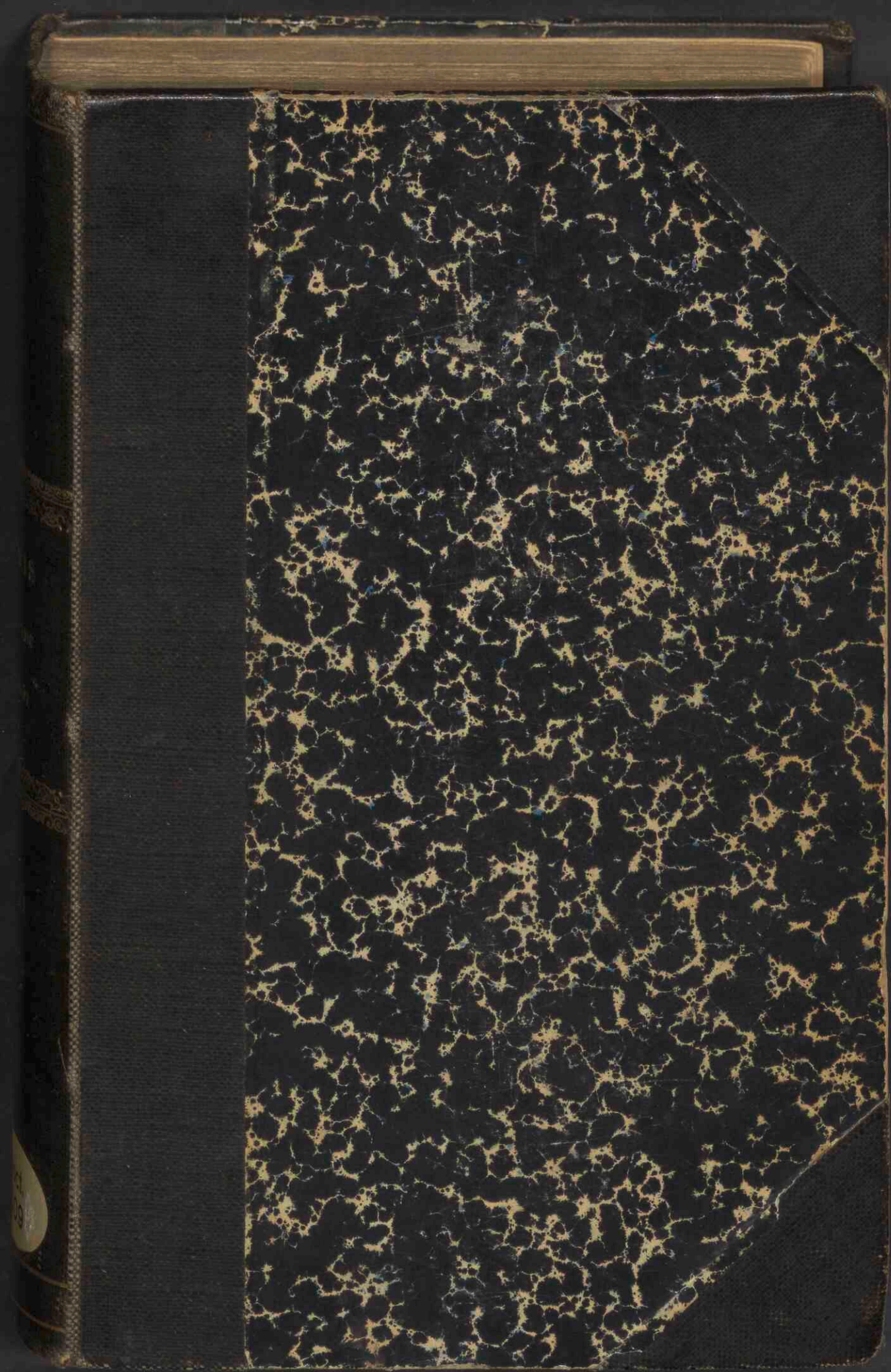




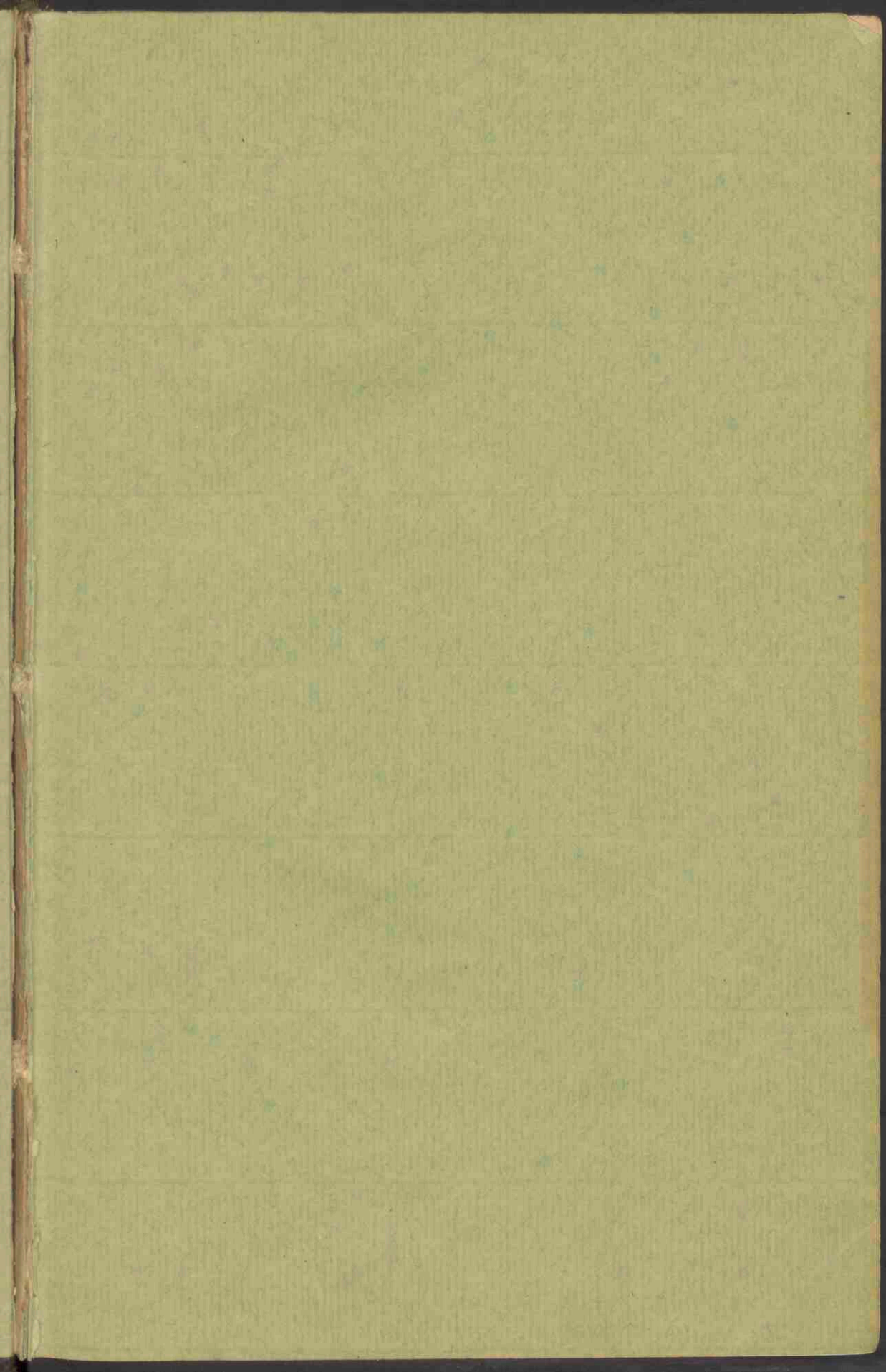
# **Themis : regtskundig tijdschrift : verzameling van bijdragen tot de kennis van het publiek- en privaatrecht.**

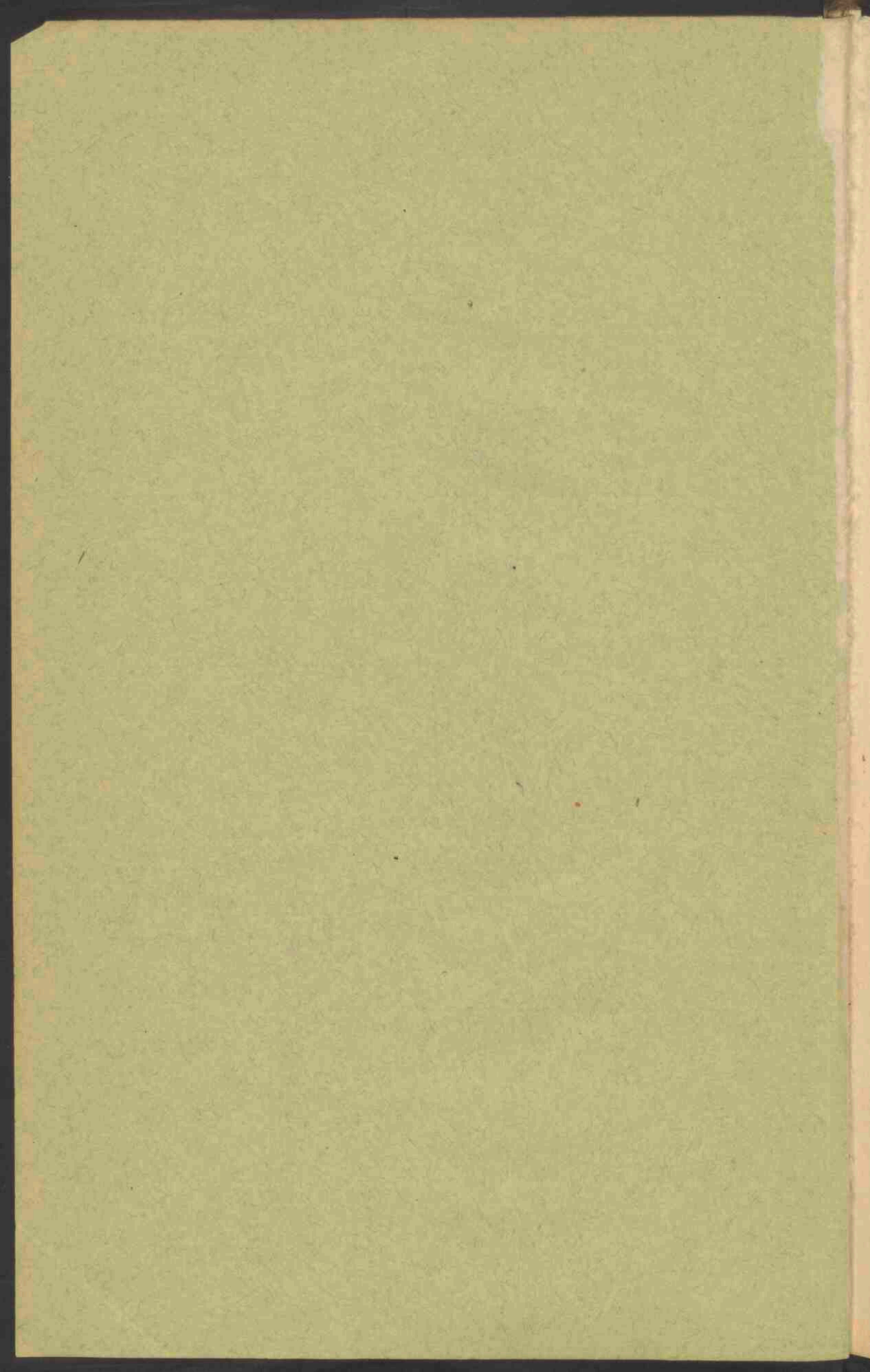
<https://hdl.handle.net/1874/451993>



~~V.V. N°.~~

~~Kast 26, Pl.F~~





265  
L. oct. 5009

# THEMIS

---

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

onder redactie van

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

---

EEN-EN-TACHTIGSTE DEEL

□ 1920 □



's-Gravenhage  
BOEKH. VH. GEBR. BELINFANTE  
1920

RIJKSUNIVERSITEIT UTRECHT



0341 2164

CEMENT



GEDRUKT BIJ

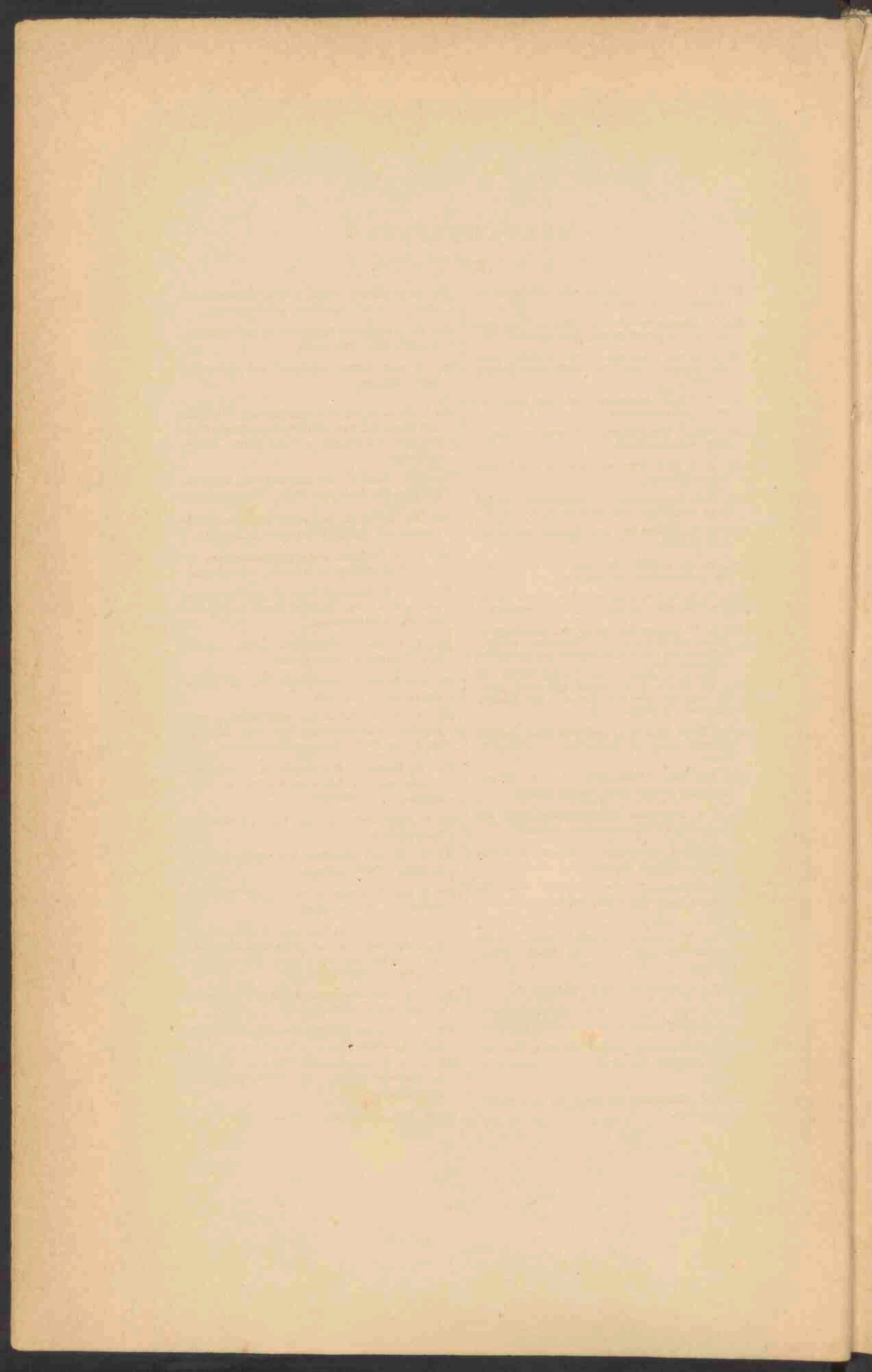
Firma F. J. BELINFANTE vh. A. D. SCHINKEL te 's-Gravenhage.



## MEDEARBEIDERS

- Mr. S. J. L. VAN AALTEN Jr, advocaat en procureur, Rotterdam.
- Mr. A. ANEMA, hoogleeraar aan de Vrije Universiteit te Amsterdam, Zandvoort.
- Mr. J. BARON D'AULNIS DE BOURBOULL, 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.
- 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. EYSELL, oud-president van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Jhr. Mr. RH. FEITH, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Mr. R. A. FOCKEMA, oud-president van het Gerechtshof te Leeuwarden, Baarn.
- 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, Zundert.
- 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 KUXE, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
- Mr. P. W. A. COET 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 den Raad van State, 's-Gravenhage.
- Jhr. Mr. B. C. DE SAVORNIN LOHMAN, hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit, Utrecht.
- Mr. J. DE LOUTER, oud-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. A. MARX, substituut-griffier bij de Arr.-Rechtbank, Amsterdam.
- 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. P. POLYLIET, 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 krijgstraad, 's-Gravenhage.
- Mr. F. W. J. G. SNIJDER VAN WISSENKERKE, president van den Ootrooiraad en directeur van het Bureau voor den industrieele eigendom, 's-Gravenhage.
- Mr. J. M. VAN STIPBIAAN 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.



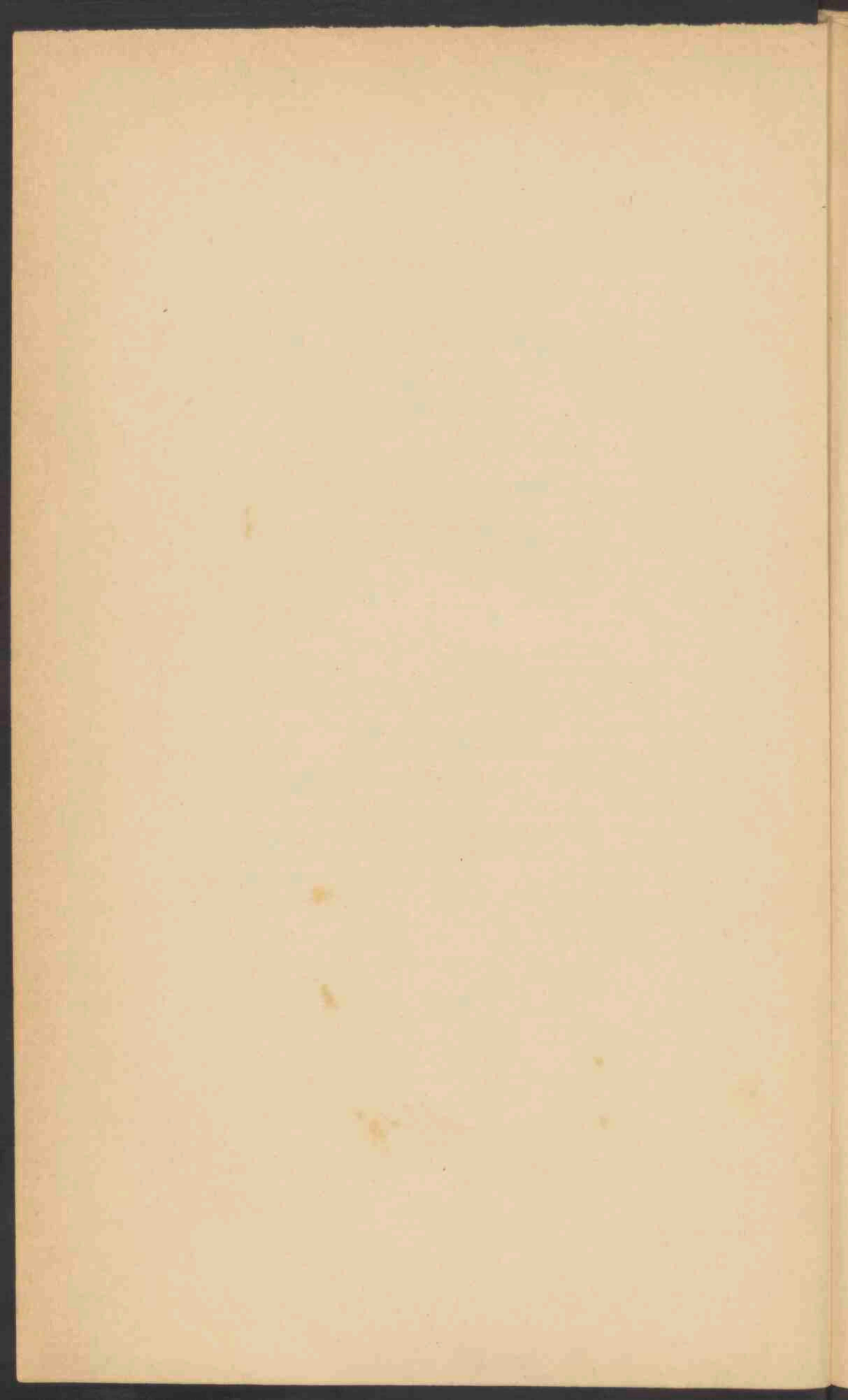


# INHOUD

|   | Bladz.      |
|---|-------------|
| Mr. A. R. ARNTZENIUS, in memoriam, door Z. . . . .  | I           |
| <i>Rechtspraak door anderen dan de van staatswege aangestelde<br/>rechters of scheidsmannen, in verband met arbitrage en ver-<br/>wante beslissingen van partikulieren</i> , door Mr. L. VAN PRAAG,<br>'s-Gravenhage . . . . .  | 1, 161, 305 |
| <i>Roerend goed in het internationaal verkeer</i> , door Mr. J. E. VAN<br>DER MEULEN, Middelburg . . . . .  | 46          |
| <i>Nederland en de Volkenbond</i> , door Mr. J. B. BREUKELMAN,<br>Referendaris bij den Raad van State, 's-Gravenhage . . . . .  | 95          |
| <i>Enkele opmerkingen omtrent de beteekenis van «schuld» in<br/>art. 1401 B. W.</i> , door Mr. C. O. SEGERS, Raadsheer in den<br>Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage . . . . .   | 103         |
| <i>Het vraagstuk der gemeentemonopolies in het belang der volks-<br/>gezondheid, hoofdzakelijk beschouwd in het licht van de nieuwe<br/>opvattingen in zake de bedrijfsvrijheid</i> , door Mr. H. DOOYEWEERD,<br>adj.-commies Dep. van Arbeid, 's-Gravenhage. . . . . | 126         |
| <i>Het Openbaar Ministerie. — Vragen en Wenschen</i> door Mr. Dr.<br>P. VAN HEIJNSBERGEN, Substituut-Officier van Justitie, Am-<br>sterdam . . . . .  | 196         |
| <i>Roerend goed in het internationaal verkeer</i> , door Mr. J. E. VAN<br>DER MEULEN, Middelburg (slot). . . . .  | 226         |
| <i>Beschouwingen over het Nederlandsch Octrooirecht</i> , door Mr. G.<br>J. VAN BRAKEL, Plaatsvervangend lid van de Octrooi-raad,<br>'s-Gravenhage . . . . .  | 259         |
| <i>De Contra-Enquête anders dan volgens art. 104 W. v. B. R.<br/>bepaald</i> , door Mr. A. J. MARX, subst-griffier bij de Arrond-<br>Rechtbank, Amsterdam . . . . .   | 272         |
| <i>Verdediging ten principale</i> , door wijlen Mr. G. WTTewaall,<br>raadsheer in het gerechtshof, Arnhem . . . . .   | 339         |
| <i>De wetgeving der Twaalf Tafelen</i> , door Mr. J. VAN BINSBERGEN,<br>Utrecht . . . . .   | 352         |
| <i>Beschouwingen over het Nederlandsch Octrooirecht</i> , door Mr. G.<br>J. VAN BRAKEL, plaatserv. lid van den Octrooiraad, 's-Gra-<br>venhage (Slot) . . . . .   | 381         |

- Opmerkingen omtrent hoofdelijke aansprakelijkheid bij onrechtmatige daden*, door Mr. C. O. SEGERS, raadsheer in den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage . . . . . 392
- Oriënteerend handboek over de staatsinrichting van Nederland*, koor G. H. MOUW, 1919; — beoordeeld door Jhr. Mr. B. C. DE SAVORNIN LOHMAN, Hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit Utrecht. . . . . 152
- Het Torrenstelsel in Suriname*, Openbare voordracht gehouden bij de aanvaarding van zijn ambt als lector in het Burgerlijk en Administratief Recht aan den landmeters-cursus der landbouw-Hoogeschool te Wageningen, op Woensdag 8 October 1919, door A. VAN DER DEURE, jur. cand., Wageningen, H. VEENMAN, 1918; — beoordeeld door C. S. . . . . 156
- 1870—1920. *Herdenkingsnummer* ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van het *Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie* (orgaan der Broederschap van Candidaat-Notarissen in Nederland en zijne koloniën); — beoordeeld door C. S. . . . . 160
- De Vuurwapenwet 1919* (met uitvoerings-voorschriften), door Mr. J. V. VAN DIJCK. — *Alphen a/d Rijn*, N. SAMSOM 1919; — beoordeeld door Mr. B. D. H. TELLEGEN AZN., hoofdcommies ter Provinciale Griffie, Middelburg. . . . . 280
- De Rijn- en Schelde verbindende tusschenwateren*, door L. W. WERY. — 's-Gravenhage, MARTINUS NIJHOFF, 1919; — beoordeeld door Mr. J. B. BREUKELMAN, referendaris bij den Raad van State, 's-Gravenhage . . . . . 241
- Het Oud-Nederlandsch Strafrecht*, door Mr. Dr. K. J. FREDERIKS. Eerste deel; — beoordeeld door Jhr. Mr. D. G. RENGERS HORA SICCAMA, hoogleeraar aan de Rijksuniversiteit, Utrecht . . . . . 290
- Mr. Dr. J. P. A. FRANÇOIS, *Nederlands aandeel in de ontwikkeling van het Volkenrecht*. — 's-Gravenhage, MARTINUS NIJHOFF 1920; — beoordeeld door Mr. J. PH. SUIJLING, hoogleeraar aan de Rijksuniversiteit, Utrecht . . . . . 297
- Burgerlijk Recht en Zielzorg*, door Mr. W. J. A. J. DUYNSTÉE C. S. S. R. — N. V. Uitgevers-Maatschappij PAUL BRAND, Bussum; — beoordeeld door C. S. . . . . 300

- De opleiding tot jurist*, door Mr. S. A. VAN LUNTEREN, Repetitor rechtswetenschappen te Utrecht. — Utrecht, A. OOSTHOEK; — beoordeeld door Mr. D. SIMONS, Hoogleraar, Utrecht . . . 421
- De dwangsom (astreinte) naar Nederlandsch recht*. Acad. Pr.-schrift van Mr. F. M. WESTEROUEN VAN MEETEREN. — Amsterdam, 1919; — beoordeeld door Mr. A. RUYS, adjunct-commies bij het Dept. van Justitie, 's-Gravenhage . . . . . 424
- F. A. M. CAVADINO, *Onmogelijkheid van Rechtsuitoefening*. Proefschrift. — Leiden, 1919; — beoordeeld door Mr. H. HESSE, raadsheer in den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage. 428
- B. A. KAHN, «*Conventions*» of politieke stelregels; Ac. pr. — Amsterdam, 1919; — beoordeeld door Mr. H. KRABBE, Hoogleraar, Leiden . . . . . 436
- De huwelykvoorwaarden in theorie en in de practijk*; Academisch proefschrift, door C. J. DE LANGE. — Leiden, 1920; — beoordeeld door J. G. KLAASSEN, Bewaarder der Hypotheken en van het Kadaster, Eindhoven . . . . . 446
- W. B. DULLEMOND, *De historische interpretatie van artikel 1354 van het Burgerlijk Wetboek*; Academisch proefschrift. Amsterdam, 4 Mei 1920; — beoordeeld door Mr. S. J. M. VAN GEUNS, advocaat-generaal bij het Gerechtshof, Amsterdam . . 454
- De internationaalrechtelijke betrekkingen tusschen Nederland en Venezuela, 1816 -1920*. Proefschrift ter verkrijging van den graad van doctor in de Staatswetenschap. — Leiden 1920, door Mr. K. H. CORPORAAL, juridisch ambtenaar bij het bureau van den Industrieelen Eigendom, tevens plaatsverv. Lid van den Octrooiraad; — beoordeeld door C. S. . . . . 464



**Mr. A. R. ARNTZENIUS**

**In Memoriam**

## † Mr. A. R. ARNTZENIUS

Themis heeft op 17 Juni j.l. een groot verlies geleden door den dood van Mr. ABRAHAM ROBERT ARNTZENIUS.

Dertig jaren maakte hij deel uit van hare redactie en was hij tevens een harer ijverigste medewerkers. In 1890 toch werd hij mede-redacteur, toen de Bijdragen tot de kennis van het Staats-, Provinciaal- en Gemeentebestuur in Nederland, in welke redactie hij in 1876 was opgenomen, zich in Themis oplosten. Zijn studie en werkzaamheden bewogen zich van af zijne promotie in 1873 op het gebied van het Staatsrecht, waar hij zijne intrede deed met eene dissertatie, getiteld: „De Staatsleer van J. J. ROUSSEAU”, welke in voornoemde Bijdragen (1875, Deel 19) door den aan de rechtswetenschap te vroeg ontrukten substituut-officier van Justitie te Winschoten, Mr. P. A. RAMAER, onder den titel van „De leer van het Staatsverdrag” beoordeeld werd. Deze bespreking leidde, zonder dat daarbij het onderwerp van beoordeeling uit het oog werd verloren, tot eene belangrijke studie. Waar dit met een academisch proefschrift het geval is, bestaat de zekerheid, dat het een arbeid van meer dan gewone beteekenis is. Dat dit hier inderdaad het geval was, blijkt uit de woorden, waarmede de beoordeelaar zijne beschouwing eindigt. Hij besluit met de verzekering, dat hij aan het verdienstelijk geschrift vele lezers toewenscht. „Het zal dan ongetwijfeld strekken tot wegruiming van wanbegrippen en bevorderlijk zijn aan de verspreiding van gezonde denkbeelden omtrent den regtsgrond van den Staat en den aard der Staatsmagt.”

Na zijne promotie werd ARNTZENIUS geplaatst bij de provinciale griffie van Zuid-Holland, waar hij alspoedig benoemd werd tot adjunct-commies, welke betrekking hij verwisselde met die van griffier der Staten van Zeeland, waartoe hij op 8 Juli 1876 gekozen werd.

Reeds op 31 Januari 1878 werd hem, in verband met zijne benoeming tot referendaris aan het Departement van Binnenlandsche Zaken, als griffier eervol ontslag verleend. Op 8 Mei 1888 werd hij, in de plaats van Mr. J. D. VEEGENS, die het lidmaatschap der Tweede Kamer had aanvaard, waartoe de kiezers van Groningen hem geroepen hadden, gekozen tot griffier dier Kamer, welke betrekking hij tot zijn dood bekleedde.

Niettegenstaande zijnen drukken werkkring vond ARNTZENIUS den tijd in ons tijdschrift verschillende bijdragen van meer of minder omvang te plaatsen. Arbeiden was zijn leven en ook in zijne vacanties rustte zijne vlugge pen niet. Zijn werk onderscheidde zich door helderheid van stijl, zuiverheid van taal en klaarheid van betoog. De rust en kalmte, die van zijn persoon uitgingen, vindt men terug in zijne argumentatie en in zijne polemieek, waarbij hij, zijnen opponent niet sparende, toch steeds hoffelijk bleef en wist te vermijden, wat onaangenaam kon aandoen.

Eene zeer belangrijke studie van zijne hand verscheen in Themis van 1895: Aansprakelijkheid voor onrechtmatige ambtshandelingen. Van meer polemischen aard was zijne bijdrage in 1897: Staatssouvereiniteit en Volkssouvereiniteit, eene bespreking naar aanleiding van Mr. I. W. H. M. VAN IDSINGA's De administratieve rechtspraak en de constitutioneele monarchie.

De Bijdrage tot regeling der administratieve rechtspraak van RÖELL en OPPENHEIM gaf hem eene verhandeling in de pen in Themis van 1902, onder den titel van: „Nieuwe geschriften over administratieve rechtspraak”,



waarin hij ook het werk van Mr. Vos en de brochures van Prof. KRABBE en van Mr. VAN IDSINGA over dit onderwerp betrok. Van de in Themis verschenen boekbeoordeelingen of aankondigingen zij genoemd die van 1907 over de „Onuitgegeven parlementaire redevoeringen van J. R. THORBECKE, volgens opdracht en onder toezicht van het curatorium der Thorbecke-stichting verzameld en van toelichtende opschriften voorzien door Mr. G. G. VAN DER HOEVEN”. Hij vond daarbij ook gelegenheid door de mededeeling van verschillende bijzonderheden het karakter van dezen staatsman nader te teekenen. Zin voor humor had de scherpzinnige opmerker als ARNTZENIUS was, in groote mate en die humor draagt er veel toe bij om het geleverde betoog niet droog te doen zijn en om het genoeg van het lezen te verhoogen.

Zijne laatste bijdrage was eene aankondiging in Themis van 1919 van het werk van Prof. A. A. H. STRUYCKEN: Het Staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden, die, gelijk het Weekblad van het Recht, no. 10575, zeide, „wel korte doch zeer scherpzinnige opmerkingen over moeilijke vragen van staatsrecht” bevat. Het is hier niet de plaats om te spreken over hetgeen onze betreurde medewerker in zijne betrekking als griffier is geweest, maar de slotwoorden van het gesprokene door den voorzitter der Tweede Kamer Mr. D. FOCK in de vergadering van 17 Juni 1920, toen hij de ontslapene herdacht, maken wij tot de onze: „Wij zullen het als een groot gemis gevoelen, dat die heldere, fijne geest niet meer aan onze werkzaamheden zal deelnemen”. Ook in onzen kleinen kring brengt zijn heengaan eene groote leegte, die moeilijk zal kunnen worden aangevuld. In onze vriendschappelijke herinnering zal hij echter voortdurend eene ruime plaats blijven behouden.

# THEMIS

---

## LXXXIste deel — EERSTE STUK

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

### **Rechtspraak door anderen dan de van staatswege aangestelde rechters of scheidsmannen in verband met arbitrage en verwante beslissingen van particulieren**

DOOR

Mr. L. VAN PRAAG

te 's-Gravenhage.

## II

§ 3. *Partikuliere rechtspraak tegenover beslissingen van partikulieren, die geen rechtspraak zijn. Bindend advies.*

In de vorige paragrafen was er sprake van contractuele bedingen, welke rechtspraak opdragen aan particulieren zonder dat er is arbitrage in den zin onzer wet. Het daar gezegde heeft dus geen betrekking op soortgelijke clausules, die wèl inhouden opdracht eener beslissing, maar niet van een beslissing, het karakter dragend van rechtspraak. Daartoe behoort vóór alles een beslissing, niet bestemd de betrokkenen ten aanzien van het punt waarover zij loopt, zóó te binden dat zij hun tot richtsnoer heeft te strekken bij hun toekomstige ge-

dragingen tegenover elkaar (60). De beslissing of het oordeel van hem wien de opdracht wordt gegeven, kan dan wel praejudicieel zijn voor een rechtsverhouding van de bij die oordeelvelling belanghebbenden, zij is geen rechtspraak. Zoo in de gevallen, vermeld in mijn Inleiding R. Org. bl. 647—662 (61). In die gevallen was er ook niet steeds een geschil aanwezig, doch somtijds een oordeelvelling vóór het ontstaan van een geschil, wat eveneens de gedachte aan rechtspraak uitsluit (62). Over die t. a. p. besproken categorie kan hier worden gezwegen. Te dezer plaatse is het te doen om het onderscheid tusschen wèl en niet het karakter van rechtspraak hebbende beslissingen, welke zoowel de eene als de andere bindend

(60) Er is dan ook buiten kijf geen opdracht van rechtspraak gelegen in een beding strekkend om, zonder tusschenkomst des rechters of van eigenlijk gezegde arbiters, geschillen met behulp van een daarbij aangewezen derde, zonder omslag *in der minne* te beëindigen. En het kan geen verwondering baren dat Rb. Gron. 10 Nov. 1884 W. 5173, P. v. J. 1885 Bijbl. 8 de geldigheid van zulk een beding erkende, wèl echter dat de Rechbank, gemeld beding aanwezig achtte, terwijl het contract inhield dat partijen zich moesten onderwerpen aan de uitspraak van den derde, wat toch iets anders beoogt dan een beëindiging in der minne. — Over een beding eener bepaalde wijze van poging tot bijlegging in der minne, alvorens men zich wendt tot de rechterlijke macht, vgl. KIRBERGER in Hand. Jur.-Vereen. 1916 I bl. 46—49, de daar aangehaalden, voorts t. a. p. II bl. 42—43, en Deutsche Jur.-Zeitung 1907 kol. 313—317, 1210—1211. Over de Pruisische «Schiedsmänner» vgl. de in mijn Inleid. R. Org. bl. 774 sub II, 2 a op dit punt geciteerden.

(61) Bij die bladzijden is te vergelijken bl. 638 aldaar.

(62) Ten aanzien der hier bedoelde zaken merk ik nog op dat het «eindoordeel» aan anderen dan de rechterlijke macht toekomend, waarvan t. a. p. werd gewaagd, niet altijd in absoluten zin moet worden opgevat, daar somtijds, bij betichting van kennelijke onredelijkheid der oordeelvelling, de rechterlijke macht daarnaar onderzoek heeft te doen. Anders indien ook dat onderzoek haar is onttrokken; vg. Inleid. R. Org. bl. 651—652.

zijn voor de betrokkenen op de zooeven aangeduide wijze. Zij hebben samen belangrijke negatieve gevolgen gemeen, welke in § 2 zijn aangeduid als die verbonden aan partikuliere rechtspraak buiten arbitrage om. Het is immers duidelijk dat, is er geen kwestie van rechtspraak, er ook niet kan zijn uitsluiting der voor de eigenlijke rechtspraak wettelijk geregelde competentie van de rechterlijke macht (63). Evenmin is er te denken aan gezag van gewijsde bij een opdracht van beslissing aan partikulieren, die de rechtspraak niet betreft. Noch ook aan executoriale kracht der beslissing. — De historische ontwikkeling heeft verder medegebracht dat de opdracht van, de betrokkenen bindende, beslissingen die geen rechtspraak zijn, indien de overeenkomst daaromtrent niets behelst, in overeenstemming met hetgeen we als rechtvaardig hebben te erkennen, wordt opgevat als te geschieden onder het stilzwijgend voorbehoud dat de beslissing niet klaarblijkelijk onredelijk zij, terwijl ze steeds te goeder trouw moet zijn gegeven. En daarvan is het rechtsgevolg dat de beslissing bij de rechterlijke macht mag worden aangetast, behoudens tegengesteld beding, wegens kennelijke onredelijkheid, en altijd wegens kwade trouw (64).

Behalve wat het zooeven aangeduide beding van onherroepelijkheid betreft, heeft het er veel van of we voor de hier bedoelde beslissingen tot een gelijk resultaat komen als bij de in § 2 besprokene, die wél zijn aan te merken als rechtspraak door partikulieren zonder arbitrage. Toch is er verschil, zooals reeds is te kennen gegeven in

(63) Vgl. Rb. 's-Grav. 27 Nov. 1917 W. 10300 bl. 3—4, N. J. 1918 bl. 403; Rb. Gron. 31 Jan. 1919 N. J. 1919 bl. 379.

(64) Zie E. M. MEYERS in W. P. N. R. no. 2421 bl. 255 i. v. m. no. 2422; vgl. ook FROMMER in Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. 39 bl. 338—340; WEISMANN in Arch. f. d. civ. Prax. 72 bl. 298 v. o.—301.

den aanhef der vorige zinsnede. De categorieën van beslissingen, welke hier in aanmerking komen, zijn *A* zelfstandige — d. w. z. niet door een rechter in den loop van een rechtsgeding gegeven — beslissingen over feiten, en *B* beslissingen, bestemd een faktor te zijn voor het doen ontstaan, wijzigen of te niet gaan van rechtsverhoudingen (65). Nog kan als derde categorie worden genoemd *C* de bindende uitlegging van overeenkomst of reglement. Maar daaromtrent kan men twijfelen of zij niet materieel rechtspraak is, of ook misschien behoort tot de zoeven genoemde tweede categorie. — Het verschil in rechtsgevolgen met de rechtspraak door partikulieren die geen arbitrage is, komt nu uit bij een beding van onherroepelijke gebondenheid aan de te geven beslissing. Want de in § 2 aangevoerde grond om aan te nemen dat met de openbare orde strijdt erkenning van zulk beding voor een beslissing bij wijze van rechtspraak die geen arbitrage is, geldt niet mede voor beslissingen door partikulieren die geen rechtspraak zijn. Onherroepelijke gebondenheid aan een daad van rechtspraak kan slechts bestaan als zulk een gebondenheid direkt of middellijk uit de wet is af te leiden. Onherroepelijke gebondenheid echter aan aanvullende beslissingen, die enkel de toekomstige verhoudingen van partijen regelen, kunnen dezen in beginsel geldig bedingen, evengoed als zij zelf die regeling vermogen ter hand te nemen (66). Gelijke overwegingen als gelden, indien partijen dit laatste doen, gelden eveneens, indien zij de regeling overlaten aan een derde of wel aan één hunner. Mondige partijen moeten zelf weten op welke wijze zij hun onderlinge verhoudingen

(65) Soms is het moeilijk de grenslijn tusschen deze twee categorieën te trekken. Vgl. in noot 87 over een kwestieus geval. Op beide categorieën heeft o.a. betrekking WEISMANN's opstel t. a. p. bl. 269—329.

(66) Vgl. ook hieronder bl. 40.

voor de toekomst geregeld willen zien. Aan gezag van gewijsde is ook bij de hier bedoelde onherroepelijke gebondenheid niet te denken, reeds niet omdat dit gezag enkel betreft vaststellingen omtrent het al dan niet bestaan van rechtsverhoudingen, niet ook regelingen van toekomstige verhoudingen. Buitendien volgt het hieruit dat al deze beslissingen die geen arbitrage zijn, hetzij ze het karakter van rechtspraak dragen of niet, ook bij een beding van onherroepelijke gebondenheid, voor de betrokkenen toch niet onaantastbaar zijn, indien mocht blijken dat de beslissing te kwader trouw is gegeven. Immers zou het beding van onderwerping aan zulk een beslissing in strijd zijn met de goede zeden. Maar het verschil tusschen beslissingen die wèl en die niet rechtspraak zijn, komt hierin uit dat alleen voor de laatste een beding van onherroepelijke gebondenheid kan teweegbrengen uitsluiting der mogelijkheid eener betichting van objectieve onredelijkheid der beslissing. Naar het in § 2 onder b gezegde heeft bij rechtspraak door partikulieren die geen arbitrage is, de rechterlijke macht, indien haar de vraag wordt voorgelegd of de partikuliere beslissing niet kennelijk onredelijk, onrechtvaardig is, die vraag te beantwoorden. En gelijk t. a. p. mede is opgemerkt, kan aan de rechterlijke macht bedoeld onderzoek niet rechtsgeldig worden onttrokken door een beding van onherroepelijke gebondenheid, dat anders zou meebrengen een sterker effect voor de opdracht aan partikulieren buiten arbitrage dan voor die aan scheidslieden. Maar voor beslissingen van partikulieren die geen rechtspraak zijn vervalt dit argument, juist omdat zij in aard van arbitrage verschillen. Voor die beslissingen is het beding van onherroepelijke gebondenheid wèl geldig, al is, gelijk boven reeds werd gezegd, een voorbehoud te maken voor het exceptioneele geval van kwade trouw bij hem die de

beslissing geeft. — Aarzelen kan men misschien, als men staat voor de beantwoording derzelfde vraag bij zuiver feitelijke vaststellingen, hoewel ook deze op zich zelf genomen geen rechtspraak zijn. Men zou namelijk kunnen meenen dat een beding van onherroepelijke gebondenheid aan een zuiver feitelijke vaststelling, moet het worden erkend (67), de strekking heeft aan die vaststelling buiten de wet om dezelfde kracht toe te kennen als het gezag dat bij vonnissen gezag van gewijsde heet. En daartegen zou men te meer bezwaar kunnen hebben, omdat vaak met en door de zuiver feitelijke vaststelling tevens de rechtsverhouding van partijen grootendeels, somtijds zelfs geheel vaststaat. Op dien grond kan men dan huiverig zijn de bindende kracht te erkennen van een beding, dat onherroepelijke gebondenheid aan een feitelijke vaststelling, door partikulieren te geven, stipuleert. Bij deze opvatting zouden de rechtsgevolgen van zulk een feitelijke vaststelling dezelfde zijn als die van rechtspraak door partikulieren buiten arbitrage om. Tegen bedoelde opvatting kan echter worden aangevoerd dat, bedingen partijen onherroepelijke gebondenheid aan een beslissing over feiten, dit toch niet is de toekenning daaraan van gezag van gewijsde. Wel zullen partijen zelf in toekomstige gevallen jegens elkaar verplicht zijn uit te gaan van de aangaande het feit gegeven vaststelling. En die verplichting zal ook de rechterlijke macht

---

(67) MEYERS in *W. P. N. R.* no. 2422 bl. 263 kol. 1 meent, niet enkel voor feitelijke vaststellingen, maar in het algemeen, dat in het tegenwoordige handelsverkeer als regel geldt onderwerping aan de beslissing als onherroepelijk. Daarbij verwijst hij naar art. 275 *W. v. K.*, waar sprake is van een taxatie, dus van een feitelijke vaststelling, echter van zulk eene die geschiedt vóórdat het contract tot stand komt. Dit is iets anders dan een schatting naar aanleiding van een geschil over een bestaande overeenkomst. Bij de taxatie van art. 275 is de verzekeraar nog vrij de assurantie niet aan te gaan.

als voor partijen bestaande hebben te erkennen. Maar de rechterlijke macht behoeft niet het feit als zoodanig te zien in het licht van de door partikulieren daaromtrent gegeven vaststelling. De rechter gaat enkel uit van de vrijheid die partijen hebben jegens elkaar verplichtingen te aanvaarden ook ten aanzien van hetgeen zij bij hun geschillen als vaststaande feiten zullen hebben te beschouwen. Het eigenlijke gezag van gewijsde reikt verder. Verbonden aan een uitspraak over het al dan niet bestaan van rechtsbetrekkingen, brengt het mede dat in een toekomstig proces de rechtsverhouding, of het niet bestaan daarvan, zóó is aan te nemen door den rechter als zij bij het vroegere vonnis is vastgesteld. Dat gezag komt niet toe aan een beslissing van partikulieren over feiten, ook dan niet, indien van de feiten de rechtsverhouding geheel of nagenoeg geheel afhangt. Dit blijkt ook hieruit dat mede voor feitelijke vaststellingen geldt het boven gezegde over de mogelijkheid van aantasting wegens kwade trouw van dengene die de vaststelling gaf. Kan wegens een beding van onherroepelijke gebondenheid de zuiver feitelijke vaststelling niet meer worden aangevallen op grond van kennelijke onredelijkheid, bezwaar kan dat niet hebben, daar onredelijkheid toch wil zeggen onrechtvaardigheid, en de gedachte hieraan bij een subjektief te goeder trouw gegeven bloot feitelijke vaststelling is uitgesloten. — Hoe is het bij een beding van bindende uitlegging? Op den aard van die opdracht zal tegen het einde dezer paragraaf 3 nader worden teruggekomen. Hier merk ik slechts op dat hij, die daarbij rechtspraak aanwezig mocht achten — is het vorenstaande juist — de geldigheid eener clause van onherroepelijke gebondenheid niet zal kunnen erkennen. Anders daarentegen staat de zaak voor hem, die meent dat bindende uitlegging formeel niet is vaststelling eener



rechtsverhouding, en dat daarom er niet is rechtspraak, doch, evenals bij feitelijke vaststellingen, een der óók voor de rechtspraak noodige werkzaamheden.

Wat die feitelijke vaststellingen betreft zeide ik dat men daaromtrent bij de beantwoording der hier aangeduide kwestie van meening kan verschillen. Maar ook hij die de boven eerstbedoelde opvatting mocht aankleven, zal moeten toegeven dat de tweede verdedigbaar is. En daar deze laatste medebrengt dat er ook tusschen feitelijke vaststellingen en rechtspraak door partikulieren die geen arbitrage is, verschil in rechtsgevolgen bestaat, schijnt het mij gepast toe nog eenige bladzijden te wijden aan het onderscheid tusschen een feitelijke vaststelling door partikulieren en hun beslissing over bestaande rechtsverhoudingen, met inbegrip nu van arbitrage. Daarbij zal dan vooral op grensgevallen de aandacht worden gevestigd. Trouwens, ook al meent men dat het bedoelde verschil niet van belang is voor de onderscheiding tusschen een feitelijke vaststelling en partikuliere rechtspraak die geen arbitrage is, zeer zeker is het toch van gewicht voor de beantwoording der vraag of er in een gegeven geval al dan niet is arbitrage in den zin onzer wet (68).

---

(68) MEYERS, die in zijn artikelen *W. P. N. R.* 2420—2422 enkel onderscheidt tusschen arbitrage en de hier in § 3 bedoelde beslissingen, welke geen rechtspraak zijn, zoekt het verschil hierin dat bij arbitrage de procedure zou zijn gericht op een executorialen titel. Daartegenover staat de meening van FRANÇOIS (in noot 50 geciteerd) bl. 5 v. o., welke zich aansluit aan een bij v. D. HONERT *Handb. Rv.* bl. 604 kol. 1 vermeld gezegde van BEELAERTS VAN BLOKLAND, dat meestal arbitrage wordt ingeroepen zonder dat men denkt aan executie door dwangmiddelen. MEYERS zou kunnen opmerken dat, al moge de voorstelling van B. v. B. en FR. omtrent hetgeen feitelijk geschiedt, juist zijn, de wet toch executie verbindt aan arbitrale uitspraken na het bevelschrift van den President der Rechtbank, terwijl zij aan de andere beslissingen de executie onthoudt. Maar dat niet enkel in de

Art. 620 lid 1 Rv. brengt mede dat onderwerp van arbitrage zooals onze wet die kent (69), enkel kunnen

executie het criterium is te zoeken, wordt duidelijk zoodra men let op de mogelijkheid, bij arbitrale uitspraken evenzeer bestaande als bij vonnissen der rechterlijke macht, dat zij een zuivere sententia declaratoria behelzen. Ware dit voor arbitrale uitspraken anders, het wettelijk verbod van een compromis voor geschillen over den staat der personen zou weinig zin hebben. Nu is wel de metterdaad voor executie vatbare arbitrale beslissing regel, evengoed als het executabele vonnis, maar het feit dat somtijds de executie is uitgesloten toont toch dat men niet in een bloot op haar gerichte procedure het kenteken mag zoeken voor alle arbitrage. Vgl. in dien zin ook Hooggerhof N.-Indië 19 Jan. 1919 Indisch Tijdschr. v. h. Recht 112 bl. 67 (72—73). — Toch heeft MEYERS m. i. in zoover gelijk dat bij arbitrage de procedure is gericht op sanktionering der beslissing door het staatsgezag, wat slechts mogelijk is bij ons door het presidiale bevelschrift, dat aan de beslissing ook gezag van gewijsde geeft (§ 2 ad b en a. h. e.). Daarom meen ik dat het bevelschrift ook te pas komt bij een *feitelijk* niet voor executie vatbare beslissing. Juist wegens het zooveen gezegde zou slechts een leek dat als een dwaasheid kunnen beschouwen. Is mijn opvatting de ware, dan volgt daaruit dat er geen arbitrage is, indien partijen de executeurverklaring onmogelijk hebben gemaakt door het voorschrijven van een anderen weg dan dien artt. 639 vlgg. Rv. aangeven, en daarmede toonden haar niet te willen; vgl. hierna blz. 13, noot 76, 2e lid, bl. 21 en noot 113.

Bij het bovenstaande vgl. ook het door STHEEMAN in Hand. Jur.-Vereen. 1919 I (3) bl. 8. noot, tegen LEVY opgemerkte. Wat daar verder wordt gezegd naar aanleiding der meening van E. R. OPPENHEIM is m. i. in zoover juist dat werkelijke arbitrage als bindende beslissing van een rechtsgeschil rechtspraak is. Maar het is niet waar dat de gewone rechter bij de eigenlijke rechtspraak vaak *uitsluitend* een feitelijke vraag heeft te beantwoorden. Want het komt hier niet aan enkel op hetgeen materieel te onderzoeken valt door gewonen rechter of arbiter, maar op hetgeen juridiek door beiden moet worden beslist, en dat is het geschil over de rechtsverhouding van partijen, al mocht de beslissing daarvan geheel zijn gegeven met die eener vraag van feitelijken aard. Daarentegen is er geen rechtspraak, als de opdracht *enkel* luidt op beantwoording van laatstbedoelde vraag.

(69) Op dit punt eveneens zoowel het Fransche als het Duitsche

zijn „geschillen” omtrent „regten” van de betrokken partijen. We hebben dus niet te doen met arbitrage in den zin onzer wet, indien er niet is opdracht tot beslissing van een *geschil* (70) over een *rechtsverhouding*, doch *enkel* een opdracht van, zij het bindende, beslissing ter constateering of ontkenning van feiten (71), b.v. tot

---

recht; zie art. 4003 G. de Proc. civ., § 4025 Z. P. O.; R. SCHMIDT, Lehrb. des Deutschen Ziv. Proz.rechts, 2e uitg. (1906) bl. 153 v. o. Echter is de redactie der Duitsche bepaling toch anders dan die der Fransche en Nederlandsche. Daarom moeten wij voorzichtig zijn met het overnemen der opinies van Duitsche schrijvers, die op hun wet steunen; zie b.v. WEISMANN in Arch. f. d. civ. Prax. 72 bl. 281 v. o. — 284, i. v. m. bl. 304 v. o. — 306, 308, 310 v. b. Hij leert op bl. 308 dat — naar Duitsch recht — door eigenlijke *arbiters* zoowel zelfstandig over in rechte van belang zijnde feiten als over rechtsbetrekkingen kan worden beslist, daarentegen door *arbitratores* wél over feiten, doch niet over rechtsbetrekkingen. Daargelaten welke waarde zijn opvatting heeft voor het Duitsche recht, bij ons is de grenslijn anders te trekken. — Zijn opmerking, t. a. p. bl. 309, dat dusgenaamde prijsrechters bij wedrennen en jurys bij tentoonstellingen geen arbiters zijn, maar *arbitratores*, geldt ook voor ons. — Het Wetb. v. B. Rv. spreekt van uitspraken of beslissingen van scheidsmannen, de Code van arbitrage, welke laatste term eveneens gebruikelijk is in onze praktijk en ook door mij korthedshalve wordt gebezigd. — Bij deze noot vgl. noot 78.

(70) Het woord «geschil» wordt niet altijd in dezelfde beteekenis gebruikt. Misschien vind ik gelegenheid daarop elders terug te komen. Hier wil ik alleen als mijn meening te kennen geven dat in art. 620 Rv. evenals in art. 2 R. O. «geschil» aanduidt het proces dat ontstaat doordat iemand van den daartoe geroepene verlangt een voor zich en zijn tegenpartij bindende vaststelling over hun verhouding, terwijl uit de in die artt. volgende woorden blijkt dat dit moet zijn een rechtsverhouding, van welke de aanlegger van het proces het bestaan stelt of ontkent. Vgl. ook W. NOLEN in *R. Mag.* 1917 bl. 482—486 en in *Hand. Jur.-Vereen.* 1919 I (2) bl. 80—82 (vgl. bl. 84), die eveneens van oordeel is dat in art. 620 Rv. «geschil» gelijke beteekenis heeft als in art. 2 R. O.

(71) Vgl. over deze onderscheiding laatstelijk het in noot 68 vermelde Indische arrest t. a. p. — In een proces bij de rechterlijke macht

schatting der waarde van goederen, en dergelijke (72). Dan is er ook niet partikuliere rechtspraak buiten arbitrage om: er is niet vast te stellen wat tusschen partijen rechtens is; de beslissing loopt slechts over feiten, ook dan als het vaststaan daarvan noodzakelijk tengevolge heeft dat tevens vaststaat de rechtsverhouding, die van bedoelde feiten afhangt.

Te onderscheiden is dus het beding tot *opdracht* eener beslissing over rechtsverhoudingen van het beding, gericht op vaststelling enkel van feiten. Daaruit volgt dat men niet in elk konkreet geval zich heeft af te vragen of het *geschil* zuiver feitelijk is, maar dat het hierop aankomt of het contractueele *beding*, gesteld dit is onsplitbaar (73), enkel gericht is op feitelijke vaststellingen, dan wel mede op een beslissing over rechtsverhoudingen (74). Alleen in het laatste geval kan er zijn arbitrage, of, is een der daartoe overigens nog bij de wet gestelde vereischten niet aanwezig, andere rechtspraak door partikulieren. Een opdracht echter tot een bloot praejudicieel onderzoek naar een rechtsverhouding, zonder dat deze

kan een tusschengeschil ontstaan over de echtheid van een geschrift, maar daarover wordt bij ons geen zelfstandig geding gevoerd buiten verband met een geschil, waarin die echtheid wordt betwist. En art. 633 Rv. belet dat zij onderwerp kan zijn van arbitrage. Evenmin is zij het van andere rechtspraak door partikulieren, daar er bij een op zich zelf staand onderzoek naar de echtheid van een geschrift materieel geen rechtspraak aanwezig is; zie hetgeen hier in den tekst volgt.

(72) Hieronder valt ook, voorzover zij niet gepaard gaat met een beslissing over de rechtsverhouding van partijen, de dus genoemde kwaliteits-arbitrage, die vaak voorkomt; vgl. o. a. NOLEN t. a. p. bl. 466, en hieronder noot 87. In Duitschland heet juist dit arbitrage.

(73) Is het zoo te splitsen dat het is gericht op twee afzonderlijke opdrachten, ééne tot rechtspraak en ééne tot zuivere feitelijke beslissing, dan heeft van die twee opdrachten elke haar eigen karakter.

(74) Vgl. b.v. Rb. Amst. 30 Okt. 1916 W. 10118, N. J. 1917 bl. 238.

onderwerp is der te geven bindende beslissing, stempelt de wèl bindende beslissing over feitelijke vragen niet tot rechtspraak. Maar in gemengde gevallen zal men rechtspraak hebben aan te nemen, en dan m. i. voor het geheel, tenzij de opdracht het best tot haar recht komt door haar te splitsen (75). Hierbij moet gelden: *ius in causa positum*.

De woordenkeus in het contract is mede van belang, maar algemeen wordt erkend dat het niet op haar alleen aankomt. Zoo zal b. v. in geval van twijfel of partijen arbitrage wilden, ter opsporing hunner bedoeling wel één der factoren kunnen zijn de in het contract gekozen benaming van „scheidslieden” of wel van „deskundigen”, maar op zich zelf geeft dit niet aan een kenmerkend onderscheid voor de kwalifikatie van het beding als een *compromissoire* of een andere overeenkomst. Het is zeer goed mogelijk dat partijen, van arbiters sprekend, op iets anders het oog hadden dan op de scheidsmannen, bedoeld in art. 620 Rv., en evenzoo omgekeerd dat hun overeenkomst is een *compromis*, al benoemden zij deskundigen, enkel als zoodanig door hen aangeduid. Terecht neemt onze jurisprudentie dit aan (76). Niet altijd geven zij die

(75) Zie noot 73.

(76) Zie b. v. voor het eene geval Rb. Leeuwarden 26 Febr. 1903 W. 7878, voor het andere Hof Arnhem 27 Okt. 1880 W. 4611 en Hof 's-Grav. 11 Maart 1918 W. 10285 bl. 3 kol. 1—2. Vgl. ook de bl. 20—21 te bespreken beslissingen van Rb. Arnhem 4 Maart 1878 en Hof Arnhem 26 Juni 1878 W. 4300, R. B. 1882 A bl. 195 en 196. — Hof Gron. 12 Sept. 1871 R. B. 1872 bl. 595 legde den nadruk op de in het contract gebezigde benamingen, maar uit het R. B. t. a. p. is niet op te maken of dit toen misplaatst was. Vgl. nog het in noot 74 vermelde Amsterdamsche vonnis. Voor Frankrijk zie Cass. 12 vendém. XI DALLOZ, Rép. v<sup>o</sup>. Arbitrage no. 372 noot; Hof Amiens 15 Juni 1824, aldaar no. 47 noot; Hof Lyon 28 Juni 1881 D. P. 1882. 2. 190 (191); Cons. d'Etat 24 Juli 1891 D. P. 1893. 3. 4

een contract redigeeren, zich voldoende rekenschap van hetgeen partijen voornamelijk beoogen.

(7 kol. 1) en 19 Mei 1893 D. P. 1894. 3. 91. Zie ook GODRON t. a. p. bl. 211—214, die mede Belgische jurisprudentie vermeldt.

Hoe licht men door de gekozen benamingen op een dwaalspoor kan geraken, toont m. i. de bij de statuten van den Raad van arbitrage voor de bouwbedrijven in Nederland (1912) gevoegde bepaling, aanbevolen ter opneming in de bestekken. Die statuten kennen twee soorten van beslissingen van het daarin «scheidsgerecht» genoemde college. De eene geldt voor partijen als «bindend advies», heeft de kracht van een tusschen hen gesloten overeenkomst, en wordt geschreven op ongezegeld papier, terwijl de processuele wetsvoorschriften niet behoeven te worden in acht genomen (art. 18 lid 2 en art. 20). Daarop is het Wb. v. B. Rv. dus niet toepasselijk. De andere soort (art. 21) is de in dat wetboek bedoelde arbitrale uitspraak. Nu houdt de zoeven bedoelde aanbevolen bepaling in dat alle daarin aangeduide geschillen — en dat zijn zoowel die waarin art. 18 lid 2 als die waarin art. 21 der statuten wordt toegepast — «alleen en uitsluitend» zullen worden onderworpen aan het oordeel van «het scheidsgerecht» (vgl. ook het woord «arbitrage» in lid 3 der aanbevolen bepaling), terwijl partijen afstand doen van hun recht tot het inroepen der tusschenkomst van den gewonen rechter, behalve, zegt een noot, voor de door partijen voorbehouden uitzonderingsgevallen. Is er sprake van zulk een uitzonderingsgeval, dan wordt de vraag of de Raad van arbitrage (het scheidsgerecht) dan wel de gewone rechter bevoegd is, met uitsluiting van dezen laatste beslist door het te benoemen scheidsgerecht. — Voor elk jurist moet het duidelijk zijn dat deze onttrekking aan de rechterlijke macht van het oordeel over eigen bevoegdheid onwettig is, en dus het tegendeel van aanbeveling verdient (vgl. ook hierna § 6). Maar ook daarvan afgezien, is m. i. eveneens de uitsluiting der rechterlijke macht van de geschillen die tusschen partijen zijn gerezen, slechts bestaanbaar voorzoover het «scheidsgerecht» is scheidsman in den zin van het Wb. v. B. Rv., niet echter voorzoover het geeft een «bindend advies», daar dit de bevoegdheid der rechterlijke macht niet kan uitsluiten. Ook moet de algeheele afstand door partijen van hun bevoegdheid op eenige wijze tegen het advies op te komen bij de rechterlijke macht, door deze laatste m. i. niet als geldig worden erkend. Vgl. het hier vóór in § 2 gezegde over de partikuliere rechtspraak buiten arbitrage

Luidt een beding op niets anders dan op een zuiver feitelijke vaststelling door partikulieren, dan zijn onze rechterlijke colleges in het algemeen van oordeel dat er niet is eigenlijk gezegde arbitrage (77). Insgelijks, al is

om, intakt latend de bevoegdheid der rechterlijke macht, en voorts die rechterlijke macht niet bindend evenals een vonnis met gezag van gewijsde; vgl. nog het boven bl. 3 en 4—5 op dit punt gezegde omtrent andere partikuliere beslissingen die geen rechtspraak zijn. Zie ook meer speciaal over het bindend advies hierna tegen het einde dezer § 3. Vgl. voorts KORTENHORST in Grensgebied van het Recht I, 2, blz. 90—94.

(77) H. R. 16 Okt. 1868 W. 3050, v. d. Hon. B. R. 33 bl. 31, en het arr. a quo Hof N.-Holl. 19 Dec. 1867 W. 3032. Vgl. ook H. R. 14 Dec. 1899 W. 7379, R.spr. 183 § 64, v. d. Hon. B. R. 65 bl. 410, P. v. J. 1900 no. 8, M. v. H. 1899 bl. 313, welk arrest onderscheidde tusschen een opdracht tot het vaststellen van een schadecijfer en een opdracht tot het geven eener uitspraak in een geschil tusschen partijen omtrent hun rechten. De eerste valt niet, de tweede wél onder art. 623 Rv., zeide de Hooge Raad. M. a. w. in het tweede geval is er rechtspraak, in het eerste niet. Het Openbaar Ministerie wees er op in zijn conclusie: het eerstbedoeld beding betreft slechts een feit niet een rechtsgeschil. Gelijke opvatting als in 1899 had vroeger ten aanzien eener bepaling in het reglement eener onderlinge brandwaarborgmaatschappij gehuldigd H. R. 17 Jan. 1890 W. 5829, R.spr. 154 § 8, v. d. Hon. B. R. 56 bl. 16, P. v. J. 1890 no. 16, M. v. H. 1890 bl. 220, waarbij vgl. de gecasseerde beslissingen van Hof Leeuw. 27 Maart 1889 P. v. J. 1889 no. 48, M. v. H. 1890 bl. 73 (74), en van Rb. Gron. 25 Mei 1888 P. v. J. 1889 no. 45, M. v. H. t. a. p. Ook zijn hier te noemen Hof 's-Grav. 18 Okt. 1886 W. 5398, bevestigend Rb. Rott. 24 Juni, 1885 W. 5235, P. v. J. 1885 no. 49; Rb. Amst., vonnissen van 8 Dec. 1869 W. 3197, R. B. 1870 bl. 632, en van 16 Okt. 1903 W. 8048; Rb. Rott. 12 Dec. 1904 W. 8291; Rb. 's-Grav. 27 Nov. 1917 N. J. 1918 bl. 103. Vgl. voorts Hof 's-Grav. 4 Juni 1909 W. 8900, P. v. J. 893 en het vonnis a quo, Rb. Rott. 27 Nov. 1907 W. 8785, alsmede Rb. Rott. 10 Dec. 1913 W. 9704, N. J. 1914 bl. 1139; Rb. Assen 2 Maart 1909 W. 8923, en in cassatie H. R. 4 Febr. 1910 W. 8974, R.spr. 214 § 12, P. v. J. 932; Rb. Amst. 17 Febr. 1905 W. 8309, M. v. H. 1905 bl. 81; Rb. Utrecht 18 Febr. 1852 R. B. 1852 bl. 382, R.spr. 45 § 54. Vgl. ook het in noot 63 vermelde Groningsche vonnis

de terminologie daar anders, in Duitschland het Reichsgericht (78). De Engelsche jurisprudentie, vermeld door GODRON (in noot 22 geciteerd), bl. 268—269 stelt taxaties tegenover arbitrage, als niet, gelijk deze laatste, medebrengend een procedure die tot rechtspraak leidt. Anders echter de Fransche beslissingen, vermeld door GARSONNET, Tr. de proc. 2e uitg. 8, blz. 356—357 noot 2. Deze merken als arbitrage aan elke bindende uitspraak door deskundigen, mits zij overigens voldoet aan de wettelijke vereischten (79).

van 1919, waarbij het gemaakte beding restriktief werd uitgelegd zóó dat het enkel zag op zuiver feitelijke geschillen. Zie ZAAIJER t. a. p. bl. 12—14; v. ROSSEM (in noot 50 geciteerd) bl. 238—239; DEMOGUE in Rev. trim. du droit civ. 1909 bl. 920—921; F. MEILL, Das internationale Civilprozessrecht (1906) bl. 297—298 sub 4°, en de daar aangehaalde Duitsche jurisprudentie, waaromtrent vgl. nog de hier volgende noot.

(78) R. G. 9 Maart 1882 E. C. S. 6 bl. 190 (201—202). Dit arrest, evenals die van het voormalige Reichs-Oberhandelsgericht van 20 Juni 1871 en 23 Febr. 1872, E. R. O. H. G. 3 bl. 74 en 4 bl. 422 (428—429), bezigde den term «arbitrator» niet in den zin van de «goede mannen», bedoeld in ons art. 636 Rv., maar in de beteekenis, welke men ook in de Middeneeuwen aan het woord hechtte. Hieromtrent vgl. MEYERS in *W. P. N. R.* 2421 bl. 255 kol. 2 i. v. m. 2422 bl. 261; FROMMER in *Zeitschr. f. d. ges. Hand.r.* 39 bl. 336 (noot 25), en daarbij LOCRÉ, *La législ. . . de la France*, éd. Paris 23 (1830) bl. 437. — Zie ook KOKSMA in *R. Mag.* 1918 bl. 246—247, die echter enkel bespreekt de gevallen hieronder behandeld van beslissingen, welke nieuwe rechtsverhoudingen mede doen ontstaan. — Zie voorts R. G. 27 Okt. 1899 E. C. S. 45 bl. 351, en R. G. 22 Nov. 1907 E. Z. S. 67 bl. 71, waarmede is te vergelijken R. G. 30 Jan. 1906 E. Z. S. 62 bl. 354. Deze arresten zijn op het hier bedoelde punt met elkaar in overeenstemming. Alle betroffen zij opdrachten van een deel der toen noodige beslissingen aan partikulieren, maar bij het arrest van 1906 gold de opdracht een beslissing over een deel der rechtsverhouding van partijen, bij de twee andere arresten beslissingen over feitelijke gegevens. Vandaar dat het Reichsgericht in 1906 niet tot hetzelfde resultaat kwam als in 1899 en 1907.

(79) O. a. Rb. Toulouse 3 Maart 1892 D. P. 1893. 2. 223. Vgl. nog



Boven zeide ik dat een opdracht tot vaststelling van feiten kan samengaan met die tot beslissing eener rechtsverhouding en dat, is deze laatste beslissing volgens de opdracht mede onderwerp van het geschil, rechtspraak moet worden aangenomen. Maar of we in dat geval verkeeren kan somtijds zeer twijfelachtig zijn. Zoo komt het voor dat bedongen wordt beslissing over zeker schadebedrag en tegelijk over de verplichting tot vergoeding der schade, hoewel die verplichting, indien er schade mocht zijn, reeds ontwijfelbaar en onaangetast vaststaat krachtens een vroegere overeenkomst welke tusschen partijen geheel buiten kijf is (80). Dan luidt de formuleering van het latere beding wel tevens op vaststelling eener rechtsverhouding, maar, zoo kan men vragen, is *die* vaststelling niet geheel overbodig? Zoo ja, dan zou men hieruit de gevolgtrekking kunnen

---

de overweging van Cass. 7 Maart 1888 D. P. 1889. 1. 32, dat toen art. 1006 C. de Pr. civ. juist was toegepast. Zie buitendien Hof Rouaan 23 Juli 1878 D. P. 1880. 1. 107 kol. 1, en in cassatie naar het schijnt implicite, Cass. 15 Juli 1879 t. a. p. bl. 106 (107). Ook Hof Lyon 24 Aug. 1826, DALLOZ, Rép. v°. Arbitrage no. 46 noot 1, betrof enkel de schatting van den prijs van een stuk grond door deskundigen. Het Hof achtte arbitrage aanwezig, omdat de schatting partijen bond, maar liet zich daarbij ten onrechte leiden door de verwarring stichtende terminologie van art. 1592 C. C., waarover vgl. hierna bl. 28—29. In denzelfden geest als gemeld arrest van 1826, Rb. Soissons s. d. D. P. 1855. 1. 57, bevestigd door Hof Amiens 22 Febr. 1854 t. a. p., en vgl. in cassatie (verworpen) Cass. 30 Jan. 1855 t. a. p. Zie voorts Rb. Hazebroek 5 April 1890 D. P. 1893. 2. 254. — Nog is te vergelijken Cass. 22 Dec. 1902 S. et P. 1904. 1. 527, in verband met Hof Toulouse 28 Febr. 1901 S. et P. 1901. 2. 164; zie DEMOGUE in Rev. trim. du dr. civ. 1905 bl. 137, 1911 bl. 798 sub 8°. Zie voorts Rb. v. kh. Marseille 13 Juni 1889 D. P. 1890. 2. 169 (170 kol. 1 v. o.), bevestigd door Hof Aix 20 Jan. 1890 t. a. p., en vgl. daarbij Cass. 21 Febr. 1887 D. P. 1887. 1. 197, alsmede de noot 2 op dit arrest t. a. p. (80) Vgl. hierna bl. 22.

maken dat zij ook niet in aanmerking behoort te komen bij de kwalifikatie van het contract dat haar opdracht heeft bedongen (81). En een beroep hiertegen op art. 1378 B. W. zou kunnen worden beantwoord met de opmerking dat dit artikel enkel betreft de uitlegging, niet de kwalifikatie der overeenkomst. Wat men ontkent is dat de, ook de in duidelijke bewoordingen, bedongen vaststelling der rechtsverhouding, indien zij overbodig is, toch nog ter zake doet voor de kwalifikatie van de overeenkomst als een beding van arbitrage. Intusschen is de praemisse wel juist? Is in een geval als boven aangeduid, de opdracht tot vaststelling der rechtsverhouding inderdaad overbodig? Afgezien van het uitzonderingsgeval dat de te geven beslissing niet vatbaar is voor tenuitvoerlegging, wordt met de opdracht, is er hier arbitrage, toch bereikt dat de aan haar voldoende uitspraak kan worden geëxecuteerd op een bevelschrift van den President der Rechtbank, zoodat bij tegenwerking van de in het ongelijk gestelde partij, een nieuw proces kan worden vermeden. Zoowel daarom als wegens het gezag van gewijsde der arbitrale beslissing over de rechtsverhouding, schijnt het mij niet geoorloofd toe de opdracht waarvan hier sprake is als overbodig ter zijde te schuiven, en te zeggen dat metterdaad enkel een zuiver feitelijke beslissing is opgedragen. Ook een geding voor de rechterlijke macht loopt vaak materieel enkel over feitelijke vragen, terwijl toch onderwerp van het geschil is, om nu te blijven bij het zooeven gegeven voorbeeld, de verplichting tot schadevergoeding. Dit ligt hieraan dat elk geding, waarin eischer iets van gedaagde vordert op grond dat deze hem, eischer, niet geeft datgene waarop hij aanspraak maakt, tot onder-

(81) Vgl. het Duitsche Reichsgericht, arrest van 16 Okt. 1889 E. C. S. 24 bl. 411 (414).

werp heeft het door eischer beweerde recht op die prestatie, ook indien gedaagde gaaf erkent dat dit recht aanwezig zou zijn, als de door hem ontkende feiten kwamen vast te staan. Op gelijke wijze kan een rechtsverhouding die, als de feiten eenmaal zullen vaststaan, voor partijen onbetwist zal zijn, toch mede voorwerp zijn eener arbitrage, waarbij vaststelling der feiten op den voorgrond staat. Het is met de vraag, opdracht eener beslissing over feiten of (mede) over rechtsverhoudingen, ongeveer als met die, welke in cassatie zoo vaak reden kan geven tot twijfel, n.l. of de Hooge Raad te doen heeft met een zuiver feitelijke beslissing dan wel met uitlegging der wet, dus van het objektieve recht. Evenals men bij wetsuitlegging somtijds nagenoeg geheel nadert tot een waardeering van feitelijke gegevens, zoo kan ook de beslissing over het bestaan of niet bestaan van een subjektief recht, van een bepaalde rechtsverhouding, geheel of bijna geheel afhankelijk zijn van het antwoord op zuiver feitelijke vragen.

Enkele voorbeelden uit de Nederlandsche en buitenlandsche jurisprudentie zullen nader de moeielijkheden, die zich ten deze voordoen in het licht kunnen stellen.

Als eerste voorbeeld kies ik dat van de zaak berecht door Rb. Tiel 23 Febr. 1906 W. 8361. Partijen, die voor gemeene rekening handel hadden gedreven en verschil kregen over het saldo der afrekening, wezen bij overeenkomst, zonder dat zij een geschil over betwiste posten formuleerden, twee deskundigen aan om het saldo bindend vast te stellen en te beslissen wie, en wat deze, schuldig was aan de tegenpartij. De Rechtbank achtte hier niet aanwezig een beding van arbitrage, dat als zoodanig ongeldig zou zijn te verklaren op grond van art. 623 Rv. Immers, zoo overwoog zij, behoeft een verschil over de geldelijke uitkomsten van een handelsbedrijf, welk ver-

schil zijn oorzaak kan vinden louter in onjuiste beoordeeling der boekhouding, niet voort te spruiten uit een geschil over de wederzijdsche rechten van partijen, waarop art. 620 Rv. het oog heeft. En is dit niet het geval, dan is er geen arbitrage. Partijen bedoelden door meer bevoegden dan zij zelf waren, de juiste conclusie te doen trekken uit de cijfers, zooals deze uit de boeken en bescheiden moesten worden opgemaakt, bij overigens vaststaande rechtsverhoudingen. Dit nu is geen opdracht van rechtspraak, maar het doen opmaken van het saldo op administratief-technische basis uit niet aangevallen gegevens. — Intusschen was het wegens de formuleering der opdracht aan deskundigen toch op zijn minst twijfelachtig of die opdracht niet was gericht op beslissing der rechtsverhouding van partijen. In het geding stond vast dat de opdracht geschiedde, omdat partijen over en weer aanspraak maakten op een saldo, en zij luidde op de beslissing wie schuldig was en hoeveel. Dus, zou men zoo zeggen, was er opdracht tot beslissing over het al dan niet bestaan, en bij wèl bestaan over het bedrag eener schuldvordering. Al was die beslissing kant en klaar gegeven met de uitkomst der berekeningen en feitelijke vaststellingen aan deskundigen opgedragen, tot die feitelijke beslissingen bepaalde zich nu eenmaal de opdracht niet. M. i. is dan ook de motiveering der Rechtbank verwerpelijk, en was er wel degelijk opdracht van rechtspraak aan partikulieren. Maar toch was deze niet nietig wegens art. 623 Rv., omdat, zooals vroeger, speciaal tegen het eind van § 2 is uiteengezet, hetgeen ongeldig is als compromissoir beding, van kracht kan zijn als een opdracht tot rechtspraak die geen arbitrage is, en waaraan dan ook andere rechtsgevolgen zijn verbonden dan aan een arbitrage. De motiveering der Rechtbank, die een opdracht tot zuiver feitelijke beslissing aanwezig achtte,

is wel in overeenstemming met de boven verworpen zienswijze dat in een geval als dit, de opdracht tot beslissing over bestaan en bedrag der schuldvordering steeds overbodig is en daarom te verwaarlozen bij de kwalifikatie der overeenkomst als al dan niet gericht op arbitrage. Partijen hadden hier overigens beloofd zich zonder voorbehoud aan de beslissing der deskundigen te onderwerpen. Wegens het op dit punt in het begin van deze § 3 gezegde zou m. i. alleen indien kon worden aanvaard de opvatting der Rechtbank dat er was opdracht tot een zuiver feitelijke vaststelling, bedoeld beding als bindend zijn te erkennen (82).

Een tweede voorbeeld van een geval dat (mede) feitelijke vaststellingen waren opgedragen en dat er kwestie rees of er toch was arbitrage, is het volgende. Een huiseigenaar liet zijn woning afbreken en weder opbouwen door een timmerman. Over diens rekening ontstond een geschil, dat partijen nu bij overeenkomst onderwierpen aan de onherroepelijke uitspraak van een ander timmerman, die naar beste weten moest vaststellen hoeveel de huiseigenaar schuldig was aan zijn tegenpartij (83) en dan deze vaststelling indienen bij een in het contract aangewezen advocaat. Voornamelijk blijkens laatstbedoelde bepaling, zoo overwogen Hof Arnhem 26 Juni 1878 W. 4300,

(82) Was het in de Tielsche zaak van 1906 twijfelachtig of er al dan niet aan een opdracht tot rechtspraak moest worden gedacht, twijfel is uitgesloten, indien er is een opdracht tot bindende vaststelling van cijfers zonder dat er een geschil bestaat. Zoo was het in het proces berecht door Rb. Rott. 30 Juni 1902 W. 7882, bevestigd door Hof 's-Grav. 4 Mei 1903 W. 7962, P. v. J. 272. Evenals in de Tielsche zaak gold het toen een saldo, ditmaal de opdracht aan een accountant tot bindende vaststelling van het bedrag door een voogd aan zijn gewezen pupil verschuldigd.

(83) Deze opdracht deed de figuur der zaak verschillen van die berecht door Rb. 's-Grav. 27 Nov. 1917 W. 10300, N. J. 1918 bl. 103.

R. B. 1882 A bl. 196, en het daarbij bevestigde vonnis Rb. Arnhem 4 Maart 1878 R. B. t. a. p. bl. 195, was er hier geen arbitrage, al gebruikte de overeenkomst dien term. Het was een opdracht van gemoedelijke, ongemotiveerde taxatie aan een derde, in wien partijen vertrouwen stelden, welke schatting was te verrichten zonder inachtneming van art. 637 Rv., terwijl ook afwijking van artt. 639 en 640 kennelijk was bedoeld. Rechtbank en Hof hielden partijen voor gebonden aan de beslissing van den derde, en beschouwden die gebondenheid als onherroepelijk omdat het contract dit bedong. Gelijk boven is gezegd, kan men, mocht er geen arbitrage zijn aan te nemen, omtrent de geldigheid van zulk beding in een geval als het hier besprokene twifelen, of haar althans dan ontkennen, indien men toch aanwezig acht opdracht van partikuliere rechtspraak. Intusschen, de zienswijze dat er hier niet moest worden gedacht aan arbitrage is niet onbetwistbaar, al is zij m. i. juist. De voor die zienswijze in de vermelde beslissingen aangevoerde en hier niet weergegeven argumenten ga ik voorbij, omdat zij m. i. in het geheel niets beteekenen. Maar van belang is het dat kennelijk iets anders was gestipuleerd dan een uitspraak zooals artt. 637 vlgg. Rv. zich die denken. Een uitdrukkelijke afwijking van art. 637 was niet bedongen. Naar het schijnt werd wel beoogd de regeling van art. 639 door een andere te vervangen. Nu zou men kunnen vragen of, al is dit ongeoorloofd, daaruit volgt dat er niet was arbitrage. Art. 639 houdt niet in voorschriften omtrent de opdracht, doch enkel hetgeen moet geschieden na de uitspraak. Zou men nu niet kunnen aannemen ongeldigheid der clause die afwijking van art. 639 bedoelde, en toch een beding van arbitrage aanwezig achten? M. i. neen, wegens het aan het slot van § 2 gezegde (84).

(84) Zie ook noot 68. — Anders STHEEMAN in Hand Jur.-Vereen. 1919

Nog een derde voorbeeld van een opdracht, die twijfel deed rijzen of zij was gericht op arbitrage dan wel op een zuiver feitelijke vaststelling, ontleen ik aan de Belgische jurisprudentie. Het Hof van appèl te Brussel zag bij arrest van 22 Dec. 1888 (85) een compromissoire clause in het beding, aangegaan na afloop van en ter voldoening aan een erfpachtscontract, in welk contract was bepaald dat deskundigen 1°. de waarde der bestaande gebouwen zouden schatten, en 2°. het cijfer vaststellen der schadevergoeding door den eigenaar aan zijn wederpartij te betalen. Partijen hadden nu drie deskundigen aangewezen voor de schatting en tot vaststelling der schadevergoeding, welke beslissing hen onherroepelijk zou binden. Het Hof legde den nadruk, in overeenstemming met de hierboven (86) vermelde Fransche jurisprudentie, op het bindend karakter der uitspraak. Dit criterium is boven verworpen. Doch er was hier opdracht tot een beslissing die een rechtsverhouding (de verplichting tot schadevergoeding) tot onderwerp had. De schadevergoeding was wel reeds geheel vastgesteld in het erfpachtscontract. Maar dat daarom de opdracht op dit punt aan deskundigen als overbodig zou mogen worden verwaarloosd, is eveneens hierboven bestreden.

Weer een ander voorbeeld van gevallen, waarin men wel eens kan aarzelen bij de beantwoording der vraag of de te geven beslissing enkel is een vaststelling van

---

I (3) bl. 150. — De Rechtbank te Arnhem achtte het geval analoog aan dat voorzien in art. 1501 B. W. Daarentrent vgl. noot 96. — Naar het schijnt terecht vatten Rb. en Hof het contract niet zóo op dat bedoeld was het opvolgen der bedongen regeling te doen voorafgaan aan het opvolgen van art. 639 Rv.

(85) Pasicr. belge 1889. 2. 279; vgl. de noot aldaar. Het arrest is ook opgenomen bij D. P. 1890. 2. 312.

(86) In noot 79.

feiten dan wel mede de rechtsverhouding van partijen tot onderwerp heeft, is er bij een opdracht om uit te maken of een der partijen de contractueele verplichtingen is nagekomen, dan wel het contract heeft overtreden. Soms is er dan enkel een feitelijk onderzoek in te stellen, b.v. naar de kwaliteit der geleverde en naar die der bij de overeenkomst beloofde waren (87). Maar hebben

(87) Zie Rb. Amst. 8 Dec. 1869 W. 3197 R. B. 1870 bl. 632: geschil over de vraag of naar monster was geleverd. — Rb. Utr. 16 Dec. 1914 N. J. 1915 bl. 453 behandelde een kwaliteitsgeschil als vallende onder de gewone arbitrage. Speciaal zulke geschillen bespreekt FROMMER in Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. 39 bl. 325—374. Op bl. 330—335 verdedigt hij de meening dat men dan te doen heeft met een het contract aanvullende beslissing van arbitratoren (vgl. noot 78), omdat het met de bedoeling van partijen strookt dat bij constateering van een onderscheid in kwaliteit, de koopprijs, bij wijze van schadevergoeding voor den koper, dienovereenkomstig wordt verminderd. Daarom zou z. i. de koopprijs slechts voorwaardelijk bij het contract zijn vastgesteld op het daarin genoemde bedrag, n. l. voor het geval dat geleverd wordt volgens contract, terwijl voor het andere geval de prijs wordt bepaald door de arbitratoren. M. i. is die voorstelling niet de ware. Ook indien partijen uitdrukkelijk bedingen hetgeen FR. als hun bedoeling vooropstelt, is er niet een overlaten der vaststelling van den koopprijs aan derden. De derden hebben enkel het verschil in kwaliteit te taxeeren en, gelijk FR. zelf terecht zegt, dan wordt de koper aldus schadeloos gesteld dat zijn verplichting dienovereenkomstig wordt gereduceerd. Maar dit bij wijze van compensatie verminderde bedrag is niet de koopprijs. Buitendien, alles wat de arbitratoren te doen hebben is de schatting van het verschil in kwaliteit, en al bepaalt dit de vermindering van den koopprijs, daarom mag men nog niet zeggen dat hun is overgelaten den koopprijs vast te stellen, zelfs dan niet als men het zoeven bedoelde verminderde bedrag dat de koper moet betalen, den koopprijs zou kunnen noemen.

Een ander geval van een onderzoek naar het al dan niet nakomen eener overeenkomst, was er in het proces voor Rb. Amst. 19 Mei 1874 W. 3727: geschil over de vraag of een werknemer de belangen van zijn werkgever behoorlijk had behartigd. — Vgl. ook de jurisprudentie aangehaald in mijn Inleid. R. Org. bl. 658—659.



partijen dan tevens geschil over de verplichting zelf, dan is die verplichting vast te stellen, dus te beslissen welke rechtsverhouding het contract voor partijen medebrengt. En bindende beslissing hieromtrent kan zijn bedongen.

De Rechtbank te Rotterdam had meer dan eens uitspraak te doen naar aanleiding van een beding, dataan een commissie zou worden opgedragen te beslissen of het contract al dan niet was nagekomen en, bij constatering van afwijking, de daarvoor contractueel bepaalde boete op te leggen. Zoo bij een vonnis van 12 Dec. 1904 W. 8291. Bedongen was: de uitspraak der commissie dat er van het contract is afgeweken, heeft het verschuldigd zijn der boete ten gevolge, en *bewijst* dit in rechte. Het vonnis overwoog dat dit niet doelt op een opdracht aan scheidslieden der geschillen over afwijking, doch enkel op een opdracht der uitspraak over het *feit* der afwijking zóó dat de uitspraak dit feit in rechte bewijst, terwijl daar nog kan worden betwist het verschuldigd zijn der boete. De Rechtbank kwam tot die opvatting, omdat zij uit de bepaling in de overeenkomst dat de boete in rechte moest worden gevorderd (zoodat niet beoogd werd de executie krachtens presidiaal bevelschrift, verbonden aan arbitrage) en aldaar bewezen door de uitspraak der commissie, afleidde dat niet een arbitrale uitspraak over het verschuldigd zijn der boete was bedoeld, ondanks de eveneens in het contract voorkomende bepaling dat ingevolge de uitspraak der commissie de boete verschuldigd was. Dit laatste beding legde het vonnis uit als een door contractanten voor schuldplichtig houden, daar vooropstond dat de taak der commissie alleen was te beslissen over feiten. Partijen zouden enkel bedoeld hebben hierbij een beding te maken over het bewijsmiddel dat zij

zouden erkennen (88). — Een hierop gelijkende zaak werd berecht in 1913. Rb. Rott. 10 Dec. 1913 *W.* 9704, N. J. 1914 bl. 1139 overwoog in dezen trant: indien een contract bepaalt dat niet-nakoming wordt vastgesteld door een commissie, die de bij de overeenkomst bedongen boeten oplegt, zonder dat daartegen kan worden opgekomen, is de rechter hieraan inzoover gebonden dat hij als geldig moet aanmerken de door partijen bedongen onderwerping aan de beslissing der commissie omtrent feitelijke kwesties, waartoe de overeenkomst aanleiding kan geven. Ook is te erkennen de bevoegdheid der commissie om de contractueele boetebepalingen toe te passen met inachtneming der hieromtrent bij de overeenkomst gestelde grenzen. Maar de beslissing der commissie is voor partijen slechts bindend onder het voorbehoud dat zij met inachtneming der overeenkomst is gegeven, zoodat de rechterlijke macht heeft te onderzoeken of hetgeen de commissie als feitelijk vaststaande heeft aangenomen, oplevert overtreding der overeenkomst, en of de opgelegde boete bij het contract op het feit is gesteld (89). Ook dit vonnis las dus in de opdracht aan de commissie enkel die tot feitelijke vaststelling en boete-oplegging;

(88) Vgl. over bewijslevering bij contract afhankelijk gesteld van het oordeel van een der partijen mijn *Inleid. R. Org.* bl. 656—658. In het hier in den tekst bedoelde geval werd de uitspraak der commissie tot bewijsmiddel gemaakt. Inzoover betreft het vonnis van 1904 de leer van het bewijs. Vgl. o.a. FAURE, *Proc.r.* IV, 1 (1893) bl. 29 v. o., 31 v. o.—32 v. b., 32 v. o. Zie ook aangaande bewijs door de verklaring van een derde in termijnzaken krachtens handelsgebruik, Rb. Amst. 17 Febr. 1905 *W.* 8309, M. v. H. 1905 bl. 81. Voor Duitsch recht vgl. RG. 15 Okt. 1887 E. C. S. 20 bl. 399 (402 v. o.).

(89) Vgl. het op bl. 11—12 gezegde omtrent het niet bindend karakter der praejudicieele beslissing over de rechtsverhouding bij bindende vaststelling aangaande de feiten. Voor de vraag of deze laatste door partijen onherroepelijk kan worden gemaakt, zie bl. 6—7.

het zag er niet in een opdracht tot bindende beslissing over de uit het contract voortspruitende rechtsverhoudingen, waaromtrent de Rechtbank dan ook meende zelfstandig te moeten oordeelen.

Gedeeltelijk analoog aan de laatstvermelde zaak was die berecht door Ktg. II Amst. 22 Okt. 1894 W. 6586, P. v. J. 1894 no. 97. Het proces liep toen over een beding tusschen een artist en een tooneelvereniging, welk beding verwees naar de bepaling van het reglement der vereniging, die geschillen over rolverdeeling ter beslissing opdroeg aan haar commissie van beheer, met gevolg dat boete was verschuldigd door den artist, die zich niet hield aan de uitspraak der commissie. De Kantonrechter achtte dit beding om twee redenen ongeldig. Ten eerste was hij van meening dat bedongen was een z. i. ongeoorloofde uitspraak in eigen zaak, over welk punt nader hieronder in § 4. Maar buitendien zou, zoo oordeelde het vonnis, de uitspraak der commissie loopen over het verschuldigd zijn der boete, ten opzichte waarvan echter de rechterlijke macht bij uitsluiting competent was. Laatsbedoelde overweging vergat m. i. dat de uitspraak over de rolverdeeling hier enkel grond was voor het doen *ontstaan* eener rechtsverhouding (eener geldvordering, de boete), en niet rechtspraak over *bestaande* geldvordering (90).

(90) Het vonnis van Ktg. I Amst. 15 April 1910 W. 8997, aangaande een geschil tusschen een artist en een vereeniging naar aanleiding hunner overeenkomst dat de artist na opgelegde boete of gegeven ontslag in beroep kon gaan bij een commissie, betrof een andere kwestie dan dat van 1894. In 1910 legde de Kantonrechter het contract zóó uit dat de artist zich ook dadelijk kon wenden tot de rechterlijke macht. Dit is hier echter van minder belang. Voor het overige achtte het vonnis arbitrage niet aanwezig, omdat niet beide partijen verplicht waren het oordeel der commissie in te roepen. In gelijken geest voor een beding in een aannemingscontract Rh.

Hiermede komen we tot de hierboven op blz. 4 met *B* aangeduide tweede categorie van gevallen, die leidt tot onderscheiding tusschen een beding van arbitrage of andere opdracht van rechtspraak aan partikulieren eenerzijds en aan den anderen kant een overeenkomst, hun wel gevend zekere beslissing, maar een beslissing die niet het karakter van rechtspraak heeft (91). Rechtspraak bij wijze van arbitrage of anderszins onderstelt

Amst. 8 Febr. 1853 R. B. 1853 bl. 233 (237) *contra* O. M. Vgl. voorts, al betref dit vonnis niet een arbitrage, Rb. Zwolle 13 Mei 1908 W. 8744 omtrent het zoogenaamde advies, bedoeld in § 495 lid 3 der Algemeene Voorschriften van het Dep. van Waterstaat d.d. 1 Febr. 1901. En vgl. voor den arbitrator in het algemeen WEISMANN in Arch. f. d. civ. Prax. 72 bl. 315 i. v. m. bl. 274—275. — Het schijnt mij allesbehalve een axioma toe dat voor arbitrage (en voor den arbitrator geldt hetzelfde) ook dan noodig zou zijn wederkeerigheid der verplichting tot het inroepen der uitspraak bij gerezen geschil, indien daartoe voor één der partijen geen aanleiding aanwezig is, doordat deze tegen eigen maatregelen kwalijk kan opkomen. Vgl. ook STHEEMAN in Hand. Jur.-Vereen, 1919 I (3) bl. 152, die op gelijken grond het vonnis van 1910 bestrijdt. Natuurlijk is het een andere vraag of overigens aan de vereischten voor arbitrage is voldaan. Wat betreft het z.g. advies zie hierna bl. 44—45. Voor het geval van 1853 zou ik eerder meegaan met het O. M. dan met de Amsterdamsche Rechtbank. In dat van 1910 was er sprake van een geschil over de rechtmatigheid van opgelegde boete of gegeven ontslag, dus over een bestaande rechtsverhouding. Het door art. 620 lid 1 Rv. gestelde vereischte «omtrent de regten» was dus aanwezig. Of ook verder aan het Wb. v. B. Rv. was voldaan, kan te dezer plaatse worden daargelaten.

(91) Bij het hier volgende vgl. KOKSMA in *R. Mag.* 1918 bl. 245—250, en K. HELLWIG, Syst. des Deutschen Ziv.proz.rechts (1912) II, 1 bl. 104—106, die op bl. 105 voor de kenschetsing van wat *wij* arbitrage noemen ten onrechte onbruikbaar acht de onderscheiding tusschen beslissingen over rechtsbetrekkingen en beslissingen over feiten. Wel is onjuist de door H. bestreden voorstelling van andere Duitsche schrijvers als ware zij de eenige onderscheiding die hier in aanmerking komt. — Vgl. ook noten 65 en 87.

een geschil omtrent de rechten van partijen. En naar ons recht wil dat zeggen, zij onderstelt een geschil omtrent het al dan niet bestaan eener rechtsverhouding. Daarbij is te bedenken dat de strekking van een contractueel beding, luidende tot opdracht der beslissing van zulk een geschil niet is dat partijen op zich nemen die verplichtingen, welke hij die beslissen moet zal goedvinden aan te wijzen, doch enkel onderwerping aan zijn uitspraak over het al dan niet te voren reeds bestaan eener bepaalde rechtsverhouding. De bedoeling is dan dus niet de rechtsverhouding gelijk zij in de overeenkomst is gestipuleerd, te doen wijzigen of aanvullen door een derde, maar om dien derde omtrent haar een deklaratieve uitspraak te laten geven. Zijn daarentegen partijen het oneens over het al dan niet nemen van maatregelen, die eenmaal tot stand gekomen, zekere rechtsverhouding tusschen hen doen *ontstaan* — en daaronder is te begrijpen het wijzigen en het beëindigen eener bestaande verhouding —, en laten zij hierin de beslissing over aan een derde, dan kan men ook dat wel arbitrage noemen, maar het is toch niet die arbitrage, waarover artt. 620 vlgg. Rv. handelen (92), zoodat in dit geval andere rechtsregelen toepasselijk zijn (93). Zoo spreekt art. 1592 C. C. in den aanhef van „arbitrage”, in ons art. 1501 lid 2 B. W. weergegeven met het woord „begrooting”, dat ook in lid 3 wordt gebezigd, waar het een vertaling is van „estimation” (94).

(92) Maar die arbitrage is er wél indien te beslissen is een geschil over het bestaan van een recht op het doen ontstaan eener verhouding.

(93) Dan is er ook niet altijd een geschil tusschen partijen, al onderstelt het inroepen der beslissing van een derde dat er tusschen partijen geen algeheele overeenstemming bestaat. Dit laatste kan een bloot negatief verschijnsel zijn zonder dat er positief een geschil is aan te wijzen.

(94) Uit dit lid 3 volgt m. i. dat men moet onderscheiden tusschen het in ons art. 1501 bedoelde beding en dat, waarbij den derde wordt

De oudere Fransche jurisprudentie heeft zich door den term „arbitrage” in art. 1592 op een dwaalspoor laten brengen (95) en gemeend dat men te doen had met hetzelfde als waarvan art. 1003 C. de Pr. civ. spreekt. Maar tegenwoordig ziet men ook in Frankrijk het onderscheid in (96).

overgelaten de waarde te begrooten eener zaak die verkocht is voor de courante waarde. In dit laatste geval is het koopcontract perfekt vóór de begrooting; vgl. WEISMANN in Arch. f. d. civ. Prax. 72 bl. 296 i. v. m. bl. 310—311 en 328—329. Vgl. ook het hieronder in noot 96 gezegde over het vonnis Rb. Arnhem van 4 Maart 1878.

(95) Dit ondanks de waarschuwing van DOMAT, Les lois civiles I, 1e partie, liv. I, tit. I, sect. 3 § 11, uitg. 1745 bl. 25 noot y, en tit. XIV bl. 126 noot a vóór sect. I.

(96) Vgl. het beroep op art. 1592 C. C. in de arresten Hof Lyon van 5 Juni 1813 DALLOZ Rép. v°. Arbitrage no. 758 noot 4 (in cass. Hof Cass. 18 Mei 1814) en van 24 Aug. 1826 t. a. p. no. 46 noot 1; vgl. hiervóór noot 79. Anders de t. a. p. Suppl. no. 9 vermelde beslissingen Hof Bordeaux 23 Juli 1853 D. P. 1854. 5. 38, en (daarvan eenigszins verschillend) implicite ook Cass. 31 Maart 1862 D. P. 1862. 1. 242; meer uitdrukkelijk Hof Pau 24 Dec. 1861 D. P. 1862. 5. 336. Zie voorts GARSONNET, 2e uitg. 8, bl. 358—359; F. LAURENT, Principes de dr. civ. fr. 3e uitg. (1878) 24 no. 77; GODRON (in noot 22 geciteerd) bl. 215—217; WEILL (in noot 38 geciteerd) bl. 50—51, die nog verdere jurisprudentie en litteratuur aanhaalt, en terecht er op wijst dat de derde die den koopprijs vaststelt een nieuwen rechtsband scheidt (lees: tot het scheppen daarvan medewerkt), terwijl de scheidsman een bestaande rechtsverhouding constateert, een verschil dat hij op bl. 28—29 over het hoofd schijnt te hebben gezien. — Dat in art. 1501 B. W. geen eigenlijke arbitrage is bedoeld besliste ook Rb. Amst. 8 Dec. 1869 R. B. 1870 bl. 632. Voor België vgl. Rb. Doornik 24 Febr. 1914 Pas. belge 1914. 3. 208 en de daar geciteerden. — DEMOGUE, Les Notions... bl. 631 onderscheidt niet voldoende tusschen de verschillende rechtsfiguren, waarin aanwezig is wat hij op bl. 630 «semi-arbitrage» noemt. Vooral houdt hij niet uiteen beslissing buiten arbitrage om van geschillen over bestaande rechtsverhoudingen enerzijds en aan den anderen kant medewerking bij het tot stand komen en het aanvullen van overeenkomsten, dus als faktor tot het doen ontstaan van nieuwe rechtsverhoudingen.

Somtjids is het twijfelachtig of een opdracht tot beslissing in de een of andere niet vaststaande aangelegenheid doelt op het constateeren der tusschen partijen bestaande rechtsverhouding, dan wel op haar aanvulling, op haar nadere bepaling. En het kan voorkomen dat zoowel het eene als het andere is opgedragen. Zoo zal, moet een beslissing (b.v. die bedoeld in art. 636 Rv. a. h. e.) uitmaken wat in het konkreete geval rechtvaardig of billijk is, die beslissing aan den eenen kant dit hebben te constateeren, maar vaak tevens neerkomen op een nader preciseeren en dan ook wel ongemerkt op het aanvullen der rechtsverhouding van partijen. Wel is er dan rechtspraak, maar een rechtspraak die al heel licht

Het boven bl. 21 reeds vermelde vonnis Rb. Arnhem van 4 Maart 1878 nam aan analogie met het geval van art. 1501 lid 2 B. W. bij de t. a. p. besproken opdracht aan een timmerman tot vaststelling van den prijs, toekomend aan den bouwer van een huis. M. i. ontbrak de analogie, daar de koop eerst tot stand komt met en door de prijsbepaling van den derde, terwijl er in 1878 was een reeds voltooide overeenkomst, waarna er geschil was gerezen over den prijs, welks bepaling ingevolge een tweede contract den derde werd opgedragen, zoodat deze had te beslissen over een te voren reeds bestaande rechtsverhouding. — Vgl. hier ook FROMMER in Zschr. f. d. ges. Handr. 39 bl. 335--337.

Een ander voorbeeld der medewerking van een derde bij het ontstaan eener nieuwe rechtsverhouding (toen bij een arbeidsovereenkomst) is te vinden in de zaak beslist door H. R. 19 Febr. 1915 W. 9861, N. J. 1915 bl. 533, W. P. N. R. 2372, Recht. Besl. Arb. 6 bl. 65, met noot van E. M. M. in W. 9861.

Een soortgelijke taak als de derde van art. 1501 B. W. heeft de huurcommissie, en in beroep de Kantonrechter, naar de wet van 26 Maart 1917 *Stbl.* 257. Vgl. Hand. Tweede Kamer 1916—1917 bl. 1017 kol. 2, 1028 kol. 1, 1132, 1133 kol. 1, v. CREVELD in W. 10150, F. KRANENBURG in W. 10170, ook de terminologie van art. 1 lid 2 en van art. 5 der wet van 1917. Daarbij is er echter geen opdracht door noch aan partikulieren en art. 6 lid 4 maakt de beslissing van den Kantonrechter onaantastbaar.

gepaard kan gaan met wijziging der bestaande rechtsverhouding door dengene, die de uitspraak geeft.

