben, en ook plaats had, ten behoeve van „de ingezetenen".

Maar moet worden aangenomen dat nu ook *alle* ingezeten, ook geen veehoudende, van dit ingezetendeel eenig gebruiksrecht, of zelfs het vol gebruiksrecht, hebben? M. i. geenszins.

De redactie van art. 24: „aan hen, die alleen krachtens „ingezetenschap tot het genot van markgronden ge„rechtigd zijn" enz. (1e al.) en „zij, die krachtens inge„zetenschap tot het genot gerechtigd zijn" (3e al.) geeft reeds de bedoeling aan om niet voor *alle* ingezetenen een recht te houden (wat, te voren, ook niet allen hadden), want als de wetgever dat had willen bepalen, dan zou hij wel voorgeschreven hebben, „wegens het genot, het-

---

(1) Hoe Mr. v. D.. blz. 463 kan schrijven achter die aanhaling «gerechtigd tot achtendeel» vat ik niet. Gerechtigd tot achtendeel is hetzelfde als gerechtigd als markgenoot of gewaarde, en diens recht is geheel verschillend van dat van een ingezeten.

„welk ingezetenen hebben, wordt aan de gemeente of „afdeeling een derde gedeelte enz. toebedeeld".

Indien het waar was, dat voor de berekening van art. 24 aan *alle* ingezetenen is gedacht, dan zou de toerekening van het ingezetendeel wel zonderling zijn, want dan zouden ook pasgeboren kinderen van nieuw gevestigde ingezetenen meetellen met de oude markgenooten om het ingezetendeel vast te stellen. Dit kan toch moeilijk juist zijn. De strekking van art. 24 wordt toegelicht in de memorie van beantwoording bij het laatste ontwerp (Bijl. 2e Kamer 1885—1886 n°. 36, 1):

„Zij, die alleen krachtens ingezetenschap tot het genot „van markgronden gerechtigd zijn, zonder zelf een eigen„domsrecht te hebben, mogen billijkheidshalve geen „nadeel lijden door verdeeling, maar aan den anderen „kant behoeven zij daardoor ook niet een uitgebreider „recht te erlangen; hun toestand behoort zooveel mogelijk „dezelfde te blijven. Daarom wordt voorgesteld hun geen „aandeel in eigendom toe te bedeelen, maar aan de ge„meente, aan de inwoning waarvan zij hun recht ontleenen, „een zeker gedeelte over te dragen, tot het genot waar„van zij dan op den bestaanden voet gerechtigd blijven, „tenzij hun eene schadeloosstelling, onder behoorlijke „waarborgen vast te stellen, wordt toegekend. Het ge„meentebestuur moet vrij blijven in de keuze tusschen „beide, die van plaatselijke omstandigheden kan af„hangen."

„*Niet een uitgebreider recht erlangen*" „*op den bestaanden* „*voet gerechtigd blijven.*" Hierdoor wordt m. i. alle twijfel weggenomen, want uit deze woorden volgt ten duidelijkste dat het genot, het gebruiksrecht, zoo wat de personen als wat de zaak betreft, hetzelfde moet blijven. Dit is ook alleszins billijk, althans in het onderwerpelijk geval op Ameland, waar het genot van deze ingezetenen veel

beperkter was dan dat der gewaarden, die het vrij gebruik van ééne grazing per achtendeel, het recht op uitkeering op weidegeld bij niet-gebruik en het recht om zoden te steken van de buitenweiden hadden, terwijl de ingezetenen geen enkel recht hadden dan vee te laten weiden *tegen betaling* van weidegeld.

Van belang is ook wat de Regeering bij de 2de alinea van art. 24 heeft aangeteekend (memorie van beantw. t. a. p.). „Het tweede lid van dit artikel heeft ten doel de „gemeente zelve niet ten koste van de andere markge„nooten meer toe te kennen dan noodig is, om de ge„rechtigde ingezetenen geen nadeel te doen lijden. Immers „indien de ingezetenen het genot hadden van een deel „der gronden, hetwelk aan de gemeente zelve toebehoorde, „verkrijgt de gemeente bij verdeeling natuurlijk zoodanig „deel in eigendom, en dan is er geen reden om haar nog „een ander evenredig deel te doen toekennen. Zoodanige „toekenning als in het eerste lid van art. 24 bedoeld, „geschiedt immers om de ingezetenen geen nadeel te „doen lijden, en van nadeel voor hen kan geen sprake „zijn, indien de gemeente den eigendom behoudt van „hetzelfde of een evenredig deel als haar vroeger reeds „in de markgronden toekwam" enz.

Het woord „gerechtigde" vóór ingezetenen duidt er ook op dat de wetgever niet *alle* ingezetenen wilde laten meetellen.

Men moet ook niet vergeten dat als het geheele aantal ingezetenen, gebruikers en niet-gebruikers, zou moeten meetellen om het ingezetendeel te berekenen, de eigenlijke markgenooten, de gewaarden, in evenredigheid een grooter deel van de te verdeelen massa der marke zouden moeten afstaan dan naar gelang zij door het recht der ingezetenen zijn beperkt geweest, terwijl deze omgekeerd onevenredig zouden worden bevoordeeld. In het onderwer-

pelijk geval werden ten behoeve van het dorp Hollum 140 eenheden in rekening gebracht, terwijl bij het bestreden standpunt een 1000-tal eenheden zouden moeten meetellen, (H. had op 1 Jan. 1904 1047 inwoners), omdat volgens alinea 1 van art. 24 een deel wordt toebedeeld van het aandeel dat zij verkrijgen zouden *indien zij markgenooten waren* (1).

Mr. v. D. heeft voor zijne meening een drietal argumenten:

1°. Nergens in de wet is bepaald dat het recht tot het genot slechts bestaat in het gebruik der gronden als vroeger. Als de aard van den grond verandert, verandert ook het genot. Dit is o. i. reeds in het bovenstaande weerlegd.

2°. De ingezetenen worden bij gelijkblijvend genot, doch nu van $^1/_3$ van het vroeger geheel, benadeeld.

Omtrent de toedeeling van het $^1/_3$ merkte de Regeering in de Mem. van Beantw. op: „De vaststelling van dat aan „de gemeente toe te kennen gedeelte is uit den aard der „zaak altijd eenigszins willekeurig. Hier wordt het genot van „de ingezetenen beperkt tot $^1/_3$ deel der gronden, waarop „zij vóór de verdeeling een recht van gebruik hadden. „Intusschen zouden zonder deze bepaling de ingezetenen „geheel van *alle* genot beroofd worden ingeval van ver„deeling, en dit zou voor hen zeer hard zijn en de eigenaren „der markgronden bovenmatig bevoordeelen. Daarom „wordt voorgesteld het aan de gemeente toe te wijzen „gedeelte op het aandeel der overigen markgronden te „korten en hiertegen kan geen bezwaar bestaan, daar deze, „ofschoon eigenaren, toch ook op verre na niet het volle

(1) Dit zou ten gevolge moeten hebben dat ook voor de ingezetenen van Ballum op 1000 eenheden had moeten zijn gerekend.

„genot der gronden hadden en dus bij verdeeling zonder „die inkorting veel meer zouden krijgen dan zij vroeger „hadden. Daar de eigendom van $^1/_3$ kan geacht worden „vrijwel gelijk te staan met het bloot genot van het geheel, „is deze evenredigheid hier aangenomen".

Hieruit blijkt dat de wetgever zich er volkomen bewust van was dat evengemeld bezwaar zou worden aangevoerd en dat hij desniettemin heeft gemeend die bepaling te moeten vaststellen.

3°. Het zou in strijd zijn met de bedoeling van de markenwet, welke is een rationeele cultuur te bevorderen.

Die bedoeling kan worden toegegeven, maar daarmede kan niet elke maatregel worden gemotiveerd. Het al of niet voordeelige van bouwland en tuingrond boven weiland hangt bovendien af van tal van economische omstandigheden. Een gemeentebestuur zal daarmede te rade moeten gaan om te beoordeelen of het recht der ingezetenen behoort te worden afgekocht op den voet van art. 24, 3e lid. Het kan soms met het algemeen belang van een dorp meer strooken om weiland niet te veranderen in bouw- of tuingrond, enz. omdat het gemeentebestuur dan wegens de hoogere afkoopsom minder licht tot afkoop zal overgaan, al zouden de ingezetenen individueel meer profiteeren van die hoogere som.

Eens ben ik het met Mr. v. D. dat de dorpen Hollum en Ballum van de gemeente Ameland door de toebedeeling bij de acte van scheiding der markgronden eigenaar zijn geworden van de resp. gemeentedeelen, maar *niet* dat het den ingezetenen dier dorpen toekomend recht van genot geen verplichting zou opleggen om dien grond op eene *bepaalde* wijze te gebruiken, dat de gemeente met de wijze van genot der ingezetenen niets te maken heeft, dat de gemeente Ameland geen regels mag geven voor de uitoefening van dat recht van genot.

Deze stellingen vinden alle directe weerlegging in art. 24 en de toelichting daarop.

De genotsgerechtigden hadden vóór de markverdeeling weinig medezeggingschap over de gronden; dit berustte bij het uit de markgenooten gekozen bestuur (oorspronkelijk rechters, later opzieners) en in hoogste ressort bij het gemeentebestuur, dat reglementen heeft vastgesteld. Alleen mochten zij meekiezen. Ook uit dien hoofde is er, althans in dit geval, geen reden om den ingezetenen na de verdeeling bepaald medezeggingschap te geven. Zij moeten hun lijdelijke rol blijven vervullen en hebben dus geenszins het recht om de wijze van genot te veranderen en zelf te bepalen.

In de plaats van het markbestuur is gekomen het gemeentebestuur, wat zeer verklaarbaar is, want wie zou dat verdwenen bestuur beter opvolgen dan dat bestuur namens de eigenares (de afdeeling der gemeente).

Er is m. i. dan ook geen sprake van dat de regels, door het gemeentebestuur gesteld, onverbindend zouden zijn en dat de gezamenlijke genotsgerechtigden in deze hoedanigheid tegenover derden eene vereeniging zouden kunnen vormen of een zedelijk lichaam. Er is geen nieuwe mark ontstaan of overgebleven. De afdeeling wordt niet afgekocht; zij, de ingezetenen, blijven collectief gerechtigd, tenzij hun (d. i. hun gezamenlijk, niet ieder individueel) recht wordt afgekocht. De genotsgerechtigden kunnen onderling wel een reglement maken of een overeenkomst sluiten, maar zulks heeft m. i. geen kracht tegenover derden.

De regeling van den afkoop van het ingezetenrecht is, het is waar, in de wet op onbeholpen wijze geschied.

Staat, vraagt Mr. v. D., als het genotsrecht aan het ingezetenschap eener afdeeling gebonden is, de gemeente tegenover de ingezetenen dier afdeeling, of de afdeeling

tegenover de ingezetenen? M. i. staat in dezen het gemeentebestuur van Ameland namens de dorpen Hollum en Ballum tegenover de ingezetenen van een dezer. Al moge wellicht kunnen worden volgehouden dat die dorpen publiekrechtelijk, in den zin van art. 217 Gemeentewet, niet als gemeenteafdeelingen een afzonderlijk bestaan hebben, het kan met Mr. v. D. niet betwijfeld worden dat de bedoeling is om dorpen als deze als afdeelingen aan te merken, waar immers de woorden „of afdeeling eener gemeente" in de wet zijn ingelascht onder verwijzing naar het dorp Buren, hetwelk eveneens tot de gemeente Ameland behoort.

Het wil mij voorkomen dat het gemeentebestuur zelfstandig kan kiezen tusschen behoud of afkoop der ingezetenrechten, al zal het daarbij zeker den wensch van de meerderheid in het betrokken dorp niet in den wind slaan. Besluit het bestuur (de raad) tot het laatste, dan kan het daarna ook tot verkoop van het gemeentedeel besluiten, behoudens natuurlijk de goedkeuring van Gedeputeerde Staten.

Voor den afkoop van het ingezetenrecht is m. i. geen medewerking of goedkeuring van dat College noodig, nu de wet die reeds geeft. De gemeente kan m. i. niet het recht van één of meer ingezetenen (wel alle tezamen tegelijk) afkoopen; het ingezetenrecht bestaat als een collectief recht of genot, niet als een individueel, en kan alleen gezamenlijk verdwijnen.

De afkoopsom zal m. i. niet onder de gezamenlijke inwoners van elk dorp, maar onder de veehoudende ingezetenen daarvan, moeten worden verdeeld. Immers alléén deze laatsten hadden gebruiksrechten, voor wier gemis zij behooren schadeloos gesteld te worden (art. 24, 3e lid).

Zijn die gebruiksrechten afgekocht, dan is het betrokken ingezetendeel een vrij eigendom geworden van het dorp, waaraan het is toegescheiden, en zal de raad het beheer

en gebruik er van moeten regelen, waarin hij nu geheel vrij is, al zal hij daarbij, billijkheidshalve, de belangen van het dorp (den eigenaar) niet uit het oog mogen verliezen, evenmin als Gedeputeerde Staten dit mogen doen bij eene regeling ingevolge art. 217, 3e lid, der Gemeentewet (1).

Arnhem, Januari 1919 J. J. GOCKINGA

---

(1) De regeling, door Baron VAN WIJNBERGEN in *Onze Marken*, blz. 114 vlgg. beter geoordeeld dan die van art. 24, komt meer overeen met de stellingen van Mr. v. D. Zie daarover mijne beschrijving voormeld blz. 58 vlg. Op blz. 118 betoogt Mr. v. W. dat de ingezetenen, zoolang geen afkoop plaats heeft, hunne rechten *op dezelfde* wijze als vroeger moeten uitoefenen en op blz. 123 dat de afkoopsom moet worden verdeeld tusschen de eigenaars van huizen en gronden. Met het laatste ben ik het niet eens voor het besproken geval.

Uitstel voor het nemen van Conclusie

DOOR

Mr. G. KIRBERGER

In de bekende artikelen van Mr. P. CONINCK WESTENBERG in het *Weekbl. voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie*, jg. 1907, nos. 1953/6, noemt deze het herhaald uitstel vragen door de procureurs ter rolle de belangrijkste oorzaak van de traagheid onzer rechtsbedeeling.

Ik ben dit geheel eens en gaf hiervan blijk in het 10.000ste nummer van het *Weekbl. v. h. Recht*, waarbij ik er op wees, dat dit kwaad onze rechtspraak in discrediet brengt en dat hierin verandering *moet* komen. Wanneer echter? Moeten we wachten tot ons geheele Wetb. van Burg. Rechtsv. wordt herzien? Dit kan nog eenigen tijd duren. En intusschen wordt een snellere rechtspraak steeds een meer en meer dringende eisch des tijds.

Een tusschentijdsche herziening dus van ons Wetb. van Burg. Rechtv.!

Wil daarvoor eenige kans zijn, dan moet de noodzakelijkheid, de doeltreffendheid, de toelaatbaarheid van den voor te stellen maatregel bewezen worden. Dit is het doel van dit opstel.

Ik mag als vaststaande aannemen, dat onze civiele rechtspraak, althans gemeenlijk, te langzaam werkt, — al moge het thans beter zijn dan vroeger.

Twee vragen doen zich verder voor:

1°. Staat óók vast, dat de voornaamste oorzaak hiervan ligt bij de vertegenwoordigers van partijen?

2°. Mag het thans bestaande recht van die vertegen-

woordigers om zooveel uitstel voor het nemen van conclusie te vragen, als zij willen, worden ingekort?

Wanneer ik mij zet tot de beantwoording van de eerste vraag, mag ik alweder als bekend beschouwen, dat door het meerendeel van de leden der balie zéér veel uitstel voor het nemen van conclusie wordt gevraagd en wie dit niet weet, wone slechts een rolzitting van de rechterlijke colleges bij.

Het begint al bij de conclusie van eisch, hoewel deze een getrouwe copie is van de dagvaarding, dan zien we het bij de verdere conclusies, antwoord, repliek, dupliek, bij de incidenteele conclusies, conclusies na enquête, enz. Het minste uitstel is 8 dagen, want binnen dien termijn is er geen rol. Rechters en advocaten zijn trouwens zóó gewend ter rolle bij weken en maanden te leven, dat men een uitstel van 8 dagen niets vindt; wat zijn nu 8 dagen voor het nemen van een conclusie! 14 dagen is dan ook het gewone, bij de gerechtshoven 4 weken; ja, indien een procureur bij het hof eens 14 dagen voor een eerste uitstel wil toestaan, is zijn confrère verontwaardigd, dat men hem tekort wil doen ten aanzien van den termijn, waarop hij „recht heeft".

Maar, we weten het allen, het blijft niet bij 14 dagen of 4 weken, nòg eens en nòg eens en nòg eens 14 dagen (4 weken); de tegenwoordige President der Amsterdamsche rechtbank, die mede blijkens zijne voormelde artikelen zulk een vijand van de uitstellen is, heeft de gewoonte, bij het vragen van uitstel door den procureur, te zeggen het hoeveelste uitstel het is, en dan hoort men meermalen bijv. 6e, 7e, 8e uitstel enz., dat waren dus 12, 14, 16, enz. weken!

In mijne aankondiging van het *Rechtsgel. Mag.* jg. 1916, Afl. 3/4, in *W.* 9984 gaf ik bij de bespreking van het artikel „Duur van burgerl. rechtsgedingen in Nederland"

van de hand van wijlen professor DRUCKER, die een krachtig bestrijder was van den tragen rechtsgang, de termijnen aan, welke door de procureurs waren genomen in eenige door hem genoemde voor het Amsterdamsche Hof gevoerde gedingen, wier duur hem was opgevallen, — ik wil het lijstje hier herhalen:

arrest 25 Juni 1915: eisch ruim 3 maanden, antwoord $1^1/_2$ maand;

arrest van denzelfden datum: eisch ruim $3^1/_2$ maand, antwoord 3 maanden, conclusies na enquête ieder 2 maanden;

arrest 1 April 1915: eisch 3 maanden, antwoord $4^1/_2$ maand;

arrest 7 Juni 1915: eisch $5^1/_2$ maand, antwoord 13 maanden;

arrest 12 October 1914: eisch en antwoord elk 6 maanden;

arrest 20 April 1915: eisch $3^1/_2$ maand, antwoord met incidenteel appèl 7 maanden, antwoord incidenteel appèl 2 maanden;

arrest 22 Januari 1915: eisch 7 maanden, antwoord 29 maanden.

En ik voegde er aan toe: ingewikkelde zaken bevonden zich hieronder niet, de meeste conclusies besloegen 3 à 4 bladzijden schrijfmachine (ruime afstand), slechts 3 conculsies waren 6 bladzijden groot.

Want dit vergete men niet, de meeste conclusies, waarvoor weken en maanden genomen zijn, hebben een zeer bescheiden omvang, somtijds is zelfs het belang van den inhoud bescheiden.

In gemelde zaken werden dus voor het concludeeren genomen onderscheidenlijk $4^1/_2$ maand, $10^1/_2$ maand, $7^1/_2$ maand, 1 jaar en $6^1/_2$ maand, 1 jaar, ruim 1 jaar, 3 jaar!

Gaan wij nu eens een willekeurige rol van het Amsterdamsche Hof na, bijv. die van 12 December 1918. Op deze rol stonden 40 zaken voor conclusie van eisch in

hooger beroep. Bijna al deze zaken waren voor die conclusie reeds herhaaldelijk aangehouden en wel: één 9 maanden, één 8 maanden, twee 7 maanden, tien 6 maanden, één 5 maanden, negentien 3 maanden, twee 2 maanden, drie 1 maand, één 8 dagen. Slechts in 5 van die 40 zaken werd gediend, de andere werden weder uitgesteld, verreweg de meeste voor 4 weken; voorloopig!

Op diezelfde rol stonden 31 zaken voor conclusie van antwoord in hooger beroep. In deze zaken heeft men noodig gehad om van eisch te dienen: in één zaak 10 maanden, in twee 8 maanden, in twee 7 maanden, in zes 6 maanden, in zeven 5 maanden, in drie 4 maanden, in één 3 maanden, in vijf 2 maanden, in drie 1 maand, in één was dadelijk gediend. Voor conclusie van antwoord waren in die zaken reeds de volgende termijnen genomen: in één 18 maanden, in twee 7 maanden, in twee 6 maanden, in één 5 maanden, in zeven 3 maanden, in acht 2 maanden, in tien 1 maand; in slechts 4 van die 31 zaken werd op 12 December van antwoord gediend, de rest werd aangehouden grootendeels voor 4 weken; alweder voorloopig!

Nemen we een rol van de Amsterdamsche Rechtbank, bijv. die van 11 Juni 1918, eerste kamer. Op deze rol waren ingeschreven 144 oude zaken, één dateerende van 1914, vijf van 1916, acht en dertig van 1917, de overige van 1918.

Van deze zaken werden op die rol voor antwoord aangehouden:

één	voor	de	61ste maal	één	voor	de	9de maal
één	"	"	49ste "	vier	"	"	7de "
één	"	"	47ste "	één	"	"	6de "
één	"	"	19de "	één	"	"	5de "
één	"	"	17de "	zes	"	"	4de "
één	"	"	16de "	drie	"	"	3de "
één	"	"	12de "	vijf	"	"	2de "
twee	"	"	11de "				

Elke aanhouding is gewoonlijk 14 dagen.

Van de zaken, welke voor repliek stonden, werden voor deze conclusie aangehouden:

drie voor de 29ste maal	twee voor de 5de maal
één " " 22ste "	vier " " 4de "
één " " 17de "	drie " " 3de "
twee " " 13de "	drie " " 2de "
drie " " 11de "	acht " " 1ste "

Van de zaken, welke voor dupliek stonden, werden aangehouden:

één voor de 12de maal	één voor de 6de maal
één " " 11de "	één " " 5de "
één " " 10de "	twee " " 4de "
twee " " 8ste "	één " " 3de "
één " " 7de "	vijf " " 2de "

4 Zaken stonden voor conclusie van antwoord na verhoor op vraagpunten; ze werden aangehouden één voor de 7de maal, één voor de 9de maal, twee voor de 14de maal.

In het geheel werd op dien dag in 25 van de 144 zaken gediend en ik zou mij zeer bedriegen als dit niet nog een mooie oogst was in vergelijking met andere zittingen. Ter rolle van het Amsterdamsche Hof van 2 Januari 1919 werd bijv. in slechts 14 van de 125 zaken, welke voor conclusie stonden, gediend.

Zelfs het overleggen der stukken aan den rechter voor vonnis of pleidooi, nadat de conclusies zijn genomen, kost vaak moeite; herhaaldelijk worden hiervoor meerdere aanhoudingen gevraagd.

Behoeft het nog verder betoog, dat het uitstellen door de procureurs den duur der processen verbazend verlengt? Ik weet natuurlijk zeer goed, dat het niet de éénige oorzaak is, de gerechtelijke vacantie, de termijn voor pleidooi, de bewijsleveringen, de tusschengeschillen werken

daartoe ook mede, al kan men tegenwoordig bij de meeste colleges vrij spoedig pleidooi, getuigenverhoor enz. krijgen (1). De termijnen voor de getuigenverhooren (waarvoor in de meeste gevallen 3 weken voldoende zijn) kunnen bovendien niet onaanzienlijk worden verkort door het vlijtig gebruik maken van het zoo nuttige instituut van het rechter-commissariaat.

Maar hoewel er nog andere redenen zijn, welke de processen niet zóó spoedig doen beëindigen, als we zouden wenschen, een der voornaamste is toch gelegen in het uitstellen door de balie, gelijk trouwens tal van hare leden volmondig erkennen (2).

Daar komt nog iets bij: het herhaald uitstellen door de balie oefent eveneens invloed uit op den rechter, in dien zin, dat ook deze bij het bepalen van termijnen niet op een paar weken ziet. Maar al te vaak is de rechter geneigd, indien een der partijen langer uitstel weigert, nog 8 of 14 dagen te geven, hoewel de aard der zaak het niet medebrengt; al heel spoedig neemt de rechter wat ruimer termijn voor de verhooren, wetend, dat dit den procureurs aangenaam is, — partijen zelve hebben immers blijkens hun herhaald uitstellen geen haast! Die houding van den rechter werkt van haar kant weder verslappend op het vlug procedeeren door de balie; er is in deze eene wisselwerking. Ongetwijfeld zou dus het verkorten van den termijn voor het nemen van conclusie, het proces over de geheele linie bespoedigen.

---

(1) Nòg is dit zoo; weldra zal het door de steeds toenemende processen uit zijn. Reeds komen er noodkreten ten aanzien van de Amsterdamsche Rechtbank. De Regeering neme tijdig afdoende maatregelen!

(2) Men zie Mr. HOLLEMAN in het *Advocatenblad*, 1e jg., n°. 9, blz. 138 en n°. 10, blz. 151.

Ik kom thans tot de tweede vraag, waarvan de beantwoording moeilijker is, want wat ik tot dusver zeide, zal naar ik vermoed weinig bestrijding ondervinden. Mag de balie beperkt worden in haar recht om uitstel te vragen?

We kunnen dit punt niet behandelen, indien wij niet vooraf weten, welke oorzaak aan het uitstellen ten grondslag ligt.

Deze oorzaak is zeker niet eigenbelang der balie, zooals booze tongen, vooral leeken, wel beweren. Een enkele maal zal de oorzaak gelegen zijn in het onrechtmatig belang van een der partijen om de zaak te rekken, maar ook dit komt weinig voor, te meer omdat de tegenpartij met steun des rechters hiertegen kan ingaan. Neen, de oorzaak is volkomen juist geschilderd door Mr. J. G. L. Nolst Trenité in zijn artikel in het *Rechtsgel. Mag.* „*Proceshervormings-plannen*" (jg. 33, blz. 250 vlg.): het maken der conclusie is eigenlijk het eenige, dat op het kantoor van den advocaat geen haast heeft. Er is op een eenigszins druk advocatenkantoor zooveel werk, dat spoed heeft, dat „de conclusies blijven liggen, omdat de gewone „rol geduldig is en continuatie zelden wordt geweigerd". Krijgt men de conclusie van zijn tegenpartij, dan wordt zij uit nieuwsgierigheid, belangstelling, even ingezien en — in het dossier gelegd om „eerst voor den dag te worden „gehaald, als de tegenpartij geen uitstel meer wil toe„kennen". Hier ligt de oorzaak; men kan dus de balie nauwlijks een verwijt er van maken, dat zij gewoon is langzaam te procedeeren, het is volkomen menschelijk en begrijpelijk, vooral omdat de opvatting bestaat, mede bij haar, dat bij menig proces niet de minste haast is. Op dit laatste kom ik straks terug.

Indien in het bovengeschetste de reden voor het uitstellen der conclusies is te vinden — en als gezegd ben

ik daarvan met Mr. TRENITÉ overtuigd — zie ik niet in, wáárom men het recht der balie om uit te stellen niet zou mogen beperken. Het is waar, de praktizijn zal het laatste gedeelte van zijn werk, dat „geen haast heeft" verliezen, maar dit kan men toch kwalijk een overwegend belang achten en — hoe spoedig zal hij daaraan gewend zijn. Daarenboven vermeerdert het uitstellen der conclusies het werk, omdat hoe langer de zaak telkens blijft liggen, hoe meer zij wordt vergeten en hoe meer moeite men heeft zich er weder in te werken, ook Mr. TRENITÉ wijst hierop.

Enkele tegenwerpingen, welke aangevoerd kunnen worden, zijn echter nog te bespreken.

In de eerste plaats deze: niet alle zaken zijn spoedeischend, er mogen er zijn, en deze worden dan ook vlot behandeld, tal van andere, ja de meeste, hebben werkelijk geen haast. En dan: slechts partijen en hunne raadslieden hebben te beslissen, of er vlug of langzaam zal worden geprocedeerd; zij alleen, in het bijzonder de raadslieden, kunnen dit beoordeelen, het gaat niet aan, dat een derde zich hierin mengt. De laatste tegenwerping is te gewichtiger, omdat daarin iets ligt van een protest, — alsof men door te eischen, dat de conclusies binnen een bepaalden tijd genomen zullen worden, de onafhankelijkheid der balie in gevaar brengt.

De tegenwerpingen houden m. i. geen steek.

Alle zaken zijn spoedeischend en wel om twee redenen.

Allereerst heeft *iedere* partij — behalve de niet in aanmerking komende wanbetaler — belang bij eene spoedige afdoening van het proces. Mr. FRUIN heeft op de jongste vergadering der Juristenvereeniging gezegd, dat een proces voor dengeen, die het voert, vaak een ramp is. Dat is juist. Men realiseert het zich gewoonlijk niet genoeg, een advocaat, een rechter vindt een proces, waarmede hij dagelijks omspringt, een heel gewoon ding; voor de partij

is het echter niet gewoon, maar iets, dat hem noodzakelijk moet hinderen, hij denkt er over, hij spreekt er over, hij leeft in onzekerheid over den uitslag; al naar gelang van zijn aard heeft de een meer, de ander minder er van te lijden. En hoe langer het proces duurt, des te langer duurt het onaangename gevoel van onzekerheid, vaak ergernis, en wordt het kwaad, waarvan Mr. FRUIN sprak, grooter. Er is dan ook, ik mag wel zeggen, geen partij of hij hoopt, dat zijn proces zoo spoedig mogelijk geëindigd zal zijn. Toch uit hij dit gevoelen betrekkelijk weinig tegenover zijn raadsman, eensdeels omdat de meening algemeen verbreid is, dat het zoo lang duren *moet* en daartegen nu eenmaal niets te doen is, anderdeels omdat hij dien raadsman niet wil jagen en het hem lastig maken.

De tweede reden, waarom elk proces spoedeischend is, ligt in het publiek belang, dat er mede gemoeid is. Slechts wanneer elk proces, maar ook *elk* proces, vlug wordt afgehandeld, zal de meening verdwijnen, dat procedeeren lang duren *moet*, zal het vertrouwen heerschen, hetwelk ieder burger moet hebben, dat hij in korten tijd tot zijn recht kan komen. Een proces, dat jaren duurt, maakt het menigeen onmogelijk zijn recht te eischen. Het aanzien van het Recht, van den Staat, het gevoel van rechtszekerheid, zij worden benadeeld door die slepende processen.

Vandaar, dat ook alle processen van publiekrechtelijke lichamen spoedeischend zijn, die lichamen moeten in het snel procedeeren zelfs het voorbeeld geven, gewoonlijk ziet men echter, dat juist zij niet de minste haast maken.

Zoo zal derhalve de advocaat niet mogen zeggen: ik zal beoordeelen, in welk tempo geprocedeerd zal worden; hij mag beoordeelen, welken eisch, welk verweer hij zal instellen en voeren, de wijze waarop dit zal geschieden is ter beslissing van het publiek gezag.

En dat gebeurt toch reeds in tal van opzichten; het geheele Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering strekt hiervoor ten bewijze, waarom zou het nu ten aanzien van de termijnen voor het nemen van conclusie niet mogen? Bovendien ook bij die termijnen vinden wij reeds verscheidene voorbeelden bijv. bij de cassatieprocedure, bij het onteigeningsproces, bij de procedure krachtens de Beroepswet. Heeft men ooit vernomen, dat de onafhankelijkheid der balie hierdoor geleden heeft?

Maar zal men mij wellicht toevoegen: er zijn toch werkelijk gevallen, dat een lange termijn voor een conclusie genomen *moet* worden, de zaak kan bijv. zéér ingewikkeld zijn, zoodat een uitvoerige studie noodig is, of wel er moeten stukken en inlichtingen komen uit verre gewesten; ook kan het wezen, dat partijen in termen van schikking zijn. Zeker, dat is alles mogelijk, doch deze gevallen zijn uitzonderingen, welke den regel, dat er namelijk geen noodzakelijkheid is voor een langen termijn, niet uit het oog mogen doen verliezen. Bij de regeling der materie zal men met die uitzonderingen rekening moeten houden.

Voordat ik die regeling bespreek, dient nog even te worden stilgestaan bij een, door mij wel vernomen, bezwaar tegen de wenschelijkheid in het algemeen, dat een proces vlug zal afloopen, een bezwaar van ik zou bijna zeggen, gemoedelijken aard. Het is, zoo zeide men, juist goed, dat een proces niet snel gaat, want wanneer dit het geval is, zal men veel te spoedig naar den rechter loopen, minder geneigd zijn tot regelen, het procedeeren zal vermeerderen, tweedracht zal eerder ontstaan en, als gevolg van het proces, blijven bestaan. Weet men, dat het proces een langdurig iets is, och, dan komt men eerder tot elkaar, zal men liever over en weer toegeven, in stede van den rechter in de zaak te mengen.

Deze bewering, welke ietwat uit den tijd is, heeft een groote principieele fout, namelijk deze, dat het de menschen tot regeling, tot afstand van rechten, wil nopen door.... hen in het verkrijgen van hun recht te bemoeilijken. Afgezien hiervan, zou het bezwaar misschien kunnen gelden, indien de procedure dermate snel ging, dat men vandaag zich tot den rechter wendend, de volgende week reeds vonnis had, maar dit is, al worden de termijnen voor de conclusies verkort, voorshands onmogelijk en met alle spoed zal de procedure toch nog zoo langzaam gaan, dat het voeren er van, mede in verband met de kosten, danig overweging verdient.

Hoe zal nu de regeling moeten wezen?

Wil men kans op verwezenlijking hebben, dan moet zij, gelijk Mr. CONINCK WESTENBERG aangaf, zooveel mogelijk aansluiten aan de bestaande wet; elke strikt overbodige wijziging dient vermeden te worden.

Op tweeërlei wijzen kan men trachten het doel te bereiken en wel door òf de termijnen in de wet vast te leggen òf ze door den rechter te laten bepalen.

Mr. DRUCKER omhelsde bij zijn amendement ter gelegenheid van de wet-Hartogh het laatste stelsel; hij wenschte, dat de rechter de termijnen zou bepalen en van der partijen verlangen slechts zou afwijken, indien hij overtuigd was, dat het belang van eene behoorlijke rechtspleging die afwijking vorderde (1). Dit is een zeer zacht stelsel, dat naar ik vrees, weinig resultaat zal hebben. Vergeten wij niet, dat een ingewortelde gewoonte moet worden uitgeroeid, hetgeen slechts mogelijk is door krasse middelen.

---

(1) Men zie over dit amendement de beraadslagingen in de Tweede Kamer, BELINFANTE II. blz. 5 en blz. 81—90.

Het stelsel, dat de wet zelve de termijnen bepaalt, met de mogelijkheid van afwijking door den rechter, gelijk Mr. CONINCK WESTENBERG en de ontwerpen van de Juristenvereeniging (1) en van den Vrijzinnig Democratischen Bond (2) aanbevelen, schijnt me noodzakelijk en alleen doeltreffend. Door slechts enkele wijzigingen en aanvullingen van het Wetb. van Burg. Rechtsv. is dit te bereiken.

Voor een gemakkelijk overzicht plaats ik naast elkaar de bestaande, te wijzigen, artikelen, en de artikelen, zooals ze m.i. moeten luiden:

Art. 140.	Art. 140 (*nieuw*).
Ten dienenden dage of op een naderen te bepalen dag wordt door den procureur des eischers zijne met redenen omkleede conclusie van eisch voorgedragen en bij afschrift aan den procureur des verweerders gelijktijdig ter terechtzitting overgegeven.	Ten dienenden dage wordt door den procureur des eischers zijne met redenen omkleede conclusie van eisch voorgedragen en bij afschrift aan den procureur des verweerders gelijktijdig ter teregtzitting overgegeven. Bij gebreke van een en ander wordt de eischer geacht niet te zijn verschenen.
Art. 143.	Art. 143 (*nieuw*).
De termijnen voor het nemen der conclusiën worden door den regter bepaald in overeenstemming met hetgeen de partijen verlangen. In geval van verschil tusschen partijen beslist de regter, daarbij ook lettende op den tijd, welken de belanghebbende partij mogt aantoonen te behoeven, ten ten einde zich de noodige bewijsstukken te verschaffen.	De termijnen voor het nemen der in de beide vorige artikelen genoemde conclusien, zoomede van die, welke verder in de procedure worden genomen, bepaalt de regter in overleg met partijen, met dien verstande, dat, behoudens het bij de artt. 145 en 247 bepaalde, geen langer termijn voor het nemen van eene conclusie mag worden ver-

(1) Art. 112 vlg. Mem. van Toel., blz. 82 en 144 vlg.
(2) Art. 46 vlg. Mem. van Toel., blz. 63 vlg.

Art. 144.

Na het wisselen der conclusiën worden partijen toegelaten tot de pleidooijen of wordt daarvoor een

leend dan, in het geheel, veertien dagen.

Indien het einde van dien termijn zou vallen:

a. op een dag, dat de regter geen zitting heeft, wordt het nemen der conclusie bepaald op den eersten roldag, welke op dien dag volgt;

b. na den laatsten roldag voor de gerechtelijke vacantie, wordt het nemen der conclusie — met afwijking van het sub *a* voorgeschrevene — bepaald op den eersten roldag na de vacantie, tenzij de zaak spoedeischend is, in welk geval de regter in overleg met partijen gedurende de vacantie zoodanige termijnen voor de conclusien kan vaststellen, als hem goeddunkt.

De regter heeft de bevoegdheid den hiervoren genoemden termijn om gewichtige redenen te verlengen, daarbij lettend op het belang der regtsbedeeling, zoomede op dat van partijen. Eenparig verlangen van partijen mag niet als grond voor verlenging worden aangemerkt.

Het verzoek om verlenging wordt onder overlegging der processtukken mondeling ter rolle gedaan en de regter beslist dadelijk zonder hoogere voorziening.

Art. 144 (*nieuw*).

Na het wisselen der conclusiën wordt aan partijen een niet voor verlenging vatbare termijn van

nadere dag bepaald, tenzij partijen op de stukken regt verlangen.

De regter is bevoegd bij de pleidooijen aan de partijen of hare praktizijns ophelderingen te vragen omtrent den inhoud van hunne schriftelijke of mondelinge voordragten.

Art. 145.

Indien de eisch overeenkomstig het tweede lid van art. 7 van dit wetboek is ingesteld op korten termijn, wordt ten dienenden dage door den procureur des eischers de met redenen omkleede conclusie van eisch voorgedragen en gelijktijdig ter teregtzitting afschrift daarvan aan dien des gedaagden overgegeven.

Deze draagt terstond en met gelijke overgifte van afschrift zijn verwering voor, bij met redenen ten hoogste acht dagen verleend om te beslissen, of zij àl dan niet wenschen te pleiten. In het eerste geval wordt de dag der pleidooijen door den regter onmiddellijk bepaald; indien op den bepaalden dag geen gebruik wordt gemaakt van de gelegenheid tot pleiten, wordt daartoe geen uitstel verleend, dan om zeer bijzondere door den regter te beoordeelen omstandigheden, maar evenals in het laatste geval regt gedaan op de stukken, welke den regter dadelijk moeten terhand gesteld worden.

De regter is bevoegd bij de pleidooijen aan de partijen of hare praktizijns ophelderingen te vragen omtrent den inhoud van hunne schriftelijke en mondelinge voordragten.

Op den termijn van acht dagen in dit artikel genoemd is het tweede lid van art. 143 toepasselijk.

Art. 145 (*nieuw*).

Indien de eisch overeenkomstig het tweede lid van art. 7 van dit wetboek is ingesteld op korten termijn, is het bij de artt. 140, 141, 143 en 144 bepaalde toepasselijk met dien verstande, dat de termijn in het eerste lid van art. 143 genoemd ten hoogste acht dagen bedraagt en dat de aanhef van dit lid wordt gelezen: De termijnen voor het nemen der conclusie van antwoord, zoomede enz.

omkleede conclusie van antwoord, en partijen worden desverlangd daarna dadelijk tot de pleidooijen toegelaten.

De regter kan tot het nemen der conclusiën of tot de pleidooijen, op verzoek van eene der partijen in haar belang of ook ambtshalve, eenig uitstel verleenen.

Art. 247.

Incidentele vorderingen worden ten dienenden dage ter audientie gedaan bij gemotiveerde conclusiën.

Op die tusschengeschillen zijn de bepalingen der artt. 141, 143 en 144, 147 tot en met 149 van dit wetboek toepasselijk.

De regter kan op eenparig verzoek van partijen het nemen van conclusiën van repliek en van dupliek toestaan.

Art. 347.

In hooger beroep zal worden geprocedeerd op de wijze, als voor den eersten aanleg is voorgeschreven, met dit onderscheid alleen, dat slechts eene conclusie van eisch en eene conclusie van antwoord ter rolle worden genomen.

Niettemin zal in geval van incidenteel beroep of indien door

Art. 247 (*nieuw*).

Incidentele vorderingen worden ten dienenden dage ter audientie gedaan bij gemotiveerde conclusiën.

Op die tusschengeschillen zijn de bepalingen der art. 141, 143 en 144, 147 tot en met 149 van dit wetboek toepasselijk met dien verstande, dat de regter op eenparig verzoek van partijen ook het nemen van conclusiën van repliek en van dupliek kan dupliek kan toestaan, dat de termijn in het eerste lid van art. 143 genoemd ten hoogste acht dagen bedraagt en dat de aanhef van dit lid wordt gelezen: De termijn voor het nemen der conclusiën bepaalt de regter enz.

Art. 347 (*nieuw*).

In hooger beroep zal worden geprocedeerd op de wijze, als voor den eersten aanleg is voorgeschreven, behoudens dat:

a. niet toepasselijk is de laatste zin van art. 140,

b. slechts een conclusie van eisch en een conclusie van antwoord ter rolle worden genomen,

c. de aanhef van het eerste lid

den verweerder eene exceptie tegen het principaal beroep wordt aangevoerd, den appellant, op zijn verlangen, een termijn verleend worden om het incidenteel beroep of de voorgestelde exceptie bij conclusie te beantwoorden.

van art. 143 wordt gelezen: De termijn voor het nemen van conclusie van eisch, van die van antwoord, zoomede van de conclusien, welke verder enz.,

d. de termijn in art. 143 eerste lid genoemd ten hoogste vier weken bedraagt.

Ingeval van incidenteel beroep of indien door den verweerder eene exceptie tegen het principaal beroep wordt aangevoerd, zal den appellant, op zijn verlangen, een termijn verleend worden om het incidenteel beroep of de voorgestelde exceptie bij conclusie te beantwoorden.

Eenige toelichting is vereischt.

Ad art. 140:

Voorzien moet worden in het geval, dat de eischer zijne verplichting om dadelijk van eisch te dienen niet nakomt; men kan niet den gedaagde tot het antwoord toelaten, want er is geen eisch tegen hem gedaan. Aangewezen: is niet-dienen gelijk te stellen met niet-verschijnen. Is dus de gedaagde niet verschenen, dan is het alsof de zaak niet is aangebracht, vervalt het verleende verstek en wordt de zaak ambtshalve van de rol geroieerd, — de wet behoeft dit niet te zeggen, het spreekt vanzelf. Is de gedaagde daarentegen verschenen, zoo vindt art. 75 W. v. B. R. toepassing.

Het zal wellicht overweging verdienen de wetsartikelen, waarbij bepaald wordt, dat een zaak door verwijzing ter terechtzitting wordt gebracht, bijv. de artt. 558 W. v. B. R., 122 F., eenigszins aan te vullen, om te doen uitkomen, dat ten eerstdienenden dage een conclusie moet worden genomen, al is dit reeds analogisch aan te nemen.

Ad art. 143:

Vooropstaat, dat de rechter de termijnen voor het nemen der conclusies bepaalt na gepleegd overleg met partijen; een langere termijn dan 14 dagen, in het geheel, voor elke conclusie mag echter niet worden verleend. Men zal vragen, of deze termijn — waarover trouwens nog te spreken valt — lang genoeg is, m. i. ongetwijfeld. Menig moeilijk, ingewikkeld contract wordt door den advocaat in dergelijk tijdsverloop gemaakt, er is geen reden, waarom niet in 14 dagen eene conclusie kan worden gesteld. Allicht zullen de conclusies wat korter worden, dan vele thans zijn, hiertegen is zeker geen bezwaar en zoo noodig kan bij het pleidooi een breedere uiteenzetting worden gegeven.

Met het oog op de algemeen erkende feestdagen en de vacantie is het tweede lid noodig; in de vacantie behoort vrijheid ten aanzien van de termijnen te worden gegeven, dit is practisch niet anders mogelijk.

Evenwel, gelijk ik hierboven erkende, er kunnen zich omstandigheden voordoen, dat de termijn van 14 dagen werkelijk te kort is. Vandaar de bevoegdheid, den rechter bij lid 3 verleend, tot verlenging; in de eerste plaats zal de rechter bij zijne beslissing moeten letten op het belang der rechtsbedeeling en verder op dat van partijen. Niet gemakkelijk zal hij mogen wezen met het geven van uitstel, want de rechtsbedeeling eischt spoed.

De beslissing moet dadelijk mondeling gevraagd en gegeven worden, geen schriftelijk verzoek, noch eene schriftelijke beslissing, dit zou maar weer ophouden en aanleiding geven tot een proces op zich zelf.

Nu zal men beweren van zijde der balie: hoe kan de rechter beoordeelen, of de termijn verlengd moet worden of niet, hij kent de zaak immers volstrekt niet! En van de zijde van de rechterlijke macht hoor ik het bezwaar,

hoe is het mogelijk dadelijk een beslissing te geven bij een rol van somtijds honderden zaken, waarin natuurlijk allemaal verlenging van den termijn wordt gevraagd!

Aan de balie antwoord ik: de beoordeeling van de vraag, of een extra uitstel verleend moet worden is heusch zoo moeilijk niet. Indien de zaak bijzonder ingewikkeld is, kan men dit den rechter met een paar woorden duidelijk maken en uit de stukken aantoonen, maar — de zaak moet werkelijk bijzonder ingewikkeld zijn; is dit niet zoozeer het geval, dan zal, al is de zaak niet bepaald eenvoudig, het zeker bezwaarlijk zijn den rechter van de noodzakelijkheid van uitstel te overtuigen, doch in dergelijke gevallen moet het uitstel ook niet gegeven worden! Een langer uitstel dan 14 dagen zij iets zéér bijzonders. En indien het uitstel wordt gevraagd, omdat inlichtingen van verre moeten komen of ziekte in het spel is, zal het mede zonder moeite gelukken den rechter de overtuiging bij te brengen, dat uitstel onvermijdelijk is.

De rechterlijke macht antwoord ik: in de eerste plaats zullen de rollen belangrijk korter worden, doordien de zaken minder vaak dienen — op zich zelf reeds een groot voordeel. Verder zal aanvankelijk allicht menigmaal het extra uitstel worden gevraagd, maar zoodra tot de balie is doorgedrongen, dat het slechts bij hooge uitzondering wordt gegeven, zal het verzoek sporadisch voorkomen. Daarenboven zal het rolincident over het uitstel, als elk rolincident, medewerken tot verlevendiging van de sombere rol, welke trouwens veel van hare somberheid zal verliezen, doordien het eeuwige uitstel vragen en machinaal verleenen zal verdwijnen.

Eindelijk nog dit: stel de rechter beslist ten onrechte, dat geen uitstel zal worden verleend, is dan de zaak verloren? Indien geantwoord is, zeker niet, men heeft immers nog het pleidooi, waardoor het nadeel, dat de schriftelijke

voorlichting niet volledig is, althans voor een groot deel kan worden hersteld.

Wanneer op den dag voor het nemen van eene conclusie aangewezen, een incidenteele vordering wordt gedaan, kan de bepaalde conclusie natuurlijk niet genomen worden en zal de termijn weder gaan loopen van den dag af, dat de zaak ter rolle wordt opgeroépen, nadat de incidenteele vordering en al wat daaruit voortvloeit (bijv. het verhoor op vraagpunten), is afgehandeld. Dit spreekt zóó vanzelf, dat de wet hieromtrent geen bepaling behoeft te bevatten; evenmin is het noodig, dat de wet uitdrukkelijk zegt, dat het niet in acht nemen van den termijn ten gevolge heeft, dat het recht om van de conclusie te dienen, vervalt.

De termijn van art. 143 zal eveneens gelden voor de conclusies na enquête, na deskundig onderzoek, na vernietiging van een vonnis door een hoogeren rechter en terugwijzing, enz.; dit wordt in art. 143 aangegeven door de woorden „zoomede van die, welke verder in de procedure worden genomen".

Ad art. 144:

Ook de beslissing over het pleiten behoort aan een termijn te zijn gebonden, omdat daarbij evenzeer herhaalde uitstellen voorkomen. De rechter bepale dadelijk de dag; nu geschiedt dit vaak eerst na 8 dagen, soms na langer tijd, indien, gelijk bij enkele colleges voorkomt, de zaak voor pleidooi wordt verwezen naar een andere kamer. Moge deze termijn op zich zelf niet lang zijn, hij kan vermeden worden. Tegen het vragen van uitstel van het pleidooi dient de wet mede te waken; alleen in bijzondere omstandigheden, bijv. plotselinge ziekte van den advocaat, moet de rechter een uitstel kunnen toestaan. Bij het verzoek om te pleiten kunnen de raadslieden van partijen tevens mededeelen op welke dagen zij reeds elders

moeten pleiten, waardoor voorkomen wordt, dat zij meerdere pleidooien op één dag krijgen.

Ad artt. 145 en 247:

Voor de bref délais en de incidenteele vorderingen is een termijn van 8 dagen voldoende; de voorloopige verzoeken en provisioneele vorderingen behooren tot de incidenteele vorderingen, zoodat daarvoor geen afzonderlijke bepaling behoeft te worden opgenomen. Ten opzichte van de cautio iudicatum solvi zij nog opgemerkt, dat indien de bevolen cautiestelling achterwege blijft, dit voor den rechter natuurlijk aanleiding zal zijn ten behoeve van de tegenpartij gebruik te maken van de bij art. 143, lid 3 gegeven bevoegdheid.

Ad art. 347:

In hooger beroep is een termijn van ten hoogste 4 weken billijk. Voor bref délais in hooger beroep geldt de termijn van art. 145, dus 8 dagen.

De kantongerechtsprocedure eischt geen afzonderlijke regeling, daar de wet in art. 99 W. v. B. R. reeds uitgaat van het denkbeeld, dat die procedure vlot, zelfs zonder uitstel, in ééne zitting afloopt. Dit laatste is niet mogelijk, te meer, omdat meestentijds partijen bij gemachtigde verschijnen, maar hoe dit zij, de kantonrechter heeft het in zijn macht door slechts zeer kort uitstel te verleenen de zaken vlug te doen afloopen. Thans maakt hij van die macht geen gebruik, zoodat de gewoonte om uit te stellen ook bij de kantongerechten groote afmeting heeft aangenomen. Het lijdt echter geen twijfel, of hierin zal eene kentering komen, zoodra de procedure bij de colleges in den aangegeven geest wordt gewijzigd.

Ééne omstandigheid eischt nog de aandacht. De procureurs kunnen, mits in een procedure samenspannend,

al de goede gevolgen van de voorgestelde regeling omverwerpen; op den dag bijv. bepaald voor conclusie van repliek spreken zij af, dat een verhoor op vraagpunten zal worden gevraagd, conclusies, pleidooi, vonnis en als het verhoor is toegestaan, gaat het niet door. Hetzelfde spelletje herhaalt zich bij de dupliek en op deze wijze hebben de procureurs een langdurig uitstel voor repliek en dupliek.

Dit is iets, waaraan ik eerlijk gezegd niet weet tegemoet te komen, een gevolg van het plakken van een nieuwe regeling op een bestaande wet, welke, ik ben me er volkomen van bewust, op ongelijke beginselen steunen. Maar ik zou het geschetste gevaar op den koop toe willen nemen, de procureurs, die op dergelijke onbehoorlijke wijze zouden optreden, loopen spoedig in den kijker en de balie zelve zal ongetwijfeld tegen zulke handelingen waken. Natuurlijk kan op deze wijze ook één der procureurs, die voor het nemen van zijne conclusie tijd wil winnen, de zaak ophouden, maar dit oponthoud zal van korten duur zijn, als tegenpartij en rechter samenwerken, en herhalingen zullen weinig voorkomen, indien de baat gering is.

Trouwens het door mij voorgestelde, maakt onze burgerlijke procedure nog geen ideaal, het is een hulpmiddel, maar dat *voorloopig* inderdaad hulp kan brengen; het heeft ook deze goede zijde, dat het vast een voorbereiding zal zijn tot een vlugger procedure, waartoe het gelijk spreekt tòch komt, zoodra het geheele wetboek wordt herzien, — een proef tevens, met welker resultaten men rekening kan houden.

Het bovenstaande was reeds geschreven, toen ik kennis nam van het artikel van Mr. Rombach in het *Advocatenblad* van 15 December 1918, blz. 143, waarin hij de aandacht vestigt op den termijn, welke moet verloopen, voordat

men pleidooi krijgt. Eigenlijk is alleen wat de Amsterdamsche rechtbank betreft gebleken van een onhoudbaren toestand. Ik ben het met Mr. R. eens, dat geen pleidooi op langer termijn dan 2 maanden behoort te worden gegeven, maar tal van confrères van Mr. R. zijn het hiermede niet eens! Toen het Amsterdamsche Hof op 6 weken tot 2 maanden pleidooi gaf, ontving de President herhaaldelijk het verzoek een langeren termijn te bepalen.

Indien intusschen het schriftelijk gedeelte van een proces maar vlug gaat, zal, ik zeide het boven reeds, ook de rest bespoedigd worden; eveneens zal in dit geval versterking van een rechterlijk college, dat met achterstand bezwaard is, eerder worden verkregen, omdat de ongewoon lange duur van de processen bij dergelijk college dan slechts een gevolg van dien achterstand zal zijn en niet, gelijk thans, voor een groot, vaak overgroot deel, van het uitstellen der balie.

Opmerkingen betreffende het Staatserfrecht.

Wanneer men hier te lande aan Staatserfrecht denkt dan kan dit bezwaarlijk geschieden zonder dat men zich tevens Mr. TREUB voor den geest brengt. Niet, dat deze de vader zou zijn van het instituut — die zijn belangrijk artikel in Jaargang 1891 van de *Vragen des Tijds* leest (1), zal daaruit dadelijk het tegendeel leeren, maar hij is het, die het eerst hier te lande met kracht de invoering heeft heeft bepleit en niet nagelaten heeft om, waar dit mogelijk was, de rechtmatigheid van zulk een erfrecht te betoogen.

Dat de Juristen-Vereeniging in 1902 van zijn pleegkind niets wilde weten schrikte hem, die trouwens niet alleen bleef staan, niet af en wanneer hij als Minister van Financiën de invoering niet heeft voorgesteld, dan was de reden klaarblijkelijk, dat hij niet noodeloos zijn plan tot belastinghervorming in gevaar wilde brengen. Maar ook toen liet hij niet na om duidelijk te doen uitkomen, dat hij zijn lievelingsdenkbeeld geenszins bij het inschepen in het ministerieele vaartuig als nuttelooze bagage over boord had geworpen, maar integendeel, wanneer dit practisch mogelijk bleek, de invoering zou trachten te verkrijgen.

Vandaar dat hij, nu hij, afgetreden als Minister, niet meer rekening heeft te houden met de zorg voor de

(1) Later herdrukt in de in 1904 uitgegeven Sociale Vragen, Verzamelde Opstellen van Prof. Mr. M. W. F. TREUB. Haarlem, J. D. TJEENK WILLINK en Zoon.

onmiddelijke voorziening in de behoeften van den fiscus gereedelijk kon komen met een wetsvoorstel, dat, ware hij nog Excellentie, vermoedelijk vooreerst nog in de pen zou zijn gebleven.

En dit te meer, nu de kansen tot aanneming beter staan dan ooit te voren. Niet voorzeker, wanneer wij hier te lande hetzelfde moesten zien gebeuren als in Duitschland. Een staatserfrecht niet in tegenstelling maar zich aansluitende aan, althans bestaande naast het private erfrecht zal, ofschoon enkel rationeel wanneer men zich op een socialistisch standpunt stelt, toch in de praktijk den socialistischen bewindvoerders als niet radicaal genoeg niet bekoren; voor eene regeering en kamermeerderheid, die de rechtmatigheid der bestaande staatsregeling en rechtsorde erkent of zegt te erkennen is de verzoeking groot om een instituut te aanvaarden waardoor men zonder tot verhooging der successiebelasting over te gaan toch millioenen kan verkrijgen.

Toch zou men verkeerd doen zich op grond van dit utiliteitsargument een instituut te aanvaarden waartegen principieele bezwaren bestaan. Zoo ergens dan geldt in deze materie: Principiis obsta en dit is dan ook de oorzaak die schrijver dezer regelen noopte om kort — de beschikbare ruimte dwingt tot beknoptheid — zijne bezwaren tegen het voorstel uiteen te zetten. Dat hij slechts weinig te berde zal brengen dat niet reeds door anderen is gezegd moge men hem vergeven.

Een Memorie van Toelichting is geen wetenschappelijk opstel. Vandaar dat de heer Treub — men mag toch veilig aannemen dat hij en niet een zijner medevoorstellers de auteur is van dit geschrift — zich terecht heeft onthouden van in de toelichting van het wetsontwerp rechtsphilosophische beschouwingen op te nemen. Toch

waar niet alleen de invoering van het staatserfrecht wordt bepleit maar ook het bestaande erfrecht in niet geringe mate wordt gewijzigd — zoo niet opgeheven — was eene zij het ook slechts korte uiteenzetting van den grond van het erfrecht, voorzooverre men dit wil handhaven kwalijk te missen.

Die uiteenzetting ontbreekt nu wel niet, maar zij is niet volkomen duidelijk. Wel wordt verwezen naar STAHL maar duister blijft in hoeverre men het met dien rechtsphilosoof eens is (1). En wanneer betoogd wordt, dat het

(1) STAHL Rechts und Staatslehre I, § 90—95. Das Erbrecht ist ein Ausflusz des Familienbandes, insonderkeit des elterlichen Bandes. Dieser hat von der Natur die Bestimming (τέλος) den Kindern die Fülle der Daseyns und darum auch der Befriedigung mit zu theilen und in ihnen die Fortsetzung der eignen Persönlichkeit und darum auch des Vermögens zu haben. Nur nur der Kinder willen gibt es aber überhaupt ein Erbrecht, wenn dies auch dann ausgedehnt ist auf andere natürliche Verwandschaft, so wie auf künstlich nachgebildeté Bande (§ 90) en in § 92. Die innere Bestimmung des elterlichen Vermögens den Kindern hinterlassen zu werden ist demnach der einzige grund nicht blosz der übrigen Intestaterbfolge sondern auch der testamentarischen. Ohne Intestaterbfolge gäbe er keine Testamente, diese sind nur theils nähere Determinationen, theils Surrogate derselben. Der Character des Testamentes ist desshalb auch nicht freie Verfügung uber Eigenthum, denn diese dürfte nicht über das Leben hinausreichen, sondern freie Nachbildung der natürlichen Familienbandes ähnlich der Adoption.

Dat de heeren TREUB, DE BUISONJÉ en de vier andere vaders van het wetsontwerp het met STAHL eens zouden zijn schijnt twijfelachtig en wanneer men dezen door hen gequalificeerd ziet als «grondlegger der antirevolutionnaire staatsleer» maakt het beroep op hem meer den indruk van een tactischen maatregel om eene politieke partij bij voorbaat het stilzwijgen op te leggen. Of dat gelukken zal? Het zwakke in STAHL's betoog is m.i., dat hij het erfrecht buiten dat der kinderen op de nalatenschap der ouders wel verklaart, maar niet rechtvaardigt. Hem te qualificeeren als «een bekend voorstander van het staatserfrecht», zooals somtijds geschiedt, schijnt mij zeker niet juist.

erfrecht in de rechte lijn waarmede dat van den langstlevende(n) echtgenoot(e) mag en moet gelijkgesteld worden, gegrond is in de natuur denkt men wel een weinig aan eene petitio principii. Krachtiger is voorzeker het argument, dat het maatschappelijk vrij wel onmisbaar zou zijn omdat het de werklust en de werkkracht der echtgenooten en vaders prikkelt en krachtig bijdraagt tot de individueele kapitaalvorming. En hetzelfde argument wordt voor het testamentair erfrecht gebezigd.

Afschaffing toch zou niet gewenscht zijn, omdat dit evengoed als de afschaffing van het wettelijk erfrecht in de rechte lijn verslappend zou werken op de energie en den spaarzin en daardoor de individueele kapitaalvorming zou belemmeren en genotzucht en verkwisting zou aanwakkeren, maar dit alles geldt niet, althans in veel mindere mate, voor het erfrecht in de zijlinie. Dit heeft iets kunstmatigs, de grens tot waar instandhouding er van maatschappelijk nuttig is is een opportuniteits quaestie. Zoo het betoog.

Nu zou men kunnen objiceeren, dat in den gevolgden gedachtengang dit bij ieder erfrecht het geval is, maar daartegen wordt aangevoerd, dat bij erfrecht in de rechte lijn en dat wat zich op uiterste wilsbeschikking grondt de opportuniteit in het oog springt en door ieder wordt erkend.

Mij dunkt dit laatste is zoo zeker niet, doch afgescheiden daarvan is het duidelijk, dat met deze argumenten het *staatserfrecht* niet is verdedigd en waar volgens Mr. Treub staats- en privaaterfrecht in het wezen der zaak gelijk zijn ligt het voor de hand, dat er volgens hem ter verdediging van het familie-erfrecht toch nog een andere grond moet zijn, dezelfde, die het erfrecht van den staat rechtvaardigt

Leest men de Memorie van Toelichting ten einde, dan

wordt deze grond ten slotte ook vermeld. Het familieleven in engeren kring is thans ook nog van gewicht maar veel wat men vroeger aan zijn familie dankte dankt men thans aan Rijk en gemeente. De staatszorg neemt steeds toe, het wordt meer en meer de staat, die door zijn vele bemoeiingen op allerlei gebied het aan het individu mogelijk maakt zijn krachten te ontwikkelen. „Niemand" — en hier is een citaat niet ongeoorloofd — „niemand verwerft „dan ook vermogen alleen uit eigen kracht en met eigen „werkzaamheid. Vroeger werd hij daarbij geholpen door „zijn familie, thans behalve door ouders en echtgenoot „door Rijk en gemeente ook al dringt deze laatste hulp „in den regel niet door tot het bewustzijn van hen, die „er baat bij vinden. Het is dan ook *niet voor tegenspraak „vatbaar*, dat Rijk en gemeente evengoed als voorheen „de familie op geheel overeenkomstige gronden aanspraak „kunnen maken op het bij het overlijden ontvangen van „een aandeel in hetgeen met hunne medewerking werd „verworven en behouden".

Hier wordt nu *het* argument voor het erfrecht gegeven, niet het eenig argument — door dat te beweren zou men Mr. Treub onrecht aandoen, immers hij wees ook op de noodzakelijkheid rekening te houden met den state of mind van den erflater bij wien men genotzucht en verkwisting niet mag aanwakkeren — maar toch een argument waaraan te twijfelen niet is geoorloofd.

Desniettemin, het verbodene prikkelt, zou ik twijfel willen uiten. De grondslag van het erfrecht is *niet* belooning voor bewezen diensten. In vroeger eeuwen heeft men daarop niet het erfrecht gegrond en een erfrechtsregeling als thans wordt voorgesteld laat zich met dit motief niet rechtvaardigen.

In vroeger eeuwen heeft men daarop niet het recht

gegrond. Zij het geoorloofd dit in enkele bladzijden uiteen te zetten.

Niet in dien zin, dat men nimmer erfrecht erkend zou hebben als aequivalent voor bewezen diensten, men denke slechts aan het vroeger ook hier te lande in verschillende plaatsen bestaande recht der godshuizen op de nalatenschappen hunner verpleegden — maar noch het Romeinsche noch het Germaansche recht grondt zich op deze leer. Oorspronkelijk was in beide rechten de grondslag een slapend eigendomsrecht der familie op het vermogen van den overledene, later heeft men dien wel elders gezocht maar niet dàâr, waar de voorstellers van het wetsontwerp dien meenen te vinden.

Deze bewering lijkt vreemd, wanneer men denkt aan het Romeinsche recht zooals wij dat kennen uit den tijd der latere republiek en van het keizerrijk. Edoch men moet ook niet het oog richten op het recht in deze perioden, men moet denken aan het recht van den ouden stadstaat op de grenzen van Latium, waar het testament een uitzondering vormde en de nalatenschap van den overledene toekwam aan de sui, de proximus agnatus en de gentiles. Aan de sui, dat is aan de leden van het gezin, die — soms reeds lang volwassen — gestaan hadden onder de vaderlijke macht of de manus van den overleden pater familias. Want dat een ander dan een pater familias bij zijn overlijden iets naliet was zeldzaam. De sui erfden, maar zoo, dat zij automatisch, van zelf zonder dat eene aanvaarding noodig was in de rechten en verplichtingen van den overledene opvolgden.

Er is meer een optreden van een nieuwen administateur dan van een nieuwen eigenaar, hoe scherp overigens zich in het oude Rome het eigendomsrecht reeds had ontwikkeld. Hoe groot de macht van den huisvader ook

mocht wezen, hij was en bleef gezinshoofd, die vele rechten had maar ter wille van het gezin.

Met recht kan FUSTEL DE COULANGES dan ook zeggen: „Pour ce faire une idée vraie de l'hérédité chez les anciens, „il ne faut pas se figurer une fortune, qui passe d'une „main dans une autre. La fortune est immobile, comme „le foyer et le tombeau auquels elle est attachée. C'est „l'homme qui passe, c'est l'homme à même que la fa„mille découle ses générations, qui arrive à son terme „marqué pour continuer le culte et prendre le soin du „domaine".

Of nu het begrip famulia, gezin, zooals wij het in historische tijden kennen een concentratie is der gens dan wel veeleer — en dit schijnt juister — deze laatste is te beschouwen als eene familia in ruimeren zin staat niet vast, maar ook bij het ontbreken van sui berust het erfrecht op de gedachte, dat het familieerfgoed bij het overlijden van den zij het ook met bijkans absolute macht uitgerusten beheerder vervalt aan een ander administrateur. Vandaar dat niet de agnati maar de proximus agnatus als erfgenaam optrad en eerst wanneer deze geen erfgenaam werd de nalatenschap onder de gentiles, de leden der familie in ruimeren zin werd verdeeld (2).

Nu was het testament niet onbekend maar het was een

---

(1) Cité Antique blz. 85.

(2) Dat de gedachte aan een familie-eigendom waarin men van eigenaar op nonactiviteit actief eigenaar wordt, althans wat de sui betreft, nog ten tijde der klassieke juristen bestond volgt m.i. uit een in de Pandecten opgenomen uiting van PAULUS libro II ad Sab. l. 11, D. 28, 2. In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eorum perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo heredes existimantur. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur; hac ex causa licet non sint heredes instituti domini sunt.

uitzondering. In de volksvergadering in calatis comitiis maakte men aanvankelijk niet dan met toestemming der medeburgers, als ware het bij speciale wet, een beschikking over zijn vermogen.

Na de verdrijving van TARQUINIUS SUPERBUS is hier veel veranderd (1). Het maken van een testament werd vergemakkelijkt en reeds ten tijde der wetgeving der XII tafelen was het gebruikelijk, dat de pater familias bij testament over zijne nalatenschap beschikte.

De wil van den erflater, die ook na zijn dood wordt geeerbiedigd treedt op den voorgrond. Voorts heeft het feit, dat de praetor de bonorum possessio schonk niet aan de familieleden in engeren zin maar aan bloedverwanten, de veranderde positie der vrouw, het vervallen van het erfrecht der gentiles als gevolg van het verdwijnen der gens, en zeker niet het minst de economische ontwikkeling van Rome tot een sterk gepronunceerden kapitalistischen staat aan het erfrecht een geheel ander karakter gegeven.

---

(1) De omstandigheid dat Rome een republiek geworden was met een aristocratisch karakter heeft zonder twijfel het reeds scherp geaccentueerde recht van het individu meer en meer op den voorgrond doen treden,

De gedachte dat rechten, ook privaatrechten, eigenlijk alleen hun rechtvaardiging vinden in de omstandigheid, dat zij het volbrengen van verplichtingen vergemakkelijken, kan in een republiek geen instemming vinden en vond die zeker niet in het Rome van de beide laatste eeuwen der republiek, toen men — de goeden niet te na gesproken — zelfs regeeringsambten uitsluitend beschouwde als een middel om zich te verrijken, zij het ook niet ten koste zijner medeburgers maar der provincialen. Ook het privaatrecht ondervond hiervan inwerking, de pater familias, de administrateur met absolute bevoegdheden, wordt meer en meer de dominus wiens jus abutendi men niet meer kan betwisten. En toch geheel verloor men het belang van descendenten blijkens de toepassing der querela inofficiosi testamenti niet geheel uit het oog.

Het testamentair erfrecht treedt op den voorgrond, dat bij versterf krijgt een subsidiair karakter en wordt beschouwd als te rusten op den veronderstelden wil van den erflater, die om welke reden dan ook van zijn werkelijken wil niet heeft doen blijken.

De grond van het erfrecht wordt de wil van den eigenaar dien de bevoegdheid wordt toegekend om ook na zijn dood over zijn eigendom te beschikken. Edoch geheel verdwenen is de gedachte aan een familie-eigendom nog niet. Niet alleen bewijst dit het boven aangehaalde citaat van PAULUS, de omstandigheid, dat zich het instituut der legitieme portie meer en meer ontwikkelde, wijst op een weder meer levend worden van de gedachte, dat de bloedverwanten, nu niet meer de familieleden in engen zin, de agnaten, maar de cognaten, zoo al geen recht dan toch een rechtmatige aanspraak hebben op de nalatenschap van een nauwen bloedverwant.

Zeker is het, dat men van staatserfrecht, in tegenstelling van het recht van den fiscus op de bona vacantia van een overledene zonder erfgenamen, niets bespeurt, ofschoon onder AUGUSTUS voor Italië een successiebelasting is ingevoerd, die bijkans drie eeuwen heeft bestaan en van welke JUSTINIANUS nog constateert dat zij was afgeschaft (1).

Dat vooral in den lateren keizertijd de Staat ettelijke verplichtingen, die vroeger de familie vervulde, op zich had genomen is een feit, maar van het noodzakelijk correlaat, het staatserfrecht verneemt men niets.

Is het nu in het Germaansche recht anders?

Het schijnt twijfelachtig (2).

(1) SCHANZ. Die Erbschaftssteuer im Alterthum. Finanz-archiv XVII, blz. 3 en vlgg.

(2) Reeds de plaatsruimte verbiedt een overzicht te geven van het Germaansche erfrecht. Trouwens men kan dit in de bekende werken van SCHRÖDER, HEUSLER, BRUNNER, GENGLER, STOBBE, GLASSON en FOCKEMA ANDREAE vinden.

Op den voorgrond zij gesteld, dat wanneer men het heeft over leidende gedachten, die in het Germaansche recht op den voorgrond zouden treden, voorzichtigheid is geboden. Een recht, dat zich over meer dan 15 eeuwen uitstrekt voor tal van volken, die in zeer verschillende economische omstandigheden hebben verkeerd heeft gegolden, vertoont tal van variaties. Voegt men daaraan toe, dat wij van het recht der Germaansche stammen vóór de verovering van het West-Romeinsche rijk maar weinig weten, dat van de Xde tot de XIIIde eeuw de bronnen schaarsch vloeien, dat het Romeinsche recht, zij het ook lang niet overal in de zelfde mate, grooten invloed heeft uitgeoefend — éérst in de periode der volksrechten — het recht der leges barbarorum, le très ancien droit der Fransche schrijvers — dàn weder ten tijde der receptie van het Romeinsche recht in de XVde en XVIde eeuw, terwijl op de juristen de invloed van dat recht reeds sedert de glossatoren duidelijk is, dan ligt het voor de hand, dat zich slechts zeer in het vage een gemeenschappelijk karakterbeeld laat construeeren.

Inzonderheid bij het erfrecht. Hoe verschillend dit echter moge geweest zijn, op den werkelijken of veronderstelden wil van den erflater is het *niet* geconstrueerd, in dit opzicht blijft de uitspraak van Tacitus „nullum testamentum," al zijn de uiterste wilsbeschikkingen niet onbekend gebleven, volkomen juist. En men kan verder gaan dan deze negatieve uitspraak en aannemen dat, althans waar het geldt de erfopvolging van onroerende goederen — tot aan het einde der middeneeuwen het economisch meest beteekenende deel van het vermogen — de erfopvolging berust op de gedachte van een gemeenschappelijk familieeigendom (1).

(1) De Romeinsche nalatenschap, het complex der rechten en verplichtingen van den overledene waarin de erfgenaam opvolgt is dan

Een merkwaardig voorbeeld daarvan levert de lex Salica op. Terwijl tot de roerende goederen worden geroepen de filii, waaronder ook de dochters zijn te verstaan de mater, frater aut soror, soror matris inde de illis generationibus quicumque proximior fuisset (1), een regeling die HEUSLER aanleiding geeft om aan sporen van een vroeger Mutterrecht te denken, geldt voor den grond: de terra vero nulla in muliere hereditas non pertinebit sed ad virilem sexum, qui fratres fuerint tota terra pertinebit. Vóór de broeders gingen de filii, de zonen — uit een later edict van Koning CHILPERICH blijkt dit duidelijk — maar bij gebreke van hen volgde niet de vader, die toch zeker aan zijn kinderen tal van diensten had bewezen, maar de broeders en zoo zij ontbraken de dorpsgenooten, de vicini.

De reden ligt voor de hand. Men bezat geen terra dan wanneer men ze geërfd had en het recht op den bodem kwam aan de gezinsleden gezamenlijk toe.

Waren er geen broeders dan kwamen de vicini, wat weder begrijpelijk is, wanneer men bedenkt, dat ten tijde der lex Salica het eigendomsrecht op den grond zich nog betrekkelijk kort geleden had ontwikkeld uit een gemeenschappelijk eigendomsrecht der dorpsgenooten.

Nu moge koning CHILPERICH nog in de jaren 573—575 dit veranderd hebben en al stelde hij de zuster niet met den broeder gelijk deze toch boven de vicini geplaatst hebben, alom ziet men met uitzondering van het West-Gothisch recht, waar de Romeinschrechtelijke invloed zeer sterk was, overal de mannen bevoorrecht boven de

---

het Germaansche recht vreemd. Men kent een erfopvolging in de verschillende onroerende goederen, in het roerend vermogen, in de schulden, maar niet in een universitas.

(1) Lex Salica, c. 59.

vrouwen. Inzonderheid, waar het onroerende goederen speciaal het geërfde onroerende goed, het erfgoed, betreft. Men kan toch niet blind zijn voor het feit, dat datgene wat een vrouw erft, wijl zij kinderen krijgt die tot een andere familie behooren, als regel voor de familie verloren gaat. Men wil echter het familiegoed *in* de familie behouden, want men denkt zich de familie — zoowel de engere familiekring, de Hausgenossenschaft, als de Sippe, de familie in ruimeren kring — daarop gerechtigd.

Niet voorzeker in den vorm van een gemeenschappelijk eigendom, een condominium — in den vorm van Ganerbschaft kwam dit voor, wanneer de erfgenamen opzettelijk in onverdeelde gemeenschap bleven — maar als een latent familie-eigendom zich daarin openbarende, dat bij den dood van den erflater zijn vermogen aan zijne bloedverwanten, leden der familie, ten deel valt.

En het is diezelfde gedachte, die in later eeuwen, toen de achterstelling van de vrouw bij den man vrij wel was verdwenen, de grondslag vormt van het zoogenaamde schependomsrecht, dat door het „paterna paternis, materna maternis" wil bevorderen, dat het vermogen in de familie blijft.

Reeds ten tijde der volksrechten berust het erfrecht op de bloedverwantschap, die zich in den loop der tijden, in het begin der middeneeuwen vermoedelijk door den invloed van het Romeinsche recht, (1) vrij ver gaat uitstrekken. Edoch, waar algemeen gevoeld werd, dat bij iemands dood zijn bloedverwanten de tot zijn vermogen *gerechtigden* waren, daar gaat men bij onroerend goed — later moest men het beperken tot aangeërfd onroerend

(1) Zie over de uitbreiding der tot erven gerechtigde verwanten tot verdere parenteelen dan die van vader en grootvader. STOBBE, Erbrecht, § 287, noot 8 en 9.

goed, het erfgoed — verder en acht men den eigenaar *verplicht* zijn eigendom voor zijn familie te bewaren.

Vandaar de dikwerf scherpe beperking van het recht van den eigenaar om over onroerend goed, althans om over erfgoederen te beschikken. Wanneer wij in 996 ADELA de dochter van graaf WICHMAN zien opkomen tegen een schenking door haar vader aan de abdij te *Elten* gedaan op grond, dat deze absque ejus consensu et licentia nullam potiusset facere traditionem had zij volkomen gelijk (1).

Het Saksische recht eischte voor vervreemding van onroerende goederen, behoudens enkele uitzonderingen, de toestemming of medewerking der vermoedelijke erfnamen en het stond met dien eisch niet alleen. Op den duur, het is waar, liet dit zich niet handhaven en zoo zien wij eenerzijds bij vervreemdingen als koop het naastings of voorkooprecht ontstaan — de retrait lignager van het oud-Fransche recht, dat is het recht om in een geval van verkoop te treden in de plaats van den kooper — anderzijds wordt schenking zonder toestemming van den vermoedelijken erfgenaam toegelaten maar slechts voor een gedeelte van het vermogen. De reserve der quatre quints des propres van het oud Parijsche recht berust op de gedachte van een noch door schenking noch door testamentaire beschikking den bloedverwanten te ontnemen recht op een groot gedeelte van het erfgoed en men behoeft waarlijk niet naar Frankrijk te gaan om voorbeelden aan te treffen hoe ook hier te lande in de middeneeuwen de beschikkings-bevoegdheid beperkt was (2).

Het Germaansche erfrecht rustte op het denkbeeld van een in den regel slapend maar somtijds toch wel degelijk

(1) Zie Prof. FOCKEMA ANDREAE. Het oud Nederlandsch Burgerlijk Recht, blz. 262.

(2) FOCKEMA ANDREAE op. cit. blz. 297 en vlgg.

aan zijn bestaan herinnerend familie-eigendom waarmede de eigenaar, de beheerder, zeer stellig rekening had te houden.

Merkwaardig is het dat de receptie van het Romeinsche recht, dat in den vorm waarin het werd overgenomen, gelijk wij zagen op geheel andere gronden rustte, wel bij de juristen maar niet bij het volk deze motiveering van het erfrecht heeft kunnen doen verdwijnen. Voor een deel voorzeker omdat in de XVIde eeuw het familie-gevoel sterker was dan thans. De invloed van het canonieke en van het feodale recht, die beiden niet de verzwakking maar veeleer versterking van de familie beoogden zijn hier niet te onderschatten. Daarenboven zijn er in de middeneeuwen perioden geweest waarin het behooren tot eene familie rechten medebracht maar ook plichten oplegde waarvan later geen sprake meer was. Ik denk hier aan het recht op weergeld bij het gedood worden en de verplichting om soms mede het weergeld te dragen bij dooding door een bloedverwant. Dat er tusschen die verplichting en het erfrecht verband bestaan heeft, mag veilig worden aangenomen, maar even stellig mag men aannemen, dat het recht om te erven niet beschouwd moet worden als een vergoeding, een aequivalent, tegenover de plicht om weergeld te betalen (1).

Evenzoo is het met de verplichting tot onderhoud van bloedverwanten. Er zijn rechtsregelen waar deze scherp wordt geaccentueerd maar slechts zeldzaam dekken zich het recht om te erven en de plicht om te onderhouden.

Neen, wanneer men naar een erfrecht zoekt, waar

(1) BRUNNER. Sippe und Wergeld. Denn Wergeld und Erbschaft werden streng unterschieden und an denn Wergelde participieren nach zahlreichen Rechten auch Verwandte, welche nicht Erben sind. Zie ook HEUSLER op. cit. blz. 540 en vlgg.

inderdaad het recht wordt gegeven als aequivalent voor bewezen diensten, althans waar dit motief grooten invloed heeft gehad, dan zie men naar het recht van den koning op het vermogen van den vreemdeling, die zich onder zijn bescherming heeft gesteld. De koning beschermde hem maar was, zoo men hem doodde, tot het weergeld gerechtigd en erfde zijn nalatenschap, tenzij hij mocht goedvinden die aan zijn bloedverwanten, speciaal zijn nakomelingen, af te staan (1).

Maar dit erfrecht — wel te onderscheiden van het Heimfallsrecht, het recht op de bona vacantia van lieden, die zonder erfgenamen komen te overlijden — kwam na den val der Karolingers ten goede aan de feodale heeren en gaf aanleiding tot veelvuldige misbruiken, al is het in Frankrijk ten slotte door de kroon weder heroverd. Toen was men echter den oorsprong vergeten. Trouwens het is uit den aard der zaak een uitzonderingsrecht geweest en gebleven.

Een andere vorm van erfrecht als belooning voor bewezen diensten is het recht van weeshuizen, armenhuizen en hospitalen op de nalatenschap van hunne verpleegden. Reeds in de middeneeuwen niet onbekend vindt men het vooral na de receptie van het Romeinsche recht meer ontwikkeld wijl men kon aanknoopen aan Novella 115, 3, § 2.

Er waren dus wel enkele gevallen, maar daargelaten, dat zij van geen groote beteekenis waren vindt men die in het thans hier te lande geldend recht niet terug.

Noch het Romeinsche, noch het Germaansche en nog minder het oud-vaderlandsche recht rusten op den grond dien Mr. Treub als *de* rechtvaardigingsgrond voor het erfrecht aangeeft.

En al evenmin is dit het geval met het thans vigeerend

(1) Edictum Rotharis 367. Zie voorts over het droit d'aubaine. Glasson op. cit. VII, blz. 62.

recht, dat waar het betreft het erfrecht bij versterf, berust op een recht der bloedverwanten als zoodanig op de nalatenschap van hun overleden familielid en waarmede als geheel gelijkwaardig wordt beschouwd het testamentaire erfrecht, steunende op de door de oudere natuurrecht aanhangers verdedigde leer van het latere Romeinsche recht, dat het eigendomsrecht medebrengt, dat men ook beschikkingen van den eigenaar, al worden die pas van kracht na diens overlijden, heeft te eerbiedigen.

Ja het heeft maar weinig gescheeld of wij zouden het erfrecht bij versterf als een testamentair erfrecht van den tweeden rang, als een erfrecht berustende op de door den wetgever veronderstelden wil van den overledene wiens praesumptief testament het wetboek weergeeft, hier te lande practisch in ons wetboek hebben zien gehuldigd had niet de gerechtvaardigde voorliefde der Belgen voor den Code ons daarvoor behoed. Wat Mr. Treub als den van zelf sprekenden grond voor het erfrecht noemt spreekt geenszins van zelf en vond tot dusverre dan ook geenszins algemeene instemming.

Intusschen wat men vroeger niet als juist heeft erkend en aan welker juistheid men thans nog twijfelt kan daarom wel juist zijn. Het erfrecht van den Staat door Bluntschli ontwikkeld, door Stuart-Mill toegejuicht, door Mr. Treub als van zelf sprekend voorgesteld zou zeker gerechtvaardigd kunnen zijn.

Naar het mij voorkomt brengen echter de in de Memorie van Toelichting uiteengezette gronden die rechtvaardiging niet.

De grondslag van het betoog, dat waar iemand eenig vermogen verwerft, hij dit niet alleen door eigen kracht en eigen werkzaamheid doet, maar dat waar hij vroeger

daarbij werd geholpen door zijne familie die hulp thans door Rijk en gemeente wordt verleend is, wat het laatste gedeelte betreft, *niet* juist. Onjuist is eveneens de opmerking, dat in den regel het bestaan dier hulp niet zou doordringen tot het bewustzijn van hen, die er baat bij vinden.

Zeker het is waar, dat, waar de overheid het recht niet handhaaft, van het verwerven van een vermogen kwalijk sprake kan zijn.

Maar deze waarheid dringt tot het bewustzijn der bevolking in normale tijden zeker door en de tegenstand dien de anarchie telkens bij velen ondervindt, strekt daarvan tot bewijs.

Alleen men weigert en mijns inziens terecht de dankbaarheid te toonen op de door Mr. Treub gewilde wijze.

De Staat verricht, dit is inderdaad waar, thans veel meer dan vroeger, doch dat hij op groote schaal de taak zou hebben overgenomen die vroeger de familie vervulde is niet juist.

Men moet niet vergeten, dat de omvang van de Staatstaak voor een deel afhangt van de macht van het Staatsgezag. Een overheid als die, welke in het laatste stadium der Karolingische monarchie heerschte en die ternauwernood zich zelf op de been kon houden moet haar taak wel zeer beperkt opvatten.

Edoch ook, wanneer de overheid wèl over voldoende macht beschikt — men denke om ons niet te ver te verwijderen van het zooeven genoemde tijdvak aan keizers als Otto I — hangt haar taak toch grootendeels af van den economischen toestand der bevolking. In den toen bestaanden „Agrarstaat" kon het individu en de familie in engeren zin, de Hausgenossenschaft, zich zelf ook al om de geringere behoeften veel beter helpen dan eenige eeuwen later de poorter van een middeneeuwsche stad

ten tijde, dat de gilden de heerschappij van de aristocratische geslachten overnamen.

In de derde plaats moet men niet vergeten, dat de denkbeelden welke zij, die op de regeering den grootsten invloed uitoefenen, ten opzichte van de taak der overheid hebben van groot gewicht zijn.

De beambtenstaat van FREDERIK DEN GROOTE kon en vermocht, hoe beperkt zijn financieele krachten ook mochten zijn, veel meer dan de liberale Staat van 1860.

De omvang van de Staatstaak is in vorige eeuwen zeer verschillend geweest, doch veel wat de Staat thans op zich neemt deed vroeger niet de familie, maar niemand.

Voorts mag men niet uit het oog verliezen, dat veel wat thans de Staat verricht vóór de hervorming tot de taak der Kerk behoorde, men denke slechts aan het gebied van het onderwijs en het armwezen. Nu zag de Kerk zich gaarne bij uiterste wilsbeschikking of schenking bedacht, maar op eene legitieme portie als loon voor bewezen diensten maakte zij toch geen aanspraak. En toen na de hervorming, althans hier te lande, de wereldlijke overheid op dit terrein overnam wat de Kerk vroeger had verricht stelde zij al evenmin den eisch van een erfrecht.

Zeker het familiegevoel was in vroeger eeuwen meer intens en men achtte vooral bij den adel en in patricische burgerfamilies zich meer tot hulp aan familieleden verplicht dan thans, maar dat de hulp, die thans de Staat verleent, vroeger door de familie verleend werd, is een legende.

De eerste taak van iedere overheid — en men ziet ook de meest gebrekkige ten ware zij samengesteld is uit professoren daarnaar streven — is de verdediging tegen den buitenlandschen vijand en de handhaving der binnenlandsche orde. Die taak heeft de familie

niet vervuld en niet kunnen vervullen, ook niet in de tijden dat bij dooding van een lid der familie deze recht had op weergeld of bij een misdrijf van een familielid daarvoor mede aansprakelijk was.

Edoch aangenomen al, dat de familie inderdaad in veel opzichten de taak vervulde die thans de Staat vervult waar *zij* niet als *contrapraestatie* daarvoor op erfrecht aanspraak maakte zal de Staat dit op „geheel overeenkomstige „gronden" al evenmin mogen doen.

Het is nog niet zoo lang geleden, dat men het recht op belastingheffing verdedigde op grond van door de overheid aan den belastingplichtige bewezen diensten. De omvang der heffing moest verband houden met den bewezen dienst. Deze theorie historisch verklaarbaar en een kern van waarheid bevattende is, waar het geldt de belastingheffing, in den modernen Staat sedert jaren en terecht verworpen. Zonderling nu is het, dat zij, als ware er niets geschied, ter verdediging van het staatserfrecht wordt aangevoerd, ofschoon toch de grond van het erfrecht niet daarin is gelegen.

Men zal objiceeren, toch wel bij Mr. Treub. Inderdaad, maar zijne zienswijze is niet juist en merkwaardig is het, dat ook hij, wanneer hij het erfrecht, voor zooverre het niet aan den Staat wordt gegeven, regelt zich wel hoedt zijn beginsel in praktijk te brengen.

Ook hier zal men tegenwerpen, dat dit inderdaad geschiedt, dat toch voorgesteld wordt geen actief erfrecht meer te verleenen, waar normaliter geen diensten meer bewezen worden en waar dit wel geschiedt bijv. tusschen echtgenooten zulk een erfrecht wordt toegekend, doch dan kan men repliceeren, dat de vader en moeder, die toch zeker voor den overledene meer geweest zullen zijn dan zijne kinderen en verdere descendenten bij deze blijven

achtergesteld, dat het testamentair erfrecht ongewijzigd wordt gehandhaafd.

Volkomen terecht, want al zou wellicht een scherpe beperking van het recht der testeerbevoegdheid naar Jacobijnsch model een meerderheid kunnen vinden, van een achterstelling der descendenten zou het volk niet willen weten. Zou dit echter ook kunnen zijn omdat het de werkelijkheid toch beter inziet dan Mr. TREUB en begrijpt, dat de normale huisvader arbeidt en verwerft voor zich en zijn gezin, speciaal voor zijn descendenten en ten hunnen behoeve een latent eigendom vestigt (1)?

Dat men het actief erfrecht ab intestato afschaft, zoodra

(1) Een erfrecht dat het recht van adscendenten sterk op de voorgrond plaatst vindt men slechts zelden. Men moet daarvoor terug gaan tot volken, die niet nog geheel aan het moederrecht zijn ontwassen om sporen van een in de eerste plaats optredend actief erfrecht van de moeder, bij mannen nog meer van den broeder der moeder, te vinden. Nu is het mogelijk, misschien zelfs niet onwaarschijnlijk, dat men door eene gewijzigde regeling van het familierecht, bijv. door de niet meer erkenning van het huwelijk, al dan niet gepaard met verplichte prostitutie, ons weder tot zulk een, dàn van zelf opkomend moederrecht — m.i. bij de volken, waar men het thans aantreft, meer een gevolg van verbastering dan een overblijfsel uit den oertoestand — zal terugbrengen, maar dan zal, vermoed ik, het erfrecht wel zeer aan beteekenis hebben verloren.

Dat men soms adscendenten, speciaal ouders, boven broeders en zusters heeft laten gaan, is in een op bloedverwantschap rustend erfrecht verklaarbaar, immers zijn zij den overledene nader verwant.

Voor een erfrecht der echtgenooten ware op den aangevoerden grond meer te zeggen, waar men het aantreft rust het toch meestal meer op de gedachte aan eene gezamenderhandsche gemeenschap met een uitsluitend recht daarop van de(n) overlevende(n) echtgenoot(e) dan op werkelijk erfrecht. De begrippen vloeien soms ineen. Een voorschrift als men aantreft in het voor het koninkrijk Jerusalem geldende recht-Livre der assises de la cour des bourgeois art. 185 — nus homs n' est si dreit heir au mort come est sa feme espouse is toch een uitzondering.

men de tweede parenteel voorbij is, ik heb er niets op tegen, want inderdaad verder gevoelt men de bloedverwantschap niet meer, dan is men gekomen bij de „lachende erven", dien ons recht niet bij voortduring stof tot vreugde behoeft te verschaffen. Dat men de echtgenoote een betere positie wil verschaffen voortreffelijk, maar dat behoeft waarlijk niet te geschieden op den hier aangevoerden grond. In elk geval loodse men het Staatserfrecht niet naar binnen op een grond die, behoudens een enkele uitzondering, nimmer de grond van het erfrecht is geweest, het thans niet is en het ook niet behoort te worden.

Het is dan ook niet te verwonderen, dat BLUNTSCHLI, een der vaders van het Staatserfrecht een anderen grond zocht en vond in „die Gemeinschaft der Rasse" (1). „Der einzelne ist ein Kind seiner Eltern ein Angehöriger seiner Familie; er ist aber auch ein Kind der Gemeinde und des Landes, denen er angehört. Ist er mit seiner Sippschaft durch Tausend feine Beziehingen seiner leiblichen und seelischer Anlage, wie seiner Erziehung und seines Lebens enge verbunden, so wirken auch die Einrichtungen und die Einflüsse seiner Heimat-und-seines Vaterlandes sehr bestimmend auf seine ganze Ezistenz. Sein körper empfängt die Eindrücke der Volksart und seine Seele erhält einen grossen Teil ihrer Bildung durch die Sprache des Landes, die Schule des Ortes, die Sitten eines Wohnortes, die Geschichte seines Volkes. Der tüchtige Bürger hat auch ein Verständniss und ein Interesse für die Wohlfahrt seines Heimatortes und seines Vaterlandes. Auf diese aüszere und innere Lebensgemeinschaft, auf die Pflichten der einzelnen gegen die Gemeinde und den Staat läszt sich ein Erbrecht der Gemeinde und des Staates sehr wohl begründen".

---

(1) BLUNTSCHLI Gesammelte Schriften I, blz. 233.

Och ja, waarom niet? Begründen laat zich alles, alleen niet steeds met recht. Zou soms een erfrecht van hem, met wien men door vriendschapsbanden verbonden is, zich niet met dezelfde argumenten laten verdedigen? En toch men is zoo wijs geweest vriendschap geen grond voor erfrecht te laten zijn.

Zou daarenboven de liefde voor het vaderland in tijden van een „opgewekt politiek leven" als wij thans beleven — in RIGA zoo opgewekt, dat men in naam der vrijheid voor de overwonnenen de slavernij weder heeft ingevoerd — inderdaad zoo sterk zijn als de hooggeleerde Zwitser, die trouwens persoonlijk niet aarzelde zijn vaderland te verlaten, toen de richting der politiek er hem minder beviel, aanneemt?

Ik vrees maar al te zeer, dat hij, die tot eene politieke minderheid behoort, zijn best zal doen, dat althans zijn particulier vermogen na zijn dood niet voor een goed deel in handen valt van den Staat, dat wil practisch zeggen van zijn politieke tegenstanders.

Argumenten als BLUNTSCHLI aanvoert kunnen het opleggen van een belasting rechtvaardigen, zij rechtvaardigen nog geen erfrecht.

Nu is het echter merkwaardig, dat deze geleerde schrijver — en meerdere Duitsche voorstanders van Staatserfrecht vallen in dezelfde fout — tusschen Staatserfrecht en successiebelasting al evenmin scherp onderscheidt als tusschen erfrecht en Heimfallsrecht. Dit onderscheid verliest Mr. TREUB — men moet dit erkennen — geen oogenblik uit het oog, maar het gevolg is, dat voor het Staatserfrecht dat hij wenscht dan ook alleen die argumenten kunnen gelden, die voor een *erfrecht* pleiten. En dit doen voordeelen die de Staat zijn burgers biedt al evenmin als het feit, dat het lidmaatschap van een familie

voordeelen oplevert het familie-erfrecht kon en kan rechtvaardigen.

Naar het mij voorkomt kan men het Staatserfrecht wel verdedigen, maar dan moet men het even als het erfrecht der familie doen steunen op een latent mede-eigendom van den Staat, dat bij het overlijden van den eigenaar evenals dat der familieleden van slapend, levend wordt. De Staat treedt dan in dezelfde positie als in de Germaansche periode en nog in de middeneeuwen de heer, de dominus, patronus tegenover den hoorige (1).

---

(1) Reeds in het Longobardische recht, waar de toestand van den hoorige, den aldius, het minst gunstig was schijnt naast het recht van den heer een erfrecht der descendenten te zijn erkend. Edictum Rotharis, n°. 216. Dit erfrecht ontwikkelt zich en juist geeft, naar het voorkomt, HEUSLER, de ontwikkeling weer, wanneer hij schrijft:

Ursprunchlich nahm der Grundherr alles, spätere Entwickeling scheint zu sein, dasz der Herr blosz die Fahrnizs an sich zog, das liegende Gut den Verwandten überliesz, allmählig wurde auch zu solchen Fallen Vergabung auf den Todesfall gestattet.

Toen in de eerste eeuwen van het feodale-stelsel de geringe macht van den Koning talrijke vrijen in den toestand van boorigheid deed treden, liefst van een kerkelijke stichting, kon het niet anders van een machtigen heer, in staat hen te beschermen, is de positie der hoorigen veel verbeterd. Waar het de hoeve betrof werd erfrecht van descendenten en later van niet te ver verwijderde bloedverwanten in de zijlinie erkend, mits slechts de erfgenaam, zoo hij niet alreeds tegenover den heer in de positie van hoorige was, alsnog daarin wilde treden, moeilijker is het gegaan met het roerend vermogen.