Tot twijfel is er speciaal reden, indien is opgedragen de beslissing van geschillen welke rijzen over de uitlegging en uitvoering of toepassing eener overeenkomst, respektievelijk van een reglement. — Geschillen over die *uitvoering* loopen over bestaande rechtsverhoudingen. Te beslissen is hoe de overeenkomst ingevolge de daaruit voortvloeiende rechten en verbintenissen in een gegeven geval moet worden uitgevoerd en toegepast. — De opdracht tot bindende *witlegging* heeft een verschillend karakter naarmate de beslissing slechts betrekking moet hebben op het konkrete geval dat zich voordoet, dan wel bestemd is de uitlegging vast te leggen voor alle toekomstige gevallen. Is het laatste opgedragen, dan reikt de beslissing veel verder dan het gerezen geschil. Men zou kunnen denken aan een uitspraak als die, welke art. 12 wet Alg. Bep. aan de rechterlijke macht ontzegt. Wat gemeld artikel verbiedt zou toch in werkelijkheid neerkomen op aanvulling der wet door de rechterlijke macht, niet voor het konkrete geval, doch in het algemeen. *Die* aanvulling wil onze wet niet, maar aanvulling van een contract bij wijze van bindende uitlegging door den in de overeenkomst aangewezen laat zij vrij. Heeft echter de beslissing enkel betrekking op het gegeven geval, dan is zij ook slechts nadere preciseering der beteekenis van de overeenkomst voor dat geval, en niet een aanvulling van het contract, bestemd ook voor andere gevallen te gelden. Materieel kan dan de beslissing veel gelijken op rechtspraak, vooral indien de rechtsverhouding zelf met en door de uitlegging geheel zal vaststaan, en de bedongen of bij reglement voorgeschreven uitlegging juist wordt gegeven met het oog op een over bestaande rechtsverhouding gerezen geschil. Maar even-



min als men een feitelijke vaststelling door welke een rechtsverhouding geheel of nagenoeg geheel wordt bepaald, daarom rechtspraak mag noemen, verdient de bindende uitlegging, op zich zelf beschouwd, dien naam. Beide, feitelijke vaststelling en uitlegging, zijn formeel enkel werkzaamheden, óók voor de rechtspraak noodig, doch op zichzelf genomen geen rechtspraak. Zeker niet als zij geschieden zonder dat er bindende kracht aan is verbonden. Is dit laatste wèl bedongen, dan is de zaak meer twijfelachtig. Toch geldt ook dan dat de uitlegging voor de betrokkenen slechts heeft vast te stellen beteekenis en strekking hunner overeenkomst, of van een voor hen geldend reglement, doch niet mag zijn gericht op de rechtsverhouding waarin de betrokkenen tot elkaar staan. Daarentegen is er vaststelling dier rechtsverhouding, indien bij een beding tot bindende beslissing van geschillen over uitlegging mede is opgedragen gelijke beslissing over uitvoering en toepassing van overeenkomst of reglement. Soms hebben de stellers daarvan zich onvolkomen rekenschap gegeven van hetgeen beoogd werd op het hier bedoelde punt (97). Doch dan zal de bepaling m. i. toepasselijk moeten worden geacht op beide zooeven aangeduide soorten van geschillen (98).

(97) Elk contract of reglement moet worden geïnterpreteerd naar eigen inhoud. Dus behoeven gelijkkluidende bepalingen in verschillende contracten niet altijd dezelfde beteekenis te hebben. Een voorbeeld daarvan, ontleend aan een ander onderwerp dan het hier in den tekst besprokene, is het volgende. De term «in rechte» doelt meestal op een proces voor de rechterlijke macht (vgl. b.v. H. R. 11 Maart 1904 W. 8046), maar uit het onderling verband der contractueele of reglementaire bepalingen kan blijken dat aan een geding voor scheidslieden is gedacht; vgl. Hof N.-Holl. 26 Febr. 1874 W. 3718, vernietigend Rb. Amst. 11 Maart 1873 W. 3581, R. B. 1874 bl. 98.

(98) Zie Rb. 's-Grav. 2 Maart 1909 W. 9038, welk vonnis een opdracht der beslissing van *alle* geschillen over uitlegging of uitvoe-

De opdracht tot beslissing van geschillen over uitlegging of toepassing van een overeenkomst, respectievelijk van een reglement, is, ook al was die opdracht niet aan een derde gedaan, doch aan één der partijen (99), herhaaldelijk als geldig erkend door den Hoogen Raad. De meeste zijner hierop betrekkelijke arresten zijn ge-

ring van zekere statuten aan drie «arbiters», slechts voorzover die bepaling betref geschillen over de rechten van partijen aanmerkte als een beding, bedoeld in art. 620 Rv. — Hierbij is te vergelijken aangaande een reglements-bepaling eener onderlinge verzekeringsmaatschappij, welke bepaling de beslissing van *alle* geschillen tusschen direktie en verzekerden opdroeg aan den Raad van Commissarissen der betrokken maatschappij, met beroep op de algemeene vergadering, de in § 1 reeds genoemde uitspraken der Rb. te Rott. van 4 Juni 1914, en in appèl van Hof 's-Grav. 12 Nov. 1915. Dit arrest, overigens grootendeels zich vereenigend met het vonnis, onderscheidde niet, zooals de Haagsche Rechtb. in 1909 deed, tusschen verschillende soorten van geschillen, doch zag in de vermelde bepaling een beding, waarbij partijen hun finantieele verhouding in dier voege regelden dat het verkrijgen eener uitkeering afhankelijk werd gesteld van de voorwaarde dat ten slotte in hooger beroep de algemeene vergadering daartoe zou besluiten. Het Hof achtte dus aanwezig een clause, waarbij partijen het *ontstaan* hunner rechten en verplichtingen afhankelijk stelden van de beslissing van een orgaan der maatschappij. Echter is dit niet de *eenige* strekking eener opdracht voor *alle* geschillen. Zulk een opdracht omvat óók beslissingen over *bestaande* rechtsverhoudingen. M. i. gaf het Hof aan de bepaling een gedwongen en te beperkte uitlegging. — Te beperkt ook m. i. Hof Amst. 29 April 1918 W. 40275, N. J. 1918 bl. 866, welk arrest naar het schijnt tot richtsnoer is genomen door Rb. Utrecht 30 Okt. 1918, N. J. 1919 bl. 303, W. P. N. R. 2555. In deze laatste zaak gewaagde het betrokken beding van geschillen ontstaande uit de *toepassing* der verordening, waaraan partijen contractueel waren onderworpen, in de andere van een beslissing over *verklaring, toepassing of niet-nakoming*. Daaronder vallen zoowel beslissingen die bestaanderechtsverhoudingen vaststellen (constateeren) als die tot nadere vaststelling (bepaling), waarvan het Hof sprak.

(99) Daaromtrent nader in § 4.

wezen naar aanleiding van aannemingscontracten (100). Maar ook dient te worden genoemd dat van 8 April 1910, casseerend het vonnis van Rb. Dordt 28 April 1909 (101), betreffende de reglements-bepaling eener coöperatieve vereeniging, waarin de uitlegging van het reglement bij duisterheid was voorbehouden aan het bestuur der vereeniging. De Hooge Raad merkte die bepaling aan als een statutair „beding”, dus als een contractueele clause (102). — De verschillende aannemingscontracten, naar aanleiding waarvan eerstbedoelde arresten zijn geweest, behelsden niet alle hetzelfde op het punt in kwestie. In 1852 luidde het beding dat bij verschil van gevoelen over den inhoud, uitlegging of toepassing der overeenkomst de aannemer zich onderwierp aan de beslissing van den aanbesteder (het Ministerie van Oorlog). De arresten van 1877 en 1879 liepen over een beding van gelijke strekking, nu echter onder de toevoeging: met renuntiatie van alle rechtsmiddelen. Die toevoeging ontbrak in het contract, waarop de procedure van 1889 en en 1891 betrekking had, en daarin kwamen evenmin

(100) H. R. 20 Febr. 1852 R.spr. 41 § 27, v. d. Hon. B. R. 44 bl. 444, H. R. 26 Okt. 1877 W. 4170, R.spr. 117 § 10, v. d. Hon. B. R. 42 bl. 392, in revisie vernietigd door H. R. 2 Mei 1879 W. 4374, R.spr. 122 § 1, v. d. Hon. B. R. 44 bl. 150; H. R. 28 Febr. 1889 W. 5685, R.spr. 151 § 35, v. d. Hon. B. R. 55 bl. 98, P. v. J. 1889 no. 37, in revisie bevestigd door H. R. 24 April 1891 W. 6030, v. d. Hon. B. R. 57 bl. 151, P. v. J. 1891 no. 56; H. R. 23 Jan. 1903 W. 7875, R.spr. 193 § 18, P. v. J. 234, bevestigend Hooggerhof N.-Indië 15 Dec. 1898 *Ind. W.* 1852.

(101) Beide vermeld in noot 12.

(102) Vgl. daaromtrent in § 5. — Implicite zag het Dordtsche vonnis van 1909 opdracht van rechtspraak in die tot bindende uitlegging van een reglement bij geschil daarover. Dit volgt hieruit dat de Rechtbank redeneert uit art. 2 R. O. Daar de Hooge Raad had uit te gaan van het cassatiemiddel, is het m.i. gewaagd te zeggen dat ook hij op dit punt dacht als de Rechtbank.

voor de woorden der overeenkomst, die leidde tot de arresten van 1877 en 1879: „omtrent haar uitvoering”. In 1903 stond de Hoge Raad voor een soortgelijke clause als in 1889 en 1891. — In 1852 ging de conclusie van het Openbaar Ministerie in de richting, gevolgd door de latere arresten, maar de Hoge Raad zelf nam toen aan dat het contract slechts bedoelde onvoorwaardelijke onderwerping aan de beslissing van het Departement van Oorlog *hangende de uitvoering* der overeenkomst, hetgeen gedurende dien tijd processen kon beletten, maar niet afsneed een latere vordering tot betaling, tegen den Staat ingesteld in strijd met de door den Minister gegeven uitlegging van het contract. — In 1877 overwoog de Hoge Raad dat partijen de verbindbaarheid van het beding hadden erkend door zich er naar te gedragen. Het proces liep toen dan ook slechts over de vraag of de ingestelde vordering al dan niet in strijd was met de strekking van het contractueel beding; voor het overige onderwierp de aannemer zich aan de in zijn nadeel luidende beslissing van den Minister. De Hoge Raad had nu zelf een uitlegging te geven aan het beding, en in revisie nam hij bij het arrest van 1879 aan dat onjuist was zijn interpretatie in eersten aanleg, welke niet overeenkwam met die na gemeld arrest van 1877 gegeven door den Minister, noch met de implicite reeds te voren door den Minister gehuldigde opvatting van de clause. Het arrest van 1879 liet in het midden welke kracht was te hechten aan de woorden: met renuntiatie van alle rechtsmiddelen. De aandacht is nog te vestigen op de overweging in dit arrest dat het contract den Minister niet opdroeg een beslissing over algemeene rechtsgronden en feiten, die aan eenige rechtsvordering ten grondslag liggen, doch enkel het voorafgaand oordeel over beteekenis en uitvoering van eenig artikel der over-

eenkomst. Uit deze tegenstelling zou kunnen worden afgeleid dat de Hooge Raad de clause opvatte als *niet* (mede) bedoelend geschillen over de tusschen partijen bestaande rechtsverhoudingen aan de beslissing des Ministers te onderwerpen, doch enkel als opdragend een partijen bindende beslissing, bestemd om tusschen hen te gelden als nadere bepaling van die contractueele verplichtingen, waaromtrent partijen van opvatting verschilden (formuleering van het arrest van 1891). Maar de overweging had slechts betrekking op de kwestie die partijen in 1879 verdeeld hield, n.l. of ook een vordering tot schadevergoeding viel onder hetgeen den Minister ter beslissing was opgedragen. Een principieele beteekenis is, meen ik, aan die overweging niet toe te kennen. Dat men in gevallen als hier besproken niet moet denken aan een beding van arbitrage, overwoog het arrest van 1903 uitdrukkelijk. Reeds het arrest van 1891 had er op gewezen dat art. 1374 lid 3 B.W. toepasselijk blijft op de uitvoering van het beding door den Minister. En een beroep op die bepaling bij de rechterlijke macht ter bestrijding der door partikulieren gegeven beslissing is niet vereenigbaar met arbitrage, die in onze wet zóó is geregeld dat de uitspraak slechts kan worden aangetast op de wijze in het Wetboek van B. Rv. aangegeven (103). In 1903 zeide de Hooge Raad nog dat er niet was een beding van eigenrichting, en dat de aannemer niet ge-

---

(103) Beslissingen die naar art. 1374 lid 3 B. W. verwijzen, met de bedoeling dat de partikuliere uitspraak op grond dier bepaling kan worden aangetast, geven daarmee m.i. dan ook implicite te kennen dat zij arbitrage niet aanwezig achten. Onjuist was m.i. de bewering in de concl. O. M. vóór het in noot 105 te vermelden arr. H. R. van 1895 dat de in die conclusie aangehaalde jurisprudentie, waaronder overigens het arrest van 1891 niet mede wordt vermeld, op arbitrage sloeg.

heel afhankelijk werd gemaakt van zijn tegenpartij doordat aan de beslissing van die tegenpartij elk geschil moest worden onderworpen. Want, overwoog het arrest, er was enkel bedongen dat ten aanzien van contractueele bepalingen voor verschillende uitlegging vatbaar, partijen zich zouden refereeren aan de goede trouw van één van hen zoodat zij de door deze partij te geven uitlegging als beiden bindend hadden aan te nemen, met uitsluiting daaromtrent van 's rechterstusschenkomst. En zulk beding laat ruimte tot het aantoonen van klaarblijkelijke kwade trouw bij de uitlegging, is dan ook niet strijdig met de goede zeden, noch ook doet het te kort aan de wettelijk bepaalde bevoegdheid der rechterlijke macht (104). Bij deze motiveering sluit zich aan die van bovengenoemd arrest van 1910 (105).

In *W. P. N. R.* no. 2421 bl. 254 kol. 2—bl. 255 heeft E. M. MEYERS met klem van redenen betoogd dat de Hooge Raad art. 1374 lid 3 ten onrechte opvat als enkel doelend op de subjektieve goede trouw. Naar MEYERS' geschiedkundige uiteenzetting heeft de bepaling het oog op wat hij noemt „objektieve goede trouw”, d. w. z. op een uitvoering der overeenkomst naar redelijkheid. Indien de Hooge Raad in de toekomst zich hierbij mocht aansluiten (106), zou zijn jurisprudentie overeenstemmen

(104) Bij het bovenstaande vgl. Red. in *W.* 5940 bl. 4 kol. 2 v. o., die de bindende kracht der hier in den tekst bedoelde bedingen betwijfelt. Vgl. voorts het in § 1 aangehaalde vonnis Rb Leeuw. van 20 Nov. 1913, dat echter niet betrof nadere bepaling van den inhoud eener overeenkomst, maar rechtspraak door één der partijen.

(105) Dit is gewezen in een geval analoog aan dat, berecht door H. R. 25 April 1895 *W.* 6663, *R. spr.* 169 § 51, v. d. Hon. B. R. 61 bl. 139, P. v. J. 1895 no. 49 (alwaar ook het gecasseerde vonnis Rb Amst. van 30 April 1894). Het arrest van 1895 achtte arbitrage aanwezig, dat van 1910 niet, blijkens zijn beroep op art. 1374 lid 3 B. W.

(106) Met MEYERS vereenigt zich kennelijk Hof Amst. 29 April

met die van het Deutsche Reichsgericht, dat, ook onder de heerschappij van het „heutige römische Recht” zich beriep op de Pandektenplaatsen, vermeld door MEYERS in aansluiting aan DOMAT (geciteerd in noot 95) § 12 (107). FROMMER in Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. 39 bl. 338—340 (zie aldaar ook bl. 348) merkt omtrent het Romeinsche recht ten deze het volgende op (108). Er kon zijn òf een arbitrium boni viri òf een arbitrium merum. Alleen het eerste was aantastbaar wegens klaarblijkelijke onbillijkheid, het andere niet. Tegen dit laatste kon enkel opgaan de exceptio doli. Intusschen doet m. i. hetgeen FROMMER zegt niets af van de kracht van MEYERS' argumentatie. FROMMER zelf erkent dat het arbitrium merum in het Romeinsche recht uitzondering was. Het waren vooral de gevallen van het overlaten van koop- of huurprijs die daarbij in aanmerking kwamen. Ook thans kunnen partijen bedingen dat aanvulling van hun overeenkomst door een derde zóó zal geschieden dat zij er onherroepelijk aan zijn gebonden. Kan het ook zijn dat zulk een beding reeds tijdens het klassieke Romeinsche recht juist bij koop b.v. relatief vaak voorkwam? Zoo ja, dan ware hierdoor te verklaren dat de eerst bestaande controverse of het beding geoorloofd was, is beslist in bevestigenden zin en dat daarbij niet werd aangenomen

1918 (in noot 98 vermeld): klaarblijkelijk onjuiste beslissingen zijn niet te goeder trouw. Voor het overige sluit dit arrest zich dan aan bij de jurisprudentie van den Hoogen Raad; vgl. noot 98

(107) Zie R.G. 9 Maart 1882 E. C. S. 6 bl. 190 (201—202) en 11 Okt. 1883 E. C. S. 10 bl. 130. Vgl. voorts R. O. H. G. 23 Febr. 1872 E. O. H. G. 4 bl. 422 (428—429).

(108) Vgl. nog WEISMANN in Arch. f. d. civ. Prax. 72 bl. 298 v. o.—301. Op bl. 323 v. o.—324 wijst deze er op dat, oordeelt de rechterlijke macht de partikuliere beslissing kennelijk onredelijk, zij die beslissing niet slechts heeft te vernietigen, doch door eigen uitspraak heeft te vervangen.

een arbitrium boni viri (109). Ons art. 1501 B. W. is via den Code Civil aan het Romeinsche recht ontleend, maar daaruit volgt nog niet dat we op alle punten hetgeen te Rome gold ook voor ons als geldend recht hebben te erkennen. En mogen al bij andere overeenkomsten partijen vrij zijn bij een beding van beslissing door zoogenaamde arbitratores in de keus tusschen het arbitrium boni viri en het arbitrium merum met de daaraan naar Romeinsch recht verbonden uiteenloopende gevolgen, bij twijfel omtrent de bedoeling van partijen zal toch overeenkomstig de historische ontwikkeling zijn aan te nemen dat de beslissing van den arbitrator vatbaar is voor aantasting op grond ook van kennelijke onredelijkheid.

Hetzij men in art. 1374 lid 3 met den Hoogen Raad bedoeld acht de subjektieve goede trouw, hetzij met MEYERS hetgeen voor redelijk is te houden, naar beide opvattingen blijft het de vraag of in de hier behandelde materie een beroep op die wetsbepaling wel afdoende is. Indien een overeenkomst niet te goeder trouw wordt nagekomen, dan verplicht dit den overtreder tot schadevergoeding; zoo wil het art. 1275 B. W. Het in art. 1276 den schuldeischer toegekende recht de vernietiging te vorderen van hetgeen in strijd met de verbintenis is verricht, ziet enkel op hetgeen stoffelijk vernietigd kan worden (110). Veroordeeling tot reële nakoming zou hier weinig baten. Als nu hij, wien bij overeenkomst zekere beslissing is opgedragen, waaraan partijen krachtens dezelfde of een voorafgaande overeenkomst zich moeten houden, zijn beslissing geeft met verwaarloozing der (subjektieve of objektieve) goede trouw, volgt dan uit art. 1374 lid 3 dat partijen op grond van die ver-

(109) Terecht m.i. zegt WEISMANN t. a. p. bl. 328 v. b. dat het latere Romeinsche recht hierbij te ver ging.

(110) Vgl. art. 1143 C. C.: détruit, détruire.



waarloozing hun gebondenheid aan de beslissing bij de rechterlijke macht kunnen bestrijden? Het schijnt gewaagd hierop bevestigend te antwoorden. Echter kan men toch tot een zelfde resultaat komen als de Hooge Raad, respektievelijk als MEYERS, langs een anderen weg dan door een beroep enkel op art. 1374 lid 3. De wet regelt niet het rechtsgevolg van een beding als hier is bedoeld. Maar meestal zal men kunnen aannemen dat partijen niets anders wilden dan een referte aan een onpartijdige, te goeder trouw genomen beslissing, of naar MEYERS' leer, een beslissing die redelijk is. Dus wilden zij meestal niet onderwerping aan een partijdige, respektievelijk aan een onredelijke beslissing. Zelfs zou men, indien partijen het in uitzonderingsgevallen wèl hebben gewild, kunnen vragen of billijkheid en gerechtigheid, en daarom de goede zeden, gedoogen hun wil dan toch te sanktioneren. Het is echter een feit dat zoowel naar oudere als naar meer moderne rechtsopvattingen een beding van onherroepelijke beslissing buiten rechtspraak, hetzij door een derde hetzij ook door één der partijen, als geldig is erkend (111). Daarom kan men niet zeggen dat naar thans *algemeen* heerschende begrippen zulk een clause met de goede zeden strijdt. Is zij opgenomen, dan kan de beslissing niet op grond van haar onredelijken inhoud worden aangetast. Wèl echter m. i. eventueel wegens subjektieve kwade trouw van hem, die ze gaf. Want, ook voor dat geval gebondenheid er aan op zich te nemen, zal toch wel iedereen houden voor het aanvaarden eener verbintenis in strijd met de goede zeden, terwijl buitendien zelfs een beding van onherroepelijkheid niet zal doelen ook op een (door partijen

(111) Zie b.v. de regeling van §§ 315—319 Duitsch B. G. B. — Te vergelijken is hier ook het boven bl. 4 gezegde, insgelijks noot 123.

toch niet onderstelde) beslissing te kwader trouw. En is er geen beding van onherroepelijkheid gemaakt, dan is de beslissing voor partijen slechts bindend in de onderstelling dat zij te goeder trouw, naar redelijkheid is genomen. Faalt die onderstelling, dan kan op dien grond de beslissing bij de rechterlijke macht worden aangetast.

Staat deze voor een beding dat tegelijk rechtspraak en aanvulling, o.a. door nadere bepaling, van contractueele of reglementaire verplichtingen aan partikulieren opdraagt, dan zal zij hebben uit te gaan van hetgeen voor deze beide rubrieken geldt. Het gevolg zal m.i. zijn dat zij dan, indien splitsing van het beding niet mogelijk is, het ruimere onderzoek zal mogen instellen, als regel ook voor de laatstbedoelde categorie toegelaten, en een clause van onherroepelijkheid *niet* moet erkennen.

De Algemeene Voorschriften voor de uitvoering en het onderhoud van werken onder beheer van het Departement van Waterstaat, Handel en Nijverheid, vastgesteld 1 Febr. 1901 — voorschriften die behoudens door de omstandigheden geboden wijzigingen o.a. door gemeentebesturen, en ook door partikulieren, in hun contracten van aanbesteding herhaaldelijk zijn overgenomen — behelzen in § 495 de volgende bepaling. Wanneer tusschen de aannemers en de ingenieurs, of ... [respektievelijk] de opzichters, verschil omtrent het werk, het bestek of de overeenkomst of deze Algemeene Voorschriften ontstaat, verblijft de uitlegging daarvan aan den Hoofdingenieur of den Rijksbouwmeester, waarnaar de aannemers zich moeten gedragen, behoudens beroep op den Minister. Evenwel heeft de aannemer in geval van geschil over *a.* den aard van het werk (vgl. § 304), *b.* de verrekening van meer of minder werk (vgl. §§ 467 en 468), *c.* de gevolgen van schorsing of staking van het werk, *d.* de aansprakelijkheid voor schade, veroorzaakt door buiten-

gewone omstandigheden, *e.* het recht op betaling (vgl. § 476), *f.* de omstandigheden onafhankelijk van den wil van den aannemer (vgl. § 478 lid 5), wanneer hij geen genoegen neemt met de door den Minister dienaangaande genomen beslissing, het recht... te vorderen dat het advies wordt ingewonnen van een commissie, samengesteld volgens § 496. Het advies der commissie, zegt § 495 verder, zal voor het Rijk en den aannemer bindend zijn.

De in die § 495 aangeduide opdracht aan Hoofdingenieur of Rijksbouwmeester, en in beroep aan den Minister, geeft hun de bevoegdheid tot een de partijen bindende uitlegging van het contract, en onder het contract zijn ook de algemeene voorschriften te begrijpen. Van hun beslissingen kan de aannemer in de zoeven genoemde gevallen nog weer in beroep gaan bij een commissie. Naar het mij voorkomt moet men aan de beslissingen van Hoofdingenieur, Rijksbouwmeester en Minister niet steeds hetzelfde karakter toekennen. Nu eens strekt de opdracht tot het geven eener feitelijke vaststelling, een andermaal tot aanvulling of nadere bepaling der contractueele rechtsverhouding, maar ook wel tot rechtspraak in een geschil tusschen partijen over hun bestaande onderlinge verhouding. Dat het zoo is, blijkt m.i. als men de gevallen nagaat, waarin het advies der in §§ 495 en 496 bedoelde commissie kan worden ingeroepen. Daar deze commissie in hooger instantie beslist, kan haar advies van de beslissingen die bij haar worden aangevallen en die gedeeltelijk eveneens in hooger beroep worden gegeven, niet in aard verschillen. In de gevallen nu zoeven genoemd onder *a* en *f* is het te doen om een feitelijke appreciatie. Bij *b* wordt er een beslissing gegeven die een aanvullende rechtsverhouding doet ontstaan; bij *c* en *d* loopt zij over bestaande rechtsverhoudingen en is daarom rechtspraak, nu zij partijen bindt. Bij *e* wijst

de formuleering op hetzelfde, maar de verwijzing naar § 476 doet uitkomen dat veeleer beoogd wordt schatting, met welke dan het recht op betaling naar het contract tevens ontstaat. Daar de opdracht in § 495 bedoeld kan worden gesplitst, heeft het advies dus m.i. niet steeds hetzelfde rechtskarakter. Dientengevolge zal het ook, naarmate van het geval dat aanwezig is, in het eene niet gelijke rechtsgevolgen meebrengen als in het andere, wat dan eveneens is aan te nemen voor de beslissingen van Hoofdingenieur, Rijksbouwmeester en Minister, waarvan in § 495 wordt gesproken. Al zegt § 495 alleen dat hun verblijft de uitlegging van het contract, kennelijk is daaronder begrepen de beslissing over de toepassing, over de uitvoering. Na al hetgeen hiervóór in deze paragraaf in verband met de vorige in het algemeen is gezegd, kan het overbodig worden geacht nog eens nader aan te duiden het verschil in aard en rechtsgevolgen naar mijn meening toe te kennen aan het zoeven bedoelde advies, naarmate van de gevallen waarin de beslissingen worden gegeven. Wel is het, dunkt mij, gewenscht hier nog in het kort enkele uitspraken van onze rechterlijke macht over de genoemde § 495 te vermelden.

Het Hof te 's-Hertogenbosch heeft bij arrest van 25 Nov. 1913 *W.* 9576, *N. J.* 1914 bl. 71, met bevestiging van *Rb.* 's-Hertogenbosch 26 Jan. 1912 *W.* 9420, overwogen dat de beslissing vanwege den aanbesteder gegeven en het advies der commissie, hoewel den rechter zoowel als partijen bindend, niet vatbaar zijn om langs den weg van artt. 636 vlgg. *Rv.* executoriale titels te worden. Hof en Rechtbank verwierpen de voorgestelde exceptie van onbevoegdheid der rechterlijke macht, welke exceptie niet alleen steunde op de bindende kracht der beslissing van den aanbesteder wegens het te laat inroepen van het advies, doch ook hierop dat het dus te laat ge-

vraagde advies een arbitrale uitspraak zou zijn. De Rechtbank overwoog nog dat § 495 slechts een eenvoudigen weg aangeeft, langs welken de oplossing van geschillen is te bereiken, zonder dat het behoeft te komen tot een proces. Zoo had ook Rb. Almelo 27 Mei 1903 *W.* 8050 aangenomen dat § 495 niet opdraagt rechtspraak, derogeerend aan die van den gewonen rechter, noch arbitrage bedoelt, en hieruit de gevolgtrekking gemaakt dat de rechterlijke macht bevoegd blijft, al is door den aanemer niet eerst het advies van § 496 ingewonnen. Op dit punt oordeelde eveneens Rb. Zwolle 13 Mei 1908 *W.* 8744. Daarentegen schijnt, naar aanleiding der toen bij het contract toepasselijk verklaarde algemeene voorschriften van 1895, Rb. Rotterdam 8 Jan. 1906 *W.* 8506 (i. v. m. *W.* 8505) wèl arbitrage aanwezig te hebben geacht, hetgeen kan worden opgemaakt uit de overweging dat art. 626 Rv. het hebben van een persoonlijk belang bij de uitspraak niet in den weg doet staan aan de benoembaarheid tot scheidsman (112). Verder is de bindende kracht voor partijen èn rechterlijke macht zoowel van de beslissing des aanbesteders als van het advies, ook aangenomen door Rb. Amsterdam 17 Jan. 1916 *W.* 10091, *N. J.* 1916 bl. 185, en door Rb. Assen 17 Okt. 1916 *W.* 10089, welk vonnis mede overwoog dat het advies niet is een arbitrale uitspraak.

Dit laatste is ook overwogen in de beslissing van 31 Juli 1917 van den Raad van Arbitrage voor de bouwbedrijven in Nederland, Arbitrale Rechtspraak I no. 1

(112) Misschien wilde de Rechtbank slechts uitdrukken dat hetgeen te dien opzichte geldt bij de arbitrage, ook is aan te nemen bij een contract als hier bedoeld. Ook dan echter gaf zij toch te kennen insoover analogie aanwezig te achten dat de beslissing van den Minister in beroep naar § 495 er een zou zijn over bestaande rechtsverhouding.

bl. 7, welke beslissing, als bindend advies door den aan-  
nemer aangevraagd, ook als zoodanig werd aangemerkt  
door genoemden Raad. Dit was in overeenstemming met  
de in die beslissing aangehaalde statuten van dien Raad  
en de bij deze statuten gevoegde aanbevolen bepaling  
(kennelijk door partijen gevolgd) waarover boven reeds  
is gesproken (113).

Hoewel geen betrekking hebbende op een contract van  
aanbesteding, verdient hier nog Rb. Utrecht 30 Okt. 1918  
N. J. 1919 bl. 303, *W. P. N. R.* 2555, te worden ge-  
noemd inzoover als dit vonnis in een, volgt men zijn  
opvatting, eenigszins analoog geval, ten opzichte der  
rechterlijke bevoegdheid oordeelde overeenkomstig de  
boven vermelde beslissingen van Hof en Rechtbank  
's-Hertogenbosch en Almelo. Zoo ook Hof Amsterdam  
29 April 1918 *W.* 10275, N. J. 1918 bl. 866.

Nadere bespreking dezer jurisprudentie kan achterwege  
blijven, daar zij slechts zou neerkomen op herhaling  
van voorafgaande uiteenzettingen.

*(Wordt vervolgd.)*

---

(113) Noot 76, lid 2. — Over § 495 der Alg. Voorschr. vgl. nog  
ZAAIJER t. a. p. bl. 45—48. Diens meening (bl. 48 v. b.) dat het advies  
een door partijen gekozen bewijsmiddel is, kan ik niet deelen. Even-  
min meegaan met zijn vergelijking bij buitenlandsche arbitrage.  
STHEEMAN in *Hand. Jur.-Vereen.* 1919 I (3) bl. 148—152 (vgl.  
bl. 154 v. o—155 v. b.) ziet in het bindend advies een arbitrale  
beslissing. Dat zou toch slechts kunnen opgaan voorzoover een rechts-  
geschil wordt beslist. Maar ook dan is er geen arbitrage, omdat  
partijen niet hebben gewild een door het staatsgezag te sanktioneren  
beslissing; vgl. noot 68. Dat STHEEMAN op bl. 151 het juiste doel  
ver voorbij schiet, zal na al het hier voorafgaande wel niet nader  
behoeven te worden betoogd. KORTENHORST in *Grensgebied van het*  
*Recht I*, 2, bl. 94 hecht te veel waarde aan de minder juiste be-  
naming „advies”.

---

## Boerend goed in het internationaal verkeer

DOOR

Mr. J. E. VAN DER MEULEN

### I.

Terwijl art. 7 der wet houdende A. B. het uitgangspunt is voor vraagstukken van internationaal privaatrecht met betrekking tot onroerend goed, zoekt men tevergeefs in onze wetgeving naar een dergelijk artikel, dat betrekking heeft op roerend goed (1). Ook in de Fransche wetgeving is zoo'n bepaling niet te vinden. Wel stelden de ontwerpers van den Code Civil voor een artikel, luidende: „son mobilier (n.l. van den Franschman in het buitenland gevestigd) est régi par la loi française comme sa personne”, maar dat artikel is niet wet geworden, niet omdat men het onjuist, maar omdat men het overbodig oordeelde (2). Bij het tot stand komen van onze wet houdende A. B. kwam het roerend goed niet bijzonderlijk ter sprake. Het is dan ook van belang om na te gaan hoe de vraagstukken van internationaal privaatrecht betreffende roerend goed behooren te worden opgelost.

De Nederlandsche jurisprudentie en ook de Nederlandsche litteratuur op dit punt zijn weinig omvangrijk. Vreemde vonnissen en schrijvers zullen dikwijls den weg moeten wijzen. De vreemde jurisprudentie is vooral

(1) Zie voor schepen art. 310 K.

(2) Zie DE PAEPE, *Revue de dr. int. et de lég. comp.* 1900, p. 378. De la loi applicable à l'état, à la capacité et aux meubles des étrangers.

daarom van belang, daar aan de wetgeving der meeste landen dezelfde onvolledigheid als aan de Nederlandsche eigen is.

Waar gesproken wordt van roerend goed is bedoeld roerend goed afzonderlijk beschouwd; niet dat, waarvan het kenmerkende is bij de te beslissen rechtsvraag, dat het deel uitmaakt van een aantal goederen, die te zamen een vermogen of vermogensdeel vormen (3). Een onderscheiding veelal aangeduid door te spreken van roerende goederen „ut singuli” en „ut universi”. Met de laatst aangeduide zijn dan bedoeld die, welke deel uitmaken van een nalatenschap, huwelijksgemeenschap, faillieten boedel.

De moeilijkheden, die zich voordoen, zijn van tweeërlei aard. Soms gaat het om de vraag of eenig zakelijk gevolg is ingetreden, en soms of een in het eene land ingetreden zakelijk gevolg al dan niet in een ander land erkent behoort te worden, wanneer het roerend goed, ten aanzien waarvan het zakelijk gevolg is ingetreden, van het eene land naar dat andere land wordt overgebracht.

Tot de laatste moeilijkheden, die der verkregen rechten, behooren ook die, welke rijzen, doordat het onzeker is, welke de gevolgen der erkenning zijn.

Ten aanzien van de eerste vraag, of dus eenig rechtsfeit het ontstaan, overgaan of tenietgaan van een zakelijk recht op een roerend goed heeft tengevolge gehad, is als algemeene regel te stellen, dat ze moet worden beantwoord met inachtneming van de wet, van kracht op de plaats, waar het goed zich bevindt ten tijde dat het rechtsfeit plaats grijpt, de z.g.n. *lex rei sitae*. Deze wet geeft ook uitsluitend aan het zakelijk karakter der goederen, of ze b.v. roerend of onroerend zijn.

(3) Zie KOSTERS, Internationaal Burgerlijk Recht, p. 706.



Gelijk reeds gezegd houdt de wetgeving der meeste staten dienaangaande geen uitdrukkelijk voorschrift in (4). De nieuwe Duitsche wetgeving geeft de bepaling van art. 28 Einführungsgesetz ten aanzien van de roerende goederen ut universi, maar zwijgt over de roerende goederen ut singuli. Art. 7 van het Italiaansche B. W. luidt in zijn Fransche vertaling: Les biens meubles sont soumis à la loi de la nation de leur propriétaire, sauf disposition contraire de la loi du pays, où ils se trouvent.

De voorliefde van MANCINI en zijne aanhangers voor het personeel statuut heeft zich ook hier doen gevoelen, maar heeft niet kunnen beletten, dat de uitzondering hoofdregel is geworden. De Italiaansche schrijvers en rechters aanvaardden dan ook vrij algemeen de toepasselijkheid der *lex rei sitae* (5).

Opmerkelijk is het verhandelde op de in 1911 te Madrid gehouden vergadering van: l'Institut de droit international. Art. III van het: *Projet sur les droits réels* luidt: Il appartient à la *lex rei sitae* de déterminer quelles sont les choses susceptibles d'être objet d'un droit réel donné, de limiter ou d'exclure la révendication, la prescription et même les effets des privilèges établis par la loi, qui régit le rapport juridique, auquel le privilège est attaché (6). Nog zij vermeld het tractaat op 12 Februari 1889 tusschen de Zuid-Amerikaansche staten gesloten. Art. 26 luidt: Les biens, quelle que soit leur nature, sont exclusivement régis par la loi du lieu où ils existent en ce qui touche leur qualité, leur possession,

(4) Zie Actes de la conférence de La Haye, chargée de régler diverses matières de dr. i. p. La Haye Impr. Nat. 1893, 2me partie.

(5) Zie GIULIO DIENA, I diritti reali considerati nel diritto int. pr. Torino 1895, p. 65 e.v. Men lette ook op zijn beschouwing over het overeenkomstige Spaansche wetsartikel.

(6) Annuaire tome XXIV, p. 369—395. DIENA was rapporteur.

leur aliénabilité absolue et relative et tous les rapports de droit de caractère réel dont ils sont susceptibles (7).

Wanneer men nu nagaat, dat te beginnen met SAVIGNY bijna alle bekende schrijvers op het gebied van het internationaal privaatrecht, hoe verschillend hun denkbeelden over dit recht ook overigens mogen zijn, het over de toepasselijkheid der *lex rei sitae* eens zijn, is het bijna niet mogelijk hare juistheid te betwijfelen (8).

Van de monografieën zij genoemd, behalve het reeds vermelde werk van DIENA, die ook onroerende goederen en roerende goederen ut universi behandelt, GLARD: *De la condition des meubles en dr. int. pr.*, Paris 1894 (9) en vooral NIBOYET: *Des conflits de lois relatifs à l'acquisition de la propriété et des droits sur les meubles corporels à titre particulier*, Paris 1912, Thèse. In de voorrede van de hand van PILLET leest men o. a.: Jamais à notre connaissance ce vaste sujet n'a été si bien et si complètement traité que par M. NIBOYET. Mogelijk is dat men eenigszins afgeschrikt wordt, als blijkt hoe juist de navolgende opmerking van PILLET is: M. NIBOYET est par essence un théoricien; il aime la théorie, il se meut avec essence dans le domaine des idées abstraites.

De jurisprudentie zal zooveel mogelijk vermeld worden bij de hieronder te behandelen vraagstukken (10). Ook dan zal blijken, dat de rechter de toepassing der *lex*

(7) *Revue de dr. int.* 1889, p. 225. Vertaling van PRADIER FODÉRE. Men zie verder voor toepassing der *lex rei sitae*: *Actes l.a.p.* 1e partie, p. 28; art. 5 titre préliminaire Belgische ontwerp C. C.

(8) Vergelijk de litteratuur opgaven bij KOSTERS l.a.p. p. 709, noot 3; NIBOYET p. 44, noot 1; SIREY 1901, IV, p. 25, noot 2 à 6; FERD. BÖHM, *Die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen*, p. 84.

(9) Proefschrift te Rennes verdedigd.

(10) Zie verzameling van in hoofdzaak Amerikaansche jurisprudentie inzake: *Movables* bij BEALE, *Cases on the conflict of laws II*, p. 154—195.

rei sitae als voor de praktijk noodzakelijk heeft aanvaard.

Dit standpunt nu, tegenwoordig zoo algemeen, is van betrekkelijk den laatsten tijd. In de Statuten-theorie bestond de regel: *mobilia sequuntur personam*, ook wel *mobilia ossibus personae inhaerent* (11).

De ontwerpers van den C. C., die uitgingen van de leer der Statuten, moeten dan ook geacht worden vorenstaand adagium te hebben aangehangen. Evenzoo de ontwerpers van ons B. W., die geen ander standpunt innamen. Op grond van de historie zou derhalve het *mobilia sequuntur personam* ook voor het tegenwoordige Fransche en Nederlandsche recht kunnen worden verdedigd. Zoo meent DE PAEPE (12) na vermelding van Belgische jurisprudentie, die voor roerende goederen ut *singuli* de *lex rei sitae* toepasselijk deed zijn, dat deze opvatting geen steun vindt in de wet. Hij is een der weinigen die een volledige toepassing van het personeel beginsel, zoowel dus voor roerende goederen ut *singuli* als ut *universi*, voorstaan. Zijn opvatting echter komt voor zooveel betreft eerstgenoemde goederen in strijd met de beteekenis, die oudtijds aan het adagium werd toegekend. LAINÉ (13) immers wijst er met nadruk op, dat het slechts toepassing vond in gevallen van erfopvolging en niet betrekking had op roerende goederen ut *singuli* (14). Deze meening is sindsdien algemeen als juist erkend. De fictie in het adagium neergelegd was noodig om eenheid te brengen in het erfrecht. Door haar immers werd de wet, geldend ter plaatse

(11) Soms leest men: *Nomina ossibus personae inhaerent*. Dit slaat op schuldvorderingen op naam.

(12) *Revue de dr. int. et de lég. comp.*, p. 431. De la loi applicable à l'état, à la capacité et aux meubles des étrangers.

(13) *Introduction au dr. int. pr.* I, p. 289; II, p. 225 e.v.

(14) Vergelijk ook GLARD t.a.p. p. 22.

waar de erflater gevestigd was, beslissend. Voor roerende goederen ut singuli was deze fictie overbodig. LAINÉ zegt o. a.: Généralement on croit, qu'elle s'appliquerait aux meubles individuels comme aux successions mobilières. C'est dans une forte mesure une erreur (15).

RODENBURG en BOULLENOIS brachten het mobilia sequuntur personam reeds onder de rielele statuten (16). De roerende goederen werden geacht te zijn ter plaatse waar de eigenaar woonde; de lex domicilii viel door de werking der fictie met de lex rei sitae samen.

De rechtspraak in Engeland en Amerika hield nog langen tijd aan het oude standpunt vast. Thans is het echter geheel verlaten en juist de rechters in deze landen hebben met den meesten nadruk zich voor de toepasselijkheid der lex rei sitae uitgesproken.

Waarschijnlijk onder invloed van de vroegere leer bepaalt art. 126 B. Rv. onder 1 nog, dat evenals in zuiver persoonlijke zaken, zoo ook in die welke roerend goed betreffen, het domicilie beslissend is voor de bevoegdheid. Volgens het tegenwoordige standpunt zou het zeker wenschelijk zijn, dat ook die rechter bevoegd was, binnen wiens rechtsgebied het roerend goed gelegen is (17).

Dat de lex rei sitae om nuttigheidsgronden boven de lex domicilii te verkiezen is, wordt in alle handboeken eenstemmig besproken en kan hier verder buiten bespreking blijven. Minder eenstemmig is men, als het betreft de andere gronden, waarop de toepasselijkheid der lex rei sitae wordt verdedigd.

(15) T.a.p. II, p. 253.

(16) LAINÉ, Bulletin de la société de législation comparée 1890, p. 452 e.v.; KOSTERS t.a.p. p. 704 e.v.

(17) De wenschelijkheid dat die rechter bevoegd is, wiens nationale wet toepasselijk is, wordt dan bereikt. Anders KOSTERS, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1914, Supplement-aflevering p. 66 en 67.

Welke zijn nu die andere gronden?

SAVIGNY neemt een afzonderlijk standpunt in. Bij de overige schrijvers is de kern hunner beschouwingen meestal dezelfde. Volgens SAVIGNY (18) dan onderwerpt hij, die eenig zakelijk recht op een roerend goed wil verkrijgen of uitoefenen, zich vrijwillig aan de wetten van het rechtsgebied waarbinnen dat goed is gelegen. De wil van partijen doet zich dus ook hier gevoelen. Deze opvatting is door VON BAR en daarna door anderen terecht als onjuist verworpen. Immers dan zouden partijen ook, op grond van hun wilsuiting, bevoegd zijn om de *lex rei sitae* terzijde te stellen; een gevolg dat door SAVIGNY niet gewild wordt. Een tweede bezwaar is, dat genoemde wet geen betrekking kan hebben op roerende goederen, die tegen den wil van den rechthebbende, b.v. tengevolge van onvrijwillig bezitsverlies, in eenig land komen. Dit gevolg van SAVIGNY's standpunt is zoo bedenkelijk, dat ook reeds daarmee zijn onhoudbaarheid is aangetoond. Toch treft men meermalen in vonnissen overeenkomstige beschouwingen aan. Zoo b.v. in het vonnis van den Tribunal civil de la Seine (1re Ch.) 26 Juni 1918 (19). Het betreft de uit het Louvre gestolen Gioconda. De eischer stelde het schilderij teruggevonden te hebben in Italië en deed een beroep op art. 718 It. C. C. Dit artikel luidt in zijne Fransche vertaling: *Le propriétaire de la chose doit payer à titre de récompense à celui, qui l'a trouvée, si celui ci l'exige, le dixième de la somme ou du prix de la chose. Si cette somme ou ce prix excède deux mille livres, la récompense pour le surplus sera seulement du vingtième.* De rechtbank neemt aan dat hier sprake is van „vinden”

(18) *Systeme* t. VIII, p. 469 e.v.

(19) *Journal Clunet* 1918, p. 1249.

in den zin van genoemd artikel en laat in het midden of het recht waarop eischer zich beroept een persoonlijk of zakelijk recht is. Hare volgende overweging moet dus geacht worden ook te gelden voor het geval, dat er van een zakelijk recht sprake is. Die overweging komt hierop neer, dat bedoeld artikel territoriale werking heeft, maar dat die werking zich niet uitstrekt ten aanzien van den vreemdeling, wiens goed tegen zijn wil in Italië is gekomen (20).

Een vonnis van de rechtbank te Dordrecht (21) geeft eene andere beschouwing, teneinde de toepasselijkheid der *lex rei sitae* te verklaren. Een Duitscher wil een op grond van de Deutsche wet verkregen pandrecht uitoefenen op een roerend goed in Nederland aanwezig. De rechtbank past Nederlandsch recht toe en doet een beroep op art. 9 A. B. Dit beroep is weinig afdoende. Aldus redeneerend zou men wel steeds de toepasselijkheid der vreemde wet kunnen ontkennen (22).

Gewoonlijk worden om de werking der *lex rei sitae* te verklaren andere gronden aangevoerd. Men maakt gebruik van de onderscheiding der wetten in die welke algemeene werking hebben (*généralité*) en die welker werking blijvend is (*permanence*) (23). Door SURVILLE et ARTHUYS (24) wordt op die algemeene werking aldus den nadruk gelegd: Pour l'application de la *lex rei sitae*

---

(20) Vergelijk CAMEL v. SEWELL. BEALE II, p. 156. We do not think, that it makes any difference that the goods were wrecked and not intended to be sent to the country, where they were sold

(21) 25 Maart 1908, W. 8722.

(22) Zie KOSTERS t.a.p. p. 234 en 235.

(23) Zie PILLET, Principes de d. i. p., p. 255 e.v. Vergelijk ZITELMANN Int. Priv. Recht I, p. 119 en 133 over Personalhoheit en Gebietshoheit.

(24) Cours élémentaire de d. i. p., 5me éd., p. 228.

tant aussi bien aux meubles qu'aux immeubles, nous avons dit précédemment que les lois qui les régissent sont des lois d'organisation sociale. Celles-ci à raison de ce caractère d'ordre public s'imposent à tous. M. a. w. de wetsbepalingen die regelen de zakelijke rechten op roerend (en onroerend) goed behooren tot de algemeen werkende. Hare werking doet zich in heel het rechtsgebied gevoelen en houdt bij de grenzen onvermijdelijk op. Zulks in tegenstelling met die wetten, die den persoon ook buitenslands verbinden. Een doelmatige organisatie der zakelijke rechten toch maakt die algemeene werking noodzakelijk. Opdat verwarrende toestanden worden vermeden, moeten alle zakelijke rechten op roerende goederen, die zich binnen één rechtsgebied bevinden, zich naar een zelfde regeling hebben te richten. Het crediet is met die regeling ten nauwste verbonden. Slechts de *lex rei sitae* mag bepalen welke goederen van den schuldenaar zijn.

De regeling van het crediet in ons land is grond op art. 1177 B. W. Deze bepaling heeft op het oog de in Nederland aanwezige goederen (25). Men denke voorts aan het territoriale karakter van het Nederlandsche faillissement. Neemt men aldus aan dat het bestaan, overgaan en tenietgaan van zakelijke rechten op in ons land aanwezige goederen naar Nederlandsch recht is te beoordeelen, dan heeft men een stevig uitgangspunt. Wanneer de vereischten verwezenlijkt zijn, die volgens de Nederlandsche wet, de *lex rei sitae*, noodig zijn voor het intreden van een zakelijk gevolg met betrekking tot een roerend goed, dan zal dat gevolg door de werking dier wet als het ware automatisch intreden, zonder dat iets in staat zal zijn dat te beletten. Dit

---

(25) KOSTERS t.a.p. p. 722.

geldt welke ook de wil van partijen is (26). Wel kunnen natuurlijk partijen invloed uitoefenen op het al of niet, vroeger of later verwezenlijkt worden dier vereischten. Zij kunnen b.v. het oogenblik der levering zelf bepalen of voor het geval dat de Fransche wet de *lex rei sitae* is, het tot stand komen der overeenkomst van een tijdsbepaling afhankelijk maken. Zulks doet echter niets af aan de noodzakelijk algemeene werking der *lex rei sitae*, die zich doet gevoelen, zoodra de vereischten voor het intreden van het zakenrechtelijk gevolg verwezenlijkt zijn. Koopt iemand een in Nederland aanwezig roerend goed, dan gaat door de levering, bijzondere omstandigheden daargelaten, ingevolge artt. 639 en 1495 B. W. de eigendom over. Dit zakenrechtelijk gevolg treedt noodzakelijk in, daar het goed zich in Nederland bevindt. Is een roerend goed in Frankrijk gelegen en wordt een koopovereenkomst gesloten met dat goed tot voorwerp, dan is de eigendom door de werking van art. 1138 en 1583 C. C. overgegaan op het oogenblik, dat de overeenkomst tot stand is gekomen. De Fransche wet eischt immers geen levering voor den eigendomsovergang.

Niet alleen echter vloeit uit de strekking van art. 1177 B. W. voort, dat de *lex rei sitae* bepaalt welke goederen van den schuldenaar zijn, maar ook op welke wijze deze goederen onder de schuldeischers tot verdeeling komen. Immers door die verdeeling wordt vastgesteld in welke mate de goederen aan den schuldeischer, op zijn beurt schuldenaar zijnde, behooren of zullen behooren. Alle

(26) Anders b.v. Hof 's-Gravenhage 19 Januari 1917, W. 40095. Voor de vraag of door de levering van hout in de haven van St. Petersburg eigendom is overgegaan, is slechts de inhoud der overeenkomst beslissend geoordeeld. Ten onrechte. De Russische wet had te beslissen of levering noodig was en zoo ja, of de plaats gevonden levering voldoende was voor het intreden van het zakenrechtelijk gevolg.



voorschriften, die den in art. 1178 B. W. neergelegden regel aanvullen, zijn eveneens van algemeene werking. Deze voorschriften zijn gedeeltelijk van zakenrechtelijken aard, maar behoeven dat niet te zijn. Het retentierecht (27), het recht van voorrang, welke rechten gemeenlijk niet zakelijk worden genoemd, en ook de zgn. vordering in rem scripta zijn slechts bestaanbaar krachtens de wet, die van kracht is op het grondgebied, waarop het betrokken goed aanwezig is. De regeling der zakelijke rechten is hier voornamelijk te bespreken; de andere genoemde rechten zullen ter loops behandeld worden.

Het valt op dat vorenstaand betoog evenzeer geldt voor onroerend als roerend goed. Het behoeft dus niet te verwonderen, dat het maken van een onderscheiding tusschen beide soorten goederen, waar het gaat om het vaststellen der hoofdbeginselen van internationaal privaatrechtelijken aard, als overbodig wordt verworpen (28).

De redenen die de algemeene werking der wetten betreffende zakelijke rechten aannemelijk maken, worden veelal als van openbare orde beschouwd. De *lex rei sitae* wordt dan ook als wet van openbare orde toegepast. Dit is niet zonder bedenking. Meermalen treft men het verschijnsel aan, waarop SUYLING wijst (29), waar hij zegt: „Zorgvuldige ontleding der langademige beschouwingen onthult ten slotte de waarheid, dat wij, om het betoog te doen sluiten, beurtelings den grond conclusie en de conclusie grond roemen” (30). Een dergelijk gebruik van

(27) Zie slot.

(28) Zie DIENA t.a.p. p. 67. SAVIGNY t.a.p. p. 116 en enkele reeds vermelde citaten en artikelen.

(29) *Rechtsgeleerd Magazijn* 1918, p. 147.

(30) Zie h.v. Cour de Cassation 19 Maart 1872, DE PAEPE t.a.p. p. 431 en Trib. civ. de la Seine 17 April 1885, Journal Clunet 1886, p. 593.

de openbare orde kan vermeden worden. Neemt men om voornoemde redenen, die men natuurlijk vrijelijk als van openbare orde mag beschouwen, de algemeene werking der *lex rei sitae* aan, dan is die werking voldoende verklaard. De openbare orde kan dan verder buiten vermelding blijven. Dit is, gelet op de vaagheid van het begrip, een voordeel. De eene vaagheid, dat men gebruik maakt van een begrip als *organisation sociale* is reeds bedenkelijk genoeg.

Wanneer men de *lex rei sitae* als wet van openbare orde toepast, geldt nog het volgende bezwaar. In het internationaal privaatrecht beteekent een beroep op de openbare orde, dat een wetsbepaling, die volgens een der aanvaarde conflictenregels toepassing zou moeten vinden, uitgeschakeld wordt. De *lex rei sitae* nu wordt doorgaans als conflictenregel voorgesteld, zoodat ze niet tevens als wet van openbare orde dienst kan doen.

Thans wil ik bespreken een vraagstuk, dat met vorenstaande beschouwingen verband houdt, en waarover veel strijd is geweest, nl. of het tusschen partijen mogelijk is, van de *lex rei sitae* af te wijken. Dit vraagstuk wordt ter sprake gebracht, omdat men de *lex rei sitae* beschouwt als wet van openbare orde. Men redeneert dan, dat de openbare orde zich doet gelden als er belangen van derden in het spel zijn (31). *Inter partes* zijn er niet dergelijke belangen en de werking der *lex rei sitae* doet zich niet gevoelen.

Het is niet gemakkelijk het belang van dit vraagstuk te overzien. Meestal toch zullen bij quaesties van zakenrechtelijken aard belangen van derden betrokken zijn. Het kenmerkende toch van het zakelijk recht is dat het

---

(31) Vergelijk noot (2 à 6) SIREY 1901, IV, p. 25 en PILLET t.a.p. p. 365.

tegen allen gelijkelijk werkt. Bovendien, is een zakelijk recht, dat enkel tusschen partijen bestaat, in wezen niet een vorderingsrecht? Dan zou ook de grond voor de toepassing der *lex rei sitae* wegvallen. Het belang van een dergelijk zakelijk recht zou slechts daarin kunnen zijn gelegen, dat het zakelijke acties geeft, waarop wederzijds een beroep kan worden gedaan (32).

Het vraagstuk houdt vooral verband met de wetsbepalingen, die een zekere openbaarheid voor het overgaan en bestaan van zakelijke rechten ten behoeve van derden voorschrijven. Die openbaarheid bestaat soms in de omstandigheid, dat een acte in een register wordt te boek gesteld, soms enkel in het bezitten van het goed. De vraag is dan of tusschen partijen een zakelijk recht kan bestaan, zonder dat de openbaarheidsvoorschriften in acht zijn genomen.

Het vraagstuk kwam ter sprake op de vergadering van l'Institut de droit international privé in 1911. Het navolgende voorstel werd aangenomen: *Cette loi (scil. lex rei sitae) doit déterminer même dans les rapports entre les parties, les conditions auxquelles on peut considérer un individu comme saisi d'un certain droit réel en fixant notamment comment et quand a lieu la transmission de la propriété* (33). PILLET en ROLLIN verkondigden een tegenovergestelde meening. Volgens hen was de wil van partijen beslissend (34) Een der deelnemers aan de beraadslagingen noemde het vraagstuk „une controverse célèbre”, die nu eindelijk was opgelost.

NIBOYET juicht deze oplossing toe (35).

Naar Nederlandsch recht is ze m. i. juist. Er is geen

(32) Hof 's-Gravenhage 31 Maart 1919, W. 40396.

(33) Art. II, 3de lid, Projet Madrid 1911, Annuaire t. XXIV.

(34) Vergelijk DIENA t.a.p. p. 147 e.v.

(35) T.a.p. p. 25 e.v.

reden waarom inter partes andere regelen zouden gelden, dan in de gevallen dat derden bij het intreden en voortbestaan van het zakelijk gevolg zijn betrokken. Dit is o.a. te lezen in het arrest van den H. R. van 22 Februari 1889 *W.* 5684. De H. R. besliste, dat het resultaat, dat na zoodanige overeenkomst de koper wel tegenover den verkooper maar niet tegenover derden eigenaar zou zijn geworden, zou strijden met het zakelijk tegen allen gelijkelijk geldend karakter van dit recht. Het blijkt ook uit enkele wetsbepalingen. De eigendomsovergang van zeeschepen is zonder overschrijving der acte niet mogelijk; die overschrijving is niet slechts voor waarde noodig voor de werking tegen derden (art. 309 K.) (36). Pandrecht is ook inter partes onbestaanbaar, indien de schuldenaar het pand blijft houden (art. 1198 B. W.). Eigendomsovergang zonder levering is ook tusschen partijen uitgesloten. De H. R. stelt aan de levering geen hooge eischen; op grond van art. 596 B. W. erkent hij het *constitutum possessorium*. Voldoende is een overeenkomst krachtens welke de bezitsverhouding gewijzigd wordt. In Nederland is dan ook de „organisation sociale” aldus, dat de afspraak om van de betrokken bepalingen af te wijken ook tusschen partijen geen zakenrechtelijk gevolg heeft. De noodzakelijk algemeene werking der *lex rei sitae* doet zich ook inter partes gevoelen. Bepalen koper en verkooper, dat de eigendomsovergang na de levering tegelijk met betaling van den koopprijs zal plaats grijpen, dan is niettemin ook inter partes het zakelijk gevolg door de levering krachtens titel ingetreden. Na die levering staat den verkooper tegen den koper geen eigendomsactie meer open. Verkoopt de koper het goed aan een

(36) De Fransche en Belgische wetgeving geven een tegenovergestelde oplossing. NIBOYER t.a.p. p. 505 e.v.; Hof 's-Gravenhage 31 Maart 1919, *W.* 10396.

derde die weet, wat partijen hebben afgesproken, dan verwerft die derde eigendom a domino.

Naar Fransch recht zou het vraagstuk zich kunnen voordoen, wanneer de partijen bij een koopovereenkomst bepaalden, dat de eigendom in afwijking met het in artt. 1138 en 1583 C. C. gestelde, pas na levering of na betaling van den koopprijs overging.

Het is hier niet de plaats om de beteekenis van een dergelijke afspraak te onderzoeken. Genoeg zij, dat uit de beslissingen van den Franschen rechter niet tot de bestaanbaarheid van het enkel tusschen partijen in te roepen zakelijk recht is te besluiten. Een dergelijk recht lijkt me trouwens zoozeer in strijd met het begrip zakelijk recht, dat het volgens geen enkele wetgeving zal kunnen bestaan. Dan is het ook niet te verdedigen om bij vraagstukken van internationaal privaatrecht, gebruik te maken van een qualificatie, die in het nationale recht zonder zin is. Mocht het niet geheel duidelijke artikel door het Institut ontworpen, bedoelen, dat van geen zakelijk recht sprake kan zijn, wanneer het niet tegen derden is in te roepen en dat om een zakelijk recht tegen een ieder te kunnen inroepen, voldaan moet zijn aan de door de *lex rei sitae* gegeven openbaarheidsvoorschriften, dan is zeker overeenstemming verkregen over een belangrijk geschilpunt. Het is dan evenmin juist om te spreken van een zakelijk recht, dat wel tegen derden te kwader, maar niet tegen derden te goeder trouw zou zijn uit te oefenen (37). Derden aldus te onderscheiden is wel van belang, wanneer moet worden vastgesteld of eigendomsovergang heeft plaats gehad, maar niet wanneer vaststaat wie zakelijk gerechtigde is. Deze zal zich tegen een ieder op zijn recht kunnen beroepen.

(37) Zie SURVILLE et ARTHUYS t.a.p. p. 231. Het door hen aangehaalde vonnis van den Trib. civ. de la Seine 15 Maart 1907, Journal Clunet 1908, p. 1118, leidt tot deze onderscheiding.

De toepasselijkheid der *lex rei sitae* is in beginsel, gelijk we gezien hebben, vrijwel algemeen aanvaard. Bij de toepassing doen zich talrijke moeilijkheden voor. In de eerste plaats is te noemen die, welke onstaat doordat de *lex rei sitae* zich niet doet gelden ten aanzien van de zoogenaamde goederen in transitu (38).

SAVIGNY (39) schijnt de eerste geweest, die deze uitzondering maakte. Volgens hem is er ten opzichte van zulke goederen geen sprake van een zich vrijwillig onderwerpen aan de *lex rei sitae*, zoodat die wet ook geen toepassing behoort te vinden. Zooals ik reeds besprak, is de leer van SAVIGNY over den wil van partijen bij quaesties van zakenrechtelijken aard terecht verworpen en de reden, waarom hij voor de goederen in transitu een uitzondering maakte, is dan ook niet juist.

Welke goederen zijn als in transitu aan te merken? Verschillende onderscheidingen dienen te worden gemaakt (40). Allereerst die goederen, welke zich niet in eenig rechtsgebied bevinden of waarvan niet is vast te stellen, in welk rechtsgebied zij zich ten tijde van het plaats grijpen van een bepaalde rechtshandeling bevinden. Men denke aan schepen met hun lading buiten de territoriale zee en aan waren, die in een spoorwegwagon op doortocht zijn in verschillende rechtsgebieden. In deze gevallen is de toepassing der *lex rei sitae* vanzelf uitgesloten.

Voorts kunnen roerende goederen in eenig rechtsgebied

(38) Vergelijk NIBOYET t.a.p. p. 55 e.v.

(39) T.a.p. p. 178.

(40) De goederen, die krachtens hun bestemming aan een plaats gebonden zijn, b.v. de meubileering van een landhuis, meen ik niet afzonderlijk behoeven te noemen. Als ze tegen hun bestemming in van plaats wisselen, is geen uitzonderingsbepaling noodig. De *lex rei sitae* zal zich doen gelden. Vergelijk ZITELMANN t.a.p. II, p. 355.

zijn, zonder dat ze als het ware in aanraking komen met het gebied. B.v. uit het buitenland komende goederen, die in een entrepot worden opgeslagen of goederen in een spoorwegwagon op doortocht in eenig rechtsgebied, terwijl kan worden vastgesteld, gedurende welk tijdvak de goederen zich in dat gebied bevonden. De toepassing van de *lex rei sitae* is dan niet onmogelijk, maar veel reden voor die toepassing schijnt er toch niet te zijn.

Een andere onderscheiding is deze. Sommige goederen in transitu vertoonen een karakter, dat ze aan één uitgangspunt bindt. Zoo b.v. schepen, die in een haven zijn te boek gesteld; spoorwegwagons en locomotieven, die een uitgangspunt hebben, waarheen ze bestemd zijn terug te keeren. Zulke goederen hebben als het ware een nationaliteit. Hier tegenover staan de gewone koopwaren, die een dergelijk karakter niet vertoonen.

Waarom is nu voor de goederen in transitu — ik laat de goederen met een nationaliteit even buiten beschouwing — de *lex rei sitae* niet toepasselijk? Tweeërlei antwoord is mogelijk.

ZITELMANN (41) ontkent de noodzakelijkheid om voor goederen in transitu eene uitzondering te maken op de toepasselijkheid der *lex rei sitae*. Zijn oordeel formuleert hij aldus: *Das Sachstatut ist für die sachenrechtliche Wirkungen immer maszgebend. Ausnahmen gibt es nicht, weder wegen der besonderen Art der Sache, an der sich die Wirkung vollziehen soll, noch wegen der besonderen Art des Thatbestandes, aus dem sie entspringen soll, noch wegen der besonderen Art des dinglichen Rechts um das es sich handelt.* ZITELMANN erkent, dat tusschen partijen hun wil beslissend is. Zoolang goederen in transitu zijn in eenig rechtsgebied, hebben derden daar bij die

(41) T.a.p. II, p. 353 e.v.

goederen geen belang, omdat er geen verband met het gebied is. De *lex rei sitae* kent dan ook, als het gaat om goederen in transitu, kracht toe aan hetgeen partijen gewild hebben. Hij neemt als vermoeden aan, dat partijen zich hebben willen richten naar de wet, van kracht ter plaatse, waar de goederen bestemd zijn te blijven, de wet der bestemmingsplaats.

Neemt men echter aan, dat de noodzakelijke algemeene werking der *lex rei sitae* zich ook tusschen partijen doet gevoelen, dan is vorenstaande oplossing niet te aanvaarden. Ze moet dan deze zijn. De goederen in transitu hebben geen verbinding gekregen met het grondgebied en zijn dus niet opgenomen onder de goederen, waarop de organisation sociale betrekking heeft. De reden waarom de *lex rei sitae* toepasselijk zou zijn, valt dus weg. Welke wet dan wel toepasselijk is, valt uit deze redeneering niet dadelijk af te leiden.

Het intreden van zaken rechtelijke gevolgen is steeds onafhankelijk van den wil der partijen, hangt steeds samen met de regeling van het crediet in eenig land. Het land dat het meeste belang schijnt te hebben, bij de goederen in transitu, is dat, waar die goederen bestemd zijn te blijven. Ook bij deze oplossing is de *lex destinationis* de wet aan welke de beslissing wordt gegeven. Haar toepasselijkheid is vrij algemeen aanvaard (42).

Voor goederen met een nationaliteit geldt, wanneer ze in transitu zijn, de nationale wet; voor schepen dus de *loi du pavillon*. Zuiverder lijkt het de wet geldend ter plaatse waar de schepen zijn te boek gesteld als uit-

---

(42) Vergelijk SAVIGNY t.a.p. p. 185; NIBOYET t.a.p. p. 89.

Art. 28 Tractaat Zuid-Am. Staten: Les cargaisons de navires, dans les eaux non territoriales sont réputées situées dans le lieu de la destination définitive des marchandises.



gangspunt te nemen (43). De teboekstelling doet ze in meerdere mate deel uitmaken van het nationale vermogen dan de enkele nationaliteit. Naar Nederlandsch recht (44) behoeven de loi du pavillon en de wet van de uitgangshaven niet samen te vallen (45).

Aan roerend goed het karakter in transitu toe te kennen, en dus een andere wet dan de *lex rei sitae* toe te passen, is slechts in zeer beperkte mate te verdedigen. De omstandigheid dat goederen ter verzending gereed zijn, verleent dat karakter niet (46). Door beslaglegging worden de goederen in de organisation sociale van den Staat, waar het beslag gelegd is, betrokken (47). Zoolang goederen in handen zijn van een expediteur, die voor verdere verzending moet zorg dragen, is de *lex rei sitae* toepasselijk (48). In de Nederlandsche jurisprudentie vond ik geen vonnis, waarin met zoo veel woorden een bijzondere regeling voor goederen in transitu wordt uitgesproken (49). In het volgend geval zou de toepassing van een andere wet, dan de *lex rei sitae* te verdedigen zijn geweest. De rechter heeft zich echter aan den hoofdregel gehouden. Een partij graan wordt per schip vervoerd van Antwerpen naar Duitschland langs de Nederlandsche waterwegen. De rechten van den Duitschen pandhouder op de in Nederland aanwezige

---

(43) Vergelijk NIBOYET p. 111.

(44) Vergelijk MOLENGRAAFF, Leidraad, 2e druk, p. 423.

(45) Vergelijk art. 27 van genoemd tractaat: Les navires dans les eaux non territoriales sont réputés dans le lieu de leur matricule.

(46) Zie Hof Zweibrücken 13 Juli 1898; SIREY 1901, 4, p. 25; anders misschien de bedoeling van Hof 's-Gravenhage 19 Januari 1917, W. 10095. Zie boven p. 55.

(47) Zie Rb. Rotterdam 6 December 1905, W. 8447.

(48) Zie R. O. H. G. 7 Juni 1872, Journal Clunet 1874, p. 130.

(49) Wellicht bedoeld door Hof 's-Gravenhage 30 Juni 1916, W. 10085.

lading zijn naar Nederlandsch recht beoordeeld (50).

De uitzonderingsbepalingen voor goederen in transitu schijnen dan ook meer van theoretische dan van praktische waarde (51). Dit geldt evenzeer voor schepen; ook deze worden niet spoedig geacht in transitu te zijn; de *lex rei sitae* wordt meestal toegepast (52). In een ontwerp van het Institut de dr. i. pr. 1886, *Annuaire t. VIII*, p. 124 is aan de *loi du pavillon* een veel ruimere toepassing gegeven. In zijn rapport zegt LYON CAËN: En quelque lieu que se trouve un bâtiment de mer, en quelque lieu que s'élève le procès, dont il s'agit, il y a lieu de préférer la loi du pavillon, c'est à dire celle du pays, auquel le navire appartient, à la *lex rei sitae* applicable en général aux biens mobiliers et à la *lex fori*. De schepen worden door hem als het ware steeds als in transitu aangemerkt.

Een zeer belangrijk deel der koopwaren wordt door middel van aan order of toonder luidende zakenrechtelijke papieren verhandeld. De wet geldend ter plaatse waar die papieren verhandeld worden, is ten aanzien dier papieren beslissend. Hebben ze betrekking op goederen die in transitu zijn, dan zal de *lex destinationis* het antwoord moeten geven op de vraag, welke zakenrechtelijke gevolgen ten aanzien der koopwaren door de verhandeling der papieren in het leven zijn geroepen (53).

(50) Rb. Dordrecht 25 Maart 1908, *W.* 8722.

(51) De Engelsche jurisprudentie kent dergelijke uitzonderingsbepalingen niet. The right of stoppage in transitu kan hier buiten beschouwing blijven. Bestanddeel van dit reclamerecht is niet, dat het vervoer de goederen in meerdere rechtsgebieden brengt.

(52) Zie Rb. Rotterdam 3 Januari 1913, *W.* 9525; zoo ook in het buitenland, zie *Journal Clunet* 1913, p. 147; *Cour de Cass.* 24 Juni 1912, noot. Wet van Heimathshafen toegepast op rivierschip, door R. O. H. G. 26 April 1872. *Entsch.* Deel 6, p. 80.

(53) Zie hier onder p. 79 e. v.

## II.

In welke geschillen nu doet zich de noodzakelijk algemeene werking der *lex rei sitae* gevoelen? Die geschillen zijn in 5 groepen onder te brengen. Ze betreffen de volgende vragen:

- 1°. welk het zakelijk karakter van eenig goed is;
- 2°. welke zakelijke rechten in een rechtsgebied bestaanbaar zijn;
- 3°. welke de inhoud dier rechten is;
- 4°. welke rechtsfeiten moeten plaats grijpen, wil een zakelijk gevolg intreden;
- 5°. aan welke eischen die rechtsfeiten moeten voldoen.

Ad 1<sup>um</sup>. Bedoeld is dus het karakter van het goed, waarop door en tegen elk en een iegelijk een beroep kan worden gedaan, ongeacht de rechtsverhouding tusschen de partijen, wier rechten en verplichtingen bij dat goed zijn betrokken (54).

In de eerste plaats is te noemen de onderscheiding tusschen roerende en onroerende goederen. B.v. bijenkorven worden in 524 C. C. onroerend genoemd. In art. 563 B. W. zijn ze niet afzonderlijk vermeld; ze zijn dus als roerend te beschouwen (art. 565 B. W.). Zijn nu de korven in Frankrijk aanwezig, onder de omstandigheden als in art. 524 C. C. bedoeld, dan zijn ze als onroerend, zijn ze in Nederland aanwezig, dan steeds als roerend aan te merken.

Voorts is de *lex rei sitae* beslissend inzake de vraag of eenig goed in of buiten den handel is (55). Als onver-

(54) Vergelijk BARTIN, De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits des lois. *Journal Clunet* 1897, p. 253.

(55) Zie Trib. civ. de la Seine 26 Juni 1918, *Journal Clunet* 1918, p. 1249; Trib. civ. de la Seine 17 April 1885, *Journal Clunet* 1886 p. 593.

handelbaar volgens Nederlandsch recht kunnen worden beschouwd de aandeelen aan toonder in een verboden loterij (wet 5 Juni 1905) (56) en niet volgestorte aandeelen aan toonder in een naamlooze vennootschap.

Of een schip als zeilschip is aan te merken is eveneens naar de *lex rei sitae* te beoordeelen (57). Deze wet heeft ook te beslissen, welke goederen *bona vacantia* zijn. De moeilijkheden doen zich in de praktijk voor in de gevallen, dat een Staat als „erfgenaam” wil optreden. De oplossing is in hoofdzaak er van afhankelijk of het recht van den Staat als een soevereiniteitsrecht of als een erfrecht in gewonen zin is op te vatten. Een bespreking valt buiten mijn onderwerp en kan achterwege blijven (58).

Of goederen al of niet verbruikbaar of vervangbaar zijn, is niet naar de *lex rei sitae* te beoordeelen. Naar de bij ons heerschende leer zijn dit eigenschappen, die ingevolge de bedoeling van partijen aan het goed worden toegekend en waarop slechts tusschen partijen een beroep kan worden gedaan. Zoo staat het ook met de koopmanschappen. Omtrent de al of niet deelbaarheid zijn de opvattingen niet zoo stellig.

Ten overvloede wil ik er op wijzen, dat het feit, dat eenig goed gestolen is, aan dat goed geen bijzonder zakelijk karakter verleent. Er kan niet door en tegen een ieder beroep op worden gedaan. Slechts de bestolene kan zich op den diefstal beroepen onder bepaalde omstandigheden en alleen tegen den bezitter.

---

(56) Het arrest van den Hoogen Raad van 15 Februari 1918 W. 10250 bevat niet voldoende feitelijke gegevens om hier besproken te kunnen worden.

(57) Hof Brussel 25 Juni 1907, *Journal Clunet* 1908, p. 224.

(58) Vergelijk NIBOYET t.a.p. p. 256 e.v.; GLARD t.a.p. p. 228 e.v.; DIENA t.a.p. p. 99 e.v.

Ad 2<sup>um</sup>. Bij de behandeling van de vraag welke zakelijke rechten bestaanbaar zijn, dient een onderscheiding te worden gemaakt. Onze wetgeving kent een bepaald aantal zakelijke rechten, in den zin van zakelijke rechtsinstellingen. Zoo'n zakelijke rechtsinstelling is het geheel van de wettelijk geregelde rechten en verplichtingen van den zakelijk gerechtigde. Men onderscheide nu wel de zakelijke rechtsinstelling en het aan haar ontleende recht. De onderscheiding dient gemaakt te worden omdat, als van een zakelijk recht gesproken wordt, niet altijd duidelijk is, wat bedoeld wordt. Waar verwarring mogelijk is zal ik van de aan de zakelijke rechtsinstellingen ontleende rechten als van bevoegdheden spreken. De *lex rei sitae* nu is uitsluitend bevoegd om te beslissen, welke zakelijke rechtsinstellingen mogelijk zijn.

Volgens art. 1198, 2de lid B. W. is een pandrecht onbestaanbaar, wanneer de schuldenaar in bezit van het pand blijft. Sluiten partijen overeenkomstig de bepalingen hunner nationale wet, die zulk een pandrecht wel kent, een pandovereenkomst, dan heeft die overeenkomst, wanneer het pand in Nederland aanwezig is, geen zakelijk gevolg. Zulk een pandrecht is als een andere rechtsinstelling aan te merken dan in art. 1198 B. W. omschreven. Aldus SAVIGNY (59): Viel mehr sei das Pfandrecht durch blossen Vertrag ein ganz anderes Rechtsinstitut, als das, welches nur durch Uebergabe begründet werden kan. Het zakelijk voorrecht van den verhuurder zal niet bestaan op goederen, die in een ander land zijn, welks wet een dergelijk voorrecht niet kent, ook al beheerscht de Nederlandsche wet de huurovereenkomst. De artt. 1186 en 1188 B. W. hebben slechts kracht in Nederland. Laat ik een ander voorbeeld

---

(59) T.a.p. p. 197; zie ook Seufferts Archiv, deel XVII, p. 162, n<sup>o</sup>. 111.

aan de Fransche wet ontleenen. Voor de wet van 10 December 1874 kende de Fransche wetgeving niet de „hypothèque maritime”. Zoo'n hypotheek kon tijdens het verblijf van een schip in een Fransche haven ook niet tot stand komen. Een en ander is weinig voor betwisting vatbaar. Een zakelijk recht op een roerend goed is dus onbestaanbaar in eenig rechtsgebied, waarin het goed is gelegen, wanneer de wet van dat rechtsgebied dat recht niet kent. Het belang van het hier besprokene zal voor de praktijk blijken bij de behandeling van het leerstuk der verkregen rechten.

In verband met het vorenstaande zijn de zgn. qualificatie-moeilijkheden te bespreken. Het leerstuk der qualificaties, dat verbonden is aan het werk van BARTIN, is bekend genoeg. Hij formuleert de quaestie aldus: lorsque l'application de telle ou telle loi à un même rapport de droit dépend de la nature de ce rapport, quelle est la loi qui fixe la nature de ce rapport de façon à soustraire ce rapport à l'empire de l'une de ces deux lois concurrentes pour lui appliquer l'autre (60)?

Laat ik als voorbeeld nemen wat zich ten naastenbij in werkelijkheid heeft voorgedaan. A. en B., van Fransche nationaliteit, gaan een huwelijk aan. Staande huwelijk wisselen zij van nationaliteit. Een der echtgenooten sterft en de overlevende stelt een vordering in tegen de erfgenamen van de overledene. Wortelt de vordering in het huwelijksgoederenrecht, dan is het Fransche recht toepasselijk, wortelt ze in het erfrecht dan is de nationale wet van de overleden echtgenoot op het oogenblik van overlijden van toepassing. Op het gebied van het zakenrecht zou men als casus positie kunnen nemen de vordering gegrond op het recht van terughouding, die door de wet,

(60) Journal Clunet 1897, p. 235.

die de schuldvordering beheerscht, als een zakelijke, en door de wet van het land, waar het goed is gelegen, als een persoonlijke vordering wordt aangemerkt (61).

De rechter heeft zich af te vragen, welk recht is toepasselijk. Het antwoord luidt: dat hangt af van de beantwoording der vraag, welke de aard der rechtsbetrekking is, in welke de vordering wortelt. Stelt nu de rechter deze vraag, dan luidt het antwoord: dat hangt af van de beantwoording der vraag welk recht toepasselijk is en men is tot de eerste vraag teruggekeerd. BARTIN hakte den knoop door en stelde in het algemeen als regel, dat de rechter zijn eigen wet, de *lex fori*, moet laten beslissen. Geldt het echter een recht op eenig goed, welk recht volgens de *lex rei sitae* zakelijk is, dan geeft deze wet de qualificatie.

BARTIN beveelt de *lex rei sitae* aan op doelmatigheidsgronden. Partijen moeten kennen le régime de la propriété, op het roerend goed van toepassing. Het zekerste kenmerk is de plaats der ligging. In het zooeven genoemde voorbeeld wordt het retentierecht door de *lex rei sitae* niet als een zakelijke bevoegdheid aangemerkt: de hoofdregel is dus toepasselijk, de *lex fori* geeft de qualificatie.

Het leerstuk der qualificatiën is niet te gebruiken bij de vraagstukken over het zakelijk karakter van het goed. Dan staat immers al dadelijk vast, dat men zich op zakenrechtelijk terrein bevindt en is daarom de *lex rei sitae* toepasselijk (62). Wanneer men in deze gevallen van het geven van een qualificatie spreekt, komt men niet in strijd met de beteekenis van het woord; men gebruikt het dan echter in een anderen zin dan door BARTIN is

(61) Is het een persoonlijke vordering dan is nog te beslissen of niet met terzijdestelling der *lex contractus*, de *lex rei sitae* ware toe te passen.

(62) Anders KOSTERS t.a.p. p. 148.

bedoeld. Zooals BARTIN het vraagstuk formuleerde gaat het er om, het karakter van een rechtsbetrekking te bepalen. Intusschen geeft ook BARTIN voorbeelden die niet passen bij de door hem zelf gegeven formulering van het vraagstuk (63).

De werking der *lex rei sitae*, zooals door BARTIN voorgesteld, is echter nog niet de werking dier wet als conflictenregel, gelijk hierboven besproken. Immers om te bepalen welke conflictenregel toepasselijk is, moet de rechter weten, met wat voor soort rechtsinstelling hij te doen heeft. De qualificatievraag moet dan ook zijn beantwoord, alvorens de vraag, welke de conflictenregel is, ter sprake komt. In zooverre had het werk van BARTIN hier buiten beschouwing kunnen blijven. Toch is ook de door hem voorgestelde werking der *lex rei sitae* eigenlijk geen andere dan die, welke de bestaanbaarheid der zakelijke rechten betreft. De door hem voorziene moeilijkheid is onoplosbaar. Hij hakte, zooals ik zeide, den knoop door; om tot een resultaat te komen geeft hij aan de wet der ligging de beslissing in handen. Welke ook de qualificatie moge zijn, het is in ieder geval uitgesloten, dat een andere wet dan die der ligging over het bestaan van het mogelijk zakelijk recht beslist. Volgens hem bestaat „la règle universellement admise, qu'on applique au régime de la propriété d'une chose la loi du lieu de la situation réelle de la chose”. Die wet is het eenig bruikbare uitgangspunt.

BARTIN grijpt als het ware al dadelijk naar de wet, die in een later stadium van overweging toch zal blijken niet uitgeschakeld te kunnen worden. Zijn leer met betrekking tot de qualificatie der zakelijke rechten is dan ook een uitvloeisel van de werking der *lex rei sitae*, gelijk die boven onder 2<sup>o</sup>. is aangeduid.

---

(63) Zie voorbeelden p. 246 e.v.



Ad 3<sup>um</sup>. De inhoud van het zakelijk recht, m.a.w. de bevoegdheden en verplichtingen van den zakelijk gerechtigde zijn met inachtneming der *lex rei sitae* te bepalen. Ook hierover is geen strijd. Laat ik weer een voorbeeld aan het pandrecht ontleenen. Is het pand in Nederland aanwezig, dan zal nimmer aan den pandhouder een bevoegdheid kunnen worden toegekend als door art. 1200 B. W. verboden, al kent ook de nationale van partijen den pandhouder wel zulk een bevoegdheid toe (64).

Ook de praktische beteekenis van deze werking der *lex rei sitae*, zal bij de behandeling der verkregen rechten ter sprake komen.

Ad 4<sup>um</sup>. De *lex rei sitae* beslist welke rechtsfeiten moeten plaats grijpen, wil een zakenrechtelijk gevolg intreden. Zoo wijst voor den eigendomsovergang van in Nederland gelegen roerend goed het onvolledige art. 639 B. W. den weg. In tegenstelling met de Nederlandsche wet die voor eigendomsovergang titel en levering eischt, is naar Fransch recht de enkele overeenkomst voldoende (art. 1138 C. C.). Is het betrokken goed in Nederland dan gaat pas door de levering de eigendom over, is het goed in Frankrijk dan vindt de eigendomsovergang plaats op het oogenblik dat de overeenkomst tot stand is gekomen.

Deze opvatting vindt geen steun in de beslissing van het Hof te 's-Gravenhage (65). Bij koopovereenkomst tusschen Belgen te Dordrecht gesloten wordt een blijkbaar in Nederland aanwezig Belgisch zeeschip verkocht. Noch in Nederland noch in België wordt de acte overgeschreven. Het Hof acht op de overeenkomst Belgisch recht toepasselijk. Het vindt deze

---

(64) Vergelijk ook de bij art. 1201 B. W. aan den pandhouder verleende bevoegdheid, die de Fransche wet niet kent.

(65) 31 Maart 1919, W. 10396.

omstandigheid blijkbaar een voldoende reden om aan de Belgische wet het antwoord te ontleenen op de vraag of voor de juridische levering van het schip inschrijving in de registers noodig is.

Het is bevreemdend dat het Hof zoo weinig waarde heeft gehecht aan de ligging van het schip ten tijde, dat de koopovereenkomst gesloten werd, dat die ligging niet uitdrukkelijk in het arrest wordt vermeld. Het is echter wel aannemelijk dat het schip destijd in Nederland was. Dan gaat deze beslissing in tegen de heerschende opvattingen. Welke wet ook op de koopovereenkomst toepasselijk moge zijn, slechts de *lex rei sitae* vermag te beslissen of levering, en zoo ja hoedanige levering voor den eigendomsovergang noodig is.

Ad 5<sup>um</sup>. De werking der *lex rei sitae* als ad 1<sup>um</sup>—4<sup>um</sup> besproken geeft in de praktijk niet veel aanleiding tot moeilijkheden. Deze doen zich bijna steeds voor, doordat het twijfelachtig is of het rechtsfeit, op grond van welks plaatsgrijpen het intreden van een zakelijk gevolg wordt beweerd, aan de vereischten der *lex rei sitae* voldoet. Bevat het rechtsfeit geen vreemde bestanddeelen en wordt het dus beheerscht door de wet, die tegelijk de *lex rei sitae* is, dan zijn geen bijzondere moeilijkheden te voorzien. Anders is dit, wanneer het rechtsfeit vreemde bestanddeelen bevat en vreemd recht, derhalve ander recht dan de *lex rei sitae*, voor zijn beoordeeling in aanmerking komt. Over het algemeen houden de wetgevingen geen bepalingen in, waaruit blijkt, dat aan laatstbedoelde rechtsfeiten is gedacht. Er is dan ook meestal niet uitdrukkelijk vastgesteld aan welke minimum vereischten eenig rechtsfeit moet voldoen, wil een zakelijk gevolg intreden. Vandaar de heerschende onzekerheid. Algemeene regels zijn bijna niet te geven. In elk bijzonder geval moet aan de hand van de *lex rei sitae* worden

nagegaan of zulk een rechtsfeit voldoende is. De *lex rei sitae* is in zooverre om een term van ZITELMANN (66) te gebruiken *Wirkungsstatut*. Voldoet nu een rechtsfeit niet aan de uit de *lex rei sitae* af te leiden minimum vereischten, dan kan daarvan het gevolg tweeeërlei zijn.

Is eenig feit enkel dan een rechtsfeit, wanneer een zakelijk gevolg intreedt, dan is dat feit, wanneer de *lex rei sitae* er dat gevolg niet aan toekent, rechtens van geen waarde. Men denke b.v. aan levering, aan inschrijving in een register, kortom aan die handelingen, die er op gericht zijn de werking tegen derden te veroorzaken. Men kan dan zeggen, dat de *lex rei sitae* het mogelijke rechtsfeit, althans wat vorm en inhoud betreft, beheerscht. Een andere wet vermag zulks niet te doen.

Is daarentegen aan een rechtsfeit, naast het mogelijke zakelijk, een ander rechtsgevolg eigen, dan treedt enkel het zakelijk gevolg niet in, wanneer het rechtsfeit aan de minimum vereischten der *lex rei sitae* niet voldoet, maar blijft het overigens onaangetast. In dit laatste geval wordt het rechtsfeit geheel of ten deele door een vreemde wet beheerscht en belet de *lex rei sitae* slechts, dat, welke overigens de gevolgen ook mogen zijn, een zakelijk gevolg intreedt.

Een en ander zal duidelijk worden bij de bespreking van de onderdeelen van het rechtsfeit. Allereerst de rechts-handelingsbevoegdheid (67).

Met betrekking tot de rechtsbevoegdheid zullen niet veel moeilijkheden rijzen. In beginsel is de vreemdeling ook op het gebied van het zakenrecht bevoegd als ge-

(66) T.a.p. II, p. 136.

(67) Vergelijk NIBOYET t.a.p. p. 153; ZITELMANN t.a.p. II, p. 332 e.v.

rechtigde op te treden (68) en verplicht de door de *lex rei sitae* erkende beperkingen van zijn recht te dulden.

Soms doet de *lex rei sitae* den vreemdeling bij den staatsburger achterstaan. Men denke aan de in sommige landen bestaande bepalingen waarbij aan vreemdelingen verboden wordt den eigendom van onroerend goed te verkrijgen of aan de bepaling, die den vreemdeling verbiedt een mijnconcessie te verwerven (69). Ook de opvattingen over het volkenrecht, heerschende ter plaatse waar de goederen gelegen zijn, zullen van invloed kunnen zijn. Het is toch mogelijk, dat met bedoelde opvattingen onverenigbaar is, dat beslag wordt gelegd op de goederen van den gezant van een vreemde mogendheid; de eigenaar behoeft dan deze beperking van zijn recht niet te dulden (70).

Welke wet ten aanzien der handelingsbevoegdheid beslissend is, is minder eenvoudig. Art. 7 der Invoeringswet van het B. G. B. verwijst naar de nationale wet van den handelenden persoon. Dit voorschrift heeft volgens NIEMEIJER (71) ook betrekking op zakenrechtelijke rechtshandelingen. Daarentegen acht BÖHM (72) de *lex rei sitae* toepasselijk, evenals ZITELMANN (73), die deze wet als „Wirkungsstatut” doet optreden; hij houdt rekening met de mogelijkheid, dat naar de nationale wet verwezen wordt.

Art. 1 van het meergenoemde ontwerp van l'Institut de D. I. luidt: *La capacité nécessaire pour faire des actes juridiques, qui concernent les droits réels aussi bien sur les meubles que sur les immeubles doit être régie par*

(68) Zie Hof 's-Hertogenbosch 28 Juni 1915, W. 9930.

(69) Journal Clunet 1913, p. 510.

(70) Journal Clunet 1900, p. 327; Trib. civ. de la Seine 16 Januari 1900.

(71) Das I. P. R. des B. G. B., p. 124.

(72) T.a.p. p. 86.

(73) T.a.p. II, p. 74 en 75 en p. 333.

les règles générales en matière de capacité juridique (74). Korthedshalve moge ook ik naar de algemeene regelen verwijzen. De nationale wet van den handelenden persoon zal dus in de meeste gevallen beslissend zijn. Toepassing van deze wet zal ook waar het zakenrechtelijke rechtshandelingen betreft geen bezwaar opleveren, mits men de volgende beperking toelaat. Op de volgens de nationale wet bestaande onbevoegdheid zal geen beroep mogen worden gedaan, wanneer de tegenpartij die redelijkerwijs niet kon kennen.

Zoo in *CAMMEL v. SEWELL* (75). De schipper, die een aan eene Engelsche firma behoorende partij hout verkoopt in Noorwegen, op de kust van welk land hij met zijn schip heeft schipbreuk geleden, is naar Engelsch recht tot dien verkoop onbevoegd, maar volgens Noorsch recht bevoegd. Die onbevoegdheid volgens het Engelsche recht mag aan den Noorschen koper te goeder trouw niet worden tegenworpen (76). De handelingsbevoegdheid van den vertegenwoordiger van een buitenlandsche vereeniging, al dan niet rechtspersoon, zal ook naar de nationale wet der vereeniging moeten worden beoordeeld. Zoo zal de vraag of wat een lid van een Engelsche vennootschap onder firma in Nederland verkrijgt, slechts valt in het vennootschapsvermogen of ook in zijn particulier vermogen aan de hand van het Engelsche recht moeten worden beantwoord (77). Ook in gevallen als deze zal de hooger

(74) Op de vergaderingen te Oxford (1880) en te Lausanne (1888) werden algemeene regelen ontworpen. Art. 1 bedoelt echter niet bijzonderlijk naar deze regelen te verwijzen.

(75) *BEALE* t.a.p. II, p. 154.

(76) Hetzelfde beginsel in het vonnis van de Rb. te Haarlem 19 October 1915, *W.* 9886.

(77) Zie Rb. Rotterdam 5 Juni 1913, *W.* 9549. Een antwoord wordt in dit vonnis op de gestelde vraag niet gegeven, daar het Engelsche en Nederlandsche recht gelijkloidend zijn. Vergelijk ook Hof Amsterdam 10 Januari 1916, *W.* 9928. Vergelijk *ZITELMANN* II, p. 596 en 598.

aangeduide beperking somtijds van dienst kunnen zijn.

Thans de inhoud van het rechtsfeit.

Feiten, die slechts daardoor rechtsfeiten zijn, doordat de *lex rei sitae* een zakenrechtelijk gevolg aan ze verbindt, worden door geen andere wet dan de *lex rei sitae* beheerscht. Ten aanzien van de andere rechtsfeiten is de vraag deze: hebben we te doen met een rechtsfeit, dat volgens de *lex rei sitae* voldoende inhoud heeft om het zakenrechtelijk gevolg te doen intreden. Bv. naar Fransch recht is de enkele overeenkomst voldoende om den eigendom te doen overgaan.

Er is nu een koopovereenkomst gesloten, op welke partijen vreemd recht willen zien toegepast. De overeenkomst betreft in Frankrijk aanwezige goederen. De Fransche wet, die *lex rei sitae* is, kan niet met elke overeenkomst genoegen nemen. Er zal minstens voldaan moeten zijn aan de vereischten door art. 1108 C. C. gesteld. Willen partijen vervangbare zaken verkoopen, dan zal de overeenkomst eerst volkomen zijn en de eigendom eerst overgaan, wanneer vaststaat welke partij van de goederen geleverd moet worden. De vreemde wet blijft de overeenkomst beheerschen; de Fransche wet als *lex rei sitae* zal enkel kunnen verhinderen, dat de eigendom overgaat. Wil het zakenrechtelijk gevolg intreden, dan behoort het rechtsfeit aan de minimum vereischten van twee wetgevingen te voldoen. Naar Nederlandsch recht is titel en levering noodig voor den eigendomsovergang. Is de Nederlandsche wet de *lex rei sitae*, dan zal ze de levering beheerschen, welke toch een rechtsfeit is gelijk boven in de eerste plaats genoemd. Dit geldt ook in de gevallen dat de levering niet feitelijk en dus niet ter plaatse waar de goederen gelegen zijn, geschiedt. Een zakelijke overeenkomst kan immers in sommige gevallen voldoende zijn (78).

---

(78) Zie boven p. 59.

De Nederlandsche wet zal ook voor de waarde van den titel beslissend kunnen zijn. Naar de heerschende opvatting staan titel en levering in zoodanig verband, dat levering krachtens een nietige overeenkomst den eigendom niet doet overgaan (79). De overeenkomst zal aan de bij art. 1356 B. W. gestelde vereischten hebben te voldoen.

Een veelbesproken vraag, o.a. door VON BAR (80) gesteld, en die ik met een voorbeeld, waarbij Nederlandsch recht ter sprake komt, zou willen toelichten, is deze. Twee Nederlanders sluiten een door Nederlandsch recht beheerschte koopovereenkomst betreffende in Frankrijk aanwezig roerend goed. De vraag wordt nu gesteld of de enkele koopovereenkomst den eigendom doet overgaan (art. 1583 C. C.) of dat nog levering noodig is, zooals de Nederlandsche wet voorschrijft en zooals, naar ik wil aannemen, in de bedoeling van partijen heeft gelegen. Die bedoeling toch kan b.v. blijken uit de omstandigheid, dat de goederen voorbijgaand in Frankrijk zijn, waardoor aannemelijk is dat partijen niet aan het Fransche recht gedacht hebben. De Fransche wet is *lex rei sitae*, is dus uitsluitend bevoegd te bepalen, wanneer de eigendom overgaat (81). Is er dus een overeenkomst in den zin van art. 1583 C. C., dan is het niet twijfelachtig, dat de eigendom is overgegaan, wat ook de bedoeling van partijen moge zijn geweest. Dat VON BAR de eigendomsovergang van de bedoeling van partijen afhankelijk maakt, is dan ook niet te verdedigen. Het gaat er echter om of er

(79) Anders art. 929 B. G. B. Zie SALEILLES, *De la possession des meubles. Etudes de droit allemand et de droit français*, p. 120.

(80) *Theorie und Praxis*, p. 606-607; zie ook NIBOYET t.a.p. p. 161 en ZITELMANN t.a.p. II, p. 310.

(81) Ik neem aan dat de goederen niet als in transitu zijn aan te merken.

inderdaad een overeenkomst is in den zin van genoemd artikel. De in Frankrijk geldende opvatting van het algemeen art. 1138 C. C. — art. 1583 C. C. is de bijzondere bepaling — is deze, dat de obligatoire en zakelijke overeenkomst in elkaar gevloeid zijn (82); dat derhalve partijen, een koopovereenkomst sluitende, zich niet alleen verbinden den eigendom te zullen overdragen, maar dat die overeenkomst ook de overdracht reeds inhoudt.

In het hierboven gestelde geval kan het duidelijk zijn, dat partijen een slechts obligatoire overeenkomst bedoelden te sluiten. Waar de Fransche wet als voorwaarde voor den eigendomsovergang een overeenkomst stelt, die niet slechts obligatoir maar ook zakelijk is, zal de overgang niet eerder plaats grijpen, dan nadat ook de zakelijke overeenkomst tot stand is gekomen. De bedoeling van partijen heeft dus invloed op het voltooid zijn der rechtshandeling, maar niet op het aan de rechtshandeling toe te kennen zakelijk gevolg. In het geval, dat een door Fransch recht beheerschte koopovereenkomst in Nederland aanwezige goederen betreft, zal de eigendom slechts dan overgaan, wanneer de zakelijke overeenkomst als levering is aan te merken. Of een zoodanig geval zich voordoet, is naar Nederlandsch recht te beslissen.

Voor de levering door middel van zakenrechtelijke papieren zijn vorenstaande beschouwingen van belang. Luiden de papieren aan order of toonder, dan zijn ze als roerende goederen te beschouwen. De *lex rei sitae* beheerscht de verhandeling. Is de gerechtigde bij name aangeduid, dan is naar de gangbare opvatting de *lex debitoris* beslissend. Gesteld nu dat de *lex rei sitae* der goederen een andere wet is dan die welke de verhandeling van het papier beheerscht, welk is dan ten aanzien

---

(82) Vergelijk SALEILLES t.a.p. p. 120.



der goederen het zakelijk gevolg van het feit, dat het papier van rechthebbende verwisselt?

Het zal na het reeds besprokene duidelijk zijn, dat slechts de *lex rei sitae* der goederen deze vraag mag beantwoorden.

Indien dus de buitenlandsche wet aan den rechthebbende op eenig papier niet enkel een recht tot opvoeding der goederen toekent, maar ook een zakelijk recht op die goederen, dan zal, wanneer die goederen in Nederland aanwezig zijn en de Nederlandsche wet aan den rechthebbende op een dergelijk papier geen zakelijk recht op de goederen geeft, het zakelijk recht van den rechthebbende ook hier te lande op die goederen niet worden gevestigd.

Of eenig papier, dat betrekking heeft op in Nederland aanwezige goederen, een zakenrechtelijke werking vertoont, is dus naar de Nederlandsche wet, de *lex rei sitae*, te beoordeelen.

Erkent echter de *lex rei sitae* der goederen het zakenrechtelijk karakter van het papier, dan zal de rechthebbende op het papier in dezelfde verhouding staan tot de goederen als tot het papier. Herhaalde malen heeft de Nederlandsche rechter beslist, dat hij, die onder de werking van het vreemde recht pandhouder van een cognossement is geworden, in Nederland als pandhouder der hier aanwezige in het cognossement genoemde goederen moet worden aangemerkt (83).

Een ander hier te bespreken belangrijk geval is het navolgende (84).

Tusschen A, een Oostenrijker en in Oostenrijk wonend,

(83) Rb. Dordrecht 25 Maart 1908, *W.* 8722; Rb. Rotterdam 2 Juni 1910, *W.* 9159; hooger beroep Hof 's-Gravenhage 18 April 1913, *W.* 9569. Anders waar het betreft eigendomsovergang Rb. Rotterdam 6 December 1905, *W.* 8447.

(84) Oberster Gerichtshof 1 Mei 1906, *Journal Clunet* 1910, p. 1274.

en B, een in Berlijn gevestigd Duitscher, is een handelsovereenkomst gesloten. Handelswaren, in eigendom behoorend aan A, bevinden zich onder B te Berlijn. Ter zake van een handelsschuld beweert B een retentierecht op die waren. Dit recht is zoowel naar Duitsch als Oostenrijksch recht als een zakelijk recht te beschouwen (85). A stelt zekerheid door het deponeeren van effecten bij de handelsrechtbank te Weenen. Zoowel naar Duitsch als Oostenrijksch recht kan het retentierecht niet meer worden uitgeoefend als zekerheid is gesteld; de zekerheidstelling is echter verschillend in beide wetgevingen geregeld. Art. 233 van het Duitsche Handelswetboek geeft aan den schuldeischer een pandrecht op de gedeponeerde waarden, de Oostenrijksche wet niet. Bovendien bepaalt art. 234 van genoemd wetboek, dat slechts die waarden gedeponeed kunnen worden, die de voogd als belegging voor zijn pupil mag gebruiken. De door A in Weenen gedeponeerde waarden behooren niet tot de zoodanige.

De vraag is nu: gaat door de bedoelde zekerheidstelling het retentierecht teniet? De Handelsrechtbank te Weenen antwoordt met neen; in hooger beroep wordt haar vonnis vernietigd en de cassatierechter vernietigt op zijn beurt het in hooger beroep gewezen arrest.

Uit dit geval blijkt wel de moeilijkheid om te bepalen of een door een andere wet dan de *lex rei sitae* beheerscht rechtsfeit een zakenrechtelijk gevolg heeft. Met zakenrechtelijk gevolg in deze is bedoeld het tenietgaan van het zakelijk retentierecht. Waar de goederen, waarop het retentierecht wordt beweerd, in Duitschland zijn, is de Duitsche wet de *lex rei sitae*; deze wet heeft dus te beoordeelen of het retentierecht bestaat en in welken omvang. Dit recht nu gaat volgens het Duitsche recht teniet

---

(85) Bedoeld is het zakelijke *Zurückbehaltungsrecht* van den koopman.

door zekerheidstelling; er moet nu beslist worden of de zekerheid, gelijk te Weenen gesteld, naar Duitsch recht zoodanig is op te vatten, dat deze onder de heerschappij van de Oostenrijksche wet plaats grijpende rechtshandeling in Duitschland een zakenrechtelijk gevolg teweegbrengt. Beslissend is, dunkt me, dat naar Duitsch recht de schuldeischer pandrecht op de gedeponeerde waarden heeft en naar Oostenrijksch recht niet. Waar de Oostenrijksche wet ten aanzien der gedeponeerde waarden *lex rei sitae* is en aan de zekerheidstelling geen pandrecht verbindt, is er in deze van zulk een recht ook geen sprake. Het lijkt me dan ook aannemelijk dat de Duitsche wet met deze zekerheidstelling geen genoegen neemt en aan den schuldeischer zijn retentierecht niet ontnemt, nu een zekerheid is gesteld van minder waarde dan die, welke de Duitsche wet als *lex rei sitae* voor het teniet gaan van het retentierecht vereischt.

Dat de soort der gedeponeerde waarden niet voldoet aan de bij de Duitsche wet gestelde vereischten wil ik zoo aanstonds bespreken. Welke toch de soort dier waarden behoort te zijn, raakt meer den vorm dan den inhoud der zekerheidstelling.

Een veel besproken vraag betreft de acquisitieve verjaring. De vordering, die de eigenaar van ontstolen of verloren goed tegen elken houder te goeder trouw kan instellen, is niet in alle wetgevingen aan denzelfden termijn gebonden. Art. 2014 B. W. stelt evenals art. 2279 C. C. den termijn op 3 jaren; art. 2146 van den Italiaanschen C. C. op 2 jaren (86).

Is een roerend goed op eenig grondgebied zoolang in

---

(86) Bijna alle schrijvers, die deze vraag bespreken, nemen aan, dat hier inderdaad van verjaring sprake is. ZITELMANN II, p. 347 noot laat deze vraag in het midden.

bezit geweest, dat de *lex rei sitae* den bezitter eigendom toekent, dan is een verplaatsing daarna van het goed niet in staat hem den eigendom te ontnemen, omdat de nieuwe *lex rei sitae* een langeren verjaringstermijn kent. Er is dan sprake van een verkregen recht. Hierover is geen strijd. Dit recht moet ook worden erkend, al kent de wet van kracht ter plaatse waar het goed gestolen is, aan den eigenaar een langeren termijn toe. Veel verschil van meening is er echter, wanneer het goed, voordat de eigendom is verkregen, naar een ander rechtsgebied overgaat, welks wet een anderen verjaringstermijn kent (87). B.v. een roerend goed is gedurende één jaar op Italiaansch grondgebied in het bezit van den houder, die het vervolgens naar Nederland overbrengt. NIBOYET laat den Nederlandschen verjaringstermijn loopen van het oogenblik af dat het goed op Nederlandsch grondgebied is gekomen. MEILI (88) stelt in dit geval het volgende voor. Onder de vroegere *lex rei sitae* heeft de houder de helft van den daar vereischten tijd bezeten, onder de nieuwe wet moet hij nu ook nog de helft van den door die nieuwe wet voorgeschreven tijd bezitten, derhalve in Nederland nog  $1\frac{1}{2}$  jaar. M. i. hangt de beantwoording van deze vraag af van de wet van het land, waarheen het goed verplaatst wordt. De Nederlandsche wet eischt, dat de vordering binnen 3 jaren na den dag, waarop het goed verloren of gestolen is, wordt ingesteld, waaruit ik wil afleiden dat na die 3 jaren de bezitter te goeder trouw eigenaar is geworden. Het gaat er nu om, of de Nederlandsche wet als vereischte stelt, dat het goed gedurende die 3 jaren in Nederland is geweest. Uitdrukkelijk bepaalt onze wet zulks niet en het is ook niet uit eenige

(87) Zie NIBOYET t.a.p. p. 413 e.v.

(88) Zie uiteenzetting bij NIBOYET.

bepaling af te leiden. De houder zal in het gestelde geval, nadat nog in Nederland gedurende 2 jaren is bezeten, eigenaar worden.

Is op het vroeger grondgebied de houder reeds gedurende zoo langen tijd in het bezit van het goed geweest als volgens de vroegere *lex rei sitae* niet, maar volgens de nieuwe *lex rei sitae* wel voldoende is, dan verwerft de bezitter den eigendom op het oogenblik dat het goed op het nieuwe grondgebied komt. B.v. iemand bezit in Nederland 2½ jaar, en brengt het goed naar Italië, dan is aan het voorschrift der Italiaansche wet voldaan en gaat de eigendom door de werking dezer wet over op het oogenblik, dat ze als *lex rei sitae* van kracht is. Ik neem aan dat ook de Italiaansche wet aan het feit, dat iemand gedurende 2 jaren bezeten heeft, den eigendoms-overgang verbindt, zonder als vereischte te stellen, dat het goed die 2 jaren ook in Italië aanwezig is geweest.

Deze redeneering gaat ook op, wanneer de wet van het nieuwe grondgebied een oogenblikkelijke verjaring kent. B.v. in een land, waar een roerend goed verduisterd is en gekomen is in handen van een houder te goeder trouw, verkrijgt de houder den eigendom na bezit gedurende een bepaalden tijd. Voor het verstreken zijn van dien tijd komt het goed in Nederland; dit heeft tengevolge dat de houder eigenaar wordt (89).

Thans nog dit geval. Het goed is een jaar in Nederland en wordt vervolgens naar Italië gebracht. Hoelang moet daar nog bezeten worden, alvorens de eigendom wordt verkregen? Het antwoord is naar hetzelfde beginsel als in het eerste geval te geven. Nadat het bezit in Italië

---

(89) Zie hieronder p. 92, DIENA t.a.p. p. 174 en NIBOYET t.a.p. p. 290. De wet van het nieuwe grondgebied is ook beslissend voor de vraag of er verduistering of diefstal heeft plaats gehad.

nog één jaar heeft geduurd, is de door de Italiaansche wet geëischte tijd van 2 jaren vervuld en gaat de eigendom over (90).

SAVIGNY (91) wil evenals NIBOYET den tijd, gedurende welken op het vorige grondgebied het bezit heeft geduurd, niet meetellen. De houder moet dus in laatstgenoemd geval nog 2 jaren bezitten. Op dezen hoofdregel geeft hij echter een uitzondering. Wanneer het bezit al zoolang op het vroegere gebied heeft geduurd, dat de toepassing der vroegere *lex rei sitae* den houder gunstiger is; dan wil hij die wet toepassen.

Gesteld dus dat het bezit in Nederland  $1\frac{1}{2}$  jaar geduurd heeft, dan zal, wanneer het goed naar Italië wordt gebracht, de Nederlandsche wet gunstiger zijn, daar het voordeelijker is nog  $1\frac{1}{2}$  jaar te bezitten om dan krachtens de Nederlandsche wet eigenaar te worden, dan nog gedurende 2 jaren te bezitten, alvorens de Italiaansche wet den eigendom doet overgaan (92).

Deze oplossing is in strijd met de werking der *lex rei sitae*, gelijk hooger uiteengezet. Alleen deze wet vermag aan het bezit gedurende bepaalden tijd een zakenrechtelijk gevolg te verbinden. De Nederlandsche wet kan niet in aanmerking komen (93).

NIBOYET (94) verdedigt zijn opvatting op de navolgende gronden, die als bezwaren tegen de hier voorgestane oplossingen zouden kunnen gelden. Ten eerste, dat de acquisitieve verjaring berust op voortdurend bezit en dat dit bezit slechts naar de *lex rei sitae* is te beoordee-

(90) Zie ZITELMANN t.a.p. II, p. 347 e.v.

(91) Zie t.a.p. p. 418 e.v.

(92) T.a.p. p. 431.

(93) Vergelijk DIENA t.a.p. p. 174 e.v.

(94) T.a.p. p. 418.

len (95). Dit bezwaar is niet ter zake dienende. Alleen de *lex rei sitae* vermag aan een rechtsfeit een zakenrechtelijk gevolg te verbinden. Bij verjaring bestaat het rechtsfeit hierin, dat de tijd, gedurende welken het bezit geduurd moet hebben, verlopen is; voordat die tijd geheel verlopen is, is er niet sprake van een gedeeltelijk verkregen zakelijk recht. Het bereikt zijn van den eindtermijn, is slechts daardoor rechtsfeit, doordat de wet die op dat oogenblik *lex rei sitae* is, den eigendom doet overgaan. Alleen aan deze wet ontleent dit feit zijn waarde in rechte. Met den tijd gedurende welken en de omstandigheden onder welke het bezit op het vroegere grondgebied heeft geduurd wordt slechts rekening gehouden, waar moet worden vastgesteld of het bezit zoodanigen inhoud heeft, dat volgens de nieuwe *lex rei sitae* van een rechtsfeit als boven omschreven sprake is. Niet aan het bezit gedurende dien tijd, maar aan dat rechtsfeit wordt de eigendomsovergang verbonden. Of het bezit, terwijl het goed op het vroegere grondgebied was, voldeed aan de vereischen door de wet van dat gebied gesteld, opdat de verjaringstijd voortgang hebbe, en welke oorzaken die wet kent, die de verjaring opschorten of stuiten, is dan ook onverschillig. Immers aan de te dien aanzien gegeven regelen wordt geen zakenrechtelijk (96) gevolg ontleend op het oogenblik, dat de in die regelen bedoelde feiten of omstandigheden plaats grijpen of een aanvang nemen. Dat gevolg kan zich slechts openbaren op het oogenblik, dat krachtens de wet, die dan de *lex rei sitae*

(95) Dit bezwaar valt van zelf weg, wanneer men den in art. 2014 B. W. genoemden termijn als een fatalen termijn opvat.

(96) Wanneer men het al of niet voortgang hebben der verjaring niet als een zakenrechtelijk gevolg beschouwt en dus de toepassing der *lex rei sitae* niet noodzakelijk is, heeft het bezwaar van NIBOYET geen beteekenis.

is, de verjaringstijd is voltooid; in de boven besproken gevallen was die tijd niet voltooid, terwijl het goed op het vroegere gebied was. En op het oogenblik, dat aan die feiten en omstandigheden gevolg zou kunnen worden toegekend, is inmiddels de nieuwe *lex rei sitae* toepasselijk geworden, welke wet, gelijk hooger is betoogd, uitsluitend bevoegd is, te bepalen van welke voorwaarden het intreden van een zakenrechtelijk gevolg afhankelijk is. Die wet heeft dus alleen acht te slaan op de feiten en omstandigheden, die hebben plaats gegrepen of een aanvang hebben genomen, tijdens het bezit op het vroegere grondgebied heeft geduurd, voor zoover ze bij de berekening van den verjaringstijd volgens haar in aanmerking komen (97).

Mogelijk is b.v. dat volgens de vroegere *lex rei sitae* het bezit is aan te merken als bezit op eens anders naam, maar volgens de nieuwe *lex rei sitae* als bezit op eigen naam. De tijd, gedurende welken op het vroegere grondgebied het bezit heeft geduurd, mag dan meetellen, ook al eischt laatstgenoemde wet, dat de bezitter op eigen naam bezit. Of volgens de vroegere *lex rei sitae* is bezit te kwader trouw voldoende om de verjaring voortgang te doen hebben, volgens de nieuwe *lex rei sitae* niet. De tijd, die het bezit te kwader trouw op het vroegere gebied heeft geduurd, mag niet meetellen. In het omgekeerde geval, dat dus het bezit op het vroegere gebied te kwader trouw was, terwijl volgens de wet van dat gebied die tijd niet mag meetellen, zal toch met dien tijd rekening mogen worden gehouden, wanneer volgens de nieuwe *lex rei sitae* ook aan het bezit te kwader trouw het loopen van de verjaring eigen is.

(97) Met betrekking tot het geval, dat een minderjarige bezit, zie boven p. 75. Te verdedigen lijkt mij, dat voor het vaststellen der minderjarigheid de *lex rei sitae* naar de nationale wet verwijst.



Het tweede bezwaar is gewichtiger. Naar Fransch en ook naar Nederlandsch recht heeft de verjaring terugwerkende kracht. De houder wordt dus geacht eigenaar te zijn geworden van af het oogenblik, dat het vereischte bezit een aanvang nam. Maar op dat oogenblik was het goed op het vroegere grondgebied en de tegenwoordige *lex rei sitae* was toen niet toepasselijk.

Deze terugwerkende kracht is echter een fictie en het gaat bezwaarlijk om de juistheid van een opvatting te bestrijden, omdat ze niet overeenstemt met wat een fictie inhoudt. Bovendien, bestaat die terugwerkende kracht ook volgens de vorige *lex rei sitae*, dan is er geen bezwaar, dat die wet, den eigendomsovergang krachtens de nieuwe *lex rei sitae* erkennende, daaraan de gevolgen toekent, die zij, als *lex rei sitae* in een vroeger stadium, zelf vermag toe te kennen. Kent de vroegere *lex rei sitae* die terugwerkende kracht niet, dan zal van zelf die kracht, door de nieuwe *lex rei sitae* toegekend, slechts werken tot op het oogenblik dat het goed onder haar invloed kwam.

Door ZITELMANN (98) en NIBOYET (99) wordt uitgeweid over de zakenrechtelijke gevolgen verbonden aan een overeenkomst onder een voorwaarde. In sommige wetgevingen wordt aan het vervuld zijn der voorwaarde terugwerkende kracht toegekend; andere wetgevingen kennen een dergelijke werking niet. Het eenvoudigste geval is, dat het goed, waarop de overeenkomst betrekking heeft, in één rechtsgebied blijft, terwijl de wet, die de overeenkomst beheerscht, de *lex contractus*, een andere is dan de *lex rei sitae*. De vraag is dan op welk oogenblik de *lex rei sitae* zich doet gelden; op het oogenblik

(98) T.a.p. II, p. 203 e.v.

(99) T.a.p. p. 167 e.v. en p. 420 e.v.

dat de overeenkomst gesloten wordt, of op het oogenblik, dat de voorwaarde wordt vervuld. Vooraf dient vast te staan welke de beteekenis is dier terugwerkende kracht. Tweeërlei is mogelijk. Ten eerste dat het rechtsfeit, in deze het volledig worden der overeenkomst of hare ontbinding, wordt geacht te hebben plaats gegrepen op het oogenblik, dat de overeenkomst gesloten is, waaruit dan voortvloeit, dat van af dat oogenblik de gevolgen, aan de vervulling der voorwaarde eigen, intreden. Ten tweede, dat bedoeld rechtsfeit plaats grijpt op het oogenblik, dat de voorwaarde wordt vervuld en dat de gevolgen, aan deze vervulling verbonden, worden geacht te zijn ingetreden op het oogenblik, dat de overeenkomst is gesloten (100).

Laat ik aannemen, dat de eerste beteekenis de juiste is. Men heeft dan slechts de *lex contractus* te raadplegen om vast te stellen op welk oogenblik het rechtsfeit plaats grijpt. Is dat oogenblik vastgesteld, dan pas treedt de *lex rei sitae* in werking (101). B.v. op eene overeenkomst onder een opschortende voorwaarde, die betrekking heeft op een in Frankrijk gelegen goed, is de Nederlandsche wet toepasselijk, welke wet de terugwerkende kracht kent. De voorwaarde wordt vervuld en de overeenkomst als bestaande aangemerkt van af het oogenblik, dat ze gesloten is. Op dat oogenblik wordt de eigendom door de werking der Fransche wet (art. 1138 C. C.) geacht te zijn overgegaan, en zulks onverschillig of de Fransche wet al of niet aan het vervuld zijn der voorwaarde terugwerkende kracht toekent. Was de

(100) Zoo wordt bij de verjaring niet aan het bereikt zijn van den eindtermijn, maar aan den eigendomsovergang terugwerkende kracht gegeven.

(101) NIBOYET lijkt me de werking der *lex contractus* en der *lex rei sitae* niet uit elkaar te hebben gehouden.

Duitsche wet, die die kracht niet kent, de *lex contractus*, dan doet natuurlijk weer de Fransche wet den eigendom overgaan, maar nu op het oogenblik, dat de voorwaarde is vervuld. In de gevallen dat het goed voor de vervulling der voorwaarde naar een ander rechtsgebied wordt gebracht, is de oplossing dezelfde. De *lex contractus* beslist op welk oogenblik bedoeld rechtsfeit wordt geacht te hebben plaats gegrepen. De wet, die dan *lex rei sitae* is, stelt vast welke zakenrechtelijke gevolgen aan dat feit eigen zijn. B.v. de Fransche wet beheerscht een overeenkomst onder een opschortende voorwaarde. Het goed, dat bij het sluiten der overeenkomst in Frankrijk is, wordt voor de vervulling der voorwaarde naar Nederland gebracht. Terwijl het goed in laatstgenoemd land is, wordt de voorwaarde vervuld. Volgens de *lex contractus* is de overeenkomst volledig geworden, terwijl het goed in Frankrijk was. De Fransche wet is de *lex rei sitae*. Het door haar toegekende zakenrechtelijk gevolg moet in Nederland als verkregen worden erkend. Is de Duitsche wet de *lex contractus* en gaat het goed voor de vervulling der voorwaarde van Duitschland naar Frankrijk, dan is volgens de Duitsche wet de overeenkomst volledig geworden op het oogenblik, dat de voorwaarde is vervuld, en het goed in Frankrijk was. De Fransche wet is de *lex rei sitae*.

Het vaststellen van het oogenblik, waarop de overeenkomst volledig wordt (102), is slechts dan van belang, als de toepasselijke *lex rei sitae* aan de enkele overeenkomst een zakenrechtelijk gevolg verbindt. Anders toch is het oogenblik van levering beslissend en is voldoende, dat de levering op een titel berust, maar onverschillig

---

(102) De gevolgen der ontbindende voorwaarden zijn naar dezelfde beginselen te beoordeelen.

of die titel bij het sluiten der overeenkomst of bij de vervulling der voorwaarde aanwezig was. Bij de levering overeenkomstig art. 929 B.G.B. is zelfs een vermeende titel voldoende.

Het bedenkelijke der boven besproken oplossing is, dat de wet, die op het oogenblik van de vervulling der voorwaarde *lex rei sitae* is, soms — n.l. wanneer de vreemde *lex contractus* de terugwerkende kracht kent — door de fictie in die vreemde wet neergelegd, wordt terzijde gesteld. Het lijkt me dan ook verkieslijker de tweede beteekenis der terugwerkende kracht als de juiste te aanvaarden. Het rechtsfeit grijpt dan plaats op het oogenblik dat de voorwaarde wordt vervuld. De *lex rei sitae* van dat oogenblik zal nu de zakenrechtelijke gevolgen doen intreden, die ze aan het volledig worden der overeenkomst of haar ontbinding toekent. De terugwerkende kracht zal, indien genoemde wet die kent, dan evenals bij de verjaring zich slechts doen gelden tot op het oogenblik, dat het goed op het grondgebied kwam, waarop die wet van kracht is. En de vroegere *lex rei sitae* zal, indien ze diezelfde terugwerkende kracht kent, het ingetreden zakenrechtelijk gevolg kunnen doen terugwerken ook over het tijdsverloop, dat zij *lex rei sitae* was.

Ten slotte nog deze opmerking. Wanneer volgens de wet, die *lex rei sitae* is ten tijde dat de voorwaarde wordt vervuld, de tweede beteekenis der terugwerkende kracht de juiste is en dus aan de vervulling der voorwaarde zakenrechtelijke gevolgen eigen zijn, dan zal deze wet aan die vervulling die gevolgen noodzakelijk verbinden. Daardoor wordt als het ware de mogelijkheid afgesneden, dat de *lex contractus* zich doet gelden. Aanvaardt de genoemde *lex rei sitae* de eerste en de *lex contractus* de tweede beteekenis als de juiste, dan

verhindert deze *lex rei sitae* de werking der *lex contractus* niet. Het rechtsfeit is ook dan aanwezig op het oogenblik dat de voorwaarde wordt vervuld. Alleen wanneer volgens beide wetten de eerste beteekenis de juiste is, mag het rechtsfeit geacht worden te hebben plaats gegrepen op het oogenblik, dat de overeenkomst gesloten is.

Voor zoover ik kon nagaan, kwamen in de praktijk geen geschillen voor als zoeven besproken. Nadere bespreking der talrijke mogelijkheden moge dan ook achterwege blijven.

Bij de verjaring kwamen er gevallen ter sprake, dat tegelijk met de komst van het goed op een ander rechtsgebied, zakenrechtelijke gevolgen intraden, die, ware het goed op het eerste gebied gebleven, niet of later zouden zijn ingetreden. De komst van het goed op het nieuwe gebied verwezenlijkt dan het feit — het voltooid zijn van den verjaringstijd, die bij de oogenblikkelijke verjaring nul is —, waaraan de nieuwe *lex rei sitae* den eigendomsovergang verbindt. Een merkwaardig arrest van het Hof te Zweibrücken (103) doet ons een ander geval kennen.

In de Paltz gevestigde fabrikanten hebben in Saksen een bestelling gedaan. Voor 1900 was in de Paltz het Fransche recht van kracht en in Saksen het B.G.B. van 1863. Het Saksische recht kende niet het in art. 1138 C. C. neergelegde beginsel. Toen de bestelde goederen in de Paltz aankwamen, waren de koopers reeds failliet verklaard. Vaststaat volgens het Hof dat hun niet geleverd is, nu zij de goederen niet voor zich in bezit, maar in bewaring namen en ter beschikking hielden van de verkoopers. De verkoopers, van oordeel dat de eigendom der

---

(103) 13 Juli 1898. SIREY 1901, 4, p. 25.

goederen niet was overgegaan, vorderden de goederen op. Het Hof erkent de werking der *lex rei sitae*. Zoolang de goederen nog op Saksisch grondgebied waren, is de eigendom niet overgegaan, daar nog niet geleverd was. Met de komst der goederen in de Paltz wordt echter het Fransche recht toepasselijk en de eigendom zal dus overgaan „dès que s'établissent des faits juridiques, donnant lieu d'après le droit français au transfert de la propriété". Daar partijen het eens waren over de zaak en den prijs, ook toen de goederen in de Paltz waren en dit volgens Fransch recht voldoende is voor den eigendomsovergang, is ook met de komst der goederen in de Paltz de eigendom overgegaan.

Deze beslissing is slechts te verdedigen, indien men aanneemt, dat naar Fransch recht het eens zijn van partijen over de zaak en den prijs, een voortdurende toestand dus, voldoende is voor den eigendomsovergang. Het lijkt me aannemelijker art. 1138 C. C. aldus uit te leggen, dat de eigendomsovergang plaats grijpt door en op het oogenblik, dat de overeenkomst tot stand komt. De beslissing is echter wellicht aldus te motiveeren.

De vervoerder is volgens Saksisch recht (104) lasthebber van den afzender, volgens Fransch recht van den ontvanger. Zoodra de goederen in de Paltz komen, of juist, zoodra de goederen het karakter aannemen van in transitu te zijn, waardoor de *lex destinationis* beslissend wordt, wordt de bezitsverhouding geregeld door de Fransche wet. De vervoerder vangt aldus aan voor den koper te bezitten. Men kan dan zeggen, dat aan den koper geleverd is, althans dat de obligatoire overeenkomst door een zakelijke is aangevuld op het oogenblik, dat de Fransche wet toepasselijk werd.

(104) Ik meen dit uit het arrest te mogen afleiden.

Neemt men deze oplossing niet aan of is ze niet ter zake dienende, daar de stand van zaken anders is, dan brengt, waar de eigendom op het vroegere grondgebied niet is overgegaan, de komst van het goed op het nieuwe gebied dien overgang niet met zich mee. In dat geval is, terwijl het goed op het nieuwe gebied is, alsnog noodig levering (zakelijke overeenkomst) of een nieuwe overeenkomst, die geacht moet worden zoowel obligatoir als zakelijk te zijn (105).

*(Slot volgt.)*

---

(105) Vergelijk SAVIGNY t.a.p. p. 420.

## Nederland en de Volkenbond

DOOR

Mr. J. B. BREUKELMAN

---

Dezer dagen is bij de Tweede Kamer een wetsontwerp ingediend, waarvan de strekking is ons land te doen toetreden tot den Volkenbond (1). Na in de eerste § met een enkel woord gerept te hebben over de „machtige gedachte van den Volkenbond”, zegt de Memorie van Toelichting in een volgende al dadelijk, dat deze Bond er anders uitziet dan aanvankelijk werd gehoopt en verwacht, dat hij, in strijd en overwinning geboren, de verhouding vertoont, die aan een waren Volkenbond vreemd behoorde te zijn, maar daarna wordt toch geconcludeerd dat Nederlands belang toetreding eischt.

Zien wij een en ander nader onder de oogen.

In § 3 der M. v. T. erkent de Regeering, dat Nederland bij toetreding een groot offer zal moeten brengen. Dit blijkt reeds hieruit, dat het dan niet meer, zooals totnogtoe, in een uitgebroken strijd neutraal zal kunnen blijven.

In dit opzicht — de Regeering vestigt er in de M. v. T. ook de aandacht op — is art. 10 van het Grondverdrag van hoogst bedenkelijken aard. Daar wordt bepaald dat de leden van den Bond zich verbinden de territoriale integriteit en de bestaande politieke onafhankelijkheid van alle leden van den Bond te eerbiedigen en te hand-

---

(1) Gedr. Stukken 2e Kamer 1919—20, no. 359.



haven tegen elken buitenlandschen aanval. „Ingeval van aanval”, zoo wordt er bijgevoegd, „van bedreiging met of gevaar voor aanval dient de Raad van advies omtrent de middelen om de uitvoering van deze verplichting te verzekeren”. Daaruit blijkt, dat de leden van den Bond verplicht zijn aan een uitgebroken „geoorloofden” oorlog deel te nemen. Genoemd artikel heeft ook in Amerika de aandacht getrokken en aanleiding gegeven tot een onderhoud tusschen Wilson en eenige republikeinsche senatoren. De President gaf toe, dat in zulk een geval Amerika niet *legally* tot den strijd verplicht is, maar voegde er bij dat er wel een *compelling moral obligation* daartoe bestaat (1).

Intusschen, hoeveel gewicht aan Wilson's opinie gehecht worde, anderen zijn van meening dat uit de bepaling van art. 10, strikt genomen, niet volgt dat een Staat aan bepaalde vijandelijkheden tegen een ander lid van den Bond behoeft mee te doen. Deze opvatting wordt o. a. gehuldigd in het Rapport der Noorsche *Storthing*-commissie (2).

Blijkens de toelichting is onze Regeering ook deze meening toegedaan.

Naast art. 10 is ook hoogst bedenkelijk art. 16, dat de sanctie bevat op de overtreding der drie vorige artikelen. Uit het verband tusschen deze artikelen blijkt, dat een lid beschouwd zal worden tegenover de overige leden een oorlogsdaad te hebben gepleegd, indien het aan een medelid den oorlog verklaart òf zonder het punt van geschil aan onderzoek of arbitrage te hebben onderworpen, òf binnen drie maanden na de beslissing der arbiters of het rapport van den Raad; of in strijd met een arbitrale

(1) Opgenomen o. a. in de *Times*.

(2) Zie *Het Vaderland* van 13 November 1919 (Avondblad B).

uitspraak, of in strijd met het eenstemmig aangenomen rapport van den Raad c. q. het met de vereischte meerderheid aangenomen rapport der Vergadering (1).

Verzuimd is echter om de autoriteit aan te wijzen, die moet uitmaken wie den strijd begonnen is. Uit hetgeen men verder leest volgt wel, dat het de bedoeling is den Raad deze bevoegdheid toe te kennen. Doch dit nog daargelaten wordt in art. 16 gezegd, dat het lid van den Bond, dat overgaat tot den oorlog in strijd met het in de artt. 12, 13 en 15 bepaalde, *ipso facto* beschouwd zal worden een oorlogsdaad tegenover alle andere leden van den Bond te hebben begaan. Deze laatsten verbinden zich alle betrekkingen van financieelen en commercieelen aard met eerstgenoemd lid te zullen verbreken, en een einde te maken aan het verkeer tusschen de onderdanen van dien Staat en die van elken anderen Staat, onverschillig of hij lid van den Bond is.

Voor ons land is nog bijzonder gevaarlijk de mede opgelegde verplichting (art. 16, 3e lid) om de krijgsmacht van de leden van den Bond, die deelnemen aan een gemeenschappelijk optreden, doortocht te verleenen. De mogelijkheid, ja de waarschijnlijkheid bestaat, dat de andere partij dit niet zal toelaten en dan wordt ons land het tooneel van den strijd. Dat zulk een verplichting nauw verband houdt met de geografische ligging, springt in het oog. Noorwegen bijvoorbeeld — het wordt ook in bovengenoemd rapport gezegd — zal daarvan weinig last hebben.

Nog zij de aandacht gevestigd op art. 22 van het

(1) Zie over Raad en Vergadering de artt. 3 en 4. De Vergadering bestaat uit vertegenwoordigers van de leden van den Bond en de Raad uit de vertegenwoordigers van de voornaamste geallieerde en geassocieerde Mogendheden, alsmede uit vertegenwoordigers van vier andere leden van den Bond.

Bondsverdrag, waarin het ietwat zonderlinge mandatenstelsel ten opzichte van de koloniën wordt geregeld en toegepast. In zekeren zin zou men kunnen beweren, dat door tot den Bond toe te treden, onze Regeering sanctionneert wat de geallieerden ten opzichte van de Deutsche koloniën zijn overeengekomen. Doch dit artikel houdt verband met de omstandigheid — *vitium originis* zoo men wil — dat de bepalingen van den Volkenbond een gedeelte vormen van het vredesverdrag tusschen de geallieerden en Deutschland.

Een andere moeilijkheid, waarin een Staat als lid van den Bond kan komen, ligt in de opzeggingsclausule. Art. 1 3e lid bepaalt wel, dat een lid tot uittreden bevoegd is, maar deze bevoegdheid heeft eerst na twee jaren effect, zoodat, voorziet men een oorlog, van dadelijk uittreden geen sprake kan zijn. Uit art. 26 *kan* de conclusie worden getrokken, dat dadelijk uittreden alleen mogelijk is, wanneer een lid de aangebrachte amendementen niet wenscht te aanvaarden.

Aan den anderen kant is niet te ontkennen, dat er veel goeds in het Grondverdrag ligt.

Ofschoon oorlog geoorloofd blijft èn in het minder waarschijnlijk geval, dat een scheidsrechterlijke uitspraak niet wordt nageleefd èn in het zeer waarschijnlijke geval, dat een vooronderzoek en rapport van een aan den Raad van den Bond voorgelegd geschil in dit college geen eenstemmigheid vindt, trachten de artt. 12—15 een breuk te vermijden en wel langs twee wegen: 1°. arbitrage, 2°. onderzoek door den Raad. Partijen mogen niet tot oorlog overgaan voordat drie maanden na de gevallen beslissing zijn verstreken.

Of, zooals in het Voorloopig Verslag der 2e Kamer in Hoofdstuk I der Staatsbegrooting voor 1920 gezegd wordt, de toetreding van de neutralen tot den Bond

de vervorming van dien Bond tot wereldorganisatie zal in de hand werken, zij voor het oogenblik daargelaten, het verdient met dat al zeker aanbeveling, dat Nederland niet achterblijve, waar een poging beproefd wordt tot organisatie van de internationale gemeenschap op den voet van onderlinge samenwerking. Blijft de Volkenbond bestaan, dan kan men met de Regeering aannemen, dat daarin de kiem ligt van een ontwikkeling, die aan het menschdom ten goede kan komen. De roeping van Nederland, het vaderland van DE GROOT, BIJNKERSHOEK, ASSER, moet dan zijn om die wereldorganisatie geleidelijk te verbeteren en tot meerdere volmaking te brengen.

In het bijzonder zij er hier nog de aandacht op gevestigd, dat de beginselen, welke in het Volkenbondtractaat worden gevonden, in de lijn liggen van Nederland's arbitragepolitiek van de laatste twintig jaren. Het beginsel van onderzoek, voordat een geschil acuut wordt, ligt ook ten grondslag aan de zoogenaamde Bryantractaten, waarvan er een door ons land als een der eerste in 1913 werd gesloten.

De vraag rijst of ons land het voorbeeld moet volgen van Zwitserland dat bij de toetreding reserves heeft gemaakt (1). Voor dit land lijkt het wellicht onnoodig, immers art. 432 van het vredetractaat handhaaft in zekeren zin de Zwitsersche neutraliteit, zooals die in 1815 is geregeld (2), maar toch is in het besluit van den Nationalen Raad gezegd dat Zwitserland in *alle* gevallen aan zijn neutraliteit vasthoudt en derhalve in het geval van art. 16 van het Volkenbondsverdrag

---

(1) Vergis ik me niet, dan moet nog een *referendum* een beslissing brengen.

(2) Art. 74 der Weener Congres-Akte.

Zwitserland zich niet verplicht acht tot het verleen van het doortochtsrecht en tot militairen bijstand. Wordt, zoo leest men verder in bovengenoemd rapport, de rechtmatigheid van deze reserve bestreden, dan blijft Zwitserland buiten den Bond. Uit hetgeen boven over de houding van Noorwegen is medegedeeld, volgt, dat zijn Regeering, zonder dat in het desbetreffend besluit van bepaalde reserves sprake schijnt te zijn, een dergelijk standpunt inneemt.

Ten slotte nog eenige opmerkingen over de redactie van het wetsontwerp.

Vooreerst: moet art. 1 van het ontwerp zoo worden opgevat, dat, wanneer de Staten-Generaal het hebben aangenomen, de Regeering nog de keus heeft om al of niet toe te treden (1)? Immers, het zou kunnen zijn, dat omstandigheden — bijv. de houding van Amerika — het haar, zelfs na aanneming van het wetsontwerp, raadzaam zouden doen voorkomen om een afwachtende houding aan te nemen. Intusschen, in de jongste troonrede wordt uitdrukkelijk gezegd, dat de toetreding van Nederland tot den Volkenbond aan de goedkeuring van de Staten-Generaal zal worden onderworpen, nadat de totstandkoming van den Volkenbond zal zijn verzekerd. Is dat de bedoeling, dan zou men, in plaats van voorbehoud, van machtiging kunnen spreken.

Uit staatsrechtelijk oogpunt is het eigenlijk verkeerd hier te spreken van *voorbehoud*, omdat het zoo

---

(1) In de meeste gevallen, waarin de formule wordt gebruikt, is de Regeering reeds toegetreden. Zoo bijv. bij de toetreding tot de phyloxera-conventie (Stbl. no. 178 van 1883) en bij de toetreding tot de gemengde rechtspraak in Egypte (Stbl. nos. 57 van 1883 en 274 van 1898).

licht doet denken, dat het voorbehoud van art. 59, laatste lid der Grondwet, aanwezig is, wat het geval niet is. Immers *dit* voorbehoud, hoe averechts het ook in den laatsten tijd — o. a. in goedkeuringswetten tot arbitrageverdragen — wordt aangetroffen, moet alleen toepassing erlangen in die zeldzame gevallen, waarin het bepaald noodig is, dat de Kamers haar zeggingsmacht ten bate van het uitvoerend gezag prijs geven, zooals — en dit was de aanleiding tot de bijvoeging van genoemd laatste lid — al sinds 1873 ten opzichte van uitleveringsverdragen gebruikelijk is. *Dit* voorbehoud wordt ook in art. 2 van het tegenwoordig goedkeuringsontwerp tot den Volkenbond aangetroffen; het moge echter de vraag zijn of het wenschelijk is de geschillen, die hier bedoeld worden, aan de zeggingsmacht der Kamers te onttrekken. Het eenige, wat er vóór pleit — formeel is de zaak ook hier in orde — is, dat het weer vragen over arbitrage betreft, evenals in de goedkeuringswetten behorende tot de arbitrageverdragen met Frankrijk, Engeland, Denemarken, Amerika, Italië en China (1).

Eindelijk een opmerking over de Memorie van Toelichting. Alle hulde zij gebracht aan den steller van dit hoogst belangrijk stuk, waaraan veel arbeid besteed is en waaruit groote kennis doorstraalt. Naar mij voorkomt vestigt de steller echter te veel de aandacht op de groote schaduwzijden van deze belangrijke conventie en op de

---

(1) In het Voorloopig Verslag der Tweede Kamer, hetwelk onder het nazien der drukproeven is verschenen, zijn ook bezwaren gemaakt tegen de redactie van art. 1 en het daarin gevonden *voorbehoud*. Herinnerd wordt daarbij nog aan het in de Tweede Kamer gehouden debat op 12 Juli 1916. De Minister van Buitenlandsche Zaken erkende toenmaals de juistheid der gemaakte opmerking, hiertoe strekkende, dat, waar men met het tweede lid van art. 59 der Grondwet te doen heeft, van *voorbehoud* geen sprake kan zijn.

groote offers, die ons land, treedt het toe, daaraan moet brengen. Soms, het keurig gestyleerd betoog lezende, vraagt men zich onwillekeurig af, of de lezing er van hen, die nog weifelen, de overtuiging kan bijbrengen, dat de Kamer goed doet het wetsontwerp aan te nemen. M. a. w. het schenkt te veel argumenten — en nog al van Regeeringswege — aan hen, die van meening zijn, dat aanneming van het ontwerp niet in 's lands belang is. Kan de bedoeling misschien zijn dat men vooral geen voet wil geven aan de opvatting, dat — al wordt ons land lid van den Volkenbond — van ontwapening geen sprake kan zijn? Doch dan had de toelichting moeten *beginnen* met den nadruk er op te leggen, dat in 's lands belang die aanneming wenschelijk is.

Het is nu maar te hopen, dat in de vertegenwoordiging niet partij-overwegingen boven het gezond verstand triumfeeren en dat de Regeering haar standpunt met succes verdedige. Mocht dan later deze Bond uiteenvallen — de defensieverdragen op 28 Juni 1919 door Amerika en Engeland met Frankrijk gesloten zijn een veeg teeken —, dan is ten minste gebleken, dat Nederland alles er voor over heeft gehad om de internationale gemeenschap te organiseeren en alle oorlogen in de toekomst onmogelijk te maken.

---

**Enkele opmerkingen omtrent de beteekenis van  
„schuld” in art. 1401 B. W.**

Toen het bekende arrest van den Hoogen Raad van 31 Januari 1919, *W.* 10365, *N. J.* 1919, 161, *W. P. N. R.* n<sup>o</sup>. 2564 waarin de leer welke aan het woord onrechtmatig een ruimere beteekenis wilde toekennen dan tot dusverre gebruikelijk was geweest, scheen het een oogenblik of de ten onzent reeds uitvoerige litteratuur over de onrechtmatige daad een nieuw tijdvak van bloei zou beleven. Dit is echter slechts in bescheiden mate het geval geweest. Natuurlijk hebben, nadat Prof. MOLENGRAAFF het arrest nog in hetzelfde Weekblad waarin het was opgenomen van aanteekeningen had voorzien, zij, die in den strijd tusschen de oudere en nieuwere richting op den voorgrond hadden gestaan als de hoogleeraren SIMONS en P. SCHOLTEN het hunne gezegd, doch wanneer de ietwat overdreven uiting van Prof. MEIJERS als zou men te doen hebben met eene beslissing, die in belangrijkheid tegen een geheel nieuw boek van ons wetboek zou opwegen juist is, dan is zeker de omvang van hetgeen daarover gepubliceerd is niet evenredig aan die beteekenis. Wel is op de blz. 335 en vlgg. van jaargang 1919 van het *Rechtsgeleerd Magazijn* een studie van den Rotterdamschen hoogleeraar DRUCKER verschenen, maar waar in dit zeer lezenswaardige opstel de veranderingen worden nagegaan die het arrest zou hebben gebracht, aan het element „schuld” wordt daarin maar weinig aandacht geschonken.

Op het eerste gezicht zou men zeggen volkomen begrijpelijk, want daarover had het arrest het niet. Dit neemt niet weg, dat volgens Mr. F. G. SCHELTEMA in een ingezonden stuk in no. 2580 van het *W. P. N. R.* het arrest ten gevolge zou hebben, dat voortaan de schuldvraag een rechtsvraag zou zijn geworden, terwijl in no. 2586 van datzelfde weekblad Mr. P. J. WITTEMAN juist het tegendeel verzekert.

De vraag is voor de cassatiepraktijk niet zonder gewicht. In elk geval zal de heer WITTEMAN wel willen toegeven, dat de beteekenis welke aan de in art. 1401 B. W. gebezigde woorden „door wiens schuld de schade veroorzaakt is”, speciaal die welke aan het woord „schuld” gehecht moet worden een rechtsvraag is.

Zij het geoorloofd daaraan eenige — niet vele, want de plaatsruimte ontbreekt — bladzijden te wijden,

Op het eerste gezicht zou men meenen, dat art. 1401 naast het causaal verband tusschen de onrechtmatige daad „waar- „door aan een ander schade wordt toegebracht” en die schade



nog iets anders vordert. Immers er staat niet, dat hij, die die daad verrichtte daardoor aansprakelijk wordt, maar de verplichting om de schade te vergoeden wordt opgelegd aan „den gene door wiens schuld de schade veroorzaakt is”.

Wijst nu schuld nog op iets anders dan zuiver causaal verband? Geldt ten onzent om een Duitsche uitdrukking te gebruiken het Verschuldigungsprincip met zijn „keine civil-„rechtliche Haftung ohne subjectives Verschulden des Thäters”?

Het trekt de aandacht, dat de gedachte dat de daad die schade toebrengt onafhankelijk van de gezindheid des daders aansprakelijk maakt zoowel waar het betreft de verplichting tot schadevergoeding als die tot het ondergaan van straf, in een nog primitief recht meestal gehuldigd, in den laatsten tijd weder meer veld wint. In de XIXde eeuw werd daarentegen schuldverband bijkans algemeen geëischt en DIEPHUIS, die de tegenovergestelde meening en dan nog weinig consequent verdedigde, vond weinig instemming.

Het kon echter niet anders of dit moest veranderen. Wanneer men in het strafrecht bij den normalen mensch het bestaan van een vrijen wil, die hem in staat stelt het strafbare feit te plegen maar ook om het na te laten niet meer wil aannemen is het duidelijk, dat men op den duur geen vrede kan hebben met een regeling der schadevergoeding, die desniettemin dat standpunt inneemt en alleen dan tot vergoeding verplicht, wanneer er schuld aanwezig is.

Wanneer men nu daarbij voegt, dat men in ettelijke gevallen een verplichting tot vergoeding der schade die in een *rechtmatige* daad haar oorsprong vindt erkend zou willen zien, doch dat men moet ondervinden, dat het middel der conditiones waarmede men zich in het Romeinsche recht hielp niet meer openstaat. terwijl van den wetgever luttel is te verwachten, zoodat men nu dit doel tracht te bereiken door eenerzijds het schuldelement uit art. 1401 B. W. te verwijderen en anderzijds het begrip onrechtmatig weg te doezelen, dan wordt het streven nog meer verklaarbaar.

Ten slotte — en dit is vooral een motief voor practici — brengt de moeilijkheid om het bestaan van schuld te bewijzen er toe niet om wat rationeel zoude zijn op dit punt in het bewijsrecht verbetering aan te brengen maar om eenvoudig den eisch van schuld te laten vallen.

Inderdaad dan is elk bezwaar opgeheven, maar is nu ook het recht verbeterd?

Wat hiervan zij, wanneer onze wet het schuldelement vordert, dan mag men het ook niet verwijderen. Althans de rechter mag dit niet, zoolang art. 11 A. B. hem bindt.

Het komt mij voor, dat het bewijs dat de wet dit vordert wel te leveren valt door een beroep en op de geschiedenis en op den tekst der wet, argumenten die, dit erken ik, een

krachtiger indruk maken naarmate men het resultaat waartoe zij leiden op zich zelve wenschelijk acht.

Nu kan het beroep op de geschiedenis kort zijn daar deze door Prof. LAND in zijne Beschouwingen over de verbintenis uit onrechtmatige daad breedvoerig is uiteengezet.

Gelijk bekend zijn de artt. 1401 en 1402 B. W., om ten einde niet te wijdloopig te worden de andere te laten rusten, aan den Code Civil ontleend, die op zich zelf weder op het oud-Fransche recht hier, waar het inheemsche recht geheel was verdrongen, gerecipieerd Romeinsch recht steunde. Intusschen was men toch met het Romeinsche recht, zooals dit werkelijk gegolden had, niet volkomen bekend. Dat men daar geen principieel systeem had, maar dat dank zij de historische ontwikkeling onrechtmatige daden nu eens tot actiones poenales dan weder slechts tot een vordering tot schadevergoeding soms tot beide aanleiding gaven zag men wel in, maar de historische ontwikkeling van het eerste en derde hoofdstuk der lex Aquilia, die tengevolge der actio utilis en actio in factum geleid had tot een schadevergoeding van lichamelijke schade, „damnum injuria datum” had men toch niet recht overzien. En speciaal was men zich niet helder bewust van de beteekenis der actiones quasi ex delicto gelijk de actio de effusis et dejectis. DOMAT in zijn Lois civiles Boek II tit. VII en VIII de materie behandelende is allesbehalve helder. POTHIER daarentegen heeft een systeem. Volgens hem ontstaan de verbintenissen uit contrat, quasi-contrat, délit en quasi-délit, of een heel enkele maal uit de wet alleen.

Onder délit verstaat hij nu: le fait par lequel une personne par dol ou maligneté cause du dommage ou quelque tort à un autre, terwijl quasi-délit volgens hem een feit is par lequel une personne sans maligneté, mais par une imprudence, qui n'est excusable cause quelque tort à un autre.

Dol, maligneté, imprudence, zij wijzen allen op een psychische gesteldheid van hem, die de schade aanbrengende daad verricht — POTHIER laat dan ook niet na er op te wijzen, dat wanneer er geen toerekenbaarheid bij den dader is, zooals bij krankzinnigen en kleine kinderen ook niet van faute kan gesproken worden — en maken que le fait qui forme le délit ou quasi-délit est un fait condamnable (1). Edoch de eigenlijke

(1) In het oude recht was ook, toen het Romeinsche recht reeds gerecipieerd was, de aansprakelijkheid van krankzinnigen wel eens aangenomen. Zoo citeert MERLIN een arrest van het parlement van Parijs van 1683. POTHIER was echter te goed Romanist om niet in te zien, dat een dergelijke opvatting zich niet verdroeg met het jus scriptum. Men denke slechts aan l. 5 § 2 D. 9. 2. Ulpianus ad Edictum. Ed ideo quaerimur si furiosus damnum dederit an legis Aquiliae actio sit. Et Pegasus negavit quae enim in eo culpa est quum suae mentis non sit.

conclusie, dat dit afkeurenswaardige feit een ongeoorloofd, onrechtmatig feit is waaruit voor hem, die het gepleegd heeft de verbintenis voortspruit de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden, trok hij nog niet.

Dit deden eerst de ontwerpers van den Code Civil in artikelen, later 1382 en 1383 van den Code geworden, luidende:

Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

Wanneer men de beraadslagingen in het tribunaat en wetgevend lichaam leest, dan krijgt men den indruk, dat men slechts den laatsten stap, die nog te doen was, gedaan heeft en eenvoudig de obligatio ex lege Aquilia in vollen omvang heeft gemaakt tot een verbintenis tot vergoeding van het *damnum injuria datum*, dat is tot de verbintenis uit onrechtmatige daad.

Dat nu de *lex Aquilia*, zou er plaats voor eene actie zijn, het bestaan van culpa bij den schuldenaar vorderde — in lege Aquilia et *levissima culpa venit* — was iets waaraan niemand twijfelde.

Nu is hetgeen de Code bepaalde in ons wetboek overgenomen. Behoudens één wijziging. Voor *Tout fait quelconque* las men *tout fait illicite* — in den Nederlandschen tekst eerst iedere wederregtelijke maar spoedig veranderd in iedere onrechtmatige daad —.

Schijnbaar een wijziging van beteekenis was zij dit in de oogen onzer legislatoren niet. Immers men vatte art. 1382 C. N. reeds algemeen in dezen zin op. In den eersten tijd met een beroep op het bekende *qui jure suo utitur neminem laedit*, later toen de *paroemiën* hun invloed verloren met een beroep op het in het artikel gebruikte woord „faute”.

Hieraan toch hechte men een dubbele beteekenis, in de eerste plaats zag het op de handeling, *le fait*, en gaf het daaraan het cachet van onrechtmatig, *illicite*, — een gedachte ontleend aan *DOMAT* — in de tweede plaats had het betrekking op den persoon, die de schade aanbrengende handeling of omissie had gepleegd. Ook bij hem moest „faute” aanwezig zijn.

Naast een objectief dus een subjectief element en vandaar, dat algemeen werd en ook thans nog veelal wordt aangenomen, dat wanneer men te doen heeft met niet-toerekenbaren aan eene verplichting tot schadevergoeding zich grondende op art. 1401 B. W. niet mag worden gedacht, al is de daad op zich zelf objectief genomen wel onrechtmatig.

Edoch er is geen plicht tot schadevergoeding omdat de verantwoordelijkheid rust op de toerekenbaarheid (1).

Zou nu deze leer ten onzent niet zijn overgenomen niet-tegenstaande art. 1401 het woord „schuld”, de Nederlandsche vertaling van „faute” is blijven gebruiken (2)?

Wanneer men bedenkt, dat in het begin der XIXde eeuw de leer van het determinisme in welke voor wezenlijke moreele en juridieke verantwoordelijkheid geen plaats is maar weinig invloed had, dan laat het zich begrijpen, dat ook onze wetgever is medegegaan met „ce principe traditionnel issu de la „philosophie Gréco-Romaine, qui fait reposer la responsabilité „der fautes sur l'idée d'imputabilité” (3).

Het is dan ook opmerkelijk, dat DIEPHUIS, die het schuldverband ontkent in zooverre, dat hij aansprakelijkheid van krankzinnigen en kleine kinderen aanneemt zich niet beroept op filosofische gronden maar op den tekst der wet (3). Waar toch het Burgerlijk Wetboek niet evenals het Strafwetboek bepalingen omtrent de niet-toerekenbaarheid van krankzinnigen en minderjarigen bevat zou men niet zonder meer de niet-aansprakelijkheid dezer personen kunnen aannemen. Daarenboven al kan men zeggen, dat een krankzinnige, die een ruit stuk slaat geen schuld heeft, het is toch zijn schuld, dat de ruit gebroken is, de schade is aangebracht door zijn schuld (4).

(1) Van de oudere schrijvers over den Code behandelen MALEVILLE III, blz. 189 en DURANTON VII, blz. 504 de vraag ter nauwernood. Uitvoeriger zijn reeds DEVINCOURT VIII, blz. 451 en vlgg. en TOULLIER XI, no. 179. Van de latere schrijvers eischen zoo LAROMBIERE V, ad art. 1382/1383 nos. 3, 49 en vlgg. als AUBRY en RAU III, §§ 443—446. LAURENT XX, no. 445 en vlgg. BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE Obligations III, no. 2856 en vlgg. en HUC VIII, 404 en 407 de toerekenbaarheid van den gedaagde. Het is dan ook, al zijn er afwijkingen, de communis doctorum opinio. In denzelfden geest is de jurisprudentie Cour de Cassation 14 Mei 1866; DALLOZ 66, I, 296 en 21 October 1901; DALLOZ 1901, I, 524. Een indertijd in afwijkenden zin gewezen arrest van het Hof te Montpellier van 31 Mei 1867; DALLOZ 67, 2, 3. gaf tot veel discussie aanleiding.

(2) Het wetboek Napoleon voor Holland vertaalde in art. 1313 faute door schuld of verzuim: Alle daden hoedanig en van welken aard ook waardoor aan een ander schade toegebracht wordt stellen dengeen door wiens schuld of verzuim de schuld veroorzaakt is in de verplichting om dezelve te vergoeden. Zie voorts de artt. 1151 en 1152 van den Codice Civile, echter ook de artt. 50, 57 en 58 van het Zwitsersche Obligatierecht.

(3) PLANIOL II, no. 878.

(4) DIEPHUIS N. B. R., 2de druk, VI, blz. 260 en vlgg. en Systeem XI, blz. 85. Hiertegen DE PINTO § 802. OPZOOMER VI, 318. LAND (LOHMAN) IV, blz. 314. Dat men in de eerste decennien der XIXde eeuw niet was afgeweken van de heerschende opvatting bewijst het ontwerp 1820 (art. 3020). Alle personen, zonder onderscheid, zijn uit

Inderdaad geloof ik, dat mits in een passieve constructie gebezigd en wanneer men te doen heeft met een ongewenscht resultaat „schuld” in onze taal wel eens gebezigd wordt voor „toedoen”, maar het lijkt mij toch uiterst weinig aannemelijk, dat dezelfde wetgever, die in den Franschen tekst van het wetboek 1830 het woord *faute* bleef gebruiken aan het corresponderende woord *schuld* in den Nederlandschen tekst een geheel andere beteekenis zou hebben gehecht.

Men kan dan ook gerust zeggen, dat zijn opvatting ofschoon niet zonder aanhangers toch tot het begin der XXde eeuw, toen de nieuwe Duitsche theorie haar invloed begon te doen gelden, weinig instemming heeft gevonden. De opvatting van hen, die art. 1401 B. W. tot stand brachten, was zij zeker niet (1).

dezen hoofde aansprakelijk, uitgezonderd alleen kinderen beneden de twaalf jaren en geheel zinneloozen, behoudens de bepalingen der wet omtrent de verantwoordelijkheid der zoodanigen onder wier zorg en toezicht dezelve gesteld zijn, zoo als dezelve in den volgenden titel geregeld wordt.

(1) Een argument schijnbaar afdoende voor de opvatting, dat nevens causaal verband ook schuldverband vereischt is, wensch ik toch niet te gebruiken. Het is het betoog dat, wanneer men *enkel* causaal verband eischt, men bij de aanvaarding van de bekende en alleen juiste causaliteitsleer van VON BURI tot onmogelijke consequentiën zou komen. De opmerking is juist, maar heeft daargelaten, dat onze wet den eisch stelt, dat de causale handeling onrechtmatig moet zijn waardoor ettelijke schoon lang niet alle dier onmogelijke consequentiën vervallen, tot grondslag, dat VON BURI's leer juist zou zijn. Dit meen ik te mogen ontkennen, ook na de interessante studie van Mr. VAN ZEVENBERGEN in het Rechtsgeleerd Magazijn 1917, blz. 31 en vlgg. waarin de onjuistheid der zoogenaamde adaequate causaliteitsleer — als causaliteitsleer, wat iets anders is dan als grondslag voor verantwoordelijkheid — wordt aangetoond. Zeker een handeling — om nu van omissies te zwijgen — kan alleen dan een oorzaak zijn van een ingetreden gevolg, wanneer het is een onmisbare voorwaarde voor dat intreden, maar daaruit volgt nu niet, dat in onze taal iedere voor een gevolg onmisbare voorwaarde daarvan ook de oorzaak zou zijn. Met recht kan DERNBURG, Das bürgerliche Recht II, blz. 71, zeggen: Dies widerspricht der praktischen Vernunft, den Anforderungen des Lebens und der Praxis. Letztere hat hierfür ein Stichwort, soweit die zum Ersatz verpflichtete Tatsache den Schaden nicht sowohl verursacht als veranlasst hat, tritt Haftung nicht ein.

Nu is, dit kan gereedelijk worden toegegeven, het trekken der grens tusschen oorzaak en aanleiding dikwijls moeilijk, doch dit is geen afdoend argument dat het onderscheid niet zou bestaan. Het gezond verstand, dat menigmaal de studeerkamer ontvlucht, is in de rechtszaal dikwijls nog aanwezig. Uit den aard der zaak kan ik evenwel op dit zeer belangrijk en moeilijk onderwerp hier niet doorgaan.

Ook de vraag of deze leer in jure constituendo is te handhaven meen ik — ofschoon ik haar bevestigend zou willen beantwoorden — te mogen laten rusten. Het is trouwens geen zuiver juridieke quaestie

Mag dus worden aangenomen, dat zij die onze wet tot stand brachten alleen dan aansprakelijkheid van de door de objectief onrechtmatige gedraging (handeling of omissie) hebben gewild, wanneer er tevens schuld bij den dader was, dan is het ook geen nuttelooze arbeid om na te gaan wat onder schuld is te verstaan.

De wet geeft geen rechtstreeksch antwoord en de geschiedenis biedt niet veel.

Niet, dat men zich vroeger omtrent de beteekenis welke aan het begrip culpa, schuld, zou zijn te hechten niet zou hebben bekommerd. Het tegendeel is waar. Edoch waar op dit terrein het inheemsche recht zoo hier te lande als in Frankrijk door het gerecipieerde Romeinsche recht verdrongen was zocht men daàr de oplossing. Nu deed zich echter de moeilijkheid voor, dat daar — ook al een gevolg, dat het Justiniaansche recht de vrucht is van een meer dan duizendjarige ontwikkeling — een scherp systeem niet is te vinden. Edoch dit had den juristen niet verhinderd er een uit te denken, al pasten sommige plaatsen uit de Pandecten er slecht

maar hangt samen met de levensbeschouwing die men meent te moeten aanhangen. In enkele bladzijden — en meer staan mij thans niet ten dienste — laat zij zich niet behoorlijk bespreken. Slechts merk ik op, dat men er met het bekende ook door PLANIOL no. 878, noot 1 gebezigde voorbeeld van den rijken krankzinnige, die een behoeftig man schade toebrengt niet komt. Lees voor den rijken krankzinnige eens den braven, oppassenden, zich met moeite eenige spaarpenningen verschaft hebbenden arbeider, die door een toeval schade toebrengt aan een zeer vermogend man. Moet dan die arbeider zijn spaarpenningen tot vergoeding der schade offeren?

De grond waarom men de niet-aansprakelijkheid verwerpt ligt dan ook dieper.

Gelijk bekend is eischt het Deutsche recht schuld als element doch § 829 maakt daarop een uitzondering, edoch onder meerdere restricties.

Opmerkelijk is het hoe COSACK, Lehrbuch I, § 166. II, deze uitzondering construeert. Die Haftung der Unzurechnungsfähigen folgt den Regeln des Deliktsrechts z. B. was die Verjährung betrifft. In Wahrheit ist sie aber keine deliktmäßige. Sie beruht vielmehr auf dem Gedanken, dass, wenn ein Unzurechnungsfähiger einen anderen schädigt dies beide Teile gleichmässig angeht: jener hatte das Unglück den Schaden anzurichten, dieser hatte das Unglück ihn zu erleiden. So sind beide in eine Gemeinschaft des Unglücks hineingeraten. Als getreue Genossen müssen sie nach Massgabe ihrer Verhältnisse den Schaden unter sich theilen.

Eerlijker lijkt het mij om met ENDEMANN, Lehrbuch II, § 201 van een billijkheidsmaatregel te spreken. Daar waar de invloed van psychiaters ten gevolge heeft, dat lieden, die in gestichten en sanatoria behooren, daarin *niet* vertoeven, moet men wel tot zulke uitzonderingsbepalingen komen. Maar het remedie is toch elders en wel in het zorg dragen dat hij, die in vrijheid rondlopende schade veroorzaakt, niet in vrijheid rondloopt.

genoeg in en in de XVIIIde en het begin der XIXde eeuw huldigde men vrij algemeen de aan Accursius en Alciatus ontleende ook door POTHIER gevolgde leer der „division tripartite des fautes” (1).

Er zouden nl. drie soorten van schuld bestaan.

1°. de *culpa lata* aanwezig, gelijk POTHIER zich uitdrukte, wanneer niet die zorg was aangewend que les personnes les moins soigneuses et les plus stupides ne manquent d'apporter à leurs affaires en waarvan ULPIANUS l. 1, § 1, D. XI, 6 had gezegd, dat zij plane dolo comparabitur.

Haar aanwezigheid maakte hem bij wien zij werd gevonden steeds aansprakelijk;

2°. de *culpa levis* of *levior*, die bij hem bestond die als debiteur niet de zorg voor de vervulling der verbintenis had aangewend die men van een diligens pater familias mag verwachten, derhalve, zoodra men te kort schoot au soin ordinaire que les personnes prudentes apportent à leurs affaires;

3°. de *culpa levissima*, la faute tres légère, aanwezig bij gebreke van aanwending dier zorg que les personnes les plus attentives apportent à leurs affaires.

Of de debiteur voor een dier soorten van culpa had in te staan was afhankelijk van het feit of hij geen voordeel (bv. bij bewaargeving), *gemeenschappelijk* voordeel (koop, huur, verpanding) dan wel *alle* voordeel (bruikleen) van de rechtsbetrekking had. Toutefois, zoo verzekerde POTHIER, die te goed Romanist was om niet in te zien, dat de bronnen niet steeds met de theorie in overeenstemming waren, toutefois ces règles souffrent beaucoup d'exceptions.

Omtrent de vraag welke culpa aansprakelijk maakte bij delict geeft de theorie, die zich alleen met contractueele aansprakelijkheid ophoudt, geen antwoord. En POTHIER, ofschoon gelijk wij zagen zeer stellig schuld noodzakelijk achtende om aansprakelijkheid uit délit of quasi-délit te kunnen aannemen, deed niet anders. Intusschen had men hem de vraag gesteld, vermoedelijk zou hij verwezen hebben naar ULPIANUS — l. 44 D. IX 2, die duidelijk had gezegd. In lege Aquilia et levissima culpa venit. Trouwens wat hij verzweg

(1) Bestreden was zij natuurlijk dikwijls meer speciaal door DONELLUS. Ook LE BRUN in een van 1764 dateerend Essai sur la prestation des fautes had haar verworpen zonder echter POTHIER te kunnen overtuigen. Dat wij haar onjuistheid hebben leeren inzien, speciaal hebben begrepen, dat het Romeinsche recht de zoogenaamde culpa levissima niet kent hebben wij te danken aan HASSE, Die culpa im Römischen Recht 2 ed. van BETHMANN-HOLLWEG van 1838. Zijn resultaten zijn door de studiën van MOMMSEN en PERNICE bevestigd. Zie voorts VANGEROW, Pand. I, § 107; DERNEBURG, Pand. II, §§ 36. 37 en 431; WINDSCHEID, Pand. I, § 401 en II § 265; MODDERMAN, Handboek voor het Rom. Recht, 3de druk, I, blz. 227 en vlgg.

zeide DOMAT de tweede bron waaruit TRONCHET en zijn medewerkers hebben geput des te duidelijker (1).

Nu is het merkwaardig, dat de ontwerpers van den Code met deze leer principieel wilden breken. Cette division des fautes est plus ingénieuse qu'utile dans la pratique. L'équité elle même répugne à des idées subtiles on ne la reconnaît qu'à cette simplicité qui frappe à la fois l'esprit et le cœur. Aldus BIGOT PRÉAMENEU in het Exposé des motifs (2).

En wat was nu dit eenvoudige beginsel? Dat de schuldenaar aansprakelijk zou zijn, zoo dikwijls hij de zorg veronachtzaamd had welke redelijkerwijze van een goed huisvader gevergd kon worden.

Volkomen juist geven BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE de bedoeling van den wetgever, zooals die in art. 1137 tot uiting gekomen is, weder met de woorden: „Le débiteur „est responsable de la faute qui ne commettrait pas un bon „père de famille, c'est à dire un propriétaire soigneux et „diligent: il répond de la faute que les interprètes du droit „Romain appellent culpa levis in abstracto, par opposition „à la culpa levis in concreto, c'est à dire que le débiteur „ne commettrait par dans la gestion de ses propres affaires” (3).

Op den duur is deze leer dan ook tot algemeene erkenning gekomen. Zij had echter de leemte, dat zij — de tekst van art. 1137 laat voor twijfel geen ruimte — enkel zag op niet-inachtneming van contractueele verplichtingen. Wat moest nu gelden bij verbintenissen uit de wet, met name bij die uit onrechtmatige daad?

In den beginne nam men genoeg met raadgevingen als die van MALEVILLE: Il faut voir sur ce chapitre les titres du Dig. ad legem Aquiliam, of van TOULLIER, volgens wien

(1) DOMAT, Les lois civiles, Livre II, tit. VIII, Sect. 4. 1. Toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne soit imprudence, légèreté, ignorance ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être doivent réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu, c'est un sort qu'il a fait quand même il n'auroit pas eu intention de nuire. — Interdum injuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus. l. 1 D. de inj. In lege Aquilia et levissima culpa venit l. 44 D. ad leg. Aquil.

(2) LOCRÉ XII, blz. 326 en vlgg.

(3) Art. 1137 van den Code luidt: L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. Cette obligation est plus au moins étendu relativement à certains contrats, dont les effets à cet égard, sont expliqués tous les titres qui les concernent.



de Code hier het natuurrecht gevolgd zou hebben volgens hetwelk: *Tout homme doit réparer le tort qu'il a causé à autrui par sa faute, même la plus légère* (1).

Op den duur was men echter met dergelijke redeneeringen niet meer tevreden en zoo ziet men dan ook de leer ontstaan, dat er twee soorten van *faute*, *culpa*, zijn. Naast de *faute contractuelle*, waaronder dan is te verstaan het niet in acht nemen van de zorg van een goed huisvader, la *diligence d'un bon père de famille* — dus de *culpa levis* in abstracto van het Romeinsche recht, zooals deze door de studie van het Romeinsche recht in de XIXde eeuw weder aan het licht was gekomen — heeft men de *faute Aquilienne* ou *delictuelle*, waarmede dan bedoeld is de *culpa levissima*, die voor toepasselijkheid der *lex Aquilia* voldoende was geweest. Deze is het die voor de toepasselijkheid der artt. 1382 en 1383 van den Code vereischt, maar ook voldoende was.

Bijkans algemeen gehuldigd ook in de jurisprudentie — zie bijv. het arrest van den Cour de Cassation van 21 Januari 1890, DALLOZ 91. 1. 380 —, ofschoon met de restrictie „*sauf aux juges à se montrer, suivant les circonstances plus ou moins sévères dans l'appréciation du degré „de faute imputable”*”, die LAROMBIÈRE als *practicus* niet kon nalaten te maken (2), is zij in den laatsten tijd door PLANIOL bestreden, doch eigenlijk meer in schijn dan in het wezen der zaak.

Immers deze auteur bestrijdt wel het bestaan van twee soorten van *culpa*, edoch alleen op grond, dat de wet, naarmate men met aansprakelijkheid uit contractueele verbintenissen en die uit de wet te doen heeft, de omvang der verplichting verschillend zou hebben geregeld. Iedere niet-inachtneming dier verplichtingen levert schuld, *faute*, op alleen bij contractueele verplichtingen gaat de verplichting niet verder dan tot het in acht nemen van de zorg van een goed huisvader, daarentegen moet bij verbintenissen uit onrechtmatige daad worden aangenomen, dat reeds de geringste onvoorzichtigheid aansprakelijk maakt.

(1) TOULLIER VI, no. 234, neemt zelf, waar het contractueele verplichtingen betreft, de aansprakelijkheid voor *culpa levissima* aan. Le débiteur est tenu d'apporter à la conservation de la chose *tous* les soins d'un bon père de famille. Le Code n'en excepte pas les moindres soins, il les exige tous: donc le débiteur répond de la faute la plus légère, pourvu, qu'elle puisse lui être imputée. Dat hierdoor echter de gedachte van de ontwerpers geheel miskend wordt is duidelijk.

(2) LAROMBIÈRE, Théorie et pratique des obligations V, blz. 689.

Vraagt men naar de reden van dit onderscheid, dan krijgt men te hooren dat dit ligt in den aard der verbintenis (1).

Ik kom hierop terug, maar merk reeds dadelijk op, dat het toch wel opmerkelijk is dat de wet van zulk een onderscheid nergens *ipsis verbis* rept.

Onze Nederlandsche wetgever heeft, om tot het thans geldend recht terug te keeren, de oude leer der drie soorten van schuld, afhankelijk van het karakter der verbintenis, evenals de Code verworpen. Zeker men vindt er in art. 3046 van het ontwerp 1820 nog sporen van, volkomen verklaarbaar, wanneer men bedenkt, dat KEMPER allesbehalve bij den Code zwoer — trouwens DURANTON VI no. 398 had het ook niet over zich kunnen verkrijgen om POTHIER's leer te verlaten — maar art. 1271 B. W. is, schoon niet woordelijk aan het corresponderend artikel van den Code gelijk, toch duidelijk.

Ook hier staat als regel voorop de verplichting om voor de zaak te zorgen als een goed huisvader, ook hier een uitzondering „ten aanzien van zekere overeenkomsten waarvan „de gevolgen ten dezen opzichte in de titels daartoe betrekkelijk „aangewezen worden”, ook hier wordt art. 1271 niet in dien engen zin opgevat als zou het uitsluitend slaan op verbintenissen om te geven (2).

(1) PLANIOL II, no. 885. Il reste à expliquer pourquoi les obligations légales sont plus étroites que les obligations conventionnelles. Cela vient de la nature différente de leur objet, quand la loi impose une obligation à tous les hommes d'une manière générale il s'agit ordinairement d'une obligation purement négative: elle vous commande par exemple de ne pas porter atteinte à la vie, au corps, à la liberté, à la propriété et aux autres droits d'une personne quelconque, l'objet de notre obligation est ainsi une abstention pure et simple; or si peu qu'on agisse contrairement à cette obligation, il y a contravention et faute. Toute obligation de s'abstenir est nécessairement absolue. Au contraire presque toutes les obligations conventionnelles ont un objet positif: ce sont des obligations de faire.

Or celles ci sont nécessairement susceptibles de plus ou moins, l'étendue variable de l'obligation du débiteur lui donne des occasions plus ou moins faciles de commettre des fautes. Dit moge nu in den regel zoo zijn, het is geenszins altijd het geval. Een onrechtmatige daad kan ook bestaan in niet handelen, wanneer handelen, zij het dan ook niet krachtens eene contractueele verbintenis, verplichtend is. PLANIOL ontkent dit niet, maar daarmede ontvalt aan zijn betoog de bodem. Ik geloof, dat men hier meer te doen heeft met een ongemotiveerd conservatisme. Dat *jure Romano* bij de toepassing der *lex Aquilia* met gewone *diligentia boni patris familias* kan worden volstaan, dus *culpa levis* vereischt wordt, vindt men o. a. uiteengezet bij den op blz. 110 vermelden VANGEROW.

(2) ASSER—GODOEVER, blz. 118 en vlgg.

En ook hier wordt de leer verdedigd, dat, zoo men te doen heeft met verbintenissen uit onrechtmatige daad, iedere onvoorzichtigheid, ieder verzuim, iedere nalatigheid van welken aard ook tot vergoeding der toegebrachte schade verplicht.

Een scherpere aansprakelijkheid dus hier dan bij de verbintenissen uit overeenkomst en vraagt men naar de reden, dan antwoordt DE PINTO omdat in de Digesten geleerd wordt: in lege Aquilia et levissima culpa venit en is men met dit betoog niet voldaan, dan antwoordt Prof. SIMONS in zijn bekend Themis-artikel van 1902 omdat, waar art. 1401 B. W. schuld vordert, ook de geringste mate van schuld voldoende is (1).

Volkomen juist, maar levert nu ook de geringste onvoorzichtigheid, de kleinste misrekening reeds schuld op? Dit hebben de Romeinen, die, zooals wij thans weten, de diligentia boni patris familias eischten, nooit geleerd en er is geen reden om ter wille van sedert als onjuist verworpen theorie dit desniettemin ook voor ons recht aan te nemen. Te minder, waar men bij de toepassing van het strafrecht speciaal waar het gold de zoogenaamde culpose delicten zich wel hoedde deze leer te aanvaarden.

Wanneer bijv. VON LISZT schuld omschrijft als Mangel an Vorsicht nevens Mangel an Voraussicht — wat VAN HAMEL weergeeft met gemis aan de noodige voorzichtigheid naast gemis aan de noodige voorzienigheid — leert hij nergens, dat een en ander reeds aanwezig is, wanneer een uiterst bekwaam en oplettend man het gevolg der handeling had kunnen voorzien of voorkomen. Integendeel men gaat in Duitschland bijna algemeen mede met VON HIPPEL, zoo deze kennelijk

(1) In hetzelfde artikel, blz. 80 en vlgg., wijst Prof. SIMONS er op, dat schuld in art. 1401 B. W. ook opzet omvat, zoodat de bij de toepassing der strafwet dikwijls zoo moeilijke distinctiën tusschen arglist, opzet, voorwaardelijk opzet en luxuria hier van geen gewicht zijn. Trouwens, ook bij de toepassing der lex Aquilia leerde men niet anders en het gezond verstand vordert, dat, waar reeds het mindere aansprakelijk doet zijn, het meerdere dit zeker doet wezen. Merkwaardig, dat het gerechtshof te Amsterdam bij arrest van 23 November 1917, W. 40219, dit nog eens duidelijk moest maken:

«dat evenwel bij dagvaarding is gesteld een opzettelijk en wederrechtelijk inbreuk maken van appellant op het eigendomsrecht van geïntimeerde, immers het zonder recht wegnemen en onder zich houden van gelden uit de kas der laatste, met weigering om die gelden terug te geven;

«dat een dergelijk inbreuk maken schuld, welke tot schadevergoeding noopt, in zich sluit, zoodat de gestelde feiten de verdering rechtvaardigen en de eerste grief ongegrond is.»

denkende aan § 276 B. G. B. spreekt van „die in Verkehr „erforderliche Sorgfalt“ (1).

Ten onzent oordeelt men, waar het het strafrecht betreft niet anders (2) en naar het mij voorkomt ook met het oog op de historie van het strafwetboek terecht. Maar dan volgt hieruit, dat men zich dan ook veilig kan aansluiten bij NOYON's uitspraak (Strafrecht 3de druk I blz. 30): „In het „algemeen eischt de wet zóóveel nadenken niet als de meest- „nadenkende mensch, maar als de normale mensch aanwendt „in de concrete omstandigheden waarin hij verkeert, dus als „ieder op zijn standpunt behoort aan te wenden. Ik zeg: „in de concrete omstandigheden waarin hij verkeert. Ook „buiten het geval van beroepsdaden mag niet ieder met de- „zelfde maat gemeten worden; wat voor den een onvoor- „zichtigheid is, behoeft dit geenszins voor ieder ander te zijn, „gewoonte, omgeving, ontwikkeling zullen ook hier hun invloed „doen gevoelen“.

Maar wordt hier iets anders gevorderd dan de diligentia van den bonus pater familias van het Romeinsche recht en is men wel ver van de waarheid, wanneer men zegt, dat de schuld die NOYON vordert in werkelijkheid niet anders is dan de culpa levis in abstracto (3)?

In elk geval, dat voor de toepassing van het strafrecht niet reeds van schuld gesproken kan worden wanneer de uiterste voorzichtigheid niet in acht is genomen, de uiterste oplettendheid niet is betracht, wordt algemeen ten onzent zoowel door SIMONS als VAN HAMEL aangenomen (3).

(1) B. G. B. § 276: Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Fahrlässig handelt wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser Acht lässt.

(2) SIMONS I, § 32; VAN HAMEL § 35; NOYON, loc. cit.; zie ook EXNER, Das Wesen der Fahrlässigkeit.

(3) Er is hier misverstand ontstaan doordat de Minister MODDERMAN in de Memorie van Antwoord op het V. V. der Tweede Kamer — SMIDT I, blz. 78 — het voorstelde alsof men voor de toepassing van de strafwet alleen dan schuld mocht aannemen, wanneer er bij den dader culpa lata aanwezig was, terwijl zij in realiteit culpa levis bedoelde. «Is het voldoende», zoo leest men, «dat men niet zóó «nadacht, niet zóóveel wist, niet zooveel beleid aanwendde als de «meest nadenkende, de meest kundige, de meest voorzichtige mensch «(culpa levis). Of wordt vereischt dat men minder nadacht, niet «beleidvol was dan de mensch in 't algemeen (culpa lata)? Zonder «twijfel moet deze vraag in den laatsten zin worden beantwoord. «Alleen die schuld (hetzij bewuste schuld of roekeloosheid, hetzij «onbewuste schuld) behoort tot het gebied van 't strafrecht, die in «foro civili culpa lata genoemd wordt».

Ofschoon Mr. WTEWAAL reeds jaren geleden, Tijdschrift van

Is er nu echter een reden om waar het de toepassing van het civielrecht en handelsrecht speciaal de aanvaring betreft een andere maatstaf aan te leggen?

Zou SIMONS werkelijk gelijk hebben, wanneer hij zegt, dat de grenzen der strafrechtelijke verantwoordelijkheid nauwer moeten getrokken worden dan de burgerlijke bij onrechtmatige daad? Ik geloof het niet, veeleer neem ik aan, dat hij de grenzen in het strafrecht te eng, in het civielrecht te ruim trekt en dat in beide gevallen geëischt kan worden de zorg van een goed huisvader, *bonus pater familias* of om deze uitdrukking sinds GIERKE haar noodeloos belachelijk heeft gemaakt te vermijden, dat geen schuld aanwezig is, wanneer die zorg is aangewend die in de gegeven omstandigheden van een conscientieus man gevorderd kan worden.

En voor het strafrecht en voor het civielrecht geldt wat Mucius — l. 31, D. 9, 2 — leerde *culpa autem esse quod quum a diligente provideri potuerat non esset provisum*.

Slechts zij men op eene taak bedacht.

Wanneer men de aansprakelijkheid voor schadevergoeding uit onrechtmatige daad (of omissie) evenals de strafbaarheid bij overtreding der strafwet in laatste instantie laat rusten op de moreele verantwoordelijkheid van den dader, die schoon vrij om zich anders te gedragen dan hij zich gedragen heeft, toch zich zoo heeft gedragen, dat hij een onrechtmatige daad pleegde waardoor schade is veroorzaakt, scil. de strafwet is overtreden; wanneer men zich dus houdt aan ce principe *traditionnel de la philosophie Gréco-Romaine, qui fait reposer la responsabilité des fautes sur l'idée d'imputabilité*, dan mag men ook niemand rechtens verplichten tot meer dan hij kan.

Men kan dan niet zonder meer de gedraging van hem, die de schade heeft veroorzaakt toetsen aan een zuiver objectieven maatstaf.

De Romeinen deden dit dan ook niet en achten *furiosi* en *infantes* voor het *damnum injuria datum* niet aansprakelijk.

---

Strafrecht XV, blz. 20 en vgg., op de fout gewezen heeft en aantoonde dat de schuld die de Minister vereischt achtte (*in foro civili culpa levis*) werd genoemd, is er in de jurisprudentie nog steeds een neiging zich aan het onjuist gebezigde woord te houden. Cf. H. M. G. 19 Januari 1917, W. 10076. De Hooge Raad spreekt bij arresten van 3 Februari 1913, W. 9459 en 25 April 1916, W. 9970, van min of meer grove schuld.

In het bekende arrest van 14 Februari 1916, W. 9958, omtrent de schuld bij overtredingen, wordt echter de eisch van min of meer grove schuld niet gesteld. Of nu de kleinste onvoorzichtigheid voldoende is om schuld aan te nemen? Ik betwijfel dit zeer en kan een toestemmend antwoord — waardoor het geheele practisch effect zou worden weggenomen — in het arrest niet lezen.

Maar toch spraken zij telkens van de zorg van den diligens pater familias.

De zaak was, dat zij niet vergeten hadden, dat er normale menschen bestaan en men deze kan beoordeelen naar een objectieven maatstaf tevens voor hen, omdat zij normaal zijn, de subjectieve maatstaf die aangelegd moet worden.

Wanneer Prof. BRUINS in zijne dissertatie schrijft: Eene zuivere toepassing van het schuldprincipe sluit dus de toepassing van iedere objectieve beoordeeling van het causaal verband ten eenenmale uit vergist hij zich ten eenenmale (1). En ongelijk heeft hij, wanneer hij beweert, dat jurisprudentie en litteratuur onbewust voor de subjectieve Voraussehbarkeit de generelle Voraussehbarkeit in de plaats willen stellen.

Wat men in de jurisprudentie inzonderheid gedaan heeft is, dat men uitgaande van het inderdaad juiste stelsel, dat de meeste menschen normaal zijn heeft aangenomen, dat als regel hun in dezelfde of, want *dezelfde* omstandigheden doen zich zeldzaam voor, soortgelijke omstandigheden ook een zelfde maatstaf mag worden aangelegd. Zoo vraagt men zich — en met recht — af wat in *soortgelijke* omstandigheden een goed zeeman, een ter zake kundig operateur, een nauwgezet machinist zou gedaan hebben.

Maar dit sluit niet uit, dat men rekening houdt met de bijzondere omstandigheden van het geval, wanneer die inderdaad van beteekenis zijn. Zoo zal men aannemen, dat een nauwgezet machinist niet door een onveilig sein rijdt en toch weder rekening willen houden met het feit, dat de man 26 uren dienst had en oververmoeid was. Geen betoog is dan ook onbillijker dan dat „de heerschende doctrine alle individuen, zoolang „ze maar niet kind of krankzinnig zijn, over een kam scheert”.

Dit doet de heerschende doctrine *niet*. Goed toegepast houdt deze zich veeleer aan het advies van VAN HAMEL met wien men van opinie kan verschillen maar wiens practischen zin men moet waardeeren, waar deze leert: „Daarom gelde „in 'talgemeen een objectieve maatstaf, berekend op het „normale, normale vermogens, normale eischen van het rechts- „leven. Waar dan bij uitzondering de subjectieve maximaal- „grens overschreden zou worden houdt de schuld op. Edoch „alleen in zooverre dat dit laatste geldt van het doen of „laten in zijn geheel, een bijzonder kortzichtig of onhandig „mensch had zich veelal van doen en laten kunnen en moeten „onthouden”.

Ik moet dan ook eerlijk bekennen niet te kunnen inzien

(1) Een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding. Dissert. Leiden 1906, blz. 18 en vlgg. Zie de weinig gunstige aankondiging van dit proefschrift door Mr. I. W. HUIZINGA in W. 8581.

waarom men ten deze tusschen strafrecht en civielrecht onderscheid zou moeten maken en evenmin is er naar het mij voorkomt een reden om voor schuld een anderen maatstaf aan te nemen waar het geldt wanpraestatie bij eene contractueele verbintenis dan bij onrechtmatige daad. Alleen men zal, al verwerp ik ten eenenmale de conclusie van Mr. BRUINS, daarom toch niet de waarheid mogen uit het oog verliezen, dat men niet blind mag wezen voor de eigenaardigheden van het speciale geval dat men te beoordeelen heeft.

Zoo zal bijv. bij een aanvaring bij sterk mistig weder op de Schelde men het den kapitein van de veerboot van Vlissingen op Terneuzen niet als een onvoorzichtigheid mogen toerekenen, althans als regel, dat hij is uitgevaren, terwijl de schipper van een plezierjacht reeds onvoorzichtig handelt door zonder noodzaak zich in dergelijke omstandigheden in dit gevaarlijke vaarwater te begeven.

Volkomen juist lijkt mij ten deze het arrest van den Hoogen Raad van 7 Juni 1918.

Het betrof hier het navolgende geval. Een kantoorbediende had zich in opdracht van zijn patroon den 8sten October 1912 begeven naar de N. V. Graansilo-Maatschappij te Rotterdam om een onderzoek in te stellen naar daar opgeslagen graan. Door een 10 à 20 meter hoogen koker liet het personeel der N. V. hem naar beneden in een kelder waar de te bezichtigen partij lag. Daar gekomen was hij bedwelmd geraakt door de uit het graan opstijgende dampen wat eerst na eenigen tijd ontdekt werd. Men haalde hem naar boven maar het gelukte niet hem het leven te doen behouden.

Voorts was gebleken, dat de arbeiders, die den bediende bij het aflaten hadden geholpen hem herhaaldelijk hadden verzocht een reddingsgordel aan te doen, wat deze echter had geweigerd. Betoogd werd nu, dat die arbeiders het niet bij een herhaalde waarschuwing hadden moeten laten maar den jongen man zonder reddingsgordel niet tot den kelder hadden mogen toelaten. Deze nalatigheid nu zou schuld opleveren.

Niet echter volgens het Gerechtshof te 's-Gravenhage dat jageerde „dat al is de toegevende houding der beide „werklieden als „zwakheid” te beschouwen deze *onder de „vermelde omstandigheden* niet als schuld in den zin van „art. 1401 B. W. voor welke schuld slechts de geïntimeerde „aansprakelijk zoude zijn is aan te merken”.

Tegen deze beslissing nu werd aangevoerd, dat waar in toegevendheid en zwakheid verleende medewerking het mogelijk had gemaakt, dat eigen wil en daad van iemand de oorzaak is geweest, dat hem een ongeval heeft getroffen bij hen, die die medewerking verleenden steeds schuld in den zin der wet zou bestaan. Immers bij krachtiger optreden zou

de medewerking en ook het ongeval achterwege zijn gebleven. Edoch zonder succes.

O., zoo leest men in het arrest (1), «dat dit betoog echter niet juist is, daar al kan worden toegegeven dat bij niet medewerking «het ongeval niet zou zijn ingetreden, die medewerking, ook als zij als «zwakheid is te beschouwen, wel schuld in den zin der wet kan opleveren, doch dat dit geenszins steeds en onder alle omstandigheden het geval *moet* zijn, daar toch de daad, waarvoor de wet aansprakelijk stelt, niet losgedacht van het menschelijk verkeer naar een absoluten maatstaf moet beoordeeld worden, doch alleen dan schuld oplevert, indien onder de bepaalde omstandigheden anders gehandeld had *moeten* zijn dan gehandeld is, zoodat het zeer wel mogelijk is, dat eenzelfde handeling onder bepaalde omstandigheden geen schuld oplevert, terwijl dit onder andere omstandigheden wel het geval is, zoodat dan wel aan schuld valt te denken en men «voor die handeling wel civielrechtelijk aansprakelijk is;

«dat het Hof dan ook, toen het naar de omstandigheden waar«onder de medewerking was verleend een onderzoek had ingesteld «en daarbij tot de slotsom kwam, dat in de gegeven omstandigheden «er geen aanleiding was om schuld in den zin der wet aan te nemen, «m. a. w. dat van de arbeiders een anders handelen tegenover De «Vries niet behoefde verwacht te worden, althans dat men hun dit «anders handelen niet als grief mocht toerekenen, dit college het «niet bestaan van schuld bij hen dan ook mocht aannemen zonder «dat met een der in het middel als geschonden aangehaalde wets«artikelen in strijd is gehandeld -- zijnde toch uit niets gebleken, «dat het Gerechtshof bij het voormeld onderzoek van eene andere «opvatting van het begrip schuld is uitgegaan dan van de hierboven «vermelde».

Uit dit arrest blijkt nu m. i. 1<sup>o</sup>. dat de H. R. van culpa levissima niet wil weten, want dat het toelaten van den bediende in den graankelder zonder reddingsgordel nu niet juist wijst op de uiterste voorzichtigheid schijnt mij toch moeilijk betwistbaar; 2<sup>o</sup>. dat de H. R. wil, dat ieder geval op zich zelf beschouwd moet worden. Dit voert noodzakelijk ook tot een rekening houden met de persoonlijkheid van den dader, maar dit levert m. i. geen practisch bezwaar, wanneer men slechts aanneemt, dat de normale mensch aansprakelijk is voor zijn daden en dat het verrichten van handelingen buiten noodzaak waartoe men weet, althans moet weten, dat men de noodige bekwaamheid of geschiktheid mist als handelende in strijd met wat een conscientieus man doet reeds schuld oplevert (2).

(1) W. 10294.

(2) De vraag of men een subjectieven maatstaf dan wel een objectieven moet aanleggen geeft dikwijls aanleiding tot misverstand. M. i. moet men beginnen met den objectieven maatstaf, omdat deze die is welke onder normale omstandigheden geldt. Komt men dan tot de conclusie, dat er geen schuld is dan is vanzelf de aansprake-



Dat de jurisprudentie, van den laatsten tijd althans, zich in deze richting beweegt, mag meen ik worden aangenomen (1).

lijkheid vervallen. Maar bij een toestemmend antwoord ga men verder en komt de vraag aan de orde of desniettemin hier wel aansprakelijkheid is. Zoo zal men een leek kunnen verwijten, dat hij een verband aanlegt met schending van een der regelen der ars medica. Ne sutor ultra crepidam! Maar als die leek nu aantoonde, dat er geen medische hulp te krijgen was en dat de gewonde hoogstwaarschijnlijk zou zijn doodgebloed? Dan is het leggen van een verband door hem wel gerechtvaardigd en kan men een technische fout zeer wel verschoonbaar achten. De bezwaren tegen het subjectieve criterium vloeien ni fallor voor een deel voort uit de averechtsche toepassing daarvan.

(1) Aan de verzoeking hier een overzicht dier jurisprudentie te geven meen ik ook om het gebrek aan plaatsruimte niet te mogen voldoen. Trouwens in de nummers 2326, 2327 en 2328 van het Weekblad voor het Privaatrecht, Notarisambt en Registratie heeft Prof. SCHOLTEN dit voor een aantal uitspraken reeds op voortreffelijke wijze gedaan. Slechts zij mij de opmerking veroorloofd, dat het arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 29 Juni 1908, W. 8714, ook mij onjuist toeschijnt. Uit de Rotterdamse gemeentegasfabriek was watergaswater uitgepompt op het Boerengat waardoor paling in vischkaren liggende in de Wijnhaven te Rotterdam zou zijn gedood. Eischer nu werd niet toegelaten dit uitpompen te bewijzen, omdat, gesteld dit werd bewezen, daaruit niet voortvloeit «dat de gedaagde, naar zijn plicht nadenkend en voorzichtig handelend, had kunnen en moeten voorzien, dat het doen uitvloeien van bedoelde stoffen onder de gegeven omstandigheden voor eischers «paling schadelijke gevolgen zou hebben». Mij dunkt de directeur van een gasfabriek, die een sterk vergiftige vloeistof uitpompt op een publiek vaarwater dat met andere wateren gemeenschap heeft, moet kunnen voorzien, dat daardoor die andere wateren kunnen worden bedorven, wat voor de visch daarin aanwezig en die het eigendom van anderen kon zijn, nadeelig zou wezen. Of hij nu precies kon voorzien, dat X. in die wateren paling in vischkaren had, doet m. i. niet ter zake.

Wanneer men echter het gevolg eener handeling, op zich zelf zonder meer nog niet onrechtmatig, niet voorzien kan, is m. i. er ook geen schuld. Bijv. in het geval, dat had mogen worden aangenomen, dat het Boerengat een afgesloten water vormde, terwijl ten slotte gebleken was, dat het door een niet zichtbare duiker toch met andere wateren gemeenschap had.

Slechts zij het geoorloofd op enkele uitspraken nog de aandacht te vestigen.

Het Hof te 's-Gravenhage nam bij arresten van 14 October 1907, W. 8619 en 9 Mei 1910, W. 9052, aan, dat onder schuld ook culpa levissima zou zijn te verstaan. In beide arresten nam men echter het bestaan dezer schuld niet aan, in het eerste niet omdat de in den eisch gestelde feiten niet medebrachten, dat de gedaagde «voorzichtig was of heeft nagelaten een onderzoek in te stellen «dat van hem als redelijk en voorzichtig man in het maatschappelijk

Intusschen zal men speciaal bij het beoordeelen dier jurisprudentie één zaak niet uit het oog mogen verliezen: Wanneer de wet in art. 1401 B. W. schuld uitdrukkelijk als

«verkeer kon worden gevorderd» en in het tweede niet «vermits zij «te goeder trouw van haar merk gebruik makende, dus meenende, «dat zij tot dat gebruik gerechtigd was niet verplicht was gedurende «de voortzetting van dat gebruik eenige voorzorgsmaatregelen te «nemen».

Mij dunkt in realiteit vorderde men niet meer dan, om nu eens een Romeinschrechtelijke uitdrukking te bezigen, culpa levis in abstracto. Trouwens dit verschijnsel doet zich voortdurend voor. Wanneer men den rechter een grief mag maken is het m. i. niet, dat hij te spoedig maar, dat hij niet spoedig genoeg schuld aanneemt.

Ten slotte zij het geoorloofd te wijzen op een vonnis der Arr.-Rechtbank te Rotterdam d.d. 6 November 1895, W. 6735 — het bekende geval der aanvaring van de «Elbe» en de «Crathie». Nadat de Rechtbank op grond van een getuigenbewijs had aangenomen, dat het commando op laatstgenoemd schip zoo erbarmelijk was geweest, dat hier zeker schuld aanwezig was, werd met het oog op art. 535 K. nagegaan of ook op de «Elbe» wel steeds goede zeemannschap was betracht. Verschillende grieven — wanneer men er kennis van neemt zou men zeggen spijkers op laag water — werden gewogen en te licht bevonden. Dan volgt:

«O. dat de eenige aanmerking, die op het commando van den 1sten officier van de «Elbe» misschien zou kunnen gemaakt worden, «is dat hij wellicht voorzichtig zou hebben gedaan met een of meer «signalen met de stoomfluit te geven waardoor opmerkzaamheid van «de opvarenden der «Crathie» zou zijn gaande gemaakt;

«O. echter daaromtrent, dat het Kon. Besluit van 1885, alleen in «geval van mist het geven van seinen met de stoomfluit gebiedend «voorschrijft, doch overigens in art. 19 slechts de beteekenis van «eenige seinen aangeeft die door een manoeuvreerend schip als «kennisneming van de manoeuvres die het gaat maken kunnen «worden gedaan, zoodat er voor de «Elbe», die niet te manoeuvreeren «maar haren koers te vervolgen had, geene aanleiding bestond eenige «seinen te geven, terwijl bovendien zooals reeds is overwogen de «bedoelde officier niet kon veronderstellen, dat hij met een schip «zonder commando en zonder uitkijk te doen had maar verplicht «was nog tot op het laatste moment aan te nemen, dat het andere «schip alsnog de reglementaire voorschriften zou opvolgen;

«O. dat alzoo, indien misschien alzoo zou mogen worden aange- «nomen, dat de 1ste officier voorzigtiger gedaan zou hebben met «de stoomfluit te laten werken, in ieder geval het nalaten daarvan «niet zoodanig verzuim oplevert, dat hij uit dien hoofde ook schuld «aan de aanvaring zou hebben maar de volle verantwoordelijkheid van «de collisie en hare gevolgen blijft rusten op de «Crathie» »

Duidelijk wordt hier geleerd: niet ieder verzuim, hoe gering ook, levert schuld op en de leer van Prof. SIMONS veroordeeld. Want dat men bij den 1sten officier der «Elbe» culpa levissima kan construeeren lijkt mij duidelijk. De aanvaring gaf indertijd tot veel discussies onder zeelieden aanleiding speciaal of het vervolgen van

element vordert omtrent de wijze waarop die schuld moet worden bewezen, behelst zij geene bepalingen. Hier geldt dus behoudens uitzonderingen, men denke aan art. 1 der wet van 9 April 1875 (*Stbl.* no. 67), het gemeene recht. Volkomen onderschrijf ik dan ook zoo het Gerechtshof te Amsterdam bij arrest van 13 December 1915, *W.* 9960, na eerst te hebben overwogen:

«dat de wet aan de actie van 1401 B. W. de navolgende eischer «stelt 1°. dat er is schade; 2°. dat de schade is toegebracht door een «daad (waarmede nalatigheid af onverschilligheid wordt gelijk gesteld); 3°. dat de daad is onrechtmatig; 4°. dat de schade is veroorzaakt door *schuld* van den dader, dat wil zeggen, dat de daad «die schade veroorzaakt den dader kan worden *toegerekend* en den «dader daarvan een verwijt treft».

vervolgens vervolgt:

«dat dus de dagvaarding ook zoodanige feiten of omstandigheden «moet vermelden, waarin het aanwezig zijn van schuld bij den dader «voortvloeit en slechts dan zoodanige feiten niet bepaaldelijk behoeven gesteld te worden als de geïmputeerde daad van dien aard «is, dat de vermelding er van tevens het stellen van schuld in zich «sluit».

Edoch men zij bij de beoordeeling van die dagvaarding redelijk en niet blind voor de eischen der praktijk.

Schuld toch is een intern feit voor rechtstreeksch bewijs — bekenenis nu daargelaten — niet vatbaar. Men moet het bestaan afleiden uit andere wel waarneembare feiten, dus door vermoedens bewijzen en nu moet vóór alles gezorgd dat men niet door van den eischer het onmogelijke te vorderen hem ten slotte de verkrijging van zijn recht ontnemt. Op dit punt is, geloof ik, door te groote schroomvalligheid meermalen gezondigd.

Wanneer een schipper een remmingswerk stuk vaart of bij het binnenkomen van een sluis deze beschadigd, wanneer

---

zijn koers door Glamann, den 1sten officier der «Elbe», inderdaad «schuld» zou hebben opgeleverd. Die vraag, door de Rechtbank ontkenkend beantwoord, vond ook wel eens een andere solutie. Ik herinner mij echter, dat ik voor ± 24 jaar, op weg naar Liverpool, met een oude kapitein van een Cork-boot de zaak besprekende en vragende of hier dan toch niet aan culpa levissima viel te denken ten antwoord kreeg: «That is the usual nonsense of sollicitors». Van sollicitors? Van hen alleen? Is men met culpa levissima tevreden, zoo laat — want wie handelt onfeilbaar? — zich bijna altijd het bestaan daarvan construeeren. Feitelijk komt men tot dezelfde conclusie als de mannen der studeerkamer, die schuld als element uitschakelen, en dit is, waar men de grond van den schadevergoedingsplicht niet meer wil leggen in de menschelijke verantwoordelijkheid, dan ook het doel.

een voerman met zijn vrachtwagen de spiegelruit van een op den hoek eener straat gelegen winkelhuis inrijdt en verbrijzelt kan men m. i. met het stellen dezer feiten volstaan, of juist op grond daarvan tot de aanwezigheid van schuld bij schipper of voerman concludeeren. Aan den gedaagde is het dan aannemelijk te maken dat er geen schuld is.

Daarentegen zal men bij de aanvaring van twee varende schepen, bij het aanrijden van een voetganger op den openbaren weg door een auto met vermelding van het bloote feit der aanvaring of aanrijding niet kunnen volstaan. Immers de ervaring leert, dat aanvaring tallooze malen juist het gevolg is van verkeerde manoeuvres van den aangevarene en dat bij aanrijding door auto's de schuld menigmaal bij den aangeredene is. Als regel zal hier dus meer moeten gesteld en bewezen worden en de eischer is reeds een eind ver, wanneer hij duidelijk zijn manoeuvres opgeeft en aan kan toonen, dat deze in de gegeven omstandigheden juist waren. Daaruit volgt dan in den regel, dat de aan gedaagde geïmputeerde manoeuvres onjuist, in strijd met goede zee-manschap waren. Tenzij, dat hij zich weet te disculperen.

Alles komt hier aan niet op eene goede verdeling van den bewijslast — deze rust op eischer — maar op waardeerling der vermoedens. Van den gedaagde mag en moet men vorderen, dat hij vermoedens, die tegen hem pleiten weet te ontzenuwen.

Ik zou niet durven ontkennen, dat op dit punt de rechter niet somtijds heeft gefaald en zich te gemakkelijk heeft laten overhalen door scherpzinnige drogredenen van den gedaagde. Maar aan den anderen kant vordert een rechtvaardig oordeel, dat men als rechter zich indenkt in de positie van den gedaagde op het oogenblik van het ongeval en hoe hij toèn als conscientieus man had moeten handelen gebruik makende niet van wat later is gebleken maar van de hem toèn ten dienste staande gegevens. Hier, waar het bewijs door vermoedens geldt, legt de wet een rechtvaardige beslissing geen dam in den weg.

Niet te licht zegge men in dubiis abstinence en inzonderheid verklare men niet zonder noodzaak niet-ontvankelijk. Ook in *civilibus* geldt in dubiis *pro reo* maar het is een *pis aller* dat alleen bevredigen kan en bevredigt, wanneer er inderdaad geen andere uitweg is. Dan, maar ook dan alleen gevoelt het publiek de onmogelijkheid het bewijs te leveren als een toeval dat men nu eenmaal moet dragen.

En vandaar dan ook dat in *jure constituendo* mijns inziens tegen verplaatsing van den bewijslast, natuurlijk zoo de noodzakelijkheid daarvan wordt aannemelijk gemaakt, principieel geen bezwaar is aan te voeren. De regel *actor actionem probat* is geen uiting van een beginsel, want waarom moet de gedaagde

het gemakkelijker hebben dan de eischer, maar van door de ervaring als juist erkende opportuniteit.

Vandaar dat het bekende voorschrift der spoorwegwet zou kunnen worden uitgebreid, bijv. op schade, toegebracht door luchtvaartuigen en vandaar, dat meer en meer de jurisprudentie terugkomt op de aanvankelijk aangenomen enge interpretatie van art. 1 der Spoorwegwet. Men heeft hier niet te doen met een beginsel waarmede zich niet laat transigeeren (1).

Na deze opmerkingen zij het thans geoorloofd terug te komen op de door de heeren SCHELTEMA en WITTEMAN gestelde vraag of na het arrest van 31 Januari 1919 de schuldvraag een feitelijke dan wel een rechtsvraag is geworden.

Mijn conclusie zou zijn er is hier niets veranderd.

Uit hetgeen hierboven is vermeld blijkt, dat „faute” in art. 1382 C. N. èn een objectief — zich uitende in het onrechtmatige der gedraging — èn een subjectief — zich uitend in de verantwoordelijkheid van den dader — element had. In 1838 is in ons wetboek uitdrukkelijk bepaald, dat de gedraging op zich zelf onrechtmatig moet zijn. Het subjectief schuldelement bij den dader is echter gebleven wat het was.

(1) Intusschen evenzeer als men verplichtingen tot schadevergoeding uit rechtmatige daad kan aannemen — men denke aan die van den neg. dominus, enkele Romeinsche condictiones en het bekende proefschrift van Prof. SCHOLTEN — zonder dat van eenige schuld bij den debiteur sprake is, zoo kan men dit ook bij de onrechtmatige daad doen. En dan komt de vraag ter beantwoording in hoeverre rekening valt te houden met het zoogenaamde risque professionnel. Met recht zeide reeds DERNBURG Schuldverhältnisse, blz 66, das Schuldprincip hindert nicht unter besonderen Voraussetzungen Ersatzpflicht ohne Verschulden zu bestimmen. Es ist dies namentlich bei den modernen Groszbetrieben, bei Eisenbahnen, Bergwerken und Fabriken notwendig. Intusschen deze afwijking van het gewone recht laat zich alleen rechtvaardigen, wanneer zij inderdaad noodzakelijk is en niet met verplaatsing van den bewijslast kan worden volstaan. Het is hier niet de plaats als 't ware in parenthési een zoo belangrijke zaak te behandelen — maar ik meen te mogen volhouden, dat men bijkans altijd reeds met verplaatsing van den bewijslast kan volstaan. Jure Romano levert m. i. de actio de dejectis et effusis. D. 9. 3. een voorbeeld van zulk een verbintenis uit onrechtmatige daad zonder schuld op. «Die klage ist war keine Deliktssklage, denn sie gründet sich nicht auf «Schuld aber sie ist einer Deliktssklage nahe verwandt». Dat zij in ons recht en den Code niet is opgenomen is een gevolg van de omstandigheid, dat men het karakter der actie niet juist begreep. Niet tegen het feit, dat men in bepaalde gevallen een verplichting tot schadevergoeding aanneemt, ook al is er bij hem, die de schade veroorzaakt, geen schuld kom ik op, maar wel tegen het streven om het te willen doen voorkomen of onze wet dit zou aannemen, alsmede dat dit in jure constituendo regel zou moeten zijn.

Nu heeft ontegenzeggelijk het arrest aan onrechtmatig een ruimere beteekenis toegekend dan in de laatste jaren gebruikelijk was. Hetgeen tegen de goede zeden, tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed strijdt, wordt voortaan onrechtmatig beschouwd.

En waar men nu in den regel zeer goed inbreuk kan maken op iemands recht door het bloote feit der handeling zonder dat er van schuld sprake is zal de zorgvuldigheid welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed in den regel verband houden met de diligentia van hem, die die zorgvuldigheid moet betrachten. Intusschen het behoeft niet altijd het geval te zijn.

De eisch van het schuldverband is m.i. dezelfde als voorheen.

Naast het causaal verband is vereischt schuldverband en geen schuldverband is aanwezig zonder schuld.

Of er schuld is is in het wezen der zaak een rechtsvraag. Dit zou geloof ik aan het licht komen, wanneer de rechterlijke uitspraken zeer uitvoerig waren geredigeerd en uitvoerig werd vastgesteld welke de state of mind was van den gedaagde toen hij de onrechtmatige daad (omissie) pleegde. Die vaststelling zou van feitelyken aard zijn maar of er bij iemand die aldus wilde of niet wilde schuld was, is een rechtsquaestie. Intusschen de vonnissen en arresten plegen — en gelukkig — niet zoo uitvoerig geredigeerd te zijn. Meestal wordt eenvoudig beslist, dat er geen of dat er wèl schuld is zonder meer en dan draagt die beslissing een overwegend feitelyk karakter.