Het absolute recht van den heer dit vermogen tot zich te nemen krachtens zijn eigendomsrecht vindt men niet meer, maar in Noord-West-Duitschland wordt hij gerechtigd tot de helft. Decanus et capitulum habebunt dimidietatem omnium bonorum mobilium relictorum scilicet dimidietatem equorum, ovium, bovum, vaccarum et aliorum pecorum. Althans van het vee. Dit erfdeel van den heer — men noemde het *buteil* — bestond oorspronkelijk ook voor gereed geld, het huisraad en de kleedingstukken, al heeft het zich hier niet zoolang kunnen handhaven. Want dieses Recht des Herrn auf die Excuviae,

Hier was oorspronkelijk de toestand, dat wat de hoorige verkreeg voor zijn heer werd gewonnen. Het is waar gedurende zijn leven werd het hem gelaten, maar bij zijn overlijden neemt de heer het tot zich. Men denkt aan de Latini dediticii, qui ipso ultimo spiritu et animam et libertatem amittebant. Later vermindert het recht van den heer. Naast een erfrecht der bloedverwanten verkrijgt hij een mede-erfrecht dat hoe langer hoe meer in beteekenis verliest en ten slotte is ingekrompen tot een recht op enkele voorwerpen, maar juist omdat men er de beteekenis niet meer van inziet als onrecht wordt gevoeld.

Het is nu een soortgelijke ontwikkeling, maar in omgekeerde richting, die men het erfrecht wil laten maken. Van de belasting tot het mede-erfrecht — het buteil —, straks van mede-erfrecht tot uitsluitende gerechtigdheid van den Staat.

Want men vergete het niet, de stap van belasting tot erfrecht — de voorstellers van het wetsontwerp willen de belasting behouden en het is dus juister te zeggen, naast de belasting het erfrecht — is slechts te rechtvaardigen, wanneer men een latent mede-eigendomsrecht in wezen niet verschillend van dat der erfgenamen aanneemt. Neemt men dat echter aan, dan staat men op het socialistisch standpunt (1).

Heergeräte und Gerade, war hart und drückend und wurde daher abgeschüttelt, wo es anging, Zie HEUSLER op cit blz. 140.

In Zuid-Duitschland is het «buteil» al spoedig en later is ook het Noorden gevolgd veranderd in een recht om uit het te vererven vee het beste stuk te kiezen, de «kurmede» of «Fall». Daarmede veranderde het van karakter «der Fall ercheint demnach hier», gelijk SCHRÖDER het uitdrukt, «als eine dingliche Belastung wie die Zinsen und Frondienste en heeft zich in dien vorm eeuwen kunnen handhaven.

(1) Namelijk zoo men zulk een eigendom aanneemt voor het vermogen. Anders is, dit erken ik gaarne, de zaak, waar het geldt

Erkent men in principe zulk een aan het recht der naaste bloedverwanten in karakter gelijk latent eigendomsrecht van den Staat dan zal deze voorloopig — Mr. TREUB wenscht niets anders en niets meer — met een mede-erfrecht, het buteil van den dominus, genoegen nemen. Maar niet voor lang, de macht van den Staat is steeds wassende en een streven zal er zijn van mede-erfgenaam te komen in de positie van den heer in de eerste periode der hoorigheid.

De cirkelgang der menschheid ten onzent op staatsrechtelijk gebied reeds duidelijk te bespeuren. De rechtstaat van BUYS en vijf en twintig jaar later de onrechtstaat van POSTHUMA.

Niet omdat men den staat niet zou gunnen wat de voorstellers van het wetsontwerp hem willen geven maar om het beginsel lijkt mij, wat thans voorgesteld is, onaannemelijk. Tenzij men natuurlijk tegen de socialistische rechtsorde geen bezwaar heeft.

Nu objiceere men niet: dit alles kan nimmer tegen Mr. TREUB en zijn mede-voorstellers worden aangevoerd, immers uit niets blijkt, dat zij die rechtsorde zouden willen.

Integendeel zij verwerpen den grond, die in dit opstel tot rechtvaardiging van het staatserfrecht wordt aangevoerd en zeggen uitdrukkelijk „het vindt zijn rechtsgrond alleen

---

bepaalde goederen, bijv. waar een volledig eigendomsrecht op den grond niet is erkend, maar de Staat een soort superdominium bezit, waar het in cultuur-gebrachte gronden betreft, door de rechten der gebruikers meer of minder beperkt, maar dat zich, waar het woeste gronden betreft, nog krachtig doet gelden, daar deze dan geenszins een buit vormen van den primus occupans maar alleen in erfpacht of huur aan den ontginner worden gegeven. Een toestand dien men behoudens uitzonderingen op Java vindt en welken men zonder bezwaar bij inpoldering van land ook straks bij de droogleggingen van de Zuiderzee, kan laten intreden.

„en uitsluitend in hetgeen de gemeenschap bijdroeg tot „de verwerving en instandhouding van het vermogen der „erflaters", ik antwoord hierop: het karakter van een instituut wordt bepaald door de gronden waarop het in werkelijkheid rust doch niet door die waarop men, maar ten onrechte, meent het te kunnen laten rusten.

Voert men een rechtsinstituut in, dat zich alleen rechtvaardigen laat, wanneer men een mede-eigendom van den Staat op het vermogen zijner onderdanen erkent — wat zich enkel in een socialistische rechtsorde laat rechtvaardigen — dan stelt men zich, of men wil of niet, op het standpunt dier rechtsorde en kunnen later voorstanders daarvan zich steeds met recht op dit instituut beroepen.

Tegen het Staatserfrecht, zooals het indertijd door Mr. Treub werd aangeprezen, zijn een tweetal argumenten aangevoerd, die vooral op practici indruk gemaakt hebben.

Wat voorgesteld wordt verschilt in het wezen niet veel van de successiebelasting, waarom dan iets in te voeren waaraan zooveel practische bezwaren zijn verbonden, zoo luidde de eerste objectie, terwijl in de tweede plaats werd betoogd, dat wanneer men den fiscus meer wilde laten genieten uit de nalatenschappen der ingezetenen dit gemakkelijk zou kunnen geschieden door wijziging, scil. aanvulling, der successiebelasting.

Het ligt in den aard der zaak, dat de voorstellers van het wetsontwerp deze objectiën voorzagen en er zich tegen wapenden.

De omstandigheid, dat hun leider terzelfder tijd jurist en econoom is, kwam hun daarbij uitnemend ter stade en wanneer men aan vroegere voorstanders van staatserfrecht verwijt, dat zij het verschil tusschen erfrecht en belasting niet goed hadden in het oog gehouden, aan

den oud-Minister van Financiën en zijn volgelingen mag men dat zeker niet verwijten. (1)

Niet alleen heeft men in de redactie der voorgestelde wetsartikelen zoo duidelijk mogelijk doen uitkomen, dat de staat erfgenaam is en niets anders, hoe begeerig ook om practische bezwaren te ondervangen, zoo is men daarmede toch niet verder gegaan dan het beginsel toeliet (2). Uit alles blijkt de staat is erfgenaam en legitimaris, hij staat met andere erfgenamen, die ditzelfde karakter hebben, gelijk.

Edoch men deed nog meer. In de memorie van toelichting werd uitvoerig uiteengezet, dat en waarom het staatserfrecht geen successiebelasting is en zulks op gronden die, waar zij mij grootendeels volkomen juist voorkomen, hier niet behoeven te worden besproken. Slechts zou ik op één punt willen wijzen, het laatste argument waarmede men blijkbaar ook de tweede der zooeven genoemde objectiën meende te kunnen rescontreeren. Dit argument nu schijnt mij niet juist; onnoodig om aan te toonen,

(1) Hiermede is niet gezegd, dat de redactie van het wetsontwerp feilloos zou zijn, speciaal dat de aansluiting aan het erfrecht juist zou zijn geregeld, deze punten meer van technischen dan van principieelen aard laat ik rusten.

(2) Karakteristiek is in dit opzicht het voorschrift dat bij kleinere nalatenschappen — nl. nalatenschappen waarvan het netto bedrag vermeerderd met hetgeen, waarover bij giften onder de levenden is beschikt, niet meer bedraagt dan resp. f 10.000, f 5000 en f 2000 — het bedrag is afhankelijk van de omstandigheid of de erfgenamen descendenten of echtgenooten, andere bij versterf tot de nalatenschap gerechtigden of derden zijn — de Staat wel erfgenaam is, doch zal verwerpen. Het euvel, dat in iedere nalatenschap een vertegenwoordiger van den fiscus komt medepraten, is daarmede doch slechts bij kleine boedels en dan nog slechts ten deele ondervangen. Voorts kan, maar eerst, wanneer men in termen van boedelscheiding verkeert, de Staat worden uitgekocht. Blijkbaar is het de bedoeling den Staat zooveel mogelijk erfgenaam te laten. Alleen, wanneer dit tot eene aperte plagerij zou voeren, laat men uitkooping toe.

dat er een wezenlijk verschil is tusschen staatserfrecht en successiebelasting, wordt er niet door weerlegd, dat hetgeen men wil evenzeer door wijziging der wetgeving ten opzichte der belasting bij overlijden ware te bereiken.

Oogenschijnlijk is het argument geheel concludent.

„Doch ook de soclale beteekenis en de sociale functie „van het Staatserfrecht en van de successiebelasting, ver„schillen hemelsbreed. De successiebelasting heeft, in zoover „met alle andere belastingen gelijkstaande geen ander doel „dan om te dienen tot dekking der gewone Staatsuitgaven.

„Met het Staatserfrecht is het gansch anders gesteld. Wat „de Staat uit dien hoofde verkrijgt, is kapitaal, niet inkomen. „Het behoort, ook in handen van den Staat, den kapitaal„vorm te behouden. Hieruit volgt reeds dat het juist niet mag „worden gebezigd tot dekking van zijn gewone uitgaven. De „Staat mag en zal dit evenmin doen als hij zijn domeinen „verkoopt om zijn budget in evenwicht te houden. De Staat „zou, indien hij met zijn erfdeelen anders handelde het „nationale vermogen aantasten en even onsociaal handelen „als de verkwister, die zijn vaderlijk erfdeel verbrast.

„Vooral in den tegenwoordigen tijd heeft de Staat een in „beteekenis toenemende sociale taak te vervullen, waarvoor „hij niet inkomen, maar vermogen noodig heeft."

Gewezen wordt op wat te doen valt op het gebied van volkshuisvesting, pensioen- en verzekeringsfondsen, kapitaal noodig voor naasting van spoorwegen en andere ondernemingen met een monopolitisch bedrijf enz. Bedrijfssocialiseering zou teleurstelling opleveren, maar „door middel van het Staatserfrecht waardoor de Staat ook „aandeel zal verkrijgen in verschillende ondernemingen kan „en zal hij optreden als vertegenwoordiger van de onterfden „in de maatschappij. Zoo zal het Staatserfrecht maatschappelijk „vruchtdragend zijn en medehelpen om groepen en individuen, „die anders niet of moeilijk tot hoogere ontwikkeling zouden

„komen te doen groeien en gedijen naar lichaam en naar „geest. Niet alleen individueele of klassebelangen zullen daar„mede worden gediend, maar ook het algemeen volksbelang „zal in hooge mate er baat bij vinden. Een naar de eischen „des tijds geregeld Staatserfrecht zal er toe bijdragen, dat in „het Nederland der toekomst het maatschappelijk ideaal à „chacun selon ses capacités, à chaque capacité selon ses œuvres „een flinken stap dichter zal worden genaderd".

Het is fraai gezegd, zoo fraai, dat men denkt aan de schoone volzinnen van den staatsman, die de wereldorde zou brengen, maar voorloopig het onrecht codificeert. En het is dan ook alles behalve juist.

Reeds het begin, dat de successiebelasting in zooverre met andere belastingen gelijk staat, dat zij geen ander doel heeft dan om te dienen tot dekking der gewone uitgaven is niet volledig.

Dit doel kan de successiebelasting zeker hebben, zij heeft het tot dusver ten onzent, maar haar karakter zou in geen enkel opzicht veranderen, wanneer men de opbrengst eens ging besteden voor buitengewone staatsuitgaven, aflossing van drukkende leeningen, aankoop van domeinen en soortgelijke uitgaven. Het doel dezer belasting is evenals van elke andere om te voorzien in de financieele behoeften van den staat, iets wat volstrekt niet identisch is met dekking der gewone staatsuitgaven.

Al evenmin is voorts de stelling juist, dat het met het staatserfrecht anders is gesteld.

Het doel van het erfrecht, zooals men het thans opvat, is den erfgenaam te doen treden in de plaats van den overledene wat betreft de verhouding tot diens vermogen. Heres personam defuncti sustinet. Is de erfgenaam in de rechten en verplichtinge van den overledene getreden, hetzij alleen, hetzij pro parte, omdat er andere erfgenamen zijn, dan is het doel van het erfrecht vervuld. Wat de

erfgenaam met het verworvene gaat doen ligt buiten het erfrecht, dit doet hij als eigenaar, niet als erfgenaam.

Nu is het zeker ongelukkig, wanneer een erfgenaam hetgeen hij heeft geërfd verkwist, maar dit komt omdat verkwisten steeds verkeerd is, onverschillig hoe men datgene wat men verteert heeft verkregen.

Het is voorzeker gewenscht dat de staat zijne activa goed besteedt. Kapitaliseering *kan* nu eene uitmuntende regel van besteden zijn en niemand zal kunnen ontkennen, dat mr. TREUB en zijn medestanders het door den Staat geërfde voortreffelijk willen besteden. Edoch het kan noodig zijn om niet te beleggen maar uit te geven. Soms zijn er uitgaven te doen die gedaan *moeten* worden. Ja, men mag zelfs vragen of het bezit van een groot vermogen voor een Staat wel steeds voordeelig is.

Wat deze speciaal voor de vervulling van zijn taak op sociaal gebied noodig heeft is geld. Geld, onverschillig hoe hij dit heeft verkregen. In dit opzicht staat de Staat gelijk met den acceptant van een wissel, die ten vervaldage zijn kasgeld besteedt om dien te voldoen en die zich terecht op dat oogenblik niet afvraagt hoe hij aan dat kasgeld is gekomen, òf hij het geërfd dan wel verdiend heeft.

Daarmede is niet gezegd, dat het gewenscht zou zijn, dat de Staat bij invoering van staatserfrecht het op deze wijze verkregen vermogen voor zijne gewone uitgaven gaat besteden. Waar echter de staten van heden, gelijk de geestige kroniekschrijver in het *Weekblad van Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie* het uitdrukt, van de vier stadia: bezitter, bezitlooze, met schulden beladene en bankroetier meestal in het derde, ettelijken reeds in of aan de grens van het vierde verkeeren is het niet zoo onwaarschijnlijk, dat welke goede voornemens men ook moge hebben omtrent het besteden van het door het staats-

erfrecht verkregene en wat men hieromtrent in de wet bepalen moge, de noodzakelijkheid zal dwingen tot verteren in stede van kapitaliseeren.

Men behoeft zelfs nog niet eens te denken aan wijziging in onze buitenlandsche verhoudingen — beschermers, de reeds weder vergeten ervaring aan het einde der XVIIIde en begin der XIXde eeuw met Frankrijk opgedaan, zou het ons kunnen leeren, laten zich duur betalen — om te vermoeden, dat van dat kapitaliseeren toch niets zal komen. In elk geval, wil men het, men kan daar evengoed door een belasting verkregen geld voor gebruiken als het door middel van het staatserfrecht verworvene.

Toch ligt er in de bovengeciteerde woorden een kern van waarheid. Het is niet te miskennen, dat door iedere uitgave, hoe nuttig ook, die kapitaal doet verdwijnen, het nationaal vermogen wordt verminderd.

Of de Staat dan wel een particulier de uitgave doet is onverschillig, slechts is de kans voor verkwisting grooter bij den Staat dan bij den normalen kapitalist, niet-O-weër.

Maar ook al verkwist de Staat niet, al neemt men grif aan — spoedig zal twijfel zelfs niet meer geoorloofd zijn — dat de meeste staatsuitgaven nuttig, ja absoluut noodzakelijk, zijn, meestal zijn het verteringsuitgaven en verminderen zij het nationaal vermogen. En daar de uitgaven worden bestreden door gelden verkregen door de inning der belastingen kan men zeggen, dat deze het nationaal vermogen verminderen. Maar dat nadeel is niet zoo groot, mits maar meer kapitaal nieuw wordt gemaakt dan aldus verteerd of met andere woorden, wanneer de belastingen kunnen worden gevonden uit het inkomen der belastingschuldigen. Het offer dat de Staat vordert wordt door besparing dan wel weder verkregen. Verarming in dien zin, dat het nationaal vermogen aan het

einde van het kalenderjaar minder is dan in het begin heeft dan niet plaats.

Nu is het echter een droeve maar niet minder te erkennen waarheid, dat, waar inkomstenbelastingen en matige vermogensbelastingen uit het inkomen worden bestreden, dit bij successiebelastingen dikwijls niet het geval is, noch kan zijn. De eenige zoon, die van zijn vader diens vermogen van f 40.000 erft en daarvoor ongeveer $3^{46}/_{100}$ pCt. belasting heeft te voldoen, zal, wanneer hij kan, de f 1385 weder door besparing trachten in te winnen, ten einde het vaderlijk erfdeel onverkort weder te bezitten. Maar de neef, die van een nicht en nog minder de lachende erfgenaam, die f 10.000 verkrijgt en daarvoor f 2020 heeft te voldoen, denkt er niet aan dit bedrag weder in te halen. Men kan geloof ik gerust zeggen, dat wat ten onzent aan successiebelasting wordt betaald anders dan door descendenten en de echtgenoot(e) indien geen kind of kinderen uit het huwelijk verwekt of geene afstammelingen daarvan aanwezig zijn, niet meer wordt ingespaard. En daar de staat het als successiebelasting geïnde grootendeels voor onproductieve uitgaven bezigt gaat dit bedrag jaarlijks in dien zin verloren, dat het materieel vermogen daardoor vermindert (1).

Dit is zeker jammer, doch het is zoo. Intusschen het euvel is, gelijk zooeven werd opgemerkt, te ondervangen door een deel van de opbrengst van de successiebelasting niet meer voor de gewone staatsuitgaven maar voor schuldaflossing te gebruiken.

Nu zal men opmerken, dat dit practisch niet wel mogelijk is, de uitgaven zijn zóó dringend, dat men de gelden niet kan missen, terwijl het nieuw in te voeren

(1) Van de opbrengst van de successiebelasting in 1915, groot f 17 942.347, was slechts f 4.059.006 afkomstig uit de rechte lijn en van echtgenooten met kinderen.

staatserfrecht baten zal opleveren die men, juist omdat zij nieuw zijn, ter zijde kan leggen, maar hierop kan geantwoord worden, dat op zich zelf niets verhindert om, zoo men ter zake van verkrijgingen des des doods en schenkingen meer wil heffen, het tarief te verhoogen of eenvoudig opcenten te heffen.

De opbrengst bedroeg in 1918 niet minder dan f 26.084.128. Honderd percent opcenten levert hetzelfde bedrag.

Nu is het waar, dat zulk een opcentenheffing het toch reeds niet laag percentage van heffing enorm zou doen stijgen en het gevaar is groot, dat men bij den nood der schatkist toch na enkele jaren de opcenten weder voor de gewone uitgaven zou gaan gebruiken, gezwegen nog van het feit, dat misschien de regeering reeds eene verhooging, waarover zij de vrije beschikking wil hebben, op het oog zal hebben. Practisch is het daarom beter om, wanneer men de opbrengst niet voor schuldaflossing wil besteden, geen opcenten te heffen, evenmin de bestaande belasting te verhoogen, maar daarnaast eene belasting „op de overgangen bij overlijden" in te voeren, waarvan dan uitdrukkelijk bij de wet wordt bepaald, dat de opbrengst „in handen van den Staat den kapitaalvorm zal be„houden."

De grond dezer nieuwe heffing, die zich zeer nauw zou kunnen aansluiten aan de bestaande belasting — de verdedigingsbelasting 1*b* naast de vermogensbelasting, geeft hiervan een na te volgen voorbeeld — behoeft geen andere te zijn dan die van de successiebelasting, naar het mij voorkomt van de verschillende gronden die men voor deze belasting heeft aangevoerd de meest rationeele, namelijk het belasten van de zich op zeker moment bij den verkrijger openbarende meerdere draagkracht, doordat deze buiten eigen toedoen een meer of minder belangrijke

vermeerdering van zijn vermogen verkrijgt. En wanneer men dan het tarief dezer nieuwe belasting slechts zóó inricht, dat men van de verschillende erfgenamen en legatarissen juist datgene eischt wat de voorstellers van het wetsontwerp thans den Staat als erfportie willen toekennen, dan is het resultaat ook hetzelfde.

En dit zal waarlijk niet gering zijn.

Immers zal men, wanneer de overledene noch wettige of natuurlijke nakomelingen noch een(e) echtgenoot(e), doch wel bloedverwanten in de opgaande lijn en broeders en zusters of nakomelingen van deze 25 percent en wanneer ook deze bloedverwanten uittreden, $33^{33}/_{100}$ percent vorderen, een heffing niet gering, wanneer men bedenkt wat de Staat reeds thans van deze familieleden vordert en die wanneer men de waarden waarover in 1916 door deze personen successiebelasting is betaald tot grondslag neemt, reeds meer dan f 30.000.000 per jaar zou opbrengen.

Onder dit bedrag is niet begrepen doch het zal er nog bij gevoegd moeten worden wat de Staat zou kunnen heffen wanneer de overledene nakomelingen en (of) een(e) echtgenoot(e) nalaat. Hoeveel dit zou zijn, wanneer men weder het heffingspercentage van Mr. Treub en zijn medestanders volgt is niet na te gaan, maar wanneer men bedenkt, dat door deze personen in 1916 aan vermogen waarover successierecht is betaald ongeveer f 250.000.000 is verkregen zal het, waar het minste percentage van heffing 5 percent is, toch niet zonder beteekenis zijn.

Nu zijn deze cijfers te hoog omdat Mr. Treub en zijne medestanders de kleinere nalatenschappen door den Staat laten verwerpen en men dus daarover ook geen recht van overgang bij overlijden zou mogen heffen, maar men moet den invloed van dezen factor niet overschatten. In 1916 bedroeg het totaal der verkrijgingen en waarden waarover

successiebelasting is betaald f 360 millioen, waarvan voor verkrijgingen tot en met f 5000 49 millioen en van boven de f 5000 tot en met f 10,000 32 millioen zijn begrepen.

Ik geloof dat men de opbrengst van de hier bedoelde belasting wel op ± 40 millioen 's jaars zou mogen schatten.

Nu is het de vraag of vooral, waar 25 percent en 33 percent zal worden geheven, alles boven en behalve wat thans reeds aan successiebelasting betaald wordt en straks zal moeten worden de lust om het vermogen te verteren niet zal worden aangewakkerd, althans de drang tot sparen zeer verminderd, maar dat is een bezwaar dat tegen het Staatserfrecht in dezelfde mate geldt.

Men zal bij den nood der schatkist, ook al raakt men den thans overheerschenden drang om te verkwisten kwijt, — het hotel voor den Minister van Buitenlandsche Zaken! — voor sociale doeleinden veel noodig hebben en dit maakt, dat ik tegen eene heffing als de hierbedoelde, al moge zij exorbitant zijn, *onder zekere restrictiën* en wanneer zij in de rechte nederdalende lijn wordt gematigd, geen principieele bezwaren zou hebben.

De dagen dat men het een moreele plicht achtte „de conserver les biens dans la famille" zijn voorbij, de denkbeelden van den voortreffelijken Le Play hebben hier te lande maar luttel instemming gevonden en het is niet te verwachten, dat zulks in de toekomst anders zal zijn.

Onder die omstandigheden gunt men den Staat wat Mr. Treub hem wil geven, maar daaruit volgt nog niet, dat hetgeen in de Memorie van Toelichting wordt aangevoerd tegen hen, die het doel langs den weg van belastingheffing willen bereiken, juist zou zijn.

Behoudens schijnbaar op één punt.

Wanneer de Staat door het Staatserfrecht de beschikking verkrijgt over tal van goederen die hij niet te gelde maakt zal het resultaat zijn, dat hij binnen niet te langen tijd

medegerechtigde zal zijn in tal van industrieele, commercieele en ook agrarische bedrijven en daar dan zal kunnen optreden „als vertegenwoordiger van de onterfden der „maatschappij".

Vooral bij groote maatschappijen, waarvan de aandeelen in veler handen zijn en de Staat dus vele zal erven, zal de vertegenwoordiger van den fiscus binnen enkele jaren een bekende figuur zijn, die ter algemeene vergadering verschijnende daar niet geringen invloed zal uitoefenen. Edoch het is duidelijk, dat dit resultaat evenzeer is te verkrijgen, wanneer men met de gelden die men als belasting int op de vrije markt zulke aandeelen aankoopt. Men heeft dan zelfs het voordeel der keuze van de ondernemingen.

Bij het Staatserfrecht bestaat die keuze niet, vooral in het landbouwbedrijf zullen de erfgenamen veelal de noodige fondsen missen om den Staat, mede-erfgenaam, uit te koopen en het resultaat zal zijn, dat deze in tal van bedrijven, ook kleinere en familie-ondernemingen deelgerechtigde zal worden en het dan met de andere deelhebbers in de zaak moeilijk zal kunnen vinden. Kleinere bedrijven, en juist hier zal men den Staat niet kunnen uitkoopen, kunnen moeilijk volgens een schema worden beheerd. Edoch de Staatsambtenaren, die voor de belangen van den fiscus optreden, zullen dit niet kunnen, dikwerf ook niet willen inzien. De steeds mede sprekende het altijd beter wetende Staat zal spoedig zòò lastig worden geacht, dat men tot liquidatie der zaak besluit.

Dit euvel weegt niet op tegen het voordeel om geïnteresseerd te kunnen worden in eenige grootere ondernemingen, waar de aandeelen in enkele handen zijn en men thans vreemden weet te weren. Veelal zal men juist dàar geen offers sparen om den Staat uit te koopen en derhalve het doel toch niet worden bereikt.

Wanneer de Staat de 40 millioen die hij uit het Staats-

erfrecht of eene daarvoor in de plaats tredende belasting jaarlijks kan verkrijgen voor een deel wil besteden tot aankoop van aandeelen op de vrije markt zal het doel dat men zich voorstelt practisch evengoed worden bereikt.

Maar er is meer (1). Het staatserfrecht zal den liefdadige of ten algemeene nutte werkende stichtingen en vereenigingen in niet geringe mate benadeelen. De tijden zijn voorbij, dat iemand, die eenig vermogen bezat, niet overleed zonder althans over een gedeelte daarvan ad pios vel utiles usus beschikt te hebben. Maar er wordt toch betrekkelijk veel gelegateerd, inzonderheid door hen, die geen kinderen en verdere descendenten noch echtgenoot(e) nalaten.

---

(1) Dat tegen het Staatserfrecht, althans zeker tegen de wijze waarop dit in het wetsontwerp geregeld wordt ettelijke bezwaren van practischen aard kunnen worden aangevoerd zal wel niet betwijfeld worden. Opzettelijk vermeed ik daarop de aandacht te vestigen, doch één enkele uitzondering zij geoorloofd. Zal het Staatserfrecht niet een doodgeboren kind zijn, dan moet men den Staat zijne erfportie wel tot een legitieme portie maken. De voorstellers doen dit dan ook en art. 968 B. W. zal dus toepasselijk zijn. Waar thans, de gevallen van een tweede huwelijk daargelaten, een beroep op de legitieme portie alleen pleegt voor te komen, wanneer een der descendenten wordt bevoordeeld en de erflater er in den regel geen bezwaar tegen heeft, dat bij de boedelscheiding rekening wordt gehouden met giften bij het leven door een der erfgenamen als een soort voorschot op zijn erfdeel genoten, zal dit nu anders worden. Personen, die geen kinderen of echtgenoot nalaten, zullen het menigmaal met leede oogen zien, dat een groot deel hunner nalatenschap door den Staat zal worden verkregen. Zij gunnen den weinig beminden en beminnelijken Staat zijn erfdeel niet en zullen daarom hun kapitaal óf verteren, zich er een lijfrente van koopen, òf door schenkingen onder de levenden zorgen, dat het bij hun overlijden niets meer aanwezig is. Natuurlijk zal de Staat hiertegen opkomen, maar de erflater zorgt wel, dat documenten, die den Staat het bewijs gemakkelijk zouden maken, niet aanwezig zijn en bij de begiftigden zal — wanneer zij particuliere personen zijn — wel niet op medewerking zijn te rekenen. Vandaar tallooze processen en groote demoralisatie.

Wanneer echter behalve wat de successie-belasting vordert een vierde of derde gedeelte der nalatenschap aan den Staat moet ten goede komen zal men, wanneer men broeders of zusters of andere bloedverwanten heeft, die het noodig hebben, hun wel het overschot *moeten* nalaten.

In een belastingwet is dit euvel zonder moeite te ondervangen, wanneer men slechts bepaalt dat de verschuldigde belasting òf niet òf voor een klein deel wordt geheven over die bedragen, waarover ten voordeele van liefdadige of ten algemeene nutte werkzaam zijnde stichtingen en vereenigingen is beschikt. Bij een staatserfrecht, waar men den Staat eene legitieme portie toekent en dit ter belooning van bewezen maar door de erflater niet gewaardeerde diensten, is van zulk een vrijstelling geen sprake. De voorstellers van het wetsontwerp waarvan althans Mr. TREUB „de doode hand" alles behalve welgezind is, zullen er niet vàn willen hooren.

Waar nu door eene belasting met eene bepaling gelijk zooeven werd aangegeven het maken van legaten en doen van schenkingen, bestemd voor doeleinden als voormeld, zeer zal worden bevorderd, immers ondanks het geheven wordend successierecht geeft men liever aan eene vereeniging of stichting die men zelf kiest dan aan den Staat, die meer gevreesd dan bemind wordt, bij het staatserfrecht zal men juist het omgekeerde resultaat hebben.

Men behoeft nog niet een groot menschenkenner te zijn om te voorspellen dat inzonderheid coelibatairs, weduwnaars en weduwen zonder kinderen hun vermogen liever grootendeels zullen verteren — wat is gemakkelijker dan het nemen van een lijfrente — of, als zij mildadig zijn, zullen wegschenken maar zòò dat de Staat de schenking niet kan achterhalen dan dezen te laten erven.

Wat kan het overigens den Staat schelen, wanneer men werkelijk de opbrengst van het staatserfrecht ten algemeenen nutte wil besteden of hij dan wel andere rechtspersonen, die hetzelfde doel nastreven, dit vermogen verkrijgen?

Wanneer het goede doel maar bereikt wordt.

Is soms het Vondelpark minder nuttig omdat niet de gemeente Amsterdam eigenaresse is? Werken de hofjes in de XVIIde eeuw in de Hollandsche steden allerwege gesticht, thans minder goed dan wanneer zij aan publiekrechtelijke lichamen behoorden en bij het verleenen der praebenden wellicht schaamtelooze protectie van partijgenooten den doorslag zou geven?

Hoe zijn de tijden veranderd!

De toch zoo eenvoudige waarheid, dat particulieren in den regel met geringer middelen beter resultaten bereiken dan de Staat, een waarheid waaraan men ten tijde der heerschappij van het Manchesterdom niet mocht twijfelen, mag men thans nauwelijks uiten.

De miskenning waaraan de Staat van de zijde der „populaire economie" heeft bloot gestaan is veranderd in eene niet minder oppervlakkige overschatting. En waar er wellicht nimmer een tijd heeft bestaan waarin men het met de verplichting der onderdanen tot trouw aan de overheid minder nauw nam dan thans, wil men terzelfder tijd aan die overheid rechten schenken die, waar deze zich die aanmatigde, steeds tot misbruik hebben geleid.

Dan gaf waarlijk Karel de Groote blijk van een juister inzicht te hebben in het karakter van den mensch, wanneer hij in een zijner capitularia den eisch stelt, dat hij, die trouw beloofde gedurende zijn leven die belofte moest houden maar tevens voorschreef (1): quod nullus

(1) Capitularia ed. Boretius I, blz. 172.

seniorem suum dimittat, excepto si eum vult occidere aut cum baculo caedere vel uxorem aut filiam maculare seu hereditatem ei tollere.

Dit hereditatem ei tollere is wat in de grond der zaak de heer TREUB en zijn medestanders beoogen, maar dat men dit niet behoeft te dulden, dat men dit niet behoeft te verdragen, leerde reeds voor meer dan elf eeuwen de grootste heerscher dien het Germaansche ras ooit heeft gekend.

Januari 1919. SEGERS.

Rechtspraak in crisiszaken. — Commentaar op de wet tot instelling eener bijzondere rechtspraak in distributie- en andere crisiszaken, met den daarbij behoorenden algemeenen maatregel van bestuur en de jurisprudentie door Mrs. H. Blaupot ten Cate, M. Oppenheimer en J. Ph. Suijling, uitgever N. Samsom, te Alphen, 1919.

Heeft de samenstelling van dezen commentaar door drie schrijvers onmiskenbaar geleid tot overbodige herhaling op verschillende punten en tot tegenspraak op enkele andere, dit voordeel heeft zij in ieder geval gehad, dat zeer spoedig na de inwerkingtreding van de crisisrechtspraak op 16 December 1918 voor rechtzoekenden en rechtsprekenden een leiddraad voorhanden was.

Terecht hebben de schrijvers het materieele crisisrecht buiten hun bemoeiïng gelaten: de buitengewone omvang daarvan zoude, zelfs indien de medewerking van nog meerderen ware gevraagd, een sta-in-den-weg voor spoedige verschijning zijn geweest.

In eene reeks van elf hoofdstukken wordt, na een overzicht van de totstandkoming der wet, het formeele crisisrecht van alle zijden belicht en herbelicht; als deel van de administratieve rechtspraak wordt hare plaats omschreven tegenover de rechtspraak in burgerlijke en strafzaken; bij ieder onderdeel worden de algemeene leerstukken van de publiekrechtelijke rechtspraak uiteengezet om aan te toonen hoe zuiver deze crisis-rechtspraak is opgezet: zelfs de stijl herinnert op menige bladzijde

aan de uitnemende Memorie van Toelichting op het ontwerp-wetboek van Administratieve Rechtsvordering.

Ter vergemakkelijking van de studie zijn onder de bijlagen opgenomen de tekst van de wet van 26 Juli 1918 en die deelen der Beroepswet, welke, voorzoover daarvan niet is afgeweken, overeenkomstige toepassing vinden, alsmede eenige algemeene maatregelen ter uitvoering dezer wet.

De methode door de schrijvers gevolgd, zal niet hen bevredigen die den commentaar opslaan om op een of ander artikel van crisis-wet of crisis-reglement in een ommezien geholpen te worden: daarentegen bood zij gelegenheid tot een wetenschappelijke uiteenzetting van een groot aantal leerstukken, waardoor de minder haastig zoekende zich ruimschoots beloond zal achten.

Hij zal dan echter stuiten op de bovenaangeduide bezwaren.

Vooreerst wat de overbodige herhaling betreft.

In § 3 van Hoofdstuk II wordt de stelling opgezet dat deze nieuwe tak van rechtsbedeeling de eigenaardigheid vertoont dat zij in principe algemeen is. Het beroep tegen het optreden der crisisorganen is niet beperkt. Somt de Ongevallenwet 1901, de Invaliditeitswet, de wet op de Inkomstenbelasting de gevallen op, waarin beroep mogelijk is op den rechter, bij de crisis-rechtspraak heeft de wetgever uitgesproken dat de geheele gestie der crisisorganen aan rechterlijk toezicht is onderworpen. De strijd tusschen de algemeene formule en de enumeratie is beslecht ten gunste van de eerste.

Volkomen overbodig wordt dit nu nog eens, zij het in andere bewoordingen, in § 11 van Hoofdstuk V betoogd.

Een ander voorbeeld. In § 2 van Hoofdstuk VI wordt herinnerd aan de constante jurisprudentie van den Hoogen Raad dat artikel 1401 B. W. niet ziet op onwettige be-

sluiten, die enkel door het publiek recht beschermde belangen aantasten. Alleen indien de eigendom of een ander subjectief privaatrecht (of eer, lijf of leven, artt. 1406 vlg. B. W.) geschonden is, heeft men recht op betering van de berokkende schade.

In § 6 van Hoofdstuk IX wordt dit nu nog eens medegedeeld en uitgewerkt.

Een inniger samenwerking der drie auteurs zoude een dergelijke herhaling hebben kunnen voorkomen.

Bedenkelijker is het tweede gesignaleerde euvel: de tegenspraak op punten van eminent belang.

Bij de bespreking in § 1 van Hoofdstuk IV van artikel 11 lid 2, Reglement voor distributie-zaken, wordt uitgegaan van de onderstelling dat de burgerlijke rechter, ter zake van een onrechtmatige daad van een crisisorgaan, overeenkomstig artikel 1401 B. W. tot schadevergoeding veroordeelt.

Doch een andere medewerker komt in § 3 van Hoofdstuk IX na een belangwekkend betoog tot de slotsom, dat het aan den distributierechter toekomt te oordeelen over de weigering van eene vergoeding, verschuldigd ter zake van eene onrechtmatige daad, die in de uitvoering van de door artikel 1, Wet van 26 Juli 1918 bedoelde crisis-voorschriften wordt gepleegd. Art. 1 der Wet laat den distributierechter dus voortaan doen wat tot heden art. 2 R. O. den burgerlijken rechter liet verrichten.

Een tweede geval. In § 2 van Hoofdstuk VI leest men de gratuite bewering dat indien een klager den ambtenaar, die tot eene inbezitneming ingevolge artikel 9 Distributiewet 1916 overging, in de uitoefening van zijn taak heeft belemmerd omdat de wettelijke voorwaarden voor diens optreden zijns inziens niet waren vervuld, het vonnis van den distributierechter, waarbij de juistheid van deze opvatting wordt erkend, ook den strafrechter bindt.

Doch § 5 van Hoofdstuk IX met het opschrift: „onvereenigbare gewijsden" gaat juist uit van de leer dat de burgerlijke, de administratieve en de strafrechter zich elk vrij op verschillend gebied bewegen, dat het voor kan komen dat de strafrechter b.v. een vervoerder van rechtsvervolging ontslaat omdat het vervoerverbod niet op de vervoerde voorwerpen ziet, terwijl de distributierechter daarentegen verklaart dat den vervoerder ter zake van datzelfde vervoer terecht eene administratieve schadeloosstelling is opgelegd.

In een commentaar maken dergelijke tegenspraken een verbluffenden indruk: beter ware het geweest indien de schrijver van Hoofdstuk IX de met zijne inzichten strijdende stellingen uit andere hoofdstukken had doen lichten.

Volgt uit het bovenstaande dat de commentaar met zekere omzichtigheid moet worden gebruikt en de pleitbezorger, die zich op een uitspraak van dit werk beroept, de kans loopt door zijn confrère met een uitspraak in tegengestelden zin uit hetzelfde werk te worden beantwoord, dit alles neemt niet weg, dat menige verhandeling door haar soberen logischen bouw overtuigende kracht bezit, en niet zal nalaten invloed op de toekomstige rechtspraak in crisis-zaken uit te oefenen. Dat dit blijke uit de bewerking der jurisprudentie, welke de schrijvers in uitzicht stellen.

Utrecht, Maart 1919 D. A. P. N. Koolen

De internationaalrechtelijke betrekkingen tusschen Nederland en Japan (1605 — *heden*). Proefschrift van E. N. VAN KLEFFENS, Candidaat voor den consulairen dienst.

Bij de bespreking, in n°. 3 van den jaargang 1918 van dit tijdschrift, der dissertatie van J. A. NEDERBRAGT „Pénétration pacifique" in China werd opgemerkt dat „die arbeid eene belangrijke bijdrage vormt voor de kwestie van den groei van Japan tot de mogendheid van den eersten rang, welke het nu is".

Sedert dien heeft de reeks van gebeurtenissen van wereldhistorische beteekenis, welke wij sedert Augustus 1914 beleven, zich vermenigvuldigd door de inéénstorting der macht van de Duitsche, Oostenrijk-Hongaarsche en Turksche Rijken en door alle daaraan verbonden gevolgen.

De Mogendheden van den eersten rang zijn thans beperkt tot drie. Of, wil men het anders: evenals uit de Dreadnoughts voortkwamen de Superdreadnoughts, evenzoo is van de vroegere groote Mogendheden, sedert den oorlog, een drietal zoodanig op den voorgrond getreden dat elk dezer Rijken zich, met recht, beschouwen kan als primus inter pares.

Tot die trits behoort Japan. Waarlijk, men kan versteld staan over de werkzaamheid, de geestkracht, het handig staatkundig beleid, de vooruitziende diplomatie, welke deze Aziatische Mogendheid hebben gekenmerkt en in staat gesteld zich aldus, in een minimum van tijd, op te werken uit den staat van hermiet tot dien van hegemoon over een zeer belangrijk en uitgestrekt gedeelte der wereld; zich te verheffen tot een Rijk, welks

economische toestand nà den oorlog, door zijn Minister van Financiën onlangs kon worden samengevat in de verklaring dat in de nijverheid wordt aangewend een som van vijf milliard yen, dat de bankdeposito's in vier jaren tijds zijn gestegen van ruim twee milliard tot 6300 millioen, dat zijne creditsaldi in het buitenland 2780 millioen bedragen, de bankreserve vermeerderde van 350 millioen yen in 1914 tot 1580 en dat de handelsomzet het bedrag van tien milliard (uitvoer 5610, invoer 4150 milliard yen) begint te naderen.

„Versteld" en zelfs ontsteld misschien. Immers, terwijl allerwege in de Westersche wereld wordt gestreefd naar bestuursdecentralisatie, naar verwazing der zeggingsmacht, naar vernietiging van autoriteit, naar ondermijning van gezag, zien wij dáár, aan de andere zijde van den aardbol, nog steeds afgodische vereering van, onvoorwaardelijke onderwerping aan den wil van één persoon: dien van den Mikado, die regeert — weinig gebreideld door volkswil, omringd door wèl knappe raadslieden, maar onder wie toch geen enkel genie heeft uitgeblonken of nòg schittert — met een resultaat als dat, waarvan wij getuigen zijn, opleverende stof tot nadenken in elke richting, wellicht nog het meest in die der vraag wat er, met onze „democratie", moet worden van het Westen, van Europa.

Het wel en wee van ons land is, in de tegenwoordige omstandigheden, in niet geringe mate, afhankelijk, met het oog op de Aziatische koloniën, van hetgeen in het Verre Oosten staat te gebeuren. Begrijpelijk is het dus dat hier te lande zich gaandeweg — het geschiedde niet te vroeg! — zich ontwikkelt eene levendige belangstelling voor den Stillen Oceaan, voor zijne Oost-Aziatische kusten, in het bijzonder voor „de kwestie van den groei van Japan tot de Mogendheid van den eersten rang,

welke het nu is". Niet weinig verblijdend is het dan ook dat wij het aantal geschriften over dit onderwerp of althans daarmede in verband staande zien vermeerderen; geschriften van goed allooi, van meer dan alledaagsche degelijkheid.

In zijn proefschrift, den 16en Januari l.l. te Leiden verdedigd, behandelt de heer E. N. VAN KLEFFENS, candidaat voor den consulairen dienst, „de internationaalrechtelijke betrekkingen tusschen Nederland en Japan".

Die betrekkingen dagteekenen van den aanvang der 17e eeuw en waren, gelijk in de „Inleiding" wordt aangeteekend „steeds van vreedzamen aard; slechts tegen een vazal van den leenstaat Japan moest (door ons) in 1863—'64 geweld worden gebruikt". Onze verdragen met dat land zijn „allen gericht op het bevorderen van een vriendschappelijk verkeer tusschen beide volkeren". Wij kunnen er geen weerstand aan bieden ook bij deze gelegenheid uiting te geven aan den oprechten wensch dat het ook nooit in de toekomst anders moge zijn. Te verwachten is dat hoe meer de beide volken elkander, in de verhoudingen van den modernen tijd, zullen leeren kennen, hoe meer zij elkander zullen weten te waardeeren. Juist omdat het hier besproken proefschrift weder zal bijdragen tot vermeerdering van onze kennis in het bijzonder van datgene wat wij, in den loop der eeuwen, te zamen met Japan hebben doorgemaakt, komt de aanbeveling aan ons publiek om zijnen inhoud niet ongelezen te laten ons voor een taak te zijn, welke gaarne werd aanvaard.

In 1600 landden onze voorvaderen voor het eerst in Japan. Schogoen was toen IEYASOE, de stichter der Tokugawa-dynastie. Vijf jaren later gaf hij den Hollanders den eersten „handelspas": de vergunning om in het Rijk Nippon te komen en er te verkeeren. In den zomer

van 1609 krijgt de O.-I. Compagnie van dien Schogoen een tweeden pas: een vrijbrief, geldende van dat jaar tot 1611 en, zooals de schrijver het stuk noemt, „eene juridische antiquiteit onder de regelingen van het vreedzame verkeer der natiën" (blz. 15). Tegelijkertijd beantwoordt de Schogoen, door tusschenkomst van JAKOB GROENEWEGEN, eene missive van Prins MAURITS. Deze bescheiden bevestigen en breiden uit onze — al zij het niet zeer scherp omlijnde en hechte — rechten. Door den Schogoen HITEDADA, opvolger van IEYASOE, werd de reeds in 1611 verlengde pas, in 1617, hernieuwd en, krachtens dit document, dreven wij handel met Japan tot in 1855, aldus eene uitzondering vormende op de afsluitingspolitiek, welke DAI NIPPON tegenover elke andere natie volgde.

Zoodra de Stille Oceaan ophoudt te zijn de wereldzee van geheimzinnigheid, van overlevering, van avontuur, kan ook Japan zijne afzondering niet handhaven.

De Amerikaansche schout-bij-nacht PERRY stelt, den 8sten Juli 1853, van boord van het vóór Uraga bij Yedo (Tokio) liggend smaldeel, zijne eischen. Geopend wordt aldus voor Japan een overgangstijdperk, hetwelk ten opzichte zijner rechtsbetrekkingen met Nederland valt tusschen 1854 en 1858. Dit tijdperk wordt behandeld in Hoofdstuk II van des heeren VAN KLEFFENS' werk. Daarin wordt aangetoond — eene geenszins overbodige taak tegenover de, door buitenlanders tegen ons dikwijls, althans gedurende mijn verblijf in het Verre Oosten, volgehouden, beschuldiging — dat wij niet hebben getracht onzen alleenhandel in Japan te behouden, dat wij niet beproefden het land langer dicht te laten dan noodig was, m. a. w. dan het zelf wilde. De Vereenigde Staten riepen onze tusschenkomst in ten behoeve van hun „amicable visit to the Japanese islands". Terwijl wij aan dat verzoek

gevolg hebben gegeven, heerscht desondanks in het Verre Oosten eene verkeerde meening te dezen aanzien. Zij zal wel voortspruiten o. a. uit de door VAN KLEFFENS (blz. 37) aangehaalde zinsnede uit MOSMANN'S „New Japan, the Land of the Rising Sun", luidende: „when the Dutch heard of the proposed American expedition, they saw that their days of monopolizing foreign trade in Japan, were numbered. With a view to make the best of the situation, their diplomatists made advances to the United States' Government, proffering their good offices in assisting to conclude a treaty with Japan, upon a mutually advantageous basis. This doubtful offer was politely declined by the Americans, who resolved to go single handed into the venture". De slechts eenigszins ingelichte Nederlander zal daarbij niet anders kunnen doen als denken aan het „Et voila comment on écrit l'histoire!" Dat Mr. DONKER CURTIUS, ons opperhoofd te Deschima, wien alras de rang van „Nederlandsch Commissaris in Japan" werd verleend, instructie kreeg om, zoo mogelijk, een deugdelijk verdrag te sluiten en te zorgen dat wij daarbij zouden worden behandeld op den voet der meest begunstigde natie, kan niemand verwondering en nog veel minder aanstoot geven. Zoo wordt ons ook onrecht aangedaan door het bekende werk van I. H. GUBBINS „The progress of Japan", waar deze zegt dat de additioneele artikelen van onze overeenkomst van 30 Januari 1850, waarmede zoowel de Vereenigde Staten, Engeland alsmede Rusland hun voordeel deden, „gave to Dutch relations in Japan for the first time more of the character, which distinguished those of other Powers". Immers, wat door ons, ten opzichte van het handelsverkeer in het bijzonder, werd verkregen, was meer dan door Japan aan die Mogendheden was toegestaan. Terwijl mij overigens, van vreemde zijde, meer dan eens is in de ooren gebeten dat

onze voorvaderen op Deschima, ten einde aldaar te mogen blijven, zich zouden hebben schuldig gemaakt aan het beeldtrappen, hetgeen intusschen, gelijk meer en meer blijkt, niet van hen geëischt werd, weet het tegenwoordig geslacht in het buitenland weinig van de wijze, waarop wij de leermeesters van Japan waren, o.a. op het gebied van geneeskunde, veeartsenijkunde, zeevaart en mijnbouw.

De nieuwe tijd van ons eeuwenoud verkeer met Japan vangt aan met het, den 18den Augustus 1858 te Yedo gesloten en nog in de Nederlandsche taal gestelde, traktaat van vriendschap en koophandel. Dit „met zijne latere wijzigingen" en de twee andere tusschen Japan en ons, n.l. de verdragen van 8 September 1896 „en wat er bij behoort", alsmede van 6 Juli 1912 „en de overige thans tusschen Nederland en Japan bestaande rechtsbanden", vormen den hoofdschotel van het proefschrift des heeren Van Kleffens.

Bij het aanduiden daar straks van den geweldigen vooruitgang, welken Japan gedurende nauwelijks een menschenleeftijd heeft gemaakt, ging de gedachte naar de jaren toen de Westersche Mogendheden dat land nog niet beschouwden als, gelijk Prof. Van Eysinga het in zijne „Nederlandsche Traktaten" noemt, „de plein exercice", als een Rijk, tegenover hetwelk het wederkeerigheidsbeginsel wordt veronachtzaamd; waar de eigene, er vertoevende, onderdanen aan de gewone rechtsmacht niet onderworpen zijn. Hoe ver zijn wij thans daarvan af!

Van Kleffens, herinnerende aan de Turksche capitulatiën der 16e eeuw, gaat na hoe Japan, in den nieuweren tijd, in internationaalrechtelijk opzicht, zich naar boven werkt. Met China, Siam en eenige andere vroeger min of meer onafhankelijke Oostersche Staten, behoorde het tot de oudere groep der „Opendeurlanden", Staten van het noli me tangere, welke, als de oesterschelp, moesten

worden opengemaakt, ten einde aan de „Traktaat-Mogendheden" — de Hollandsche uitdrukking is gangbaar; er is dus geen reden voortdurend de woorden „Treaty Powers" te bezigen, zooals VAN KLEFFENS doet — de gelegenheid te geven om elke voor zich, i. e. niet collectief, een verdrag tot stand te brengen zonder wederkeerigheid, zonder opzeggingstermijn, met exterritorialiteit, met vrijstelling der meeste belastingen voor hunne geadministreerden en met beding van gunstige behandeling hunner handelswaren. Aan het „Opendeurland" werd dan het recht gelaten om slechts enkele plaatsen voor het handelsverkeer open te stellen. Zoo wordt, bij ons tractaat met Japan van 1858 (Bijlage VI van het Proefschrift), verklaard dat, behalve Nagasaki en Hakodate, de havens van Kanagawa (het tegenwoordige Yokohama) en Hiogo (het tegenwoordige Kobe) daartoe beschikbaar zijn. Nog in 1873 sloot Japan een dergelijk bedrag met Peru.

Daarna echter duurde het niet lang meer of de Japansche natie gevoelde den knellenden band, besefte dat het servituut niet was overeen te brengen met hare ontluikende waardigheidsgedachte. Zij weerde zich, worstelde, toonde zelfeerbied aan te kweeken, liet de tanden zien bij gelegenheid. In een noot op blz. 125 vermeldt VAN KLEFFENS, verwijzende naar het degelijke werk van SENGA TSURUTARO „Gestaltung und Kritik der heutigen Konsulargerichtsbarkeit in Japan" het geval van Portugal, dat, blijkbaar uit zuinigheid, geen consulaire rechtsmacht in Japan had gevestigd. Toen de Japanners te vergeefs hadden aangedrongen op de nakoming dezer verplichting, werd bij Keizerlijke beschikking van 14 Juli 1892 „het artikel over consulaire rechtspraak uit het Verdrag met Portugal geschrapt, een merkwaardig voorbeeld van vernietiging eener traktaatsbepaling wegens

wanpraestatie van één der partijen, bij gebrek aan een boven de partijen staand rechtsgezag door de andere uitgesproken".

Bijna was ook ons iets dergelijks overkomen. De Nederlandsche consulaire ambtenaren in Japan oefenden rechtsmacht uit zonder daartoe bevoegd te zijn, althans dit was de meening van velen. Onze „Consulaire wet" van 1871 liet dertien jaar op zich wachten tot niet gering ongerief van de belanghebbenden; en, toen deze wet dan eindelijk tot stand kwam, waren het onbezoldigde consulaire ambtenaren, die de wet moesten toepassen. Wat daarvan de gevolgen zijn, weet elk ingewijde, en, indien de meening verkondigd door den bovengenoemden Japanschen rechtsgeleerde TSURUTARO SENGA, dat n.l. een rechtsprekend consul alleen een consul missus kan zijn door onzen schrijver „ook theoretisch onhoudbaar" geacht wordt, dan zouden wij willen opmerken dat in elk geval de praktijk den Japanner in het gelijk heeft gesteld. Van een consul electus, meestal koopman, vaak niet-Nederlander, moet, mag niet verwacht worden dat hij in staat zal zijn volgens de Nederlandsche wet behoorlijk recht te spreken. Waar dit te eeniger tijd wèl het geval mocht geweest zijn, had men inderdaad te doen met eene rara avis.

Gedurende den aanvang der negentiger jaren, trok Japan, dat in 1888 met Mexico een verdrag had gesloten, hetwelk in meer dan één opzicht aan zijne toenmalige wenschen tegemoet kwam, voordeel van de in Engeland steeds vermeerderende vrees voor Rusland. In 1894 kwam een nieuw Anglo-Japansch traktaat tot stand. Vrijwel als model dienende voor de met andere Mogendheden in dien tijd gesloten verdragen, erkende het Japan, zonder het nochtans voor een tijdperk van twaalf jaren algeheele vrijheid van handelen te laten, als gelijkwaardigen Staat, met

het natuurlijk gevolg dat het geheele land thans voor den buitenlandschen handel ontsloten werd. Aan het eind der onderwerpelijke paragraaf (blz. 94) vestigt de schrijver terecht de aandacht van onzen koopmansstand op de minder gunstige voorwaarden, welke in 1923 het handelsverkeer tusschen Japan eenerzijds en Nederlandsch-Indië en Nederland aan den anderen kant zullen beheerschen.

Noodzakelijke beperking doet ons voor de uitvoerige beschouwingen des schrijvers over het door Nederland met Japan in 1912 gesloten handelsverdrag verwijzen naar het boek zelf. De feiten, welke de kern dier beschouwingen vormen, liggen nog vrij wel versch in het geheugen.

De onderhavige arbeid wordt besloten met het overzicht der Schimonoseki-Conventie van 1864, van de collectieve verdragen, welke voor Nederland en Japan beide gelden, met eenige opmerkingen verband houdende met de wederzijdsche diplomatieke en consulaire vertegenwoordiging en met den tekst van een aantal ambtelijke stukken.

De bronnen, waaruit voor een dergelijk onderwerp kan worden geput, zijn in onzen tijd overtalrijk. Verstandig kiezend, heeft de doctorandus een groote hoeveelheid van dat materiaal geraadpleegd, verwerkt en weergegeven in zulk een stijl, dat de lezing van zijn omvangrijk opstel geen inspanning vereischt, veeleer gerekend mag worden tot nuttige, verpoozing verschaffende, lectuur.

F. M. Knobel

De Schelde-beslommeringen

Mr. J. A. van Hamel te Amsterdam heeft zijne beschouwingen over het Schelde-vraagstuk, verschenen in het *Tijdschrift voor Geschiedenis, Land- en Volkenkunde*, thans in brochure-vorm het licht doen zien.

De lezer die het geschrift ter hand neemt om eene definitieve oplossing van het vraagstuk te vinden, wordt terstond tegen teleurstelling gewaarschuwd, die hem wellicht na beëindiging der lezing te wachten staat. De schrijver stelt voorop, dat eene absoluut goede oplossing practisch niet is te geven, terwijl het probleem zelf in een aantal uit de geschiedenis gegroeide denkbeelden is verward. De schrijver stelt het zich tot taak om aan de hand van de historie het ontstaan van die denkbeelden aan te toonen, hetgeen hij doet op beknopte en duidelijke wijze zonder in bijzonderheden af te dalen.

Hij wijst er op, hoe de Schelde-kwestie tusschen Noord- en Zuid-Nederland eenen staatkundigen en eenen economischen kant heeft en geeft dan een historisch overzicht hoe Zeeuwsch-Vlaanderen deel heeft uitgemaakt van ons land en een waarborg is voor de veiligheid van Noord-Nederland, zoodat in afscheiding van dat gewest van ons land de oplossing van het vraagstuk niet kan gevonden worden. Vervolgens schetst hij de door ons op de Schelde ten opzichte van de Zuidelijke Nederlanden gevoerde economische politiek, welke zooveel heeft bijgedragen om België met wantrouwen tegen ons te vervullen en die thans nog grievend wordt gevoeld, niettegenstaande men kan zeggen, dat sedert den afkoop van den Schelde-tol in

1863, en de daarop gevolgde overeenkomsten omtrent de bevaarmaking enz., op economisch gebied geen Scheldekwestie meer bestaat. De sinds de zestiende eeuw in dit opzicht gerezen moeilijkheden zijn in de negentiende eeuw uit den weg geruimd en wel doordat aan België, onder behoud van de Nederlandsche souvereiniteit, het vrije medegenot van de rivier is gegeven.

Maar in staatkundig opzicht is de onbetwiste oplossing nog niet gevonden. De schrijver zet uiteen welke die moeilijkheden in den loop der tijden waren en welke nieuwe in het begin dezer eeuw zijn ontstaan door de vraag, hoe het bij een overval van België met de vaart op de Schelde zal gaan. De daaromtrent uiteenloopende meeningen, die haren grond vinden in de politiek tegenstrijdige Nederlandsche en Belgische belangen, worden kortelijk uiteengezet.

Eene afzonderlijke paragraaf wordt gewijd aan de in het buitenland ontstane beweging tegen den fortenbouw te Vlissingen. Ook hier, op staatkundig gebied, evenals ten opzichte van onze economische politiek het geval is, zijn misvattingen geboren, die voor ons eene oplossing van het vraagstuk niet gemakkelijk maken.

Ten slotte stelt de schrijver nog eens vast: 1° dat van eenige beperking door Noord-Nederland van de Schelde als vreedzamen handelsweg, sinds langen tijd niet de geringste sprake meer is; 2° dat sluiting van den Scheldeweg voor zeestrijdkrachten in oorlogstijd, voor het Nederlandsche volk de gewichtige nationale beteekenis heeft het eigen land buiten het conflict der strijdkrachten te houden.

De schrijver meent, dat de Schelde-kwestie na den oorlog waarschijnlijk onder de oogen gezien en behandeld zal moeten worden uit een oogpunt van internationale politie en internationale beveiliging. Ons land kan alléén

uit dit oogpunt, maar dan ook zeer wel, het vraagstuk in behandeling nemen; de kwestie is in elk geval niet eene uitsluitend Hollandsch-Belgische.

De slotsom van den schrijver is, dat evenals het Nederlandsche economisch egoïsme ten aanzien van de Schelde langzamerhand is verdwenen, evenzeer het strategische exclusivisme voor eene andere opvatting zal moeten plaats maken. Volgens hem — en daarmede zullen zeer velen het met hem eens zijn — is eene houdbare positie voor ons vaderland voor de toekomst alleen mogelijk in „bewuste en metterdaad bevorderde belangen-gemeenschap met Zuid-Nederland".

Intusschen, welke regeling er ook worde gevonden, zoo kan zij weinig anders zijn dan een compromis. De schrijver geeft dan als zijn gevoelen, dat daarbij zwakkelijke toegevendheid van ons zeker niet is te verwachten; Nederland moet en mag tegen sentimenteele zelfverwaarloozing op zijne hoede zijn. Maar dat het zich evenzeer heeft te hoeden voor het starre en kortzichtige gemis aan staatkundige soepelheid, dat zoo herhaaldelijk eene schaduwzijde van onze vaderlandsche staatkunde is geweest en waarvan wij bijv. zoowel bij den vrede van Utrecht, als in 1830—1839, juist ook naar aanleiding van de Belgische kwestie, steeds de onaangename gevolgen hebben gevoeld.

Hun die een inzicht willen krijgen in de moeilijkheden welke in het Scheldevraagstuk zijn gelegen, zij de lezing van dit geschrift warm aanbevolen. Zeer te loven valt het in den schrijver, dat hij zich van alle polemiek, waartoe de behandeling van zijn onderwerp zoo ruimschoots gelegenheid biedt, heeft weten te onthouden. Hij blijft steeds objectief en beziet de verschillende problemen van beide kanten. Men kan na lezing van de brochure niet nalaten den wensch uit te spreken,

dat zij ook over onze grenzen vele lezers moge vinden — en daarom in het Fransch worde vertaald —, hetgeen ongetwijfeld zal bijdragen om de vaak tegen ons in het buitenland bestaande, onaangename stemming weg te nemen. Dit kan niet anders dan ten goede komen aan alle bij het vraagstuk betrokkenen, in de eerste plaats aan ons eigen vaderland. En door die mogelijkheid te openen, heeft de schrijver een goed werk gedaan.

Z.

Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht door Prof. Mr. D. SIMONS, hoogleeraar te Utrecht. Tweede deel. Bijzondere strafbare feiten. Derde druk. Groningen, P. NOORDHOFF, 1918.

Dezer dagen verscheen een derde druk van bovengemeld werk. De eerste druk was van 1906, de tweede van 1911. De vorige druk telde 379, deze derde druk 434 bladzijden, een vrij belangrijke uitbreiding derhalve. Intusschen was vooral sinds 1914 de strafwetgeving met zeer vele wetten en bepalingen verrijkt — indien men ze altijd als een verrijking mag beschouwen — hetgeen Prof. SIMONS in verschillende gevallen, bijvoorbeeld van de Distributiewet, niet aanneemt. Gemelde hoogleeraar verdient dank van het rechtsgeleerde publiek voor zijn vrij lijvig werk, dat niet alleen aan de studenten in de rechtswetenschap goede diensten zal bewijzen maar ook aan de reeds gepromoveerden, die in verschillende betrekkingen en beroepen werkzaam zijn. Trouwens de hoogleeraar heeft reeds in zijn voorwoord bij den eersten druk gezegd, dat hij ook bij de bewerking van het tweede deel er naar heeft gestreefd het boek bruikbaar te maken èn voor de studie èn voor de praktijk tevens. En ik ben zeker de tolk te zijn van het algemeene gevoelen, dat hij ook bij dezen derden druk in dat streven ten volle is geslaagd. Het is een reuzenwerk geweest om uit die talrijke bijzondere wetten aan de hoofdbepalingen van het wetboek toe te voegen hetgeen vooral voor de praktijk belangrijk mag worden geacht.

SIMONS was zoo bescheiden in zijn laatste voorwoord het volgende te zeggen:

„Ik heb beproefd alle strafbepalingen, misdrijven betreffende, in het leerboek te behandelen. Mocht mij nog een enkele ontgaan zijn, dan moge dit worden verontschuldigd op grond van de veelheid en verscheidenheid. Onze wetgeving is niet voortvarend doch de strafwetgeving breidt zich steeds uit. Het omgekeerde ware vrij wat beter en mij veel liever".

Mijns inziens had hij in deze niet noodig zijn verontschuldigingen aan te bieden. Men zou eer kunnen beweren dat er te veel dan te weinig aan bijzondere wetten in dit leerboek is ontleend. Het is in allen gevalle te hopen, dat de professoren in het strafrecht bij de doctoraalexamens alleen die bepalingen zullen vragen, die in direct verband staan met bijzonder opmerkelijke strafbepalingen van het wetboek. Ik heb o. a. het oog op de aanvulling van art. 429 Swb. door de wet van 17 Juni 1918 (*Stbl.* n°. 395). Er wordt van het geheugen der studenten bij dat examen èn voor het privaat èn voor het staatsrecht èn voor het strafrecht zooveel gevergd, dat de vraag meer en meer op den voorgrond treedt, of de de Regeering niet wel zou doen een splitsing van dat examen in twee gedeelten te bevorderen, door een veel ruimer tijdsverloop gescheiden dan thans, behoudens zeer bijzondere uitzonderingen b.v. om gezondheidsredenen, op 14 dagen is bepaald. Ik ben innig overtuigd dat ook de wetenschap daardoor zou gebaat worden.

Aan het leerboek is een lijst toegevoegd van de artikelen van het strafwetboek en van de overige strafbepalingen in het leerboek behandeld, met aanduiding van de plaats waar. Die lijst bevat niet alleen de artikelen van het bijzondere deel (deel II), maar ook die van het algemeene deel (deel I). In afwijking van de vorige drukken heeft de Schrijver slechts de plaatsen vermeld, waar de artikelen bepaaldelijk behandeld worden. De verdere opgave

eek hem zonder veel nut. Die lijst verdient intusschen m. i. groote waardeering.

Het loont de moeite, als ik in hoofdzaak de uitbreidingen aanwijs voorkomende in den derden druk, vergeleken met den tweeden druk. Er is 1°. een aanhangsel, bevattende strafrechtelijke bepalingen in verband met de buitengewone tijdsomstandigheden. Daarin vindt men een aantal wetten opgenomen sinds het oorlogsjaar van 1914 met de redenen waarom zij, hoewel veelal een tijdelijk karakter hebbende, in het Leerboek zijn opgenomen. Het tijdelijke karakter toch kan nog van langen duur zijn. Men vindt het aanhangsel in § 168 van blz. 425—436.

In de tweede plaats komt achter de inhoudsopgaven een rubriek voor onder het opschrift „Aanvulling". Daarin komen vooreerst voor de invoegingen in art. 429 Swb. en de toevoegingen in de alinea's 3 en 4 en de strafverandering (hechtenis van ten hoogste 14 dagen of geldboete van ten hoogste honderd gulden in plaats van geldboete van ten hoogste vijf en twintig gulden). Het strafbare feit was, volgens alinea 1, of het afschieten van een vuurwapen of het ontsteken van een vuurwerk of het aanleggen van een vuur op zoo korten afstand van gebouwen of goederen dat daardoor brandgevaar kan ontstaan. Door de wet van 17 Juni 1918 is achter aanleggen gevoegd: „voeden of onderhouden". Voor de nieuwe alinea's verwijs ik naar het Leerboek.

Voorts wordt medegedeeld dat de strafbepalingen op blz. 279 vermeld ook zijn opgenomen in een aantal belastingwetten.

Mr. Simons geeft een systematische indeeling der strafbare feiten, afwijkende van de volgorde in het Swb. De hoofdverdeeling is drieledig: misdrijven en overtredingen tegen den bijzonderen persoon, misdrijven en overtredingen

tegen de maatschappij en misdrijven en overtredingen tegen de rechtsgoederen van den Staat. Onder die indeelingen komen een aantal daaronder te rangschikken strafbare feiten voor. Op den voorgrond staan de misdrijven tegen lijf, leven en gezondheid. Mr. SIMONS gebruikt voor eerstgenoemde het woord *ontlijving* conform een niet overgenomen voorstel van Prof. M. DE VRIES. In die classificatie is weinig verandering gekomen in den derden druk. Toch vindt men in de paragrafen 143*bis* en 157*bis* strafbare feiten bijgevoegd.

Onder de afdeeling: misdrijven betreffende de uitoefening van staatsburgerlijke rechten en plichten komen in de tweede plaats (bij den 2den druk) reeds voor de misdrijven bij en in verband met verkiezingen en daarna in den 3den druk: misdrijven in verband met belastingen. Dat betreft: onjuiste of onvolledige aangifte van de rijksbelastingen nl. art. 117 der wet op de inkomstenbelasting, art. 79 der wet op de oorlogswinstbelasting van 1916, art. 26 der wet tot heffing der verdedigingsbelasting en art. 40 der wet op de dividend- en tantièmebelasting van 1917.

§ 157*bis* houdt bepalingen in betreffende het niet voldoen aan verplichtingen volgens de Militiewet van 2 Februari 1912, (*Stbl.* n°. 21). In § 83*bis* komen de misdrijven voor in verband met het recht van den octrooihouder, in § 87*bis* het misdrijf van vischstrooperij.

Opmerking verdient dat Mr. SIMONS de verkiezingsmisdrijven rangschikt onder de misdrijven betreffende de uitoefening van staatsburgerlijke rechten en plichten. Men kan dat verdedigen en het is ook in overeenstemming met de indeeling in het Strafwetboek Het nieuwste ontwerp van een strafwetboek voor geheel Zwitserland van 1916 brengt ze onder de „*Vergehen gegen den Volkswillen*". Dat doet denken aan een uitspraak van den onlangs afgetreden minister

CORT VAN DER LINDEN, die zich met betrekking tot het resultaat der verkiezingen in 1913 beriep op den volkswil.

Onder deze rubriek moesten natuurlijk worden gebracht de bepalingen der jongste Kieswet, die den stemplicht invoerde. Evenzeer wordt melding gemaakt van bepalingen ten aanzien der verkiezingen voor andere lichamen, zooals de Kamers van Arbeid, krachtens de wet van 2 Mei 1897. Men vergelijke ook art. 92 der Radenwet en het daaromtrent medegedeelde.

De vele belastingwetten, die belastingovertredingen onder de misdrijven brengen, geven aanleiding tot bedenkelijke afwijkingen van een hoofdbeginsel van het Wetboek van Strafrecht, dat het systeem van het materieele feit alleen toelaat bij de gewone overtredingen in het 3de Boek. Hoogst bedenkelijk was derhalve de uiting van den minister van Financiën BERTLING in de Eerste Kamer: „Men heeft bij de belastingmisdrijven hier met voordacht de quaestie van schuld, nalatigheid en opzet buiten de wet gehouden." In de belastingwet van 31 December 1915 wordt alleen gesproken van het materieele feit; hij die eenig goed aanbiedt, hij is schuldig. Tegen die ook door Mr. SIMONS afgekeurde leer (1) is Mr. C. O. SEGERS (2) terecht met nadruk opgekomen. Hij gaf daaraan den naam van een bedenkelijk praecedent. Dit krachtig gemotiveerd protest wordt aangehaald bij SIMONS, deel II, 3de druk, blz. 427.

De Zegelwet van 22 Maart 1917, (*Stbl.* n°. 244), wordt door SIMONS vermeld onder de afdeeling: misdrijven betreffende zegels en merken. Deze uiterst fiscale wet geeft aanleiding tot zeer wonderbare en bedenkelijke toepassingen. Een daarvan, dezer dagen in Den Haag voorgekomen, wensch ik curiositeitshalve hier mede te

---

(1) Zie SIMONS, Deel I, 2de druk, blz. 133 vlg.

(2) T. v. S XXVII, blz. 44 vlg.

deelen. Aan een groot kantoor alhier was behoefte aan plakzegels. Men liet aan het zegelkantoor den 11den December een pak afhalen en ontving opgegomde plakzegels. Dit nu mocht volgens de wet en het daaruit voortvloeiend Koninklijk Besluit niet geschieden. Art. 5, 3de alinea der wet toch luidt: „De plakzegels mogen op geenerlei wijze onkenbaar gemaakt of beschadigd worden en moeten worden gebruikt op de wijze door ons te bepalen". En nu vindt men onder art. 12 van het Koninklijk Besluit van 4 April 1917, (*Stbl.* n°. 273), het volgende: „Het plakzegel met uitzondering van dat voor de zegeling in art. 75 der Zegelwet (1) van 1917 bedoelde stukken, wordt op het aan zegelrecht onderworpen stuk geheel en al vastgeplakt, gaaf en ongeschonden, zooals het vanwege het Rijk wordt uitgegeven en zonder dat papier of *eenige andere stof* tusschen het stuk en het zegel aanwezig zij". Als intusschen het plakzegel niet gegomd is, kan het niet gebruikt worden dan b. v. met stijfsel of een andere stof. Vanwege het bedoelde kantoor is dat medegedeeld aan het zegelkantoor en om andere plakzegels gevraagd. Het antwoord was, dat men die niet had. Derhalve wordt van regeeringswege tot wetsovertreding gedwongen. Het papier toch moet één zijn met het zegel en dat kan niet, als er papier of eenig andere stof tusschen beiden zich bevindt.

Op verschillende plaatsen van het leerboek worden bijvoegingen aangestipt. Wij kunnen die niet alle aangeven, zij behelzen hoofdzakelijk arresten van den Hoogen Raad en andere rechterlijke beslissingen na het uitkomen van den 2den druk. Belangrijk zijn o. a. de beslissingen

(1) Art. 75 der Zegelwet betreft het zegelrecht van nota's van makelaars en commissionnairs in effecten en andere bepaald genoemde personen.

naar aanleiding van art. 100 Swb. (het ontstaan van gevaar voor de onzijdigheid van den Staat door een opzettelijke handeling in tijd van oorlog). Het gold daar de vraag of het opzet moet slaan op het gevaar en de vraag of voorwaardelijk opzet toelaatbaar is. Van verschillende buitenlandsche wetgevingen en van een groot deel van de litteratuur is door den Schrijver melding gemaakt. Hier en daar b. v. bij art. 436 Swb. had dit meer kunnen zijn. De litteratuur betreffende de vraag der zoogenaamde vrije uitoefening der geneeskunde is wel vermeld door verwijzing naar een aanteekening op het artikel in Deel XXVI van het Tijdschrift voor Strafrecht maar van de latere litteratuur in dat Tijdschrift (1) is geen melding gemaakt. Ook had wel mogen worden vermeld de Staatscommissie in deze materie, op initiatief van den minister Cort van der Linden ingesteld, waarvan Mr. Simons zelf lid is in de juridische afdeeling. De opvattingen betreffende de toepassing van art. 436 Swb. zijn m. i. belangrijk genoeg om nadere aanstipping te rechtvaardigen. Over de classificatie der strafbare feiten is natuurlijk hier en daar verschil van gevoelen mogelijk. Zoo wordt m. i. ten onrechte het tweegevecht gebracht onder de strafbare feiten tegen leven, lijf en gezondheid, terwijl, daar tweegevecht reeds zonder eenig gevolg op zich zelf strafbaar is gesteld, het m. i. beter onder de misdrijven tegen de openbare orde geplaatst ware geweest.

Gelijk reeds is opgemerkt hebben wij intusschen hier te doen met een zoo belangrijke en van veelzijdige studie getuigend werk, dat opmerkingen, die bij ieder werk mogelijk zullen blijven, verdwijnen bij het groote nut daardoor teweeggebracht. De Schrijver verdient daarvoor

(1) Zie o. a. de aanteekeningen op art. 436 Swb. in Deel XXVIII.

een eeresaluut, die een collega hem uit volle overtuiging toebrengt. Zijn werk is èn ten hoogste leerzaam, streng wetenschappelijk èn van uitgebreid belang voor de rechtspraktijk. Het zal van blijvende waarde zijn, ook al wijzigen zich opvattingen en vormen. *Bene meruit de patria*

's-Gravenhage, December 1918.

Mr. J. Domela Nieuwenhuis

Wering van vreemden invloed uit nationale ondernemingen. Mr. RAPHAËL POLAK. — Amsterdam 1918 — 164 blz.

De vraag, of men maatregelen behoort te nemen om vreemde invloeden in een staat te weren en zoo ja, welke, is veelzijdig. Zij heeft een economischen, een politieken, een cosmopolitischen kant.

Zij, die op het cosmopolitische standpunt, het ultra, staan, die alle grenzen tusschen de volkeren, reeds thans en onmiddellijk, willen uitwisschen, achten natuurlijk dergelijke maatregelen uit den booze; hoe meer invloed van het eene volk op het andere hoe beter, al zou het laatste verdwijnen. Voor hen bestaat de vraag niet, evenmin trouwens voor hen, die voorstanders zijn van den Chineeschen muur.

Anders is het met degenen, die wel erkennen, dat vreemde invloeden gevaren voor een staat medebrengen, maar die toch niet blind zijn voor de voordeelen, welke men heeft van een ruim verkeer met, een toelating van den vreemdeling, waarmede nu eenmaal onvermijdelijk zekeren door dezen uit te oefenen invloed verbonden is. Zij zullen maatregelen wenschen om dien invloed binnen gepaste grenzen te houden, maar willen tevens zorgen, dat de voordeelen aan het vreemdelingenverkeer verbonden, zoo min mogelijk worden gemist. Hier de juiste scheidingslijn te vinden is niet gemakkelijk.

Dat aan vreemde invloeden gevaren verbonden zijn, wie, die op de onafhankelijkheid van zijn land prijs stelt, zal het bij de thans nog heerschende toestanden ontkennen? Staatkundige, zoowel als economische ge-

varen dreigen. Niet in de laatste plaats ontstaan deze door het uitoefenen van invloed door den vreemdeling op handel, verkeer, nijverheid van een land. De hieraan verbonden economische gevaren, door aantasting van de welvaart, als het dooden van concurrentie, het verkrijgen van leveranties, enz., liggen voor de hand, maar ook de politieke zijn als gevolg geenszins uitgesloten, want een land, dat economisch van een ander afhankelijk is, dient mede in zijn staatkunde met dat andere land rekening te houden.

En niet altijd is het gemakkelijk de toeneming van vreemden invloed op handel, nijverheid, verkeer waar te nemen, het gaat menigmaal ongemerkt, onder fraaie leuzen; dikwijls ondervindt de vreemdeling bij inwoners van het land, dat hij belaagt, steun, waarbij dezen vaak te goeder trouw zijn, al zal het persoonlijk belang nu en dan wel eens een woordje meespreken. Ook kan het voorkomen, dat de vreemdeling zelf, die zijne belangen in den vreemde behartigt, allerminst de bedoeling heeft die van het land te schaden, maar dat hij toch, als het oogenblik dáár is en zijn vaderland het van hem eischt, zich geheel ten dienste van het laatste stelt; vandaar het gevaar, gelegen in het binnendringen van vreemdelingen, die zich niet willen assimileeren aan de inwoners van het land, waar zij hun levensdoel vinden.

Dwaasheid ware 't echter de groote voordeelen, welke deelneming door den vreemdeling in de bedrijven van een land kunnen bieden, te onderschatten; zijn persoonlijke kennis en arbeid, zijn kapitaal, geven vaak nieuw leven, nieuwe kracht. Vooral geldt dit voor een klein land als het onze, met zijn aanzienlijk koloniaal bezit, zijn uitgebreide handel en scheepvaart. Het „gastvrij Nederland" heeft van de deugd zijner gastvrijheid niet zelden materieele baten geplukt. Zoo is ook de concur-

rentie van buitenlandsche waren met de inlandsche van belang; ze is een rem tegen het vormen van nationale trusts, tegen het kunstmatig opdrijven van prijzen ten nadeele van de verbruikers.

In den loop der eeuwen is, mede op het gebied van handel, verkeer en nijverheid, weinig vaste lijn te vinden in de vreemdelingenpolitiek der Staten van Europa; nu eens groote vrijheid, dan weer jarenlang beperking. Dit is niet te verwonderen, want de vreemdelingenpolitiek der landen staat natuurlijk sterk onder den invloed van hunne onderlinge staatkundige verhoudingen.

Zoo ziet men, als we de oudheid buiten beschouwing laten, in de middeleeuwen een benepen vreemdelingenpolitiek, zelfs tusschen de steden onderling, afgewisseld door den machtigen internationalen invloed van de Hanzesteden. Een mercantiel stelsel met zijn ingrijpende staatsbemoeiïng volgt, waarna meer algemeene broederschap ook op handelsgebied, zich doet gelden. Het continentaal stelsel, eigenlijk bedoeld als maatregel van oorlog, is hiervan de tegenhanger; de vrijheid breekt zich daarop weder baan, handelsverdragen met het beginsel der meestbegunstigde natie, — hiertegen vooral in deze eeuw, niet lang voor den oorlog, een opluikend verzet, vaak zeer krachtige maatregelen tegen vreemden invloed op handel en bedrijf. En nu, na den vrede zal Nederland zeker waakzaam moeten zijn; het zal met groote beslistheid, maar tevens met bezadigdheid moeten pal staan tegen buitenlandschen invloed ook op economisch gebied, want er is aanleiding om te verwachten, dat het neutraal gebleven land zal worden gebruikt ter herwinning van verloren relaties, van verdwenen macht.

Het is de verdienste van het hierboven vermelde werk van Mr. Raphaël Polak, eerst als proefschrift verschenen, maar weldra in tweeden druk uitgekomen, dat hij bij de

bespreking der maatregelen tot wering van vreemden invloed uit nationale ondernemingen, getracht heeft een brug te slaan tusschen het beginsel, dat bescherming eischt van de nationaliteit der vaderlandsche bronnen van welvaart en het beginsel van vrijheid van handel en bedrijf.

Schrijver houdt zich, na eene geschiedkundige inleiding, in het bijzonder bezig met de binnendringing van vreemden invloed in nationale naamlooze vennootschappen, en wel van dien invloed, welke daadwerkelijk is, de zoogenaamde actieve infiltratie. Tegenover deze actieve infiltratie — waarbij men kapitaals- en persoonlijken invloed kan onderscheiden, welke dikwijls zullen samengaan en waarvan de laatste veelal een gevolg is van de eerste — staat, de politiek veel minder gevaarlijke, passieve infiltratie, wier doel slechts is het verkrijgen van kapitaalwinsten.

De vennootschap, in de eerste plaats de naamlooze vennootschap met hare gemakkelijk verhandelbare aandeelen, is, het behoeft nauwelijks gezegd, een dankbaar veld voor vreemde actieve indringing en, indien deze geschiedt in bestaande ondernemingen en dan nog door tusschenpersonen, is zij menigmaal eerst kenbaar, als het te laat is. Zeer merkwaardige voorbeelden geeft de Schrijver van dergelijke Duitsche indringing in Frankrijk en hij wijst op het daarbij gebleken verschijnsel, dat die indringing gemeenlijk uitgaat van machtige lichamen in bedrijven, waarin de binnendringende groep in eigen land eene hooge volmaking heeft verkregen.

Om nu die indringing tegen te gaan, heeft men verschillende maatregelen bedacht, welke deels de ondernemingen zelve kunnen nemen, deels ten dienste staan van de regeering.

De particuliere maatregelen komen in het kort hierop neer:

1. Aandeelen op naam van nationalen, waarbij nog de

vervreemding van aandeelen kan worden bemoeilijkt, doordien voor de overschrijving goedkeuring van algemeene vergadering of bestuur noodig is.

2. Directie en commissarissen nationalen.

3. Directie en commissarissen door de algemeene vergadering te kiezen uit een bindende voordracht, hetzij van directie en commissarissen of van commissarissen alleen, hetzij van een gewoonlijk kleine groep van preferente aandeelhouders uit nationalen bestaande (de zgn. autocratische clausule).

4. Beperking van de algemeene vergadering in haar macht om aan directie en commissarissen ontslag te verleenen.

5. Noodzakelijkheid van goedkeuring van statutenwijzigingen en sommige belangrijke verrichtingen door uit nationalen bestaande preferente aandeelhouders.

6. Instelling van een „votingtrust", d.w.z. alle aandeelen worden in handen gegeven van eene kleine combinatie, die dus het stemrecht uitoefent, en die certificaten voor de aandeelen uitgeeft.

7. Oprichting van eene vennootschap met het doel de aandeelen der oorspronkelijke onderneming te verkrijgen, ten einde te verhinderen, dat ze in vreemde handen komen.

De regeeringsmaatregelen, welke wel is waar niet altijd genomen zijn ten einde vreemde indringing tegen te gaan, maar daaraan zeer goed dienstbaar kunnen zijn, vallen in een drietal categorieën:

a. Maatregelen, welke zullen gelden voor alle of wel voor bepaalde soort bedrijven. Voorbeelden van de laatste zijn die, waarbij het recht van vreemde vennootschappen op grondeigendom of op mijnen wordt verboden of beperkt, die welke voorschrijven, dat scheepvaartmaatschappijen om zeebrieven van den staat te erlangen aan zekere nationale eischen moeten voldoen, die welke aan buitenlandsche

levensverzekeringen bezwarende bepalingen opleggen, enz. Als voorbeelden van de eerste kunnen genoemd worden, instelling van een handelsregister met verplichte inschrijving van de nationaliteit van het bestuur, verder regeling der wetgeving op de naamlooze vennootschappen in dier voege, dat bijv. het bestuur uit nationalen moet bestaan, dat, al zijn de aandeelen volgestort, deze slechts onder zekere voorwaarden aan toonder mogen luiden en overigens alleen op naam van nationalen mogen staan. In het bijzonder in Frankrijk zijn door verschillende lichamen en personen maatregelen van laatstbedoelde soort aangeprezen.

b. Maatregelen, waardoor de staat zich mengt in eene bepaalde onderneming, als een circulatiebank, een mijn, een stoomvaartlijn, en zulks door bijv. een regeeringscommissaris of eenige leden van het bestuur te benoemen, of door te bepalen, dat het bestuur uit nationalen moet bestaan.

c. Actieve deelneming van den staat in zekere bedrijven, waarbij dan natuurlijk allerlei voorwaarden tot handhaving van de nationaliteit van het bedrijf gesteld kunnen worden, of verleening van het recht van naasting door den staat na zeker tijdsverloop.

Het is niet te verwonderen, dat Schrijver tal van deze maatregelen, waarvan meerdere ondoelmatig zijn en vele hun doel voorbijstreven, afkeurt. Zoo wijst hij met recht erop, hoe gemakkelijk de bepalingen, welke door de ondernemingen zelve genomen worden, door het gebruik van stroomannen kunnen worden ontdoken, waartoe immers ook nationalen zich kunnen leenen; hoe zelfs het geven van de macht in handen van weinigen het gevaar van denationaliseering eener vennootschap kan verhoogen, daar die weinigen gemakkelijk de vennootschap in handen van buitenlanders kunnen spelen; hoe knellend

die bepalingen kunnen wezen, vooral indien de statuten voorschrijven, dat hetgeen zij omtrent de benoeming van bestuurders inhouden niet gewijzigd kan worden.

Trouwens menigmaal is de maatregel slechts een mom om alle macht aan de algemeene vergadering te ontnemen, in het bijzonder leent zich daartoe de autocratische clausule, hierboven onder 3 genoemd.

Over die autocratische clausule nog een enkel woord. Schrijver acht haar niet in overeenstemming met art. 44, al. 1 W. v. K., bepalend, dat de vennootschap wordt beheerd door daartoe *door de vennooten aangestelde* bestuurders, immers dit sluit in zich volle vrijheid van de vennooten in hun recht van keuze, waarmede een bindende voordracht, door directie en commissarissen of door preferente aandeelhouders opgemaakt, strijdt. Men weet prof. STAR BUSMANN oordeelt in de Octoberaflevering 1918 van de *Vragen des Tijds* anders — men zie ook de polemiek tusschen den laatste en Mr. RAPHAËL POLAK in W. 10313 en 10317. Ik schaar mij aan de zijde van Mr. POLAK. Als de wet bepaalt, dat de vennooten de bestuurders „aanstellen", wil dit niet anders zeggen, dan dat de vennooten de bestuurders „kiezen"; wanneer nu de vennooten aan een voordracht zijn gebonden, is de keuze in de eerste en voornaamste plaats juist *niet* aan de vennooten, maar aan hen, die de voordracht opmaken, — de handeling van de vennooten is verder niet veel anders dan een schijnvertooning, in het bijzonder, indien de voordracht zóó is ingericht, dat slechts één der voorgedragenen de vereischte geschiktheid bezit. Prof. STAR BUSMANN vindt, dat in ieder geval een bindende voordracht van de preferente aandeelhouders geoorloofd is, want dan geschiedt de keuze toch door vennooten, daar ook de preferente aandeelhouders vennooten zijn. Zeker, maar de wet zegt, dat de keuze moet geschieden door „de

vennooten" en, indien men nu een aanzienlijke groep hiervan uitsluit, kan men toch moeilijk meer beweren, dat „de vennooten" kiezen. Daarbij komt, dat die preferente aandeelhouders dikwijls een zéér klein groepje vormen, Mr. Polak geeft een voorbeeld van een vennootschap, waarin 2 preferente aandeelhouders zijn, welk getal tot 1 kan slinken, wat blijft er nog over van eene keuze door de vennooten! En nu werpe men niet tegen, dat er toch ook naamlooze vennootschappen zijn, wier statuten eischen, dat men om te mogen kiezen eigenaar moet wezen van meerdere aandeelen, hetgeen algemeen toelaatbaar wordt geacht, want hier staat de zaak anders, omdat zij, die minder aandeelen hebben, dan het vereischte aantal, zich kunnen vereenigen; hier is m.a.w. geen groep geheel uitgesloten. Het is m.i. derhalve niet juist, dat het Departement van Justitie in 1914 is afgeweken van de te voren gevolgde praktijk om de goedkeuring aan statuten met de autocratische clausule te onthouden, waarbij ik echter opmerk, dat ik in zeer oude statuten de clausule eveneens heb aangetroffen.

Een andere vraag is natuurlijk, of het gewenscht is door wetswijziging de autocratische clausule toe te laten. Nog niet lang geleden gebeurde het, dat in het bestuur van een groote handelsonderneming een verkeerd element, dat daarin niet hoorde, zich na verwerving van de meerderheid der aandeelen wist in te dringen, hetgeen zeker te betreuren was, doch zoo iets doet zich slechts zelden voor. Erkend moet verder worden, dat eene algemeene vergadering van vele aandeelhouders, gewoonlijk niet op de hoogte van de belangen der zaak, niet bij uitstek geschikt is voor de keuze van de bestuurders, aan welk euvel echter voor een goed deel kan worden tegemoet gekomen door een niet bindende voordracht van directie en commissarissen of van preferente aandeelhouders. En

tegenover het geringe voordeel, dat de autocratische clausule misschien somtijds oplevert, staat het bezwaar, dat zij aan de machthebbers in de vennootschap een te grooten invloed geeft, zoodat dezen hun wil niet alleen tegen die van minderheid, maar zelfs tegen die van de meerderheid kunnen doordrijven. Men is naar mijne overtuiging op den verkeerden weg met al die autocratische clausules, want er zijn er meerdere; zoo trof ik onlangs aan, dat door de statutaire winstverdeeling van eene vennootschap gewoonweg een streep werd gehaald en bepaald, dat de winst, voor aandeelhouders bestemd, ter beoordeeling van directie en commissarissen, kan worden uitgekeerd of gereserveerd. Dit is geen ontwikkeling van de naamlooze vennootschap, maar een toegeven aan een ongezonde machtspolitiek, welke ongelukken ten gevolge kan hebben, indien de machthebbers eigen belang stellen boven dat der vennootschap en welke het publiek huiverig zullen maken in naamlooze vennootschappen deel te nemen.

Doelmatig voor het weren van vreemdelingen kan de onder 3 genoemde autocratische clausule zijn, indien erbij gevoegd wordt, dat de bestuurders nationalen moeten zijn, maar — alles hangt ook dàn af van de nationale gezindheid van hen, die de voordracht opmaken.

Wat de regeeringsmaatregelen tot wering van vreemden invloed aangaat, zijn die, welke op het gebied van het algemeene vennootschapsrecht liggen (hierboven onder *a* genoemd), te algemeen en daardoor onpractisch.

De oplossing moet, naar Schrijver, gevonden worden in deze richting, dat de staat ten opzichte van afzonderlijke ondernemingen maatregelen zal kunnen treffen, en dat van geval tot geval moet worden uitgemaakt, of de staat àl dan niet zal ingrijpen. Hiertoe is noodig de instelling van een, ook reeds door Mr. Treub aanbevolen, College

van Advies, dat de regeering in deze telkens van raad moet dienen.

Blijft de vraag, hoe de staat zal moeten ingrijpen; hier zal elk geval eveneens op zich zelf moeten worden beschouwd, in sommige bedrijven zal de staat daadwerkelijk kunnen deelnemen, bij andere zal volstaan kunnen worden met eene contrôle op het bestuur of de inwendige organisatie als onder *b* aangegeven. Indien eene vennootschap concessie van den staat noodig heeft — het aantal concessieplichtige bedrijven ware uit te breiden — of van den staat zekere voordeelen verkrijgt, zijn laatstbedoelde maatregelen, zoomede de naastingclausule, van welke een ruimer gebruik aanbeveling verdient, natuurlijk gemakkelijk als voorwaarden te bedingen; voor de andere gevallen zou men in het W. v. K. kunnen bepalen, dat bij sommige, bij Koninklijk besluit aan te wijzen ondernemingen, gehoord gemeld College, de benoeming van het bestuur aan zeker toezicht van de regeering onderworpen is.

Dat de door den Schrijver bij naamlooze vennootschappen aanbevolen maatregelen op dit gebied niet steeds en niet voor alle gevallen afdoende zijn, wordt door hem zelf erkend. Maar — afdoende maatregelen in deze zouden voor de welvaart wel eens verderfelijk kunnen blijken. Inderdaad geloof ik, dat Mr. Polak in zijn lezenswaardig boek wenken in de goede richting heeft gegeven en terecht heeft gewaarschuwd tegen maatregelen, dikwijls in de opwelling van het oogenblik genomen, welke veel verder reiken dan hun doel, of slechts in schijn baten. Het handelsregister met zijne verplichte publiciteit der nationaliteit, ook van bestuur en commissarissen eener naamlooze vennootschap, zal m. i. ongetwijfeld de wering van vreemde invloeden te stade komen.

Ten slotte nog dit: misschien zal men vragen, of het

wel goed is maatregelen te nemen, welke de volkeren weder scheiden; waarom de grenzen niet liever opengezet! Indien dit laatste kon geschieden zonder vrees voor vreemde overheersching, men zou het kunnen toejuichen; het is er echter verre van, dat dit het geval is. Ik herhaal: Nederland zal waakzaam moeten zijn tegen vreemden invloed, niet alleen en niet in de eerste plaats op het gebied der naamlooze vennootschap.

Amsterdam, 16 November 1918

G. Kirberger

Een algemeene Verteringsbelasting door Mr. Dr. E. VAN KETWICH VERSCHUUR. Groningen, P. NOORDHOFF, 1919. (f 0.60).

Onder de denkbeelden, die op het gebied der belastingwetenschap telkens weder opduiken met de regelmatigheid waarmede de zeeslang zich in den Oceaan vertoont behoort de „impot unique".

Meestal wordt hij verdedigd in den vorm van een progressieve inkomstenbelasting, soms in dien van een scherp progressieve vermogensbelasting en eigenaardig is het, dat de voorstanders na eene gewoonlijk te scherpe kritiek op het bestaande belastingstelsel ten eenenmale blind zijn voor de bezwaren, die aan de door hen aangeprezen belasting kleven. De waarheid, dat het tot dusverre nog niet gelukt is een belasting te heffen zonder ernstige gebreken en dat deze gebreken natuurlijk te scherper in het licht treden naarmate de belasting scherper treft — en dit moet zij in zeer sterke mate doen, waar de fiscus langzamerhand, evenals in het latere Romeinsche rijk een goed deel van het nationaal inkomen voor zich opeischt — blijft voor hen volkomen verborgen. En wanneer de Rotterdamsche oud-gemeente-ambtenaar C. F. SALOMONS in een in 1917 verschenen brochure de algemeene verteringsbelasting als „impot unique" aanprijst neemt hij, wat dit punt betreft, geheel hetzelfde standpunt in van vroegere voorstanders der „impot unique" en pleit hij feitelijk voor een „impot inique". Dit is jammer, want het denkbeeld eener verteringsbelasting is verre van verwerpelijk en wanneer wij er in de laatste

30 jaren in zijn geslaagd de inkomsten- en vermogensbelasting bij ons te importeeren, dan had ons belastingstelsel toch op het meesterwerk van VON MIQUEL voor, dat wij in de Personeele belasting een verteringsbelasting bezaten waarin de draagkracht der belastingplichtigen werd vastgesteld naar hunne verteringen, voor zooverre die zich openbaarden in de uitgaven die zij geacht werden te besteden voor hun gemeubelde woning — de grondslagen huurwaarde, haardsteden en mobilair — het houden van dienstboden, paarden, rijwielen en motorrijtuigen, welke laatste grondslagen met luxe-, althans met semi-luxe uitgaven verband houden.

Nu is de Personeele belasting door politici als wijlen Mr. GOEMAN BORGESIUS en zijn volgelingen steeds verfoeid maar tot afschaffing is het toch nooit gekomen, in de eerste plaats omdat men de opbrengst niet kon missen, maar toch hoogst waarschijnlijk ook voor een deel omdat het publiek terecht gevoelde, dat naast de inkomsten- en vermogensbelasting voor een heffing van de zich in vertering uitende draagkracht alleszins aanleiding was.