En toch wanneer in de bekende aanvaringszaak der „Elbe” en „Crathie” eens in cassatie was betoogd — de zaak is n.f. slechts in één instantie behandeld — „dat ten onrechte schuld „bij den stuurman en watchman der „Crathie” was aangenomen „wyl men toch kwalijk het hun, die in een kouden winter „nacht op de Noordzee met het commando en den uitkijk „op een stoomschip belast zijn kan euvel duiden, dat zij zich „een kwartiertje in de kombuis gaan verwarmen, ook al drijft „intusschen de boot op Gods genade voort”, dan zou de Hooge Raad m.i. dit cassatiemiddel zeer zeker hebben mogen onderzoeken en . . . verwerpen op grond „dat deze opvatting „in strijd is èn met de beteekenis, die volgens de geschiedenis „aan het woord schuld behoort te worden gehecht èn met „het gezond verstand, dat bij de uitlegging van een wets- „voorschrift nimmer uit het oog mag worden verloren”.

SEGGERS.

**Het vraagstuk der gemeentemonopolies in het belang der volksgezondheid, hoofdzakelijk beschouwd in het licht van de nieuwe opvattingen in zake de bedrijfsvrijheid**

DOOR

Mr. H. DOOYEWEERD

De begrippen bedrijfsvrijheid en overheidstaak hebben in den laatsten tijd wel een radicale ontwikkeling doorgemaakt, zoowel in de hoofden der theoretici, als in de praktijk van het staatsleven. Het individualisme van de Manchester-school onder het patronaat van een DARWIN en den wijsgeer HERBERT SPENCER is sinds lang dood en begraven; het oude denkbeeld van een in haar wezen absolute bedrijfsvrijheid, waartegenover de overheid geen andere roeping zou hebben dan de excessen in de uitoefening te keeren, bleek bij een gewijzigden maatschappelijken onderbouw weinig meer waard dan het op stoïcijnshen bodem gewassen begrip van den absoluten eigendom, ons door de Romeinsche juristen overgeleverd.

De vraagstelling is ook een andere geworden; het probleem luidt niet meer aldus: „Mag de overheid in de bedrijfsvrijheid ingrijpen?” maar: „Hoever moet zij ingrijpen?” De Chineesche muur om het heiligdom der individualisten is weggebroken! Men is tot het inzicht gekomen, dat de vrijheid van bedrijf bij het gewijzigd maatschappelijk beeld niet langer is te construeeren als een *subjectief recht* en stelt voor die constructie in de plaats — en dat gaarne met een beroep op zijn positivistisch-realistische wereldbeschouwing — het *zgn. feit* dat de bedrijfsvrijheid niet anders is dan een *sociale functie*. Dat men hiermede een nieuw begrip uit de metaphysische wereld binnenloodst ontgaat den meesten die onder bekoring van de leer van AUGUSTE COMTE en LÉON DUGUIT wanen met alle metaphysica te hebben afgerekend. De fout van DUGUIT is deze, dat hij meent „het feit van de sociale functies” door een empirisch onderzoek van de maatschappelijke gegevens te kunnen constateeren (1), terwijl hij inderdaad niet anders doet dan een nieuwe *constructie* van het rechtsleven opbouwen, die evenals iedere andere constructie „kritische Würdigung”

(1) Vgl. o.a. LÉON DUGUIT. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris 1912, pag. 25: „Il est à la fois réaliste et socialiste: réaliste, puisqu'il repose sur le fait de la fonction sociale observé et constaté directement”.

behoeft. Een onderzoek van de vraag of de constructie van de sociale functie in haar algemeenheid dienst kan doen ter vervanging van de leer der subjectieve rechten, ligt — hoe aanlokkelijk ook — buiten het bestek dezer studie. Wij volstaan voorshands met de opmerking, die wij zoo aanstonds nader hopen te adstrueeren, dat althans op het gebied der bedrijfsvrijheid de leer van het subjectieve recht heeft afgedaan. Afgezien van haar wijsgeerige onmogelijkheid, waarover straks nog een enkel woord (1), hebben de feiten haar onhoudbaarheid aangetoond en men aanvaardt voorshands bij wijze van juridische werkhypothese de nieuwe constructie als sociale functie.

Onder invloed van bovenbedoelde begripsontwikkeling en door den drang der omstandigheden is in den laatsten tijd het vraagstuk der staats- en gemeentemonopolies in tot nu toe ongekende mate op den voorgrond gebracht. De tijd, dat het optreden van Mr. TREUB, die als wethouder van Amsterdam het eerste gemeentebedrijf in het leven riep, nog algemeene beroering in den lande verwekte, schijnt reeds ver achter ons te liggen. Voor ons begrip schijnt het thans „simple comme bonjour”, dat de gemeente bedrijven tot zich trekt, die van nature een monopolistisch of publiek karakter dragen. Weinigen zullen b.v. meer principieel verzet bieden tegen gemeentelijke naasting van het gas- en electriciteits-, het telefoon- of trambedrijf.

Het probleem der overheidsmonopolies is echter den laatsten tijd een nieuw stadium ingetreden sinds — nu niet langer in theorie, maar rechtstreeks voor de praktijk van het staatsleven — de vraag werd opgeworpen, of de overheid ook beslag mag leggen op bedrijven, die van nature niet voor naasting zijn aangewezen.

Een dergelijke naasting laat zich denken uit verschillende beweegredenen. Zij kan geschieden rechtstreeks of zijdelings ter vervulling van de overheidstaak. Bij het laatste denken wij aan de zoogenaamde *fiscale monopolies*, d. w. z. zulke welke door de overheid — in casu den Staat — worden gevestigd tot stijving harer financiën om daardoor de middelen tot vervulling harer taak te vinden. Over deze monopolies, die in verschillende rijken reeds bestaan en die hier te lande een verdediger vonden in minister TREUB met zijn bekende plannen voor een staatsassurantiebedrijf, wenschen wij hier niet te spreken (2).

(1) Zie hieronder blz. 140/1.

(2) Belangstellenden mogen wij verwijzen naar het proefschrift van Mr. W. G. KOSTER, *Fiscale Monopolies*, 1918, Vrije Universiteit en naar het werkje: *Monopol- und Monopolsteuern* (Leipzig 1916), van EDUARD GOLDSTEIN. Zie ook het referaat van Prof. Mr. P. A.



Wij willen ons uitsluitend bezig houden met de vraag of het in verband met de tegenwoordige begrippen van bedrijfsvrijheid geoorloofd is te achten, dat de overheid, in dit geval de gemeente, een bedrijf naast, dat niet uit zijnen aard voor een dergelijke exploitatie is aangewezen, doch waarop zij alleen beslag legt, omdat dit naar hare meening strekt tot *rechtstreeksche vervulling van haar taak als overheid, de bevordering van de volkswelvaart en de volksgezondheid*. In het bijzonder het laatste motief, de bevordering der volksgezondheid, vraagt onze aandacht, sinds de gemeente Zaandam plannen ontwierp voor eene centraliseering van het melkbedrijf, terwijl ook Amsterdam reeds een dergelijke centraliseering begon voor te bereiden.

De bedoeling van de invoering van zulk een gemeentelijk monopolie is, zooals bekend, op afdoende wijze het gevaar te kunnen bezweren van de verspreiding van typhus door verkoop van ongestertiliseerde melk.

Behoorlijke contrôle van gemeentewege werd onmogelijk geacht, zoolang het melkbedrijf in particuliere handen bleef en zoo moest de gemeente — het nieuwe factotum — door naasting van het bedrijf het gevaar voor de volksgezondheid bezweren.

Intusschen was men in socialistische kringen — waar het denkbeeld begrijpelijkerwijze algemeen werd toegejuicht — niet geheel gerust op het stuk der wettigheid van een dergelijke naasting en de behandeling van de Warenwet in de Tweede Kamer der Staten-Generaal was een welkome gelegenheid om zich te dezen aanzien zekerheid te verschaffen. Dr. VAN DER WAERDEN bond de kat de bel aan en diende op art. 15 van het wetsontwerp een amendement in om aan het slot van genoemd artikel toe te voegen: „4. Wij behouden Ons voor onder de voorwaarden, die Wij noodig achten, aan een gemeenteraad toe te staan, *in het belang van de volksgezondheid* den invoer van een bepaalde waar in de gemeente slechts voorwaardelijk toe te staan, en te verbieden, dat andere dan door burgemeester en wethouders daarvoor aangewezen personen die waar binnen de gemeente verkoopen, afleveren of ter aflevering voorhanden hebben. Het bepaalde in het tweede lid van art. 6 vindt overeenkomstige toepassing” (1).

DIEPENHORST, Overheid en bedrijf, gehouden op het tweede Christelijk Sociaal Congres (10—13 Maart 1919) te Amsterdam en de prae-adviezen over de vraag: Is invoering van staatsmonopolies ter versterking van de staatsinkomsten wenschelijk? Zoo ja, welke monopolies zouden dan daarvoor in aanmerking komen? door Prof. Mr. P. J. M. AALBERSE, Prof. Mr. Dr. A. VAN GIJN en F. M. WIBAUT. 's-Gravenhage 1918.

(1) Vgl. Gedrukte Stukken no. 13 Handel. Tweede Kamer der Staten-Generaal, zitting 1918/9.

Cursiveering van ons.

De voornaamste beteekenis van dit amendement school in het door ons gecursiveerde gedeelte. Ware het aangenomen, zoo zou aan gemeentelijke monopoliseering niet slechts van het melkbedrijf, doch ook van andere bedrijven, die in particuliere handen uit het oogpunt der volksgezondheid niet geheel veilig werden geacht, een wettelijke grondslag zijn geschonken onder voorbehoud slechts van autorisatie door de Kroon. Het amendement, welks verdediging door den heer VAN DER WAERDEN was opgedragen aan zijn partijgenoot SCHAPER ontmoette in de Kamer bezwaren van verschillende aard en van verschillende zijden.

Sommige leden hadden bedenkingen van principieel-socialen aard, waarbij de oude kwestie der bedrijfsvrijheid weder op het tapijt kwam; een ander lid had bezwaren uit het oogpunt van wetstechniek, terwijl weder anderen, wien de strekking van het amendement op zich zelve niet antipathiek was, het een inbreuk achtten op de gemeentelijke autonomie gewaarborgd bij art. 135 der Gemeentewet. Daar de voorstellers zich met laatstbedoeld argument konden vereenigen, werd het amendement ten slotte door den heer SCHAPER met machtiging van den heer VAN DER WAERDEN ingetrokken.

Een formeel-wettelijken grondslag hebben dus de gemeentelijke monopolies, gevestigd in het belang der volksgezondheid, niet gekregen.

Intusschen dient het argument, waarvoor de heeren VAN DER WAERDEN en SCHAPER zwichtten — het mocht inderdaad „plus royaliste que le roi” genoemd worden, waar het kwam uit den mond van een anti-revolutionair (1) — aan alle zijden bekeken te worden, wyl maar niet voetstoots kan worden toegegeven, dat de Gemeentewet feitelijk geen anderen waarborg aan de bedrijfsvrijheid biedt dan deze formeele, dat de door de gemeente gestelde beperkingen niet op het gebied van den rijkswetgever mogen komen.

Praecalabel aan deze vraag is echter het onderzoek naar de al of niet juistheid van de stelling, dat uit de techniek van de Warenwet (en speciaal daarin art. 15), de onwettigheid van een gemeentelijk monopolie in het belang der volksgezondheid als dat van het melkbedrijf voortvloeit. M.a.w. of door art. 15 van genoemde wet de in het amendement VAN DER WAERDEN belichaamde stof tot „rijkszaak” is gestempeld.

De stelling werd in de Kamer geponeerd door den heer DRESSELHUIJS, wiens argumenten wij hier echter buiten beschouwing kunnen laten, daar zij de kern van de zaak niet raakten en bovendien op een misverstand moesten berusten, daar zijn betoog zich beperkte tot gemeentelijke verordeningen

(1) Mr. RUTGERS.

op het vervoer van waren, terwijl het amendement-VAN DER WAERDEN hierover niet sprak.

De kwestie van de al of niet wettigheid van gemeentemonopolies in het belang der volksgezondheid — des Pudels Kern — roerde de afgevaardigde niet aan (1).

De heer RUTGERS, die in dezelfde Kamerzitting na den heer DRESSELHUYS het woord voerde, nam een standpunt in lijnrecht tegenovergesteld aan dat door den laatste verdedigd.

Volgens hem was het onderwerp van het amendement-VAN DER WAERDEN een geheel ander dan het in art. 15 der Warenwet geregelde en hij trok uit deze stelling de zeker eenigszins voorbarige conclusie, dat het amendement overbodig en de gemeentelijke wetgever zoowel voor als na het tot stand komen van de wet bevoegd was datgene te doen, wat de heer VAN DER WAERDEN uitdrukkelijk wenschte te sanctioneeren (2).

Afgezien van deze conclusie schijnt de stelling van Mr. RUTGERS ons echter moeilijk voor betwisting vatbaar, tenzij men over de beteekenis van art. 150 der Gemeentewet een verouderde theorie huldigt.

Het nieuwere standpunt zoowel in de litteratuur als in de jurisprudentie (3) is toch dit, dat de vraag of een gemeentelijke regeling treedt in hetgeen van provinciaal of rijksbelang is, uitsluitend wordt beheerscht door het *motief* dat aan de hoogere regeling ten grondslag ligt. Het komt er dus volgens deze opvatting slechts op aan of de hoogere wetgever de stof heeft aangemerkt als in haar ganschen omvang tot zijn gebied te behooren of wel dat hij haar uit één oogpunt, met het oog op één belang heeft geregeld en zich voorgesteld, dat zij ook kanten heeft, die voor gemeentelijke regeling in aanmerking komen (4). Men formuleert deze stelling dan wel

(1) Zie Handel. Tweede Kamer der Staten-Generaal, zitting 1918/9, blz. 2636.

(2) Handel. t. a. p. blz. 2636 en 2637.

(3) Zooals bekend, huldigt de H. R. constant de opvatting, dat de vraag in hoeverre een verordening treedt in hetgeen van rijks- of provinciaal belang is, aan het oordeel van de rechterlijke macht is onttrokken doch dat door geen wettelijk voorschrift de rechterlijke macht is ontheven van de verplichting, om buiten toepassing te laten de bepaling eener verordening, waarin de gemeenteraad de perken, hem bij art. 150 Gemeentewet gesteld, heeft overschreden. Zie o. a. arresten H. R. 21 Maart 1910, W. 9004, 5 Februari 1912, W. 9295 en 25 Maart 1912, W. 9322.

(4) Vgl. OPPENHEIM, Gemeenterecht dl. I, 4e druk (1913), blz. 369 vlg. In gelijken zin o. a. Mr. C. F. J. GOMBAULT in zijn artikel: *Gelijktijdige bestaanbaarheid van verordening naast Rijkswet, beide hetzelfde onderwerp regelende* (W. v. h. R. jrg. 1918, no. 10311). Zie voorts de beide arresten van den H. R. van 1 April 1912, W. 9323, en 30 Juni 1913, W. 9524.

aldus, dat de gemeentelijke wetgever aanvullende legislatieve bevoegdheid heeft ten aanzien van de *punten*, doch niet ten aanzien van het *onderwerp* van de hoogere regeling.

Welnu, de bedoeling van den wetgever is, zooals duidelijk blijkt, niet geweest in art. 15 der Warenwet, de stof welke voor eventueele gemeentelijke regeling in aanmerking zou kunnen komen, in haar vollen omvang te regelen. Een enkele blik op het hieronder afgeschreven artikel moge hiervan overtuigen. Het luidt aldus:

„1. Wij behouden Ons voor, zoo dikwijls Wij dat in het belang van de Volksgezondheid noodig achten, bij algemeenen maatregel van bestuur:

a. de zelfstandigheden, voorwerpen of gereedschappen aan te wijzen, waarvan bij de bereiding, vervaardiging of samenstelling van waren, bij dien maatregel aangewezen, niet of slechts met inachtneming van bij dien maatregel te stellen voorwaarden gebruik mag worden gemaakt;

b. eischen te stellen, waaraan bij de bereiding, verpakking, bewaring, behandeling of vervoer van waren, bij dien maatregel aangewezen, moet worden voldaan;

c. eischen te stellen, waaraan de waren, bij dien maatregel aangewezen, moeten voldoen.

2. Wij behouden Ons voor, voorschriften van zoodanigen maatregel van bestuur onder de daarbij te stellen voorwaarden niet van toepassing te verklaren op waren, die bestemd zijn voor uitvoer.

3. Wij behouden ons voor, aan gemeenteraden toe te staan, eischen te stellen, waaraan eene bepaalde waar moet voldoen.”

Dit artikel spreekt, evenals verder de geheele wet, nòch over invoer in een bepaalde gemeente, nòch over de wijze van verkoop. Dit zijn punten, waarop blijkbaar aan den gemeentelijken wetgever vrijheid van beweging is gelaten.

De regeling voorgeschreven in de Warenwet kan immers moeilijk een andere beteekenis hebben dan die van het stellen van minimum-waarborgen voor de volksgezondheid. Wil een gemeente met het oog op hare plaatselijke omstandigheden die waarborgen verscherpen, zoo kan daar op zich zelf geen enkel bezwaar tegen worden ingebracht mits zij slechts aan het onderwerp van de wet niet raakt, aan de door de wet gestelde eischen voldoet en mits haar aanvullende regeling niet in strijd kome met het in andere wetten bepaalde of met het algemeen belang. Dit vloeit voort uit de door de Grondwet aan de gemeenten gewaarborgde autonomie. De bedoeling van den wetgever was de *keuring van waren* te regelen. Op dit gebied is dus aanvullende bevoegdheid van den gemeentelijken wetgever uitgesloten voorzoover de Warenwet ze hem niet zelve toekent. Doch een gemeentelijke centraliseering van het melkbedrijf raakt niet het onderwerp van

de Warenwet, doch beoogt slechts door een drastische regeling van den verkoop de keuring mogelijk te maken. Het onderwerp van de genoemde wet en dat van een gemeentelijke verordening tot monopoliseering van het melkbedrijf is totaal verschillend.

Onze voorloopige conclusie is dus deze: *Op grond van art. 150 der Gemeentewet in verband beschouwd met art. 15 der Warenwet kan de vestiging van een gemeentelijk monopolie in het belang der volksgezondheid op een niet van nature voor overheidsexploïtatie aangewezen bedrijf of onderneming niet worden bestreden.*

Thans komt echter eerst de neteligste vraag aan de orde: *Is uit het oogpunt der bedrijfsvrijheid tegen een dergelijk gemeentelijk imperialisme op economisch gebied bezwaar in te brengen?* Het geldt hier vanuit wettelijk standpunt bezien de interpretatie van art. 135 der Gemeentewet. Voor wij in een nader onderzoek dezer kwestie treden, herinneren wij nogmaals aan de opmerking in den aanvang dezer studie gemaakt. Bij het stellen der vraag dienen wij te bedenken, dat de begrippen omtrent bedrijfsvrijheid en overheidstaak belangrijk gewijzigd zijn en dat volgens die nieuwe opvatting vrijheid van bedrijf vanuit juridisch standpunt niet dient te worden beschouwd als een absoluut subjectief recht, waarbij slechts concessies aan de praktijk zijn te doen ter voorkoming van een anarchie op economisch gebied, doch als een sociale functie, een factor ten dienste van het algemeen belang.

Vanzelfve richt zich dus bij eene eventueel bevestigende beantwoording der gestelde vraag het oog op de Kroon, aan wie door art. 153 der Gemeentewet het zwaard der vernietiging in de hand is gegeven. Zij alleen zal ons tegen een schadelijke inperking der bedrijfsvrijheid, tegen een gemeentelijk annexionisme op economisch gebied kunnen beschermen.

Wij willen ter adstructie van bovenstaande stelling in het kort nagaan, hoe de nieuwe opvattingen in zake de bedrijfsvrijheid zich hier te lande hebben baan gebroken. Men vergeve ons hiertoe een historischen „Abstecher”.

Zooals bekend, was de vrijheid van bedrijf vroeger grootendeels wettelijk geregeld.

Art. 2 van de Patentwet van 21 Mei 1819 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 34) bepaalde: „Het patent zal den persoon, aan wien hetzelfde is verleend, bevoegdheid geven, om gedurende den tijd, waarover hetzelfde is uitgegeven, den daarin vermelden handel, bedrijf, beroep of nering allerwege, waar hij zulks zoude mogen verkiezen, uit te oefenen; echter zullen de patenten, welke aan eenig persoon mogten zijn uitgereikt wegens beroepen of bedrijven, waarvan de uitoefening aan denzelven, door of uit kracht van 's lands wetten of door Ons goedgekeurde verordeningen, hetzij bepaaldelijk, hetzij voorwaardelijk, is of zoude kunnen worden verboden, van geen kracht zijn”.

Wij vinden hier een wettelijke erkenning als subjectief recht van de vrijheid om een patentplichtig bedrijf uit te oefenen. Vestiging van een gemeentelijk monopolie in het belang der volksgezondheid op een van nature niet voor overheidsexploïtatie aangewezen bedrijf, was derhalve, zoolang de Patentwet in kracht was, kortweg onmogelijk, voorzover de bevoegdheid daartoe niet uitdrukkelijk bij een wet was toegekend.

Beschouwen wij de Patentwet in het licht van het toenmaals bestaand bedrijfsleven, dan blijkt zij ook geheel te passen in het kader van dien individualistischen tijd. Van samenwerking van collectieve organisatie was zoo goed als niets te bespeuren; onbeperkte concurrentie was in iederen tak van industrie of handel het wachtwoord.

Het bedrijfsleven was geheel privaatrechtelijk georganiseerd, ieder ondernemer bewoog zich als het ware in een autonome sfeer, waar de overheid en de rechterlijke macht haar handen van hadden af te houden, zoolang geen inbreuk werd gemaakt op de rechten van andere individuen. De subjectiefrechtelijke opvatting van de bedrijfsvrijheid, zooals zij in de Patentwet was belichaamd, vond dus, afgezien van haar al — of niet theoretische juistheid haar feitelijken grondslag in den maatschappelijken onderbouw.

Toen de Patentwet in 1893 was ingetrokken bestond geen wetsbepaling meer, die de vrijheid van bedrijf uitdrukkelijk waarborgde.

De subjectiefrechtelijke opvattingen bleven te dezen aanzien echter bij velen voortleven. In het maatschappelijk leven begonnen zich langzamerhand wel meer sociale tendenzen te openbaren, doch de organisatie bleef voorshands nog overwegend privaatrechtelijk. Wettelijk gewaarborgd was de bedrijfsvrijheid niet meer, maar in de leer van het *onbeschreven recht* leefde de oude opvatting voort. Sommigen wenschten zelfs weer het recht op vrije bedrijfsuitoefening opnieuw bij de wet te zien geregeld. Zoo stelde Mr. J. A. Levy bij de behandeling van de wet tot invoering eener belasting op bedrijfs- en andere inkomsten in de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 21 Juni 1893 voor om als slotbepaling in de wet een nieuw artikel op te nemen, luidende: „De vrijheid om, waar de belanghebbende het verkiezen mocht handel, beroep, nering of bedrijf uit te oefenen, wordt binnen de grenzen door de wet gesteld, gewaarborgd”, een bepaling dus van nog verder strekking dan het bovengenoemd artikel van de Patentwet, dat immers alleen den houder van een patent de vrije bedrijfs-oefening verzekerde.

Mr. Levy rekende het den grondwetgever eenigermate tot een grief, dat in het vijfde hoofdstuk onzer constitutie geen plaats was verleend aan de vrijheid van nering en bedrijf

behoudens de beperkingen, die het algemeen belang zou vorderen. Hij wenschte blijkens de toelichting bij zijn amendement gegeven de rechterlijke macht evenals tot dusverre de gelegenheid te bieden om gemeenteverordeningen die op de handelsvrijheid overmatige inbreuk maakten buiten toepassing te laten daar de Regeering blijkbaar van haar vernietigingsrecht een te spaarzaam gebruik maakte (1).

Het amendement werd weliswaar door den voorsteller ingetrokken, doch hij was in 't geheel niet overtuigd, dat de bescherming der bedrijfsvrijheid bij de Regeering inderdaad in veilige handen was, getuige zijn interpellatie in de zitting van 12 December bij de beraadslaging over hoofdstuk V der begroting voor het jaar 1894 over de vraag hoe het kwam, dat op dat oogenblik nog van kracht waren verordeningen, die de vrijheid van handel, nering en bedrijf, meer dan geoorloofd was, aan banden legden. Het loont de moeite, om een blik te krijgen in de opvattingen van die dagen eens de debatten na te lezen, die zich naar aanleiding van deze interpellatie in de Kamer ontsponnen. De leer van het onbeschreven recht werd sterk op den voorgrond gesteld door den toenmaligen Minister van Binnenlandsche Zaken, die zich bij zijn beantwoording van den heer LEVY aldus uitliet: „De vrijheid van bedrijf en nering hier te lande is een van die onbeschreven rechten der ingezetenen, welke geen afzonderlijken waarborg noodig hebben in de wet, maar die zonder wettelijk voorschrift gesteld zijn onder de hoede van het staatsgezag” en even verder: „Er zal wel geen Regeering gevonden worden, die zoude toelaten, dat door de gemeentebesturen op die vrijheid schadelijke inbreuk werd gemaakt, verordeningen in het leven werden geroepen, die verder zouden gaan dan te waken voor de openbare orde, de zedelijkheid en de gezondheid in de gemeente” (3).

De laatste opmerking zal iedere Regeering heden ten dage zeker nog gaarne onderschrijven. De vraag is maar: Hoe moet art. 135 Gemeentewet worden geïnterpreteerd?

Gaan wij de praktijk dier dagen na, dan blijken de klachten door den heer LEVY ook wel eenigszins overdreven. De Hooge Raad, in wiens scherprechtersgestrengheid de afgevaardigde zulk een onbeperkt vertrouwen stelde, huldigde somtijds ten aanzien van de bevoegdheid der gemeentebesturen in het maken van vrijheidknottende verordeningen een meer vrijgeveige opvatting dan rechterlijke colleges van lager rang en de Regeering. Lezing van een aantal door

(1) Handel. Tweede Kamer der Staten-Generaal, zitting 1892/3, blz. 1546—1550.

(2) T. a. p. blz. 425/6, 431/2, 435/6, 438/9 en 443 tot 445.

(3) T. a. p. blz. 435 vlg.

OOSTERWIJK-BOISSEVAIN aangehaalde beslissingen uit dien tijd kan hiervan overtuigen (1) en ook een aantal beslissingen der Regeering van veel jonger datum dan de door genoemde schrijvers geciteerde bewijzen voldoende, dat mede door de administratieve macht naar eisch voor de handhaving der door de Patentwet gewaarborgde handelsvrijheid werd gewaakt (2).

Intusschen was nog onder vigeur van de Patentwet een wet tot stand gekomen, die de vrijheid in de uitoefening van voor de volksgezondheid of anderszins schadelijke bedrijven aan ingrijpende beperkingen onderwierp. Wij bedoelen de *Hinderwet* van 1875, die voor de uitoefening van bedoelde bedrijven de vergunning van het betrokken gemeentebestuur eischte. Bij de wijziging van deze wet bij de wet van 24 Juni 1901, S. 161, werd door toevoeging van een nieuw derde lid aan art. 4 voor het eerst uitdrukkelijk de vestiging van een gemeentelijk monopolie in het belang der volksgezondheid op een niet van nature voor overheidsexploitatie aangewezen bedrijf gesanctioneerd. In dit nieuwe lid werd de gemeenteraad bevoegd verklaard bij plaatselijke verordening „in het belang der openbare orde, veiligheid of gezondheid te verbieden eene slachterij, vilderij, penserij, drogerij, rookerij of zouterij van dierlijke stoffen, of eene inrichting bestemd tot bewaring of verwerking van bloed of dierlijken afval op te richten, te hebben of te gebruiken indien in de gemeente eene inrichting aanwezig is, waarin belanghebbenden onder eveneens bij verordening vastgestelde voorwaarden, het bedrijf kunnen uitoefenen, waartoe eene inrichting wordt vereischt als bij verordening verboden” (3) (Cursiveering van ons).

De wetswijziging bewees wel, hoezeer de oude opvattingen in een overgangsstadium begonnen te komen.

De mogelijkheid tot gemeentelijke centralisatie van een op zich zelf noodzakelijk bedrijf paste o. i. reeds niet meer in een subjectiefrechtelijke constructie der bedrijfsvrijheid.

Twee jaren later werd nogmaals, thans door Minister KUYPER, een poging gewaagd, om de bedrijfsvrijheid te waarborgen tegen gemeentelijke usurpatie e. w. in het wets-

(1) Zie o. a. OOSTERWIJK—BOISSEVAIN, Gemeentewet, 706 en 707, 712 en 713, 821 en 822.

(2) Vgl. Weekblad voor de Burgerl. Administratie, nos. 2324 en 2325: Bescherming der vrijheid van arbeid, handel, nering, beroep en bedrijf.

(3) De aanleiding tot deze wijziging was het arrest van den Hoogen Raad van 11 Februari 1901 W. no. 7547 betreffende de verordening, vastgesteld door den gemeenteraad van Groningen in zijne vergadering van 17 Febr. 1900. Vgl. hierover Bijlagen Handel Tweede Kamer der Staten Generaal, zitting 1900/1 no. 183,3. Zie voorts De Gemeentestem nos. 1584, 1586 en 1587 het artikel: *Gemeentelijke abattoirs* en Weekbl. v. d. Burg. Administratie no. 1647.



ontwerp van 21 November 1903, waarin een afzonderlijke titel opgenomen was over de gemeentelijke bedrijven (1). Dit wetsontwerp was voor zooveel bedoelden titel betreft, in zekeren zin een tegenhanger van de Patentwet, inzover de laatste waarborgen trachtte te geven door een rechtstreeksche erkenning van de bedrijfsvrijheid als subjectief recht, terwijl het ontwerp-KUYPER slechts indirect de bedrijfsvrijheid wilde beschermen door aan de gemeente bij het optreden als ondernemster paal en perk te stellen.

Over de kwestie der gemeentemonopolies liet het ontwerp zich niet uitdrukkelijk uit. Het spreekt echter van zelf, dat waar de gemeente blijkens de Memorie van Toelichting bij het ontwerp alleen bedrijven, die een wettelijk of feitelijk monopolie bezitten, zelve ter hand mocht nemen, zij, indien het ontwerp wet geworden was, nimmer een monopolie in het belang der volksgezondheid had mogen vestigen op een niet van nature voor overheidsexploïtatie aangewezen bedrijf.

Het wetsontwerp ontmoette veel tegenstand en bereikte nimmer het Staatsblad. Het ging dan ook wel bezwaarlijk aan in een wet de gevallen te codificeeren, waarin de gemeente als ondernemster mag optreden, nog afgezien van de vraag of hierdoor ook niet een al te krasse inbreuk op de gemeentelijke autonomie zou zijn gemaakt (2).

Sindsdien zijn door den wetgever geen pogingen meer gedaan om de bedrijfsvrijheid hetzij rechtstreeks, hetzij indirect te beschermen. Zoals reeds gezegd, waren in het particuliere bedrijfsleven zelf langzamerhand tendenzen merkbaar geworden in de richting van een omvorming van de individualistische opvattingen. Terecht wijst Mr. TREUB in zijn onlangs verschenen boek *Vragen van dezen tijd* er op, hoe reeds lang voor het uitbreken van den oorlog de West-Europeesche maatschappij (en daaronder ook de onze) bezig was haar economischen grondslag te ontwikkelen in de richting eener georganiseerde samenleving, waarin gelijk belanghebbenden in allengs grooter getal en met allengs sterker ontwikkeld bewustzijn voor hunne gezamenlijke belangen in onderlinge samenwerking opkwamen (2). Wij gelooven niet ver van de waarheid te zijn, indien wij de hoofdaanleiding tot deze ontwikkeling zoeken in de voornamelijk onder invloed der socialistische

(1) Zie Handel. Tweede Kamer der Staten-Generaal, zitting 1903/4, bijlage no. 108.

(2) Vgl. OPPENHEIM, Het Nederlandsche Gemeenterecht, dl. I, 4e dr. (1913), blz. 487 en vlg.

(3) Mr. M. W. F. TREUB, *Vragen van dezen tijd*, 1919 (Tjeenk Willink, Haarlem), blz. 36. Dit werk is een verzameling artikelen, vroeger verschenen in *Vragen des Tijds*.

theorieën opgekomen vakorganisatie van de arbeidende klassen. Deze organisatie van een bepaalde categorie der producenten lokte immers talrijke tegenorganisaties van andere categorieën gelijkbelanghebbenden uit, allereerst van de werkgevers, en straks van de verbruikers die in coöperatie hun heil zochten tegen de onder zijdelingsche pressie der vakorganisaties steeds hooger opgevoerde prijzen. Straks schiepen de organisaties van patroons en arbeiders een stuk nieuw sociaal recht in de tegenwoordig zoo druk besproken *collectieve arbeidscontracten*, die ofschoon zij wettelijke sanctie ontbeerden, krachtig bijdroegen tot ondermijning van de privaatrechtelijke begrippen van bedrijfsvrijheid. Al deze uit het leven zelve opgekomen organisaties en regelingen brachten reeds geheel zonder aandrang van overheidswege een wezenlijke omvorming van de individueele bedrijfsvrijheid te weeg, doch schiepen ook een nieuwe taak voor de overheid in het beschermen van het algemeen belang, zoowel op het gebied der volkswelvaart als der volksgezondheid. Wij geven toe, dat de collectieve organisatie ten onzent bij het uitbreken van den oorlog nog lang niet in die mate ontwikkeld was en zich ook sedert niet ontwikkelde als b.v. in *Duitschland*, waar EDMUND FISCHER kon schrijven (zij 't al wellicht niet zonder eenige overdrijving), dat concurrentie en bedrijfsvrijheid tegenwoordig tot het verledene behooren (1), maar toch was zij reeds een belangrijke factor, die tijdens den oorlog zich op ieder gebied zou versterken. Dat de opvattingen der bedrijfsvrijheid met deze ontwikkeling gelijken tred moesten houden, spreekt vanzelf; de subjectiefrechtelijke leer moest in de practijk voet voor voet terrein verliezen en ten slotte in elkander storten, naarmate de collectieve idee in het bedrijfsleven begon door te werken. Zooals wij reeds opmerkten, dit was een proces van onderen op, dat vanzelf de overheid (zoowel staat als gemeente) er toe bracht op andere en diepere wijze dan te voren in het bedrijfsleven in te grijpen. Ook de begrippen inzake de eischen der volksgezondheid maakten een geleidelijke ontwikkeling door: naast de individueele hygiëne werd de *sociale hygiëne* op den voorgrond gebracht en van de overheid verlangd, dat zij zich ook op dit gebied zou doen gelden.

Straks gaat onder dezen aandrang de rijkswetgever door een diep in de bedrijfsvrijheid ingrijpende sociale wetgeving over tot liquidatie van den faillieten boedel der subjectiefrechtelijke denkbeelden (1). De nieuwe *Arbeidswet* van minister AALBERSE betreedt een terrein, dat eertijds als onaanstastbaar heiligdom der particuliere vrijheid gold.

(1) EDMUND FISCHER, *Das Sozialistische Werden, Die Tendenzen der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung* (1918), blz. 47.

Het gaat bij deze regelingen niet meer om een verdere inkrimping van een zoogenaamd subjectief recht, neen dat recht, dat in het particuliere bedrijfsleven reeds ten ondergang gedoemd was, wordt niet meer erkend. Want wil de subjectiefrechtelijke constructie eenige waarde hebben, dan moet men bij aanvaarding daarvan wel vooropstellen, dat er zekere *economische* sferen zijn, die althans onder normale omstandigheden, onschendbaar moeten geacht worden. Vallen ook deze sferen aan de bemoeiing van den wetgever ten buit, dan kan men misschien op het voetspoor der klassieke dogmatici nog spreken van „slapende rechten”, doch als die slaap een doodslaap blijkt, dan doet men bij een realistischer kijk op het leven toch verstandiger de dooden te begraven, dan ze onder uiterlijk vertoon van leven boven aarde te laten. Want niet alleen de rijkswetgever maar ook de gemeentelijke wetgever stoort zich aan een zoogenaamd subjectief recht der ingezetenen op vrije bedrijfsuitoefening niet meer en breidt zijn terrein uit zeker verre buiten de grenzen, welke THORBECKE hem in art. 135 der Gemeentewet bedoelde te stellen.

Historische interpretatie van dit artikel zou dan ook zeker tot de conclusie moeten leiden, dat de gemeentewetgever vaak zijn bevoegdheid te buiten ging, doch wie oog heeft voor de maatschappelijke ontwikkeling voelt tegelijkertijd, dat een dergelijke wetsuitlegging in haar absoluten vorm niet meer van dezen tijd is, wil men het recht niet tot een rem voor het leven maken (2).

Waar de bewoordingen van het wetsartikel ruimte laten, dient men in *critischen* lijn zich af te vragen niet welke interpretatie zich het meest aanpast aan de historische opvattingen van den wetgever, die zich voor een individualistisch georganiseerd maatschappijleven geplaatst vond, *maar welke interpretatie bij den gewijzigden maatschappijlijken onderbouw, het meest aan de idee van het recht beantwoordt.* En in het moderne rechtsbewustzijn, dat zoo al niet de bron, dan toch

(1) Een interessante historische schets van het tot stand komen der sociale wetgeving in Nederland sinds 1874 vindt men in de nog niet beeindigde artikelenreeks van Mr. Dr. J. H. VAN ZANTEN in De Sociale Voorzorg, jg. 1919, blz. 591 vlg. en 692 vlg., getiteld: Geschiedenis der Nederlandsche Arbeidswetgeving.

(2) De zoogenaamde *analytische interpretatiemethode*, op staatsrechtelijk gebied belichaamd in BUYS' standaardwerk, mag thans gelukkig een overwonnen standpunt heeten. Zij ruste in vrede! FRANCOIS GENY (*Science et Technique en droit privé positif* (1913) dl. I blz. 26/7) kenschetst de ontwikkeling in dit opzicht kort en krachtig: «*de formelle et passive, qu'elle a été ou tendait à être, la méthode juridique c'est faite, critique et active; de telle sorte que ce qui n'était primitivement guère plus qu'une interprétation des sources tend à se muer en interprétation du droit lui même.*»

wel een *toetssteen* is van het positieve recht, past de leer van de bedrijfsvrijheid als subjectief recht niet.

Hoe zou men, om slechts een enkel voorbeeld te noemen met de oude leer nog kunnen rijmen de talrijke gemeentelijke verordeningen op de *winkelsluiting*, door den Hoogen Raad in beginsel wettig verklaard (vgl. b.v. arrest van 25 Maart 1912, *W.* 9322).

Men moet wel een verstokte dogmaticus zijn, om een dergelijke overheidsbemoeiing nog te kunnen inschroeven in de constructie van een althans in haar wezen onbeperkte bedrijfsvrijheid! Bovenbedoelde regelingen zijn in onze wetgeving echter wel te aanvaarden, indien men de stelling onderschrijft, dat de moderne rechtsstaat een bedrijfsvrijheid als subjectief recht niet meer erkent, doch die vrijheid beschouwend als een sociale functie, haar bij een te kort schieten van den socialen tendenz in het particulier initiatief, omvormt naar de eischen van het algemeen belang, of om in andere terminologie te spreken, als men de privaatrechtelijke constructie prijsgeeft voor de publiekrechtelijke.

Ongetwijfeld is het bovengeschetst proces door het uitbreken van den wereldoorlog met zevenmijlslaarzen gevorderd.

Mr. TREUB merkt in zijn aangehaald werk op: „De maatschappij is onder den invloed van den oorlog veel sterker in het teeken der organisatie en socialisatie komen te staan. Slechts zij, die de teekenen des tijds niet verstaan, kunnen dit betwisten” (1). Hij wijst er op, hoe op grooten schaal een feitelijke omzetting heeft plaats gehad van de vrije onderneming in bedrijven, die uitsluitend in loondienst werkten van den Staat zooals dat het eerst met de meelfabrieken plaats greep (2).

Prijzetting, distributie en eigendomsbeperking waren aan de orde van den dag, het bedrijfsleven kreeg meer en meer het aanzien van een publiekrechtelijke organisatie, waarin de bedrijfsvrijheid het kind van de rekening werd. En mogen al veel regelingen uit den oorlogstijd als „noodmaatregelen” bestemd zijn te verdwijnen, het denkbeeld eener publiekrechtelijke organisatie van het bedrijfsleven heeft zich reeds in onze begripswereld ingeburgerd (3).

(1) Mr. M. W. F. TREUB, t. a. p. blz. 53/4.

(2) T. a. p. blz. 6. Vgl. ook Economische Statistische Berichten van 19 Februari 1919, waarin de landbouwconsulent STEKETEE mededeelt, hoe een groot aantal confectiefabrieken voor de Rijkskleedingvoorziening werken en hoe ook verschillende aardappeldrogerijen in het Noorden des lands feitelijk door de Regeering worden geëxploiteerd.

(3) Dat de Regeering met deze omstandigheid rekening houdt, getuige de toezegging door den Minister van Arbeid gedaan in de Memorie van Antwoord op het Voorloopig Verslag over hoofdstuk Xa

Slechts de in het moderne *leven* gewortelde publiekrechtelijke opvattingen zullen voortaan de overheid, hetzij Staat, hetzij gemeente, leiden ook bij beantwoording der vraag, hoever zij mag gaan in het beperken van de bedrijfsvrijheid in het belang der volksgezondheid.

Het komt mij voor dat de leer der sociale functie deze opvattingen, die tot nu toe meer intuïtief dan klaarbewust den wetgever leidden, het scherpst in begrip vat. Nadat wij hebben aangetoond, dat deze theorie klopt met de feiten, dient tenslotte het nieuwe functiebegrip aan een „kritische Würdigung” te worden onderworpen; wij moeten ons helaas beperken tot een enkele opmerking: De opvatting van de bedrijfsvrijheid als een subjectief recht is o.i. geheel afgescheiden van de vraag, of zij past bij een gegeven maatschappelijken onderbouw, wijsgeerig niet gefundeerd. Zij is naar onze meening een plant gewassen op revolutionnair-individualistischen bodem, die het wezen van het recht miskent. Immers ieder subjectief recht behoeft naar zijn formeele zijde een subject, een objectieven inhoud en een bepaalde relatie. De bedrijfsvrijheid kan echter geen objectieven inhoud vormen, omdat zij als het ware een *natuurlijke functie* is van de persoonlijkheid, van het subject zelf. Voor zoover de „natuurlijke” bedrijfsvrijheid voor het recht van belang is, is zij dat uitsluitend als *materie* — of om met GENY te spreken — als *donnée naturelle*, waaraan de wetgever met zijn objectieve rechtsregelen den *vorm* geeft. De rechts-idee eischt den sociaal willenden, den sociaal handelenden mensch; waar dit ideaal in ethischen zin niet is te bereiken, grijpt de rechtsnorm dwingend in; de natuurlijke, individueele functie der bedrijfsvrijheid dient zich naar de rechtsidee om te vormen in een sociale functie en wordt eerst daarmee gebracht binnen de bescherming van het *objectieve* recht. Dat de constructie als sociale functie de wezenlijke inhoud van het begrip bedrijfsvrijheid slechts eenzijdig (1) weergeeft, volgt reeds uit het voorgaande — zij omvat dit begrip slechts naar zijn juridisch differente zijde. Doch dit is voor den jurist, die practisch moet werken, voorloopig voldoende, mits

---

der staatsbegrooting voor 1920 in zake *de publiekrechtelijke regeling der collectieve arbeidsovereenkomsten*, waarbij dan tevens het vraagstuk der *economische bedrijfsorganisatie* aan de orde komt. Het kan moeilijk worden geloofend dat Prof. VERAART op dit gebied baanbrekend werk heeft verricht, hoe weinig overigens zijn stelsel van economische bedrijfsorganisatie mag bevredigen.

(1) Vgl. ALFRED FOUILLÉE. — *La propriété comme fonction sociale et droit individuel*. Revue bleue 1908, pag. 737 vgl. en pag. 777 vgl. die de leer der sociale functie ten aanzien van den eigendom kritisch onderzoekt.

hij zich zijn eenzijdigheid bewust is. Slechts één ding moeten wij betwisten, dat die eenzijdigheid hierin zou schuilen, dat de constructie der bedrijfsvrijheid als sociale functie de beteekenis van het individu miskent. Het „algemeen belang” het richtsnoer, waarnaar de individueele vrijheid moet functioneeren is een *ethisch* begrip en staat als zoodanig niet tegenover het individueel belang, mits men ook dit laatste in ethischen zin vat en het niet identiek neemt met „eigen belang” als kruidenierszelfzucht! Het algemeen belang als ethisch begrip is gebaat bij eerbiediging der individueele vrijheid, mits die individueele vrijheid zich slechts ethisch rechtvaardigt door een sociale functioneering.

Wij hebben in vogelvlucht de historische ontwikkeling in de denkbeelden hier te lande ten aanzien van de bedrijfsvrijheid nagegaan en keeren met onze nieuwe begrippen toegerust terug tot de vraag, die ons bezig hield: Is de vestiging van een gemeentelijk monopolie in het belang der volksgezondheid op een niet van nature voor overheidsexploitatie aangewezen bedrijf bestaanbaar met bovengeschetste nieuwe opvatting? De weg ter beantwoording is thans die der specialisatie. Een algemeen antwoord, dat slechts gebaseerd zou kunnen zijn op een verouderde historische interpretatie van art. 135 der Gemeentewet, is niet te geven, wanneer men de subjectiefrechtelijke opvatting van de bedrijfsvrijheid laat varen. Dan komt het er immers slechts op aan of het algemeen belang bij een dergelijke monopoliseering gebaat is, in de eerste plaats dus dat der volksgezondheid zelve en verder of geen ander mogelijk meer overwegend belang zooals dat van een behoorlijke functioneering van de ecomische constellatie zich er tegen verzet.

Bij onze specialiseering in de vraagstelling behoeven wij voorloopig nog niet ver te gaan. Behalve het bij de Hinderwet mogelijk gemaakte gemeentelijk monopolie op het slachten van vee, is de gemeentelijke centraliseering van het melkbedrijf voorzoover wij weten het enig thans bestaande of althans zijn geboorte nabijzijnde gemeentelijk monopolie in het belang der volksgezondheid.

Waar we het eerstgenoemde als een wettelijk geoorloofd monopolie buiten beschouwing kunnen laten, kunnen wij ons dus verder tot de melkcentraliseering beperken. Het spreekt echter van zelf dat een gemeentelijke melkcentrale straks zeer goed zou kunnen worden gevolgd door een gemeentelijke vleesch-, visch- en groentencentrale en dat al zullen voor al of niet verwerping van dergelijke monopolies in het algemeen dezelfde gronden pleiten, toch ieder geval weer zijn eigenaardigheden zal bieden en dus afzonderlijk onder de oogen zal moeten worden gezien.

De vragen, die zich bij de beoordeeling van een dergelijk

monopolie in het licht waarin wij ons onderwerp beschouwden, aan ons opdringen zijn vierderlei:

1. de hygiënische;
2. de organisatorische;
3. de finantieele (die van de schadeloosstellingen);
4. de economische (die van een behoorlijke voorziening met de betrokken waar van de betrokken gemeenten).

De hygiënische vragen zijn goeddeels van technischen aard en wij zouden ons niet gaarne als deskundigen ter zake opwerpen. Met een enkele opmerking moge worden volstaan. Het komt er o. i. hier slechts op aan, of inderdaad de belangen der volksgezondheid door een centraliseering van het melkbedrijf afdoende zullen worden gewaarborgd en of zij op geen andere minder in de bedrijfsvrijheid ingrijpende wijze zullen kunnen beschermd worden. Wat dit laatste punt betreft, zal natuurlijk veel afhangen van plaatselijke toestanden. In een kleine gemeente zal b.v. de moeilijkheid van een afdoende controle op de pasteuriseering der melk zich in veel geringere mate voordoen als in een stad van de grootte van Amsterdam. Doch ook voor Amsterdam zal o. i., zoo men daar tot naasting wil overgaan, onweerlegbaar moeten worden aangetoond, dat de centraliseering van het melkbedrijf de eenig afdoende weg is om het kwaad van typhusverspreiding te keeren. Dit vloeit voort uit *onze* opvatting van de bedrijfsvrijheid als een sociale functie (1). Slechts zij, die in de bedrijfsvrijheid in het algemeen een anti-socialen factor zien zullen dezen bewijslast van zich af willen schuiven. Of inderdaad een gemeentelijke monopoliseering een *afdoend* remedie zou zijn, wagen wij intusschen te betwijfelen.

Terecht wees Minister AALBERSE tijdens de behandeling van het amendement-VAN DER WAERDEN bij art. 15 der Warenwet op het gevaar dat bij het centraal melkbedrijf een man, die nog niet als bacillendrager is ontdekt, oorzaak kan worden, dat zich een typhusepidemie voordoet niet in een betrekkelijk kleinen kring, maar onmiddellijk over de geheele gemeente. Of die moeilijkheid technisch is te onderwerpen, de Minister merkte het onder verwijzing naar de over het onderwerp bestaande literatuur op, is volstrekt nog niet opgelost. Dit zou technisch alleen mogelijk zijn met behulp van een pasteuriseerinrichting, die de melk pasteuriseerde in hetzelfde object, waarin zij bij de koe werd opgevangen, zoodat de melk niet meer zooals thans in flesschen werd gedaan, doch eenvoudig werd rondgedeeld in dezelfde

(1) Vgl. ook het prae-advies van Prof. Mr. P. J. M. AALBERSE, ten vorigen jare uitgebracht voor de Vereeniging voor de Staathuishoudkunde en de Statistiek.

Zie hierboven blz. 141.

bus, waarin de pasteurisatie heeft plaats gehad. In elk geval achtte de Minister het gevaar voor bacillendragers bij centralisatie veel grooter dan in het kleinbedrijf (1). Dit argument, dat door den heer SCHAPER „en bagatelle” werd behandeld, schijnt ons in ieder geval voldoende de overweging waard om maar niet voetstoots tot afdoendheid van het aangeprezen remedie te besluiten. Het geneesmiddel zou wel eens erger kunnen blijken dan de kwaal.

Doch mocht al blijken, dat inderdaad het door Minister AALBERSE gememoreerde bezwaar uit het oogpunt der volksgezondheid technisch ware te ondervangen en dat bovendien op geen andere wijze dan door centralisatie het gevaar voor typhusverspreiding op afdoende wijze zou zijn te bezweren, dan blijft nog de vraag of in dit geval wellicht geen overwegender belangen dan van de volksgezondheid zich tegen centralisatie zouden verzetten. Wij verwachten de tegenwerping, dat deze vraag toch weinig anders dan rhetorisch bedoeld kan zijn, omdat toch wel geen gewichtiger belangen denkbaar zijn dan die der volksgezondheid. Wij moeten hiertegen echter opmerken, dat het gevaar dat het vrije melkbedrijf voor de gezondheid oplevert, een *potentiele* factor is die zich slechts bij tijden — al is dit den laatsten tijd ook zeer vaak het geval — in werkelijke schade zal omzetten, terwijl uit de centraliseering, zooals wij zoo aanstonds hopen aan te toonen, blijvende *actueele* nadeelen voortspruiten en bovendien zeer ernstige nieuwe gevaren voor het volksbelang worden geschapen. De beantwoording der vraag of door een gemeentelijke centraliseering van het melkbedrijf het algemeen belang wordt gediend, eischt dat de verschillende door een dergelijke naasting met elkander in botsing komende belangen tegen elkander worden afgewogen en slaat de balans ten gunste van de door eventueele monopoliseering bedreigde belangen over, dan dient bedoeld monopolie ook onvoorwaardelijk te worden afgekeurd.

De vraag dringt zich op hoe een gecentraliseerd melkbedrijf zou kunnen worden opgezet zonder een algeheele ontwrichting te brengen in het bedrijf van de particuliere melkverkoopers. Wij waren niet in de gelegenheid kennis te nemen van de Zaadamsche regeling; de Amsterdamsche verkeert, naar wij vernamen, nog in het stadium van voorbereiding.

Wij tasten dus voorloopig ten aanzien van de definitieve organisatie van het door de gemeente gecentraliseerd melkbedrijf in het duister (2) en moeten ons houden aan de

(1) Vgl. Handel. Tweede Kamer der Staten-Generaal, zitting 1918/19, blz. 2638.

(2) In zijn ten vorigen jare uitgebracht prae-advies voor de Vereeniging voor de Staathuishoudkunde en de Statistiek (blz. 149) geeft de heer WIBAUT wel aan, hoe hij zich de naasting van een



vingerwijzing, door het bovenbesproken amendement-VAN DER WAERDEN in dit opzicht gegeven. Blijkens de bewoordingen van dit amendement dacht de voorsteller zich de organisatie zoo, *dat de gemeente in de vrijheid van detailverkoop zou ingrijpen*. Immers de gemeenteraad zou onder goedkeuring der Regeering de bevoegdheid krijgen te verbieden, dat andere dan door burgemeester en wethouders daarvoor aangewezen personen die waar binnen de gemeente zouden verkoopen, afleveren of ter aflevering voorhanden hebben. Hoe dan de organisatie op deze grondgedachte verder zou worden opgebouwd, de voorsteller liet er zich niet over uit. Denkbaar zou zijn — al achten wij het niet zeer waarschijnlijk, dat de heer VAN DER WAERDEN een voorstander van dezen bedrijfsvorm zou zijn — dat het particulier initiatief zooveel mogelijk werd in stand gehouden door keuze van een zgn. *gemengden bedrijfsvorm*, waarbij zoowel de gemeente als de particuliere ondernemers financieel geïnteresseerd zouden zijn en ook de leiding van het bedrijf door deze gemeenschappelijk werd uitgeoefend.

Wij achten toch de mogelijkheid niet uitgesloten, dat deze wijze van exploitatie, die in Duitschland veelvuldig wordt toegepast ten aanzien van een van nature voor monopolisatie aangewezen bedrijf als de electriciteitsvoorziening (1), ook ware pasklaar te maken voor een gemeentelijke onderneming als het gecentraliseerde melkbedrijf.

In een stad als Amsterdam zou aanvaarding van den gemengden bedrijfsvorm zeker worden vergemakkelijkt door de samenwerking, welke hier reeds op particulier gebied is bereikt in de Vereeniging van Amsterdamsche Melkinrichtingen (V. A. M. I.).

Intusschen, ook bij aanneming van deze op den grondslag

bedrijf denkt, dat reeds feitelijk in een kartel is geconcentreerd. Die naasting zal volgens hem het bedrijf ongestoord laten voortwerken; alleen de aandelen zullen van eigenaar veranderen en in handen der gemeente overgaan. De leiding van het bedrijf zal bij dien overgang in dezelfde handen *kunnen* blijven en in den regel ook *blijven*. Het spreekt echter vanzelf, dat de naasting van een niet reeds feitelijk gemonopoliseerd bedrijf heel wat meer ingewikkeld is. Vgl. voor het vraagstuk der organisatie van overheidsbedrijven het bekende artikel van **Dr. Bos**, *Het Beheer van Staatsbedrijven*, in *Vragen des Tijds* 1908, dl. I, blz. 234 vlg. en 243 vlg.

(1) Vgl. hierover o. a. RICHARD PASSOW, *Die gemischt privaten und öffentlichen Unternehmungen auf dem Gebiete der Elektrizitäts- und Gasversorgung und des Strassenbahnwesens*, Jena 1912. Ten onzent kwam dit onderwerp aan de orde tijdens de debatten in de Tweede Kamer over het hoogovenbedrijf en de Djambiconcessie aan de Kon. Nederlandsche Petroleummaatschappij. Vgl. de artikelen van Prof. E. VAN ITERSOM in *Economisch-Statistische Berichten* van 29 Mei 1918 en 3 Juni 1918.

van het amendement-VAN DER WAERDEN voor de particuliere ondernemers wellicht nog meest gunstige mogelijkheid zal het resultaat der centraliseering toch steeds moeten zijn, dat tal van verkoopers eenvoudig uit hun bedrijf worden ontzet. Zijn tegen een dergelijke ontzetting geen andere juridische bezwaren aan te voeren dan die ontleend aan een verouderde theorie omtrent de grenzen der gemeentelijke autonomie (1)?

Wij willen om een antwoord op deze vraag te vinden ons duidelijk rekenschap geven van de beteekenis van het ondernemen door de gemeente van de gelegenheid om het vrije bedrijf uit te oefenen. Wat geschiedt eigenlijk bij de vestiging van het bedoelde monopolie? In het spraakgebruik zou men zeggen: een geheele categorie van kooplieden wordt „uit hun zaak gestooten”. Voorzoover men onder zaak verstaat de uitoefening van een tak van handel is het spraakgebruik zeker volkomen correct, doch dan betreft de uitdrukking weer de bedrijfsvrijheid, die wij nu een oogenblik met rust willen laten.

Het woord „zaak” heeft echter nog een anderen zin: zij is ook voorwerp van rechtshandelingen en als zoodanig een afzonderlijk samenstel van lichamelijke zaken en van rechten en verplichtingen. In dien zin rekent men ook de beklanting er toe te behooren, en zooals vanzelf spreekt den handelsvoorraad.

Welnu, gaat de gemeente monopoliseeren, dan houdt die „zaak” als zoodanig op te bestaan, zij wordt uit elkander gerukt als afzonderlijk vermogensobject en valt uiteen in een aantal deelen, die ieder op zich zelf van weinig belang zijn, terwijl andere integreerende bestanddeelen als de beklanting geheel verdwijnen. Zijn hiertegen geen bezwaren van juridischen aard in te brengen?

Enig houvast in de rechtspraak hetzij van de administratie, hetzij van de rechterlijke macht zou ons bij ons verder onderzoek te stade komen. Voorzoover wij hebben kunnen nagaan is de vraag, die ons bezighoudt, echter nimmer aan het oordeel der administratieve macht onderworpen (2). Wel vinden wij in de nieuwere jurisprudentie van den Hoogen Raad een uitspraak, die ofschoon niet rechtstreeks ons onderwerp betreffende, toch voor ons van belang is om een der bij dit arrest door het college verworpen cassatiemiddelen.

Wij bedoelen het arrest van 30 Juni 1913, *W.* 9524 betreffende de verordening op den afslag van visch te Enkhuizen. Art. 1 dezer verordening luidde aldus: „Het uitsluitend recht tot het afslaan van visch in de gemeente Enkhuizen berust

(1) Zie hierboven blz. 138 vlg.

(2) In het Provinciaal Verslag van Zeeland over 1856 wordt als de zienswijze der Regeering opgegeven, dat bij een plaatselijke verordening niet kan worden bepaald, dat alle in de gemeente aangebrachte versehe visch niet dan bij afslag en in het openbaar zal

bij het gemeentebestuur en moet plaats hebben in het van gemeentewege verstrekte gebouw". Door den eischer in cassatie werd aangevoerd, dat het maken van het recht om visch af te slaan tot een uitsluitend recht (monopolie) van het gemeentebestuur (art. 1 der verordening), nog wel ondersteund door een verbod om visch te lossen of te laden in een voor het publiek bestemde gemeentehaven, voorzover die visch niet aan den afslag is verkocht (art. 20a der verordening), een ongeoorloofde beperking van den eigendom was.

Art. 625 B. W. werd hier dus in het geding gebracht.

De H. R. verwierp het cassatiemiddel op grond van de overweging: „dat deze beide bepalingen (n.l. de artt. 1 en 20a der verordening), als regelende den openbaren afslag van visch binnen de gemeente Enkhuizen, betreffen de huishouding dier gemeente en dus vallen binnen de grenzen bij art. 135 der Gemeentewet aan de wetgevende bevoegdheid der gemeente gesteld" . . . dat zij ook geen ongeoorloofde aantasting van den eigendom der bijzondere personen inhouden, de eerste niet omdat eene regeling van eene wijze van verkoop van waren, zoo zij den eigendom ook al aantast, toch zeker niet neerkomt op eene ontzetting uit dien eigendom, doch slechts inhoudt eene bij art. 625 B. W. geoorloofde beperking daarvan" enz.(1).

Tegen deze uitspraak van den H. R. is zeker weinig in te brengen. Het cassatiemiddel scheen dan ook in den vorm waarin het werd opgedischt, een weinig chicaneus. Van meer belang wordt echter art. 625 B. W. als we in plaats van het hier door ons hoogste rechtscollege in bescherming genomen gemeentemonopolie op den afslag van visch eens stellen een heel wat verder in de bedrijfsvrijheid ingrijpend monopolie in het belang der volksgezondheid als de centraliseering van het melkbedrijf. Dan wordt immers door het ontnemen van de vrijheid om het bedrijf uit te oefenen een aanslag gepleegd op de zaak als *vermogensobject*. Nu zal de gang van zaken in dit geval wel deze zijn, dat de handelsvoorraad — gesteld dat deze bij het in werking treden der centraliseeringsverordening nog bestaat en hij voor overname voldoende groot is — door de gemeente wordt overgenomen; de gemeente zou hiervoor desnoods nog den wettelijken weg kunnen volgen, aangegeven in art. 69 en volgende der Onteigeningswet. Echter worden ook andere bestanddeelen van de zaak, als de beklanting, feitelijk door de gemeente overgenomen waarvoor geen wettelijke weg is aangewezen, terwijl de overige bestanddeelen te zamen geen „zaak" en ook geen „gedeelte

mogen worden verkocht. Doch deze uitspraak heeft natuurlijk voor ons geen waarde meer, omdat zij werd gegeven onder vigueur van de Patentwet.

(1) Wij cursiveeren.

van een zaak" meer vormen, doch eenvoudig een verzameling van op zich zelf staande vermogensobjecten zijn. De „zaak" wordt dus feitelijk onteigend — dit woord dan genomen in materieelen zin — en voor den billijken gang van een dergelijke onteigening zijn nergens waarborgen geboden. *De onteigenende partij zal het bedrag der schadeloosstelling ten slotte naar eigen goedvinden kunnen vaststellen en dit is iets, dat tegen onze rechtsbegrippen indruischt.*

Want onverschillig of men de zaak beschouwt als een rechtsobject of als een feitelijke factor in het handelsverkeer (1), haar reëel bestaan en bovenal haar financieele beteekenis als afzonderlijk vermogensbestanddeel valt niet te miskennen.

De organisatorische vraag heeft ons vanzelf gebracht op de financieele, die der schadeloosstellingen en wij hebben een nieuw o. i. overtuigend argument gevonden ten bewijze, dat een gemeentelijke „centraliseering van het melkbedrijf" op den grondslag van het amendement-VAN DER WAERDEN althans onder de tegenwoordige omstandigheden (bij het ontbreken van een onpartijdige regeling van de schadeloosstellingen) ontoelaatbaar is te achten. Kan op art. 625 B. W. dan geen beroep worden gedaan, omdat de affaire nog niet haar plaats in de juridische begrippenwereld heeft verworven, dan is de Kroon daar om te waken, dat de rechtmatige belangen harer ingezetenen niet worden verkort. Want een precedent in het melkbedrijf lokt straks andere proefnemingen op dit gebied uit: *het algemeen belang der rechtszekerheid wordt in gevaar gebracht!*

Men zal tegenover het boven verdedigde standpunt zich misschien willen beroepen op het tijdens de behandeling in de Tweede Kamer van art. 4 der Hinderwet gesprokene en ons daarbij tegenwerpen, dat dit nog wel geschiedde onder vigeur van de subjectiefrechtelijke opvattingen van de bedrijfsvrijheid.

In de zitting van de Tweede Kamer van 5 Mei 1875 stelde n.l. de afgevaardigde VAN ECK als amendement op art. 4 van het ontwerp-Hinderwet voor, om in bepaalde gevallen schadeloosstelling te geven aan hen, die aldus door een plaatselijke verordening in de verdere uitoefening van hun bedrijf waren verhinderd. Dit amendement werd toen verworpen, omdat men de vraag of schadevergoeding moest worden gegeven wilde overlaten aan het gemeentebestuur. Welnu, bij een wettelijk geoorloofd gemeentelijk monopolie

(1) Vgl. hierover de literatuur aangehaald bij MOLENGRAAFF, Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsch Handelsrecht, (3e dr., 1915), blz. 74 en KIST—VISSER, Beginselen van Handelsrecht, dl. I, blz. 59 vlg.

als dat op het slachtersbedrijf is de regeling der schadeloosstelling aan de gemeenten overgelaten; waarom zou men dat ook niet kunnen doen bij een monopolie in het belang der volksgezondheid als dat op het melkbedrijf?

Men voelt dat de vergelijking niet opgaat. Het slachtersbedrijf wordt immers in den regel niet afzonderlijk uitgeoefend, doch gewoonlijk is bij het ontbreken van een gemeentelijk abattoir hij, die het vee slacht, tegelijk verkooper van het vleesch.

Alleen daar, waar dit bij uitzondering niet het geval zou zijn, waar dus een particulier tegen vergoeding vee van anderen slacht, zou aanleiding tot schadeloosstelling bestaan en voor dergelijke sporadische gevallen mag zeker in de billijkheid van het gemeentebestuur genoegzaam vertrouwen worden gesteld.

Bij een centraliseering van het melkbedrijf geldt het echter de broodwinning van een zeer belangrijke categorie uit den handeldrijvenden stand, die op dat oogenblik meerendeels geen ander middel van bestaan heeft.

Wie zal hier op onpartijdige wijze de belangen der uit hun affaire gestootenen behartigen? Aan het gemeentebestuur mag dit zeker niet worden overgelaten.

Om de zaak van de gemeentelijke monopolies in het belang der volksgezondheid recht te doen wedervaren, willen wij opmerken, dat het bovengenoemd bezwaar hoofdzakelijk gaat tegen een regeling, die het detailbedrijf aantast. Ware een vorm te vinden voor een organisatie, waarbij de gemeente alleen als grossier optrad, terwijl de detailverkoopers in hun zaak werden gelaten onder verplichting al hun melk van de gemeente te betrekken, onze bedenkingen ten aanzien van het vraagstuk der schadeloosstellingen zouden veel van haar grond verliezen.

Wij merken echter op, dat toen tijdens de behandeling van het amendement-VAN DER WAERDEN in de Tweede Kamer het punt der schadevergoeding aan de orde kwam, van socialistische zijde blijkbaar voortdurend werd uitgegaan van de gedachte dat een gemeentelijk monopolie op het melkbedrijf den vrijen detailverkoop onmogelijk zou maken. Over een organisatie, waarbij de gemeente slechts als grossier zou optreden, werd zelfs niet gesproken.

Wij komen aan een vierde punt: *het economisch belang van de melkvoorziening binnen de betrokken gemeente*. Zal na de centraliseering van het melkbedrijf een voldoende hoeveelheid melk worden beschikbaar gesteld voor de ingezetenen?

Men bedenke, dat melk wordt gerekend onder de eerste levensbehoefte. Dreigt dus bij een monopoliseering gevaar voor een behoorlijke voorziening van de gemeente, dan wordt een levensbelang van de bevolking geraakt en bestaat alweer

een reden te meer voor de Kroon om het zwaard der vernietiging naar de schadelijke verordening uit te strekken. De eerste melkleveranciers zijn de veehouders en wie de mentaliteit der plattelanders kent, is weinig optimistisch gestemd ten aanzien van hun inschikkelijkheid tegenover een gemeentelijke reglementeering van hun vrijheid van leverantie. Het georganiseerd verzet der boeren tegen de door de gemeente Amsterdam aangewezen aanvoer-centrales ligt nog versch in het geheugen en ongetwijfeld zal dit verzet nog toenemen naarmate de leverantievrijheid meer aan banden wordt gelegd.

Niet alleen toch de aanvoer-centrales zijn een onontkoombare eisch bij een gemonopoliseerd melkbedrijf, maar ook de ambtenarij, het cauchemar van den vrijen buitenman. Is dan niet te verwachten dat het georganiseerd verzet van het platteland op nog grootere schaal dan te voren zal herleven? Andere leveranciers zijn moeilijk te vinden, de boeren zijn meest overal in dit opzicht gelijk in hun antipathieën en dus zou de gemeente haar melk uit het buitenland moeten betrekken, wat echter vooral in de tegenwoordige omstandigheden zeker op ernstige bezwaren zou stuiten.

Wij aarzelen niet het hier aangevoerd gravamen als een bezwaar van den tweeden rang te bestempelen. Het betreft immers voor een deel een ingeworteld vooroordeel bij de plattelandsbevolking, een goeddeels *materieele* factor, waar tegenover staat de *idééle* van de bevordering der volksgezondheid door de centralisatie van het bedrijf. Doch een ernstig bezwaar blijft het, omdat *welke de motieven ook mogen zijn die de boeren bij hun verzet leid-n, het materieele resultaat is, dat de melkvoorziening der betrokken gemeente wordt in gevaar gebracht.* Ook uit dit oogpunt beschouwd kan niet worden beweerd, dat dit „gemeentelijk monopolie ten dienste van de volksgezondheid” in het algemeen belang zou zijn. Waar de voorziening met een eerste levensbehoefte op het spel staat moet in het alternatief: afdoende contrôle, maar onvoldoende melkvoorziening of voldoende melkvoorziening maar — en dit is voorshands nog twijfelachtig. zoolang daarvoor niet het onweerlegbaar bewijs is geleverd — onvoldoende contrôle, voor het laatste worden gekozen.

Wij geven toe, dat bij voortschrijding van de socialisatie-gedachte ook de psyche des veehouders geen onvermurwbare rotsgrond zal blijken, m. a. w. dat in de toekomst het hier genoemde bezwaar wellicht veel van zijn beteekenis zou kunnen verliezen vooral wanneer de gemeente voor haar bedrijf een vlotte organisatie weet te ontwerpen, voorshands moeten wij echter ook in dit opzicht strijd met het algemeen belang aannemen.

Ten slotte nog een enkel punt, waarop reeds Minister

AALBERSE tijdens de behandeling in de Tweede Kamer van het amendement-VAN DER WAERDEN op art. 15 der Warenwet wees: Het melkbedrijf staat niet op zichzelf, doch hangt ten nauwste samen met andere handelstakken. Een gemeente, die zelf den melkverkoop, ter hand neemt met uitsluiting van het particulier bedrijf ten deze, zal zich spoedig geroepen vinden ook den verkoop van zuivelproducten als boter en kaas tot zich te trekken. Straks volgt wellicht op de vestiging van een gemeentelijk monopolie op het melkbedrijf, die van andere monopolies in het belang van de volksgezondheid. Het precedent werkt immers als een olievlek en zoo zal de bedrijfsvrijheid ten slotte worden geabsorbeerd door den socialisatiedrang. Mr. TREUB laat terecht zijn waarschuwing hooren, dat het staatsmonopolie op elk terrein, waarop particuliere ondernemingen zonder concessie van overheidswege kunnen werkzaam zijn tot de noodzakelijkheid leidt van veel verder gaande beperkingen van de bedrijfsvrijheid dan als rechtstreeksch gevolg er van worden bedoeld (1).

Voor hen, die in socialisatie het summum van economische wijsheid zien, zal dit bezwaar niet gelden, doch zij, die met ons de bedrijfsvrijheid juridisch beschouwen als een sociale functie, zullen ten deze huiverig zijn voor het precedent.

De resultaten van ons onderzoek samenvattend, komen wij tot de volgende conclusies:

1°. Vestiging van een ander dan uitdrukkelijk wettelijk geoorloofd gemeentelijk monopolie in het belang der volksgezondheid op een niet van nature voor overheidsexploitatie aangewezen bedrijf is niet in strijd met het bepaalde in art. 150 der Gemeentewet in verband beschouwd met art. 15 der Warenwet, evenmin met art. 135 der Gemeentewet, tenzij men aan laatstbedoeld artikel een verouderde historische interpretatie geeft.

2°. De bedrijfsvrijheid is naar de tegenwoordige opvattingen juridisch beschouwd geen subjectief recht — een constructie die trouwens wijsgeerig onhoudbaar is —, doch een sociale functie, een factor ten dienste van het algemeen belang.

3°. Ongeoorloofde inbreuk op de bedrijfsvrijheid is onder dit gezichtspunt in de vestiging van een monopolie als bovenbedoeld derhalve alleen dan te zien, wanneer die monopolisatie in strijd is met het algemeen belang, maar tevens

4°. Waar de bedrijfsvrijheid een sociale functie is, mag zij alleen dan ten behoeve van de volksgezondheid worden opgeheven, als onwederlegbaar is aangetoond, dat het gevaar voor de volksgezondheid, dat uit een bepaald bedrijf voortvloeit, op geen andere wijze afdoende is te keeren en dat dit

(1) Mr. M. W. F. TREUB, t. a. p. blz. 22.

laatste door centralisatie van het bedrijf wel kan geschieden. Is zulks niet aan te toonen, dan is de monopolisatie in strijd met het algemeen belang te achten.

5°. Een gemeentelijke centralisatie van het melkbedrijf moet onder de tegenwoordige omstandigheden in strijd geacht worden met het algemeen belang, omdat

1°. uit de centralisatie nieuwe groote gevaren voor de volksgezondheid ontstaan;

2°. de melkvoorziening van de betrokken gemeente er door in gevaar wordt gebracht.

6°. Een dergelijke centralisatie strijdt voorzoover zij is gebaseerd op de grondgedachte van het amendement-VAN DER WAERDEN op art. 15 der Warenwet ook met onze rechtsbegrippen, omdat in dit geval de onteigenende partij zelve de schadeloosstellingen zou moeten bepalen. Waar een precedent ten deze den weg effent voor vestiging van nieuwe gemeentelijke monopolies in het belang der volksgezondheid, wordt bij het ontbreken van een onpartijdigen rechter voor de begroting der te vergoeden schade, het algemeen belang der rechtszekerheid in gevaar gebracht.

's-Gravenhage



*Oriënteerend handboek over de staatsinrichting  
van Nederland, door G. H. Mouw, 1919.*

Het is waarlijk geen gemakkelijke taak een handboek te schrijven over de staatsinrichting, dat geschikt is voor het onderwijs aan een H. B. S., omdat het zoo uiterst moeilijk is beknopt en toch duidelijk de vrij uitvoerige stof te behandelen, zonder oppervlakkig te worden. De schrijver behoort volkomen boven de stof te staan, anders doet hij beter zich niet aan dit werk te wagen.

Tot onzen spijt kunnen wij dat niet zeggen van den schrijver van het boekje dat voor ons ligt. Zonder eenige pretensie is hij niet te werk gegaan. Hij wil niet alleen geven een parafrase van grondwet en wet, „maar ook en vooral het vloeiende en zich vervormende in onze rechtsontwikkeling schetsen”, een loffelijk voornemen, maar dat aan den auteur hooge eischen stelt.

Het wil ons nu voorkomen, dat zeer belangrijke gebreken aan dit werkje kleven.

Zeker tracht de schrijver de historische methode te volgen. Maar met welk een eenzijdigheid en met hoe weinig deskundigheid!

De historische ontwikkeling biedt den auteur geen moeilijkheden: hij is immers geloovig aanhanger van het simplistische dogma, dat de machtsverhoudingen in de maatschappij en deze alleen, de rechtsverhoudingen bepalen. Voor den nieuweren tijd natuurlijk de tegenstelling bourgeoisie en proletariaat.

Zoo is het boekje buitengemeen geschikt om de leerlingen in de Marxistische wijsheid op te voeden. Maar het is zeer de vraag of het dan nog bruikbaar is als leidraad bij het onderwijs aan openbare inrichtingen. De voorbeelden liggen voor het grijpen. Op pag. 10 wordt geleerd, dat de opleving van de politieke belangstelling der „bourgeoisie” niet anders is te verklaren, dan in verband met haar maatschappelijke positie als klasse. Daarvoor diende het leerstuk der volkssoevereiniteit, dat alleen beduidde „sovereiniteit van hun (de bourgeois) klasse”. Hoe het dan komt, dat uit dien kring der bourgeoisie zelve voortdurend aandrang tot uitbreiding van het kiesrecht voortkwam, wordt gemakshalve niet verklaard. Evenmin wordt er op gewezen dat THORBECKE reeds in 1844 het algemeen kiesrecht als consequentie der liberale staatsopvatting heeft aangewezen. Op pag. 22 wordt, alsof daarmee alles was gezegd, het recht gedefinieerd als „het

samenstel van rechtsregelen en voorschriften, welke uit de machtsverhoudingen tusschen individuen onderling en tusschen groepen van individuen der maatschappij voortvloeien". Op pag. 79 worden mir nichts dir nichts als eenige motieven voor de standenonderscheiding in de M.E. „economische oorzaken" aangewezen. Pag. 86 leert ons, dat de leden van alle tegenwoordige partijen (de „burgerlijke" en de „socialistische") zich aaneensluiten „op een maatschappelijk program", alsof dat het eigenlijke en eenige is, dat de partijverdeling beheerscht. Overal zonder verder betoog dezelfde eenzijdige en zoo uiterst eenvoudige voorstelling.

Maar ook is de schrijver allerminst deskundig, waar hij de geschiedenis der staatsinstellingen bespreekt. Ook hiervan geven wij enkele voorbeelden. Blijkbaar is hem niet bekend dat de politiek der Fransche koningen juist gericht was op verzwakking van den adel, anders had hij moeilijk kunnen zeggen (pag. 80) dat de absolute vorst zich steeds meer bij adel en geestelijkheid, uit vrees voor „de dreiging van het economisch overwicht van den derden stand", aansloot. Ook heeft hij weleens de klok hooren luiden maar weet hij niet nauwkeurig waar de klepel hangt, als hij in drie bladzijden (pag. 131 v.v.) een schets tracht te geven van de rechtsontwikkeling van den Germaanschen tijd af tot heden toe! Natuurlijk is het beter te zwijgen, dan zoo schematisch te werk te gaan, de leerlingen hebben er in elk geval niets aan. En tenminste was het niet noodig geweest b.v., de enormiteit neer te schrijven, dat het recht, dat als grondslag bij de rechtspraak van de volksvergadering diende, gewoonterecht was „aangevuld door het Godsoordeel"! Het materiele recht, aangevuld door een bewijsmiddel! Ook werkt het verwarrend te lezen (pag. 133) dat de instelling van den Geheimen Raad door de Bourgondiërs diende om meer eenheid in de rechtspraak te brengen, terwijl dit college niet dan bij uitzondering tot rechtspraak geroepen was. En zoo is er meer. Of ook wel deelt de schrijver niet verder toegelichte en daardoor volslagen onbegrijpelijke feiten mede. Wat heeft men er aan te weten, dat de „mark" een factor was bij het ontstaan der gemeenten, als van de mark niet meer wordt medegedeeld, dan dat zij een „zelfstandige bestuursorganisatie" was.

Misschien kan men zich troosten met de gedachte, dat van de historische beschouwingen wel weinig bij den leerling zal blijven hangen. Was nu maar de uiteenzetting van het hedendaagsche recht duidelijk en juist. Doch het tegendeel is het geval. Het boek wemelt van onnauwkeurigheden en onjuistheden.

Ik noem weer eenige voorbeelden. Op pag. 15 wordt verhaald, dat de grondwetsherziening van 1887 onder tegenstand van a.-r. en katholieken is tot stand gekomen, hoewel deze ten-

slotte meerendeels hebben voorgestemd. Op pag. 24 leert de auteur ons, dat in een parlementaire monarchie de vorst „krachtens de grondwet” regeert, alsof deze quaestie iets met het al dan niet bestaan van het parlementaire stelsel te maken had. Pag. 29 geeft de zonderlinge voorstelling, dat de term „naar welgevallen” bij het ontslag van ministers, die reeds van 1815 dateert, iets met parlementarisme zou hebben uit te staan. Pag. 33 leert in strijd met art. 2 Grw., dat de grondwet alleen voor de koloniën geldt „als zulks uitdrukkelijk wordt bepaald”. Pag. 51 maakt ons wijs, dat de burger „zelf geen recht mag vaststellen, waardoor (N.B.) zoogenaamde eigen richting is uitgesloten”, „richting” dus scil. = „vaststelling van recht”! (1).

Het best is de beschrijving van provinciaal- en gemeenterecht — al hadden o.i. verschillende bijzonderheden kunnen zijn

(1) Nog eenige voorbeelden.

Pag. 40 noemt «oude costumen en gewoonten» «afspiegeling van de natuurrechtelijke vrijheden». Pag. 61 leert, dat de premier de wetsvoorstellen medeverdedigt, die in den Ministerraad zijn goedgekeurd; pag. 62, dat een minister aan het meerderheidsbesluit in den Ministerraad gebonden is «omdat» (in plaats van «voorzoover») de eenheid der regeeringsbeginselen naar het oordeel van den Raad daarbij betrokken is. De pag. 65 v.v. geven den indruk, dat «uitvoering» zich oplost in uitvoering der wet; vandaar ook op pag. 66 een veel te beperkte definitie van A. m. v. b. Wat overigens de besluitenregering met ongeoorloofde delegatie te maken heeft, pag. 66, is niet duidelijk. Pag. 74 en 75 bewijzen, dat het verschil tusschen gratie, amnestie en abolitie den schrijver niet duidelijk is. Dat de afgevaardigde «heeft te voldoen aan de door hem bij zijn verkiezing vooropgezette program-punten» (pag. 78) en dat «de regeering eigenlijk niet anders is dan de uitvoerder van den wil der Kamermeerderheid» (pag. 114) past misschien in 's schrijvers politiek systeem, maar niet in onze constitutie. Tendentieus is de voorstelling op pag. 89 dat de zoog. «clericale» partijen, dus ook h.v. a.-r. en c.-h. «overwegenden invloed op het staatkundig leven wenschen» o.m. «van kerkgenootschap of priesterschap». Het ligt zeker niet op den weg van een leeraar M. O. zijn leerlingen op deze wijze voor te lichten! Pag. 99 geeft den inhoud van een wettelijke regeling van de combinatie van Kamerlidmaatschap met bezoldigde staatsbetrekkingen, terwijl een wettelijke regeling in 't geheel niet bestaat. Pag. 103 geeft een onjuiste voorstelling van een onderdeel der E. V. Hier had niet de gewone kiesdeeler mogen zijn gebruikt. Pag. 113 is zeer verward t. a. v. de onderscheiding wet in mat. en form. zin; pag. 124 volkomen onbegrijpelijk over de staatsrechtelijke beteekenis van de begrootingswet. Bij staat van oorlog gaat geenszins, zooals schrijver (pag. 122) beweert «alle gezag over op de militaire overheid». De onderstelling, dat de Staten-Generaal ooit «de geheele begrooting» zouden verwerpen (pag. 125) is absurd; misschien dacht de schrijver aan zoiets als verwerping van Hoofdstuk I. Pag. 119 noemt de onderteekening door den Minister van Justitie van de uitgifte van een wet «contraseign» wat onjuist en verwarrend is.

weggelaten — omdat de schrijver zich hier bescheidenlijk bepaalt tot parafrazeeren van de wet. Zelfs zijn de schema's op pag. 150 en 174 zeer bruikbaar.

Alles tezamen genomen kunnen wij echter dit geschrift, dat bovendien zeer onevenwichtig is, b.v. een geheele troonrede citeert en onevenredig veel over civ. en crim. procesrecht inhoudt, niet aanbevelen. Niet voor het onderwijs aan de H. B. S., ook niet aan „ieder die belang stelt in het bestuur van het Rijk in Europa” (voorwoord). Uit paedagogisch opzicht moet bezwaar worden gemaakt tegen de eenzijdigheid en oppervlakkigheid van deze handleiding. Maar misschien kan de schrijver, die onderhoudend vertelt, beter. Als hij maar niet verder tracht te reiken dan zijn arm lang is en alle gedachte aan propaganda voor bepaalde systemen bij het schrijven op zij zet.

*Utrecht*

DE SAVORNIN LOHMAN

*Het Torrensstelsel in Suriname.* — Openbare voordracht gehouden bij de aanvaarding van zijn ambt als lector in het Burgerlijk en Administratief Recht aan den landmeterscursus der Landbouw-Hoogeschool te *Wageningen* op Woensdag 8 October 1919 door A. VAN DER DEURE, jur. cand. — H. VEENMAN, *Wageningen*, 1919.

Toen ik de bovenvermelde rede waarmede de heer VAN DER DEURE zijne lessen aan de Wageningische Hoogeschool geopend heeft inzag, dacht ik een oogenblik aan een bekende juist dien dag bij een der Haagsche kunsthandelaars geëtaleerde gravure „Mozart aan het Hof van Maria-Theresia”.

Burgerlijk en Administratief recht doceeren, althans goed doceeren, is, dacht ik, voorwaar geen kleinigheid en wanneer men reeds als jur. cand. daartoe den moed heeft dan moet men bezitten wat de jeugdige Salzburger reeds als kind niet ontbeerde. Intusschen bleek al ras, dat zoo de spreker inderdaad candidatus juris was hij tevens landmeter is. Het is geen jongmensch, maar een man van positie in de volle kracht van het leven, die juridische studiën gemaakt heeft en nog maakt, die aan het woord is. Voor de opleiding der toekomstige landmeters gelukkig — immers het is steeds een voorrecht, zoo de docent het vak waarin hij zijne leerlingen moet bekwamen uit eigen ervaring kent — al zal natuurlijk het onderwijs dat deze behoeven, zal het werkelijk voldoen, wetenschappelijk moeten zijn.

Zal dit het geval zijn? Waarom niet? Dat in de openbare voordracht de vonken der genialiteit die zich bij den jongen Mozart lieten bemerken nog niet dadelijk in het oog springen, bewijst niets.

Intusschen het eerste gedeelte der voordracht lijkt mij niet bijzonder gelukkig. Men krijgt een kort overzicht van de regeling der eigendomsoverdracht en van het hypothecair stelsel zóó in het Romeinsche en Germaansche als in het Fransche, Nederlandsche en Duitsche recht, waarna men ten slotte belandt bij het bekende Torrensstelsel waarvan de spreker een vurig aanhanger is. Nu laat zich in een zevental bladzijden omtrent zulk een belangrijk onderwerp niet veel en zeker niet veel nieuws zeggen en wanneer ik mij een

opmerking mag veroorloven, dan zou het deze zijn dat het overzicht te lang is om niet onvolledig te zijn.

Wanneer men het negatief stelsel kritisch bespreekt moet men ook de aandacht vestigen op de verjaring en wanneer men de verdiensten van een positief stelsel uit het oogpunt der rechtszekerheid beschrijft, mag men zijn hoorders niet onwetend laten met het feit, dat er wel eens een strijd is tusschen recht en rechtszekerheid. En wanneer men ten slotte de voordeelen van het Torrensstelsel uiteenzet, mag men weder niet nalaten er op te wijzen, dat dit als het ware de incarnatie is van de mobiliseering van den grondeigendom en dat er daarom waren, die onze Nederlandsche maatschappij van vóór den oorlog daarvoor nog niet rijp achtten. Er zijn nu eenmaal lieden, die meenen, dat, zoo ergens dan waar het geldt den grondeigendom speciaal van landelijke eigendommen, de rechten bestaan ten einde de vervulling van plichten mogelijk te maken en dat de gelukkige bezitter van een aandeel in een naamlooze vennootschap ten opzichte van zijn eigendom in eene andere positie verkeert dan de eigenaar van eene hoeve met bijbehorend land.

Nu neem ik aan, dat die lieden geheel middeneeuwsch denken, maar dat de oppositie tegen het Torrensstelsel of onverklaarbaar is of zoo bekrompen, dat het dwaas zou zijn er een woord aan te verspillen zal misschien ook de heer v. d. D. nog niet aannemen.

Het Torrensstelsel moge in Australië, een jong land, voldaan hebben en zal misschien in Suriname, waar men op crediet belust is, ofschoon men dit in den loop der eeuwen meermalen niet juist tot zegen der kolonie in rijke mate gehad heeft, voldoen, daaruit volgt nog niet, dat het ook hier te lande zou hebben voldaan.

Trouwens het is niet geheel vrij van reclame om van „het „Torrensstelsel in Suriname” waarop het tweede gedeelte der rede betrekking heeft te spreken. Het is toch vooreerst een vogel in de lucht! Gelijk men weet uit het rapport der bekende Suriname-commissie is de eigendom van onroerende goederen, zooals het in de zestiger jaren in Suriname ingevoerde Burgerlijk Wetboek dien kent feitelijk bij particulieren aldaar niet aanwezig. De meeste gronden zijn zoo niet in erfpacht dan toch uitgegeven in zoogenaamden „allodialen eigendom en erfelijk bezit” dat den gerechtigde zonder twijfel een zakelijk recht geeft maar waarvan het karakter niet vaststaat.

Volgens de Suriname-commissie — de phrases van ministers, waarnemende en werkelijke gouverneurs die de spreker ons uit het archief van het Departement van Koloniën mededeelt, hadden zonder bezwaar ongepubliceerd kunnen blijven — zou het recht het meest op een altijddurende erfpacht tegen een vasten canon gelijken, volgens een in 1913 door den

Minister van Koloniën benoemde commissie, welke moest dienen van advies omtrent de herziening der Surinaamsche wetgeving betreffende het beheer der domeinen en de uitgifte van gronden zou meer aan een beperkt eigendomsrecht zijn te denken.

Om nu het verkrijgen van crediet te bevoordeelen zou vervanging van dit recht door werkelijk eigendomsrecht gepaard met invoering van een kadaster — men doet het in Suriname nog steeds zonder — aanbeveling verdienen, althans zoo meent die commissie, hetwelk dan gepaard zou kunnen gaan met gelijktijdige invoering van het Torrensstelsel. Aan den heer BOER, den bekenden verdienstelijken strijder voor het Torrensstelsel, tevens lid der commissie, werd nu opgedragen een ontwerp grondboek-verordening in dezen geest op te maken en het is deze ontwerp-verordening — zij schijnt in de koloniale Staten te zullen worden behandeld en dus voorloopig niet te worden „opgelegd” — die de spreker heeft kunnen inzien.

Hij deelt er allerlei bijzonderheden uit mede, waaruit blijkt, dat men wat de rechtsgeldigheid der registers aangaat toch niet in alle opzichten zóóver wil gaan als in Australië, doch zich meer bij het Duitsche positieve stelsel aansluiten.

Eigenaardig is het, dat bezitreechten op verzoek van den bezitter in het grondboek zullen kunnen worden aangeteekend. Is de eigenaar bekend, dan ontvangt hij van zoodanige aanvraag om aanteekening bericht, anders wordt die in de bladen opgenomen. Wordt binnen twee jaar na de boeking van het bezitrecht door of vanwege den eigenaar geen rechtsvordering tot doorhaling van den bezitter op zijn grondboekblad ingesteld dan boekt de grondboekhouder het goed op naam van den bezitter en reikt hem als eigenaar een duplicaat uit. Dus een korte verjaring naar het schijnt zonder dat goede trouw vereischt is.

Is dit werkelijk zoo, dan is het jammer, dat bekende staatslieden uit een vorig kabinet, die door hun liefde tot onrecht uitmunten niet meer een politieke rol vervullen, die hen veroorlooft een dergelijk voorstel te steunen.

Dit tweede gedeelte van de voordracht is interessanter dan het eerste en men leest het met genoegen.

Intusschen, wanneer de spreker aan zijne studenten verzekert, dat „van zekere zijde” steeds wordt beweerd, dat de landmeter van het kadaster te weinig administratief en juridisch ontwikkeld is en dat het zijn streven zal zijn dit tot een legende te maken, dan is er ni fallor een goede weg om dit doel te bereiken namelijk door den wetenschappelijken zin dier leerlingen zooveel mogelijk te ontwikkelen. Dit nu verkrijgt hij, wanneer hij bij zijn onderwijs zoo onpartijdig mogelijk ook op van zijne meening afwijkende denkbeelden,

die de bespreking waard zijn, de aandacht vestigt. Op dit punt heeft de candidatus juris nog niet de hoogte bereikt waarop 35 jaar geleden de voortreffelijke doctores juris, wier lessen ik aan de Leidsche alma mater mocht volgen zich bevonden.

Het zou onbillijk zijn hem dit euvel te duiden. Zulke mannen te bereiken is niet gemakkelijk, maar men kan ze nastreven. Dat de spreker dit doen zal is iets waar men op kan hopen, wanneer men let op het sympathieke slot zijner rede. En zoo mag men aannemen, dat ook deze nieuwe docent een aanwinst zal zijn voor ons onderwijs.

C. S.



1870—1920

*Herdenkingsnummer* ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van het *Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie* (orgaan der Broederschap van Candidaat-Notarissen in Nederland en zijne koloniën).

Eene uitgave als deze doet denken aan nummer 10000 van het *Weekblad van het Recht* en heeft vooral waarde, omdat zij een beeld geeft van de gevoelens van een groep juristen, verschillend van aanleg en beroep, maar die allen in de een of andere qualiteit met het notariaat te maken hebben of gehad hebben. Anno Domini. 1820. Hoe zou men zulk een werk waardeeren, wanneer het eens 250 vroeger was verschenen!

Zal nu zulk een uitgave slagen, dan is het gewenscht, dat de redactie bij de keuze der auteurs zich niet op een eng standpunt plaatst en alleen hen uitnoodigt die met haar in meer of mindere relatie staan. Deze fout, in nummer 10000 van het W. v. h. R. niet geheel vermeden, was van de redactie van het W. v. P., N. en R. niet te vreezen en men kan de uitgave dan ook zeker een succes noemen.

In een bonte rij volgen de producten der zeventien verschillende auteurs elkander op, beginnende met een tot nadenken aanleiding gevend artikel „Herdenking” van den eersten redacteur, prof. SCHOLTEN.

Vogels van diverse pluimage, niet allen nachtegalen, maar die toch geen dissonant laten hooren, al is de hoofdredacteur blijkbaar over aller arbeid niet *volkomen* tevreden. Kan dit echter anders? Trouwens ik troost mij met de gedachte, dat wanneer de voortreffelijke eerste redacteur van het *Weekblad*, mr. J. P. SRENGER VAN EYK, nog leefde, hij vermoedelijk niet teleurgesteld zou zijn. Slechts zou hij, die spoedig nadat hij zich uit de redactie had teruggetrokken naar Indië is gegaan, het waarschijnlijk een leemte geacht hebben dat omtrent het notariaat in Oost- en West-Indië niets is gepubliceerd. Dit neemt echter niet weg, dat de uitgave zeker geslaagd mag heeten en dat de redactie voor de groote moeite, die zulk eene uitgave vordert, op den dank der lezers aanspraak mag maken.

C. S.

# THEMIS

---

## LXXXIste deel — TWEEDE en DERDE STUK

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

---

### **Rechtspraak door anderen dan de van staatswege aangestelde rechters of scheidsmannen in verband met arbitrage en verwante beslissingen van partikulieren**

DOOR

Mr. L. VAN PRAAG

te 's-Gravenhage.

III

§ 4. *Opdracht van beslissing aan één der partijen of aan personen van een partij afhankelijk, tegenover opdracht aan derden.*

Opdrachten tot beslissing van geschillen, verstrekt aan een der partijen, respectievelijk aan vertegenwoordigers van een der partijen, zijn reeds in de vorige paragraaf ter sprake gekomen. B. v. behooren er toe de overeenkomsten van aanbesteding, welke aanleiding hebben gegeven tot de in die § 3 vermelde jurisprudentie van den Hoogen Raad. Eveneens de Algemeene Voorschriften van 1901, voorzoover deze bij geschil de bindende uitlegging van het contract brengen bij hoofdgenieur of rijksbouwmeester, en in beroep bij den Minister. Daarentegen is de in §§ 495—496 dier Voorschriften

bedoelde commissie, derde. Niet alleen in zulke zaken, doch ook in andere processen is meermalen de vraag opgeworpen of opdracht eener beslissing aan een derde en opdracht aan één der partijen (of aan een van deze afhankelijk persoon) rechtens als gelijkwaardig zijn aan te merken. Die vraag kan opkomen zoowel bij de arbitrage in den zin onzer wet als in de gevallen waarin zulk een arbitrage niet is aan te nemen, hetzij op motief dat er niet is een geschil over bestaande rechtsverhouding, hetzij omdat aan een ander voor arbitrage bij de wet gesteld vereischte niet is voldaan.

Bij arrest van 11 Maart 1904 *W.* 8046, *R.spr.* 196 55, *P. v. J.* 333, heeft de Hooge Raad, in het gegeven geval arbitrage aanwezig achtend (114), de stelling verkondigd dat ook een der partijen scheidsman kan zijn, omdat art. 626 in verband met art. 30 no. 1 *Rv.*, enkel een na de benoeming opgekomen persoonlijk belang als reden tot wraking vermeldt. En ook het in noot 105 reeds aangehaalde arrest van 25 April 1895 schijnt, hoewel dit niet geheel zeker is (115), dezelfde opvatting te hebben aangehangen. Die arresten zijn gevolgd o.a. bij het boven bl. 44 genoemde vonnis der Rechtbank te Rotterdam van 8 Januari 1906. Maar deze meening vond een m. i. gewettigde tegenkanting, die in de idee der instelling van scheidsrechters haar voornaamste argument zoekt. Het motief toch van den Hoogen Raad, ontleend aan de zooeven genoemde wetsbepalingen, zal, als louter indirekt, moeten wijken voor het zooveel sterkere der onvereinigbaarheid van hetgeen met de instelling van scheidsrechters wordt bedoeld eenerzijds en opdracht aan een der partijen aan den anderen kant. Bestaat die onvereinigbaarheid, dan was het ook onnoodig

(114) Daarom trent vgl. in § 5.

(115) Zie hieronder blz. 167.

dat de wet, wraking toelatend wegens later opgekomen persoonlijk belang, haar mede veroorloofde in het geval van opdracht aan één der partijen, welke de wet dan immers niet als bestaanbaar had te onderstellen, terwijl er sprake kan zijn van persoonlijk belang bij de uitspraak, al is de scheidsman niet zelf partij of van deze afhankelijk. Nu zal, wil het mij voorkomen, hij die zelf partij is, niet kunnen uitoefenen *rechtspraak* in eigen zaak, omdat partij zijn menschelijkerwijs partijdigheid medebrengt; al zijn zeldzame uitzonderingen hierop denkbaar, daarmede mag praktisch niet worden gerekend. Hetzelfde behoeft niet eveneens te worden aangenomen bij elk persoonlijk belang, dat enkel een *kans* van partijdigheid geeft. Die kans is niet voldoende om alle gedachte aan rechtspraak uit te sluiten; maar een waarschijnlijkheid, naderend tot wiskundige zekerheid is daartoe wèl voldoende, want onpartijdigheid is bij alle rechtspraak het vóór alles noodige.

Voor al de Rechtbank te Leeuwarden heeft bij haar in *Themis* 1919 bl. 434—435 vermelde vonnis van 20 Nov. 1913 arbitrage door één der partijen niet erkend, èn op de t. a. p. weergegeven gronden èn op overweging dat de taak van den scheidsman partijen te scheiden medebrengt dat enkel een derde arbiter kan zijn (116).

Al is men met dit vonnis van gevoelen dat arbitrage

---

(116) Hoewel het vonnis bestrijdend ten opzichte van daarin voorkomende beslissingen die hier niet ter zake dienen, vereenigt zich in *parenthesi* er mede voor het niet erkennen van arbitrage door een der partijen, C. P. ZAAVER in *W.* 9619 bl. 3 kol. 3. Ook MEYERS in *W. P. N. R.* 2421 bl. 253 en STHEEMAN in *Hand. Jur.-Vereen.* 1919 I (3) bl. 85 zijn van meening dat men niet arbiter kan zijn in eigen zaak. Vgl. nog Hof Amst. 28 Maart 1918, twee arresten in *W.* 10275 en *W.* 10276; Rb. 's-Grav. 23 Dec. 1919 N. J. 1920 bl. 158; Hoogger. Hof N.-Indië 19 Jan. 1919, *Indisch Tijdschrift v. h. Recht* 112 bl. 67 (74—75) met noot Red. t. a. p. bl. 77. Voor Duitschland vgl. in dezen

door een der partijen onbestaanbaar is, dan behoeft men daarom toch nog niet per se met de Rechtbank mede te gaan voor de toepassing hiervan in een geval als zich toen voordeed, dat n.l. als scheidsman is aangewezen een der organen van een korporatie die zelf partij is (117). De Rechtbank vereenzelvigde de korporatie en het orgaan dier korporatie. Zoo deed ook Hof Amst. 17 Febr. 1893 *W.* 6325, *P. v. J.* 1893 no. 55, vernietigend *Rb. Amst.* 10 April 1891, *P. v. J.* 1891 no. 70. Nog sterker Hof Amst. 27 April 1894, *W.* 6557, ongeldig achtend de bepaling in het reglement eener vereeniging dat tot scheidslieden alleen leden der vereeniging mochten worden benoemd voor zekere geschillen, waarin de vereeniging partij zou zijn. Het Hof merkte die leden aan als rechters in eigen zaak. Daarentegen meende Hof Amst. 20 Juni 1891 *M. v. H.* 1892 bl. 26 (30) dat de bepaling in het reglement eener onderlinge brandwaarborgmaatschappij, vol-

zin GAUPP-STEIN, *Die Z. P. O. für das Deutsche Reich*, 11e uitg. (1913) II bl. 593 sub 5<sup>o</sup>.; SCHMIDT, *Lehrb.* I, 2e uitg. bl. 154 v.b. Vgl. ook *R.G.* 30 Sept. 1903, *E. C. S.* 55 bl. 326, 3 Maart 1904, *E. Z. S.* 57 bl. 154 (156—157), 10 Okt. 1912 *E. Z. S.* 80 bl. 189 (191), en 17 Sept. 1918 *E. Z. S.* 93 bl. 288, ook vermeld *R. Mag.* 1919 bl. 257. Vgl. mede H. ROSIN, *Das Recht der Oeffentlichen Genossenschaft* (1886) bl. 198 v. b. Anders voor een vereeniging zonder rechtspersoonlijkheid het Berlijnsche Kammergericht 2 Febr. 1911, *D. Jur.-Zeit.* 1912 kol. 102. — Dat een partij niet scheidsman kan zijn leert o.a. nog DALLOZ, *Rép. v. Arbitrage* no. 341, met aanhaling van VOET ad *Pand. lib.* 4 tit. 8 § 9. Deze is in beginsel van dezelfde meening, doch hij maakt een restriktie, daarbij verwijzend naar *lex* 24 pr. D. 19, 2. In die *lex* heeft PAULUS echter het oog niet op de eigenlijke arbitrage, maar op hetgeen in de Middeneeuwen werd bedoeld, als men sprak van een beslissing door arbitratorens (vgl. noot 78), en wel op een beslissing over feiten: id. *arbitrium ad qualitatem operis* . . . pertinet.

(117) Gelijke beslissing in een soortgelijk geval gaf *Rb. 's-Grav.* 23 Dec. 1919, *N. J.* 1920 bl. 158. In 1913 en 1919 waren partijen een maatschappij van verzekering en een verzekerde, en bij contract was het college van Commissarissen aangewezen tot berechting van geschillen.

gens welke alle geschillen in de maatschappij zouden worden beslist door arbiters, te kiezen uit de honderd hoogste deelhebbers, niet in strijd is met goede zeden of openbare orde, en als geldig te erkennen. Vgl. ook Ktg. 's-Grav. 7 Juni 1912 W. 9354, den zoeven bedoelden strijd niet aannemend bij opdracht in het reglement eener vereeniging van geschillen ter beslissing aan het vereenigingsbestuur, in welke opdracht de Kantonrechter, al dan niet terecht, een compromis zag. Op dit laatste punt was het in *Themis* 1919 bl. 435 vermelde vonnis Rechtb. Rott. van 4 Juni 1914 van een andere opinie, op overweging dat er niet was opdracht aan een derde. Maar de Rechtbank meende dat een bepaling gelijk de hier aangeduide, speciaal dan niet strijdt met openbare orde en goede zeden, indien niet blijkt dat het orgaan der maatschappij belang heeft bij de uitspraak of dat er gevaar is voor een partijdige beslissing. En hiermede vereenigde zich in appèl het t. a. p. mede vermelde arrest Hof 's-Grav. van 12 Nov. 1915 (118). De leer van Rechtbank en Hof is vereenigbaar met die dat een bepaling in een korporatief reglement, inhoudend opdracht van rechtspraak aan een korporatief orgaan

(118) Vgl. nog Rb. Rott. 21 Mei 1892 W. 6221, P. v. J. 1892 no. 100, Rb. Almelo 29 Maart 1916, N. J. 1916 bl. 1126 en Rb. 's-Grav. 12 Jan. 1906 W. 8376, alle op grond van een dergelijke reglements-bepaling de rechterlijke macht incompetent achtend, de Rotterdamsche en, naar het schijnt ook de Haagsche Rechtbank, omdat zij er een beding van arbitrage in zagen, wat die te Almelo uitdrukkelijk bestreed (vgl. nader in § 5). In Duitschland vgl. R.G. 12 April 1892 E. C. S. 29 bl. 319; in Frankrijk Rb. Douai 27 Juni 1871 en in appèl Hof Douai 24 Nov. 1871, D. P. 1871. 2. 17 (18); in België Hof appèl Brussel 27 Nov. 1900, Pas. belge 1901. 2. 204 (vgl. t. a. p. bl. 367 het, de cassatie verwerpende, arrest van het Hof van Cass. 10 Okt. 1901). — Zie nog *Arbitrale Rechtspr.* I no. 12 bl. 6 kol. 1 (ELINK SCHUURMAN) en kol. 3, (Red.: NOLEN); D. Jur.-Zeit. 1904 kol. 645—646.

dàn niet als geldig kan worden erkend, indien a priori is aan te nemen dat het orgaan hoogstwaarschijnlijk niet onpartijdig zal beslissen, doch het belang der korporatie tot richtsnoer zal kiezen. Maar òf dat is aan te nemen hangt geheel af van de taak aan het orgaan in het algemeen opgedragen, van de wijze waarop het orgaan wordt gevormd, en van den aard der te beslissen geschillen. En het is ten deze onverschillig of, zooals het geval was in de zaak te Leeuwarden berecht in 1913, het korporatief orgaan als scheidsrechter is aangewezen dan wel om bij wijze van korporatieve rechtspraak buiten arbitrage om recht te spreken. Dit laatste komt het meest voor (119). Terecht m. i. heeft MEYERS in *W. P. N. R.* 2422 bl. 263 opgemerkt dat het evenmin aangaat

(119) Zie b.v. ook Rb. Amst. 3 Nov. 1849 *W.* 1066, R. B. 1849 bl. 520, welk vonnis voor het overige in zoover besliste in den geest van dat der Rechth. te Leeuwarden van 1913, dat de Amsterdamsche Rechth. wegens het gevaar van willekeur ongeoorloofd achtte een korporatieve uitspraak in eigen zaak met uitsluiting der rechterlijke macht. Vgl. over het vonnis van 1849 *TONCKENS* diss. bl. 68. Evenals dat vonnis ook Ktg. II Amst. 6 Nov. 1851, R. B. 1852 bl. 73 met beroep op art. 1373 B. W. Zoo ook het boven bl. 26 vermelde vonnis Ktg. II Amst. van 22 Okt. 1894 voor een geval, waarin de Kantonrechter, m.i. ten onrechte, blijkbaar rechtspraak opgedragen achtte. Hof Amst. 28 Maart 1918, vermeld in noot 116 (welke noot hier is te vergelijken) overwoog dat, wordt een verzekeringsmaatschappij volgens haar reglement door haar bestuur vertegenwoordigd, er een geschil met het bestuur is, indien de leden en de maatschappij tegenover elkaar staan als partijen, en verder dat de reglements bepaling waarnaar geschillen tusschen leden en bestuur door de algemeene ledenvergadering moeten worden beslist, niet behelst een beding van arbitrage, doch dat daarbij het oordeel van een der partijen, n.l. van de maatschappij vertegenwoordigd door haar ledenvergadering, beslissend wordt verklaard. Dit achtte het Hof niet in strijd met de openbare orde noch met de goede zeden, daar art. 1374 lid 3 B. W. beveiliging geeft tegen misbruik. Daarover zie hieronder in den tekst. Omtrent het arrest Hof Amst. van 29 April 1918, vermeld in noten 98 en 106, zie aldaar.

elk orgaan eener vereeniging met haar, als de rechterlijke macht met den Staat, te vereenzelvigen. Voor elke reglements-bepaling, die hier in aanmerking komt, afzonderlijk zal men hebben na te gaan of het ter beslissing aangewezen orgaan tegenover de vereeniging genoeg zelfstandigheid bezit om te kunnen aannemen dat de uitspraak van het orgaan niet behoeft te zijn die der vereeniging, welke partij is in het geding. Maar de verhouding waarin een *bestuur* staat tot de daardoor vertegenwoordigde korporatie, deze zij dan een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke gemeenschap, is dunkt mij, van dien aard dat het bestuur moeielijk als scheidsman kan worden aangemerkt in geschillen, waarbij de korporatie partij is. Dit geldt niet alleen voor het bestuur als geheel, doch mede voor elk zijner leden (119a). MEYERS zegt nog dat de Hooge Raad bij zijn in noot 105 vermelde arrest van 25 April 1895 den nadruk zou hebben gelegd op de omstandigheid dat toen commissarissen geen leiding hadden, en het geding niet op hun naam werd gevoerd. Echter heeft de Hooge Raad daarvan slechts ter loops gewag gemaakt, en men kan er aan twifelen of zijn arrest van 1895 beperkter strekking had dan het mede op bl. 162 genoemde arrest van 11 Maart 1904, waarbij dat van 1895 voor een goed deel is gevolgd, hoewel moet worden toegegeven dat het mogelijk is. Hoe dit ook zij, MEYERS' meening over de zaak waarom het hier te doen is, schijnt mij juist toe en beter geformuleerd dan de overweging in het vonnis der Rotterdamsche Rechtbank van 4 Juni 1914, waarop zooeven werd gezinspeeld. Daarbij toch werd als criterium aangenomen of het korporatieve orgaan belang

(119a) Vgl. ROSIN (in noot 116 geciteerd) bl. 198—199. Vgl. mede *R. Mag.* 1919 bl. 257 en het daar vermelde Duitsche arrest van 1918 (zie noot 116).



heeft bij de uitspraak, respektievelijk of er gevaar was voor een partijdige beslissing. Dit komt hierop neer dat telkens zou moeten worden gevraagd naar de kans op partijdigheid bij de beslissing in de konkrete zaak die te beslissen is. MEYERS daarentegen vraagt of in het algemeen, dus in abstracto, het ter beslissing aangewezen orgaan zelfstandig staat tegenover de korporatie. Nu moge het waar zijn dat het bij slot van rekening juist van belang is of de beslissing in het gegeven geval onpartijdig is, het gaat toch niet aan enkel wegens het gevaar van partijdigheid de mogelijkheid van rechterschap te ontkennen. Deed men het, elke bepaling over wraking van scheidslieden kon worden gemist. Zij is echter noodig juist omdat ook hij, van wien in het algemeen niet kan worden gezegd dat hij bij de in zekere competentie-opdracht bedoelde geschillen per se zelf partij zal zijn, toch in een gegeven proces belang bij de beslissing kan hebben, of om een andere reden bevooroordeeld kan wezen. Alleen dan als de inhoud der bepaling die iemand tot rechter (scheidrechter) aanwijst voor zekere geschillen, medebrengt dat ten gevolge zijner eigenaardige positie rechterschap in eigen zaak zou worden opgedragen, heeft men op dien grond de opdracht te houden voor rechtens onbestaanbaar, niet ook reeds indien er gevaar is voor een partijdige beslissing in het gegeven geval. Om dat gevaar zooveel mogelijk te keeren dienen de wetsbepalingen over wraking van gewone rechters en van scheidslieden. Zij bestaan echter niet voor andere rechtspraak door partikulieren, hetzij die steunt op een overeenkomst of op een korporatief reglement. Maar omdat deze rechtspraak in rechtsgevolgen verschilt van de andere, en wel juist hierin dat de beslissingen vatbaar zijn voor aantasting bij de rechterlijke macht wegens kennelijke onredelijkheid en dan ook wegens partijdig-

heid, zijn bepalingen omtrent wraking daarbij niet zoo noodzakelijk als voor gewone rechters en scheidslieden. Bij de bedoelde rechtspraak door partikulieren die geen arbitrage is kan men niet, zooals het vonnis der Rechtbank te Leeuwarden van 1913 deed in het geval van arbitrage, voor de onbestaanbaarheid van rechtschap in eigen zaak het etymologische argument aanvoeren dat een scheidsman partijen heeft te scheiden, en daarom derde moet zijn. Maar het veel sterkere, ontleend aan het onvereenigbaar zijn van rechtspraak en partijrol, behoudt ook hier zijn volle kracht. Het Hof te Amsterdam was het hiermede niet eens of achtte geen opdracht van rechtspraak aanwezig in zijn beide arresten van 28 Maart 1918, aangehaald in de noten 116 en 119 (119b).

Is onpartijdigheid zoo essentieel voor de taak eens rechters dat men heeft aan te nemen: geen opdracht van rechtspraak is geldig bij een tijdens die opdracht bestaande dermate groote waarschijnlijkheid van partijdigheid als het zijn van partij medebrenkt, — bij beslissingen die geen rechtspraak zijn, gaat dit niet eveneens op, al is ook daarbij objectiviteit hoogst gewenscht. Buitendien vallen dan weg de hierboven vermelde argumenten, van kracht voor arbitrage. Hier is niet van arbitrage sprake, doch in de eerste plaats van regeling, nadere bepaling of wijziging der rechtsbetrekkingen van partijen, en verder van feitelijke vaststellingen. Willen partijen die regeling, respectievelijk die feitelijke vaststelling, overlaten aan één hunner, indien zij over eigen rechten kunnen beschikken, moeten zij dat zelf weten, en als het betreft de direkte regeling of nadere bepaling dier rechten, en bij het aanvaarden van wederzijdsche verplichtingen ten aanzien van hetgeen zij bij hun geschillen als vaststaande feiten

(119b) Zie ook dat van 23 Mei 1919 W. 40451, N. J. 1919, bl. 4095. In cassatie H. R. 16 Jan. 1920 N. J. 1920 bl. 183: er was geen opdracht van rechtspraak. Anders boven bl. 31; vgl. het naschrift bij dit opstel.

zullen hebben te beschouwen. Noch in het eene noch in het andere geval is de openbare orde er bij betrokken.

Vermeld zij hier, dat de Hooge Raad bij arrest van 30 Nov. 1846 *W.* 764, *R.spr.* 26 § 7, v. D. HON. B. R. 8 bl. 152, R. B. 1846 bl. 768, de cassatie verwerpend tegen Hof Gelderland 4 of 11 Febr. 1846 *W.* 706, R. B. 1846 bl. 213, de bindende kracht erkende van een contract dat zekere beslissing aan één der partijen overliet, n.l. van een beding tusschen vennooten dat een hunner de vennootschap mocht doen ophouden, indien *hij* oordeelde dat zijn wederpartij de zaken der vennootschap niet behoorlijk behartigde, een beslissing dus over een zuiver feitelijke kwestie. Zoo ook achtte Rb. Amst. 15 Jan. 1909 *W.* 8912 (dus vóór de invoering van art. 1637 *p.* B. W.) geldig het beding tusschen een patroon en zijn coupeur, dat de patroon den coupeur op staanden voet mocht ontslaan, indien de eerste oordeelde dat de ander zijn verplichtingen niet behoorlijk nakwam. En Rb. Utrecht 18 Febr. 1852 R. B. 1852 bl. 382, *R.spr.* 45 § 54 nam aan de geldigheid van een beding houdende dat een der partijen de aanwezigheid van nadeel had te constateeren met bindende kracht voor den ander. Verder erkenden zoowel Rb. Zierikzee 28 April 1908 *W.* 8950 als Hof 's-Hertog. 28 Juni 1915 *W.* 9927, N. J. 1916 bl. 159, het beding dat een der partijen voor beide bindend zou beslissen of de overeenkomst was nageleefd (120).

In grensgevallen kan er moeielijkheid rijzen, maar op elk gebied is dat zoo. Tot die grensgevallen is te brengen

---

(120) Daarbij is te vergelijken Rb. Utrecht 14 Sept. 1910 *W.* 9142, een gelijk beding in strijd achtend met de goede zeden, indien er een buitensporige boete aan is vastgeknoopt, wat dus meer die boete dan het beding zelf veroordeelt. Zie voorts Rb. Rott. 3 April 1905 *W.* 8334; laatstelijk de in noot 119b vermelde arresten.

dat van een beding, waarbij bindende uitlegging der overeenkomst aan een der partijen is overgelaten (121). Houdt men voor onjuist de opvatting die dan enkel nadere bepaling aanwezig acht, en meent men dat niet op het formeele hier de nadruk moet worden gelegd, maar dat er materieel tevens is rechtspraak, beslissing over bestaande rechtsverhouding, dan zal ook daarvoor zijn vast te houden aan het algemeene beginsel dat die rechtspraak niet kan toekomen aan een der partijen of aan iemand die geheel van een der partijen afhankelijk is. Daarentegen kan de nadere bepaling van den inhoud der overeenkomst voor de toekomst (en ook dät verstaat men onder haar uitlegging) wèl door de eene partij aan de andere worden overgelaten. Al moet ook van dat standpunt uitgaande worden toegegeven dat het laatste veelal voor de betrokken partij nog ernstiger gevolgen kan hebben dan het eerste, die gevolgen heeft zij zich zelf te wijten, en alleen voorzoover er rechtspraak is, gaat het boven gezegde op over het ongeoorloofd zijn eener beslissing door een der partijen. Met de jurisprudentie van den Hoogen Raad hieromtrent, boven bl. 34—35 reeds vermeld, kan meegaan hij die van oordeel is, dat er hier nooit aan rechtspraak moet worden gedacht (122).

(121) Vgl. boven bl. 31—33. Omtrent geschillen over de toepassing (en niet-nakoming) van een contract zie aldaar; vgl. noot 119b.

(122) Bij het bovenstaande vgl. MEYERS in *W. P. N. R.* 2420 bl. 239—240, 2421 bl. 253—255, 2422 bl. 262 kol. 2. Voor Duitschland zie de in noot 107 genoemde arresten van het R. G. van 1882 en 1883, gelijk ook de daar aangehaalde beslissingen van het R. O. H. G. Zie voorts DEMOGUE, *Notions* bl. 631 en 633, die verschillende eventualiteiten samenvat onder den naam van «semi-arbitrage». Op bl. 631 meent D.: het is niet noodig dat hij die beslist, onafhankelijk zij van partijen; vgl. de door hem vermelde Fransche praktijk. O. a. doelt hij op de zaken, berecht door Hof Toulouse 28 Febr. 1901

MEYERS is t. a. p. no. 2422, bl. 262 kol. 2 v. o. — bl. 263 kol. 1, van meening dat partijen niet bij een beslissing te geven door één hunner, doch wèl bij die overgelaten aan een derde, rechtsgeldig kunnen bedingen dat zij aan de beslissing onherroepelijk zullen zijn gebonden (123). Daar MEYERS' artikelen in nos. 2420—2422 niet speciaal betrekking hebben op rechtspraak door partikulieren, doch naar den titel op „aanvulling en uitlegging van overeenkomsten”, en blijkens den inhoud ook op feitelijke vaststellingen of appreciaties krachtens opdracht bij overeenkomst of reglement, alsmede op daarin voorziene nadere regeling van bewijsmiddelen, zal ook voor zijn zooeven vermelde stelling wel moeten worden aangenomen dat zij voor hetzelfde gebied is bedoeld, zonder dat men er een gevolgtrekking uit mag maken voor zijn zienswijze op dit punt, indien er sprake is van rechtspraak door partikulieren die niet als arbitrage kan worden aangemerkt. Vermoedelijk zal echter ook MEYERS, die arbitrage door een der partijen niet als bestaanbaar erkent, op gelijke gronden evenmin andere partikuliere rechtspraak door een partij toelaatbaar oordeelen. Door mij is dat standpunt hierboven verdedigd. Overblijven dan de in § 3 besproken beslissingen die geen rechtspraak zijn. Deze kunnen ook aan een der partijen gelidig worden opgedragen. Zal men nu met MEYERS moeten zeggen dat daarbij het beding van onherroepelijkheid,

S. et P. 1901. 2. 164, en door het Hof van Cass. 22 Dec. 1902, S. et P. 1904. 1. 527. In deze laatste zaak was het oordeel van een dokter der betrokken maatschappij vereischte voor het doen ontstaan van een recht op pensioen voor de tegenpartij. Vgl. omtrent een analoog geval het Duitsche R. G. 25 Sept. 1880, E. C. S. 2 bl. 311.

(123) Zulk een beding zal echter zijn op te vatten als niet mede toepasselijk op het geval eener te kwader trouw gegeven onjuiste beslissing; vgl. voor het Romeinsche recht WEISMANN in Arch. f. d. civ. Prax. 72 bl. 325; zie ook boven bl. 5 en 40—41.

hoewel van kracht bij opdracht aan een derde, ongeldig is bij opdracht aan een der partijen? Daartegen zou in de eerste plaats bezwaar kunnen hebben hij die mocht meenen dat een opdracht van vaststelling der feiten ook dan niet onherroepelijk mag worden gemaakt, indien zij geschiedt aan een derde. Hieromtrent worde verwezen naar het daarover boven bl. 6—7 gezegde. Ik voor mij ben geneigd de geldigheid te erkennen van het zooeven bedoelde beding ook bij feitelijke vaststellingen. Maar al meen ik, evenals MEYERS, dat opdracht aan een derde hetzij tot zulk een vaststelling van feiten hetzij tot aanvulling of wijziging eener overeenkomst kan geschieden met een beding van onherroepelijkheid, en al geef ik grif toe dat er uit legislatief oogpunt veel tegen is te zeggen om gelijk beding toe te laten bij opdracht aan een der partijen (124), toch aarzel ik om, nu het nergens is verboden en mij geen geldende regel bekend is, waaruit middellijk zulk een verbod zou zijn af te leiden, reeds de iure constituto met MEYERS mede te gaan en te zeggen dat laatstbedoeld beding niet kan worden erkend. Strijd met de openbare orde bestaat er, dunkt mij, niet, en de eenige vraag is dan nog of er is strijd met de goede zeden. Op die vraag zou ik enkel inzoover bevestigend willen antwoorden (doch mede voor het geval eener opdracht aan een derde) dat niet te erkennen is onderwerping aan een onjuiste beslissing die subjektief te kwader trouw is gegeven (125). Voor het overige echter zou ik denken dat het geheel afhangt van de omstandigheden bij elk speciaal contract of de onherroepelijkheid der beslissing van een der partijen immoreel moet worden genoemd. Is dit zoo, dan moet het ook aan de rechterlijke macht zijn overgelaten naar mate van die omstandigheden het beding te erkennen of voor ongeldig te houden.

(124) Vgl. ook mijn Inleid. R. Org. bl. 661—662.

(125) Zie MEYERS t. a. p. en boven bl. 40.

§ 5. *Korporatieve rechtspraak.* (125a)

Tot dusver is er in dit opstel voornamelijk gehandeld over beslissing van gerezen geschillen krachtens een bij overeenkomst gegeven opdracht, en werd enkel terloops mede gewag gemaakt van zulk een opdracht, vervat in statuten of reglementen van vereenigingen en genootschappen. Velen zijn trouwens van oordeel dat laatstbedoelde opdracht een onderdeel is van de eerste, hetzij dat men dan korporatieve regelingen, óók de reglementen der kerkgenootschappen, zelf als overeenkomsten beschouwt, hetzij op motief dat hij die toetreedt tot een vereeniging of genootschap, daarmede een overeenkomst aangaat, van welke dan mede inhoud zouden zijn alle verplichtingen welke de korporatieve reglementen aan de leden opleggen. Anderen daarentegen ontkennen de juistheid van beiderlei standpunt, en houden vol zoowel dat korporatieve reglementen een ander rechtskarakter hebben dan overeenkomsten, als dat de reglementaire verplichtingen den leden worden opgelegd, en niet zijn, noch gelijk staan met, uit een contract voortspruitende verbintenissen. We kunnen spreken van twee tegenover elkander staande opvattingen, die met de namen contractueele, en genootschappelijke of korporatieve theorie zouden kunnen worden aangeduid. Daarbij is er dan op te letten dat men voorstander dier laatste theorie kan zijn zonder te ontkennen dat, hoewel niet steeds, toch vaak

(125a) Vgl. noot 2. — Onder korporatieve rechtspraak versta ik in dit opstel alle rechtspraak (in de beteekenis aangeduid in noot 1) uitgeoefend door organen van vereenigingen of andere instellingen over hun inwendige aangelegenheden. Er valt niet onder de beslissing van het orgaan eener korporatie tusschen haar en partikulieren, al dan niet leden, over andere dan korporatieve rechtsverhoudingen; vgl. noot 13 lid 2. Met het woord korporatie worden hier niet enkel vereenigingen aangeduid, doch ook andere instellingen met rechtspersoonlijkheid.

een contract de grondslag is, waarop het ontstaan van menige korporatie berust. In dat geval kan men een contractueel verband aanwezig achten, doch tevens een korporatieve verhouding van de leden individueel tot de korporatie, welke verhouding afgescheiden is van de contractueele. En dit, zoowel indien men de korporatie vereenzelvigd met haar gezamenlijke leden of met haar bestuur optredend voor het doel der korporatie, als indien men aan de korporatie een zelfstandig bestaan toekent niet slechts in de idee, doch ook in werkelijkheid (125b). Ik gebruik dan ook hier de uitdrukking korporatieve theorie slechts bij wijze van tegenstelling met de contractueele, welke laatste, consequent uitgewerkt, alle

---

(125b) MOLENGRAAFF in Verslagen en Mededeel. Kon. Akad. v. Wetensch. afd. Letterk., 5e reeks, dl. 3 bl. 446 en 447 zegt dat de naamlooze vennootschap een contract is. Die voorstelling kan slechts dan worden aanvaard, indien men, zooals trouwens het W. v. K. doet, het woord vennootschap in verschillende beteekenissen gebruikt. T. a. p. bl. 447 laat M. dit ook uitkomen. (Vgl. denzelfde, Leidraad, 4e dr. I (1919) bl. 159 i. v. m. 162). Maar deze terminologie mag ons niet verleiden tot het maken van gevolgtrekkingen als die van M. op bl. 446 dat vennootschappen (en M. neemt hetzelfde aan voor alle vereenigingen) moeten worden behandeld niet als personen maar als overeenkomsten. Dit laatste is trouwens moeielijk overeen te brengen met zijn eigen leer, ook weergegeven t. a. p. o. a. op bl. 449, dat de vennootschap is gelijk te stellen met de daarin vereenigde personen. De strekking van M.'s opstel, t. a. p. bl. 426—455 (ook in De Gids Mei 1918) is bestreden door J. A. LEVY in *Themis* 1918 bl. 328—336, die m. i. echter geen afdoende wederlegging geeft. Tegen M. vgl. ook H. D(E) J(ONG) in *W.* 10367 bl. 3—4, en J. PH. SUYLING, Inleid. tot het Burgerlijk Recht (1919) bl. 73—79, waarbij vgl. v. K(UYK) in *Advocatenblad* II bl. 42, MOLENGRAAFF in *R. Mag.* 1919 bl. 540—541, S(TAR) B(USMANN), J. A. LEVY en J. A. EIGEMAN in *W.* 10469 bl. 1, 10473 bl. 4, 10477 bl. 4 kol. 3, 10478 bl. 4, 10480 bl. 4, 10484 bl. 4. Vgl. voorts LANDSTAR BUSMANN, Verklaring van het B. W. I, 2e dr. (1914) bl. 763—774, 776 noot 4, 779—780; STRUYCKEN in *R. Mag.* 1909 bl. 310—312, 314—316.



korporatieve verhoudingen in contractueele doet opgaan. Bij ons, evenals in Frankrijk, is de leer, die ik hier de contractueele heb genoemd, die n.l., welke statuten en reglementen als contracten aanmerkt, een lange reeks van jaren de misschien alleen heerschende geweest, en naar het schijnt wordt zij nu nog in onze jurisprudentie vrij algemeen aangehangen, ook door den Hoogen Raad, terwijl er in de litteratuur stemmen tegen zijn opgegaan, voor een goed deel in aansluiting zoowel aan de door GIERKE en zijn aanhangers in Duitschland voorgestane „Genossenschaftstheorie” als aan de in dat land en in Oostenrijk door verschillende schrijvers gemaakte onderscheiding tusschen gewone overeenkomsten gelijk die bedoeld in ons art. 1349 B. W., en hetgeen zij noemen „Vereinbarungen” of parallel gaande wilsverklaringen (126).

(126) Vgl. art. 880 Ontwerp 1820 en VOORDUIN B. W. 5 bl. 309 (30—50) en 310. Zie in verschillenden zin o. a. M. POLAK, Handb. voor het Ned. handels- en faill.-recht I, 2e dr. (1918) bl. 337—338 en MOLENGRAAFF, Leidraad, 4e dr. I bl. 215—216, 220. Beiden halen jurisprudentie en litteratuur aan. Zie verder LAND-STAR BUSMANN, Verklar. v. h. B. W. 2e dr. I bl. 815 v. o. -816, i. v. m. bl. 776 noot 4, (vgl. den 1en dr. 1889, bl. 494 nt. 2, 513 nt. 4, 520, en LAND in *Themis* 1888 bl. 280, 281); KIST-VISSER, Handelsrecht, 3e dr. III, 2 (1914) bl. 417—418; STRUYCKEN in noot 125b aangehaald; v. WOELDEREN (in noot 2 geciteerd) bl. 176—178; J. DROST, Rechten van aandeelhouders in naamlooze vennootschappen, diss. Utr. 1903 bl. 44—49; ASSER-SCHOLTEN, Handl. B. W. I, 4e dr. (1912) bl. 641; SCHOLTEN in *W. P. N. R.* 2317 bl. 247—248; STAR BUSMANN en SCHOLTEN aldaar no. 2319 bl. 267 en 268; H. J. BIEDERLACK in *Themis* 1887 bl. 24—26; G. J. v. NISPEN TOT PANNERDEN, Het regt van vereeniging, diss. Leiden 1853, bl. 61—64; v. MANEN (in noot 15 geciteerd) bl. 67—68, speciaal voor kerkgenootschappen. Voor deze vgl. mede DE HAAS Jr. in *N. Bijdr.* 1881 bl. 290—294, 299—300; TONCKENS, diss. bl. 120—121; L. H. v. LENNEP, De rechtskracht van de verordeningen der Christelijke kerkgenootschappen, diss. Leiden 1909, bl. 162—174. Vóór de leer dat kerkelijke reglementen contracten zouden zijn, Red. in *W.* 1548 bl. 1 kol. 2 i. v. m. *W.* 1542. Tegen haar C. M. v. D. KEMP

Met het oog op deze uiteenlopende meeningen is het gewenscht hier de korporatieve rechtspraak nog afzonderlijk te bespreken. Want al zullen de aanhangers der

in *W.* 1545 bl. 3 kol. 3, 1553 bl. 3. Er tegen ook THORBECKE in *De Gids* 1846 I bl. 535—536; in Duitschland HINSCHIUS in MARQUARDSEN'S *Handb. des öffentlichen Rechts* I, 1 (1883) bl. 255, 262—264. Zie bij ons nog Hof Leeuw. 4 Febr. 1885 *W.* 5181. — H. R. 17 Nov. 1848 *W.* 1025, R.spr. 32 § 11, v. d. HON. G. Z. 8 bl. 192, beschouwde een kerkelijk reglement als een overeenkomst. Voor de leden van kerkgenootschappen is een contractueele rechtsband tot het genootschap aangenomen door Rb. Amst. 26 Nov. 1867 *W.* 2987; Ktg. Brielle 4 Febr. 1880 *W.* 4507; Ktg. Gouda 17 Juli 1862 *W.* 2394; Ktg. Alphen 24 Jan. 1844 *W.* 471, terwijl Ktg. Gron. 19 Sept. 1854 *W.* 1769 sprak van een verbonden zijn als het ware ex contractu. De bestaanbaarheid naar ons staatsrecht van een bij kerkelijk reglement opgelegden rechtsband is voor vermogensrechtelijke aangelegenheden ontkend door Rb. 's-Grav. 17 Nov. 1910 *W.* 9080. M. i. hield dit vonnis niet voldoende uiteen de twee vragen, 1<sup>o</sup>. of een kerkgenootschap eenzijdig kan uitmaken wie tot zijn leden behooren, en 2<sup>o</sup>. of het vermogensrechtelijke lasten eenzijdig mag opleggen aan hen van wie vaststaat dat zij leden zijn. Ontkennende beantwoording der eerste vraag sluit niet noodzakelijk in een gelijke ontkenning voor de tweede. Toch nam de Rechtbank dit stilzwijgend aan. Ook zag zij m. i. over het hoofd dat, mochten al provincies en gemeenten staatsrechtelijk haar bestaan ontleenen aan de grondwet, dit dan toch niet eveneens geldt voor kerkgenootschappen, zoodat de redeneering niet voor beide gevallen noodzakelijk dezelfde is. — Statuten van vennootschappen en vereenigingen worden in onze jurisprudentie meestal behandeld als gewone burgerrechtelijke overeenkomsten. Zie b.v. H. R. arresten van 27 Mei 1898 *W.* 7128, R.spr. 179 § 17, v. d. HON. B. R. 64 bl. 259, van 8 April 1910 (in noot 12 geciteerd) en van 18 April 1913 *W.* 9500, N. J. 1913 bl. 723, *W. P. N. R.* 2275. Vgl. in *W.* 9500 J. W. M. 's noot op dit arrest. Hij meent dat de strekking van het arr. H. R. 18 Jan. 1901 *W.* 7553, R.spr. 187 § 14, v. d. HON. B. R. 67 bl. 45, P. v. J. 1901 no. 24, M. v. H. 1901 bl. 40, anders is. H. R. 30 Nov. 1917 *W.* 10200, N. J. 1918 bl. 25 (26) geeft het arr. a quo, Hof Leeuw. 3 Jan. 1917 *W.* 10100, N. J. 1917 bl. 626, *W. P. N. R.* 2479, weer als sprak dit van een coöperatief contractsverband, waaruit een lid werd gezet, wat echter niet zoo door het Hof is gezegd. Die voor-

contractueele theorie van oordeel zijn dat hetgeen geldt voor opdracht van rechtspraak krachtens contract vanzelf ook moet gelden voor die opdracht bij korporatief

stelling wijst op de meer contractueele opvatting bij den H. R. omtrent den aard van het lidmaatschap der coöperatieve vereeniging, een opvatting die niet noodzakelijk uit art. 1 der wet van 1876 volgt. Is zulk een vereeniging een korporatie, dan kan naast een contractueelen band tusschen de leden en de korporatie worden aangenomen een korporatieve rechtsverhouding, en wordt bij ontzetting uit het lidmaatschap het lid gezet wel uit die laatste verhouding, maar niet uit een contractueelen rechtsband, algaan dan ook vroegere contractueele verplichtingen mede teniet. Overigens laat gemeld arr. H. R. van 1917 zich niet uit over den aard der reglementen. — Vgl. nog Rb. Amst. 9 Dec. 1910 *W. P. N. R.* 2185, en naar aanleiding van het boven aangehaalde arr. H. R. van 1913, M. POLAK in *W.* 9542 bl. 4. Voor een oud gilde zie Rb. 's-Hertog 6 Sept. 1867 *R. B.* 1868 bl. 516. — Rb. Rott. 26 Mei 1910 *W.* 9156, *W. P. N. R.* 2186 (Hof 's-Grav. 29 Maart 1912 *W.* 9357, *W. P. N. R.* 2214, in appèl, en H. R. 4 April 1913 *W.* 9494 bl. 1—2, N. J. 1913 bl. 679, *W. P. N. R.* 2281, in cassatie, behandelden de kwestie niet) nam aan dat de handeling van oprichting eener naamlooze vennootschap niet is het aangaan eener obligatoire overeenkomst als waarvan in B. W. bk. 3 tit. 2 wordt gehandeld. Vgl. hierbij H. R. 8 Febr. 1918 *W.* 10253, N. J. 1918 bl. 329: met het ontstaan der naamlooze vennootschap zijn de verplichtingen der oprichters tegenover elkaar vervuld, en blijft er geen obligatoire rechtsband uit dien hoofde tusschen de vennoten over. Het zooeven genoemde vonnis der Rotterdamsche Rechtbank van 1910 is gemotiveerd in den trant der leer van SCHOLTEN c. s. — SCHOLTEN sluit zich aan bij Duitsche theorieën over «Gesamtakt» en «Vereinbarung», waaromtrent zie laatstelijk vooral M. LAYER, *Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag* (1916) bl. 9—17, die litteratuur vermeldt, en J. HATSCHER, *Institutionen des . . . Verwaltungsrechts* (1919) bl. 70—71. Vgl. ook H. KRABBE, *De moderne staatsidee* (1915) bl. 202—203. Al aanvaardt men de zooeven bedoelde Duitsche theorieën niet, dan kan men toch volhouden dat reglementen en statuten, ook voorzoover zij worden vastgesteld ingevolge een overeenkomst, zelf niet zijn overeenkomsten, maar voor de korporaties datgene wat de rijkswet is voor den Staat. Vgl. daaromtrent, behalve de boven genoemden, o. a. HAMAKER in *W. P. N. R.* 2045 bl. 123—124,

reglement, zij die de korporatieve leer voorstaan kunnen dat niet toegeven. Dit neemt echter niet weg dat ook voor deze laatsten de mogelijkheid bestaat praktisch tot gelijke resultaten te komen bij beide soorten van opdrachten, op overweging dat de motieven, die in de vorige paragrafen zijn aangevoerd voor de bestaanbaarheid en ook die voor de bepaling der rechtsgevolgen eener contractueele opdracht, eveneens aanwezig zijn bij de korporatieve rechtspraak. Ook mij schijnt dit toe de

en OERTMANN in Archiv für Rechts- u. Wirtsch.philos. 7 bl. 128—143, speciaal bl. 133. Anders o. a. GENY, Méthode d'interprétation 2e ed. (1919) bl. 246—247 en HATSCHKE t. a. p. bl. 64—65. In het bijzonder ten opzichte der korporatieve rechtspraak is de contractueele opvatting in Frankrijk ook gehuldigd door DEMOGUE, Notions bl. 628—637, die zelfs niet aan de mogelijkheid eener andere meening schijnt te hebben gedacht. Wat Duitschland betreft vgl. § 1048 Z. P. O., en daarop HELLWIG, Syst. II, 1 bl. 136. — Voor ons recht hebben voorstanders der contractueele leer zich wel beroepen op art. 1697 B. W. (vgl. v. NISPEN t. a. p. bl. 66 v. o.). Maar dit artikel, dat de rechtsverhouding der leden tot het zedelijk lichaam betreft, behelst geen voorschriften die een contract tusschen het lichaam en een adspirantlid zouden aanvullen. Ook spreekt het mede van verordeningen waarop een vereeniging door het openbaar gezag is ingesteld. Zou men ook die verordeningen willen aanmerken als inhoud van een contract tusschen lid en zedelijk lichaam? Evenals artt. 1692 en 1694—1696 B. W. noemt art. 1697 overeenkomsten naast de instellingen en reglementen. M. i. kan een beroep op art. 1697 juist dienst doen ter ontzenuwing van dat van anderen op art. 1269. Art. 880 Ontw. 1820 is in ons B. W. niet overgenomen. En al mocht men kunnen aantoonen dat bij het maken van het B. W. de wetgever uitging van het denkbeeld dat de reglementen overeenkomsten zijn (vgl. concl. O. M. vóór H. R. 11 Dec. 1908 W. 8778 R. spr. 210 § 35, P. v. J. 804, W. P. N. R. 2038), in de wet is dat denkbeeld niet belichaamd. — Ten aanzien eener vereeniging zonder rechtspersoonlijkheid overwoog Rb. Rott. 3 April 1882 R. B. 1883 A bl. 133, dat het reglement moet worden aangemerkt als een contract (4e rechts-overweging) en dat tusschen leden en bestuurders een contractueele band het gevolg was van het gemis van rechtspersoonlijkheid.

juiste opvatting te zijn, en daarom meen ik mij niet al te zeer te moeten verdiepen in de vraag naar het verschil tusschen beide opdrachten. Daarover dus slechts een betrekkelijk korte uiteenzetting.

Een eerste opmerking aangaande de theorie, die ik de contractueele noemde, is dat, al gaat men uit van een ruim juridisch begrip van „overeenkomst”, zóó dat daaronder ook valt de vrijwillige toetreding van een lid tot een korporatie, hieruit nog niet volgt dat dit een overeenkomst is, beheerscht door artt. 1349 vlgg. B. W. Ook bij een naturalisatie b.v. kan men spreken van een overeenkomst tusschen den Staat en den aspirant-burger, zelfs indien men de naturalisatie beschouwt als een eenzijdige bestuursdaad, welke dan volgt op die overeenkomst. Maar zal men dan tevens beweren dat het B. W. hierbij van toepassing is? Nu is er wel verschil tusschen de verhoudingen van nieuw toetredende leden bij den Staat en bij private vereenigingen, doch de vraag is of dit verschil volstaat om op het hier bedoelde punt de vrijwillige toetreding tot de laatste anders te beoordeelen dan die tot den Staat. Voor het overige, aangenomen dat er is bij toetreding als lid steeds een door artt. 1349 vlgg. B. W. beheerscht contract met de korporatie, is die overeenkomst dan op iets meer gericht dan op het aannemen tot lid en het aanvaarden van het lidmaatschap? Het *gevolg* der toetreding is wel dat de korporatieve reglementen, zoowel de bestaande, als die welke later zullen worden gemaakt, verbindend zijn voor het nieuwe lid, evenals in den Staat de wetten voor den genaturaliseerde. Maar mag men daarom zeggen dat de inhoud van al die korporatieve reglementen, die misschien tot stand zullen komen met de stem van het nieuwe lid tegen, ook inhoud is der overeenkomst van toe-

treding (127)? Bij een naturalisatie denkt niemand aan zulk een opvatting. Zelfs echter als men wil aannemen dat het nieuwe lid zich stilzwijgend contractueel verbindt tot naleving van alle — door hem nog onmogelijk te kennen — verplichtingen die de bestaande en toekomstige reglementen zullen behelzen, dan is daarmee nog niet goed gemaakt de bewering dat ook die reglementen zelf contracten zijn. Dit laatste is, dunkt mij, in elk geval een averechtsche voorstelling. Bij meerderheid van stemmen vastgestelde regelingen zijn geen overeenkomsten. En daarom kan een opdracht in een korporatief reglement van rechtspraak aan een korporatief orgaan uit zich zelf ook niet zijn arbitrage (128). De stelling dat de toetreding tot de korporatie stilzwijgend insluit een overeenkomst tot aanvaarding van de beslissingen te geven door korporatieve organen, aan welke de reglementen rechtspraak opdragen kan, dunkt mij, niet leiden tot het aannemen van arbitrage, voor welke m. i. niet voldoende is een wil gericht op het aanvaarden van toekomstige, dus nog onbekende bepalingen, waarvan men dan ook niet kan weten dat zij arbitrage zullen voorschrijven. En men zal toch kwalijk aan bepalingen, reeds van kracht bij het toetreden, een ander rechtsgevolg kunnen verbinden dan aan die, welke later worden gemaakt. Wat er nog bijkomt is dat men m. i. de werkelijkheid miskent, indien men beweert dat alle lidmaatschap van genootschappen, dus ook onder meer dat van kerkgenootschappen, berust op vrijwillige toetreding. Ondanks alle redeneeringen, gebezigd om ook het lidmaatschap der bestaande kerkgenootschappen te doen steunen op een contract, schijnt

(127) Ja, meenden o.a. Hof Amst. 20 Juni 1891, M. v. H. 1892 bl. 26 (29), en Rb. Almelo 29 Maart 1916, N. J. 1916 bl. 4426. Zoo ook in Duitschland R. G. 30 Mei 1902, E. C. S. 51 bl. 392 (393).

(128) Hierover zoo aanstonds nader (bl. 183—189).

het mij toe dat die stelling in haar algemeenheid niet juist is, daargelaten of het al dan niet wenschelijk zou zijn dat ook dit lidmaatschap enkel door vrijwillige toetreding ontstond. Voor het overige geldt, mede voor de reglementen van andere korporaties dan kerkgenootschappen, dat zij de leden verbinden, doch niet als een overeenkomst. Er is een hun opgelegde rechtsband. Hun verplichtingen in de een of andere bepaling van zulk een reglement omschreven, ontstaan niet tengevolge van een vrijwillig op zich nemen, maar uit kracht van den wil dergenen die geroepen zijn de doeleinden der korporatie te verwezenlijken (129).

Reglementen, zeide ik, binden de leden, maar niet omdat zij als contracten zouden zijn te beschouwen. Is dit anders in het geval dat zij zelf voorschrijven, of dat het gebruik medebrengt hun onderteekening door toetredende leden? M. i. neen, daar ook zonder die onderteekening de leden zouden zijn gebonden aan het reglement. Zij is dus slechts een juridiek overbodige formaliteit, die vermoedelijk haar oorsprong vindt in de contracts-theorie. En hetzelfde is, dunkt mij, in beginsel aan te nemen, indien bij of na de toetreding van iemand als lid eener vereeniging een bijzondere akte wordt opgemaakt, al dan niet in den vorm van een contract tusschen de vereeniging en haar nieuwe lid, voorzover daarin slechts bepalingen van het reglement worden overgenomen of naar die bepalingen wordt verwezen. Het laatste komt o. a. voor bij onderlinge waarborgmaatschappijen, voor welke echter art. 286 W. v. K. overeenkomsten en reglementen naast elkaar noemt. Inderdaad wordt, komt er een afzonderlijke overeenkomst tot stand, de rechtsverhouding naar het reglement nader bepaald

---

(129) Vgl. ook *Themis* 1919 bl. 442.

door die overeenkomsten, maar dit neemt niet weg dat het reglement zelf niet bindt als ware het overeenkomst (130).

Al stelt men zich op het standpunt dat hij die als lid tot een vereeniging toetreedt, daardoor met haar een overeenkomst sluit, welke meebrengt dat de inhoud van alle bestaande of toekomstige bepalingen in de reglementen ook inhoud is dier overeenkomst, dan nog, zeide ik boven, wordt een reglements-bepaling, waarbij de berechting van in de vereeniging gerezen geschillen is opgedragen aan een harer organen, daardoor niet een opdracht van arbitrage. Het orgaan der vereeniging toch, geroepen *als zoodanig* tot de beslissing van een korporatief geschil, is evenmin een scheidsman als de door den Staat aangestelde rechter dit is in het geval dat hij recht spreekt krachtens prorogatie zijner rechtsmacht bij overeenkomst. Wel ontleent dan de rechter zijn bevoegdheid, evenals een scheidsman de zijne, onmiddellijk aan een contract, en slechts middellijk aan de wetsbepaling, die het contract veroorlooft. Maar toch spreekt hij recht als staatsorgaan en niet als een scheidsman of als een anderszins door partijen tot rechtspraak gemachtigde. Zijn competentie moge direkt steunen op de overeenkomst, zijn rechterlijk gezag heeft hij als deel van de met dat gezag bekleede rechterlijke macht. Er is geen contractueele rechtsband tusschen hem en partijen, terwijl er wel zulk een band is tusschen dezen en de scheidslieden. Evenzoo nu is het, indien een korporatief orgaan niet door bloote overeen-

---

(130) Zie GIERKE, Genossenschaftstheorie bl. 239 nt. 3, 295—296 nt. 2, 336—337 nt. 2, 723 nt. 1; MOLENGRAAFF, Leidr. I, 4e dr. bl. 260 (vgl. noot 14); KIST—VISSER III 2 (1914) bl. 634, 640, 643—644. Zie ook behalve het arrest van het Duitsche voormalige Reichsoberhandelsgericht van 10 Dec. 1872, E. O. H. G. 8 bl. 180 (190), Hof Amst. twee arresten van 28 Maart 1918 W. 10275 (N. J. 1918 bl. 1075) en W. 10276.



komst van willekeurige partijen is aangewezen om hun geschillen te berechten, welke opdracht door bedoeld orgaan *als scheidsman* zou worden aangenomen (een geval dat zich wel heeft voorgedaan) —, doch *als orgaan* der korporatie, krachtens de door deze eenzijdig in haar reglement gegeven aanwijzing tot korporatieve rechtspraak, een geschil betreffende het inwendig recht der korporatie heeft te beslechten. Ook als er bovendien nog is een voorafgaand of nakomend contract tusschen de korporatie en een harer leden, dat naar de bewuste reglements-bepaling verwijst, beslist het orgaan krachtens die bepaling, niet krachtens het contract, en het doet dit zonder dat van den kant van het orgaan noodig is een aanvaarding der opdracht tot beslissing: een overeenkomst tusschen het orgaan en de partijen tot afdoening van hun geschil is geheel overbodig, terwijl zulk een contract steeds tot stand moet komen bij aanvaarding door scheidslieden van de hun verstrekte opdracht (131). Korporatieve rechtspraak is dus iets anders dan arbitrage.

Onze jurisprudentie echter is verdeeld over de vraag of men korporatieve rechtspraak onder arbitrage moet rangschikken. Vroeger hadden de overhand de arbitrage aanwezig achtende beslissingen (132), maar in den laatsten tijd wint het de andere opvatting. De verschillende

(131) Vgl. art. 627 Rv.

(132) Zoo ook in Frankrijk, speciaal bij onderlinge verzekering-maatschappijen. Vgl. Cass. 23 Mei 1860, D. P. 1860. 1. 243, casseerend Rb. Senlis 30 April 1857 t. a. p., en Cass. 18 Juni 1872, D. P. 1872. 1. 172 (173), de cassatie verwerpend tegen Hof Douai 24 Nov. 1871 D. P. 1872. 2. 17 (18). Ook Hof Toulouse 14 Jan. 1889, D. P. 1890. 2. 135. Gemeld vonnis Rb. Senlis van 1857 had, m. i. terecht, overwogen dat het reglement der maatschappij naar zijn aard niet onderworpen was aan de wettelijke regelen over geldigheid van een compromis, waaromtrent het Hof van Cass. anders oordeelde. Ten onrechte intusschen had de Rb. den vrederechter incompetent geacht, in plaats

gevallen, waarop de jurisprudentie betrekking heeft, staan niet geheel gelijk, en het zou denkbaar zijn dat men eerder geneigd was arbitrage aan te nemen, indien er bij de toetreding tot het lidmaatschap een afzonderlijke akte door het nieuwe lid wordt geteekend, in welke wordt verwezen naar het reglement, zooals bij onderlinge verzekering-maatschappijen geschiedt. Maar juist op die maatschappijen zien de jongste uitspraken, die arbitrage niet erkennen. Zoo de in *Themis* 1919 bl. 435 aangehaalde beslissingen van Rb. Rott. 4 Juni 1914 en in appèl Hof 's-Grav. 12 Nov. 1915. Zoo ook Rb. Almelo 29 Maart 1916 N. J. 1916 bl. 1126, Rb. Haarlem 24 April 1917 W. 10276 en in appèl Hof Amst. 28 Maart 1918 W. t. a. p., gelijk ook Hof Amst. 28 Maart 1918 W. 10275, N. J. 1918 bl. 1075 (133). Daarentegen is voor de zoeven genoemde maatschappijen de opdracht van beslissing aan een harer organen wèl als arbitrage beschouwd door Hof Amst. 17 Febr. 1893 W. 6325, P. v. J. 1893 no. 55, door

---

van eischer vooralsnog niet ontvankelijk te verklaren; vgl. *Themis* 1919 blz. 458. In de noot bij D. P. 1860 t. a. p. wordt verwezen naar een arrest Hof Grenoble van 25 Nov. 1852, dat naar den inhoud dier noot betref de macht tot ontzetting uit het lidmaatschap. Maar dat die ontzetting niet is een daad van rechtspraak, werd terecht in Duitschland overwogen door R. G. 9 Jan. 1913, D. J. Z. 1913, kol. 529—530.

(133) Deze beslissingen steunen dan ook niet op ontstentenis van een voor arbitrage vereischt contract, doch sluiten zich gedeeltelijk aan bij de motiveering van het *Themis* 1919 bl. 434 vermelde vonnis Rb. Leeuw. van 20 Nov. 1913, dat niet betref een onderlinge maatschappij, doch werd gewezen naar aanleiding eener gewone polis tusschen een verzekerde en een assurantie-maatschappij, dus zonder dat de eerste krachtens lidmaatschap was onderworpen aan een reglement dier maatschappij. Alleen omdat de Rechtbank het bij de polis ter beslissing aangewezen orgaan der maatschappij voor geschillen met deze laatste niet als scheidsrechter erkende, ontkende zij het bestaan van arbitrage.

het vonnis a quo Rb. Amst. 10 April 1891 P. v. J. 1891 no. 70, ook door Rb. Rott. 21 Mei 1892 W. 6221, P. v. J. 1892 no. 100, en naar het schijnt eveneens door Rb. 's-Grav. 12 Jan. 1906 W 8376. Insgelijks voor een verzekeringscontract in verband met het reglement eener zieken- en pensioenkas van een naamlooze vennootschap, Rb. 's-Grav. 2 Nov. 1897 W. 7092. Voorts nog naar aanleiding van het reglement eener naamlooze vennootschap (begrafenisfonds) in gelijken zin H. R. 25 April 1895 en het vonnis a quo, Rb. Amst. 30 Nov. 1894 (134). — Reglementaire opdracht aan het orgaan eener coöperatieve vereeniging is als arbitrage aangemerkt door Rb. Heerenveen 6 Mei 1904 W. 8114. Dit vonnis zag namelijk opdracht van rechtspraak aan scheidslieden in de bepaling dat de ledenvergadering had te beslissen over de geldigheid der redenen tot opzegging van het lidmaatschap, terwijl een andere reglements-bepaling inhield dat, bij ongeldigheid der bedoelde redenen een zekere boete verschuldigd zou zijn. De beslissing der vergadering had dus niet tot onderwerp het onbetwiste recht van het nu uitgetreden lid tot opzegging van het lidmaatschap, doch was een feitelijke appreciatie over de gegrondheid der reden tot opzegging, terwijl deze appreciatie, leidde zij tot een ontkennend resultaat, wel, behoudens haar eventueele aantasting bij de rechterlijke macht wegens kennelijke onredelijkheid, meebracht dat de verplichting tot boetebetaling vaststond, maar toch niet die verplichting tot onderwerp had. Daarom was er hier niet een opdracht

---

(134) Beide vermeld in noot 105. In de zaak, berecht door Rb. 's-Grav. 27 Febr. 1885 W. 6142, bevestigd door Hof 's-Grav. 21 Dec. 1885 W. 5335 (in cassatie H. R. 14 Mei 1886 W. 5335, v. d. Hon. B. R. 52 bl. 195) droegen de statuten eener naamlooze vennootschap de beslissing van geschillen op aan „arbitratores”.

tot beslissing van een geschil over bestaande rechten der leden (gewezen leden), en dit is reeds voldoende om uit te sluiten zoowel de gedachte aan arbitrage als die aan korporatieve rechtspraak, welke laatste overigens moeielijk zou kunnen worden aangenomen bij geschillen met gewezen leden. Op reglementaire opdracht eener coöperatieve vereeniging (135) aan een korporatief orgaan hadden verder ook betrekking Rb. Dordt 28 April 1909, en in cassatie H. R. 8 April 1910 (136). -- Het op bl. 162 genoemde arrest H. R. van 11 Maart 1904 zag in de bepaling van het reglement van den Algemeenen Nederlandschen Diamantbewerkersbond, houdende opdracht van rechtspraak aan het hoofdbestuur, een opdracht van arbitrage. Zoo ook las Rb. Amst. 9 April 1845 R. B. 1845 bl. 617 (618) zulk een opdracht in de reglements-bepaling eener zieken- en begrafenis-societeit dat alle geschillen de societeit betreffende zouden worden beslist door de direktie, met behulp van aldaar nader aangeduide

---

(135) Ook Rb. Leeuw. 16 Mei 1895, tegen het einde dezer § 5 nader te vermelden, betrof een coöperatieve vereeniging. Het vonnis gaf ten deze geen principieele beslissing; het motiveerde de verworping van arbitrage hiermee, dat niet gevolgd was de daarvoor bij de wet aangewezen procedure.

(136) Beide vermeld in noot 12. Ook in dat geding, gelijk mede in het proces voor Rb. Rott. 26 Juni 1916 W. 10085, N. J. 1917 bl. 166, W. P. N. R. 2443, had de vraag kunnen worden opgeworpen of korporatieve rechtspraak voor *gewezen* leden mogelijk is. Overigens stond in 1909 niet vast dat de statuten beoogden gebondenheid ook van oud-leden aan de, implicite door de Rechtbank voor rechtspraak gehouden, uitlegging dier statuten vanwege het daartoe aangewezen korporatief orgaan. Aan korporatieve rechtspraak voor oud-leden is zeker niet te denken in het geval dat een compromissoir beding een reglements-bepaling betreffende de beslissing van geschillen overneemt. Dan zijn ook de oud-leden gebonden ingevolge hun *contract*, en is er arbitrage; vgl. b.v. Rb. Haarlem 11 Maart 1913 W. 9454.

leden (137). En Ktg. 's-Grav. 7 Juni 1912 W. 9354 was van oordeel dat de bepaling in het reglement van den Haagschen kellner-bond dat het afdeelingsbestuur, behoudens beroep op het bondsbestuur, beslist over het al dan niet verstreken van uitkeering, en dat het bondsbestuur uitspraak doet in onvoorziene gevallen, of indien er twijfel rijst over de beteekenis eener reglements-bepaling, — aan die besturen arbitrage opdroeg (138). Een gelijke opvatting schijnt te heerschen bij het Departement van Justitie (139). De leer dat er in gevallen als hier bedoeld arbitrage zou zijn werd niet alleen verworpen door de hoven reeds aangehaalde beslissingen van 1914—1918, van welke sommige steunen op den in § 4 bestreden grond dat het orgaan eener vereeniging met haar is te vereenzelvigen, doch ook al veel vroeger voor een zieken- en begrafenis-sociëteit door Ktg. II Amst. 4 Nov. 1847 R. B. 1847 bl. 731, en voor het reglement eener gewone sociëteit door het in *Themis* 1919 bl. 447 vermelde vonnis Ktg. Gron. van 15 Okt. 1883. — Voor kerkelijke reglementen is de arbi-

(137) Vgl. hieromtrent J. v. HALL in R. B. 1847 bl. 734, en TONCKENS in Tijdschr. voor Ned. regt 7 bl. 32 v. o., die geen compromis aanwezig acht.

(138) Rb. Amst. 6 Maart 1914 N. J. 1914 bl. 1089 overwoog dat opdracht van arbitrage bij reglement of statuut geoorloofd is. Daaromtrent uitte echter twijfel ten aanzien eener vordering betrekkelijk tot een arbeids-overeenkomst, Rb. Amst. 2 April 1917 N. J. 1917 bl. 645, W. P. N. R. 2487. Die twijfel schijnt ruimer strekking te hebben. Ik zie geen reden te dien opzichte bij een arbeidsovereenkomst andere regelen aan te nemen dan in het algemeen. Beschouwt men de reglementen en statuten niet als contracten, dan kunnen zij geen compromissoir beding behelzen, maar wèl het aangaan van zulk een beding voorschrijven.

(139) Zie A. E. BLES, Vereenigingen en naamlooze vennootschappen, 4e dr. (1917) bl. 31—32, waar de ledenvergadering eener vereeniging als scheidsrechter wordt beschouwd in geschillen, gerezen aangaande het inwendig recht der vereeniging.

trage-opvatting bij een bepaling, houdende opdracht der berechting van geschillen aan een kerkelijk orgaan, niet aanvaard door het hieronder nog nader te bespreken vonnis van Ktg. Schoonhoven van 30 Okt. 1877 W. 4285 (140).

De strekking onzer jurisprudentie (141) ten opzichte van de bestaanbaarheid der korporatieve rechtspraak is over het algemeen niet gemakkelijk te preciseeren, daar onze rechterlijke macht vooral vroeger slechts zelden vierkant voor de beantwoording dier vraag werd geplaatst. Een principieele beslissing van den Hoogen Raad hieromtrent is mij niet bekend. Voor *kerkgenootschappen* schijnt een bij reglement gegeven opdracht van rechtspraak over inwendige kerkelijke aangelegenheden als *geldig* te zijn aangemerkt door H. R. 15 Juni 1849, W. 1035, R.spr. 33 § 8, v. D. HON. G. Z. 9 bl. 126, R. B. 1849 bl. 225 (142). De Hooge Raad overwoog toen namelijk dat, nu het betrokken reglement bepaalde dat de vereffening van ontstane zwaarigheden was overgelaten aan het oordeel van het klassikale kerkbestuur, terwijl er hier kwestie was gerezen over de hoedanigheid als diaken van zeker persoon, benoemd door den kerkeraad ingevolge het reglement, — over die hoedanigheid was te oordeelen alleen door kerkeraad en klassikaal bestuur, doch niet door de rechterlijke macht, na de verklaring der beide genoemde kerkelijke colleges dat de bewuste persoon diaken was (143). Misschien moet men een

(140) Evenmin door TONCKENS diss. bl. 46, en in Tijdschr. voor Ned. regt 7 bl. 32 v. o.

(141) Voor de litteratuur zie noot 2.

(142) Vgl., naar aanleiding van dit arrest, mijn Inleid. R. Org. bl. 212—213, 339—340, 650.

(143) Implicite in dien geest ook Rb. Leiden 22 Jan. 1870 W. 3170, doch anders Rb. Leiden 12 Febr. 1849 W. 992. De bestaanbaarheid

erkenning der bestaanbaarheid van kerkelijke rechtspraak lezen in het vonnis van Rb. Assen 21 Jan. 1883 *W.* 4881 en 5026, *R. B.* 1883 A bl. 131. De Rechtbank, van oordeel dat de beslissing over eigen kerkgenootschappelijke rechten in het algemeen niet toekomt aan de rechterlijke macht, achtte deze incompetent in een eisch tot onrechtmatigverklaring der uitspraak eener kerkelijke autoriteit, welke uitspraak den eischer, op grond dat hij verzet zou hebben gepleegd, zijn lidmaatschap had ontnomen. Als argument voerde het vonnis aan dat het kerkelijk reglement de beslissing over kerkelijke rechten bij uitsluiting opdroeg aan de machten in de kerkelijke gemeente. Het is mogelijk dat de Rechtbank de ontzetting uit het lidmaatschap wegens gepleegd verzet beschouwde als een uitoefening van kerkelijke tucht-rechtspraak. Althans schijnt zoo te kunnen worden verklaard de gevolgtrekking dat de rechterlijke macht onbevoegd was kennis te nemen van de ingestelde vordering. Overigens was die gevolgtrekking m. i. dan toch niet juist (144), daargelaten of de rechterlijke macht al dan niet bevoegd was naar art. 2 *R. O.* (burgerlijke rechten). Ook Rb. Leeuw. 28 Juni 1888 *W.* 5657 (concl. *O. M.* in *W.* 5658) kwalificeerde de ontzetting uit kerkelijke bedieningen en uit het lidmaatschap, welke ontzetting was uitgesproken door een kerkelijk bestuur, als kerkelijke rechtspraak. Wil men hier van rechtspraak gewagen, dan is dit toch eene van een ander soort dan

---

van kerkelijke rechtspraak nam ook implicite aan Rb. Tiel 17 Juni 1870 *W.* 3284, door te overwegen dat toen de voorwaarde ontbrak onder welke het kerkelijk college recht mocht spreken. Zie ook Rb. Appingadam 6 Febr. 1862 *W.* 2373, de voorlaatste overweging, en Ktg. Woerden 18 Dec. 1854 *W.* 1669, over welk vonnis vgl. mijn *Inleid. R. Org.* bl. 227.

(144) Vgl. hieronder bl. 194—195 en tegen het einde dezer § 5.

de in dit opstel bedoelde korporatieve rechtspraak, waarbij beslissingen worden gegeven over het al dan niet bestaan van korporatieve rechtsverhoudingen, niet echter beslissingen, welke zulke verhoudingen doen ontstaan of te niet gaan. Zoo ook heeft de strafrechtspraak van de rechterlijke macht een ander karakter dan haar rechtspraak in burgerrechtelijke of administratiefrechtelijke geschillen (145). Het zooeven genoemde vonnis van 1888 nam aan (146) zoowel de bestaanbaarheid van kerkelijke rechtspraak als gebondenheid der rechterlijke macht aan daden van kerkelijke rechtspraak, op grond van art. 1 wet 10 Sept. 1853 *Stbl.* 202 (147). Als iets anders dan de ontzetting uit het lidmaatschap, die constitutief is, moet worden aangemerkt de verklaring eener kerkelijke autoriteit dat het lidmaatschap reeds vroeger verloren werd ten gevolge van door den betrokkene begane daden, speciaal doordat hij zich zelf van de kerk heeft afgescheiden. Dan heeft men te doen met een zuiver deklaratieve beslissing, welke voorzoover zij mede de daad der afscheiding tot onderwerp heeft, loopt over een feit, doch ten opzichte van het daaruit voortvloeiend verlies van het lidmaatschap over een rechtsverhouding. Hieromtrent is in de eerste plaats te vergelijken Hof Leeuw. 29 Mei 1889 *W.* 5748 (148), welk arrest niet enkel de ontzetting uit

(145) Vgl. Inleid. R. Org. bl. 312—313 (no. 58) i. v. m. bl. 309—311.

(146) Vierde overweging ad II.

(147) Andere beslissingen, welke de rechterlijke macht aldus gebonden achtten aan de ontzetting uit het lidmaatschap der kerk door de daartoe bevoegde kerkelijke autoriteiten, dat een nader onderzoek naar het bestaan der voor de ontzetting vereischte gronden ontoelaatbaar werd geoordeeld, zijn vermeld Inleid. R. Org. bl. 647—650 (no. 50) i. v. m. de daar aangehaalde blzz. Maar alleen uit het vonnis *Rb. Leeuw.* van 1888 blijkt dat hier aan kerkelijke rechtspraak werd gedacht.

(148) Ad I i. f.; concl. O. M. in *W.* 5706.



het lidmaatschap door het provinciaal kerkbestuur betrof, doch tevens de verklaring der Algemeene Synodale Commissie van de Nederlandsche Hervormde Kerk dat de betrokkene zich van de kerk had afgescheiden. Die verklaring noemde het Hof enkel administratief; het zag er dus niet in een daad van kerkelijke rechtspraak. Dat kon zij ook niet zijn, omdat zij uitsluitend liep over het feit der afscheiding. Daarentegen had in de zaak die leidde tot het vonnis Rb. 's-Grav. van 28 Febr. 1888 *W.* 5524 (149), bevestigd door Hof 's-Grav. 21 Jan. 1889 *W.* 5669, P. v. J. 1889 no. 18 (150), de Synode niet alleen over dat feit beslist, maar uit het feit der afscheiding ook geconcludeerd tot het verlies van het lidmaatschap. De Rechtbank was van oordeel dat de uitspraak der Synode steunde op art. 61 Algemeen Reglement der Nederl. Hervormde Kerk, waarbij aan de Synode was gegeven de hoogste wetgevende, rechtsprekende en besturende macht in de kerk. Zoo ook meende Rb. Leeuw. 31 Mei 1888 *W.* 5644 (concl. O. M. in *W.* 5643) dat op gemeld art. 61 de toenmalige beslissing der Synode was gebaseerd. De beslissing der Synode achtte laastbedoeld vonnis (151)

(149) Vgl. *W.* 5493 bl. 4.

(150) Omtrent deze beslissingen zie Inleid. R. Org. bl. 340 en 648 (in no. 51). De Rechtbank (niet ook het Hof) achtte zich gebonden aan de uitspraak der Synode over het feit der afscheiding, doch niet aan de gevolgtrekking dat hierdoor het lidmaatschap was te loor gegaan. Immers zij overwoog dat die gevolgtrekking *terecht* door de Synode was gemaakt. Op bl. 340 t. a. p. rangschikte ik het vonnis onder de beslissingen, welke gebondenheid der rechtelijke macht hebben aangenomen aan de uitspraken van een kerkelijk orgaan, daarmede uitoefenend rechtspraak. Bij nadere overweging kom ik echter van die opvatting terug. De Rechtbank merkte de uitspraak der Synode aan, overigens naar het mij voorkomt ten onrechte, als een uitvloeisel van het opzicht en de tucht door de Synode over de lidmaten. En het blijkt niet uit het vonnis dat dit hier aanwezig achtte kerkelijke *rechtspraak*.

(151) Ad I b.

niet een daad van rechtspraak, doch van bestuur. Inderdaad kon zij m. i. niet zijn kerkelijke rechtspraak, daar deze kwalijk anders kan worden uitgeoefend dan over hen die tijdens de uitspraak nog leden zijn der kerk, en dus niet over hen die volgens de uitspraak zelf reeds te voren hun lidmaatschap hadden verloren door daden, welke hun afscheiding van de kerk in zich sloten (152).

In verband met het bovenstaande is het dunkt mij niet van onpas hier er aan te herinneren dat tijdens de vaststelling van art. 1 R. O. de tweede afdeeling der Tweede Kamer een „soort van regtsmagt in kerkelijke zaken” erkende (153).

(152) Uit het hier gezegde (vgl. ook noot 150) volgt dat naar mijn gewijzigde zienswijze in mijn Inleid. R. Org. niet op bl. 340 hadden moeten zijn vermeld Rb. 's-Grav. 28 Febr. 1888 (i. v. m. Hof 's-Grav. 21 Jan. 1889), Rb. Utrecht 2 April 1890, Rb. Leeuw. 31 Mei 1888, en Hof Leeuw. 29 Mei 1889. Daarentegen is op bl. 341 aldaar het no. 70 i. f. met die beslissingen (behalve de eerstgenoemde) aan te vullen, gelijk ook met: Hof Leeuw. 2 Okt. 1895 W. 6720 (10e overweging), Rb. Utrecht 6 Juni 1888 W. 5567, 27 Juni 1888 W. 5578, en 27 Juni 1888 W. 5585; voorts met de hierboven in den tekst aangehaalde vonnissen van Rb. Assen 21 Jan. 1883 en van Rb. Leeuw. 28 Juni 1888. — Bij de vermelde jurisprudentie vgl. o. a. 4o. Alg. Regl. voor de Herv. Kerk in het Koninkrijk der Nederl. van 1 Mei 1852, artt. 1—4, en speciaal ten aanzien der kerkelijke rechtspraak (met inbegrip der tuchtrechtspraak) in dat kerkgenootschap artt. 32, 43 (sub 2o. en 3o.), 51 (sub 2o. en 3o.), 61, 63, 70 (sub 8o.); 2o. Regl. voor kerkelijk opzicht en tucht en voor de behandeling van kerkelijke geschillen en bezwaren tegen besluiten in bestuurszaken, van 9 Aug. 1856 (sedert vervangen) artt. 2, 3, lid 2, 60, 67—70 (67 vlgg. in het nieuwe Regl. van 1916); 3o. Alg. Regl. op het beheer der kerkelijke goederen van 1 Juli 1895, art. 13; 4o. Regl. op de pastoriegoederen in de Ned. Herv. Kerk van 15 Jan. 1905, art. 11.

(153) Zie v. D. HONERT, Handb. B. R. V. bl. 3. — Vgl. over die rechtsmacht, voornamelijk voor de R.-Kath. Kerk, en uitgaande van de voor Deutsche toestanden geldende beschouwing dat haar inwendig recht is publiek recht, HINSCHIUS in MARQUARDSEN'S Handb. des öff. Rechts I, 1 (1883) bl. 255—257 i. v. m. bl. 263. — Bij het in den tekst gezegde vgl. voorts mijn Inleid. R. Org. bl. 214, 340, 487—488, 648—649.

De bestaanbaarheid naar Nederlandsch recht van een eigen kerkelijke rechtspraak is in onze jurisprudentie voornamelijk *ontkend* door Ktg. Schoonhoven 30 Okt. 1877 W. 4285, op overweging dat genootschappen en vereenigingen wel hebben eigen wetgevende macht (autonomie), maar niet rechterlijke macht, daar geen wet hun de bevoegdheid geeft geschillen te beslissen, terwijl een tegenovergesteld beginsel aan machtige instellingen zou veroorloven eigen gerechten op te richten, wier uitspraak de [wereldlijke] overheid zou hebben te eerbiedigen (154). — Hij die, anders dan dit vonnis, de kerkelijke rechtspraak wél als bestaanbaar erkent, en ze dan niet beperkt acht tot louter administratieve kerkelijke aangelegenheden (155),

(154) Op deze overweging — waarin ik het woord „wereldlijke” als kennelijk bedoeld, invoegde — steunde die, welke is vermeld Inleid. R. Org. bl. 213 v. o.—214, waarbij vgl. aldaar bl. 196 (in no. 1). — Tegen de bestaanbaarheid eener eigen kerkelijke rechtspraak verklaarde zich nog de Redaktie (A. DE PINTO) in W. 1542 bl. 1 kol. 3, die echter blijkens het verband alleen doelt op *afdwingbare* uitspraken. Vgl. ook die Redaktie in W. 1548 bl. 1 kol. 2, en tegen haar G. M. v. D. KEMP in W. 1545 bl. 3—4 en 1553 bl. 3. Deze laatste spreekt nu eens van een *louter zedelijken* band tusschen de kerk en haar lidmaten, dan weer van kerkelijk *recht*, waarvoor hij eigen kerkelijke rechtspraak erkent, doch met de eigenaardige gevolgtrekking dat de rechterlijke macht incompetent zou zijn in een vordering tot voldoening van hetgeen overeenkomstig de uitspraak van het kerkelijk gezag verschuldigd is naar kerkelijk recht. Vgl. het door v. D. KEMP gewezen vonnis, dat de aanleiding was tot zijn polemieek met de Redaktie van het W. v. h. R., n.l. dat van Ktg. 's-Grav. 6 Maart 1854 in W. 1526. Tegen v. D. KEMP trad nog in het krijt VERDUCHÈNE in W. 1549 bl. 3, die de bestaanbaarheid van eigen kerkelijke rechtspraak niet erkende.

(155) Zoo E. A. JORDENS, Provinciale Reglementen op de Administratie der kerkelijke fondsen ... (1859) bl. 29 en 66—67. Ook concl. O. M. vóór Rb. Brielle 21 Juni 1864 W. 2602, R. B. 1864 bl. 861. Vgl. nog het door HINSCHIUS t. a. p. bl. 248 gezegde aangaande civiele en strafrechtspraak vanwege een kerkgenootschap over zijn geestelijken.

zoodat zij ook tot onderwerp kan hebben een der in art. 2 R. O. bedoelde rechten, behoeft daarom nog niet insgelijks te erkennen de geldigheid der *onttrekking* van een geschil over een dier rechten bij kerkelijk reglement aan de bevoegdheid der rechterlijke macht. Hieromtrent verwijs ik naar het in *Themis* 1919 bl. 442—444 betreffende art. 153 Grw. (art. 148 Grw. 1848) tegen TONCKENS aangevoerde (156). (Slot volgt).

(156) Hetzelfde geldt voor andere korporatieve reglementen en rechtspraak dan de kerkelijke. De geldigheid van derogatie van art. 148 Grw. 1848 (nu art. 153) is ontkend in de concl. O. M. van 1864, in noot 155 vermeld, en door JORDENS t. a. p. Anders TONCKENS, t. a. p. Deze beperkt de geldigheid van derogatie bij kerkelijk reglement aan art. 2 R. O. tot geschillen met leden (diss. bl. 54) en over inwendig kerkelijk recht (*Tijdschr. t. a. p.* bl. 34—35, 37); vgl. ook aldaar bl. 41, waar hij spreekt van geschillen die de vereeniging betreffen en een gevolg zijn van het lidmaatschap. Of dit laatste overeen te brengen is met zijn argumentatie uit art. 620 Rv. mag worden betwijfeld. Een compromis kan immers over alle, niet door de wet uitgezonderde, rechten van partijen loopen. Dit daargelaten, spreekt overigens de bedoelde beperking m. i. vanzelf: geen genootschap vermag korporatieve rechtspraak op te dragen over iets anders dan eigen inwendig recht, en over niet-leden kan het die rechtspraak niet uitoefenen.

De opdracht bij kerkelijk reglement van kerkelijke rechtspraak, waarvan hier werd gewaagd, is die gedaan aan kerkelijke organen. Dat ongeldig is gelijke opdracht bij zulk een reglement aan de niet reeds krachtens de rijkswet bevoegde rechterlijke macht, besliste het in noot 154 vermelde vonnis Ktg. 's-Grav. van 1854.

---

## Het Openbaar Ministerie. — Vragen en Wenschen

DOOR

Mr. Dr. P. VAN HEIJNSBERGEN,

*Substituut-Officier van Justitie te Amsterdam.*

---

### A. *De afhankelijkheid van het O. M. van de Regeering.*

De geschiedenis van het O. M. leert, dat voor zijne eenheid en zelfs voor zijn bestaan afhankelijkheid van de Regeering noodig is. Er moet zijn een hiërarchisch verband tusschen de leden onderling en het geheele corps moet onder één hoofd staan, den vorst of diens eersten dienaar, om een sterke organisatie te krijgen van ambtenaren, die door het geheele land de wetten handhaven. De Regeering is belast met de uitvoering der wetten. Dat de ambtenaren, bij uitstek belast met de handhaving der wetten, van haar onafhankelijk zouden moeten zijn, is m. i. een staatsrechtelijke ongerijmdheid. Die afhankelijkheid ligt in het wezen van het O. M., zooals ook niemand minder dan JONAS DANIEL MEIJER zich uitsprak (1). Van dezelfde meening is Mr. VAN MAANEN (2). Toch is meermalen betoogd, dat onafhankelijkheid beter zou zijn, ook door Prof. A. J. BLOK in zijne rede „Positie en Taak van het O. M.” (3). Naar diens meening zou het wenschelijk zijn, dat de Regee-

---

(1) J. D. MEIJER, De leerstellingen omtrent de Regterlijke Magt, 1817, blz. 51.

(2) Het O. M. in Nederland, 1860, blz. 24 en 38.

(3) Leiden, 1908.

ring slechts kennis mocht geven aan het O. M. van strafbare feiten, maar niet bevoegd zou zijn het instellen van eene vervolging te gelasten. De schrijver voert aan, dat beoordeeling, of het feit strafbaar en vervolging wenschelijk is, behoort tot de rechtsbedeeling en deze aan de Regeering onttrokken is. Men kan daartegen opmerken, dat die beoordeeling niet behoort tot de rechtsbedeeling, die veeleer gelijk is aan recht erkennen of toekennen door een vonnis, terwijl het beoordeelen, of een feit strafbaar en vervolging wenschelijk is, ook tot de werkzaamheden des rechters behoort — althans de beoordeeling der strafbaarheid — maar in de eerste plaats tot de taak van den officier van justitie, die niet met rechtsbedeeling belast is. Rechtsbedeeling behoort tot de taak des rechters, maar niet alle werkzaamheden, die de rechter verricht, vallen onder het begrip „rechtsbedeeling”. De schrijver wijst er op, dat in het oud-Hollandsche recht de procureurs-generaal last tot vervolging niet van de Regeering, maar uitsluitend van de Hoven ontvingen, maar ook dit argument is niet sterk, omdat men in het tegenwoordige O. M. niet mag zien de historisch geworden voortzetting van de organisatie in de Republiek, en men vooral geen beroep mag doen op de verhoudingen ten tijde der Republiek, die zooveel slechter waren dan de tegenwoordige. Ook het feit, dat de rechtbank — volgens het ontwerp tot wijziging van het W. v. Sv. het gerechtshof — bevoegd is den officier te gelasten eene vervolging in te stellen, maakt zeker niet de bevoegdheid der Regeering onnoodig zoodanig bevel te geven. De rechtbank kan het bevel geven op verzoek van den belanghebbende, wanneer reeds proces-verbaal is opgemaakt. De Regeering kan actie van het O. M. noodig achten zonder verzoek van een belanghebbende en zonder dat eenig proces-verbaal is opgemaakt in ge-

vallen, die voor het geheele land van belang kunnen zijn. Zoo noodig moet ook last gegeven kunnen worden om in het geheele land vervolgingen in te stellen. Een sterk overheidsgezag is niet mogelijk zonder krachtige handhaving der wetten en voor deze is vereischte, dat de Regeering bevelen kan geven aan de ambtenaren, die met de handhaving belast zijn.

Moelijker echter is de vraag, of de Regeering of een ambtenaar namens haar bevoegd is aan de ambtenaren van het O. M. last te geven een requisitoir te nemen in een bepaalden zin en de ambtenaren gehouden zijn aan dien last te voldoen, ook al kunnen zij zich met den inhoud van het requisitoir niet vereenigen. Hier zou een last gegeven kunnen worden, die indruischt tegen hetgeen de ambtenaar goed en recht acht. In Frankrijk heeft eens een officier in strijd met opdracht van hooger hand vrijspraak gevorderd, hetgeen zijn ontslag ten gevolge heeft gehad. De gestelde vraag wordt door Mr. VAN MAANEN in zijn werk over „Het Openbaar Ministerie in Nederland” bevestigend beantwoord. Hij acht het nemen van conclusiën en requisitoiren in den aan den ambtenaar voorgeschreven zin verplichtend. Het O. M. is immers ondergeschikt aan de Kroon en gehouden te voldoen aan de bevelen, namens den Koning gegeven (1). Mr. VAN NISPEN TOT PANNERDEN is van dezelfde meening: art. 5 R. O. is onbeperkt en de leer van HÉLIE, dat aan het O. M. slechts last tot het instellen van eene strafvervolging mag worden gegeven en die last zich niet mag uitstrekken tot den inhoud van het requisitoir of de conclusie, acht hij voor ons recht niet juist. De ambtenaren van het O. M. behooren tot het uitvoerend gezag, zooals HÉLIE erkent, en dus zijn

---

(1) T. a. p. blz. 21.

zij ten volle in dienst der Regeering. Toen bij de beraadslaging in de Staten-Generaal werd voorgesteld des Konings recht van lastgeving tot het aanbrengen der zaken te beperken, weigerde de Regeering aan de voorgedragen bedenkingen gevolg te geven en handhaafde hare onbeperkte bevoegdheid bevelen aan het O. M. te geven (1).

Het komt mij voor, dat de officier, ook al heeft hij bezwaar tegen een hem opgedragen requisitoir — terloops zij opgemerkt, dat zelden last gegeven wordt tot een bepaald requisitoir — verplicht is aan zijn last te voldoen, hij is immers lasthebber en vertegenwoordiger van het O. M., dat één geheel vormt, maar bevoegd is ter terechtzitting te doen uitkomen, dat zijn persoonlijke meening een andere is (2). In Frankrijk geldt de regel: *la plume est servile, la parole est libre*.

Op grond van deze moeilijkheid is bij de behandeling van het ontwerp van wet op de Rechterlijke Organisatie betoogd door een der Kamerleden, dat het O. M. niet afhankelijk van de Regeering behoort te zijn. De Minister antwoordde daarop, dat hij zich met dat betoog niet kon vereenigen en dat men aan het feit, dat misbruik is gemaakt of gemaakt kan worden van macht, geen argument mag ontleenen tegen de instelling; men zou dan ook moeten afschaffen de verplichting der kinderen gehoorzaam te zijn aan hunne ouders en die der onderdanen tot gehoorzaamheid aan het gezag, omdat slechte ouders en regenten misbruik kunnen maken van die plichten. (Rede van den Minister van Justitie van 10 April 1827, gehouden in de Tweede Kamer) (3). In dezelfde

(1) Themis, 1860, blz. 111.

(2) Hetzelfde leert Mr. VAN MAANEN t. a. p.

(3) J. VAN DEN HONERT, Handboek van de Burg. Rechtsvordering, 1839, blz. 121 (waar de geheele rede is opgenomen).



rede vindt men de volgende opmerkingen omtrent de verhouding van de ambtenaren van het O. M. tot de Regeering:

„De officieren van het O. M. zijn niet officieren van de wet of van de natie, maar van den Koning.

Hunne instelling . . . . . brengt hen in de nauwste betrekking tot en in betamelijke ondergeschiktheid aan de Hooge Regeering. Zal het O. M. aan zijne verplichtingen beantwoorden, dan kan het ook niet anders, of het moet onderworpen worden aan die hoogere macht en verplicht om de wettelijke bevelen na te komen, welke zij in het belang der gemeene zaak en overeenkomstig de wetten geraden acht aan deze ambtenaren te geven: zonder dit zoude er een botsing ontstaan tusschen de Hooge Regeering en haren dienaar, dien zij den last gegeven heeft om hare rechten en de maatschappelijke belangen voor te staan”.

Bij de grondwetsherziening van 1848 heeft de vraag, of de ambtenaren van het O. M. afhankelijk van de Regeering moeten zijn, een belangrijk punt van geschil uitgemaakt. De Staatscommissie handhaafde namelijk niet alleen de onafzetbaarheid der procureurs-generaal, maar breidde die ook uit tot de Officieren van Justitie bij de rechtbanken. De Regeering van 1848 ging echter niet met haar mede. „De ondervinding in de meeste landen”, schreef zij in de Memorie van Toelichting, „heeft geleerd, dat de directe invloed van de Regeering op de ambtenaren van het O. M. geen nadeelige, maar een nuttige uitwerking heeft gehad”. Door de wet op de R. Org. zijn de ambtenaren van het O. M. aan de bevelen des Konings onderworpen, terwijl die wet hun reeds een standpunt in de hiërarchie der rechtsmacht heeft aangewezen, hetwelk met de volstreekte onafhankelijkheid van een rechterlijk ambtenaar niet te rijmen

is. De Regeering meende het beginsel van onafzetbaarheid alleen te moeten toepassen op den P.-G. bij den H. Raad en dit niet zoozeer, omdat deze in het algemeen hoofd van het O. M. is, als wel om de bijzondere plichten, welke hem bij vervolging van leden der Staten-Generaal, Ministers en andere hooge ambtenaren kunnen worden opgelegd, plichten, welker richtige vervulling zeker zijne volkomen onafhankelijkheid van de Regeering gebiedend vorderen (1).

THORBECKE was echter warm voorstander van het denkbeeld der Staatscommissie en heeft in zijne „Bijdrage tot de herziening der Grondwet” (blz. 93) de leer van den Minister bestreden. Voor hem is de groote vraag deze, of, wanneer vervolging uitsluitend op de wet gegrond moet wezen en de uitvoering der wet *binnen* den kring der rechterlijke macht zelve kan worden verzekerd door voorschriften als die wij lezen in de artt. 73 en 109 der wet op de R. O. en art. 31 W. v. Sv., eenige invloed op de handelingen der met de vervolging belaste ambtenaren te pas komt van de zijde van een gezag *buiten* dien kring? De vraag is, of strafvervolging een zwaard mag worden in de hand van het politisch of administratief bestuur, naar de inzichten van dat bestuur gezwaaid of in de scheede gehouden. „M. i. moet niet alleen bij het vonnis, maar ook bij het aanleggen van vervolging, waardoor zelfs aan den later vrijgesprokene een groot, soms onherstelbaar kwaad wordt toegevoegd, niets dan rechterlijke ernst, niets dan rechtvaardigheid leiden”. THORBECKE meende zelfs, dat het Fransche stelsel, door de Regeering in bescherming genomen, hier te lande hoogst schadelijk heeft gewerkt en dat het in Frankrijk slechter zou hebben gewerkt, indien het Gouvernement

---

(1) Buys, De Grondwet, II, art. 163.

niet doorgaans de zelfstandigheid van het O. M. als een magistrature judiciaire had geëerbiedigd.

Zijn denkbeeld vond echter tijdens de grondwetsherziening geen ondersteuning. Zonder verzet vereenigden de enkele en de dubbele Kamers zich met het voorstel der Regeering. „Men mag trouwens met reden vragen” zegt BUIJS, „of de belangen der burgers niet beter gewaarborgd worden, wanneer de ambtenaren van het O. M. afhankelijk zijn van een voor zijne daden verantwoordelijk Minister, dan wanneer zij elk voor zich naar eigen opvatting en meer of minder ijverig de wet toepassen”.

De afhankelijkheid van het O. M. is m. i. noodig en nuttig. De ambtenaren, die met rechtspraak belast zijn, hebben, onafhankelijk van de Regeering zijnde, slechts één prikkel om hun plicht te doen: de werking van plichtsgevoel en geweten; de ambtenaren van het O. M. daarentegen hebben twee prikkels: naast de verantwoording aan hun geweten hebben zij die aan de hogere ambtenaren. Dit is — afgezien van het al of niet aangename — uit maatschappelijk oogpunt een voordeel: het is een dubbele waarborg voor plichtsbetrachting. Men vergeete niet, dat het O. M. het actieve deel der justitie is, dat het recht van initiatief en het uitsluitend recht (monopolie) van strafvervolging heeft, terwijl hier te lande het opportuniteitsbeginsel wordt toegepast, zoodat hier toezicht van superieuren onmisbaar is.

#### B. *Het Opportuniteitsbeginsel.*

De toepassing van dit beginsel is van groote betekenis voor het beleid van het parket, dat geen strafvervolging instelt, zonder overwogen te hebben, of een strafbaar feit is gepleegd, of er wettig en overtuigend bewijs is en of het instellen eener vervolging in het openbaar belang of uit anderen hoofde wenschelijk is.

Hoewel betwist wordt, of de toepassing van het opportunititeitsbeginsel op de wet steunt, geschiedt zij hier te lande algemeen zonder op ernstige bezwaren te stuiten. Indien echter het beginsel in strijd is met de wet — hetgeen zou beteekenen, dat ambtenaren, die in het bijzonder geroepen zijn de wetten te handhaven, zelf de wet schenden door hun plicht niet na te leven — is het noodig, dat de wetgever zich uitspreke om in het conflict te voorzien. Het is niet de vraag of het wenschelijk is, dat het O. M. bevoegd zij naar eigen inzicht al of niet eene strafvervolging in te stellen, ook al is er genoegzaam bewijs van een strafbaar feit, maar of het die bevoegdheid krachtens de wet bezit. Ik vrees maar al te zeer, dat de schrijvers en andere rechtsgeleerden, die deze vraag bevestigend beantwoorden, geleid worden door het besef der wenschelijkheid in plaats van door argumenten, ontleend aan de woorden, het stelsel of de geschiedenis der wet; hoewel het duidelijk is, dat men, vragende, of eene bevoegdheid steunt op de wet, het antwoord moet zoeken in de wet en niet in doelmatigheid. M. i. heeft Mr. VAN KETWICH VERSCHUUR, die rechtmatigheid en wenschelijkheid gescheiden heeft gehouden, terecht geconcludeerd, dat het opportunititeitsbeginsel in strijd is met de wet, die immers vervolging en bestraffing gebiedend voorschrijft, zich beroepende op de artt. 4 R. Org. 23 en 28, 2e lid, W. v. Sv., bovendien steun vindende in de artt. 33 W. v. Sv., 73 en 109 R. Org. (1)

Had de schrijver de geschiedenis van art. 32 W. v. Sv. geraadpleegd, dan zou hij ontdekt hebben, dat inderdaad de bedoeling van den wetgever is geweest en ook het stelsel der wet inhoudt, dat het legaliteitsbeginsel zal gelden,

(1) Legaliteits- of Opportunititeitsbeginsel? Tijdschr. v. Strafr. XXI. blz. 28.

althans zou hij voor zijn standpunt, dat ik gaarne met hem deel, daarin een krachtigen steun gevonden hebben.

Bij de behandeling van het ontwerp van het wetboek in de afdeelingen der Tweede Kamer werden namelijk bezwaren gemaakt tegen art. 30, luidende als nu art. 32: „De officier van justitie zal, wanneer daartoe termen zijn, de stukken aan den regter-commissaris doen toekomen met zoodanige requisitoiren, als hij zal geraden achten”, met name tegen de woorden „wanneer daartoe termen zijn”, omdat daarbij aan den officier de macht gegeven wordt de zaak naar willekeur te vervolgen of ter zijde te leggen. „La section à l'unanimité n'admet pas l'expression: „s'il y a lieu” puisqu'elle donne la faculté au procureur du Roi de ne donner aucune suite à des plaintes; ce qui est d'autant moins admissible, qu'on a aboli la poursuite de la partie civile.” In het verslag der afdeeling leest men verder: „On observe qu'on a voulu écarter les mots: „s'il y a lieu” uniquement dans le but que le ministère public ne pût arbitrairement étouffer des plaintes en refusant de donner aucune suite, ce qui pourrait conduire à des abus fort graves.” (1) Ook in de 6de en 7de afdeeling werd dat bezwaar gemaakt. De Regeering antwoordde, dat zij niet had kunnen voldoen aan den wensch de woorden „wanneer daartoe termen zijn” weg te laten, omdat de stukken niet in alle gevallen aan den rechter-commissaris moeten worden opgezonden, aangezien in cas correctioneel de officier van justitie zonder voorloopige instructie dadelijk den beklagde voor de rechtbank kan dagvaarden. De Regeering is echter te gemoet gekomen aan de genoemde bezwaren door een tweede lid aan het artikel

---

(1) Zie VOORBUIN, Geschiedenis der Ned. Wetb., deel VI, blz. 174 en 177.

toe te voegen, luidende: „Indien de regtbank kennis draagt, dat er verzuim plaats heeft in het vervolgen van misdrijven zal zij den officier van justitie kunnen belasten om te dien aanzien aan haar verslag te doen en hem voorts kunnen bevelen om ter zake der opgegeven daadzaken, zoo daartoe termen zijn, vervolgingen in te stellen”. De Regeering noemde het artikel, een „heilzame bepaling, die strekt om het smoren van misdrijven voor te komen”. Tegen dit voorgesteld artikel hadden de afdelingen vele bezwaren, vooral op grond, dat de hier aan de rechtbank toegekende bevoegdheid niet aan de rechtbank toekwam, maar aan het gerechtshof (art. 80 der wet R. Org., nu art. 73) of aan den procureur-generaal, die den officier van justitie opdracht kan geven, maar niet werd het opportuniteitsbeginsel in bescherming genomen. Het artikel werd gewijzigd aangenomen (nu art. 33 Sv.). Hieruit volgt, dat de Kamerleden geen vrijheid van al of niet vervolgen aan den officier wilden toekennen, dat de Regeering deze opvatting deelde en een middel ontwierp om „het smoren” van zaken tegen te gaan, welk middel in de wet is opgenomen.

Is dus toepassing van het opportuniteitsbeginsel door het parket niet op de wet gegrond, het in de wet op te nemen, ware zeer gewenscht, gelijk dan ook geschied is in het ontwerp tot wijziging van het wetboek van strafvordering. Voor geringe feiten is dikwijls vervolging ongewenscht, vaak is schadevergoeding of het aanbieden van verontschuldiging voldoende, vaak werkt voorwaardelijke niet-vervolging zeer nuttig: meermalen komt het voor, dat deze maatregel, die openbare terechtstelling vermijdt en den delinquent onder toezicht brengt van een reclasseeringsbeambte of een geheelonthouders-vereëning, uitmuntend succes heeft. Maar tegen misbruik van de bevoegdheid tot seponeren moet gewaakt

worden, niet zoozeer door klachten van een belanghebbende bij de rechtbank of, wat op grond van art. 73 der wet op de R. Org. beter is, bij het gerechtshof — maar door de hoogere ambtenaren van het O. M., hetzij door den officier van justitie, die den substituut-officier en den ambtenaar van het O. M. bij het kantongerecht in hunne besluiten tot seponereen controleere, hetzij door den procureur-generaal, die op het parket van de rechtbank toezicht houde. Zaken worden ter zijde gelegd, omdat het bewijs onvoldoende, het feit niet strafbaar of de vervolging niet wenschelijk geacht wordt. In Duitschland, althans in Pruisen, is de praktijk aldus, dat het besluit tot niet vervolgen zoowel door den Staatsanwalt als door den Eersten Staatsanwalt geteekend wordt. Bij ons bestaat groote vrijheid, waarvan misbruik een gevaar voor de bestrijding der misdadigheid zou kunnen opleveren. Dit kan de hiërarchie van het O. M. door toezicht voorkomen.

#### C. *De conclusie's in civiele zaken.*

Over het nut van deze conclusie's wordt verschillend geoordeeld. In zijn werk over „Het Openbaar Ministerie in Nederland” toont Mr. C. VAN MAANEN zich zeer ingenomen met de instelling der conclusie's van het O. M. en sluit zich aan bij Fransche schrijvers als LAVIELLE, MERLIN en BONCENNE, die niet alleen deze oude instelling prijzen als een onpartijdige stem, in het openbaar uitgebracht om het openbaar belang te dienen en steunbehoevenden bij te staan, maar zelfs uitbreiding der conclusie's wenschen tot alle civiele gedingen (1). „A la justice un guide, à la faiblesse un appui, à la société tout entière une sorte de représentant” noemt hoffelijk

(1) T. a. p. blz. 70—73.

BONCENNE den officier in civilibus. VAN MAANEN acht de conclusie's nuttig, omdat zij in het openbaar worden uitgesproken. Daardoor blijkt het, dat de beschouwingen van de zaak, die naar het oordeel van het O. M. op de beslissing van invloed kunnen en moeten zijn, aan den rechter bekend zijn geweest en een onderwerp zijner beraadslaging in raadkamer hebben uitgemaakt, waaruit volgt, „dat evenzeer bij het stilzwijgen van het vonnis over deze als bij uitdrukkelijke bestrijding der daarbij ontwikkelde regtsgronden het oordeel des regters over hare waarde duidelijk blijkt”. Voorts wijst hij er op, dat de wet de conclusie's verlangt in het belang der openbare orde of van personen, op wier belangen van Staatswege moet worden toegezien (publiekrechtelijke lichamen en personae miserabiles). „Het O. M. treedt op om den rechter voor te lichten en de waarheid en het goede recht van partijen duidelijk te doen uitkomen; waar de beginselen des rechts door deze niet juist zijn uiteengezet of wellicht onnauwkeurig voorgedragen, brengt het de zaak, na onpartijdig onderzoek, op het standpunt terug, van hetwelk zij moet beschouwd worden en het neemt het woord, zoodra het vreest, dat dwalingen begaan zullen worden. Zoodanige voorafgaande in het openbaar voorgedragen beschouwingen der zaken, vooral daar, waar het regtsbeginselen geldt, kan niet anders dan heilzaam werken. Het O. M. moet voornamelijk toezien om, waar een geschilpunt van burgerlijk recht is te beslissen”, aldus gaat VAN MAANEN voort, „de rechten der maatschappij bij de te vallen beslissing niet worden gekrenkt”.

Jhr. Mr. VAN NISPEN TOT PANNERDEN, het werk van VAN MAANEN critiseerende, was van een andere meening en achtte zelfs de conclusie's van het O. M. overbodig. „Kundige rechters kunnen die voorlichting ontberen.



Het overleg tusschen de rechters onderling is meer waard dan het advies van één persoon." Hij achtte de conclusie's wel nuttig voor den officier zelf, die daardoor een uitnemende gelegenheid heeft zich in het civiele recht te bekwamen, maar oordeelde, evenals de toenmalige redactie van het *W. v. h. Recht* (1860) dit niet voldoende voor het behoud der instelling (1). Ook later zijn vele stemmen opgegaan tegen haar behoud. Daarentegen wordt zij verdedigd door Prof. A. J. Blok in zijne rede „Positie en Taak van het O. M.". Deze acht ze vooral wenschelijk om de ambtenaren van het O. M. op een hoog peil te houden: deze moeten in staat gesteld worden zich veelzijdig te ontwikkelen en door de conclusie's af te schaffen zou men hun den prikkel ontnemen om zich op de hoogte te houden van de wetenschap van het civiele recht, die nauw verband houdt met de wetenschap van het strafrecht. Bovendien zou, indien zij werden afgeschaft, het gehalte der officieren achteruitgaan en zou men daaruit die krachten weren, die voor de uitoefening van het ambt onontbeerlijk zijn (2). Voor het O. M. acht hij „het behoud der conclusie's dan ook eene levensvoorwaarde". Ook op deze rede volgde critiek. Kortens later (14 October 1908) hield de president der Amsterdamsche rechtbank eene rede (gelukkig, dat de rechterlijke macht zelf zich uit!) waarin hij zich tegen het behoud der conclusie's uitsprak en aanvoerde, dat niet beslissend mag zijn, of de conclusie's nuttig zijn voor de ambtenaren, die ze uitbrengen of voor den dienst, dien zij overigens hebben te vervullen, maar uitsluitend deze vraag, of de conclusie's noodig zijn (3).

(1) *Themis* 1860, blz. 411 volg.

(2) *T. a. p.* blz. 32.

(3) *W. v. h. R.* 8748.

Naar het mij voorkomt, moet de vraag aldus gesteld worden: komen de conclusie's de rechtspraak ten goede? zoo ja in die mate, dat het nut opweegt tegen de nadeelen? Deze zijn 1°. dat zij — weliswaar in lichte mate — vertraging veroorzaken voor de rechtsbedeeling; dit nadeel telt vooral in spoedeisvende zaken; 2°. dat zij een groot deel van den dienst van een rijksambtenaar — bij sommige rechtbanken zelfs den geheelen dienst — in beslag nemen. Eenigszins van nut is de instelling der conclusie's, die medebrenge, dat het O. M. de stukken bestudeert, wellicht: herhaaldelijk stelt de officier de partijen in de gelegenheid alsnog stukken over te leggen, vooral in zaken van echtscheiding en scheiding van tafel en bed. Of echter de tweede vraag bevestigend moet worden beantwoord, komt mij zeer twijfelachtig voor. Wat Mr. VAN MAANEN en de door hem genoemde Fransche schrijvers voorbijzagen, is, dat de waarde der conclusie's van het O. M. voor de rechtspraak alleen dan groot is, als de ambtenaren van het O. M. uitmuntende kenners van het burgerlijk recht zijn. Slechts dan kunnen zij zijn een guide de la justice en de rechtbank juridisch voorlichten. VAN MAANEN zelf vermeldt, dat waarschijnlijk de oorsprong van de conclusie's van het O. M. moet gezocht worden in ver verwijderde tijden, toen de rechters behoefte gevoelden om kundige mannen te raadplegen (1). Men zal dus voor deze functie lieden noodig hebben, die doorkneed zijn in het burgerlijk recht, willen zij eenig gezag hebben en invloed op de rechtbank uitoefenen. En nu mag men in het algemeen zeggen, dat de officieren en substituut-officieren — anders dan de procureurs du roi in oud-Frankrijk — niet zijn specialisten in het burgerlijk recht, omdat zij, door hunne

(1) T. a. p. blz. 73.

functie bij de kantongerechten en de behandeling van strafzaken bij de rechtbanken, jarenlang zich verre hebben gehouden van de practijk van het burgerlijk recht en zich bijna uitsluitend hebben gewijd aan de toepassing van strafrecht en ander publiek recht. De ambtenaren van het O. M. zijn criminalisten, slechts bij uitzondering zijn zij even ervaren in het burgerlijke als in het strafrecht. Geen wonder, dat wel eens — zooals uit voormelde presidentsrede — blijkt, dat de rechterlijke macht de conclusie's niet op prijs stelt (1). Het O. M. moet daarom niet begeeren zich te doen hooren. Ook is het niet waar, zooals bovengemelde schrijvers aanvoeren, dat de officier de zwakken steunt en opkomt voor „de rechten der maatschappij”: hij mag immers niets meer doen dan concludeeren op grond der wet, noch raad geven, noch bewijs verzamelen, noch afweren ten behoeve van het openbaar belang.

M. i. is de instelling der civiele conclusie's — behalve in de civiele Kinderwetten, waar het O. M. een bijzondere rol speelt en actief optreedt — verouderd; in oud-Frankrijk was zij veeleer gewettigd wegens de rechtsonzekerheid en gebrek aan rechtseenheid, zoodat het dikwijls noodig was van hooger hand mededeeling te doen van rechtsvoorschriften en in de conclusie's te wijzen op het bestaan van die voorschriften; daardoor heeft zij zich zoo lang gehandhaafd. Maar sinds er gecodificeerd burgerlijk recht is en de rechtskennis der

---

(1) Onlangs had een officier zich zeer veel moeite gegeven voor de behandeling van een rechtsquaestie en zich beijverd eene gemotiveerde conclusie op te stellen. Toen de conclusie was uitgebracht, bleek, dat de Rechtbank het vonnis reeds klaar had, in tegengesteld zin als de conclusie luidde. Terstond daarna werd het vonnis uitgesproken. Kan de Regeering hare ambtenaren niet beter gebruiken?

rechterlijke macht niet door de Regeering behoeft te worden aangevuld, kunnen de conclusie's van het O. M. vervallen.

Zou het gehalte der ambtenaren van het O. M. achteruitgaan, indien de conclusie's werden afgeschaft? Ik kan de meening van Prof. BLOK niet deelen. Wie zijn kracht voelt in het civiele recht moet geen plaats zoeken in de gelederen van het O. M. Voor het O. M. zijn in de eerste plaats noodig kennis van het strafrecht — hierin behooren de officieren specialist te zijn — en warme belangstelling voor strafzaken. Dat is de levensvoorwaarde voor het O. M. Deze belangstelling moet den officier dragen, moet hem het vuur geven, dat hij noodig heeft om altijd weer te ageeren, te vervolgen en te requireeren. Liefde voor zijn ambt zal hij hebben door het besef, dat hij staat midden in den strijd tegen het maatschappelijk en zedelijk kwaad en daardoor zich in dienst stelt van de maatschappij en hooge idealen; deze liefde heeft hij noodig om het doornig pad van zijn ambt, dat zoo tallooze onaangenaamheden en ergernissen oplevert, te kunnen volgen. Maar de practijk van het burgerlijk recht valt daar buiten. Er zijn uitmuntende juristen, vooral civilisten die volmaakt ongeschikt voor het O. M. zouden zijn en ik zou geneigd zijn te meenen, dat iemand, die, zooals Prof. BLOK vermeldt, het ambt van officier neerlegt, omdat de civiele conclusie's worden afgeschaft, in zijn hart nooit officier is geweest.

Wil men niet terstond tot afschaffing van art. 324 B. Rv. overgaan, dan verdient de vraag overweging, of het niet wenschelijk is het artikel evenals art. 325 facultatief te stellen al of niet met uitzondering van de conclusie's in cassatie. Waar de rechtbank prijs stelt op eene conclusie — volledigheidshalve moet ik mededeelen dat dit ook wel eens geschied is! — zal zij de stukken in handen stellen

van den officier; waar deze conclusie wenscht te nemen, zal hij dit aan den president mededeelen. In beginsel is er niets tegen, dat het advies vragen facultatief wordt gesteld, evenmin dat het uitbrengen van een adviseerende stem alleen geschiedt, als de betrokkene zelf zijn stem wenscht uit te brengen. Aldus zal de praktijk zelf beslissen, of het noodig is het instituut in stand te houden en komt een eind aan veel nutteloos, in de groote steden veel tijd eischend, — men denke aan het bijwonen der familie- en getuigenverhooren — werk.

Men kan het O. M. in civilibus een veel nuttiger taak opdragen. Woont de officier de zittingen bij, dan houdt hij contact met de civiele rechtspraak en kan klachten, moeilijkheden en bezwaren, die de rechtspractijk oplevert, zoowel van de rechtbank als van de procureurs vernemen; in het bijzonder kan de rechtbank hem ter kennis brengen de bezwaren, die zij procesrechtelijk en materieel-juridisch bij de rechtspraak ondervindt. In het oud-Fransche recht was de procureur-generaal de vertegenwoordiger van den Koning, die des Konings wenschen en besluiten ter kennis van het gerechtshof bracht. Heeft de officier een ander karakter? Ook hij is vertegenwoordiger der Regeering. Ook hij brengt verzoeken en aanschrijvingen van de Regeering over aan de rechtbank. Het ligt dan ook geheel in de lijn van zijn ambt bezwaren der rechtbank, bij de toepassing van de wetten ondervonden, ter kennis te brengen van de Regeering. Hij zal dit lijdelijk kunnen doen of van advies kunnen dienen. Slechts is noodig dat de Regeering aan de parketten te kennen geeft, dat zij die mededeelingen — het zouden periodieke rapporten kunnen zijn, toe te zenden aan den procureur-generaal, voor wien natuurlijk hetzelfde geldt — wenscht te ontvangen. Aldus komen snel de grieven der practijk ter kennis van de Regeering, kan veroudering van wetten

voorkomen en wetswijziging bespoedigd worden. Het recht kan dan met zijn tijd meegroeien. Dit stelsel is wellicht beter dan rechtsvorming door de rechterlijke macht, die zich als praetor opwerpt, de wet aanvult om tegemoet te komen aan eischen der billijkheid, maar daardoor rechtsonzekerheid en rechtsverseidenheid in plaats van eenheid in het leven roept.