Intusschen zal bij een ieder, die ons belastingstelsel bestudeerde, wel eens de vraag zijn gerezen of het totaal der verteringen voor den belastingplichtige in een kalenderjaar toch nog niet een beter maatstaf opleverde voor de heffing dan de thans bestaande grondslagen. Immers wat men voor zijn gemeubelde woning uitgeeft is een som, die zeker verband houdt met de draagkracht, het vermogen om aan de Staat offers te brengen, maar, de ervaring leerde het, het was zeker geen maatstaf, die feilloos was.

Vandaar, dat de inkomstenbelasting, waar het inkomen tot maatstaf wordt genomen en welke als „de" belasting naar draagkracht werd aangeprezen hier steeds meerder populariteit genoot — wanneer van populariteit bij een

belasting sprake kan zijn — dan de bestaande personeele belasting, aan wie men deze eigenschap, zij het ook ten onrechte, ontzegde. Maar vandaar dan ook, dat hij, die gelijk Mr. VAN KETWICH VERSCHUUR met de bekende economisten ELSTER en PAUL MOMBERT (1) voor een algemeene verteringsbelasting gevoelt, alles behalve ingenomen is met een belastinghervormer als de heer SALOMONS.

Voegt men daarbij nu nog, dat deze niet alleen de algemeene verteringsbelasting als „impot unique" aanprijst, maar tevens betoogt „niet het vermogen om te betalen, „(de draagkracht), moet de maatstaf zijn voor elks aandeel „in de kosten der maatschappelijke huishouding, maar „het aandeel in de voordeelen die de huishouding oplevert", dan begrijpt men den toorn van den schrijver van bovenvermelde brochure, die de grootste helft van zijn geschrift bezigt tot bestrijding van den heer SALOMONS. Dat hij daarvoor gebruik maakt van argumenten ontleend aan het bekende Leerboek der Financiën van Mr. CORT VAN DER LINDEN maakt, al mogen sedert tal van nieuwe werken over de theorie der belastingen zijn verschenen, waar die argumenten juist en voldoende zijn, de bestrijding niet minder krachtig.

„Indien iets ertoe zou kunnen bijdragen om het denk-„beeld van een algemeene verteringsbelasting in discrediet „te brengen, dan zou het zijn een geschrift als dat van „den heer SALOMONS, dat van een zoo verwerpelijk be-„ginsel uitgaat en dientengevolge eene zoo averechtsche „toepassing van het denkbeeld als de juiste aangeeft. „Wij zouden het betreuren, daar voor ons de algemeene „verteringsbelasting veel aantrekkelijks heeft en hebben

(1) Zie Jahrbücher für National Ökonomie und Statistik. Band XXXXVI, en PAUL MOMBERT Eeine Verbrauchseinkommensteuer für das Reich als Ergänzung zur Vermögenszuwachssteuer.

„het daarom noodig geacht alle verwantschap met de „opvattingen van den heer SALOMONS bij voorbaat af te „wijzen."

Na deze breuk met den Rotterdamschen gemeente-ambtenaar volgt dan in zeven bladzijden de uiteenzetting van het eigen denkbeeld waaraan als bijlage is gevoegd een vier bladzijden tellende schets van een wetsontwerp, waarvan de schrijver mededeelt, dat het door hem na bespreking met den Minister van Financiën TREUB in Juni 1917 aan dezen is toegezonden, die het aan zijn departement heeft laten begraven, neen, sit venia lapsui calami, heeft laten bestudeeren.

Nu is het zonder twijfel een verdienste van den schrijver, dat hij in zulk een kort bestek zijn denkbeeld duidelijk heeft kunnen uiteenzetten. Wat hij wil is geene vervanging der bestaande personeele belasting, evenmin aanvulling daarvan met een nieuwen grondslag, maar een nieuwe daarnaast staande belasting van de vertering.

Daaronder is niêt te verstaan het totaal van iemand's verbruiksuitgaven in een kalenderjaar — het vaststellen van het bedrag der vertering langs directen weg zou, zoo wordt ons verzekerd, in de meeste gevallen niet mogelijk zijn, maar het batig saldo dat men vindt door iemands inkomsten — niet inkomen maar inkomsten — in zeker tijdperk te verminderen met het totaal der niet onder vertering te rangschikken uitgaven.

Onder „inkomsten" worden nu verstaan niet alleen het zuiver inkomen waarnaar iemand over hetzelfde belastingjaar in de inkomstenbelasting wordt aangeslagen, maar ook alles wat hij verkrijgt door schenking, krachtens erfenis of legaat, opbrengst van verkochte roerende of onroerende goederen, ter leen verlangen gelden, ja alles wat in geld of geldswaarden genoten wordt uit elken anderen hoofde, op welke wijze, krachtens welk recht of onder welke bena-

ming ook, voorzooverre het niet reeds in aanmerking is gebracht bij de berekening van het zuiver inkomen in de eerste plaats genoemd. Een enuntiatieve opnoeming dus waartegen dan staat, dat de opsomming der uitgaven, die in mindering gebracht mogen worden, limitatief is. Voornamelijk, niet uitsluitend, zijn daaronder te verstaan uitgaven, dienende tot belegging van gelden of, gelijk de schrijver zich uitdrukt, welke niet bestemd zijn voor onmiddellijke bevrediging van behoeften.

De aldus becijferde som is echter niet steeds belastbaar. Geen belasting is namelijk verschuldigd voor het bedrag der vertering dat niet te boven gaat: voor een niet tot een gezin behoorend persoon f 2000, voor het hoofd van een gezin van twee personen f 3000, terwijl voor elk lid dat een gezin meer dan twee telt dit onbelast bedrag met f 500 wordt verhoogd. Over het bedrag nu waarmede de vertering het onbelast gelaten gedeelte overtreft, wordt volgens het navolgende tarief eene belasting geheven.

wanneer de vertering twee maal het onbelast bedrag niet te boven gaat																			2 pCt.
wanneer de vertering meer is dan						2	maal	dooh	niet	meer	dan	4	maal	het	onbelast	bedrag			2.25
"	"	"	"	"	"	4	"	"	"	"	"	6	"	"	"	"			2.75
"	"	"	"	"	"	6	"	"	"	"	"	8	"	"	"	"			3,50
"	"	"	"	"	"	8	"	"	"	"	"	10	"	"	"	"			4.50
"	"	"	"	"	"	10	"	"	"	"	"	12	"	"	"	"			6.--
enz.			enz.				enz.					enz.					enz.		
"	"	"	"	"	"	90	"	"	"	"	"	100	"	"	"	"			90.--
"	"	"	"	"	"	100	maal	het	belast	bedrag	:	.	.	.	.	.	.	.	100,--

De aansluiting aan de bestaande personeele belasting wordt gevonden doordat men onder de uitgaven, die van de inkomsten mogen worden afgetrokken, ofschoon zij uit haren aard niet behooren tot „uitgaven niet bestemd „voor onmiddelijke bevrediging van behoeften", opneemt het bedrag der huurwaarde waarover personeele belasting is betaald, 5 pCt. der waarde van het meubilair waarover

dit eveneens het geval is, f 600 voor elke dienstbode, f 1000 voor elk paard, f 2000 voor elke automobiel en f 300 voor elk motorrijwiel, voorzooverre daarvoor personeele belasting is betaald.

De gelukkige bezitter van een luxe-auto van 20 paardekrachten, die daarvoor f 120 personeele belasting betaalt zal, aangenomen, dat hij gehuwd is doch geene kinderen heeft, nu niet in de nieuwe belasting worden aangeslagen — gesteld het totaal bedrag zijner vertering is f 16000 — voor f 357.50 (nl. $2^{75}/_{100}$ pCt. van f 16000—3000 maar slechts voor f 247.50 of $2^{25}/_{100}$ pCt van f 11000. (16000 — (3000 + 2000).

Op het eerste gezicht lijkt het wetsontwerp, gelijk de schrijver dit heeft ontworpen, aantrekkelijk, maar leest men het nauwkeuriger dan krijgt men een minder aangenamen indruk. Het is alsof men te doen heeft met een soort avant-projet van denzelfden aard als ministers, die eene wettelijke regeling willen zien ontworpen, aan hun hoofdambtenaren plegen ter hand te stellen om het eens kritisch te beschouwen. Er blijken dan meestal ettelijke technische feilen te bestaan, die zonder dat aan het beginsel ook maar wordt geroerd met geringe moeite zijn te ondervangen. Nu beschikt de heer v. K. V. vooreerst nog niet over referendarissen aan wie hij dezen kritischen arbeid kan opdragen, doch de vraag rijst of hij niet verstandig gedaan zou hebben dezen dan zelf op zich te nemen (1).

---

(1) Dit had misschien meer tot verbetering van den arbeid bijgedragen dan de briefwisseling met den oud-Minister VAN GIJN van wien de schrijver mededeelt, dat hij zich in hoofdzaak met zijn ontwerp kon vereenigen. Niet zonder schroom waag ik desniettemin een enkele opmerking.

Het stelsel om niet de werkelijke vertering maar een geflngeerd bedrag als grondslag voor de belastingheffing te nemen heeft tot bezwaar, dat men soms tot de meest wonderlijke resultaten komt.

Het gevaar toch dreigt, dat men ziende, dat het denkbeeld minder gelukkig is uitgewerkt, met het badwater

---

Stel een coelibatair, die op gemeubelde kamers woont, bezit een kapitaal van f 100.000, waarvan hij in een kalenderjaar f 4000 inkomsten geniet. Hij zal aan belasting hebben te betalen (4000 — 2000) = f 2000 × 2 pCt. = f 40.

Stel echter, de man bezat bij den aanvang van het jaar f 50.000 en in Juli erft hij f 50.000 aan effecten. Ofschoon nu zijne inkomsten f 3000 hebben bedragen — ik neem aan, dat toen de nalatenschap openviel de Juni-coupons en alle vroeger vervallene reeds waren geïnd — en ook slechts dit bedrag is verteerd wordt hij aangeslagen over eene vertering van (3000 + 50000) — 2000 = f 51.000 × 25½ pCt. of f 13.005. Het verschil is enorm en merkwaardig is het dat, zoo de man eens geen effecten maar contant geld had geërfd en dit nog voor het einde van het jaar in bewaring had gegeven hij voor f 20 in de belasting zou zijn aangeslagen. Immers de f 50.000 zouden wel evenals de effecten onder de inkomsten zijn op te nemen, maar onder de uitgaven waarmede de inkomsten verminderd worden is nu een post «uit«geleende of aan anderen in bewaring gegeven gelden» en daaronder zouden de in depot gegeven gelden vallen.

Een ander voorbeeld. De coelibatair besluit, na zuchtende de belasting te hebben betaald, om f 50000 aan effecten te verkoopen, hij doet dit en koopt nu voor hetzelfde bedrag een boerderij met land te aanvaarden tegen betaling op 1 Januari van het volgende jaar.

Weder wordt hij aangeslagen voor een belangrijk bedrag — stel aan rente is in het kalenderjaar gemaakt f 3480 — en wel voor f 13.127.40 (3480 + 50.000) — 2000 × 25½ pCt. Men zou zeggen maar waarom heeft hij de 50.000 dan niet nog in het kalenderjaar bij een bankier in bewaring gegeven? De oorzaak is dat, waar hij 1 Januari de 50 000 voor de hoeve moest betalen, hij — op nieuwjaarsdag is het bankierskantoor gesloten — de gelden 31 December in kas moest hebben. Stel, dat de betaling 3 Januari moest geschieden en dus op een dag, dat het kantoor van den bankier des morgens geopend was, zoodat men de 50.000 tot dien morgen bij dezen in bewaring kon laten dan zou slechts f 29.60 belasting verschuldigd zijn geweest.

Men zal zeggen de casuspositie is gezocht. Welnu dan neme men het geval, dat iemand, die f 100.000 bezit waarvan f 50.000 aan onroerende goederen deze laatste voor dit bedrag publiek verkoopt in

tevens het kind wegwerpt. Ik ben overtuigd, dat, zij het niet zonder moeite, wel eene behoorlijke definitie voor verterings-uitgaven is te vinden. Heeft men deze, dan is

---

November, te betalen 2 Januari van het volgende jaar bij de aanvaarding.

De f 50.000 vormen «opbrengst van verkochte onroerende goederen» en vallen daar nergens is gezegd, dat die opbrengst ook moet zijn geïnd, onder de inkomsten. Daar ze echter niet geïnd konden worden kon men ze ook niet nog in het kalenderjaar ter leen of in bewaring geven, zij vallen dus onder het legaal begrip vertering.

Een derde voorbeeld van eene minder gelukkige wetsredactie is het navolgende. Een koopman voorziet, dat een komend jaar hem luttel winst zal opleveren. Hij zorgt met een ruime kas het jaar in te gaan en ofschoon hij niets verdient en toch f 5000 voor zijn levensonderhoud uitgeeft valt hij niet in de belasting. Bergt hij de kas niet in zijn brandkast maar deponeert hij haar bij een bankier op wien hij maandelijks trekt, dan komen de gelden wel onder de inkomsten en is de vertering — immers de uitgaven vallen niet onder die welke men van de inkomsten mag aftrekken — belast.

De ontwerper van het avant-projet gaat uit van de gedachte dat uitkeeringen aan behoeftige familieleden niet onder de verterings-uitgaven van den schenker mogen vallen. Immers hij schrijft: «uitkeeringen «aan anderen zijn geen vertering, zij worden inkomen van dengene «die de uitkeering ontvangt en komen bij de berekening van diens «vertering in aanmerking». Stel nu, dat een ongehuwde zoon met f 5000 inkomen daarvan f 1500 aan zijne hulpbehoevende moeder uitkeert en de rest verteert, zoo zal hij deze uitkeering niet mogen aftrekken van het totaal zijner verteringen. Immers ontvangt de moeder slechts f 1500 en verteert ook niet meer. De eerste f 2000 aan verteringsuitgaven zijn vrij, de moeder wordt niet aangeslagen, doch van de inkomsten van den zoon mogen alleen worden afgetrokken «uitkeeringen aan anderen, die in deze belasting worden aangeslagen». Ontvangt de moeder echter van een ander kind daarenboven eene uitkeering van f 700 en verteert zij f 2200 dan wordt zij aangeslagen en heeft de eerstbedoelde descendent slechts over f 5000 — (2000 + 1500 = 3500) = f 1500 belasting te betalen.

Men zou het aantal voorbeelden van blijkbaar niet bedoelde onbillijkheden met ettelijke anderen kunnen vermeerderen. Zoo schijnt

het belastbaar object, de vertering, niet moeilijk te definieeren.

Intusschen in eene studie als de onderhavige is de

---

het verband met de bestaande personeele belasting wel gelukkiger te regelen. Ik zal hierover zwijgen — ik zou de opmerkingen die men wellicht als vitterijen zal qualificeeren, maar die niet als zoodanig bedoeld zijn, doch enkel gemaakt omdat hij, die een wetsontwerp publiceert, ook kritiek op de redactie daarvan uitlokt, liever achterwege hebben gelaten — en enkel nog wijzen op de regeling van het tarief.

Dit is progressief, scherp progressief zelfs, maar dit acht ik geen bezwaar. Wel, dat niet bij iedere klasse steeds het meerdere, dat verteerd wordt, scherper belast wordt maar dat hoe grooter de vertering wordt des te hooger ook rechtstreeks het percentage van heffing.

Het tarief doet denken aan dat eener inkomstenbelasting, waar men de eerste f 1000 met 1 pCt belast, bij f 2000 2 pCt. heft en zoo vervolgens, totdat men f 100 000 inkomen met eene belasting van 100 pCt. van het inkomen treft.

In eene dergelijke regeling — ik herinner mij ze eens als echt democratisch te hebben hooren aanprijzen — zijn alle inkomsten boven de f 50.000 verlies. Immers betaalt men over een inkomen van f 50.000 50 pCt. of f 25.000 en houdt dus f 25.000 voor verteringen over. Bij een inkomen van f 51.000 is het bedrag der belasting 51 pCt. 51 pCt. van f 51.000 = f 26.010 er blijft slechts f 24.990 over.

Nu heeft men dit bezwaar hier niet, want zelfs waar de belasting 100 pCt. der vertering bedraagt blijven de eerste f 2000 vrij en waar de belasting niet het inkomen, dus geen bron van inkomsten, treft, kan zij deze ook niet verstoppen. Intusschen, wanneer iemand groote verteringsuitgaven doet, zijn daaronder toch ook dringend noodzakelijke begrepen. Waarom zijn deze wel bij hem belast, bij iemand, die minder uitgeeft, niet? *Die* uitgaven wijzen toch bij geen der beide personen op draagkracht.

Aangenomen, dat ook bij grootere verteringen de belasting voor een goed deel uit het inkomen worden gekweten komt men tot het resultaat, dat hoe grooter de vertering wordt des te bezwaarlijker dit zal vallen. Dit is echter een nadeel. Belastingen, die niet uit het inkomen kunnen worden voldaan tasten het nationaal vermogen aan. Daaraan is nu somtijds niets te doen, bijv bij hooge successiebelastingen, maar hier

uitwerking van het denkbeeld toch een zaak van meer secundair belang, de hoofdvraag is of het denkbeeld juist is.

Is het totaal van iemands verteringen iets wat op zijn draagkracht wijst?

Op het eerste gezicht zal men stellig toestemmend antwoorden. Die f 5000 verteert zal, zegt men, beter iets aan den fiscus kunnen offeren dan hij wiens verteringen slechts f 2500 bedragen. Immers de meeste menschen zetten, zij het noodgedrongen, de tering naar de nering.

Intusschen is dit toch niet altijd het geval en nergens geldt wellicht zoo sterk als hier.

„Si duo faciunt idem non est idem".

De man, die met arbeid f 2000 verdient en verteert, staat er menigmaal beter voor dan hij, die met ziekte te kampen heeft en f 3000 uitgeeft, maar dit slechts kan doen door in te teren op zijn vermogen.

Maar ook, wanneer de verteringen uit het inkomen geschieden wijzen zij bij een gelijk bedrag niet altijd op eenzelfde draagkracht. Men denke slechts aan den huisvader met een talrijk gezin, die om in zijn stand te leven ettelijke uitgaven *moet* doen, die van den coelibatair niet gevorderd worden. Bij dezen laatste zullen de uitgaven veel spoediger het karakter van luxe- of althans semi-luxe uitgaven dragen.

Nu is het een voordeel van de bestaande personeele belasting, dat deze die luxe- en semi-luxe uitgaven dadelijk

---

zou het euvel toch door het tarief meer in overeenstemming te brengen zijn met de beginselen waarvan bij de gebruikelijke progrëssieve tarieven voor inkomstenbelastingen pleegt te worden uitgegaan voor een deel zijn te ondervangen.

Hier heeft men m.i. een geval waar de juistheid blijkt van des auteurs erkentenis: «Intusschen zal de aangegeven schaal stellig «voor verbetering vatbaar zijn».

rechtstreeks belast. Bij eene heffing over de totale vertering staat men echter steeds voor veronderstellingen, die juist kunnen zijn maar ook falen.

En nu kan men wel met sommige omstandigheden, die op vermindering van draagkracht wijzen rekening houden — bijv. door met het aantal ten laste van den belastingplichtige zijnde minderjarige kinderen rekening te houden, het blijft steeds een bezwaar, dat het geval, dat men als het normale bij de regeling der belasting in aanmerking nam zich niet steeds voordoet.

Zoo zal aftrek wegens kinderen voor een ambtenaar met een inkomen van f 2500 zeker billijk zijn, vooral wanneer de kinderen 15 of 16 jaar oud zijn geworden, niets verdienen maar veel uitgaven voor onderwijs en kleeding vorderen. Bij een landbouwer, die hetzelfde bedrag verdient en bij wien de jongens en meisjes van dien leeftijd in het bedrijf medewerken worden de uitgaven die de kinderen kosten ruimschoots vergoed door den bijkans niet beloonden arbeid dien zij praesteeren. Voor aftrek zou hier geen reden zijn. Dat alles zal intusschen, wanneer het wetsvoorstel van Mr. VAN KETWICH VERSCHUUR wet mocht worden, zich in de praktijk gelukkig niet al te zeer als euvel doen gevoelen door de hooge minima, die onbelast blijven. Bij een coelibatair blijft f 2000, bij een gehuwd huisvader zonder kinderen f 3000 aan verteringsuitgaven onbelast, terwijl deze cijfers worden verhoogd met f 500 voor ieder minderjarig kind, terwijl ook met het bedrag der huurwaarde rekening wordt gehouden en voor iedere dienstbode, waarvoor personeele belasting betaald is, het belastingvrij bedrag der verteringen met f 600 wordt verhoogd. Bedenkt men nu, dat in het belastingjaar 1916/1917 van de 759519 in de inkomstenbelasting aangeslagenen slechts 98460 een inkomen van f 3000 of hooger hadden en slechts 57750 personen

meer dan f 4500 verdienden, dan is het duidelijk, dat de voorgestelde heffing nu wel niet alleen „richards", maar „the upper hundred thousand" zal treffen.

Mr. van Ketwich Verschuur heeft dit ook gevoeld, waar hij uitdrukkelijk zegt „dat de levensstandaard welks „handhaving voor de gemeenschap waarde heeft die is „van den hoogeren arbeiders en middenstand, niêt die „van de zeer gegoeden". Zijn verteringsbelasting is bedoeld als eene aanvullingsbelasting, naast de bestaande heffingen, voor de meer gegoeden. Bij deze echter varieeren de verplichte uitgaven niet zòò sterk als bij de minder gefortuneerden.

De vraag mag echter m. i. gedaan worden of men in de inkomsten- en vermogensbelastingen niet heffingen zal aantreffen, die de meerdere draagkracht ook van de „upper thousands" beter kunnen treffen dan wat thans voorgesteld wordt.

Misschien zullen de verteringen worden ingekrompen, maar dit resultaat zal in een maatschappij, waar men niet meer zeker is van den dag van morgen, niet spoedig worden bereikt.

Waar de schrijver de bestaande personeele belasting niet wil afschaffen had hij natuurlijk niet het bewijs te leveren, dat het totaal van iemands verteringen een juister inzicht in zijn draagkracht geeft dan de onderscheidene verteringsuitgaven, die de personeele belasting als grondslagen van heffing aanneemt. Hij, die een aanvullingsbelasting en blijkens de uitwerking slechts een aanvullingsbelasting voor de meer gegoeden aanprijst, behoeft bloot aan te toonen, dat daarmede het doel beter wordt bereikt dan door eene verbetering of eene aanvulling der personeele belasting met nieuwe grondslagen als bijv. pleziervaartuigen, schilderijen enz. De schrijver doet dit door te betoogen, dat uitgaven voor kostbare kleeding, juweelen,

buitenlandsche reizen, bezoek aan schouwburgen, restaurants en dergelijke in zijn stelsel worden getroffen en anders buiten aanmerking blijven. Bij personen met een aanzienlijk inkomen wijzen echter de meeste dezer uitgaven niet op een bizondere draagkracht die men niet reeds uit hun inkomen kon leeren kennen. Hun „standing" brengt deze uitgaven mede. Komen zij voor bij niet „rijken", ja dàn wijzen zij, tenzij men met verkwisters te doen heeft, inderdaad op bizondere draagkracht; doch deze niet rijken — de coelibatairs uitgezonderd — zullen meestal aan de belasting ontsnappen. Trouwens men moet verteringen, ook wanneer zij groot zijn, nog niet vereenzelvigen met luxe-uitgaven. Wat weggeschonken wordt valt onder de vertering en hoeveel nut stichten niet juist de schenkingen der meer gegoeden! De schrijver heeft dit wel gevoeld en laat uitgaven wegens schenkingen aan het Rijk of andere publiek-rechtelijke lichamen en instellingen van algemeen nut vrij. Hoeveel hulp wordt echter niet aan particulieren verleend? Men denke eens aan hetgeen lieden zonder kinderen voor minder gefortuneerde bloedverwanten plegen te doen, hoe zij hen helpen in de kosten van opvoeding en studie hunner kinderen. En al laten zich de voorgestelde beperkte vrijstellingen rechtvaardigen omdat men vreest, dat anders dergelijke uitgaven achterwege zullen blijven, in het systeem zijn zij niet op hun plaats; dat men kan schenken wijst zonder twijfel reeds op het bestaan van draagkracht en waar draagkracht is, is heffing van belasting gerechtvaardigd.

Inderdaad mag men zich mijns inziens afvragen of hetgeen Mr. van Ketwich Verschuur wil — immers ik neem aan, dat de huidige omstandigheden het absoluut noodig maken, dat de Staat over meerdere inkomsten beschikt — niet gemakkelijker wordt bereikt door een ver-

scherping van de personeele belasting, waar het betreft de hoogere huurwaarde en het meer waarde hebbende mobilair, en verhooging van den vijfden, zesden en zevenden grondslag.

Men hoort menigmaal het als een voordeel van de verteringsbelasting boven de inkomstenbelasting noemen, dat men door zijn verteringen in te krimpen aan de eerste belasting kan ontgaan. Inderdaad die mogelijkheid bestaat en bij de keuze van een woning wordt menigmaal met de personeele belasting, voor zooverre het de beide eerste grondslagen betreft, rekening gehouden. Speciaal bij coelibatairs is het besparen op bepaalde uitgaven, inzonderheid voor woning, gemakkelijker dan op de totale vertering die men niet gevoegelijk kan inkrimpen. Men denke aan een substituut griffier met een inkomen van f 2500. Edoch dit is toch meer het geval bij den middenstand, speciaal den lageren middenstand, dan bij de meer gefortuneerden. En daar nu Mr. VAN KETWICH VERSCHUUR alleen de laatsten eenigszins gevoelig treft, is dit voordeel van minder beteekenis. Tenzij men te doen heeft met groote verteringen die hij inderdaad zòò zwaar belast, dat zij wel zullen *moeten* ophouden. Edoch deze zijn maar zeer weinig in aantal en het is de vraag of juist deze niet noch meer goed doen dan men denkt. Hoeveel kan èèn Maecenas niet ten voordeele der kunst verrichten?

Een tweede voordeel der verteringsbelasting zou zijn, dat zij besparing van inkomsten bevordert. Mr. VAN KETWICH VERSCHUUR verwacht daar echter niet veel van en naar het mij voorkomt terecht. Wel levert eene verteringsbelasting als de voorgestelde een goed controlemiddel op, wanneer men een vermogens-aanwas-belasting gaat heffen. Den belastingplichtige, die beweert zijn inkomen verteerd en niets bespaard te hebben zal de inspec-

teur toevoegen: „Incidis in Scyllam si vis vitare Cha-
„rybdim. Hebt gij gespaard, zoo belasten wij den aanwas
„van uw vermogen, hebt gij verteerd, zoo zult gij voor
„uw verteringen moeten betalen. Zoowel uit het eene
„als uit het andere blijkt uwe draagkracht".

Misschien, dat den belastingplichtige de overeenkomst tusschen onze maatschappij en die van het latere Romeinsche keizerrijk omstreeks 380 A. D. dan eenigzins duidelijker zal zijn geworden. Of dit echter een voordeel is?

Resumeerende zou ik daarom willen zeggen:

Ofschoon voor een algemeene verteringsbelasting zeker het een en ander valt aan te voeren is zij hier te lande, waar wij ons reeds in het bezit der personeele verteringsbelasting mogen verheugen, niet noodig. Treft zij toch ook de minder gegoeden, dan werkt de belasting niet gunstig naast de grondslagen der personeele belasting. Deze vormen, zooals die heffing thans geregeld is, althans, wanneer men den grondslag haardsteden, die hoe goed ook bedoeld thans geen goeden maatstaf van de welstand van den bewoner meer oplevert, laat vervallen, een beteren maatstaf van het vermogen om belasting te betalen dan het totaal van iemands verteringen, waar deze juist bij deze personen zoo scherp van karakter kunnen verschillen. Wil men daarentegen slechts een belasting der meergegoeden, een aanvullingsbelasting van de inkomsten en vermogens-belastingen naast de vermogens-accres-belasting, dan is het doel deze personen zwaarder te treffen toch eenvoudiger en beter te bereiken door voor hen het tarief dier andere heffingen te verhoogen en in de personeele belastingen nog meerdere grondslagen op te nemen. De heffing heeft waarde als een controlemiddel en vooral als een reagens tegen de vermogens-accres-belasting, maar deze verdiensten zijn niet zóò groot, dat zij de invoering van een nieuwe belasting rechtvaardigen. Te veel belas-

tingen geven slechts aanleiding tot verdediging van den „impot unique".

En vandaar dat, wanneer Mr. VAN KETWICH VERSCHUUR in het begin van zijn voorwoord aan den tegenwoordigen Minister van Financiën toevoegt: „Onze Minister van „Financiën maakt het zich met zijn belastingplannen „niet moeilijk. Een verhoogd tarief voor de inkomsten- „en vermogens-belasting, een verhooging der indirecte „belastingen, ... et le tour est fait", Mr. DE VRIES op deze minder vriendelijke woorden met recht zou kunnen antwoorden: „Waar de thans bestaande inkomsten- en ver- „mogens-belastingen, al zijn zij niet feilloos, toch goed „goed geregelde belastingen zijn is eene verhooging daar- „van minder bedenkelijk dan invoering eener heffing „waartegen toch zeker niet weg te cijferen bezwaren „bestaan en waarvan de opbrengst door u zelfs niet in „het ruwe is geraamd".

C. S.

THEMIS

LXXXste deel — DERDE STUK

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

Beschouwingen over de huuropzeggingswet naar aanleiding van een geval van onderhuur

DOOR

MR. J. C. FREDERIKS

Lid der huurcommissie te Deventer.

Aanleiding tot dit artikel is een verzoek aan de huurcommissie te Deventer tot instandhouding van de huur door een onderhuurder (Velderman) onder de volgende omstandigheden: Een eerste huurder (Ten Oever) had een winkelhuis gehuurd voor een jaar, Mei—Mei; hij exploiteerde daarvan de winkel, zelf elders wonend, en had de woongelegenheid uit het gehuurde pand na verloop van een half jaar, ongeveer November dus, onderverhuurd aan partij Velderman, onder uitdrukkelijke mededeeling, dat hij, waar hij zijn eigen huur niet voornemens was te verlengen, en daarvan ook reeds aan zijn verhuurder kennis had gegeven, slechts voor het resteerende halve jaar, onderverhuurde, en onderverhuurder er dus vast op moest rekenen de woning met de komende 1 Mei, d. i. Mei 1918, te verlaten. Inmiddels kwam einde Maart 1918 de Huur-

opzeggingswet in werking, en daar onderhuurder tegen 1 Mei geen andere woning had gevonden, diende hij tijdig een verzoekschrift tot instandhouding (1) der bestaande huurovereenkomst, zoo mogelijk voor zes maanden, bij de huurcommissie in, verzoekschrift ex art. 2 Huuropzeggingswet. In dit verzoekschrift werd als huurder opgegeven de onderteekenaar Velderman en als verhuurder Ten Oever. Van onderhuur bleek niets. Het geval leek dus niet bijzonder ingewikkeld, en dus werd het met oog ook op nog andere feiten, als geschikt voor toepassing van een wet waarmede nog weinig ervaring verkregen was, spoedig op de agenda geplaatst. Maar het liep anders, al viel het ten slotte nog mee. Partijen Velderman en Ten Oever werden dus behoorlijk opgeroepen, en aldra bleek toen, dat wij een geval van onderhuur voor ons hadden. Hinc lacrimae! En tot overmaat van smart bleek verder, dat verhuurder Vos het pand met 1 Mei 1918 verkocht had aan de firma Schuttelaar, die het pand wilde gaan exploiteeren aldus, dat in de winkel schoenen verkocht werden, en zijn filiaalhouder (Maters) zou gaan wonen in het gedeelte nu bewoond door onderhuurder Velderman. Verder bleek, dat genoemde firma en filiaalhouder waarschijnlijk opgejaagd werden door de Amsterdamsche bank uit het pand, tot dusver door hen geëxploiteerd en bewoond.

Al deze feiten bleken natuurlijk niet op één zitting, en zoo kon het gebeuren, dat zich in den loop van de telkens weer verdaagde behandeling „nieuwe feiten" — n.l. dat Velderman tusschen dag indienen request en dag van de

(1) Vrijwel alle verzoeken luiden in de praktijk tot nietigverklaring der opzegging. Zij worden dan op een wenk van den secretaris der huurcommissie verbeterd. De onderscheiding van artt. 1 en 2 Huuropzeggingswet beantwoordt blijkbaar in 't geheel niet aan het leekenbegrip.

eindbeslissing, eerst wèl en toen weer, door zucht naar winstbejag, niet een andere woning tot zijn beschikking had — voordeden, waardoor het mogelijk was, dat onderhuurder Velderman, wiens kansen aanvankelijk zeer gunstig stonden om zijn verzoek ingewilligd te krijgen, door eigen toedoen ten slotte zijn verzoek afgewezen zag, wat voor mij een blij einde was, daar het mij, juridisch lid der huurcommissie, althans voorloopig ontsloeg van den kwellenden plicht een uitspraak te ontwerpen tot verlenging van een onderhuur bij geëindigde eerste huur!

Men behoeft geen eerste rangs-jurist te zijn om dadelijk te begrijpen hoeveel haken en oogen hier zijn.

Voor ik begin met wat de hoofdschotel zal vormen — Huuropzeggingswet en onderhuur — eerst nog een paar inleidende opmerkingen.

Allereerst de opmerking, dat gevallen als deze m. i. weinig geschikt zijn voor behandeling door de huurcommissie. En dergelijke kettinggevallen zijn geen uitzondering. Trouwens toch, hoeveel waardeering ik voor mijn medeleden heb, zonder uitzondering menschen van helder verstand, de praktijk der Huuropzeggingswet is m. i. te moeilijk voor niet-juridische leden om een in alle deelen goed gewaarborgde behandeling te kunnen geven, al zal ten slotte — en zeker bij een huurcommissie met zulke heldere menschen als de mijne — wel altijd een beslissing gegeven worden die den toets der billijkheid kan doorstaan. Maar wat is billijkheid?

Intusschen zou dit alles veel minder zwaar wegen, indien de praktijk meebracht, dat partijen meer met behoorlijken juridischen bijstand voor de huurcommissies verschenen. Die juridische bijstand zou dan te voren kaf en koren al eenigszins gezift hebben, en dit koren daarna opdienen, gebakken tot een behoorlijk juridisch brood, zij het dan

ook oorlogsbrood. Maar nu wordt daar in een soort civiele procedure bloem en grint tegelijk binnengedragen, en moet de aanwezige jurist maar op alles verdacht zijn. Zoo is het ons gebeurd, dat in een huuropzegging, die nauw verband hield met een burenruzie, met veel aplomb beweerd werd, dat huurder geen behoorlijke huurder was. Immers Jan L. . . . had zelf gezien, dat huurder, die met verhuurder onder één dak woonde, een poging tot diefstal deed bij zijn verhuurder, zoodat verhuurder onmogelijk langer huurder kon laten in het door hem afgestane gedeelte van zijn huis. Dit scheen een zwaarwichtig belang, en reeds was bijna besloten om de zaak te verdagen om in een volgende vergadering den kroongetuige Jan L. . . . te hooren, toen het mijn aandacht trok, dat deze belangrijke getuige niet verschenen was, terwijl de halve achterbuurt als getuigen voor ons troonde. En wat bleek toen, dat Jan L. . . . ten tijde van onze avondvergadering rustig sliep, want dat hij was . . . . . zes jaar oud!

Dergelijke verrassingen, die de aandacht van de hoofdzaak afleiden, kunnen zich ook in de kantongerechtsprocedure voordoen. Het verdient daarom in dit verband misschien opmerking, dat ook bij die procedure, als er juristen in optreden, deze steeds meer zich van schriftelijke conclusies bedienen, zoodat zij, die dan toch in de eerste plaats wel instaat geacht mogen worden een mondelinge procedure te voeren, dit blijkbaar niet wel mogelijk achten. Bovendien in het summierlijk bewijs kan soms genoegen genomen worden met beweringen en is dat vaak zelfs zeer nuttig. Daar behoeven „de auditu's" niet per se uit den booze te zijn (1). Immers onder omstandigheden kunnen

(1) Een vermakelijk voorbeeld van zeer aannemelijke „de auditu's" waren de verklaringen van twee huisvrienden-getuigen, die verklaarden „dat mevrouw erg aan slapeloosheid leed". Op mijn

die beweringen, die „de auditu's" volkomen aannemelijk zijn. Maar daardoor wordt ook het gevaar van onaangename verrassingen als in het gegeven voorbeeld, en dientengevolge onjuiste beslissingen beduidend, vergroot.

Over „summierlijk bewijzen" zou trouwens nog veel meer, gebaseerd op de ervaringen in een huurcommissie, te zeggen zijn.

Daar komt nog bij, dat de in verschillende noodwetten voorkomende afwijking van het beginsel van art. 4 Wet houdende algemeene bepalingen, in verschillende opzichten zijn bezwaren medebrengt.

Ik denk daarbij in de eerste plaats aan den door haar geschapen achterstand, geweldig groot als bij de Huurcommissiewet, of minder groot als bij de Huuropzeggingswet, waar echter snelheid bij de opruiming van dien achterstand niet minder geboden was in verband met den zeer spoedig na de invoering te wachten belangrijken datum van 1 Mei. In beide gevallen dus „haast je, rep je", een zeer slechte methode bij de toepassing van een nieuwe wet, en vrijwel een onmogelijkheid bij een college, dat voor de meerderheid bestaat uit leeken die nooit met wetstoepassing iets te maken hadden, aan wie dus de meest elementaire begrippen — en dat zijn vaak de moeilijkste — moeten worden uitgelegd.

Maar hierom niet alleen. Een wetgever, die terugwerkende kracht aanneemt, schept daarmede reeksen van nieuwe kwesties zoowel van zuiver juridischen als van anderen meer practischen aard. Van meer practischen aard

---

vraag, hoe zij dat konden getuigen, zetten zij erg verbaasde oogen op, en begrepen niet dat hun getuigenis tot op zekere hoogte „nietszeggend" was. Mijn medeleden vonden het, lachend, een „advocatenstreek", maar waren tenminste zoover, dat zij de „pointe" begrepen.

was bijv. de vraag, in welke volgorde de verzoekschriften ex art. 1 en ex art. 2 Huurcommissiewet zouden behandeld worden. Eerst art. 1 en dan art. 2 of omgekeerd, dit ook in verband met de combinatie van art. 1 en art. 2, j°. art. 6 Huurcommissiewet. Van meer juridischen aard bijv. de vragen omtrent de beteekenis van art. 2 j°. 8 Huurcommissiewet, die geenszins alle zijn opgelost (1) met het arrest van den Hoogen Raad, gepubliceerd in *Weekblad van het Recht* n°. 10321.

Van meer juridischen aard bijv. ook in dit geval, waarbij partij Ten Oever om zich te dekken er over dacht, althans vroeg, of zij, nu haar onderhuurder het haar ingevolge de terugwerkende kracht nog lastig gemaakt had, ook nog haar huuropzegging ongedaan kon krijgen. Een geval dus, verwant aan het geval geregeld in art. 10, 4°. Huuropzeggingswet, maar bij den daar gekozen tekst niet wel onder te brengen. Trouwens zij het mij vergund reeds hier op te merken, dat hij, die uit de woorden van art. 1, al. 7 — ook in geval van onderhuur — een verplichting zou willen distilleeren voor den huurder-onderverhuurder om ook op zijn beurt maatregelen te nemen, dat zijn huur met gebruikmaking van de huuropzeggingswet verlengd wordt, een oplossing kiest, die voor zeer vele gevallen geen oplossing is. Immers het is zeer wel mogelijk, dat de hoofdhuur is een jaarhuur, de onderhuur een maandhuur, m. a. w. op het oogenblik, dat de onderhuurder zijn request indient, kan het tijdstip voor het indienen door den huurder-onderverhuurder lang verstreken zijn.

Wanneer men dit alles overdenkt, is het dan wonder dat

---

(1) Bijv. in het geval verhuurder verhoogt begin Januari 1916, verkoopt Maart 1916, zegt niets tegen kooper. Huurcommissie wordt ingesteld. Kooper doet geen aanvraag tot goedkeuring. Tegen wie moet nu uit art. 8 Huurcommissiewet geageerd?

menige juridische ketterij eerst te laat opgemerkt wordt, menige andere juridische ketterij meer of minder bewust in de doofpot gestopt wordt, terwijl men zijn juridisch geweten een narcotium toedient onder het motto: Vooruit, afdoen!

Dit bedoelde ik, toen ik zoo juist zeide, er niet zeker van te zijn, dat alle huurcommissies „een in allen deele goed gewaarborgde behandeling geven". En ik had er aan toe moeten voegen: „noch kunnen geven".

Een tweede punt, dat ik ter sprake wilde brengen, naar aanleiding van mijn inleidend relaas, is dit: Ik zeide partij Velderman ten slotte zijn verzoek niet ingewilligd kreeg, doordat „nieuwe feiten" (belangen) zich in den loop van het geding voordeden, zij het dan ook door zijn eigen toedoen, ik zou haast zeggen zijn eigen schuld.

Intusschen men voelt de adder onder het gras. Moet de toestand tijdens het indienen van het request basis zijn voor de procedure van de huurcommissie, en blijven? Het is zeer ongewenscht, vooral daar door de reeds gesignaleerde terugwerkende kracht een achterstand onvermijdelijk was, en er dus langen tijd verliep tusschen datum indiening request en de behandeling (1).

Het antwoord op die vraag hangt ten zeerste samen met deze vraag: Is de behandeling van de huuropzeggingszaken er een van eigenlijke of oneigenlijke rechtspraak?

Volledigheidshalve zij hier allereerst even opgemerkt,

---

(1) Het geval deed zich ook voor, dat „nieuwe feiten" zich voordeden, nadat onze beslissing gevallen was, maar vóór de beslissing door den kantonrechter in hooger beroep. Moest nu kantonrechter eenvoudig onze beslissing beoordeelen, of mocht hij met de nieuwe omstandigheden en de daardoor gewijzigde belangenverhouding rekening houden?

dat de opvatting, dat hier heelemaal geen rechtspraak is, meening o. a. verdedigd door den kantonrechter te Rotterdam, m. i. onjuist is. W. 10267.

In de eerste plaats zij er hier op gewezen, dat de huurcommissie ook moet onderzoeken, of de huurder behoorlijk zijn verplichtingen is nagekomen. Dit onderzoek dat in tal van andere gevallen ook door den rechter wordt gehouden, is daar altijd rechtspraak. Zou datzelfde werk dan hier geen rechtspraak zijn?

En verder moet de huurcommissie onderzoeken, of de verhuurder een geldige reden voor zijn opzegging had, welke geldigheid dan nader moet worden beoordeeld naar de waardeverhouding van de verschillende in het spel zijnde belangen (art. 1, al. 4 Huuropzeggingswet). Zou de kantonrechter te Rotterdam hier niet te veel waarde gehecht hebben aan de openhartigheid van den wetgever, die, nu hij wist, dat de wet in eerste instantie moest toegepast worden door leeken, openlijk uitsprak, wat ieder modern jurist reeds lang wist, n.l. dat bij termen als geldige reden rechtstoepassing nog iets meer is dan logische deductie en inductie, n.l. afweging van belangen (1).

M. a. w. de conclusie, waartoe hij wilde komen: dat een vrouw in huuropzeggingszaken geen machtiging behoeft van haar man om in rechte op te treden, kan m. i. niet aanvaard worden, nu de huurcommissie slechts ten aanzien van het bewijs (summierlijk bewijzen) vrijheid gekregen heeft zich van het gewone recht los te

(1) Zie ook Mr. BENEDITTY in „Ons Eigendom" 12 October 1918: De huurcommissie, die rechtsverbintenissen vermag te verlichten en te verzwaren, zelfs nieuwe te scheppen, grijpt ordenend in het rechtsleven in en spreekt dus wel degelijk uit wat recht zal zijn.

maken. Trouwens welk een bron van nieuwe moeilijkheden boort de opvatting van den kantonrechter aan, bijv. indien de vrouw huurverlenging krijgt en de man weigert de consequenties van die verlenging der huur te aanvaarden.

Bovendien, indien geen rechtspraak, wat dan?

Administratieve maatregel? Was bij de zoo juist besproken opvatting in ieder geval de helft van de taak der huurcommissie rechtspraak, neemt men de andere meest gebruikelijke criteria — afgezien van hun innerlijke waarde — voor de grensbepaling tusschen rechtspraak en bestuur (1), dan komt men geheel tot de beslissing: Hier is rechtspraak.

Waar een geschil is, daar is rechtspraak. Ongetwijfeld is er hier geschil, en soms een zeer ernstig.

De rechter zou moeten doen, wat de wet wil, de administratie zou binnen de grenzen der wet mogen doen, wat hem het meest in het algemeen belang schijnt. Echter voor behartiging van het algemeen belang, is voor de huurcommissie geen ruimte, en daarmede is dus tevens van de baan de theorie, die uitspraak onderscheidt van bestuur naar hun verschillend doel: behartiging van het algemeen belang en van gerechtigheid.

Toetsen wij ten slotte deze opvatting aan die van Mr. van Gelein Vitringa persoonlijk, dat rechtspreken een zuiver formeel begrip is, waarvan de meest op den voorgrond tredende elementen zullen zijn: waarborgen voor onafhankelijkheid en onpartijdigheid, hoor en wederhoor, waarborgen voor rijp beraad, een vonnis, dat als basis dient voor verdere handelingen van het gezag, ook dan is hier zeker eerder rechtspraak dan bestuur. (Zie bijv. de artt. 18,

(1) Zie Mr. J. van Gelein Vitringa, Rechtsgeleerd Magazijn 1900, pag. 532.

57, 63, 88 van den algemeenen maatregel van bestuur, art. 1 al. 7 en art. 3 al. 3 Huuropzeggingswet).

Rechtspraak dus, waarbij overigens betwijfeld kan worden of de getroffen regeling grondwettig is. Men denke slechts aan bij „uitsluiting" in artt. 153, 166 2e lid G.W.

Rechtspraak dus en daarmede opnieuw de vraag, eigenlijke of oneigenlijke rechtspraak? Vraag, niet lang geleden behandeld door Prof. Mr. E. M. MEIJERS in het *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*. n°. 2405 vlg. en door Mr. J. H. J. ZUIDEMA in zijn proefschrift over de verwante kwestie: Rechtspraak op verzoekschriften.

Beider behandeling heeft mij — het zij met groote bescheidenheid gezegd vooral ten opzichte van mijn hooggeleerden promotor — niet geheel bevredigd.

M. i. lijdt beider arbeid in hoofdzaak aan dezelfde kwaal, n.l. dat zij verzuimen de consequentie te trekken uit datgene, wat zij beiden aan het hoofd van hun artikels constateeren: de groote onvastheid van terminologie van de Nederlandsche wet op dit punt, onvastheid, die niet specifiek Nederlandsch schijnt (1).

Onder die omstandigheden lijkt het mij een onbegonnen werk van een wet, i. c. bij de genoemde schrijvers de Nederlandsche wet, uit te gaan. Op onvasten bodem bouwt men niet.

Veel beter lijkt mij zijn uitgangspunt te nemen los van de wet, en dan te zien, in hoever de daarbij verkregen resultaten zich met de — Nederlandsche — wet verdragen.

Eigenlijke of oneigenlijke rechtspraak. M. i. is het woord

---

(1) Men vergelijke reeds de opmerkingen over jurisdictio voluntaria en contentiosa, resp. decretum en sententia van MEIJERS t. a. p. en de critiek over het met zich zelf in tegenspraak zijn bij JAPIOT door ZUIDEMA pag. 41.

rechtspraak hier niet gelukkig, immers verwarring stichtend, daar rechtspraak zoowel kan beteekenen het (uit)-spreken van wat recht is, als de wijze waarop dit geschiedt. En nu geloof ik, dat men meestal doelt, waar men van eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak spreekt, op een verschil van rechtsgang, wat natuurlijk niet uitsluit, dat die verschillende rechtsgang samenhangt met, een ondergrond heeft van meer materieelrechtelijken aard. Ik zou daarom liever spreken van eigenlijke of oneigenlijke rechtsgang, of nog beter nu eigenlijk en oneigenlijk zoo weinig zeggend zijn: gewone- en ongewone rechtsgang.

Zoodat de vraag nu wordt: wanneer moet de gewone, wanneer de ongewone rechtsgang gevolgd worden? Op deze vraag is, dunkt mij, maar één antwoord: steeds moet de beste rechtsgang gevolgd worden. Nu is het antwoord op de vraag, wat de beste rechtsgang is, alles behalve gemakkelijk, vooral wanneer men aan onderdeelen komt, als bijv. de vraag, welke mate van vrijheid den rechter bij zijn bewijs gelaten moet worden (bewijstheorieën), zoo moeielijk, dat ik mij er volstrekt niet bevoegd toe reken, hierin beslissingen te geven, wat trouwens op dit oogenblik ook niet noodig is, en zelfs ongewenscht in verband met den omvang van dit artikel.

Niet noodig, zeide ik, en wel omdat ik nu terug wil gaan naar de Nederlandsche wet, en die wet wil beschouwen in het licht van het zoo juist gezegde.

Wat naar Nederlandsch recht de beste procedure is, daarop kan, uit den aard der zaak maar één antwoord gegeven worden, nu de Nederlandsche wetgever eigenlijk maar één procedure regelt, en de tweede procedure zoo „en bagatelle" behandelt, dat men, practisch gesproken, wel kan zeggen, dat er niets over op het papier staat. Onder deze omstandigheden kan men, dunkt mij, gerust zeggen, dat onze wetgever van een sterke voorkeur doet blijken, n.l.

voorkeur voor de rechtsgang, waarvoor art. 1 Rv. het eerste en alles beheerschend artikel is (1).

Dit mag te eerder aangenomen worden, omdat de vele formaliteiten, die voorgeschreven zijn, wanneer de rechtsgang eenmaal met een dagvaarding begonnen is van groote intrinsieke waarde zijn. Wie betwijfelt het nut van openbaarheid; het nut van goed voorbereide bewijslocutoiren; het nut van een uitgebreid hoor en wederhoor?

Maar is het dan ook wel waarschijnlijk, dat de wetgever al die voordeelen overboord heeft willen gooien, zoodra hij om een waarschijnlijk historische, soms ook om een in zich zelf gefundeerde, reden sommige procedures met verzoekschrift laat aanvangen, resp. met beschikking laat eindigen?

Ongetwijfeld kan men uit de geschiedenis van art. 161 G.W. een argument putten, om vergaande consequenties te trekken uit het gebruik van een verzoekschrift als inleiding tot een procedure (2).

Uit die geschiedenis blijkt duidelijk, dat de grondwet niet heeft willen dwingen in zulke gevallen de bepaling van genoemd grondwetsartikel op te volgen. Maar evenmin dwingt de text tot de tegenovergestelde opvatting; *hij laat vrij*. Bovendien mag hier nog opgemerkt worden dat de grondwet van 1848 met haar redactie een groote stap voorwaarts deed in de richting van het eischen van waarborgen voor een goede rechtspraak vergeleken bij de vroegere grondwetten, wat m. i. een historisch argument is voor zooveel mogelijk analogische toepassing van die waarborgen van niet geringer waarde dan dat „zekere afdeeling opmerkte, dat beschikkingen op verzoekschrift

(1) Hieraan wordt niets veranderd door het feit, dat men blijkbaar in den jongsten tijd eenigszins aan het twijfelen raakt of zijn keuze in allen deele juist is geweest.

(2) Zie Buys, de Grondwet II, pag. 422 ad art. 156 G.W. 1848.

niet onder alle vonnissen vielen", zelfs niet nu de regeering die opmerking beaamde.

Daarom zou ik ook nooit ondanks een historisch aan de wet ontleend argument bijv. uit het feit, dat de wetgever in art. 496 B. W. bepaalt: het vonnis wordt in het openbaar uitgesproken, de conclusie willen trekken, dat de overige behandeling niet in het openbaar behoeft plaats te vinden, al zal daartoe misschien wel besloten kunnen worden in verband met de nu verder te ontwikkelen principes.

Zoodat ik tot de conclusie kom (1) (2):

Naar Nederlandsch recht moet, althans kan, de dagvaardingsprocedure, als naar Nederlandsch recht de beste geoordeeld, zooveel mogelijk toegepast worden. Zooveel mogelijk! Wanneer dan niet?

In de eerste plaats, indien een uitdrukkelijke wetsbepaling het tegendeel bepaalt.

In de tweede plaats wanneer de zin van de formaliteit er zich tegen verzet, dat zij toepassing vindt.

In de derde plaats, wanneer de aard der procedure de toepassing van een formaliteit onmogelijk maakt.

In de vierde plaats, wanneer de aard van de werkzaamheid, die van den rechter verlangd wordt, wijziging in de gewone rechtsgang medebrengt.

Echter zij hierbij opgemerkt, dat iedere afwijking van

---

(1) Zie ook ZUIDEMA pag. 32. Overigens valt op te merken dat in zijn proefschrift herhaaldelijk cirkelredeneeringen voorkomen. Zoo ook hier. Tegen de opvatting, dat een procedure met dagvaarding begonnen eigenlijke, met verzoekschrift oneigenlijke rechtspraak zou zijn, valt op te merken, dat tal van procedures met verzoekschrift begonnen voorbeelden zijn van eigenlijke rechtspraak. Maar hier wordt onbewust de materieele theorie, waar schrijver heen wil, reeds uitgespeeld. Ook Prof. MEIJERS houdt deze redeneering, pag. 102.

(2) Zie ook DE PINTO, Rechterlijke Organisatie.

den gewonen rechtsgang zich binnen de engst mogelijke grenzen moet beperken.

Ad primum. Hierbij denk ik in de eerste plaats aan de gevallen, waar de wet een verzoek*schrift* voorschrijft. Staat er verzoeken en a fortiori vorderen, eischen, dan neme men weer als regel dagvaardingsprocedure, tenzij uit het geheel der gegeven regeling duidelijk blijkt, dat met verzoek is bedoeld verzoekschrift. Ik denk hierbij ook aan summierlijk bewijzen, waardoor de rechter een vrijheid krijgt, die hij bij de dagvaardingsprocedure als regel niet heeft.

Ad secundum. Ik denk hierbij bijv. aan het verzoekschrift tot revindicatoir beslag, waarbij de toepassing van het hoor en wederhoor opzij gezet moet worden, omdat de toepassing ervan het geheele rechtsmiddel licht illusoir zou maken. Om dezelfde reden moet de openbaarheid hier worden uitgesloten.

Zou echter hij, die door het beslag getroffen zal worden, door de een of andere omstandigheid de lucht gekregen hebben van wat hem boven het hoofd hangt, en dus gehoord willen worden, dan zal hem dit m. i. niet geweigerd mogen worden.

Ad tertium. Ik denk hierbij bijv. aan de gevallen van wat men tot dusver gewoonlijk jurisdictio mere voluntaria noemde. Waar hier geen tegenpartij is, wordt ook alles onmogelijk, wat met het hebben van een tegenpartij samenhangt. Waarom zou echter het publiek niet tegenwoordig mogen zijn bij de opening van een holografisch testament om te controleeren, dat er geen — zeer onwaarschijnlijke — samenspanning tusschen notaris en kantonrechter plaats vindt.

Ad quartum. Ik denk hierbij bijv. aan voogdbenoemingen. De rechter is hier meer als arbiter tusschen familieleden, kibbelend over de vraag wie voogd zal worden, wat duidelijk hieruit blijkt, dat hij bij zijn voogdbenoeming

zelfs niet aan den eenstemmigen wil van belanghebbenden is gebonden. Hij moet sua auctoritate zorgen, dat personae miserabiles een goede rechtsvertegenwoordiger hebben, en dus is de lijdelijkheid voor hem hier uitgesloten. Maar waarom bij het vervullen van dezen taak de gewone rechtsgang zoover verlaten zou moeten worden, dat de uitspraak niet in het openbaar zou kunnen en moeten worden uitgesproken, is mij niet duidelijk. Dat de eigenlijke behandeling niet met open deuren plaats vindt, en er dus in dit opzicht een sterke afwijking van den gewonen rechtsgang is, volgt uit het feit, dat goede zeden medebrengen dat dergelijke familie-aangelegenheden niet in het openbaar behandeld behooren te worden, zoodat de rechter in ieder geval daarin een gewichtigen grond kan vinden tot sluiting der deuren over te gaan. Maar waarom zou ook in dit geval, indien er aangeboden wordt door getuigen te bewijzen, dat iemand, als voogd voorgesteld, aan den drank is, dit feit niet mogen worden bewezen in een volledige enquête met contra-enquête.

Met deze opvatting sta ik in zooverre dicht bij de geschiltheorie, dat steeds wanneer een geschil (1) voor den rechter gebracht is, de dagvaardingsprocedure, nu zij gevolgd kan worden, in beginsel gevolgd moet worden, al kan dan ingevolge de boven aangegeven gezichtspunten van de gewone

(1) Om zooveel mogelijk aansluiting te houden aan de gewone procedure, zou ik bij de ontzettingsprocedure een scherp onderscheid willen maken tusschen de verzoeker tot ontzetting als „tegenpartij" van den voogd, en de „belanghebbenden" als ambtshalve getuigen, m. a. w. ik zou de verzoeker zelf nooit als één der vier „belanghebbenden" willen beschouwd zien. Zie art. 438, lid 3, welks redactie deze opvatting zeer goed toelaat.

(1) Geschil, d. i. niet uitsluitend rechtsgeschil. De materieele theorie, die het zoekt in strenge wetstoepassing of „freies Ermessen" wordt dan ook door mij niet aanvaard. Waarom kan de doelmatigheid niet gemotiveerd worden?

procedure zoo weinig overblijven, dat het feitelijk wordt, wat nu genoemd wordt: oneigenlijke rechtspraak.

Maar daarmede ben ik practisch evenmin ver verwijderd van de conclusie van Prof. MEIJERS: „De vraag *of* de ge„wone rechtsgang gevolgd moet worden, hangt niet af van „den aard der procedure, maar van de wet". Alleen zou ik willen lezen: De vraag, *in hoever* de gewone procedure gevolgd moet worden hangt af van de wet, d. w. z. een doelmatige, d. i. een mede door den aard der procedure bepaalde, uitleg van de wet.

Tegen deze opvatting zou men kunnen aanvoeren, dat in eenige artikelen de wet voorschrijft, dat de beschikking met redenen omkleed moet zijn en in het openbaar uitgesproken, welke artikels dus overbodig zouden zijn.

Hiertegen kan men in de eerste plaats opmerken, dat overbodigheid nu niet zoo zeldzaam is in onze wet, en speciaal de kinderwetten, waarin meerdere van die bepalingen voorkomen, geen paradijs van wetstechniek zijn. Verder zou men kunnen vragen, of die bepalingen in eenige nieuwere wetten — ook in de faillissementswet vindt men deze bepaling — niet opgenomen zijn, zij het half bewust, omdat de bestaande rechtspraak juist sterk neigde om uit het woord beschikking de te ver gaande consequentie te trekken, dat er nu niet-gemotiveerd en niet in het openbaar uitspraak gegeven behoefde te worden.

Wanneer nu de afwijkende procedure een ongewone rechtsgang wordt, kan ieder voor zich zelf uitmaken; het is slechts een gradueel verschil. De een zal er reeds van spreken, indien één formaliteit van de gewone procedure is vervallen, de ander eerst veel later.

Passen wij nu het bovenstaande toe op de huuropzeggingsprocedure, dan blijkt wel, dat er al heel weinig overblijft van de gewone procedure. De inleiding van het geschil begint met een verzoekschrift, waarvan een duplicaat

door den secretaris aan de tegenpartij wordt gestuurd. De bewijsgang is summierlijk, er behoeft slechts aannemelijk gemaakt, waarmede waarschijnlijk de lijdelijkheid des rechters ook wel verbannen zal zijn. Openbaarheid zal hier, in het licht van het zoo juist betoogde, echter aangenomen moeten worden.

En nu de vraag, of er met de veranderde omstandigheden na het indienen van het request, rekening mag gehouden worden (1).

Het antwoord moet weer bevestigend zijn, indien de gewone procedure het toelaat, of indien, wanneer die procedure het niet toelaat, de bevoegdheid kan worden afgeleid uit een der uitdrukkelijk gegeven afwijkingen van de dagvaardingsprocedure.

Wat nu het eerste aangaat, of de dagvaardingsprocedure het toelaat, het antwoord op die vraag zou ik in hoofdzaak voor een aparte studie willen bewaren. Alleen wil ik opmerken, dat, hoezeer de dagvaarding grondslag blijft door het geheele proces heen, er toch wel enkele gevallen te vinden zijn, waar rekening gehouden wordt met de omstandigheden veranderd na het uitbrengen van de dagvaarding. Zoo o. a. bij de berekening van de schadeloosstelling (bij onteigening ten algemeenen nutte). (Men vergelijke ook Rotterdam 19 April 1915, *W.* 9881 en Arnhem 21 Mei 1918, *W.* 10302).

Maar daarnaast kan die bevoegdheid m. i. hier worden afgeleid, uit het voorgeschreven summierlijk bewijs, met de daarmede waarschijnlijk samengaande afwezigheid van lijdelijkheid des rechters. Het gaat toch niet wel aan voor den rechter, die een beschikking moetende geven, op het laatste oogenblik nog iets hoort, waardoor hij tot de con-

---

(1) Zie ook de M. v. A. ook geciteerd in wetsuitgave SCHUURMAN en JORDENS, pag. 84.

clusie komt, dat zijn beslissing fout is, zich daarvan niets aantrekt, tenzij de wet hem uitdrukkelijk lijdelijkheid voorschrijft.

Keeren wij van ons uitstapje naar de jurisdictio contentiosa en voluntaria terug naar de huuropzegging Ten Oever—Velderman, dan wil ik daarbij allereerst de vraag bespreken, of partij Velderman terecht als verhuurder heeft opgegeven Ten Oever als partij, waarvan hij gehuurd heeft, en waarmede hij zijn huur verlengen wil. Voorloopig wil ik daarbij het element geëindigde onderhuur verwaarloozen, wat de zaak nog ingewikkelder maakt. Eenvoudigheidshalve doen wij dus, of nu onder-verhuurder Ten Oever eigenaar-verhuurder was geweest, die het pand verkocht had aan Schuttelaar enz. (Element Vos verdwijnt dus).

De figuur is dus in zijn eenvoudigsten vorm: A verhuurt een huis Mei—Mei aan B, met driemaandelijksche opzegging, verkoopt dit huis op 1 November aan C, die het zelf betrekken wil. B moet er dus uit, maar wie moet de daartoe noodige mededeeling doen. Vraag, die in verwanten vorm terugkomt als: Wie moet B als verhuurder opgeven in zijn request tot huurverlenging aan de huurcommissie.

In gewonen tijd heeft de eerste vraag practisch weinig belang, daar B zoowel na mededeeling door A als door C het huis besluit te verlaten en daar dan op 1 Mei ook werkelijk uit is, omdat hij een andere woning heeft gevonden. Bovendien schijnt voor een enkele onwillige, die een deurwaardersexploit noodig heeft de praktijk zich soms te behelpen, doordat de deurwaarder als zijn principalen zoowel A als C noemt.

Ook kunnen zich geen moeilijkheden voordoen, indien in de koopovereenkomst een uitdrukkelijke clausule voor-

komt: op te zeggen door C en dat deze aan B beteekend wordt of wel andere oplossing: op 1 November komt de koopovereenkomst tot stand, die onmiddelijk gevolgd wordt door zoowel feitelijke levering (aanvaarding dadelijk) als door juridische levering, waarbij men dan misschien nog zou kunnen twisten over de vraag, of het noodig is, de overeenkomst aan den huurder te beteekenen, nu een eigendomsoverdracht ingevolge de overschrijving aan een ieder bekend geacht wordt (1).

Dergelijke oplossingen waren, en zijn nog niet, gebruikelijk. Men ontmoet dus herhaaldelijk den toestand, op 1 November verkocht, te aanvaarden 1 Mei. Wie moet nu opzeggen? Een recent arrest van den Hoogen Raad van 19 April 1918 (*W.* 10275) wordt door de redactie aldus samengevat: „Zoolang de kooper van verhuurd goed niet door overschrijving eigenaar is geworden, mist hij de bevoegdheid om de huur op te zeggen. Zoolang de verkooper nog eigenaar is, komt hem alleen de bevoegdheid toe".

In dit arrest wordt dus als beslissend element genomen de juridische levering, in dien zin, dat zonder juridische levering de kooper niets beginnen kan. Maar nu schijnt door verschillende notarissen ten opzichte van het transport zeer verschillend gehandeld te worden. Eén notaris althans deelde mij mede, dat hij het transport zoo spoedig mogelijk na de koopovereenkomst tot stand bracht, terwijl ik uit eigen ervaring weet, dat een andere notaris de definitieve koopakte pas passeerde op den datum van aanvaarding (1 Mei) tegelijk met de betaling, en er toen dadelijk mede naar het kadaster ging.

---

(1) Zie ook het arrest H. R. 5 November 1896, *W.* 6882 en 5 Maart 1897, *W.* 6937, „waarbij de H. R. *zelfs zoover* (curs. C. F.) ging, dat hij niet eens beteekening van de overdracht eischte, doch aannam, dat de kooper de huur mag opzeggen, ook al is de overdracht aan den huurder niet beteekent". ASSER—LIMBURG III, pag. 649.

Bij den eersten notaris zal dus de kooper de opzegging moeten doen, tenzij de clausule, te aanvaarden 1 Mei een beteekenis zou hebben, die hem dat recht nog ontnam, bij den tweeden notaris zal de kooper in het licht van het zoo juist geciteerde arrest in geen geval de opzegging kunnen doen.

De tweede methode, die de meest voorkomende, en m. i. ook wel de beste schijnt, heeft echter in verband met de Huuropzeggingswet een eigenaardig bezwaar voor den kooper. Vast staat dus, dat de verhuurder-verkooper de opzegging moet doen. Het ligt dus voor de hand, dat de huurder ook hem noemt als verhuurder. Hij is, zal althans onkundig kunnen zijn van den koop, en dus niemand anders kennen en dus in zijn request kunnen noemen, dan den verhuurder-verkooper, waarbij niet onopgemerkt mag blijven, dat de Huuropzeggingswet op zichzelf niet tot deze opvatting dwingt. Wat die wet betreft, is er net zooveel voor te zeggen, om te verstaan onder den verhuurder, die in het inleidend request genoemd moet worden: hem, die verhuurder is tot 1 Mei als hem, die verhuurder zal zijn tijdens de verlenging na 1 Mei.

Opgeroepen wordt dus de verkooper-verhuurder (2), en diens belang zal dus bij de behandeling moeten worden afgewogen tegen het belang van den huurder. Maar uit den aard der zaak heeft hij na 1 Mei geen belang, daar hij dan geen eigenaar meer is, tenzij in het koopcontract een clausule zou voorkomen: „te leveren vrij van huurder".

---

(1) Deze clausule kwam ik nooit tegen, wel een van tegengestelde strekking, waarbij verkooper verkocht onder beding, dat kooper dan maar had te zien, hoe hij de huurder uit de woning kreeg. Clausule ook vroeger niet onbekend, maar in verband met Huuropzeggingswet van bijzondere beteekenis geworden.

(2) Dit ook, indien de clausule te aanvaarden de bovenvermelde beteekenis heeft.

Blijft dus huurder in ieder geval in de woning? Ja, tenzij men des koopers belang in het geding wil brengen, als belang van hem „die de woning te goeder trouw heeft gehuurd".

Tweeërlei zijn de bezwaren, die hiertegen ingebracht kunnen worden, n.l. 1°. bezwaren ontleend aan het woord „gehuurd", en 2°. bezwaren ontleend aan de woorden „te goeder trouw".

Gehuurd! M. i. zal men zich niet al te zeer aan dit woord moeten vastklampen. Juist het geval, dat aanleiding tot dit opstel is, is daarvoor een goed voorbeeld. Een eigenlijke huurder te goeder trouw is er niet, tenzij men de filiaalhouder die in de zaak gezet zou worden, als zoodanig wil beschouwen, wat in dit geval eenigszins kan, omdat hij er ook zou komen te wonen, waardoor men de filiaalovereenkomst het karakter kan geven van een samengestelde huurovereenkomst (art. 5 Huuropzeggingswet), al kan hiertegen opgemerkt, dat de filiaalovereenkomst niet „ten doel had het ten gebruike verkrijgen van een woning". Toch zou het ongewenscht zijn, al de belangen die bij dezen ketting een rol spelen uit te schakelen, omdat er geen huurder bij is. En blijkbaar is dat ook de bedoeling van den wetgever niet geweest. Immers hij wil afwegen de belangen van degen*en* (d. i. meervoud) die de woning gehuurd hebb*en*, en nu gaat het tegen de gewone wetstechniek in om hier te denken, dat hij gedacht heeft aan het geval, dat er voor die ééne woning meerdere huurders zijn. Hij heeft dus waarschijnlijk gedacht aan kettinggevallen. Maar dan zijn de woorden „de woning gehuurd" ook minder juist, en had hij beter gesproken van: *zij die te goeder trouw belang hebben, dat de huur niet wordt verlengd* (1).

---

(1) Zie ook M. v. A. pag. 5: „De kantonrechter zal zich ervan te hebben te vergewissen, of inwilliging van het verzoek stoornis in

Te goeder trouw! Hier zijn m. i. twee gevallen te onderscheiden: de koop vond plaats voor het tot stand komen der Huuropzeggingswet. Dan valt er aan de goede trouw niet te tornen en zeker niet als die koop plaats vond vóór 1 Januari 1918. Maar nu het geval, dat de koop plaats vond bijv. Juni 1918. Kooper moest dus ten volle rekening houden met de Huuropzeggingswet, die verhinderen wil, dat behoorlijke minder kapitaalkrachtige huurders opgejaagd worden door meer kapitaalkrachtigen. Niettemin koopt hij en zegt hij op, resp. laat hij opzeggen, waar de oorspronkelijke eigenaar in gewone omstandigheden niet over gedacht zou hebben. Kan men dit een daad te goeder trouw noemen, zoodat kooper in het geding zijn belangen in de weegschaal moet kunnen werpen. Het kan m. i. betwijfeld worden op grond dat de Huuropzeggingswet er tamelijk illusoir door wordt. De huurder toch, die weet dat hij telken male na hoogstens zes maanden afhangt van de huurcommissie, die weet, dat als die beslissing ongunstig uitvalt, hij in minder dan geen tijd letterlijk op straat staat, die weet, dat hij nergens een ander huurhuis vindt, is vrijwel genoodzaakt om ten spoedigste een ander huis te koopen of, zoo hij dit alles tijdig bedacht heeft, zijn huurhuis, waarvoor hij veelal de voorkeur heeft gekregen, om te zetten in een eigen woning tegen den vraagprijs van den verhuurder die „nog tal van andere liefhebbers heeft", m. a. w. de wet bereikt zijn doel niet of slechts zeer onvoldoende. Anderzijds kan ook niet ontkend worden, dat „één der vele gegadigden", die na bedanken door den huurder koopt, daarvoor de meest nobele reden hebben kan, bijv. gezondheidsredenen. Zou dan toch zoo'n koop niet te goeder trouw zijn?

---

de rechten van derden zal brengen", hoewel dit niet precies klopt op iets hooger: „rechten, die derden te goeder trouw op de woning mochten hebben verkregen".

Al het bovenstaande tegen elkaar opwegend, geloof ik, dat de beste oplossing is, om de kooper en al wie er verder belang bij de ontruiming der woning hebben in het geding toe te laten. De wetgever heeft nu eenmaal geen verkoopverbod uitgevaardigd, ja zelfs blijkt uit de Memorie van toelichting, dat men den eigenaar, indien hij het pand zelf hoog noodig heeft, nog een sprongetje voor heeft willen laten. Immers, zoo lezen wij op pag. 3:

„Het kan voorkomen, dat in een bepaald geval de op-
„zegging alleszins te billijken is, bijv. . . . . indien de ver-
„huurder zelf ter plaatse *moet* komen wonen. De huurder
„treft het dan ongelukkig. . . . . Den rechter is het toe-
„vertrouwd in ieder geval een billijke oplossing te
„geven." (1)

Door ook den nieuwen verhuurder, d. i. de eigenaar tijdens de verlenging toe te laten, wordt zeker het geven van een billijke oplossing in de hand gewerkt. Terloops nog de opmerking, dat voor week- en maandwoningen de kwestie practisch weinig belang heeft. Immers de kooper kan op 1 Mei als verhuurder de woning opzeggen tegen 8 Mei resp. 1 Juni „en daarmede zijn belang in het geding brengen". Nog een reden dus, dat de beschermende kracht voor de huurders van de Opzeggingswet niet overschat moet worden.

Wij zagen dus, dat in het request als verhuurder moet worden opgegeven hij, die verhuurder is op het oogenblik van het stellen van het request, d. i. hij die zoo juist de opzegging heeft gedaan (2) en dat verder de kooper in het geding kan komen. Rest de vraag, hoe die kooper, of

---

(1) Zie ook *W.* 10256 Ktg. Hilversum.

(2) Ik verwaarloos het denkbare maar zeer onwaarschijnlijke geval, dat in de week voor het stellen van het request gegeven na de opzegging, koop, feitelijke en juridische levering plaats vindt.

indien men de boven verdedigde ruime uitlegging niet aanvaardt, hij die werkelijk te goeder trouw *gehuurd* heeft, in het geding komt?

In de praktijk van de Huuropzeggingswet worden al die belangen door den verhuurder-verkooper voorgedragen, en deelt hij dan mede, dat hij ook wel „getuigen" wil medebrengen (1). Natuurlijk kunnen die derden naar ons recht niet als getuigen beschouwd worden. Niettemin nemen wij zoo'n aanbod om „getuigen" mede te brengen steeds gaarne aan. Ja zelfs vragen wij er steeds om met het doel om ze dadelijk na hun verschijnen de vraag te stellen: „Gij hebt „immers ook belang, dat de huurder zijn verzoek tot huur„verlenging niet ingewilligd krijgt? Ja, dan wilt u zich „wel in het geding *voegen* bij den verhuurder die het ver„zoek ook bestrijdt, en uw belangen voordragen".

Op die wijze komen alle belangen behoorlijk als partij in het geding, en krijgt kooper dus alle rechten van een gevoegde partij. Dat een enkele maal een derde belanghebbende totaal onkundig kan zijn van het geding voor de huurcommissie is iets wat ieder, die gevoegde partij zou willen zijn, in ieder ander geding ook kan overkomen.

Wordt nu de huurovereenkomst verlengd, dan zal dat een huurverlenging zijn tusschen verhuurder-verkooper en huurder. Het „koop breekt geen huur", krijgt dus hier de beteekenis van „koop breekt geen verlengde huur".

Keeren wij weder terug naar Ten Oever—Velderman, en pellen uit dit ingewikkeld geval nu een ander stukje uit, n.l. de onderhuur, waarin verlenging gevraagd wordt, ondanks de eerste huur geëindigd is. Kan dat, en zoo ja,

---

(1) Een enkele maal schijnt dit door den verhuurder-verkooper niet te geschieden. Zie W. 10242 en 10256.

hoe is dan de juridische constructie van die verlengde onderhuur? (1)

In gewone tijden en zonder Huuropzeggingswet zal wel geen enkel jurist die vraag opwerpen. Dan staat en valt de onderhuur met de eerste huur, bestaat er geen rechtsband tusschen eerste verhuurder en onderhuurder, behalve dan ex art. 1618 B. W., artikel waarvan trouwens nog de verst gaande beteekenis, gevende aan den oorspronkelijken verhuurder een rechtstreeksche actie tegen den onderhuurder tot het beloop van hetgeen de eerste verhuurder van den eersten huurder heeft te vorderen en met als grens de limiet, die art. 1618 zelf stelt, zeer betwist is. Eenige rechtsband, zij het dan ook waarschijnlijk een kleine, is hier intusschen wel, en die zwakke rechtsband is dan ook het eenige aanknoopingspunt, dat wij in het vooroorlogsche recht hebben. Het wordt dus wel een beenenbrekende sprong om te zeggen: „Zoo'n onderhuur kan verlengd worden".

Toch is er eenige vingerwijzing dat dit kan, welke vingerwijzing, hoe moeilijk de juridische constructie ook mag zijn, wij gaarne zouden volgen, omdat het voor een onderhuurder al even onaangenaam is om op straat te komen als voor een huurder. Aangenomen kan dus wel worden, dat de *strekking* van de Huuropzeggingswet verlenging van een onderhuur toelaat.

Welke die vingerwijzing is: art. 1 al. 7 aanhef, waar staat: „Gedurende den bepaalden termijn kan een vonnis „tot ontruiming van de woning, *ook in geval van onder-* „*huur*, niet worden ten uitvoer gelegd" (2).

---

(1) Zie ook Mr. v. Woelderen in Advocatenblad n°. 10.

(2) Kan het vonnis tot ontruiming dus wel worden verkregen, alleen niet ten uitvoer gelegd? (Invoeging bij revisie zie *W. v. h. R.* 10413.)

Wat kunnen die gecursiveerde woorden anders beteekenen, dan dat de onderhuurder een eigen recht tot verlenging in zijn onderhuur heeft, en dan gedurende de verlenging niet door den eigenaar-eerste verhuurder uit zijn woning gezet kan worden? Zouden die woorden alleen slaan op de verhouding onderverhuurder-onderhuurder, dan waren zij volkomen overbodig, daar die verhouding een gewone huurverhouding is. Merkwaardigerwijze is over deze juridisch zoo belangrijke woorden niets bij de behandeling gezegd. Zij duiken plots op in het, bij de memorie van antwoord ingediende, gewijzigd wetsontwerp, maar in die memorie wordt er niets over gezegd, en ook later niet.

Toch was dit wel noodig geweest. Immers hoe is de toestand?

Aan het einde der huur behoort de huurder de woning te ontruimen en in goeden staat op te leveren. Maar is dan hier onder „ontruimd" te verstaan een woning met een onderhuurder er in, en dus slechts ontruimd voor zoover de eerste huurder aangaat. En in goeden staat? Zal de eerste huurder daartoe in staat zijn, indien de onderhuurder voor zijn deel niet medewerken wil en bij de huurcommissie steun heeft gevonden. Zoo ja, moet de verhuurder daarmede dan genoegen nemen, omdat hier „een schade (?) aan het gehuurde goed gedurende (?) den huurtijd toegebracht", aanwezig is, waarvan de huurder bewijzen kan, dat zij buiten zijn schuld is ontstaan, daar de beslissing van de huurcommissie als overmacht is te beschouwen. Wil men deze m. i. zeer gewrongen constructie (1) al aanvaarden, dan zal men toch in ieder geval moeten onderscheiden, wanneer de onderhuur is tot stand gekomen, al dan

---

(1) Gewrongen, omdat er eigenlijk alleen schade is voor den verhuurder niet aan het gehuurde.

niet op een oogenblik, dat men reeds eenige rekening kon houden met de mogelijkheid van een Huuropzeggingswet. Zoodra men wist, dat er maar zoo iets van die wet in de lucht zat, kon men m. i. van den verhuurder verlangen, dat hij geen onderhuur meer aanging, omdat ook een goed huisvader, die weet, dat hij de woning spoedig vrij moet hebben, geen onderhuur zal aangaan (1). Hieruit volgt tevens dat men na het tot stand komen der wet nooit meer een onderhuur kan aangaan met een volkomen gerust hart, tenzij men daarvoor de uitdrukkelijke toestemming van den verhuurder heeft, m. a. w. door de Huuropzeggingswet wordt feitelijk art. 1595 2e lid B. W. buiten werking gesteld, tenzij men aan de woorden „onder zijn verantwoordelijkheid" een beteekenis wil geven, uitgebreider dan die woorden nog ooit gehad hebben.

Vervolgen wij nog even dit systeem in zijn verdere consequenties. De verhuurder heeft dus nu een woning waarin iemand, die zijn contract van onderhuur met zijn onderverhuurder-eerste huurder heeft verlengd gekregen (2). Wat is nu de rechtsverhouding tusschen verhuurder-onderhuurder? Normaliter is het antwoord, die rechtsverhouding is er niet. Moet er dus geconcludeerd worden, dat de onderhuurder geen huur heeft te betalen aan den verhuurder. Maar moet hij dan misschien huur betalen aan den onderverhuurder met wien zijn contract verlengd is, ofschoon die onderverhuurder niets meer met de woning heeft uit te staan, en dus heelemaal niet begrijpt, waarom men hem die huurpenningen brengt. En indien die onderverhuurder

---

(1) Dit geldt natuurlijk niet, indien de woning bepaald is verhuurd met de bekende bedoeling er een pensionbedrijf in te vestigen.

(2) Men denke ook aan art. 1, al. 2. De moeilijkheid bestaat dus in ieder geval vóór dien tijd.

dit onverwachte voordeel heeft, wat kan dan de eerste verhuurder doen die ook geen enkele rechtsband meer heeft met dien eersten huurder-onderverhuurder om dat geld, waarop hij moraliter toch zeker meer recht heeft dan dien eersten huurder-onderverhuurder, van dien onderverhuurder los te krijgen? (1)

In dit systeem is er, geloof ik, maar één oplossing: Een huur uit de wet aan te nemen tusschen verhuurder en onderhuurder-nu-huurder.

Echter wat voor een huur, op welke voorwaarden? Tegen welken prijs? En indien de onderhuur een pensionovereenkomst is, zal dan ook de verhuurder de meubelen moeten leveren, of blijven de meubelen van den onderverhuurder staan? Waarschijnlijk wel, want de onderhuur is verlengd. Maar moet dan in die verlengde onderhuur een huurprijs betaald worden als van ouds zoodat de onderhuurder dubbel te betalen krijgt: huurprijs uit de wet + huurprijs uit de verlengde onderhuur! Of moet in die verlengde onderhuur een huurprijs betaald worden passende bij de huur der meubels, daar onderverhuurder feitelijk toch alleen die waarde levert, terwijl de onderhuurder dan verder een nader te betalen huurprijs voor zijn huur uit de wet betaalt aan den hoofdverhuurder? Maar dan wordt de oorspronkelijke onderhuurovereenkomst in twee stukken geknipt, en waar is te lezen, dat dit door de huurcommissie? mogelijk is?

---

(1) Dat in de praktijk welwillend medewerkende partijen de zaak wel zoo zullen oplossen, dat de onderhuurder huurder wordt van den eersten verhuurder doet niet ter zake. Het is juist de vraag, hoe is de toestand, indien de medewerking verre is. En de kans daarop is vrij groot, vooral bij een gedeeltelijke onderhuur, waarbij het bedrag der huurpenningen van de onderhuur allicht geringer is dan het bedrag van de eerste huur, terwijl toch de verhuurder practisch zijn heele woning kwijt is.

De eenigste oplossing laat zooveel puzzles over, dat wel mag worden aangenomen, dat het geen oplossing is.

De opvatting, dat de onderhuurder zijn woning ontruimd kan opleveren, waarbij dan onder ontruimde woning te verstaan zou zijn een woning met een onderhuurder er in, voerde ons zoo juist tot een weinig bevredigend resultaat. Probeeren wij daarom een andere constructie, en zeggen wij daarom: de huurder kan door overmacht gedwongen niet voldoen aan zijn verplichting tot oplevering (1), en het gehuurde blijft dus voorloopig in zijn macht. Hij kan dus weer als onderverhuurder beschouwd blijven, met al de rechten en plichten, die uit dat onderhuurcontract voortvloeien.

Wat is dan echter des huurders rechtsverhouding? Is hij bezitter te goeder trouw, of is hij huurder, d. i. de huurder uit de wet.

Bezitter te goeder trouw, kan hij moeilijk genoemd worden, daar hij daartoe de „animus" niet zal bezitten. Het zou anders voor hebben, dat verhuurder dan de onderhuurpenningen van hem op kon vorderen (art. 604, 3°.).

Is hij dan misschien huurder gebleven, d. i. den huurder uit de wet.

Men zou het kunnen aannemen nu een algemeen beginsel ontbreekt, waarnaar wij kunnen beslissen, wanneer werkelijk zulk eene verbintenis aanwezig is. Ook zou men heel misschien zulk een huur kunnen aannemen onder verwijzing naar art. 1609 B. W., maar zelfs in geval van een huur bij geschrifte en voor een bepaalden tijd aangegaan, loopt men nog vast in zooverre de mondelinge huur die dan zou zijn aangegaan zou moeten zijn een mondelinge

(1) Hier zou een aardige pendant zijn van het voorbeeld, dat Prof. MEIJERS praeadvies N. J. V. pag. 171 geeft, als voorbeeld van schadevergoeding, die redelijk is, zonder dat er schade of onrechtmatigheid is.

maand- of weekhuur — de langste termijn van verhuring is immers zes maanden — terwijl wij bij schriftelijke contracten meestal met jaarhuren te doen hebben.

Maar ook deze huur uit de wet geeft tot dezelfde reeks van vragen aanleiding (1) als de boven een oogenblik aangenomen huur uit de wet tusschen verhuurder en onderhuurder.

Ook bij deze huur kan men weer vragen, op welke voorwaarden wordt zij geacht te zijn aangegaan. Was de hoofdhuur oorspronkelijk een jaarhuur met driemaandsche opzegging, wordt de verlengde huur uit de wet dan misschien toch een maand- of weekhuur? Het zou wenschelijk kunnen zijn om zoo althans aansluiting te krijgen aan een eventueel soortgelijke onderhuur. Maar kan de verhuurder geacht worden daar maar zoo genoegen mee te moeten nemen, zonder nadere uitdrukkelijke wetsbepaling. Het is onwaarschijnlijk. Verder zal deze oplossing wel medebrengen dat deze verlengde hoofdhuur uit de wet geschiedt minstens tegen den vroegeren prijs. Maar dan lijdt de huurder een schade van het verschil tusschen die huurprijs en de onderhuurprijs, zoodat hij, hoewel hij feitelijk door overmacht verhinderd is aan zijn verplichtingen te voldoen, toch voor dat niet voldoen aansprakelijk wordt.

Nu moge zoo'n verplichting tot schadevergoeding in het algemeen verdediging kunnen vinden (zie noot op pag. 305) in dit geval zou een schadevergoeding bestaande uit het verschil in huurprijs hoofdhuur—huurprijs onderhuur, gedragen door den huurder-onderverhuurder, m. i. op het verkeerde hoofd terecht komen. Immers de Huuropzeggingswet is een den eigendom beperkende wet. Maar dan is het ook billijk, dat de schade uit die wet voortvloeiend den eigenaar treft.

---

(1) Men denke ook weer aan de pensionovereenkomst.

Hoewel deze oplossing beter is dan de vorige, kan het m. i. geen oplossing genoemd worden. Zij laat te veel vragen open.

Wat dan? Nu de rechtsverhoudingen niet zijn te construeeren, als de onderhuurder ingevolge art. 7 Huuropzeggingswet niet tot ontruiming zou kunnen worden gedwongen, m. a. w. nu de onderhuurder door den hoofdverhuurder ingevolge een revindicatie resp. possessoire actie toch uit de woning wordt gezet, lijkt het practisch zeker het beste, dat de huurcommissie maar geen verlenging verleent.

Maar wat practisch lijkt, heeft bij nader inzien soms nog bezwaren. Zoo ook hier!

Immers de onderhuur, zooals hij aan de huurcommissie voorgelegd wordt, blijft juridisch een heel gewone huur met een huurder, die waarschijnlijk zijn verplichtingen nagekomen is, en een verhuurder die persoonlijk geen belang bij de ontruiming heeft daar hij altijd een beroep kan doen op overmacht. Een huurder, die de woning, d. i. de onderhuurwoning gehuurd heeft, is er waarschijnlijk ook niet. Menschen, die belang bij niet-verlenging in de onderhuur hebben (1), waarschijnlijk wel, maar het is volstrekt niet zeker, dat die belangen grooter zijn dan het belang van den onderhuurder om niet op straat te komen. En dus zal de huurcommissie juridisch wel niet anders kunnen doen dan eventueel die onderhuur verlengen, zonder zich te bekommeren om de vraag, hoeveel onderhuurder aan die verlenging zal hebben. De verhouding verhuurder—huurder is nu eenmaal niet in het geding en het kan zeer wel zijn, dat aan het al of niet geëindigd zijn dier verhouding juridische kwesties ten grondslag liggen, die geheel buiten de competentie der huurcommissie liggen. Men

(1) Zie pag. 297.

denke bijv. aan een geval als aanleiding gaf tot het arrest in *W.* 10275. Al zou de hoofdhuur geëindigd zijn indien de huurder ingevolge zijn recht van voorkoop de beschikking over het pand had gehouden, zou onderhuurder wel degelijk wat aan zijn verlenging gehad hebben. Evenwel indien de onderhuurder feitelijk niets aan zijn verlenging heeft, kan dan de onderverhuurder toch zijn huurpenningen vorderen, op grond van zijn titel, het besluit tot verlenging der huur door de huurcommissie? De mensch wandelt in raadselen.

Ik kom dus tot het resultaat:

Aan de woorden „ook ingeval van onderhuur" in art. 1 al. 7 Huuropzeggingswet is geen bijzondere beteekenis te hechten.

Onderhuur kan waarschijnlijk verlengd worden. Hoeveel onderhuurder aan die verlenging zal hebben, is uit het enkele feit van die verlenging niet te zeggen.

Wil men in zoo'n verlengde onderhuur een speciale bescherming verleenen aan den onderhuurder ook tegen den hoofdverhuurder, wat niet ongewenscht lijkt (1) nu het aantal „dubbele bewoningen" en daarmede het aantal onderhuren dagelijks stijgt, dan zal daarvoor een uitvoerige en zeer moeilijk te ontwerpen regeling moeten worden vastgelegd in de Huuropzeggingswet.

Deventer, December 1918

---

(1) In verband hiermede moge even de aandacht gevestigd worden op het feit, dat onderverhuring het middel schijnt om de Huuropzeggingswet te ontduiken. A verhuurt aan een strooman, die weer onderverhuurt aan C. Zoodra A nu de woning vrij wil hebben zegt hij aan den strooman de huur op. Deze vergeet! een request in te dienen bij de huurcommissie, en zegt de onderhuur op aan C. Verhuurder vindt dan iemand, die geen enkele titel tegenover hem, verhuurder, heeft, in de woning, zet hem er uit, en heeft de woning vrij zonder bemoeienis van lastige huurcommissies.

Nederlandsch-Indisch Strafrecht.

Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indië. Volledige verzameling der ontwerpen met toelichting en de ter zake uitgebrachte adviezen, op last van Zijne Excellentie den Minister van Koloniën bijeengebracht en gerangschikt door de bijzondere commissie uit de Staatscommissie voor de herziening van het Indisch privaat- en strafrecht. (Amsterdam, J. H. DE BUSSY).

Spoedig nadat voor het Rijk in Europa het nieuwe Wetboek van Strafrecht was in werking getreden, werd ter uitvoering van het voorschrift van art. 75, lid 1 van het Regeeringsreglement de samenstelling ter hand genomen van een nieuw Wetboek van Strafrecht voor de Europeanen in Nederlandsch-Indië, een wetboek, dat zooveel mogelijk overeenkomende met het Nederlandsche, bestemd zou zijn het van 1866 dagteekenende en op den grondslag van den Code Pénal berustende wetboek te vervangen. Bij Koninklijk Besluit van 28 Maart 1887 werd de samenstelling van het nieuwe wetboek opgedragen aan eene Staatscommissie met mr. DE PAULY als voorzitter, mrs. DE PINTO, HOVY, MOM VISCH en VAN HAMEL als leden, mr. J. LION als secretaris. Een viertal jaren later had die Commissie hare taak volbracht en kon zij haar ontwerp-Wetboek van Strafrecht met Memorie van Toelichting aan de

Koningin-Regentes aanbieden (1). Dit ontwerp moest uit den aard aan het oordeel der Indische autoriteiten worden onderworpen. Eer dit geschiedde en de adviezen waren ontvangen, verliepen wederom ettelijke jaren. De vaststelling van het Wetboek van Strafrecht kon als gevolg van een en ander eerst in het jaar 1898 plaats vinden en geschiedde bij Koninklijk Besluit van 12 April van dat jaar. Tekst en toelichting waren ontleend aan de van de Staatscommissie afkomstige ontwerpen, die echter naar aanleiding van de in haar handen gestelde adviezen met zorg door haar waren herzien (2).

Aldus was een belangrijk deel van het te verrichten werk volbracht. Doch moeilijke arbeid moest nog volgen. Het strafrecht voor de Inlanders was gecodificeerd in eene van 1872 dagteekenende Ordonnantie; wel bestonden er dus twee verschillende wetboeken voor de Europeanen en voor de Inlanders doch beide kwamen grootendeels met elkander overeen; invoering van een geheel nieuw wetboek voor de Europeanen bracht de noodzakelijkheid mede ook de strafwetgeving voor de Inlanders aan eene algeheele herziening te onderwerpen. Ook de Regeering toonde zich daarvan overtuigd en gaf daarom aan mr. J. Slingenberg de opdracht op den grondslag van en in navolging van het wetboek van 1898 een ontwerp van een Wetboek van Strafrecht voor de Inlanders in Nederlandsch-Indië samen te stellen, voorzien van eene bijbehoorende toelichting. Mr. Slingenberg kwam in 1901 met de vervulling van die opdracht gereed (3); de verwachting mocht worden ge-

(1) Ontwerp en M. v. T. verschenen bij de uitgevers Gebrs. Belinfante.

(2) Ook van het Wetboek met M. v. T. verscheen eene uitgave bij Gebrs. Belinfante.

(3) Tekst van het ontwerp en de M. v. T. zijn in druk verschenen.

koesterd, dat nu spoedig met de voorbereiding van de invoering van de nieuwe strafwetgeving zou worden begonnen en aldus het in 1887 ondernomen werk zou worden voltooid. Te snel zou het ook dan niet zijn gegaan (1).

Doch er rezen nieuwe moeilijkheden. In de Memorie van Toelichting van mr. SLINGENBERG werd de vraag gesteld, of nu het wetboek voor de Inlanders werd ontworpen op den grondslag van het voor de Europeanen vastgestelde wetboek het niet mogelijk zou zijn een gemeenschappelijk wetboek voor beide groepen van de bevolking vast te stellen, met afzonderlijke bepalingen, voor zoover noodig, voor elk der beide groepen. Mr. SLINGENBERG, de mogelijkheid van zoodanige regeling toegevende, beantwoordde de vraag van hare wenschelijkheid in ontkennenden zin. Naar zijne meening zou er in het algemeen meer kans bestaan, dat aan de eigenaardige behoeften van beide klassen der bevolking recht zal wedervaren door afzonderlijke wetboeken dan door ééne codificatie voor beide zelfs met afwijkingen. Deze meening mocht in de jaren, waarin mr. SLINGENBERG tot den door hem verrichten arbeid geroepen werd, nog wel als de heerschende worden aangemerkt doch spoedig bleek, dat zij ook bij de Regeering niet meer als de juiste gold. In de M. v. T. tot de in 1904 ingediende ontwerpen tot wijziging van de artt. 75 en 109 Regeeringsreglement gaf de Minister van Koloniën als zijne zienswijze te kennen, dat bij aanneming van die ontwerpen wat betreft de strafwetgeving onmiddellijk naar eeenheid in plaats van het toen nog geldende dualisme kon worden gestreefd. Het

(1) Over het Wetboek voor de Europeanen: Mr. J. SLINGENBERG, T. v. Sr. XI, bl. 259 en mr. J. C TH. HEIJLIGERS, *Themis* 1899, bl. 288; over het ontwerp voor de Inlanders: Mr. J. W. G. KRUSEMAN, T. v. Sr. XV, bl. 31 en diens proefschrift: Beschouwingen over het Ontwerp Wetb. v. Strafr. voor Inlanders in Nederlandsch-Indië.

reeds afgekondigde doch nog niet in werking getreden wetboek voor de Europeanen kon worden herzien en in navolging van de Indian Penal Code, het voorbeeld ook door mr. SLINGENBERG genoemd, kon één wetboek voor de verschillende groepen der bevolking worden tot stand gebracht.

Het is hier niet de plaats stil te staan bij de lijdensgeschiedenis, die de herziening van art. 75 van het Regeeringsreglement ons te zien geeft. De nieuwe tekst, niet zonder moeite bij de wet van 31 December 1906 vastgesteld, gaf reeds dadelijk tot zooveel verschil van uitlegging aanleiding (1), dat van inwerkingtreding der nieuwe bepalingen moest worden afgezien en in 1913 andere voorstellen tot vaststelling van een herzienen tekst aan de Staten-Generaal moesten worden aangeboden (2). Die voorstellen werden eerst juist dezer dagen bij de Tweede Kamer afgedaan, zoodat op dit oogenblik nog altijd de ongewijzigde tekst van het zoo veel besprokene art. 75 van kracht is (3). Voor de codificatie van het strafrecht is echter deze gansche strijd van minder beteekenis. Immers anders dan voor het privaatrecht gold voor het strafrecht reeds lang, dat daarbij niet de zeden en opvattingen van de inlandsche groepen der bevolking mochten worden gevolgd, dat het zooveel mogelijk op dezelfde beginselen als het strafrecht voor de Europeanen behoorde te berusten (4). Zooals reeds werd opgemerkt, kwamen de

(1) Men zie de bijdragen in *W.* 8681, 8718, 8725, 8730, 8752 en 8760.