Door de afschaffing van de meeste civiele conclusie's zullen de parketten meer tijd krijgen voor hunne hoofdtak: de toepassing van het strafrecht, die steeds meer aandacht, kennis en toewijding eischt. Wil het parket volledig op de hoogte zijn — en dit mag geëischt worden — van het strafrecht, de strafrechtswetenschap en alles wat met de toepassing van het strafrecht verband houdt (zooals kennis der nasporing van strafbare feiten, van vergiftigingsverschijnselen, van geestelijke afwijkingen, van de zorg voor misdadige en abnormale kinderen enz.) dan heeft het reeds de handen vol.

Behoefte aan de civiele conclusie's — behalve enkele uitzonderingen — bestaat niet meer evenmin als aan bijzondere bescherming van de belangen van den vorst, die oorspronkelijk zoowel hier te lande als in Frankrijk tot de taak van het O. M. behoorde; maar te meer aan parketten, die leiding geven aan de politie en volkomen berekend zijn voor de strafrechtspraktijk.

#### D. *Motiveering van vrijspraken.*

Boven werd gewaagd van ergernissen, verbonden aan het ambt der officieren. Zij zijn vele. Maar alleen voor zoover door Regeering of wetgever verbetering kan worden aangebracht is publicatie oorbaar. Het zij mij vergund er eene te uiten.

Het vermoeden bestaat van een zeer ernstige misdaad: dat een vader twee zoons van negen en elf jaar zou

hebben vergiftigd; in de lijken der kinderen is phosphor gevonden, de verdenking tegen den vader, allengs ontstaan, wordt sterker. De zaak houdt, zooals vanzelf spreekt, den officier, die de zaak in handen heeft, vroeg en laat bezig, maandenlang. Hij pleegt overleg met den rechter-commissaris, die alle krachten inspant om deze duistere en ernstige zaak tot klaarheid te brengen, met de politie, met deskundigen, bestudeert herhaaldelijk de stukken en alles wat met de zaak verband houdt. De rechtbank heeft rechtsingang verleend en de gevangenneming van den beklaagde gelast; later verwijst zij de zaak naar de terechtzitting en gelast de gevangenhouding. Het bewijs is zwak. De zaak komt ter terechtzitting. Wat zal er geschieden? Zal het bewijs sterker worden, zal er iets nieuws aan het licht komen of zal de beklaagde den dans ontspringen? Welk een spanning, welk een emotie voor den officier! Men moet zelf officier zijn om zijne gemoedstrillingen te verstaan. De zitting duurt drie dagen. Den derden dag worden requisitoir en pleidooi gehouden. De eisch luidt levenslang, de verdediger wenscht vrijspraak met onmiddellijke invrijheidstelling. De rechtbank gaat in raadkamer. Na eenigen tijd komt zij terug. Zij spreekt den beklaagde vrij en gelast zijne invrijheidstelling (1).

Waarom werd de beklaagde vrijgesproken? Was het causaal verband tusschen de daad van beklaagde (het toedienen van brood met jam) en den dood der kinderen niet bewezen? of was niet bewezen, dat de jam phosphor inhield? verwierp de rechtbank het oordeel der deskundigen à charge? of is het bewijs van het opzet van beklaagde niet geleverd? De officier had betoogd, dat het causaal verband tusschen het toedienen der besmeerde brooden

---

(1) Vonnis Rb. Amsterdam der 5de Kamer in zake ca. J. V. van 18 Juni 1918.

en den dood der kinderen bewezen was en dat nader bewezen moest worden het opzet tot dooden, waarvoor eenige aanwijzingen werden aangevoerd. Wat heeft nu tot de vrijspraak geleid? Het vonnis zwijgt. Was het niet de moeite waard de meening der rechtbank te formuleeren?

En waarom die overijlde uitspraak? Den laatsten dag kwam een geheel nieuw feit aan het licht en de beklagde deed ter terechtzitting een opgave *in strijd met zijne verklaring voor den rechter-commissaris*, juist op het belangrijkste punt van het geding, naar aanleiding van het novum. Hier waren alleszins termen om de zaak weder in handen te stellen van den rechter-commissaris, indien men nog niet overtuigd was van beklagde's schuld; in elk geval was er reden dit rijpelijk te overwegen. Had de rechtbank, als gewoonlijk, veertien dagen genomen om te beraadslagen, dan had zij daartoe gelegenheid gehad. Er was geen enkele reden, die onmiddellijke uitspraak noodig maakte, de beklagde kon in vrijheid gesteld worden ook zonder dat terstond vonnis gewezen werd.

Ziedaar een staaltje van te snelle rechtspraak, waarvoor men moeilijk dezelfde waardeering kan hebben als voor de gewone bedachtzame weloverwogen rechtspraak, die ons land eigen is.

Dat vrijsprekende vonnissen niet gemotiveerd behoeven te worden is, hoewel verklaarbaar uit de regeling der cassatie, af te keuren. Is de officier partij, die toepassing der wet vordert, dan mag hij ook verlangen, dat gemotiveerd wordt, waarom zijn eisch wordt afgewezen. De procureur van elken burger, wien in eene civiele procedure zijne vordering ontzegd wordt, verneemt uit het vonnis, waarop die ontzegging steunt. In het civiele vonnis geeft de rechter rekenschap, waarom



hij ontzegt, waarom hij toewijst, waarom hij niet-ontvankelijk verklaart, welke feiten niet ter zake dienende zijn, hier fonkelt des rechters juridisch talent in al zijn luister, — maar in strafzaken schijnt het zonder belang te zijn, waarom de vordering van den officier ontzegd wordt. Het waren echter niet de minsten onder de kantonrechters, bij wie ik het genoeg had te fungeeren, die hunne vrijspraken motiveerden, als zij meenden, dat de ambtenaar er prijs op zou stellen. De gerechtshoven daarentegen geven geen goed voorbeeld. De rechtbank te Amsterdam had een beklagde, die zich had schuldig gemaakt aan poging tot uitvoer van een groote en kostbare hoeveelheid geneesmiddelen, die in beslag was genomen, veroordeeld tot een geldboete overeenkomstig den eisch van het O. M. maar zonder de gevorderde verbeurdverklaring. De officier appelleerde om alsnog verbeurdverklaring te doen plaats hebben (de goederen hadden groote waarde). De beklagde, die het feit bekend had, werd echter vrijgesproken. Nog altijd is mij duister — ook de rechtbank behoeft zulks niet te weten! — waarom. Een onderhoud met den advocaat-generaal, die de zaak behandeld heeft, bracht mij niet veel verder. In de zomervacantie van 1919 werd een beklagde, die het feit volledig bekend had, door de rechtbank te Amsterdam vrijgesproken (1). Het was een zaak van diefstal in vereeniging, de medebeklaagde had het feit ontkend. De bestolene — soms is waarlijk het publiek er bij betrokken! — begreep evenmin als de officier, waarom ook degene, die bekend had en wien subsidiair diefstal met een ander of alleen ten laste was gelegd, werd vrijgesproken. De officier appelleerde. (Dat ontbreekt er nog aan, dat het recht van appèl aan het O. M. ontnomen wordt!) Het Hof bevestigde de vrijspraak

(1) Vonnis van 10 Juli 1919 in zake ca. G. en L.

spraak en zal daarvoor zeker zijn goede gronden gehad hebben -- maar tot op den huidigen dag zijn zij aan het parket der rechtbank verborgen gebleven.

„De noodzakelijkheid om in de vonnissen de beweegredenen uit te drukken”, leest men bij J. D. MEIJER, „is in Frankrijk gedurende de omwenteling geboren . . . In Engeland, van welk land men de vormen der regtspleging ontleenen wilde, kent men die inrigting niet en zoo de regters aldaar bij het uitspreken van een vonnis gewoonlijk aan de menigte of liever aan de regtsgeleerden de gronden openleggen, welke hun oordeel hebben bepaald, geschiedt dat alleen *uit een gevoel van behoorlijkheid*, zonder dadelijke verpligting . . . De regter, die een vonnis uitspreekt, bijzonder zoo de vraag moeilijk is te beslissen, rekent zich verpligt aan het algemeen het gewigt van zijn ambt te doen gevoelen door zijne gronden aan te halen en te bewijzen, dat hij zich niet zonder nagedachte tot eene meening bepaald heeft; *hij rekent zich aan de regtsbeoefenaren zijne beweegredenen verschuldigd*, zoowel opdat men bij vervolg wete, waaraan zich te houden als om te toonen, dat hij zijne plaats niet onwaardig is” (1).

Men toont hoog te staan door goede voorbeelden te volgen. Men vindt ze in de geschiedenis des rechts. Is het te veel gevraagd, wanneer het O. M. motiveering der vrijspraken (die uiteraard leerzaam zal zijn en dus den dienst ten goede zal komen) verlangt? Nu de rechters het niet spontaan doen, kan alleen de wetgever door wetsherziening hierin voorzien. Naar mijn bescheiden meening is de gewenschte motiveering minstens even belangrijk als de in het ontwerp tot wijziging W. v. Sv voorgestelde motiveering der straffoemeting.

(1) MEIJER, De Leerstellingen omtrent de Regterlijke Magt, 1817, blz. 49, 50.

E. *Het Kruisverhoor.*

De sympathie met het Engelsche stelsel wil ons het kruisverhoor ter terechtzitting in strafzaken brengen. De officier moet zijn eigen getuigen, de beklagde of zijn raadsman de getuigen ter ontlasting ondervragen. Na de eerste ondervraging kan de tegenpartij den getuige vragen stellen, desgewenscht ondervraagt nog eens de partij en vervolgens de tegenpartij. Daarna kan de president of een rechter ondervragen (1). Er zijn dus twee partijen met eigen getuigen, ieder mag zoolang vragen als hij noodig acht om alles uit den getuige te halen, wat hij van de zaak weet en om zijn al of niet betrouwbaarheid aan te toonen. Heeft een getuige iets verklaard ten nadeele van den beklagde, de raadsman zal hem nader aan den tand voelen, om te zien, of zijne verklaringen houdbaar zijn en de getuige bruikbaar is; omgekeerd zal de officier hetzelfde doen met de getuigen à décharge — een en ander voor zoover men zulks wenschelijk acht.

Reeds in 1864 was men hier te lande met dit stelsel ingenomen en werd bij het sectie-onderzoek van het destijds aanhangig ontwerp „in verschillende afdeelingen door meerdere leden de meening voorgestaan dat de invoering van een nieuw wetboek van strafvordering gepaard moet gaan met de toepassing van het in Engeland aangenomen stelsel, bekend onder den naam van cross-examination” en zelfs werd een voorstel daartoe geformuleerd (2), maar nog steeds heeft de wetgever het niet aanvaard.

„Bij dit verhoor door partijen gaat het uit den aard der zaak soms zeer scherp toe” teekent DE PINTO bij

---

(1) Art. 283 ontwerp Strafv.

(2) DE PINTO, Het herziene Weth. v. Strafvord. 1886, deel II, blz. 124.

de vermelding van de cross-examination aan (1). „Wordt de beschuldiger, the counsel for the crown, geprikkeld door de zucht om de aanklacht in het algemeen maatschappelijk belang met afdoende bewijzen te staven, de advocaat, the counsel for the prisoner, voert den strijd natuurlijk meer uitsluitend met het oog op het belang van zijn cliënt. Maakt hij of zijn cliënt zelf, die ook het recht van ondervraging heeft, daarbij gebruik van „kunstgrepen”, waarover onze commissie van rapporteurs zich zoo bevreesd maakte, is het zijn toeleg om getuigen in hun karakter aan te tasten of wel hen met elkander of met zich zelven in strijd te brengen, niet ten einde de waarheid aan het licht te brengen, maar om zijn cliënt door welke middelen dan ook vrij te krijgen, dan is het des rechters plicht tusschen beide te komen en in elk geval om bij het onpartijdig wikken en wegen der resultaten van het verhoor en het tegenverhoor ook te letten op de middelen, waardoor die resultaten zijn verkregen.”

DE PINTO was blijkbaar met het stelsel ingenomen „waarin de rechter oordeelt op feitelijke gegevens, niet door hem zelf, maar door partijen in zijne tegenwoordigheid en onder zijn toezicht verzameld” (2).

Eenige voordeelen heeft het stelsel zeker: partijen brengen de getuigen voor met een bepaalde bedoeling en die bedoeling zal het best tot haar recht komen, als zij zelf de getuigen mogen ondervragen; daardoor geschiedt de verzameling van het bewijsmateriaal niet door den rechter, die in de verleiding kan komen het onderzoek in een bepaalde richting te sturen en daardoor zijne onpartijdigheid verliest, maar ten overstaan van den rechter, die zuiver onpartijdig blijft: zijn taak is constateeren,

---

(1) T. a. p. blz. 125.

(2) T. a. p. blz. 123, 124.

wat de partijen voor bewijs bijbrengen, niet zelf bewijs te leveren.

Men achte evenwel het gevaar van kunstgrepen en vertroebeling van het onderzoek naar de waarheid van de zijde der verdediging niet denkbeeldig. Wel moet de rechter zoo noodig tusschen beide komen en zich later rekenschap geven van de wijze, waarop ondervraging heeft plaats gehad, maar dan heeft de vertroebeling reeds plaats gehad. Bovendien vergeet men, dat men geheel ongelijke partijen op één lijn stelt: de raadsman van den beklaagde komt uitsluitend voor diens belang op en heeft tot taak alles aan te wenden, wat in beklaagde's belang is, hij mag en moet zelfs zoodanig ondervragen, dat de resultaten in het voordeel van den cliënt zullen zijn; de officier daarentegen is ambtenaar, geroepen de wet te handhaven en het openbaar belang te dienen, hij heeft mede te werken tot het onderzoek naar de waarheid, onverschillig of deze in het nadeel of het voordeel van den beklaagde is (1). De raadsman moet opkomen voor zijn cliënt, ook al is deze schuldig, hij moet zijn vrijspraak of lichte bestraffing bewerkstelligen; de officier daarentegen mag niet medewerken tot beklaagde's veroordeeling, als hij hem onschuldig acht. Gelijkheid van partijen zou bestaan, indien tegenover elkander stonden de raadsman van den beklaagde en die van den benadeelde. IJvert de eerste voor vrijspraak van zijn cliënt, voor het belang van den beklaagde, de laatste spant al zijn krachten in voor schuldigverklaring, bestraffing en schadevergoeding — het belang van zijn cliënt.

(1) Dit verschil behoort ook uit te komen in de plaats in de rechtszaal: de ambtenaar, geroepen de wet te handhaven, behoort plaats te hebben op het podium, de verdediger daar, waar in civilibus de procureur staat: in de zaal.

De voorstanders van het kruisverhoor schijnen zich den officier voor te stellen als den door het rijk aangestelden raadsman van de door misdrijf benadeelden, den gelijke van den raadsman van den beklaagde. Zij vergeten echter, dat hij hooger staat en hooger staan moet, dat hij, in tegenstelling met den raadsman, onpartijdig moet zijn, slechts wet en waarheid te dienen heeft. Gelijk het heet in de Ordonnantie van PHILIPS II moet hij zijn „een onpartijdig magistraatspersoon.” Hij is niet procureur van dengene, die aangifte bij de politie deed, maar procureur van de Regeering, belast met de behartiging van het openbaar belang. Het gevolg van het nieuwe stelsel zal dus zijn: de raadsman zal alle handigheid aanwenden om de getuigen à charge af te breken en hen aan het wankelen te brengen, de officier, meer objectief, zal dit ten aanzien van de getuigen der verdediging beneden zich achten, m. a. w. de deur wordt opengezet voor advocatenhandigheidjes, die zelden het onderzoek naar de waarheid ten goede komen.

Er is echter een veel grooter bezwaar. Men moet in het strafproces niet in de eerste plaats zoeken naar gelijkheid van partijen (die van nature ongelijk zijn) (1), maar naar datgene, wat het meest geschikt is om het doel van het strafgeding te bereiken d. i. het ontdekken der waarheid. Nu worden getuigen voor den rechter gebracht, getuigen, die iets kunnen mededeelen omtrent het feit, den beklaagde te laste gelegd. Aanwezig zijn de partijen: de officier en de beklaagde, al of niet bijgestaan door een raadsman, alsmede de rechter, die vonnis moet wijzen. Slechts deze vraag eischt antwoord: wat is bij deze gesteldheid de beste weg om tot de waarheid te

(1) Volgens Mr. I. A. NEDERBURGH is het O. M. zelfs niet partij, maar ambtenaar, die staat boven de belanghebbenden (beklaagde en benadeelde). T. v. S. deel XXX, blz. 56.

komen? Is de officier partij, dan bestaat gevaar voor bewuste of onbewuste partijdigheid; dit gevaar is natuurlijk grooter bij den beklaagde en diens raadsman. De eenige, die ter terechtzitting niet partij is en van wien het meest verwacht mag worden, dat hij onpartijdig zal zijn in het onderzoek, is de rechter. Uit zijnen aard is hij de aangewezen persoon om de getuigen te hooren.

Indien bij hem gevaar bestaat voor partijdigheid — voor dit vermoeden is echter geen grond — zal het bij de partijen grooter zijn.

En laat men nu eens bedenken, hoe moeilijk het ondervragen is. Het is een ware kunst. Het moet zuiver objectief en mag — let wel — vooral niet suggestief zijn. De getuige moet verklaren, wat hij heeft waargenomen of wat hem uit eigen wetenschap bekend is, zonder beïnvloed te zijn door hem, die ondervraagt. Verkeerde ondervraging leidt tot verkeerde antwoorden en deze werpen een onzuiver licht over de feiten. Groote voorzichtigheid is hier geboden. Wie eenige studie heeft gemaakt van de psychologie der getuigenverklaringen, weet, dat men heel gemakkelijk, vooral door suggestie, een met de waarheid strijdige verklaring kan doen afleggen. Met eenige handigheid kan men weinig ontwikkelde getuigen veel te veel laten verklaren. Het subtiele werk der ondervraging moet dus, wil men streven naar het verkrijgen der waarheid, zooveel mogelijk aan onpartijdige lieden worden toevertrouwd. Dit geldt in het bijzonder voor het onderzoek ter terechtzitting, waar de verklaringen moeten worden afgelegd, op welke het vonnis zal steunen. En dit teere werk zou men opdragen aan hen, die partijen zijn in het geding en elkander bestrijden moeten door middel van de ondervraging? Waar men zoo voorzichtig moet zijn om misvattingen en dwalingen te voorkomen, worden de getuigen van twee kanten be-

sprongen en wordt aan hen gerukt en getrokken, tot zij de kluts kwijt raken. „Het gerechtelijk onderzoek”, zegt Mr. NEDERBURGH, „zal veel hebben van een rukken en trekken aan de waarheid beurtelings van beide kanten, waardoor een slingerbeweging zal ontstaan als van een troïca met ongedresseerde buitenpaarden” (1). Dat op deze wijze de middelen tot het ontsluieren der waarheid verbeterd worden, is ondenkbaar.

Laat men de ernstige gedocumenteerde waarschuwing van Mr. I. A. LEVY tegen de overplanting van het kruisverhoor in strafzaken naar ons vaderland niet in den wind slaan (2). Deze schrijver wijst op het gevaar, dat het kruisverhoor wordt dienstbaar gemaakt niet aan bevordering, maar aan ontwrichting van den rechts-eisch. De Engelsche rechtspraak verdient geprezen te worden niet wegens, maar niettegenstaande haar bezit van het kruisverhoor. Bij dit verhoor namelijk is blijkbaar hoofdzak: getuigenis te geven „van de handigheid, de bedrevenheid, de tactiek, de vaardigheid, de kunst van manoeuvreeren desgenen, die het leidt”. Getuigen, in geheel vreemde omgeving gebracht, zijn lichtelijk te overmeesteren en hunne beradenheid is niet altoos bestand tegen de vuurproef van een geslepen overwicht. Daarvan kan zoowel ten goede als ten kwade partij getrokken worden. Geschiedt dit laatste, dan is het kruisverhoor het middel, waardoor de getuige gebruikt wordt tot een kwalijk bloot te leggen opzet.

Een groot gevaar van het kruisverhoor ligt ook in zijn strekking om de geloofwaardigheid van een getuige in verdenking te brengen. Daarbij moet met de grootste

---

(1) T. a. p. blz. 302.

(2) «Engelsch verhoor en Kruisverhoor», T. v. Strafr., deel XXX, blz. 56.



behoedzaamheid worden te werk gegaan. „In de hand eens gewetenloozen of ook maar lichtvaardigen onder-  
vragers kan bedoelde bevoegdheid onafzienbaar en onher-  
stelbaar onheil stichten . . . . . Men huivert bij de  
gedachte, dat een zedelijke verantwoordelijkheid van dit  
gewicht gelegd wordt in kwaadwillige of onbedreven  
handen. Ja zelfs naar mijn besliste overtuiging is deze  
ééne mogelijkheid, al het overige daargelaten, voldoende  
om het kruisverhoor de deur te wijzen.” (1).

Ook Prof. BLOK heeft op belangrijke bezwaren gewezen.  
Ten eerste op het gevaar, dat de getuige overbluft wordt  
door den ondervrager, een gevaar, zoo groot, dat men  
in Engeland als iets bijzonders vermeldt, dat iemand  
tegen de gewone methode van intimidatie en verwarring  
van het kruisverhoor bestand is. In plaats, dat de getuigen  
hunne verklaringen, in rustige atmosfeer, rustig kunnen  
afleggen, worden zij verontrust, in de war gebracht en  
kunnen de waarheid daardoor niet dienen. Daarenboven  
is te verwachten het nadeel, dat, wordt dit verhoor hier  
te lande ingevoerd, de getuigen, die wel weten, dat zij  
ter terechtzitting een mauvais quart d'heure zullen moeten  
doormaken, weinig lust zullen hebben te verschijnen en  
de tegenzin van het publiek om de justitie van dienst  
te zijn, nog grooter zal worden (2).

Is gebleken, dat het onderzoek der voorzitters niet  
goed was? Heeft het verkeerde resultaten opgeleverd?  
Het is mij niet bekend. „Ik acht het ondervragingsrecht het  
veiligst in handen onzer voorzitters” zegt Mr. I. A. LEVY (3).  
Na den president kunnen de rechters, de officier, de  
beklaagde en diens raadsman vragen stellen. Partijen

(1) Mr. LEVY, t. a. p. blz. 58.

(2) Hand. Ned. Jur.-Vereen. 1918, deel II, blz. 101 volg.

(3) Hand. Ned. Jur.-Vereen. 1918, deel II, blz. 91.

hebben dus gelegenheid aanvullend aan het onderzoek mede te werken. Acht men het onbillijk, dat de officier rechtstreeks mag ondervragen, terwijl de raadsman de tusschenkomst van den voorzitter noodig heeft, desnoods moeten de ambtenaren van het O. M. dit voorrecht, dat zij als onpartijdig ambtenaar bezitten, prijs geven: ik betwijfel, of zij daar veel bezwaar tegen hebben. Naar ik meen maken zij weinig gebruik van het recht. Er is ook niet veel behoefte aan, omdat zij hun gansche bewijsmateriaal reeds uit handen hebben gegeven: vóór de zitting gaan immers de stukken naar de rechtbank (c. q. kantonrechter, gerechtshof). Het is dan ook alleen noodig vragen te stellen, indien de president iets vergeten heeft, men kan den president verzoeken het alsnog te vragen.

Ik kom dus tot het besluit, dat, waar men de keuze heeft tusschen de stelsels òf beide partijen ondervragen rechtstreeks, hetzij met hetzij zonder kruisverhoor en daarna vraagt de president aanvullend òf de president ondervraagt en daarna ondervragen de partijen aanvullend, het tweede de voorkeur verdient en het eerste te verwerpen is, omdat het niet den weg wijst tot het vinden der waarheid.

December 1919

## Roerend goed in het internationaal verkeer

DOOR

Mr. J. E. VAN DER MEULEN

(Slot.)

---

Thans dient besproken te worden de vorm der rechtshandeling. Men is het er over eens, dat de vormvereischten voor bepaalde rechtshandelingen niet door de *lex loci actus*, maar door de *lex rei sitae* worden bepaald. Welke die rechtshandelingen zijn, wordt verschillend aangegeven. KOSTERS onderscheidt de vormen der overeenkomst en die welke het zakenrecht betreffen (1). DICEY acht de *lex rei sitae* toepasselijk, als deze wet „a special form of transfer” voorschrijft (2). Wat hij onder een „special form” verstaat, blijkt niet voldoende. Art. 11 van het „Einführungsgesetz zum B. G. B.” houdt in, dat de *lex rei sitae* den vorm van een rechtshandeling bepaalt, „durch das ein Recht an einer Sache begründet oder über ein solches Recht verfügt wird (3).

Het Institut de d. i. doet de *lex rei sitae* den vorm van die rechtshandelingen beheerschen, met welke openbaarheid tegenover derden beoogd wordt. Art. II van het meergenoemd ontwerp luidt: „Les conditions de

---

(1) T. a. p. p. 191. Men bedenke dat naar Fransch recht (artt. 931, 938, 1138 C. C.) de vorm der overeenkomst „het zakenrecht kan betreffen”.

(2) T. a. p. p. 527. Exception op rule 145.

(3) Zie NIEMEYER t. a. p. p. 416. ZITELMANN, t. a. p. II p. 151 en 336.

forme des actes juridiques, ayant pour but ou pour conséquence la constitution d'un droit réel, doivent être déterminées conformément aux règles générales sur la forme des actes. Un droit réel ne peut cependant s'établir et subsister de façon à être opposable aux tiers, qu'en remplissant les conditions de forme exigées par la *lex rei sitae*, pour la sauvegarde des intérêts généraux de l'ordre public." Met deze „intérêts" zijn blijkbaar de belangen van derden bedoeld.

Het is m. i. van nut om te letten op de reeds vroeger gemaakte onderscheiding tusschen de handelingen, die slechts daardoor rechtshandelingen zijn, doordat de *lex rei sitae* aan haar zakenrechtelijke gevolgen verbindt en de handelingen die ook door een andere wet tot rechtshandelingen kunnen worden gestempeld. De eerst genoemde handelingen als levering, inschrijving in een register, kortom dezelfde handelingen als in het ontwerp van het Institut de d. i. blijkbaar bedoeld, zullen ook wat den vorm betreft aan de voorschriften der *lex rei sitae* hebben te voldoen (4). Daar deze handelingen uit den aard der zaak bijna steeds zullen plaats grijpen in het rechtsgebied waar het goed zich bevindt, zal de *lex rei sitae* met de *lex loci actus* samenvallen; afwijking van art. 10 A. B. zal dan ook niet zijn waar te nemen. Toch is wel denkbaar, dat een handeling als boven bedoeld door partijen in een ander gebied wordt verricht, dan waarin het goed is gelegen.

(4) Dit lijkt me ook het standpunt van den Duitschen wetgever. Art. 11 *Einführungsgesetz* stelt als hoofdbeginsel, dat de vorm der handeling moet worden beoordeeld naar de wet, die haar beheerscht. Betreft het andere handelingen, dan die welke door de *lex rei sitae* beheerscht worden (ik vat de boven reeds vermelde woorden van den tekst eng op), dan is voldoende dat de vormvoorschriften der *lex loci actus* zijn in acht genomen.

Een voorbeeld is te ontleenen aan een beslissing van het Hof te 's-Hage (5). Een in Nederland aanwezig schip wordt aan een Italiaan verkocht. De akte van koop en verkoop wordt overeenkomstig het Italiaansche recht in een register op het Italiaansche consulaat te Rotterdam overgeschreven. Het Hof neemt aan, dat partijen bedoelden, dat op hare transactie het Italiaansche recht van toepassing zou zijn. De overschrijving heeft slechts waarde in rechte, als de *lex rei sitae* aan haar een zakenrechtelijk gevolg verbindt; deze wet beheerscht de handeling. Dat de partijen de wet zouden mogen aanwijzen, die aan haar handeling den eigendomsovergang moet verbinden, is in strijd met de boven besproken beginselen. Neemt men nu aan, wat ik niet doe, dat de *lex rei sitae*, wanneer de geldigheid van den vorm der handeling beoordeeld moet worden, naar de *lex loci actus* verwijst, dan is het eindoordeel van het Hof slechts juist, indien het Italiaansche consulaat als Italiaansch grondgebied is aan te merken. Moet daarentegen de overschrijving geacht worden op Nederlandsch gebied te hebben plaats gehad, dan is de vorm, voorgeschreven door de samenvallende *lex rei sitae* en *lex loci actus* niet nageleefd. Tot den vorm mag toch worden gerekend, dat in Nederlandsche registers wordt overgeschreven.

Als ander voorbeeld is te noemen de zakelijke overeenkomst, die immers niet ter plaatse waar het goed is, behoeft te worden opgemaakt. Ook deze handeling kan door geen andere wet dan de *lex rei sitae* worden beheerscht. Wanneer deze wet eenig vormvoorschrift voor een dergelijke overeenkomst kent, moet het nageleefd worden.

Nog een voorbeeld zie ik in de Queensland Mercantile

---

(5) 30 Juni 1916 W. 10085.

and Agency Company (6). Een Australische vennootschap wordt behalve in Australië, ook in Engeland failliet verklaard. Op de vorderingen, die de vennootschap heeft tegen in Schotland gevestigde houders van niet volgestorte aandelen, wordt onder den Engelschen curator tweemaal beslag gelegd. Deze vorderingen worden door den rechter met in Schotland aanwezige roerende goederen gelijk gesteld. Het eerste beslag is aan de Schotsche schuldenaren niet beteekend, zulks wel in strijd met de Schotsche, maar niet met de Engelsche wet; het tweede beslag is hun wel beteekend. Het eerste beslag is niet van waarde verklaard, het tweede wel. Terecht is de geldigheid van den vorm der beslaglegging beoordeeld naar de Schotsche wet, de *lex rei sitae*, en niet naar de Engelsche wet, de *lex loci actus*.

Voor den vorm der in de tweede plaats genoemde handelingen is in het algemeen beslissend, de wet die haar beheerscht of de *lex loci actus*. Zoo lijkt me de vorm der zekerheidstelling in het reeds genoemde geval, waarin door den rechter te Weenen vonnis is gewezen, naar Oostenrijksch recht te beoordeelen (7). Nu de soort der gedeponeerde effecten voldoet aan de door deze wet gestelde vereischten, mag de vorm der zekerheidstelling niet onvoldoende worden geacht, omdat de Deutsche wet het deponeeren van een ander soort effecten voorschrijft.

Niet uitgesloten lijkt me echter dat ook bij de in de tweede plaats genoemde handelingen de *lex rei sitae*

(6) Chancery Division 1891, BEALE t. a. p. II p. 182.

(7) Al heeft in deze de zekerheidstelling niet het te niet gaan van het retentierecht op de in Duitschland aanwezige goederen ten gevolge, toch zal de Oostenrijksche wet aan deze handeling wel andere rechtsgevolgen kunnen verbinden. Deze handeling zal dan ook niet haar waarde in rechte slechts aan de Deutsche wet behoeven te ontleenen.

zich zal doen gelden. B. v. een schenkingsovereenkomst, die betrekking heeft op een in Nederland aanwezig goed, komt tot stand in een land, welker wet met een onderhandsche schenkingsakte genoegzaam neemt. In Nederland wordt geleverd. Zal volgens de Nederlandsche wet, de *lex rei sitae*, de onderhandsche akte voldoende zijn? Het is twijfelachtig in welken zin het antwoord moet luiden. Eischt de *lex loci actus* een gerechtelijke akte, dan zal zeer zeker de vorm van een dergelijke akte naar Nederlandsch recht dezelfde waarde hebben als de door dit recht vereischte notarieele akte.

De slotsom mag meen ik luiden, dat wil een zakenrechtelijk gevolg intreden, de in de eerste plaats genoemde rechtshandelingen geheel, en de in de tweede plaats genoemde rechtshandelingen in zekere mate aan de mogelijke vormvoorschriften der *lex rei sitae* hebben te voldoen. Welke die zekere maat is, zal niet dan vaag zijn aan te geven. Het bovenstaande brengt met zich mee, dat in enkele gevallen afgeweken zal worden van den in art. 10 A. B. neergelegden regel. Dit artikel nu is volgens sommigen imperatief (8). Deze afwijking is te verdedigen door aan den ongeschreven regel, dat de *lex rei sitae* toepasselijk is op roerend goed, dezelfde kracht toe te kennen als aan art. 7 A. B. Ook met een beroep op de openbare orde zou wellicht art. 10 A. B. ter zijde kunnen worden gesteld.

Ik meen de bespreking van het rechtsfeit te moeten besluiten met er op te wijzen, dat de kracht van de *lex rei sitae*, wanneer het gaat om onroerend goed afnemende is. DICEY spreekt over de: *Decreasing influence of the lex situs* (9).

(8) Vergelijk KOSTERS l. a. p. 184.

(9) T. a. p. Appendix note. 4 p. 728.

Dit verschijnsel is ook in de Nederlandsche jurisprudentie waar te nemen. Niet in die mate als vroeger wordt, wanneer de Nederlandsche wet *lex rei sitae* is, aan art. 7 A. B. de kracht toegekend om het rechtsfeit te beheerschen. Ik achtte het dienstig met dit verschijnsel rekening te houden, ook waar het gaat om roerend goed. Bij twijfel of de *lex rei sitae* aan een rechtsfeit, dat door een andere wet wordt beheerscht, een zakenrechterlijk gevolg verbindt, lijkt me toekenning van dat gevolg te verdedigen.

### III.

De erkenning van verkregen zakelijke rechten op roerend goed behoeft een afzonderlijke bespreking. Verkregen rechten worden in het algemeen erkend. DICEY stelt als hoofdregel: Any right, which has been duly acquired under the law of any civilised country, is recognised and in general, enforced by English Courts, and no right which has not been duly acquired is enforced or, in general, recognised by English Courts (10).

Voor zooveel betreft zakelijke rechten op roerend goed, beteekent die erkenning, dat zulke rechten, welke zijn verkregen, terwijl het goed in het eene rechtsgebied was, niet ophouden te bestaan door het overbrengen van het goed naar een ander rechtsgebied (11). Heeft het goed eene nationaliteit, dan zullen ook de voor de verandering der nationaliteit verkregen zakelijke rechten in het algemeen kunnen worden erkend (12). Bij de erkenning van verkregen rechten gaat het er dus niet om of eenig

(10) T. a. p. General principle no. 1, p. 23.

(11) Volgens J. JITTA t. a. p. p. 434 ligt dit beginsel in art. 60 F. opgesloten; ook in art. 7 A. B. (p. 135).

(12) Vergelijk voor schepen DIENA t. a. p. p. 398.



zakenrechtelijk gevolg is in getreden, maar of een elders ingetreden zakenrechtelijk gevolg moet worden erkend, wanneer het goed naar een ander gebied is verplaatst. Beide vragen kunnen naast elkaar in eenzelfde rechterlijke beslissing beantwoording behoeven. De rechter heeft dan eerst te beslissen of het zakelijk recht is verkregen en vervolgens, of dat recht nu ook, nadat het goed inmiddels verplaatst is, in het nieuwe rechtsgebied behoort te worden erkend. Zoo b.v. in *CAMMELL v. SEWELL* (13). Een schip, komend uit Rusland en op weg naar Engeland, lijdt schipbreuk op de Noorsche kust. De schipper verkoopt de lading, die eigendom is van een Engelse firma. Hij is volgens het Noorsche recht tot dien verkoop bevoegd, volgens Engelsch recht niet. De rechtsopvolger van den Noorschen koper brengt de lading naar Engeland. Aan den Engelschen rechter wordt de vraag onderworpen, of de nieuwe bezitter eigenaar is. Hoewel het recht van den koper bij vonnis van den Noorschen rechter als vaststaande is aangenomen, onderzocht de Engelse rechter de vraag of de koper eigenaar is geworden. Deze vraag wordt op grond van de Noorsche wet bevestigend beantwoord. Het eigendomsrecht wordt daarna in Engeland erkend.

Het spreekt veelal van zelf dat het verkregen recht behoort te worden erkend. Niemand toch zal aan hem, die in Duitschland eenig goed in eigendom heeft verkregen, wegens het enkele feit, dat het goed naar Nederland wordt gebracht, het eigendomsrecht willen ontnemen. Een betrekkelijk eenvoudig geval is door het Hof te Arnhem beslist (14). De curator in een in Duitschland

(13) *BEALE* II p. 154.

(14) 2 Mei 1916 *W.* 10021, cass. verworpen H. R. 23 Febr. 1917 *W.* 10094. Van tenuitvoerleggen van een vreemd vonnis van faillietverklaring is geen sprake, wel van het erkennen van een door een vreemd vonnis geschapen rechtstoestand.

opengevallen faillissement brengt roerend goed, tot den faillietenboedel behoorend en ten tijde der faillietverklaring in Duitschland aanwezig, naar Nederland. Hier te lande wordt beslag gelegd. De van waarde verklaring van het beslag wordt geweigerd. De rechten, die de curator in Duitschland op het goed heeft verworven, worden erkend, nu die goederen naar Nederland worden overgebracht. De beslaglegging is onvereinigbaar met de door den curator verkregen rechten.

De moeilijkheden die zich voordoen, houden verband met de werking der nieuwe *lex rei sitae*, welke wet toch, gelijk boven is uiteengezet, o. a. bepaalt het zakelijk karakter van het goed, de bestaanbaarheid van het zakelijk recht (rechtsinstelling) en welke bevoegdheden en verplichtingen aan dat recht eigen zijn (15). Het zou immers niet zijn te verdedigen, dat zakelijke rechten, die niet strooken met de „*organisation sociale*” van een bepaald rechtsgebied, en niet verkregen kunnen worden daar wel zouden worden erkend. De redenen, die deze werking der *lex rei sitae* noodzakelijk maken, zijn in beide gevallen dezelfde. Het minst stellig wordt deze opvatting voorgestaan bij het vaststellen van den inhoud van het zakelijk recht (16). Toch lijkt mij twijfel haast niet mogelijk. Nemen we het geval dat iemand in Frankrijk eigenaar is geworden van een roerend goed, dat hij vervolgens naar Nederland brengt. Zijn eigendomsrecht word erkend. De rechten en verplichtingen van den eigenaar zijn nu naar de Nederlandsche wet te beoordeelen. Hoe zou het anders kunnen? Liet men de

(15) Op deze werking doelt blijkbaar art. 5 du projet de réforme du Code Belge, waar het bepaalt: „Lorsqu'à raison du changement survenu dans la situation des biens meubles, il y a conflit de législations, la loi de la situation la plus récente est appliquée.

(16) Vergelijk KOSTERS t. a. p. p. 721.

wet, die het zakelijk recht heeft doen geboren worden, bepalen, welke rechten en verplichtingen aan dat recht eigen zijn, dan zou in één rechtsgebied een verscheidenheid van zakenrechtelijke regelingen van kracht kunnen zijn, die de ergste onzekerheid zou doen ontstaan. Om zulks te voorkomen dient de noodzakelijk algemeene werking der *lex rei sitae*. Het erkennen van een verkregen recht komt dan ook praktisch hierop neer, dat hij, die eenig goed, waarop hij in den vreemde eenig zakelijk recht heeft verworven, naar een ander land overbrengt, door de nieuwe *lex rei sitae* wordt bekleed met een zakelijk recht, dat zooveel mogelijk gelijken inhoud heeft, als het in den vreemde verkregen zakelijk recht. Op grond waarvan dit recht hem wordt toegekend, zal zeker niet gemakkelijk op bevredigende wijze kunnen worden beantwoord. Misschien wel om de eenvoudige reden, dat niemand een beter recht op het goed zal kunnen doen gelden. Is vorenstaande juist, dan zal de term erkenning van verkregen rechten misleidend kunnen werken. Deze term is wel juist in de gevallen, dat het onder een vroegere *lex rei sitae* verkregen recht, wordt erkend door de vervolgens op hetzelfde gebied van kracht wordende wet, bij welke de vroegere wet wordt afgeschaft. Dan blijft de inhoud van het verkregen recht beheerscht door de vroegere wet, tenzij de overgangswet anders bepaalt. Hiermede komt uit het verschil tusschen „le conflit de lois dans le temps” en „le conflit de lois dans l’espace”, een verschil, waarvan het wezen door NIBOYET (17) wordt ontkend. Het verschil is hierdoor te verklaren, dat bij „le conflit de lois dans le temps” de wetgever de macht bezit twee regelingen van zakenrechtelijken aard naast elkaar op één rechtsgebied te doen bestaan. Bij „le conflit de lois dans l’espace” is, gelijk we gezien hebben, enkel

(17) T. a. p. p. 355 note 3.

de *lex rei sitae* bevoegd die regeling te geven. Een regeling van kracht op het vreemde grondgebied kan niet op een ander gebied worden geduld. Deze verklaring nadert die, welke STRISOWER blijkens het door NIBOYET in zijn noot vermelde geeft.

Talrijk en belangrijk zullen de afwijkingen tusschen de door de op verschillende rechtsgebieden toepasselijk zijnde *legis rei sitae* toegekende bevoegdheden niet kunnen zijn. Immers om te beslissen of het verkregen recht zal dienen te worden erkend, behoort men zijn inhoud, de som der bevoegdheden, te vergelijken met den inhoud van het volgens de nieuwe *lex rei sitae* bestaansbare recht, dat in aanmerking komt om er den houder van het verkregen recht mee te bekleeden. Is er wezenlijk verschil, dan zal er geen overeenkomstig recht zijn, waarmee bedoelde houder kan worden bekleed. Het verkregen recht wordt dan niet erkend, en derhalve geen enkele bevoegdheid toegekend, al zouden ook enkele bevoegdheden door de oude *lex rei sitae* aan het verkregen recht door de nieuwe *lex rei sitae* aan het mogelijk toe te kennen recht gelijkelijk zijn verbonden.

Erkenning van de niet zakelijke rechten, die boven op blz. 56 ter sprake kwamen, heeft dunkt me geen zin; in ieder geval is haar beteekenis een geheel andere. Deze rechten worden niet aan een zakelijke rechtsinstelling ontleend, maar worden aan den schuldeischer toegekend, omdat zijn vordering van dien aard is, dat hem op een bepaald goed van den schuldenaar meer of gemakkelijker verhaal toekomt dan aan de andere schuldeischers. Dit voortrekken van een schuldeischer staat, gelijk vroeger reeds werd opgemerkt (18), in nauw verband met de organisation sociale van het land, waar het goed aanwezig is. Slechts de *lex rei sitae* vermog aan die vordering de meerdere kracht bij te zetten en de rangorde der ver-

(18) Zie boven p. 56.

schillende vorderingen te bepalen. Zulks onverschillig of de wet, die het vorderingsrecht heeft doen geboren worden, die meerdere kracht al dan niet kent. Zeer duidelijk is dit uitgesproken in een arrest van den H. R. (19). Eene partij diamanten wordt te Antwerpen door een Belg aan een Nederlander verkocht en geleverd. De Nederlander, wonend te Amsterdam, wordt failliet verklaard en de Belg komt voor den onbetaalden koopprijs in het faillissement op als bevoorrecht schuldeischer. De diamanten zijn nog in den boedel aanwezig. Art. 20 no. 5 der Belgische wet van 16 Dec. 1851 geeft den verkooper eenzelfde recht als ons art. 1185 3<sup>o</sup> B. W. Volgens de Belgische wet gaat dit voorrecht in geval van faillissement te niet; volgens de Nederlandsche wet niet. De H. R. overweegt dat het onverschillig is „of de overeenkomst, welke het recht had doen ontstaan zelve door buitenlandsch recht wordt beheerscht en dat recht het privilege niet erkent”. Den verkooper wordt het recht op voorrang toegekend.

Voor de erkenning van verkregen zakelijke rechten is niet noodig, gelijk uit het vroeger behandelde reeds bleek, dat de oude en de nieuwe *lex rei sitae* op gelijke wijze de verkrijging van het zakelijk recht regelt. Wanneer een in Frankrijk aanwezig roerend goed, waarvan de koper op grond van art. 1583 C. C. eigenaar is geworden, zonder dat hem geleverd is, naar Nederland wordt gebracht, zal het eigendomsrecht moeten worden erkend, al eischt ook onze wet, dat, wil de eigendom overgaan, op grond van de koopovereenkomst geleverd zij (20).

(19) 15 Jan. 1917 W. 40139 (Rb. A'dam 29 Oct. 1915 W. 9935, en Hof A'dam 3 Nov. 1916 W. 10069). Minder duidelijk Rb. Roermond 4 Juni 1908 W. 8774 en Hof 's-Bosch 22 Juni 1909 W. 8927 Ik meen in de beide beslissingen te mogen lezen, dat de betrokken goederen in België waren.

(20) Vergelijk Rb. Dordrecht 25 Maart 1908 W. 8722.

Zoo zal ook de naar de *lex rei sitae* geldige eigendomsverkrijging door den pandhouder van het in pand gegeven goed op grond van een *pactum commissorium*, hier te lande kunnen worden erkend, wanneer het goed naar ons land wordt gebracht, waar een dergelijke wijze van eigendomsverkrijging door art. 1200 B. W. wordt verboden (21).

De Fransche rechter heeft echter een zakelijk recht, dat in Engeland volgens de daar van kracht zijnde bepalingen was te niet gegaan, in Frankrijk nog als bestaande aangemerkt (22).

Is daarentegen het recht niet verkregen op grond van de eerste *lex rei sitae*, dan zal het ook niet zijn verkregen, wanneer het goed komt in een rechtsgebied, welks wettelijke bepalingen aan de plaats gehad hebbende rechtsfeiten wel de verkrijging van het recht zouden hebben verbonden (23).

Laat ik thans achtereenvolgens in het bijzonder bespreken, de moeilijkheden, die bij de erkenning van verkregen rechten zich kunnen voordoen. Ze houden verband, gelijk ik zooeven reeds vermeldde, met de werking der nieuwe *lex rei sitae*, die bepaalt:

1o. het zakelijk karakter van het goed, 2o. de bestaanbaarheid van de zakelijke rechtsinstelling, 3o. den inhoud van die instelling.

---

(21) Vergelijk de door NIBOYET op p. 384 vermelde Italiaansche jurisprudentie.

(22) Cours de cass. 24 Juni 1912. *Journal Clunet* 1913, p. 147. Het betrof een scheepsverband op een Fransch schip. Volgens noot toepassing van *loi du pavillon*, ook Trib. civ. Nantes 1 Juli 1907, *Journal Clunet*, 1908 p. 806.

(23) Vergelijk NIBOYET t. a. p. p. 397. Een voorbeeld zie ik in de beslissing van High Court of Chancery 7 Nov. 1873. *Journal Clunet* 1874, p. 200.

Met betrekking tot goederen buiten den handel zijn twee vonnissen van den Franschen rechter te vermelden, die elkaar wonderwel aanvullen. Het eerste is het reeds vermelde vonnis van den Tribunal de la Seine betreffende de gestolen Gioconda. Nadat het schilderij in Italië was teruggevonden, werd het van wege de Italiaansche autoriteiten aan den Franschen Staat teruggegeven. De rechtbank overweegt dat het schilderij door FRANÇOIS I van DA VINCI is gekocht, eigendom van den Staat is geworden en ongetwijfeld „domain public” is, derhalve niet vatbaar voor overdracht of verjaring. Een mogelijk door den Italiaanschen vinder op het schilderij verkregen recht is dan ook in geen geval te erkennen. Men mag hieruit niet concludeeren, dat de Fransche rechter nimmer eenig zakelijk recht zal erkennen, dat op een roerend goed, hetwelk volgens vreemd recht als buiten den handel is aan te merken, is verkregen, terwijl het goed niet in het vreemde land was. Dat zal uit het hierna te noemen vonnis blijken. De overweging van den Tribunal de la Seine is blijkbaar aldus op te vatten, dat de Fransche rechter niet zal mogen meehelpen om het genot mogelijk te maken van het zakelijk recht in den vreemde rechtmatig verkregen op een goed, dat volgens de Fransche wet tot het „domain public” behoort en in Frankrijk aanwezig is.

Het andere vonnis is eveneens van den Tribunal de la Seine (24). Het gold een hostiekelk, door een rechtsvoorganger van eischer aan de Kathedraal te Burgos geschonken, onder voorwaarde dat de kelk niet vervreemd mocht worden. Bovendien, en dit is voor ons op het oogenblik van belang, deed eischer een beroep op de

---

(24) 17 April 1885, *Journal Clunet* 1886, p. 593.

Spaansche wet, volgens welke bedoeld voorwerp onvervreembaar zou zijn. De gedaagde, Baron PICHON, kocht dezen kelk in Frankrijk. Zijn goede trouw is buiten twijfel. Hij doet beroep op art. 2279 C. C. en de rechtbank geeft hem gelijk. Het vonnis is zeer uitvoerig. Met betrekking tot het beroep op de onvervreembaarheid van den kelk krachtens de Spaansche wet, overweegt de rechtbank: que l'indisponibilité imposée à l'objet litigieux par la loi étrangère ne saurait être considérée comme effectant la capacité personnelle de quiconque l'aurait aliéné, à ce point, qu'elle aurait suivi la personne et la chose en France et les aurait maintenues l'un et l'autre sous l'empire du Statut espagnol; en verder: Qu'en ce qui concerne les meubles proprement dits (scil. les meubles considérés individuellement) s'il s'agit, comme dans l'espèce, d'une question de possession, l'intérêt d'ordre social, qui a dicté la règle posée par l'art. 2279 du C. C., exige que la loi française soit seule appliquée, qu'en pareil cas le statut réel s'impose et constitue, à vrai dire, une loi de police obligeant, suivant l'art. 3 du C. C., tous ceux qui habitent sur le territoire français.

Wat er ook zij van de persoonlijke bevoegdheid van den vervreemder die er onnoodig bijgehaald schijnt, en wat er ook zij van het beroep op de openbare orde, de conclusie van het vonnis is juist. De mogelijke onvervreembaarheid, gegrond op eenige bepaling der Spaansche wet, zal slechts, zoolang de kelk in Spanje is, aan het verkrijgen van een zakelijk recht in den weg staan. Komt echter bedoeld voorwerp in een ander rechtsgebied, dan zal die onvervreemdbaarheid zich niet doen gelden, tenzij ook de nieuwe *lex rei sitae* den kelk onvervreembaar zou achten. De onwaarschijnlijkheid dat een dergelijk wetsvoorschrift zou bestaan laat ik ter zijde.



Gesteld nu, dat de hostiekelk, nadat de koper in Frankrijk eigenaar is geworden, weer naar Spanje wordt teruggebracht, zou dan de onvervreemdbaarheid, strijdig met het verkregen recht, zich niet weer doen gelden? Ik meen van wel. De Spaansche rechter zal, indien hij zich voor deze vraag gesteld ziet, volgens dezelfde rede-  
neering, die bij de bespreking van het eerstgenoemde vonnis aan den Franschen rechter werd toegeschreven, den verkregen eigendom niet mogen erkennen.

Zeer leerzaam is het in dit verband om de Fransche jurisprudentie na te gaan in zake de Fransche wet van 15 Juni 1872. De eigenaar van toonderpapieren „qui est dépossédé par quelque évènement que ce soit”, kan zijn verlies aanzeggen aan het „Syndicat des agents de change” te Parijs. De betrokken papieren worden dan genoteerd in „le Bulletin officiel des oppositions sur les titres au porteur”. Het gevolg is, dat die papieren onverhandelbaar worden en dat de uitbetaling van renten en dividenden niet geldig dan aan den eigenaar die zijn bezit verloren heeft, kan geschieden. Dit gevolg treedt in evenzeer ten aanzien van Fransche als ten aanzien van vreemde papieren, wanneer ze op de beurs te Parijs verhandelbaar zijn.

Daarover is de jurisprudentie het eens; hare juistheid wordt ook niet betwijfeld. Zulks terecht. Zijn de papieren op Fransch grondgebied dan werkt de wet van 1872 als *lex rei sitae* noodzakelijk ook ten aanzien der vreemde papieren. Twijfel is echter mogelijk, indien het papier van welke nationaliteit dan ook na de oppositie in het Bulletin officiel buiten Frankrijk volgens de van kracht zijnde *lex rei sitae* rechtsgeldig verhandeld wordt, en vervolgens naar Frankrijk terugkeert. De Fransche jurisprudentie erkent in die gevallen niet het in den vreemde verkregen recht. De „propriétaire dépossédé” kan zijn

papieren terugvorderen. Hiertegen is de wetenschap meermalen in verzet gekomen (25).

Wel wordt soms anders beslist, indien wordt aangenomen, dat op het oogenblik dat het papier in het buitenland verhandeld wordt, het bulletin officieel ter plaatse nog niet bekend kon zijn geworden. Deze gevallen zijn op het oogenblik echter voor de navolgende beschouwingen van geen belang.

Bezien we eenige der bovenbedoelde vonnissen. Een Spaansch effect wordt in Frankrijk gestolen en daarna door Italiaansche bankiers te Como in pand genomen. Feitelijk beslist het Hof te Aix (26), dat de Italiaansche bankiers bij het in pand nemen niet te goeder trouw waren en overweegt voorts ten overvloede uitgaande van de veronderstelling dat de bankiers te goeder trouw zijn geweest: qu'il est de jurisprudence, que la loi de 15 juin 1872, déclarant sans effet vis à vis de l'opposant toute négociation postérieure à l'apparition du Bulletin du Syndicat des Agents de Change de Paris, est absolue et ne saurait être limitée à la négociation en France des titres perdus ou volés et que par suite, le banquier, qui a reçu en nantissement à l'étranger, postérieurement à la publication, de l'opposition audit bulletin, n'est pas fondé à invoquer en France son droit de gagiste à l'encontre de l'opposant; qu'il est tenu au contraire de restituer le titre au propriétaire dépossédé, sa bonne foi ne pouvant suffire pour valider une transmission, que la loi en ce cas déclare inefficace. Zoo ook een vonnis van

---

(25) De litteratuur is vermeld in de noten onder de na te noemen in het *Journal Clunet* opgenomen vonnissen. Zie vooral *J. Cl.* 1889, p. 343 e.v.; en ook VINCENT, *J. Cl.* 1886, p. 676 e.v., NIBOYET t. a. p. p. 454 PILLET t. a. p. p. 564 en LORBER, *Les valeurs mobilières envisagés au point de vue des conflits de lois.* Paris 1912 p. 198—247.

(26) 4 Jan. 1912, *Journal Clunet* 1913, p. 617.

den Tribunal de la Seine (27). De zoon van eischeres had onbevoegdlijk uit de gemeenschappelijke safe aan haar behorende effecten weggenomen en in den handel gebracht. Eischeres had oppositie gedaan op de bij de wet van 1872 voorgeschreven wijze. De effecten waren daarna te Londen ter beurze verhandeld en vervolgens naar Frankrijk teruggebracht. De eisch tegen den houder wordt toegewezen. De rechtbank overweegt, dat de wet van 1872 van openbare orde is en „applicable aux dits titres trouvés en France, quelque ait été le lieu de leur négociation. De motiveering, die men in deze en andere vonnissen aantreft is zeer verschillend en meermalen zeer betwistbaar (28). Soms worden lange beschouwingen gehouden over den aard van het toonderpapier, welke aan gerechtvaardigde kritiek hebben blootgestaan (29). Soms speelt de ordre public een voornamelijk rol, en soms ook zijn het doelmatigheidsoverwegingen. Zoo leest men in een vonnis van den Tribunal civil de Marseille (30): „s'il en était ou pouvait être différemment, si les prescriptions des artt. 2279 et 2280 de C. C. restaient applicables, la loi du 15 juin 1872 resterait la plupart du temps lettre morte, les titres, étrangers volés pouvant impunément réapparaître en France et y circuler après trois ans”.

De hooger aangeduide jurisprudentie is daarom waardevol, omdat de eindbeslissing steeds dezelfde is. De motiveering schijnt veelal te dienen om een uitspraak, die van te voren reeds vaststaat, aannemelijk te maken.

Deze jurisprudentie is zeer goed te verdedigen, wanneer men er aan vasthoudt, dat de effecten, waartegen oppositie is gedaan, buiten den handel zijn gesteld.

(27) 12 Dec. 1912. *Journal Clunet* 1913, p. 618.

(28) Zie Cour d'appel Chambéry 24 Nov. 1909. *Journal Clunet* 1910, p. 898; LORBER t. a. p. p. 234.

(29) VINCENT. *Journal Clunet* 1888, p. 343 e.v.

(30) 30 Juni 1886. *Journal Clunet* 1889, p. 688.

Men heeft dan dezelfde casus positie als in de gevallen van de Gioconda en de hostiekelk uit Burgos. Buiten Frankrijk houdt het karakter van buiten den handel zijn vanzelf op; zoodra het effect in Frankrijk terugkeert, is dat karakter het weer eigen. De wet van 1872 geeft eene regeling ten aanzien van de zakelijke rechten op de toonderpapieren, is dus op het Fransche grondgebied als *lex rei sitae* van algemeene werking, die zich weer doet gevoelen, zoodra het papier, na de verhandeling in den vreemde, naar Frankrijk wordt teruggebracht. Is dit juist, dan zal de Fransche rechter ook het eigendomsrecht erkennen van hem, die een effect waartegen oppositie is gedaan, buiten Frankrijk in eigendom verwerft overeenkomstig de ter plaatse geldende bepalingen, wanneer dat effect ook in den vreemde is gebleven, althans niet naar Frankrijk is gebracht. Jurisprudentie op dit punt is mij niet bekend, behoudens enkele vonnissen, die betrekking hebben op Fransche of in Frankrijk betaalbaar gestelde effecten. VINCENT (31) vermeldt een geval hetwelk betreft in Frankrijk gestolen en in het bulletin officieel bekend gemaakte Fransche effecten. Deze waren daarna in België verkocht en aldaar gebleven. De bestolene stelde een eigendomsvordering in voor den Franschen rechter. Zijn eisch werd toegewezen. De rechter meende het papier te mogen scheiden van het fonds, dat zich onder de handen der Fransche schuldenaars bevond, en beschouwde de plaats van het fonds beslissend. Fransch recht werd op dien grond toegepast. De motiveering van dit vonnis wordt terecht door VINCENT bestreden. Was ze juist, dan zou de Fransche rechter ook de Fransche wet niet op vreemde in Frankrijk aanwezige effecten mogen toepassen, wat echter wel wordt gedaan en in het algemeen als juist wordt aanvaard.

(31) *Journal Clunet* 1888, p. 344 en 345.

Neemt men aan dat het recht van den Belgischen houder door de wet van 1872 niet wordt aangetast, dan dient men tevens aan te nemen, dat de Fransche schulde- naar, ondanks de oppositie, aan den houder rentebetaling niet mag weigeren, hetgeen begrijpelijkerwijs niet strookt met de strekking der genoemde wet. Wellicht is dan ook het Fransche vonnis op andere wijze te verdedigen. De uitoefening van het recht van den houder zal slechts mogelijk zijn tegen afgifte in Frankrijk of van de coupons of van het papier zelf. Deze papieren nu zijn, zoodra ze in Frankrijk worden gebracht, buiten den handel. De houder kan noch met zijn coupons noch met zijn mantel iets beginnen. Van eenig recht van den houder is dus geen sprake en erkenning is uitgesloten.

Een ander geval heeft zeer de aandacht getrokken (32). De gestolen effecten waren obligaties van een Spaansche spoorwegmaatschappij, die een succursaal had te Parijs. De verzekeraar van den bestolen eigenaar vraagt duplicaten aan, waartegen door een Belgische bankier, kooper der effecten, verzet wordt gedaan aan de bureaux der maatschappij te Parijs. Nu Parijs is aan te merken als de plaats, waar de maatschappij de uit de obligaties voortvloeiende verplichtingen heeft te voldoen, is deze beslissing op dezelfde wijze als de vorige te verdedigen.

Al kan ik ook geen jurisprudentie noemen die betreft *vreemd* niet in Frankrijk betaalbaar papier, dat na de verhandeling in den vreemde blijft, het lijkt me niet onwaarschijnlijk, dat de Fransche rechter in die gevallen het verkregen recht zal eerbiedigen.

Er is thans nog een belangrijk Nederlandsch vonnis

---

(32) Trib. civ. de la Seine 8 Febr. 1906 en Cour de Paris, 14 Dec. 1907. *Journal Clunet* 1908, p. 523.

te vermelden, dat betrekking heeft op de werking der Fransche wet van 1872 (33).

Het is belangrijk, omdat de Nederlandsche rechter de onverhandelbaarheid van de betrokken effecten niet in Nederland eerbiedigde en de zakenrechtelijke werking der wet van 1872 aan de grenzen van het Fransche grondgebied deed ophouden. Russische obligatiën waren tijdens vervoer per spoor tusschen Parijs en Calais gestolen, daarna buiten Frankrijk verhandeld en in handen van partijen gekomen, tusschen wie achtereenvolgens koopovereenkomsten waren gesloten. Tusschen sommige der partijen golden de condities van het reglement voor den effectenhandel, voor sommige geen andere condities dan in het B. W. genoemd zijn. De rechtbank oordeelt, dat de wet van 1872 ook toepasselijk is op Russische effecten, zulks overeenkomstig de Fransche jurisprudentie en overweegt dat de artt. 1, 11 en 12 der genoemde wet „in onderling verband en samenhang beschouwd, aantoonen, dat een ieder, die het bezit van stukken aan toonder tengevolge van een of ander voorval verloren heeft, de verhandeling dier stukken *in Frankrijk* kan beletten door met inachtneming der wettelijke formaliteiten een verzet te doen beteekenen aan het syndicaat „des agents de Change” te Parijs en dat iedere verhandeling *binnen Frankrijk* van stukken, welke in gevolge verzet vermeld zijn in het bulletin uitgegeven door genoemd syndicaat, geen rechtsgevolgen (34) heeft tegenover hem die het verzet

(33) Rb. Amsterdam 1 Mei 1885 W. 5281. Vergelijk Handelsrechtbank Antwerpen. *Journal Clunet* 1912 p. 588.

(34) Deze formulering is te eng. Art. 11 der wet luidt: *l'opposant, qui voudra prévenir la négociation ou la transmission des titres, dont il a été déposé, devra notifier etc.* Na de oppositie is de verhandeling ongeldig, ten aanzien van ieder, niet slechts ten aanzien van den opposant.

heeft gedaan en zelfs de agent de change, welke tot de verhandeling meewerkte, blootstelt aan de verplichting om kosten, schade en interessen te vergoeden". Voor de partijen nu, die verhandeld hebben op de condities van genoemd Reglement, is de onverhandelbaarheid in Frankrijk ingevolge art. 14 van het Reglement als een gebrek te beschouwen. De vordering tot vrijwaring wordt tusschen de leden van de Vereeniging voor den Effectenhandel toegewezen, maar tusschen de andere partijen niet. De rechtbank neemt dus niet aan de onverhandelbaarheid der effecten ook in Nederland; van een eigenschap van de effecten, die tegen ieder kan worden ingeroepen is geen sprake; de onverhandelbaarheid is slechts ten aanzien van bepaalde koopers volgens Nederlandsch recht als een verborgen gebrek aan te merken.

In dit verband meen ik nog te moeten wijzen op een vroeger belangrijk geschilpunt. De mensch kan naar Nederlandsch recht geen voorwerp van vermogen zijn. Het recht elders op een slaaf verkregen, zal, wanneer deze in ons land komt, niet kunnen worden erkend. Meermalen is er een geschil geweest, wanneer een schip met slaven aan boord kwam in de haven van een land, welks wetgeving slavernij verbiedt, of wanneer het schip naar zulk een haven werd opgebracht (35). Aangezien deze geschillen zich in den tegenwoordigen tijd wel niet meer zullen voordoen, meen ik ze niet nader behoeven te bespreken.

Van zeer veel belang is voor de erkenning van verkregen rechten de werking der *lex rei sitae*, voor zoover ze de bestaanbaarheid van het zakelijk recht bepaalt. Geen zakelijk recht zal in ons land kunnen worden erkend, wanneer onze wet het niet kent. Sprekende over

(35) Zie de arbitrale beslissingen door NIBOYET op p. 440 e. v. vermeld in zake de Maria Luz en la Créole.

de qualificaties leert BARTIN (36): une institution étrangère dont la lex fori est hors d'état de fournir la qualification est une institution qui repugne à son esprit. Geldt het zakelijke rechten dan mogen de woorden lex fori door lex rei sitae vervangen worden. Voordat de Fransche wet van 10 December 1874 het scheepsverband op schepen had ingevoerd, werden in den vreemde gevestigde verbanden op schepen in Frankrijk niet erkend. Zoo heeft de Fransche rechter ook steeds geweigerd andere zakelijke rechten op schepen te erkennen dan de in art. 191 C. C. genoemde (37). Een scheepsvoorrecht dat niet is aan te merken als een der in de artt. 313—315 K genoemde, zal hier te lande niet mogen worden erkend. Het komt natuurlijk niet aan op den naam, maar op den inhoud van het recht. De rechtbank te Rotterdam (38) heeft b.v. een in Engeland op een schip verkregen mortgage, als zijnde gelijk te stellen met het in Nederland bestaanbare pandrecht op schepen, als verkregen recht erkend. Daarentegen erkende het Hof te Brussel (39) niet de in Engeland gevestigde mortgage op sleepbooten, die, in Antwerpen zijnde, als rivierschepen zijn aan te merken. Volgens de Belgische wet is de hypothèque maritime slechts op zeeschepen bestaanbaar. Wat zakelijke rechten op schepen betreft, zou een andere opvatting zijn te verdedigen, wanneer men „la loi du pavillon” toepast. Dan is er echter niet sprake van erkenning van een verkregen recht, maar blijft het schip als het ware in één rechtsgebied, nl. in dat, welks vlag het voert.

(36) *Journal Clunet* 1897, p. 468. Vergelijk ook SAVIGNY t. a. p. p. 37.

(37) GLARD t. a. p. p. 157.

(38) 3 Jan. 1913 *W.* 9525; hooger beroep Hof 's-Hage *W.* 9908.

(39) 28 Juni 1907. *Journal Clunet* 1908, p. 224.



Het navolgende geval leert ons de bedoelde werking der *lex rei sitae* duidelijk kennen (40). Met toepassing van het Romeinsche recht was een „generelle Hypothek, also ein Pfandrecht auf die Gesamtheit eines Vermögens ohne Specialität und daher ohne Besitz” gevestigd. Dit recht kon in het gebied, waar het algemeene Pruisische landrecht van toepassing was, niet erkend worden daar het met de grondbeginselen van dat recht „in diamitralem Widerspruche” was. „Die generelle Hypothek des gemeinen Rechtes” is nl. „für das System des A. L. R. ein fremdartiges Verschiedenes und unbekanntes Rechtsinstitut (42).

Het verschil in wetgeving tusschen de oude en de nieuwe *lex rei sitae* behoeft niet steeds zoo groot te zijn, dat het verkregen recht met geen enkel volgens laatstgenoemde wet bestaanbaar recht is gelijk te stellen. Veelal zal het verkregen recht ook volgens de nieuwe *lex rei sitae* bestaanbaar zijn, wanneer alsnog de door deze wet gestelde vereischen, welke ten doel hebben bekendheid met het bestaan van het recht mogelijk te maken, worden vervuld.

In art. V, 2de lid (42) van het meermalen genoemde ontwerp van het Institut de droit international leest men: „La loi de la nouvelle situation peut toutefois exiger dans un but de tutelle sociale et d'ordre public, que l'on remplisse les conditions prescrites pour que le droit réel puisse produire effet vis à vis des tiers”. Het lijkt

(40) O. A. G. Berlin 8 April 1875. Seufferts Archiv. 1876, p. 257.

(41) Volgens Hof 's-Gravenhage 23 Okt. 1916 W. 10127 kan hier te lande geen pandrecht of een aandeel in een nalatenschap worden gevestigd. Een dergelijk elders verkregen recht zal nu ook in Nederland niet kunnen worden erkend.

(42) In het 1e lid wordt vastgelegd het beginsel, dat verkregen zakelijke rechten behooren te worden verkregen.

me echter minder juist in de bovenbedoelde gevallen te spreken van erkenning van verkregen rechten. Vast staat dat het zakelijk, in het oude gebied verkregen, niet in het nieuwe gebied is uit te oefenen, tenzij de noodige handelingen worden verricht, die aan het verkregen recht ook in het nieuwe gebied het karakter van zakelijk recht geven. Veel meer voor de hand ligt, dat de nieuwe *lex rei sitae* aan de krachtens haar te verrichten handelingen van openbaarmaking het zakenrechtelijk gevolg toekent, mits de titel aan de door haar gestelde minimum vereischten voldoet. Aldus wordt door de werking der nieuwe *lex rei sitae* een zakelijk recht verkregen.

Als voorbeeld moge dienen het pandrecht op een elders gelegen goed verworven, overeenkomstig de daar geldende *lex rei sitae*, welk goed in het bezit van den schuldenaar blijft. Zulk een pandrecht is een geheel ander pandrecht dan in art. 1196 B. W. omschreven (43). Wanneer het goed in Nederland komt is het als niet met pand bezwaard aan te merken. Men stelt het nu voor, dat, indien alsnog aan de Nederlandsche wet wordt voldaan en de pandhouder de zaak gaat bezitten, het pandrecht is te erkennen. Verkieslijker is, zooals ik deed uitkomen, aan dit geval deze voorstelling te geven, dat het in bezitstellen in Nederland krachtens de vroeger gemaakte pandovereenkomst het bij art. 1196 B. W. omschreven zakelijk recht doet geboren worden. Een zakelijk recht wordt dan niet erkend, maar slechts de uit de pandovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen.

SURVILLE en ARTHUYS (44) willen het buiten Frankrijk verkregen pandrecht op een goed, dat in het bezit van den schuldenaar blijft, als bestaande aanmerken tegenover de schuldeischers, die met den schuldeischer in het land

(43) Zie SAVIGNY t. a. p. p. 197 e. v. en boven 248.

(44) T. a. p. p. 231 en boven p. 60.

gehandeld hebben, waar het pandrecht is verkregen, maar niet tegenover de schuldeischers, die in Frankrijk met dien schuldeischer hebben gehandeld. Deze opvatting lijkt me in strijd met den aard van het tegen een ieder gelijkelijk werkende zakelijke recht.

De hier voorgestane beginselen vinden we gedeeltelijk ook in Amerikaansche vonnissen. De Rhode Island Locomotive Works verkoopen in den staat Rhode Island een aldaar aanwezige locomotief, onder de voorwaarde, dat de eigendom bij den verkooper blijft, totdat de koopprijs betaald is. De koper brengt de geleverde locomotief naar Illinois, waar de voorwaarde niet in een register wordt ingeschreven, gelijk de wet van dezen staat voorschrijft. In Illinois wordt op de machine beslag gelegd, waarna verkoop plaats vindt. Het door de vennootschap ingeroepen eigendomsrecht wordt in Illinois niet bestaanbaar geoordeeld, nu de voorwaarde niet is openbaar gemaakt. De vennootschap „cannot complain as the law of Illinois pointed out a way to preserve and perfect its lien (45). In *Marvin Safe Cy v. Norton* (45a) en *Cleveland Machine Works v. Lang* (45b) treffen we gevallen aan, dat het krachtens een dergelijke voorwaarde aan den verkooper gebleven eigendomsrecht wel voor erkenning vatbaar is, daar de nieuwe *lex rei sitae* geen overschrijving vereischt. De koper, die het goed in het nieuwe gebied verkocht, vermocht niet meer rechten over te dragen dan hij zelf had.

In geschillen als hier besproken is het van belang om te weten, welke de beteekenis van de handeling van openbaarmaking is. Mogelijk is dat die handeling slechts

(45) BEALE t. a. p. II p. 166.

(45a) Id. p. 171.

(45b) Id. t. a. p. II p. 176.

van belang is voor het verkrijgen van het zakelijk recht mogelijk ook dat door die handeling beoogd wordt een toestand in het leven te roepen, noodig voor het voortbestaan van het zakelijk recht. Is uitgemaakt, welke de beteekenis is, wat veelal niet gemakkelijk zal zijn, dan is ook het geschil opgelost. Ter verduidelijking het volgende voorbeeld, dat betrekking heeft op een geval, dat de nieuwe *lex rei sitae* meer eischt dan de vroegere *lex rei sitae*. Een pandrecht wordt op een in Nederland aanwezig goed verkregen. Geschrift en registratie zijn niet noodig. Het pand wordt naar Frankrijk gebracht. Ik neem aan, dat de schuld niet voortkomt uit eene handeldaad en meer dan f 75.— bedraagt (vergelijk art. 2074 C. C. en art. 91 C. de Comm.). Is het pandrecht in Frankrijk te erkennen? Zijn het geschrift en de registratie als vereischten voor het *bestaan* van het Fransche pandrecht aan te merken, dan is het verkregen pandrecht niet te erkennen. Hebben ze uitsluitend betrekking op de *verkrijging* van het Fransche pandrecht, dan zal het in Nederland verkregen pandrecht kunnen worden erkend, daar niet de Fransche maar de Nederlandsche wet ten aanzien der verkrijging als *lex rei sitae* beslissend is (46).

Is daarentegen de oude *lex rei sitae* veeleischender en zijn de vereischten door deze wet gesteld vervuld, dan staat aan de erkenning niets in den weg. Zijn deze vereischten slechts in zooverre vervuld, dat ze volgens de nieuwe *lex rei sitae* het zakenrechtelijk gevolg zouden doen intreden dan is er geen verkregen zakelijk recht en is erkenning uitgesloten. B.v. in Frankrijk wordt een pandovereenkomst gesloten; inbezitstelling volgt, maar niet de vereischte akte van registratie. Het pand wordt naar Nederland gebracht. Er is dus geen pandrecht ver-

(46) Vergelijk Hof Milaan 30-Maart 1909 *Journal Clunet* 1910, p. 1323, vernietigend het vonnis der Rechtbank.

kregeu in Frankrijk. Met de komst echter van het goed in Nederland zal een Nederlandsch pandrecht worden verkregen. De pandovereenkomst toch benevens de toestand van het bezit lijken me naar Nederlandsch recht voldoende voor het aanwezig zijn van het pandrecht. Dat de leveringsdaad (inbezitstelling) in Nederland moet plaats grijpen lijkt me niet noodig voor het verkrijgen van dit recht (47).

Wanneer de oude en de nieuwe *lex rei sitae* niet dezelfde wijze van openbaarmaking kennen en het niet is te zeggen, welke wet het meest eischend is, zal het verkregen recht kunnen worden erkend. Is een schip in een land verkocht waar overschrijving der akte in de scheepspapieren voldoende is, dan zal de eigendomsovergang in een ander land zijn te erkennen, welks wet de overschrijving in een op den vasten wal gehouden register voorschrijft, mits inzage der scheepspapieren openstaat, wanneer het schip in laatstgenoemd land is (48).

Gevolg van niet-erkenning van het verkregen zakelijk recht is niet, dat dit recht te niet gaat, maar dat het in het nieuwe gebied niet uitgeoefend kan worden. Gaat het goed weer naar het vroegere gebied terug, dan is het verkregen recht daar ongewijzigd weer uit te oefenen, tenzij op het nieuwe gebied een zakelijk recht is verkregen, dat met het vroeger verkregen recht onvereinigbaar is (49).

Is het verkregen recht, als zijnde op het nieuwe gebied bestaanbaar, erkend, dan wordt de inhoud van dit recht door de nieuwe *lex rei sitae* bepaald. Dit komt hieruit voort, dat de verkrijger van het recht door die wet wordt

(47) Vergelijk boven p. 93.

(48) Vergelijk Hof Oldenburg 18 Mei 1861. Seuff. Arch. 1864, p. 162.

(49) Zie VON BAR t. a. p. I p. 614.

bekleed met een zakelijk recht, dat zooveel mogelijk gelijken inhoud heeft als het verkregen recht. 'Waarom deze wet die werking heeft, is boven reeds besproken. Eenige voorbeelden mogen deze opvatting duidelijk maken. In de eerste plaats het reeds genoemde vonnis van de rechtbank te Rotterdam, waarbij mortgage op een schip met het Nederlandsche scheepsverband wordt gelijkgesteld. Aan den houder van de mortgage kunnen niet de bevoegdheden worden toegekend aan dit recht, wel die aan het scheepsverband eigen. Anders toch zou hij bij wanbetaling bevoegd zijn: „to take possession of the said vessel or to navigate her as he may think fit”, welke bevoegdheid strijdig is met de Nederlandsche organisation sociale (artt. 1200 en 1223 B.W.).

De artt. 313—315 K. wijzen aan bepaalde schuldeischers het schip bijzonderlijk tot verhaal van hunne vorderingen toe. Voor de rangorde der vorderingen geldt het boven op p. 235 besprokene. De *lex rei sitae* is beslissend. Aldus ook de Rotterdamsche rechter, die de toepasselijkheid van „la loi du pavillon” verwerpt (50).

Behalve het recht van voorrang is aan de scheepsvoorrechten een zakelijke werking eigen. In beperkte mate is verhaal mogelijk op het schip, dat in handen van derden is overgegaan (artt. 316 K. 575 R.v.). De door de vreemde wet aan een vreemd scheepsvoorrecht verbonden zakelijke werking zal nu slechts in zooverre op het in Nederland aanwezig schip zijn uit te oefenen als krachtens de Nederlandsche wet mogelijk is. M. a. w. de inhoud van het erkende scheepsvoorrecht, voor zoover van zakelijke werking, is naar Nederlandsch recht te bepalen. Een ander voorbeeld ontleen ik aan

---

(50) Zie ook Trib. de Comm. Bordeaux 20 Aug. 1883. *Journal Clunet* 1884, p. 190.

een bekend geschilpunt (51). De koper van een gestolen of verloren goed brengt het van een land, welks wetgeving een voorschrift als art. 2280 1e lid. C. C. (637 B. W.) inhoudt, naar een ander land, b. v. Duitschland, waar zulk een voorschrift niet van kracht is. In Duitschland vordert de eigenaar zijn goed terug. Heeft de koper, die op eene openbare veiling gekocht heeft, nu recht op betaling van den koopprijs door den eigenaar? Het Reichsgericht (52) en het Hof te Berlijn (53) beantwoordden deze vraag ontkennend. De Deutsche rechter beschouwde het recht op terugbetaling als een exceptie op de eigendomsvordering, welk recht eerst met het instellen der vordering ontstaat, en over hetwelk de wet, die deze vordering beheerscht, de *lex rei sitae*, moet beslissen. De hoofdvordering en de exceptie moeten naar één zelfde wet beoordeeld worden. Art. 2280 C. C. wordt een zakenrechtelijke bepaling genoemd. Aldus wordt dunkt me de inhoud van den eigendom, in deze de aan de reïvindicatie verbonden verplichting om den koper de koopsom te betalen, door de nieuwe *lex rei sitae* bepaald. Is het recht van den koper op dezelfde wijze te bepalen? De plaatsing van art. 637 B. W. geeft wel aanleiding zijn recht op de betaling van den koopprijs te beschouwen als eigen aan zijn bezit te goeder trouw. Een recht dan met hetzelfde karakter als het in het 2de lid van art. 630

(51) Zie NIBOYET t. a. p. p. 394 en ZITELMANN t. a. p. II p. 246 en 251—252.

(52) 19 Maart 1898. *Journal Clunet* 1900, p. 635.

(53) 23 Juni 1873. *Journal Clunet* 1877, p. 245. In deze beslissing is, dunkt mij, twijfelachtig of de houder niet in Oostenrijk eigenaar is geworden; zijn recht had dan in Duitschland moeten zijn erkend. Zie DIENA t. a. p. p. 167. De goederen zijn in Pruisen uit het bezit van den eigenaar geraakt, en na verhandeling in Oostenrijk, naar Pruisen teruggebracht. Had het bezitsverlies in Oostenrijk plaats gehad, dan moest de beslissing evenzoo luiden.

B. W. omschrevene. De nieuwe *lex rei sitae* slechts vermag den inhoud van het bezit vast te stellen. De koper-bezitter in Duitschland heeft dus het recht niet. Is de eigendomsvordering nu ingesteld, dan gaat de koper het goed houden voor den eigenaar. De opvatting wordt verdedigd, dat het recht van terughouding, hetwelk den koper volgens Nederlandsch recht zou toekomen, wordt ontleend aan de detentie, of anders gezegd tot den inhoud van de detentie behoort. Waar de stelling van SAVIGNY dat aan den bloothouder geen bescherming toekomt, op goede gronden is bestreden, is te verdedigen, dat van de nieuwe *lex rei sitae* als bepalende den inhoud van des koopers detentie, ook afhangt of de koper een recht op terughouding heeft.

DIENA (54) doet me nog het volgende voorbeeld aan de hand. Twee personen vestigen een pandrecht op een in Oostenrijk aanwezig goed, dat daarna naar Italië wordt gebracht. Art. 1888 van den Italiaanschen C. C. houdt ongeveer hetzelfde in als ons art. 1205, 2de lid B. W. De Oostenrijksche wet kent geen retentie- of pandrecht ter zake van de tweede schuld. Terwijl het goed in Italië is wordt een tweede schuld aangegaan. Heeft nu de pandhouder ook ter zake van deze tweede schuld eenig recht op het pand. Is het bij genoemd art. 1888 toegekende recht een zelfstandig pandrecht, dan is dit voorbeeld niet ter zake dienende. Dit recht wordt dan op grond van de Italiaansche wet, de *lex rei sitae*, verkregen. Is het echter een uitvloeisel van het reeds bestaande pandrecht, dan komt het toe aan den pandhouder, wiens rechten en verplichtingen immers door de *lex rei sitae*, in deze de Italiaansche wet, worden bepaald. Is het een aan de pandovereenkomst ontleende bevoegdheid zonder zakelijke werking, een recht op terughouding, dan geldt het boven

(54) T. a. p. p. 338 e. v.



op p. 56, besprokene. De pandhouder heeft dan deze bevoegdheid. DIENA daarentegen acht de *lex contractus*, de Oostenrijksche wet beslissend en geeft den pandhouder niet eenig recht ter zake van de tweede schuld.

Uit bovenstaande voorbeelden blijkt, dat het feit, dat de nieuwe *lex rei sitae* den inhoud van het erkende verkregen recht bepaalt, deze twee gevolgen heeft:

1o. dat de bevoegdheden, die wel de oude maar niet de nieuwe *lex rei sitae* kent, in het nieuwe gebied niet zijn uit te oefenen ;

2o. dat de bevoegdheden, die niet de oude, maar wel de nieuwe *lex rei sitae* kent, daar wel zijn uit te oefenen.

Op het onder 1o gestelde is geen uitzondering mogelijk. Evenmin op de tweede stelling, al lijkt het op het eerste gezicht bedenkelijk haar door te voeren. B.v. een scheepsverband dat op een in Nederland aanwezig schip is verkregen, wordt, terwijl het schip in Engeland is, erkend, m. a. w. met mortgage gelijk gesteld. De houder van dit recht heeft daardoor het recht van toeëigening (55). De uitoefening van dit recht is met de *organisation sociale* in Engeland niet in strijd, maar niet-oefening schijnbaar evenmin. Geeft men nu aan den zakelijk gerechtigde dit recht niet, dan zal men hem toch eenige andere bevoegdheid moeten toekennen, opdat zijn vordering op het schip zal kunnen worden verhaald. Het meest in aanmerking komt de bevoegdheid aan den Nederlandschen scheepsverbandhouder eigen. De Nederlandsche *organisation sociale* is echter, waar het schip niet meer in Nederland is, niet in het spel. Immers ook de inhoud van het eigendomsrecht zal naar het Engelsche recht zijn vast te stellen. Gebruikt men een voorbeeld, waarbij het verhaalsobject een goed zonder nationaliteit is, dan is een

---

(55) Zie boven p. 253.

en ander nog minder voor betwisting vatbaar. Het overwegend bezwaar tegen de uitoefening van deze Nederlandsche bevoegdheid in Engeland is, dat het strijdig is met de organisation sociale van eenig land, dat er een zakenrechtelijke bevoegdheid wordt uitgeoefend, die de wet van dat land niet kent. Meestal ligt het toekennen van de bevoegdheden, die niet de oude, maar wel de nieuwe *lex rei sitae* kent, voor de hand. De Nederlandsche wet geeft noch aan den onmiddellijken, noch aan den middelijken bezitter van roerend goed eenige bezitsactie. De Duitsche wet daarentegen wel (§§ 861, 862, 869 B. G. B.). Deze acties passen zoozeer in de regeling der Duitsche bezitsverhoudingen, aan welke het voorschrift, dat bezit als volkomen titel geldt (56), vreemd is, dat toekenning van bedoelde acties aan hem, die het bezit in Nederland verkregen heeft, geen bezwaar zal ontmoeten (57).

Tot besluit diene een opmerking van algemeenen aard. De collisieregelen zijn volgens velen ter zijde te stellen, wanneer aantoonbaar is, dat gehandeld is in fraudem legis. In de gevallen, die tot ons onderwerp behooren, bestaat de wetsontduiking hierin, dat iemand eenig goed verplaatst slechts met het doel, dat de wet van het nieuwe gebied hem eenig recht zal doen deelachtig worden, dat hem op het vroegere gebied zou zijn geweigerd. Ook zonder een algemeene uitzondering te laten werken, zal in vele gevallen de verplaatser zijn doel niet bereiken. Men denke aan die handelingen waarbij goede trouw vereischt wordt. Wanneer iemand eenig gestolen goed, welks bezit is verkregen in een land waar de verjaringstermijn 5 jaren is, brengt naar een land waar een kortere termijn is voorgeschreven, slecht met de bedoe-

(56) Zie SALEILLES t. a. p. p. 340.

(57) Zie voor rechten van bezitter naar Duitsch, Oostenrijksch en Fransch recht, ZITELMANN II p. 345-346.

ling om de voor hem gunstige bepaling der nieuwe *lex rei sitae* te kunnen inroepen, zijn er gewichtige redenen om aan zijn goede trouw te twijfelen; de termijn zal op het nieuwe gebied ook niet ten zijnen voordeele loopen. In een ander bijzonder geval geeft art. 316 K. laatste lid uitkomst. Waar de in de voorafgaande bladzijden gestelde regelen, evenals bijna alle regelen van internationaal privaatrecht niet steeds voldoende rechtszekerheid geven, lijkt het twijfelachtig of het wenschelijk is, om beroep op het uit den aard der zaak zoo vage handelen in *fraudem legis* op grond van een algemeen beginsel open te laten, een beroep, waaraan voorzoover ik kon nagaan in de praktijk geen behoefte bestaat (58).

---

(58) Vergelijk SAVIGNY t. a. p. deel VIII p. 358. Hij wil de regel *locus regit actum* niet beperken door beroep op het handelen in *fraudem legis* open te laten. Zie ook MOLENGRAAFF, *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1919 p. 526.

## Beschouwingen over het Nederlandsch Octrooirecht

DOOR

Mr. G. J. VAN BRAKEL,  
*te 's Gravenhage.*

Het Nederlandsch octrooirecht is tot nog toe in de litteratuur stiefmoederlijk behandeld. Afgezien van het werk van den ingenieur W. MOORREES (Het Octrooirecht, 1912/1913) over de Nederlandsche en buitenlandsche wetgeving, de beknopte handleiding van Mr. C. D. SALOMONSON (Handleiding bij het gebruik van de Nederlandsche Octrooiwet 1910), alsmede het hoofdstuk in den Leidraad van Prof. MOLENGRAAFF (3e druk, deel I, § 14, blz. 102 v.v.), kan alleen op het uitvoerige proefschrift van J. C. TH. RESIUS (Uitvinding, Uitvinder en Octrooi, 1913) gewezen worden. Daarnevens zijn in verschillende tijdschriften, (in het bijzonder *De Ingenieur*) enkele artikelen over de octrooiwetgeving verschenen, terwijl, wat den laatsten tijd aangaat, gewezen kan worden op de Schetsen op octrooirechtelijk gebied, in het *Polytechnisch Weekblad*, jaargang 1919, van de hand van gemelden heer MOORREES (1).

Alvorens art. 1 der Octrooiwet 1910 *Stbl.* no. 313, (voortaan als O.W. aan te halen) aan een bespreking te onderwerpen, zij vooropgesteld, dat hier alleen gesproken zal worden van het begrip uitvinding in octrooirechtelijken zin, en derhalve onze beschouwingen niet zullen loopen over het uitvindingsbegrip in het algemeen; in de tweede plaats zij aangestipt, dat alleen de octrooieerbare uitvinding, gelijk het Nederlandsch recht haar kent, aan een onderzoek zal worden onderworpen. Een en ander is van belang, wijl maar al te vaak beschouwingen aan een algemeen uitvindingsbegrip gewijd worden, en tevens te veel gelet wordt op hetgeen buitenlandsche schrijvers ten beste hebben gegeven. Wat het eerste punt aangaat wordt b.v. door RESIUS een lang hoofdstuk gewijd aan gemeld uitvindingsbegrip in het alge-

(1) Sedert het schrijven van deze bijdrage verscheen de 4e druk van de Leidraad van Prof. MOLENGRAAFF met eenige uitgebreider aantekeningen over het Octrooirecht, benevens een belangrijk artikel van Prof. Mr. W. H. DRUCKER in *Rechtsg. Mag.* 1919 aflev. 3-4, over het Wetsontwerp tot wijziging der Octrooiwet.

meen, om pas in een volgend hoofdstuk over te gaan tot een bespreking van de eischen van octrooieerbaarheid eener uitvinding. Deze minder juiste methode geschiedt blijkbaar op het voetspoor van de door RESIUS aangehaalde Duitsche schrijvers, ook al kan aan deze laatsten, in het bijzonder JOSEF KOHLER, niet de eer onthouden worden het inzicht in het octrooirecht te hebben verhelderd.

Wat is nu naar Nederlandsch recht onder een uitvinding in octrooirechtelijken zin te verstaan? De bewoordingen onzer wet geven op die vraag geenerlei antwoord: art. 1 O.W. zegt immers alleen, dat aan hem, die een nieuw voortbrengsel, een nieuwe werkwijze of een nieuwe verbetering van een voortbrengsel of van een werkwijze heeft uitgevonden, op zijn aanvraag uitsluitende rechten, onder den naam van octrooi, toegekend worden. Geeft dus dit artikel geenerlei opheldering over het uitvindingsbegrip, evenmin doet zulks art. 3 O.W.; daarin toch staat alleen te lezen, dat voor de octrooieerbaarheid eener uitvinding vereischt wordt, dat zij strekt tot verkrijging van eenige uitkomst op het gebied der nijverheid; ook hier wordt dus het uitvindingsbegrip niet nader aangeduid; hoogstens is daarin sprake van eenige elementen der octrooieerbare uitvinding.

Bij het stilzwijgen der wet kan men nu twee wegen inslaan: men kan trachten uit de wordingsgeschiedenis der wet op te sporen, wat onder het uitvindingsbegrip in octrooirechtelijken zin te verstaan is, of wel kan men nagaan, wat het gewone spraakgebruik onder een uitvinding verstaat, en de aldus verkregen „uitkomst” in verband brengen met de in onze wet neergelegde eischen voor de octrooieerbaarheid eener uitvinding. De eerstgenoemde methode is tot dusverre de gebruikelijke geweest; men leze slechts het werk van den ingenieur MOORREES, of dat van Mr. RESIUS na, om te zien, welk een overdadig gebruik gemaakt kan worden van de wordingsgeschiedenis der wet. Terecht heeft Prof. MOLENGRAAFF (*Rechtsgeleerd Magazijn* 1914, blz. 420 v.v.) op het ongewenschte dezer methode, die trouwens vaak weinig belangrijke resultaten opleverde, gewezen. Op het voorbeeld van dezen geleerde willen wij dan ook liever den anderen weg bewandelen, en in de eerste plaats nagaan wat het begrip uitvinding in de algemeene of „gewone” beteekenis heeft. Welnu, onder uitvinding kan men verstaan, een nieuwe gedachte, en wel zoodanig van aard, dat daaraan scheppend vermogen, vernuft, ten grondslag ligt. Aldus de beteekenis van het uitvindingsbegrip, gelijk „de beschaafde spreektaal”, zooals Prof. MOLENGRAAFF zich uitdrukt, het opvat. Zulks komt trouwens vrijwel overeen met de omschrijving, die in VAN DALE'S Groot Woordenboek der Nederlandsche Taal (1914) van het woord „uitvinden” aangetroffen wordt; wij lezen

aldaar: „uitvinden = iets nieuws ontdekken, samenstellen, „volgens een nieuwe wijze bewerken”. Weliswaar komt daarin niet duidelijk uit, dat een uitvinding een gedachte is, en wel een scheppende gedachte met origineel karakter, maar het nieuwelement treedt daarbij toch duidelijk op den voorgrond. Zelfs op zoodanige wijze geschiedt dit, dat daaronder ook de zoogenaamde ontdekkingen vallen, hetgeen naar algemeen aangenomen wordt (o. a. RESIUS blz. 40 v., SALOMONSON blz. 2 v.) minder juist is. Bij de ontdekking toch „vindt (de „ontdekker) niet iets nieuws, maar vindt (ontmoet) [hij] iets „in de buitenwereld, waarvan het bestaan niet bekend was”, gelijk Prof. MOLENGRAAFF (Leidraad 3e druk, I, blz. 104) het kort en kernachtig uitdrukt.

Na deze inleidende beschouwingen moeten wij in het kort nog enkele punten ten aanzien van het octrooieerbare uitvindingsbegrip aanstippen.

In de eerste plaats bleek dus, dat de uitvinding een gedachte, een denkbeeld is, en derhalve niet vereenzelvigd moet worden met het object, waarop zij betrekking heeft: de gedachte moet wel onderscheiden worden van het „voorwerp” daarvan, gelijk RESIUS het uitdrukt, zulks in navolging van Duitse schrijvers, die van „Gegenstand der Erfindung” plegen te spreken. Dit laatste is juister dan de daaraan ontleende term „voorwerp”, wijl volgens art. 1 O.W. niet alleen nieuwe voortbrengselen, doch ook nieuwe werkwijzen of nieuwe verbeteringen daarvan geöctrooieerd kunnen worden. Hoe echter de Nederlandsche benaming ook zij, in geen geval spreke men van octrooiverleeningen op uitvindingen: niet de uitvinding wordt geöctrooieerd, doch uitsluitend het voortbrengsel, de werkwijze of de verbetering daarvan, waaraan een uitvindingsgedachte ten grondslag ligt.

In de tweede plaats zij gewezen op het scheppingselement der uitvindingsgedachte. RESIUS (blz. 38) schijnt weliswaar dit element alleen voor het door hem besproken subjectieve uitvindingsbegrip te willen aanvaarden, doch dit lijkt ons minder juist. Immers de beantwoording der vraag, of aan een nieuwe gedachte scheppend vermogen ten grondslag ligt, is afhankelijk daarvan, of die nieuwe gedachte al dan niet met fantasie, gelijk men 't wel eens uitdrukt, voortvloeide uit hetgeen in het algemeen bekend was, derhalve niet slechts voor den octrooi-aanvrager bekendheid bezat. Derhalve moet hier als criterium genomen worden de stand der techniek, gelijk hij aan den „middelmatigen” vakman — dit niet op te vatten in min gunstige beteekenis — bekend was; het is dus onverschillig of die reeds bekende gedachte nieuw was voor den betrokken aanvrager en ten zijnen aanzien vernuftig was te noemen; octrooiverleening kan alsdan niet volgen,

ook al moge zulks uit moreel oogpunt (verschil tusschen recht en ethiek!) onbillijk zijn (1).

De vraag is thans aan de orde: welk algemeen, derhalve niet met het subject van den aanvrager samenhangend, criterium hier gelden moet. Alsdan zien wij, dat niet slechts het bekend zijn eener gedachte scheppend karakter daaraan ontnemt, doch dat ook een nieuwe gedachte nog niet vernuftig behoeft te zijn, als zij n.l. voor de hand liggende is te achten, gelijk men 't pleegt uit te drukken; norm is dus ten deze hetgeen den bovenbedoelden vakman bekend is of, zonder vernuft, bekend kan zijn: alleen hetgeen daarboven uitgaat, indien er dus van vernuft sprake is, kan een octrooieerbare uitvinding opleveren: anders is het een voortbouwen op de bestaande techniek, terwijl van een bijzonder inzicht niet kan worden gesproken; de heer MORREES (*Pol. Wkb.* 1919 blz. 100) schrijft dan ook: „een bekwaam constructeur volgt „den betreden weg, aan hem hebben wij te danken den „geleidelijken vooruitgang van de techniek; een uitvinder is „hij zelden”.

Hiermede zouden wij van het scheppingselement der octrooieerbare uitvinding kunnen afstappen, ware het niet, dat men vaak verneemt, dat die scheppende gedachte verrassend moet zijn. Zoo schrijft MORREES (*Pol. Wkb.* 1919, blz. 100): „Eene uitvinding is de stoffelijke verwezenlijking van eene „scheppingsgedachte” (ook hier klaarblijkelijk een verwisseling tusschen de gedachte en het object daarvan, waarvan wij boven gewaagden); „waardoor op onverwachte wijze en te „allen tijde volkomen overeenkomstig des menschen wil de „omstandigheden in het leven kunnen worden geroepen, „onder welke steeds die bepaalde natuurkracht of die groep „van natuurkrachten moet optreden, wier werking onver- „mijdelijk leidt tot het beoogde doel, dat tot dusver niet „door de menschelijke stoffelijke werkzaamheid kon worden „bereikt”. Afgezien van de vele vage termen als „des menschen „wil”, „natuurkracht” en „de menschelijke stoffelijke werk- „zaamheid” moet bovenal op de zinsnede „op onverwachte „wijze” de aandacht gevestigd worden. Te eerder is zulks wenschelijk, waar ook Mr. RESIUS (blz. 72) neerschrijft: „ook „hier” (bij de chemie) „geldt de regel, dat, wanneer de „overbrenging van een proces de uitkomst geeft, die de „vakman op grond van zijn kennis verwachten kon, men „slechts met een zuiver constructieve werkzaamheid te doen „heeft, terwijl een nieuw en onverwacht resultaat de over- „brenging (waarmede bedoeld wordt de toepassing van een

(1) Bij het bovenstaande betoog inzake bedoeld criterium is niet ter sprake gekomen de vraag, aan wien, in verband met artt. 6, 9, 10 en 11 O.W. een octrooi verleend moet worden; bij die vraag komt het subject van den aanvrager wel ter sprake.

bekende handeling of handelingenreeks op een ander gebied) „tot uitvinding stempelt”. Ook hier is dus sprake van „een „nieuw en onverwacht resultaat”. Welnu, o. i. wordt aldus in het octrooieerbare uitvindingsbegrip een element ingevoerd, dat er niet in thuis behoort; hier immers is niet de vraag, welke uitkomst bereikt wordt, doch is uitsluitend de kwestie aan de orde, of de gedachte om het nieuwe voortbrengsel te construeeren of de nieuwe werkwijze toe te passen, een scheppend karakter bezit. Zulks is ongetwijfeld het geval te achten, telkens wanneer zich bedoeld onverwacht resultaat voordoet: vaak zelfs zal dergelijk vernuft aanwezig zijn, wanneer een reeds bekende werkwijze (beter: handelingenreeks) toegepast wordt voor een nieuw doel: ook in dat geval kan er, gelijk wij nog zien zullen, sprake zijn van een octrooieerbare uitvinding. Vaak wordt de eisch van een verrassend resultaat, of, gelijk 't vaak wordt uitgedrukt: technisch effect, uit art. 3 O.W. afgeleid; ook zulks geschiedt dan ten onrechte. Wat art. 1 aangaat, — tot dit artikel zullen wij ons hier bepalen, — zouden wij namelijk willen wijzen op het gevaar, dat deze eisch van verrassend resultaat medebrengt, in zooverre, dat men zich steeds dienaangaande moet stellen op het standpunt van den gemiddelden vakman, en in het bijzonder niet op dat van den aanvrager. Deze toch moge aanvankelijk door de bereikte resultaten zijner methode verrast geworden zijn, inderdaad is er pas van een octrooieerbare uitvinding sprake, als er te zijnen opzichte geen verrassing meer in het spel is. Pas dan is zijn uitvinding voltooid; Mr. RESIUS kon dan ook terecht neerschrijven (blz. 44): „Wie toevallig iets geschapen heeft en „niet meer kan vaststellen, hoe hij tot dat resultaat is „gekomen, is geen uitvinder; zij (de uitvinding) is een „bewuste samenwerking van elementen”. Evenzoo sprak het Deutsche Reichsgericht, bij RESIUS aangehaald: „Die „Erfindung ist eine Regel für technisches Handeln”. Derhalve alleen voldragen uitvindingen komen voor octrooiverleening in aanmerking; waar de mogelijkheid voor willekeurige herhaling ontbreekt, is octrooiverleening uitgesloten: zulks volgt trouwens ook uit het voorschrift van art. 20, sub 4 O.W., waar gezegd wordt, dat de beschrijving duidelijk en volledig moet zijn, en overigens van zoodanigen aard behoort te wezen, dat niet alleen een deskundige de uitvinding kan begrijpen, maar ook kan toepassen. Trouwens zij nog opgemerkt, dat een uitvinding, die niet in allen deele „doorvoeld” is, niet strekt tot het verkrijgen van eenige uitkomst op het gebied der nijverheid; de industrie toch — gesteld al, dat zulks als criterium te bezigen ware — zou door dergelijke vinding, waarvan de uitvinder niet uiteen kan zetten, hoe de methode toegepast moet worden, niet gebaat zijn. Evenwel



zij hieraan onmiddellijk toegevoegd, dat die uiteenzetting als voldoende is aan te nemen, als zij op technische gronden geschiedt; een wetenschappelijk inzicht is onnoodig: het Deutsche Reichsgericht (*Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen*, deel 9, blz. 222) oordeelde dan ook: „Die Erkenntnisz eines physikalischen Gesetzes kann nahe liegen, die Verwerthung desselben in einer bestimmten Form und auf einem bestimmten technischen Gebiete jedoch eine Leistung von besonderer Bedeutung sein”: het rechtsverkeer of, gelijk wij elders (o. a. *Themis* 1918, blz. 1 v.v.) betoogden, het gemeenschapsleven heeft aan dergelijke technische, of schoon wetenschappelijk nog onverklaarde, oplossingen, reeds genoeg.

Dit brengt ons vanzelf tot een ander punt, dat nog bespreking vereischt. Wij spraken n.l. van „oplossingen”, daarmede te kennen willende geven, dat pas van een octrooieerbare uitvinding gesproken kan worden, als niet slechts een vraagstuk gesteld is, doch tevens is opgelost. Weliswaar kan in het stellen van het probleem de grootste moeilijkheid liggen, en daarin het vernuft steken, dat voor een octrooieerbare uitvinding vereischt wordt, dit neemt niet weg, dat pas van een octrooieerbare uitvinding gesproken mag worden, als de oplossing, ook al is zij voor de hand liggende, tevens gegeven is. Resius (blz. 60) zegt weliswaar, dat het uitvindingskarakter in het stellen van het vraagstuk gelegen kan zijn, doch moet toch terzelfder plaatse toegeven, dat het probleem „natuurlijk” opgelost moet zijn: „een probleem „zonder oplossingen” (nog wel in het meervoud!) „is nimmer „een uitvinding”.