(2) Vgl. DE LOUTER, Handboek van het staats- en administratief recht van Nederlandsch-Indië, bl. 473 en 474; CARPENTIER ALTING, Grondslagen der rechtsbedeeling in Ned.-Indië, bl. 63 vlgg.

(3) De wet tot wijziging van het artikel is inmiddels in het *Staatsblad* verschenen.

(4) KLEINTJES, Het Staatsrecht van Nederlandsch-Indië, II, bl. 55—57; Geschiedenis, bl. 8—14.

wetboeken van 1866 en 1872 in hoofdzaak met elkander overeen; het voornaamste verschil lag in het onderscheid van strafstelsel. De vraag of het systeem van twee wetboeken behoorde behouden te blijven, dan wel door eenheid van strafwetgeving behoorde te worden vervangen, was dan ook minder eene quaestie van beginsel dan van legislatief beleid; ook het strafwetboek door mr. SLINGENBERG ontworpen was, bij vergelijking met het wetboek van 1898, niet een ander doch slechts een gewijzigd wetboek. Het mag daarom geen verwondering baren, dat de Regeering in het jaar 1909 aan de Bijzondere Commissie uit de Staatscommissie voor de herziening van het Indische privaat- en strafrecht de opdracht gaf tot het ontwerpen van een voor *alle* bevolkingsgroepen van Nederlandsch-Indië geldend strafwetboek. In hare Algemeene Beschouwingen, waarmede de Commissie hare toelichting tot het door haar volgens die opdracht saamgestelde ontwerp aanvangt, geeft zij de gronden aan, waarop aan eene voor alle bevolkingsgroepen geldende strafwetgeving de voorkeur moet worden gegeven (1).

Bij zijne voordracht aan de Koningin tot vaststelling van het nieuwe wetboek overeenkomstig het door de Commissie saamgestelde ontwerp vereenigde Minister PLEYTE zich met het door zijn ambtsvoorganger ingenomen standpunt en met de door de Commissie daarvoor aangevoerde gronden, daarbij voorts betoogende, dat het nog steeds ongewijzigd gebleven art. 75 zich tegen het stelsel van één strafwetboek voor de geheele bevolking niet verzette (2). De uitkomst van een en ander was, dat bij K. B. van 15 October 1915 n°. 33 het Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indië kon worden vastgesteld. In den con-

(1) Geschiedenis, bl. 14—19.

(2) Geschiedenis, bl. 26—28.

siderans van dit Besluit werd overwogen niet alleen, dat de in Nederlandsch-Indië geldende strafwetboeken algeheele herziening behoefden, doch tevens dat de tijd was aangebroken voor regeling van het strafrecht aldaar bij één enkel voor alle bevolkingsgroepen geldend wetboek.

Zooals reeds werd medegedeeld werd de opdracht tot samenstelling van het nieuwe wetboek aan de daarvoor aangewezen Commissie gegeven in het jaar 1909. Ongeveer vier jaar later, in Mei 1913, was de Commissie met haar ontwerp gereed, dat daarna aan de Indische autoriteiten om advies moest worden toegezonden (1). Die adviezen werden in den loop van 1914 door den Minister ontvangen en na verdere voorbereiding, waaronder het inwinnen van het advies van den Raad van State, kon daarop, naar reeds werd vermeld, bij K. B. van 15 October 1915, *Stbl.* 732, het nieuwe wetboek worden vastgesteld (2).

Reeds bij K. B. van 4 Mei 1917, *Stbl.* 497, verscheen de Invoeringsverordening van het wetboek. Daarbij werd aan den Gouverneur-Generaal machtiging verleend het tijdstip van de inwerkingtreding van het wetboek te bepalen, krachtens welke machtiging die inwerkingtreding bij Ordonnantie van 31 October 1917 werd vastgesteld op 1 Januari 1918. Bijna een en dertig jaren waren toen verloopen, sedert de eerste maatregel werd genomen om tot de herziening van de strafwetgeving in Nederlandsch-Indië

(1) Het ontwerp is in druk verschenen bij Boekh. en Drukkerij vh. G. C. T. van Dorp & Co., met bewerking van mr. J. H. Carpentier Alting.

(2) Eene tekstuitgave van het wetboek is verschenen bij Martinus Nijhof te 's-Gravenhage en in de serie Hekmeijer en Corporaal (G. Kolff & Co., Batavia-Weltevreden), bewerkt door mr. F. C. Hekmeijer. In deze serie is ook opgenomen de Invoeringsverordening Strafwetboek, mede bewerkt door mr. F. C. Hekmeijer.

te geraken. Over al te groote voortvarendheid zal dus ook hier niet mogen worden geklaagd.

De wet moet verklaard worden uit de wet zelf. Ook voor het nieuwe Indische Strafwetboek geldt natuurlijk deze allereerste regel van wetsuitlegging. Toch blijft voor de bestudeering van wettelijke voorschriften kennismaking met hunne geschiedenis van onmiskenbare waarde. Ook al kent men, zeker volkomen terecht, aan de toelichting van de samenstellers der wet geenerlei bindende kracht toe, ter verduidelijking van tot twijfel aanleiding gevende bepalingen kan aan die toelichting beteekenis niet worden ontzegd. Daarom is het werk, waarvan ik den volledigen titel aanhaalde in het opschrift boven dit opstel, eene zeer toe te juichen uitgave. Naar het indertijd door SMIDT gegeven, sindsdien herhaaldelijk gevolgde voorbeeld, vindt men in dit werk op uitnemende wijze het bronnenmateriaal verzameld en gerangschikt, dat op het wetboek betrekking heeft. Wat den tekst der bepalingen betreft worden vermeld het ontwerp der Commissie, het naar aanleiding van de Indische adviezen gewijzigde Regeeringsontwerp, het als gevolg van het advies van den Raad van State nader gewijzigde ontwerp. Bij de schriftelijke behandeling worden achtereenvolgens genoemd de toelichting van de Commissie, de adviezen van de Indische autoriteiten (Directeur van Justitie, Raad van Indië, Gouverneur-Generaal), het rapport van den Minister aan de Koningin, het advies van den Raad van State, het nader rapport van den Minister. Aldus vindt men alle over het wetboek gewisselde stukken bijeen en heeft men in deze „Geschiedenis" inderdaad den volledigen ontwikkelingsgang van het wetboek, althans te beginnen met den in 1909 nieuw aangevangen bewerking. De door de Commissie samengestelde uitgave vormt eene uitnemende, eene onmisbare bron bij de studie van de nieuwe strafwetgeving en men mag den Minister van

Koloniën dankbaar zijn, dat hij tot die uitgave de opdracht gegeven heeft. Zonder haar zou inderdaad aan de uitlegging van het wetboek de noodzakelijke grondslag ontbreken.

Ik zou met deze beschouwing mijne taak, de aankondiging van de „Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indië", als volbracht mogen beschouwen. Eene nadere bespreking van den inhoud van dit werk is weinig op hare plaats. Toch zou ik gaarne, nu zulk eene uitstekende bron ter bestudeering van het nieuwe wetboek te mijner beschikking stond, wat verder willen gaan, mijne taak wat ruimer willen opvatten, en enkele mededeelingen willen doen over strekking en inhoud van de nieuwe strafwetgeving. Zij heeft tot dusver weinig de aandacht getrokken van de rechtsgeleerden in het moederland (1), gelijk over het algemeen het rechtskundig leven in de koloniën zelden de belangstelling wekt van de juridische kringen in het Rijk in Europa. Gelukkig is deze toestand stellig niet. Inniger verhouding tusschen de juristen ginds en hier ware zeker niet ongewenscht. Ik mag daarom de aangeboden gelegenheid niet laten voorbijgaan de nieuwe Indische strafwetgeving binnen den gezichtskring onzer Nederlandsche rechtsgeleerden te brengen.

Van den aanvang af heeft bij de bewerking van het nieuwe Indische strafrecht de gedachte op den voorgrond gestaan, dat dit strafrecht zoo nauw mogelijk moest aansluiten aan de toen nog betrekkelijk kort geleden nieuw tot stand gekomen Nederlandsche strafwetgeving. Getrouw aan het in art. 75 van het Regeeringsreglement neergelegde beginsel, werd bij de samenstelling van het wetboek voor de Europeanen het wetboek van 1881 gevolgd, voor

(1) Inmiddels verscheen het artikel van mr. TAVERNE in den loopenden jaargang van het *T. v. Sr.* bl. 121 vlgg.

zoover niet door specifiek Indische toestanden afwijkingen werden gevorderd. De Staatscommissie heeft zich bij haar arbeid zeer streng aan dezen regel gehouden en slechts voor zeer weinig bepalingen eene verduidelijking of verbetering voorgesteld, die niet in Indische toestanden haar rechtvaardiging vond (1).

Bij het in 1898 vastgestelde wetboek is men daarin wat verder gegaan; de M. v. T. vermeldt verschillende bepalingen, die in het wetboek zijn gewijzigd, terwijl zij in het ontwerp der Staatscommissie onveranderd waren overgenomen (2). Verschil in stelsel bestond er echter te dien opzichte tusschen ontwerp en wetboek niet; het was niet meer dan eene quaestie van wat meer of minder. De beperking, die men zich ten opzichte van het aanbrengen van wijzigingen en wenschelijke verbeteringen had opgelegd, komt zeer scherp uit, wanneer men het in 1898 vastgestelde wetboek vergelijkt met de van dezelfde Regeering afkomstige, in 1900 ingediende ontwerpen tot herziening van het Wetboek van Strafrecht. Van de doorloopende revisie, toen ondernomen, was enkele jaren tevoren geen spoor te vinden. Ook toen nà de indiening van de zooeven bedoelde ontwerpen mr. Slingenberg zijn ontwerp voor het wetboek voor de Inlanders samenstelde, heeft hij die ontwerpen niet gevolgd en zich als regel onthouden niet alleen van principieele wijziging doch ook van technische verbetering in die ontwerpen aangegeven (3). Enkele veranderingen werden nog aangebracht doch het geschiedde slechts bij hooge uitzondering (4). Het wetboek voor de Inlanders moest zoo nauw mogelijk aansluiten aan het

(1) M. v. T. bl. 85.

(2) De M. v. T. op het wetboek (bl. 98) vermeldt een 28-tal gewijzigde bepalingen, die op het ontwerp slechts negen.

(3) M. v. T. bl. 99/100.

(4) M. v. T. bl. 101.

wetboek voor de Europeanen, gelijk dit weer eene zoo getrouw mogelijke navolging moest zijn van de in het moederland geldende strafwetgeving. Aan het codificeeren van een eigen, zelfstandig strafrecht werd niet gedacht.

Ook bij de samenstelling van het thans ingevoerde wetboek heeft men zich geheel door dezelfde opvatting laten leiden. Naar in de M. v. T. wordt vooropgesteld, heeft men het Nederlandsche Wetboek van Strafrecht zooveel mogelijk gevolgd en is men daarvan alleen afgeweken, wanneer de bijzondere toestanden in Nederlandsch-Indië dit noodzakelijk maakten. Slechts in enkele gevallen heeft men van het Nederlandsche Wetboek afwijkende voorschriften gegeven, op grond dat de daarin opgenomen wetsbepalingen op zichzelve blijkbaar aan verduidelijking of verandering behoefte hadden. Ook deze Commissie verklaart dat zij zich daarbij tot het hoogst noodige heeft beperkt. Dat zij zich inderdaad in dit opzicht niet is te buiten gegaan blijkt wel daaruit, dat in het Eerste Boek slechts een zestal bepalingen zijn aangevuld en gewijzigd, buiten verband met de bijzondere toestanden, waarvoor het wetboek zou moeten gelden. De belangrijkste wijziging is wel die van art. 90 tegenover art. 82 N. W. v. S.; in navolging van de ontwerpen Cort v. d. Linden en Loeff, is teruggekeerd tot het aanvankelijke voorstel van Staatscommissie en Regeering om van het begrip „zwaar lichamelijk letsel" eene omschrijving in de wet vast te leggen. Doch tal van belangrijke vragen, met betrekking tot het Nederlandsche Wetboek gerezen, vragen waarop reeds het ontwerp Cort van der Linden eene oplossing in een bepaalden zin had trachten te geven, zijn als vragen in het Indische Wetboek overgegaan. Ik noem slechts als voorbeelden: den omvang van de strafbaarheid der poging met ondeugdelijk middel of op ondeugdelijk object, de verschillende quaesties betrekkelijk de deelneming, de groote

moeilijkheden bij de leer van het opzet ook en vooral in verband met de grenzen van het opzet ten aanzien van de bijzondere strafbare feiten. Het is m. i. zeer de vraag, of de wetgever voor Indië zich aldus niet eene te groote beperking heeft opgelegd. Als men een wetboek overneemt, dat bijna een kwart eeuw heeft gegolden, is men toch niet verplicht zoodanig wetboek te volgen met al de daarin inmiddels aan den dag getreden onjuistheden en onduidelijkheden. Zulk eene slaafsche navolging kan onmogelijk in de bedoeling hebben gelegen van den wetgever, toen hij bij het beginsel stelde van het eerste lid van art. 75. Op zich zelf is het reeds niet zonder bedenking bij eene codificatie zich te gaan houden aan eene wetgeving, die reeds een menschengeslacht oud is; men heeft dan immers alle kans een wetboek te gaan invoeren, dat reeds verouderd is op het oogenblik waarop het gaat gelden (1). Of men ten aanzien van ons Wetb. v. Strafr. reeds van verouderd spreken mag zal afhangen van het standpunt, waarop men zich ten aanzien van belangrijke vragen van strafrechtspolitiek stellen wil. De strafrechtswetenschap heeft juist weer in de laatste jaren eene gewichtige periode van ontwikkeling doorgemaakt; vele uitkomsten zijn nog onzeker, doch tegenover de heerschende meeningen van 1881 zijn de tegenwoordige wel veranderd. Intusschen nu men eenmaal zoo lang gewacht had met de voltooiing van het in 1887 ondernomen werk, moest men wel, wilde men niet geduld oefenen tot na de totstandkoming van eene misschien nog jaren uitblijvende revisie van het Nederlandsche Wetboek, zich aan de beginselen van dat Wetboek houden. Doch een wat vrijer stelsel van overneming zou aan de belangen van Indië niet hebben geschaad en

(1) In het Indische Wetb. van 1915 vindt men nog de bepalingen omtrent de voorw. invrijheidstelling, voor Nederland reeds in hetzelfde jaar 1915 belangrijk gewijzigd.

misschien nog aan de ontwikkeling van het strafrecht in Nederland hebben kunnen te goede komen.

Het Nederlandsche Wetboek moest dus worden gewijzigd en aangevuld, voorzoover specifiek Indische toestanden dit vorderden; nu voor alle groepen der bevolking een zelfde wetboek moest worden samengesteld moest natuurlijk ook rekening worden gehouden met de Inlandsche maatschappij en de daar heerschende toestanden. De Commissie verklaarde in haar toelichting, dat zij aan aanpassing aan die toestanden bij de vervaardiging van haar ontwerp in het bijzonder haar aandacht gewijd heeft (Bl. 21) en de Minister constateerde in zijn rapport aan de Koningin, hoe hem juist bijzonder had getroffen de groote moeite, welke de Commissie zich had gegeven om de bepalingen van het Nederlandsche Strafwetboek aan te passen aan de Indische toestanden, ook voor zoover deze uitsluitend onder de Inlanders en de Vreemde Oosterlingen bestaan (Bl. 29). Daarom achtte de Minister dan ook de verwachting gewettigd, dat het ontworpen wetboek, ofschoon op alle bevolkingsgroepen toepasselijk, beter bij de rechtsbehoeften van de evengenoemde twee groepen zal aansluiten dan het bestaande, bijzonder voor hen gemaakte strafwetboek voor de Inlanders. Met dit laatstgenoemde wetboek was dan ook zeker in de aangeduide richting het hoogste niet bereikt; daarvoor was het wetboek van 1872 te veel eene navolging geworden van het wetboek van 1866 en was daarin, naar Carpentier Alting opmerkt (1), te weinig rekening gehouden èn met de strafbare feiten, zooals die zich in de inlandsche maatschappij voordoen, èn met de opvattingen, die op dat gebied bij de niet-Europeesche volken bestaan. De Commissie kon dus ook in het stelsel van het ééne wetboek zonder te veel moeite het

(1) T. a. p. bl. 57.

werk beter maken dan de wetgever van 1872 het had gedaan. Eene andere vraag, die natuurlijk de reeds besproken quaestie van de unificatie van het strafrecht beheerschte, was wel of het wetboek van 1881 in zijn bouw en beginselen voor eene bevolking als de Inlandsche geschikt mocht worden geoordeeld. Mr. W. DE GELDER had die vraag met groote beslistheid ontkennend beantwoord en verschillende punten aangegeven, waarop z. i. de Nederlandsche strafwet als niet passend voor de Inlandsche bevolking mocht worden aangemerkt (1). Z. i. droegen de beginselen van die strafwet voor eene Polynesische bevolking eene veel te wijsgeerige kleur; beginselen als, niet de straf, doch de misdaad onteert, waren met haar opvattingen in strijd; eene bepaling als die van het algemeene minimum deugde niet voor de Inlandsche rechtspraak; het gevolgde begrip van opzet, zou, indien men daarmede ernst maakte, ten gevolge moeten hebben, dat in duizende gevallen de Inlandsche misdadiger moet worden vrijgesproken. De bedenkingen van mr. DE GELDER hebben bij de toepasselijkmaking van het Nederlandsche strafrecht voor de Indische bevolking weinig instemming, naar ik meen ook weinig aandacht gevonden. Zoo is bijv. in art. 12 het algemeene minimum van één dag voor de tijdelijke gevangenisstraf overgenomen, zonder dat daaraan eenige verdere beschouwing is gewijd; zelfs is het algemeene minimum van de geldboete van 50 cents nog verminderd tot 25 cents. Ook bleef ongewijzigd behouden, wat ik zou willen noemen een der wijsgeerige beginselen, waarop mr. DE GELDER doelde, de tweeledige verdeeling van de strafbare feiten in misdrijven en overtredingen. De Commissie merkte in haar toelichting te dien opzichte zeer lakoniek op (bl. 22), dat die verdeeling reeds overeenkwam

(1) Het Strafrecht in Nederl.-Indië, Voorbericht, bl. X vlgg.

met die van het geldende recht. De opmerking is juist doch zij geeft toch eigenlijk maar de halve waarheid en dus eigenlijk eene onwaarheid. De verdeeling in misdrijven en overtredingen, omschreven in de artt. 1 en 2 van de wetboeken van 1866 en 1872, is toch immers eene gansche andere dan die van het Nederlandsche W. v. Sr. en heeft met het beginsel, waarop men die laatste verdeeling meende te mogen steunen, niet het minste uit te staan. Het is m. i. in de hoogste mate twijfelachtig, of dat beginsel, reeds voor het Nederlandsche recht zeer betwistbaar, aan een wetboek voor eene bevolking als de Inlandsche had mogen zijn ten grondslag gelegd. Noch in de M. v. T. van de Staatscommissie van 1887 noch in de M. v. T. van mr. Slingenberg wordt aan deze quaestie een enkel woord gewijd, toch zou zij de aandacht zeker verdiend hebben. Zou men, om slechts één punt even aan te stippen, inderdaad meenen, dat het rechtsbewustzijn van den Inlander hem de strafwaardigheid zal doen inzien van alle strafbare feiten, thans te zijnen aanzien als misdrijf strafbaar gesteld? De Commissie zegt, dat zij de leer van opzet en schuld, die immers ook met de opvatting van het misdrijf als rechtsdelict samenhangt, heeft overgenomen, ondanks de afwijkende opvattingen in dit opzicht bij vele Indische volken. Waarom heeft zij dat gedaan? Zij vertelt het niet. Gold hiervoor eene andere reden, dan dat bij niet-overneming van zulk een belangrijk principieel onderdeel het geheele stelsel der unificatie had moeten zijn losgelaten? In elk geval kan men niet beweren, dat in eene dergelijke uitspraak, als die ik zooeven aanhaalde, ook maar eene poging zou zijn gelegen, ernstig rekenschap af te leggen van de gronden, waarop men bezwaren als die van mr. de Gelder als niet beslissend heeft aanvaard.

Het belangrijkste gedeelte van elk wetboek blijft wel het daarin gevolgde strafstelsel. Uit den aard moesten juist

daarin belangrijke wijzigingen worden aangebracht. Opmerking verdient allereerst, dat ook met betrekking tot de straffen eenheid van stelsel is gevolgd ten aanzien van Europeanen en Inlanders; in den geheelen tweeden Titel vindt men geen enkel voorschrift, waarbij tusschen de twee groepen der bevolking onderscheid wordt gemaakt, al kan uit eene enkele bepaling (art. 26 en art. 29) zoodanig onderscheid in de praktijk wel voortvloeien. De belangrijkste verschilpunten tusschen de strafstelsels van het Nederlandsche en van het Indische Wetboek kunnen nu verder tot een vijftal worden teruggebracht: 1°. Opneming van de doodstraf onder de hoofdstraffen; 2°. Niet-overneming van het stelsel van afzonderlijke opsluiting; 3°. Mogelijkheid voor den tot hechtenis van ten hoogste zes dagen veroordeelde om de uren buiten den werktijd in vrijheid door te brengen; 4°. Arbeid voor de tot gevangenisstraf en tot hechtenis veroordeelden ook buiten de muren van het strafgesticht; 5°. Niet-opneming van de plaatsing in eene rijkswerkinrichting onder de bijkomende straffen.

De opneming van de doodstraf mag ongetwijfeld als de voornaamste wijziging van het strafstelsel worden aangemerkt. Die uiterste straf is bedreigd in een elftal gevallen, bij de ernstigste misdrijven tegen de veiligheid van den staat, bij moord, bij diefstal en afpersing gepleegd onder zeer verzwarende omstandigheden, bij de misdrijven van zeeroof, kustroof, strandroof en rivierroof, den dood van een der slachtoffers ten gevolge gehad hebbende. Van eene imperatieve bedreiging van de doodstraf is afgezien; de rechter heeft de keus tusschen die straf, levenslange gevangenisstraf en tijdelijke van ten hoogste twintig jaren. Daar ook hier de bepaling van het algemeene minimum geldt, kan de rechter een misdrijf, waarvoor hij de doodstraf mag opleggen, ook straffen met één dag gevangenis-

straf. De aldus den rechter gelaten macht is, naar ook de Commissie zelf opmerkte (bl. 50), wel ontzaglijk groot, doch nu men eenmaal aan de afschaffing der bijzondere minima vasthield, was dit niet te vermijden. Men had deze consequentie van het stelsel te aanvaarden.

Was het behoud van de doodstraf in de Indische strafwetgeving noodzakelijk? Bij de vaststelling van het thans ingevoerde wetboek schijnt daaromtrent ernstige twijfel niet gerezen. De Staatscommissie, die het wetboek van 1898 had ontworpen, verschilde onderling van gevoelen, twee van hare vijf leden waren door de van de zijde der meerderheid aangevoerde gronden niet overtuigd (Verslag, bl. IX); in de M. v. T. voor het wetboek van 1915 wordt van eenig verschil in den boezem der Commissie geen melding gemaakt en de over het ontwerp uitgebrachte adviezen toonden alle hunne instemming door aan de toch zoo gewichtige quaestie geen enkel woord te wijden. Het hoofdargument lag natuurlijk in de onmisbaarheid van de doodstraf om hare afschrikkende werking. De juistheid en de onjuistheid van dit argument zijn reeds zoo dikwijls betoogd, dat het wel onmogelijk lijkt, daaromtrent in het algemeen iets nieuws bij te brengen. De eenige vraag zou slechts kunnen zijn, of met het oog op de bijzondere geaardheid van de Inlandsche bevolking te haren opzichte die afschrikkende kracht meer bijzonder zou mogen worden aangenomen. De M. v. T. heeft zich aan een betoog ter bevestigende beantwoording van die vraag niet gewaagd en ik voor mij zou geneigd zijn, rekening houdende met hetgeen omtrent geaardheid, karakter en overtuigingen van den Inlander bekend is, het antwoord veeleer ontkennend, zoo niet in tegengestelden zin, te doen luiden. Intusschen het blijft bij deze vraag altijd een quaestie van meenen en gissen, bewijzen in eene bepaalde richting zijn niet bij te

brengen (1). Tegenover de mogelijke waarde, die aan het aangevoerde argument zou mogen worden toegekend, staat als tegenargument het gevaar van de rechterlijke dwaling en dus van de terechtstelling van een niet-schuldige. Ongetwijfeld mag worden aangenomen, dat dit argument voor Indië veel sterker geldt dan voor het moederland. In de uitnemende rede, waarin mr. KLEINTJES in de vergadering van het Indisch Genootschap van 20 Maart 1910 de doodstraf voor Indië heeft bestreden, werd door den spreker met grooten nadruk gewezen op de onbetrouwbaarheid van den Inlander als getuige; wat daaromtrent door hem is opgemerkt is niet weersproken en het is wel teekenend, dat de Commissie aan deze zijde van het vraagstuk hare aandacht niet heeft geschonken, te meer, waar zij zelf bij de toelichting van art. 243, aanzetting tot meineed, terwijl de meineed niet is gevolgd, er op wijst, hoezeer de Inlander gemakkelijk tot meineed is te bewegen (bl. 302). Juist in verband daarmee maakt hare verdediging van de opneming van de doodstraf op mij geen overtuigenden indruk. Het kan zijn, dat in buitengewone omstandigheden, als noodmaatregel, tot de toepassing van de doodstraf moet kunnen worden overgegaan en dat daarom behoud van die straf in het strafwetboek gewenscht kan zijn. Doch indien behoud op dien grond wordt aangenomen, dan is het wel gewenscht daaraan in de wet zelf uitdrukking te geven. Ook de Commissie spreekt van de doodstraf toegepast als een uiterst middel, als een „noodrecht" (bl. 17). Aanvaardt men die opvatting, dan had men haar in de wet kunnen en moeten neerleggen op de wijze als dit in het Wetboek van Militair Strafrecht, art. 9, is uitgesproken. Ik laat daarbij in het midden, of de in dit artikel gebezigde

(1) Opmerking verdient, dat sinds 1907 de openbare tenuitvoerlegging van de doodstraf is afgeschaft; vgl. art. 339 Reglement op de Strafverv. en art. 323 *a* Inlandsch Reglement.

formule gelukkig gekozen is, doch het zou toch wel niet onmogelijk zijn geweest de gehuldigde bedoeling in eene betere en scherpere formule uit te drukken. Daardoor zou den rechter eene aanwijzing zijn gegeven, dat oplegging van de doodstraf slechts als uitzonderingsmaatregel zou zijn toegelaten. Thans is de vraag, doodstraf of levenslange gevangenisstraf, geheel aan het inzicht van den rechter overgelaten; de wetgever heeft de verantwoordelijkheid van zichzelf afgeschoven en haar op de schouders gelegd van de rechterlijke macht. Mag deze in staat worden geacht zoo zwaar eene taak naar eisch te vervullen? Indien ik naga, aan welke handen bij de Indische strafrechtspleging de moeilijke beslissing *kan* zijn toevertrouwd, dan aarzel ik om die vraag bevestigend te beantwoorden.

Bij de regeling der vrijheidstraffen is de onderscheiding tusschen de twee soorten van die straf, de gevangenisstraf en de hechtenis, van het Nederlandsche wetboek overgenomen. Een zeer belangrijk verschil tusschen die twee straffen, het ondergaan van de gevangenisstraf in afzondering als regel gedurende de eerste vijf jaren, is vervallen. Naar in de M. v. T. wordt uiteengezet, is aan de toepassing van het stelsel van afzondering in Indië zoo groot bezwaar verbonden, dat daaraan onmogelijk kan worden gedacht (1). In verband met de algemeene toepassing van de gemeenschappelijke opsluiting stelt nu art. 13 voor alle tot gevangenisstraf veroordeelden het voorschrift van klassenverdeeling, zonder echter omtrent de geaardheid van die verdeeling eenige nadere aanwijzing te geven; art. 29 laat te dien opzichte alles aan de volgens dit artikel vast te stellen ordonnantie over (2). Nog een ander verschil, dat

(1) Het Wetb. van 1898 kende de afzondering tot een maximum van een jaar, art. 13.

(2) Anders art. 17, lid 2, Wetb. 1898. De ordonnantie ter uitvoering van de artt. 23 en 29 dagteekent van 10 December 1917.

ons wetboek maakt tusschen gevangenisstraf en hechtenis, een verschil dat in de praktijk zeker weinig beteekent, is in het Indische wetboek vervallen. Zoowel de tot gevangenisstraf als de tot hechtenis veroordeelde is verplicht tot het verrichten van den hem opgedragen arbeid; de artt. 14 en 19 stellen te dien opzichte beide gelijk; slechts moet aan den tot hechtenis veroordeelde lichtere arbeid worden opgedragen dan aan den veroordeelde tot gevangenisstraf. Daartegenover maakt art. 20 een verschil, dat onze wet niet kent. Bij de rechterlijke uitspraak kan worden bepaald, dat de tot hechtenis van ten hoogste zes dagen veroordeelde de uren buiten den werktijd in vrijheid zal doorbrengen. Deze bepaling is te danken aan het initiatief van den Directeur van Justitie, die tegenover de bedenkingen van de Commissie (bl. 52—54) in zijn advies den door hem aanbevolen maatregel zeer nadrukkelijk verdedigde en daarbij in hoofdzaak de instemming mocht vinden van den Raad van Indië en van den Minister. De maatregel sluit zich aan bij proefnemingen, welke in de laatste jaren in Indië waren genomen en daarin bestonden, dat personen, die volgens art. 5, 6°. Wetboek voor de Inlanders veroordeeld waren tot tenarbeidstelling aan de publieke werken voor den kost zonder loon, niet in de gevangenis werden opgesloten doch slechts verplicht op den bepaalden tijd op een hun aangewezen plaats aanwezig te zijn en daar het hun opgedragen werk te verrichten. Terwijl de Commissie zich bepaald tegen een soortgelijken maatregel verklaarde, werd deze door den Directeur van Justitie uitvoerig verdedigd (bl. 76—80) en het wil mij voorkomen, dat hij terecht zijn pleit heeft gewonnen. Intusschen er is nog wel belangrijk verschil tusschen wat hij voorstelde en wat in het wetboek is opgenomen. Door den Directeur was de bepaling imperatief gesteld voor hen, die hechtenis van ten hoogste zes dagen ondergaan; art. 20 laat, zooals reeds

is vermeld, de al of niet toepassing van den maatregel van de uitspraak van den rechter afhangen. Een tweede verschil is, dat de Directeur den maatregel alleen van toepassing wilde doen zijn, bij tewerkstelling buiten de muren van een gesticht; in art. 20 wordt te dien opzichte geenerlei beperking gemaakt en ook hierin alles aan het oordeel van den rechter overgelaten. De Minister verwierp uitdrukkelijk de beperking door den Directeur aangegeven; vrijlating buiten den arbeidstijd zou z. i. gepaard kunnen gaan met een verbod om den veroordeelde arbeid buiten de gevangenismuren op te dragen (bl. 51). De nieuwe bepaling is dan ook nu, anders dan de Directeur zich voorstelde (bl. 79), zeer zeker ook ten aanzien van Europeanen van toepassing, te wier aanzien trouwens, zooals wij zullen zien, het verbod van tewerkstelling buiten de gevangenismuren vervallen is. Eene bepaling als de hier besprokene verdient zeker ook wel de aandacht van den Nederlandschen wetgever; de mogelijkheid van hare toepassing, die heel wat bezwaren aan de hechtenisstraf verbonden zou kunnen wegnemen, acht ik althans niet buitengesloten en de overweging wel waard.

De artt. 24, 25 en 26 regelen een onderwerp, waarover het Nederlandsche wetboek zwijgt, namelijk over het opdragen van arbeid aan gevangenen ook buiten de muren van een gesticht bestemd tot het opnemen van veroordeelden. In overeenstemming met hetgeen te dien opzichte bij de toepassing van verschillende aan Inlanders opgelegde straffen gebruikelijk was, bij den dwangarbeid in en buiten den ketting en bij de tenarbeidstelling aan de publieke werken, werd het noodig geoordeeld het in art. 24 uitgesproken beginsel uitdrukkelijk in de wet op te nemen. Aanvankelijk, naar het voorstel der Commissie, was het de bedoeling dit voorschrift niet van toepassing te doen zijn op Europeanen en op aanzienlijke Inlanders. Ten

aanzien van Europeanen werd betoogd, dat voor hen in de tewerkstelling buiten de gevangenis eene aanmerkelijke strafverzwaring zou gelegen zijn, terwijl daardoor te hunnen opzichte zonder voldoenden grond zou worden afgeweken van de gelijkheid met het Nederlandsche strafrecht (bl. 88). Naar aanleiding van de opmerkingen van den Directeur van Justitie, waarmede de Raad van Indië en de Minister zich vereenigden (bl. 90—94), is echter de uitdrukkelijke uitzondering ten opzichte van Europeanen en aanzienlijke Inlanders vervallen en zijn deze gebracht onder het algemeene voorschrift van art. 26, volgens welk artikel de rechter, indien daartoe naar zijn oordeel uithoofde van persoonlijke of maatschappelijke omstandigheden termen bestaan, bij zijne uitspraak moet bepalen, dat aan den veroordeelde geen arbeid buiten de muren van een strafgesticht zal worden opgedragen. Zoowel de Directeur en de Minister gingen daarbij uit van de opvatting, dat als regel voor Europeanen en Inlandsche grooten de persoonlijke of maatschappelijke omstandigheden zullen aanwezig zijn, op grond waarvan de rechter art. 26 zal hebben toe te passen. Mochten, zoo werd door hen opgemerkt, in een enkel geval zoodanige gronden niet bestaan, dan is er ook geen reden de bedoelde personen van arbeid buiten de gestichten vrij te stellen. De Raad van Indië en de Minister meenden dat met de voorgestelde verandering eene belangrijke verbetering zou worden verkregen; er zou een stap worden gedaan in de richting van rechtsgelijkheid, van gelijkheid tusschen de groepen der bevolking, hetgeen uit politiek oogpunt van groote beteekenis werd geacht. Het argument klinkt verleidelijk; alle beroep op gelijkheid heeft kans op instemming doch verdient toch die instemming slechts indien het beroep op werkelijke gelijkheid gegrond is. Anders kan wat als gelijkheid wordt aangediend als eene grievende ongelijkheid werken. Intusschen,

erkend moet worden, dat tegen die mogelijke ongelijkheid art. 26 als een voldoende veiligheidsklep zal kunnen werken. Eene imperatieve, uitdrukkelijke uitzondering op art. 24 geldt thans volgens art. 25 nog slechts in drie gevallen; arbeid buiten het gesticht mag niet worden opgedragen aan levenslang veroordeelden, aan vrouwen en aan veroordeelden, die daarvoor na geneeskundig onderzoek ongeschikt blijken te zijn.

De afwijkingen van het Nederlandsche voorbeeld zijn, wanneer men van het strafstelsel afziet (1), met betrekking tot het algemeene deel niet van groote beteekenis. Eene enkele, de opneming van eene definitie van het begrip zwaar lichamelijk letsel (art. 90) noemde ik reeds; de negende Titel bevat nog verschillende bepalingen (artt. 91, 95, 98, 101 en 102), die in het Nederlandsche wetboek ontbreken; voorts zijn in den eersten Titel en in den Titel over de klachtdelicten enkele aanvullingen en wijzigingen aangebracht. Van eenigszins principieele beteekenis is dit alles stellig niet en ik zou mij aan te groote uitgebreidheid schuldig maken, indien ik een en ander in bijzonderheden wilde behandelen. Slechts met betrekking tot één onderwerp mag eenige mededeeling niet achterwege blijven en wel met betrekking tot de strafrechtelijke behandeling van jeugdige personen. Te dien opzichte is in de artikelen 45, 46 en 47 het stelsel van de Kinderwetgeving van 1901 gedeeltelijk overgenomen. Als grens van de strafrechtelijke minderjarigheid is de leeftijd van zestien jaren behouden. Een bijzonder strafstelsel voor kinderen kent het Indische wetboek niet; moet straf worden opgelegd, dan kan slechts eene van de gewone straffen worden uitgesproken, waarbij dan eene regeling geldt als

(1) Over de niet-opneming van de plaatsing in eene rijkswerkinrichting onder de bijkomende straffen zie men bl. 54—56.

in het oorspronkelijke art. 39 Swb. was opgenomen. Overgenomen zijn echter het doen vervallen van het criterium van het oordeel des onderscheids bij de beslissing der vraag, of al dan niet zal worden gestraft, de teruggave van den schuldige aan ouders, voogd of verzorger zonder toepassing van eenige straf, de terbeschikkingstelling van de Regeering bij schuldigverklaring aan een misdrijf of aan eene van de bepaaldelijk genoemde overtredingen. Die terbeschikkingstelling kan leiden tot plaatsing in een landopvoedingsgesticht of tot particuliere verzorging. Opmerking verdient daarbij, dat een landopvoedingsgesticht tot dusver ontbreekt en dat bij de opdracht in particuliere verpleging de toevertrouwing niet behoeft te geschieden aan eene vereeniging, doch ook kan plaats vinden aan een in Nederlandsch-Indië gevestigd bijzonder persoon. Uit de toelichting tot deze bepalingen (bl. 56—59 en bl. 133—137) blijkt wel, dat met betrekking tot de misdadigheid van jeugdige personen en de te dien opzichte te treffen maatregelen voor Nederlandsch-Indië voldoende gegevens ontbreken om met eenige zekerheid eene bepaalde richting te kunnen kiezen. Men krijgt den indruk, dat nu eenmaal in Nederland een vast stelsel aanvaard was, men van dit stelsel zooveel mogelijk heeft willen overnemen, ook al was het de vraag, of dit nu met de Indische toestanden wel het meest in overeenstemming was. Ongetwijfeld zal ook hier heel veel afhangen van de wijze, waarop de nieuwe bepalingen zullen worden toegepast. De Nederlandsche rechter was daarmede, althans in den aanvang, zeker niet altijd even gelukkig; men mag betwijfelen, of de Indische rechters in hunne groote verscheidenheid opgewassen zullen zijn tegen de voor hen vreemde taak, door de nieuwe strafwet aan hunne handen toevertrouwd.

Bij de behandeling en vergelijking van het bijzondere deel van een strafwetboek is uit den aard zelfbeperking

plicht. Ik kan slechts op eenige algemeene eigenaardigheden van het nieuwe wetboek de aandacht vestigen. Vooropgesteld mag worden, dat de indeeling geheel overeenkomstig is aan die van het Nederlandsche wetboek. Aantal en opvolging van de Titels zijn zoowel in het tweede als in het derde boek geheel gelijk; de Commissie had één, uit één artikel bestaanden nieuwen titel, Titel XXIV „Misbruik van aanzien", voorgesteld, doch op advies van den Directeur van Justitie werd deze als overbodig geschrapt. Bij de verdere vergelijking zou ik nu nog bij drie punten even de aandacht willen bepalen. In drieërlei richting kan op verschil met het Nederlandsche wetboek gewezen worden; ten eerste op bepalingen, waarbij voor enkele misdrijven lichtere vormen worden gesteld; ten tweede op voorschriften, die in het algemeen met het oog op de Indische toestanden zijn noodig geoordeeld; ten derde op afwijkingen, gesteld met het oog op de bijzondere geaardheid van de Inlandsche bevolking. Over elk van deze drie punten nog een kort woord.

Het in de eerste plaats genoemde verschil, de opneming van lichtere vormen bij enkele misdrijven, is blijkens de toelichting, in overeenstemming met hetgeen onder het geldende strafrecht rechtens was, in hoofdzaak geschied met het oog op de rechterlijke bevoegdheid. Krachtens de voor die bevoegdheid geldende regelen was het noodig een lager maximum te stellen, ten einde de berechting te onttrekken aan de raden van justitie of landraden en over te brengen bij den residentie- (1) of politierechter. Dit is thans geschied met betrekking tot een zevental misdrijven, gewone mishandeling, welke geen ziekte of verhindering in de uitoefening van ambts- of beroepsbezigheden ten ge-

---

(1) Volgens de in 1914 vastgestelde artt. 116 *bis* vlgg. R. O. op Java en Madoera, de landgerechten.

volge heeft (art. 352), diefstal, mits niet gepleegd in eene woning of op een besloten erf waarop eene woning staat, indien de waarde van het ontvreemde niet meer bedraagt dan vijf en twintig gulden (art. 364), verduistering, indien het verduisterde niet bestaat in vee en de waarde niet meer bedraagt dan vijf en twintig gulden (art. 373), oplichting, onder dezelfde voorwaarden als verduistering (art. 379); bedrog in den aard van den koopwaar, indien de waarde van het genoten voordeel niet meer bedraagt dan vijf en twintig gulden (art. 384); zaakbeschadiging, indien de waarde van het veroorzaakte nadeel niet meer bedraagt dan vijf en twintig gulden (art. 407); heling, indien het geheelde voorwerp was verkregen door lichten diefstal, lichte verduistering, lichte oplichting (art. 482). Uit de toelichting blijkt, dat alleen de lichte mishandeling meer bepaaldelijk ook voor de Europeanen van belang is; men heeft er echter geen bezwaar ingezien al de genoemde bepalingen voor alle bevolkingsgroepen van toepassing te doen zijn. De materieele rechtvaardiging van de strafverlichting ligt in de geringheid van het toegebrachte nadeel, in de geringe waarde van het object van het misdrijf. Over de crimineel-politieke beteekenis van dezen grond valt natuurlijk te twisten; eene mishandeling met een toevallig zeer licht gebleven gevolg kan, naar de subjectieve zijde, een ernstig karakter dragen. Toch zou ik geneigd zijn de vraag te stellen, of er niet aanleiding zou kunnen bestaan voor Nederland het Indische voorbeeld te volgen. Men zoekt naar een middel om de rechtbanken te ontlasten door uitbreiding van de bevoegdheid van de kantongerechten of door invoering van eene enkelvoudige kamer bij de rechtbank. Men wil dan de begrenzing der bevoegdheid bereiken door rekening te houden met de vermoedelijk door den rechter op te leggen straf, eene onderstelling die natuurlijk niet behoeft te worden bewaar-

heid. Eene veel rationeeler oplossing ware te verkrijgen door bij lichtere vormen van verschillende misdrijven een lager maximum te stellen en dan die lichtere vormen ter berechting aan den kantonrechter of aan één lid van de rechtbank op te dragen. Het is waar, dat op deze wijze vooral bij de opdracht aan den kantonrechter het in 1884 aanvaarde beginsel van de zoogenaamde unificatie, de gelijke berechting van alle misdrijven, wordt verlaten, dat daarop althans, zij het dan in omgekeerde richting dan destijds aanvankelijk bedoeld was, eene uitzondering wordt aanvaard. Bedoeld beginsel behoeft echter niet als een dogma te worden gehandhaafd, indien de praktijk de behoefte aan eene beperking heeft doen kennen.

Eene belangrijke serie bepalingen, die in het Nederlandsche wetboek ontbreken, zijn opgenomen met het oog op hetgeen door de bijzondere Indische toestanden als noodzakelijk werd aangemerkt. De Nederlandsche rechtsgeleerde zal m. i. van onderscheidene van die voorschriften niet met bijzonder genoegen kennis nemen, al zijn er onder, waarmede men ook het moederland reeds heeft willen gelukkig maken. Ik noem als voorbeelden het misdrijf van opstand omschreven in art. 109, de bepalingen betreffende de verspieding (artt. 113—120), het opzettelijk opwekken of bevorderen van gevoelens van vijandschap, haat of minachting tegen de Regeering van Nederland of van Nederlandsch-Indië (art. 154), of tusschen of tegen groepen der bevolking van Nederlandsch-Indië (art. 156), de uitbreiding van het misdrijf van opruiing, opruiing tot eenige andere ongehoorzaamheid hetzij aan een wettelijk voorschrift, hetzij aan een krachtens wettelijk voorschrift gegeven ambtelijk bevel (1) (art. 160), het opzettelijk door het verspreiden van een logenachtig bericht onrust ver-

(1) Vgl. art. 131 volgens Ontw. Cort v. d. Linden.

wekken onder de bevolking (art. 171), beleediging van eene in Nederland of in Nederlandsch-Indië gestelde macht of van een aldaar gevestigd openbaar lichaam (1) (art. 207). Bij al deze bepalingen, die wat de meeste betreft ook reeds voorkwamen in het wetboek van 1898, wat enkele aangaat ontleend zijn aan bijzondere in Indië, in de jaren 1904 en 1914 vastgestelde nieuwe strafbepalingen (2), wordt in de toelichting gewezen op hare wenschelijkheid en noodzakelijkheid wegens de bijzondere Indische toestanden. Het mag overbodig heeten, daaromtrent hier in nadere beschouwingen te treden. De vraag, welke strafrechtelijke repressie op grond van bijzondere staatkundige en maatschappelijke verhoudingen gevorderd wordt, blijft altijd eene uiterst moeilijke en in sterke mate van persoonlijk inzicht afhankelijk. De tijden zijn er zeker niet naar thans over de behoefte aan strafrechtelijke maatregelen lichter te denken dan eenige jaren te voren. Wel moge men altijd in het oog houden, dat met die maatregelen nooit definitieve uitkomsten worden bereikt en dieper liggende oorzaken er niet door worden getroffen, maar de noodzakelijkheid kan bestaan, ter handhaving van de geldende rechtsorde, ook tegen uitwendige verschijnselen zich met kracht te verzetten. De mogelijke rechtmatigheid van een verzet tegen de heerschende rechtsorde ontheft niet van de verplichting die orde te handhaven en te doen eerbiedigen; verzuim daarvan of zwakheid te dien opzichte levert het ernstige gevaar de gansche rechtsorde voor anarchie prijs te geven. Alles wat rechtsevolutie mogelijk laat moet zoo krachtig mogelijk worden bevorderd; nooit mag worden

(1) Vgl. art. 266 *ter* volgens Ontw. Cort v. d. Linden.

(2) Vgl. met de artt. 113 vlgg. het K. B. van 17 Maart 1904, met de artt. 154—157 de artt. 63 *a* en 63 *b* Swb. Europeanen en artt. 66 *a* en 66 *b* Swb. Inlanders.

vergeten, dat wat als recht *geldt* daarom nog niet recht *is*; vrijheid van gedachtenopenbaring, vrijheid van politieke ontwikkeling, moet worden geëerbiedigd tot aan de uiterste grens van het redelijk mogelijke, zij het ten koste van de daaraan noodwendig verbonden gevaren. Doch tegen geweld en tegen opruiing tot geweld moet elke geldende rechtsorde zich verdedigen, wil zij niet zichzelf opofferen. M. i. zal men aan deze beginselen de hierboven weergegeven bepalingen hebben te toetsen en zich aldus een oordeel moeten vormen over haar rechtmatigheid en doelmatigheid, een oordeel, dat ik herhaal het, zeer met individueele waardeering zal samenhangen.

Eindelijk de voorschriften, welke zijn opgenomen met het oog op de bijzondere geaardheid van de Inlandsche bevolking. Zij zijn vrij veel in aantal en staan in verband met het huwelijksleven, met de zedelijke begrippen, met eigenaardige opvattingen en bijgeloovige gevoelens, met bijzondere economische verhoudingen. Over al die verschillende categorieën van voorschriften ware uit ethnologisch en maatschappelijk oogpunt eene uitgebreide beschouwing zeker op hare plaats; ik moet mij vooral hier, noodgedrongen, ten zeerste beperken. Bij de bepalingen, die met het huwelijksrecht samenhangen, moest er mee worden gerekend, dat polygamie volgens het volksrecht van bijna alle Indische volken niet ongeoorloofd is. Vandaar dat de met de artt. 237 en 238 Nederl. Swb. correspondeerende artt. 279 en 280 eene eenigszins gewijzigde redactie moesten krijgen, vandaar de zeer belangrijke verandering in de bepaling omtrent het overspel (art. 284), bij welke bepaling overspel aan de zijde van de vrouw strafbaar is gesteld, ook wanneer zij eene Inlandsche vrouw is, terwijl daarentegen bij den man het overspel alleen strafbaar is verklaard, indien hij dit pleegt, wetende dat art. 27 B. W. op hem toepasselijk is, d. w. z. dat hij

slechts tegelijkertijd met ééne vrouw door het huwelijk verbonden kan zijn. Het overspel van den man zal dus slechts strafbaar zijn ten aanzien van den Europeaan en van degenen, die met de Europeanen aan het voor deze geldende burgerlijk recht zijn onderworpen. Het hier gemaakte onderscheid wordt uitvoerig toegelicht op grond van de omtrent het huwelijk bij de Inlandsche bevolking geldende zeden en de bij hen heerschende opvattingen omtrent de zedelijkheid (bl. 351—354). Eene bijzondere bepaling komt verder voor in art. 288 met betrekking tot de zoogenaamde kinderhuwelijken. In dit artikel wordt strafbaar gesteld het in echt vleeschelijke gemeenschap hebben met eene vrouw van wie men weet of redelijkerwijs moet vermoeden (1) dat zij nog niet huwbaar is, echter met deze belangrijke beperking, dat de strafbaarheid onderworpen is aan de voorwaarde dat het feit lichamelijk letsel heef ten gevolge gehad. In dit laatste opzicht wijkt de bepaling af van art. 247 Ontwerp W. v. Sr. voor Inlanders, waarbij het in echt vleeschelijke gemeenschap hebben met een nog niet huwbare vrouw zonder meer aan straf werd onderworpen. De aangenomen afwijking wordt gerechtvaardigd met een beroep op hetgeen naar de zeden en rechtsovertuiging van de Inlandsche bevolking als geoorloofd geldt en op de vrees, dat anders van de zijde der politie inmenging zou kunnen geschieden in de intiemste aangelegenheden van de Inlandsche bevolking, overwegingen die ongetwijfeld wijzen op verstandig inzicht en wijs beleid. Nog verschillende andere bepalingen van den Veertienden Titel hebben wijzigingen en aanvullingen ondergaan — ik noem o. a. de opneming van „opzettelijk" in

(1) Het wetboek heeft herhaaldelijk die gelijkstelling van opzet en schuld ten aanzien van een der bestanddeelen van het strafbare feit.

het met art. 239 Swb. correspondeerende art. 281 —, terwijl het overigens opmerking verdient, dat de titel over de misdrijven tegen de zeden zich nauw aansluit aan hetgeen die titel bij ons geworden is na de wijziging in 1911. Overgenomen zijn o. a. de artikelen 245 *bis*, 248 *ter* en art. 250 *ter* in de artikelen 292, 293 en 297, eene overneming die als vanzelf sprekend is beschouwd, immers niet nader is toegelicht.

Wat betreft bepalingen, die verband houden met bij de Inlandsche bevolking heerschend bijgeloof, kan worden gewezen op een drietal artikelen in Titel VI van het Derde Boek, overtredingen betreffende de zeden. Art. 545 stelt strafbaar het een bedrijf maken van waarzeggen, voorspellen of droomen uitleggen, art. 546 handelt over het verkoopen enz. van zoogenaamde djimats, amuletten of andere voorwerpen, onder voorgeven dat die bovennatuurlijke kracht bezitten, en het onderwijs geven in elmoe's of kunsten, welke de strekking hebben om het geloof op te wekken aan de mogelijkheid om zonder eenig gevaar voor de daders strafbare feiten te plegen, terwijl eindelijk in art. 547 eene strafbepaling is opgenomen tegen den getuige, die ter terechtzitting eene verklaring onder eede moetende afleggen, zoogenaamde djimats of amuletten bij zich draagt. Bij de toelichting op laatstgenoemd artikel wordt er nog eens op gewezen, dat leugenachtige getuigenverklaringen toch al veel voorkomen en daarin eene reden gevonden om praktijken, die dit nog in de hand werken, strafrechtelijk tegen te gaan (bl. 625). De toelichting op art. 546 leert, dat het werken op het bijgeloof der Indiërs tot zeer bedenkelijke gevolgen kan leiden. Erkend wordt, dat de strijd daartegen het best kan worden gevoerd door den Inlander tot ontwikkeling en kennis te brengen (bl. 625). Doch de weg tot dit doel is een langzame; repressieve bestrijding wordt inmiddels niet overbodig verklaard.

Eindelijk zijn er verschillende artikelen, die met bijzondere economische verhoudingen bij de Inlandsche bevolking in verband staan. Hiervan noem ik als voorbeelden de bepaling van art. 271 omtrent het valschelijk opmaken of vervalschen van een geleidebiljet voor buffels, die van art. 274 omtrent het valschelijk opmaken of vervalschen van eene schriftelijke verklaring van een Inlandsch ambtenaar, die wettig gezag oefent, omtrent den eigendom van of omtrent eenig ander recht op eenig goed, het uitvoerige en in bijzonderheden afdalende art. 385 betreffende stellionaat (bl. 444—446), de aan het misdrijf van zeeroof aansluitende strafbepalingen tegen kustroof, strandroof en rivierroof, opgenomen in de artt. 439, 440 en 441. Eigenaardige voorschriften komen nog voor in art. 514, eene strafbepaling inhoudende tegen den daglooner, pakkendrager, boodschaplooper, sjouwerman of koelie, die zich in de uitoefening van zijn bedrijf schuldig maakt aan nalatigheid of verzuim in de teruggave van ten gebruike ontvangen gereedschappen of in de bezorging van ten vervoer aanvaarde goederen, en in art. 523, strafbaar stellende het zonder geldige reden nalaten van het verrichten van wettiglijk gevorderde heeren-, gemeente, of cultuurdiensten. Vooral de eerstbedoelde bepaling maakt in verband met ten onzent geldende opvattingen een vreemden indruk. Zij is voor Indië niet nieuw, zij kwam reeds voor in de Algemeene Politiestraf-reglementen voor de Europeanen en voor de Inlanders. Toch rijst de vraag, of hier de grenzen van het strafrecht niet te ruim zijn genomen. Opmerking verdient ten slotte, dat eene strafbepaling tegen het zoogenaamde „wang teboesan" systeem, het opzettelijk losgeld vragen of ontvangen voor de terugbezorging van eenig door misdrijf verkregen voorwerp, niet is opgenomen. De Commissie had daaromtrent wel eene bepaling voorgesteld in art. 480, bij het misdrijf van heling, en die uitvoerig toe-

gelicht, doch op een nader advies van den Directeur van Politie is die bepaling vervallen, met het doel het geheele losprijsverbod op te heffen, in de hoop juist door die opheffing ook het verdwijnen van het geheele stelsel te bevorderen (bl. 533—543).

Ik eindig hiermee mijn overzicht van het nieuwe Strafwetboek, hopend daarmede een beeld te hebben gegeven van de strafrechtscodificatie, thans in Nederlandsch-Indië geldende. In zijn advies noemde de Raad van State de proeve van wetgevenden arbeid een uitmuntend stuk werk. Ik wensch op deze hulde niets af te dingen; ik erken, dat op het eenmaal ingenomen standpunt de Commissie zich uitstekend van haar taak heeft gekweten. Technisch-juridisch maakt haar werk een zeer gunstigen indruk. Naar de Raad van State verder opmerkte, zou de Kroon door aan het ontworpen wetboek een plaats te geven in de wetgeving van Nederlandsch-Indië den lof verwerven, dat zij volkomen geslaagd is bij deze eerste poging tot vervanging van de omslachtige codificatie door eene voor alle bevolkingsgroepen eenvoudige regeling, die zich aansluit aan het Nederlandsche Wetboek van Strafrecht. De Raad van State spreekt van eene „eenvoudige" regeling. Eenvoudig is deze zeker, in zooverre dat nu één wetboek geldt voor de geheele bevolking. Doch eenvoudig is die regeling niet naar haar opzet en haar inhoud. Zij is juristenwerk, evenals het wetboek, waarvan zij de navolging is, een wetboek geschreven voor rechtskundigen en alleen goed door rechtskundigen toe te passen. Is zij eenvoudig genoeg voor de onderscheidene rechtelijke colleges, die in Nederlandsch-Indië met haar zullen hebben te werken? Ik mag niet ontkennen, dat ik, in aansluiting van hetgeen ik reeds hierboven opmerkte, aarzel die vraag bevestigend te beantwoorden. Vereenvoudiging zou m. i. niet onmogelijk zijn geweest bij minder strenge navolging van eene toch

voor eene andere bevolking en eene grootendeels andere rechtspleging geschreven wetgeving. Nu zij niet is geschied, moge de uitvoering uitwijzen, dat desondanks met het nieuwe wetboek in de rechtsbehoeften van de geheele bevolking van Nederlandsch-Indië op behoorlijke wijze zal zijn voorzien. De tijd sinds de inwerkingtreding is nog tekort om daarover een beslissend oordeel te vellen.

April 1919. D. Simons.

De Schuldbekentenis

Onder dezen titel heeft Mr. G. DE GROOTH eene zeer lezenswaardige dissertatie geschreven (Leiden 1918).

Al sedert lang is het eene twistvraag in onze rechtsgeleerde wereld, of het voldoende is in de dagvaarding te stellen, dat men een som geld vordert op grond, dat de gedaagde bij schuldbekentenis heeft erkend die som, bijvoorbeeld wegens geleend geld, schuldig te zijn. Onder anderen antwoorden Mr. LEVY en ik bevestigend, VAN BEMMELEN, CONINCK LIEFSTING en A. A. DE PINTO ontkennend. De Hooge Raad deelde blijkens het arrest van 7 Januari 1910 (W. 8960) het laatste gevoelen.

Voor de Rechtbank te Amsterdam was eene vordering ingesteld op grond dat „de gedaagde zich jegens eischers „heeft verbonden, om eene som van *f* 1500.— (door afbe„taling tot het gevorderde bedrag teruggebracht) welke hij „heeft erkend aan de eischers schuldig te zijn, wegens van „hem ter leen ontvangen gelden, te zullen teruggeven". Het Hof te Amsterdam liet op deze woorden, aan de dagvaarding ontleend, na andere overwegingen volgen: „dat „echter zoodanige vordering is niet-ontvankelijk, omdat, „naar Nederlandsch recht, de enkele erkenning van „schuld, ook al wordt zij afgelegd in een geschrift, beant„woordende aan de bij art. 1915 B. W. gestelde eischen, „slechts is bewijsmiddel voor eene verbintenis, reeds be„staande, toen de erkentenis geschiedde, niet zelve een „verbintenis in het leven roept" (1). De Hooge Raad ver-

(1) Arrest 12 Februari 1909, W. 8885.

wierp het beroep op grond, „dat toch eene schuldbekente-„nis, ook eene, die geene oorzaak vermeldt, niet heeft eene „zelfstandige, verbintenis scheppende kracht, maar zij „slechts kan strekken tot bewijs van de aan haar vooraf-„gaande en door haar erkende overeenkomst;" (1).

Zooals wij later zullen zien is de Hooge Raad van deze onzalige leer teruggekomen; wel niet in theorie, maar toch voor de praktijk. Mr. De Grooth beweegt zich in dezelfde richting. Vandaar beschouw ik hem in hoofdzaak als een medestander, ofschoon wij in de theorie verschillen, wat natuurlijkerwijze ook verschillen voor de praktijk meebrengt.

De Schrijver komt tot de volgende conclusie: „Eischt „men nakoming van een verbintenis, dan is deze verbinte-„nis voldoende geïndividualiseerd, indien in de dagvaar-„ding gesteld wordt, dat de gevorderde schuld erkend is „bij een bepaald aangewezen schuldbekentenis" (bl. 171). Zijn gevoelen heeft nog te meer waarde, omdat ongetwijfeld achter hem staat zijn Promotor, den Hoogleeraar Meijers (2).

Volgens den Schrijver is de schuldbekentenis niets meer dan een bewijsmiddel voor de achter haar staande schuld, door hem „causale schuld" genoemd. Hij ontkent, dat door het geven en nemen van eene schuldbekentenis eene overeenkomst wordt gesloten, waaruit eene verbintenis ontstaat. Deze bewijstheorie zal door mij bestreden worden.

Vóór het verschijnen van Bähr's boek: „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund", zagen de Duitschers in

---

(1) Volgens het Hof werd gedagvaard uit eene schuldbekentenis, als oorzaak geleend geld vermeldende; de H. R. doet alsof het eene *cautio indiscreta* gold, en komt daardoor tot misplaatste beschouwingen.

(2) Zie diens opstel in *W. v. Pr. N. en R.* n°. 2356.

eene schuldbekentenis slechts een bewijsmiddel. Hij betoogde, dat in den regel uit eene schulderkenning eene verbintenis om te betalen voortvloeit. Dit heeft plaats, als de wil van partijen op het ontstaan eener verbintenis gericht is. De schulderkenning staat gelijk met eene *stipulatio debiti*. Zij is eene prestatie. Tegen de verbintenis kon slechts opgekomen worden op denzelfden grond als tegen een onverschuldigde betaling. De schulderkenner moet bewijzen, dat hij in verschoonbare dwaling verkeerde.

Het Duitsche Wetboek heeft deze leer gedeeltelijk overgenomen. Als de wil van partijen gericht is op het ontstaan van eene verplichting, dan ontstaat er eene verbintenis, evenwel slechts als er eene schuldbekentenis werd afgegeven. De afgever behoeft, om ontslagen te worden van zijne verplichting, niet te bewijzen, dat hij in verschoonbare dwaling verkeerde, doch hij kan volstaan aan te toonen, dat de ontvanger zich onrechtmatig verrijkt heeft.

De dissertatie van Mr. De Grooth bestaat grootendeels uit eene bestrijding dezer Duitsche leer in beide vormen.

Volgens de Schrijver is Bähr tot zijn leer gekomen om te ontwijken vier regels van bewijsrecht, in zijn tijd in Duitschland gangbaar (bl. 48 en 115 volg.).

De eerste dier regels is: Eene akte bewijst slechts, dat de daarin vervatte verklaringen door den onderteekenaar zijn afgelegd. Met den Schrijver ben ik van oordeel, dat de verklaring ten opzichte van den onderteekenaar waarheid bevat. De akte heeft dus niet formeele maar materieele bewijskracht.

De tweede stelling luidt: Voorzoover die verklaringen inhouden eene erkenning van een recht of een feit, levert de akte, waarin zij vervat zijn, slechts bewijs op van eene buitengerechtelijke bekentenis, waarvan de bewijskracht aan het oordeel van den rechter is overgelaten. Ook deze stelling acht ik met den Schrijver onjuist.

De derde stelling luidt: Zal aan eene schuldbekentenis eenige bewijsrechtelijke beteekenis toekomen, dan moet zij loopen over feiten, die het recht, dat men beweert te hebben, in het leven roepen (leer van de niet-bewijsbaarheid van rechten). Bij de bestrijding ga ik slechts met den Schrijver mee op theoretisch gebied. Zooals ons later zal blijken verhindert art. 1372 B. W. mij aan eene schuldbekentenis zonder vermelding van oorzaak (*cautio indiscreta*) volle kracht toe te kennen.

Meer wijk ik van den Schrijver af bij zijne bestrijding van de vierde stelling: Hij, die beweert een recht te hebben, moet in zijne dagvaarding de feiten stellen, die zijn beweerd recht in het leven roepen, en vervolgens deze feiten bewijzen (leer van de substantieering van eisch).

Ik geef toe, dat het doel der dagvaarding is „den opge„roepene kenbaar te maken, wat men van hem eischt en „op welken rechtsgrond men dat eischt, opdat deze te rade „kon gaan of hij zich kon verdedigen, en zoo ja, waartoe „hij zijne verdediging kan bepalen" (bl. 162). Het is bijvoorbeeld voldoende, dat de eischer stelt, dat hij eigenaar is van een nader omschreven onroerend goed. Het is niet noodig te vermelden, op welke wijze hij den eigendom verkregen heeft. Legt hij over een stuk, waarbij de gedaagde aan den eischer erkent, dat het onroerend goed aan deze behoort, dan heeft hij den grondslag van zijn eisch bewezen.

Wat zoude er van eene dagvaarding terecht komen, waarin de eischer slechts stelt, dat gedaagde hem *f* 1000.— schuldig is? Als een onroerend goed wordt teruggevorderd, dan weet de gedaagde, uit de dagvaarding welk goed de eischer bedoelt. Wordt de betaling van *f* 1000.— gevorderd, dan kan de gedaagde uit de dagvaarding niet zien, welke *f* 1000.— de eischer vordert. Hij weet niet of gevorderd wordt uit verkoop, uit verhuur, uit geldleening of

uit eene andere schuldoorzaak. Allerminst is hem bekend uit welken verkoop of uit welke geldleening geëischt wordt.

De Schrijver zal mij tegenwerpen, dat hij zulk eene dwaze dagvaarding niet in bescherming neemt; dat er dient vermeld te worden, dat de gedaagde schriftelijk heeft erkend schuldig te zijn. Al dadelijk blijkt uit deze tegenwerping, dat de analogie met de erkenning van een zakelijk recht, waarop hij voortdurend wijst, niet opgaat. Bij de terugvordering van een stuk land is het niet noodzakelijk te vermelden, dat gedaagde heeft erkend, dat het aan eischer toebehoort.

Volgens den Schrijver moet uit de causale schuld gedagvaard worden en strekt de schuldbekentenis bloot tot bewijs. Zijne dagvaarding zoude dus inhouden, dat gedaagde hem *f* 1000.— schuldig is en dat hij hem eene schuldbekentenis heeft afgegeven, erkennende hem deze som schuldig te zijn. Nu treft dadelijk de zonderlingheid, dat het bewijsmiddel in de dagvaarding moet vermeld worden.

Kan de eischer volstaan met te bewijzen, dat de gedaagde hem *f* 1000.— schuldig is? Immers neen. Deze heeft er belang bij te weten welke *f* 1000.— van hem gevorderd wordt. Werpt de Schrijver mij tegen, dat de gedaagde er genoegen mede heeft genomen, dat de schuldbekentenis volledig bewijs tegen hem zoude opleveren, dan laat hij de schriftovereenkomst door de achterdeur binnen. In de leer der schriftovereenkomst verplicht de afgever der schuldbekentenis zich om de vermelde schuld te voldoen. Als Mr. De Grooth den onderteekenaar niet slechts een bewijsstuk laat afgeven, maar ook genoegen doet nemen, dat dit het te vorderen bedrag volledig bewijze, dan wordt met andere woorden dezelfde gedachte uitgedrukt. In beide gevallen moet de onderteekenaar er ge-

noegen mede nemen, dat de in de schuldbekentenis vermelde schuld bij dagvaarding gevorderd worde.

De constructiefout blijft, dat Mr. De Grooth bij het bewijs onderbrengt, wat in de verbintenisleer thuis hoort. Wordt uit de causale schuld gedagvaard, dan moet deze volledig gesteld en bewezen worden. Wordt de schuldbekentenis aan de dagvaarding ten grondslag gelegd, dan is de vermelding van de schuld, zooals die in de schuldbekentenis wordt omschreven, voldoende.

Er is alle reden om aan te nemen, dat de Schrijver de dagvaarding onaantastbaar acht waarbij de eischer *f* 1000.— vordert op grond, dat de gedaagde bij afgegeven schuldbekentenis heeft erkend hem die som schuldig te zijn. Of er al of niet in de schuldbekentenis vermeld staat, dat de schuld voortspruit bijvoorbeeld uit geleend geld, doet bij zijne opvatting niet ter zake.

Bij zulk eene dagvaarding is het duidelijk, dat gedagvaard wordt uit de afgegeven schuldbekentenis, uit een schriftverbintenis. Het recht van vorderen wordt ontleend aan het geschrift. Uit een bewijsstuk kan niet gevorderd worden.

Dat de Schrijver eene dergelijke dagvaarding voldoende acht blijkt onder meer uit zijne instemming met het arrest van den Hoogen Raad van 24 Maart 1916 (W. 9973), hierboven vermeld. De erfgenamen van zekeren Bosselaar hadden gevorderd van de erfgenamen van zekere weduwe Bouman *f* 1440.— wegens hoofdsom en renten, welke schuldplichtigheid hierop werd gegrond, dat de weduwe Bouman bij akte van schuldbekentenis had verklaard de hoofdsom wegens ter leen ontvangen gelden en verdiend loon aan voornoemden Bosselaar schuldig te zijn. De eischers werden door het Hof te Leeuwarden niet-ontvankelijk verklaard, omdat naar Nederlandsch recht eene

schulderkenning nimmer den grondslag eener vordering kon uitmaken.

De Hooge Raad overwoog: „dat het Hof hierbij over „het hoofd ziet, dat de erkenning eener rechtsgeldige ver„bintenis, door den schuldenaar bij akte van schuldbe„kentenis gedaan, het bestaan dier verbintenis bewijst en „dus de stelling der dagvaarding, dat zoodanige erkenning „heeft plaats gehad, in zich sluit de bewering, dat de „erkende verbintenis ook werkelijk bestaat, zoodat door de „eischers als grondslag van hun beweerd vorderingsrecht „wel degelijk het bestaan der verbintenis, waaraan zij dat „vorderingsrecht meenen te kunnen ontleenen, is gesteld, „en dus het middel is gegrond".

De eischers zouden uit de causale schuld ageeren, omdat zij zouden beweren, dat de erkende verbintenis ook werkelijk bestaat. Evenwel de stelling der dagvaarding, dat eene schulderkenning heeft plaats gehad, sluit niet in de bewering van de erfgenamen, dat er eene schuld bestond en nog wel eene uit geldleening en verdiend loon. Erfgenamen zullen dikwerf niet weten, welke vordering aan een, in den boedel gevonden, schuldbekentenis ten grondslag lag.

Nu het erfgenamen geldt, springt de onjuistheid van de uitlegging der dagvaarding, door den Hoogen Raad gegeven, sterk in het oog. Als de ontvanger der schuldbekentenis zelf op voorschreven wijze dagvaart, ageert hij evenmin uit de causale schuld. Al wil men hem de verklaring opdringen dat de erkende verbintenis werkelijk bestaat, blijft het feit bestaan, dat hij uit de schuldbekentenis heeft gedagvaard. Had hij het gedaan uit de causale schuld, dan had moeten vermeld worden uit welke geldleening en uit welke diensten de vordering voortsproot. Dit te weten is het recht van den gedaagde. Laat men hem bij het overgeven der schuldbekentenis daarvan

afstand doen, dan laat men de schriftovereenkomst door de reeds besproken achterdeur binnen.

Noch de bewijstheorie van Mr. De Grooth, noch de uitlegtheorie van den Hoogen Raad kunnen de dagvaarding, gegrond op de afgegeven schuldbekentenis, dekken.

Het zoude een treurig resultaat geven, als tevens de critiek van Mr. De Grooth op de schriftovereenkomst gegrond ware. Dan zoude toch de oude leer, dat het volledige negotium in de dagvaarding behoort vermeld te worden in eere hersteld te zijn. Thans volgt eene afwering van den aanval.

Op het voetspoor van Van Bemmelen betoogt de Schrijver, dat de afgever der schuldbekentenis niet den wil kan hebben eene verbintenis te doen ontstaan. „De erkenning „van een schuld is niets anders dan het uitspreken van de „overtuiging dat die schuld bestaat, en waar men dat be„staan vooropstelt, sluit dit den wil uit, om die immers „bestaande schuld te doen ontstaan" (bl. 55). De Schrijver had wijzer gedaan dit sofisme ter zijde te laten. Het zelfde woord „schuld" is in twee beteekenissen gebruikt. Het bestaan van de causale schuld wordt erkend en men heeft niet den wil om deze te doen ontstaan, doch men kan wel de wil hebben om eene nieuwe schuld te doen ontstaan uit de schriftovereenkomst.

De Schrijver beweert verder, dat als partijen niet zijn juristen, bekend met de leer van de *Anerkennung*, zij slechts de gedachte hebben door de schuldbekentenis een volledig bewijsstuk in handen van de tegenpartij te geven (bl. 91).

De wil om zich te verbinden komt sterk uit bij de afgifte van eene schuldbekentenis zonder vermelding van oorzaak. Zulk een geschrift wordt door den Schrijver en, uit een theoretisch oogpunt, ook door mij als afdoend be-

schouwd. Hoe kunnen partijen hierin een bewijsstuk zien van de causale schuld, waarvan zelfs de geringste omschrijving ontbreekt? De gedaagde heeft recht te weten uit welk *negotium* gedagvaard wordt, tenzij hij daarvan afstand heeft gedaan. Als men den onderteekenaar der schuldbekentenis daarvan afstand laat doen, dan erkent men dat hij zich door haar gebonden acht.

Eenvoudige menschen begrijpen, dat zulk een stuk hen bindt. Men moet een jurist zijn, bevangen door de bewijstheorie, om het niet in te zien.

Evenwel acht ik het onpraktisch en onjuist om de schriftovereenkomst op den wil van partijen te bouwen. Het kan voorkomen dat die wil ontbreekt of althans niet te bewijzen is, en ik beaam tot op zekere hoogte de critiek van Mr. De Grooth op de leer van den wil, geleerd door Bähr en overgenomen door het Duitsche Wetboek. Door de handelingen van het maken, overgeven en aannemen der schuldbekentenis ontstaat de schriftovereenkomst. Evenals menig keer bij het tot stand komen van overeenkomsten is ook hier de overeenstemmende wil niet noodzakelijk.

Naar mijne meening handelt art. 1372 B. W. over de schriftovereenkomst. Zij is dus door de wet erkend en eenigermate geregeld.

Door opteekening in de boeken ontstond in het oudere Romeinsche Recht eene *litterarum obligatio*. Deze vorm van het vestigen eener verbintenis was slechts toegestaan aan de Romeinsche burgers.

Nu is het zeer merkwaardig, dat volgens Gajus de *peregrini* hadden eene *litterarum obligatio* uit schuldbekentenissen (1).

---

(1) Institutiones C. III, § 134.

De oude vorm door opteekening in de boeken was ten tijde van JUSTINIANUS in onbruik geraakt. Toch bestond er volgens hem nog eene *litterarum obligatio*.

Eene schuldbekentenis wegens geleend geld kon men gedurende twee jaren terugvorderen op grond, dat het geld niet was uitbetaald. Werd men tot betaling aangesproken, dan konde men hetzelfde gedurende denzelfden tijd als exceptie beweren. De bezitter der schuldbekentenis behoorde te bewijzen, dat hij de gelden wel had uitgeteld. Nu zegt JUSTINIANUS, dat als de twee jaren verloopen zijn, het geschrift verbindt en hieruit eene vordering ontstaat (1).

Tegen schuldbekentenissen, eene andere oorzaak vermeldende dan geleend geld, bestond de verdediging *non numeratae pecuniae* met omkeering van bewijslast niet. Zij hadden dus dadelijk dezelfde kracht, als de schuldbekentenissen wegens geleend geld na twee jaren. Men dient dus aan te nemen, dat in het Justinianeische Recht uit hen gedagvaard konde worden. De *litterarum obligatio* der *peregrini* was dus in het Romeinsche Recht opgenomen.

In het Fransche Recht vóór de Revolutie was het zeer betwist of de oorzaak der verbintenis in de schuldbekentenis moest vermeld zijn, zoude deze volle kracht hebben. De strijd liep er over, of de schuldbekentenis was „*obligatoire*" of „*nul*". Beide woorden zijn gepast als de Franschen in de schuldbekentenis eene *litterarum obligatio* zagen. Een bewijsstuk kan men noch *obligatoire* noch *nul* noemen.

---

(1) Institutiones L. III, P. XXI.

Volkomen ten onrechte stelt PUCHTA het voor alsof de Instituten zeggen, dat men *scriptura obligatus* zij, omdat in den regel tegen de schuldbekentenis geen bewijs is te leveren. Institutionen § 274.

Daarentegen zijn juist de beschouwingen van ORTOLAN nos. 1433 en 1440.

Verder werd uit het geschrift gedagvaard, zonder dat ooit werd opgeworpen, dat uit de oorzakelijke schuld moest gedagvaard zijn (1).

Deze feiten schuift Mr. De Grooth op zijde door de bewering: „Een zoodanig scherp onderscheid tusschen be-„wijzende en verbintenisscheppende kracht van de schuld-„bekentenis kende men destijds niet, het ging eenvoudig „over de vraag of men met een biljet non causé zijn recht „al dan niet geldig kon maken".

Zeker de Franschen hadden Bähr niet gelezen en evenmin de Instituten van Gajus, eerst in 1816 teruggevonden, maar wel kenden zij de Instituten van Justinianus. Uit hunne woorden en handelingen blijkt, dat zij eene *litterarum obligatio* op het oog hadden.

De ontwerpers van den Code hebben de oude twistvraag beslecht door, in overeenstemming met de leer van het Parlement van Parijs, aan de schuldbekentenis zonder vermelding van oorzaak volle kracht toe te kennen. Daartoe diende art. 1132: „La convention n'est pas moins valable, „quoique la cause n'en soit pas exprimée".

Het artikel werd opgenomen in den titel „Des contrats ou des obligations conventionelles en général". Hier hoorde het thuis, als de ontwerpers eene schriftovereenkomst op het oog hadden, doch het ware misplaatst, als het een bewijsvoorschrift gold.

Verder konden zij nimmer een bewijsstuk noemen eene „convention". Verder kon „valable" niet op een bewijsstuk slaan, te minder daar het eene tegenstelling vormt met: „ne peut avair aucun effet", waarmede de nietigheid van de verbintenissen, in art. 1121 bedoeld, wordt aangeduid.

---

(1) Het oude Fransche Recht wordt uitvoeriger behandeld in mijn opstel: De oorzaak bij de overeenkomst, *Themis*, 1905, bl. 175 vlg. Herdrukken bl. 160.

Wel werd de schriftovereenkomst en het geschrift niet voldoende uit elkaar gehouden. De oorzaak behoefde niet uitgedrukt te zijn in de „convention", doch in het geschrift. Eene dergelijke verwarring tusschen verbintenis en papier heeft wel meer plaats; bijvoorbeeld in art. 1198 B. W. ter zake van pandrecht op inschulden aan toonder.

Verder is het onaannemelijk dat de Ontwerpers niet de schriftovereenkomst op het oog hadden, welke de oude Fransche juristen aannamen.

Uit een en ander mag het gevolg getrokken worden, dat art. 1132 betrekking heeft op de *litterarum obligatio*.

In het Burgerlijk Wetboek, zooals het bij het uitbreken van den Belgischen Opstand was vastgesteld, was art. 1372 (toen art. 1379) eene vertaling van art. 1132 C. C. Blijkens de Koninklijke Boodschap van 16 Februari 1832, strekte de herziening om de nieuwe wetgeving meer in overeenstemming te brengen met het oud-Nederlandsche Recht. Na de herziening luidt art. 1372: „Indien er geene oorzaak „is uitgedrukt, en er echter eene geoorloofde aanwezig is, „of ook indien er eene andere geoorloofde oorzaak dan de „uitgedrukte bestaat, is niettemin de overeenkomst van „kracht".

Uit de omstandigheid, dat het artikel bleef in den titel over verbintenissen, die uit contract of overeenkomst geboren werden, en dat de uitdrukking: „overeenkomst van kracht" gebezigd werd, mag afgeleid worden, dat ook onze wetgever de schriftovereenkomst op het oog had. In zoover week hij niet van den Code af, doch overigens bepaalde hij het tegenovergestelde. Volgens het Fransche artikel is de schriftovereenkomst geldig, ofschoon de oorzaak er niet in is uitgedrukt. Om eene verkeerde gevolgtrekking te voorkomen uit de bepaling, dat eene overeenkomst zonder oorzaak, of uit eene valsche of ongeoorloofde oorzaak aangegaan, krachteloos is, verklaart art. 1372 B. W. de over-

eenkomst van kracht, indien er geene of eene valsche oorzaak uitgedrukt is, als er maar eene geoorloofde oorzaak besta. Hieruit volgt, dat in dit geval het bestaan van eene geoorloofde oorzaak door den eischer moet bewezen worden.

De schriftovereenkomst met vermelding van oorzaak is zoowel in het Fransche als in het Nederlandsche Recht ten volle geldig. Art. 1132 C. C. geeft weer Oud-Fransch Recht en art. 1372 Oud-Hollandsch Recht.

Mr. De Grooth meent, dat een „beroep op het Oud-„Hollandsch recht niet ter zake dienende is". Als reden wordt opgegeven, dat „van eenige invloed van het natio-„nale recht op de oorzaak-leer van ons B. W. blijkt niets; „men heeft, behoudens enkele wijzigingen in woorden, „zich slaafs aan den C. C. gehouden" (bl. 165). Het is kras te beweren, dat art. 1132 C. C. eene slaafsche navolging zoude zijn van art. 1372 B. W.. Eene gemakkelijke manier om het lastige Oude Recht zich van den hals te schuiven.

Als het blijkt, dat het Oud-Hollandsch Recht de schrift-overeenkomst heeft gekend en tevens eischte, dat de oor-zaak in de schuldbekentenis werd vermeld, dan is er een grond te meer om aan te nemen, dat mijne uitlegging van art. 1372 de juiste is. De herziening strekte immers om het wetboek meer in overeenstemming te brengen met het Oude Recht.

Hugo de Groot schreef: „Schriftelicke toezegging is die „geschied door schepenkennisse, bescheid van beambte-„schrijver, ofte een hand-schrift bij den toezeggen ge-„teickent" (1). In een noot werd de schriftelijke toezegging *litterarum obligatio* genoemd. Geheel hiermede in over-eenstemming heeft zij eene plaats tusschen de dading en de bewaargeving. Verder is het duidelijk, dat uit het geschrift werd gedagvaard. Hij schreef in § 5: „Die uit

(1) Inleiding B. III, D. 5.

„een hand-schrift werd aengesproken"; in § 6: „Uit een „hand-schrift waer in staet te betalen aan houders brief, „mag ider een recht spreecken"; in § 7: „Die uit een „schriftelijke toezegginghe . . . werd aengesproken" (1).

Hiermede is, dunkt mij, onomstootelijk bewezen dat volgens De Groot met het „aenvaerden van het bescheid" eene schriftovereenkomst werd gesloten.

Ook in het Rooms-Hollands-Regt van Van Leeuwen staat tusschen de overeenkomsten een hoofdstuk over: Van schriftelijke verbintenis. Hij schreef: „Schriftelijke ver„bintenis in een handling, dewelk alleen door het schrift „werd bekragtigt". Levendig gevoelde hij het verschil met een bewijsstuk „Alle andre handlingen werden ook wel „door een Notaris in schriftelijke *Instrumenten* verleden, „maar hetzelve geschied niet uit oorzaak, dat dat geschrift „zou zijn een wezentlijk deel van de handeling, gelijk als „in dezen, maar alleen om geheugenis wil, en om het ge„handelde te beter te kunnen bewijzen" (2). Volgens Van Leeuwen ontstond dus uit het aannemen der schuldbekentenis eene *litterarum obligatio*.

Bij de opvatting van De Groot sluit zich Van der Keesel aan. Hij maakte de opmerking, dat De Groot de *litterarum obligatio* veel ruimer opvat, dan het Romeinsche Recht. Dit is in zooverre juist, dat de Instituten slechts spreken van de schuldbekentenis wegens geleend geld, als er twee jaren na de afgifte verloopen zijn.

---

(1) Hiertegen zoude aangevoerd kunnen worden, dat volgens § 4 in alle andere zaken dan van geleend geld het schriftelijk bescheid wordt gehouden voor volkomen *bewijs*. Waar echter in de vorige paragraaf werd medegedeeld, dat bij geleend geld de schuldeischer binnen de twee jaren de telling moet bewijzen, kwam De Groot er van zelf toe in § 4 van volkomen bewijs te spreken.

(2) Boek IV, Deel XV.

Als algemeenen regel namen alle oude schrijvers voor de geldigheid der schriftovereenkomst aan het vermelden van de oorzaak. Van oudsher werden echter uitzonderingen op dien regel toegelaten. DAMHOUDER deelt mede, dat „te „Brugge, Antwerpen ende andere steden daer stercken „koophandel gedreven wordt" de oorzaak niet behoefde vermeld te worden (1). GROENEWEGEN ziet in de weglating geen bezwaar, wanneer uit de verhouding der personen mag vermoed worden, dat de zaak richtig is. Bijvoorbeeld bij eene schuldbekentenis van een student aan zijn leermeester, of van een soldaat aan een zwaardveger (2). Ook VAN LEEUWEN liet uitzonderingen toe.

Er zijn aanwijzingen, dat niet het geheele *negotium* in het geschrift behoefde vermeld te worden. Bijvoorbeeld: wegens geleend geld, of: wegens koop, was voldoende. Trouwens als de oorzaak volledig moest vermeld worden, had de schriftovereenkomst geen reden van bestaan; dan zoude evengoed uit het *negotium* kunnen gedagvaard worden. De schriftovereenkomst geeft het voordeel, dat de schuldenaar zich moet nederleggen bij den inhoud van het geschrift. Door het verloop van tijd verliest men de juiste herinnering van het gebeurde. De erfgenamen van den schuldeischer verkeeren in nog slechteren toestand. Vervolgens worden dikwerf verschillende *negotia* in de schuldbekentenis te zamen genomen. Zij kon ook het gevolg eener schikking zijn. Allemaal redenen om den schuldenaar aan den inhoud van het geschrift te houden.

Volgens art. 1372 B. W. dient de eischer te bewijzen, dat er eene geoorloofde oorzaak aanwezig zij, als er in het geschrift geene of eene onjuiste oorzaak is vermeld. De

---

(1) Praxis rerum civilium. Cap. 175.

(2) De legibus abrogatis Lex 25 de probatione.

regel van het Oud-Hollandsch Recht werd dus overgenomen; evenwel zonder de uitzonderingen.

Ook thans behoort aangenomen te worden, dat eene verkorte vermelding van de oorzaak voldoende is.

De Hooge Raad eischt niet meer dan de vermelding van eene verkorte oorzaak. Op zich zelf zeer toe te juichen, doch onvereenigbaar met de verwerping van de schriftovereenkomst. Zooals ik hier boven betoogde heeft de gedaagde recht op de vermelding van het *negotium* in de dagvaarding, tenzij hij daarvan afstand hebbe gedaan.

Mijne uitlegging van art. 1132 C. C. en art. 1372 B. W. steunt op de woorden en op de geschiedenis.

Het is eene verdienste van Mr. De Grooth, dat hij de uitwerking heeft nagegaan van het Duitsche stelsel en van zijne bewijstheorie op eenige rechtsfiguren. Tot aan het lezen van zijn werk had ik mij te uitsluitend beziggehouden met de dagvaarding.

De vergelijkingen, die Mr. De Grooth maakt tusschen zijne theorie en de Duitsche vallen in de toepassing alle ten zijnen gunste uit. Of dit altijd juist gezien is, laat ik daar. Alle slagen, die hij de Duitschers toedient, treffen echter niet ook mij.

Naar mijne meening heeft de Schrijver aan mijn standpunt niet voldoende aandacht geschonken. Hij schreef: „Wttewaal kent aan de schriftelijke erkenning van „schuld, in navolging van Bähr verbintenisscheppende „kracht toe" (bl. 161). Mijn hoofdbezwaar tegen dezen zin is niet, dat mijn naam met een L te weinig geschreven werd, doch wel dat ik een volgeling van Bähr zoude zijn. Ik volg eerder Hugo de Groot, maar grondt mij op art. 1372.

Tegen de theorie van Bähr en het Duitsche Wetboek heb ik bezwaren. Zooals reeds gebleken is, verwerp ik het

vereischte van wilsovereenstemming. Evenmin als De Groot vraag ik, of de afgever van eene schuldbekentenis wel den wil heeft gehad zich te verbinden.

Gewichtiger is mijn verzet tegen de beperking van het tegenbewijs door Bähr en het Duitsche Wetboek. Volgens de eerste moet de afgever bewijzen in verschoonbare dwaling te hebben verkeerd; volgens het Wetboek dient hij althans aan te toonen, dat de ontvanger zich onrechtmatig verrijkt heeft. Het afgeven van eene schuldbekentenis wordt gelijkgesteld met betaling. Naar mijne meening kan de afgever volstaan met te bewijzen, dat er geen wettige oorzaak bestaat of dat de opgegeven oorzaak onjuist is. Dit volgt uit de bepaling van art. 1371 B. W. Eene overeenkomst zonder oorzaak, of uit eene valsche of ongeoorloofde oorzaak is nietig. Trouwens reeds De Groot leerde dat de *litterarum obligatio* van kracht was „ten waer bewezen „konde werden dat daer in eenighe ontrauw waer geschied".

Ten onrechte zien Bähr en het Duitsche Wetboek in het afgeven van de schuldbekentenis eene *Leistung*, gelijkstaande met betaling. De causale schuld en de schriftverbintenis hangen ten nauwste samen en staan niet, zooals de Duitschers meenen, los naast elkander. De eerste is de oorzaak van de tweede. Het tot stand brengen van eene schriftverbintenis is eene hulprechtshandeling. De causale schuld blijft bestaan. De schriftverbintenis geeft een vorderingsrecht. Daarom hoort zij thuis in het materieele recht, doch een zelfstandig bestaan heeft zij niet.

De eerste vraag, betrekking hebbende op de gevolgen van het afgeven van de schuldbekentenis, die Mr. De Grooth stelt, is: als het stuk werd afgegeven ter zake van eene natuurlijke verbintenis, is er dan een vorderingsrecht geboren? Voldoening aan eene natuurlijke verbintenis sluit de *condictio indebiti* uit. Waar in het Duitsche stelsel het

afgeven van de schuldbekentenis met betaling wordt gelijkgesteld, heeft dit ten gevolge, dat de schuld kon ingevorderd worden. Dit zoude geen gelukkig gevolg zijn. Door eene natuurlijke schuld te betalen heeft men vrijwillig een vermogensvermindering ondergaan, en dit is de reden, dat niet kan teruggevorderd worden. Bij het afgeven van eene schuldbekentenis heeft geen vermogensvermindering plaats. Zoowel volgens Mr. De Grooth als volgens mij geeft de erkenning van eene natuurlijke schuld niet eene rechtsvordering.

Wanneer men bij schuldbekentenis eene verjaarde schuld erkent, verliest men daardoor zijn beroep op verjaring (art. 1985 B. W.). Is de verjaringstermijn, die nu aanvangt, eene dertigjarige, onverschillig welke schuld erkend werd, of moet men als verjaringstermijn aannemen die, welke voor de erkende schuld is voorgeschreven? Als eene schuld, die in twee jaren verjaard is, werd erkend, kan dan na twee jaren een beroep op verjaring gedaan worden? Het Reichsgericht antwoordt ontkennend en neemt een dertigjarige verjaring aan. In de bewijstheorie kan natuurlijk geen sprake zijn van een andere verjaringstermijn, dan die van de causale schuld. Ik kom tot hetzelfde resultaat, omdat de schriftverbintenis slechts strekt tot inning van de causale schuld.

Volgens de Duitsche opvatting is de ontkenning van het bestaan van de causale schuld een exceptief verweer. Ware dit juist, dan zoude volgens ons procesrecht dit weer slechts bij conclusie van antwoord aangevoerd mogen worden. Zij heeft echter in ons Recht niet het karakter van eene exceptie. Er wordt een beroep gedaan op het ontbreken van eene oorzaak. Zonder oorzaak is de overeenkomst nietig; het is dus eene verdediging ten gronde.

De verbintenis uit de schriftovereenkomst is niet vatbaar voor overdracht, afgescheiden van de causale schuld.

Niet omdat de schuldbekentenis slechts een bewijsstuk is, maar omdat de nieuwe verbintenis in den grond der zaak dezelfde is als de oude.

Als de causale schuld versterkt is door eene hoofdelijke medeschuldenaar, heeft dan de schuldenaar, die alleen de schriftovereenkomst aanging, verhaal op zijn medeschuldenaar? Ik antwoord met Mr. De Grooth bevestigend. De erkenning geeft een vorderingsgrond. De verbintenis heeft geen zelfstandig bestaan. Die haar voldoet, betaalt de schuld of de schulden, waaruit zij ontstond.

Werd uit eene abstrakte verbintenis geageerd, staat het dan vrij in den loop van het geding op de causale schuld over te gaan omdat aan de verbintenis een gebrek blijkt te kleven? Dit betwijfel ik. Men grondt zich dan op een ander feit. Evenwel ook bij het opvatten van de schuldbekentenis als een bewijsmiddel past hetzelfde antwoord.

Aangenomen dient te worden, dat Mr. De Grooth gedagvaard heeft uit het bewijsstuk zonder vermelding van de causale schuld. Als het bewijsstuk hem ontvalt, is het beroep op de causale schuld of schulden ook een nieuw feit. Ik geloof niet, dat de individualiseeringstheorie hem zal helpen.

Hoe, als gedagvaard werd uit de causale schuld of schulden en de eischer komt met eene schuldbekentenis zonder oorzaak of met verkorte oorzaak voor den dag? Deze bewijst het gestelde niet volledig. Het kan waarschijnlijk als een begin van bewijs door geschrifte beschouwd worden, naar aanleiding waarvan een getuigenverhoor mag worden toegestaan, of wellicht een suppletoire eed kan worden opgelegd. De abstrakte verbintenis mag niet de grondslag der vordering worden. De bewijstheorie leidt tot dezelfde uitkomst. Wat men gesteld heeft, zal men toch dienen te bewijzen. De verklaring, dat de schuldbekentenis slechts een bewijsstuk is, zal haar toch niet meerdere kracht geven.

Door zijn zucht om zijn leer in het gunstigste daglicht te stellen is Mr. De Grooth verleid tot de volgende redeneering. Volgens de tegenpartij mag de schuldenaar slechts bewijzen gebreken der causa of het aanwezig zijn van schuldvernietigende rechtsfeiten, als betaling, schuldvergelijking e. d. (bl. 181). Dit geldt niet voor hem. „Ook „zonder een dergelijke bewijsvoering kan de schuldeischer „aannemelijk maken, dat de erkende schuld niet meer „bestaat, b.v. door beroep op de omstandigheid, dat de be„weerde schuldeischer al sinds jaren geen interessen meer „gevorderd heeft, enz.". Als de Schrijver de causale schuld met vermoedens mag wegwerken, dan zal dit ook wel met de schriftverbintenis moge gedaan worden.

Ten opzichte van de exceptie van gewijsde zaak gaat de Schrijver zoover om zich tegen de Duitschers ten onrechte op het voordeel van zijne theorie te beroepen.

De Duitschers nemen volgens hem zeven verschillende vormen aan, waarin de exceptie van gewijsde zaak al of niet terecht opgeworpen wordt, dilatore uitspraken ter zijde gelaten. De vordering, ingesteld op grond van de causale schuld, kan zijn toegewezen of verworpen. Hetzelfde kan plaats hebben gehad met eene vordering uit de schuldbekentenis. Daarenboven kon de toewijzing en de afwijzing op uiteenloopende gronden geschied zijn. In alle zeven gevallen neemt de Schrijver gewijsde zaak aan, omdat altijd uit de causale schuld, ook al wordt in de dagvaarding slechts over de schuldbekentenis gehandeld, is gedagvaard (bl. 197).

Stel, dat de eisch tot nakoming van de causale verbintenis werd afgewezen, omdat deze vervangen is door de schriftverbintenis. Dit zoude een *mal jugé* zijn. In strijd met de Duitschers acht Mr. De Grooth de exceptie toelaatbaar, als later uit de schuldbekentenis wordt gedagvaard. Zonderling, de rechter wees naar de schuldbekente-

nis en toch zoude zijn vonnis gewijsde zijn, waarmede de schriftverbintenis onthalsd wordt.

Stel, dat de eisch op grond van de schuldbekentenis werd afgewezen wegens een vormgebrek, bijvoorbeeld omdat de afgever in staat van krankzinnigheid verkeerde. „Waar een „schuldbekentenis afgegeven is, moet het niet mogelijk „zijn, om eerst met deze akte alleen en bij mislukken daar„van later met andere bewijsmiddelen aan te komen, nadat „er al vonnis gegeven is" (bl. 197). Zoo wordt gewijsde zaak aangenomen, ofschoon de rechter zich niet heeft uitgesproken over het al of niet bestaan der causale schuld. Er wordt gedaan, alsof de causale schuld werd afgewezen op grond van gebrek aan bewijs.

Deze twee gevallen van gewijsde zaak bewijzen weder, dat de bewijstheorie vastrijdt.

Wel ben ik het met Mr. De Grooth eens, dat, als de eisch op grond van de schuldbekentenis werd toegewezen, niet later uit de causale schuld mag gedagvaard worden. Volgens de leer van het Duitsche Wetboek mag dit wel, en kan dubbele betaling slechts voorkomen worden door een beroep op *ongerechtfertigte Bereicherung*. Volgens die opvatting staan de verbintenis uit de clausale schuld en die uit de afgegeven schuldbekentenis los naast elkander; volgens art. 1372 B. W. is de eerste de oorzaak van de tweede. Uit beiden dagvaarden is uitgesloten. Heeft men gevorderd uit de schriftverbintenis, dan is men niet-ontvankelijk uit de causale schuld hetzelfde nogmaals te vragen.

Mr. De Grooth en ik eindigen met eene vraag, waarmede wij eigenlijk hadden moeten beginnen, omdat zij betrekking heeft op het ontstaan der schuld. Als de datum, in de schuldbekentenis voor het ontstaan der schuld vermeld, vroeger is dan de datum der onderteekening, kan dit dan gevolgen hebben?

De Schrijver geeft het volgende voorbeeld. „Stel, de

„gehuwde man erkent op 1 Maart bij schuldbekentenis „op 1 Januari 1905 *f* 1000.— schuldig geworden te zijn „aan X, terwijl hij 1 Februari van dat jaar getrouwd is in „gemeenschap van goederen" (bl. 199). Wordt de vrouw nu hoofdelijk aansprakelijk voor deze schuld? De bewijstheorie antwoordt natuurlijk ontkennend. Volgens de Schrijver vloeit uit de Duitsche theorie voort, dat de vrouw mede aansprakelijk is, omdat de zelfstandige schriftovereenkomst ontstond, toen de vrouw reeds gehuwd was. Naar mijne opvatting wordt de vrouw niet verbonden. De schriftovereenkomst is slechts eene hulprechtshandeling, wel recht gevende tot dagvaarden, doch waar achter altijd de oorspronkelijke schuld blijft staan. De eigenlijke schuld werd aangegaan niet den 1sten Maart, doch den 1sten Januari.

In den regel zal door het afgeven van de schuldbekentenis niet schuldvernieuwing plaats hebben en hiervan zijn wij tot nu toe uitgegaan. Dan blijven de wettelijke en contractueele voorrechten, aan de causale schuld verbonden, bestaan. Zij kunnen benut worden, mits dan ook uit de oude schuld gehandeld worde.

Het komt echter voor, dat door het afgeven van de schuldbekentenis schuldvernieuwing plaats heeft. Dit is bijvoorbeeld het geval, als de schuldbekentenis luidt: „wegens geleend geld", en de causale schuld ontsproot uit koop. En heeft dan schuldvernieuwing plaats door middel van verandering van onderwerp. Dan kan niet meer uit de oude schuld gedagvaard worden en de voorrechten zijn natuurlijk ook verdwenen.

In de bewijstheorie is de schuldbekentenis het bewijs van de schuld uit geldleening, doch de oude schuld met hare voorrechten is eveneens verdwenen.

Arnhem, 13 Februari 1919 G. Wttewaall

De uitloving volgens het Romeinsch Recht.

De bijna algemeene zienswijze onder rechtsgeleerden schijnt te zijn dat volgens het Romeinsch Recht de uitloving geene rechtsgevolgen had inzooverre dat wanneer iemand, onbewust zijnde van de uitloving, datgene had gedaan waarvoor eene belooning was beloofd hij niet gerechtigd zou zijn geweest aanspraak op die belooning te maken. Er was geene overeenkomst, redeneert men, tusschen de betrokken partijen en dus geene verplichting tot vervulling aan den kant van den uitlover. Met deze zienswijze kan ik mij niet goed vereenigen en wel om redenen die ik thans zal trachten uiteen te zetten.

Als de bovenbedoelde zienswijze de juiste is dan zou daaruit m. i. volgen, dat wanneer de uitlover werkelijk de belooning had overhandigd aan iemand die de daad had verricht waarvoor de belooning was beloofd doch die ten tijde dat hij de daad verrichtte onbewust was geweest dat de uitloving was geschied, die uitlover gerechtigd zou zijn de belooning terug te vorderen met eene *condictio indebiti*; want, zou hij kunnen redeneeren, er was geene overeenkomst tusschen hem en den anderen en dus geene door de wet als zoodanig erkende *causa*; de andere dus was niet gerechtigd tot de belooning die de uitlover dezen had overhandigd onder den verkeerden indruk dat deze wel daartoe gerechtigd was. Ik meen echter uit zekere passages in de Pandekten te kunnen afleiden dat de uitlover zich van de *condictio* niet zou kunnen bediend hebben.

Ik haal vooreerst aan *lex* 5 van den titel *De Prescriptis Verbis*, welke refereert naar de belooning voor de ontdek-

king van voortvluchtige slaven. Van deze passage heeft het tweede gedeelte betrekking op het geval waar er wèl in eene overeenkomst eene belooning was bedongen; het eerste gedeelte dus op het geval waar geene overeenkomst was getroffen. Daar wordt gezegd in de woorden van ULPIANUS: „Het gebeurt algemeen dat personen die bekend „zijn geworden met de schuilplaats van voortvluchtige „slaven die openbaren aan de eigenaren, doch zij maken „zich niet mitsdien schuldig aan diefstal. Het is iets ge„woons dat zulke personen eene belooning voor hunne „diensten ontvangen en diensvolgens hunne openbaring „maken, en de belooning wordt niet beschouwd iets onwet„tigs te zijn. Hij dus die de belooning ontvangt, dewijl hij „die ontvangt voor eene prestatie, en dat wèl eene niet „laakbare prestatie, staat niet bloot aan eene actie tot „teruggave ervan".

De gedachtengang van ULPIANUS was als volgt. Een voortvluchtige slaaf wordt beschouwd een soort diefstal van zich zelven te plegen (*Dig.* 41. 2. 15 en *Cod.* 6. 1. 1), en ieder die hem behulpzaam is in zijne verberging wordt geoordeeld aan dien diefstal deel te nemen (*Dig.* 11 4. 1 *pr.*). Van hem die zulken slaaf op zijn eigendom vindt wordt gevorderd dien aan het gerecht over te leveren (*Dig.* 11. 4. 1 § 1). Doch iemand die niets meer doet dan de schuilplaats van den voortvluchtigen slaaf diens eigenaar bekend te stellen is niet behulpzaam aan het verbergen van den slaaf en wordt dus niet medeplichtig aan diefstal. En, ofschoon eene overeenkomst om te doen wat men reeds krachtens de wet verplicht is te doen ongeldig is, nochthans is het volkomen wettig voor iemand eene belooning te ontvangen voor de ontdekking van eenen voortvluchtigen slaaf. Hier heeft men dus te doen met eene wettige *causa*, en dus kan er geene sprake zijn van eene actie tot terugvordering van een eens toegekende belooning.

Het was te Rome niets ongewoons dat men eene openbare kennisgeving deed geschieden van de ontvluchting van slaven met eene beschrijving van dezen (*Dig.* 11. 4. 1 § 8). Het geval dat er eene openbare kennisgeving was geschied waarbij eene belooning werd beloofd voor hem die den eigenaar zou bekend stellen met de schuilplaats van eenen voortvluchtigen slaaf is in het boven aangehaalde citaat van ULPIANUS niet uitgesloten; het schijnt zelfs bedoeld ingesloten te zijn, dewijl toch zonder zoodanige kennisgeving hij die eenen voortvluchtigen slaaf ergens vond gewoonlijk niet zou geweten hebben dat die een slaaf was of wie de eigenaar was van den slaaf. Veronderstellende het geval dat er eene belooning was uitgeloofd voor de ontdekking van den voortvluchtigen slaaf dan is op te merken dat in dit citaat er niets gezegd wordt waaruit men zou kunnen afleiden dat, bij wijze van eene uitzondering op den door ULPIANUS neergelegden regel, de ééns aan den ontdekker overhandigde belooning hem in eene *condictio* zou kunnen ontnomen worden in geval hij ten tijde van de ontdekking van den slaaf onbewust was geweest dat de uitloving was geschied. De gevolgtrekking is dus dat er eene wettige verplichting aan den kant van den uitlover bestond om zijne uitloving gestand te doen al was de ontdekker ten tijde van de ontdekking niet bewust van de uitloving.

Eene andere passage die ik mag aanhalen is uit den titel der Pandekten. *De Acquirendo Rerum Dominio, lex* 9 § 7, en in verband daarmede de titel der Instituten *De Rerum Divisione et Qualitate, lex* 46, betrekking hebbende op het geval dat een praetor of consul giften onder het volk uitstrooide. Dit wordt daar behandeld, niet als een geval van loutere wegwerping van voorwerpen, maar uitdrukkelijk als een voorbeeld van het beginsel dat, waar de wil van den eigenaar daarop gericht is dat zijn goed

eigendom zal worden van eenen anderen, hoewel onbestemden, persoon, die alleen bestemd wordt zoodra hij het goed optilt en in bezit neemt, deze andere dan eigenaar wordt wanneer het goed door hem opgetild en in bezit genomen wordt. Werkelijk ook is dit geen geval van eigenlijk prijs geven van goed, waar men iets laat varen dat men niet behouden wil, maar liever een geval waar men iets dat men mogelijk liefst behield doet toekomen aan anderen om onder hen populariteit te winnen; dus heeft men te doen met een gewenschte *quid pro quo*. Wanneer nu iemand bij gelegenheid dat de praetor of consul de giften uitgestrooid had er voorbij kwam en een gift optilde en in bezit nam onder den verkeerden indruk dat die door iemand verloren was geraakt, dan zou die gift hem stellig niet ontnomen kunnen worden om de rede dat hij onbewust was van de uitstrooiing door den praetor of consul en van wat daarmede bedoeld was. Hier was er een soort uitloving, waarbij de praetor of consul te kennen gaf dat als iemand maar de moeite zou doen om een gift op te tillen en voor zich te behouden, met de waarschijnlijkheid daarbij dat hij dientengevolge jegens dien ambtenaar welgezind zou zijn, hij beloond zou worden doordat hij die kon behouden.

Verscheidene dergelijke gevallen kunnen uit ons dagelijksch leven aangehaald worden, en soortgelijke gevallen zullen in den tijd der Romeinen wel niet ontbroken hebben. Bijvoorbeeld, bij gelegenheid van eene sportsmeeting wordt een stuk spek op een hoogen, met vet besmeerden, paal geplaatst en wordt te kennen gegeven dat de eerste de beste persoon die den paal kan opklimmen en het stuk spek er vandaan kan afhalen hetzelve voor zich kan behouden. Een jongen er voorbij gaande en de grappigheid aanschouwende, zonder te weten dat indien hij er in slagen zou het stuk spek af te halen hij het dan voor

zich behouden kon, klimt den paal op en haalt het stuk spek er van af. Als hij met het stuk spek hard zou wegloopen dan zou hij zich stellig niet schuldig maken aan diefstal, en het stuk spek zou hem ook onder geen voorwendsel kunnen ontnomen worden.

Een ander voorbeeld. Men heeft ergens een postzegelmachine, waaruit men door een zeker muntstuk er in te werpen een postzegel van gelijke waarde ontvangt. Iemand komt er voorbij heen en onder den verkeerden indruk dat de machine daar staat voor het collecteeren van geld voor een liefdadigheidsoogmerk, werpt hij het vereischte munstuk er in. Hij ontvangt het postzegel. Dat zou hem stellig niet kunnen ontnomen worden, met of zonder teruggave van het muntstuk, omdat hij onbewust was van de bedoeling waarmede de machine er geplaatst werd. En zou hij een stukje schoon papier of een bedorven postzegel ontvangen dan zou hij toch zeker ook aanspraak er op kunnen maken dat een behoorlijke postzegel hem worde geleverd.

Hoe nu de zaak juridisch te verklaren? Mij komt het voor dat de uitloving beschouwd mag worden als eene door den uitlover bekend gestelde waardeering van het nut voor hem van het te verrichten werk. De persoon die onbewust van de uitloving het werk uitvoert is een *negotiorum gestor*, en zonder *dolus* kan de uitgever niet weigeren hem de belooning volgens die waardeering te doen toekomen. De meening dat weigering *dolus* zou zijn schijnt eenigszins gestaafd te worden door wat ULPIANUS aan het einde van het bovenaangehaalde citaat te kennen geeft. Hij zegt: „Wanneer eene overeenkomst getroffen is . . . . . heeft „men eene actie, te weten, de *actio prescriptis verbis*. Tenzij „ook in dit geval iemand zou zeggen dat men eene actie „*de dolo* heeft wanneer *dolus* van eenigen aard in spel is „geweest".

De zienswijze van Prof. GOUDSMIT dat men in deze zaak met eene eenzijdige rechtshandeling te doen heeft komt mij onbevredigend voor. Zoo ook thans die dat de aanname van, of het aanspraak maken op, de belooning de aanname van een gemaakt aanbod uitmaakt, waarvan hij die het werk ééns verricht heeft waarvoor de belooning was beloofd het voordeel kan trekken. Immers het kan gebeuren dat de uitlover, vóór dat de belooning wordt geleverd of dat er op aanspraak wordt gemaakt, zijn aanbod terugtrekt. Dat kan toch niet het gevolg hebben dat hij die het werk verricht heeft zijn aanspraak verliest.

MELIUS DE VILLIERS.

Het Staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden, door Prof. A. A. H. STRUYCKEN, lid van den Raad van State. — Eerste deel, eerste en tweede stuk.

De heer STRUYCKEN is iemand, die veel schrijft. Men vindt zijn naam zelfs waar men dien niet zoeken zou. In een aan de 2de Jaarbeurs te Utrecht gewijd bijvoegsel van een dagblad, dat wel niet zijne sympathie zal hebben, vindt men een artikel van zijne hand betreffende het bestuur der buitenlandsche betrekkingen. In 1904 zeide de staatsraad OPPENHEIM in de Juristen-vereeniging: „Prof. STRUYCKEN mag tegenwoordig heel veel zeggen, hij is op het oogenblik un enfant gâté". Dit was, meen ik, een uitvloeisel van oogenblikkelijke spijtigheid. Er zijn goede redenen, waarom de geschriften van den heer S. steeds de algemeene aandacht trekken. Hoe men intusschen over elk van de vele geschriften van den hoogleeraar denken moge, iedereen zal het wel eens zijn, dat zijn werk over het staatsrecht een oorspronkelijk en grondig werk belooft te worden.

De schrijver beschikt over eene groote mate van gezond verstand. Zijne kennis is veelomvattend. Hij verstaat uitnemend de kunst van citeeren. HOBBES zeide: als ik zooveel gelezen had als zoo vele anderen, zou ik even onwetend zijn als zij. Deze paradox is zeker niet toepasselijk op den heer S. Hij schrijft nooit na en heeft een eigen kijk.

De gevolgde methode is „de z.g. historisch-juridische". Ik weet niet, van wien die naam afkomstig is en vind de samenvoeging van deze twee adjectiva niet bevorderlijk aan de duidelijkheid. Hoe dit zij, de betoogtrant van den heer S. is altijd wetenschappelijk.

Eene eigenaardigheid van den vorm is, dat de schrijver

elke vermelding, dat hij het is, die spreekt, zorgvuldig vermijdt. „Le moi est haissable", maar de manier van den heer S. heeft hare bezwaren. Het klinkt bescheidener wanneer men zegt: „Het schijnt mij" of „het is mijns inziens", dan wanneer men zegt: „Het is". Zie bijvoorbeeld blz. 176, aanhef der laatste alinea.

Het eerste hoofdstuk van het boek heeft tot opschrift „de Grondwet". Het bevat uitvoerige historische beschouwingen over de Grondwetten van Noord-Amerika, Frankrijk en Nederland.

Eene afzonderlijke afdeeling is gewijd aan de waarde der Grondwet in onzen tijd. Met het denkbeeld om Grondwet en wet formeel gelijk te stellen gaat de schrijver niet mede. Den tragen gang der rechtsontwikkeling wijt hij meer aan den wetgever dan aan de Grondwet. Tegenover het verwijt, dat het bestaan eener stroeve Grondwet op den duur leidt tot openlijke of verdekte veronachtzaming harer voorschriften, voert hij aan, dat dit verwijt dikwijls geene andere oorzaak heeft dan het feit, dat een artikel der Grondwet verschillende uitleggingen toelaat. Naar zijne meening mag niet worden gezegd, dat onze wetgever in het algemeen de Grondwet niet te goeder trouw is nagekomen. Het is in den tegenwoordigen tijd, nu Regeering en Parlement zich tegenover krachtig georganiseerde sociale groepen machteloos gevoelen, zijns inziens bedenkelijk door afschaffing der Grondwet de macht van den gewonen wetgever te vergrooten. De waarde der Grondwet acht hij gedaald, omdat tengevolge van de staatsrechtelijke conventies uit de Grondwet alleen de grondgedachten van het staatsleven niet meer zijn te kennen en omdat geleidelijk het zwaartepunt van het „openbare gemeenschapsleven" zich verplaatst van het staatkundige naar het sociale, terwijl de Grondwet vrijwel alleen het oog heeft op het eerste.

Zeer belangrijk zijn ook de beschouwingen, die de schrijver wijdt aan de vraag, of aan de rechterlijke macht de bevoegdheid toekomt de wet aan de Grondwet te toetsen. Interessant is hetgeen hij mededeelt over de praktijk van het toetsingsrecht in Noord-Amerika. Hij zet uiteen, hoe de Amerikaansche rechters daarvan gebruik maken om bijna elke wet, die zij afkeuren, ongrondwettig te verklaren, bepaaldelijk op het gebied der sociale en industrieele wetgeving. Het komt hem niet waarschijnlijk voor, dat Amerika hierin verbetering zal brengen door overneming van het in Europa geldende stelsel, omdat men daar in de parlementen niet genoeg vertrouwen stelt. De verbetering wordt en is reeds gezocht in invoering van de afzetbaarheid der rechterlijke macht; in vernietiging van rechterlijke uitspraken door middel van referendum; in verandering van de Grondwetten.

Met des schrijver's meeningen omtrent het gewoonterecht kan ik mij niet vereenigen. Hij stelt voorop, dat het gewoonterecht, dat vóór het einde der achttiende eeuw eene zoo aanzienlijke plaats in het staats- en rechtsleven innam, door de het Revolutietijdperk beheerschende gedachte, dat staat en recht de bewuste scheppingsproducten zijn van den menschelijken geest, geheel werd verdrongen. „De uitgesproken wil van het souvereine volk, de wet, werd de eenige positieve rechtsbron". De Fransche revolutie wordt op vele plaatsen van het werk als eene eenheid gedacht. Vele andere schrijvers doen hetzelfde. Zij maken van de revolutie eene soort van persoon met zeer bepaalde meeningen. Dat de revolutie ver strekkende gevolgen gehad heeft, is natuurlijk juist, maar zij was toch meer eene afbraak dan een opbouw en men mag, dunkt mij, haar niet vereenzelvigen met de meeningen van zekere Fransche schrijvers, inzonderheid van Rousseau. Montesquieu en Blackstone hebben gedurende langen tijd meer invloed op

het staatsrecht gehad dan ROUSSEAU. De leer der volkssouvereiniteit werd in de na den val van NAPOLEON vastgestelde Grondwetten niet erkend of tot richtsnoer genomen.

Verder zegt de heer STRUYCKEN, dat een nieuwe staatsrechtelijke theorie als grondslag voor het wetsabsolutisme is opgekomen, die der staatssouvereiniteit. Naar die theorie treedt de wil van den souvereinen rechtspersoon, staat geheeten, in de plaats van dien van het souvereine volk. De invloed dezer nieuwe leer werd, zegt de schrijver, overheerschend, sinds de Duitsche staatswetenschap onder leiding van LABAND, haar tot leidende gedachte stempelde. „De z.g. juridisch-dogmatische methode, van ouds in het civiele recht in gebruik, moest, meende men, ook toepassing vinden bij de beoefening van het staatsrecht; dat recht moest worden geordend in scherp omlijnde juridische begrippen, door logische deductie gebouwd op de gedachte, dat alle recht uiting is van de souvereine a priori gedachte staatspersoonlijkheid. De geheele staatswetenschap, de constructie dier begrippen, het maken van gevolgtrekkingen daaruit, de ordening van het positieve recht in hun schema, werd onder leiding dier gedachte tot logisch denkwerk, waarin voor wijsgeerige, politieke en historische beschouwingen geen plaats was. Aan het gewoonterecht — als deel der te ordenen rechtstof — behoefde daarbij niet noodzakelijk eene plaats te worden geweigerd, maar de voorop gezette gedachte, dat alle recht is staatswil, moest de neiging medebrengen alleen het bewustelijk door de staatsorganen in het leven geroepen recht, de wet, als voorwerp der rechtswetenschap aan te merken". In deze woorden vindt men een weerklank van de bezwaren, ook in Duitschland tegen de methode van LABAND geuit. Zij worden kortelijk besproken in de voorrede van de tweede uitgave van zijn beroemd boek over het Duitsche staatsrecht. Ik ga die bezwaren voorbij, en beperk mij

tot hetgeen de heer STRUYCKEN zegt over het gewoonterecht. LABAND stelt de wet en het gewoonterecht gelijk, inzoover beiden een rechtsregel bevatten. Hij erkent, dat ook de gewoonte recht kan zijn; zij is, evenals het wetsrecht, een species van het genus Rechtsnorm (Deel 2, blz. 2, 5e uitgave). Bij de tegenwoordige toestanden acht hij echter het gewoonterecht van zoo weinig beteekenis, dat men het buiten beschouwing kan laten. Het komt hier dus aan op de gevolgen van codificatie en wettelijke regelingen, geenszins op een dogmatisch terzijde stellen van het gewoonterecht of op een „doctrinair monopolisme van het geschreven recht".

Op het gebied van het staatsrecht zijn volgens Prof. STRUYCKEN de zoogenaamde conventies als gewoonterecht te beschouwen. De uitdrukking doet niet aan rechtsregels denken. Prof. BUYS meende, dat de conventies liggen op het gebied der politiek, maar de heer STRUYCKEN keurt het af, wanneer men in navolging van Engelsche schrijvers de praktijk van het staatsleven wel als norm gevend, maar de daarin gevonden normen niet als rechtsnormen aanvaardt. Op die wijze ziet men zijns inziens de regelen van het rechtsleven niet in het licht der werkelijkheid. Evenmin als in het private recht mag het rechtskarakter worden ontzegd aan gedragsregelen, die in het leven en de rechtsovertuigingen der rechtsgenooten zich openbaren met dezelfde kracht als — somtijds grootere kracht dan — die van het geschreven recht, wijl het laatste zijn karakter als positief recht ook aan geen ander feit ontleent dan dat zijner „gelding".

Zie ik wel, dan blijkt uit deze beschouwing geenszins, dat de conventies als rechtsregels zijn aan te merken. De vraag is in de eerste plaats, wat men onder recht en rechtsregels heeft te verstaan. Eene definitie van recht komt in het boek van den heer STRUYCKEN niet voor en er is dus

geene gelegenheid de vraag aan zoodanige definitie te toetsen. In Engeland worden de rechterlijke antecedenten door de rechters gevolgd. Daar kan men dus, als men die antecedenten als gewoonterecht beschouwt, van dergelijk recht spreken, maar de conventies kunnen niet het voorwerp van rechterlijke beslissing uitmaken. Dit laatste is van belang voor hen, die in de afdwingbaarheid een element van het recht zien. In het boekje van den oud-Rijkskanselier VON HERTLING „Natuurrecht en sociale politiek", vertaald door Dr. W. H. NOLENS, leest men op blz. 29: „Allen zijn het hierover eens, dat door recht in objectieven zin verstaan moet worden de bij een volk geldende afdwingbare regel van handelen of het geheel dezer regelen voor het onderlinge verkeer der menschen". Er kan eene wetsbepaling zijn, die het gewoonterecht erkent. Bij ons bestaat eene bepaling, die het tegendeel zegt. De schrijver vermeldt dit, maar zegt, dat een wetsartikel over de kracht der gewoonte niet beslissend kan zijn, wanneer wet en gewoonte als rechtsbron naast elkander om den voorrang strijden. De wet geldt, omdat zij het bevel bevat van de macht, tot dwingen bevoegd; is het voldoende, dat eene gewoonte bestaat om haar als rechtsbron te erkennen? Zien zij, die het gewoonterecht niet erkennen, een deel der werkelijkheid voorbij, gelijk de schrijver meent? Het gebied der werkelijkheid omvat meer dan het recht. Ook het onrecht behoort tot de werkelijkheid. In de 17de eeuw werd het in Frankrijk door edellieden als eene verplichting beschouwd elke beleediging met eene uitdaging te beantwoorden en ook hunne vrienden met het zwaard terzijde te staan. De Koningen van Frankrijk bestreden deze gewoonte met edicten en lettres de cachet. Hier streden naar de voorstelling van onzen schrijver wet en gewoonte als rechtsbron om den voorrang. Had men die gewoonte als recht moeten erkennen? „Tandis qu'une aussi per-

nicieuse coutume que celle-là est établie, on n'y trouve rien à redire, car l'usage est au dessus de la raison et empêche même, qu'on ne fasse des réflexions, mais lorsqu'un Prince sage et ferme a déraciné ce maudit usage on ne peut s'étonner assez qu'on se soit laissé emporter à une fureur si brutale" (Bussy Rabutin Oeuvres III blz. 291).

Waar de heer STRUYCKEN zoo oordeelt over de kracht der wet, kan het geene verwondering wekken, dat hij aan de gewoonte derogatieve kracht toekent. Ook indien de gewoonte zou ontstaan in strijd met de Grondwet, zou zij, als zij zich als eene blijvende doet gelden en gedragen wordt door de algemeene rechtsovertuiging, volgens hem het rechtskarakter niet missen. Hij erkent echter, dat de derogatieve kracht der gewoonte steeds haar bron vindt in handelingen „in strijd met de geschreven wet, dus in onrecht". Hoe kan dat onrecht recht worden? LABAND (deel II, blz. 75) voert tegenover SEIDLER, die de derogatieve kracht der gewoonte een „Rechtsbruch" en eene „Revolution milder Form im kleinen Rahmen der Gestaltung einzelner Rechtssätze" noemde, aan: „Gibt es aber ein Recht zur Rechtsbruch und zur Revolution? Damit kann man doch die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts nicht rechtlich begründen". De heer STRUYCKEN spreekt hier ook van de algemeene rechtsovertuiging. Hij zelf voert echter tegen Prof. KRABBE aan, dat deze in gebreke bleef te doen zien, aan welke uiterlijke kenteekenen zulk eene overtuiging moet worden herkend.

De gewoonte is uit haar aard conservatief. MONTAIGNE zegt: „Les loix de la conscience, que nous disons naistre de nature, naissent de la coutume, chacun, ayant en veneration intime les opinions et moeurs approuvees et receues autour de lui, ne s'en peut desprendre sans remors, ny s'y appliquer sans applaudissement. Quand ceux de

Crete vouloient, au temps passé, mauldire quelqu'un, ils prioient les dieux de l'engager en quelque coutume. Mais le principal effect de sa puissance, c'est de nous saisir et empieter de telle sorte, qu'à peine soit il en nous de nous r'avoir de sa prinse et de r'entrer en nous pour discourir et raisonner de ses ordonnances". Het is wel eigenaardig, dat de gewoonte tegenwoordig wordt gebruikt om aan nieuwigheden rechtskarakter te geven.

Het gewoonterecht brengt, gelijk Prof. STRUYCKEN erkent, een onzeker element in de wetenschap. Wanneer wordt iets eene gewoonte en wanneer houdt iets op gewoonte te zijn?

In de rede, waarmede de Gouverneur-Generaal van Indië op 18 Mei 1918 de eerste zitting van den Volksraad — een naam, die m. i. allerminst juist is — opende, zeide hij: „Door de bemoeiing van den Volksraad met de begrooting zal zich een ongeschreven staatsrecht ontwikkelen, dat verplaatsing van het zwaartepunt naar Indië medebrengt". En in eene op 2 December 1918 door des Gouverneurs vertegenwoordiger, den heer TALMA, gehouden redevoering zeide deze, dat het ongeschreven staatsrecht, waarop in de rede, waarmede de raad is geïnstalleerd, werd gedoeld, zich sneller gevormd en ontwikkeld heeft dan iemand heeft kunnen hopen en verwachten. Dit is zoo waar eene gemakkelijke wijze van rechtsvorming. Voordat de Volksraad in werking is, voorspelt men zeker ongeschreven recht en na eenige maanden proclameert men, dat het er al is. Op eene andere plaats van zijne rede verklaarde de heer TALMA, dat de Indische Regeering aan den Volksraad den invloed en de ruimte wilde geven, welke de bestaande wettelijke bepalingen gedoogen. Is de bedoeling niets anders te doen, dan kan men moeilijk van ongeschreven *recht* spreken. Verplaatsing van het zwaartepunt naar

Indië is met de bestaande wettelijke bepalingen niet overeen te brengen.

Ontkent de schrijver, dat de staat als een rechtspersoon is te beschouwen? Hij schijnt deze uitdrukking zorgvuldig te vermijden. Het hoofd van zijn tweede boek luidt: „Het Nederlandsche volk als staatkundige gemeenschap", eene zegswijze, die beter past in den mond van een voorstander van de volkssouvereiniteit dan in dien van dengene, die in den staat een rechtspersoon ziet. Het begrip rechtspersoonlijkheid verschaft eene duidelijke voorstelling van de eenheid van den staat, en brengt klare gevolgtrekkingen met zich. Het woord gemeenschap is eene zeer vage uitdrukking, die geene duidelijke beteekenis heeft, zoodra men daarbij aan iets anders dan communisme of iets dergelijks denkt, zooals wanneer als men spreekt van gemeenschap van goederen. Op blz. 182 spreekt de schrijver over „de grenzen der volksgemeenschap in 't algemeen". Wie verwachten mocht, dat hier zal worden aangewezen, wat dan in die „gemeenschap" gemeenschappelijk moet zijn of is en wat niet, zal bedrogen uitkomen.

Met de uitlegging, die de schrijver geeft aan art. 1 der Grondwet, kan ik mij niet vereenigen. „De Grondwet", zegt hij, „is geen leerboek van geographie maar van staatsrecht. Het is dan ook niet waar, dat art. 1 niet zou beoogen eene beslissing te geven over den aard van de rechtsverhouding tusschen het Rijk en de Koloniën". Ik kan hiervan in het artikel niets lezen. Het geeft nu eenmaal, al mag dit dan niet, enkel eene geographische omschrijving en uit de toelichting, welke bij de herziening van 1887 ter verklaring van het artikel werd gegeven, blijkt mijns inziens, dat dit ook de bedoeling was.

A. R. Arntzenius

De Grondwet met aanteekening der gelijksoortige bepalingen van vroegeren tijd bij elk artikel.

Gebrs. Belinfante hebben deze nieuwe uitgave van de „roode" Grondwet, zooals zij pleegt genoemd te worden, bezorgd. De aanduiding heeft natuurlijk geene politieke beteekenis. Zij heeft betrekking op de kleur der letters, waarmede de artikelen der bestaande Grondwet zijn gedrukt. De uitgave komt op een oogenblik, dat er weder eene Grondwetsherziening op til is, die wellicht in politieken zin aan onze hoogste wet een roodere tint zal geven. Voor allen, die met die herziening te maken hebben of daarin belang stellen, en voor allen, die studie maken van ons staatsrecht, is dit boek van waarde. Van een typografisch oogpunt bekeken, ziet het er keurig uit.

A. R. Arntzenius

Mr. P. H. L. Lamberts Hurrelbrinck. *De wetgeving der twaalf tafelen in het licht van den Romeinschen godsdienst.* — 's-Gravenhage, bij Martinus Nijhoff, 1918. 193 blz. in 8°.

Het vraagstuk, dat in de litteratuur bekend staat als het vraagstuk van de authenticiteit van de wetgeving der XII Tafelen, heeft omstreeks het begin dezer eeuw, vooral in Frankrijk, de scherpe aandacht getrokken. Waar het om gaat is te bekend om veel inleiding te behoeven. De oude Romeinsche overlevering had de XII Tafelen voorgesteld als een codificatie van het privaatrecht, dagteekenend uit het midden der 5e eeuw vóór Christus. Zoo had de latere Oudheid, waaromtrent wij met meerdere nauwkeurigheid zijn ingelicht, het bij voortduring, zonder weifeling of twijfeling, begrepen. Die lezing is onbeperkt en onbetwist door de latere eeuwen aanvaard. Zij heeft ook nauwelijks den argwaan gewekt van de critische beoefenaren der Romeinsche geschiedenis, die zooveel, dat vroeger historisch geloof vond, naar het rijk der legende hebben verwezen. Totdat in 1901 de Italiaansche geschiedschrijver Païs en spoedig daarna de Lyonsche hoogleeraar Lambert de twijfels opriepen. Toen heeft vijf jaar lang een scherp twistgeschrijf van voor- en tegenstanders de Romanistische wereld in spanning gehouden. Nu is die strijd gestreden en, wij mogen wel zeggen, uitgestreden.

Op het cardinale punt hebben Païs en Lambert het pleit niet gewonnen. Voor de rechtsgeschiedenis luidt de vraag, waar alles op aan komt: bevatten de XII Tafelen, zooals

zij — bij brokstukken overgeleverd of gereconstrueerd — voor ons liggen, ja dan neen, het recht uit de 5e eeuw of geven zij iets anders, iets van later en wat dan? Dat alleen is de hoofdzaak, al de rest is bijzaak, belangrijk zonder twijfel uit zuiver historisch of philologisch oogpunt, slechts hulpmiddel voor den rechtshistoricus. Bijzaak dus: de rol van Appius Claudius en zijn optreden tegenover de geschonden maagd, de delegatie van de wetgevende bevoegdheid aan de tienmannen, hun aandeel bij de totstandkoming der wetgeving, de studiereis naar Griekenland, bijzaak ook de taal, ja zelfs de vorm. Ik ga hier verder dan de voorstanders van de echtheid der XII Tafelen gemeenlijk doen. Zelfs al ware de vorm niet authentiek, al ware deze in het gebruik der rechtspraak en in het schoolgebruik langzamerhand gewijzigd, verjongd, pasklaar gemaakt voor den lateren tijd, niet alleen taalkundig — dat staat boven elken redelijken twijfel verheven —, maar ook wat den bouw betreft, dus vereenvoudigd en verbeterd, dan nog blijven de XII Tafelen hare hooge waarde voor de oudere rechtsgeschiedenis ongeschonden behouden, zoo maar vaststaat, dat de inhoud een beeld geeft van de rechtsregelingen der 5e eeuw en niet een mengeling is van vroeger en later recht, van brokken wetgeving en rechtsspreuken. En die hoofdzaak wordt, zoo ik wel zie, in de Romanistische wereld nauwelijks meer betwijfeld. Dit voor de Romeinsche rechtsgeschiedenis allerbelangrijkste gegeven heeft men tot zekerheid gebracht langs velerlei wegen. Daarbij werd een breed veld geruimd aan de methode, welker toeleg het was, de hoofdbewering der tegenstanders omver te stooten. Die hoofdbewering der tegenstanders luidde: er komen een aantal bepalingen in de XII Tafelen voor, die onmogelijk afkomstig *kunnen* zijn uit de 5e eeuw, die *moeten* dagteekenen van later. Dat zijn bovenal: de verordening der 10e Tafel betreffende

begrafenis en begrafenisplechtigheden, de vrijheid van testeeren en de erkenning van het manuslooze huwelijk.

Die zijde van het vraagstuk wordt nu opnieuw uitvoerig behandeld door Mr. LAMBERTS HURRELBRINCK. De kwestie wordt dus niet in haren geheelen omvang gesteld en toegelicht. Maar de volle aandacht wordt hiervoor gevraagd: is de bewering van PAÏS en LAMBERT houdbaar, dat zoo belangrijke stukken van de XII Tafelen van latere dagteekening moeten zijn? In drie hoofdstukken wordt achtereenvolgens dit onderzoek ingesteld voor de drie materies, welke de tegenstanders als even zoovele anachronismen voor de 5e eeuw hebben naar voren gebracht. Het materiaal van voorgangers wordt daarbij met veel kennis van zaken benut, maar ook menigmaal doet de schrijver eigen grepen uit de stof, welke de vroegere Romeinsche Oudheid biedt en welke hij dikwijls met veel scherpzinnigheid in goede argumenten weet om te zetten. En dan wordt het wel nog duidelijker dan zulks te voren reeds het geval was, dat ook op dit stuk de hyper-critiek geleid heeft tot een reeks van voorstellingen, die op het eerste gezicht, ook op een scherp ingesteld eerste gezicht, de overgeleverde opvattingen onhoudbaar doen voorkomen, maar dat bij nóg scherper toezien en nóg dieper inzicht de aloude overlevering in de hoofdlijnen zegevierend kan worden gehandhaafd.

Ten aanzien van de regeling der begrafenisplechtigheden wordt het zeer waarschijnlijk gemaakt, dat de weeldebeperkende bepalingen der 10e Tafel waarlijk niet eene zoo buitensporige luxe vooropstellen, als beweerd wordt, dat zij aansluiten bij oude zeden en wel degelijk in overeenstemming zijn met de maatschappelijke en economische toestanden der 5e eeuw. Vooral de bepaling van § 8 heeft zeer de aandacht getrokken. Verboden wordt daar, den dooden gouden voorwerpen mee te geven in het graf. Een uitzondering wordt daaraan toegevoegd voor het

gouden vulsel, waarmede de kiezen van den overledene waren geplombeerd. De schrijver wijst op de met goud gevulde tanden en kiezen, die in Etruscische graven zijn gevonden en hij acht het waarschijnlijk, dat de Romeinen ook dit gebruik al vroegtijds van de Etruriërs hebben geleerd. Ik geloof niet, dat de passus zoo moet worden verklaard. Eene dergelijke toevoeging, als uitzondering, die een kleinigheid betreft, past niet in het kader van den beknopten kernachtigen stijl, waarin de XII Tafelen zijn vervat. Wij hebben hier vermoedelijk te doen met een glosse, die later in den tekst is ingelascht, een verschijnsel dat soms met zoo groote duidelijkheid in de XII Tafelen wordt waargenomen, dat zijn bestaan, sedert Bréal daarop de aandacht heeft gevestigd, niet kan worden ontkend. Veel zorg besteedt de schrijver aan de belangrijkste bepaling der 10e Tafel: het verbod van teraardebestelling en lijkverbranding binnen de stad. Hij maakt het zeer aannemelijk, dat het verbod reeds noodig was in de 5e eeuw en zeer wel binnen den gezichtskring van de overheid dier dagen kon hebben gelegen. Zoo vertoont zich de 10e Tafel, die door haren inhoud zooveel twijfel heeft uitgelokt aan de echtheid der wetgeving, geenszins als een anachronisme in de 5e eeuw.

Een tweede bezwaar tegen de oude herkomst der XII Tafelen vonden de tegenstanders in de volledige testeervrijheid, welke de 5e Tafel schijnt te huldigen, in § 3: „Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto". In den geslachtenstaat is voor testamentair beschikkingsrecht in het geheel geen plaats en een maatschappij, die hare onmiddellijke herkomst uit de groepeering der geslachten in tal van instellingen verraadt en de geslachtenordening in vele opzichten nog bewaart, kan onmogelijk het gezinshoofd de bevoegdheid geven, met voorbijgaan van de leden van zijn gezin, naar willekeur over het

familievermogen na doode te beschikken. Zulk een maatschappij nu was ongetwijfeld de Romeinsche maatschappij der 5e eeuw, althans in hare nog altijd overwegende patricische samenstelling. Zoo zeggen de tegenstanders. Daartegenover stelt de schrijver: dat het gewone testament dier dagen, het *testamentum comitiis calatis factum* in waarheid niets anders was dan een vorm van adrogatie, geenszins ten doel hebbend rechtstreeks over het familievermogen te beschikken, integendeel de instandhouding der familiesacra beoogend en daartoe alleen onrechtstreeks, op kunstmatige wijze, erfgenamen scheppend; dat het buitengewone testament, het *testamentum in procinctu* hoogstwaarschijnlijk alleen diende voor beschikkingen over oorlogsbuit; dat zelfs de later opgekomen testamentvorm, *per aes et libram*, aanvankelijk nog slechts een overdracht van familiegoed onder de levenden bewerkstelligde. Zoodat bij dit alles van ongebreidelde testeervrijheid geen sprake is.

Een ander argument tegen de voorstelling, welke de XII Tafelen doet dagteekenen uit de 5e eeuw, wordt ontleend aan de regeling van de 6e Tafel § 4. Daar wordt, daar de mededeeling van Gaius bepaald, dat de vrouw, door een afwezigheid uit de echtelijke (?) woning gedurende drie achtereenvolgende nachten, de *conventio in manum mariti* voorkomen kan. Meer zegt de tekst niet. Païs trekt daaruit de gevolgtrekking, dat daarmede het vrije, manuslooze huwelijk zou zijn ingevoerd. En, zoo redeneert hij, voor dit vrije huwelijk was in de 5e eeuw nog geen plaats. Dus moet de bepaling van later dagteekenen. De redeneering is dadelijk hierom niet steekhoudend, omdat er naast het manushuwelijk en het manuslooze huwelijk een derde mogelijkheid bestaat, de samenleving van man en vrouw, die noch het eene, noch het andere is. Mr. Lamberts Hurrelbrinck stelt zich echter

op andere wijze te weer. Hij aanvaardt de meening, die overigens bij uitnemende Romanisten nog altijd hardnekkige verdediging vindt, dat het vrije huwelijk is van oerouden oorsprong, door ROMULUS zelf ingesteld.

Het boek van Mr. LAMBERTS HURRELBRINCK vormt een bijdrage van beteekenis voor de studie van het XII Tafelenvraagstuk. Het brengt ook buiten dit kader belangrijke beschouwingen over het recht der vroeg-Romeinsche Oudheid. Deze dubbele strekking kenmerkt het geschrift. Zij heeft dubbele verdienste, maar de tweeheid van opzet schaadt de eenheid van den bouw. De bonte uitweidingen over velerlei onderwerpen, hoe lezenswaardig elk op zich zelf, doen den lezer menigmaal den draad ontglippen, die hem tot de eindconclusie moet geleiden. Met name hindert dit in het 5e hoofdstuk, waar de schrijver eerst na een uiteenzetting van niet minder dan dertig bladzijden tot het verband met de XII Tafelen komt.

Ook in ander opzicht vertoont het boek de feilen van zijne goede eigenschappen. Die goede eigenschappen sla ik niet laag aan. Met name wordt de degelijkheid der verhandeling ten zeerste gebaat door de kundige bedrevenheid, waarmede deze jurist de profane litteratuur der Romeinsche Oudheid hanteert, zonder welker steun behoorlijk inzicht in de vroegere eeuwen der Romeinsche rechtsontwikkeling inderdaad niet is te verkrijgen. Deze welverdiende loftuiting kan, zonder daardoor te worden verflauwd, enkele opmerkingen verdragen. De vele aanhalingen, welke ik heb gecontroleerd en zoo goed als alle juist bevonden — ik verbeter alleen op blz. 6, noot 2: Dion. I, 57 in X, 57 — staan in voor de nauwkeurigheid der bewerking. Het is echter voor den lezer hinderlijk, de *Vitae* van PLUTARCHUS zonder aanduiding van onderverdeeling geciteerd te vinden. En voor den schrijver is deze wijze van citeeren niet geheel verantwoord.

Van meer belang is dit. Mr. LAMBERTS HURRELBRINCK hecht aan de mededeelingen van Romeinsche schrijvers uit het klassieke of na-klassieke tijdperk ten aanzien van gebeurtenissen uit vroegere eeuwen te veel waarde. Wanneer CICERO ons iets verhaalt omtrent Grieksche beschavingsinvloeden, welke zich hebben doen gelden onder de regeering van ANCUS MARTIUS, dan wordt ons iets bericht, dat aanleiding tot onderzoek kan worden, maar in het geheel niets „aangetoond" (blz. 17). Wanneer CICERO ons ook nog zoo uitdrukkelijk iets verzekert omtrent den samenhang van de XII Tafelen met de wetgeving van SOLON, dan „staat" daarmede de zaak nog in het geheel niet „vast" (blz. 53). En CICERO's (blz. 166) en DIONYSIUS (blz. 6, n. 2 en blz. 166) voorstellingen omtrent feiten en hunne waardeering uit de 5e eeuw kunnen niet zonder meer worden aanvaard, als ware daardoor alleen het punt in kwestie uitgemaakt. Evenmin als LIVIUS, zonder nader critisch te zijn onderzocht, kan gelden als de beslissende bron voor een aantal historische gegevens uit den koningstijd en het begin der Republiek (blz. 9 bij n. 7, blz. 49—50, blz. 50—51, blz. 154, blz. 165 n. 3) of VALERIUS MAXIMUS ons uitkomst vermag te geven omtrent handelingen van GNAEUS FLAVIUS (blz. 175). Het overdreven vertrouwen, in de Romeinsche overlevering gesteld, brengt den schrijver ook er toe, het overgeleverde te aanvaarden op punten, die door de meest goedgeloovige geschiedenis tot het rijk der legende zijn verwezen. Het doet toch wonderlijk aan, in een zoo degelijk onderlegde historische verhandeling als die van Mr. LAMBERTS HURRELBRINCK, ROMULUS en NUMA POMPILIUS telkens als werkelijkheden te zien voorgesteld (blz. 66, 105, 135—137, 142, 153, 154, 155, 156, 159).

Om te besluiten vestig ik nog de aandacht op een paar kleinigheden. Het boek is belangrijk genoeg om deze ter

verbetering voor te dragen. Het is natuurlijk een schrijffout (zie ten overvloede blz. 68), wanneer ANCUS MARTIUS de opvolger van koning NUMA genoemd wordt (blz. 17). Wellicht ook een driemaal herhaalde schrijffout, wanneer de Gallische brand wordt gesteld in het jaar 398 (blz. 18). Want al is twijfel mogelijk omtrent het nauwkeurige tijdstip, waarop de groote ramp de Stad heeft getroffen, die twijfel beweegt zich tusschen de jaren 388 en 382.

Leiden. J. VAN KAN.

Door eene vergissing der redactie was niet alleen Mr. M. RIJKE te 's-Gravenhage doch ook Prof. VAN KAN verzocht bovenstaand werk van den heer L. H. te willen aankondigen. De redactie meende den arbeid van geen harer beide medewerkers aan de lezers van ons tijdschrift te mogen onthouden. RED.

De wet op de voorwaardelijke veroordeeling, door Mr. G. T. J. de Jongh. — Tweede druk. — NOORDHOFF te Groningen, 1919.

Niet alleen getuigt dit werk van 's schrijvers warme liefde voor en diep inzicht in het wezen van het instituut van de voorwaardelijke veroordeeling, hetwelk — ook door onze juristen aanvankelijk miskend — thans beter begrepen en meer algemeen gewaardeerd wordt. Niet alleen geeft het tal van practische opmerkingen, voor de — vaak moeilijke — toepassing van de nieuwe wet van belang. Maar bovenal wijst het werk telkens en telkens op het nauw verband tusschen de voorwaardelijke veroordeeling èn de evolutie van strafrecht en strafproces, eene evolutie, welke, langzaam maar zeker, haren weg gaat, en waarvoor bestudeering van het wezen van de misdaad en het verzamelen van een betrouwbaar materiaal van gegevens omtrent gedrag en levensloop van den misdadiger, speciaal omtrent de oorzaken van zijn val en terugval, eene onafwijsbare voorwaarde mag worden genoemd.

Als wij een greep gaan doen uit het vele, wat de schrijver ons biedt, opmerkingen vaak in lossen vorm, op halfcauseerenden toon daarheen geworpen, dan mogen wij het volgende aanstippen. Vooreerst schrijvers wantrouwen in de toepassing van de nieuwe instelling op „psychopathen en alles wat daarmede zoo ongeveer op één lijn staat" (blz. 23), een wantrouwen hetwelk ik op grond van eigen ambtelijke ervaring volkomen deel, en waartegenover zeker *niet* mag gelden de overweging, dat 't nu en dan alleen uit medelijden zou te probeeren zijn met de bijgedachte:

baat het niet, het schaadt ook niet, m. i. een gevaarlijk en verwerpelijk experiment! — Dan de duidelijke uiteenzetting (blz. 58 vlg.) van de quaestie van de schadevergoeding, zulks in verband met de vordering van de gevoegde partij in het strafproces, welk verband het best aldus wordt aangelegd, dat de civiele actie worde toegewezen en bij de voorw. veroordeeling de voorwaarde worde gesteld, dat de veroordeelde hieraan binnen zekeren tijd heeft te voldoen. Bij de behandeling van de Bijzondere Voorwaarden in 't algemeen (blz. 65 vlg.) wordt vooral gewezen op het *beginsel*, hetwelk bij het opleggen daarvan moet voorzitten, een beginsel, aldus geformuleerd „dat gestreefd worde de karakterfouten van den veroordeelde te onderdrukken, aan zijne zwakheden tegemoet te komen, de aanleiding, waardoor hij kwam tot de misdaad, te verwijderen; hem te brengen uit het milieu, dat den kiem en de voedingstoffen bevatte, welke zijn ziel aantastten en bedierven, ... in 't kort gestreefd worde naar middelen, die menschelijkerwijs gesproken redelijken waarborg bieden, dat hij ook zonder door de poorten der gevangenis te gaan zich zal ontwikkelen tot een oppassend en ordentlijk lid der samenleving". Het, soms zoo nuttig, verbod van omgang met bepaalde personen uit te strekken tot omgang met „slecht befaamde personen" in 't algemeen (blz. 71) schijnt mij niet aan te bevelen; al zou daaromtrent in zekere omstandigheden *getuigenis* kunnen worden afgelegd (zooals Mr. DE JONGH opmerkt), toch schijnt *hier* deze voorwaarde mij door hare vaagheid minder bruikbaar. Eindelijk schijnt mij waardevol de opmerking (blz. 78, 79), dat, terwijl bij het verleenen van hulp en steun aan den voorwaardelijk veroordeelde alle godsdienstige *dwang* uit den booze is als slechts leidende tot schijnvroomheid en als bevorderende eene geprikkelde stemming tusschen de reclasseeringsinstellingen der verschillende religies onderling, aan den anderen kant

opwekking tot meer godsdienstig leven, een dienstbaar maken van de vormen, welke door de verschillende kerkgenootschappen zijn aangenomen, aan het opwekken van de zedelijke gevoelens van den persoon, veelal is aan te bevelen.

Het hoogtepunt van zijn arbeid bereikt Mr. DE JONGH m. i. in het elfde hoofdstuk „Vooronderzoek", een gedeelte, mij als 't ware uit het hart gegrepen, omdat het zoo geheel aansluit aan de waarschuwing, welke ik — ambtelijk — meermalen in de rechtszaal, bescheiden maar met volle overtuiging, mocht doen hooren, de waarschuwing tegen de *sentimenteele* voorw. veroordeeling, m. a. w. de toepassing van den maatregel enkel onder den indruk van het oogenblik, den vluchtigen (en vaak misleidenden) indruk van het uiterlijk-berouwvol verschijnen van den beklaagde vóór den rechter, het overleggen van een paar goede getuigschriften (soms van betrekkelijk ouden datum), het beloven van beterschap en verzekeren dat „het eene les is geweest voor zijn heele leven", een en ander meestal gesteund door het sympathieke woord van den raadsman, die enkele „algemeene beschouwingen" ten beste geeft. *Dergelijke* voorwaardelijke veroordeelingen schijnen mij niet alleen ongerechtvaardigd maar zelfs gevaarlijk, omdat zij aan het instituut zelf afbreuk dreigen te doen en dit in discrediet brengen. En hoewel mijne ervaring omtrent de toepassing der wet op de voorw. veroordeeling gunstiger is dan die van onzen schrijver en ik zeker *niet* zou durven zeggen, dat deze mij bitter is tegengevallen (Voorwoord bij den tweeden druk), geloof ik, dat vooral in den aanvang de rechter, op die vluchtige indrukken afgaande, wel eens heeft misgetast. Daarom, wanneer schrijver op den voorgrond stelt, dat de rechter zooveel mogelijk gegevens moet hebben omtrent aard, levenswijze, huiselijke omgeving en gedragingen van den beklaagde, zoodat hij de oor-

zaken, waardoor deze tot de misdaad kwam, als in een geopend boek vóór zich ziet, vervolgens eraan herinnert, hoe meermalen tusschen den dag van de behandeling van eene strafzaak ter terechtzitting èn den voor de uitspraak van het vonnis bepaalden dag nog *haastig* een onderzoek wordt ingesteld naar de persoonlijkheid van den dader (welke haast natuurlijk aan de deugdelijkheid van het onderzoek afbreuk doet), om ten slotte te concludeeren tot de mogelijkheid van het wijzen van een tusschenvonnis, waarbij de *schuldigverklaring* aan het bepaalde feit wordt beslist, maar de vraag naar de *straf* wordt aangehouden, dan schaar ik mij volgaarne aan zijne zijde. Den naam van interlocutoir vonnis, ontleend aan ons burgerlijk procesrecht, zou ik hier liever willen mijden, omdat *dit* tusschenvonnis een geheel ander karakter draagt. Intusschen, dit is slechts bijzaak. Hoofdzaak is, dat ook naar mijne meening de mogelijkheid van eene dergelijke splitsing van de beide — ieder voor zich zoo belangrijke — vragen, die van de schuldigverklaring en die van de straf, aan de strafprocedure tengoede zal komen en met name gelegenheid zal geven om, wanneer de rechter, die de eindbeslissing over de strafzaak heeft te geven, na omtrent de *andere* punten tot klaarheid te zijn gekomen, aanvankelijk termen voor eene voorwaardelijke veroordeeling aanwezig zou achten, *dit* punt als 't ware te isoleeren en daarop dan alle licht te concentreeren. De *toepassing* van het nieuwe instituut zal daarbij slechts kunnen winnen.

Opzettelijk heb ik in het voorafgaande één, wij mogen wel zeggen: *het* cardinale punt in Mr. DE JONGH's beschouwingen, datgene wat daaraan haar eigen karakter geeft, immers daarop den stempel drukt van de persoonlijkheid van den schrijver, terzijde gelaten. Bedoeld wordt de voor hem zoo belangrijke, ja overheerschende factor van de *reclasseering*. Wij mogen zonder overdrijving zeggen, dat

hij bovenal het nieuwe instituut bekijkt van uit het oogpunt van die reclasseering, het aantrekkelijk werk, dat zóó — gelijk bekend is — zijne belangstelling en liefde heeft, en waarmede hij tot zekere hoogte zich heeft vereenzelvigd; dat hij m. a. w. het nieuwe instituut van *hieruit* belicht.

Teneinde tegen misverstand te waken, stel ik op den voorgrond, dat ook door mij bij de voorw. veroordeeling aan het element van de reclasseering groote waarde wordt toegekend. Moeilijk kan de beteekenis van dit werk — door schrijver op blz. 37 vlg. zoo mooi geschetst (het opheffen, opvoeden, omhoog brengen en omhoog houden; het ophalen van den beklaagde uit den modder, waarin hij is vastgezogen, en hem overbrengen naar steviger ondergrond en vaster bodem) — te hoog worden aangeslagen. Wanneer bij de bespreking van de persoon of instelling, aan wie de eventueel als bijzondere voorwaarde der voorw. veroordeeling opgelegde schadevergoeding zal moeten worden afgedragen, schrijver zich verklaart voor eene betaling in termijnen in handen van eene reclasseeringsinstelling, tevens belast met hulp en steun (blz. 63), dan wijst hij m. i. de richting aan, waarin dit opzichzelf gewichtig punt het meest bevredigend kan worden geregeld. En wanneer hij critiek uitoefent op de door de wet getrokken grenslijn van *twee maanden gevangenisstraf* (voor het opleggen van andere bijzondere voorwaarden dan schadevergoeding), betoogende, dat *onder* die grens juist bij vermogensmisdrijven zeer belangrijke reclassabele gevallen voorkomen, gevallen waarin onderwerping aan bijzondere voorwaarden zeer noodig kan zijn en bijzonder dankbaar reclasseeringswerk is te verrichten, dan zou ik mij, althans theoretisch, met deze critiek wel kunnen vereenigen.

Toch is mijne visie (of eenvoudiger gezegd: mijn kijk) op de voorwaardelijke veroordeeling als instituut in zijn geheel een andere dan die van Mr. DE JONGH, waar m. i.

ook buiten alle reclasseering om de beteekenis van de instelling zoo groot is. Niet duidelijker kan ik ons verschil in standpunt accentueeren dan door te verwijzen naar de passage op blz. 22, waar hij naar aanleiding van de uitspraak van Minister REGOUT, dat het instituut een negatief en een positief voordeel kan opleveren, dit thema aldus uitwerkt, dat het Belgisch-Fransche stelsel is eene *negatie*, de ontkenning van de heilzame werking der korte vrijheidstraffen, terwijl daartegenover het Engelsch-Amerikaansche stelsel is ontsproten uit het geloof in de gunstige resultaten der reclasseering. Mij komt 't voor, dat deze tegenstelling aan het Belgisch-Fransche stelsel niet volledig recht laat wedervaren, waar immers de aan dat stelsel ten grondslag liggende gedachte wel degelijk ook eene *positieve* zijde heeft, een sterk element van *opbouwing* bevat. Laat men bij de waardeering van het nieuwe instituut vooral niet uit het oog verliezen, dat naast de gevallen, waarin de reclasseering is aangewezen en zulk heerlijk werk heeft te verrichten, er talrijke andere gevallen zijn, waarin *zonder* reclasseering de voorwaardelijke veroordeeling haar volle bestaansrecht heeft en de rechter redelijkerwijze mag verwachten, dat hij *dezen* beklaagde nimmer zal terugzien. Het is waarlijk niet minder deze *tweede* categorie van gevallen, welke voor den rechter aan de toepassing der instelling hare bekoring verleent en aan de maatschappij den zegen daarvan doet gevoelen.

Waar Mr. DE JONGH in zijn Voorwoord bij den nieuwen druk van zijn werk zijne bittere teleurstelling over de toepassing der wet ook voor een gedeelte aan onbekendheid van de rechterlijke macht en de balie met de beginselen onzer nog jeugdige reclasseeringswetenschap wijt, en mijn in dit opzicht gunstiger oordeel samenhangt met een verschil in waardeering van de beteekenis der genoemde wetenschap voor het welslagen der voorwaardelijke ver-

oordeeling, meende ik goed te doen met in het voorafgaande op ons principieel verschillend standpunt te wijzen. Natuurlijk doet dit verschil geenszins tekort aan mijne sympathie voor het boeiend en in zijn subjectiviteit zoo suggestief geschrift, waarmede Mr. DE JONGH de literatuur over de voorwaardelijke veroordeeling heeft verrijkt.

April 1919. VAN GEUNS.

Verklarend Handwoordenboek der Nederlandsche taal (tevens vreemde woordentolk) vooral ten dienste van het onderwijs, door M. J. Koenen. — Twaalfde vermeerderde druk bij J. B. Wolters, U. M. Groningen, Den Haag (*f* 3.65, crisistoelage inbegrepen).

Een net gedrukt werk als het bovenstaande waarin in niet minder dan 1000 bladzijden eene verklaring wordt gegeven van meer dan 75.000 woorden en uitdrukkingen voor slechts *f* 3.65 ter markt te brengen is eene praestatie. En het zou eene praestatie zijn die niet alleen verwondering maar ook bewondering zou wekken, wanneer men kon constateeren, dat het werk, ik schrijf opzettelijk niet onberispelijk, want zoo ooit, dan zijn bij een arbeid als deze vergissingen onvermijdelijk, maar over het algemeen nauwkeurig was.

Jammer genoeg is dit niet het geval.

In nummer 9985 van het *Weekblad van het Recht* heeft indertijd de heer Jacob Israël de Haan de elfde druk van dit werk besproken en aan een scherpe en weinig vriendelijke kritiek onderworpen. De groote fout was, zoo betoogde hij, gebrek aan deskundige voorlichting en daardoor kon men komen tot dwaasheden van de kracht van: Code Napoleon = de vijf door Napoleon ingediende wetboeken.

Nu zoo spoedig na de elfde de twaalfde druk is verschenen, nu men dus te doen heeft met een werk, dat aftrek vindt, zouden, zoo denkt men, uitgever en auteur met deze opmerking rekening hebben gehouden. De heer De Haan

moge hun wellicht minder sympathiek zijn, ook van zijn vijanden kan men leeren.

En inderdaad deskundige hulp is ingeroepen, want anders is het moeilijk te begrijpen hoe vroeger geheel onjuist verklaarde woorden als bekeuring en koopcontract door goede definities zijn vervangen, maar veel te weinig. Want hoe is het anders mogelijk, dat niettegenstaande op de fout is gewezen de Code Pénal nog steeds het Wetboek van Strafvordering is gebleven, curateele nog steeds toeziend voogdschap blijft, een delict gedefinieerd wordt als: een privaatrechterlijk ongeoorloofde handeling, die met geldboete gestraft wordt en naar aanleiding van insolvent ons medegedeeld wordt, dat de rechtbank iemand insolvent kan verklaren?

Waarom dit alles? Wanneer men van recht leest, dat het is eene zedelijke bevoegdheid volgens de wet, dan kan men nog denken aan eene zij het dan ook zonderlinge rechtsphilosofische meening maar dit is toch niet wel mogelijk bij feilen als de zooeven gememoreerde. Dit zijn en blijven feilen en wel grove.

Trouwens ook waar verbeterd is, en dit is inderdaad menigmaal het geval, is de volmaaktheid nog niet bereikt. Waar wij vroeger omtrent directe belasting lazen, dat het was eene belasting, die in contanten betaald moet worden, vernemen wij thans, dat daaronder is te verstaan eene belasting, die krachtens kohieren geheven wordt en door den belastingplichtige niet op derden kan worden verhaald. Eene verbetering, maar toch nog niet een juiste omschrijving.

Zal men dit laatste misschien betwisten, zoo zal ieder toegeven, dat, al is het juist om een eigenaar niet meer met een bezitter te identificeeren, het toch niet correct is om het woord eigenaar te omschrijven als: hij, die het recht van eigendom uitoefent. Trouwens de begrippen

eigendom en bezit zijn voor den heer KOENEN nog steeds niet volkomen helder. Dit blijkt wanneer hij van eigendom zegt: eigendomsrecht, het recht van bezit en dan elders bezitten verklaart als houden of genieten van een zaak welke men in zijn macht heeft. Zou de auteur wel eens van een animus domini hebben gehoord?

Dat men dergelijke onvolkomenheden moet constateeren is jammer, evenals het jammer is, wanneer men van verbintenis leest, dat het een contract, een overeenkomst is en omtrent medeplichtig niet anders verneemt dan „met anderen schuldig" en van een medeplichtige, dat hij is een medepleger. Wat is dan wel het onderscheid tusschen een medeplichtige en een mededader, volgens den heer KOENEN, „iemand, die deelname heeft in een misdrijf"? Want, dit moet men niet vergeten, in een werk als dit is ook onvolledigheid een gebrek. Intusschen men zou in dit alles kunnen berusten, wanneer alleen juridische vakwoorden er slecht waren afgekomen. Ook bij VAN DALE zijn zij stiefkinderen en op den duur leert men daarin berusten. Edoch de vrees rijst of de onjuistheden zich tot vaktermen op rechtsgeleerd gebied beperken. Zoo las ik van licht o. a.: „Scheepsterm, bij nacht heeft een zeeschip — een zeeschip is volgens K. „een vaartuig ter zee" — „wit licht in den voormasttop, een groen licht aan stuur-„boord en een rood licht aan bakboord". Men vraagt: is de auteur 's nachts wel eens in volle zee geweest, anders dan strijdende met de zeeziekte in zijn kooi?

Een werk als het hierbedoelde, men kan het niet genoeg herhalen, moet nauwkeurig zijn. Edoch voor *f* 3.65 kan men geen chronometer leveren en zoo gaf ons de uitgever een nikkel horloge. Edoch ook deze horloges kunnen juist loopen, al kosten zij dan ook het driedubbele. Zou nu een volgende druk, zij het dan ook voor een hooger prijs, ons zoo niet de gewenschte dan toch meerdere nauwkeurigheid

kunnen geven? Want het woordenboek is toch te goed dan dat het niet zou kunnen worden verbeterd en ik geef er verre de voorkeur aan boven een „filosofies-juridies" woordenboek vervaardigd door een „lichaam van toongevende rechtsgeleerden" „gesteund door regeeringsgezag" als de Utrechtsche hoogleeraar De Vooys in aflevering 1/2 van het *Rechtsgeleerd Magazijn* 1919 aanprijst.

Zulk een officieus werk, dat slechts zou dienen om aan dien hoogleeraar en zijn geestverwanten met regeeringssteun den invloed te verzekeren dien zij zich niet door eigen verdiensten kunnen verschaffen zou een ware ramp zijn. Immers een wetenschappelijk werk moet niet en behoeft niet gesteund te worden door „regeerings*gezag*". Wanneer het goed is vindt het wel zijn weg. Zelfs financieele steun der regeering blijve bij een wetenschappelijken arbeid beperkt tot de gevallen, waarin hij onvermijdelijk is. Edoch juist daarom is het zaak, dat de heeren Koenen en Wolters verbeteren wat verbeterd kan worden en voor een officieus en officieel woordenboek van „juridies-filosofiese" strekking het gras wegmaaien.

Mei 1919. C. S.

De regeering van ons land. Leerboekje over de regeeringsvormen van Nederland in vroegeren en lateren tijd, ten dienste van kweek- en normaalscholen en inrichtingen van Middelbaar onderwijs, door A. G. van Poelje, Hoofd eener O. L. S. en leeraar geschiedenis M. O. te 's-Gravenhage, met medewerking van Mr. G. A. van Poelje te 's-Gravenhage, bij J. B. Wolters, Groningen, Den Haag 1919. — *f* 1.20.

Een boekje van 93 bladzijden, waarin de geschiedenis der „bestuursinrichting" van ons land van af den Romeinschen tijd tot heden wordt uiteengezet. Geschreven door een paedagoog komt het paedagogisch karakter van het werkje, dat eigenlijk meer geschiedenis dan rechtsgeschiedenis bevat, duidelijk aan het licht. Maar al is het boekje niet geschreven voor studeerenden in de rechtswetenschap, zij kunnen door er kennis van te nemen toch groot nut daarvan hebben. Hoe menigmaal treft niet bij onze studiosi juris een gebrek aan historische kennis die de docent ten onrechte wèl aanwezig acht, zoodat hij somtijds het resultaat bereikt dat de landbouwer zou hebben, wanneer hij braak liggende grond aanziende voor een beploegd veld daarop zou gaan zaaien. Heeft men kennis gemaakt met het werkje, dan zal men niet alleen een cursus over de ontwikkeling van ons staatsrecht maar zelfs over het staatsrecht zelf met veel meer vrucht kunnen volgen. In zooverre heeft het werkje ook voor juristen belang en kan men het zonder restrictie aanbevelen.

Edoch men moet niet vergeten, het is geen werk voor studenten en maakt ook niet de pretentie dit te zijn. Het is geschreven voor normaalscholen en inrichtingen van middelbaar onderwijs, dus voor leerlingen van den leeftijd van hen, die in den regel deze scholen bezoeken. En nu is de methode van onderwijs daar anders dan zij aan eene universiteit pleegt te zijn.

Vandaar dat — in de eerste hoofdstukken van het werkje komt dit uit — dikwerf als vaststaande wordt medegedeeld wat volstrekt nog niet zoo vaststaat, al sluit men zich meestal aan bij de communis doctorum opinio. Intusschen men vraagt zich af of men op een normaalschool wel een andere methode kan volgen als hier wordt gevolgd. De leeftijd der leerlingen, het feit dat zij zich veel onledig moeten houden met wiskunde mag men niet uit het oog verliezen. Maar juist daarom mag men zich vragen of het nut van eene studie van het hierbehandelde onderwerp op de wijze als hier geschiedt wel groot is. Tot op zekere hoogte geldt toch voor de studie van het staatsrecht hetzelfde wat Planiol in de voorrede van zijn tweede deel van zijn beroemd Traité Elementaire du droit civil van de rechtsstudie zegt: „Une des conséquences les plus regrettables de notre régime . . . . est la précocité des études de droit. Un enfant bien doué peut comprendre de tres bonne heure les sciences naturelles ou mathématiques; même le talent littéraire peut s'éveiller chez lui avant la maturité de l'esprit. On fait aujourd'hui son droit trop jeune. Il faut déjà connaître un peu la vie et le monde pour en comprendre et en juger toute l'organisation sous la forme juridique. D'autre part, si l'étude des lettres développe et orne l'intelligence, l'étude du droit mûrit l'esprit, et seule peut être de tous les travaux intellectuels l'étude du droit a ce privilège, parceque c'est dans le législation et plus encore dans la doctrine et dans la jurisprudence qu'est

venue s'accumuler depuis l'époque romaine toute l'expérience de la pratique administrative et judiciaire. Ce tableau condensé de la vie humaine est le fruit des siècles" en vandaar dat een werkje geschreven voor de zeker nog jeugdige leerlingen eener hoogere burgerschool en scholieren eener normaalschool voor beoefenaars der rechtswetenschap niet geven kan wat zij noodig hebben.

Ik geloof dan ook, dat een student door kennis te nemen van een werk als PIRENNE's Histoire de la Belgique zijn state of mind voor de beoefening van het Nederlandsche staatsrecht stellig beter zal voorbereiden dan door lezing van het hierbedoelde werkje, al is het veel korter en al behandelt het speciaal de ontwikkeling der staatsinstellingen van Noord-Nederland.

Een grief die, afgescheiden van de hier bedoelde die, waar ook voor hen voor wie het werkje bestemd is beste methode is gevolgd, eigenlijk geen grief mag heeten, tegen het werkje zou kunnen worden geuit is een zekere eenzijdigheid. Blijkbaar is gestreefd naar neutraliteit opgevat in den zin die de voormannen van ons openbaar onderwijs daaraan vijf en twintig jaren geleden hechten. Zoo vindt men en volkomen terecht melding gemaakt van den invloed van MONTESQUIEU en ROUSSEAU maar van de schrijvers, die in de negentiende eeuw hun theorieën hebben bestreden wordt gezwegen. Heeft wat zij betoogd hebben dan op de rechtsontwikkeling geenerlei invloed gehad? Of zijn dit achterlijke lieden wier invloed men het best tegengaat door over hen niet te spreken? Een streven dat — de praktijk bewijst het — in den regel luttel succes heeft. Vandaar dat hier, hoe verdienstelijk het moge zijn in een kort bestek veel samen te vatten, eenige meerdere uitvoerigheid gewenscht geweest zou zijn. En zoo lijkt mij het overzicht van de geschiedenis onzer staatsinstellingen in het revolutietijdperk niet volledig genoeg om onpartijdig het gebeurde weer

te geven. Afgescheiden daarvan schijnt mij het oordeel — want zijne zienswijze laat de schrijver niet in hét duister — soms wel al te eenvoudig. Wanneer bijv. van de constitutie van 1798 wordt gezegd dat zij een navolging van de Fransche constitutie van 1790 op zich zelf een verdienstelijke arbeid was, doch dat in een waterarme streek de beste stoommachine een vrij nutteloos ding is, zoodat de constructie der machine wel verdienstelijk was maar deze niet geregeld kon werken, zou ik de vraag willen stellen of men van de verdiensten van een constitutie op zich zelve wel spreken kan.

Moet men bij de beoordeeling van een constitutie niet steeds en altijd zich de vraag stellen voor welk volk en wanneer zij moet gelden? En wanneer zij dan tot zulke jammerlijke resultaten heeft geleid als de aan de natie trouwens opgelegde constitutie van 1798 — de Fransche constitutie van 1790 voerde tot geen ander resultaat — dan mag men m. i. veilig aannemen, dat zij *niet* verdienstelijk was.

Ik sprak hierboven van den schrijver. Bedoeld is de heer A. G. van Poelje, want dat deze de auteur is van het werkje en de heer Mr. G. A. van Poelje slechts medewerker blijkt, als was het niet op den titel reeds vermeld, duidelijk. Intusschen de medewerking van Mr. van Poelje heeft stellig het werkje beter doen worden. Vindt men anders in dergelijke beknopte werken van niet-juristen uitdrukkingen die in strijd met de juridische terminologie soms vreemd aandoen, hier komen die niet voor. Slechts een enkele keer — maar het is een uitzondering die den regel bevestigt — had men zich geloof ik correcter kunnen uitdrukken.

Zoo komt mij de op blz. 74 gebezigde zinsnede waarin gesproken wordt van het „aan Frankrijk ontleende Wet-

boek van Strafrecht" dat eerst in 1886 door een nationaal strafwetboek vervangen zou zijn niet zeer gelukkig voor. *Ontleend* aan Frankrijk was de Code Pénal niet, maar zij was ons gedurende de thans reeds meestal vergeten periode der inlijving opgelegd.

Evenmin lijkt het mij correct, wanneer op blz. 79 gesproken wordt van de grondwet van 1814 als van de eerste grondwet voor het „Koninkrijk der Nederlanden". Dit koninkrijk is eerst ontstaan, toen Noord-Nederland met de zuidelijke provinciën werd vereenigd. Intusschen dit alles is van luttele beteekenis, want dat volgens de grondwet van 1814 Willem I geen koning maar „Souvereine Vorst" was wordt niet verzwegen.

Het werkje heeft zijn verdiensten ook voor studenten en juristen, al is het voor hen niet geschreven. Voor hem wien tijd of gelegenheid ontbreekt een uitvoeriger werk te raadplegen over het staatsrecht in vroeger tijden hier te lande van kracht kan het goede diensten bewijzen.

C. S.

THEMIS

LXXXste deel — VIERDE STUK

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

Eenige opmerkingen over juridische opleiding

DOOR

Mr. A. ANEMA.

De Opleiding van den jurist, door Mr. I. HENRI HIJMANS, Hoogleeraar aan de Universiteit van Amsterdam. — Amsterdam, Em. Querido 1919.

Reeds in 1901 en 1902 heeft HIJMANS in dit Tijdschrift in enkele artikelen zijn meening ontvouwd over de opleiding van onze juristen. Thans, na een tusschenruimte van bijna 20 jaren, heeft hij nogmaals in een brochure van 50 bladzijden op de hem eigen pittige, levendige wijze zijn inzichten uiteengezet. In dien tusschentijd heeft hij als magistraat en als hoogleeraar nieuwe ervaring opgedaan, en nu blijkt, dat principieel zijn standpunt geen wijziging heeft ondergaan, sinds hij de eerste maal over dit onderwerp schreef, verdient dit tweede geschrift daarom des te meer de aandacht van de vakgenooten. Sedert vele jaren heeft zoowel in de vakpers als in de Staten-Generaal het onderwerp veel attentie getrokken, wel een bewijs, dat hier iets en zelfs veel niet is, zooals het behoort te zijn. Een goede en doeltreffende opleiding onzer juristen is niet alleen voor hen zelf, maar ook voor staat en maatschappij een belang-

rijke zaak, daar in beide een beteekenende plaats door hen wordt ingenomen. Ik wil daarom gaarne aan de studie van HIJMANS op verzoek der Redactie hier een paar pagina's wijden. Ik zal mij daarbij tot de hoofdzaken bepalen, anders zou ik vervallen in een contra-verhandeling, en dat is niet de bedoeling eener boekbespreking. Geheel mij onthouden van aanstippen van eigen gedachten zal men mij echter niet moeten opleggen; dat is niet mogelijk, omdat mijn standpunt tegenover dit boekje hierop neerkomt: over de hoofdzaak denk ik dwars andersom als de schrijver, op bijzondere punten heeft hij mijn volle instemming. Ik pas mijn opmerkingen aan bij de verdeeling in drieën, die ten grondslag ligt aan HIJMANS' negen hoofdstukjes: het algemeene uitgangspunt (blz. 7—9), de gymnasiale (blz. 9—18) en de universitaire (blz. 19—46) opleiding.

I.

Eerst dus het algemeene uitgangspunt, dat over alles beslist. Hier richt de schrijver een fellen aanval op Prof. OPPENHEIM, dien hij neemt als vertegenwoordiger van de heerschende richting.

Genoemde hoogleeraar heeft in de jaarvergadering der Juristenvereeniging van 1916 zich uitgesproken in dezen zin: de academische opleiding der juristen blijve overwegend van theoretischen aard, van methodologischen aard niet het minst en de practische vorming blijve hoofdzakelijk voor de practijk zelf bewaard. Dit paedagogisch grondbeginsel tracht HIJMANS omver te werpen door in de hierop betrekking hebbende passage uit de rede van Prof. OPPENHEIM het woord „juridisch" te vervangen door „medisch" om zoo aan te toonen hoe bespottelijk diens leer zou in de ooren klinken van ieder, als men haar eens op de medische wetenschap toepaste. Daar zou elkeen er om lachen. En

daarom heeft het standpunt-OPPENHEIM voor HIJMANS afgedaan. Hij stelt er zich lijnrecht tegenover. De opleiding van den jurist moet zoo goed als uitsluitend practisch zijn, omdat de rechtswetenschap een „wetenschap van de daad" is; de practijk is hoofdzaak, de theorie slechts haar hulpmiddel; „de theorie is „niet van alle beteekenis ontbloot"; „de rechtsphilosophie kan „een ruimeren kijk op de dingen verschaffen"; maar eenig doel van de opleiding moet blijven „de bevordering van de belangen der practijk". Op de leer van OPPENHEIM „moet het offensief worden gericht".

Laat ons eerst eens wat nader die gelijkstelling van juridische en medische wetenschap bekijken, zij is metterdaad leerzaam. Dat de eerste een geesteswetenschap is, de laatste een natuurwetenschap, d. w. z. dat de eerste te doen heeft met het menschelijk wils- en denkleven, de tweede, althans overwegend, met zijn stoffelijk-lichamelijk bestaan (daargelaten nu de psychiatrie), en dat er als zoodanig reeds ingrijpend verschil moet bestaan, bewaar ik voorloopig voor straks. Ik stel mij thans op het standpunt, dat hier metterdaad een vergelijking van gelijksoortige grootheden aan de orde is en dan vraag ik: klemt als zoodanig dan de schijnbaar zoo treffende argumentatie?

Het tegendeel is het geval.

Vooreerst is valsch een vergelijking tusschen de R. W. en de M. W. op zich zelf. Wie hier goed vergelijken wil moet de R. W. vergelijken niet met de M. W. alleen en op zich zelf, maar met de M. W., vermeerderd met een heele groep van vakken, die bij ons ten deele zijn ondergebracht in de wis- en natuurkundige Faculteit. De R. W. vormt op zichzelf een niet alleen practisch, maar ook theoretisch tamelijk wel gesloten geheel, de M. W. daarentegen vormt alleen zulk een geheel, wanneer men er tal van andere onderdeelen der natuurwetenschap bijvoegt. Het ligt dan ook volkomen in den aard der zaak, dat natuur- en genees-

kundigen gezamenlijk hun congressen houden, dat kan eenvoudig niet anders. De M. W. in engeren zin (niet dus in den ruimen zin, zooals zij historisch op practische gronden in één Faculteit is ondergebracht met enkele onderdeelen der natuurwetenschap, terwijl andere er buiten staan) kan alleen bloeien, doordat tal van onderdeelen der natuurwetenschap, zuiver theoretisch, zonder eenig verband met de practijk, aan de Universiteit worden beoefend. De medische practijk is pas waarlijk wetenschappelijk geworden, toen zij ging steunen op theorie, die om geen practijk maalde.

Dat komt dan ook in de medische opleiding — ziedaar het tweede punt, dat overweging verdient — zoo scherp mogelijk uit. De medische student bemoeit zich met geen practijk, hij ziet geen patiënt, dan na 4 (of van de H. B. S. komend, 3) jaar zuiver theoretisch te zijn opgeleid. Natuurkunde, scheikunde, plantkunde, dierkunde, ontleedkunde, physiologie en weefselleer, algemeene ziektekunde, pharmacognosie — dat alles moet eerst verwerkt, alvorens hij ook maar iets met de practijk te maken krijgt. Tot dat oogenblik is heel zijn opleiding precies als die van den jurist zuiver theoretisch en methodologisch. Men kan van meening zijn, — waarover straks — dat deze theoretisch-methodologische opleiding van den medicus voor zijn practijk in haar soort doelmatiger is, dan die van den jurist voor diens practijk, maar dat doet natuurlijk voor het punt, waarom het hier gaat, niets ter zake. De hoofdzaak waarop hier alles aankomt is deze: zoowel de medicus als de jurist worden de eerste vier (of drie) jaar aan de academie enkel theoretisch-methodologisch opgeleid.

De vergelijking van den heer Hijmans faalt dan ook volkomen. De eenige conclusie, die hij had kunnen trekken uit zijn vergelijking van juridische en medische opleiding was deze geweest, dat de jurist na zijn doctoraal nog een

paar jaar aan de academie moet blijven, om daar practisch te worden voorbereid voor het maatschappelijk werk, dat hem wacht, precies zooals met den medicus geschiedt. Maar is dit zóó? Staan jurist en medicus in dit opzicht gelijk? Een oogenblik van nadenken moet ook die vraag ontkennend doen beantwoorden.

De jonge medicus, die van de academie komt, staat in het leven onmiddellijk voor de volle verantwoordelijkheid van de practijk. Hij begint in den regel op een dorp, soms ook in een stad, dadelijk de practijk uit te oefenen in haar vollen omvang en staat daarvoor alleen. De jonge jurist daarentegen vangt zijn carrière aan met allerlei ondergeschikten arbeid. Als rechterlijk ambtenaar begint hij met zeer eenvoudig, meestal weinig verantwoordelijkheid meebrengend werk, veelal bovendien van collegialen aard met gedeelde verantwoordelijkheid. Als jong advocaat krijgt hij in doorsnee weinig beteekenende zaken, komt bij een oudere confrère op 't kantoor, of is, als hij al eens ernstige zaken ter behandeling krijgt, bijna altoos ruimschoots in de gelegenheid, oudere vakgenooten te raadplegen. In de notarieele loopbaan moet hij jaren van practijk doormaken alvorens zelfstandig op te treden. Bij de administratie en in het openbare leven is het al precies hetzelfde. In één woord: jurist en medicus loopen de eerste jaren hunner practische werkzaamheden zoo ver uiteen wat betreft de omstandigheden, waaronder zij optreden, dat het waarlijk geen diep doordenken vordert om te zien, dat men een practische voorbereiding van den jurist in veel ruimere mate aan de practijk zelf kan en mag overlaten dan bij den medicus het geval is.

De voorstelling van zaken, die Hijmans bij het kiezen van zijn algemeen uitgangspunt geeft, blijkt alzoo op eenigszins gespannen voet te staan met de werkelijkheid, waarvan hij zich steeds zulk een groot vriend toonde.

Onjuist is zijn tegenstelling van den medicus, die een practische en den jurist, die een theoretische opleiding zou krijgen aan de academie, omdat medicus en jurist allebei de eerste jaren aan een academie wezenlijk dezelfde, namelijk een theoretisch-methodologische, opleiding ontvangen. En onjuist is daarnaast zijn gispen van het verdere verloop van zaken, daar het onderscheid, dat er nu overigens bestaat, doordat de medicus dan verder practisch wordt opgeleid, de jurist niet, zoo niet geheel, dan toch goeddeels zijn rechtvaardiging vindt, in de geheel verschillende omstandigheden, waaronder beiden hun practijk in de maatschappij aanvaarden.

Het ware trouwens ook wel wonder geweest, dat een man als Prof. Oppenheim, die als opleider van juristen een reputatie zich heeft verworven, als maar aan weinigen gegeven is zich te veroveren, zich wat de hoofdzaak van heel die opleiding betreft, zóó schromelijk zou hebben vergist als Hijmans ons wil doen gelooven. Wanneer een man van zulk een voortreffelijken paedagogischen aanleg en zulk een omvangrijke ervaring als Prof. Oppenheim op rijpen leeftijd in eenige korte, weloverwogen volzinnen zijn levenswijsheid formuleert, dan is er iets meer noodig dan het spelend vernuft van een geestvol ambtgenoot, om aannemelijk te maken, dat die wijsheid eigenlijk de kortzichtigste dwaasheid is, die men zich kan voorstellen. Het betoog in dezen van Hijmans laat zich prettig lezen, maar tegen zakelijke kritiek is het niet bestand. Alleen wie niet doordenkt laat er zich door vangen.

Ten opzichte van de vaststelling van het algemeen uitgangspunt zijn we dus met het bovenstaande tot deze conclusie gekomen: ervaring zoowel als nadenken hebben tot nu toe geleid tot de meening, dat de opleiding van den medicus en van den jurist moet bestaan uit eenige jaren

voorbereidend onderwijs en dan voorts uit een breeden theoretischen grondslag met daarna practische oefening. In zoover staan beiden volkomen gelijk en het is niets dan fictie, wanneer men de medische opleiding als een practische stelt tegenover de juridische als een theoretische. Thans doen zich twee andere vragen voor: Vooreerst deze: moet de *theoretische* opleiding van den medicus naar zijn aard een andere zijn dan die van den jurist, zoo ja, waarin bestaat dan het verschil? En in de tweede plaats: bestaat er een dergelijk verschil tusschen de voor hen benoodigde *practische* opleiding, en zoo ja, wat is daarvan het gevolg?

Wat nu aangaat de eerste vraag, doet zich hier het ingrijpend onderscheid gelden tusschen de natuurwetenschappen eenerzijds en de geesteswetenschappen anderzijds, dat ik boven voorloopig ter zijde stelde, maar dat thans even moet worden toegelicht. Academische studie is door haren aard overwegend op methodologie gericht: zij moet opleiden tot zelfstandige beoefening van het gekozen vak en daarom blijft het eigen maken van anderer resultaten altoos op het tweede plan staan, voorop gaat steeds het aanleeren van de methode's van onderzoek, anders wordt men nooit zelfstandig. Maar dan ook moet de methodologie heel de zaak beheerschen. Hoezeer men nu ook een tijdlang moge hebben gedroomd van een toepassing der natuurwetenschappelijke methode's op de geestelijke wetenschappen, men is nu toch langzamerhand wel wijzer geworden. „Physics and politics" zijn niet één, maar twee; we hebben een halve eeuw noodig gehad om het te leeren, maar wij weten het nu dan toch ook wel, dank zij vooral aan den kritischen arbeid der Neo-kantianen. Inmiddels is de periode niet zonder vrucht geweest voor de geestelijke wetenschappen; de zin voor realiteit, voor de feiten is in de rechtswetenschap zonder twijfel daardoor veel verbeterd; een groot-gevatte dwaling is in de wetenschap nooit zonder

vrucht; SPINOZA heeft „more mathematices" heel wat groote gezichtspunten in de geesteswetenschappen geopend, al was de „mos" minder deugdelijk en al heeft die ook voor de rechtswetenschap heel wat kwaad gebrouwd. Maar laat ik niet afdwalen. Zooals wij thans de zaken zien, staat het vast, dat de natuurwetenschappen overwegend op de aetiologische methode zijn aangewezen, de geesteswetenschappen op de teleologische. Absoluut is de tegenstelling natuurlijk niet. De teleologische momenten in de natuurwetenschappen doen zich weer meer gelden in den lateren tijd, en omgekeerd heeft de ontwaakte zin voor realiteit in de geesteswetenschappen ons het oog geopend voor de waarheid, dat met name bij de keuze van doeltreffende middelen allerlei aetiologisch onderzoek ook in de geestelijke wetenschappen onontwijkbaar en vruchtbaar is. Maar zelfs daar is gebleken hoezeer tusschen mechanische en psychische causaliteit een onoplosbaar verschil blijft; wie geen monistisch maniak wil zijn, moet het eenvoudig zien. Toch blijft bij alle gezond relativisme als uitkomst vaststaan, dat de natuurwetenschappen overwegend werken met de kategorie van oorzaak en gevolg, de geesteswetenschappen met die van doel en middel. De richtige wijze van doelstelling (de wijsgeerige zijde) en de richtige keuze en aanwending der middelen (de practische en feitelijke zijde) maken voor een geestelijke wetenschap als de rechtswetenschap een methodologisch gansch anders geaarde theorie noodig, dan de opsporing van oorzaken en gevolgen voor de natuurwetenschappen wenschelijk maakt. In de natuurwetenschappen moge de inductie een tijdlang al te eenzijdig aan het woord zijn geweest en daardoor de waarde der wijsgeerig-axiomatische waarheden lichtelijk hebben verduisterd; in een wetenschap als de rechtswetenschap moge de inductie al te zeer verwaarloosd zijn, waardoor zij verliep, deels in historisch-philosophische speculatie, deels in dogmatische begrippen-deductie's; dat

alles doet ten slotte niets af aan de centrale waarheid, dat de natuurwetenschappelijke methode hoofdzakelijk inductief blijft, terwijl in de geestelijke wetenschappen inductie niet meer is dan een hulp-methode, die slechts in beperkte mate vruchtbaar is; elk onderzoek, welke gevolgen bepaalde oorzaken hebben, is voor haar ondergeschikt aan de vraag, welke doeleinden deugdelijk zijn en wat de deugdelijke middelen zijn om een bepaald doel te bereiken. Inductief moet een wetenschap als de rechtswetenschap veel van haar materiaal leeren kennen, maar als zij recht wil vinden en verwezenlijken, wordt heel deze actie ten slotte beheerscht door waarde-oordeelen, niet door zijns-oordeelen; alle inductie helpt niets voor de onderscheiding van recht en onrecht. Men moge bij het spreken van „natuurwetenschappelijk denken" en „juridisch denken" heel wat onsmakelijke pedanterie hebben gelucht, in den kern en ontdaan van een goed percentage overdrijving is de tegenstelling volkomen juist. Maar dat maakt dan ook, dat de hoofdbeginselen, die de theoretische opleiding beheerschen van medicus en jurist, principieel verschillend zijn. Bij den aanstaanden man van de natuurwetenschap is de wijsgeerige zijde der opleiding te veel verwaarloosd, de jongeren gaan het al meer voelen; bij den jurist is de zin voor het feitelijke ongenoegzaam ontwikkeld tot nu toe, ook dat wordt al meer erkend, maar de oude tegenstelling blijft juist. Door haar te miskennen en voor de juristen een „practische", d. i. aetiologisch-experimenteele opleiding te vragen, zal men alleen bereiken, dat men een weergalooze oppervlakkigheid en practische africhting kweekt, die op het gebied der natuurwetenschappen — men denke aan zeker soort H. B. S.-onderwijs — reeds veel kwaad heeft gedaan, maar op dat der geesteswetenschappen nog veel ergere gevolgen na zich zal sleepen.

Laat mij een tweetal ervaringen ter illustratie van het

gezegde mogen aanvoeren. Onder den invloed der natuurwetenschappen heeft men de rechtsphilosophie willen vervangen door de zoogenaamde algemeene rechts- en staatsleer. Niet langer zou men zich op axiomatische waarheden eener wijsgeerige levensbeschouwing baseeren voor zijn rechtsleer, maar men zou uit de positieve rechtsstof inductief algemeene grondbegrippen en grondstellingen afleiden. Wat is er van terecht gekomen? Bloedarme abstractie's verkreeg men, waarmee voor de leiding en opbouwing der praktijk niets was aan te vangen; waar metterdaad het inzicht werd verrijkt, geschiedde dit niet door, maar ondanks de methode en men roept sedert jaren weer om welbewuste wijsgeerige beginselen voor de wetspraktijk. Wie er nog aan mocht twijfelen leze eens een werk als van François Gèny „Science et méthode en droit privé positif". Een ander product der gewraakte methode, de ethnologische rechtswetenschap, is al even hoog opgezet. Maar vraagt men wat ze ons verder heeft gebracht, dan luidt het antwoord al even ontmoedigend. Wat is er, om nu maar één punt te noemen, een schat van arbeid en vernuft besteed aan het uitvinden van „wetten" volgens welke zich de regelen van het familierecht zoude ontwikkelen, om zóó een basis te vinden voor de wetgeving. En het resultaat? Sinds Westermarck's bekende hypothese weer wegviel, bleef men even wijs als te voren. Wie gelooft er nu nog ernstig aan een oplossing der rechtsproblemen langs dezen weg? Meerdere zin voor de werkelijkheid, voor de feiten hebben we zonder twijfel door den invloed der natuurwetenschappen geleerd en dat is kostbaar genoeg; maar dit kan nooit tot meer leiden dan tot aanvulling en verbetering der gevolgde methode, niet tot principieele verwisseling; dat hebben we tevens geleerd.

Het antwoord op de tweede zooeven gestelde vraag, de vraag naar het verschil tusschen de wederzijdsche practische

opleiding, sluit zich hierbij aan, ik kan daarover kort zijn. Er is hier tweeërlei onderscheid. Door den aard van het object zoowel als door het aetiologisch karakter van haar theorie speelt het experiment in de medische praktijk een groote rol en deze praktijk is aan de academie zeer geschikt aan te leeren en te beoefenen. Daarentegen is het experiment voor de rechtswetenschap van zeer ondergeschikte waarde, slechts in weinig gevallen zal men proefnemingen kunnen doen aangaande te nemen maatregelen en dan nog zal dit aan de academie meestal zeer bezwaarlijk gaan. Dat is het eerste punt van verschil. En in de tweede plaats, voor zoover de practische opleiding bestaat in technische oefening, is er dit onderscheid, dat de oefening in bijna alle onderdeelen der medische wetenschap in de ziekenhuizen en aanverwante met de academie verbonden inrichtingen zich beter laat aanleeren, dan in de maatschappij zelf, terwijl de oefening in de rechtspraktijk alleen wat de advocaten- en een deel der notarieele praktijk aangaat, althans ten deele aan de academie zou kunnen worden aangeleerd; voor tal van onderdeelen (administratieve, rechterlijke, bank-praktijk, openbare leven en dergelijke) is dit of slechts weinig of in 't geheel niet mogelijk. Men begrijpe mij goed, ik bedoel niet, dat er in dezen niet veel aan de juridische opleiding te verbeteren valt, ik spreek daarover straks. Maar hier, waar 't om het algemeen uitgangspunt gaat, wensch ik voorop te stellen, dat het teleologisch karakter der rechtswetenschap, dat aan het experiment weinig plaats biedt, en haar sociaal karakter, dat practische oefening aan de academie slechts zeer ten deele mogelijk maakt, voor de practische opleiding van den jurist geheel andere gezichtspunten naar voren brengen, dan bij de medische wetenschap het geval is. Voeg daarbij nu nog wat ik boven reeds opmerkte, dat in de overgroote meerderheid der gevallen voor den medicus niet, voor den jurist wel de

practische bekwaming in het maatschappelijke leven zelf zonder ingrijpend nadeel kan geschieden, dan is, meen ik, helder, dat wij bij een juridische opleiding zelfstandig onzen weg moeten bewandelen, en niet door oppervlakkige vergelijkingen met gansch anders geaarde wetenschappen of praktijk, maar door den eigen aard onzer eigen wetenschap en eigen praktijk ons moeten laten leiden.

Nog één opmerking zij hieraan toegevoegd. HIJMANS wil voortaan de heele opleiding louter door het practisch nut zien beheerscht; alleen wat later van onmiddellijk practisch nut is voor den jurist moet door hem worden geleerd. Nu is deze opvatting niet vol te houden. De vakken die de jurist later zal beoefenen zijn zoo eindeloos verschillend, de feiten waarvoor hij kan komen te staan, zoo alzijdig, dat een soort van deskundige voorbereiding met het oog daarop onmogelijk is. Zoo werd op de jongste juristenvergadering de arbitrage verdedigd onder meer met het argument, dat de rechter nooit deskundig kan zijn, wat werd toegelicht met de mededeeling, dat alleen in den graanhandel een aantal soorten van arbiters zijn vereischt om met de noodige kennis van zaken te kunnen oordeelen. Niet deze soort practische kennis moet den aanstaanden jurist worden bijgebracht, maar zijn geest moet methodisch zóó worden gevormd, dat hij alle feiten en toestanden waarmee hij in aanraking komt in de maatschappij, kan beoordeelen naar den aard zijner functie, dat is als leider van het rechtsleven. Alleen de opleiding, die hem daartoe in staat stelt, die zijn blik opent voor den aard van het menschelijk wilsleven en de rechtsnormen, waardoor het wordt beheerscht en de feiten waardoor het wordt bepaald, alleen zulk een opleiding is werkelijk practisch in den waren zin van het woord. Dit sluit natuurlijk niet uit, dat sommige veelvuldig vereischte en daardoor nuttige kundigheden, zooals boekhouden bijvoorbeeld, hem kunnen wor-

den bijgebracht, maar steeds blijft dit bijzaak, nooit mag het norm worden van de opleiding zelf.

Vat ik nu het betoogde saam dan kom ik tot de volgende conclusie's. De academische opleiding der juristen moet overwegend theoretisch zijn. De theoretische opleiding moet staan in het teeken der teleologie, niet in dat der aetiologie, al is aan de laatste meer invloed in te ruimen, dan tot nu toe veelal geschiedde. De practische vorming en oefening blijven overwegend aan de maatschappelijke praktijk zelf overgelaten, al kan er aan de academie wel iets meer geschieden in dit opzicht dan thans gebeurt.