Volstaan wij thans met deze opmerkingen over het uitvindingsbegrip, dan blijkt ons, dat de op het voetspoor van Prof. MOLENGRAAFF gevolgde onderzoekingsmethode tot bevredigende resultaten kan leiden. Men krijgt immers een eenvoudig, duidelijk beeld van het octrooieerbare uitvindingsbegrip en vermijdt de gekunstelde begrippen, die o. a. de Memorie van Toelichting op de Octrooiwet ten aanzien van het door ons behandelde onderwerp bevat. Immers wat leert dienaangaande de wordingsgeschiedenis der wet, zulks in bijna slaafsche navolging van de in den aanvang van dit opstel bedoelde Deutsche schrijvers: „In de uitvinding ligt „een weten, een kunnen en een vooruitgang op het gebied „van de aanwending der natuurkrachten (M. v. T. blz. 13)”; het weten zou dan de erkenning van de mogelijkheid van die „aanwending” uitmaken, terwijl onder het kunnen het beschikken over het doelmatige (?) middel ter verkrijging van de uitkomst verstaan zou moeten worden, welke uitkomst liggen zou in den vooruitgang, die bereikt wordt in vergelij-

king van datgene, waarover de deskundige tot nog toe beschikken kon. Dit alles klinkt nu wel heel geleerd, maar men komt met dergelijke zinsneden niets verder; niet alleen zijn het vage begrippen, waarvan hier sprake is, — wat is b.v. onder een natuurkracht te verstaan? — maar bovendien wordt de juistheid dier stellingen niet gestaafd: waarschijnlijk is ook hier allerlei Duitsche litteratuur schuld aan deze invoeging van onnoodige en — gelijk wij nog zien zullen — verwarring stichtende begrippen.

Prof. MOLENGRAAFF (Leidraad, 3e druk, blz. 104) houdt dan ook vol, dat het uitvindingsbegrip niet behoeft gelegen te zijn op het gebied van de aanwending van natuurkrachten, zulks in tegenstelling o. a. van Mr. RESIUS (blz. 77 v.). Deze schrijver toch schijnt zulks noodig te achten teneinde een verklaring te geven, hoe denkbeelden, die enkel in het scheppen van een bepaalden vorm bestaan, niet aan een octrooi-overleening ten grondslag kunnen liggen (wel aan een gebruiksmodelbescherming, waarvan hier te lande nog geen wettelijke regeling bestaat), evenmin als volgens RESIUS denkbeelden, die niet op de werking van natuurkrachten, maar op „geestelijke eigenschappen van den mensch” betrekking hebben, (waaronder methoden van schilderen, stenographie, ja zelfs massage zouden vallen!) aan het octrooi-recht onderworpen zijn. Eerstgemelde soort van gedachten zijn o. i. geen uitvindingen in bovenvermelden zin en derhalve op dien grond niet octrooi-erbaar, laatstgemelde strekken niet tot het verkrijgen eener uitkomst op het gebied der nijverheid, en zijn o. i. om die reden niet aan het octrooi-recht onderworpen.

Ook de heer MOORREES put in zijn artikelenreeks in het *Polytechnisch Weekblad* met voorliefde uit de wordingsgeschiedenis der Octrooiwet. Deze schrijver stelt ten aanzien der octrooi-erbaarheidsvereischten de volgende rangorde op: er moet een uitkomst zijn, deze uitkomst moet verkregen zijn op het gebied der nijverheid: de uitvinding (bedoeld is: het voortbrengsel, of de werkwijze) moet nieuw zijn (verderop zegt de schrijver, dat de uitkomst nieuw moet zijn), ten slotte moet in de uitvinding een vooruitgang liggen opgesloten en deze vooruitgang (later wordt te dezer plaatse van de uitkomst gewaagd) moet verkregen zijn met niet voor de hand liggende middelen. Derhalve wordt hier een volgorde opgesteld, waarbij art. 3 der Octrooiwet voorop gesteld wordt, en art. 1 achteraan komt. Bovendien blijkt uit het betoog van den schrijver, welk een gevaarlijke leidraad de wordingsgeschiedenis der wet is: de begripsverwarring inzake het woord „uitkomst op het gebied der nijverheid” toont zulks al voldoende aan, waar de Minister zeide, dat er een wezenlijke Fortschritt, een werkelijk technisch effect

moet zijn: gelijk de heer MOORREES (blz. 20) terecht opmerkt, zijn beide termen niet alleen niet synoniem, maar moeten in het geheel niet spreken van een technisch effect: ook een economisch effect, zelfs indien dat technisch niet beter is dan het bekende, is octrooieerbaar, wijl het „eenige” uitkomst op het gebied der nijverheid oplevert. Waarom evenwel de heer MOORREES ten aanzien van het uitvindingsbegrip of het vooruitgangsbegrip, wel het technisch effect er bij haalt, is ons niet begrijpelijk geworden: de vraag is slechts — en daarvan rept de wet slechts — of er een uitvinding in het spel is; de uiting van den schrijver, dat „de uitvindingsgedachte de nieuwe groepeerings van natuurkrachten (is), die dat beoogde technische effect oplevert” is dan ook alleen op grond van de wordingsgeschiedenis der wet te verdedigen. Volledigheidshalve zij hieraan toegevoegd, dat schrijver zich hier beperkt tot het vooronderzoek, maar waar de wet dienangaande geen onderscheid maakt met het eindonderzoek, zou dus een en ander ook daarop van toepassing verklaard moeten worden, evenwel in strijd met de door de wet zelve gevolgde rangorde.

Ook hetgeen Mr. RESIUS ten aanzien van de octrooieerbaarheidsvereischen neerschrijft, geeft aanleiding tot misverstand. Na terecht er op gewezen te hebben, dat wat uit den stand der techniek zonder „fantasie” kan worden afgeleid, geen uitvinding is in den zin van het octrooirecht, vervolgt hij (blz. 58): „In zooverre kan men als element „van het uitvindingsbegrip den vooruitgang eischen, die „haar onderscheidt van den deskundigen handgreep”, en verderop: „Vooruitgang is dus een element van het begrip „uitvinding”. Inderdaad, wil men vooruitgang en vernuft vereenzelvigen, dan is gemeld betoog houdbaar. Maar gevaarlijk schijnt 't ons aldus te spreken: men gaat ongemerkt over van art. 1 op art. 3 O.W. gelijk de Memorie van Toelichting gedaan heeft, waar deze bij art. 1 reeds is gaan spreken van „nieuw technisch effect”, terwijl — gesteld al, dat deze term juist ware: — het tegendeel stipten wij reeds aan — zulks alleen bij art. 3 had moeten geschieden.

Het voorgaande leidt ons dan ook tot een volgorde van octrooieerbaarheidsvereischen, die geheel overeenkomstig de wet is: t. w. is er sprake van een voortbrengsel of van een werkwijze of van een verbetering aan een voortbrengsel of werkwijze; is dat voortbrengsel, die werkwijze of die verbetering nieuw; ligt daaraan een uitvindingsgedachte ten grondslag; zoo ja, strekt die uitvinding ter verkrijging van eenige uitkomst op het gebied der nijverheid. Bij wijze van uitzondering kan dan nog ter sprake komen de vraag: of het voortbrengsel, waarvan octrooi gevraagd wordt, een stof is, in welk geval alleen de werkwijze tot bereiding dier stof

octrooieerbaar is (art. 4 O.W.), terwijl evenzeer een enkele maal onderzocht zal moeten worden of het ter octrooieering voorgedragen voortbrengsel of de desbetreffende werkwijze in strijd is, of hun doel strijdig is met de wetten, de openbare orde of de goede zeden (art. 5 O.W.). — In elk geval heeft deze volgorde niet slechts het voordeel, dat zij overeenkomstig die der wet is, doch ook dat de nieuwigheid een der eerste punten van onderzoek is, en deze kwestie, gelijk wij zullen zien, meestal tot minder moeilijkheden aanleiding behoeft te geven dan wel het geval pleegt te zijn, wanneer men slechts nieuwigheid en uitvindingskarakter streng uiteenhoudt.

Alvorens onze bespreking van het octrooieerbare uitvindingsbegrip te eindigen, moeten wij nog op één punt wijzen, en wel het eenheidsvereischte, waarvan in art. 20, sub 2 O.W. sprake is. Dit vraagstuk, dat tot zooveel verschil in opvatting in de rechtspraak aanleiding heeft gegeven, blijkt namelijk minder moeilijk, wanneer men het karakter der uitvinding als gedachte maar steeds in het oog houdt. Immers alsdan is het slechts de vraag of er meerdere gedachten aan de aanvraag ten grondslag liggen dan wel, of de meerdere oplossingen, die daarin te lezen staan, zoodanig met elkaar verband houden, dat er één hoofdgedachte aan ten grondslag ligt: in de eerste conclusie wordt dan de hoofdoplossing gegeven, in de volgende conclusies staan dan nadere (vernuftige) uitwerkingen daarvan; sedert de principieele beschikkingen van den octrooiraad, hierachter vermeld onder de bijlage, is dergelijke aanvraag dan ook toelaatbaar geacht. Men houde evenwel in het oog, dat dit eenheidsvereischte juridisch alleen op grond van het begrip uitvinding als gedachte te verdedigen is, derhalve niet op grond van fiscale overwegingen, jaarcijns of administratieve maatregelen (klassenindeeling der techniek), waarvan de heer MOORREES (blz. 100) spreekt: ook al werd cijnsonduiking mogelijk als gevolg van het ontbreken van gemeld eenheidsvereischte, of al werd de overzichtelijkheid in gevaar gebracht, waar het betreft het onderzoek in hoeverre voor een voortbrengsel of eene werkwijze octrooi reeds verleend of aangevraagd is, dan nog zou gemeld eenheidsvoorschrift niet gerechtvaardigd zijn, ware het niet, dat het samenhang met het in art. 1 O.W. genoemde uitvindingsbegrip; dit heeft dan ook tengevolge, dat men daaraan zonder willekeur de hand kan en moet houden, evenals bij alle andere rechtsvoorschriften en dat men niet meer of minder streng gemeld vereischte moet toepassen, gelijk de schrijver op grond van de door hem genoemde praktische overwegingen betoogt.

Stappen wij van het uitvindingsbegrip af, dan valt te onderzoeken voor welke objecten octrooi verleend kan worden.

Art. 1 O.W. noemt: voortbrengselen, werkwijzen of verbeteringen aan één van beide, mits alle nieuw. Terecht wordt door den heer MOORREES (blz. 154 v.v.) gezegd, dat verbeteringen eigenlijk onder één der daarvan voorafgaande woorden: voortbrengsel of werkwijze vallen; o. i. zou 't dan ook juister geweest zijn, indien de wet zich tot de twee begrippen: voortbrengsel of werkwijze, beperkt had: dit blijkt trouwens ook uit de eenigszins gewrongen woordenkeus van art. 30. sub. 1<sup>a</sup> O.W., waar de wetgever wel verplicht was neer te schrijven, dat het vervaardigen enz. betreft het voortbrengsel, waarvoor het octrooi is verleend of een voortbrengsel „met de geoctrooieerde verbetering”, niet derhalve van de verbetering zonder méér, waartoe de woordenkeus van art. 1 O.W. zou moeten leiden. Intusschen, van groot belang is het niet, en zelfs kan het dienstig zijn, dat men op grond van art. 1 O.W. een hoofd-octrooi voor een verbetering kan verleen, indien de uitvinding niet zoozeer het voortbrengsel, maar slechts een onderdeel daarvan betreft, zoodat slechts ternauwernood van een nieuw voortbrengsel gesproken kan worden. In zooverre kunnen wij dus niet met den heer MOORREES medegaan, waar deze betoogt (*Pol. Wkb.* 1919, blz. 154v.), dat de verbeteringen in art. 1 O.W. alleen betreffen de aanvullings-octrooien, waarvan in art. 12 O.W. sprake is.

Art. 1 der wet houdt voorts in, dat het voortbrengsel, de werkwijze of de verbetering aan een van beide nieuw moet zijn. Wat voortbrengselen aangaat, is als regel daaraan voldaan: slechts zeer zelden zal het te octrooieeren voortbrengsel precies hetzelfde zijn als het reeds bestaande; zoodra er eenig verschil is, is er o. i. van nieuwheid sprake, wat evenwel daarom nog niet tot een octrooiverleening behoeft te leiden, aangezien in de verschilpunten tusschen het bekende en nieuwe voortbrengsel vaak geen uitvindingsgedachte behoeft gelegen te zijn. Geeft derhalve het nieuwheidsvereischte ten aanzien van voortbrengselen weinig moeilijkheid (1), bij werkwijzen is zulks niet zoo eenvoudig. Immers een werkwijze, waarvoor octrooi gevraagd wordt, zal vaak bestaan uit één of meer handelingen, die reeds bekend waren; de nieuwheid ligt dan in het toepassen van die bekende handeling of die bekende handelingenreeks op een terrein, waarop een en ander nog niet toegepast werd: of octrooiverleening dan zal kunnen plaats vinden, hangt dan daarvan af, of aan die werkwijze, die nieuw is te achten tengevolge van die nieuwe toepassing,

(1) Het spreekt vanzelf, dat men bij de beoordeeling daarvan het voortbrengsel in zijn geheel, niet de onderdeelen, die vaak op zichzelf bekend zijn, behoort te toetsen ten aanzien der nieuwheid. Dit punt zal in een later opstel uitvoeriger behandeld worden.

al dan niet een uitvindingsgedachte ten grondslag ligt. Hierin ligt dus opgesloten, dat, gelijk men vaak pleegt te zeggen, (o. a. RÉSUS blz. 49) in de toepassing van een bekend middel voor een nieuw doel een uitvinding gelegen kan zijn; deze uitdrukking is echter in zooverre gevaarlijk, dat dan niet duidelijk uitkomt, dat men bedoelden regel alleen ten aanzien van werkwijzen kan aannemen, derhalve niet voor voortbrengselen: het bezigen van een bekend voortbrengsel voor een nieuw doel is niet octrooieerbaar, aangezien dan van een nieuw voortbrengsel dan geen sprake is: nieuwe „kenteekenen” bezit het immers niet.

*Bijlage:* Eenige rechtspraak van de Algemeene Vergadering van den Octrooiraad, verschenen in *De Nederlandse Jurisprudentie* met kaartregister, of in *De Industriele Eigendom*.

*A. Uitvinding als gedachte:*

AV 4—10—15 I.E. IV 20: (daarbij zijn) moeilijkheden te overwinnen, waarin zeer zeker een uitvindingsgedachte kan worden erkend.

AV 1—5—16 I.E. V 10 (dat er) een uitvindingsgedachte aan ten grondslag ligt.

AV 5—3—17 I.E. VI 7: op grond van nieuwe inzichten enz.

AV 14—5—17 I.E. VI 11: niets anders dan alleen (die) voor de hand liggende gedachte.

AV 21—1—18 I.E. VII 3: de gedachte (waarvan hier sprake is) kan niet als een uitvinding worden beschouwd.

AV 4—18—18 Ned. Jur. zie hierachter bij eenheidsvereischte.

AV 21—10—18 I.E. VII 21: de onderhavige combinatie was een voor de hand liggende werkwijze, immers geen vernuftige gedachte was noodig.

AV 10—2—19 I.E. VIII 5, AV 31—3—19 I.E. VIII 8: als voren.

*In anderen zin:*

AV 26—3—14 I.E. III 9: een uitvinding is eerst dan gedaan, wanneer een handeling is verricht, waardoor de gedachte tot uiting is gekomen.

*Twijfelachtig:*

AV 7—12—14 I.E. III 23: in de uitvoering der gedachte kan geen uitvindingsgedachte worden erkend, (daar zulks) bezwaarlijk anders dan een normale bedrijfsontwikkeling beschouwd kan worden.

*B. Onderscheid tusschen uitvindingsgedachte en te octrooieeren voortbrengsel of werkwijze:* in anderen zin: AV 4—10—15 (I.E. IV 20) de conclusie komt neer op de op-eisching van een uitsluitend recht op de gedachte om;

AV 9-10-16 J.E. V 20: de conclusie bevat niet anders dan het probleem om.

C. *Omschrijving van gemis aan uitvindingsgedachte:*

AV 9-3-14 J.E. III 7: datgene, waarvoor uitsluitende rechten gevraagd worden, brengt niet méér dan een deskundige ten tijde van het indienen der aanvraag reeds bereiken kon met de wetenschap waarover zijn vak toen beschikte; evenzoo: AV 16-3-14 I.E. III 7: dergelijke overweging betreft niet de niet-nieuwheid, doch het begrip uitvinding.

AV 20-9-15 I.E. IV 18: de deskundigheid (waarvan hier sprake is) mag geacht worden bij een vakman op het (desbetreffende) gebied aanwezig te zijn;

AV 10-3-17 I.E. VI 7: de thans gegeven eenvoudige oplossing lag niet voor de hand.

AV 14-5-17 I.E. VI 11: niet is gebleken van eenige bijzondere moeilijkheid.

AV 29-10-17 I.E. VI 22: de voorgestelde maatregel is slechts een stap door de voortschrijdende techniek gedaan, waaraan de verdienste van een uitvinding moet worden ontzegd.

D. *Eenheidsvereischte:*

AV 19-6-16 I.E. VI 13: voor eenheid van uitvinding is noodig een zoodanige samenhang der beide verbeteringen, dat zij kunnen geacht worden uit één uitvindingsgedachte te zijn ontstaan.

AV 18-9-18 I.E. VII 19: hetgeen in de 3de, 4de en 5de conclusie te lezen staat houdt verband met het in de eerste conclusie beschrevene, en is op te vatten als hulpmiddelen van de in de eerste conclusie beschreven werkwijze, doch dit neemt weg, dat gemelde hulpmiddelen in conclusies 3, 4 en 5 omschreven een *nieuwe* gedachte inhouden, welke niet voor de hand liggende is, zoodat hetgeen in alle conclusies omschreven wordt, op twee uitvindingen betrekking heeft.

AV 4-11-18 Ned. Jur. Besliss. Burg. Rechter 14: kaart no. 2 ad art. 20 (Octrooiwet): aan het vereischte van art. 20 is alleen dan niet voldaan, indien de inhoud der gezamenlijke conclusiën op meer dan één uitvinding betrekking heeft; in het onderhavige geval heeft daarentegen de aanvraag op ééne uitvindingsgedachte betrekking, ofschoon datgene, waarvoor uitsluitende rechten gevraagd worden, in 4 conclusiën omschreven is: immers in conclusie 1 wordt de grondgedachte der aanvraag weergegeven, terwijl in de volgende conclusiën uitvoeringsvormen van die grondgedachte gegeven worden.

AV 26-4-19 Ned. Jur. 1919 blz. 5 I.E. VIII 10: in aanvragers eerste conclusie is de grondgedachte der uitvinding neerge-

legd; in de beide andere conclusies worden uitvoeringsvormen van dat beginsel omschreven; een dergelijke formuleering is reehtens toelaatbaar; zulks is in overeenstemming met art. 20 sub. 3, en deze uitvoeringsvormen zijn veeleer te beschouwen als deelen van de gedane uitvinding, welke deelen op zichzelf beschouwd ook een uitvinding kunnen zijn; deze opvatting vindt steun in art. 12 O. W., volgens hetwelk voor een uitvinding een aanvullingsoctrooi verleend wordt, dat daarna met het hoofdoctrooi, dat eveneens een uitvinding bevat, samen tot één octrooi wordt vereenigd; deze opvatting vloeit ook voort uit het wezen eener uitvinding, die immers meestal niet is een enkele gedachte, doch een complex van gedachten, en wel in dier volge, dat dit aldus samengestelde *probleem* aanleiding geeft tot *meerdere oplossingen, waaraan evenwel één leidende gedachte ten grondslag ligt*; ten slotte mag nog gewezen worden op de ongewenschte consequenties, waartoe een tegenovergestelde opvatting leiden zou n.l. dat een uitvinder als regel meerdere aanvragen zou moeten indienen, teneinde een redelijke bescherming van de grondgedachte der uitvinding en de bijzondere wijzen van uitvoering daarvan te erlangen.

AV 3-3-19 Ned. Jur. Besliss. Burg. Rechter 14: kaart no. 4c ad art. 20 (Octrooiwet): de aanvraag heeft slechts op één uitvinding betrekking: immers de 2 conclusies betreffen dezelfde gedachte (conclusie 1: de werkwijze; conclusie 2: toestel om die werkwijze uit te voeren; (o. i. twijfelachtig of dezelfde uitvindingsgedachte aan beide ten grondslag liggen kan, als zoowel de werkwijze als het voortbrengsel ter octrooieering voorgedragen wordt).

E. *Voortbrengsel:*

AV 25-11-18 Ned. Jur. Besliss. Burg. Rechter 14: kaart no. 2b ad art. 1 (Octrooiwet). Van een voortbrengsel in den zin der wet is sprake, indien het bepaald is door kenteekenen, die waarneembaar zijn door den vorm of de afmeting, derhalve is niet octrooieerbaar een voortbrengsel van bizonderen aard (stof-octrooi).



**De Contra-Enquête  
anders dan volgens art. 104 W. v. B. R. bepaald**

DOOR

Mr. A. J. MARX

*substit.-griffier bij de Arrond. Rechtbank te Amsterdam*

---

De praktijk onzer rechtspleging in civilibus heeft zoo hier en daar kans gezien, zich vrij te maken van de vaak weinig lenige bepalingen van ons formeel burgerlijk procesrecht en daarmede in bescheiden mate er toe bijgedragen, de afwikkeling van onze privaatrechtelijke gedingen ietwat vlugger of althans doelmatiger te doen plaats hebben, dan anders het geval zou wezen.

Waar dit verschijnsel zich voordoet, dient telkens de vraag gesteld en beantwoord, hoe zulk een wild plantje in den over-ordelijken tuin onzer proces-regeling zijn plaats zal kunnen handhaven. Want eendeels moet het zich aanpassen aan zijne omgeving en dus niet geheel buiten het kader vallen, maar anderzijds mag het toch ook met die omgeving niet al te zeer één worden, daar het, dit laatste doende, zijn nut en daarmede zijn bestaansrecht zou verliezen. Hier het juiste midden te vinden, is niet altijd gemakkelijk.

Op een dier door de praktijk gekweekte procesrechtelijke nieuwigheden zij hier gewezen en nader ingegaan. Sommige opmerkingen, daarbij te maken, zullen wellicht ook buiten deze materie kunnen gelden en nut doen.

Ik zou dan in de navolgende bladzijden willen wijzen op eene eigenaardige afwijking van een der voorschriften, vervat in art. 104 W. v. B. R., inhoudende, dat het verhoor, waarbij tegenbewijs wordt geleverd (vulgo de contra-enquête) wordt gehouden op de plaats, den dag en het uur *bij het vonnis of dadelijk na afloop van het verhoor der voor het bewijs gehoorde getuigen te bepalen*. De praktijk toch kent nog een ander tijdstip, waarop de contra-enquête wordt *bepaald*, n.l. gedurende de enquête. Zulks geschiedt met name dan, wanneer de enquête op den eersten daarvoor bestemden dag wél in hoofdzak heeft plaats gehad, doch door het niet verschijnen van sommige, minder belangrijke, maar toch noodige getuigen,

niet geheel ten einde is kunnen worden gevoerd. Bij het eindigen van het verhoor op dien eersten dag vraagt de wederpartij van dengeen, op wien de enquête drukt dan vaak, om ten dage der voortzetting daarvan en uitteraard, zoodra die dan zal zijn afgelopen, het tegenverhoor te mogen houden. Het voordeel ligt voor de hand: voor rechter en raadslieden minder verbroekeling van werk, meer voortleven in de gedachtensfeer der onderhavige procedure en dus allicht betere doordringing der stof; dan ook — en daarvan profiteeren ook partijen — tijdsbesparing en dus vlugger recht!

Maar, gelijk steeds, zijn er ook bezwaren. Immers mist de partij, aan wie het is, tegenbewijs te leveren, bij dagvaarding en aanzegging der getuigen het volledig overzicht over de resultaten der enquête en zoo kan het gebeuren, dat ze nalaat, getuigen voor te brengen, die ze zeker had doen verschijnen, indien ze tevoren geweten had, wat de getuigen der wederpartij, welke ná haar verzoek zijn gehoord, zouden verklaren. Slechts door eene voortzetting van het tegenverhoor kan deze ongewenschte verrassing worden voorkomen. De vraag is nu maar, of zoodanige voortzetting geoorloofd is.

Om op deze vraag een antwoord te vinden, zal echter te voren nog deze andere moeten worden onder het oog gezien, of de proceshandeling, welke aanleiding tot de moeilijkheid gaf, zelve wel door den beugel kan, m. a. w. of de rechter inderdaad gedurende de enquête dag, uur en plaats der contra-enquête mag vaststellen, hoewel de wet daarover niet rept.

Wie deze præalabele vraag ontkennend beantwoordt, zal zich m. i. enkel kunnen beroepen op de stelling, dat ons formeel burgerlijk procesrecht in zijn geheel van openbare orde is en derhalve geen afwijking toelaat. Ik waag het, de juistheid dier opvatting ernstig te betwijfelen.

Immers: Waar staat geschreven, dat ons formeel burgerlijk procesrecht in zijn geheel van openbare orde is of waar is de door de wetenschap gevonden principieele grenslijn, welke dat recht in zijn geheel brengt binnen het gebied van voorschriften, waarvan de afwijking niet wordt geduld? Men zal slechts kunnen zeggen, dat noch van zoo'n wetsvoorschrift, noch van zoo'n wetenschappelijke grenslijn ergens een spoor te vinden is. Dat neemt natuurlijk niet weg, dat we van sommige wetsbepalingen op dit gebied met stelligheid kunnen beweren, dat ze van openbare orde zijn, doch die, welke we hier op het oog hebben, behooren daartoe allerminst.

Het zoover doorgevoerde beginsel der rechterlijke lijdelijkheid in civilibus verzet er zich m. i. integendeel ten sterkste tegen, dat, wanneer het civiel-processueele regelen betreft, der partijen wil geen kracht meer zou hebben. Er

zijn natuurlijk grenzen aan die kracht gesteld, op dit terrein reeds om deze eenvoudige reden, dat de rechter zelve voortdurend mede te werken heeft en derhalve niets kan inwilligen, wat aan zijne behoorlijke geregelde ambtsvervulling in den weg staat. Dan ook zijn er een aantal bepalingen, die op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven en andere, waarbij de wet partijen tegen hare eigen vertegenwoordigers beschermt en dus haar wil slechts op bepaalde wijze geldig tot den rechter kan doordringen. Maar buiten deze uitzonderingen zie ik geen reden, waarom we in onze regelen van formeel burgerlijk procesrecht iets anders zouden hebben te zien, dan een reglement voor het voeren van civielrechtelijke gedingen, dat de rechter enkel heeft te volgen, voorzoover beide partijen niet te kennen geven, dat ze er van af willen wijken. Verboden is er op dit gebied dus maar heel weinig en dan zeker niet, dat op verzoek van de eene partij en met inwilliging der andere de rechter het tijdstip der contra-enquête bepale gedurende de enquête, al heeft de wet dit oogenblik voor die bepaling niet uitdrukkelijk genoemd.

Verlangt men uit de wet zelve nog steun voor deze zienswijze, dan zij gewezen op de bepalingen omtrent de rechtspraak door scheidsmannen. We zien, dat daarbij ten aanzien van de wijze waarop er wordt geprocedeerd, eene zeer ver gedreven vrijheid bestaat. De wetgever heeft hier den wil van partijen vrijwel souverain geacht en overigens den scheidsmannen overgelaten, den procesgang naar hun believen te regelen. Dus scheen het dien wetgever blijkbaar niet toe, dat de openbare orde door al die vrijheid in het gedrang kwam. Hieruit volgt, dat de vele regelen, welke voor de door den Staat aangestelde rechters en de voor hen loopende procedures geschreven zijn, aan de vrijheid van partijen òók niet wezenlijk in den weg willen staan, doch slechts — gelijk gezegd — behoudens enkele door hunnen aard dwingende voorschriften, een reglement vormen, dat geldt, zoolang partijen het willen en voorts enkel, voorzoover het noodig is, om verwarring bij de rechtspleging te voorkomen. Men zal nu wel willen toegeven, dat door het bepalen eener contra-enquête in voege als bedoeld, zulke verwarring niet valt te duchten.

Is dan nu eenmaal eene contra-enquête op deze aan de wet niet bekende wijze bepaald, wat zijn dan verder de gevolgen, speciaal ten aanzien der vraag of voortzetting mag worden toegestaan?

Het is bekend, dat de wet in art. 108a W. v. B.R. onder bepaalde omstandigheden voortzetting van een verhoor op een nader te bepalen dag toestaat. We kennen voorts in gemeld wetboek nog een paar andere met voormeld artikel verbandhoudende bepalingen, waarin verhoor op een naderen dag mogelijk wordt gemaakt. Al die voorschriften moeten

worden verstaan als uitzonderingen op den regel in artt. 103 en 104 neergelegd, dat verhoor en tegenverhoor moeten plaats hebben op plaats, dag en uur, bij vonnis, resp. na afloop, der enquête daarvoor aangewezen en dus op geen anderen tijd. Mogen we nu eenvoudigweg zeggen, dat die regel even onbeperkt — met geen andere dan de in art. 108a en de daarmede verband houdende bepalingen, genoemde uitzonderingen — heeft te gelden voor de contra-enquête, bepaald op een oogenblik, dat de wet daartoe niet kent? Het antwoord zal moeilijk anders dan ontkennend kunnen luiden.

Iedere wettelijke regel toch gaat van zekere vooronderstellingen uit, neemt m. a. w. bepaalde casusposities als gegeven aan en behelst dan een voorschrift, dat voor die casusposities past. Van diezelfde vooronderstellingen wordt uitgegaan bij het bepalen van uitzonderingen op dien regel, behoudens afwijkingen in casuspositie, uitdrukkelijk aangeduid.

Beweegt men zich nu op een terrein, waarop de bij het vaststellen van den regel aangenomen casusposities niet ten volle aanwezig zijn, dan is er voor toepassing van den regel geen plaats — ten ware dan onder omstandigheden bij analogie — en verliezen dus ook de uitzonderingsbepalingen alle betekenis.

Concreter uitgedrukt: art. 104 vooronderstelt, dat de contra-enquête zal worden gehouden op een tijdstip, waarop de partij, die haar moet doen plaats hebben, de resultaten der enquête ten volle overziet, hetzij omdat blijkens de dingtalen die partij reeds vóór de enquête geheel op de hoogte is of kan zijn van hetgeen daarbij te berde zal worden gebracht, hetzij omdat de enquête reeds geheel tot het verleden behoort. Het element van verrassing is m. a. w. volgens des wetgevers gedachtengang uitgesloten. In die vooronderstelling kan dan de wetgever, ter wille van het beginsel „lites finiri oportet” bepalen, dat de getuigen van het tegenverhoor, evenals die der enquête, tegelijk moeten worden voorgebracht en op dit voorschrift slechts enkele uitzonderingen toelaten, die met niet-verschijning of wraking samenhangen. Hebben we nu eenmaal te doen met eene contra-enquête, waarbij de partij, die er mee belast is, nog wèl door de enquête kan worden verrast, dan is de vooronderstelling, de feitelijke ondergrond, van den regel voor een belangrijk deel vervallen en dientengevolge die regel niet zoo zonder meer nog toepasselijk. Dat ook dan nog het beginsel „lites finiri oportet” waarde behoudt, kan hieraan niet in den weg staan, want het hangt natuurlijk van feitelijke omstandigheden af, of, en in hoeverre de regel van art. 104 kan dienen, om het te verwezenlijken.

Misschien zal nu tegen den in de vorige alinea ontwikkelden gedachtengang worden aangevoerd, dat hij van eene onjuiste vooronderstelling uitgaat, n.l. die, dat de contra-enquête bedoelt te zijn de weerlegging van de feiten, bij de enquête aan het licht gebracht. Inderdaad ga ik echter niet van die vooronderstelling uit, doch wil aannemen, dat de contra-enquête zich onmiddellijk richt tegen het probandum en daarvan dan de onwaarheid moet aantoonen. Doch daaruit volgt volstrekt niet — gelijk velen schijnen te denken — dat de resultaten der enquête nu der wederpartij reehtens onverschillig hebben te wezen, zoodat deze laatste zich nimmer over verrassing zou mogen beklagen.

Wie zulks meenen, miskennen, naar mij voorkomt, den regel, dat de contra-enquête zich onmiddellijk tegen het probandum richt, ten eenen male. Immers die regel wil enkel zeggen, dat hij, die tegenbewijs heeft te leveren, vrij is, dat te doen op de wijze, welke hem goeoddukt en dus desverlangd langs de uit de enquête gebleken feiten mag heengaan, geheel los daarvan trachtend, het bewijs van het probandum te ontzenuwen. Doch uitteraard blijft dat uitzondering en is de regel, dat het bij de enquête te berde gebrachte, juist wél directe weerlegging moet vinden bij het tegenverhoor. En gebeurt dit laatste, nu, dan is 't natuurlijk voor de partij, die de contra-enquête houdt, van het hoogste belang, de enquête geheel te overzien en niet op onherstelbare wijze te worden verrast.

Het mag toch inderdaad niet aannemelijk worden geacht, dat de wetgever bij het stellen van de regels voor het getuigenverhoor en meer in het bijzonder voor de contra-enquête, dit laatste, meest voor de hand liggende geval zou hebben uit het oog verloren. Er is zelfs een sterk vermoeden voor het tegendeel in de wet te vinden. Immers: waarom heeft de wet niet voorgeschreven, dat enquête en contra-enquête steeds onmiddellijk achter elkaar moeten plaats vinden, doch enkel den rechter vrijgelaten, zulks te bevelen in de — weinige — gevallen, die hij daarvoor aangewezen acht? Het voor de hand liggend antwoord is, dat de wetgever niet wenschte, dat de enquêteerende partij de andere zou overrompelen.

Geldt art. 104 dus niet zonder meer, zoo wil dit natuurlijk nog niet zeggen, dat we ten aanzien van de anders dan volgens de wet bepaalde contra-enquêtes leven in een vrijgevochten land, waarin bij oneenigheid van partijen, de rechter geheel willekeurig de procesorde kan vaststellen; veeleer zal er menige gelegenheid voor hem zijn, om *analogice* gemeld artikel toe te passen. Doch het behoeft wel geen betoog, dat dit heel iets anders is dan dwingende geldigheid der wet ook in door haar niet voorziene omstandigheden, en

dat bij enkel analogische toepassing van art. 104 v. v. B. Rv. ten volle vermeden kan worden, dat de hoofdregel aanwending vindt ook als dit onredelijk is.

Zoo wil 't mij dus voorkomen, dat, zoo eene der partijen met goedkeuring der wederpartij een tegenverhoor heeft uitgelokt vóór den afloop der enquête en tegen een tijdstip, dat het haar onmogelijk maakt, bij het dagvaarden en aanzeggen harer getuigen met alle resultaten dier enquête rekening te houden, de rechter alle vrijheid heeft, haar een naderen dag te gunnen, waarop ze zich tegen de verrassingen der enquête zal mogen weren. Die vrijheid heeft de rechter ook dan, wanneer die partij zich niet, gelijk gewoonlijk geschiedt, uitdrukkelijk het recht heeft voorbehouden, tot gemeld doel zoo noodig een naderen dag te vragen. Immers ligt de goedkeuring der wederpartij reeds opgesloten in het feit, dat ze tegen de buiten-wettelijke vaststelling der contra-enquête geen bezwaar heeft gemaakt. Dit toch brengt mede, dat ze nu ook tegen de consequenties van het bestaan dier buiten-wettelijk vastgestelde contra-enquête niet mag optornen.

Moet nu de wederpartij ook dulden, dat op den naderen dag meer getuigen worden voorgebracht dan ter weerlegging der verrassingen noodig is? Kunnen op dien naderen dag ook nog personen als getuigen verschijnen, die moeten te niet doen, wat op den eersten dag der enquête gebleken is, of die moeten aanvullen, wat een vroegere getuige der contra-enquête werd verwacht te zullen zeggen, doch niet gezegd heeft? Zeker niet! Immers, afgezien van het element der verrassingsmogelijkheid is eene contra-enquête, als hier bedoeld, geheel gelijk aan iedere andere, waarbij de getuigen, behoudens dan het bepaalde in art. 108 a, in eens moeten worden ten tooneele gevoerd. Er is dus alle grond voor eene analogische toepassing der artikelen, op de in de wet voorziene contra-enquêtes betrekkelijk, mits maar met de uitschakeling van het verrassingselement worde rekening gehouden. Slechts dat, wat op die uitschakeling betrekking heeft, mag op den naderen dag worden gevraagd. Aldus eischt het het beginsel „lites finiri oportet”, hetwelk zich — gelijk gezegd — achter onze artt. 103 en 104 W. v. B. R. duidelijk toont.

De waarde van dit beginsel zelve wordt tegenwoordig blijkbaar niet al te hoog aangeslagen, getuige de zeer lange duur van vele processen. Wat meer in het bijzonder den invloed (!) van meergemeld beginsel op de getuigenverhooren betreft, is het bekend, dat — althans te Amsterdam — de gewoonte bestaat, behalve de getuigen, die iets te verklaren hebben, ook nog als zoodanig te dagvaarden personen, van wie vaststaat, dat ze omtrent het probandum niets weten te vertellen, en wier taak het dan ook is . . . . . weg te

blijven. Daarmede wordt bereikt toepasselijkheid van art. 108a W. v. B. R. en schept men — wat de bedoeling is, doch niet bepaald naar den geest der wet — gelegenheid, aanvankelijk overbodig geachte of vergeten getuigen bij de voortzetting van het verhoor alsnog voor te brengen en met hunne hulp de eerst in den loop der bewijsvoering gebleken lacunes aan te vullen. Er staat natuurlijk niets aan in den weg, ook bij de voortzetting van het verhoor wegblijvers te dagvaarden en aldus een derde verhoor mogelijk te maken, weer met nieuwe tot dusver niet opgeroepen getuigen, en zoo ad infinitum. Zoo wordt art. 104 W. v. B. R. een wassen neus en van het „lites finiri oportet” komt niet al te veel terecht. D. w. z.: tenslotte eindigen de processen toch wel eens, en als het dan een rechtvaardig einde is, lijkt het me de hierboven geschetste wetsontduiking wel waard, zelfs al valt te vreezen, dat velerlei slordigheid van procureurs er door bemanteld wordt.

Hoe men hierover echter ook moge denken, in elk geval heeft men met deze praktijk, die ongetwijfeld vroeg of laat ook wel buiten Amsterdam hare intrede in de rechtszaal zal doen, rekening te houden en hare consequenties te aanvaarden. En daartoe behoort niet in de laatste plaats, dat, wanneer art. 104 niet wordt toegepast, maar buiten de wet om een procesvorm is geschapen en aanwending vindt, gelijk in het door mij beschreven geval, men, bij het beslissen der vraag, of nieuwe getuigen mogen worden gedagvaard, zich niet aan de weinige uitzonderingen van art. 108a W. v. B. R. houdt. Immers, als men art. 108a buiten zijne grenzen (n.l. als uitzondering op art. 104) toepast, dan brengt men den correcten procureur — en dus vanzelf ook diens cliënt — tegenover den minder angstvalligen, die met schijngetuigen werkt, in ongunstige positie of wordt hij eenvoudig gedwongen aan het dagvaarden van die schijngetuigen mee te doen, ook al stuit het hem tegen de borst, ten ware hij er de voorkeur aan mocht geven het verhoor meer dan noodig is te versnipperen, door pas contra-enquête te vragen, als de enquête geheel geëindigd is.

Maar al ware het beginsel der proces-bespoediging tegenwoordig iets meer dan eene phrase, dan nog bedenke men, dat het slechts *achter* zekere wetsbepalingen als leidend motief staat, doch zelve nergens met zoovele woorden in de wet te vinden is. Derhalve geldt het dan ook niet onbeperkt, maar slechts binnen de grenzen der wet, voor de gevallen, waarin het, naar des wetgevers inzicht, maatgevend is. Buiten die gevallen is het natuurlijk niet plotseling waardeloos geworden, maar mag men er toch slechts eene wenschelijkheid in zien, welke voor hoogere wenschelijkheden, gelijk b. v. de tegenwoordig lang niet genoeg gewaardeerde degelijkheid der

rechtspraak, heeft te wijken, zoodra ze er mede in conflict komt. De in dit opstel onder de aandacht der lezers gebrachte gewoonte, toont het duidelijk. Snel recht eischt combinatie van het einde der enquête met de contra-enquête, doch goed recht, dat deze laatste zoo noodig op een lateren datum kunne worden voortgezet.

Miskening van dit laatste, op grond, dat men zich nog altijd op het terrein van art. 104 W. v. B. R. waant, komt inderdaad voor. Niet zeldzaam is het, dat een procureur, die tevoren gaarne goed vond, het tegenverhoor bij het einde van zijn verhoor te zien aansluiten, bezwaar maakt tegen de voortzetting van dat tegenverhoor, ook al heeft hij zoo juist door zijne getuigen de verrassendste nova doen verklaren. Vindt hij daarin steun bij onze rechters, dan is het gevaar niet denkbeeldig, dat de nuttige, uit de behoeften der praktijk geboren proces-vorm, hierboven geschetst, daaraan te gronde gaat. Moge dan het vorenstaand betoog er toe bijdragen, dit te verhoeden.

---



*De Vuurwapenwet 1919* (met de uitvoeringsvoorschriften) door Mr. J. V. van Dijk. — Alphen a/d Rijn, N. SAMSOM, 1919.

Ziehier dan een boek, dat, om een geijkten term te gebruiken, zooal niet in een lang, dan toch in eene diep gevoelde behoefte voorziet. Want de Vuurwapenwet 1919, de geleerde commentator erkent het zelf, is niet eene gemakkelijke wet voor de praktijk, en zij, die reeds in de gelegenheid zijn geweest de wet en het bijbehorend reglement in toepassing te brengen, zullen deze uitspraak ten volle beamen. Des te meer welkom zal het hun dan ook zijn eene toelichting te mogen ontvangen van de hand van hem, die de geheele ontwikkelingsperiode van ontwerp tot wet van nabij heeft meegemaakt en derhalve beter dan iemand geacht kan worden de juiste bedoelingen van den wetgever weer te geven.

In een kort bestek vindt de lezer hier bijeen: allereerst den tekst der Vuurwapenwet 1919 en van het bijbehorend Vuurwapenreglement, vervolgens eene alleszins lezenswaardige inleiding, waarin de aanleiding tot het ontwerpen der wet en de beginselen, die daarbij hebben voorgezeten, kortelijks worden uiteengezet. Dan volgt eene artikelsgewijze behandeling van wet en reglement, terwijl daaraan als bijlage is toegevoegd de beschikking van den Minister van Justitie d.d. 14 Juli 1919, Afd. 2 A. W. 700, waarbij de modellen der bescheiden, noodig voor de uitvoering der wet, zijn vastgesteld. Het geheel wordt besloten door een alphabetische inhoudsopgave, een onderdeel, dat in eene dergelijke uitgave eigenlijk nimmer mocht ontbreken en dat toch slechts al te vaak achterwege blijft.

De toelichting op de verschillende artikelen bepaalt zich uiteraard, voor zooverre zij niet gevormd wordt door textueele aanhalingen uit de gewisselde parlementaire stukken, tot eene paraphrase, hoogstens tot eene verdere uitwerking der daarin nedergelegde gedachten. Evenals bij zoovele andere, in de laatste jaren tegelijk met tot stand gekomen wetten daarop verschenen commentaren, is derhalve ook deze toelichting niet geheel vrij te pleiten van het bezwaar, dat zij wellicht teveel het werk van één man is. Wij bedoelen hiermede geen critiek in den ongunstigen zin van het woord, maar onder dergelijke omstandigheden blijft

altijd het gevaar bestaan, dat juist zij, voor wie bij uitstek geldt het scire leges non id est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem, wel eens over het hoofd zien, dat hetgeen voor hen ten volle duidelijk is, omdat zij elke afzonderlijke bepaling steeds in verband met de bedoeling van het geheel beschouwen, door anderen, die slechts het resultaat voor zich zien, doch niet, of minder goed, bekend zijn met den gedachtengang, die tot dit resultaat heeft geleid, niet altijd in denzelfden zin wordt uitgelegd, als door den ontwerper is bedoeld. Eene eenigszins langdurige toepassing der wet, welke tot de vorming eener administratieve jurisprudentie de gelegenheid open stelt, zal moeten leeren, of inderdaad het boven geopperde bezwaar ook dezen commentaar aankleeft. Doch ook, zoo dit het geval mocht zijn, twijfelen wij niet, of het werkje van den heer VAN DIJCK zal desalniettemin grootelijks medewerken tot eene eenvormige en juiste toepassing der wet.

Voordat wij van den schrijver afscheid nemen, ten slotte nog één vraag, die evenwel niet in het bijzonder tot hem gericht, maar meer in het algemeen bedoeld is. Hoe komt het, dat uit dezelfde bron, waaruit een heldere leesbare commentaar voortvloeit, ook niet tevens een wetsontwerp kan voortkomen, dat nu eens niet lijdt aan de tegenwoordig welhaast algemeen geldende kwalen van onoverzichtelijkheid, onduidelijkheid en ingewikkeldheid. Bij eene kleine, op zichzelf staande wet, als de hier besprokene, zijn deze gebreken gemeenlijk niet in zoo erge mate aanwezig, maar wie wenscht te weten, waarover hier geklaagd wordt, bestudeere, of beter nog, trachte toe te passen, de laatstelijk in de wet op het lager onderwijs aangebrachte wijzigingen, die op het punt van redactie eerder testimonia paupertatis dan een monumentum aere perennius genoemd mogen worden.

*Middelburg.*

Mr. B. D. H. TELLEGEN AZN.

*De Rijn- en Schelde verbindende tusschenwateren.*  
door Mr. L. W. Wery (1).

De schrijver vraagt de aandacht voor deze, uit internationaal-rechtelijk oogpunt zoo merkwaardige quaestie, aan de hand van het IIe der Belgische desiderata van 19 Mei 1919.

Na in een inleiding op de beteekenis van deze aangelegenheid geweest te hebben, behandelt hij in Hoofdstuk I het ontstaan der vrije internationale vaart op de Rijn- en Schelde verbindende wateren, in Hoofdstuk II den rechtstoestand dier wateren en bespreekt hij in de volgende hoofdstukken twee bekende quaesties, waartoe de tusschenwateren aanleiding hebben gegeven, namelijk die van de afdamming der Ooster-Schelde 1846—67 en de zand- en grintquaestie (1915—18).

Uit hetgeen de schrijver in het 1e Hoofdstuk over de onderhandelingen op de conferenties van Mainz (1816—31) en Londen (1830—39) meedeelt blijkt, dat ook bij deze quaestie der tusschenwateren de vaart op Antwerpen een voorname, zoo niet de voornaamste plaats innam.

Aanvankelijk werden deze onderhandelingen gevoerd toen Nederland en België nog één staat vormden; de Rijnstaten wilden Antwerpen evenals Amsterdam, Rotterdam en Dordrecht voor den Rijnhandel zien opengesteld. Antwerpen was dan ook reeds opgenomen in de artt. 5 en 6 der Mainzer Akte, toen door den opstand van 1830 de zaak een geheel ander karakter kreeg waardoor op den dag vóór de onderteekening (namelijk op 30 Maart 1831) de Nederlandsche regeering wist gedaan te krijgen, dat de haven Antwerpen uit het verdrag geschrapt werd. Ofschoon er uitdrukkelijk werd bijgevoegd, dat Nederland bereid was de zaak bij nadere onderhandelingen te regelen, ontstond er groote verontwaardiging bij de Duitsche, vooral Keulsche, kooplieden, toen op 31 Maart 1831 het Rijnvaartverdrag werd aangenomen, zonder dat de vaart op de groote Belgische haven daarin was geregeld. Intusschen, op de conferentie van Londen wist de nieuwe Belgische staat door te zetten, dat een vrije verbinding werd in het leven geroepen langs de tusschenwateren met den Rijn. De schrijver merkt dan ook terecht op, dat, evenals de vaart langs het kanaal van Gent naar Terneuzen, langs het in art. 12 van het verdrag van 19 April 1839 bedoeld kanaal door Limburg, langs de Schelde, de vaart langs die tusschenwateren het karakter draagt van een uitweg op Nederlandsch territoir. Dat deze servitutenquaestie ten bate van België beslist werd,

(1) 's-Gravenhage, Martinus Nijhoff, 1919.

was een gevolg van den steun van Engeland en Frankrijk, want van Nederlandsche zijde werd de meening verdedigd, dat België slechts kon aanspraak maken op de vrije vaart langs de internationale rivieren, in casu de Schelde en Maas binnen de grenzen van de artt. 108—117 der Weener akte (1). Wilde België meer rechten verkrijgen, in strijd met Nederlands souvereine rechten, dan zou dit alleen bij direkte onderhandelingen tusschen Nederland en België kunnen geschieden.

Na er op gewezen te hebben, dat België's verdere eischen niet in overeenstemming waren te brengen met het reciprociteitsbeginsel — immers de voordeelen lagen uitsluitend aan België's zijde, zonder dat daartegenover voordeelen voor Nederland stonden — herinnert de schrijver aan de onderhandelingen te Londen, die tot het Eindtractaat van 1839 hebben geleid, bij welke onderhandelingen hij vijf hoogtepunten onderscheidt: de „*Bases de Séparation*” van 27 Januari 1831; de 18 artikelen van 26 Juni 1831; de 24 artikelen van 15 October 1831; het zoogenaamde Thème-Palmerston van 6 September 1832, en ten slotte het verdrag van 1839. Terwijl de Bases geen bepaling van de Rijn- en Schelde verbindende wateren bevatten, vindt men voor het eerst die tusschenwateren genoemd in de tamelijk vage bepaling van art. 7 van het 18 artikelen-tractaat.

Men weet, dat Nederland de 18 artikelen niet heeft aangenomen, maar dat daarop de Tiendaagsche veldtocht — van 2 tot 12 Augustus 1831 — gevolgd is, en dat daarna de onderhandelingen op 29 d. o. v. hervat zijn, waarbij de groote beteekenis der tusschenwateren opnieuw aan den dag kwam.

Gesteund door de mogendheden, werden België's eischen hoe langer hoe scherper geformuleerd; vrije vaart op de Maas, verbinding met den Rijn over Limburg door middel van een kanaal of spoorweg of langs de tusschenwateren tusschen Rijn en Schelde. Terecht merkt de schrijver op, dat deze eischen steeds de grondgedachte der Belgische politiek blijven; thans hoort men ze opnieuw. Er werd geen overeenstemming verkregen en nu stelden de mogendheden bij het tractaat der 24 artikelen zelf een regeling vast, die het karakter droeg van een ultimatum. Uit de artt. IX—XII blijkt hoe aan België's eischen is tegemoetgekomen (2). De vrije vaart staat hier op den voorgrond: „*La navigation des eaux*”

(1) De schrijver spreekt op blz. 5 — evenals op blz. 55 — abusievelijk van *Weener slotakte*, waar hij bedoelt de *Weener congressakte*. De slotakte is van 1820 (vgl. LAGEMANS, *Recueil des traités etc.* no. 83). Trouwens ook anderen maken zich dikwijls aan dezelfde fout schuldig, o.a. DE LOUWER in *Het Stellig Volkenrecht* blz. 390 van het IIe deel (juist echter blz. 203 noot 1 van het Ie deel).

(2) LAGEMANS *Recueil des traités etc.* no. 429.

intermédiaires entre l'Escaut et le Rhin, pour arriver d'Anvers au Rhin, et vice versa restera réciproquement libre". Nederland richtte daarop een protestnota tot de mogendheden, waarin het er aan vasthield, dat al de waarborgen, die België op ons gebied eischte, slechts door wederzijdsche onderhandelingen gevestigd konden worden; dezelve rechten, zoo werd gezegd, die de Rijnsoeverstaten slechts bij onderhandeling hadden verkregen, kon België zich niet door de conferentie laten toewijzen; dit gold in het bijzonder van de tusschenwateren.

Zoo ziet men, dat deze quaestie, evenals de andere: namelijk de Scheldevaart, den nieuw aanteleggen weg over Limburg, de schuldverdeeling en de Luxemburgsche aangelegenheid tot lange onderhandelingen tusschen Nederland en de conferentie geleid hebben, maar aanvankelijk België en Nederland op hun stuk zijn blijven staan: het zoogenaamd Thème Palmerston — een poging van PALMERSTON om een verzoening tot stand te brengen, maar die eenvoudig neerkwam op een wijziging der 24 artikelen ten gunste van België — zou eerst daarin een kleine kentering brengen (1).

België had intusschen de 24 artikelen aangenomen, en, aangezien WILLEM I altijd nog weigerde toe te treden, begonnen Engeland en Frankrijk met dwangmaatregelen: embargo op de Nederlandsche schepen in de Engelsche en Fransche havens en het zenden van een Fransch leger naar België om aan de eischen der geallieerden kracht bij te zetten (2). — Daarna — het embargo werd in Mei 1833 weer opgeheven — begonnen op nieuw onderhandelingen, waarbij Nederland er ten slotte in toestemde, dat een bepaling over de tusschenwateren, die België de vrije vaart langs die wateren geeft, in het verdrag werd opgenomen. De conferentie gaf intusschen uitdrukkelijk te kennen, dat daardoor Nederlands souvereine rechten *niet* zullen worden aangetast.

Eindelijk, in Maart 1838 verklaarde Nederland zich bereid

(1) Zie ook daarover DE BOSCH-KEMPER, Geschiedenis van Nederland na 1830 2e deel.

(2) Dat deze dwangmaatregelen zoo lang waren uitgesteld — immers de 24 artikelen dagteekenen van 15 October 1831 en het Engelsch-Fransch verbond is van 22 October 1832 — ligt ten deele in de omstandigheid, dat én in Frankrijk én in Engeland ministerieele crisissen niet van de lucht waren. In Engeland zijn de jaren 1831 en '32 die van den strijd over de *Reformbill* van het Ministerie Grey-Russell, een strijd die eindigt met de eindelijke aanneming ervan in 1832, en in Frankrijk ontstaat na het overlijden van den talentvollen CASSIMIR PÉRIER 15 Mei 1832 een allergevaarlijkste gisting, zich uitende in oproeren in Parijs en andere groote steden, waaraan eerst een eind komt door het optreden van het coalitie-Ministerie van 11 October 1832, waarin van alle partijen de groote mannen der Juli-monarchie BROGLIE, THIERS, GUIZOT e.a. vertegenwoordigd zijn.

toe te treden, maar nu bedankte België weer. Opnieuw begonnen onderhandelingen, die leidden tot de drie verdragen van 19 April 1839, tusschen Nederland en België, Nederland en de mogendheden en België en de mogendheden. Art. IX bevat een bepaling over de tusschenwateren: op de Oosterschelde, alleen gebezigd voor de vaart tusschen Antwerpen en den Rijn, en omgekeerd mogen geen hogere rechten worden geheven dan volgens de tarieven van het Mainzer tractaat van 31 Maart 1831 op de scheepvaart van Gorkom tot in open zee in verhouding tot de afstanden mogen geheven worden. De scheepvaart op de tusschenwateren tusschen Schelde en Rijn, om van Antwerpen naar den Rijn te komen, zal wederkeerig vrij blijven en slechts aan gematigde tollën onderworpen, die voor den handel der beide landen dezelfde zullen zijn, en welke door commissarissen der beide landen, die binnen een maand zullen bijeenkomen, zullen worden vastgesteld. Nog een belangrijke bepaling is die betreffende de Oosterschelde in § 8 van art. IX van het verdrag, waarop nog nader zal worden teruggekomen.

In hoofdstuk II spreekt de schrijver over de uitvoering van het tractaat van 1839. Daaruit blijkt, dat tot de moeilijkste quaestien behoort die der tusschenwateren, welke mede in het verdrag van 5 November 1842 haar oplossing heeft gevonden (1).

De schrijver wijst er hierbij terecht op, dat de punten van geschil bij de regeling der tusschenwateren, alsmede de bepaling wat hiertoe behoorde, betroffen de scheepvaart op

(1) De schrijver merkt op blz. 26 i.m., van het verdrag sprekende, op: «dat (n.l. dit verdrag) niet geplaatst is in het *Staatsblad* maar waarvoor de goedkeuringswet te vinden is in *Stbl.* 1843 no. 3». Ik begrijp deze opmerking niet recht. Doorgaans wordt toch een tractaat, hetwelk volgens de Grondwet goedkeuring bij de wet behoeft, voor het eerst in het *Staatsblad* geplaatst door opneming daarin van de goedkeuringswet. Na ratificatie geschiedt de plaatsing opnieuw. Wat het tractaat van 1842 betreft is de eerste plaatsing geschiedt bij wet van 4 Februari 1843 *Stbl.* no. 3 «tot goedkeuring van het verdrag tusschen de Nederlandsche en Belgische gevolmachtigden op den 5 November 1842 gesloten», maar de laatste plaatsing schijnt vergeten, in allen gevalle achterwege gebleven te zijn.

Men weet, dat de gewoonte is, dat een dergelijk tractaat tweemaal in het *Staatsblad* wordt opgenomen; de tweede maal zelfs met de vertaling erbij. Dit is echter achterwege gelaten bij de tractaten der tweede vredesconferentie. (Zie *Stbl.* no. 73 van 1910 voorts de *Stbl.* 229—237. 239 en 240 van 1909 en Bijblad Handelingen Tweede Kamer 1908—1909 onder 271 p. 1—18). Het zou wellicht uit een oogpunt van papierbezuiniging overweging verdienen om de tweede volledige plaatsing — de publicatie van het verdrag — achterwege te laten in den geest der wet van 26 Juli 1918 *Stbl.* 499 tot beperking van papiergebruik enz.

den Rijn van Lobith tot Gorkom en Dordrecht en het genot van de Nederlandsche entrepôthavens, een geschil, hetwelk zijn oorsprong vond in de omstandigheid, dat Nederland en België art. 9 § 5 verschillend uitlegden. Deze regeling vindt men in hoofdstuk II sectie 3 van het tractaat van 5 November 1842, getiteld: „Eaux intermédiaires entre l'Escaut et le Rhin” hetwelk wel een scheiding maakt tusschen de tusschenwateren en den Rijn, maar toch ook de gelijkstelling van Rijn-Schelde en Rijn-Open Zee aanvaardt (artt. 42, 47). Doordat genoemd hoofdstuk in de artt. 38—40 de vrije vaart langs de tusschenwateren vooropstelt, in art. 41 over den Rijn handelt, en sluit met de artt. 42—49 over den doorvoerhandel van België naar den Rijn is het rechtskarakter dier tusschenwateren, waarvoor Nederland altijd gestreden had, bewaard gebleven. Het resultaat was derhalve, dat een bijna uniforme regeling voor den Rijn en de tusschenwateren werd in het leven geroepen.

Had dus dit regime zijn ontstaan te danken aan den wensch der Belgen om deel te nemen aan de Rijnvaart, ook de Rijn-oeverstaten wenschten de vrije vaart op Antwerpen, die zij verkregen bij twee tractaten: namelijk het thans nog geldende handelsverdrag met Pruisen, ook namens de andere staten van het tolverbond gesloten, van 31 December 1851 en de herziene Rijnvaartakte van 17 October 1868 (*Stbl.* 1869 no. 75).

Nadat de schrijver de voornaamste artikelen dezer Rijnvaartregeling heeft besproken meent hij dat ook een dergelijke „eenvoudige” regeling van de Schelde tusschen Nederland en België behoort gemaakt te worden. De fout ligt z. i. hierin, dat, zooals de Rijn-oeverstaten het recht van vrije vaart langs de tusschenwateren ontleenen aan één Rijnvaartreglement, België dit recht behoort te ontleenen aan één Scheldereglement — er bestaan wel op den grondslag van de tractaten van 1839 en 1842 een aantal reglementen — en hij meent, dat het ontbreken van dit reglement er toe heeft bijgedragen, dat het Schelderegime te veel het karakter heeft gekregen van een servituut op Nederlandsch territorium ten bate van de zeevaart op Antwerpen en Gent, terwijl zij als internationale rivier had behooren te zijn geregeld op den voet van gemeenschappelijke belangen. „In een aldus gedachte algemeene Schelderegeling zou één artikel, gelijkend op art. 2 van de Rijnvaartakte, aan België de vrije vaart langs de tusschenwateren naar den Rijn kunnen geven op voet van gelijkheid met de Rijn-oeverstaten, terwijl ook Nederland het recht om op Antwerpen te varen aan dit algemeen Reglement zou kunnen ontleenen.”

Er is inderdaad veel voor deze meening te zeggen en bij de onderhandelingen, die thans te Parijs tusschen België en Nederland worden gevoerd, is het zeker wenschelijk dat dit

punt tot klaarheid gebracht worde en dat, evenals van 1830—39 Nederland zich op het standpunt stelle, dat deze quaestie alleen tusschen de beide belanghebbende staten worde uitgemaakt. Vermoedelijk is dit ook het standpunt van de mogendheden, want in de bepalingen van het vredesverdrag met Duitschland wordt van de Schelde niet gesproken. Dit neemt intusschen niet weg, dat de regeling der Scheldevaart — in verband met andere quaesties, die ook van 1830—39 de aandacht trokken — een der moeilijkste vraagstukken is, welke tengevolge van den jongsten krijg een oplossing vorderen.

In Hoofdstuk III behandelt de schrijver de in de zestiger jaren zoo urgente quaestie van de afdamming der Oosterschelde, die ik me herinner, dat ook Prof. Buys op zijn college over volkenrecht uitvoerig besprak.

Men weet, dat zij verband houdt met art. 9 § 8 van de overeenkomst van 1839, bepalende, dat, indien natuurlijke gebeurtenissen of werken van kunst de in het tegenwoordig artikel aangewezen wegen voor de scheepvaart in het vervolg onbruikbaar mochten maken, de Nederlandsche regeering aan de Belgische scheepvaart ter vervanging van gezegde onbruikbaar geworden wegen voor de scheepvaart andere wegen, die even veilig, goed en gemakkelijk zijn, zal aanwijzen. Het voornemen der Nederlandsche regeering om Vlissingen door een spoorlijn met het vasteland van Brabant te verbinden, waarvoor een afdamming noodig was van Sloe of Oosterschelde, heeft toen in België heel wat stof opgejaagd. De schrijver schetst zeer conscientieus de verschillende phasen van het conflict, want het werd er een, hetwelk eindigde met den volledigen triomf van het Nederlandsche standpunt; immers het kanaal van Zuid-Beveland (Hansweert—Wemeldinge) werd gegraven en van een verzanding, ook van de vaart naar Antwerpen, die door de Belgen gevreesd werd, bleek geen sprake te zijn (1).

Op blz. 32 zegt de schrijver naar aanleiding van een en ander dat het gemis van een arbitrageclausule in de Nederlandsch-Belgische tractaten door dit incident duidelijk gebleken is. Zeer juist, maar men bedenke, dat arbitrageclausulen in de eerste helft der vorige eeuw hoogst zeldzaam waren. Trouwens in de sinds met België gesloten verdragen komt evenmin een dergelijke clausule voor. Misschien dat dit nu

(1) Behalve de door den schrijver over deze quaestie aangehaalde geschriften van VREEDE en GUILLAUME kan nog verwezen worden naar de brochure van den toenmaligen *Chargé d'affaires* te Brussel Mr. I. W. VAN LANSBERGE getiteld *A propos du Barrage de l'Escaut* en naar de opmerkingen van het lid der 2e Kamer G. FOKKER over het Rapport der Internationale commissie onder den titel: *Le Barrage de l'Escaut Oriental*, waarin hij de technische bezwaren tegen de afdamming ontzenuwt.



anders zal worden door toetreding van ons land tot den veelgeroemden Volkenbond, die in de artt. 12 en volgende bepalingen bevat om oorlogen in het vervolg zooveel mogelijk te voorkomen. Wat deze quaestie aangaat zij hier nog herinnerd, dat België thans eischt een kanaal Antwerpen-Moerdijk op gezamenlijke kosten gegraven (1). Terecht kon nu onze Minister daarop antwoorden, dat de redenen, waarom het kanaal van Zuid-Beveland door een ander zou moeten worden vervangen, met geen woord worden aangeduid, doch dat hij bereid is dienaangaande nadere voorstellen te onderzoeken.

Eindelijk behandelt de schrijver in zijn laatste hoofdstuk aan de hand van het daarover door de regeering gepubliceerde Witboek de in de jaren 1914—18 zoo befaamd geworden zand- en grintquaestie. Men weet, dat daarbij de belangrijke vraag ter sprake is gekomen welke verhouding er bestaat tusschen het Landonzijdigheidstractaat van 1907 en de thans geldende Rijnvaartakte. In laatstgenoemde akte wordt, uit een handelsoogpunt, vrijheid van doorvoer langs den Rijn van Bazel tot in de open zee als beginsel gesteld, zooals ook reeds het Weener Congres had gedaan, terwijl het beginsel van het in de eerste plaats genoemde verdrag is handhaving van de onschendbaarheid van het neutraal territoir. Duitschland beriep zich op de Rijnakte, Engeland op het onzijdigheidstractaat.

Het zal nu geen betoog behoeven, dat de positie onzer regeering hoogst delicaat was; ze stond, zooals de schrijver zegt, tusschen hamer en aambeeld. De schrijver toont aan, dat onze regeering het juiste standpunt heeft ingenomen door zich strikt te stellen op dat der onzijdigheid. Het brandpunt der geheele quaestie ligt hierin, dat de Engelsche regeering *elke* zending over ons gebied, die verband houdt met de krijgsooperatiën, *zooals zij dat opvat*, verboden acht, terwijl onze regeering terecht, naar het schijnt, aanneemt, dat dit verband moet blijken uit art. 2 der Vde Haagsche Conventie van 1907 (2).

(1) Nu *dit* artikel later verschijnen zal, dan aanvankelijk in het plan lag, zij hier herinnerd, dat, blijkens de mededeeling der regeering, o. a. voorkomende in de *N. R. Ct.* van 15 Maart 1920 (avondblad *D*) volgens de met België gesloten overeenkomst, twee nieuwe kanalen zullen worden gegraven, namelijk een van Antwerpen naar Moerdijk, en een van Antwerpen naar Ruhrort.

(2) Het Britsche standpunt wordt belicht door het memorandum der Engelsche regeering van 23 October 1917 (no. 71) van het Witboek, niet door dat van 9 October 1917 (no. 67) zooals de schrijver abusievelijk (blz. 64) zegt, want dit stuk van 9 October is een in het Engelsch gesteld memorandum van *onzen* gezant aan de Britsche regeering. In het memorandum van 23 October 1917 werden de in dat van

Men weet, dat het verschil in opvatting tusschen de Britsche en de Nederlandsche regeeringen in 1917, toen, zooals de eerste meende, de met de neutraliteit strijdende doorvoer altijd nog aanhield, Engeland noopte tot een represaillemaatregel, bestaande in het stopzetten van het telegrafisch verkeer voor handelsdoeleinden, maar dat, toen deze doorvoer had opgehouden, die maatregel werd ingetrokken (1). De nieuwe moeilijkheden, welke in April 1918 met Duitschland over den sinds November 1917 gestaakten doorvoer van zand, grint en steenslag rezen, werden een maand later tot oplossing gebracht.

Ofschoon, zooals is opgemerkt, onze regeering zich op het juiste standpunt stelde, is het toch van belang, dat dergelijke quaesties, nu de vrede daar is, kalm onder de oogen gezien worden. Zelfs al moge onze regeering van oordeel zijn dat haar standpunt volkenrechtelijk onaantastbaar is, dan nog zou het overweging verdienen, om bij het opnieuw ter sprake komen van de wijziging der Rijnvaartakte, te trachten om voor deze en dergelijke quaesties een oplossing te vinden. Wel is het wenschelijk dat de Volkenbond deze en dergelijke quaesties regele, alle oorlogen zooveel mogelijk trachte te voorkomen, maar men kan nooit weten, welke moeilijkheden de toekomst in haar schoot verborgen houdt.

October 1919

B.

9 October voorkomende argumenten bestreden. Nog vindt men het Nederlandsch standpunt geadstueerd in de nota's van 19 November 1917 (witboek no. 77), 25 en 26 Januari 1918 (nos. 88 en 89), terwijl men het Britsche standpunt nader uiteengezet vindt in de nota's van 14 en 15 Januari 1918 (nos. 86 en 87).

(1) Brief van den Minister van Buitenlandsche Zaken opgenomen in de Tweede Kamerstukken van 1917—18 onder 2, IIIe Hoofdstuk no. 14.

*Het Oud-Nederlandsch Strafrecht* door Mr. Dr.  
K. J. Frederiks. — Eerste deel.

Mr. FREDERIKS heeft de Nederlandsche rechtshistorische literatuur met een tegenhanger van Mr. FOCKEMA ANDREE'S Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht verrijkt. Uit de opdracht aan Mr. ANDREÆ blijkt, dat deze hem er toe heeft opgewekt. Deze opdracht en vooral hare motieven maken eene beoordeeling van het werk niet gemakkelijk, te minder wanneer men, zooals ondergeteekende, zich met de wijze waarop de schrijver de stof bewerkt heeft, niet te best vereenigen kan.

Aan den onvermoeiden werklust, die onmisbaar geweest is om een zoo omvangrijk materiaal te verzamelen en tot een stelselmatig geheel te verwerken, laat ik gaarne alle recht wedervaren; ook erken ik, dat het boek door rijkdom van inhoud uitblinkt en dat wie over eenige instelling van het oude Nederlandsche strafrecht er zijn licht bij wil opsteken, veelal niet in het duister zal worden gelaten. Toch geeft mij het boek als geheel geene bevrediging, en wel ten gevolge van de methode volgens welke het geschreven is.

Mr. F. beschrijft *het* oud-Nederlandsch strafrecht. Hoe bekend het ook is, dat dit recht niet één geheel vormde doch uit een reeks van rechten bestond, toch zoude het m. i. aanbeveling verdiend hebben, dat eerst uiteengezet ware, wat onder oud-Nederlandsch strafrecht te verstaan is, te meer, omdat, voorzoover inhoud en ontwikkeling dier rechten geen spaak in het wiel staken, Mr. F. er naar streeft van die vele rechten één beeld te geven. Om dit doel te bereiken vereenigt hij regelen uit verschillende rechten en uit verschillende tijden, als zij maar hetzelfde onderwerp betreffen. Deze methode houdt geene rekening met het feit, dat het recht als samenlevingsverschijnsel voortdurend in beweging is; haar resultaat is van dogmatischen aard. Tegen rechtsvergelijking heb ik geenszins onvoorwaardelijk bezwaar; het schijnt mij slechts ongeoorloofd de samenvoeging van bepalingen uit verschillende rechtssystemen en uit verschillende tijden in een rechtshistorisch werk een zoo op den voorgrond tredende rol te doen spelen als Mr. F. haar toedeelt. Gerechvaardigd schijnt mij deze samenvoeging, wanneer vaststaat, dat de bepalingen door hare geschiedenis en door haren samenhang met andere deelen van hetzelfde rechtssysteem openbaringsvormen zijn van een zelfde maatschappelijk ver-

schijnsel. Om dit te kunnen beoordeelen moet de rechtsgeschiedenis van de hun eigen recht voortbrengende samenlevingsvormen, stammen, graafschappen, steden b.v., ter dege bekend zijn. Is dit het geval, dan is de weg gebaad om vergelijkenderwijs uit de deelen het geheel te beschrijven. Dat men het met Mr. F.'s methode niet tot inzicht in de ontwikkeling van het recht brengt, mag reeds a priori worden aangenomen. Inderdaad geeft zijn boek dan ook iets anders. Wel spreekt hij herhaaldelijk over de ontwikkeling eener instelling — het is ook onmogelijk er in een rechtshistorisch werk over te zwijgen — maar hij doet het nu eens wel en dan weer niet; het staat los naast zijn systeem. Daar hij zich bovendien in den regel onthoudt van het betreden van ander gebied dan dat van het strafrecht, bemerkt men ook te weinig van den samenhang der strafrechtsinstellingen met andere rechtsinstellingen, waaronder niet alleen het begripen van de strafrechtsnormen lijdt maar waardoor ook het oog gesloten blijft voor de geleidelijke differentiatie, die de vorming van het strafrecht als een zelfstandig deel van het recht medebracht. Als geheel genomen bestaat het boek uit eene met grooten zin voor orde gerangschikte massa strafrechtsnormen, die zoowel de belezenheid van den schrijver als zijn talent om te inventariseeren doet bewonderen. Dat het zodoende een voortreffelijke wegwijzer is op het gebied der oude strafrechtsbronnen en een vraagbaak voor wie zich voor het oud-vaderlandsche strafrecht interesseert, behoeft nauwelijks te worden gezegd. Rechtsgeschiedenis in den m.i. waren zin des woords, beschrijving van „den Kausalzusammenhang der Rechtsinstitute unter einander und mit den Kulturverhältnissen”, zooals v. AMIRA zich uitdrukt, gelijk Dr. GOSSES ze schreef voor het Zeeuwsche middeleeuwsche staatsrecht, levert Mr. F. niet dan bij uitzondering; hij geeft meer rechtsoudheden dan rechtsgeschiedenis. Op zich zelf is er natuurlijk geen enkele reden, waarom men geene rechtsoudheden zoude beschrijven; zoodanig werk verdient zelfs met dank in ontvangst te worden genomen. Maar en de de titel en de inhoud van Mr. F.'s boek bewijzen, dat hij meer heeft willen geven dan rechtsoudheden; tot op zekere hoogte heeft hij dit inderdaad ook gedaan, maar met zijne methode heeft hij m. i., uitzonderingen daargelaten, zijn doel niet bereikt.

Een tweede bezwaar, van geheel anderen aard, is een gevolg van de groote verwachtingen, die de schrijver van de historische rechts- en taalkennis zijner lezers koestert. Deze doen hem veel, te veel als bekend veronderstellen, zoodat wie niet reeds eenigermate met oude rechtsbronnen vertrouwd is, meermalen weinig of niets van het gelezene zal begripen. Reeds in het eerste hoofdstuk gebruikt Mr. F. verschillende

technische termen, die of niet of eerst in latere hoofdstukken verklaring vinden; b.v. veete, zoen, volksgerecht, banrecht, peinlich, burgerlich, wenden, landvrede, reeroof, wapenroep, heimaal, geleide, voogdgeding, bereden reste.

Het werk is verdeeld in een eerste en een tweede gedeelte, resp. gewijd aan de behandeling van „De misdaad en hare vormen” en „De rechtsgevolgen van de misdaad”. In het eerste worden, in 11 hoofdstukken, behandeld „De misdaad”, „Opzet, schuld, toeval”, „Aansprakelijkheid voor slaven, dieren en levenlooze voorwerpen”, „Aansprakelijkheid voor anderen”, „Uitsluiting, vermindering en verhooging van straf”, „Bijzondere vreden”, „Poging”, „Deelneming”, „Begunstiging”, „Samenloop” en „Herhaling”. Het tweede is verdeeld in twee afdelingen, waarvan de eerste behandelt „De rechtsverhouding van partijen” en de tweede „De straffen”; in de eerste worden, in drie hoofdstukken, „Veete”, „Vrede” en „Zoen” besproken, in de tweede, in acht hoofdstukken, „Karakter en doel der straf”, „Vredeloosheid”, „Doodstraffen”, „Lijfstraffen”, „Eerestraffen”, „Boetedoeningen”, „Vrijheidsstraffen” en „Vermogensstraffen”. Uit deze systematiek blijkt reeds, en de inhoud van het boek bevestigt het, dat de schrijver zijn blik bij voorkeur op de bijzonderheden richt: de boomen interesseeren hem meer dan het bosch; de ontwikkeling van het strafrecht als geheel komt er niet door tot het haar recht. Doch ook als men in beginsel deze systematiek aanvaardt, acht ik het minder juist uitsluiting, vermindering en verhooging van straf onder de „vormen” der misdaad te rangschikken en ze te behandelen voor de straffen; ook kan ik in de bijzondere vreden geene „vormen” der misdaad zien en in den „vrede” (hoofdstuk 13) geen rechtsgevolg van de misdaad. Voorts schijnt het mij niet juist de rechtsverhouding van partijen tegenover de straffen te stellen, daar dit zou insluiten, dat veete, vrede en zoen niet tot het gebied van het strafrecht behooren, hetgeen Mr. F. intusschen allerminst beweert.

Mr. F. begint met het begrip misdaad te omschrijven; althans, in de uitspraak: „Door de misdaad werd de gemeene vrede gebroken” (1), meen ik de misdaad als vredebreuk gedefinieerd te mogen zien. Elders leest men echter, dat in den regel de „misdaden” van huisdieren niet beschouwd werden als „verbreking van den gemeenen vrede” (2), terwijl ook nog in ander verband van het bestaan van strafrechtelijke aansprakelijkheid zonder vredebreuk blijkt (3). Dit maakt, dat het verband van vrede en misdaad mij weder

(1) Blz. 3.

(2) Blz. 53.

(3) Blz. 27, 39, 62, 90, 93, vgl. ook bl. 343.

door de vingers glipt; te meer, daar Mr. F. met instemming citeert: „Ein jedes wahre Unrecht war ein Friedensbruch”.<sup>x</sup> Bovendien is het mij niet duidelijk, welken zin Mr. F. aan het woord vrede hecht. In verschillend verband komt dit voor het strafrecht zoo belangrijke begrip ter sprake, in het 1<sup>ste</sup>, 6<sup>de</sup>, 12<sup>de</sup>, 13<sup>de</sup> en 16<sup>de</sup> hoofdstuk. Mr. F. onderscheidt tusschen verschillende soorten van vrede: „gemeene vrede”, „vrede in subjectieven zin”, „bijzondere vreden”, „godsvreden” en „landsvreden”, en „vrede” zonder meer, die naar gelang zijn onderwerp er hem aanleiding toe geeft, besproken worden. Blijkbaar op den gemeenen vrede doelende, zegt Mr. F.: „Vrede was de door het recht beschermde toestand van orde en rust in de gemeenschap” (1). „Vrede in subjectieven zin was de door het recht beschermde rust van de volksgenooten of, bij uitbreiding van het begrip buiten de normale grenzen, dezer recht op het niet storen van hun rust” (2). Elders, bij de behandeling van de vredeloosheid, vat Mr. F. vrede op als „rechtssfeer” (3), terwijl bij de „bijzondere vreden”, de „godsvreden” en „landsvreden” en den „vrede” zonder meer de begrippen van rust en orde weder op den voorgrond treden. Voorts deelt Mr. F. mede, dat naar eenige Germaansche rechten de vrouwen niet in den gemeenen vrede waren en dat slaven en dieven geen vrede hadden; als eenige bewijspplaats voert hij eene bepaling uit het laat-middeleeuwsche Oldambtster recht aan, volgens welke honden, hoenders en katten geen vrede hadden (2), eene bepaling, wier bewijskracht voor Mr. F.’s uitspraak mij ontgaat, daar zij, naar Mr. F.’s eigen uitlegging, eene vergunning inhield om ander-mans honden, kippen of katten, die men op zijn grond aantrof, te doodden. Daar ik, gegeven het groote aantal der in Mr. F.’s boek behandelde onderwerpen, mij van eigen beschouwingen onthoud, bepaal ik mij tot de conclusie, dat noch het begrip misdaad noch het begrip vrede noch hun verband mij zoo duidelijk geworden zijn als ik wel zou wenschen. In het algemeen uitgedrukt, meen ik te mogen zeggen, dat Mr. F. in het verbreken van den vrede een kenmerk van de misdaad ziet.

Een ander kenmerk bespreekt hij in het 2<sup>de</sup> hoofdstuk, handelende over opzet, schuld en toeval. „Beginsel” (4) of „grondregel” (5) van het Germaansche recht was, „dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid onverbrekkelijk verbonden was aan de onrechtmatige toevoeging van een leed” (4); of wel: „achter de daad ging de misdadige wil schuil” (4).

(1) Blz. 3.

(2) Blz. 4.

(3) Blz. 357.

(4) Blz. 25.

(5) Bl. 28.

M. a. w., behoudens uitzonderingen vormde „de misdadige wil”, „het subjectieve element van den misdadigen wil”, geen „essentieel element van de misdaad” (1). Gevolg er van was, „dat een rechtskrenking als misdaad werd geboet, ook indien den dader naar de hedendaagsche rechtsopvatting geen schuld trof” (2). Toch was „het doel der straf” „den misdadigen wil te treffen” (1); elders leest men echter, dat het „meer om te straffen dan om den schuldige te straffen” te doen was (3) —; „het subjectieve element” bleef geenszins „buiten beschouwing” (1): het stond alleen maar niet op den voorgrond, het werd door het objectieve element gemaskeerd (1). Mij dunkt, dat het niet te veel gezegd is, wanneer ik deze uitspraken niet zoo nauwkeurig noem, dat men er de verhouding van het subjectieve en het objectieve element door begrijpt. Bedoelt Mr. F., dat gestraft werd onafhankelijk van het bestaan van „den misdadigen wil”, doch dat het bestaan er van verondersteld werd? Zoo ja, hoe is hiermede dan het volgende te rijmen: „Naar de volksbeschouwing behoorde het subjectieve element van den misdadigen wil tot het wezen van bepaalde typen van misdaden, terwijl bij andere uit het objectieve feit het ontbreken van dien wil werd afgeleid. Bij beide typen werd van den grondregel afgeweken, niet door de materiele nasporing van den wil van den dader in het bepaalde geval, maar door de formeele behandeling van het subjectieve element” (1). Wat ik zoo even als regel meende te mogen beschouwen, blijkt dus eene uitzondering te zijn. Maar welke beteekenis had dan in den regel het subjectieve element? Overigens toont de schrijver met tal van bewijspplaatsen aan, dat in den loop der eeuwen het subjectieve element meer en meer vereischte voor de strafbaarheid geworden is. Ook in het 3<sup>de</sup> en het 4<sup>de</sup> hoofdstuk, in welke de aansprakelijkheid voor slaven, dieren, levenlooze voorwerpen en „anderen” behandeld wordt, vindt men eene door eene reeks van citaten gesteunde nadere ontwikkeling van deze gedachte. Hoewel den omvang van het bijeengebrachte materiaal waardeerende, meen ik toch te mogen betwijfelen, of de schrijver zijne gedachten wel altijd voldoende doorgedacht heeft. Zoo zegt hij, dat volgens „het oorspronkelijke rechtsbeginsel” de heer voor de delicten van zijn slaaf aansprakelijk was „onafhankelijk van de vraag, of de slaaf op diens bevel of uit eigen beweging gehandeld had” (4). Dit oorspronkelijke beginsel was, gelijk zoo even werd opgemerkt, dat het objectieve element het subjectieve

(1) Bl. 27.

(2) Bl. 26.

(3) Bl. 343 vlg.

(4) Blz. 44.

maskeerde. Nu was, naar Mr. F. zegt, de heer niet als „houder” maar als „meester” aansprakelijk, „daar hij zijn gezag niet had gebruikt, om de misdaad te voorkomen” (1); de „rechtsgrond” der aansprakelijkheid was, gelijk de *lex Baiuvariorum* het uitdrukte: „quod servo suo disciplinam minime imposit” (1). M. i. komt hier het subjectieve element wel degelijk tot zijne eer; maar dit zij toegegeven, eene eereplaats is niet steeds even rijk aan invloed als aan eer: door de straffe generaliseerende denkwijze kon in concretis het subjectieve element onvruchtbaar blijven. Hoe rijmt voorts deze rechtsgrond met de uitspraak: „De slaaf was geen persoon, maar een zaak; hij had geen wil”? (2) Wie zijn gezag wil doen gelden waar hij geen wil tegenover zich vindt, kan even goed „den Bock melken”.

Een ander voorbeeld vind ik in hetgeen Mr. F. mededeelt over de aansprakelijkheid der Zeeuwsche schouten en edelen voor hunne onderzaten (3). Hij ziet er in eene aansprakelijkheid van den „broodheer” voor zijne „ondergeschikten”, wat in elk geval een gewrongen constructie is. Zwaarder weegt mij intusschen, dat de betreffende bepalingen der Zeeuwsche landrechten door de wijze waarop Mr. F. ze behandelt, onbegrijpelijk zijn; losgemaakt uit hun verband zijn zulke rechtsfragmenten onverteerbare kost. Leest men ze in de bewerking van Dr. Gosses — door Mr. F. zelf elders aangehaald — dan gaat er een geheel ander licht over op.

Wat de waardeering van het subjectieve element der misdaad in het Germaansche recht betreft, vormt ook het 5<sup>de</sup> hoofdstuk eene belangrijke bijdrage; het behandelt de strafrechtelijke beteekenis van geslacht, leeftijd, krankzinnigheid, dronkenschap, huwelijk, noodtoestand, noodweer, provocatie en eenige andere de strafbaarheid beïnvloedende omstandigheden. Hetzelfde geldt van de hoofdstukken, waarin over poging, deelneming, begunstiging, samenloop en herhaling gehandeld wordt. Ook bij de bespreking van karakter en doel der straf, in het 15<sup>de</sup> hoofdstuk, wijst Mr. F. er op, dat „in beginsel de schuldvraag ten aanzien van den misdader buiten beschouwing” bleef (4); de straf had immers bevreemding te brengen aan dengene, wiens rechtssfeer geschonden was (4), het doel was, „meer om te straffen, dan om den

(1) Blz. 45.

(2) Blz. 44. Waarom ziet Mr. F. in de begrippen persoon als wilstrager en zaak als voorwerp van eigendom eene tegenstrijdigheid? Deze rechtsbegrippen staan m. i. niet tegenover maar naast elkaar; naar de volksrechten was de slaaf dan ook zoowel persoon als voorwerp van eigendom, zooals Mr. F. zelfs mededeelt. Bl. 45, 194.

(3) Blz. 69 vlg.

(4) Blz. 344



schuldige te straffen" (1). Hoe is hiermede te rijmen, dat de aansprakelijkheid tot een bepaalden personenkring beperkt was? De voorbeelden, met welke Mr. F. zijne stelling toelicht, bewijzen hare juistheid niet, en voor een deel m. i. zelfs veeleer het tegendeel. Zoo zegt hij: „Het was gemeen Germaansch recht, dat, indien bij een dorp een gedoode man gevonden werd en de dader onbekend bleef, de bewoners hun onschuld moesten bezweren of den doode gelden" (2). Waarop steunde de beperking van de aansprakelijkheid tot de dorpsbewoners? Welken grond had hun recht om een onschuldseed te doen? Juist in het niet buiten beschouwing blijven van de schuld-vraag ligt de gezochte verklaring. Het beroep op „de aansprakelijkheid van het sippenverband voor de misdaden door een zijner leden gepleegd" (2), gaat m. i. evenmin op. Deze had denzelfden grond als het recht der magen op zoengeld; eenerzijds vloede er een magen-plicht, anderzijds een magen-recht uit voort. Terecht geeft Mr. F. er elders dan ook eene andere verklaring van (3). De leden eener familie voelden zich als één geheel; als één lid leed, leden de andere mede; wat één lid leed, ging niet buiten de andere om: zij gevoelden zich met hem schuldig. De schuld-vraag bleef niet buiten beschouwing, maar het rechtsgevoel mat de schuld met anderen maatstaf dan thans gebruikelijk is. Wanneer Mr. F. alleen bedoelt, dat de straf ook hen trof, die naar meer moderne opvatting, dus als individu, onschuldig waren, dan onderschrijf ik dit gaarne, maar zijne woorden hebben verdere strekking.

Uit de bezwaren, die ik tegen W. F.'s werk als geheel en tegen enkele gedeelten er van in het midden gebracht heb, blijkt, dat het m. i. nog niet geeft wat inderdaad is eene geschiedenis van het Nederlandsche strafrecht, dat er, al heeft Mr. F. ook veel gras weggemaaid, toch nog veel te maaien overblijft. Zooals ik in den aanvang zeide, het werk blinkt uit door rijkdom van inhoud, als het resultaat van onvermoeide en degelijke bronnenstudie; als zoodanig is het voor wie zich met de studie van het oud-vaderlandsche strafrecht bezig houdt, een dankbaar te aanvaarden inleiding, die, zij het dan ook slechts ten deele, in eene bestaande leemte voorziet.

HORA SICCAMA.

(1) Blz. 343 vlg.

(2) Blz. 344.

(3) Blz. 74.

Mr. Dr. J. P. A. François, *Nederlands aandeel  
in de ontwikkeling van het Volkenrecht.* 's-Gravenhage, Martinus Nijhoff, 1920.

De jeugdige hoogleeraar, die met het uitspreken van de rede, waarvan de titel hierboven staat afgedrukt, op 5 Februari van dit jaar zijn ambt aan de Handelshoogeschool te Rotterdam aanvaardde, kent de praktijk van het volkenrecht uit persoonlijke ervaring. Zijn werkkring aan het Departement van Buitenlandsche Zaken heeft hem de waarde geleerd van regelen, beledenen door staten, die niet de macht bezitten voor de eerbiediging ervan te waken. De zakelijkheid, die zijn beschouwingen, de soberheid, die zijn toon, de nuchterheid, die zijn kritiek kenmerkt, hij dankt ze aan inzichten, in de school van het ambtelijke leven verworven.

Wat heeft Nederland tot de ontwikkeling van het volkenrecht bijgedragen? In zijn internationale staatkunde verdedigde het de principes, die met zijn belangen strookten. De Republiek van de Vereenigde Nederlanden heeft nooit de eerezucht gekend zich aan de monden van Rijn, Maas en Schelde een gebied te verzekeren, waarop een staat van den eersten rang zou kunnen worden ingericht. Toen eenmaal de tuin van Holland was gesloten, achtten de leidende kringen het tijdperk der territoriale consolidatie afgelopen. Op het beperkte gebied organiseerde men het gemeenebest als een groote commercieele factorij. De politiek van den staat droeg het merk van dezen bescheiden opzet. Voor de belangen van zijn handel en zijn vrachtvaart kwam men op. Als anderen mochten oorlogvoeren, begeerde Holland zoo min mogelijk in zijn voordeelig bedrijf gestoord te worden. Tegenover Frankrijk en Engeland, die de vijandelijke lading, door het neutrale schip vervoerd, pleegden buit te maken, propageerden de Nederlandsche staatslieden het beginsel: vrij schip, vrij goed. Tevens kwamen zij voor een enge omschrijving van het contrabandebegrip op. Van de vage dogmatiek, waarmee HUG DE GROOT in zijne wereldvreemdheid dit onderwerp had omsponnen, moesten zij niets hebben. De scherpzinnige BINKERSHOEK zou, zeker niet tot hun ongenoegen, over deze afdwaling van zijn landgenoot spoedig een vernietigend oordeel vellen. Ook stelden onze machthebbers den eisch, dat eene blokkade, om verbindende kracht te bezitten, effectief moest wezen. Enkel op het papier bestaande afsluitingen eener kust verklaarden zij voor ongel-

dig. Aan concurrerende staten, die niet over een voldoende scheepsmacht beschikten, trachtten zij zoo het gebruik van dat dwangmiddel te beletten. En, begeerig, om hun schepen aan de uitoefening van het droit de visite te onttrekken, vorderden zij eindelijk, dat belligerenten het recht van convooi zouden eerbiedigen.

Zooals de scherpzinnige Schrijver terecht opmerkt, was dat alles, van koopmansstandpunt uit, voortreffelijk gezien. Het was ook — niet altijd vallen de eischen van handel en billijkheid samen — uitermate redelijk. Als de groote mogendheden, uitgeput door een oorlog, behoefte hadden aan rust, gevoelden zij zich dan ook niet ongenegen het Hollandsche standpunt te aanvaarden. In menig tractaat werd het in opeenvolgende eeuwen geheel of ten deele vastgelegd. Men hield er zich zelfs aan, als een paar mogendheden van beteekenis een uitgebroken conflict niet gewichtig genoeg beschouwden om daarvoor hare neutraliteit prijs te geven. Tijdens een algemeen oorlog verging het ons echter altijd slecht. NAPOLEON en PIET lieten van het Nederlandsche neutraliteitsrecht geen stuk heel. En tijdens den oorlog, dien de wereld thans bezig is te likwideeren, nam men van ons recht al niet veel meer notitie. De declaratie van Parijs (1856) en de — niet geratificeerde — verklaring van Londen (1909), die beide op gedachten van Hollandschen oorsprong berustten, werden spoedig aan kant gezet. De belligerenten schiepen zich het recht, dat zij behoefden om in hunne oorlogvoering niet onder den handel en de scheepvaart van de neutralen te lijden. Het volkenrecht heeft bankroet geslagen, pleegt men daarom mistroostig te zeggen. Maar die voorstelling is toch wel averechts verkeerd. Met uitzondering van de Napoleonische tijden heeft dit recht zich toch wel nooit zoo krachtig ontplooid, als juist in de pas afgelopen jaren. Of moet b.v. niet eene geweldige macht zijn uitgegaan van de Engelsche wet, die, aangevuld met een paar „orders in council” ons de vrije vaart tusschen moederland en koloniën verbood? Voor de schaduw van een paar dreadnoughts sloeg ons volkenrecht hals over kop op de vlucht.

Men zou kleingeestig moeten wezen, om aan Engeland te verwijten, zijn recht aan de dringende behoeften van het oogenblik te hebben aangepast. Ook wij volgden de ingevingen van ons eigen belang, toen wij onze volkenrechtelijke principes ontwikkelden. Dat zij zwakker bleken dan de Engelsche regelen, is de schuld van de kortzichtigheid onzer vaders. Tengevolge van onze kleinheid derven wij het vermogen om het gezag van ons recht met een behoorlijke macht te schragen. Daarom hebben wij het opgeborgen, totdat de tijden zouden beteren. Een nieuwe dageraad schijnt nu aangebroken. Zal de toekomst houden, wat zij belooft? In ons

humanitair gezinde land is men al te zeer geneigd op onbaatzuchtigheid van derden te hopen. De bladzijden, waarin de Schrijver ons leert, niet op deugden van anderen, maar op eigen kracht te bouwen, verdienen daarom in wijden kring verbreid te worden.

De onderlinge naijver der groote mogendheden vormt den wankelen bodem van ons staatsbestaan. Ditmaal ontsprongen wij nog vrijwel zonder schade den dans. En omdat de overwinnaars, moe geworsteld, op adem wilden komen, schonken zij aan de menschheid een instituut, dat de tegenstelling hunner belangen maskeert. Eene periode der frase is daarmee opnieuw ingeleid. De volkenrechtelijke rethorica kreeg den volkenbond tot thema. In onze eigen enge wereld vloeit de tijdelijk gestremde stroom der welsprekendheid weer als van ouds onder welluidende kabbeling. Menig aan de aarde ontruikt gemoed aanschouwt reeds voor zijn geestesoog het beeld eener wereld, die naar het recept, van de lippen onzer wijzen gevloeid, den demon van den krijg heeft uitgebannen. Met spanning wacht de goegemeente af, dat de leiders van de groote mogendheden zullen gaan gelooven in de soliditeit van de plannen, hier in heeten ijver gratis voor hen uitgedacht. Voorloopig zal zij echter nog eenig geduld moeten oefenen, want de onnoozelheid der massa, hoe groot zij moge wezen, heeft toch grenzen. Hiermede moet zelfs een man van zoo ongemeene overredingskracht als LLOYD GEORGE rekenen. Zijne budgetten van oorlog en marine zitten hem zeker dwars. En als de menigte allen zin voor de werkelijkheid had verloren, zou hij, virtuoos der redekunst, zonder moeite de meest fantastische utopieën over vrede en vriendschap uit vroeger en later tijd in den glans zijner vlammeende verbeelding zetten en als trouvailles van onschatbare waarde aan den man brengen. Maar zoolang het gros der Engelschen halstarrig meenen blijft, dat een eigen vloot hunne belangen beter dekt dan een weermacht onder de gemeenschappelijke leiding van eenige volkenbondsdignitarissen, zou hij al zijne verve toch maar verspillen, indien hij hen poogde te overtuigen, dat een mensch niets verstandigers kan doen dan de zorg voor zijn bestaan en zijn welvaart ter behartiging aan zijne mededingers toe te vertrouwen. Hij spaart dus zijne krachten.

*Burgerlijk Recht en Zielzorg*, door Mr. W. J. A. J.  
Duynstée C. S. S. R. N. V. Uitgevers-Maat-  
schappij Paul Brand, Bussum. f 3.50, geb. f 4.50.

Een technisch fraai gedrukt werk van 268 bladzijden met alphabetisch register voor een zeer matigen prijs. Blijkens het voorwoord had het werk zijn ontstaan te danken „aan den wensch van een hoogstaand priester, die een open oog „bezittend voor de behoeften der praktijk eens het verlangen „te kennen gaf, dat een boekje zou worden uitgegeven in „het Hollandsch geschreven beknopt en helder een overzicht „biedend van het Nederlandsch Burgerlijk Recht in zooverre „dit voor geestelijken van belang geacht kan worden”.

Een wensch gemakkelijker te uiten dan te vervullen, doch waaraan de schrijver, lid eener geestelijke orde, op verzoek van zijn oversten heeft trachten te voldoen. Is hij daarin geslaagd?

Men zou dunkt mij geheel de waarheid van het ne sutor ultra crepidam uit het oog verliezen, wanneer men de behoeften der hier bedoelde praktijk niet kennende daarop een antwoord zou geven. Slechts mag ik opmerken, dat ik zelden de grondbeginselen van ons privaatrecht in zulk een kort bestek zoo helder en duidelijk zag uiteengezet.

En toch zou ik geen studiosus juris durven aanraden van het werk kennis te nemen ten einde zich een overzicht van dit recht te verschaffen. Daarom is het boek aangeboden „aan den Zeer-Eerwaarden clerus” toch al te zeer, hoe goed jurist de schrijver moge zijn, een werk voor Catholieke geestelijken, door een Catholiek geestelijke. En een jong student in de rechtswetenschap is geen seminarist.

Niets anders lag trouwens in de bedoeling. „Wij hebben „er naar gestreefd”, zoo leest men in de voorrede, „eenerzijds „den seminaristen eene inleiding te geven in het Hollandsch „recht door systematisch de grondbeginselen en den onder- „lingen samenhang der verschillende rechtsbepalingen uiteen „te zetten, ten einde aldus de studie van het zoo moeilijke trac- „taat de justitia voor hen te vergemakkelijken; anderzijds alles „saam te vatten wat voor de praktische zielzorg van belang „kan zijn, zoodat de priester in cura onmiddellijk het een „of ander kan naslaan en zich de noodige inlichtingen kan „verschaffen.”

De lezers, voor wie het werk bestemd is, worden dan ook verondersteld bekend te zijn met de encyclopedische rechts-

kennis, die de studie van het canonieke recht uit den aard der zaak heeft verschaft en eveneens met de theologia moralis, die gelijk bekend bij de Catholieke theologen steeds in hoog aanzien staat, en juist omdat deze kennis verondersteld wordt, wordt telkens daaraan herinnerd. „Hoewel eene breed-voerige uiteenzetting van de leer der Katholieke moraal omtrent de deugd van rechtvaardigheid buiten het kader van dit werk viel, hebben wij toch waar het noodig scheen de met de stof samenhangende moraal-theologische quaesties behandeld.”

Het zijn nu eigenlijk juist deze welke de bijzondere belangstelling wekken van den leek, niet geestelijke, die van het werk kennis neemt. Dikwijls zal hij dankbaar zijn maar niet voldaan en wel in dien zin, dat hij nog gaarne, speciaal, waar het positieve recht niet in overeenstemming is met de leer der Kerk, nader, meer uitvoerig, zou hebben zien uiteengezet wat thans slechts wordt aangestipt.

Aan Mr. DUYNSTÉE mag men het echter niet euvel duiden, dat hij hier wenschen onbevredigd laat. Immers voor hen voor wie hij schreef was die uiteenzetting niet noodig.

Zij weten wel wat de leek hier wenscht te weten, kennen althans den weg dit te weten te komen. Wat zij begeerden was een overzicht van het positieve recht en dit wordt op inderdaad voortreffelijke wijze gegeven. Uit den aard der zaak treedt het vermogensrecht, speciaal het verbintenissen- en erfrecht tegenover het personenrecht eenigszins op den achtergrond. Verwaarloosd is het echter in geen deele en waar verondersteld kan worden, dat de lezer ook de kennis van bijzonderheden op prijs zal stellen bijv. bij het arbeidscontract blijft deze dan ook niet achterwege. En zoo vindt de schrijver dan ook aanleiding om bij de behandeling van dit onderwerp de vraag ter sprake te brengen of de verhouding tusschen den priester en de Kerk — scil. de parochie — die hij dient, valt onder de arbeidsovereenkomst. Het antwoord luidt ontkennend. Immers is het arbeidscontract een volmaakt wederkeerige overeenkomst waarbij in ruil voor den gedanen arbeid loon wordt uitgekeerd. Bij de geestelijke diensten van den priester — en men moet hier geestelijke diensten van den priester in strikten zin nemen — is echter eene dergelijke æquiparatie van arbeid en loon onmogelijk, daar men dan onmiddellijk zou vallen in een peccatum simoniæ juris divini, quia æquiparetur res spiritualis pro temporalis. De uitkeering is dan ook geen loon voor *dezen* geestelijken arbeid, wat zij echter wel zal kunnen zijn, wanneer het geestelijken arbeid van anderen aard — bijv. het geven van onderwijs — betreft, al is ook de persoon, die dien arbeid verricht, geestelijke.

Hier gelijk elders zet de schrijver in weinig woorden zijn zienswijze duidelijk uiteen.

En nu heeft het een zekere eigenaardigheid het werk te lezen van iemand voor wien niet alleen de leer der Catholieke Kerk maar ook de juistheid der Catholieke filosofie als een paal boven water staat. Vandaar de groote beteekenis die hij hecht aan het natuurrecht. Onvoorwaardelijk aanhanger daarvan zonder aarzeling de uit dat natuurrecht, zooals hij het opvat, volgende logische conclusie trekkende heeft hij toch tevens een open oog voor de eischen der praktijk. Een voorbeeld moge dit aantoonen.

Waar het betreft den bekenden strijd tusschen wil en ver-  
trouwen is de schrijver een beslist aanhanger der wilstheorie.  
Maar daarom is hij voor de praktische bezwaren dier leer  
niet blind. „Haec de jure naturæ”, zoo leest men op blz. 146.  
„Jure positivo zal in sommige gevallen zeer terecht  
„eene verplichting worden vastgesteld, ook al bestaat deze  
„op zichzelf genomen niet. Zoo is om bij het zooveen  
„gegeven voorbeeld van de telegraphische opdracht — geseind  
„was koopen, terwijl bedoeld was verkoopen — te blijven,  
„het zeker een eisch der natuurlijke billijkheid, dat degene,  
„die het telegram had laten verzenden en daardoor de aan-  
„leiding werd van de schade door den ander geleden, deze  
„ten minste ten deele drage. De taak van het positieve recht  
„is het hier de juiste regeling te treffen.... De zoogenaamde  
„leer van het vertrouwen vindt haar oorsprong in de behoefte  
„eene billijke regeling te treffen voor zonder schuld geleden  
„schade; zij verwacht echter wat jure naturæ tot het wezen  
„van het contract behoort en datgene wat jure positivo  
„bepaald behoort te worden.”

Nu wil ik eerlijk erkennen op dit punt de juistheid van  
hetgeen uit het natuurrecht voortvloeit niet in te zien, maar  
voor den schrijver bestaat geen twijfel. Hij stelt zich een-  
voudig op het standpunt dat door hen voor wie hij schrijft  
als het juiste wordt aangenomen.

Wetenschappelijk in den waren zin van het woord is dit  
nu wel niet, maar daarom is het werk niet minder inter-  
essant. Wat voor den Catholieken theoloog menigmaal slechts  
een herinnering zal zijn van hetgeen hij reeds wist is voor  
den normaal ontwikkelde jurist een blik op een tot  
dusverre onbekend terrein.

Voorzeker een terrein dat niet terra incognita had behoeven  
te zijn, want men behoeft geen theoloog te zijn om kennis  
te nemen van hetgeen AERTNYS, DAMEN, VAN EGEREN en  
FORSTMANN over Theologia moralis hebben geschreven, terwijl  
men niet juist uit het werk van Mr. DUYNSTÉE het bestaan  
van J. H. MARRES de Justitia lib. I—IV had behoeven te  
leeren kennen, maar dat desniettemin — ik wil het eerlijk

anoniem? Toek  
uit (ook ontenschaps  
lijst)  
krijging? Van de je  
loop jurist kan toek  
narrivonistiek  
in delings gelome  
derkelij vanda?