Ziedaar het algemeen uitgangspunt, dat de nadere uitwerking geheel beheerscht. Ik sta daarin lijnrecht tegenover Hijmans. Dat neemt niet weg, dat op bepaalde punten ik met hem meega. Want al acht ik de algeheele verandering van koers, zooals hij wil, uit den booze, in zooverre heeft hij gelijk, dat een star en eenzijdig doorgaan op den ouden weg, zooals die een halve eeuw geleden werd afgebakend, niet aangaat. Ook hier moet men, zooals in de praktijk altoos, eerst bij het uitgangspunt scherp onderscheiden en welbewust kiezen, welken kant men uit wil, maar verder steeds in het oog houden, dat men in het leven nooit de tegenstellingen zoo scherp aanwezig vindt als in de theorie. De groote directieven beheerschen de zaak, maar meer dan directieven zijn ze niet en moeten ze niet zijn. Ze laten en moeten laten speelruimte voor benutting van andere gezichtspunten. De theorie is geen logische leest, waarop men in de praktijk elken schoen maar kan afwerken, er is met allerlei bijkomstige overwegingen rekening te houden. Dat zal ons nader blijken, nu we thans, naar het schema van Hijmans nog kortelijk de voorbereidende en de academische opleiding gaan bespreken. Dan zal blijken, dat ik op meer dan één bijzonder punt met hem instem.

II.

Thans eerst een enkel woord over de vóóropleiding. Hier schrijft HIJMANS, waar hij een klassieke opleiding zoo goed als geheel verwerpt, dingen, waar men wat voor kan voelen zonder daarom met zijn conclusie mee te kunnen gaan. Wanneer hij de stelling bestrijdt, dat alleen door studie van de klassieken ware humaniteit is te verkrijgen, ben ik dat geheel met hem eens. De overdreven vereering voor de Grieksche cultuur is ook mij niet sympathiek; mijn voornaamste bezwaar er tegen is, dat aan de aesthetica daarbij een rol wordt toebedeeld, die haar naar mijn meening in het leven niet toekomt, en die vaak ten nadeele komt van moraal en religie. Men kan echter deze en andere bezwaren deelen, en toch van oordeel zijn, dat een klassieke opleiding althans voor de geestelijke wetenschappen onmisbaar is; waarbij ik mij nu verder tot de juristen bepaal.

Om als jurist goed zijn werk te kunnen doen, zal naar ik meen, bij de opleiding op drie punten moeten worden gelet. Ten eerste moet algemeene ontwikkeling worden verkregen; ten tweede moet de geest worden gevormd op een wijze, die voor het latere maatschappelijk werk methodisch vormt; eindelijk moeten voor zoover mogelijk practische nuttige kundigheden worden aangeleerd en overtolligheden vermeden.

Nu lijkt mij voor de beide eerste punten studie der klassieke talen en kennismaking met de hoofdmomenten der klassieke cultuur onmisbaar. En wel hierom, omdat de klassieke talen, Grieksch en Latijn, nu eenmaal de voertuigen zijn geweest voor heel de tegenwoordige denkwereld. Men kan geen stap terug doen in de geschiedenis van welk vak ook der geestelijke wetenschappen of heel de atmosfeer is er doortrokken met den geest der klassieke wereld. Die geest heeft zich vereenigd met de denk- en voorstellings-

wereld der christelijke religie, en zoo is dat eigenaardig geestelijk complex ontstaan en historisch gegroeid, waarop elke geestelijke wetenschap, en zoo ook de rechtswetenschap, is gebaseerd. Zoodra men op rechts- en staatsgebied iets meer wil doen dan deurwaarders-werk, zoodra men zich naast den eisch, om op een of andere wijze den kost te verdienen nog iets meer voorstelt van zijn vak, kan men toch niet voort zonder georiënteerd te zijn in heel die denk- en gevoelswereld. Wel is het mij altijd als een gemis voorgekomen, dat op het gymnasium niet op een paedagogisch passende wijze de feitelijke en historische grondslagen van het christendom worden onderwezen. Het voorbereidend onderwijs moet mijns inziens voor den individueelen mensch zooveel mogelijk elementair herhalen den wordingsgang van het geestelijk leven der menschheid als geheel; hoe meer dit lukt, hoe meer universeel mensch men zal worden.

De elementaire kennis van dat geestelijk complex nu, dat men onze Westersche beschaving noemt en waartoe ook de geestelijke grondslagen der rechts- en staatswetenschappen behooren, moet men zich eigen maken, wil niet heel de leiding van het rechts- en staatsleven in platvloersch utilisme van het oogenblik zich verliezen. En daartoe is kennis der klassieke talen onmisbaar. Zoomin men in de Oostersche cultuur zich kan bewegen zonder één of meer Oostersche talen te kennen, zoomin kan men zich in onze Westersche cultuur op een leidende plaats bewegen zonder kennis van één of meer der klassieke talen, omdat de taal daartoe met den inhoud zelf te nauw samenhangt. Wil men zich in de leidende geestelijke kringen eenigszins thuis voelen, dan is zulk een gemeenschappelijk bezit niet te ontberen. Hoeveel en hoe weinig daarvan nu op het gymnasium voldoende is, waag ik niet te beslissen. Ik voor mij heb het gevoel, dat het gymnasium te veel geeft van het

klassieke; ik zou van Grieksch zooveel willen leeren, dat men PLATO en ARISTOTELES met bijvoorbeeld een goede vertaling ernaast goed kan volgen: PLATO met de prachtige vertaling van SCHLEIERMACHER om nu maar eens iets te noemen; meer is er m. i. niet noodig. En gewoon Latijn moet men behoorlijk vlot kunnen lezen, niet zooals een philoloog als deskundige, maar zóó, dat men er niet voor behoeft te blijven staan, indien men wil. Wil men er later niets meer aan doen, dan moet men dat zelf weten natuurlijk. Maar mij komt het voor, dat men Grieksch met een goede vertaling ernaast (wat heel wat anders is, dan enkel een vertaling, vooral ook voor de terminologie) en gewoon Latijn zonder een vertaling moet kunnen lezen, wanneer dit bij geestelijken arbeid te pas komt en tevens dat men, indien men zich daartoe zou willen bepalen, heel wat meer tijd zou kunnen vrij krijgen op het gymnasium voor andere dingen. Men heeft, dit ben ik wel met HIJMANS eens, de zaak te veel philologisch aangeschroefd. Maar als hij qualitatief in plaats van quantitatief wil wijzigen, als hij heel de tot nu toe gevolgde methode van vóóropleiding wil vervangen door empirisch-practisch africhten, dan geloof ik, dat als men zijn advies opvolgde, men na een paar generaties van een koude kermis thuis zou komen.

Voor een jurist zou ik het dan ook verkeerd achten, indien men de philologische opleiding verving door een natuurwetenschappelijke, zooals HIJMANS wil. De aankomende student is thans zoo vervreemd van, zoo blind voor de „werkelijkheid", klaagt hij, hij moet door studie in de natuurwetenschappen leeren opmerkzaam zijn, leeren „waarnemen". Voor zoover er metterdaad zeker gebrek aan zin voor de „werkelijkheid" onder studenten valt te constateeren, geloof ik, dat dit veel meer een gevolg is van den leeftijd dan van de vóóropleiding. Meent HIJMANS inder-

daad, dat studie der natuur- en scheikunde zin voor de werkelijkheid van het leven kweekt? Wat men met dien „zin voor werkelijkheid" bedoelt is iets heel aparts, dat met natuurwetenschap precies zooveel en zoo weinig te maken heeft als met philologie. Men staat in een laboratorium of op een sterrenwacht juist even ver af van het practische accomodatievermogen aan de eischen van het maatschappelijk verkeer als in een stoffige boekenkamer. Men leert door natuurwetenschappelijke studie zeker opmerkzaamheid, maar een van een zeer bepaald soort; men leert door taalstudie evenzeer opmerkzaamheid en nauwkeurigheid, maar weer een van een geheel ander soort; en bij wiskunde nog weer een andere. En nu is er tusschen taalstudie en rechtsstudie veel meer verband dan tusschen natuur- of wiskundige studie en rechtsstudie. SAVIGNY en de zijnen zagen dit al in. Het is overbodig hier nog eens uitvoerig dit alles uiteen te zetten. Men heeft in de taal ook een natuurlijk product van het menschelijk geestesleven, dat aan zekere wetten gebonden is, empirische wetten van wording en normatieve wetten voor de vorming en voorts allerlei toevalligheden, die speelruimte vorderen. Daarnaast is er zeker verschil; de normen in de taal zijn van logischen en aesthetischen aard, die van het recht overwegend ethisch, daarna en daaraan ondergeschikt pas logisch en nog weer daarna lichtelijk aesthetisch, maar dat alles is oneindig nauwer verwant onderling dan de rechtsstudie het is met de natuurwetenschap, die van geen normen weet. Vandaar dat een overwegend natuurwetenschappelijke opleiding een totaal verkeerden plooi in den geest zou brengen voor de rechtswetenschap en nog meer voor de rechtspraktijk, terwijl een grondige, apperceptieve (grammatisch-logische) bestudeering van althans één taal een voortreffelijke vóóropleiding geeft. Nu zou ik daarom het liefst het Latijn apperceptief, en het Grieksch

en de moderne talen enkel associatief aan het gymnasium onderwezen willen zien, en zoo het philologisch element binnen de door de methode gestelde eischen terugbrengen. De mogelijkheid, die het nieuwe gymnasiale leerplan hier opent, om ook langs den B-weg te komen tot de juridische studie, juich ik daarom zeer toe, het aetiologisch element in de jurische vóóropleiding komt daardoor beter tot zijn recht. Maar een principieele wijziging, zooals HIJMANS wil, acht ik op de aangegeven gronden methodologisch verderfelijk.

Wat eindelijk betreft het derde punt, het verwerven van practisch nuttige bijkomstige kundigheden, dit komt mij voor te zijn van zeer ondergeschikt belang. De heer DE SAVORNIN LOHMAN heeft er in zijn bekende verhandeling over de jurische opleiding reeds op gewezen, hoe de jurist met de meest uiteenloopende terreinen van het leven in aanraking komt, hij heeft ze te bezien en te behandelen onder altijd denzelfden gezichtshoek, maar de zaken zelf zijn zoo eindeloos gevariëerd, dat het een onbegonnen werk is, om hem met het oog daarop bepaalde kundigheden bij te brengen. Een jurist, die uit een landbouwersfamilie afkomstig is, zal wat vóór hebben bij de behandeling van een proces over landbouwzaken, een zoon van een bouwondernemer of bankier zal zich thuis voelen meer dan anderen in zaken van huizen bouwen en wissels, maar HIJMANS' wensch om hem op het gymnasium snufjes te laten nemen van al deze bedrijven, lijkt mij weinig doelmatig. Aanstaande bedrijfsleiders tijdens hun theoretische voorbereiding onder deskundige leiding eens de praktijk te laten zien van het betrokken bedrijf, is zeer opvoedend, maar voor een toekomstig jurist is het van geringe waarde om te worden geslierd van het eene bedrijf naar het andere, dit kweekt niets dan oppervlakkigheid. Het wordt een herhaling derzelfde fout bij het aanschouwelijk onderwijs, die men

vroeger bij het theoretisch onderwijs beging: overlading met allerlei onverteerde en onverteerbare kennis.

HIJMANS' leerplan voor het gymnasium: dier- en plantkunde, natuur- en scheikunde, aardrijkskunde, landbouw, handel en nijverheid, moderne talen, wiskunde en geschiedenis lijkt mij daarom in beginsel onjuist. Terwijl men op ander gebied, door de ervaring geleerd, de middelbare akte vervangt door doctorale studie, zou men hier een omgekeerd proces volgen en in plaats van geestelijke vorming een opeenhooping van practische kundigheden gaan geven. Ik zou het zeer betreuren, indien men dezen weg insloeg en ik geloof, dat men ook wel wijzer zal zijn. Dat neemt niet weg, dat, zooals ik reeds zeide, ook naar mijne meening de gymnasiale opleiding in meer dan één opzicht practisch meer doeltreffend kan en moet worden gemaakt. Mits maar niet — en daar komt het op aan — het goede beginsel worde losgelaten. Geestelijke vorming, niet practische africhting blijve het doel.

III.

Thans aan de academische opleiding gekomen, kan ik hier het kortst zijn, omdat ik met HIJMANS hier een heel eind mee kan gaan. Zoo onderschrijf ik wat hij in zijn zevende hoofdstuk over de methode van onderwijs geven zegt, behoudens een paar kleine reserves van ondergeschikte beteekenis, gaarne van het begin tot het eind. Ook verder zegt hij dingen, waarmee ik kan instemmen en 't is alleen jammer, dat hij door de „werkelijkheid" zoo eenzijdig naar voren te dringen voor alle andere eischen weinig oog heeft. Ik maak daarom te dezer zake een drietal opmerkingen, waarbij ik er aan herinner, dat de strekking van deze regelen is, eenige kantteekeningen te maken op HIJMANS' opstel, niet om zelf een contra-opstel te geven; ik zou dan natuurlijk veel uitvoeriger moeten zijn. Aanwijzen van de onjuist-

heden, waartoe het standpunt van den schrijver voert, is hier voldoende.

Vooreerst zou ik een woord van waarschuwing willen doen hooren in zake de regelen van het positieve recht. HIJMANS wijst er op, dat men moet zorgen de studenten de oogen te openen voor het levende recht en hen inprenten, dat ze niet moeten opgaan in een studie van rechtsbegrippen en wetsartikelen. Op zich zelf een volkomen juiste opmerking. Maar op twee dingen dient men toch wel te letten.

Al onze kennis strekt ten slotte, om eenheid in de verschijnselen te brengen, waarbij teleologische begripsvorming op deugdelijken inductieven grondslag en daarna ordenen der verschijnselen naar die begrippen als basis voor doeltreffend handelen toch wel de eenig mogelijke methode is. De fout is niet, dat men begrippen opstelt en daarnaar met den noodigen takt handelt, maar dat men abstrakte of op andere wijze ondeugdelijke begrippen opstelt en er voorbarig of abstract-deductief naar handelt en zóó het rechtsleven verwringt. De schrijver zal dit waarschijnlijk wel met mij eens zijn, maar dan is het toch wel gewenscht, om bij studenten niet den indruk te vestigen, dat begrippen op zichzelf verkeerd zijn, iets waartoe zijn betoog allicht aanleiding geeft. Hetzelfde geldt van zijn bestrijding van de studie van wetsartikelen. Het positivisme had als reactie tegen speculatieve wijsheid en antiquarisch historisme zijn goed recht, maar men is er de laatste jaren toch terecht van teruggekomen, alle rechtskennis te vereenzelvigen met wetskennis. Toch moet men nu weer oppassen, dat de aankomende generatie van juristen niet verzeilt in het andere uiterste, minachting voor kennis van het positieve recht. Toen ik student was, werd ons, als wij een antwoord gaven, direct gevraagd: „Waar staat dat?" en als wij dat niet wisten aan te wijzen, werd het antwoord waardeloos geacht. Wij hebben nu geleerd, dat er heel wat levend recht geldt,

dat nergens, althans niet in de wet, „staat", en het is een voordeel, dat ons de oogen daarvoor zijn opengegaan. Maar het kennen, het formuleeren en het goed toepassen van — ik zeg nu niet alleen wetten en verordeningen maar van positieve rechtsnormen in het algemeen — is toch een zaak van overwegend belang voor den jurist, en men moet vooral bij jonge menschen oppassen, dat men niet, door hen al te hartstochtelijk de liefde voor de werkelijkheid te prediken, zij 't dan ook ongewild, brengt tot onderschatting van het belang der positieve rechtsstof. Haar methodisch te leeren beheerschen zal steeds een belangrijk deel van elke juridische opleiding moeten blijven.

Een tweede opmerking is deze, dat HIJMANS verre onderschat de noodzakelijkheid van een deugdelijke rechtsphilosophische scholing van den aanstaanden jurist. Op de psychologie wijst hij zelf reeds, daarover kan ik dus zwijgen. Ik zou daarnaast willen wijzen op de grondbeginselen der logica, die nooit leert om goed te redeneeren, maar wel negatief van groote waarde is om fouten te vermijden. Treffende staaltjes uit overigens hoogstaande werken van juristen zouden zijn aan te voeren, waar enkel formeellogische kennis reeds had kunnen behoeden voor het maken van fouten; hoe vaak worden niet juist daardoor vragen verkeerd gesteld; hoe dikwijls wordt niet psychologische verklaring dooreengehaspeld met normatieve waardeering, en zoo meer. Maar wat vooral noodig is, dat is de kennis van de geestelijke stroomingen van vroeger en nu. Er zijn zonder twijfel stukken recht, die met wijsgeerige beginselen practisch niet veel te maken hebben, maar de meeste juridische vraagstukken, en de meest in het leven ingrijpende, worden door beginselen van wijsgeerigen aard geheel beheerscht. Ook bij de rechtstoepassing spelen ze vaak een groote rol. Wie er zich van overtuigen wil, neme bij voorkeur geen geschriften van philosophen van pro-

fessie, maar van practische juristen als CHARMONT, GÉNY en anderen, die dit met tal van voorbeelden hebben aangetoond. De moderne rechtswetenschap kenmerkt zich door twee dingen: door den zin voor de werkelijkheid en den zin voor de leidende beginselen van wijsgeerigen aard; naast de sociologische strooming de behoefte aan een „renaissance du droit naturel", met vermijding van vroegere fouten. Waarom HIJMANS deze laatste strooming, die even „werkelijk" is als de eerste, en eveneens uit de behoefte der practische ervaring is opgekomen, vrijwel geheel negeert, is mij eenigszins moeilijk verklaarbaar. Het gaat hier toch niet om de kennis van allerlei abstracte problemen van vakphilosophie, maar over zeer concrete vraagstukken van algemeen-wijsgeerigen, vooral ethischen aard, die voor heele rechtsinstituten beslissend zijn. Huwelijk, eigendom, straf, de groote vragen van het staatsleven, ze worden allen zeker beïnvloed ook door stoffelijke en psychologische factoren, maar toch nog veel meer door algemeene ethisch-wijsgeerige grondovertuigingen. Telkens ziet men dan ook, dat als deze problemen in discussie komen, de leiding aan de juristen totaal ontglipt en theologen en philosophen hun plaats innemen, iets wat niet zonder bezwaar is, omdat zij vaak te kort schieten in juridische détailkennis. Dit mag zoo niet langer voortduren. Wijsgeerige voorbereiding is voor den jurist onmisbaar; alleen moet ze gegeven worden op verstandige wijze, liefst niet door een vak-philosoof, maar door een wijsgeerig ontwikkeld jurist, en gespeend aan alle noodelooze geleerdheid; vooral ook telkens met practisch-juridische voorbeelden van toepassing opgehelderd.

In de derde plaats zou ik meer nadruk willen zien gelegd op de rechtsgeschiedenis, dan HIJMANS doet. Wie meent, dat zoowel voor kennis der werkelijkheid als voor vruchtbare hervorming historische studie het allereerste vereischte is, kan niet anders dan op deugdelijk onderwijs in rechts-

geschiedenis aandringen. Het is daarmee op dit oogenblik nog vrij treurig gesteld, al wordt het langzamerhand beter. De oplossing moet naar mijn meening hier minder worden gezocht in aparte college's dan wel in de methode van behandeling; voor een apart college zou ik willen bestemmen de zoogenaamde uitwendige rechtsgeschiedenis die gevoegelijk in één jaar kan worden afgedaan, daar 't enkel om de hoofdzaken te doen is; de inwendige kan veel beter worden behandeld op de gewone college's bij het bespreken der verschillende rechtsinstituten; dit boeit in den regel veel meer dan een afzonderlijk college, zoodat men daarmee voor algemeen historische vorming veel meer bereikt.

Overigens voel ik er met HIJMANS en anderen veel voor, om den gang der college's anders in te richten, en met het moderne recht te beginnen, waarvoor met name het verbintenissenrecht zich verreweg het beste leent, omdat men hier te doen heeft met het technisch best gevormde, meest universeele en geestelijk meest neutrale deel van het recht, dat men bovendien zelf als student uit eigen ervaring het beste kent; men heeft alleen den last van het afzonderlijk handelsrecht met zijn vrij zinlooze positief-rechtelijke grondbegrippen (artt. 1—5 *k*) en de verouderde wetsteksten, die vaak een heel eind van de zoo begeerde „werkelijkheid" afstaan; dat moet dan op verstandige wijze worden aangevuld. Dit kan dan gecombineerd met de hoofdbeginselen der andere onderdeelen der rechtswetenschap. Na het candidaats-examen, waarvoor de termijn langer dient te worden gesteld, kan men dan zich specialiseeren op één of meer onderdeelen en daarin zijn studie verdiepen; dan ook pas behoort Romeinsch, Germaansch, Canoniek recht aan de orde te komen. De bijzonderheden leveren hier nog tal van moeilijkheden op, ik ga hier daarop niet nader in, daar het buiten mijn bestek ligt; het is mij hier niet om uiteenzetting van mijn eigen meening te doen.

Resumeerend kom ik dus tot deze conclusie. De groote lijn van HIJMANS' betoog acht ik onjuist. Op blz. 47 vat hij zijn meening aldus saam: „Niet in het nuttelooze, maar in het practische, niet in het verledene, maar in het tegenwoordige, niet in het gedachte, maar in het werkelijke moet de leerling zijn ideaal leeren zoeken". In den zin, waarin hij dit verstaat, zou dat streven naar mijn meening methodische geestesvorming vervangen door practisch-utilitaire africhting, het zou de traditioneele universitaire opleiding vervangen door middelbare-akte-studie. De leidende gedachte van het onderwijs moet blijven grondige, theoretische opleiding om den geest geschikt te maken voor een practische werkzaamheid niet naar de oppervlakkige utiliteit van het oogenblik, maar naar den eisch der groote lijnen, die verleden, heden en toekomst verbinden. Daarnaast bevat des schrijvers studie veel behartigingswaardige wenken en verdient zijn opkomen voor een meerder rekening houden met de eischen der hedendaagsche praktijk warmen steun.

Wie gewend is eenigszins wijsgeerig de geestesstroomingen van den tijd te bekijken, zal in HIJMANS' pleidooi gemakkelijk genoeg een ietwat spichtig juridisch uitloopertje ontdekken van het algemeen verschijnsel, dat men, al naar mate van het gebied, waarop het zich openbaart, beurtelings aanduidt met namen als pragmatisme en activisme en dergelijke. Als verzet tegen speculatie buiten de feiten om en over de feiten heen, als reactie tegen valsch begrippen-dogmatisme en rationalistisch positivisme, heeft deze richting haar waarde. De honger naar de levenscheppende daad, die onzen tijd bezielt, komt er in tot uiting. Maar men zij op zijn hoede. De vloek, die deze richting als haar booze demon vergezelt, is door de ervaring op ander gebied — men denke aan de kunst en aan de religie — reeds blootgelegd. In zijn streven om zonder diepte van be-

zinning, zonder historisch-evolutionaire aanknooping, de realiteit te lijf te gaan, heeft het zeer zeker knellend geworden banden verbroken, maar het schiet zijn doel voorbij; het heeft in hoofdzaak destructief gewerkt. Ook het socialisme geeft in dezen te denken. ENGELS schreef over den gang van het socialisme „van utopie tot wetenschap", RADEK over den verderen gang „van wetenschap tot daad"; maar die daad heeft tot nu toe nog niet veel anders dan vernieling gebracht. Zoo ook is het pragmatisch methodisme, hoe sympathiek vaak ook, de dood voor alle dieper gevatte, duurzame religiositeit; in de kunst heeft men met het conventioneele, dat men wilde breken, het algemeen menschelijke vaak verloren. Het gebied van het recht is niet een, waarop de tijdstroomingen zich het spoedigst doen voelen, religie en kunst reageeren veel sneller, omdat zij veel meer emotioneel geaard zijn. Maar ook ons terrein ontkomt niet aan de inwerking der algemeene psychische stroomingen. Het activisme, pragmatisme, realisme of hoe men het dan ook noemen wil is er al eenigen tijd gevoeld. Er zit een aanmaning in, die niet straffeloos in den wind kan worden geslagen, niemand die er meer van overtuigd is, dan ik. Maar even diep ben ik overtuigd, dat de richting als zoodanig op den duur noodlottig werkt. Het klinkt zoo warm, die liefde voor de daad, voor de werkelijkheid. Maar ze is wat al te impulsief, het mangelt haar aan de diepte, waaruit de alleen voedzame levenssappen moeten worden getrokken. Onder JONA's wonderboom gedijt de rechtsvorming niet, daarvoor werd van oudsher een eeuwenoude eik opgezocht.

Daarom geen radicale breuk met het bestaande, maar een wel bezonnen voortbouwen naar de eischen des tijds op de oude grondslagen.

Rechtspraak door anderen dan de van staatswege aangestelde rechters of scheidsmannen (1), in verband met arbitrage, en verwante beslissingen van partikulieren (2)

DOOR

Mr. L. VAN PRAAG

te 's-Gravenhage.

I.

§ 1. Gedoogt de grondwet rechtspraak door partikulieren? — § 2. Arbitrage tegenover andere rechtspraak

(1) De woorden «of scheidsmannen», opgenomen omdat behandeling der arbitrage in den zin onzer wet niet het eigenlijk doel van dit opstel is, zijn een weerklank op de terminologie dier wet. Internationale arbitrage valt geheel buiten het bestek dat ik mij heb gesteld. De term «rechtspraak» wordt door mij gebezigd voor elke de gedingvoerenden bindende vaststelling hunner bestaande rechtsverhouding. Zulk een bindende vaststelling is meer dan een meeningsuiting, ook al heeft zij geen gezag van gewijsde zonder de tusschenkomst van het staatsgezag (vgl. nader § 2). Op dien grond, ook aangevoerd in *Arbitrale Rechtspraak* I no 2 bl. 6 kol. 2, kan ik in zoover niet medegaan met de in andere opzichten m. i. juiste opmerkingen van J. A. Levy in *W.* 10345. Vgl. ook C. W. Stheeman in Hand. Jur.-Vereen. 1919 I (3) bl. 7—8 noot 2. — Naar de hier aangegeven bepaling valt alle disciplinaire rechtspraak buiten het kader van dit opstel, dus ook die in de bedrijfsorganisaties. Zij wordt enkel ter loops vermeld, waar het verband dit eischt. Over het korporatieve tuchtrecht vgl. Pothier, uitg. Brussel V bl. 196 en G. A. v. Hamel, Inleid.... Ned. Strafr. 3n dr. (1913) bl. 523—526, die anderen aanhaalt. Speciaal over de kerkelijke jurisdiktie in tuchtzaken o.a. Hänel, Deutsches Staatsr. I (1892) bl. 152; bij ons J. A. Levy, De Amsterdamsche kerk-tuchtzaak (1886) bl. 8, 16—17.

(2) Te vergelijken litteratuur, vooral over de eigen rechtspraak van korporaties en instellingen, met inbegrip der kerkgenootschappen:

door partikulieren. — § 3. Partikuliere rechtspraak tegenover beslissingen van partikulieren die geen rechtspraak zijn. Bindend advies. — § 4. Opdracht van beslissing aan één der partijen of aan personen van een partij afhankelijk, tegenover opdracht aan derden. — § 5. Korporatieve rechtspraak. — § 6. Onderzoek naar eigen be-

W. TONCKENS, De rechtspraak in kerkelijke zaken, diss. Gron. 1873, bl. 43—44, 51—56, denzelfde in Tijdschr. voor het Ned. regt 7 bl. 28—29, 32—41, en hem grootendeels navolgend, L. J. G. DIKEMA, Over de bevoegdheid der rechterlijke macht... in zaken betreffende vereenigingen en haar leden, diss. Gron. 1886 bl. 28—39, aangekondigd in R. Bijdr. en Bijbl. 1886—1887 A bl. 268—270. Verder o.a. R. v. WOELDEREN, De privaatrechtelijke zedelijke lichamen, diss. Leiden 1905, bl. 204—208. Zie ook O. GIERKE, Die Genossenschaftstheorie (1887) bl. 168, 181 noot 1, 183—187 i. v. m. bl. 649, 692, 720, 915, denzelfde in Jahrb. f. Dogm. 35 bl. 198—200, en zijn Deutsches Privatrecht I (1895) bl. 534—535 i. v. m. bl. 505 noot 42. Over rechtspraak in kerkelijke aangelegenheden zie J. A. LEVY, De Amsterdamsche kerk-tuchtzaak bl. 22—32; W. A. C. DE JONGE, Administratie en Justitie bl. 40—46; HINSCHIUS in MARQUARDSEN's Handbuch des öffentlichen Rechts I, I (1883) bl. 255—256, 258—259. Over kerkelijke rechtspraak in de Katholieke kerk o.a. RICHTER en DOVE, Het Katholiek en Evangelisch kerkrecht, naar de zesde editie vertaald door TOORENENBERGEN (1876) §§ 225—227, en, speciaal op het punt van huwelijkszaken, STUTZ in VON HOLTZENDORFF's Enzyklop. der Rechtswiss., 7e uitg. V (1914) bl. 447, 6e uitg. II (1904) bl. 946. — Bij de raadpleging van Duitsche litteratuur is te bedenken dat de kerkgenootschappen in Duitschland tot dusver een andere rechtspositie hebben dan bij ons

Zie voorts R. DEMOGUE, Les Notions Fondamentales du Droit privé (1911) bl. 628—637, en over een aan dit opstel nauw verwant onderwerp, E. M. MEYERS in *W. P. N. R.* 2420—2422. DEMOGUE bl. 636 spreekt van «justice privée» en antwoordt bevestigend op de door hem bl. 629 aldus geformuleerde vraag: «en dehors des conditions de l'arbitrage prévu au Code de procédure, une personne peut-elle être investie par contrat d'une des nombreuses fonctions de la justice?»

Litteratuur betreffende arbitrage, voorzoover zij verband houdt met andere partikuliere rechtspraak, wordt in den loop van dit opstel vermeld.

voegdheid door andere rechters dan de van staatswege aangestelde, en het gevolg hunner onbevoegdheid. — § 7. De bevoegdheid bij rechtspraak door partikulieren tot beoordeeling van een beroep op schuldvergelijking.

§ 1. *Gedoogt de grondwet rechtspraak door partikulieren?*

In een arrest, waarvan de eigenlijke beslissing niets te maken heeft met het onderwerp van dit opstel, heeft eenige jaren geleden, de Hooge Raad voor die beslissing een motiveering gegeven, door welke het wel verdient hier op den voorgrond te worden gesteld. Ik bedoel het arrest van 27 April 1917 *W.* 10177, N. J. 1917 bl. 687. Daarbij is de cassatie verworpen tegen het arrest van het Hof te 's-Gravenhage van 27 Juni 1916 *W.* 10084, N. J. 1916 bl. 1138, dat een vonnis der Rotterdamsche Rechtbank van 15 Dec. 1915 *W.* 9930, N. J. 1916 bl. 336 had bevestigd. Deze beslissingen golden de vraag of art. 626 lid 3 i. f. Rv. is van openbare orde. Bevestigend beantwoord, was die vraag gerezen niet naar aanleiding eener opdracht van partijen tot beoordeeling van de redenen der wraking van scheidslieden aan een ander van staatswege aangesteld rechter dan dien art. 626 aanduidt, maar nadat overeenkomstig het scheidsrechterlijk beding de scheidslieden tot een comité van graanhandelaren het verzoek hadden gericht over de wraking uitspraak te doen (3). Het Haagsche Hof overwoog nu dat

(3) In anderen geest dan de voormelde beslissingen, maar m.i. met onvoldoende argumentatie, Rb. Rott. 15 Juni 1916 *W.* 9997, N. J. 1916 bl. 1140. In appèl volgde Hof 's-Grav. 11 Mei 1917 *W.* 10171 zijn arrest van 1916. Vgl. W. Nolen in *R. Mag.* 1917 bl. 490—497 en in Hand. Jur.-Vereen. 1919 I (2) bl. 113 vlgg.; L. Hirsch in *R. Mag.* 1918 bl. 295; Stheeman t. a. p. bl. 170. Het Haagsche arrest van 1917 is gecasseerd door H. R. 1 Maart 1918 *W.* 10255, N. J. 1918 bl. 435, met bekrachtiging van het Rotterdamsche vonnis, omdat de H. R. het eens was met een anderen grond voor de beslissing der

het voorschrift der grondwet, gebiedend uitoefening der rechtspraak door de rechterlijke macht, is van openbare orde, dat daarop alleen zijn toegelaten de uitzonderingen, welke de wet uitdrukkelijk aanwijst, en dat tot die uitzonderingen behoort de regeling van artt. 620 vlgg. Rv., waarin echter art. 626 de beoordeeling der redenen tot wraking van een scheidsman voorbehoudt aan den rechter en inzoover dus den regel herstelt. Eenigszins anders motiveerde de Hooge Raad. In het algemeen, zoo zeide hij ongeveer, kan rechtsmacht alleen worden uitgeoefend krachtens rechtspraak van den door den Koning aangestelden rechter. Op dien regel vormen de wettelijke bepalingen over arbitrage, waarbij ook aan uitspraken van scheidsmannen rechtsgevolg is toegekend, een uitzondering. Daar de Staat zijn rechtsmacht bij die bepalingen uit handen geeft, zijn zij van beperkten aard en van dwingende kracht (4). — In de hier vermelde arresten heeft dus, vooral het Hof, doch ook de Hooge Raad, den nadruk gelegd op het voorschrift onzer grondwet dat de rechtspraak wordt uitgeoefend door de rechters welke de wet aanwijst en de Koning aanstelt, dus op den regel ten deele neergelegd in art. 155 Grw. en uitgewerkt in art. 1 R. O., ten deele vervat in art. 166 lid 1 Grw. De Hooge Raad ging kennelijk uit

---

Rechtbank dan den hier bedoelden, welke laatste ook nu door den H. R. implicite onjuist werd geoordeeld; vgl. ook concl. O. M. vóór het arr. van 1918.

(4) Dit was ook de meening van Adv.-Gen. Besier in zijn concl. vóór het arr. van 27 April 1917. Echter was hij van oordeel dat art. 626 lid 3 wèl is een bepaling van dwingend recht, maar niet geëischt door een beginsel van openbare orde. Met de leer n.l. van het Haagsche Hof dat art. 155 Grw. is van openbare orde kon hij niet meegaan, omdat art. 156 Grw. arbitrage toelaat. Intusschen had het Hof kennelijk willen zeggen: behoudens bij de wet gesanktioneerde afwijking door partijen. Want het had op dit punt overwogen als boven in den tekst is vermeld.

van art. 166 lid 1 in verband met art. 153 (en 155) Grw. zonder die bepalingen te noemen. Men kan zeggen dat hij implicite het toelaten van arbitrage bij de wet beschouwde als een uitzondering op gemeld art. 155. Maar hij overwoog niet, evenals het Hof had gedaan, dat art. 626 lid 3 Rv. als onder-uitzondering den regel herstelt. Die voorstelling van het Hof schijnt ook minder juist. Want, al is de wraking van den van staatswege aangestelden rechter een incident in de gewone rechtspraak, de beoordeeling der redenen van wraking voor scheidslieden kan, hoewel opgedragen aan den staatsrechter, toch niet worden geacht deel uit te maken van zijn in art. 155 Grw. aangeduide rechtsmacht. Zij is geen beslissing over een, materieele of processueele, rechtsverhouding der partijen. Veeleer is art. 626 lid 3 i. f. Rv. een bepaling die enkel betreft het toezicht, de kontrole, van het staatsgezag op de scheidslieden. Die kontrole behoort niet tot de gewone rechtspraak en valt reeds om die reden buiten het gebied van het grondwetsartikel, over de draagwijdte waarvan buitendien is te vergelijken hetgeen daaromtrent in deze paragraaf nog zal worden opgemerkt (5).

De boven vermelde overweging in het arrest Hof 's-Grav. van 27 Juni 1916 aangaande de strekking van art. 155 Grw. is in gelijken geest opgesteld als de grond aangevoerd door Rb. Leeuw. 20 Nov. 1913 *W.* 9576, N. Jur. 1913 bl. 1288, voor het niet erkennen van een contractueel beding, luidende op rechtspraak door één

(5) De hier voorgestane opvatting, ook aan te voeren voor het in den aanhef van dit opstel gezegde dat met zijn onderwerp niet heeft te maken de eigenlijke beslissing van het arr. H. R. 27 April 1917, al gold zij een opdracht aan partikulieren, laat overigens intakt de verdere hier niet ter zake dienende argumentatie van het Hof, overeenkomende met die der Rechtbank, ten betooge dat ten onrechte was afgeweken van art. 626 Rv.

der partijen, waarin de Rechtbank geen arbitrage wilde zien (6). Zij motiveerde namelijk op deze wijze. Artt. 620 vlgg. Rv. bedoelen voor het civiele recht de eenige uitzondering te regelen op het beginsel dat slechts van staatswege aangestelde rechters bindende rechtspraak kunnen uitoefenen. Hierop vervolgt de Rechtbank dan aldus: het zou ongerijmd zijn de beslissing door scheidslieden uitvoerig te regelen en die door één der partijen vrij te laten. Tegen rechtspraak door één der partijen verzet zich art. 155 Grw. De wet regelt dan ook niet hoe zij zou kunnen worden geëxecuteerd. En zij is in strijd met de openbare orde, omdat overheersching van de eene partij door de andere daarbij niet is te verhoeden. Aan gemelde overwegingen voegde de Rechtbank nog dit toe: de strekking van het beding is den rechter geheel op zijde te zetten, ook ten opzichte der goede trouw van de ter beslissing aangewezen partij, zoodat art. 1374 lid 3 B. W. niet kan dienen als argument voor een andere meening dan de boven weergegevene (7).

Zag de Rechtbank te Leeuwarden bij haar vonnis van 1913 o.a. in art. 155 Grw. een bezwaar tegen de toelaatbaarheid van rechtspraak bij contract opgedragen aan een orgaan der vereeniging, zelve partij in het geding, van een andere opinie was implicite ten opzichte van een reglement eener onderlinge verzekering-maatschappij het Hof te 's-Gravenhage bij zijn arrest van 12 Nov. 1915 *W.* 9902, Per. Verz. 3 bl. 256, Adm. en Recht. Besl. 1 bl. 182, waarbij in hoofdzaak werd bevestigd Rb. Rott. 4 Juni 1914 *W.* 9717, N. J. 1914 bl. 1226. Gewezen naar aanleiding der vordering van een deelhebber-verzekerde,

(6) Hieromtrent nader in § 4 van dit opstel.

(7) Ter waardeering dezer toevoeging zijn te vergelijken de in § 3 van dit opstel te bespreken arresten van den H. R., meerendeels betreffende contracten van aanbesteding.

nam gemeld arrest aan dat de grondwet geen beletsel is voor de erkenning der geldigheid eener reglementsbepaling, die met uitsluiting van den weg in rechte de beslissing van alle geschillen tusschen direktie en verzekerden opdraagt aan een orgaan der maatschappij. Volgens het *W. v. h. R.* t. a. p. had appellant de reglementsbepaling veroordeeld willen zien als in strijd met art. 155 Grw. Echter doelt een der laatste overwegingen van het arrest, sprekend van „gemeld" artikel der grondwet, klaarblijkelijk op art. 153. Waarschijnlijk is art. 155 dus een schrijf- of drukfout. Maar, had het Hof de opvatting gedeeld die de Rechtbank te Leeuwarden in 1913 verkondigde, dan had het niet wegens de reglementsbepaling de Rotterdamsche Rechtbank onbevoegd kunnen verklaren.

Heeft men te doen met een *contractueele* opdracht van rechtspraak aan partikulieren, dan is het mogelijk — over de vraag of het terecht zou geschieden zoo aanstonds — een steun daarvoor te zoeken in art. 156 lid 1 Grw., als toelatend afwijking van art. 155, mits niet *tegen* den wil van den betrokkene. Die steun is niet aanwezig bij een *reglementaire* opdracht van rechtspraak, indien en voorzoover reglementsbepalingen niet zijn te beschouwen als contractueele bedingen, doch enkel als voorschriften, waarbij aan de leden verplichtingen worden *opgelegd*, en die hen verbinden onafhankelijk van hun wil (8). We zagen boven (9) reeds dat in zijn conclusie vóór het arr. H. R. van 27 April 1917 het O. M. zich op art. 156 Grw. be-

(8) Vgl. § 5 van dit opstel.

(9) Zie noot 4. Met het oog op hetgeen hier verder wordt gezegd over de beteekenis van art. 156 Grw. voor de in dit opstel behandelde vragen acht ik het onnoodig te dezer plaatse na te gaan of de bij contract vastgelegde wil eener partij ook dan is de door art. 156 bedoelde, indien hij sedert is veranderd. Ontkennend STHEEMAN in Hand. Jur.-Vereen. 1919 I (3) bl. 50—51.

riep ten bewijze dat, ondanks art. 155, de wettelijke erkenning der arbitrage niet in strijd is met de grondwet. Zoo deed ook de Regeering tijdens de vaststelling van artt. 620 vlgg. Rv. (10). BUIJS, De Grondwet, 2 bl. 374 zegt dat de woorden van art. 156 lid 1 „tegen zijn wil" ten doel hebben de rechtspraak van scheidslieden te wettigen. Dit ware misschien juister aldus geformuleerd: de woorden „tegen zijn wil" beoogen *mede* te doen uitkomen dat *de grondwet zich niet verzet* tegen opdracht der beslissing van een geschil aan scheidslieden, gepaard met onttrekking van dat geschil aan de rechterlijke macht. Aldus omschreven vindt BUYS' bewering steun in VAN MAANEN's Aanteekeningen . . . . Grw. v. 1815 (1887) bl. 109 v. o. en 110 v. b. ELOUT, wien indertijd, volgens VAN MAANEN's Aanteekeningen . . . . Grw. v. 1814 (1886) bl. 74 de redaktie van art. 101 Grw. 1814 was opgedragen, en die dus geacht kan worden de beteekenis van dat artikel te hebben gekend, weerde in 1815 een aanval op de woorden „tegen zijn wil" met goed gevolg af door de opmerking dat zij zien op „compromissen en prorogatie van jurisdictie". Men zou hiertegen kunnen aanvoeren dat ook in de grondwet van 1814 de woorden „tegen zijn wil" niet voor het eerst waren opgenomen bij het verbod waarvan hier sprake is. Art. 101c dier grondwet is kennelijk ontleend (via de tusschenliggende grondwetten) aan art. 34 der Algem. Beginselen van de staatsregeling van 1798. En of dit art. 34 met de woorden „tegen zijn wil" op compromissen het oog had, kan worden betwijfeld, omdat art. 261 der staatsregeling van 1798 de arbitrage uitdrukkelijk wettigde. Of men het noodig heeft geacht daarnaast te doen uitkomen dat de constitutie zich niet verzette tegen contractueele *onttrekking* van een geschil aan de rechterlijke macht, zal wel

(10) Zie v. D. HONERT, Handb. B. R v. bl. 619 kol. 1.

moeielijk zijn na te gaan. Intusschen, volgens BUYS zelf, t. a. p. bl. 373, is de primaire strekking van art. 156 lid 1 onzer huidige grondwet, uitzonderingsgerechten te verbieden. Is dit juist, dan ligt het voor de hand aan te nemen dat men met de woorden „tegen zijn wil" vóór alles beoogde te doen uitkomen dat het verbod een *van staatswege* ingesteld uitzonderingsgerecht dàn niet betreft, indien de betrokken persoon er genoegen mede neemt. Aan rechtspraak door partikulieren behoeft men daarbij oorspronkelijk niet te hebben gedacht. Met dat al, in 1815 heeft men er wèl aan gedacht. En dit zou hierin zijn verklaring kunnen vinden dat art. 165 (nu 153) toen nieuw werd opgenomen. Wel is, zooals de Hooge Raad overwoog bij zijn hieronder nader te vermelden arresten van 1904 en 1910, de *uitsluiting* waarvan laatstgemeld artikel spreekt, slechts bedoeld als uitsluiting van andere *staatsorganen* dan de rechterlijke macht (11). Maar dat neemt niet weg dat ons art. 153 Grw. voor de daar bedoelde geschillen ook positief aan de rechterlijke macht competentie wil *toegekend* zien (12).

---

(11) Anders C. W. DE VRIES in *Themis* 1917 bl. 339 noot 2. Diens opmerking berust op een vergissing. Het door hem aangehaalde uit VAN MAANEN betrof de woorden «bij uitsluiting», niet in art. 165 Grw. 1815, maar in art. 110 Grw. 1814, overgegaan in art. 183 Grw. 1815, welke bepaling enkel van strafzaken sprak.

STHEEMAN (in noot 1 geciteerd) bl. 88 v. o. zegt dat de uitsluiting van elke andere macht in den Staat a fortiori uitsluit elk individu of lichaam dat zich opwerpt als staatsmacht. Maar geschiedt dit laatste bij het geven eener beslissing die zonder medewerking van het staatsgezag noch vatbaar is voor tenuitvoerlegging noch gezag heeft van gewijsde? Ik meen van niet, en dat daarom de opmerking van S. geen argument is tegen rechtspraak door partikulieren.

(12) Terecht, doch m.i. te onpas, is dit, naar aanleiding eener reglementsbepaling van een coöperatieve vereeniging, voor art. 2 R. O. overwogen door Rb. Dordt 28 April 1909 *W.* 8950. Het arrest H. R. van 8 April 1910 *W.* 9019, R.spr. 214 § 49, P. v. J. 959, waarbij

Die positief bij de wet toegekende bevoegdheid kan aan de rechterlijke macht niet weer worden ontnomen bij een contract, indien ook deze onttrekking niet steun vindt in de wet. Omdat en voorzoover de toekenning door de grondwet is voorgeschreven, moet ook het verlof haar weer te ontnemen den wetgever bij de grondwet zijn gegeven. En het is dit verlof dat ligt opgesloten in de woorden „tegen zijn wil" in art. 167 Grw. 1815 (nu art. 156 lid 1) die, gelijk boven is gezegd, op ELOUT's wensch zijn behouden. Uit die woorden volgt dat *de grondwet niet verbiedt* dat iemand uit kracht van zijn *eigen* wil wordt afgetrokken van den rechter dien de wet hem toekent, ook niet door het buiten werking stellen der in art. 153 Grw. bedoelde bevoegdheid. En ik zou

---

dit vonnis werd gecasseerd, zag m.i. over het hoofd dat de redeneering der Rechtbank voor het overige dezelfde had kunnen blijven, indien de woorden «bij uitsluiting» in art. 2 R. O. niet voorkwamen. Niet omdat art. 2 anderen uitsluit, maar omdat men de rechterlijke macht niet mag uitsluiten zonder wettelijke machtiging, nam, meen ik, de Dordtsche Rechtbank aan dat zij bevoegd was tot het onderzoek bij haar vonnis ingesteld, zonder daarmede te ontkennen de geldigheid eener opdracht van rechtspraak aan korporatieve organen. De betrekkelijke overweging in het vonnis was echter te onpas ingelascht omdat, gelijk het cassatiemiddel bij den Hoogen Raad met juistheid stelde, het reglement der vereeniging geen onttrekking van het toen aanhangig geschil aan de kennisneming der rechterlijke macht bepaalde. De Rechtbank verwarde het geschil met het daarin opkomend praejudicieele geschilpunt over de uitlegging van het reglement. Zij had zich moeten afvragen of zij gebonden was aan de voorafgaande beslissing omtrent dit praejudicieele geschilpunt door het bestuur. Die gebondenheid nam de H. R., welke het reglement als een overeenkomst beschouwde, aan, evenwel slechts binnen de grenzen gesteld door art. 1374 B. W. Art. 2 R. O. stond m.i. buiten de kwestie. Vgl. nog mijn Inleiding R. Org. bl. 241, en STHEEMAN t. a. p. bl. 85—89. Ook uit de volgende bladzijden van dit opstel zal blijken dat en waarom ik met de door hem t. a. p. verkondigde meeningen slechts ten deele kan meegaan.

meenen dat de consequentie hiervan is: zelfs contractueele derogatie aan de uitsluiting van andere staatsorganen dan de rechterlijke macht verbiedt de grondwet niet, omdat ook dan de betrokkene slechts krachtens eigen wil wordt afgetrokken van den hem bij de wet toegekenden rechter. Maar de bevoegdheid van dat staatsorgaan zou toch moeten steunen op de wet, daar partikulieren niet de competentie van een staatsorgaan, optredend als bestuursorgaan, kunnen scheppen. Alleen verbiedt de grondwet niet dat de wet hun dit veroorlooft, in welk geval op die wet middellijk steunt de bevoegdheid van het staatsorgaan (13). Ik sta hierbij niet stil, daar de opdracht aan staatsorganen in de hoedanigheid van bestuursorganen niet valt binnen het kader van dit opstel. Wèl die aan partikulieren. Laatstbedoelde opdracht is, indien zij de wettelijke bevoegdheid der rechterlijke macht niet uitsluit, en dus zou teweegbrengen concurreerende bevoegdheid tot rechtspraak van partikulieren met die van den door de wet aangewezen rechter, speciaal voor een geschil als bedoeld in art. 153 Grw., met dat artikel niet in strijd, omdat de uitsluiting waarvan in genoemd

(13) Zonder zulk een wetsbepaling kan een overeenkomst een geschil niet onttrekken aan de bevoegdheid van den bij een wetsbepaling aangewezen rechter, ook niet als die aanwijzing niet uitdrukkelijk is geschied bij uitsluiting van anderen, maar dit toch kennelijk is bedoeld. Vgl. naar aanleiding van art. 15 wet 9 Okt. 1841 *Stbl.* 42 (zie thans art. 13 wet 9 Mei 1902 *Stbl.* 54) het Kon. Besl. van 16 Juni 1866 R. v. St. 6 bl. 241 i. v. m. bl. 158.

De woorden «als bestuursorgaan» in den tekst doelen hierop dat, indien de Staat — of een zijner onderdeelen — in een civielrechtelijke overeenkomst bedingt dat daaruit ontstaande geschillen zullen worden beslist door een zijner organen, b.v. het hoofd van een der Ministeries of B. en W., dit niet is opdracht aan een staatsorgaan als belast met de bestuurstaak, maar als vertegenwoordiger der gemeenschap in civiele aangelegenheden, zoodat hij dan gelijk staat met een partikulier.

artikel sprake is, slechts is die van andere staatsorganen. En in het geval van zulke op contract steunende bevoegdheid wordt niemand tegen zijn wil afgetrokken van zijn wettelijken rechter. Geschiedt de opdracht van rechtspraak aan partikulieren bij overeenkomst *met uitsluiting* van dien wettelijken rechter, dan zou dit voor de bij art. 153 Grw. bedoelde geschillen steeds ongeldig moeten zijn, indien niet uit art. 156 lid 1 bleek dat de grondwet den wetgever niet verbiedt de competentieregeling die art. 153 voorschrijft buiten werking te stellen op grond van den wil van den betrokkene. Men mag echter niet zoover gaan te zeggen dat de grondwet, ook buiten elke bepaling der gewone wet om, toelaat contractueele afwijking van de wettelijke competentie-voorschriften, al zijn die van openbare orde. Ware dit zoo, de geheele regeling der prorogatie in de wet zou overbodig zijn. Buiten de wet om toch zou men dan steeds kunnen prorogeeren. Ja, een beding dat alle rechtspraak uitsluit, zou dan door art. 156 lid 1 Grw. mede geoorloofd zijn geworden. Dat kan echter niet zijn gewild. Het argumentum a contrario, qui de uno dicit, de altero negat, gaat ook hier niet op. Al heeft de grondwet enkel verboden dat iemand *tegen* zijn wil wordt afgetrokken van zijn wettelijken rechter, daarmede heeft zij nog niet gezegd dat als geldig *moet* worden erkend elke uitsluiting der rechterlijke competentie, indien die uitsluiting maar steunt op den wil van den betrokkene. Alleen, *zij* verbiedt die uitsluiting niet. Doch zonder wetsbepaling die haar veroorlooft, is de uitsluiting toch ongeldig, als men te doen heeft met een wettelijk competentie-voorschrift van openbare orde.

Boven is opgemerkt dat opdracht van rechtspraak aan partikulieren niet in strijd is met art. 153 Grw. indien de bevoegdheid der rechterlijke macht blijft bestaan

naast die van den bij de opdracht aangewezen partikulier. Gewoonlijk neemt men echter aan, als sprak dit vanzelf, dat elke opdracht aan anderen dan de rechterlijke macht tot rechtspraak in een geschil aangeduid bij art. 153 Grw. en art. 2 R. O., moet bedoelen de bevoegdheid der rechterlijke macht uit te sluiten. Men vergeet dan dat deze bedoeling niet altijd aanwezig behoeft te zijn, nu toch concurreerende competentie bestaanbaar is. Die concurreerende bevoegdheid moge uitzondering wezen, bij twijfel omtrent de bedoeling eener competentie-opdracht zal zij zeker dàn zijn aan te nemen, indien aan een wettelijke opdracht van competentie niet door een andere regeling mag worden gederogeerd, doch wèl geoorloofd is een opdracht bij die andere regeling *naast* de wettelijke competentie-opdracht. Mag nu aan de competentiebepaling van art. 153 Grw. de wet niet derogeeren dan voorzoover art. 156 lid 1 dit toelaat, art. 156 lid 1 laat het niet anders toe dan indien het steunt op den wil van den betrokkene. Dus, gelijk boven reeds over art. 155 is opgemerkt, wèl voor een overeenkomst bij wijze van arbitrage, maar niet voor een reglement indien dit niet als een contract is te beschouwen, doch als tot stand gekomen buiten den wil om van hem die aan het reglement is gebonden en die er misschien tegen heeft gestemd (14). En daarom gaat het niet aan te zeggen,

(14) Zie nader § 5. Vgl. de strenge handhaving van art. 156 lid 1 Grw. ook tegen hetgeen naar de wet «geacht» wordt in een overeenkomst te zijn begrepen (art. 1383 B. W.) in het vonnis Rb. Amst. van 29 Nov. 1918 *W.* 10407, N. J. 1919 bl. 610. De juistheid van het standpunt dier Rechtbank kan hier in het midden blijven, ingeval een reglement niet bindt krachtens overeenkomst, gelijk in § 5 wordt betoogd. — Bij onderlinge verzekering-maatschappijen wordt een afzonderlijke akte opgemaakt, door den deelhebber onderteekend, waarin wordt verwezen naar het reglement. MOLENGRAAFF, Leidraad 3e dr. I (1915) bl. 221, 222, merkt op dat het lidmaatschap in zich

zooals TONCKENS doet in zijn dissertatie bl. 42—43, 53—54 (15), dat reglementen van kerkgenootschappen mogen derogeeren aan art. 148 Grw. 1848 (nu art. 153), omdat, neemt men dit niet aan, ook de onttrekking bij compromis aan de rechterlijke macht van een bij genoemd artikel bedoeld geschil ongrondwettig zou zijn. Het laatste

---

sluit een *contract* van verzekering. Vgl. ook artt. 286 en 308 W. v. K. Gaat men uit van de opvatting dat nu ook alle reglementsbepalingen overgaan in die overeenkomst, dan moet men zeggen dat een onttrekking van geschillen aan de rechterlijke macht bij reglement hier niet tegen den wil van den betrokkene geschiedt, en kan men op dezen grond vrede hebben met de boven aangehaalde zienswijze van Hof 's-Grav. 12 Nov. 1915 dat zulk een onttrekking, gepaard met opdracht aan een orgaan der onderlinge maatschappij, niet strijdt met art. 153 Grw. Het Hof vereenigde zich overigens met de meening der Rechtbank dat er hier sprake was van een opdracht der berechting van geschillen rijzende *in* de vereeniging, en dus niet van een compromissoir beding. Dit echter wettigt de vraag, of dan de door het Hof uitgesproken onbevoegd-verklaring der rechterlijke macht, al was zij niet in strijd met de grondwet, wel geoorloofd was bij gemis aan een bepaling der gewone wet, die contractueele derogatie aan de op art. 2 R. O. steunende bevoegdheid der rechterlijke macht toelaat anders dan bij arbitrage; vgl. hieromtrent nader in § 2.

(15) Vgl. denzelfde in Tijdschr. voor het Ned. regt 7 bl. 33. Bij hem sluit zich aan H. v. MANEN, Hoofdelijke omslagen in gemeenten der Ned. Herv. kerk, diss. Leiden 1897, bl. 130—131. — In denzelfden gedachtengang als die van TONCKENS voert E. M. MEYERS in *W. P. N. R.* 2420 bl. 239 kol. 1 tegen het boven in noot 12 vermelde vonnis Rb. Dordt van 1909 aan dat, ware de opvatting der Rechtbank van artt. 153 Grw. en 2 R. O. juist, ook opdracht der beslissing aan scheidslieden zou strijden met art. 153 Grw. Tegen dit argument geldt het hier in den tekst opgemerkte. Buitendien gaat M. uit van een minder korrekte voorstelling der motiveering van het vonnis dat niet, gelijk M. zegt, had aangenomen ongeldigheid der *opdracht* van beslissing aan een der partijen, doch ongeldigheid der *onttrekking* van het geschilpunt aan de rechterlijke macht ingevolge de bedoelde opdracht; vgl. noot 12.

wordt door art. 156 lid 1 Grw. niet verboden, het eerste wèl. Voor het overige is het duidelijk dat art. 156 lid 1 niet wordt overtreden, als de competentie der rechterlijke macht niet wordt ter zijde geschoven. En dat dit niet noodzakelijk is verbonden aan rechtspraak door partikulieren buiten arbitrage om zal, nog afgezien van het boven omtrent concurreerende bevoegdheid opgemerkte, nader blijken in § 2 van dit opstel.

Keeren we nu, na het over art. 153 in verband met art. 156 Grw. gezegde, terug tot art. 155. M. i. moet in dat artikel evenmin als in de eerstgenoemde de oplossing worden gezocht van de kwestie over de toelaatbaarheid van rechtspraak door partikulieren. Art. 155 zou m.i. tegen een contractueele opdracht van zulke rechtspraak niet mogen worden aangevoerd, ook al werd het niet gevolgd door art. 156 lid 1. Art. 155 heeft, gelijk eveneens art. 149 (16) enkel het oog op rechtspraak *als daad van gezagsuitoefening* (17), op het de betrokkenen bindend *bevel* tot gehoorzaamheid aan de rechterlijke uitspraak, een bevel dat wel gelegen is in een vonnis afkomstig van het staatsgezag, maar dat niet is verbonden aan die beslissing bij wijze van rechtspraak gegeven door partikulieren, welke haar — partijen bindend — gezag slechts

(16) Dit wil naar zijn historische strekking in het bizonder uitspreken dat de feodale rechten ten opzichte van de rechtspraak onvereenigbaar zijn met het moderne staatsrecht; zie H. REUYL, De leer der trias politica, diss. Gron. 1886, bl. 81; THORBECKE, Aanteekening, 2n dr. II bl. 145; BUYS t. a. p. bl. 220. Gelijke bedoeling had art. 183 Grw. 1815, art. 110 Grw. 1814; vgl. v. MAANEN, Aanteekeningen... Grw. van 1815, bl. 115—116.

(17) Een arbitrale beslissing is niet zulk een daad; vgl. noot 38. Een andere opvatting van art. 155 Grw. heeft STHEEMAN, Hand. Jur.-Vereen. 1919 I (3) bl. 89, in den tekst. Omtrent hetgeen hij in de noot aldaar zegt bestaat er tusschen hem en mij geen verschil van gevoelen; vgl. de hier volgende noot.

ontleent aan de voorafgaande vrijwillige onderwerping dier partijen aan de in te roepen beslissing. De rechterlijke macht (rechtsmacht) waarvan de grondwet in art. 155 spreekt is, evenals de wetgevende en de uitvoerende macht, een functie van het gezag als zoodanig. Enkel op die rechtsmacht, welke de Staat als deel van zijn taak beschouwt heeft art. 155 Grw. het oog, evenals art. 109 alleen doelt op de rijkswetgeving en art. 55 enkel op de uitvoerende macht als staatsbestuur.

Is dus, ook afgezien van art. 156 lid 1, op contract steunende rechtspraak door partikulieren niet met art. 155 in strijd, de vraag blijft of hetzelfde geldt voor zulke rechtspraak geregeld bij een reglement, dat niet als een contract is aan te merken. Mij dunkt dat ook deze rechtspraak niet door art. 155 wordt verboden. Want het is m. i. aannemelijk dat art. 155 aan de bij de wet aangewezen rechters slechts wil voorbehouden een beslissing welke zonder meer executabel is(18). Het ligt toch in de rede dat de grondwet enkel beslissingen, die zonder nadere executoirverklaring afdwingbaar zijn met wereldlijke machtsmiddelen, wil zien toegekend alleen aan de van staatswege aangestelde rechters (19). De *door de staatsmacht*

(18) Vgl. ook BEELAERTS VAN BLOKLAND bij v. D. HONERT, Handb. B. Rv. bl. 603 kol. 2 — bl. 604 kol. 1. — In gelijken geest ten opzichte van art. 145 Grw. 1848, nu art. 149, I. T. PHILIPS, Opdracht van rechtspraak aan scheidslieden, diss. Amst. 1880, bl. 14. Op bl. 15—16 verkondigt hij de averechtsche meening dat «regterlijke magt» in art. 149 Grw. 1848, nu art. 155, dezelfde beteekenis zou hebben als in het tegenwoordige art. 153. — Vgl. nog over het met art. 149 i. v. m. 166 lid 1, Grw. 1887 korrespondeerende art. 48 der Fransche Charte van 1830 den Adv.-Gen. HELLO vóór het arrest van het Hof van Cass. van 10 Juli 1843, SIREY 1843. 1. 561 (565 v. o.—566 v. b.).

(19) Art. 153 Grw. echter heeft een andere strekking. Het geldt niet enkel voor dadelijke executie vatbare, doch ook de zuiver deklaratoire vonnissen. Ook deze mogen ingevolge art. 153 bij geschillen

afdwingbare beslissing, en alleen deze, mag naar de grondwet niet zonder tusschenkomst van het staatsgezag in handen worden gegeven aan hen die de waarborgen missen welke de Staat voor zijn eigen rechters eischt. Voorzoover daarentegen rechtspraak kan worden uitgeoefend zonder dat executie noodig is, en de Staat dus zijn dwingende macht niet ter beschikking behoeft te stellen, was en is er voor hem veel minder aanleiding om de rechtspraak aan zich te houden. Rechtspraak echter is er bij elke partijen bindende vaststelling omtrent haar onderling bestaande rechtsverhouding. Op zich zelf kan de Staat weinig bezwaar hebben dat die rechtspraak wordt opgedragen aan een partikulier, zoolang dit niet medebrengt dat zijn eigen organen de beslissing van dien partikulier zonder eenig nader onderzoek hebben te sanktioneeren en ten uitvoer te leggen met de machtsmiddelen, waarover de Staat beschikt. Nu uit niets blijkt dat dit bedoeld is, bestaat er dan ook m. i. geen reden in de bepalingen der grondwet te lezen een verbod tot alle, ook tot de zonder tusschenkomst van het tot executoirverklaring bij de wet bevoegd verklaarde staatsgezag niet executabele, rechtspraak door partikulieren, noch als deze is de arbitrage gelijk wij die in Nederland kennen, noch als dat niet het geval is.

§ 2. *Arbitrage tegenover andere rechtspraak door partikulieren* (19*a*).

Verzet de grondwet zich dus niet tegen arbitrage, en evenmin tegen andere beslissingen van partikulieren, die niet voor executie vatbaar zijn zonder op de wet berustende tusschenkomst van het staatsgezag, daarmede is

over burgerlijke rechten niet aan het administratieve gezag worden opgedragen (daargelaten hier het boven in den tekst ter hoogte van noot 13 gezegde).

(19*a*) Vgl. noot 13, tweede lid.

nog niet uitgemaakt dat er naast de wettelijk geregelde arbitrage ook nog plaats is voor een ander soort van partikuliere rechtspraak. Belangrijk is de hierop betrekking hebbende motiveering in een vonnis van het Kantongerecht te Groningen van 15 Okt. 1883 *W.* 4957, R. Bijbl. 1883 A bl. 136. Dit vonnis werd gewezen naar aanleiding van een societeits-reglement, maar het sprak van overeenkomst òf reglement, en had dus op beide het oog. De Kantonrechter nu overwoog ongeveer aldus. De invloed, dien partijen op de absolute bevoegdheid des rechters kunnen hebben, is uitdrukkelijk bij de wet geregeld, waar deze prorogatie van rechtsmacht toelaat. Wel kunnen partijen in den regel boven 's rechters beslissing die van scheidslieden verkiezen, maar dan zijn zij gebonden aan de daarvoor vastgestelde wetsbepalingen. Hieruit volgt dat het niet is overgelaten aan partijen de rechtspraak in een burgerrechtelijk geschil op te dragen aan wien zij willen en op de wijze die zij goed vinden, maar dat zij zich hebben te wenden òf tot de rechterlijke macht òf tot scheidslieden. Mitsdien strijdt de bepaling in een overeenkomst of in het reglement eener vereeniging, waarbij een burgerrechtelijk geschil wordt onttrokken aan de rechterlijke macht en ter beslissing gegeven aan een bizonder bestuur, met de openbare orde, en is dus onverbindend. Tot zoover de Groningsche Kantonrechter. Er is in beginsel overeenstemming tusschen de overwegingen van zijn vonnis aangaande onttrekking van geschillen aan de rechterlijke macht in verband met arbitrage (20) eenerzijds, en aan den anderen kant de strekking

(20) Vgl. ook de in § 1 aangehaalde zinsnede in het vonnis Rb. Leeuw. van 20 Nov. 1913 over de bedoeling van artt. 620 vlgg. Rv. Zie voorts de overweging van H. R. 10 Mei 1912 *W.* 9355, R.spr. 221 § 5, al had dit arrest enkel betrekking op prorogatie der rechtsmacht van den Kantonrechter: overeenkomsten van partijen vermogen

der motiveering van het in § 1 vermelde arrest H. R. van 27 April 1917. Het is waar dat de beslissing van den Hoogen Raad op iets geheel anders betrekking had dan die van het hier vermelde Groningsche vonnis. En ik zou niet kunnen bewijzen dat de Hooge Raad bij zijn motiveering heeft gedacht aan de daaruit te maken gegevolgtrekkingen. Toch liggen deze voor de hand. Een arrest, dat den nadruk legt op den „beperkten aard" en de „dwingende kracht" der wettelijke bepalingen in zake arbitrage als uitzonderingsrecht tegenover den regel dat „rechtsmacht alleen wordt uitgeoefend krachtens rechtspraak van den hiertoe door den Koning aangestelden rechter", moet vanzelf leiden tot de slotsom: dat uitzonderingsrecht mag niet worden uitgebreid buiten de wettelijke bepalingen om, door aan contractueele bedingen die niet behelzen een opdracht van arbitrage zooals onze wet die wil, toch het rechtsgevolg te verbinden, dat aan compromissoire clausules bij ons is toegekend. Evenals de Hooge Raad in 1917 en de in § 1 vermelde beslissingen van de Rotterdamsche Rechtbank en het Haagsche Hof uit de jaren 1915, 1916 en 1917, had ook de Groningsche Kantonrechter bij zijn vonnis van 1883 gewezen op het dwingend karakter der wetsbepalingen op het stuk van arbitrage. En hij maakte de gevolgtrekking dat rechtspraak door anderen dan de rechterlijke macht en scheidsmannen rechtens onbestaanbaar is, dat met de openbare orde strijdt en dus onverbindend is de bepaling in overeenkomst of reglement die, met onttrekking van een burgerrechtelijk geschil aan de rechterlijke macht, het ter beslissing opdraagt aan een bizonder bestuur.

---

de volstrekte bevoegdheid van den rechter niet te wijzigen, behalve wanneer zij strekken tot het opdragen van rechtsmacht aan scheidslieden, of in de andere gevallen, waarin de wet zoodanige overeenkomsten uitdrukkelijk als bindend erkent.

Mèt onttrekking aan de rechterlijke macht. Maar dáármee is immers nog niet gezegd dat een dergelijke opdracht, die *niet* bedoelt het geschil aan de rechterlijke macht te onttrekken, eveneens onverbindend moet zijn. Men kan dan ook, al neemt men de bestaanbaarheid van partikuliere rechtspraak buiten arbitrage om aan (21), toch met bovenbedoeld vonnis van 1883 van meening zijn dat onverbindend is de bepaling, welke niet enkel die partikuliere rechtspraak *opdraagt*, doch tevens *uitsluit* de bevoegdheid der rechterlijke macht. En in deze paragraaf zal nader worden betoogd dat dit inderdaad is de opvatting, welke moet worden aanvaard. Partikuliere rechtspraak buiten arbitrage om krachtens contract of reglement wordt nergens verboden en is met de openbare orde zeer wel vereenigbaar. Maar het dwingend karakter der wettelijke bepalingen in zake arbitrage brengt mede dat niet kan worden erkend een partikuliere rechtspraak die geen arbitrage is en waaraan desniettemin dezelfde rechtsgevolgen zouden zijn verbonden als aan de arbitrage. Dit toch zou de geheele wettelijke regeling der arbitrage overtollig maken en op zijde doen schuiven door het goedvinden der betrokkenen. Daarentegen staat die wettelijke regeling der arbitrage niet in den weg aan de erkenning van een ander soort partikuliere rechtspraak, welke de voornaamste gevolgen der arbitrage mist, te weten: *a* de uitsluiting der bevoegdheid van de rechterlijke macht, welke uitsluiting naar ons recht in het geval van arbitrage m. i. is aan te nemen, *b* het gezag der uitvoerbaar verklaarde arbitrale beslissing, d. w. z. hetzelfde gezag van gewijsde, dat ook is verbonden aan een vonnis der rechterlijke macht, en *c* de vatbaarheid der arbitrale uitspraak voor executoirverklaring, in beginsel zonder onderzoek

(21) STHEEMAN in Hand. Jur.-Vereen. 1919 I (3) bl. 177 v. b. doet dit niet. Vgl. § 5 van dit opstel.

naar de materieele juistheid der beslissing. — Over elk dier drie punten eenige woorden ter toelichting.

ad a. Wat betreft de uitsluiting der bevoegdheid van de rechterlijke macht in het geval van bedongen arbitrage hebben in den laatsten tijd verschillende rechterlijke colleges de stelling verkondigd dat een compromissoir beding enkel medebrengt niet-ontvankelijkheid eener met verwaarloozing van het contract voor de rechterlijke macht gebrachte vordering en niet des rechters onbevoegdheid (22). Nu is het m.i. juist dat uit-

(22) Zoo Hof Amst. 6 Maart 1916 *W.* 10022; Rb. Rott. 9 Jan. 1913 *W.* 9495, N. J. 1913 bl. 546, en 29 Mei 1913 *W.* 9567, N. J. 1913 bl. 896 — op dit punt echter vernietigd door Hof 's-Grav. 1 Mei 1914 *W.* 9717, N. J. 1914 bl. 1205 — en Rb. Rott. 28 Maart 1915, vernietigd door Hof 's-Grav. 11 Febr. 1916 *W.* 9931. Vgl. ook Hof 's-Grav. 11 Maart 1918 *W.* 10285 bl. 3 kol. 1—2, bevestigend de onbevoegdverklaring van Rb. 's-Grav. 24 April 1917; Hof Amst. 5 Juni 1916 N. J. 1917 bl. 543, bevestigend die van Rb. Amst. 25 Juni 1915. Evenals dit laatste arrest Hof Amst. 26 Juni 1916 *W.* 10050 en 10051, N. J. 1916 bl. 1119. Zoo ook Rb. Breda 3 Juli 1917 *W.* 10232 en 10364, N. J. 1917 bl. 1039; Rb. Dordt 6 Mei 1914 N. J. 1914 bl. 1141; Rb. Amst. 16 April 1915 N. J. 1915 bl. 596; Ktg. Onderdendam 7 Mei 1919 *W.* 10425. Tegen het Haagsche arrest van 11 Febr. 1916 is de cassatie verworpen door H. R. 19 Jan. 1917 *W.* 10194, N. J. 1917 bl. 229. De H. R. zeide de kwestie daar te laten, maar de Redactie der N. J. meent dat hij toch heeft beslist in den zin der Rotterdamsche Rechtbank. Hierover nader B. M. Taverne in *W.* 10328 bl. 4. Wat daarvan zij, bij arr. van 21 Febr. 1913 *W.* 9481, N. J. 1913 bl. 584, was de H. R. ondubbelzinnig van oordeel geweest dat een beding van arbitrage de rechterlijke macht onbevoegd maakt. Zoo ook onlangs Rb. Amst., vonnissen van 29 Nov. 1918 *W.* 10407, N. J. 1919 bl. 610, van 26 April en van 28 Mei 1918 N. J. 1918 bl. 941 en 940, de laatste twee bij weigering van den arbiter om uitspraak te doen, maar het vonnis van 28 Mei, anders dan dat van 26 April, onder de mits dat partijen ook voor dat geval de rechterlijke macht wilden uitsluiten, een m.i. onjuiste restriktie. Meestal, en vroeger steeds, gaat onze jurisprudentie stilzwijgend uit van de onbevoegdheidsleer, b.v. nog Rb. Amst. 10 Nov. 1917 N. J. 1918 bl. 104. Insgelijks o.a. J. Godron,

sluiting der competentie van de rechterlijke macht slechts bestaanbaar is als de gewone wet die uitsluiting toelaat, en dat men voor een contractueel beding in dien zin niet kan volstaan met een beroep op art. 156 lid 1 Grw. (23). De op de wet berustende bevoegdheid der rechterlijke macht wijkt slechts dan voor den wil van partijen indien ook dit uit de wet volgt. Maar uit art. 624 i. f. Rv. is af te leiden dat bij ons een pactum de compromittendo teweeg brengt de onbevoegdheid der rechterlijke macht. De zinswending t. a. p. „door den rechter welke bevoegd zoude zijn geweest om kennis te nemen van het geschil bijaldien het compromis (24)

La clausule compromissoire, thèse de Paris 1916, bl. 12—14, 118. — Zie nog omtrent de vraag onbevoegdheid of niet-ontvankelijkheid ten deze de bijdragen van Du Mosch en van mij in *W.* 10334, waar D. M. ook oudere schrijvers vermeldt. Koksma in *R. Mag.* 1918 bl. 260—261 is bij alle arbitrage voor niet-ontvankelijkheid. Insgelijks bij prorogatie van rechtsmacht. Daarvoor heeft hij m.i. gelijk in het geval van art. 1241 lid 2 B. W., maar terecht spreekt hij t. a. p. bl. 260 v. o. van prorogeeren bij overeenkomst, «voorzoover dat geoorloofd is». Ik behoud mij voor daarop bij een andere gelegenheid terug te komen. — Stheeman t. a. p. bl. 47—49 verwerpt zoowel de onbevoegd- als de niet-ontvankelijkverklaring, en neemt bl. 48 concurreerende bevoegdheid van rechterlijke macht en scheidslieden aan. Maar wet en partijen willen dat hier niet. Evenals Du Mosch in *W.* 10334, meent S. dat de twee genoemde verklaringen in dit geval hetzelfde zouden zijn. M.i. is de reehter in het al dan niet ontvankelijk verklaren op grond eener overeenkomst, strekkende tot het inroepen der uitspraak van een ander, vrij naar mate van overwegingen ook van billijkheid in het konkreete geval, wat anders is voor een onbevoegdverklaring. Vgl. mijn opmerkingen op dit punt in *W.* 10334 en 10342, alsmede het zoo aanstonds in den tekst naar aanleiding van buitenlandsche arbitrage gezegde.

(23) Zie boven in § 1.

(24) Blijkens den aanhef van art. 624 is bedoeld het beding van art. 620 lid 3. Wel denkt Stheeman t. a. p. bl. 57 hierover anders. Maar, ware zijn zienswijze juist, dan zou «het compromis» in art. 624

geen plaats had gehad", sluit in dat, is er wèl een overeenkomst, voldoende aan de bij art. 620 vlgg. gestelde vereischten, de bevoegdheid tot kennisneming voor de rechterlijke macht vervalt. En dat de wetgever bij het vaststellen van het wetboek van B. Rv. er niet anders

---

slechts kunnen doelen op een ingevolge art. 623 lid 3 nietige akte, daar de namen der scheidsmannen ontbreken. Is dat aannemelijk? Voor het overige blijkt m.i. uit het bezigen hier van het *woord* compromis, dat de wet, is er een compromis in den eigenlijken zin van art. 623, ook verwacht dat de gewone rechter zich onbevoegd verklaart. Daartegen wijst S. bl. 44 op art. 158 Rv. Waarom echter zou de wet, als zij in het zooeven aangeduide geval een onbevoegdverklaring onderstelt, niet toch hebben kunnen bepalen dat, is het geding reeds aanhangig bij scheidslieden, verwijzing naar hen mag worden gevraagd, mits vóór alle weren, dus ook vóór het opwerpen der op zich zelf toelaatbare exceptie van onbevoegdheid? Dat een onbevoegde rechter de zaak verwijst daarheen waar zij behoort, is immers geenszins irrationeel. — Tegen het aan art. 624 i. f. ontleende argument keert zich S. bl. 50 v. b., i. v. m. bl. 44 en 51 v. b. Maar zegt de wet daar dan niet implicite dat de gewone rechter niet bevoegd is bij het bestaan van hetgeen zij compromis noemt? En waarom zou dat nog eens uitdrukkelijk *moeten* geschieden om het te mogen aannemen? S. beroept zich bl. 50 op den Hoogen Raad en doelt blijkens bl. 47 v. b. op diens arresten van 26 April 1918 (vgl. hieronder noot 33) en van 19 Jan. 1917. Bij dat van 1918 was er echter geen sprake van arbitrage, en het daarlaten der kwestie in 1917 wettigt m. i. het beroep van S. niet. — Omtrent het door S. bl. 46—49 gezegde vgl. noot 32 hierna. De vraag van S. bl. 46 over art. 200A wordt beantwoord door hetgeen de wet bepaalt, zonder dat daaruit iets is af te leiden voor onze kwestie. Evenmin uit zijn voorbeelden op bl. 49 v. o. Het klachtdelikt is vreemd aan de civiele rechtspraak. En een afspraak van partijen hun geschil in der minne te regelen kan, indien zij niet wordt nagekomen, geen onbevoegdheid van den rechter ten gevolge hebben, doch m. i. wèl een niet-ontvankelijkverklaring vooralsnog, n.l. totdat is gebleken van mislukking eener ernstige poging om het contract tot zijn recht te doen komen.

over dacht blijkt uit hetgeen vermeld wordt op art. 155 v. D. HONERT, Handb. § 155 bl. 277 (25).

Is hetzij uitdrukkelijk hetzij naar de kennelijke bedoeling van partijen rechtsgeldig bedongen een arbitrage, waarop niet ons wetboek van B. Rv., doch buitenlandsch arbitragerecht (26) toepasselijk is, in welk geval alleen ik zou willen spreken van buitenlandsche arbitrage, dan volgt hieruit m. i. onafwijsbaar dat ook geen beroep kan worden gedaan op art. 624 Rv. (27). Misschien zou men,

(25) Vgl. nader *W.* 10342 bl. 4 kol. 2. — In Duitschland geldt op dit punt een ander stelsel. Zie § 274 Z. P. O. in verband met § 247 *oud*, en vgl. L. GAUPP, Die C. P. O. für das deutsche Reich, 2e uitg. I (1890) bl. 497 bij no. 2; A. WACH, Handb. des deutschen Civ.proz.rechts I (1885) bl. 71—72.

(26) Ik bezig dezen term om te doen uitkomen dat niet bedoeld wordt het materieele recht, waarnaar in het gegeven geval het geschil moet worden beslist, maar het recht dat de arbitrage als zoodanig beheerscht. Of dit arbitragerecht al dan niet behoort tot het procesrecht is controvers. — Voor het aannemen van buitenlandsche arbitrage ga ik dus niet uit van de twee criteria, genoemd door KOKSMA t. a. p. bl. 262, tegen wien vgl. v. S(LOOTEN) in *W. P. N. R.* 2534 bl. 338—339. Stelt men voor buitenlandsche arbitrage het door mij aangegeven kenmerk, dan rijst eerst in de tweede plaats de vraag of art. 639 lid 1 Rv. is toe te passen. Dat is niet het geval, indien zekere arbitrage enkel beheerscht wordt door buitenlandsch arbitragerecht, al wordt de uitspraak in Nederland gegeven. Bij een arbitrage, waarop onze B. Rv. toepasselijk is, behooren scheidslieden te zorgen dat zij in Nederland uitspraak doen. Anders kan art. 642 niet worden ingeroepen. Nog worde opgemerkt dat de vraag of Nederlandsch dan wel vreemd arbitragerecht toepasselijk is, op gelijke wijze moet worden beantwoord als in het algemeen de vraag welk recht de uitvoering van een contract beheerscht. — Anders dan ik verstaat STHEEMAN t. a. p. bl. 191, onder buitenlandsche arbitrage die, waarin vreemde scheidsmannen uitspraak doen. Z. i. zijn artt. 620 vlgg. Rv. steeds toepasselijk, omdat onze wet niet het tegendeel bepaalt; m. i. een zwak argument. — De door hem bl. 175—176 opgeworpen kwestie kan hier blijven rusten.

(27) Onze jurisprudentie deelt in den regel niet mijn meening dat art. 624 Rv. niet toepasselijk is bij buitenlandsche arbitrage. Zie H. R. 2 Juni 1905 *W.* 8237, R.spr. 200 § 24, P. v. J. 458, het arrest

nu art. 624 niet uitdrukkelijk de rechterlijke macht onbevoegd verklaart bij een aan de vereischten der voorafgaande artikelen voldoende overeenkomst, maar van die onbevoegdheid uitgaat, — ook als men aanneemt dat het artikel niet toepasselijk is bij een beding van buitenlandsche arbitrage (in den zooeven aangeduiden zin), van meening kunnen verschillen over de vraag of de onbevoegdheid welke art. 624 onderstelt voort te vloeien uit de voorafgaande bepalingen, toch bestaat, indien bij het beding van buitenlandsche arbitrage de Nederlandsche wetsbepalingen mede zijn in acht genomen. Mij schijnt het toe dat onze wet zich met die buitenlandsche arbitrage in het geheel niet bemoeit, en dat daarom onbevoegdheid onzer rechterlijke macht die (zij het ingewikkeld) enkel uit de Nederlandsche wet is af te leiden, niet wordt teweeggebracht bij buitenlandsche arbitrage, ook niet in het geval dat tegelijk de voorschriften der Nederlandsche wet zijn opgevolgd. Is dus bij buitenlandsche arbitrage onze rechterlijke macht niet onbevoegd, indien het geschil voor haar wordt aanhangig gemaakt, partijen zijn toch gebonden aan hun compromissoir beding. Niet

a quo Hof 's-Grav. 21 Nov. 1904 *W.* 8193, P. v. J. 484 en het vonnis in eersten aanleg, Rb. Rott. 18 Nov. 1903 *W.* 8067, P. v. J. 484; voorts implicite Hof Amst. 26 Juni 1916 (zie noot 22), in appèl van Rb. Utrecht 16 Dec. 1914 N. J. 1915 bl. 453 (op de conventie). Anders dan deze beslissingen J. Kosters, Het internat. burgerlijk recht in Nederland (1917) bl. 777—778 i. v. m. 786. Vgl. nog Rb. Rott. 29 Okt. 1873 *W.* 3651, R. B. 1874 bl. 140, P. v. J. 1873 Bijbl. no. 48 (speciaal voor Engelsch arbitragerecht); Rb. Gron. 21 Febr. 1902 *W.* 7743, P. v. J. 119, en concl. O. M. vóór H. R. 8 Dec. 1916 *W.* 10054, N. J. 1917 bl. 29. De strijd, dien Rombach in Advocatenblad I, 4 aanneemt tusschen deze conclusie en het arrest is m. i. meer schijn dan werkelijkheid. De Proc.-Gen., arbitrage ontkennend, bedoelde kennelijk arbitrage zooals onze wet die regelt. En dat de buitenlandsche arbitrage zou zijn onderworpen aan artt. 620 vlgg. Rv. zegt het arrest van 1916 niet; vgl. Rombach zelf bl. 5 v. o.

nakoming verplicht tot schadevergoeding (28). Daarin lost zich volgens art. 1275 B.W. de verbintenis om iets te doen op. Echter heeft die aan art. 1142 C. C. ontleende

(28) Vgl. ASSER-GOUDOEVER, Handl.... B. W. III, 2n dr. (1913) bl. 8—9. De kategorie verbintenissen is niet beperkt tot het vermogensrecht, en m.i. mag men niet zeggen dat de bepalingen van het B. W., of eventueel van buitenlandsch burgerlijk recht, niet toepasselijk zijn op een overeenkomst, welker objekt is van processueelen aard. Althans ons B. W. heeft, dunkt mij, ruimer strekking dan regeling alléén der verhoudingen van materieel burgerlijk recht. Al zegt KOKSMA in *R. Mag.* 1918 bl. 253 terecht dat de rechtspraak door scheidsmannen bij ons is een instelling van burgerlijk procesrecht, daarom behoeft men nog niet mede te gaan met zijn meening t. a. p. bl. 262, dat de beantwoording der vraag, met welke rechtsmiddelen hij die bij een buitenlandsche arbitrale uitspraak in het gelijk is gesteld, de verwezenlijking daarvan in Nederland kan bereiken, is te vinden *niet* in ons (internationaal) privaatrecht, maar enkel in ons (internationaal) procesrecht. Zeker zijn processueele middelen te beoordeelen naar procesrecht. Maar daaruit volgt niet dat hij, die bij de toepassing van een bepaald rechtsmiddel geen baat kan vinden, niet zijn toevlucht zou kunnen nemen tot een gewone rechtsvordering, steunend op het materieele recht dat de door hem aangegane overeenkomst beheerscht. Tegen K.'s op bl. 259 verdedigde stelling (die zich aansluit aan een Duitsche theorie hieromtrent) dat, is de arbitrage een instelling van burgerlijk procesrecht, het compromis ook *enkel* kan zijn een procesrechtelijke overeenkomst, en in het geheel niet meer een contract beheerscht door materieel burgerlijk recht, merk ik hier slechts op dat, al is het objekt dier overeenkomst het voeren van een proces voor scheidslieden, er toch uit voortspruit een verbintenis om te doen en tevens eene om niet te doen (zich te wenden tot de rechterlijke macht), terwijl zij ook implicite inhoudt de verbintenis zich te zullen neerleggen bij de te geven arbitrale uitspraak, behoudens middelen van redres. Vgl. ook noot 38.

STHEEMAN t. a. p. bl. 42 en 52 betoogt dat een schade-aktie in ons geval moet mislukken. Hier kan dat worden daargelaten, gelijk ook de redeneering van het door hem bl. 40 aangehaalde arr. H. R. van 15 Maart 1883, die bij bl. 41—42 bestrijdt. Eveneens de door dat arrest voor Nederlandsche arbitrage besliste vraag.

bepaling, blijkens haar geschiedenis, veeleer de negatieve strekking te releveeren dat tot een doen of laten de schuldenaar niet met geweld kan worden gedwongen, dan de positieve om — afgezien van art. 1276 B. W. — de eenig mogelijke sanktie aan te geven op niet-nakoming gesteld (29). Zoo opgevat, verbiedt het artikel niet een veroordeeling tot reëele nakoming. Is deze in den regel veroorloofd (30), waarom zou het dan den rechter niet vrijstaan in het geval dat iemand zich onmiddellijk tot hem heeft gewend ondanks zijn rechtsgeldige contractueele verplichting eerst bij een ander zijn heil te zoeken, te weigeren dat niet-nakomen der overeenkomst te sanktioneeren? Dat laatste nu zou geschieden, indien de rechterlijke macht op de vordering recht deed als ware het beding niet gemaakt. En de rechter kan dit aldus voorkomen dat hij, hoewel zich niet onbevoegd verklarend bij gemis van een wettelijke bepaling (31) die toelaat zijn op de wet steunende competentie, welke van openbare orde is, uit te sluiten, — een eischer niet-ontvankelijk verklaart in diens vordering zooals deze nu is ingesteld, d. w. z. met voorbijgaan van degenen bij wie

---

(29) Vgl. BAUDRY-LACANTINERIE, Traité... Oblig. I, 3e uitg. (1906) nos. 431—432.

(30) Zij is dat a fortiori, indien reëele executie het is, waarover zie laatstelijk Rb. Amst. 12 Nov. 1917 N. J. 1918 bl. 538. Zij is het echter niet, als bij uitzondering een wetsbepaling is aan te wijzen, met welker strekking zij onvereenigbaar zou zijn. Zulk een uitzondering is er in de door STHEEMAN t. a. p. bl. 51 v. o. vermelde gevallen; vgl. artt. 113, 434—435 B. W. Het derde voorbeeld van S. is er een van feitelijke onmogelijkheid de nakoming der belofte af te dwingen.

(31) Naar het in § 1 gezegde komt daarvoor niet in aanmerking art. 156 lid 1 Grw., als enkel *den wetgever* veroorlovend zulk een beding te gedoogen.

zij krachtens het contract had moeten zijn gebracht (32). De bevoegdheid der rechterlijke macht tot kennisneming van het geschil wordt op deze wijze niet illusoir gemaakt. Want, nadat de buitenlandsche arbitrage zal hebben plaats gehad, wordt de vroegere vordering, bij de rechterlijke macht opnieuw ingesteld, ontvankelijk. Zij is dat, niet alleen indien zij met de hier te lande niet excecutable, noch door een presidiaal bevelschrift executoir te verklaren, arbitrale uitspraak niet in strijd komt, doch m. i., als naar het recht dat de arbitrale uitspraak beheerscht deze gezag van gewijsde mist, ook in het omgekeerde geval, en buitendien in het geval dat beweerd wordt onvereenigbaarheid der uitspraak met de eischen der Nederlandsche openbare orde (33).

---

(32) Die niet-ontvankelijkverklaring past in het stelsel, ontvouwd door Koksma t. a. p. bl. 260—261 (vgl. noot 22). — Het boven door mij gezegde voor een beding van buitenlandsche arbitrage heeft een meer algemeene strekking, zie reeds dadelijk het hier in den tekst volgende.

(33) Vgl. hieronder noot 55. Wegens niet-nakoming van een beding van buitenlandsche arbitrage verklaarde Rb. Amst. 27 Juni 1917 N. J. 1917 bl. 746 een eischer niet-ontvankelijk. Dit vonnis liet echter in het midden of er wel was arbitrage, beheerscht door buitenlandsch recht. — Hoewel gewezen, niet naar aanleiding van het zooeven bedoelde beding, maar van een tot opdracht der beslissing aan een buitenlandsche Rechtbank, is ook hier toch wegens de algemeen luidende motiveering aan te halen het arrest H. R. van 26 April 1918 *W.* 10275, N. J. 1918 bl. 587. De H. R. overwoog n.l. dat een beroep op een beding, waarnaar zekere geschillen moeten worden beslist door anderen dan den Nederlandschen rechter, voor wien desniettemin het proces is gebracht, is een middel van niet-ontvankelijkheid, en niet een beroep op onbevoegdheid der Nederlandsche rechterlijke macht. Vgl. ook H. R. 17 Mei 1918 *W.* 10282 bl. 1—2. Maar voor het beding van buitenlandsche arbitrage oordeelden anders Rb. Amst. 31 Mei 1907 *W.* 8555; Rb. Utrecht 16 Dec. 1914 N. J. 1915 bl. 453 (op de reconventie); Rb. Rott. 22 April 1915 N. J. 1915 bl. 841. Vgl. ook N. J. Jitta, Internat. priv.recht II (1916) bl. 633.

Bij opdracht tot rechtspraak aan partikulieren buiten arbitrage om is noch art. 624 Rv., noch eenige andere wetsbepaling toepasselijk, waarop incompetentie der rechterlijke macht zou kunnen steunen. Daarom kan er ook dan enkel sprake zijn van niet-ontvankelijkheid der vordering totdat de private uitspraak zal zijn gegeven. Met toepassing van het zooeven op dit punt voor het geval van buitenlandsche arbitrage in het bizonder gezegde, is ook hier aan te nemen niet-ontvankelijkheid vooralsnog. Onverschillig is het of de overeenkomst bedoelde de rechterlijke macht geheel uit te schakelen. Een niet op de wet steunende uitsluiting der rechterlijke macht bij overeenkomst of bij reglement mag zij niet eerbiedigen, omdat die uitsluiting is in strijd met de openbare orde (34). Zoo nam dan ook Hof Amst. bij twee arresten van 28 Maart 1918 *W.* 10275 (N. J. 1918 bl. 1075), en *W.* 10276 aan dat de bepaling in het reglement eener onderlinge verzekeringsmaatschappij, volgens welke alle geschillen tusschen bestuur en leden, met uitsluiting der rechterlijke macht, door de algemeene ledenvergadering

---

(34) Vgl. boven bl. 441 v. o. A fortiori geldt het hier in den tekst gezegde bij een uitsluiting, die niet samengaat met de aanwijzing van een ander rechter. Zie voor een contractueel beding Rb. 's-Grav. 8 Mei 1894 *W.* 6547, voor een reglementsbepaling Rb. Amst. 6 Maart 1914 *W.* 9700, N. J. 1914 bl. 1089. Tegen het Haagsche vonnis voert v. Woelderen diss. bl. 205 aan dat partijen kunnen afzien van hun recht om te procedeeren. M. i. bestaat er geen subjektief recht om te procedeeren, waarvan men dan afstand zou kunnen doen. Het is een maatschappelijk belang dat de mogelijkheid eventueele geschillen te doen beslechten bij wijze van rechtspraak (daargelaten door wien zal worden rechtgesproken) niet bij voorbaat wordt afgesneden. Werd dat toegelaten, tegen het schreeuwendste onrecht zou met goedvinden van het staatsgezag geen redres te verkrijgen zijn. — In denzelfden geest als gemeld vonnis van 1894, in Duitschland R. O. H. G. 3 Okt. 1876 E. R. O. H. G. 21 bl. 84.

moeten worden beslist, niet medebrengt onbevoegdheid der rechterlijke macht in de vordering van een lid tegen de maatschappij tot vergoeding van verzekerde schade, doch dat die vordering eerst toewijsbaar is na uitspraak der ledenvergadering en in overeenstemming met die uitspraak, indien deze is gegeven met inachtneming van art. 1374 lid 3 B. W. Laatstbedoeld arrest vernietigde een vonnis Rb. Haarlem van 24 April W. 10276, waarbij wèl de onbevoegdheid der rechterlijke macht was uitgesproken. Omgekeerd verving in het proces, waarin zijn gewezen de in § 1 aangehaalde beslissingen van Rb. Rott. 4 Juni 1914 en van Hof 's-Grav. 12 Nov. 1915 het Hof de niet-ontvankelijkverklaring der Rechtbank door een uitspraak van onbevoegdheid. Dit naar aanleiding eener reglementsbepaling die, met uitsluiting van den weg in rechte, de beslissing van alle geschillen tusschen directie en verzekerden-deelhebbers bij een onderlinge waarborgmaatschappij, opdroeg aan den Raad van Commissarissen dier maatschappij, met beroep op de algemeene vergadering. De Rechtbank, die hierin niet zag opdracht van arbitrage, doch van korporatieve uitspraak, voerde het openstaan van het zoover bedoelde beroep als grond aan voor haar dictum. M. i. terecht, mits de niet-ontvankelijkverklaring niet als peremptoir worde aangemerkt, daar anders tegen haar een gelijk bezwaar zou gelden als tegen 's Hofs uitspraak, luidende op incompetentie. Een beding van rechtspraak door partikulieren met renuntiatie aan alle gewone rechtsmiddelen kan noch ten gevolge hebben dat bij het niet inroepen der partikuliere rechtspraak het recht zelf verloren gaat, noch dat de rechterlijke macht zich definitief op zijde mag laten schuiven. M. i. geldt ook voor ons het beginsel in de Engelsche jurisprudentie aldus geformuleerd: „the jurisdiction of the Court may

not be ousted by an agreement between the parties" (35). Echter is het duidelijk dat de wet partijen kan machtigen de gewone jurisdiktie uit te sluiten, en boven is gezegd dat m. i. voor de arbitrage in den zin onzer wet deze zulk een machtiging inhoudt. Maar, ontbreekt de wettelijke machtiging, dan steunt de bevoegdheid der rechterlijke macht op wetsbepalingen van openbare orde, zoodat haar uitsluiting in contract of reglement niet als geldig is te erkennen (36).

ad b. — Tegen een arbitrale beslissing beheerscht door Nederlandsch recht, en voorzien van het exequatur, kan, in de onderstelling dat de scheidslieden competent waren, niet anders worden gereageerd dan op de wijze, aangegeven in de artt. 646 vlgg. Rv. Artt. 649 en 650 zouden overbodig zijn, indien tegen de arbitrale beslissing steeds kon worden aangevoerd dat zij onverbindend is b. v. wegens verkeerde toepassing eener wetsbepaling. Moet zij dus als onherroepelijk bindend worden aangemerkt, dan stuit op haar ook af elke, bij wien ook ingestelde, vordering welke het bij de arbitrale beslissing uitgemaakte ter zijde zou schuiven als ware het niet uitgemaakt.

(35) Aldus is in Engeland omstreeks het midden der 19e eeuw beslist bij het daar te lande nog steeds aangehaalde arrest in zake *Scott v. Avery*, waarover vgl. J. Mews, The Digest of English Case Law I (1911) bl. 539 kol. 1, v°. Arbitration, en Godron, (in noot 22 geciteerd) bl. 235. De regels die in Engeland vóór de wet van 1889 de arbitrage beheerschten, waaromtrent vgl. Godron bl. 230—242, schijnen mij toe analogie te hebben met hetgeen bij ons is aan te nemen voor de rechtspraak door partikulieren buiten arbitrage om. Zoo o. a. hetgeen de Engelschen noemen de «condition precedent»; vgl. het hier in den tekst gezegde met Godron bl. 234—235, 239.

(36) Vgl. boven in § 1 over de strekking van art. 153 Grw. op dit punt. — In den geest van het in den tekst gezegde zie Hof Amst. 23 Mei 1919 *W.* 10451, betreffende een opdracht tot beslissing aan één der partijen bij een overeenkomst. Over de vraag naar de geldigheid van zulk een opdracht vgl. § 4.

Daarom vloeit m. i. uit artt. 649 en 650 Rv. voort dat de arbitrale uitspraak bij ons gelijk gezag heeft als dat verbonden aan een vonnis der rechterlijke macht, m.a.w. gezag van gewijsde (37). Intusschen niet uit zich zelf reeds heeft zij dat gezag, maar eerst na haar executoir-verklaring van staatswege. Immers het uit artt. 649 en 650 Rv. geputte argument kan blijkens artt. 651 en 652 enkel dienst doen voor de executoir verklaarde uitspraak. Slechts voor deze heeft de wet bepaald op welke wijze alleen zij als nietig kan worden aangetast. Buitendien met het bevelschrift bedoeld in art. 642 grijpt de staatsmacht in en verleent haar gezag aan de arbitrale beslissing, die zij hiermede stempelt tot een bevel aan partijen, hetgeen de uitspraak van scheidslieden uit zich zelf niet is (38). Dat

(37) Van de hier voorgestane opvatting omtrent den aard van het gezag van gewijsde, door mij reeds aangegeven Inleiding R. Org. bl. 157 noot, zegt E. M. MEYERS in *W. P. N. R.* 2408, bl. 101—102 noot, dat dit één der beteekenissen is, waarin de uitdrukking «gezag van gewijsde» wordt gebezigd. M. i. vallen de twee andere door hem genoemde (het «ne bis in idem» en het niet mogen verbeteren der uitspraak door den rechter die haar gaf) onder mijn omschrijving t. a. p. Ook het «ne bis in idem», omdat historische uitlegging van art. 1954 lid 2 B. W. leert dat die bepaling enkel daarop doelt, en dat het dan aankomt niet op het bloote feit dàt er over het onderwerp der herhaalde vordering een beslissing is gegeven, maar op de vraag wàt er is beslist. Mijn omschrijving t. a. p. is dan ook niet lukraak gekozen, doch langs induktieven weg gevonden, na bestudeering der leer van het gezag van gewijsde.

(38) Vgl. in dien geest ook voor het Duitsche recht FRIEDRICHS in Annalen des Deutschen Reichs 1917 bl. 403 v. b. — Wel kunnen scheidslieden een partij tot het een of ander veroordeelen, maar, zoolang het exequatur niet is gegeven, staat deze veroordeeling toch niet gelijk met die in een vonnis der rechterlijke macht. Meent POTHIER, Traité de la proc. civ., partie II, ch. IV, art. II (dl. 6 bl. 67 kol. 2 i. f.): «Les arbitres doivent... condamner aux dépens, car ils font les fonctions de juges...» (vgl. daarbij Hand. Jur.-Vereen. 1919 I, 2, bl. 148 noot 2), dan kan dit laatste òf beteekenen dat scheidslieden

bij het vaststellen der artikelen over de arbitrage de Nederlandsche wetgever het gezag van gewijsde der

---

materieel rechtspraak uitoefenen, of wel aldus zijn te verklaren dat POTHIER stilzwijgend onderstelde de achterna door de rechterlijke macht te verleenen homologatie. Vgl. PHILIPS (in noot 18 geciteerd) bl. 53 i. v. m. bl. 49 v. o. Zonder het exequatur kan een arbitrale uitspraak slechts op dien grond binden dat partijen krachtens hun contract het *oordeel* in de uitspraak neergelegd hebben te aanvaarden, doch dit slechts voorzoover zij die uitspraak, welke dan geen gezag van gewijsde heeft, niet — mede bij wijze van exceptie — ter zijde kunnen schuiven als met de wet in strijd gegeven. En bindt de arbitrale uitspraak partijen tengevolge van hun contract, dan blijkt ook daaruit dat eenzijdig is de voorstelling van KOKSMA, die uit zijn historische en rechtsvergelijkende schets in *R. Mag.* 1918 bl. 250—259, evenals de door hem aangehaalde Duitsche schrijvers, op bl. 259—260 de gevolgtrekking maakt dat tegenwoordig de arbitrage *enkel* is een instelling van burgerlijk procesrecht, zoodat het compromis niet meer zou zijn een overeenkomst van materieel burgerlijk recht (vgl. noot 28).

Uit de omstandigheid dat de gebondenheid van partijen aan de arbitrale uitspraak berust op hun contract leiden sommige Fransche schrijvers af dat die uitspraak zelf een contract is. Deze, m. i. onhoudbare, stelling schijnt het eerst te zijn verkondigd door MERLIN, Questions de droit, v°. Jugement § XIV no. 3, en wordt o. a. ook volgehouden door L. WEILL, Les sentences arbitrales en droit internat. privé, thèse de Paris 1906, bl. 48—49 i. v. m. bl. 40—42 en 59 vlg. Zie aldaar bl. 71—75 de uiteenzetting der opinies van verschillende Fransche schrijvers over het karakter der arbitrale rechtspraak. Daaromtrent ook KOKSMA t. a. p. bl. 271—272 in de noot; voorts J. A. LEVY en Arbitrale Rechtspraak, beide aangehaald boven in noot 1; vgl. LEVY's bewerking van OPZOOMER's B. W., bl. 231—233. WEILL geeft bl. 39 v. b. zelf toe dat de mogelijkheid van appèl moeielijk vereenigbaar is met zijn leer. Anders dan zijn theorie LAINÉ in Journal du droit internat. privé 1899 bl. 649—652. Vgl. WEISS in Revue du droit internat. privé . . . 1 bl. 42—43, die zich voorzichtiger uitlaat dan WEILL. Verder PIERANTONI in Revue du droit internat. et de législ. comp. 1900 bl. 233—234. — Van de uitspraak eener buitenlandsche Rechtbank, bevoegd krachtens prorogatie door partijen, zeide H. R. 26 April 1918 *W.* 10275, N. J. 1918 bl. 587, dat zij een bestanddeel der overeenkomst zou gaan uitmaken. Zoo ook b. v. Rb. Rott.

scheidsrechterlijke uitspraak erkende blijkt uit art. 160 (1°.) *oud* Rv. (39). Ook het Fransche Hof van Cassatie neemt, ondanks het zwijgen van den Code de procédure civile, aan dat de arbitrale uitspraak gezag van gewijsde krijgt ten gevolge van het presidiale bevelschrift (40). Omtrent het verband tusschen dat bevelschrift en de uitspraak had bij het ontwerpen van den Code MALLARMÉ als orateur du Tribunat gezegd: „Les arbitres . . . n'ont, en leur qualité, aucune partie de la puissance publique: leurs jugements

19 Dec. 1918 *W.* 10407 voor een buitenlandsche arbitrale uitspraak. Maar al is de *onderwerping* aan de uitspraak zulk een (stilzwijgend) bestanddeel, daarom mag men nog niet zeggen dat die uitspraak het ook is. Ware dit laatste het geval, dan zou hetzelfde gelden bij elke contractueele onderwerping aan de beslissing van een derde, ook zonder arbitrage. Tegen die beslissing zouden belanghebbenden dan evenmin kunnen opkomen als tegen hetgeen zij zelf in hun contract hebben bepaald, ook niet met een beroep op art. 1374 lid 3 B. W. Anders is het bij de door mij verdedigde opvatting. Dan sluit de contractueele onderwerping aan de uitspraak niet uit dat zij wordt aangetast wegens kennelijke onredelijkheid, waarover nader hieronder. Wel is die aantasting bij arbitrage in den zin onzer wet ingevolge hare bepalingen niet toelaatbaar. Maar dááruit volgt nog niet dat zij het evenmin is bij arbitrage naar buitenlandsch recht of bij vreemde vonnissen. Of bedoelde aantasting dan om andere redenen is uitgesloten, blijve hier onbesproken.

(39) In Duitschland geeft § 1040 Z. P. O. hieromtrent een uitdrukkelijke bepaling. Welke waarde is toe te kennen aan de bewering van Duitsche schrijvers dat desondanks de Duitsche arbitrale beslissing niet heeft het eigenlijke gezag van gewijsde behoeft hier niet te worden onderzocht.

(40) Cass. 6 Maart 1865 D. P. 1865. 1. 249. Vgl. Cass. 31 Mei 1902 D. P. 1902. 1. 352. Zie voorts GARSONNET, Tr. de proc., 2e uitg. 8 (1904) bl 483, die echter op bl. 431 v. b. de m. i. verkeerde leer huldigt dat zoowel gezag van gewijsde als executoire kracht door het bevelschrift minder worden verbonden aan de arbitrale uitspraak dan aan den wil van partijen, uitgedrukt in het compromis. — WEILL t. a. p. bl. 60 noot, ontkent dat de uitspraak gezag van gewijsde heeft. Dit houdt verband met zijn voorstelling dat zij een contract zou zijn.

ne pourront, pour cette raison, être exécutés qu'en vertu d'ordonnances du président du tribunal" (41). Dit juiste motief voor hetgeen geldt aangaande de executie, kan evengoed worden aangevoerd op het punt van het gezag van gewijsde, en ook daarom is het begrijpelijk dat het Fransche Hof van Cassatie het bevelschrift aanmerkt als de daad, die gezag van gewijsde verleent aan de uitspraak. In dien geest luidde het antwoord onzer Regeering bij het vaststellen van ons wetboek van B. Rv. aan de vierde afdeeling der Tweede Kamer gegeven (42): „Door deze formaliteit" [te weten het bevelschrift van den President] „verkrijgt de uitspraak de kracht van een vonnis of arrest" (43).

Opdracht van rechtspraak aan partikulieren buiten arbitrage om heeft niet ten gevolge een beslissing met gezag van gewijsde. En daarom is, ook nadat zulk een beslissing is gegeven, de rechterlijke macht niet verplicht haar zonder eenig nader onderzoek ten grondslag te leggen aan eigen uitspraken. Men heeft wel is waar de meening verkondigd dat gezag van gewijsde uitteraard verbonden is aan alle rechtspraak. Ging dit op, dan zou het ook zijn verknocht aan de hier bedoelde rechtspraak door partikulieren. Zonder van deze te gewagen, en meer in het bizonder voor de beslissingen van scheidsrechters, heeft de zooeven aangestipte meening voorgestaan A. Mendelssohn—Bartholdy in Festschrift für Fr. Klein (1914) bl. 153—154, bij welke bladzijden

(41) Locré, La législation ... de la France, uitg. Parijs, dl. 23 (1830) bl. 443 no. 13.

(42) v. d. Honert, Handb. B. Rv. bl. 619 kol. 1.

(43) Evenzoo is geformuleerd de eerste overweging van het arr. H. R. 15 Nov. 1917 *W.* 10197, N. J. 1917 bl. 1226. Koksma t. a. p. bl. 257—258, schijnt van meening te zijn dat een arbitrale uitspraak gezag van gewijsde heeft onafhankelijk van het presidiale bevelschrift.

zijn te vergelijken bl. 172—173 en 175 aldaar. Hij zegt dat in elke procedure de wil van partijen is gericht op een beslissing, die den strijd uitmaakt Indien men hierbij al mag spreken van *een* wil van partijen, is dan die wil niet toch bij iedere partij afzonderlijk hierop gericht dat de strijd wordt uitgemaakt in eigen voordeel (44)? Voorzoover een partij denkt aan de mogelijkheid eener beslissing die haar in het ongelijk stelt, zal zij er meestal ook wel niet onherroepelijk aan willen zijn gebonden. En al wil zij den strijd dadelijk zien uitgemaakt, ook als het mocht zijn ten haren nadeel, dan is dit toch nog enkel in de onderstelling dat hij die heeft te beslissen, dit zal doen zonder vooringenomenheid tegen haar, en in overeenstemming met hetgeen elk redelijk oordeelend mensch zou beslissen. Dus zou, moest men uitgaan van den wil der partijen, daaruit niet zijn af te leiden het gezag van gewijsde dat toekomt aan de vonnissen der rechterlijke macht, maar juist een beroep op die rechterlijke macht, ingeval partij meent dat de partikuliere rechter partijdig of kennelijk onredelijk heeft beslist. Buitendien hangt m. i. het al dan niet aanwezig zijn van gezag van gewijsde niet af van partijen, doch enkel van den Staat, die het direkt of indirekt kan verbinden aan de eene of andere kategorie van beslissingen. Dat dit zoo is, zou ik op de volgende manier willen aantoonen. Omdat gemeld gezag naar zijn inhoud medebrengt een verbod om tegen de uitspraak te reageeren op eenige andere wijze dan die de wet veroorlooft, kan zulk een verbod ook slechts uitgaan van den rijkswetgever. Wel kunnen partijen een weg van redres tegen de beslissing van partikulieren bij onderling goedvinden vaststellen, maar zij kunnen niet verhinderen dat de rijkswetgever

(44) Vgl. in dien zin ook WACH (noot 25 geciteerd) bl. 5.

toch in laatste instantie de beslissing laat aan de rechterlijke macht. Nu kan de wetgever gezag van gewijsde toekennen aan zekere uitspraken, hetzij door een uitdrukkelijk voorschrift, hetzij implicite door dat gezag te onderstellen bij de opdracht van bepaalde geschillen aan bepaalde rechters (45), of ook wel — gelijk bij arbitrage door bevoegde scheidslieden naar ons recht het geval is — doordat zijn regeling ten gevolge heeft dat men tegen de executoir verklaarde uitspraak op geen andere wijze kan opkomen dan bij die regeling is aangegeven. Maar een toekenning implicite door den wetgever kan niet worden gevonden in het louter gedoogen der rechtspraak van partikulieren. Zooeven is gezegd dat anderen dan hij aan een uitspraak het gezag van gewijsde niet kunnen verbinden. Al mogen partijen haar materieele rechtsbetrekkingen regelen naar eigen goeddunken zoodat ook de van staatswege aangestelde rechter die rechtsbetrekking heeft te erkennen, en al mogen zij aan partikulieren opdragen geschillen naar aanleiding harer regeling rijzende te beslissen, daaruit volgt nog niet dat zij die opdracht ook zóó kunnen verstrekken dat de partikuliere beslissing onaantastbaar is voor partijen en hierdoor dan tevens voor elk rechter. Partijen zijn gebonden aan haar contracten, doch slechts voorzoover deze niets inhouden in strijd met de goede zeden of met de openbare orde. De goede zeden zijn er slechts in zoover bij betrokken dat zij niet gedoogen onherroepelijke gebondenheid aan een te kwader trouw gegeven beslissing. Meer van praktisch belang echter is deze vraag: strijdt met de openbare orde een beding van onherroepelijke gebondenheid aan de uitspraak omtrent een tusschen partijen *bestaande* rechts-

(45) Vgl. mijn Inleid. R. Org. bl. 288–290.

verhouding, indien die uitspraak wordt gegeven door een partikulier, die niet is scheidsman in den zin onzer wet? En die vraag zou ik bevestigend willen beantwoorden, juist omdat het m. i. een beginsel is van openbare orde, van algemeen maatschappelijk belang, dat de beslissing over het bestaan of niet bestaan van een burgerrechtelijke verhouding niet volkomen aan de rechterlijke macht wordt onttrokken dan met inachtneming van de daaromtrent van staatswege gegeven wettelijke bepalingen over de arbitrage. Alleen de rijkswet dus kan gezag van gewijsde, en daarmede onaantastbaarheid voor de rechterlijke macht, verbinden aan een rechterlijke uitspraak, waaronder ik hier versta elke uitspraak die materieel als rechtspraak moet worden beschouwd, onverschillig of zij afkomstig is van een door den Staat, of van een door partikulieren aangewezen rechter, want niet de persoon die benoemt, maar de aard der functie en de gevolgen der te geven beslissing zijn het die deze laatste stempelen tot een daad van rechtspraak.

Naar het boven gezegde kunnen partijen niet teweeg brengen dat de gevolgen van een door haar bij overeenkomst bedongen rechtspraak door partikulieren, die geen arbitrage is en die dan ook haar eenige wettelijke sanktie vindt in art. 1374 lid 1 B. W., geheel dezelfde zijn als bij het beding van arbitrage, waaraan de wet bizondere rechtsgevolgen vastknoopt. En nog minder kunnen partijen bewerken dat eerstbedoelde soort van rechtspraak, die niet voldoet aan de voor arbitrage bij de wet gestelde vereischten, sterker effekt zou hebben dan een compromis. Dit laatste nu zou — afgezien van de toch altijd zeer exceptioneele mogelijkheid eener te kwader trouw geven beslissing — het geval zijn, indien vrijstond een beding van onherroepelijke gebondenheid aan de hier bedoelde partikuliere rechtspraak, terwijl

immers bij arbitrage nog te verkrijgen is vernietiging der uitspraak op een der gronden, genoemd in art. 649 Rv. — Zooals reeds is opgemerkt, meestal zullen partijen ook niet die onherroepelijke gebondenheid hebben bedoeld. Zij verlangen in den regel, blijkt niet van een ander beding, een onpartijdige beslissing, naar redelijkheid gegeven. Met *die* bedoeling is het niet in strijd dat, na het vallen der beslissing, de van staatswege aangestelde rechter nog onderzoekt of zij onpartijdig was en redelijk. En de roeping der rechterlijke macht brengt mede dat deze zooveel mogelijk nagaat of de wet is nageleefd niet alleen, maar ook of een gegeven beslissing niet de gerechtigheid in het aangezicht slaat. Van wettelijke bepalingen die noch de goede zeden noch de openbare orde betreffen kunnen partijen afwijken, niet van de voorschriften die wèl van openbare orde zijn. Dus zal in het geval van partikuliere rechtspraak die geen arbitrage is, aan de rechterlijke macht in de eerste plaats toekomen de toetsing der uitspraak aan wettelijke bepalingen van openbare orde. Doch m. i. ook toetsing aan andere wetsvoorschriften, indien daaromtrent in het contract niets is bepaald, waaruit immers volgt dat afwijking van die voorschriften door partijen niet is gewild, zoodat een beslissing die er mee in strijd komt ook niet lag in de bedoeling van partijen. Doch bovendien zal de rechterlijke macht, wordt haar de vraag voorgelegd, hebben na te gaan of de hier bedoelde uitspraak van partikulieren niet kennelijk onredelijk, onrechtvaardig is, hetzij om een subjektieve reden, n.l. ten gevolge van partijdigheid bij hem die de uitspraak gaf, hetzij op objektieve gronden, enkel naar haar inhoud. Bij dat onderzoek zal de rechterlijke macht met veel takt en voorzichtigheid moeten te werk gaan. Zij kan het veelal niet instellen zonder dat gevoelsoverwegingen meer of

minder gaan medespreken (46), overwegingen dus afhankelijk van 's menschen individualiteit. Toch heeft de rechtspraak zooveel mogelijk naar objektiviteit bij het oordeelen te streven. Daarom zal, dunkt mij, de van staatswege aangestelde rechter alleen dan de door partikulieren gegeven beslissing wegens kennelijke onrechtvaardigheid of onredelijkheid mogen op zijde zetten, indien hij meent dat althans de groote meerderheid van hen die behooren tot den rechtskring, welken het proces in kwestie aangaat, zoo goed als zeker 's rechters opvatting omtrent hetgeen redelijk of rechtvaardig is zal deelen. Verder moet hij hierin niet gaan. Deed hij het, de uit het contract voor partijen voortvloeiende gebondenheid aan de bij de rechterlijke macht aangevallen beslissing zou een illusie worden. Dus heeft de rechterlijke macht, acht zij de partikuliere beslissing niet in strijd met de wet of met elementaire eischen van gerechtigheid, niet te onderzoeken b.v. of het contract (respektievelijk het reglement) juist is uitgelegd, noch ook of de feiten nauwkeurig zijn vastgesteld en gewaardeerd. Taak der rechterlijke macht ten deze is wel te waken tegen schromelijk onrechtvaardige beslissingen, niet om alle dwalingen te herstellen. Maar naar grove fouten kan zij onderzoek doen, in zoover

(46) Vgl. intusschen G. J. v. Brakel in *Themis* 1918 bl. 9—10, 15, 17—18, 29—30. Het komt mij voor dat v. B.'s meening als zou het belang van het maatschappelijk rechtsverkeer door den rechter kunnen worden vastgesteld onafhankelijk van zijn persoonlijk inzicht, onjuist is. Zie ook J. C. v. Oven in *W. P. N. R.* 2516 bl. 136—137. Buitendien kan ik mij niet vereenigen met v. B.'s principieele opvatting dat voor den rechter de rechtvaardigheid nooit anders dan middellijk doel mag zijn. Toch zal de rechter, gelijk v. B. wil, hebben recht te spreken zooals de maatschappij het vordert; vgl. ook hetgeen hier in den tekst volgt. Zie voorts Stheeman in Hand. Jur.-Vereen. 1919 I (3) bl. 118—121.

deze teweeg brengen dat de beslissing kennelijk onredelijk is (47).

ad c. Bij arbitrage, zegt het in den aanhef van dit opstel aangehaalde arrest H. R. van 27 April 1917, geeft de Staat de hem zelf toekomende rechtsmacht bij wijze van uitzonderingsrecht uit handen. Dit is zoo, als men onder „rechtsmacht" verstaat de bevoegdheid tot rechtspraak door een *niet* reeds uit zich zelf executabele beslissing. Materieel kan het ook juist zijn, als „rechtsmacht" hier beteekent de macht tot het geven eener afdwingbare beslissing, doch dan slechts indien het exequatur waarvan art. 642 Rv. gewaagt door den President der Rechtbank niet mag worden geweigerd, als hij de scheidsmannen bevoegd acht, zoodat zijn executoirverklaring òf niets is dan een loutere formaliteit òf althans enkel beoogt door hem te laten constateeren dat men inderdaad te doen heeft met een uitspraak van scheidslieden die tot het geven daarvan bevoegd waren. Dit laatste is de opinie van het arrest H. R. van 15 Nov. 1917 (48). Men zal niet kunnen ontkennen dat dit arrest op vernuftige, zij het eenigszins zonderlinge en niet onbedenkelijke, wijze een uitweg heeft gevonden uit de impasse, waarin de regeling van art. 650 lid 1 in verband met art. 651 Rv., mede blijkens het toen berechte proces, somtijds de in het ongelijk gestelde partij bij arbitrage brengt. Maar dat werkelijk de strekking van art. 642 die zou zijn,

(47) Bij het hier gezegde vgl. DEMOGUE bl. 630, 632, 633, 635—637. — Over den eisch dat de rechter streve naar objektiviteit, vgl. in een ander verband, R. KRANENBURG in Tijdschr. voor Wijsbegeerte 1919 bl. 27—29.

(48) Geciteerd in noot 43. Vgl. daarbij H. R. 18 Juni 1915 *W.* 9866, N. J. 1915 bl. 904, *W. P. N. R.* 2393, in verband met het arrest a quo, Hof 's-Grav. 18 Jan. 1915 *W.* 9764, Hof Amst. 22 Jan. 1918 *W.* 10207, N. J. 1918 bl. 400, alsmede de concl. O. M. vóór H. R. 1 Maart 1918 *W.* 10255, N. J. 1918 bl. 435.

welke de H. R. toen aannam (49), lijkt mij toch aan gegronden twijfel onderhevig. Waarom zou de wetgever, wilde hij *enkel* de bevoegdheid van scheidslieden doen constateeren door den President der Rechtbank, dat niet met zooveel woorden in de wet hebben uitgedrukt, en alleen om dit te bereiken executoirverklaring hebben verlangd? Er bestaat niet de minste aanwijzing voor die bedoeling. Integendeel, uit de geschiedenis van art. 1020 C. de proc. civ. en van art. 642 Rv. kan waarschijnlijk worden gemaakt dat een geheel andere bedoeling voorzat, welke trouwens veel meer voor de hand ligt. Als reden voor het vereischte der executoirverklaring gaf zoowel de boven onder *b* aangehaalde zinsnede van MALLARMÉ, als het daar mede vermelde antwoord onzer Regeering van de vierde afdeeling der Tweede Kamer, op dat scheidslieden geen deel hebben aan het openbaar gezag en dientengevolge hun uitspraken niet zonder tusschenkomst van dat gezag voor teruitvoerlegging vatbaar zijn, dat, zooals de Regeering zich uitdrukte, „scheidsmannen geen rechtsdwang bezitten". De opvatting omtrent het verleenen van het exequatur als een bloote formaliteit (50) schijnt te steunen op de boven bl. 464

(49) Bij het arrest van 1915 is enkel gezegd dat het arrest a quo zoo was op te vatten. Tegen dat van 1917 STHEEMAN t. a. p. bl. 188.

(50) Die opvatting, als onbetwistbaar voorgesteld door C. J. FRANÇOIS, Over scheidsmannen, diss. Leiden 1880 bl. 8 v. o. (vgl. t. a. p. bl. 6—7), is voorgestaan door het Hoogger.hof van Ned.-Indië bij arrest van 1 Juni 1854, overnemend de motiveering van den Raad v. Justitie te Batavia, beslissing van 27 Jan. 1854 *W.* 1680, gelijk ook door A. DE PINTO, Handl. B. Rv. II, 2e uitg. (1857) bl. 779, die de door hem bestreden leer een grove dwaling noemt. Voorts door W. v. ROSSEM BZN., Het Ned. Wb. v. B. Rv., 2e uitg. II (1913) bl. 253 op art. 642 (vgl. t. a. p. bl. 252 v. o. aant. 3 op art. 640), en door H. A. J. (lees: H. de J.) in *W.* 10199 bl. 2 (noot op het in noot 43 geciteerde arr. H. R. van 15 Nov. 1917). — De overweging van Hof Amst. 6 Jan. 1917 *W.* 10079, N. J. 1917 bl. 343, dat de President ambtshalve het bevel-

weergegeven uitlating der Regeering (51), welke echter misschien niets anders bedoelde dan te doen uitkomen dat art. 642 een formaliteit voorschrijft, zonder te willen zeggen dat het verleenen van het exequatur slechts is een *bloote* formaliteit, die zonder *eenig* onderzoek moet plaats hebben. Ware er hier louter een formaliteit, waarom is deze den President en niet den griffier opgedragen? Al drukt m. i. C. P. ZAALBER, Rechtspraak door scheidsmannen (1909) bl. 41 v. o. zich te sterk uit, waar hij zegt dat art. 642 den President een groote macht toekent (iedereen zal wel toegeven dat niet in de bedoeling onzer wet ligt een onbeperkt onderzoek van den President naar de materieele juistheid der arbitrale uitspraak), het is aannemelijk dat de formaliteit van het exequatur beoogt een waarborg te geven ook aan den Staat, vóórdat deze zijn dwingend gezag ter beschikking stelt aan hem wien de scheidslieden gelijk gaven. En die waarborg zal wel hierin moeten bestaan dat de President, rijst bij hem daaromtrent twijfel, heeft te onderzoeken niet slechts de competentie der scheidslieden, maar ook de vraag of de arbitrale uitspraak niet strijdt met de openbare orde (52). Wel zal dit laatste niet vaak gebeuren, maar mocht het

---

schrift moet geven, kan beteekenen: indien hij niet meent dat het moet worden geweigerd. Dit laatste is blijkbaar de leer van Pres. Rb. Amst. 27 Maart 1917 *W* 10079, N. J. 1917 bl. 491, die, na eerst te hebben gezegd dat de President zijn functie naar eigen inzicht en geweten moet vervullen, ook meent dat hij ambtshalve moet handelen. Zoo echter omvat het onderzoek meer dan de vraag of voldaan is aan art. 640 Rv., wat ook het Hof den President opgedragen acht: Hof Amst. 3 Mei 1917 *W*. 10096, N. J. 1917 bl. 493. Vgl. STHEEMAN in Hand. Jur.-Vereen. 1919 I (3) bl. 187—189.

(51) Bij v. D. HONERT t. a. p. (bl. 619 kol. 1) vgl. ook aldaar bl. 618 kol. 2.

(52) Vgl. ook de in noot 48 vermelde concl. O. M. vóór H. R. 1 Maart 1918, tegen het einde.

voorkomen, dan zou het toch niet aangaan dat de Staat desniettemin executie toeliet. In Frankrijk wordt dan ook aangenomen dat, al kan de President de uitspraak niet aan revisie onderwerpen, hij toch moet nagaan of zij niet met de openbare orde in strijd komt (53).

Nu onze wet enkel over de arbitrage bepalingen behelst, en niet over andere opdracht van rechtspraak aan partikulieren, ontbreekt daarin ook een regeling omtrent de executie van die beslissingen door partikulieren, welke geen arbitrale uitspraken zijn. Vaststaat dat deze beslissingen niet uit zich zelf vatbaar zijn voor executie, doch ook dat de weg van art. 642 Rv. hier niet kan worden ingeslagen. Maar dan gaat het m. i. evenmin aan, desniettemin materieel de tenuitvoerlegging van zulke beslissingen te verzekeren doordat de rechterlijke macht meent de beslissing zonder eenig nader

(53) Zie WEILL (in noot 38 geciteerd) nos. 49—56, 76 i. v. m. 83—85, aldaar bl. 200 en de t. a. p. bl. 17 vermelde oud-Fransche schrijvers. — GARSONNET t. a. p. 8 bl. 496—497 noemt nog andere gevallen, waarin z. i. de President het exequatur heeft te weigeren. Ook hij betwist echter niet dat de President de arbitrale uitspraak niet aan een revisie mag onderwerpen.

De lege ferenda is m. i. de vraag te stellen of de taak van den President niet nader in de wet ware te omschrijven, en of daartoe niet moet worden gebracht toetsing der arbitrale uitspraak op kennelijke onredelijkheid, opdat zij niet gezag van gewijsde verkrijgt aleer dit is onderzocht. Wil men dat onderzoek liever bij de Rechtbank brengen, dan kon art. 649 Rv. in dien zin worden aangevuld. Thans geeft onze wet, dunkt mij, aan de rechterlijke macht al te weinig kontrole op de scheidslieden. In een ander uiterste is men in Engeland vervallen; vgl. ZAAIJER t. a. p. bl. 5—8 en GODRON (in noot 22 geciteerd) bl. 263, 295, 297—300, 304—306, 339—345, 346; zie aldaar bl. 388 de kritiek van Engelschen zelf op hun wettelijke regeling. — Vgl. hierbij NOLEN in Hand. Jur.-Vereen. 1919 I (2) bl. 135 en 141—142 (onder 9°), die niet zoover gaat als hier is aangeduid. STHEEMAN t. a. p. (3) bl. 136—142, 178—180, 198, gaat daarentegen veel verder.

onderzoek ten grondslag te moeten leggen aan haar eigen wèl executabele vonnissen, enkel omdat de bedoelde beslissing wortelt in een contract. Waarop anders kan dit neerkomen dan op een onwaardige schijnvertooning? Men geeft in beginsel toe dat de partikuliere beslissing zelf niet kan worden geëxecuteerd, maar nu zou men haar toch zooals zij daar ligt zonder revisie overnemen in een rechterlijk vonnis, enkel omdat de rechter de gebondenheid van partijen aan haar overeenkomsten heeft te erkennen, en omdat de overeenkomst insluit onderwerping der partijen aan de beslissing middellijk krachtens haar gegeven? Onder *b* zagen wij reeds dat die gebondenheid grenzen heeft. En deze grenzen wijzen aan hetgeen de rechterlijke macht hierin als haar taak moet beschouwen. Wat dit is werd t. a. p. gezegd. Er volgt uit dat, voor zoover onze jurisprudentie stilzwijgend aanneemt onder geen voorwaarde te mogen afwijken van de partikuliere beslissing, zij, hoewel niet formeel aan die beslissing executoriale kracht verleenend, materieel toch, en ten onrechte, zonder eenig nader onderzoek de executie der beslissing verzekert. Formeel is slechts het vonnis der rechterlijke macht uitvoerbaar, maar, wordt in dat vonnis de partikuliere beslissing zonder toetsing overgenomen, dan is het materieel deze, welke wordt ten uitvoer gelegd. De rechterlijke macht is dan werkzaam als een automaat, die de partikuliere beslissing slechts registreert (54). Hier kan buiten bespreking blijven of

(54) Op gelijke gronden kan men het verklaren dat herhaaldelijk tegen een vordering bij den Nederlandschen rechter ter veroordeeling tot datgene, waartoe gedaagde bij buitenlandsch vonnis reeds was veroordeeld, een beroep is gedaan op art. 431 lid 1 Rv. Toch wordt dat beroep, m. i. terecht, door onze jurisprudentie verworpen, omdat niet wordt verlangd dwang-executie van het buitenlandsche vonnis zelf, welke alleen door art. 431 lid 1 is verboden. De vordering vraagt

dit toelaatbaar is bij buitenlandsche arbitrage, gelijk onze jurisprudentie vast aanneemt (55). In dat geval kan er

van den Nederlandschen rechter het wijzen van een nieuw vonnis, waarbij art. 431 lid 2 kan worden in acht genomen, zoodat er dán niet is een automatisch registreeren van het vreemde vonnis. Vgl. intusschen STHEEMAN in Hand. Jur.-Vereen. 1919 I (3) bl. 175—176.

(55) O.a. H. R. 8 Dec. 1916 *W.* 10054, N. J. 1917 bl. 29, het arr. a quo Hof 's-Grav. 12 Mei 1916 *W.* 9996 en het daarbij bevestigde vonnis Rb. Rott. 22 April 1915 N. J. 1915 bl. 841; Hof 's-Grav., arresten van 9 April 1906 M. v. H. 1906 bl. 1, en van 11 Mei 1917 *W.* 10191; Rb. Amst., vonnissen van 29 Dec. 1916 *W.* 10162 en van 9 Nov. 1917 N. J. 1918 bl. 108; Rb. Rott., vonnissen van 21 Nov. 1894 M. v. H. 1895 bl. 303 (waarbij vgl. C. M. 's JACOB aldaar bl. 306—307), en van 19 Dec. 1918 *W.* 10407. Verder de jurisprudentie vermeld door ZAAIJER (bl. 472 geciteerd) bl. 18 noten 2 en 3, door JITTA (in noot 33 geciteerd) bl. 634, door KOSTERS (in noot 27 geciteerd) bl. 787 noot 1, en door ROMBACH in Advocatenblad I bl. 4 v. o.—5 v. b. Zie ook v. ROSSEM (in noot 50 geciteerd) bl. 9 no. 3 op art. 431, en KOSTERS zelf t. a. p. bl. 786—787. Hof Amst. 1 Maart 1918 *W.* 10269 eischt voor gebondenheid van partijen aan de buitenlandsche arbitrale uitspraak dat deze laatste zij gedaan op wettige wijze. — Over de hier bedoelde jurisprudentie vgl. KOKSMA in *R. Mag.* 1918 bl. 270 noot en bl. 273. Zijn opstel bl. 245—273 heeft tot titel: Executie van buitenlandsche arbitrale vonnissen. Al kan ik (zie boven noten 28 en 38) mij niet geheel met K. vereenigen, uit het hiervóór in den tekst gezegde volgt dat ik evenmin zonder voorbehoud kan meegaan met de in bovenbedoelde jurisprudentie gebruikelijke motiveering (b.v. gebezigd door H. R. 8 Dec. 1916, Hof 's-Grav. 11 Mei 1917, Rb. Amst. 29 Dec. 1916, Rb. Rott. 19 Dec. 1918) als zou de in het beding van arbitrage opgesloten verplichting van partijen tot nakoming der arbitrale uitspraak, voldoende zijn om de rechterlijke macht te nopen pér se tot die nakoming te veroordeelen. Mijn voorbehoud zou, gelijk boven reeds is aangeduid onder *a*, in de eerste plaats moeten luiden: voorzoover de openbare orde in ons land zich daartegen niet verzet. Buitendien zou, dunkt mij, de vraag zijn te stellen of de arbitrale uitspraak gezag van gewijsde heeft naar het recht dat haar en de mate van gebondenheid der partijen aan de uitspraak beheerscht. Dit n.l. indien de wettigheid der uitspraak wordt bestreden. Vgl. hierbij Rb. Rott. 22 Dec. 1915 *W.* 9930, N. J. 1916 bl. 374, het gezag

een bizonder argument worden aangevoerd, dat niet geldt voor beslissingen door partikulieren buiten arbitrage om gegeven. Men kan immers zeggen dat onze wet, nu zij over de buitenlandsche arbitrage in het geheel niet spreekt, deze ongeprejudicieerd laat en dat daarvan het gevolg is dat de Nederlandsche rechter te dien opzichte zijn licht moet ontsteken bij hetgeen de wetenschap van het internationaal privaat- en procesrecht daaromtrent leert. Mogelijk komt hij langs dien weg tot het resultaat dat de door buitenlandsch arbitragerecht beheerschte uitspraak, afgezien van de eischen der openbare orde in Nederland, gezag heeft van gewijsde en dat daarom haar juistheid in geen enkel opzicht door hem nader mag worden onderzocht (56). Dit resultaat zou in geenen deele in strijd komen met de wettelijke regelen betreffende de arbitrage, beheerscht door Nederlandsch recht, wat naar het boven gezegde wèl het geval zou zijn, indien het ook werd aanvaard voor andere beslissingen van partikulieren, waarover onze wet wel is waar eveneens zwijgt, maar die niet hebben te maken met regels van internationaal recht. Moest de rechterlijke macht zich aan een contractueele opdracht tot beslissing van rechtsgeschillen aan partikulieren buiten arbitrage om zóó gebonden achten dat zij die beslissing eenvoudig heeft te registreeren, dan zou dit hierop neerkomen dat de wettelijke bepalingen op de arbitrage worden ontdoken. De partikuliere beslissing zou worden behandeld als had zij gezag van ge-

---

van gewijsde afleidend uit het beding dat de uitspraak finaal zou zijn, wat slechts aannemelijk is voor hem die meent dat partijen het in haar macht hebben gezag van gewijsde toe te kennen aan een beslissing van scheidslieden. — Vgl. voorts STHEEMAN l. a. p.

(56) Vgl. H. BINNERTS, de Exceptie van Gewijsde, diss. Leiden 1868 bl. 55—58; L. H. C. KUHN, Het gezag van gewijsde in burgerlijke zaken, diss. Amst. 1905 bl. 192.

wijsde en langs een omweg worden ten uitvoer gelegd, dus juist de gevolgen hebben, naar het bovenstaande vastgeknoopt aan de arbitrage. Maar, gelijk in het begin dezer § 2 is opgemerkt, op die manier zou de geheele wettelijke regeling der arbitrage overbodig worden, want men zou al haar bepalingen met alle nietigheden daarin vervat, ter zijde kunnen schuiven. Daartegen nu verzet zich niet alleen art. 14 der wet Alg. Bep.; ook zonder uitdrukkelijk verbod zou het ongeoorloofd zijn. Misschien werpt men tegen dat bij de door mij voorgestane zienswijze het doel waarop partijen bij opdrachten als hier bedoeld het oog hebben, n.l. zeer snelle en weinig kostbare afdoening van een geschil door vermijding van een misschien omslachtig en duur proces bij de rechterlijke macht en ook van een hun nog te langzame of te kostbare procedure voor arbiters, veelal niet wordt bereikt. Dan moet het antwoord echter m. i. dit zijn. De koninklijke weg, dien de wet heeft opengesteld voor hen die zich niet tot de rechterlijke macht willen wenden, is die van de eigenlijke arbitrage. En men kan niet verlangen dat daarnaast nog zijpaden zijn te betreden, feitelijk leidend tot denzelfden eindpaal als de hoofdweg, en waarop belanghebbenden zouden zijn ontslagen van het in acht nemen der voorschriften, die de wet voor het gebruik van den hoofdweg gaf. Het kan wel zijn dat somtijds zelfs de arbitrage duur is en langzaam. Maar is er zekerheid dat hetzelfde euvel niet eveneens kan insluipen bij andere opdrachten van partikulieren?

In dit verband rijst er een kwestie, waaraan ik hier nog een enkel woord wil wijden. Onze wetsbepalingen in zake arbitrage verklaren nietig allerlei bedingen, die niet voldoen aan de bij de wet voor arbitrage gestelde vereischten. Al neemt men aan dat ook buiten arbitrage om rechtspraak aan partikulieren door par-

tijen kan worden opgedragen, *hieruit* volgt nog niet noodzakelijk dat men dan ook hetgeen naar de wet geen kracht kan hebben als compromis, omdat een der op straffe van nietigheid voor het compromis verlangde faktoren ontbreekt, toch moet laten gelden als een overeenkomst, die een ander soort van partikuliere rechtspraak regelt, b.v. in het geval dat bedongen is een beslissing door twee personen. En meestal wordt stilzwijgend aangenomen dat o.a. art. 623 lid 3 Rv. beteekent: nietig is de *overeenkomst*, als compromis bedoeld, die aan de in lid 1 en 2 van dat artikel gestelde vereischten niet voldoet (57). Intusschen, zou gemeld lid 3 niet aldus mogen worden uitgelegd dat het slechts nietigheid wil van het *compromis als zoodanig*, zoodat er desniettemin een rechtsgeldige overeenkomst mag worden aangenomen met andere rechtsgevolgen dan die van een compromis (58)? Zoo ja, dan kan een beding, dat niet voldoende is voor arbitrage, toch wel een ander soort van partikuliere rechtspraak ten gevolge hebben. — We betreden hier het terrein van de door juristen dus genoemde „conversio actus juridici". Met dien term duidt men niet steeds hetzelfde aan. Sommigen bezigen hem, indien partijen iets gewild hebben dat de wet niet in zijn ge-

(57) Vgl. b.v. Hof Arnhem 27 Okt. 1880 *W.* 4611. — In een ander uiterste vervalt Rb. Dordt 6 Mei 1914 N. J. 1914 bl. 1141, enkel nietig achtend het beding over het aantal scheidslieden en niet het beding van arbitrage. Die splitsing is terecht verworpen door Rb. Amst. 23 Nov. 1917 N. J. 1918 bl. 100.

(58) Deze vraag is niet te verwarren met die of een contract, toelatend b.v. een wijze van benoeming der scheidslieden, niet veroorloofd naar onze wet, indien dat contract zóó is geredigeerd dat het óók kan worden uitgevoerd overeenkomstig de wet, op dien laatsten grond als een geldig beding van arbitrage is te handhaven. Vgl. Hoogger. Hof N.-Indië 24 Mei 1917 Ind. T. v. h. Recht 109 bl. 64, vernietigend R. v. Just. Medan 15 Sept. 1913 t. a. p. 104 bl. 190.

heelen omvang als rechtsgeldig erkent, zoodat hetgeen partijen willen niet geheel kan worden gehandhaafd, maar toch ten deele in stand kan blijven, tenzij dit laatste hierdoor wordt uitgesloten dat partijen zelf naar alle waarschijnlijkheid in het geval zooals het zich voordoet, ware dit door hen voorzien, er de voorkeur aan zouden hebben gegeven dat niets tot stand kwam, liever dan dat hun wil slechts gedeeltelijk effekt heeft. Anderen spreken van „conversio actus juridici" dàn, als de wet niet gedoogt zekere rechtshandeling als zoodanig te erkennen doch wèl dat andere rechtsgevolgen intreden, niet door partijen bedoeld, maar waarvan is aan te nemen dat partijen, waren zij zich bewust geweest van de ongeldigheid der door hen bedoelde handeling, die andere rechtsgevolgen zouden hebben gewild liever dan dat niets tot stand kwam (59). — In het bizonder deze tweede figuur der conversio kan aanwezig zijn, indien partijen een compromis sluiten dat niet voldoet aan de wettelijke vereischten. Zou er nu bezwaar zijn in dat geval (en *niet* indien blijkt dat het ingaat tegen de bedoelingen van partijen) aan te nemen dat, al moge het compromis *als zoodanig* nietig zijn, er toch is een geldige overeenkomst, houdende opdracht van die rechtspraak door partikulieren, waaraan slechts de boven vermelde beperkte rechtsgevolgen zijn verbonden? Ik zou meenen dat dit geoorloofd is, en praktisch meer gewenscht dan het nietig verklaren der geheele overeenkomst.

Tot besluit van deze paragraaf zij de vraag gesteld, waarin de aan wettelijke vereischten voldoende arbitrage verschilt van andere rechtspraak door partikulieren. Dat verschil is niet te vinden in een materieel kenmerk,

(59) Vgl. WINDSCHEID-KIPP, Pand. 9e uitg. (1906) I § 82 sub 5°, p. 430—431 i. v. m. bl. 434 (sub 6°.); REGELSBERGER, Pand. (1893) bl. 638; E. HÖLDER, Pand. aflever. 2 (1891) bl. 304 v. o.—305, 307 v. b.

maar hierin of ingevolge de wet, de uitspraak al dan niet kan worden gesanktioneerd door het staatsgezag, n.l. bij bevelschrift van den President der Rechtbank, dat haar verleent gezag van gewijsde en de vatbaarheid voor tenuitvoerlegging (59a).

(59a) Vgl. noot 68.

(*Wordt vervolgd*).

Het voorgestelde ontwerp tot wijziging der wet van 10 April 1869 (Stbl. No. 65).

De noodtoestand, waarin onze begrafeniswetgeving sinds jaar en dag verkeert en die door het bekende arrest van den Hoogen Raad van 1 Maart 1915 (*W. v. h. R.* no. 9795) (1) luce clarius is gebleken, heeft de Regeering er, waarlijk niet te vroeg, toe gebracht een wijziging der begrafeniswet voor te stellen waardoor de theorie in overeenstemming met de praktijk wordt gebracht. Indien men al een dergelijke wetswijziging, waardoor de lijkverbranding ook wettelijk mogelijk wordt gemaakt, eerder van een vrijzinnig dan van een rechtsch ministerie had verwacht, ook uit deze handen mag het geschenk in dankbaarheid aanvaard worden, te eer, waar uit de Memorie van Toelichting ten duidelijkste blijkt dat niet sympathie met het beginsel doch louter begeerte naar een regeling van hetgeen reeds te lang ongeregeld was gebleven, de betrokken ministers tot dezen stap heeft gebracht.

Het wetsontwerp zelf is uiterst beknopt en bevat niet meer dan noodig om de gewenschte wijziging tot stand te brengen, terwijl ook de Memorie van Toelichting uiterst sober is. De nadere uitwerking wordt ook hier, als reeds zoo vaak, overgelaten aan een Algemeenen Maatregel van Bestuur. Allereerst wordt achter art. 1 een nieuw art. 1*bis* ingevoegd, waarin wordt vastgelegd, wie voor de naleving der in art. 1 eerste lid opgelegde verplichting aansprakelijk zijn. Gelijk bekend mag worden

(1) Zie ook mijn artikel over dit onderwerp in Themis jg. 1918, afl. 4.

verondersteld ontbrak een dergelijke aanwijzing tot dusverre, tengevolge waarvan de vervolgingen ingesteld tegen de personen die lijken verbranden in plaats van ze te begraven, schipbreuk moesten lijden.

Blijkens de Memorie van Toelichting is het de bedoeling van de Regeering, dat in ieder voorkomend geval zal worden beoordeeld wie der in art. 1*bis* genoemde personen voor de overtreding van art. 1 eerste lid aansprakelijk moet worden geacht. Van een solidaire verbintenis is geen sprake, evenmin zal echter uit de volgorde in het artikel een aanwijzing voor een successieve aansprakelijkheid mogen worden afgeleid. De betrokken Officier van Justitie zal telkens naar bevinden van omstandigheden moeten handelen en zal dus c. q. een executeur-testamentair kunnen aanspreken met voorbijgaan van den ter plaatse aanwezige niet-gescheiden echtgenoot, indien hij meent, dat eerstgenoemde in deze de aansprakelijke persoon is.

Een tweede nieuw artikel, art. 1*ter*, regelt vervolgens de lijkverbranding. Om hiertoe te kunnen overgaan is het noodig dat de overledene bij uitersten wil of bij een akte, als bedoeld in art. 982 B. W. heeft bepaald dat zijn lijk zal worden verbrand. Doch ook indien op deze wijze het verlangen van den overledene kenbaar is gemaakt, bestaat nog niet de zekerheid, dat er aan zal worden voldaan. Het nieuwe artikel 1*ter* zegt uitdrukkelijk, dat alsdan het lijk *kan* worden verbrand en de Memorie van Toelichting werkt dit nader uit, door te verklaren dat op de nabestaanden de *verplichting* tot verbranding nimmer mag worden gelegd, omdat bij hen tegen deze handeling gemoedsbezwaren kunnen bestaan, terwijl er zich verder practische redenen kunnen voordoen, die het onmogelijk maken aan den wensch van den overledene gevolg te geven. Het laatste is natuurlijk altijd mogelijk en het schijnt goed gezien te bepalen dat onder der-

gelijke omstandigheden de wensch van den overledene niet behoeft te worden opgevolgd, doch ware hetzelfde niet te bereiken door een wijziging van het eerste lid van art. 2? De „practische moeilijkheden" waarop de Memorie van Toelichting zinspeelt, zullen toch haast wel altijd voortvloeien uit den toestand waarin het lijk verkeert, doch de thans gekozen redactie heeft voor ons het bezwaar dat zij, het noodzakelijke mogelijk makend, tevens den weg opent voor derden om, uit eigen persoonlijke overwegingen den duidelijk uitgesproken wil van den overledene terzijde te schuiven.

En waar in 't algemeen mag worden aangenomen dat, zoo iemand zich uitspreekt over de behandeling, welke hij aan zijn stoffelijk overschot wenscht te zien toegedacht, die uitspraak een gevolg is van rijpelijk overwegen en werkelijke begeerte, mag o.i. het aan anderen niet vrijstaan daarvan af te wijken louter en alleen op grond dat *zij* tegen de uitvoering van des overledenen uitersten wil ten deze principieele bezwaren hebben. Bij een botsing van principes, waar, als hier, van overeenstemming geen sprake meer kan zijn, zal, naar onze meening, de overwinning aan den in zekeren zin meest betrokkene, i. c. den overledene, moeten blijven. Wij vertrouwen dan ook dat bij de parlementaire behandeling een wijziging in bovenbedoelden geest alsnog zal worden aangebracht.

Een andere beperking, welke het regeeringsvoorstel in dit opzicht beoogt, is deze dat, zoodra de kosten voor de bestelling van het stoffelijk overschot uit andere dan particuliere fondsen bestreden moeten worden, van verbranding geen sprake kan zijn. Voor deze uitlating in de Memorie van Toelichting kunnen wij evenwel in de wet zelve geen voldoenden grond vinden en wij zien ook niet in waarom niet eene gemeente, overgaande tot de oprichting van een gemeentelijken verbrandingsoven, niet

tevens zoude kunnen bepalen, dat overledenen welke onder andere omstandigheden „van den arme" begraven zouden worden, desgewenscht kosteloos verbrand kunnen worden.

Toegegeven wordt, dat het geval zich, althans in de eerste tijden, waarschijnlijk niet spoedig voor zal doen, doch de mogelijkheid bestaat toch en daarmede schijnt de uitlating in de Memorie van Toelichting als ongemotiveerd veroordeeld.

Met het bovenstaande is het voornaamste uit den inhoud van het ontwerp besproken. De overige bepalingen bevatten de veranderingen, noodig geworden door de voorgestelde wijziging.

Deze opmerkingen mogen dan genomen worden voor wat zij zijn, de wedergave van indrukken, opgewekt bij eene eerste voorloopige kennismaking. Wellicht dat een nadere beschouwing nog tot nieuwe opmerking aanleiding geeft. Het woord van hulde voor het genomen initiatief uit den aanhef blijve evenwel hier herhaald.

Middelburg. Mr. B. D. H. Tellegen Azn.

NOTA. Sinds het bovenstaande gezet werd, is het Kon. Besluit van 1 October 1919 (*Stbl.* nr. 587), verschenen, waarbij werd vernietigd het besluit van den Raad der gemeente Rotterdam tot het uitdoen van grond in erfpacht aan de afdeeling Rotterdam der Vereeniging voor facultatieve lijkverbranding ten behoeve van den bouw van een crematorium en het daarop betrekking hebbende goedkeuringsbesluit van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland. Een der overwegingen, die tot dit besluit hebben geleid, is: «dat bedoeld wetsontwerp (het hierboven besprokene) uitgaat van de gedachte, dat alleen op de bij algemeenen maatregel van bestuur te noemen plaatsen crematoria mogen worden opgericht; dat het in strijd moet worden geacht met het algemeen belang, dat in afwachting van hetgeen de wetgever te dezer zake zal beslissen, op die beslissing door een daad van een overheidscollege worde vooruit geloopen».

Uit de overwegingen van dit besluit mag m.i. wel worden afgeleid, dat de regeering vertrouwt het wetsontwerp spoedig tot wet verheven te zien. In elk geval bewijst het opnieuw de wenschelijkheid van spoedige wettelijke voorziening. T.

Inleiding tot het Burgerlijk Recht, door Mr. J. Ph. Suijling, Hoogleeraar te Utrecht. Eerste stuk, 1e gedeelte, Haarlem, de Erven F. Bohn, 1918.

Wanneer een rechtsgeleerde als de hoogleeraar Suijling, toegerust met veel omvattende kennis, een oorspronkelijken geest en scherp vernuft, eene Inleiding tot het burgerlijk recht in het licht geeft, dan is dit in den kring der Nederlandsche rechtsgeleerden een feit van beteekenis en kan de schrijver zich reeds bij voorbaat van de belangstelling zijner lezers en hunne erkentelijkheid en waardeering voor zijnen bezwaarlijken arbeid overtuigd houden. Bij nadere kennismaking van dit eerste stuk van het werk gaat die belangstelling niet verloren. Het boek, in levendigen stijl geschreven, beknopt in opzet en uitwerking, voorzien van talrijke, soms vermakelijk getinte voorbeelden, houdt voortdurend de aandacht gespannen; verveling wekt het geen oogenblik. En waar het telkens weder blijk geeft van de bovengenoemde eigenschappen des schrijvers, vormt het eene belangwekkende en leerrijke lectuur, die vooral wegens haar frisch en origineel karakter in de rij der Nederlandsche werken over burgerlijk recht eene eigen plaats belooft in te nemen.

Blijkens de voorrede bedoelt het boek te zijn: eene eenvoudige systematische uiteenzetting van de hoofdbeginselen van het burgerlijk recht voor aankomende juristen; een werk, dat „bij een sterken theoretischen inslag" bovenal tracht tot de practische toepassing van het recht voor te bereiden. Laat ons zien, langs welken weg de schrijver dit doel wenscht te bereiken.

Eene eerste eigenschap van het boek is, dat daarin nagenoeg geene andere vindplaatsen worden opgegeven dan artikelen der wet. Behoudens eene korte literatuur-opgave achter in het werk over binnen- en buitenlandsch burgerlijk recht in het algemeen, wordt geen enkele schrijver aangehaald. Evenmin wordt eenige rechtspraak vermeld, behalve een enkel arrest van den Hoogen Raad, dat echter in het kader van het werk vreemd aandoet en daarin niet thuis behoort. Het motief van den schrijver zal wel zijn, de aandacht van den beginnenden jurist ten volle op de wet zelve gericht te houden en hem daarvan niet af te leiden door vermelding van den interpretatie-arbeid van anderen, wier methoden wellicht des schrijvers instemming niet hebben.

Indien nu in het boek niet meer of anders werd beoogd dan den inhoud der wet systematisch weer te geven, dan zou tegen de gevolgde methode geene bedenking rijzen. Evenwel, enkele onderdeelen daargelaten, draagt het werk een geheel ander karakter. Tal van moeilijke en gewichtige rechtsvragen worden er in behandeld en meestal kort, met mededeeling van een enkel argument, met suggestieve stelligheid tot oplossing gebracht. De meer ervaren lezer, die op rechtsgebied den twijfel kent en niet oordeelt zonder eigen nader onderzoek, heeft in het algemeen verdere voorlichting niet van noode. Voor hem heeft de gevolgde methode geen bezwaar; hij vermag de nieuwe gezichtspunten en het gedurfde van zoo menige bewering te onderkennen en aan de bestaande rechtsstof te toetsen. Maar de pas beginnende student, veelal gaarne geneigd zich voetstoots neer te leggen bij de zienswijze zijner professoren, zal zich, bij gebreke van bronnen-opgaaf en nadere uitvoerige uitwerking van argumenten voor eene tegenovergestelde opvatting, in den regel al te spoedig bevredigd gevoelen door het gevoerd betoog en

niet tot zelfstandig onderzoek worden aangespoord. En daarop toch in de eerste plaats behoort alle academisch onderwijs van den aanvang af gericht te zijn.

Bovendien brengt het doel, dat de schrijver, gelijk wij zagen, vooral nastreeft: tot de practische beoefening van het recht op te leiden, niet eveneens mede, dat de student in doctrine en jurisprudentie den weg leere vinden? Voor den jongen lezer van SUIJLING's werk is dit te eerder noodig, daar de schrijver nog al eens afwijkt van hetgeen metterdaad in de praktijk als recht gevolgd wordt.

Het werk is eene handleiding tot het burgerlijk recht, niet een commentaar op ons burgerlijk wetboek. Met de inrichting van dit laatste houden opzet en indeeling van dit eerste stuk van het boek geen verband. Dit stuk omvat eene inleiding, eene eerste afdeeling over de rechtssubjecten, en eene tweede afdeeling over het ontstaan en te niet gaan van rechten. De inleiding handelt onder meer andere onderwerpen over de rechtsbronnen, de grenzen van het gezag der wet, de wetsuitlegging, de onderscheidingen van recht, de totstandkoming, beteekenis en wetenschappelijke indeeling van het Burgerlijk Wetboek, de rechtsbetrekkingen en de subjectieve rechten. In de afdeeling over de rechtssubjecten worden de natuurlijke personen, vermoedelijk overlijden, handelingsonbekwaamheid, minderjarigheid en curateele behandeld, alsmede, uitvoerig en met zorg bewerkt, de rechtspersonen, terwijl mede nog de naam, de woonplaats en de burgerlijke stand in deze afdeeling zijn ondergebracht. In de afdeeling over het ontstaan en tenietgaan van rechten treffen wij aan verhandelingen over de rechtsfeiten, rechtsverkrijging en ondergang van rechten, rechtshandeling en wilsverklaring, totstandkoming van de rechtshandeling en, afzonderlijk, van de overeenkomst, bijkomstige bedingen (t. w. voor-

waarden en tijdsbepalingen, niet strafbedingen), uitlegging van rechtshandelingen, onwettige en onzedelijke rechtshandelingen, nietigheid en vertegenwoordiging.

Den „sterken theoretischen inslag" waarvan wij boven gewag maakten, heeft het werk voor een belangrijk deel ontleend aan de moderne Duitsche wetenschap en wetgeving. De „Gestaltungsrechte" (wilsrechten), het gansche stelsel van „Rechtsgeschäfte" en „Willenserklärungen", onder welke laatste vooral ook de „empfangsbedürftige Willenserklärungen", de „dinglicher Vertrag", de „fiduziarische Rechtsgeschäfte", zij alle worden in het werk teruggevonden en doen er zich ter dege gelden. Voorzeker, de inhoud van het boek is daardoor in belangrijke mate verrijkt en een voorbijgaan van de resultaten van buitenlandschen arbeid op rechtsgeleerd terrein ware zeker niet toe te juichen geweest. Maar toch, wij vragen: drukt op dit Nederlandsche werk over burgerlijk recht de vreemde stempel niet wat al te zwaar? Veelal verdraagt onze wet het slechts noode, dat onder hare artikelen beginselen en theorieën worden ondergebracht, die, van buiten af tot ons gekomen, niet steeds strooken met het wettelijk stelsel en geest en strekking der wettelijke voorzieningen, gelijk zij op Franschen en vaderlandschen bodem zijn gegroeid en gerijpt.

Dat wij ten deze een ander standpunt innemen dan de hoogleeraar kan geene verwondering wekken, wanneer men het verschil van inzicht in het oog vat, dat ons ten aanzien van wetsuitlegging en rechtsvorming op meer dan één punt verdeeld houdt.

Vooreerst: in overeenstemming met een vroeger door hem verdedigde opvatting (1) verwerpt de schrijver ook in zijn jongste geschrift de historische wetsuitlegging.

(1) Wetsuitleg en historisch onderzoek. Rechtsgeleerd Magazijn 1915, blz. 273 vlg.

„De praktische jurist" — aldus betoogt hij — „vraagt alleen naar den inhoud van de bestaande rechtsorde. Hoe zij ontstond raakt hem niet. Alleen het geldend recht verbindt. Met het inzicht van de makers van de wet, met de overtuiging van reeds lang gestorven juristen-geslachten heeft hij rechtstreeks althans, niets te te maken. Dat zegt art. 11 A. B. uitdrukkelijk." Evenmin kan de theorie der vrije rechtsvinding genade in zijn oogen vinden. Alles wat onder „schoonschijnende" namen als van „afweging van belangen, waardeering van de behoeften van gemeenschap en individu, toepassing van kultuurmaatstaf" enz. wordt voorgedragen, wordt door hem verworpen, omdat zoodoende het subjectief inzicht van den rechter omtrent hetgeen recht is, den doorslag geven zou. De eenig juiste wetsuitlegging is volgens hem deze, dat men het gansche samenstel der op een gegeven oogenblik geldende normen in het oog vatte en ontledend en vergelijkend de verhouding opspore, die de onderscheidene wetsteksten verbindt. Alleen als middel van contrôle en als rem zullen daarbij geschiedkundig onderzoek en de eischen van het verkeer dienst kunnen doen (blz. 13—15).

Gaarne ruimen wij bij de uitlegging der rechtsregelen aan de synthese eene groote plaats in. Intusschen, er is in zake wetsinterpretatie niet veel ervaring voor noodig om te weten, dat de synthetische methode gemeenlijk ruimte laat voor onderscheidene variatiën en combinatiën bij de wetshanteering en dat op de vraag, welke de hoogere, welke de lagere, welke de algemeene, welke de bijzondere regel is, de raadpleging der enkele wetsteksten meestal voor zeer uiteenloopende opvattingen ruimte laat. De wettelijke voorzieningen zijn niet als de onderdeelen van een legkaart of puzzle, die slechts op ééne wijze in elkander passen!

Zoo vragen wij ons dan ook tevergeefs af, waarom in onderling gelijksoortige gevallen de synthese, door den schrijver toegepast, tot geheel verschillende resultaten leidt.

Wanneer het bijvoorbeeld den regel geldt, dat de derde te goeder trouw slechts behoeft af te gaan op hetgeen uiterlijk waarneembaar voor hem is, en tengevolge van hetgeen hij niet kan en niet behoeft te weten geene schade mag lijden, dan hebben wij een beginsel voor ons, dat voornamelijk in art. 1852 B. W. met groote duidelijkheid neergelegd, op algemeene erkenning aanspraak kan maken en met consequentie steeds door den schrijver wordt toegepast; — zoo bij het vraagstuk: wil of vertrouwen, bij de vraag of de dwaling voor de wederpartij kenbaar moet zijn, wil de overeenkomst vernietigd kunnen worden, bij de verbintenissen, door niet onder curateele gestelde krankzinnigen of onnoozelen aangegaan, enz. De regel, dat bij overeenkomsten, tot het aangaan waarvan eene der partijen tengevolge van een door een derde gepleegd geweld is bewogen, iets anders geldt (art. 1360 B. W.), wordt door den schrijver tot eene — niet uit te breiden — uitzondering op het algemeen beginsel verklaard (blz. 59 vlg., 123, 135 vlg., 137 vlg.).

Wanneer het nu evenwel de vraag betreft, of de vertegenwoordiger bevoegd is zelf als wederpartij van den vertegenwoordigde bij de hem opgedragen transactie op te treden, dan vermag eene lange rij van wettelijke bepalingen (artt. 365, 457, 458, 1118, 1506 B. W. enz.) niet den algemeenen regel te vestigen, dat de „Selbsteintritt" van den vertegenwoordiger in beginsel verboden is; immers, in art. 262 W. v. K. wordt deze erkend (blz. 197, 198). Waarom hier nu niet een algemeene regel met eene uitzondering aangenomen, gelijk in het zooeven genoemd geval? Waarom — om een ander voorbeeld te geven —

voor de toepassing van art. 1358 B. W. de dwaling in het recht gelijk gesteld met de dwaling in de feiten, terwijl toch artt. 2 A. B., 1895 en 1963 B. W. in onderling verband het aannemen van een algemeen beginsel in tegenovergestelden zin zouden kunnen rechtvaardigen (blz. 191)?

Heeft men hier te denken aan leges favorabiles en odiosae, eenigszins in den trant als BARTOLUS ze aanvaardde, of welke andere oorzaak kon tot deze oogenschijnlijk grillige resultaten der synthetische methode leiden? Wij meenen den grond hierin te moeten zoeken dat in al deze gevallen onbewust de door den schrijver als „schoonschijnend" verworpen afweging van belangenwaardeering van de behoeften van gemeenschap en individu inderdaad heeft plaats gevonden en hij, gelijk iedere wetsuitlegger, onwillekeurig bij de interpretatie der wet zijn eigen rechtsbewustzijn en inzicht in de verkeersbehoeften, zijn subjectief gevoel van redelijkheid en doelmatigheid heeft doen medespreken en ten slotte beslissenden invloed heeft toegekend.

Bovendien: durft de schrijver de consequentiën van zijn eigen systeem wel aan? Hij, die aan den oorsprong der wet niet hecht, moet het natuurlijk onbedenkelijk achten, de bepalingen eener vroegere wet door die van eene latere te verklaren, b.v. de regelen van het wetboek van 1838 door die van de wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 (1). Maar wanneer hij zich nu afvraagt, wat de wet verstaat onder het schriftelijk aangaan eener overeenkomst, gelijk in art. 1888 B. W. vereischt wordt, dan acht hij daartoe het sluiten van het contract door

(1) Zie dan ook art. 14 A. B. bezien onder het licht van artt. 1638*r* slot, 1639*i* (blz. 179, 180 supra); de vraag of vereenigingen volgens de wet van 1855 het maken van winst ten doel kunnen hebben, in verband gebracht met de Handelsregisterwet (blz. 86, 87).

het wisselen van eenzijdig geteekende brieven tusschen partijen voldoende (blz. 145) (1), hoewel toch uit art. 1637*d* B. W. volgt, dat de wetgever zich eene schriftelijk aangegane arbeidsovereenkomst slechts bij *akte* gesloten denkt.

Wij voor ons zijn met betrekking tot de wetsuitlegging van meening, dat men daarbij niet aan ééne bepaalde methode moet vasthouden, met verwerping van alle andere. Vele wegen leiden naar Rome en zoo zal eene richtige uitlegging der wet eischen, dat men nu eens den weg der synthese, dan weer dien der historie of dien der grammatica of logica volge, in andere gevallen aan de verkeerseischen, bestaande practijk of gebruiken, de redelijkheid en de billijkheid beslissenden invloed toekenne. Voorzeker, wij zijn het volkomen met den heer SUIJLING eens: de wet is er voor het heden, niet voor het verleden, de uitlegger heeft te zorgen, dat zij eene levende kracht in den Staat blijve en niet worde tot een dood element; een slaafsch vasthouden aan de wordingsgeschiedenis staan wij dan ook niet voor. Maar de wet ganschelijk los te maken van hare geschiedenis, niet te rade te gaan met de uitgesproken of kennelijke bedoeling die er aan ten grondslag liggen, kan evenmin tot een juist begrip der wet voeren als men gemeenlijk tot eenen juisten indruk en waardeering van een persoon geraken kan, zonder den kring waarin hij opgevoed en geboren werd en zijn overig verleden te kennen.

In verband met het voorgaande dient nog op de uitdrukking „feitelijk recht" gewezen, die door den schrijver gebezigd wordt, waar hij doelt op de regelen, die bij de uitlegging der wet door de rechtspraak gevormd worden. Als de Hooge Raad eene wetsbepaling verkeerd uitlegt,

(1) O. i. terecht. Zie voor Duitschland laatstelijk Reichsgericht, 2e Zivils. 21 Juni 1918, Entscheidungen dl. 93, blz. 175.

dan is die verkeerde uitlegging, ook al wordt zij algemeen in den lande nagevolgd, nog volstrekt geen recht (blz. 6, 7). Liever dan de contradictio in terminis „feitelijk recht" te aanvaarden, zouden wij van „recht" — in den zin van levend, geldend recht — willen spreken, wanneer eene wetsbepaling door de daartoe van staatswege aangestelde organen eene bepaalde uitlegging heeft verkregen, welke dientengevolge algemeen door de bevolking wordt nageleefd. Zoo leven wij sedert 1838 in Nederland onder het recht, dat naamlooze vennootschappen burgerlijke doeleinden kunnen hebben; zoo zal, indien het bekende arrest van den Hoogen Raad, waarbij de ruime opvatting in zake art. 1401 B. W. gehuldigd is (1), even algemeen in de practijk wordt gevolgd als vóór dien de beperkte opvatting dier wetsbepaling, o. i. het recht ten aanzien der onrechtmatige daad zijn omgezet. De overheden, tot wetgeving en wetshandhaving geroepen, en de bevolking, welke zich naar die uitlegging en toepassing gedraagt, vormen het metterdaad geldend recht. De onderscheidene private meeningen, die de in de practijk gevolgde uitlegging en toepassing der wet averechtsch achten, missen, zoolang overheid en bevolking zich metterdaad niet bij hare opvatting aansluiten, den noodigen steun van staat en maatschappij om aan het eigen standpunt, in stede van het door de ter zake geroepen organen en de belanghebbenden aanvaarde, het karakter van (geldend) recht te doen toekennen.

Het laatstgenoemd standpunt zou wel eenigermate in SUIJLING's lijn liggen, omdat volgens hem alle recht zijn oorsprong vindt in den Staat. Heeft deze nu door middel van zijne wetgevende organen geene regeling gesteld, verkeeren wij dus in het geval, dat de wet leemten laat,

(1) H. R. 31 Januari 1919, *W. v. h. R.* No. 10365.

dan betreden wij volgens hem een terrein, waar geen recht bestaat. Waar nu de rechter toch moet oordeelen (art. 13 A. B.), „beslist hij niet naar de regelen die hij aan het recht ontleent, maar naar een beginsel, dat hij uit zijn geweten, de behoeften van het verkeer en de historische ontwikkeling van het recht put." De uitspraak berust dan op een voorschrift, dat rechtskwaliteit mist, maar — aldus troost ons de schrijver — dit zal slechts zeldzaam zijn, daar bij nauwkeurig onderzoek de wet zelf altijd wel beginselen zal bevatten, waarop de beslissing steunen kan (blz. 15).

Hoezeer de hoogleeraar het vroeger algemeen aanvaarde maar thans vrijwel verlaten standpunt van de volmaaktheid en de logische geslotenheid van het door den wetgever gestelde recht niet ten volle aanvaardt, ten naastenbij blijft hij de oude leer getrouw en in zóóver volgt hij haar geheel, dat ook volgens hem buiten de wet geen recht bestaat. Maar de volle consequentie van zijn standpunt aanvaardt hij niet. Want in den gedachtengang, dat alle recht van den Staat afkomstig is en er geen recht bestaat buiten het van staatswege in de wet neergelegde, moet het met de rechtspleging belast staatsorgaan iederen eisch, die niet op de wet gegrond is, onverbiddelijk als rechtens niet gegrond afwijzen; 's rechters geweten, de billijkheid, de verkeersbehoeften enz. *zonder meer* kunnen niet tot toewijzing leiden, zoomin als zij b.v. den rechter mogen bewegen tot toewijzing van eene vordering, gegrond op eene aangenomen vriendschappelijke uitnoodiging om te komen logeeren of dineeren of op een aanvaard aanbod tot een dans in een balboekje.

Juister dan die des schrijvers schijnt ons deze voorstelling: aan den Staat komt het zeggenschap toe over het recht; hij stelt vast, uit welke bronnen de regelen voortkomen, die als recht zullen gelden en als zoodanig

door de staatsorganen — rechterlijke en administratieve macht — zullen worden gehandhaafd en toegepast. Bij gebreke nu van wettelijke regelen ten aanzien van soortgelijke onderwerpen als de in de wet neergelegde stof erkent de Staat als recht en wil hij als zoodanig gehandhaafd en toegepast zien de regelen, die uit de analogie, billijkheid en de verkeersbehoeften opwellen; men leze de wordingsgeschiedenis van art. 13 A. B. Krachtens deze stilzwijgende erkenning van staatswege erlangen dus bij leemten in de wet de bedoelde regelen, die de rechter vindt en in het gegeven geval toepast, rechtsqualiteit.

Voor 't overige achten wij het terrein der leemten niet met den schrijver uiterst beperkt doch veeleer onbegrensd; een enkele blik op het internationaal privaatrecht toont reeds aan, hoe karig en weinig afdoende de beginselen zijn, die de wet ons somtijds op zeer wijde velden toemeet.

Het zou ons te ver voeren in deze aankondiging de talrijke bijzondere onderwerpen, die in Mr. Suijling's werk behandeld worden, te bespreken en daarop nader in te gaan. Wij willen volstaan met eene korte vermelding omtrent enkele punten, die in het bijzonder de aandacht verdienen.

Na te hebben medegedeeld, dat misbruik van recht en wetsontduiking terecht in den schrijver eenen fellen bestrijder vinden (blz. 60, 98, 198, 182) en na de aandacht op de vragen, die zich ten opzichte der handelingsonbekwaamheid voordoen, te hebben gevestigd (blz. 56 vlg.), wenden wij ons thans eerst tot de in meer dan één opzicht belangrijke bladzijden van het boek, die over de rechtspersonen handelen.

Na korte vermelding van enkele der voornaamste theorieën omtrent het wezen der rechtspersoon en toetsing daarvan aan de bepalingen onzer wet — als hoedanig

behalve de door hem genoemde ook nog de artt. 567 aanhef j°. 4°. B. W. en art. 946, tweede lid, B. W. in aanmerking zouden kunnen komen — komt de schrijver tot het resultaat: dat wij in deze tusschen historisch en juridisch onderzoek, tusschen de waarneembare werkelijkheid en de voorstellingen, die in de rechtswereld gelden, hebben te onderscheiden. De wet is niet verplicht alleen menschen als subjecten van rechten aan te nemen. Geen regel van logica of ervaring belet den wetgever naast de menschen ook abstracte wezens, die de menschen verklaren op te richten, als zelfstandige dragers van rechten te erkennen (blz. 78, 79). De oude fictieleer, ietwat gewijzigd, op eenvoudige, heldere wijze in eere hersteld! Inderdaad het begrip „rechtspersoon" wil ook o. i. niet anders zeggen, dan dat het recht aan andere verschijningsvormen dan aan den enkelen mensch op gelijken voet als aan dezen in het vermogensverkeer handelings- en rechtsbevoegdheid toekent, zoodat deze verschijningsvormen tegenover de buitenwereld in rechtskundigen zin als eenheden optreden. De wijze waarop dit geschiedt betreft niet het beginsel, enkel de uitvoering daarvan.

Waar de rechtspersoonlijkheid krachtens haren aard tegenover derden werkt en hare interne werking, in den boezem der menschengroep of instelling, slechts een gevolg is van hare werking naar buiten, daar is geene plaats voor de onderscheiding tusschen het zijn van rechtspersoon en het optreden als zoodanig, en zouden wij liever niet de uitspraak van den schrijver beamen, dat coöperatieve vereenigingen als rechtspersoon bestaan vanaf het oogenblik van de onderteekening der oprichtingsakte, doch niet als zoodanig optreden vóór hare statuten behoorlijk openbaar gemaakt zijn (blz. 104, 105). Juist in het optreden tegenover derden als eenheid is het kenmerk der rechtspersoonlijkheid gelegen, weshalve,

zoolang optreden der vereeniging naar buiten is uitgesloten, ook de rechtspersoon niet bestaat (zie ook art. 6, lid 2, der wet van 17 November 1876, *Stbl.* no. 227).

Onder de stellingen, die in deze materie door den hoogleeraar verdedigd worden, trekken onder andere de aandacht: dat in Nederland de stichting rechtspersoon is, ook zonder afzondering van een stichtingsvermogen, eene opvatting, strijdig met de heerschende rechtspraak van den Hoogen Raad, maar van wetenschappelijke zijde reeds vroeger krachtig voorgestaan (1) (blz. 79, 80); dat de rechter niet bevoegd is, de onwettigheid uit te spreken eener verleening van rechtspersoonlijkheid door de Koningin, krachtens de artt. 36 vlg. W. v. K. en artt. 5 vlg. der wet van 1855 op de vereenigingen en vergaderingen (blz. 87), conflict tusschen rechterlijke en uitvoerende macht, dat zijne oplossing in het staatsrecht vinden moet; dat vereenigingen krachtens laatstgenoemde wet ook stoffelijke doeleinden kunnen najagen en het maken van winst ten doel kunnen hebben, gelijk thans ook in de Handelsregisterwet is neergelegd (blz. 97, j°. 86, 87); dat na het verstrijken van den termijn, waarvoor de rechtspersoonlijkheid aan eene vereeniging of naamlooze vennootschap is verleend, deze niettemin gedurende het tijdperk der liquidatie blijft voortbestaan, waaruit zou volgen, dat alsdan erfstellingen en legaten door haar kunnen worden erlangd (blz. 102—104); een nieuw middel om in gevallen als dat van de erfstelling-DRUIJVESTEIN de rechtsbevoegdheid der vereeniging te redden, echter o.i. tevergeefs, daar na het verloopen van den bedoelden termijn de rechtspersoonlijkheid slechts blijft bestaan ten behoeve der liquidatie, ten einde bestaande activa en passiva af te wikkelen, niet ook ten einde nieuw opkomende baten

(1) Zie b. v. ASSER—MEYERS, Erfrecht, blz. 16—17.

te verkrijgen; dat de rechtspersoon, met gebruikmaking van de artt. 1374, 1375 B. W. om gewichtige redenen het lidmaatschap aan eenig lid kan opzeggen (blz. 100, 101), e.a.

Tot de onderwerpen, die in deze bladzijden de aandacht trekken, behooren voorts nog vooral met betrekking tot vereenigingen-rechtspersonen: de ontleding der oprichtingshandeling en in verband daarmede het uitvallen van een of meer oprichters en de ontbindingsactie wegens wanpraestatie (blz. 90 vlg.); de gevolgen van machtsoverschrijding van de organen der rechtspersoon (blz. 93 vlg., 98, 99); de autocratische clausule (blz. 94, 95); de bijzondere lidmaatschapsrechten (blz. 96 vlg.); commissarissen enz. als scheidslieden (blz. 99 vlg.). Ook aan de publiekrechtelijke rechtspersonen worden vooral in verband met art. 1401 B. W. eenige beschouwingen gewijd (blz. 106 vlg.).

Regelen omtrent het zakenrecht nemen in dit eerste stuk van het werk eene bescheiden plaats in. De schrijver heeft geen bezwaar tegen aanvaarding van het begrip „zakenrecht", waaraan sommigen aanstoot nemen, omdat de rechtsorde de verhouding van menschen onderling, niet die van menschen tot zaken regelt. Daartegenover neemt hij aan, dat de rechtsorde zich een absoluut recht b.v. den eigendom als een recht op eene zaak kan *voorstellen* (blz. 28).

Aan eene groep van zakelijke rechten, de jura in re aliena, geeft hij echter liever den naam van „rechten op rechten" dan „rechten op zaken", daar de zakelijke onderlaag ontbreekt, wanneer het b.v. pandrecht of vruchtgebruik van eene vordering of octrooi betreft (blz. 38). Waar echter onze wet niet gelijk de Duitsche (§ 90) alleen lichamelijke maar ook onlichamelijke zaken — rechten — onder „zaken" begrijpt (artt. 555, 559 B.W.),

bestaat er o. i. geen bezwaar de ook door ons wetboek gevolgde terminologie van „rechten op zaken" (art. 584 B. W.) voor de jura in re aliena te behouden.

Onder de onderwerpen van zakenrecht, die de schrijver behandelt, mogen genoemd zijn: de rangorde van zakelijke rechten onderling en de vermenging (blz. 39, 40); nevenrechten en de burgerlijke vruchten, ter gelegenheid waarvan enkele vraagpunten worden behandeld als deze: of en in hoever de cessie van eene geldschuld, de verkoop van een huis of van een aandeel in eene vennootschap ook de vóór en na dien vervallende renten, resp. huren en aanspraken op winstuitkeering omvat (blz. 45, 46). Voorts de wijze van eigendomsverkrijging (blz. 125) en de constitutieve en translatieve overdracht (blz. 126, 127). Van gewicht is de door den schrijver gestelde regel, dat de vestiging van rechten op eens anders zaak en de overdracht van rechten niet voorwaardelijk kan geschieden (blz. 166, 167). Van art. 2014 B. W. wordt slechts terloops gewag gemaakt en wel in dier voege, dat krachtens het eerste lid van het artikel de *bona fide* verkrijger, aan wien de *bezitter* krachtens overeenkomst tot eigendomsoverdracht — krachtens koop b.v. — een lichamelijk roerend goed of een order- of toonderpapier van een *ander* levert, niet enkel het bezit maar ook den eigendom verwerft (blz. 128, cursiveering van *S.*). Voorshands komt het ons voor, dat men SUIJLING's regel voorzooveel betreft den eisch, dat het goed van eenen *bezitter* afkomstig zij, slechts kan handhaven, indien men onder „bezit" verstaat: niet uitsluitend het burgerlijk bezit, het houden of genieten eener zaak, welke iemand of in persoon of door een ander in zijn macht heeft alsof zij hem toebehoorde (art. 585 B. W.), maar tevens het natuurlijk bezit van den houder (vgl. artt. 590, 1996 B. W.). Is dit des schrijvers bedoeling geweest? Heeft hij bij het

begrip „bezitter" den „mittelbaren Besitzer", wellicht ook den „Besitzdiener" van het Duitsche Burgerlijk Wetboek (§§ 855, 868, 871) mede op het oog gehad? Dan had, eenmaal gegeven het stelsel onzer wet, eene andere uitdrukking gebezigd moeten worden! Wij tasten vooralsnog in het duister, omdat wij moeilijk kunnen aannemen, dat volgens schrijvers bedoeling de bescherming van art. 2014, lid 1, B. W. alleen zou ten goede komen aan hen, die de zaak van den bezitter animo et corpore hebben verkregen. Met belangstelling wachten wij nadere verklaring op dit punt in eene volgende aflevering van het boek af.

Nog rest ons hier te vermelden de fiduciaire rechtshandelingen, waarbij partijen een doel nastreven, dat gemeenlijk ook door eene volmacht zou kunnen worden bereikt — men denke b.v. aan een procura-endossement van een wisselsom —, doch dat zij gieten in dezen vorm, dat inderdaad een recht wordt overgedragen echter onder den last aan den fiduciarius van beheer van het verworven goed en eindelijke uitkeering daarvan aan den overdrager. Onder aanhaling van art. 242 W. v. K. verklaart de schrijver, dat, vindt de curator in den faillieten boedel van den fiduciarius in voege voormeld aan dezen geëndosseerd handelspapier of gecedeerde vorderingen, hij deze aan den overdrager moet teruggeven, daar door het faillissement het beheer gemeenlijk een einde neemt. Eene betwistbare stelling, die voor ons recht nadere toelichting behoeft, daar zij door het enkele door den schrijver aangehaalde art. 242 W. v. K. dat niet rechtstreeks in dit geval voorziet, geenszins voldoende wordt gestaafd. Bij de vraag, of de commissionair, die voor den committent eenig goed verwerft, eigenaar daarvan wordt, doet volgens de hoogleeraar de fiducia dienst in dezen zin, dat eerstgenoemde den fiduciaren eigendom

van het goed erlangt zoodat dus bij faillissement van den commissionair diens beheer ophoudt en de curator het goed aan den committent moet afstaan (blz. 162, 163 194). Zou de wet van een voorrecht des commissionairs op de ingekochte goederen hebben gewaagd, als hij zelf daarvan den eigendom had (artt. 80, 83 W. v. K.)? En zou de commissiegever den commissionair inderdaad den eigendom dier goederen — zij het onder fiducia — willen toekennen? Wij blijven de voorkeur geven aan de opvatting der rechtspraak, dat de commissionair de ingekochte goederen enkel houdt voor den commissiegever, die er eigenaar van is (1).

Met betrekking tot het erfrecht zij slechts deze opmerking gemaakt, dat de schrijver MEYERS' opvatting, dat bij overlijden de schulden van den afgestorvene niet dan na aanvaarding van de nalatenschap overgaan, blijkbaar niet deelt (blz. 131) (2).

Thans nog een en ander omtrent de leer der verbintenissen. Reeds werd hierboven vermeld, dat de rechten van derden te goeder trouw door den schrijver met warmte en consequentie beschermd worden. Eene toepassing van het beginsel, dat zij slechts rekening behoeven te houden met hetgeen uiterlijk waarneembaar voor hen is, treft men o.a. aan bij de wilsverklaringen, door personen, welke hunne daad niet beseffen, jegens een ander afgelegd, dus bij de overeenkomsten van krankzinnigen, onnoozelen, bewusteloozen, gehypnotiseerden, totaal beschonkenen (van onder curateele gestelden is hier niet de rede). Kon de wederpartij het gebrek aan onderscheidingsvermogen van den medecontractant op het oogenblik van het sluiten der overeenkomst niet kennen, dan is deze laatste aan

(1) Hooge Raad 17 Maart 1882, *W. v. h. R.* no. 4759; 5 April 1889, *W. v. h. R.* no. 5698.

(2) ASSER-MEYERS, Erfrecht, blz. 222 vlg.

de overeenkomst gebonden. Waar bij de overeenkomst het rechtsgevolg niet op de wilsverklaring zelve maar op den indruk berust, dien de wederpartij zich redelijkerwijs van de ontvangen verklaring vormt en deze van de krankzinnigheid enz. niets weet of weten kan, is de wederpartij veilig. Het beginsel uit art. 1852 B. W. op te maken wint het van den regel, uit de artt. 142, 595, 942, 1356, 1°., B. W. af te leiden, dat de wilsverklaringen van eene partij, die niet wel bij zinnen is, ongeldig zijn (blz. 59, 60, 123, 135, 136 enz.). Eene leer, die volgens de algemeen in Frankrijk en Nederland heerschende overtuiging strijdig is met de beginselen, welke, uit het Romeinsch recht en het natuurrecht tot ons gekomen, in de codificatie van beide landen zijn neergelegd. Ook wij zien in SUIJLING's leer eene overspanning van de gedachte, dat de wederpartij te goeder trouw veilig moet zijn, en zouden zelfs in jure constituendo zijn standpunt niet willen aanvaarden, daar wij niet inzien, dat de valide derde de wettelijke bescherming meer behoeft en eerder tegen risico's beveiligd moet zijn dan de hulpelooze wederpartij, voor zooveel deze niet zelf aan haren toestand en hare deelneming aan het verkeer in dien toestand schuld is.

Wat de onrechtmatige daad betreft, gepleegd door personen als de evengenoemde, zoo wordt ook hier in aansluiting met het voorgaande door den schrijver het risico der handeling op den niet bij zinnen zijnden dader gelegd. De mensch toch geldt voor de wet als normaal en moet de zorg aanwenden, die een normaal mensch dient te betoonen. Dus moet hij, niet de benadeelde, het risico voor zijne schadeverwekkende, bij eenen normalen verkeerstoestand niet voorkomende, handeling dragen. Het is de bekende, meermalen gehuldigde opvatting van art. 1401 B. W., waarbij het toerekenbaar, laakbaar handelen — de schuld — van den dader als element

der onrechtmatige daad wordt prijsgegeven en de vraag enkel is: wie het risico der storingwekkende handeling behoort te dragen (blz. 60)? Intusschen maakt de schrijver elders in zijn werk (blz. 34, 35) ten aanzien der onrechtmatige daad de volgende onderscheiding: wanneer de dader inbreuk maakt op eens anders absoluut recht, dan is de enkele inbreuk voldoende om hem tot schadevergoeding te verplichten. In den regel, dat absolute rechten tegen derden werken, ligt opgesloten, dat derden deze behooren te kennen. Geldt het daarentegen de schending enkel van belangen, dan bestaat de verplichting tot schadevergoeding slechts, indien de dader de schade redelijkerwijze kon voorzien, indien er schuld bij hem is. In het laatste geval, niet in het eerste, is art. 1283 B. W. ter zake van toepassing; de schuld en het moeten voorzien der schade worden dan vereenzelvigd. Meer dan ééne vraag rijst hier: wij willen slechts deze stellen: is er wel eenheid in des schrijvers systeem en strijdt zijn betoog, dat er bij belangen-schending schuld zij en de dader de schuld moet hebben voorzien, niet met de risico-leer, die hij voor niet bij zinnen zijnde personen met betrekking tot art. 1401 B. W. aannam?

Ook op andere punten in het verbintenissenrecht zou men gaarne eenige nadere toelichting van den schrijver hebben ontvangen. Zoo ten aanzien der qualitatieve verbintenissen (blz. 45). Op den voorgrond wordt gesteld, dat in beginsel schulden en verbintenissen, anders dan vorderingsrechten, alleen overerfelijk, niet overdraagbaar zijn en dat behoudens uitzonderingen (art. 42 enz. W. v. K.) het geheel der betrekkingen, waarin eene partij tengevolge van het contract tot hare wederpartij staat, niet aan een ander kan worden overgedragen; eene uitspraak, die wij liever zóó zouden willen lezen — en wellicht dat ook de schrijver zich daar niet tegen zou verzetten —

(zie blz. 131), dat schuldoverneming en overneming van overeenkomsten toelaatbaar is, als de oorspronkelijke partijen en de overnemer daartoe allen hunne toestemming geven, in welken gedachtengang art. 42 W. v. K. niet eene uitzondering maar eene toepassing van den regel vormt (1). Maar dan vervolgt SUIJLING: zoodra evenwel de verbintenis is vastgeknoopt aan eene eigenschap, wordt met de eigenschap tegelijk de verbintenis overgedragen. Daarom treedt de kooper van een huis tegenover den huurder van dit goed in de plaats van den verkooper (art. 1612 B. W.) en volgt de kooper van het dienend erf of van de erfpacht den oorspronkelijken eigenaar of den oorspronkelijken erfpachter in diens verbintenis tot onderhoud van het werk of tot betaling van den canon op (artt. 736, 767, 775 B. W.) (2). Wij twijfelen of hier wel voldoende is onderscheiden tusschen verbintenissen voortspruitende uit overeenkomst en de zoodanige, die gegrond zijn op een zakelijk recht. In des schrijvers gedachtengang toch moet men wel aannemen, dat, evenals de verbintenis uit huur, ook andere verbintenissen uit overeenkomst vastgeknoopt zijn aan de eigenschap van eigenaar van grond of erf, b.v. de verbintenis van den eigenaar, jegens zijn buurman aangegaan, om een bloemenwinkel of concertzaal in zijn perceel te houden. Toch gaan deze uit overeenkomst voortspruitende verbintenissen volgens de uitlegging van art. 1354 B. W., die sinds 's Hoogen Raads arrest van 3 Maart 1905, *W. v. h. R.* no. 8191 geldend, levend recht is in Nederland, niet op volgende eigenaren over.

In dit verband zij nog melding gemaakt van enkele

(1) Zie Hooge Raad 29 November 1907, *W. v. h. R.* no. 8619 en verder LÉON-CANES, B. W., Boek II (1911), ad art. 668, nos. 12, 13, blz. 120.

(2) Zie ook b.v. art. 263 W. v. K.

interessante vragen, die, ten aanzien van den overgang van rechten, door den schrijver worden behandeld: of de lasthebber na cessie zijner vordering tegen den lastgever de exceptie van retentie behoudt ter zake van het nu aan den cessionaris verschuldigde; en of, indien ten tijde van den verkoop van een huis huurtermijnen zijn verschenen, die de huurder nalaat te voldoen, de kooper de vordering tot ontbinding der huur kan instellen (blz. 47)?

Deelen wij, met betrekking tot enkele verspreide punten van de leer der verbintenissen, nog de opvattingen mede, die in het boek zijn neergelegd:

In verband met de ruime mate van bescherming, die, gelijk gezegd, de derde te goeder trouw geniet, wordt in zake de vraag: wil of vertrouwen? met overtuiging de vertrouwenstheorie omhelsd en de aan mededeeling onderworpen verklaring voor hem, die haar opgaf, als bindend aangemerkt (blz. 135 vlg.). Ten aanzien van overeenkomsten tusschen afwezigen wordt de vernemingstheorie gehuldigd; de in een stuk belichaamde aan mededeeling onderworpen wilsverklaring — b.v. de schriftelijke aanneming van eene koopofferte — moet ter kennis van de partij, die het aanbod deed, gekomen zijn, wil er eene overeenkomst zijn; bij welk onderwerp ook nog behandeld wordt het geval, dat de handelings- of beschikkingsbevoegdheid in het tusschentijdperk verloren gaat (blz. 148 vlg., 152 vlg. — Zie ook §§ 130, 131 Duitsch B. G. B.). Bij deze materie hadden de artt. 1375, 1720, lid 2, en 1829, 1830 B. W. in den kring der beschouwingen moeten zijn getrokken.

Uit schrijvers beslissingen is voorts af te leiden, dat hij de daartoe in aanmerking komende regelen van het wetboek, die op tot stand gekomen overeenkomsten betrekking hebben — b.v. die omtrent overmacht, omtrent

de werking van gebruik en billijkheid — ook van toepassing acht op overeenkomsten in wording, dus op offertes en uitlovingen. Wanneer het gebruik of de goede trouw zulks meebrengt, zijn deze niet herroepelijk, hoezeer het tegenovergestelde uit de artt. 1353 en 1720 B. W. zou kunnen worden afgeleid (blz. 150, 151, 155, 156).

In het algemeen wordt de verhouding tusschen regelende wetsbepaling en gebruik opgelost in dien zin, dat alleen bij dubbelzinnige wilsverklaringen het gebruik de overhand heeft — waarbij wij de opmerking niet kunnen weerhouden, dat, waar de bedoelde vraag rijst, o. i. altijd onduidelijkheid der overeenkomst is aan te nemen. Het gebruik wordt beheerscht door de billijkheid (artt. 1375, 1374, lid 3, B. W.), zoodat niet op onredelijke gebruiken mag gelet worden (blz. 17, 18, 175, 176).

Wanneer, ter uitlegging van eene overeenkomst, feiten moeten bewezen worden, geldt art. 1934 B. W., dat alleen op akten van onbetwiste duidelijkheid betrekking heeft, niet (blz. 176 vlg.).

Ten aanzien der onzedelijke overeenkomsten wordt nog de stelling verdedigd, dat levering op grond daarvan eigendomsoverdracht ten gevolge heeft en de overdragende partij niet de revindicatie toekomt doch slechts eene persoonlijke condictio krachtens art. 1395 B. W., hetwelk dus in ruimen zin wordt opgevat en niet tot de condictio indebiti wordt beperkt. De leer van den „dinglichen Vertrag" doet ten deze hare werking gevoelen (blz. 180, 181). Onder de vragen, die hier rijzen, mogen den schrijver slechts deze zijn gedaan: Vooreerst, had ten aanzien der teruggave niet moeten worden onderscheiden tusschen de gevallen, dat de onzedelijkheid alleen aan de zijde des verkrijgers bestaat eenerzijds, en dat, waarin het omgekeerde zich voordoet alsook dat de onzedelijkheid bij beiden aanwezig is, anderzijds? Verder: waarom ten aan-

zien van roerend goed de revindicatie niet toegestaan bij onzedelijkheid (meestal gelijk te stellen met kwade trouw) enkel aan de zijde van den verkrijger, waar toch volgens den schrijver de bescherming als eigenaar krachtens art. 2014 B. W. slechts aan verkrijgers te goeder trouw wordt toegekend (blz. 128; zie b.v. ook blz. 178)?

Eindelijk met betrekking tot onroerende zaken: wordt de overdracht daarvan niet ook door de onzedelijkheid getroffen, waar volgens ons recht de overdracht in de overschrijving der onzedelijke akte in de openbare registers bestaat? Wraakt art. 14 A. B. deze „handeling" niet? Zelfs in Duitschland, het land van den „dinglichen Vertrag", huldigt de hoogste jurisprudentie geenszins de leer, dat het zakelijk contract in gevallen als het onderwerpelijke altijd onaantastbaar is (1).

Ten opzichte van de leer der wanpraestatie bij overeenkomsten verdient nog vermelding, dat de hoogleeraar hier de aansprakelijkheid voor de handelingen van ondergeschikten, geldend buiten contract (art. 1403 B. W.), ook op verbintenissen uit overeenkomst toepasselijk acht — gevolgtrekking, waarbij nadere toelichting niet overbodig ware geweest (blz. 72); terwijl verder bij wanpraestatie van bepaalde zaken de reëele executie toegelaten wordt (blz. 33, 34). Geldt echter — zoo mag men vragen — art. 1277 B. W. ook voor de verbintenissen om te geven en heeft men vrijheid de executie van een vonnis, waarbij eene persoonlijke verplichting tot levering wordt uitgesproken als wijze van eigendomsovergang te beschouwen als ware zij de levering, de handeling der partijen, zelf?

Nog zij — om onze mededeelingen over dit deel van

(1) Von Staudinger's Kommentar zum B. G. B, I. Allgemeiner Teil, 7/8e Aufl., blz. 396, 537; II, 2, Schuldverhältnisse, blz 1571. Zie laatstelijk Reichsgericht, 4e Zivils. 3 Juni 1918, Deutsche Juristenzeitung 1918, blz. 638.

van het boek te besluiten — opgemerkt, dat naar wij meenen eene dading omtrent een niet-bestaand geschil niet vernietigbaar is wegens dwaling doch nietig bij gebreke van onderwerp der overeenkomst (art. 1356, 3°. B. W., zie blz. 190); en dat des schrijvers meening, dat een schijnkoop overeenkomstig de bedoeling der partijen als schenking kan werken, indien de gesimuleerde overeenkomst bij notarieele akte werd aangegaan, niet door de jurisprudentie wordt beaamd (blz. 161, 162, Hooge Raad 17 Juni 1910, *W. v. h. R.* no. 9048).

Met deze enkele grepen uit SUIJLING's werk meenen wij te kunnen volstaan. Wij hopen, dat het ons gelukt is een indruk te geven van den omvang der verwerkte stof en van den gedachtenrijkdom, waarvan het boek getuigenis aflegt, en tot nadere kennisneming en bestudeering ervan op te wekken. Met belangstelling mogen de volgende afleveringen worden tegemoet gezien.

's-Gravenhage J. KOSTERS

De zakelijke werking der ontbindende voorwaarde, door R. P. CLEVERINGA. Leiden 1919.

Onder de eischen, die art. 639 B. W. voor de eigendomsverkrijging door middel van levering stelt, noemt het ook een „rechtsgeldigen titel van eigendomsovergang". Meestal werd dit zoo opgevat dat hiermede niet bedoeld wordt een titel die slechts aanwijst dat partijen *beoogden* overdracht niet enkel van detentie maar van het eigendomsrecht, maar was men van oordeel dat de titel die overdracht inderdaad moet bewerken, in dier voege dus dat, wanneer die titel ab initio nietig is of later zijn geldigheid verliest, de overdracht niet tot stand komt of vervalt. Hiervan vond men dan, door het geheele B. W. verspreid, de menigvuldige en uiteenloopende toepassingen, en met den vooropgestelden regel was met name de zakelijke werking der ontbindende voorwaarde in volkomen harmonie.

Intusschen, in den laatsten tijd is de juistheid van den regel van verschillende zijden in twijfel getrokken. Eerst SUYLING, daarna MEYERS hebben getracht aan te toonen dat de gewaande regel niet bestaat, en dat causa traditionis in den hierboven *eerst*vermelden zin moet worden opgevat.

Aan welke zijde in dit geschil het gelijk is, doet thans niet ter zake, maar het wordt terstond duidelijk, dat voor wie zich met SUYLING en MEYERS op eenzelfde standpunt plaatsen, datgene wat bij het beding van wederinkoop, de voorwaarde in de schenking, de schending der legitieme portie enz. in overeenstemming was met den algemeenen eisch van art. 639 volgens de heerschende opvatting, nu het karakter eener uitzondering moet aannemen. Zoo bestond er dus aanleiding om de hier bedoelde gevallen nader te bezien en van hun uitzonderingskarakter, indien dit mocht komen vast te staan, den grond aan te wijzen.

Hieruit mag worden verklaard de vernieuwde belangstelling waarin in den laatsten tijd de werking der ontbindende voorwaarde zich verheugt, en die in 1917 aan VAN PROOSDIJ zijn dissertatie in de pen gaf, en twee jaar later het aanzijn schonk aan het proefschrift, waarvan hier een korte bespreking volgt.

De schrijver gaat de ontwikkeling van dit leerstuk na, zooals die zich in het Romeinsche recht, de Middeleeuwen, het Fransch- en Nederlandsch recht van voor en na de Revolutie

laat vervolgen, om dan te eindigen met eene korte bespreking van de wenschelijkheid der door hem in het stellig recht aangetroffen zakelijke werking, m. a. w. te besluiten met eene beschouwing over het jus constituendum.

Tegenover hen die reeds voor het Rom. recht de zakelijke werking der ontbindende voorwaarde aannemen, toont hij aan dat, behoudens een enkele uitzondering, deze voorwaarde, die in dat recht zich niet tot een zelfstandig instituut heeft ontwikkeld, enkel persoonlijke werking heeft. Zij is niets anders dan eene opschortende voorwaarde, toegevoegd aan eene aan de hoofdovereenkomst tegengestelde nevenovereenkomst tot ongedaanmaking: deze nevenovereenkomst zou zich evengoed als ontstaan op een later tijdstip dan de hoofdovereenkomst laten denken, en heeft evenmin als eenig ander contract de kracht eigendom te doen overgaan; hij die aan haar een recht ontleent, heeft dus geen recht op de zaak, maar alleen een persoonlijke vordering b.v. tot teruglevering. Zoo vindt men in het zevental in de bronnen behandelde gevallen der ontbindende voorwaarde bijna overal de persoonlijke werking: bij de pacta de non alienando, displicentiae en de retrovendendo, ook — schoon hier in verband met sommige plaatsen meer reden tot twijfel is — bij de mortis causa donatio onder de voorwaarde si convaluisset (de andere gevallen zijn òf een *on*voorwaardelijke schenking òf eene onder *opschortende* voorwaarde) en de lex commissoria. Slechts twee uitzonderingen vindt schr. op dezen regel. De eene is de schenking aan kleinkinderen onder voorwaarde van alimentatie, waarbij men — blijkbaar omdat ook toen reeds Jan Jansen met zijn zeven kinderen een bekende figuur was, die tegenover zijn afstammelingen aanspraak op wettelijke bescherming had — de zakelijke werking aantrof, zoodat het goed tot den schenker terugkeerde, wanneer de alimenta werden geweigerd. De andere uitzondering was de in diem addictio. Bij een beter bod binnen den gestelden termijn was dus de verkooper van zelf weer eigenaar. Van deze werking, waarbij alle nadeelige gevolgen ten laste van den kooper komen en de verkooper alleen de voordeelen heeft, zoekt schr. de verklaring in de langzame prijsvorming, gevolg van het trage verkeer dier tijden, en in het verlangen der verkoopers de nadeelen daarvan op deze wijze te ontgaan. De vraag blijft evenwel nog open, waarom de koopers zich daaraan dan onderwierpen. Zou niet de verklaring hierin liggen, dat de in diem addictio, die aanvankelijk suspensieve voorwaarde was, en dus het nadeel had dat de kooper voorshands nog niet de beschikking over het goed had juist ten gerieve der *koopers* in een ontbindende voorwaarde werd omgezet, die nu dadelijk de beschikking kregen en waarin de verkoopers veilig konden toestemmen, omdat zij in de dreigende

ongedaanmaking een waarborg hadden, dat hun eerder een te hoog dan te laag bod was gedaan?

In den tijd der glossatoren en commentatoren vond de zakelijke werking der ontbindende voorwaarde — met name waar het het vervreemdingsverbod betrof — wel verdedigers en zulks op uiteenloopende gronden, doch zonder dat men zich daarbij beriep op de causa traditionis; toch erkende de heerschende meening niet anders dan de persoonlijke werking. Eigenaardig evenwel trachtte men de praktijk met de theorie te verzoenen door de zoogenaamde cautelae, waarvan schrijver een gansche reeks bespreekt en die getuigenis afleggen van de scherpzinnigheid en vindingrijkheid waarmede men trachtte aan de consequenties der leer te ontkomen; zoo zou een verkooper het goed ook van derden kunnen revindiceeren, wanneer bij de koopovereenkomst was bepaald „*ut non* alienes", maar had hij geschreven „*ne* alienes", dan had hij enkel een condictie!

Behalve uit deze cautelae sprak de behoefte aan verzakelijking ook uit de eenstemmigheid, waarmede naast de in diem addictio aan de lex commissoria, niettegenstaande de duidelijke tegenspraak in de bronnen, zakelijke werking werd toegekend. Merkwaardig is dat thans de meening komt opduiken, dat door de resolutio contractus de traditio sine causa wordt, een foutief standpunt, waarvan men bovendien met betrekking tot de ondeugdelijke overeenkomst de consequenties niet aanvaardde, noch het op andere ontbindende voorwaarden dan de beide evengenoemde toepaste, en ter verdediging waarvan men zich beriep op het volkomen willekeurig verschil tusschen de causae voluntariae (zooals het pactum displicentiae) en de causae necessariae (zooals de in diem addictio). De doctrine legt dan de zakelijke werking vast in het „resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis", evenwel alleen met het oog op de beperkte zakelijke rechten en niet als uitvloeisel van een algemeenen regel. Naast deze gevallen kende men dan nog andere gevallen waarin bij wijze van uitzondering de zakelijke werking der ontbindende voorwaarde werd aangenomen o.a. ten bate van de kerk en den staat. Toch is op het einde der Middeleeuwen de ontwikkeling nog niet zoover gevorderd dat die uitzonderingen een samenhangend geheel vormen, veel minder zich voordoen als den regel waarop dan in uitzonderingsgevallen aan de ontbindende voorwaarde enkel persoonlijke werking zou zijn toegekend.

In een volgend hoofdstuk over het recht in Frankrijk vóór de Revolutie teekent de schrijver, hoe bij het beding van wederinkoop de zakelijke werking doordringt in het costumier recht, zulks in verband met de onbillijkheid, waartoe de persoonlijke werking voerde met name in het huwelijksgoederenrecht, omdat bij deze een vóór het huwelijk onder

dergelijke voorwaarde verkocht onroerend goed, in geval van wederinkoop staande huwelijk, tot de acquêts zou behooren. Ook wordt invloed toegekend aan het leenrecht, waarin bij persoonlijke werking tweemaal „lods et ventes" verschuldigd zouden zijn, welke geschenken, die menigmaal $^1/_5$ van den koopprijs bedroegen, een drukkende last waren; evenwel aanvaardde men hierbij evenmin de zuiver zakelijke werking die er toe zou moeten leiden, dat de leenheer in het geheel geen geschenken verschuldigd zou zijn, weshalve hier een tusschenstelsel gold. Zoo ontwikkelde zich bij het beding van wederinkoop de zakelijke werking onzer voorwaarde, aanvankelijk echter alleen nog maar ten aanzien van de jura in re aliena, terwijl zij eerst later en schoorvoetend evenzeer aangenomen werd tegenover derde verkrijgers.

De hier geschetste ontwikkeling is grootendeels buiten ons Oud-Nederlandsch recht omgegaan, al zijn ook hier naar schrijvers oordeel, zooals hij dat in een afzonderlijk aan dit recht gewijd hoofdstuk uiteenzet, sporen te vinden van een streven naar verzakelijking.

De resultaten van deze ontwikkeling der ontbindende voorwaarde tot eene zakelijk werkende vindt schr. neergelegd in het recht van den Code Civil, waarvan art. 1183 (ons art. 1301), mits historisch bezien, het bewijs is, en dat in de artt. 954 en 1664 (B. W. artt. 1726 en 1559) nader wordt toegepast. Hierbij wordt de leer van hen die de zakelijke werking verklaren uit het stelsel van den code dat den eigendom reeds door de enkele overeenkomst laat overgaan, op goede gronden bestreden.

Ons recht heeft dan in art. 1301 B. W. het Fransche recht ongewijzigd overgenomen; in dit artikel alleen ligt de zakelijke werking der ontbindende voorwaarde opgesloten, en wanneer sommige auteurs die werking afleiden uit de beteekenis van „titel" in art. 639, als ware daarmede bedoeld eene geldige rechtshandeling, dan moge hun resultaat gelijk zijn aan dat van den schrijver, maar hunne gronden komen hem verwerpelijk voor. Ten slotte stelt hij zich daarbij nog de vraag, of ons stelsel van publiciteit zich tegen dat resultaat verzet. Hij knoopt daarbij aan bij een indertijd over het nut van art. 1227 B. W. gevoerde polemiek, nut dat eenerzijds betwijfeld werd met het oog op de onbeperkte zakelijke werking van art. 1302, waarin dus reeds de verkooper een sterkere bescherming vond dan art. 1227 hem kon geven, maar waartegen werd aangevoerd dat, waar in tegenstelling tot het beding van wederinkoop de ontbinding van art. 1302 aan geen termijn werd gebonden, de overschrijving der koopakte zonder voorbehoud den kooper absolute veiligheid bood. Dit laatste standpunt wordt door schr. veroordeeld, waarbij hij intusschen niet voorbijziet dat, al moge de latere kooper in een over-

schrijving in de registers, die omtrent de betaling niets vermeldt, geen kompas vinden waarop hij veilig varen kan, de wettelijke regeling hem beter kon beschermen dan zij doet. Dit punt vormt dan ook de stof voor het laatste hoofdstuk over het jus constituendum, waarin hij de stelling verdedigt, dat in aansluiting aan het recht van de ons omringende landen de zakelijke werking der ontbindende voorwaarde moet bewaard blijven niettegenstaande de hiertegen aan te voeren bezwaren, met name dat zij, al is het ook voor korter duur dan de fidecommissen, evenals deze de economische waarde van den eigendom vermindert immers hem een zekere instabiliteit geeft. Bij de verdediging dier stelling gaat schr. dan tevens na, hoe met de handhaving dier werking een behoorlijke bescherming van de belangen van latere verkrijgers gepaard zou kunnen gaan.

Ziedaar een overzicht van den rijken inhoud van het proefschrift. Over den vorm waarin ons die inhoud geboden wordt, kan ik kort zijn. Tevergeefs zocht ik naar een inhoudsopgave, die naar ik onderstel ter drukkerij is zoek geraakt; een boek zonder inhoudsopgave is als een huis zonder deur. Een daaraan toegevoegde lijst van de gebezigde litteratuur, zooals die menigmaal in proefschriften wordt aangetroffen, zou ook hier den lezer zeker niet onwelkom zijn geweest. Maar hiermede is ook alles gezegd van wat naar kritiek zou zweemen. De werkelijk niet gemakkelijke stof is met meesterhand verwerkt; de stijl is altijd helder en zakelijk; noodelooze omhaal van geleerdheid is zorgvuldig vermeden en toch blijkt overal hoe de schrijver in al de onderdeelen van zijn onderwerp volkomen thuis is. Van de eerste bladzijde tot de laatste toe worden de eigen meening en die der tegenstanders duidelijk en klaar aangegeven, verdedigd of weerlegd, en het geheel laat niet na een sterk overtuigenden invloed uit te oefenen. Ik twijfel niet of dit proefschrift is voor den schrijver een succes.

's-Gravenhage, Juni 1919 W. H. DE SAVORNIN LOHMAN.

Overmacht bij overeenkomsten. Proefschrift van J. L. L. Wéry. Leiden 1919.

Wanneer iemand, zooals de schrijver van deze aankondiging, gedurende de jaren 1915—1917 een zetel heeft ingenomen in de handelskamer van de Rotterdamsche Rechtbank, dan heeft hij zeker ruimschoots gelegenheid gehad om over vraagstukken van overmacht na te denken. Bij tien- en twintigtallen tegelijk verschenen gedingen, waarin de gedaagden de allerzuinigste gezichten trokken, op de rol, en er ging geen zitting voorbij waarin het woord van den dag niet een enkele maal werd gehoord. De vonnissen over force majeure, waaraan ik heb medegewerkt, vormen een stapel van bedenkelijke hoogte. En toch heb ik mij destijds in theoretische beschouwingen omtrent die overmacht slechts zeer weinig verdiept. Wij hebben zelfs met opzet nagelaten een of andere theorie in een vonnis te formuleeren. Ontslagen van de boeien van een verouderde opvatting, alsof slechts in gevallen van objectieve onmogelijkheid, en derhalve zelden of nooit, een contractant van zijn praestatie kon worden geëxcuseerd, voelde de Rechtbank, plotseling overgeplaatst in een nieuwe feitenwereld, geen behoefte om zich vast te klinken aan een nieuwe dogmatische rots, en besloot, na vaststelling, voor zichzelve, van eenige algemeene gedragslijnen, voortschrijdende van de eene feitelijke beslissing naar de andere, aan alle kanten vrij te blijven om den wassenden stroom van het onrecht overal te keeren, waar de binnendijken van goede trouw en billijkheid in gevaar kwamen. Dat anderen later voor onze beslissingen den theoretischen grondslag zouden vinden, daaromtrent twijfelden wij toenmaals reeds niet.

Ik heb nog geen reden gehad deze opvattingen van de Rechtbank te betreuren. Het is in den loop der jaren ten duidelijkste gebleken, dat voor de oplossing van menig vraagstuk van overmacht, werkelijk of vermomd, beslissingen noodig waren, die in geen bij den aanvang van den oorlog opgesteld theoretisch systeem goed te plaatsen zouden zijn geweest, en daarnevens, dat bij de eindrekening van het oorlogsrisico, waaromtrent in 1917 praeadviseurs van de Juristenvereeniging hun gedachten op papier begonnen te zetten, de rechter de handen vrij moest hebben. En het blijkt thans ook, dat de theoretische onderzoekers druk aan het werk zijn aan het voetstuk, waarop wij in de oogen van het nageslacht zullen tronen.

Het is begrijpelijk, dat ik vol belangstelling met de lezing van deze dissertatie ben begonnen. En die belangstelling is onder het lezen niet verminderd. Ik heb er slechts over te

klagen, dat de Schrijver in zeer beperkte mate zich erop heeft toegelegd om eenvoudig en klaar te zeggen, wat hij denkt, en verkeerende in de zeer verspreide dwaling, dat er een aparte taal voor rechtsgeleerd betoog bestaat, zich heeft bediend van het nog enkele jaren geleden zoo geliefde mengelmoes van de stijlen der regeeringsantwoorden en Kantvertalingen, dat thans gelukkig uit de mode begint te raken.

Nadat een hoofdstuk is gewijd aan orienteering, speciaal omtrent de oudere denkbeelden en den regel *impossibilium nulla obligatio est*, vermeldt de Schr. de meer moderne opvatting, hier te lande door HOUWING het eerst wetenschappelijk verdedigd en tot heerschappij gebracht, de stelling, dat de schuldenaar reeds dan bevrijd is, wanneer hij ter uitvoering van de verbintenis alles heeft gedaan, waartoe hij naar de opvatting van het verkeer en den redelijken zin der overeenkomst gehouden is. De bekende veel gebruikte en misbruikte formule.

Men weet, dat het groote bezwaar tegen deze stelling is, dat zij niet kan worden gebruikt door hem, die niet betalen wil op grond van de daardoor voor hem en zijn gezin bereiden economischen ondergang. Hij kan uitstel krijgen, surseance of een crisistermijn, maar bevrijding brengt hem zijn beroep op nood in het algemeen niet. Dit heeft reeds velen te denken gegeven. En de auteur dezer dissertatie waagt het thans verder te gaan peinzen dan de voorstanders der subjectieve onmogelijkheid hebben gedaan en de grondslagen dezer heerschende doctrine aan een nader onderzoek te onderwerpen. Hij vindt daartoe mede aanleiding in het verschijnsel, dat er vele gevallen bestaan, waarin door de wet of vaststaande jurisprudentie aansprakelijkheid voor derden (werklieden van aannemers, huisgenooten van huurders enz.) wordt aangenomen, zonder dat men zich kan bevrijden door aan te toonen, dat men in redelijkheid alles gedaan heeft om deze derden zich fatsoenlijk, voorzichtig en ordelijk te doen gedragen. En het valt hem op, dat ofschoon hij, die zich tot iets verbond waartoe hij niet bekwaam is, aansprakelijk is voor het uitblijven of mislukken van zijn praestatie, de heerschende meening is, dat hij het vol belang van den schuldeischer bij de nakoming moet vergoeden, terwijl men zou meenen, dat de theorie slechts meebrengt, dat de crediteur moet worden gebracht in den toestand alsof de overeenkomst niet was aangegaan.

De strijd begint met een dogmatisch voorspel. Is de leer van HOUWING theoretisch wel geheel gezond? Dat zij veel vóór heeft op de klassieke kan zonder aarzelen worden toegegeven. De theorie van de objectieve verhindering bracht het practisch niet verder dan tot casuïstiek, terwijl de Amsterdamsche leer één gedachte bevat; theoretisch moest de oude

leer afstuiten op dit bezwaar, dat er nauwelijks één feit denkbaar is, waarvan de schadelijke gevolgen door zorgvuldig optreden van den schuldenaar niet hadden kunnen zijn voorkomen. Inderdaad, het woord „onmogelijk", dat volgens Napoleon niet in het woordenboek van den soldaat wordt gevonden, bestaat stellig niet in de conclusie van repliek des eischers.

Onze auteur meent dan in het theoretisch harnas van den voorstander der subjectieve leer deze — reeds door anderen vóór hem in 't vizier genomen — gaping te hebben ontdekt, dat zij ons slechts ééne zijde van de praestatiebelofte noemt. Men stelt, dat een schuldenaar zijn woord reeds ten volle heeft ingelost, indien hij zich naar redelijkheid heeft ingespannen om te praesteeren. Mr. Wéry stelt daartegenover: wie een overeenkomst aangaat, belooft niet zich te zullen inspannen tot het bereiken van zeker doel, de praestatie, maar hij belooft die praestatie zelve. Zijn toezegging heeft dubbelen inhoud: *a.* de aanvaarding van een plicht tot de bij de overeenkomst omschreven verplichting, *b.* een instaan voor het inderdaad gebeuren. Practisch komt de fout van het hieromtrent gemist theoretisch inzicht te voorschijn in het feit, dat nu ontbreekt de bescherming voor het bij den schuldeischer opgewekt redelijk vertrouwen op de nakoming.

Ik meen, dat er nog maar weinigen zijn, die in ernst gelooven, dat een verbintenis ten aanzien van den debiteur slechts hierop gericht is, dat hij zich ter verwezenlijking van het practisch resultaat redelijk inspanne. De veelgenoemde eerste consequente toepassing van deze leer is, dat hij die zich onredelijk zou inspannen — b.v. door daags een kwartier langer dan acht uur te werken — en zoo tot de zuivere praestatie mocht komen, moet geacht worden méér te hebben gedaan dan hij gehouden was te doen en recht te hebben op de positie van schenker of betaler van iets, dat hij niet schuldig was. Een tweede consequentie is, dat bij het bereiken van de grens van het redelijke, de mogelijkheid om verder te gaan en daarmede het lot der verbintenis, niet meer ter beoordeeling van den debiteur staat. En hoe kan die redelijke inspanning inhoud van een overeenkomst zijn, wanneer, zooals wel in den regel, het den crediteur volkomen onverschillig is of er al dan niet wordt ingespannen? Hier is voor den bestrijder van de subjectieve theorie het pleit aanvankelijk niet moeielijk te winnen, en het eenige opmerkelijke is slechts, dat hare voorstanders nog niet de principieele wijziging aanbrachten, waardoor het mogelijk zal zijn deze en dergelijke stooten voortaan op te vangen. Maar komt hij zelf zonder blaam terug? Daarover zou ik op een volgende bladzijde nog wel wat willen zeggen.

Wanneer nu een ander beginsel ten bate van den benauwden

debiteur moet worden gezocht, wendt de schrijver zijn blik naar de jurisprudentie omtrent de niet-bevrijding van den schuldenaar, die verhinderd is geworden zijn plicht te doen tengevolge van omstandigheden, die hij, ook zonder eenigen profetischen blik, had moeten voorzien. De rechtspraak houdt hem dan aan zijn woord. Op grond van zijn schuld? Neen, want ook de tegenpartij kon, en zal, het gevaar wel voorzien hebben. Op grond van vrijwillig aanvaard risico? Ook niet, want men zou niet anders oordeelen, wanneer bleek, dat de schuldenaar daarover geheel anders had gedacht. Waarom dan wèl? Omdat, zoo zegt hij, niets zoo natuurlijk is als dat de feiten, met wier intreden men rekening heeft kunnen houden, hun normaal rechtsgevolg hebben, en hier, op grond van het algemeen contractueel risico dus, geen grond is den schuldenaar van zijn aansprakelijkheid wegens niet-nakoming te ontheffen.

Aan dit algemeen contractueel risico wordt nu door den auteur de overmachtsleer opgehangen. Zijn risico-regelen op dit punt vermeld ik straks. Ik sta hier even stil met de opmerking, dat het niet overbodig zou zijn geweest enkele van de zoo scherpzinnige bladzijden van dit proefstuk te wijden aan een nadere beschouwing van deze eigenlijke kern van het betoog. Wat de schrijver hier zegt, is geen wiskundig axioma of in het algemeen een niet voor bewijs vatbare of bewijs niet behoevende stelling. Evenmin is het een juridische waarheid, die het gemeen goed van allen is en waaromtrent nadere uiteenzettingen een kinderachtigen bijsmaak zouden hebben. Er zou dus zeer goed een woordje over gezegd kunnen worden. En dit lijkt noodzakelijk en ook naar den stijl geboden, wanneer men in deze formule den nuclens van zijn werk vindt. In een boek als dit moet de pit hard zijn, anders maakt het den indruk van een ui, dien men altijd maar blijft schillen totdat men niets meer in den hand houdt.

Het lijkt mij nogal gemakkelijk aan te toonen, dat een regeling van een algemeen contractueel risico, in dien zin dat in het recht der overeenkomsten de feiten met wier intreden men rekening heeft kunnen houden, hun normaal verloop hebben (een zin, waarvan de formuleering reeds niet vrij van bedenkelijkheid is) in onze wet niet bestaat en ook niet bestaan kan. Het behoeft daarnevens in het geheel geen betoog, dat de wet wel een risico-regeling bevat, maar dat deze van volkomen verschillenden aard is, immers niet te pas komt bij de beantwoording van de vraag of de debiteur niet aansprakelijk is voor het uitblijven van het resultaat, dat partijen bij het sluiten der overeenkomst voor oogen stond, maar eerst begint te werken wanneer is gebleken, dat de praestatie onmogelijk is geworden buiten aansprakelijkheid van den schuldenaar.

Het nieuwe denkbeeld, dat dit proefschrift ons brengt, zou ik aldus kunnen omschrijven, dat, waar men niet te doen heeft met een verhindering, welke men kon voorzien, maar met een beletsel, dat zich onverhoeds voordoet, de „algemeene risico-regel" niet wordt terzijde gelegd, maar met een wijziging blijft gelden. En wel aldus: hoe meer de verhindering van nakoming verband houdt met persoonlijke omstandigheden van den schuldenaar, die zijn vatbaarheid voor de verhindering verhoogden, hoe meer hij daarvoor heeft in te staan. Maar daarnevens: hoe meer de verhouding tusschen schuldedenaar en schuldeischer een persoonlijke is, hoe meer de schuldenaar zich ook op voor hem persoonlijke oorzaken van verhindering beroepen mag. Alles gedekt door deze verzoenende woorden: de vraag wanneer een zoodanige persoonlijke omstandigheid of verhouding aanwezig is, moet niet in abstracto worden beoordeeld, maar in het licht der contractsverhouding en der personen.

Dus: het feit, dat men als schuldenaar voor de nakoming deed wat men behoorde, is op zich zelf nog geen enkele waarborg voor bevrijding. De vraag of men vrij uit kan gaan, is een vraag van risico.

Gronden voor deze stelling vindt de schrijver in de beweging van het recht omtrent het geldelijk onvermogen en de contractueele aansprakelijkheid voor derden.

Waarom gelden benarde financieele omstandigheden niet als overmacht? Omdat, zoo luidt het antwoord, dit een uiterst subjectief verschijnsel is! En er wordt opgemerkt, dat wanneer feiten van ruimere werkingssfeer in de veroorzaking van geldelijk onvermogen een aanmerkelijke rol gaan spelen, het recht neiging vertoont de aansprakelijkheid voor geldelijk onvermogen prijs te geven. Zie eenige oorlogswetgeving en jurisprudentie.

Waarom mag men zich niet beroepen op overmacht, wanneer werklieden enz. de praestatie verijdelen? Omdat het feit, dat de schuldenaar voor de nakoming van zijn verplichtingen de hulp van derden inriep, den crediteur niet aangaat! Maar derden, die de schuldenaar niet vrijwillig in de uitvoering der overeenkomst betrok, kunnen de nakoming beletten! Ook dan blijken de bovenvermelde risico-beginselen te heerschen. Want indien er tusschen den schuldenaar en den derde geenerlei subjectief verband bestond (vijanden, roovers enz.), erkent men overmacht. Doch zoodra er wèl een persoonlijke verhouding tusschen schuldenaar en derde is, toont de rechtspraak neiging het overmachtsberoep af te wijzen.

Mr. Wèry heeft stellig gelijk, wanneer hij zijn leer gunstig laat afsteken bij die van Suyling, die de subjectieve theorie voor den normalen mensch reserveert, en dan zegt, dat de normale mensch niet van derden afhangt en altijd geld bij

de hand heeft. Hij kan er ook op wijzen, dat zijn theorie de eenheid van denkbeeld vóór heeft boven hetgeen SCHOLTEN zeide: het kan in overmachtsvragen goed zijn, voor men naar de redelijke inspanning vraagt, eens te zien naar het risico. Waarbij de opvolger van HOUWING intusschen met risico iets anders bedoelde dan onze schrijver.

Of hij ons met de ontwikkeling van zijn risico-theorie veel verder brengt, is mij nog niet duidelijk. Men zou eerst eens in raadkamer zijn beginselen aan de meest voorkomende gevallen in de practijk moeten toetsen om te kunnen zeggen welke waarden zij voor een goede en bevredigende rechtspraak hebben. De slotregel zal dan wel de beste blijken.

Theoretisch heeft de leer niet zoo heel veel boven die van HOUWING vóór. Immers de vraag of er overmacht is, komt ter sprake wanneer vaststaat, dat de praestatie is uitgebleven. Eerst dan kan schadevergoeding worden gevraagd, eerst dan behoeft de gehoudenheid tot schadeloosstelling te worden bestreden, in casu met beroep op force majeure. Zoodra men nu zegt: de schuldenaar is niet verder gehouden dan om zich redelijk in te spannen, bewijst de debiteur, die aantoont, dat hij zich redelijk heeft ingespanpen, hoewel 't verwachte effect is uitgebleven, niet dat hij door overmacht is verhinderd, maar dat hij aan de overeenkomst heeft voldaan. Maar wanneer men nu zegt: de schuldenaar heeft de verplichting om in te staan voor het beloofde resultaat, doch somtijds niet geheel en in verminderde mate, dan betreft het debat over die mate van gehoudenheid niet de overmachtsvraag maar de gehoudenheid van den schuldenaar, den inhoud van de overeenkomst. Maakt men uit, dat hij niet verder behoefde in te staan, dan hij gedaan heeft terwijl het resultaat uitbleef, dan stelt men niet vast, dat hij door overmacht is verhinderd te doen wat hij moest doen, maar dat hij gedaan heeft waartoe hij zich verbond.

Ik meen bovendien thans reeds te kunnen opmerken, dat het zoeken naar deze grondslagen voor de overmachtsbepaling niet noodig was om de contractueele aansprakelijkheid voor derden en de geheele schadevergoeding door den onbekwame tevens te verklaren. Het laatste wordt trouwens niet geheel uitgewerkt, het wijzen op deze onverklaarbare opvatting blijft meer een argument tegen de subjectieve theorie dan een zegeteeken voor de nieuwe leer. Het eerste was naar mijn meening tamelijk overbodig, omdat de aansprakelijkheid voor derden theoretisch niet als uitsluiting van het beroep op overmacht behoeft te worden opgevat. Zooals ik reeds vroeger heb uiteengezet, moet men b.v. art. 1649 B. W. begrijpen als een vergelijk, door den wetgever aan de hand gedaan ter oplossing van twee feitelijk verknochte moeilijkheden, die zich bij iedere eenigszins ingewikkelde aanneming van werk

en ook bij vervoer, voordoen, nl. die van den aannemer: om zonder hulp van derden het werk te volbrengen, en die van den aanbesteder: om in dat geval te weten aan wien hij zich tot verhaal van schade zal moeten houden. Het vergelijk is dan dit: aan de eene zijde krijgt de aannemer de bevoegdheid derden te werk te stellen; aan de andere zijde behoeft de aanbesteder zich slechts tot één persoon te wenden die zal moeten opkomen voor de fouten van ieder, die feitelijk heeft medegewerkt. Mijnentwege zegt men dan van den aannemer, met MOLENGRAAFF, dat de daden van zijn personeel *zijn* daden zijn. Wanneer men maar inziet, dat deze opvatting in de rechtsgedachte antérieur is aan de overmachtsquaestie.

Iets anders zou het zijn met het geldelijk onvermogen. De ook door Schr. aangehaalde woorden van HOUWING: „De geheel abstracte natuur van het geld maakt het tot de meest vervangbare zaak van alle, zoodat het door ruil, arbeid of crediet voor iedereen verkrijgbaar is", moeten dezen grooten rechtsgeleerde van tijd tot tijd wel aanstaren als vlammenschrift aan den wand. Schoolvoorbeelden en uitzonderingen daargelaten, zijn verreweg de meeste van de door de subjectieve theorie als zoodanig geredde overmachtsvragen in haar wezen slechts geldquaesties. En de auteur van dit proefschrift wijst er zeer terecht op, dat het beroep op geldelijk onvermogen bij iedere verbintenis een rol kan spelen. Hij noemt als voorbeeld, dat een fabrikant, die op een bepaalden tijd moet leveren, het vereischte materiaal wegens faillissement van zijn bankier niet betalen kan en daardoor niet tijdig beschikbaar heeft. Ieder kan er direct twintig andere vinden. Bij erkenning hiervan moest bij HOUWING's redeneering nagenoeg alle winst, met zijn theorie behaalbaar, worden prijs gegeven.

De jurisprudentie heeft zich naar die zijde herhaaldelijk oogkleppen moeten voordoen, wanneer zij van in redelijkheid te vergen inspanning wilde gewagen.

Aangezien een beroep op persoonlijke betrekkingen tusschen partijen tot de uitzonderingen behoort, zouden wij moeten nagaan, of de eerste risico-regel van onzen auteur ons tot meer bevredigende resultaten brengt. Zij luidt dan: hoe meer de verhindering van nakoming tengevolge van geldelijk onvermogen verband houdt met persoonlijke omstandigheden van den schuldenaar, die zijn vatbaarheid voor de verhindering verhoogden, hoe meer hij daarvoor heeft in te staan, zulks beoordeeld in het licht der contractsverhouding. Het omgekeerde moet dan ook waar zijn en een beroep op overmacht moet den geldschuldenaar vrijstaan, zoodra zijn onvermogen voortvloeit uit omstandigheden, die met zijn persoon niets te maken hebben. „Niets" moeten wij natuurlijk begrijpen als „zeer weinig". Dit beteekent dus, dat, wanneer de hemel

invalt, niet allen, maar slechts de crediteuren dood zijn. Gaat dat niet veel te vèr? Volgens den regel van dit proefschrift zou men den kooper in vreemd geld moeten vrijstellen van betaling, wanneer de valuta tot in het ongekende mocht stijgen. Wat heeft dat met zijn persoon te maken? Men zou allen gelijk moeten geven, die, overvallen door de buitengewone gebeurtenissen, in Augustus 1914 hunne rekeningen retourneerden tot „na den oorlog". Konden zij daar iets aan doen?

Mr. Wéry beroept zich op de Uitstelwet 1914. Maar levert deze juist niet het allerbeste bewijs, dat de risico-regel niet opging? Waartoe anders die wet?

Het probleem van de verzoening der overmachtsleer met de volstrekte meedoogenloosheid van de wet ten opzichte van den geldelijk onvermogenden debiteur schijnt zóó onoplosbaar, dat men het recht heeft zich af te vragen of het wel een vraagstuk is. Is het noodig een overmachtstheorie aldus pasklaar te maken op geldschulden, dat zij er niet op past? Een ontkennend antwoord zou inhouden, dat artt. 1280 en 1281 niet geschreven zijn voor hem, die zuiver een geldsom, en niets dan dat, schuldig is.

Wanneer men begint met toe te geven, dat de regeling van een compensatoire schadevergoeding bij uitblijven van betaling eener zuivere geldschuld niet doenlijk is, en derhalve in de genoemde artikelen niet kan zijn bedoeld; wanneer men dan wil erkennen, dat de regeling der gevolgen van te late betaling eener geldsom elders is getroffen buiten verband met het vraagstuk der schadevergoeding, dan is men reeds een eind op weg om een dergelijke veronderstelling niet al te stout te vinden. Men zou dan nog mogen bedenken, dat, al zou oorspronkelijk ook de debiteur van een bepaalde geldsom overmacht hebben kunnen pleiten (men zou dan toch al héél ver terug moeten gaan), het met de economische functie van het geld ten eenenmale in strijd zou zijn geweest dat recht te handhaven, en tevens, dat per slot van rekening de rechtsstrijd als belangenstrijd noodwendig op eliminatie van het overmachtsberoep moest uitloopen, omdat iedereen dagelijks zoowel in de positie van crediteur als van debiteur van zuivere geldschulden verkeert, en uit den aard der zaak de bevoorrechting van zijn positie als crediteur het eerst ter hand neemt.

Hoewel met deze enkele opmerkingen dit vraagstuk niet eens behoorlijk ingeleid, laat staan overwogen is, mag op grond daarvan toch wel eens worden bedacht of de moeielijkheden der subjectieve theorie met het geld alleen mogen leiden tot de aanvaarding van Schrijver's leer.

Zoodat per slot van rekening een zéér knap boekje zijn uitwerking zou missen.

Mr. G. van Slooten Azn.

De onderneming in het privaatrecht, door G. Russel. Amsterdam, A. H. Kruyt, 1918, 278 blz.

Ontdoe ik deze lijvige dissertatie, welke reeds te lang op eene bespreking wachtte, van de vele juridische en literaire franje, waarmede de schrijver heeft goedgevonden haar op te sieren, dan blijft in het kort het navolgend betoog over. Eene onderneming of affaire is meer dan een zielloos zaken- of goederencomplex, daar hare organisatie, de zakenkennis en ervaring van den ondernemer en hare bekendheid bij het publiek (de achalandage) haar tot een economisch goed maken, waarvan de waarde de gezamenlijke waarde der onderdeelen vaak verre overtreft Dit economische goed vormt eene eenheid, welke tevens in rechtskundigen zin als eene zaak is te beschouwen. Als zoodanig is de affaire object van recht en is zij vatbaar om te worden verkocht, verpand en geëxecuteerd, kan er een recht van vruchtgebruik op worden gevestigd, moet er bij boedelscheidingen en bij het bepalen der legitieme portie mede rekening worden gehouden, enz.

Genoemd betoog is verdeeld over een viertal hoofdstukken, in hoofdzaak behandelende de onderneming als maatschappelijk verschijnsel, de wijzen waarop hier en elders getracht is haar in het systeem van het recht te passen, de geschiedkundige ontwikkeling en de buitenlandsche rechtspraak, terwijl een vijfde hoofdstuk het recht op de onderneming naar Nederlandsch recht bespreekt. Laat ik er terstond bijvoegen, dat dit laatste hoofdstuk in beteekenis bij de andere zeer ten achter staat en niet beantwoordt aan de hooggespannen verwachtingen, in het begin van het boek gewekt.

Dat de heer Russel het zich overigens te gemakkelijk heeft gemaakt, zal niemand beweren die heeft kennis genomen van de eerbiedwaardige lijst der door hem geraadpleegde werken, of die hem gevolgd heeft in zijn uitvoerig onderzoek naar de beteekenis der affaire bij de Chaldeeën, de Grieken en Romeinen, ten tijde der glossatoren, in het oud-Fransche en het latere rechts- en verkeersleven. Ook de filosofische beschouwingen, door hem gewijd aan de theorieën van Ohmeyer, Pisko, Isay en Geller, bevestigen den indruk, dat schrijver zich grondig in zijn onderwerp heeft ingewerkt en niet over éénnachtsijs is gegaan.

Toch kan de eindindruk van het boek niet bevredigend worden genoemd en vermoed ik, dat de meeste lezers het

onvoldaan ter zijde zullen leggen. Ik schrijf dit aan een drietal redenen toe.

Vooreerst is schrijver er m. i., niettegenstaande de vele moeite welke hij zich in dit opzicht heeft gegeven, niet in geslaagd aan te toonen, dat de affaire in ons verkeersleven een vast omlijnd begrip vormt, waaronder steeds hetzelfde is te verstaan. Het is a. h. w. de verzamelnaam, waaronder het spraakgebruik de meest uiteenloopende bedrijven samenvat; zoowel de groothandelaar als de kleine winkelier, de fabrikant als de advocaat, de geneesheer als de notaris oefenen ten slotte in den ruimen zin eene „onderneming" uit. En nu mogen al die bedrijven en beroepen het gemeenschappelijke kenmerk vertoonen, dat er boven en naast de lichamelijke en onlichamelijke zaken, waarmede de onderneming wordt gedreven, iets bestaat, hetwelk haar tot eenheid stempelt en er eene bijzondere waarde aan verleent, daarmede is volstrekt niet gezegd, dat die eenheid bij alle bedrijven dezelfde is en dat genoemd iets als een juridisch begrip is aan te merken. Bedrieg ik mij niet, dan hecht het verkeer bij het eene bedrijf ook een veel ruimer beteekenis aan het begrip „affaire" dan bij het andere en zal de overdracht van een advocatenkantoor of van een medische praktijk b.v. geheel andere rechtsgevolgen hebben dan die van een apotheek of eener zwemschool. Zoo zullen het pand, waarin de zaak wordt gedreven, het meubilair en de winkelvoorraad nu eens wel dan weder niet tot de onderneming worden gerekend en de vorderingen en schulden bij het eene bedrijf er wel, bij het andere geen deel van uitmaken.

Waar het ten slotte trouwens om te doen is, is niet eene voor alle bedrijven passende, algemeene omschrijving te vinden, doch in ieder geval te weten, wat met het verkoopen, verhuren of verpanden der zaak door partijen wordt bedoeld en welke rechtsgevolgen aan het overdoen of vermaken eener bepaalde onderneming zijn verbonden. Op deze vragen is, naar het mij voorkomt, een algemeen antwoord niet te geven. Wat voor het kruidenierszaakje van den kleinen winkelier geldt, is daarom nog niet waar voor het grootbedrijf van den bankier en bij het vervreemden van eene leesbibliotheek zullen waarschijnlijk geheel andere regelen in acht zijn te nemen dan bij die eener wijnzaak. Het verwondert mij dan ook niet, dat schrijver, genaderd tot de praktische vraag, op welke wijze de „affaire" nu moet worden geleverd, het antwoord hierop schuldig blijft (blz. 244) en dat hij eenige bladzijden verder (op blz. 250) verklaart, dat het hem „niet lust" nader te treden in eene bespreking van de verschillende rechtshandelingen, waarvan „de onderneming" het voorwerp kan zijn.

Een tweede verwijt, dat ik den heer Russel zou willen

maken, is dat hij zich niet gelijk blijft en zelf onder „onderneming" nu eens dit dan weder dat verstaat. In het eerste hoofdstuk omschrijft hij de affaire met kapitaal als „een door persoonlijke werkzaamheid van het subject bezield samenstel van velerlei vermogensbestanddeelen, dat, vereenigd en gevoed door het organiseerend vermogen van den exploitant, in het praktische leven als afgeronde eenheid optreedt en door en ten behoeve van het subject gebruikt wordt tot het behalen van winst door middel van blijvende aanbieding aan de markt ter vergelding". Hier vinden wij dus de opvatting, dat de verschillende vermogensbestanddeelen, welke het beoogde doel helpen bereiken, door de bezielende werkzaamheid van den ondernemer tot eenheid vervormd, te zamen de onderneming uitmaken. In het vijfde hoofdstuk wordt er echter onder verstaan: de geestelijke werkzaamheid van den ondernemer, staande naast en onafhankelijk van de afzonderlijke deelen. Iets later weder wordt het recht, hetwelk de ondernemer op de affaire heeft „als recht op een immaterieel goed", vereenzelvigd met het recht op de affaire als complex der daartoe behoorende voorwerpen. Waaraan hebben wij ons nu te houden? Vormt de onderneming nu volgens den heer Russel ééne onlichamelijke zaak, welke in het rechtsverkeer als juridische eenheid optreedt, of bestaat zij uit een aantal lichamelijke en onlichamelijke onderdeelen, die b.v. elk op de daarvoor aangegeven wijze moeten worden geleverd?

Ten slotte is m.i. de in het laatste hoofdstuk gedane poging om, niettegenstaande onze wet een recht op de onderneming als zoodanig niet kent, haar een plaats in ons rechtssysteem aan te wijzen als mislukt te beschouwen. Begrijp ik schrijvers op dit punt niet zeer duidelijken gedachtengang wel, dan legt hij thans den vollen nadruk op de geestelijke werkzaamheid van den ondernemer en kent hij dezen uit dien hoofde een soort geestelijk eigendomsrecht op de zaak toe, in aard en wezen overeenkomende met het auteurs- en octrooirecht en evenals deze gegrond in het natuurrecht. Dat het zwakke punt in deze redeneering is, dat de genoemde rechten behalve op het natuurrecht ook op de geschreven wet zijn gegrond, terwijl een dergelijke basis voor het door schrijver geconstrueerde recht tevergeefs wordt gezocht, is duidelijk. Diens beroep op het altijd eenigszins vage natuurrecht laat hem dan ook, gelijk te verwachten viel, bij de bepaling van den omvang en de grenzen van meerbedoeld recht deerlijk in den steek. Over de juridische goocheltoer eindelijk om het recht op de affaire als „immaterieel goed" met het recht op de daartoe behoorende lichamelijke en onlichamelijke zaken te „vereenzelvigen" en op die wijze de onderneming als een rechtsgoed te construeeren, waaraan

zelfs de positieve wet bescherming verleent, acht ik het maar beter niet te veel te zeggen.

Na het vele goede, hetwelk het proefschrift biedt, doet dit laatste hoofdstuk m.i. bepaald als een teleurstelling aan. Indien de heer RUSSEL, in plaats van zich blind te staren op de door hem bedachte constructie en de daaruit voortvloeiende moeilijkheden met een onverschillig gebaar aan den wetgever te endosseeren, in dit hoofdstuk de verschillende, in binnen- en buitenlandsche jurisprudentie behandelde gevallen, waarin de rechtsstrijd telkens een bepaalde onderneming betrof, eens wat grondiger had onderzocht, in elk bijzonder geval de bedoeling der handelende partijen had nagegaan en op die wijze de beteekenis der affaire in het moderne verkeer had trachten vast te stellen dan had dit een waardige bekroning van zijn werk kunnen zijn. Laat mij de hoop uitspreken, dat schrijver er zich nog eens toe zal zetten zijn boek in dezen geest om te werken. Het kan dan eene aanwinst voor onze rechtsliteratuur worden, hetgeen het naar mijn bescheiden meening thans niet is.

Juni 1919. RH. FEITH.

Mr. C. A. J. HARTZFELD. *Rechtsverfijning.* Amsterdam, 1919.

Eene bespreking van het nieuwe geschrift van Mr. HARTZFELD, door hemzelven betiteld als eene psychologisch-juridische schets, moet m. i. als uitgangspunt nemen zijne vroegere geschriften over het Bemiddelend Vonnis. In 1915 verscheen zijn werkje over dit onderwerp, waarover ik in „Themis" van 1916 het mijne mocht zeggen. In 1916 had in het kleinauditorium der Leidsche Academie het vermaarde kampgevecht plaats, waarin de praeadviseur HARTZFELD het onderspit dolf. Thans komt hij — geleerd door de ervaring en zijn voordeel doende met Prof. KRÜCKMANN's in 1918 verschenen geschrift over overmacht, waarin met name de aandacht gevraagd wordt voor de verschillende fijne rechtsnuances (tusschen de beide uitersten), welke den jurist zoo vaak ontgaan — de grenzen van zijn onderwerp uitzetten en ons spreken over den bemiddelenden gedachtengang, niet alleen in de rechtspraak maar ook in wetenschap en wetgeving.

De *bemiddelende gedachtengang* tegenover het strakke, harde „alles of niets". Geeft men zich van dit „alles of niets" rekenschap, dan teekent de bemiddelende gedachtengang zich daartegen helder en scherp af. Het „alles of niets", aan vele juristen dierbaar om de zekerheid, die het geeft, de „prettige zekerheid" van het beperkt gezichtsveld, zóó dierbaar dat — zooals te Leiden bleek — een tornen aan het beginsel niet slechts tegenstand ontmoet maar animositeit verwekt (blz. 13—15). Het „alles of niets", theoretisch aanvechtbaar, immers de leuze voor een beoordeelen van de gevallen naar hunne soort, niet naar de bijzondere gezichtspunten, een *generaliseeren*, dat — als zoodanig — een te beperkten blik geeft op de werkelijkheid (blz. 12—13). Het werkelijke leven om ons heen leert ons, hoe de niet-jurist telkens de *verschillende* zijden eener zaak, de algemeene en de bijzondere, beziet en spreekt van den „gulden" middenweg als den weg, waarlangs een rechtvaardig en practisch oordeel kan worden verkregen (blz. 43—45). De praktijk van het werkelijke leven is 't, die de noodzakelijkheid van bindende voorschriften in 't algemeen erkent maar daarnaast de bevoegdheid tot *afwijking* daarvan, onder zeer bijzondere omstandigheden, met groote beslistheid opvordert (conclusie, op blz. 42). Overweegt men dit een en ander, dan ligt de conclusie voor de hand. Wij hebben prijs te geven ons geloof in de volmaaktheid der menigvuldige

tegenstellingen, waarmede wij als juristen werken. Wij hebben te erkennen, dat er talrijke *schakeeringen* zich voordoen, tusschenvormen tusschen — om een paar voorbeelden te noemen — geldig èn niet-geldig, verbonden èn bevrijd, praestatie èn wanpraestatie. Wij hebben — in één woord — aan het *grensgeval*, in zijn eigen en eigenaardig karakter, recht te doen wedervaren.

Zie hier in enkele woorden *niet* de resumtie van het geschrift, maar de leidende gedachte daarvan, de kern van des schrijvers betoog, datgene wat wij na lezing van deze psychologisch juridische schets als indruk van het geheel tot ons nemen en bij ons bewaren.

Natuurlijk krijgt in het geschrift ook het bemiddelend vonnis zijne plaats. Het wordt ook thans aan de orde gesteld (blz. 47—54), maar als onderdeel van het geheel, als sprekend en pakkend voorbeeld van de door den schrijver voorgestane rechtsverfijning, als toepassing van den bovengeschetsten algemeenen gedachtengang. In het bemiddelend vonnis hebben wij dan te zien eene verdere ontwikkeling van wat de wet reeds nu aan onzen rechter als plicht oplegt bij het vaststellen van het door partijen bij hun contract geschapen recht (blz. 50—51): het letten op de billijkheid en het op deze wijze geven van de voor het concreet geval best passende oplossing. Omtrent de *frequentie* van het bemiddelend vonnis zal men zich niet aan eene voorspelling kunnen wagen. Een natuurlijke grens wordt den rechter in vele gevallen gesteld door den aard van het tusschen partijen gerezen geschil: men denke aan een geschil over de geldigheid van een gesloten huwelijk, waarbij eene bemiddelende uitspraak vanzelf is uitgesloten. Overigens zal de omstandigheid, dat in den regel de partijen zelven *eenzijdig* zijn in hunne voorstelling van zaken, in hunne opvatting van eigen recht, en in datgene wat zij van den rechter verlangen, in één woord alles doen om den rechter eene „geprepareerde" uitspraak in niet-bemiddelende richting voor te leggen, ten aanzien van de bedoelde frequentie als een belangrijke negatieve factor werkzaam zijn.

Wanneer wij nu het geschrift van Mr. HARTZFELD als geheel gaan waardeeren, dan doen wij dit het beste door de simpele erkenning, dat het op een hooger plan staat dan „Het bemiddelend vonnis", wijder perspectieven opent, een minder polemisch karakter draagt, een meer verzoenenden geest ademt, in één woord: in de synthese zijne kracht zoekt. En, na hetgeen ik destijds over zijn vorig geschrift heb opgemerkt, meen ik goed te doen mij tot *deze* waardeering, deze karakteriseering, te bepalen en daarop thans onze aandacht te concentreeren.

De vraag van de *rechtszekerheid* laten wij dus op dit oogenblik rusten. Zij is ongetwijfeld voor ons onderwerp van groot

belang, maar beheerscht het vraagstuk niet. Met verwijzing naar het vroeger geschrevene (Themis 1916, blz. 236), meen ik te kunnen volstaan met de uitspraak te onderschrijven, dat de *rechtszekerheid* niet als het allesbeheerschend belang kan worden beschouwd (al zal m.i. aan het argument, ontleend aan de consolidatie van de rechtsorde door „het cement des tijds", bl. 36 infra, slechts weinig waarde zijn te hechten) en dat het belang van de *rechtsdeugdelijkheid* zeker op ééne lijn met de rechtszekerheid mag worden gesteld. Trouwens wie zal ontkennen, dat die rechtszekerheid nimmer eene volstrekte kan zijn en in onze maatschappij dan ook feitelijk slechts eene betrekkelijke is?

Rusten laten wij dus ook de quaestie van de verzwaring van de taak des rechters, welke het gevolg zal zijn van de door Mr. HARTZFELD bedoelde evolutie der rechtspraak. Dat die evolutie wederom aan den rechter hooge eischen komt stellen, is onbetwistbaar. Bovenal zal 't er op aankomen, of de rechter die qualiteiten zal bezitten, welke voor het geven van eene billijke tusschen-uitspraak, die ook werkelijk als de meest billijke gevoeld wordt, vereischt zijn. Toch erken ik destijds misschien te veel nadruk gelegd te hebben op het verband tusschen dit — opzichzelf cardinale — punt èn het door Mr. H. aan de orde gestelde onderwerp, en zou ik dus thans aan dezen factor niet een argument contra of een argument in remmenden zin willen ontleenen.

Blijft dus over: de grondgedachte zelve van het nieuwe geschrift, zooals wij deze hebben mogen weergeven. Theoretisch volkomen juist en gezond. Feitelijk reeds werkende in onze jurisprudentie. Reeds beweegt de rechtspraak zich in de bedoelde richting. Men denke aan de gevallen van medeschuld van den benadeelde bij onrechtmatige daad, en aan het vraagstuk van de overmacht. Men denke aan de belangrijke en netelige quaestie van het „droit de visite" (na echtscheiding) al moge dit, na de afwijzende houding van den Hoogen Raad, misschien voor ons positief recht niet als eene quaestie te beschouwen zijn. Men denke aan het merkwaardig voorbeeld van eene „voorwaardelijke veroordeeling" in een burgerlijk geding, door één van de Amsterdamsche Kantonrechters gegeven en door Mr. H. op blz. 26 als „een gedurfde en uitnemend practische beslissing" geprezen. Men denke aan de recente uitspraak van het Amsterdamsche Gerechtshof (31 Mei 1919, *W.* 10437), waarbij de rechter — verboden concurrentie aanwezig achtende maar tevens overwegende, dat deze slechts bestond in enkele afzonderlijke handelingen en dat het verbod niet in zijn vollen omvang was overtreden — wijziging bracht in de door partijen zelven vastgestelde „straf of poenaliteit", ook hier dus strevende naar eene zoo billijk mogelijke beslissing.

Ziehier voorbeelden van eene rechtsverfijning, welke aan de burgerlijke rechtspraak niet anders dan tengoede kan komen. Door in deze richting zich te bewegen brengt de rechter de uitoefening zijner functie op een hooger plan. *Hier* ontbreekt juist datgene, wat met begrijpelijke animositeit, ja! met zekere verontwaardiging tegen het „bemiddelend vonnis" werd aangevoerd: het halveeren, het schipperen (en tenslotte geene der partijen bevredigen), het ruwweg den knoop doorhakken. Dezen laatsten weg moet 't niet uit. Het bemiddelend vonnis als uitweg bij *onzekerheid*, nl. in die gevallen, waarin de wet voor tweeërlei uitlegging vatbaar is, waarin de feiten voor tweeërlei uitlegging vatbaar zijn, of waarin het onzeker is, of het bewijs der gestelde feiten is geleverd (ik volg de formuleering van de Juristenvereeniging; Handelingen 1916, II blz. 117), moet ook mijns inziens worden afgewezen. En zeer sceptisch sta ik tegenover het denkbeeld van ZEILER (blz. 54), dat het bemiddelend vonnis ook toepassing kan vinden in gevallen, waarin de leden van het rechtscollege van meening verschillen, een denkbeeld, hetwelk Mr. H. tenslotte even weergeeft, zonder daarop nader in te gaan.

In het voorgaande hebben wij getracht ons standpunt tegenover het door den schrijver aan de orde gestelde onderwerp zoo duidelijk mogelijk te formuleeren. De door hem verdedigde rechtsverfijning heeft onze volle sympathie. En waar volgens de slotwoorden van Mr. LODER's rede in de vergadering te Leiden (woorden, die op het auditorium indruk maakten) de rechterlijke macht *recht moet doen*, daar mag in de bedoelde evolutie een middel gezien worden om de rechterlijke macht *deze taak* zoo deugdelijk mogelijk te doen vervullen. Niet eene nieuwe rubriek, niet een nieuw etiket. Maar eene verwezelijking van de gezonde gedachte, welke aan het bemiddelend vonnis ten grondslag ligt en welke de voorstanders zelven, bij het trekken van hunne consequenties, niet altijd zuiver hielden. Tot het verwezelijken van deze gezonde gedachte, tot deze heilzame rechtsverfijning werke de Nederlandsche rechter onvermoeid mede.

September 1919. VAN GEUNS.

De Positie van het Openbaar Ministerie voornamelijk in verband met het Ontwerp Wetboek van Strafvordering. Proefschrift, Amsterdam 1919, door O. E. G. van Limburg Stirum.

Het doet mij leed, van dit proefschrift niet veel goeds te kunnen zeggen. Het is geheel het werk van een beginner en doet ook de meesterhand nog niet vermoeden.

Hoofdstuk I bevat een geschiedkundig overzicht, dat weinig om het lijf heeft en niet een zeer duidelijk beeld geeft van de wording van het hedendaagsch Openbaar Ministerie. Ook hoofdstuk II, waarin wezen en taak van dezen tak van dienst worden beschreven, gaat niet heel diep.

In hoofdstuk III, „Verschil tusschen oude en nieuwe regeling", wordt de hoofdschotel opgedischt. Veel meer dan een overzicht kon in het kort bestek van een proefschrift uit den aard der zaak niet worden geleverd. De schr. heeft zich moeite gegeven, de verschilpunten tusschen de tegenwoordig geldende en de ontworpen regeling op te sporen en geeft — behoudens een belangrijke misvatting, waarop ik straks terugkom — blijk, daarbij ook de laatste grondig te hebben bestudeerd.

Duidelijk is echter zijn uiteenzetting lang niet altijd. Hetgeen bij elkander behoort wordt soms afzonderlijk besproken en dit werkt verwarrend. Verwarring heerscht ook bij de behandeling der aanhouding van verdachten gedurende het vooronderzoek. Met de tegenwoordige bevoegdheden tot aanhouding alleen bij ontdekking op heeterdaad (artt. 41 en 45), een inleiding vormende tot de in het wetboek niet geregelde politiebewaring, en met het bevel van voorloopige aanhouding, door den O. v. J. of den R. C. te geven (artt. 45 en 79), correspondeeren in het ontwerp de bevoegdheden tot aanhouding zoowel in als buiten het geval van zoodanige ontdekking (artt. 54 en 55), leidende tot inverzekeringstelling (art. 58) en het bevel tot bewaring, door den R. C. te verleenen. De schr. die waarschijnlijk onze hedendaagsche praktijk alleen uit het wetboek heeft leeren kennen en die dan ook blijkbaar van de politiebewaring niet weet, stelt het bevel van voorloopige aanhouding ex art. 45 van ons wetboek tegenover de inverzekeringstelling krachtens art. 58 van het ontwerp, waardoor het geheele beeld van dit onderwerp scheef getrokken wordt.

Terecht is de schr. van oordeel, dat een uiteenzetting van de positie van het O. M. niet goed tot haar recht kan komen, wanneer daartegenover niet wordt gesteld een beschrijving van de plaats, die aan den verdachte en zijn verdediger is ingeruimd. Hieraan is dan ook een paragraaf gewijd, doch slechts een zeer korte. Van het onbeperkte recht van toegang tot den verdachte, in het ontwerp den verdediger gegeven, wordt hierin niet gerept en de brandende vraag, in hoeverre het wenschelijk is, dezen in de gelegenheid te stellen van de stukken kennis te nemen en de verhooren bij te wonen, wordt niet hier, doch eerst in het laatste hoofdstuk besproken en dan in nog niet twintig regels. Een voor het grijpen liggende gelegenheid aan zijn werk hooger waarde te geven is hier door den schr. verzuimd.

Geheel onjuist eindelijk is wat hij mededeelt omtrent het vraagrecht ter terechtzitting. Hier is hij bij het oorspronkelijk ontwerp blijven staan zonder te bemerken, dat het door hem afgekeurde stelsel, hetwelk het vraagrecht geheel in de handen der partijen legt — dat van het z. g. n. kruisverhoor — in het gewijzigd ontwerp juist is gehuldigd.

Tot zoover het overzicht der verschilpunten tusschen de oude en de nieuwe regeling. In hoofdstuk IV en V volgen nu nog onder de titels „Nieuwere opvattingen omtrent de taak van het O. M." en „Enkele desiderata" uittreksels van eenige tijdschriftartikelen en van de beraadslagingen in de Ned. Juristen-Vereeniging in 1918, welke m. i. beter in hoofdstuk III verwerkt hadden kunnen worden.

Mijne ingenomenheid met het proefschrift is niet groot. De daaraan bestede arbeid kan echter voor den schr. zelven goede vruchten hebben gedragen. Laat ons dit hopen.

L. Ch. Besier.

Wettelijke bepalingen betreffende het binnentreden van woningen enz. tegen den wil van de bewoners of gebruikers. Verzameld door J. C. BETH. — Alphen a/d Rijn, N. SAMSOM 1919.

In dezen tijd van steeds zich meer uitbreidende staatsbemoeiingen, nu op allerlei gebied het particuliere leven door inmenging van den staat wordt aangetast, is het goed, te gevoelen, dat er althans nog een enkele plaats is, de eigen woning, waar men zich, in 't algemeen gesproken, beveiligd kan weten tegen elke inmenging van buiten af. Al neemt men ook daarheen de zorgen en gedachten mede, die het leven daarbuiten opwekt; is eenmaal de huisdeur achter ons gesloten, dan gevoelt men nog steeds de waarheid van het dichterwoord:

het is zoo goed, de dingen van den dag
ver weg te weten en een wijl jezelf te zijn.

De behoefte aan dit eigen rijk, ook voor wie daar buiten anderer onderdaan is, heeft zich te allen tijde en overal geopenbaard; het bekende: my house is my castle, is in beknopten vorm wel de meest duidelijke en meest uitgesproken uiting daarvan.

Geen wonder dan ook, dat in de wetgeving van verschillende landen de gedachte van de onschendbaarheid der particuliere woning tot uiting is gekomen.

Voor ons land geldt daarbij als grondregel art. 158 der Grondwet, luidende als volgt:

„Het binnentreden in eene woning tegen den wil van den „bewoner is alleen geoorloofd in de gevallen bij de wet „bepaald, krachtens eenen bijzonderen of algemeenen last „van eene magt door de wet aangewezen.

„De wet regelt de vormen, waaraan de uitoefening van „deze bevoegdheid gebonden is."

Dit grondwetsartikel, gelijk het voorligt, is, naar zijn vorm een product van geleidelijke ontwikkeling (1), naar zijn strekking de wedergave van een beginsel, hetwelk gehuldigd is van het oogenblik af, dat, ten gevolge van de omwenteling, eenheid in ons staatsbestuur verkregen was. Wellicht ook reeds vroeger, doch het is hier niet de plaats, dit nader te onderzoeken. Slechts de Grondwet van 1814 maakte een uitzondering. Toch wel niet, omdat men bepalingen, als waar-

(1) Vgl. BUYS, De Grondwet II 392 e. v., III 303 e. v.

van de hier bedoelde er eene is, overbodig oordeelde. Integendeel, hoewel de Grondwetscommissie van 1814 in 't algemeen weinig neiging aan den dag heeft gelegd, om in de Grondwet iets op te nemen, wat zweemde naar de rhetorische burgerlijke en staatkundige gedachten van vroegere staatsregelingen, heeft men toch, vooral op aandringen van ELOUT (1) in het vierde hoofdstuk, van de Justitie, een aantal der z.g. grondrechten opgenomen. Dat daaronder de onschendbaarheid der woning niet voorkwam, mag m.i. niet aangehaald worden, als een bewijs, dat men deze bepaling niet wenschte, ten eerste is over dit punt, voor zoover wij kunnen nagaan, in het geheel niet gesproken en is dus evenmin van voorkeur als van tegenzin gebleken, in de tweede plaats vond in de commissie van 1815 tot herziening der Grondwet, noodig geworden door de vereeniging der Zuidelijke Nederlanden met het grondgebied van de vroegere republiek en welke commissie, voor zooverre zij de Noordelijke Nederlanden vertegenwoordigde, uit vrijwel dezelfde personen bestond, als haar voorgangster van 1814, een voorstel om eene bepaling als bovenbedoeld op te nemen, onmiddellijke en algeheele instemming (2). Sindsdien bleef de bepaling in de opeenvolgende Grondwetten behouden, terwijl zij naar den vorm de wijzigingen onderging, welke in den loop der tijden gewenscht bleken.

Het artikel, gelijk het thans luidt, vermeldt niet uitdrukkelijk de onschendbaarheid der woning, het bepaalt integendeel, dat een woning, ook tegen den wil van den bewoner, kan worden binnen getreden; het grondrecht kan dus uit het voorschrift slechts worden afgeleid. Dit in tegenstelling b.v. met de staatsregeling van 1798, die in art. 39 uitdrukkelijk verklaarde: „Iedere burger is onschendbaar in zijn woning." De thans gekozen redactie komt ons in allen deele juister voor, in de Grondwet wordt immers niet, gelijk reeds vroeger (3) opgemerkt is, een recht toegekend; het reeds voor dien bestaande recht wordt er in erkend en vastgelegd. Zoowel hier, als bij andere dergelijke bepalingen, dient in 't oog gehouden te worden, dat de negatieve vorm terecht gekozen is, immers er worden geen rechten verleend, de rechten bestaan reeds vóór het wetsartikel en zullen blijven bestaan, ook indien het wetsartikel mocht verdwijnen, doch er wordt slechts aangegeven hoe, door wie en onder welke omstandigheden inbreuk gemaakt mag worden op het recht (vgl. b.v. artt. 157, 160, 174).

Het binnentreden ondanks den bewoner moet uitzondering

(1) COLENBRANDER, Ontstaan der Grondwet I blz. 248, e. v. 508.
(2) " " " " II " 475, e. v. 494.
(3) H. VERKOUTEREN, Art. 153 der Grondwet, blz. 36.

blijven en kan daarom slechts geschieden in de gevallen bij de wet bepaald en met inachtneming der wettelijk voorgeschreven vormen en ingevolge een algemeene of bijzondere last, gegeven door een macht die de wet heeft aangewezen. Een aantal waarborgen derhalve, teneinde ongeoorloofde inbreuk op de persoonlijke vrijheid tegen te gaan.

Is dus in de Grondwet neergelegd het beginsel, dat niet dan onder bepaalde omstandigheden een *woning* mag worden binnengetreden, anders is het gesteld met ongebouwde eigendommen. Deze worden in de Grondwet niet vermeld, doch wie mocht meenen, dat het betreden van open erven, van landerijen en bosschen hem daarom vrij stond, zou bedrogen uitkomen. Trouwens ieder onzer is wel eens, te gelegener, maar vaker te ongelegener tijd, gestuit op het bekende bordje met de vermelding van art. 461 W. v. S. Doch de grondwetgever heeft het, terecht, onnoodig geacht, ook de ongebouwde eigendommen onder zijn bijzondere bescherming te stellen, immers het betreden daarvan, tegen den wil van den eigenaar, vormt wel een strafbaar feit, doch de bescherming dier eigendommen is niet, als de bescherming der woning, tevens de onmisbare voorwaarde voor het ongestoorde genot onzer persoonlijke vrijheid; de rechtskrenking wordt hier nimmer zoo sterk gevoeld, als bij het binnentreden eener woning tegen den wil van den bewoner. Wie rustig aan den huiselijken haard zit, wil zekerheid hebben, daar niet te allen tijd en door iedereen te kunnen worden opgeschrikt, terwijl het hem betrekkelijk koud kan laten, of inmiddels zijn bosschen en velden betreden worden door daartoe niet bevoegden, mits maar de wet hem de middelen geeft, zich tegen mogelijkerwijze daaruit ontstane schade te vrijwaren.

Is men dus, eenerzijds door het grondwettelijk voorschrift, andererzijds door de bepalingen van het Wetboek van Strafrecht, in 't algemeen gewaarborgd tegen de inbreuk van daartoe niet gerechtigden op den particulieren eigendom, er kunnen zich omstandigheden voordoen, die zoodanige inbreuk noodzakelijk maken. Wij wezen er in den aanhef reeds op, dat hoe langer zoo meer het particuliere leven door inmenging van het openbaar gezag wordt aangetast en zoo valt het dan ook niet te verwonderen, dat er een steeds aangroeiend getal wetten is, waarbij aan de telkens aangewezen ambtenaren de bevoegdheid wordt gegeven in bepaalde omstandigheden en met inachtneming der daarbij meer of minder volledig omschreven voorschriften, woningen binnen te treden. Gelijk elders (1) zij het wellicht met eenige overdrijving, is opgemerkt, weten de meeste burgers niet, wie alzoo bevoegd zijn, hun woning bij nacht en ontijde binnen

(1) LOHMAN, Onze constitutie blz. 334.

te treden tegen hun wil en dit is voor hun rust maar goed.

Wie zich evenwel hiervan op de hoogte wenscht te stellen, vindt in het boekje van den heer BETH een betrouwbare gids. Niet minder dan ruim 70 wetten zal hij daarin aantreffen, welke aan de daarin genoemde ambtenaren de bevoegdheid geven onder bepaalde omstandigheden c. q. met inachtneming van bepaalde voorschriften, woningen binnen te treden. Niet al deze wetten immers voldoen aan het grondwettelijk voorschrift, vooral tegen het tweede lid van art. 158, hetwelk voorschrijft, dat de wet de vormen moet regelen, waaraan de uitoefening der bevoegdheid gebonden is, blijkt nog al eens te zijn gezondigd. Wij verwijzen daartoe naar blz. 73, vermeldende de wet van 5 Juni 1875 (*Stbl.* no. 110) tot vaststelling van bepalingen bij het voorkomen van hondsdolheid, welke in 't geheel geen vormen voorschrijft, terwijl b.v. de op blz. 53, 67, 71, 81, 83, 85, 96, 98, 109 en 113 als enkele „vormen" voorschrijven het opmaken van een procesverbaal en mededeeling daarvan in afschrift binnen een bepaalden tijd aan dengene in wiens woning is binnengetreden.

Doch zoolang het 2e lid van art. 121 der Grondwet gehandhaafd blijft, zal tegen de toepassing, ook der bovengenoemde leges imperfectae, nimmer eenige bedenking kunnen rijzen.

De heer BETH geeft de verschillende wetsartikelen zonder eenige commentaar zijnerzijds, doch vermeld in margine de verschillende rechterlijke en administratieve beslissingen, waartoe die artikelen aanleiding hebben gegeven en die bij de verdere toepassing tot leiddraad kunnen dienen. Voor hen, tot wier gebruik dit boekje voornamelijk moet dienen, is dit ongetwijfeld de beste methode. Niet ieder heeft tijd, lust en gelegenheid zich te verdiepen in theoretische beschouwingen over en wetenschappelijke uitleggingen van de door hem toe te passen voorschriften, maar de meesten zullen gaarne in een concreet geval zien, hoe zij dienen te handelen, en hun plicht te vervullen, zóó, dat de wet volledig wordt toegepast en zonder dat zij in botsing komen met deswege algemeen geldende regelen. Dezulken zullen in het boekje van den heer BETH, gelijk gezegd, in 't algemeen een betrouwbare gids vinden.

Dat het niet geheel up to date is, kan den schrijver bezwaarlijk tot verwijt gemaakt worden. Juist in deze materie, die zich als 't ware met den dag uitbreidt, is het moeielijk met den wetgever gelijken tred te houden. Zoo noteerden wij bij het doorlezen, om een voorbeeld te geven dat op blz. 57 als laatste wijziging der wet op de artsenijbereidkunst wordt vermeld de wet van 19 Maart 1913, (*Stbl.* no. 107). De allerlaatste wijziging is evenwel aangebracht bij de wet van

7 Juni 1919, (*Stbl.* no. 312). Deze wijziging heeft weliswaar geen betrekking op het als hoofdzaak vermelde art. 25 doch betreft het in margine vermelde art. 3 dierzelfde wet en is dus ten deze niet van belang ontbloot. Bij ditzelfde onderwerp is bij ons de vraag gerezen, hoe de schrijver tot de verdeeling van zijn stof over de twee kolommen is gekomen. Wij zouden art. 3, dat spreekt van „een bij dag steeds toegankelijk gedeelte van een huis" veeleer willen beschouwen als een voorschrift, dat ten nauwste in verband staat met de onschendbaarheid der woning en zouden het daarom, anders dan de schrijver, in de eerste kolom vermeld hebben. Doch ten slotte komt het er weinig op aan, waar een voorschrift vermeld staat, zoo het maar vermeld wordt.

Nog een enkel woord over de bijlagen. Hun strekking en bovenal hun plaatsing is ons niet altijd even duidelijk. Enkele, zooals de bijlagen C en E, zouden, onzes erachtens, gevoegelijk gemist kunnen worden, anderen, als de bijlagen L en Q, hadden veeleer een plaats in het eerste gedeelte behooren te vinden. Slechts voor zooverre zij behandelen, niet het binnentreden van woningen tegen den wil van den bewoner, maar de regelen, ingevolge welke de persoonlijke vrijheid in bepaalde gevallen kan worden geschonden, is hunne vermelding, zoo zij al vermeld dienden te worden, buiten het bestek van het eigenlijke werkje, juist te achten. Doch naar onze meening ware het beter geweest, indien het geheele onderwerp der vrijheidsbeneming hier niet behandeld ware geworden, aangezien hierbij immers wel een aangrenzend, maar daarom toch geheel afgescheiden gebied wordt betreden.

Het bovenstaande neemt niet weg, dat wij met belangstelling van het werkje van den heer Beth hebben kennis genomen. Wij twijfelen niet, of het zal ook in zijn nieuwen druk aan velen welkom zijn.

Middelburg Mr. B. D. H. Tellegen Azn.

Het Nederlandsche Belastingrecht, onder hoofdleiding van Prof. Mr. J. Ph. Suyling. No. 1. *De Wet op de Inkomstenbelasting*, door Mr. Dr. J. H. R. Sinnighe Damsté, referendaris aan het Departement van Financiën. Zwolle, W. E. J. Tjeenk Willink, 1919.

Goede commentaren op onze Nederlandsche belastingwetten zijn er niet vele. Niet dat zij ontbreken, het voortreffelijke werk van Mr. Sprenger van Eijk over de successiebelasting, nog kort geleden door den heer De Leeuw op eene wijze den auteur alleszins waardig opnieuw uitgegeven, bewijst dit, maar het aantal is niet groot. Wat kort nadat een wet tot stand is gekomen gepubliceerd wordt en voornamelijk een uittreksel bevat uit de parlementaire geschiedenis, te onvolledig meestal om wanneer men die geschiedenis op een bepaald punt goed moet kunnen nagaan het raadplegen der Handelingen en Bijlagen overbodig te maken, geeft op tal van vragen, die in de praktijk rijzen, geen licht. En het kan moeilijk anders, daar de wetgever of juister zij, die de wet tot stand brachten, aan die vragen niet gedacht hebben.

Nu maakte de omstandigheid, dat de Wet op de Inkomstenbelasting niet alleen die op de bedrijfsbelasting verving maar deze nader technisch verbeterde, de taak voor eventueele commentatoren op de nieuwe wet gemakkelijker en van de vele verschenen leiddraden waren die van den heer Hartogh en van Mr. A. J. M. Kuypers niet onverdienstelijk. Maar dit neemt toch niet weg, dat Mr. Sinnighe Damsté, die eerst in den zomer van dit jaar, dus toen de inkomstenbelasting reeds vier jaar werd geheven, zijn werk deed verschijnen, veel op hen voor had. In die jaren was zóó omtrent de beteekenis der beginselen àls omtrent speciale voorschriften — dikwerf bij de heffing der oorlogswinstbelasting maar dat deed niet ter zake omdat het ging over voorschriften der wet op de inkomstenbelasting, die toepasselijk waren verklaard — èn in ministerieele circulaires èn in uitspraken van Raden van Beroep en van den Hoogen Raad veel behandeld waar vroegere schrijvers waarschijnlijk nooit van hadden gedroomd. Bedenkt men nu, dat de auteur referendaris aan het Departement van Financiën en chef der afdeeling Directe Belastingen is, dan moest hij wel met de toepassing der wet van nabij bekend zijn en zijn hem waarschijnlijk tal van vragen onder de oogen gekomen die, waar zij niet tot processen hebben

geleid, den gewonen practicus onbekend zijn gebleven. De schrijver beschikte dus wel over de noodige gegevens om een goed werk te kunnen leveren. Edoch niet ieder, die over de middelen beschikt, weet deze ook te gebruiken. Intusschen, de heer SINNIGHE DAMSTÉ vermag dit wel, zijn boek is, men kan dit zonder eenige reserve zeggen, een voortreffelijk werk en wanneer de verdere nummers der serie „Het Nederlandsche Belastingrecht" het niveau bereiken van nummer 1, zal deze uitgave zeker slagen.

Het boek is geen publicatie in den geest van Léon's Rechtspraak, ook niet waar deze belastingwetten bestrijkt en zich dan niet uitsluitend bepaalt tot jurisprudentie. Het is een zelfstandige wetenschappelijke bewerking van de stof, waarbij steeds het oog is gehouden op de eischen der praktijk, in den vorm van een commentaar. Litteratuur vindt men maar zelden vermeld — moet men hier denken aan den invloed van den hoogleeraar onder wiens hoofdleiding de geheele publicatie staat? — maar zij is, voorzooverre zij bestond, zeker gebruikt. Daarentegen is de jurisprudentie althans van den Hoogen Raad en deze is talrijk, want het aantal arresten in de laatste jaren genomen ingevolge de wet van 19 December 1914 (*Stbl.* no. 564) en in de Beslissingen in Belastingzaken gepubliceerd is niet gering, bijkans volledig medegedeeld. Maar zij is niet bloot medegedeeld, zij is verwerkt.

Dat de schrijver zijn stof beheerscht blijkt reeds dadelijk uit de vlot geschreven Algemeene Inleiding van het Nederlandsch belastingstelsel dat op twee goede gedachten zou steunen: belasting naar draagvermogen en belasting wegens vermeerdering van draagvermogen. Inderdaad dit is juist en mag, waar zij, die als hervormers van onze belastingen optreden, dit gaarne plegen te ontkennen, wel eens gezegd worden. Slechts zou ik de vraag wenschen te doen of ook niet met een derde gedachte rekening moet worden gehouden, namelijk dat van hen aan wie de Staat bizondere voordeelen schenkt daartegenover en dit niet alleen in den vorm van retributie, waar het doel dadelijk waarneembaar is, maar ook in dien van belasting een offer wordt gevergd. Als voorbeeld zou ik willen wijzen op de grondbelasting, al is deze zakelijke belasting zeker niet in het systeem der wet van 1821, zooals het thans bestaat, bedoeld als een offer in ruil van de bizondere uitgaven, die de Staat zich voor de grondbezitters getroost.

Intusschen op dien grond laat zich deze belasting toch ten deele verdedigen en de door den Minister TREUB gewilde, door den schrijver terecht scherp bestreden effectenbelasting kan dit argument zeker niet ten haren voordeele inroepen.

De inleiding is echter niet van grooten omvang en na eene korte historia externa der wet van 19 December 1914 (*Stbl.* no. 563) volgt dan de bijna 300 bladzijden tellende

commentaar die — en dit is, waar de stof soms droog genoeg is geen geringe verdienste — zich steeds aangenaam laat lezen. Voor een deel wellicht ook — althans bij den ondergeteekende was dit het geval omdat de schrijver het juiste, althans m.i. juiste, stelsel huldigt, dat men een wet toepassende dit zoo onpartijdig mogelijk moet doen, dat men moet interpreteeren niet praeter noch minder contra maar secundum legem, zich afvragende wat de wetgever heeft bedoeld, al volgt hieruit niet, dat die bedoeling gevolgd moet worden ook waar de tekst der wet dit niet vordert en zij in strijd is met het beginsel der wet. Trouwens de bedoeling der wet is nog niet identisch met de uitspraak van een geenszins steeds zijn stof beheerschend lid der Kamer of Minister.

Verdienstelijk is des schrijvers onpartijdigheid, zich uitende in gemis aan fiscaliteit, de bekende zonde van ettelijke onzer belastingambtenaren en die hen dikwerf — men leze slechts de in de „Beslissingen" vermelde arresten van den Hoogen Raad — tot een scherpzinnigheid brengt die door de woorden acutius quam verius het beste wordt uitgedrukt.

Men denke dan ook niet, dat zijn afkeurend oordeel van de bekende circulaire van den Minister van Financiën om voor het belastingjaar 1918/1919 de opbrengst der noodlijdende Russische fondsen op nihil te schatten aan fiscaliteit zou zijn te wijten. Met den maatregel is hij ingenomen maar tegen de motiveering richt zich zijn bezwaar. „Verandering van de deelgerechtigdheid der fondsenhouders tot de voordeelen eener zaak en wel ten gevolge van de ontbinding der Russische Staatsgemeenschap". Is hierop nog verder commentaar noodig? (1) vraagt hij en waarlijk niet zonder reden.

---

(1) Art. 14 der Wet op de Inkomstenbelasting 1914 luidt: «Is de opbrengst van eenige bron van inkomen nog niet over een vol kalender- of boekjaar genoten dan wordt zij in rekening gebracht tot haar bekend of te begrooten jaarlijksch zuiver bedrag».

«Op dezelfde wijze wordt gehandeld, indien het ontstaan, vervallen of wijzigen eener gemeenschap verandering is gekomen in de verhouding naar welke de belastingplichtige gerechtigd is tot de voordeelen van eenige zaak en sedert die verandering nog geen vol kalender of boekjaar is verschenen».

Dit tweede lid achtte de Minister nu toepasselijk. Zou de circulaire of beter hetgeen zij beoogde echter niet hare rechtvaardiging vinden in het volgende: Russische effecten, speciaal vorderingen op den Russischen Staat, die door dezen niet meer erkend werden, vormden 1 Mei 1918 geen *bron* van inkomen meer. Immers als vorderingen bestonden zij niet meer. Zeker is het waar, dat de stukken ter beurze nog verhandelbaar waren, niet echter als een rentegevende schuldvordering maar als een soort claim waarvan men hoopt, dat de Russische Staat ze later als de rentegevende obligatie, die zij vroeger was, weder zal erkennen. En wanneer claims geen bron van inkomen vormen behoeft men met hen niet meer te rekenen.

Trouwens dat hij niet medegaat met ambtenaren, die het fiscus ante omnia in hun banier schrijven bewijst zijn verwerping van een aanslag, waarbij onder iemands inkomen was gebracht het in geld uitgedrukte voordeel dat hij genoot, doordat hij een huis beneden de normale huurwaarde had gehuurd. Waar de inspecteur het verschil tusschen den normale en den werkelijken huurprijs beschouwde als een periodieke uitkeering, voegt de schrijver hem met recht toe, dat men door op deze wijze de aan eene zijde ontvangen overwaarde bij tweezijdige verbintenissen te rangschikken onder het begrip inkomen dit buiten zijn natuurlijke grenzen uitbreidt. Eene korte maar volkomen juiste motiveering.

Wanneer ik een aanmerking mag maken zou het de vraag zijn of de auteur somtijds niet wat doctrinair is.

Bij voorbeeld, waar hij de vraag behandelt hoe men te werk moet gaan zoo ingevolge het zooeven vermeld art. 14 begrooting van het jaarlijksch inkomen van een bron van inkomsten noodzakelijk is. Begroot moet worden, wanneer de opbrengst van een bron van inkomen — stel bijv. het bedrijf van landbouwer — nog niet over een vol kalenderjaar is genoten, het jaarlijksch zuiver bedrag in het belastingjaar. Mag men nu bij die begrooting *slechts* rekening houden met hetgeen bij den aanvang van het belastingjaar, dus op 1 Mei bekend is? Mag derhalve, wanneer de landbouwer in September aangifte doet, hij niet rekening houden met de hem toen vrij zeker geworden resultaten van den oogst? En zal, wanneer later de aanslag geschiedt of een Raad van Beroep de juistheid daarvan heeft te beoordeelen, met de bekende resultaten van den oogst, waar men die heeft te begrooten, geen rekening mogen worden gehouden?

De Hooge Raad beantwoordde de vraag bevestigend (1)

---

(1) Arresten van 29 Maart 1917, Beslissingen in Belastingzaken no. 1673 en 12 Februari 1919, Beslissingen in Belastingzaken no. 2159. Uit het laatste arrest citeer ik:

„*O.*, dat art. 14 der Wet op de Inkomstenbelasting 1914 wel „voorschrijft, dat. is eenige bron van inkomen nog niet over een vol „jaar door den belastingplichtige genoten, zij in rekening wordt ge„bracht tot haar bekend of te begrooten jaarlijksch bedrag, doch „geen regelen bevat, welke bij die begrooting moeten worden gevolgd;

„*O.*, dat in deze vaststaat, dat de raad van beroep de opbrengst „heeft begroot, en dat geen wetsbepaling den raad belette, om bij „die begrooting gebruik te maken van inmiddels verkregen ervaringen „die hem mede konden strekken tot leiddraad ter beantwoording der „vraag, waarop die opbrengst bij den aanvang van het belastingjaar „te begrooten was;

„*O.*, dat derhalve de raad, door te overwegen, dat bij de begrooting „in deze behoorde rekening te worden gehouden met de inmiddels „bekend geworden uitkomst van het bedrijf in 1917, en door de op-

zonder echter den heer SINNIGHE DAMSTÉ te kunnen overtuigen. Het is waar, zoo betoogt hij, de wet geeft voor het begrooten geen regels. Edoch men kan de vraag *hoe* er begroot moet worden niet losmaken van die *wat* begroot moet worden. En dit is ook volgens den Hoogen Raad de opbrengst bij den aanvang van het belastingjaar. En daarom kan geen aanwijzing geput worden uit gegevens bij dien aanvang niet aanwezig.

Ni fallor is de fout in deze redeneering, dat niet begroot moet worden de opbrengst *bij* den aanvang van elk belastingjaar maar de opbrengst *in*, *gedurende*, *over* het belastingjaar. En waarom men, die begrooting doende, het oog zou moeten sluiten voor gegevens die men heeft, zal men the man on the street nooit, den juridisch geschoolden wetstoepasser moeilijk duidelijk kunnen maken. Had de wetgever dit gewild, hij had het, zoo zal de objectie luiden, moeten zeggen, gelijk hij dit dan ook niet nagelaten heeft wanneer hij dit wilde. Zoo eischt art. 14 duidelijk, dat men begroot het *jaarlijksch* zuiver bedrag. Men zal zich dus op het standpunt moeten stellen, dat de bron het geheele jaar door blijft vloeien. Is dit niet het geval — de ambtenaar wiens tractement men begrooten moest is 30 Juli overleden — men mag met dit feit geen rekening houden (1), waar het geldt de vaststelling van den aanslag. Wel kan dit tot onbillijkheden aanleiding geven, maar deze heeft de wetgever gewild. Trouwens zij worden, althans wanneer zij van beteekenis zouden zijn, weder opgeheven door de mogelijkheid tot ontheffing — art. 93 en vlgg. der Inkomstenbelastingwet 1914.

Schijnt de schrijver soms ietwat doctrinair, waar het geldt de toepassing der wet ook bij de kritiek op hare bepalingen — een kritiek die zich met het oog op den aard van het werk minder richt tegen in de wet aangenomen principes dan wel tegen de technische uitwerking daarvan — vindt men wel eens een uiting van denzelfden geest. Zoo bijv. waar hij het afkeurt, dat ook hier te lande gevestigde stichtingen aan de belasting worden onderworpen. In het wetsontwerp, zooals dit door den Minister KOLKMAN was ingediend, kwamen stichtingen als belastingsobject niet voor. De Minister BERTLING nam ze echter op voorbeeld der wet op de bedrijfsbelasting weder in de wet op. Hij vreesde toch, dat de hooge dividendbelasting der naamlooze vennootschappen de belanghebbenden er wel eens toe zouden kunnen verleiden een bedrijf niet in

---

„brengst te begrooten op hetzelfde bedrag als dat bedrijf in 1917 „werkelijk opgeleverd had, voormeld art. 14 niet kan hebben ge„schonden of verkeerd toegepast;

(1) In dit geval geeft wellicht art. 94 der wet recht op ontheffing. Maar juist daarom mag men — de Raad van Beroep II te Rotterdam zag dit bij beslissing van 6 Maart 1918 B. 1465 over het hoofd — met dit evenement geen rekening houden.

den vorm van zulk een corporatie maar dien eener stichting te kleeden. Dit zou dan een schromelijke ontduiking van belasting ten gevolge kunnen hebben.

„Ik betwijfel het, zoo schrijft Mr. S D., of dit betoog eene „serieuze wederlegging vordert. Maar wel ligt de vraag voor „de hand of de stichtingen niet met de belastingplichtigen „van art. 1 letter *b* (de naamlooze vennootschappen enz.) „naar de dividend- en tantièmebelasting moeten worden „overgebracht".

Deze laatste vraag kan men zonder aarzelen toestemmend beantwoorden. Maar is anders wat Minister BERTLING vreesde zoo dwaas? Zeker een lichaam als de Nederlandsche Handelmaatschappij zal om belasting te ontgaan niet de voordeelen prijs geven, die het zijn van naamlooze vennootschap schenkt. Maar anders staat de zaak bij kleine naamlooze vennootschappen, wier aandeelenkapitaal in weinig handen is en die in Duitschland dan ook meestal in het kleed eener Gesellschaft mit beschränkter Haftung optreden. Daar zou, geloof ik, eene transformatie geenszins tot de onmogelijkheden behooren en dat de Minister BERTLING dit wilde voorkomen lijkt nog geen strijden tegen windmolens.

Het feit dat een gesloten achterdeur niet als ingang gebruikt wordt, bewijst nog niet dat die ingang onbruikbaar is, ook wanneer zij eens niet gesloten was. Hier kan de wetgever m. i. ten zijnen voordeele zich beroepen op de spreuk dat voorkomen beter is dan repressie.

Schijnt hier de kritiek m. i. niet gerechtvaardigd, volkomen lijkt mij dit het geval waar het geldt de regeling van de navordering met de daaraan gekoppelde viervoudige verhooging (1).

Wat bedoeld heet te zijn als een vergoeding voor het nadeel, dat de fiscus door niet bewezen onthouding van belasting zou hebben geleden, werkt ten slotte als een straf zonder eenige differentiatie voorgeschreven.

De Minister KOLKMAN wilde dan ook van zulk een verhooging niet weten want zoo redeneerde hij: Hoe men ook de verhooging wil beschouwen als straf voor te lage aangifte dan wel als vergoeding voor nadeel dat mogelijk door vroegere onjuiste aangiften aan de schatkist is berokkend, de beteekenis der verzwijging kan nooit bepaald worden door het tijdstip waarop zij ontdekt wordt. De strafwaardigheid van den aangever noch de mogelijkheid of waarschijnlijkheid van

(1) Art. 85 der wet luidt: De in een naderen aanslag te begrijpen belasting wordt met het viervoud daarvan verhoogd, tenzij blijkt, dat slechts over één belastingjaar te weinig belasting is geheven.

In geval van navordering over meer dan een belastingjaar wordt de verhooging slechts toegepast op één der bedragen, die van den belastingplichtige te weinig zijn geheven, bij verschil op het grootste.

vroegere schade kan afhangen van het feit dat reeds een aanslag is opgelegd of dat tusschen aangifte en aanslag een zeker tijdstip ligt. Op zijn opvolger BERTLING maakt dit toch volkomen logisch en juist betoog niet den minsten indruk. Als „leerstellig" en „onpractisch" wordt het verworpen. Blijkbaar had deze gewezen inspecteur der Registratie zich zoo ingeleefd in hetgeen omtrent navordering in art. 45 B oud der Wet op de Vermogensbelasting, zooals die sedert de wet van 27 April 1904 (*Stbl.* no. 80) luidde, bepaald was, dat hij voor argumenten tegen deze heffing niets meer kon gevoelen.

De verhooging zou geen straf maar bloot een schadevergoeding zijn en de mogelijkheid om aan te toonen, dat slechts over èèn jaar te weinig belasting is geheven, in welk geval de verhooging achterwege blijft, verhindert onbillijkheden (1).

Deze beschouwingen nu zouden op zich zelf zoo verwerpelijk niet zijn, ware het niet, dat men in realiteit niet de minste moeite gedaan heeft om te voorkomen, dat wat een schadevergoeding moest zijn in een straf, en dan een zeer onbillijke en ruwe, ontaardde. Hoe onlogisch en tevens hoe onrechtvaardig de bestaande voorschriften zijn, wordt door schrijver uitvoerig uiteengezet en het eert hem, dat hij ambtenaar aan een ministerie voor het recht, niet van zich zelf maar van anderen, opkomt. Of het hem zal baten? Of er ooit een wetswijziging zal komen, die, wanneer men aan het vergoedingsstelsel wil vasthouden, dit althans juist zal uitwerken? Ik betwijfel het ten zeerste. Het rechtsgevoel is hier te lande, en waarlijk niet hier te lande alleen, in de laatste jaren zeer

---

(1) Dat dit niet het geval is, volgt reeds uit de omstandigheid, dat de viervoudige verhooging blijft bestaan, ook al bewijst men luce clarius, dat slechts over twee jaar te weinig is geheven.

Hoe voorschriften als de hierbedoelde werken op den state of mind der ambtenaren bewijst het navolgende.

Aan een belastingplichtige was over zeker belastingjaar een nadere aanslag wegens te weinig opgelegde belasting opgelegd met de viervoudige verhooging. De man betoogde nu voor den Raad van Beroep zich bij zijn aangifte over dit jaar inderdaad vergist te hebben maar beweerde, dat slechts over één jaar te weinig belasting betaald zou zijn en dat dus de viervoudige verhooging moest vervallen. De reclame werd bestreden onder andere op grond, dat waar in het algemeen de gemoedelijke overtuiging aan de bewijsleer in zake de directe belastingen ten grondslag ligt hier moest «blijken», dat slechts over één jaar te weinig belasting is geheven. Noodig was dus mathematisch bewijs en daar dit, waar het geldt wat iemand precies in een bedrijf verdiend heeft, niet te leveren valt, zou practisch de verhooging nimmer, mogen worden opgeheven. Gelukkig, dat de Minister van Financiën — zie circulaire van 31 December 1917 no. 139 Beslissingen in Belastingzaken no. 1952 — daarover blijkbaar anders dacht. Edoch het feit, dat men aldus redeneert, is reeds teekenend.

gezonken en het waren niet de naaste opvolgers van den heer KOLKMAN, die hiertegen wilden reageeren (1).

Te veel zou ik echter van de aandacht van den lezer vergen, wanneer ik niet de pen nederlegde. Ik zal dit dan ook doen, maar niet zonder den wensch uit te spreken, dat een werk zoo verdienstelijk als het hier bedoelde spoedig in de bibliotheek van ieder jurist, die aan de toepassing der Inkomstenbelasting zijn aandacht moet schenken, aanwezig zij.

C. S.

(1) Dat het onjuist zou zijn om tusschen schadevergoeding en boete scherp te onderscheiden, wordt trouwens ook op ander terrein — men denke aan de nieuwere opvattingen omtrent het begrip schade in art. 1401 B. W. — geleerd. Waar het van overheidswege toegepaste strafrecht ten gevolge van de ontkenning van de verantwoordelijkheid van den normalen mensch zijn taak niet meer voldoende kan vervullen, gaat men zich weder met de «Privatstrafe» en liefst met eene, die naar geen schuld vraagt, helpen.

F. H. DANNER
BOEKBINDERIJ
UTRECHT