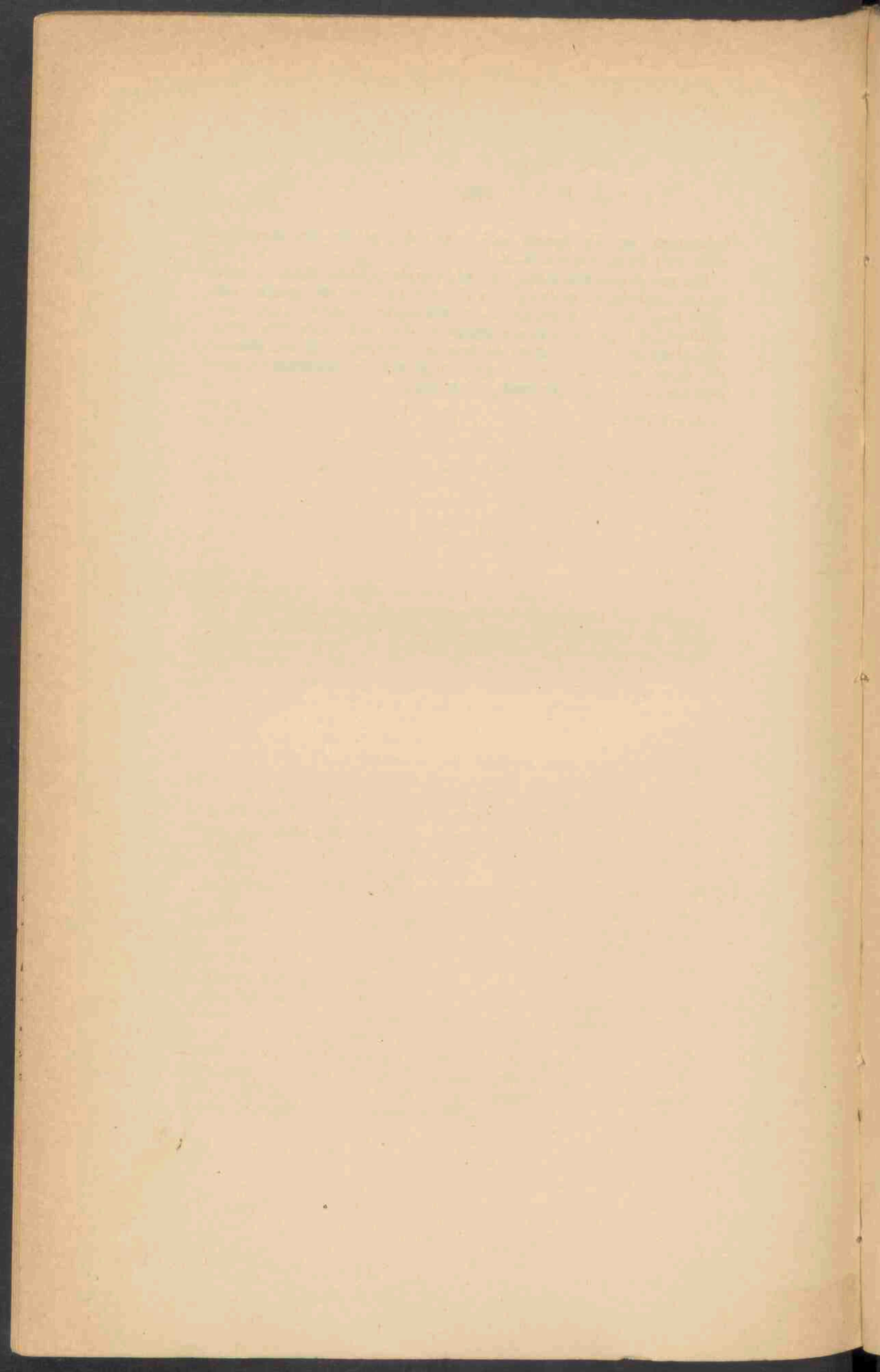
erkennen en ik troost mij hier niet alleen te staan — voor mij terra incognita is.

En zoo is dan een werk, bedoeld om den Catholieken priester in de praktische zielzorg ten dienste te zijn en geschreven voor hen, die de geestelijke ontwikkeling bezitten van een seminarist tegen het einde zijner studie, ook voor hen, wier opleiding eene zoo geheel andere is geweest, toch een studie, die men, wanneer men er eens kennis van heeft genomen, niet gaarne uit zijn bibliotheek zal missen.

April 1920.

C. S.





# THEMIS

---

## LXXXIste deel — VIERDE STUK

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

---

### **Rechtspraak door anderen dan de van staatswege aangestelde rechters of scheidsmannen in verband met arbitrage en verwante beslissingen van partikulieren**

DOOR

Mr. L. VAN PRAAG

*te 's-Gravenhage*

IV

Het voorafgaande bevat een overzicht van de jurisprudentie die in het bijzonder betrekking heeft op de rechtspraak der kerkgenootschappen. Korporatieve rechtspraak voor *gewone vereenigingen* is vaak door onze rechterlijke macht als bestaanbaar erkend, maar daarbij is in het oog te houden dat veelal werd uitgegaan van de boven besproken zienswijze, volgens welke reglementen en statuten dier vereenigingen binden als overeenkomsten (157). Enkele vonnissen betreffende deze korpo-

---

(157) Zoo ten aanzien van een bondsreglement het op bl. 162 aangehaalde arr. H. R. 11 Maart 1904; voor het reglement eener coöperatieve vereeniging H. R. 8 April 1910 en Rb. Dordt 28 April 1909, beide in noot 12 geciteerd. Vgl. ook Rb. Heerenveen 6 Mei 1904 W. 8114. Rb. Rott. 26 Juni 1916, vermeld in noot 136, sprak

ratieve rechtspraak verdienen nog hier te worden vermeld.

Ktg. Gron. 1 Dec. 1873 *W.* 3703 verklaarde de rechterlijke macht onbevoegd tot kennisneming der vordering van een societeitslid tegen zijn societeit tot teruggaaf van boete als onverschuldigd betaald, op overweging dat de beslissing van geschillen over den zin van het reglement bij dat reglement was opgedragen aan het societeitsbestuur. Dit vonnis is bestreden door TONCKENS in *Tijdschr. voor het Ned. regt* 7 bl. 35—41, die van meening was dat voor de incompetentie der rechterlijke macht in zulk een geschil eerst zou moeten vaststaan dat het reglement toepasselijk was op het geschil. Z. i. was dat niet het geval, zou daarom de boete niet zijn opgelegd aan het lid als zoodanig, en liep het geschil dus niet over een korporatieve rechtsbetrekking. Echter heeft de vraag of naar zeker reglement een boete terecht is opgelegd, niet te maken met die of een eventueele verplichting tot boetebetaling als een korporatieve moet worden aangemerkt. Tegen het vonnis is m. i. dit te zeggen dat al liep het geschil over een korporatieve

van opdracht van rechtspraak aan organen. Naar aanleiding van reglementen van onderlinge verzekeringmaatschappijen zie de *Themis* 1919 bl. 435 en 1920 bl. 185 genoemde uitspraken van Hof 's-Grav. 12 Nov. 1915 en van Rb. Rott. 4 Juni 1914, overwegend dat er was beslissing van een in de vereeniging gerezen geschil door een bij reglement aangewezen orgaan, in welken geest vgl. ook de twee op bl. 185 aangehaalde arresten Hof Amst. van 28 Maart 1918 en Rb. Haarlem 24 April 1917 *W.* 10276; voorts Rb. 's-Grav. 12 Jan. 1906 *W.* 8376 en Rb. Almelo 29 Maart 1916 *N. J.* 1916 bl. 1126. Vgl. ook de verdere jurisprudentie, aangehaald op bl. 185—188, alsmede (implicite korporatieve rechtspraak erkennend) Hof Z.-Holl. 11 Sept. 1844 *W.* 535, *Rspr.* 20 § 87, met bevestiging van Rb. Rott. 20 Nov. 1843 *W.* 457, *Rspr.* 16 § 89; Rb. Rott. 3 April 1882 *R. B.* 1883 A blz. 133; Rb. Amst., vonnissen van 11 Jan. 1859 *W.* 2075, *R. B.* 1859 bl. 227 en van 17 Mei 1901 *P. v. J.* 1901 no. 84.

verplichting, de rechterlijke macht daarom nog niet incompetent was in de vordering tot terugbetaling. Zelfs indien men een verplichting tot boetebetaling als hier bedoeld voor niet privaatrechtelijk houdt, dan kan men toch meenen, dat die tot teruggaaf van het onverschuldigd als boete betaalde wèl burgerrechtelijk is. Buitendien neemt de jurisprudentie aan dat ook niet civielrechtelijke schuldvorderingen vallen onder art. 2 R. O. Voorts is het althans betwistbaar dat een verplichting tot betaling van boete steunend op een societeitsreglement niet zou zijn van burgerrechtelijken aard (158). En viel de vordering onder art. 2 R. O., dan kon het reglement de rechterlijke macht niet onbevoegd maken.

Omtrent een verplichting tot betaling van contributie, eveneens steunend op een societeitsreglement, was het in *Themis* 1919 bl. 447 aangehaalde vonnis Ktg. Gron. van 15 Okt. 1883 van oordeel dat de terugvordering der contributie als onverschuldigd betaald stond ter bevoegdheid der rechterlijke macht ondanks mogelijk tegengestelde reglementsbeplating, die aan de rechterlijke macht een geding over schuldvordering niet kan onttrekken. De kritiek van dit vonnis door DIKEMA (in noot 2 geciteerd), bl. 51—56, berust hierop dat de Kantonrechter ten onrechte aanwezig zou hebben geacht een burgerrechtelijk geschil. Tegen die kritiek volsta het zooeven gezegde naar aanleiding van het vonnis van 1873 (159).

---

(158) Naar het reglement dat bij het vonnis van 1873 ter sprake kwam, was het apprecieeren der omstandigheden, waarin moest worden beboet, overgelaten aan het societeitsbestuur. Daarom had de Kantonrechter de oplegging der boete te eerbiedigen; vgl. Inleid. R. Org. hl. 60 v. o.—61, 339 v. o.

(159) Zie de aantekening der Redactie op het vonnis van 1883 in R. B. 1883 A blz. 138. In den geest van dat vonnis had naar aanleiding eener gelijksoortige reglementsbeplating bij een vordering

Op grond van art. 153 Grw. weigerde Rb. Leeuwarden 16 Mei 1895 *W.* 6707, P. v. J. 1896 no. 14, een korporatieve beslissing over opgelegde boete te eerbiedigen. De Rechtbank merkte de boetebepaling in het huishoudelijk reglement eener coöperatieve vereeniging aan als een privaatrechtelijk strafbeding. Het vonnis maakte nu hieruit de gevolgtrekking dat reglementaire opdracht van beslissing over de boete wegens overtreding van het reglement aan bestuur en ledenvergadering, strijdt met art. 153 Grw. (art. 2 R. O.). De Rechtbank zag namelijk opdracht van rechtspraak in de bepaling dat het bestuur, met beroep op de ledenvergadering gerechtigd was overtreedende leden te beboeten, en dat deze zich hieraan moesten onderwerpen. Ook de bepaling der statuten van dezelfde vereeniging, die elk verschil over de toepassing van statuten en reglement ter beslissing liet aan het bestuur, en in hoogste ressort aan de ledenvergadering, hield de Rechtbank voor ongeldig, als aan de rechterlijke macht onttrekkend het onderzoek en de beslissing over de niet-naleving der verbintenis, waarop de vordering van boete berustte. Niet alleen de statuten, maar ook het huishoudelijk reglement rangschikte de Rechtbank onder de overeenkomsten, bedoeld in art. 1 der wet van 17 Nov. 1876 *Stbl.* 227. Vandaar haar opvatting der boetebepaling als burgerrechtelijk strafbeding, een opvatting kwalijk vol te houden als het reglement bij meerderheid van stemmen kon worden vastgesteld. Daarmee wil ik niet zeggen dat de boete dan zou zijn een straf in den zin van ons strafwetboek, in welk geval art. 1 van dat wetboek ware aan te voeren tegen de

---

van een lid tot uitkeering van ziekgeld, ook beslist *Ktg.* II Amst. 4 Nov. 1847, R. B. 1847 bl. 731, bestreden door *TONCKENS*, diss. bl. 45-46.

geldigheid der reglementsbeplating. Maar de boete is hier m. i. veeleer te houden voor een disciplinair maatregel, van kracht in den kring der vereeniging, zoodat bestuur en ledenvergadering slechts uitoefenden een recht van disciplineaire bestraffing, en niet beslisten over het al dan niet bestaan van burgerrechtelijke schuldvordering. Want, al stelde het reglement boeten op overtreding, zooals ik opmaak uit hetgeen vooral in het Paleis van Justitie t. a. p. niet slechts over zijn inhoud, doch ook over de feiten, wordt medegedeeld (160), de boete werd eerst verschuldigd ingevolge haar oplegging door het bestuur, welke oplegging dus de verplichting tot betaling deed ontstaan. En de rechterlijke macht had die oplegging te eerbiedigen, indien geschied overeenkomstig statuten en reglement. Ook afgezien daarvan was er m. i. geen strijd van het reglement met art. 153 Grw. of art. 2 R. O. De rechterlijke macht bleef competent voor de vordering die het al dan niet bestaan der verplichting tot betaling der boete tot voorwerp had, zooals die vordering voor de Rechtbank te Leeuwarden door de vereeniging tegen haar lid was ingesteld; dat het reglement bedoelde aan die competentie te derogeeren blijkt niet (161).

(160) Het was n.l. onbetwist dat het bestuur den gedaagde had *beboet*, wat doet denken aan een oplegging van boete, niet aan een veroordeeling tot betaling van reeds verschuldigde boete bij wijze van civiele rechtspraak. Dit laatste zou uit het reglement, op zichzelf beschouwd, misschien óók kunnen worden afgeleid, gelijk de Rechtbank deed. Misschien; de reglementsbeplatingen zijn t. a. p. niet in extenso weergegeven.

(161) Gemeld vonnis van 1895 is bestreden door v. WOELDEREN blz. 204—206, die echter m. i. ten onrechte spreekt van een recht om te procederen, door hem op één lijn gesteld met het recht waarover geprocedeerd zou worden (vgl. noot 34). Evenals de Rechtb. te Leeuwarden, mede voor een coöperatieve vereeniging, ook een vonnis Ktg. Bergum, gekritiseerd in Sociaal Weekbl. 1901 bl. 44—45.

Zoowel de procedure berecht door het boven vermelde vonnis Ktg. Groningen van 1 Dec. 1873, als die gevoerd voor de Rechtbank te Dordt in 1909, en in cassatie beslist door H. R. 8 April 1910 (in noot 12 aangehaald),

In den zin der bovenstaande beschouwing van de boete als disciplinaire maatregel, voor een *kerkelijke* boete implicite Ktg. Gron. 19 Sept. 1854 W. 1769. Voor zulke boeten is daarentegen de leer van het civielrechtelijk strafbeding (voor korporaties in het algemeen gehuldigd door v. NISPEN — in noot 126 geciteerd — bl. 64) aangenomen o. a. door Rb. Zutphen 7 of 9 Jan. 1845 W. 586, R. B. 1845 bl. 367, bevestigend Ktg. Zutphen 19 Jan. 1844 W. 512, R. B. 1844 bl. 380. Hierop steunde toen de competentverklaring der rechterlijke macht door de Rechtbank. In gelijken geest Ktg. Dordt 14 Jan. 1897 P. v. J. 1897 no. 8. Vgl. ook de polemiek op dit punt in W. 1542 bl. 1 kol. 2, 1545 bl. 3 kol. 3, i. v. m. bl. 4 kol. 1, 1548 blz. 1 kol. 2 i. v. m. kol. 3 v. o., en 1553 bl. 3, tusschen de Redactie (strafbeding) en C. M. v. D. KEMP (een straf gelijk die van het strafwetboek). THORBECKE in De Gids 1846 I bl. 536—538, bestrijdt voor kerkelijke boeten de leer van het strafbeding. Insgelijks meer in het algemeen GIERKE, Die Genossenschaftstheorie (1887) bl. 165 noot 1. Zie nog denzelfde in Jahrb. für Dogm. 35 bl. 199—200, naar aanleiding van Oberlandesgericht Cassel 5 Nov. 1891. Vgl. voorts de noot bij S. et P. 1895, 2. 93. Tegen THORBECKE verklaart zich v. LENNEP (aangehaald in noot 126) bl. 189—190, geheel steunend op de contractstheorie (t. a. p. bl. 162—165).

Ook over het karakter van boeten door werkgevers aan hun werklieden opgelegd, al dan niet naar aanleiding van een werkliedenreglement (dat overigens niet is een korporatief reglement), heerscht er een strijd die, hoewel niet de korporatieve rechtspraak betreffend, dergelijke kwesties kan doen rijzen als de hier zooveen vermelde. Vgl. over het verschil tusschen zulk een boete als disciplinaire straf en als een te voren vastgelegde schadevergoeding, behalve de m. i. verwarde beraadslagingen, welke leidden tot art. 1637 *u* B. W., waarvan het laatste lid bedoeld verschil miskent, — de procedure beëindigd door het Belgische Hof van Cass. bij arr. van 1 Juli 1909, vermeld R. Mag. 1910, bl. 189—191. Vgl. voorts H. DE BIE, Eenige beschouwingen over tuchtrecht, diss. Utr. 1904, bl. 164—170 i. v. m. 24 v. o., 175 v. b., en daarbij GIERKE, Deutsches Privatrecht I (1895) blz. 697—702.

doen de vraag rijzen naar de beteekenis eener reglements-bepaling, welke bindende uitlegging van het reglement opdraagt aan een korporatief orgaan. Zulk een bepaling behoeft niet in elk reglement dezelfde strekking te hebben, waaruit volgt dat steeds in het gegeven geval haar beteekenis is te onderzoeken. Zij kan bedoelen dat b. v. het bestuur een voor alle leden en voor alle toekomstige gevallen bindende uitlegging geeft; dan is dit delegatie van korporatief-wetgevende macht aan het bestuur, dat het reglement aanvult. Ook kan zij beoogen een beslissing die enkel het lid bindt, met wien een geschil is gerezen. Hetzij men, zich plaatsende op het formeele standpunt, geen rechtspraak daarbij aanneemt, hetzij dat men materieel korporatieve rechtspraak aanwezig acht, de bindende kracht der uitspraak blijft beperkt tot het konkreete geval, zoodat later in een nieuw geschil naar aanleiding van andere feiten op de uitlegging kan worden teruggekomen. Kwelijk denkbaar toch is de bedoeling bij een reglement te bepalen dat voor alle toekomstige gevallen de uitlegging er van voor het eene lid vaststaat, terwijl zij anders zou mogen zijn voor andere leden. Zoowel de uitlegging voor het konkreete geval als de alle leden bindende zullen door de rechterlijke macht zijn te eerbiedigen wegens de autonomie der vereeniging.

Overigens zullen m. i. in beide gevallen alleen de leden door de beslissing worden gebonden, niet ook gewezen leden (162). Van het standpunt dat de reglementaire opdracht is een overeenkomst, kan men zeggen: dan doet het er niet toe dat de beslissing een gewezen lid gold, dat toch gebonden blijft aan zijn contract. Maar gesteld eens dat er hier inderdaad sprake is van een overeenkomst bij de toetreding als lid gesloten to

---

(162) Vgl. noot 136.



onderwerping aan de reglementaire bepalingen, dan nog zou de in art. 1375 B. W. bedoelde „aard” dezer overeenkomst m. i. medebrengen dat de door het toetredend lid aangegane verbintenis afhankelijk is van den duur van zijn lidmaatschap, indien niet blijkt, van een tegen-gestelde bedoeling.

De in de voorgaande bladzijden dezer paragraaf vermelde jurisprudentie en litteratuur toonen dat de vraag naar de bestaanbaarheid van korporatieve rechtspraak, opgedragen aan een korporatief orgaan, veelal ter sprake is gekomen ten aanzien van kerkgenootschappen. Uit het boven bl. 189 aangehaalde vonnis Ktg. Schoonhoven van 1877 spreekt daarbij duidelijk de vrees voor te groote zelfstandigheid dier genootschappen, en niet minder de beduchtheid dat hun rechtspraak niet, of althans niet steeds, voldoende waarborgen zou bieden voor onpartijdigheid. Zoo heeft men ook voor andere genootschappen gemeend dat opdracht der beslissing van geschillen tusschen leden en het genootschap aan het genootschapsbestuur, het lid overlevert aan de overheersching van zijn wederpartij, althans indien die opdracht gepaard zou gaan met onttrekking van het geschil aan de rechterlijke macht (163). Ik wensch niet het gewicht te onderschatten

(163) Vgl. het in § 4 gezegde over rechtspraak door een der partijen en van dezen afhankelijke personen, alsmede de t. a. p. aangehaalde jurisprudentie. Het daarbij vermelde vonnis Rb. Amst. van 3 Okt. 1849 had betrekking op een vervallenverklaring van lidmaatschap. Eveneens dat derzelfde Rechtbank van 11 Jan. 1859 W. 2075, R. B. 1859 bl. 227, en van 17 Mei 1901 P. v. J. 1901 no. 84, gelijk ook Rb. Rott. 3 April 1882 R. B. 1883 A bl. 133, welke vonnissen alle de geldigheid van korporatieve rechtspraak implicite erkennen. Zie omtrent geschillen over vervallenverklaring van lidmaatschap, art. 72 Zwitsersch B. W. en daarbij V. ROSSEL, Manuel de droit civil suisse III, Obligations (1911) bl. 743—744; voorts L. MICHOUX, Traité de la personnalité morale I (1909) bl. 24—25; Hof Grenoble 25 Nov. 1852, D. P. 1854. 2. 168; Rb. Seine 1 Mei

van de bezwaren die men tegen korporatieve rechtspraak kan aanvoeren. Zij betreffen in de eerste plaats hetgeen op dit punt al dan niet wenschelijk is (164). Toch is het 1914 D. P. 1917. 2. 96. — Rb. Boulogne-sur-mer 11 Maart 1910 in Revue trimestr. de droit civil 1910 bl. 446 betrof een ontzetting uit het lidmaatschap van een syndikaat, naar het schijnt een zuiver contractueele verhouding. Het punt in geschil was toen de vraag of het eindoordeel over de handelingen van het betrokken lid ingevolge de statuten toekwam aan het syndikaat. — Zie verder GIERKE, Die Genossenschaftstheorie, bl. 186 i. v. m. bl. 316 en 915, en over ontzetting uit korporatieve ambten denzelfde t. a. p. bl. 187 i. v. m. bl. 316. Zie nog voor het Duitsche recht, behalve de in noot 146 vermelde arresten van 1904, 1911 en 1912, ook R. G. 9 Jan. 1913 D. Jur. Zeit. 1913 kol. 529—530. — Op te merken is dat geschillen over lidmaatschap (anders dan die over het bekleeden van een korporatief ambt) niet zuiver korporatieve geschillen zijn. Hij die het lidmaatschap ontkent, ontkent daarmee het bestaan (het voortbestaan) der korporatieve rechtsverhouding. Heeft hij gelijk, dan is degen wiens lidmaatschap het geldt, ook niet gebonden aan de rechtspraak van een korporatief orgaan, dat juist in de bedoelde onderstelling over dien persoon niets heeft te zeggen. De uitspraak bindt dus m. i. slechts indien zij het lidmaatschap erkent, en dat lidmaatschap niet met succes bij de rechterlijke macht wordt ontkend. Vgl. het bl. 193 gezegde aangaande kerkelijke beslissingen, inhoudend dat een lidmaat vervallen is van zijn lidmaatschap.

(164) Zie over de voordeelen van korporatieve rechtspraak in het algemeen TONCKENS in Tijdschr. voor het Ned. Regt 7 bl. 29, en in het bijzonder voor de inwendige aangelegenheden der kerkgenootschappen, alsmede over de nadeelen verbonden aan de beslissing van zulke geschillen door de rechterlijke macht, TONCKENS' diss. bl. 52. Tegenover de door hem genoemde voordeelen staat dat de waarborgen voor onpartijdigheid die de wet geeft bij de rechterlijke macht in de bepalingen aangaande haar onafhankelijkheid, haar samenstelling en de rechtspleging, voor het grootste gedeelte moeilijk eveneens zouden kunnen verstrekt bij korporatieve organen met eigen rechtspraak belast. Daarom mag dan ook de controle der rechterlijke macht niet worden prijs gegeven. Het zou kunnen zijn dat de toekomstige wetgever, met het oog op hetgeen de geschiedenis heeft geleerd, het noodig zal vinden te waken tegen inbreuken van korporatieve rechters op het gebied der rechterlijke macht. In vroeger

te begrijpen dat zij mede worden aangevoerd bij de beantwoording der vraag wat moet worden aangenomen als geldend recht, nu de wet geen uitsluitel geeft. Maar ik zou meenen dat de bedoelde bezwaren grootendeels worden ondervangen, indien men de bestaanbaarheid der korporatieve rechtspraak slechts erkent op denzelfden voet als boven in § 2 is gezegd voor op een contract berustende rechtspraak door partikulieren die geen arbitrage is. Dan heft de korporatieve rechtspraak niet op de competentie der rechterlijke macht, steunend op de rijkswet. Zij brengt dan niet mede gezag van gewijsde der korporatieve uitspraken, welke dus door de rechterlijke macht kunnen worden getoetst aan de wettelijke voorschriften door den Staat en zijn onderdeelen gegeven, gelijk de rechterlijke macht ook kan onderzoeken of de korporatieve uitspraak niet kennelijk onredelijk is en of zij niet opzettelijk partijdig werd gewezen. Tot de opvatting dat dit ook thans rechtens is moet men m. i. komen, als men in de eerste plaats overweegt dat, al moge uit het zwijgen der wet over korporatieve recht-

tijden kwamen zulke inbreuken vaak voor van de zijde der R.-Kath. kerk; vgl. over de toestanden in Frankrijk vóór 1789 HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, uitg. 1829, bl. 126—140. Maar dit werd begunstigd door de toen bestaande maatschappelijke en machtsverhoudingen in Kerk en Staat. De tegenwoordige verhoudingen in Nederland zijn geheel anders. Wat in de toekomst noodig zal zijn, kan niet worden voorspeld. Trouwens zou ik denken dat hetgeen naar het hieronder in den tekst uiteengezette, thans rechtens is, voor de zooeven bedoelde inbreuken weinig kans biedt, indien de rechterlijke macht zich haar taak ten deze bewust is, en de rijkswetgever voorzoo veel noodig en mogelijk, waakt tegen tyrannieke maatregelen die ten doel hebben het inroepen der tusschenkomst van de rechterlijke macht te belemmeren. Dit óók, en in de toekomst misschien vooral, ten opzichte van de bedrijfsorganisaties. — Vgl. overigens nog § 15 van het Deutsche Gerichtsverfassungsgesetz, en DEMOGUE, *Notions* bl. 635—637, hoewel deze daar speciaal behandelt rechtspraak krachtens overeenkomst.

spraak niet zijn af te leiden de wil haar te sanktioneren, toch de wil haar te verbieden evenmin kan worden aangenomen. Noch het een noch het ander schijnt mij toe te volgen uit de grondwet of uit andere wettelijke bepalingen. De autonomie der korporaties sluit in dat zij eigen aangelegenheden mogen regelen. Of er voor inwendige aangelegenheden ook eigen rechtspraak bestaat, hangt, dunkt mij, af van het gebruik dat zij van haar autonomie hebben gemaakt; omdat die rechtspraak niet is verboden, is het aan de korporaties geoorloofd de autonomie ook voor dat doel aan te wenden. Doch zoowel wegens art. 155 Grw. als omdat over het staatsgezag niet kan worden beschikt door niet op dat gezag steunende korporaties, zijn de korporatieve uitspraken niet executabel met de machtmiddelen van den Staat. En zij hebben ook geen gezag van gewijsde dat de wet nergens voor haar erkent. Zij missen de bindende kracht van het vonnis der rechterlijke macht, waartegen op geen andere wijze kan worden opgekomen dan die de wet toelaat. Dit leidt vanzelf tot de in § 2 in het algemeen voor niet van het staatsgezag uitgaande rechtspraak, die geen arbitrage is, aangegeven conclusie omtrent de beperkte kracht aan die rechtspraak toe te kennen. Deze beperkte kracht kan niet door een korporatief reglement in een onbeperkte worden veranderd. Ongeldig is daarom een reglementsbeeping die elke voorziening bij de rechterlijke macht tegen de korporatieve rechtspraak uitsluit (165). Die rechterlijke macht is dan ook niet geroe-

---

(165) Vgl. Hof. Amst., twee arresten van 28 Maart 1918, in noot 116 geciteerd, het tweede met vernietiging van Rb. Haarlem 24 April 1917 W. 10276, welke Rechtb., door zich onbevoegd te verklaren, wèl erkende geldigheid der uitsluiting van de rechterlijke macht. Zie *Themis* 1919 bl. 458—459 en SUYLING, Inleid. Burg. Recht bl. 99—100. Vgl. ook de Fransche rechtspraak vermeld door DEMOGUE

pen bloot haar fiat te verleenen op de uitspraak van een korporatief orgaan, zonder de juistheid daarvan te onderzoeken, als ware zij een automaat ter beschikking van particuliere korporaties (166). De korporatieve rechtspraak mag evenmin als de korporatieve autonomie worden uitgeoefend met miskennis der staatswet, en de controle daarover komt toe aan de staatsorganen, speciaal aan de rechterlijke macht (167). Noch een overeenkomst noch een reglement kan die controle ter zijde schuiven (168). Dat de door korporatieve reglementen opgedragen rechtspraak niet die der rechterlijke macht uitsluit, volgt overigens ook hieruit dat de competentie der laatste berust op de wet, aan welke als van openbare orde niet rechtsgeldig kan worden gederogerd door statuten of reglementen van korporaties. Zelfs publiek-

in Revue trimestr. de droit civil 1908 bl. 117 v.o. Wel kan een reglementsbeplating m. i. een *beperkt* gezag van gewijsde verordenen, n.l. enkel geldend binnen den kring der korporatie, zoodat b.v. diensvolge een vordering bij korporatieve rechtspraak afgewezen niet nog eens bij een korporatief orgaan zou mogen worden aangebracht. — Vgl. nog ASSER-SCHOLTEN (noot 126 aangehaald) bl. 644—645.

(166) Vgl. ook Rb. Douai 27 Juni 1871 en Hof Douai 24 Nov. 1871 D. P. 1872. 2.17(18), alsmede de noot bij S. et P. 1895. 2. 93.

(167) Hieromtrent zie Hof Poitiers 12 Juli 1894 S. et. P. 1896. 1.213(214). — Vgl. STHEEMAN in Hand. Jur. Vereen. 1919 I (3) bl. 121.

(168) De incompetentverklaring door Rb. Almelo 29 Maart 1916 N. J. 1916 bl. 1126 steunde op de meening dat het reglement een overeenkomst was. Overigens betrof dit vonnis een onderlinge verzekeringmaatschappij (gelijk trouwens ook dat van Rb. Haarlem in noot 165 vermeld), waaromtrent vgl. noten 14 en 130. Het vonnis a quo had, m. i. terecht, aangenomen dat incompetentie der rechterlijke macht alleen kon bestaan krachtens de wet of een beding van arbitrage. Vgl. nog implicite Rb. Rott. 26 Juni 1916 W. 10085, N. J. 1917 bl. 166, W. P. N. R. 2443. Blijkbaar zou de Rechtsbank incompetentie der rechterlijke macht hebben aanwezig geacht, indien zij de toen ter sprake komende beplating der statuten eener coöperatieve vereeniging toepasselijk had geoordeeld.

rechtelijke verordeningen vermogen niet zulk een derogatie mede te brengen, gelijk onze jurisprudentie terecht heeft beslist; hoeveel te minder dan kunnen het de reglementen van korporaties die geen uitvloeisel zijn van het staatsgezag (169).

§ 6. *Onderzoek naar eigen bevoegdheid door andere rechters dan de van staatswege aangestelde, en het gevolg hunner onbevoegdheid.*

Al is de vraag of partikulieren, bij wie een rechtsge-  
ding aanhangig wordt gemaakt, hun eigen bevoegdheid  
mogen onderzoeken en hun oordeel daarover in een  
uitspraak weergeven, bij ons bijna alleen beslist voor de  
arbitrage in den zin van het wetboek van B. Rv., die  
vraag heeft toch ook belang voor de gevallen, waarin  
partikuliere rechtspraak die geen arbitrage is, meent  
steun te vinden in overeenkomst of reglement. Voor  
zoover mij bekend rees zij buiten arbitrage nog slechts  
voor het z.g. bindend advies, waarop betrekking had de  
beslissing 31 Juli 1917 gegeven door den Raad van  
Arbitrage voor de bouwbedrijven, en boven bl. 44—45  
besproken, welk bindend advies door genoemden Raad  
van Arbitrage niet als een scheidsrechterlijke uitspraak  
werd aangemerkt. Hij was van oordeel dat, nu het hier-

(169) Vgl. ten aanzien van derogatie aan art. 148 Grw. 1848 en art. 2 R. O. door een gemeenteverordening H. R. 7 Febr. 1919 W. 10393 bl. 3, N. J. 1919 bl. 321, P. V. 1919 bl. 18, G.st. 3542(7), W. B. A. 3647, door een provinciaal reglement H. R. 23 Dec. 1864 W. 2650, Rspr. 78 § 38, v. d. Hon. B. R. 29 bl. 154; Rb. Assen 29 Dec. 1879 W. 4531, R. B. 1880 A bl. 56, en door een polderkeur Ktg. Gouda 26 Febr. 1871 W. 3305. Zie ook Themis 1919 bl. 443. Op een ander gebied besliste de H. R. dat een kerkelijke verordening niet kan derogeeren aan een wettelijke bepaling, bij arr. van 25 Jan. 1850 W. 1098, R. spr. 34 § 77, v. d. Hon. G. Z. 10 bl. 22.

onder nader te vermelden arrest H. R. van 21 Febr. 1913 alleen betref de arbitrage in den zin van het wetboek van B. Rv., zij die het bindend advies hebben te geven eigen bevoegdheid mogen onderzoeken. Sedert is de Hooge Raad kennelijk tot diezelfde slotsom gekomen voor scheidslieden, al is zijn hierop betrekkelijk arrest van 23 Mei 1919 W. 10433 bl. 1 en 10443, N. J. 1919 bl. 687, op dit punt slechts negatief gemotiveerd, daar het overwoog dat de (evenals in 1913 in het cassatiemiddel speciaal genoemde) artt. 153 en 156 Grw., art. 2 R. O. en art. 620 Rv. geen voorschriften behelzen voor de als scheidsrechters ingeroepen om zich van een uitspraak ten gronde te onthouden, indien hun bevoegdheid wordt betwist. Andere wetsartikelen toch, waaruit zulk een voorschrift is af te leiden, zou men te vergeefs zoeken. Aan de zoeven weergegeven negatieve overweging gaat in het arrest van 23 Mei 1919 een positieve vooraf over hetgeen uit de bovengenoemde wetsartikelen wèl volgt, n.l. dat een geschilpunt, waarvan de bevoegdheid van scheidsmannen afhangt, niet door henzelf, doch door den rechter moet worden *witgemaakt* (170). Daarmede was, zeide de Hooge Raad, in overeenstemming de beslissing van het aangevallen arrest, Hof 's-Gravenhage 4 Okt. 1918 W. 10382, N. J. 1918 bl. 1191 (waartegen de cassatie werd verworpen), dat de partij, die de bevoegdheid der scheidslieden betwist, het recht heeft daarover de uitspraak van den gewonen rechter in te roepen, zonder dat echter de beslissing der arbiters, nadat zij eigen bevoegdheid hebben onderzocht en aangenomen, door hen omtrent de zaak ten gronde gegeven, volstrekt nietig

(170) De cursiveering van dit door den H. R. uit het arrest van het Hof overgenomen woord is van mij. Zij vindt haar rechtvaardiging in de door mij vooropgezette negatieve overweging van den Hoogen Raad.

of vernietigbaar zou zijn, en de tenuitvoerlegging daarvan zou zijn buitengesloten, enkel wegens bedoeld onderzoek van eigen bevoegdheid, dus zelfs dan als de gewone rechter eveneens die bevoegdheid aanwezig acht. Daarentegen had de Rechtbank te Rotterdam bij haar door gemeld arrest van 1918 vernietigde vonnis van 20 Juni 1917 N. J. 1918 bl. 812, op overweging dat eerst uit zijn bevoegdheid volgt dat de betrokkene scheidsman is, implicite aangenomen dat zijn onderzoek naar eigen bevoegdheid zijn geheele beslissing volstrekt nietig maakt. In dien laatsten zin had ook vroeger de Rechtbank te 's-Hertogenbosch bij vonnis van 3 Febr. 1911 W. 9175 de als een arbitrale beslissing gegeven uitspraak absoluut nietig geacht, reeds tengevolge der enkele betwisting door partij van het bestaan eener overeenkomst tot het inroepen van arbitrage. Tusschen deze opvatting en die van het arrest van den Hoogen Raad van 23 Mei 1919 dat het onderzoek door scheidslieden van eigen bevoegdheid niet door de wet wordt verboden (een meening die in de jurisprudentie nog enkel uitdrukkelijk was aanvaard door Rechtbank Rotterdam 8 Mei 1918 W. 10390), ligt het stelsel door het Hof te Amsterdam gehuldigd in zijn arrest van 6 Mei 1912 W. 9402. Het Hof overwoog toen ten eerste: uit de bovengenoemde wetsartikelen volgt dat een partij, die het bestaan van een pactum de compromittendo ontkent, niet verplicht is zich te onderwerpen aan een in strijd met die ontkenning gegeven uitspraak der door de tegenpartij geadieerde scheidslieden. En ten tweede nam het Hof aan dat artt. 620 vlgg. Rv. alléén zien op gevallen waarin het bestaan eener overeenkomst tot opdracht aan scheidslieden vaststaat (171), en dat daaruit volgt dat zij die als scheidslieden uitspraak deden, ten onrechte eigen

---

(171) Men kan dit toegeven en toch volhouden dat het niet behoeft te zijn een *te voren* vaststaan.



competentie onderzochten en vaststelden. Maar, zoo meende het Hof in de derde plaats, het voorafgaande heeft niet tot consequentie de nietigheid der gegeven uitspraak, welke nietigheid eerst dan aanwezig is, indien de rechterlijke macht uitmaakt dat er geen pactum de compromittendo bestaat. Het tegen dit arrest ingestelde beroep in cassatie werd verworpen door H. R. 21 Febr. 1913 W. 9481, N. J. 1913 bl. 584 (172). Toen heeft de Hooge Raad als volgt beslist. Uit het onderling verband van artt. 153 en 156 Grw., art. 2 R. O. en art. 620 Rv. volgt dat de vraag of aanwezig zijn de voorwaarden door dit art. 620 gesteld voor het bestaan der bevoegdheid van scheidslieden, bij geschil over die vraag door den rechter moet worden uitgemaakt, omdat de bevoegdheid van

---

(172) Op dit arrest een noot van E. M. M(EIJERS) in W. 9481, aangevuld in W. 9482 bl. 4. De concl. O. M. vóór H. R. 1 Maart 1918 W. 10255, N. J. 1918 bl. 435 sloot zich aan bij het arrest van 1913. Zoo ook die vóór bovenvermeld arrest van 1919. Insgelijks in den regel de lagere rechterlijke colleges: Rb. Rott. 16 Okt. 1913 bl. 1336; Rb. Amst. 24 Juni 1918 W. 10361 blz. 3—4, N. J. 1919 bl. 160. Evenals het Amsterdamsche Hof voor de nietigheidskwestie, doch zonder eigen overweging omtrent het al dan niet bestaan der bevoegdheid voor scheidslieden eigen competentie te onderzoeken, Hof 's Grav. 7 Dec. 1917 N. J. 1918, bl. 810; Rb. Amst., vonnissen van 9 Mei 1913 W. 9569, en van 6 Juni 1913 W. 9605. Hoewel het niet met zekerheid is te zeggen of het zoo is bedoeld, kan men toch uit de overweging van Rb. Amst. 25 Nov. 1918 W. 10382 bl. 3, dat scheidslieden geen *bindende* beslissing kunnen geven over de vraag of een geschil aan hun rechtsmacht is onderworpen, afleiden dat dit vonnis geheel dezelfde leer was toegedaan als het arr. H. R. van 23 Mei 1919, en dus niet die van het arr. H. R. van 1913, voorzoover deze twee arresten uiteengaan. Hetzelfde geldt voor het woord «uitgemaakt» in het Haagsche arrest van 1918, in den tekst vermeld. Maar ook bij dit arrest is het onzeker, omdat het in noot 170 gezegde over het arrest H. R. van 1919 niet mede van toepassing is voor dat van het Hof. — Genoemd vonnis Rb. Amst. van 25 Nov. 1918 is bevestigd door Hof Amst. 20 Jan. 1920 W. 10546.

scheidslieden voor zekere zaak medebrengt dat diezelfde bevoegdheid den rechter niet toekomt, en dus de eerstbedoelde vraag samenvalt met die of de partij, welke het bestaan eener geldige opdracht aan scheidslieden ontkent, niet in strijd met art. 156 Grw. zou worden onttrokken aan den rechter, dien de wet hem toekent. Het oordeel over de vraag of al dan niet zou zijn gehandeld in strijd met het als een waarborg voor de rechtszekerheid, dus in het algemeen belang, bij art. 156 Grw. gegeven verbod, kan niet toekomen aan scheidslieden. De beslissing dat bij ontkenning door een der partijen van het bestaan eener geldige opdracht aan scheidslieden, deze laatsten ten onrechte eigen bevoegdheid hebben *onderzocht* en vastgesteld, is dus een juiste toepassing der bovengenoemde wetsartikelen (173).

(173) Deze bewering, die in het arrest aan het andere daaruit aangehaalde voorafgaat, is het welke het arrest van 23 Mei 1919 niet heeft gehandhaafd. — Te vergelijken: GARSONNET, *Traité...* de proc., 2e uitg. 8 bl. 453—454; DALLOZ, *Rép. v<sup>o</sup>. Arbitrage* nos. 984—987, 995, i. v. m. nos. 183—189, en *Suppl. nos. 22, 23*; E. R. OPPENHEIM, *Arbitrage en rechtspraak*, diss. Leiden 1911 bl. 85—86; W. v. ROSSEM BZN., *Het Ned. Wetb. v. B. Rv.*, 2n dr. II (1913) bl. 258 noot 2; W. NOLEN in *R. Mag.* 1917 bl. 472—480 v. o., 482 v. o., en in *Hand. Jur. Vereen.* 1919 I (2) bl. 70—94, denzelfde, L. VAN PRAAG en J. A. LEVY in *W.* 10382 bl. 4, 10389, 10396, 10401, 10404, 10408. — In *Hand. J. V. t. a. p.* bl. 70—71 schijnt NOLEN, evenmin als in *W.* 10396, het onderzoek naar de bevoegdheid en dat der zaak ten gronde uit elkander te hebben gehouden. Het door LEVY in *W.* 10408 in den zin «*De inhoud der lastgeving*» enz. gezegde wekt ten onrechte den schijn als deed ik dat t. a. p. evenmin. Men bedenke dat, daar de lastgeving gericht is op de beslissing van een geschil «*nopens de zaak*», hij die zich bevoegd acht over die zaak uitspraak te doen, als zijn bevoegdheid betwist is, dit zijn oordeel ook in zijn uitspraak gemotiveerd zal mededeelen. — Uit het door NOLEN *Hand. Jur. Ver. t. a. p.* bl. 92 gezegde is op te maken dat ook hij niet medegaat met het beroep van den H. R. in 1913 op de grondwet. — Met dat arrest van 1913 stemt nog in STHEEMAN in *Hand.*

De polemiek die in het Weekblad van het Recht tusschen NOLEN, J. A. LEVY en mijzelf over de kwestie is gevoerd, maakt het overbodig de daar en in het Rechtsgeleerd Magazijn van 1917 (174) aangevoerde argumenten hier nog eens te bespreken. Ik bepaal mij daarvoor nu dan ook tot een bloote verwijzing naar het t. a. p. over en weer gezegde en naar het boven vermelde arrest van den Hoogen Raad van 23 Mei 1919 (175).

Jur. Ver. 1919 I (3) bl. 59, waarbij vgl. aldaar bl. 171—173. Hij spreekt op bl. 171 v. o. enkel over een eindoordeel, maar dat deed de H. R. in 1913 evenmin als S. zelf op bl. 59. De zinspeling van S. (bl. 172) op art. 636 Rv. faalt: een op het slot van dat artikel steunende overeenkomst doelt noodzakelijk alleen op de beslissing der zaak ten principale. — GARSONNET t. a. p. verzuimt te onderscheiden tusschen betwisting zonder meer, en door de rechterlijke macht gegrond verklaarde betwisting van het bestaan eener opdracht aan scheidslieden. Eveneens doet dit LEVY in W. 10408 in de alinea «... Arbiters komen bijeen...» tot «... benomen». — Acht hij, die als scheidzman wordt ingeroepen, zich bevoegd, dan heeft hij niet *enkel*, zooals LEVY in W. 10408 meent, zich daarvan rekenschap te geven voor zich zelf, maar moet hij ook dienovereenkomstig handelen. D. w. z. hij heeft uitspraak te doen in de zaak ten gronde, en dan ook in die uitspraak de redenen mede te deelen, waarom hij zich voor bevoegd houdt.

(174) Zie de aanhalingen in de vorige noot. Over de tegenstelling: theorie en praktijk vgl. nog G. HEYMANS in Onze Eeuw Juli 1919 bl. 64—66.

(175) Vgl. ook GODRON (in noot 22 geciteerd) bl. 130—132, i. v. m. bl. 136 (2°) en de daar vermelde Belgische jurisprudentie, waaronder beslissingen die, evenals vroeger de onze, over het hoofd zien dat ieder, zonder anderen te binden, voor zich mag en moet onderzoeken of hij de tot zekere handeling die van hem verlangd wordt vereischte hoedanigheid bezit, en bevoegd is. Voor het overige is bij verschillende der door GODRON aangehaalde vonnissen overwogen, niet dat arbiters over de geldigheid van het contract in het geheel niet mochten oordeelen, maar — en dit terecht — dat de rechterlijke macht niet ingevolge de *compromissoire clause* onbevoegd wordt kennis te nemen van vorderingen, waarbij de nietigheid der *clause*

Wat is, in de onderstelling dat partikulieren, scheidslieden of anderen, onbevoegdlijk in een rechtsgeschil mochten hebben uitspraak gedaan, daarvan rechtens het gevolg? Voor partikuliere beslissingen buiten arbitrage en ook voor de niet door den voorzitter der Rechtbank uitvoerbaar verklaarde uitspraken van scheidsmannen (176) is hieromtrent uit de wet niets af te leiden, en moet het gevolg wel zijn volstrekte nietigheid der beslissing reeds op het oogenblik dat zij wordt gegeven, behalve in het geval dat er wèl is onbevoegdheid om uitspraak te doen als scheidsrechter, doch zonder dat dit insluit gelijke onbevoegdheid om recht te spreken op andere wijze dan bij wege van arbitrage (nietigheid van het compromis *enkel* als zoodanig). Immers de tot rechtspreken niet bevoegde is geen rechter, zijn beslissing kan geen rechtspraak zijn en is juridiek als waardeloos aan te merken. Maar kan datzelfde worden gezegd van een arbitrale beslissing, die door den voorzitter der Rechtbank, zij het dan ten onrechte, met zijn exequatur is bezegeld? Kan men ook na zijn bevelschrift tot tenuitvoerlegging de onbevoegdheid van arbiters nog met vrucht volhouden, indien het bevelschrift zelf niet meer kan worden vernietigd in appèl bij het Hof (177) of wel wegens een der

wordt volgehouden. — In den geest der meening dat arbiters wèl eigen bevoegdheid mogen onderzoeken vgl. Hof appèl Brussel 27 Aug. 1890 Pasier. belge 1891. 2. 24, en Rb. Brussel 2 Maart 1890 t. a. p. 1890. 3. 120, alsmede de juiste overweging van Rb. Antwerpen 19 Dec. 1913 t. a. p. 1914. 3. 195: l'opposant ne peut faire grief aux arbitres d'avoir apprécié le moyen qu'il opposait à la demande et fondé sur ce que les marchés litigieux ne pouvaient faire l'objet d'un compromis.

(176) Dit geval deed zich voor in het boven vermelde proces bij Rb. 's-Hertog. 3 Febr. 1911.

(177) Vgl. het hierna op bl. 326 te vermelden arrest H. R. van 31 Aug. 1918.

in art. 649 Rv. genoemde gronden door de Rechtbank? Drie stelsels zijn denkbaar. In de eerste plaats is in de praktijk beweerd dat op den enkelen grond der onbevoegdheid vernietiging van de arbitrale beslissing kan worden aangevraagd op de wijze van art. 651 Rv. De tweede meening is dat de rechterlijke macht een voor haar, bij wijze van exceptie of anderszins aangevoerde bewering van onbevoegdheid der scheidslieden zal hebben te onderzoeken, en, bevindt zij de bewering juist, de volstreckte nietigheid hunner uitspraak zal moeten aannemen hetzij als bestaande dadelijk bij het geven van laatsbedoelde uitspraak, hetzij van het oogenblik af dat de nietigheid door de rechterlijke macht wordt uitgesproken (178). En ten derde kan men van oordeel zijn dat het bevelschrift van den voorzitter der Rechtbank tot executie, als tevens gezag van gewijsde gevend aan de arbitrale beslissing (179), medebrengt dat hierdoor de

---

(178) Zie noot 183 over de hieromtrent door Rb. Rott. 8 Mei 1918 voorgestane zienswijze.

(179) Vgl. *Themis* 1919, bl. 461—464. Mede uit het daar gezegde volgt dat scheidslieden niet met gezag van gewijsde over eigen bevoegdheid kunnen beslissen. Aan *hun* beslissing dááromtrent kan dat gezag ook niet tengevolge van het presidiale exequatur toekomen. Indien voor de uitspraken der rechterlijke macht in de eigenlijke rechtspraak geldt dat het daaraan verbonden gezag van gewijsde insluit gelijk gezag voor haar beslissingen over eigen bevoegdheid, uitdrukkelijk of implicite gegeven, dan berust dit hierop dat hij, over wiens bevoegdheid in het gegeven geval wordt getwist, permanent rechter is en als zoodanig rechtsmacht heeft over de justiciabelen. De scheidsmán echter kan zijn bevoegdheid slechts ontleenen aan een contract tusschen partijen. Ook het vaste scheidsgerecht, Rechtsmacht over justiciabelen gelijk de rechterlijke macht heeft ook het vaste scheidsgerecht niet. De niet bevoegde als scheidsmán ingeroepene is geen scheidsmán, en kan reeds daarom geen enkele partijen bindende beslissing geven, daargelaten het geval dat er enkel is onbevoegdheid als scheidsrechter en niet tevens tot rechtspraak

bevoegdheid der scheidslieden vaststaat, daar art. 649 Rv. van onbevoegdheid in het algemeen niet spreekt, — dit dan behoudens vernietiging der presidiale beschikking in appèl door het Hof.

Art. 649 no. 2 Rv. noemt onder de gronden, welke volgens artt. 650—651 tot vernietiging der arbitrale beslissing aanleiding geven, een compromis dat van onwaarde of vervallen is, en daarmee geeft de bepaling weer die van art. 1028 no. 2 C. de Proc. civ., dat spreekt van een „compromis nul ou expiré”. Maar de in no. 1 van laatstgenoemd artikel mede vermelde grond: „si le jugement a été rendu sans compromis”, op welken juist meestal de betichting van onbevoegdheid steunt (als we het pactum de compromittendo ten deze gelijkstellen met het compromis in engeren zin), ontbreekt in art. 649 Rv. Desniettemin te handelen als ware ons artikel gelijk-luidend met het Fransche gaat niet aan. Hierdoor verdwijnt, dunkt mij, buiten de gevallen van art. 649 no. 2, de mogelijkheid om *met toepassing van het in art. 651 bedoelde verzet*, de beslissing van hen die als scheidslieden uitspraak deden, door de Rechtbank te doen vernietigen op grond hunner onbevoegdheid (180), en dus ook om aan te nemen dat het exequatur die onbevoegdheid zou dekken behoudens de vernietiging door de Rechtbank van de beslissing der scheidslieden. Het — als ik het ondanks de etymologie zoo noemen mag — drieledig

buiten arbitrage om. En het onderzoek van den ingeroepene naar eigen bevoegdheid kan door hem onmogelijk geschieden in de hoedanigheid van scheidsmán, waaromtrent hij daarbij immers zelf nog onzeker is. Ook hieruit vloeit voort dat zijn beslissing hierover niet kan binden. De bewering van NOLEN in *W.* 10396 dat men naar eigen hoedanigheid *in* die hoedanigheid onderzoek zou kunnen doen staat gelijk met het verhaal van baron VON MÜNCHHAUSEN die zich aan eigen haren uit het moeras zou hebben getrokken.

(180) Vgl. NOLEN in *Hand. Jur. Vereen.* 1919 I (2) bl. 138.

alternatief, boven gesteld, wordt daarmee teruggebracht tot een keus uit twee mogelijkheden. Of wel men moet zeggen: het presidiale bevelschrift verleent steeds gezag van gewijsde aan de als arbitrale uitspraak gegeven beslissing in de zaak ten gronde, met het gevolg dat, kan het bevelschrift zelf niet meer in appèl worden vernietigd, er ook, wederom buiten de gevallen van art. 649, geen kwestie van is dat nietigheid der arbitrale uitspraak zou mogen worden uitgesproken door de rechterlijke macht — òf het laatste mag wèl geschieden, maar dan moet men ook zeggen dat het exequatur voor de arbitrale beslissing gezag van gewijsde slechts medebrengt, indien niet de onbevoegdheid der scheidslieden later door de rechterlijke macht wordt aangenomen, onder een resolutoire voorwaarde dus. De arresten van den Hoogen Raad van 1913 en 1919 boven vermeld zijn m. i. met beide meeningen overeen te brengen, omdat, aanvaardt men de eerste, de in deze arresten bedoelde rechter die het geschilpunt uitmaakt, enkel is de President der Rechtbank (afgezien van het uitzonderingsgeval van art. 643 Rv.), behoudens beroep op het Hof, welk beroep, mits de aangevoerde grieven niet behooren tot de in art. 649 genoemde gronden, tegen de beschikking van den President zoowel indien hij het exequatur verleent als indien hij het weigert, openstaat naar de leer van den Hoogen Raad gehuldigd bij zijn arrest van 31 Aug. 1918 *W.* 10310, *N. J.* 1918 bl. 973, i. v. m. *H. R.* 19 Okt. 1916, *N. J.* 1916 bl. 1170 en i. v. m. *H. R.* 15 Nov. 1917, reeds in *Themis* 1919 bl. 464 en 470 aangehaald. — In de lijn van laatstgenoemd arrest van 1917 ligt de stelling dat het eens verleende exequatur, wordt het niet in appèl vernietigd, de bevoegdheid der scheidslieden zóó vaststelt dat men daarna niet meer nietigheid hunner uitspraak wegens hun onbevoegdheid met vrucht zou kunnen be-

weren. Want het arrest acht het met het exequatur beoogde doel in niets anders gelegen dan door den President te doen vaststellen of scheidslieden bevoegd waren. Als nu zijn bevelschrift gezag van gewijsde mededeelt aan hun beslissing ten gronde, is het dan niet een miskennen zijner taak, zooals het arrest van 1917 die begrenst, indien men toelaat dat toch nog later bij een rechterlijk college (behalve dan in appèl van de presidiale beschikking) de arbitrale beslissing wordt beticht van nietigheid op grond van onbevoegdheid? Intusschen de presidiale beschikking zelf heeft als daad van volontaire jurisdictie, niet bestemd om rechtsverhoudingen vast te stellen, maar strekkende tot waarborg voor de bij de betrokken belangen gemoeide openbare orde, m. i. geen gezag van gewijsde, nu de wet dat niet bepaalt. En het is dan ook zeer de vraag of de formuleering van genoemd arrest van 1917 wel gelukkig is uitgevallen. Taak van den President is m. i. zeer zeker *mede, doch niet uitsluitend* het *onderzoeken* van de bevoegdheidskwestie (181). Maar al hangt zijn beslissing af van den uitslag van dat onderzoek, de wet draagt hem niet op de bevoegdheid of onbevoegdheid der scheidslieden — behoudens appèl — bindend *vast te stellen*. Hij geeft de kracht van een vonnis aan de arbitrale beslissing, maar dan ook enkel aan

(181) Vgl. Themis 1919 bl. 470—472. NOLEN t. a. p. bl. 134 v. o.—135 v. b. meent dat, indien scheidrechtters eigen bevoegdheid mogen onderzoeken, de President zich van dat onderzoek kan onthouden, omdat, mocht hij ze niet aannemen, daaruit toch niet zou volgen dat arbiters door over eigen bevoegdheid te beslissen hun competentie te buiten gingen. Maar al mogen de als arbiters ingeroepen eigen bevoegdheid onderzoeken, daarmee is toch niet gezegd dat die eigen bevoegdheid voor de zaak ten gronde nu ook vaststaat indien zij zelf haar aannemen, en dat dit den President niet aangaat. Ook hier weer houdt N. bevoegdheid voor de competentie-vraag en die voor de zaak ten principale niet uiteen.



datgene wat in waarheid een arbitrale beslissing der zaak ten gronde is, niet aan hetgeen zich ten onrechte daarvoor uit geeft, dus alleen aan de beslissing afkomstig van bevoegde scheidslieden (182). Of dit geval zich voordoet zal ook hij vóór alles hebben na te gaan, maar het resultaat waartoe hij te dien aanzien komt is niet bindend voor anderen. Ook na het verleenen van zijn bevelschrift kan worden volgehouden dat zij die als scheidslieden optraden daartoe niet bevoegd waren, dat hun beslissing als zoodanig dus van den aanvang af krachteloos was (183), en dat dan dientengevolge het presidiale bevelschrift dit lot deelt. In dien gedachtengang geldt m. i. hetzelfde voor een eventueele bevestiging van het bevelschrift door het Hof, dat immers enkel oordeelt in appèl van de presidiale beschikking, niet bij wijze van gewone rechtspraak, welks arrest daarom geen sterker kracht heeft dan die eener onaangetaste beschikking van den President,

(182) Het kan gebeuren dat zij die als arbiters uitspraak doen, bevoegd zijn voor het eene en onbevoegd voor een ander geschilpunt. Dan zijn zij enkel voor dit laatste geschilpunt in waarheid geen scheidslieden. Vgl. het naar eigen bevoegdheid ingestelde onderzoek in de arbitrale beslissing van 22 Okt. 1917, opgenomen in *W.* 10318.

(183) Minder gelukkig m. i. zegt Rb. Rott. 8 Mei 1918 *W.* 10390 dat de arbitrale beslissing geldig is totdat de gewone rechter haar nietigheid wegens onbevoegdheid uitsprekt. Die uitspraak van den gewonen rechter sluit toch in dat eerstbedoelde beslissing afkomstig is van iemand die zich ten onrechte voor scheidsmann hield, zoodat deze geen ware arbitrale beslissing is en dus ook nooit als zoodanig geldig kan zijn geweest.

Rb. Gron. 14 Maart 1919 *W.* 10446 weigerde mede te gaan met de concl. O. M., en op grond dat art. 649 Rv. er over zwijgt, niet-ontvankelijk te verklaren een eisch tot van-onwaarde-verklaring en buiten-effekt-stelling eener door den President met zijn exequatur voorziene arbitrale uitspraak, welke eisch steunde op de bewering dat zij die als scheidslieden waren opgetreden, hiertoe onbevoegd waren, omdat de overeenkomst houdende beding van arbitrage, niet zou zijn tot stand gekomen.

en niet tot onderwerp of voorwerp heeft de beslissing der scheidslieden en het geschilpunt over hun bevoegdheid. De wet had anders kunnen bepalen en aan den President (in appèl aan het Hof) het eindoordeel kunnen laten over genoemd geschilpunt. Nu zij dat niet heeft gedaan, is het m. i. ook niet aan te nemen, te minder daar men anders zou komen tot de anomalie dat dit eindoordeel wèl is gegeven voor de bevoegdheidskwestie in het algemeen, maar niet in de bizondere gevallen waarvan art. 649 no. 2 Rv. spreekt, welke, indien aanwezig, toch eveneens onbevoegdheid der arbiters als zoodanig medebrengen (184). Ik moet er echter bijvoegen

(184) Men kan uit art. 649 no. 2 argumenteeren tegen hetgeen ik in *Themis* 1919 bl. 479 heb gezegd, door aan te voeren dat nietigverklaring eener als arbitrale beslissing gegeven uitspraak wegens nietigheid van het compromis insluit dat de geheele als compromis bedoelde overeenkomst geen effect heeft, en deze zelf daarom als nietig is aan te merken. Hierop antwoord ik dit. Nog daargelaten dat een overeenkomst die geen effect heeft, niet behoef te zijn een nietig contract, in ons geval kan zij effect hebben, indien n.l. niet wordt gevolgd de weg aangewezen door art. 651 Rv. Wel overwoog Hof Amst. 3 Maart 1919 *W.* 10488, N. J. 1920 bl. 205, dat de mogelijkheid tot het inslaan van dien weg den belanghebbende niet belet ook daarbuitenom de nietigheid van het beding zelf te betoogen ten einde de kans op het verkrijgen eener nietige uitspraak te ontgaan. En m. i. is dat juist. Maar het is duidelijk dat dit betoog van den belanghebbende enkel succes mag hebben in de gevallen waarin het beding inderdaad aan radikale nietigheid lijdt. Juist dat nu is hier de kwestie. De wetgever heeft blijkens art. 651 Rv. bedoeld dat moet worden opgeheven de sanktionering van staatswege door het exequatur verbonden aan de als arbitrale beslissing gegeven uitspraak. Die opheffing moet geschieden door nietigverklaring dezer uitspraak. Maar kennelijk is er niet gedacht aan de eventualiteit dat de uitspraak, hoewel nietig als arbitrale beslissing, zou kunnen in stand blijven als een andere met afwijkende rechtsgevolgen. Het zou een gewaagde uitlegging van art. 649 vereischen die eventualiteit, ondanks dit artikel, aanwezig te achten in het geval dat de rechter bij verzet tegen het exequatur wordt geroepen tot vernietiging. Maar

dat aan de zoeven genoemde bepaling geen al te groot gewicht mag worden gehecht, daar zij toch overbodig is in het stelsel dat overblijft, indien men medegaat met het hier voorafgaande. Want als de nietigheid van rechtswege eener uitspraak van schiedslieden op grond hunner onbevoegdheid ook na het presidiale bevelschrift kan worden volgehouden, (afgezien hier nu van het geval dat er enkel is onbevoegdheid als scheidsrechters en niet tevens tot rechtspraak buiten arbitrage om) is het toelaten der vernietiging (of nietigverklaring) enkel op de speciale gronden van onbevoegdheid, genoemd in art. 649 no. 2, niet logisch te noemen (185). Echter is de verklaring hiervan te vinden in de onvaste terminologie van onzen wetgever ten aanzien der termen nietigheid en vernietigbaarheid. Die onvastheid blijkt in het bijzonder hier bij vergelijking van den aanhef van art. 649 met artt. 650 en 651. Art. 649 no. 2 zij dan overbodig of niet, nu de bepaling is opgenomen en het „sans compromis” uit art. 1028 no. 1 C. de Proc. is weggelaten, is het moeilijk een stelsel te aanvaarden, waarvan de consequentie zou zijn dat de Rechtbank alleen in de bij art. 649 no. 2 genoemde gevallen zich zou

m. i. is het geoorloofd gemelde eventualiteit aan te nemen als van artt. 649 no. 2 en 651 door den belanghebbende geen gebruik wordt gemaakt. Al komt men dan niet tot een logisch geheel bevredigend stelsel, dit is te wijten aan de wettelijke regeling. En nog minder bevredigend is het een als arbitrale beslissing gegeven uitspraak, enkel lijdend aan het euvel dat bij het contract de speciaal voor arbitrage gestelde vereischten zijn verwaarloosd, welke beslissing daarom toch zou kunnen in stand blijven met minder ver reikende gevolgen dan die eener arbitrale uitspraak, desniettemin als juridiek niet bestaande te beschouwen of geheel te vernietigen óók in de gevallen waarin de wet daartoe niet dwingt, wat zij niet doet als de weg van art. 651 niet wordt gevolgd.

(185) Over de strekking van art. 649 Rv. in dit opzicht vgl. Rb. Rott. 25 Okt. 1909 W. 9074 en daarbij H. v. BLOMMESTEIN in W. 8917 bl. 3. Zie ook NOLEN in Hand. Jur. Vereen. 1919 I (2) bl. 90 noot 2.

kunnen bemoeien met de bevoegdheidskwestie en niet in andere. Trouwens dat laatste zou niet altijd opgaan. Want, als men meent dat bij vernietiging van een presidiaal bevelschrift door het Hof wegens onbevoegdheid der arbiters, dit arrest enkel tot onderwerp heeft de presidiale beschikking en niet mede het geschilpunt over der scheidslieden bevoegdheid (al hangt van de beslissing daaromtrent het al of niet vernietigen van het bevelschrift af), dan zou na zijn vernietiging de Rechtbank toch niet zijn gebonden aan 's Hof's oordeel over de bevoegdheidskwestie, wordt deze daarna voor haar gebracht. En dit laatste zou mogelijk zijn, omdat na de vernietiging van het bevelschrift aanwezig is het boven vooropgestelde geval eener als arbitrale beslissing gegeven uitspraak, niet door een bevelschrift bekrachtigd, waarvan, gelijk we zagen, de nietigheid van rechtswege wegens onbevoegdheid bij elk rechter steeds kan worden staande gehouden. Het zwijgen onzer wet in deze materie leidt wegens al het hier aangevoerde dan ook niet tot het stelsel waarnaar het eindoordeel over de bevoegdheidskwestie, indien artt. 649 en 651 niet worden toegepast, blijft aan President en Hof, maar tot dat der volstreckte nietigheid eener onbevoegdlijk als arbitrale uitspraak gegeven beslissing, ook al mocht zij van een bevelschrift tot executie zijn voorzien, daargelaten het geval, waarin de onbevoegdheid enkel een gevolg is van niet naleving der speciaal voor een compromis gestelde vereischten (186).

Nog van één kwestie die de bevoegdheid der scheidslieden raakt, wil ik hier met een enkel woord gewag maken. Zij is gerezen naar aanleiding eener benoeming

(186) Uit het hier in den tekst gezegde volgt dat ik mij ten opzichte van de nietigheidsvraag vereenig met het naschrift der Red. in Arbitr. rechtspr. 2 no. 16 bl. 5 kol. 2 op de arbitrale beslissing in appèl van 19 Febr. 1920, aldaar bl. 4—5.

van scheidsleiden door den gewonen rechter, waarbij deze had aangenomen dat de door partij ontkende compromissaire overeenkomst wel degelijk was tot stand gekomen. De arbitrale uitspraak van 30 Dec. 1916, opgenomen in *W.* 10139, was nu van meening dat de zooveen bedoelde overweging in een verstekvonnis dat formeel in kracht van gewijsde was gegaan, ook materieel gezag had van gewijsde, zoodat het tot stand komen der overeenkomst en daarmee de bevoegdheid der benoemde arbiters vaststond. De vraag is echter of een vonnis, waarbij scheidslieden worden benoemd, ook als het is gewezen op bij dagvaarding ingestelde vordering, niet toch materieel is een daad van voluntaire jurisdictie zonder gezag van gewijsde, dan wel of het vonnis ook is een uiting der eigenlijke rechtspraak met genoemd gezag, als vaststellend een recht van partij op de benoeming. Neemt men dit laatste niet aan, dan zou ondanks zulks een vonnis, de onwettigheid der benoeming wegens gemis aan compromissair beding, en dientengevolge de onbevoegdheid van scheidslieden, zoowel bij hen zelf als daarna bij de rechterlijke macht kunnen worden beweerd. De beantwoording der kwestie hangt geheel af van het karakter dat men moet toekennen aan het vonnis houdende de benoeming, en verder van hetgeen in het algemeen is aan te nemen voor de leer van het gezag van gewijsde. Daarom zou zij hier minder op haar plaats zijn, en volsta ik met de loutere vermelding.

§ 7. *De bevoegdheid bij rechtspraak door partikulieren tot beoordeeling van een beroep op schuldvergelijking.*

Indien een gedaagde beweert dat hij tegenover eischers schuldvordering een andere kan stellen, waardoor beide geheel of gedeeltelijk worden gecompenseerd, is het mogelijk dat, zoo hij hiervoor een eisch in reconventie

deed, deze zou vallen buiten de grenzen der competentie van hen die hebben te beslissen. Heeft dit nu ten gevolge dat zij zich ook van een onderzoek over het bestaan der tegenvordering moeten onthouden, indien op de schuldvergelijking bij wege van exceptie een beroep wordt gedaan? Tot die gevolgtrekking bestaat m.i., welke opvatting men ook heeft van art 1462 B.W., geen goede reden, niet alleen dan niet als geprocedeerd wordt voor een der tot de rechterlijke macht behorende gerechten, doch evenmin als de beslissing van partikulieren, scheidslieden of anderen, wordt ingeroepen. Voor de rechterlijke macht geldt dat elk rechter, die niet bevoegd zou zijn tot beslissing van zeker geschilpunt, werd het bij zelfstandige vordering voor hem gebracht, daaromtrent toch een niet bindende praesjudicieele beslissing mag geven in een geding dat wèl te zijner competentie staat. Waarom zou niet hetzelfde zijn aan te nemen bij rechtspraak door partikulieren? Evenwel meent NOLEN in R. Mag 1917 bl. 487—488 dat scheidslieden in zulk geval wegens hun onbevoegdheid schuldvergelijking uitgesloten zouden moeten achten. M.i. is deze zienswijze onjuist. Onbevoegd zijn zij enkel tot het geven eener *bindende* beslissing over de schuldvordering die valt buiten het compromissoire beding. Maar dat belet hen niet te onderzoeken of het beroep op die schuldvordering juist is, en dan compensatie te weeg brengt. Wijzen zij eischers vordering af, omdat zij schuldvergelijking aannemen, dan hebben zij hierdoor niet bindend beslist over de tegenvordering. Wordt het bedrag daarvan door hem, die bij arbiters gedaagde was, nog eens opgeëischt bij den daarvoor bevoegden rechter, dan zou een exceptie van gewijsde zaak niet opgaan, maar de vordering op dezen grond zijn af te wijzen dat hij die thans als eischer optreedt, reeds voldaan is.

Hebben arbiters het beroep op schuldvergelijking verworpen, de rechterlijke macht kan de tegenvordering toch steeds erkennen. Dit alles, indien men van oordeel is dat het gezag van gewijsde zich niet uitstrekt buiten het onderwerp (voorwerp) der door eischer ingestelde rechtsvordering. Op dat standpunt meen ik mij, ook na het arrest van den Hoogen Raad van 30 Juni 1916 *W.* 10026, *N. J.* 1916 bl. 859, *W. P. N. R.* 2453 (187), te moeten plaatsen, en hiervan uitgaande kan ik tot geen andere conclusie komen dan door mij is aangegeven. De kwestie ligt in hoofdzaak op het gebied der leer van het gezag van gewijsde. Onder meer voor de compensatie kan men daarbij van meening verschillen, en het zou mij dan ook niet verwonderen als anderen aan NOLEN's opvatting de voorkeur geven. Dat zij bedenkelijke gevolgen kan hebben, wordt overigens door hem zelf t. a. p. bl. 488 erkend.

#### N a s c h r i f t.

1°. Bij noot 55 zie nog Hof 's-Gravenhage 20 Juni 1919 *W.* 10487, welks opvatting (in het arrest onder 2°. en 3°. weergegeven) mij voorkomt het gevolg te zijn eener miskennis van de strekking der uitzonderingsclausule in het contract, dat toen ter sprake kwam.

2°. Noot bij *Themis* 1920 bl. 31 reg. 7 v. b. („... bestaande rechtsverhoudingen”).

H. R. 16 Jan. 1920 *W.* 10562, *N. J.* 1920 blz. 183 achtte geoorloofd de opdracht aan een der partijen van de beslissing van een geschil over de toepassing van

(187) Vgl. de belangrijke noot op dit arrest van E. M. MELJERS in *W. P. N. R.* 2453. Het zou te ver voeren hier meer in details te treden. Daarom stip ik slechts aan, zonder het te betoogen, dat met de door den H. R. in 1916 gegeven beslissing het hier in den tekst gezegde verenigbaar is.

een voor hen geldend reglement, omdat de H. R. hierin geen rechtspraak zag (vgl. noot 119*b*). Als argument hiervoor voerde hij aan dat er dan geen mogelijkheid is een executorialen titel te verkrijgen. In die mogelijkheid zag de H. R. dus een *essentieel vereischte* voor het aanwezig zijn eener opdracht tot rechtspraak. Echter is dat, dunkt mij, zelfs niet juist voor de rechtspraak van staatswege, althans als men een z.g. *sententia mere declaratoria* voor geoorloofd houdt. Wel kan bij die rechtspraak van staatswege worden gezegd dat juridiek de mogelijkheid van executie aanwezig moet zijn, indien n.l. de inhoud der beslissing executie toelaat, en behoudens speciale wettelijke uitzonderingen. Maar datzelfde gaat niet op voor de rechtspraak door anderen dan de van staatswege aangestelde rechters, waarvan ten deze moest worden uitgemaakt of zij was opgedragen. Op dit punt kan ik mij met voormeld arrest kwalijk vereenigen.

De opvatting, die mogelijkheid van executie als onmisbaar vereischte stelt voor het aanwezig zijn van rechtspraak, houdt verband met de door velen aangehangen zienswijze dat dwang behoort tot het wezen van het positieve recht zelf. Het is zeer begrijpelijk dat hij die van deze meening is, zich ook geen rechtspraak kan voorstellen zonder afdwingbaarheid, maar evenzoo omgekeerd dat het verwerpen der leer als zou afdwingbaarheid een essentieel kenmerk zijn van het positieve recht, leidt tot het aannemen van rechtspraak bij voor partijen bindende beslissing van geschillen over de tusschen hen bestaande rechtsverhouding. Nu is het niet te ontkennen dat het positieve recht en de rechterlijke uitspraak over het geheel niet zouden zijn te handhaven enkel door psychologische middelen zonder feitelijken dwang. Maar daaruit volgt alleen dat dwang onmisbaar is tot verwezenlijking van het positieve recht, en van de rechtspraak,



het eene en het andere ieder in het algemeen beschouwd. Er volgt echter niet uit dat die dwang behoort tot de essentieele kenmerken van een van beide. Het gaat niet aan deze vraag van rechtswijsgeerigen aard in dit naschrift grondig te behandelen. Dat is trouwens elders door anderen gedaan. Zie V. CATHEIN, *Recht, Naturrecht u. positives Recht*, 2e dr. (1909) bl. 94—108, die litteratuur aanhaalt.

H. D(E) J(ONG) meent in *W.* 10562 in zijn noot 2 op het zooveen vermelde arrest H. R. van 1920, dat de Hooge Raad, althans bij sommige der in noot 100 door mij aangehaalde arresten, wèl rechtspraak heeft gezien in de partikuliere beslissing. D. J. leidt het af uit de overweging betreffende de uitsluiting van 'srechters tusschenkomst in het arrest van 1877 (zie ook dat van 1903). Maar hij vergeet dat voor zijn gevolgtrekking eerst zou moeten vaststaan dat elke beslissing die de staatsrechter moet geven over eenig punt, van belang voor diens dictum, ook als zij op zich zelf wordt beschouwd, materieel rechtspraak is. Niet alleen staat dat niet vast, het is niet zoo. Na § 3 van mijn opstel behoef ik daarop hier niet terug te komen. De bedoelde zinsnede in de genoemde arresten is op te vatten als ziende op het in de plaats stellen der partikuliere beslissing van die der rechterlijke macht voor bepaalde geschilpunten. Omtrent den aard dier beslissing zegt zij niets.

3°. Noot bij *Themis* 1920 bl. 40 reg. 8 v. b. („bedoeld”).

Ten onrechte beweert H. D. J. in zijn (hier onder 2°. geciteerde noot dat niet enkel in het stelsel van den Hoogen Raad, maar eveneens in dat van MELJERS, bewijs van kwade trouw steeds zou moeten worden geleverd, om de partikuliere beslissing met vrucht te kunnen bestrijden. Daarentegen is juist D. J.'s opmerking dat er in gevallen, als waarop o.a. het arrest van 16 Jan. 1920

betrekking had, mede aanwezig is een contract van lastgeving. Een onplitsbaar gemengd contract, zooals dat van art. 1637c lid 1 B. W., is er echter niet. En D. J.'s opmerking reikt niet verder dan die contracten, waarbij opdracht tot beslissing aan een der partijen bij het contract wordt gegeven. De lastgeving bij opdracht aan een derde, welke ik op bl. 39—41 samen met de andere heb besproken, is geen deel van het contract dat tusschen degenen die de opdracht doen, onderling is gesloten doch staat op zich zelf. En wat aangaat een contract met opdracht aan een der partijen, de oplossing die D. J. meent te hebben gevonden, onderstelt dat de lastgeving waarom het hier te doen is, valt onder de bepalingen van boek 3 titel 17 van het B. W. Nu zijn de controversen, waartoe art. 1829 B. W. aanleiding heeft gegeven, bekend en, naar het mij voorkomt, op zich zelf al een rechtvaardiging van mijne poging op andere wijze dan D. J. heeft gedaan, tot een resultaat te komen. B.v. zou hij, die met ASSER-LIMBURG, B. W. III, afl. 10 bl. 3, de lastgeving van titel 17 niet beperkt acht tot vertegenwoordiging (waaronder het handelen op eigen naam m.i. niet behoort te worden gerangschikt; „in deszelfs naam”, van art. 1829 geeft overigens weer wat POTHIER, Mandat no. 10 aanduidt met „à sa place”), desniettemin van oordeel kunnen zijn dat LAND gelijk heeft, die in zijn Verklaring, 1e dr. III, 2 (1894) bl. 283 zegt dat blijkens art. 1829 onze wet het terrein der lastgeving beperkt tot die rechtshandelingen, waarbij de lasthebber voor den lastgever met derden heeft te handelen, zoodat ons geval toch nog uitgesloten zou zijn. En hoe men hierover ook denke (tegen LAND kan een beroep worden gedaan op de lastgeving, waarvan art. 1833 lid 1 B. W. spreekt voor daden van beheer), de artt. 1837 vlgg. B. W., die D. J. wil toepassen, handelen

over de verantwoordelijkheid van den lasthebber, niet over de gebondenheid van den lastgever aan een beslissing van eerstgenoemde. Wil men daarvoor art. 1844 lid 2 inroepen, dat echter meer speciaal doelt op de verhouding tot derden, moet men dan niet toch gelijke redeneering bezigen als ik op bl. 40 heb gedaan?

4°. Noot 101 is aldus aan te vullen: zie voorts H. R. 16 Jan. 1920 W. 10562.

5°. Bij noot 125*b* vgl. nog MOLENGRAAFF in Hand. Jur. Vereen. 1920 I (1) bl. 2. Zou hij wegens de plaatsing van den 10en titel van boek III in het B. W. ook de door art. 1690 mede genoemde op openbaar gezag ingestelde zedelijke lichamen onder de overeenkomsten rangschikken? Het in noot 125*b* vermelde opstel van MOLENGRAAFF wordt nog bestreden door MÖLSTER in Hand. Jur. Vereen. 1920 I (4), die bl. 1 verdere litteratuur aanhaalt.

's-Gravenhage, Juli 1920.

---

### Verdediging ten principale

---

Of een weer al of niet eene verdediging ten principale is, dient beslist te worden bij de toepassing van de artt. 141*b* en 348*c* Rv. Volgens het eerste artikel vervalt het recht van den verweerder om ten principale te antwoorden, als hij dit niet bij zijn antwoord gedaan heeft, doch toen slechts een of meer exceptiën voordroeg (1). In hooger beroep mag de verweerder geene andere nieuwe wren van rechten inbrengen, dan die eene verdediging ten principale opleveren.

Voor de wet HARTOGH (1896) was art. 348*c* bijna gelijkkluidend, doch art. 141*b* is geheel nieuw.

Krachtens het Wetboek van 1838 was de verweerder gehouden, ingeval de rechter, naar hij meende, onbevoegd was uit hoofde van den persoon des verweerdens, deze exceptie voor te stellen voor eenige andere weer. Bij onbevoegdheid van den rechter uit hoofde van het onderwerp des geschils, mocht de exceptie voorgedragen worden in elken stand van het geding. Dilatoire exceptiën moesten gezamenlijk voor alle andere exceptiën en antwoorden ten principale voorgesteld worden. Niettemin konden

---

(1) Op dezen algemeenen regel zijn eenige uitzonderingen. Volgens art. 141*c* Rv. moge de lieden, die in termen van beraad zijn, hunne verwering tot een beroep daarop beperken. Het verzoek om den verweerder in vrijwaring op te roepen moet gedaan worden voor alle wren. Hij mag echter de exceptie van onbevoegdheid des rechters er mede vereenigen. De exceptiën van voorafuitwinning van den schuldenaar en van schuldsplitsing, aan den borg gegeven, mogen en moeten voor elke andere verdediging voorgedragen worden.

erfgenamen, weduwen en vrouwen, hetzij uit den echt, hetzij van tafel en bed, of van goederen gescheiden, aanvankelijk volstaan met als exceptie voor te dragen, dat zij waren in termen van beraad. Alle overige exceptiën moesten met het antwoord tegelijk worden voorgesteld.

Hiervan waren weer uitgezonderd:

1°. de exceptie van gewijsde zaak, hetzij door een rechterlijk vonnis, hetzij door eene uitspraak van scheidslieden;

2°. de exceptie van dading;

3°. de exceptie, dat de aanlegger de hoedanigheid niet bezit, welke hij zich toeschrijft, of dat de verweerder de hoedanigheid niet bezit, in welke hij is gedagvaard.

Deze exceptiën mochten voor het antwoord ten principale worden voorgesteld.

Deze regeling bevorderde het slepend houden der gedingen. Men had niet uitgerekend, dat de mogelijkheid bestond om 18 instantiën te doorloopen. Aan dezen toestand heeft de wet HARTOGH met een forschen greep een einde gemaakt.

Over het onderwerp, dat ons bezighoudt, verwachten wij in de eerste plaats licht van den vader der wet. Dit valt echter tegen. HARTOGH en COSMAN schrijven: „overigens geeft de wet nergens een definitie van de „begrippen: exceptie en verdediging ten principale. In „het vervolg zal het dus evenals voorheen aan wetenschap en rechtspraak zijn overgelaten het onderscheid „tusschen die beide hoofdsorten van verweermiddelen „vast te stellen, waarbij het echter te verwachten is, dat „de oude artt. 159, eerste lid en 160 der wet van 1838 „niet uit het oog zullen worden verloren” (bl. 58).

Ongelukkigerwijze is de wetenschap niet tot overeenstemming gekomen. FAURE, VAN ROSSEM, STAR BUSMAN verschillen sterk.

FAURE beschouwde alle peremptoire exceptiën als weren ten principale, zoowel voor art. 141 als voor art. 348 (1). Wat art. 348 betreft, is Mr. VAN ROSSEM het met hem eens, doch voor art. 141 acht hij de peremptoire exceptiën geen verdediging ten principale op te leveren (2). Volgens Mr. W. C. STAR BUSMAN zijn de vier exceptiën, in art. 160 (oud) genoemd, ook onder de nieuwe wetgeving exceptiën gebleven, niet opgenomen in de weren ten principale, zoowel voor art. 141 als voor art. 348. Alle andere peremptoire exceptiën zijn verwerpingen ten principale (3).

Ik zal aanvangen met mijne denkbeelden uiteen te zetten en vervolgens de schrijvers bestrijden, die met mij van meening verschillen.

De exceptiën worden verdeeld in dilatoire, declinatoire en peremptoire. Voor ons onderzoek zijn slechts de laatste van gewicht.

Nu zoude men allicht denken, dat er een kloof bestond tusschen peremptoire exceptiën en weren ten principale. Niets is minder waar. Volgens de gangbare meening leveren deze exceptiën weren ten principale op.

FAURE schreef: „Wil men nu in dezen tot een bevredigende uitkomst geraken, dan moet men blijven vasthouden aan het denkbeeld, dat tot de exceptiën, altijd een categorie van verdedigingsmiddelen is gebracht, welke in hun gevolg met de verdedigingsmiddelen ten principale op ééne lijn kwamen, met name de peremptoire” (Deel V bl. 113).

Mr. VAN ROSSEM zegt van de peremptoire exceptiën

(1) Deel II, 4de uitgave, bl. 147. Deel III, 3de uitgave, bl. 147. Deel V, bl. 113.

(2) Deel I, 2de uitgave bl. 266.

(3) De exceptio plurium litis consortium, bl. 53.

dat zij „voor goed een einde aan de zaak maken”. Zij zijn dus weren ten principale.

Bij een aantal arresten besliste de Hooge Raad, dat eene peremtoire exceptie eene verdediging ten principale oplevert (1).

Schijnbaar worden in art. 160 (oud) alle exceptiën, ook de peremtoire, gesteld tegenover de weren ten principale. De vier exceptiën, daar genoemd, zijn peremtoir en kunnen voor het antwoord ten principale worden gesteld. Zij schijnen dus niet tot dat antwoord te behooren. Het gevolg van deze opvatting zoude zijn, dat volgens art. 348 niet eene nieuwe peremtoire exceptie in hooger beroep zoude mogen worden gesteld, want slechts nieuwe verdedigingen ten principale zijn toegelaten. Men kan toch in het zelfde wetboek het eene artikel niet uitleggen in strijd met het andere. Evenwel zulk eene uitlegging van art. 348 kan de wetgever niet bedoeld hebben.

Hoe weinig ten tijde van de totstandkoming van de wetgeving 1838 exceptie en verweer ten principale tegenover elkander werd geplaatst, blijkt uit de eerste redactie van art. 348. Deze luidde: Zullende echter de oorspronkelijke verweerder nieuwe exceptiën kunnen inbrengen, mits dezelve een verdediging ten principale opleveren enz. De Tweede Afdeeling wenschte terecht, dat het woord „exceptiën” zoude worden vervangen door „weren van regten”, daar volgens de bestaande redactie wel eene nieuwe peremtoire exceptie, doch niet een ander nieuw verweermiddel ten principale konde voorgesteld worden in hooger beroep. De Regeering had te sterk de peremtoire exceptie en de verdediging ten principale vereen-

---

(1) Van de door mij gevonden arresten is het eerste van 11 December 1846 (W. 770) en het laatste van 6 Mei 1904 (W. 8063).

zelvigd. Ongetwijfeld evenwel beschouwde ook de Kamer de peremptoire exceptie als een weer ten principale. Dit was de algemeene opvatting, zooals blijkt uit het ontwerp 1820. Dit leerstellige wetboek geeft vrijwel weer de wetenschappelijke opvattingen van die dagen. Art. 3274 luidt: Peremptoire exceptiën, de gansche zaak in geschil betreffende, kunnen ook ten principale tot ontzegging van den eisch worden ingeroepen.

Als door art. 348 de peremptoire exceptiën niet zijn geplaatst buiten de weren ten principale, dan is dit ook niet geschied door art. 160 (oud). Het was niet de bedoeling om de vier peremptoire exceptiën niet tot het antwoord ten principale te rekenen. Zij werden afzonderlijk genoemd, omdat zij konden gesteld worden vóór andere weren ten principale.

Bij arrest van 4 December 1848 (*W.* 770) besliste de Hooge Raad, dat de verdediging: niet de commissie-Grootboek, doch de Staat had moeten gedagvaard zijn, ten opzichte van het hooger beroep eene verdediging ten principale oplevert. De Hooge Raad nam aan bij arrest van 12 Maart 1863 (*W.* 2466), dat de verdediging: de eischer heeft niet de hoedanigheid, die hij zich toeschrijft, een weer ten principale is. Beide verweermiddelen waren in art. 160 (oud) exceptiën genoemd. Niet alleen zag de Hooge Raad er geen bezwaar in peremptoire exceptiën als verdedigingen ten principale te beschouwen, doch zelfs twee exceptiën, in art. 160 (oud) genoemd, werden tot weren ten principale gerekend, niettegenstaande zij schijnbaar er buitengesloten werden.

Zijn nu onder „alle exceptiën” in art. 141 (nieuw) ook te begrijpen de peremptoire exceptiën? Zoo ja, dan kan bijvoorbeeld de exceptie van gewijsde zaak niet voor het eerst bij dupliek gesteld worden. Heeft men zich bij antwoord beperkt tot deze exceptie, dan zouden bij dupliek



geene andere weren ten principale aangevoerd mogen worden.

Ook zoude het gevolg zijn, dat in hooger beroep geene nieuwe peremtoire exceptiën mochten gesteld worden. Niet de vier in art. 160 (oud), noch bijvoorbeeld betaling, kwijtschelding, schuldvernieuwing, schuldvergelijking. Hier zoude eene aanmerkelijke belemmering van de verdediging uit voortvloeien.

Nu wij gezien hebben, dat in art. 160 (oud) de peremtoire exceptiën niet werden gescheiden van de verdediging ten principale, bestaat er geen grond om voor art. 141 (nieuw) dit wel aan te nemen, te minder, daar de vier peremtoire exceptiën niet meer in art. 141 genoemd worden.

De Hooge Raad besliste bij arresten van 10 Mei 1901 (*W.* 7606), 13 Mei 1902 (*W.* 7771) en 6 Mei 1904 (*W.* 8063) dat een peremtoire exceptie voor het eerst in hooger beroep mocht worden voorgedragen.

Ik heb de opvattingen van FAURE en van den Hoogen Raad verdedigd en ga thans over tot bestrijding van de andersdenkenden.

Het eerst ontmoeten wij HARTOGH en COSMAN. Deze verwachtten, dat bij het vaststellen van het onderscheid tusschen exceptie en weer ten principale de artt. 159 en 160 (oud) niet uit het oog zouden worden verloren. Het is niet duidelijk, wat zij hoopten. In ieder geval meen ik aangetoond te hebben, dat uit art. 160 (oud) niet kon afgeleid worden, dat er een kloof bestond tusschen de peremtoire exceptiën en de weren ten principale. De historische uitlegging kan dus niet eischen, dat er voor art. 141 wel zulk een kloof zoude bestaan.

Hierop stuit ook af het bezwaar van R. F. FEITH

om alle peremptoire exceptiën weren ten principale te noemen (1).

Door Mr. VAN ROSSEM wordt zijne stelling, dat voor art. 141 de peremptoire exceptiën niet zijn weren ten principale afgeleid uit de woorden der wet, den inhoud van art. 160 (oud) en de bedoeling des wetgevers.

Wat de woorden betreft, meen ik aangetoond te hebben, dat onder „alle exceptiën” niet moeten begrepen worden de peremptoire exceptiën.

Ook een beroep op art. 160 (oud) is vruchteloos.

Tegen het Hof te 's-Gravenhage, dat twee keer besliste overeenkomstig de leer van FAURE (2), wordt aangevoerd: „Aan de bedoeling des wetgevers, de gansche verdediging „in eens, wordt door deze leer m. i. een slag toegebracht” (3). Het is in ieder geval onjuist, dat volgens de bedoeling van den wetgever de geheele verdediging in eens zoude moeten worden voorgedragen. Bij het mondeling overleg tusschen de commissie uit de 2de Kamer en HARTOGH werd vastgesteld, dat „indien slechts ten „principale geantwoord is, aanvulling bij dupliek niet „is uitgesloten”.

Van eene bedoeling des wetgevers om de peremptoire exceptiën niet als weren ten principale te beschouwen is niets gebleken. Schromelijk overdreven is de uitlating van Mr. VAN ROSSEM: „daarenboven zijn wij op die wijze door de wet HARTOGH er op achteruitgegaan”. De bevoegdheid om exceptiën te doen berechten vóór de behandeling ten principale, wat de oude praktijk noemde: persisteeren bij eene exceptie, is onherroepelijk van de baan. Deze

(1) *Themis* 1903, bl. 181.

(2) 28 Mei 1903 (*W.* 7961) en 9 Juni 1910 (*W.* 9063).

(3) 2de druk, bl. 266.

bevoegdheid gaf juist aanleiding tot de groote vertragingen. Ook de vier exceptiën van art. 160 (oud) konden afzonderlijk gesteld en gehandhaafd worden tot in cassatie.

Het bezwaar van Mr. VAN ROSSEM bestaat hierin: „Het opwerpen van de peremptoire exceptiën b.v. van „dading in gewijsde zaak was vroeger na het antwoord „ten principale niet toegelaten; nu die exceptiën volgens „het Hof als een verdedigingsmiddel ten principale „moeten worden opgevat, zouden zij dus thans bij eene „latere conclusie, nadat bij de voorafgaande ten principale „is geantwoord, kunnen worden voorgesteld”.

Het is waar, dat thans eene peremptoire exceptie bij repliek mag worden gesteld, doch wat beteekent dit in vergelijking met de groote opruiming, die heeft plaats gehad?

Een groot nadeel is aan de opvatting van Mr. VAN ROSSEM verbonden. Als in art. 141 de verdediging ten principale niet de peremptoire exceptiën omvat, zoude dit ook niet het geval zijn ten opzichte van art. 348, wat, zooals wij hebben gezien, zeer ten nadeele van de verdediging zoude zijn. Wel legt Mr. VAN ROSSEM art. 348 anders uit dan art. 141, doch dit is, zooals wij mede gezien hebben, eene ontoelaatbare wetsuitlegging.

Mijn bezwaar tegen de leer van Mr. BUSMAN is, dat hij de vier peremptoire exceptiën van art. 160 (oud) ook als exceptiën beschouwt voor de artt. 141 en 348, bl. 53. Naar zijne meening waren onder de wet 1838 deze vier exceptiën geen weren ten principale ten opzichte van art. 348. Zij zijn dit nog niet, ook niet voor art. 141. Wat de exceptiën betreft, „heeft de wet HARTOGH ten „deze opzichte niets gewijzigd, zoodat de verweermiddelen, „die vóór 1896 exceptie waren, . . . het nu nog zijn; „reeds daarom is dat waar, omdat het vaststaat, dat men

„het begrip van exceptie niet heeft willen veranderen” (bl. 45).

Ik heb getracht aan te toonen, dat onder de oude wetgeving alle peremptoire exceptiën, en dus ook die van art. 160, verdedigingen ten principale waren. Dit juist zijnde, zal Mr. BUSMAN de eerste zijn om mij toe te geven, dat daarin door de wet HARTOGH geen verandering werd gebracht.

Mij stellende op het standpunt van Mr. BUSMAN, wat betreft de wet 1838, komt het mij gewaagd voor daaruit af te leiden, dat de vier exceptiën van art. 160 (oud) dit zijn gebleven na de wet 1896. Die vier exceptiën zijn uit de wetgeving verdwenen, en men dient òf met FAURE aan te nemen, dat alle peremptoire exceptiën waren ten principale zijn geworden, òf, zeer ten nadeele van de verdediging, dat de peremptoire exceptiën werkelijke exceptiën zijn.

Aan de uitlegging van Mr. BUSMAN kleeft nog iets vreemds. Hij erkent op het gebied van rechtsvordering slechts exceptiën in het Wetboek van Rechtsvordering genoemd. Mijns inziens eene onjuiste opvatting, doch, de juistheid aannemende, kon men geene exceptiën behouden die uit het wetboek zijn verdwenen, ook al mocht de wetgever zich niet bewust zijn geweest van de gevolgen der weglating.

Onder de bewerking van Mr. BUSMAN wordt de wet irrationeel, Waarom zouden de vier exceptiën van art. 160 (oud) niet weren ten principale zijn, doch betaling, kwijtschelding, schuldvernieuwing wel?

Bij mijne opvatting der wet heeft het geen zin te zoeken naar de grens tusschen peremptoire exceptiën en weren ten principale. Deze exceptiën zijn alle weren

ten principale en kunnen dus uit de wetenschap verdwijnen.

Van gewicht is het daarentegen vast te stellen of eene verwerping is eene dilatoire exceptie dan wel een weer ten principale. Immers zulk eene exceptie mag niet opgeworpen worden bij repliek en evenmin in hooger beroep. Ik zal trachten nadere bepalingen te geven.

Dilatoire exceptiën zijn, zooals de naam aangeeft, verweermiddelen, die bij gegrondbevinding een uitstel ten gevolge hebben. Het gevolg kan zeer goed zijn, dat het geding verloren wordt, doch de vordering moet ongerept blijven. Dit is de meening van FAURE, volgende het Ontwerp 1820 (1). Door een verweer ten principale wordt het gevorderde recht aangetast.

Van zulke bepalingen wil Mr. BUSMAN niets weten. Eene exceptie zoude zijn, wat Rechtsvordering zoo noemt; alle andere verdedigingsmiddelen wren ten principale (bl. 53). Deze leer steunt noch op den Code de Procédure Civile, noch op ons Wetboek van Rechtsvordering en kan zich slechts beroepen op het gevoelen van eenige Fransche schrijvers. Wij hebben reeds gezien, dat Mr. BUSMAN tot de irrationeële conclusie komt, dat de vier peremptoire exceptiën van art. 160 (oud) eigenlijke exceptiën zijn. Ik zal er de opmerkzaamheid op vestigen, dat hij aan dilatoire exceptiën, tegen den aard der verdedigingsmiddelen in, de kracht geeft van wren ten principale.

FAURE, ook hierin het Ontwerp 1820 volgende, acht zoowel een beroep op den nog niet verschenen termijn als op het nog niet vervuld zijn van de voorwaarde, eene dilatoire exceptie. Wat de tijdsbepaling betreft, acht ik deze meening juist. Het middel heeft uitstel ten gevolge. Al moge de vordering schipbreuk lijden, het gevorderde recht blijft ongedeerd. Door ook hier een weer ten

(1) Deel I, 2de druk, bl. 287.

principale aan te nemen (1), doet Mr. BUSMAN aan den aard van het verdedigingsmiddel geweld aan.

De voorwaarde schort het recht op; hetzij door de verbintenis op te schorten, totdat zekere gebeurtenis plaats hebbe, hetzij door de verbintenis te doen vervallen, naarmate de gebeurtenis al of niet voorvalt. Dagvaardt men uit de verbintenis of uit het vervallen der verbintenis voordat de voorwaarde vervuld is, dan bestaat de mogelijkheid, als de exceptie niet wordt opgeworpen, dat iets worde toegewezen, waarop de eischer nimmer recht zal hebben. De mogelijkheid bestaat, dat het recht van den gedaagde gekrenkt wordt. Daarom is het verdedigingsmiddel een weer ten principale. Het gevolg van de toewijzing is niet, dat de vordering tijdelijk niet kan ingesteld worden.

Mr. BUSMAN is vijandig tegen de *exceptio plurium litis consortium* gestemd. Hij meent, dat, behoudens enkele uitzonderingen, in de wet genoemd, de opgeworpen exceptie noch is eene eigenlijke exceptie, noch een weer ten principale. Er behoeven niet meerderen in het geding geroepen te worden. Ik laat in het midden, of de schrijver in de vele gevallen, waarbij de exceptie werd opgeworpen, juist besliste, doch ik wensch op te komen tegen het rangschikken van alle exceptiën in de wet genoemd onder de weren ten principale. Dat dit de bedoeling van Mr. BUSMAN is blijkt uit den zin: „Is de slotsom, waartoe „wij gekomen zijn juist, dan is de exc. p. l. c. zonder „twijfel een verweermiddel ten gronde” (bl. 54).

Volgens art. 315 B. W. moet alle rechtsvordering tot het ontkennen van de wettigheid van een kind gericht worden tegen een bijzonderen aan het kind toe te voegen voogd, en zal de moeder behoorlijk in het geding moeten

(1) Het materieele exceptiebegrip, Rechtsg. Mag. 1907, bl. 526.

worden opgeroepen. Verzuimt de eischer deze oproeping en beroept de voogd zich op dit verzuim, dan is niet een weer ten principale voorgedragen. Uit het niet oproepen van de moeder kan nimmer volgen de wettigheid of onwettigheid van het kind.

De toewijzing van het verweermiddel heeft ten gevolge, dat de moeder alsnog moet opgeroepen worden en heeft dus uitstel ten gevolge. Het heeft het karakter van eene dilatoire exceptie. Toch zoude ik betwijfelen of het middel voor het eerst in hooger beroep mag opgeworpen worden.

Het is geen weer ten principale, doch de wetgever heeft gewild, dat de moeder zoude opgeroepen worden. Het is geen recht, aan den voogd toekomende, doch een voorschrift van openbare orde, dat in iederen stand van het geding kan ingeroepen worden, en door den rechter ook ambtshalve moet worden toegepast.

Ik kom thans ten slotte aan mijn vierde voorbeeld van classificatie. Wanneer verscheidene personen eenig goed, dat hun samen toebehoorde, met het recht van wederinkoop hebben verkocht, of indien de verkooper, die dat beding gemaakt heeft, sterft met achterlating van meer erfgenamen, kan ieder hunner het recht van wederinkoop slechts doen gelden voor zoover zijn aandeel bedraagt. Nu heeft echter de koper in elk geval niet een gedeelte, maar het geheele goed gekocht. Eischt een der verkoopers of erfgenamen wederinkoop, dan geeft art. 1565 B.W. aan den koopman het recht te vorderen, dat alle de medeverkoopers of mede-erfgenamen worden opgeroepen teneinde zich onderling nopens den wederinkoop van het geheele goed te verstaan, en indien zij het niet eens worden, zal de eisch tot wederinkoop worden ontzegd.

Beschouwde men het oproepen van de medeverkoopers

of mede-erfgenamen als eene dilatoire exceptie, dan zoude deze niet bij dupliek, noch in hooger beroep kunnen gesteld worden. Het gevolg zoude zijn, dat de kooper voorgoed verstoken zoude zijn van een recht, hem door de wet gegeven, om het geheele goed terug te geven of te behouden. Het verweermiddel is dus een weer ten principale.

*Arnhem*, 25 October 1919

† G. WTEWAALL



### De wetgeving der Twaalf Tafelen (1)

Al is de studie van het Romeinsche recht heden anders georiënteerd dan in de dagen van GOUDSMIT, toen hij de bekende woorden uitsprak „iuri Romano opera est danda non quod Romanum sed quod ius est” (2), toch verdienen voorzeker de oudst bekende documenten van dat recht nog altijd onze volle aandacht.

De jurist zoowel als de philoloog, de taalkundige, de historicus en de archaeoloog zullen hun belangstelling aan deze stof niet kunnen onthouden.

Het is niet mijn doel — het zou mij trouwens niet mogelijk zijn — het onderwerp in vollen omvang te behandelen; ik wil slechts over eenige min of meer bekende feiten iets zeggen en een enkele, misschien nieuwe, opmerking maken.

(1) Cf. over den naam: MOMMSEN, Ges. Schr. 3, bl. 364 en vlg.: bij de Romeinen duodecim tabulae of elliptisch duodecim. Zoo bij VARRO en CICERO.

Ook GAIUS betitelt zijn commentaar *δωδεκαθέλων* libri sex. Het afzonderlijk gedeelte (bij ons «artikel») heet lex (slechts zeer zelden wordt de afzonderlijke tafel met ranggetal aangehaald: zoo bij DIONYS. 2, 27; Cic. de leg. 2, 25, 64; ook bij FESTUS, bl. 273).

Duidelijk bij GAIUS: Dig. 47, 22, 4: haec lex (d. i. dit artikel over de autonomie der collegia) videtur ex lege SOLONIS translata esse.

Het wetboek als zoodanig heet leges: zoo X viri legibus scribundis. In klassiek Latijn slechts duodecim tabulae of duodecim; ongebruikelijk maar niet onjuist is «leges duodecim tabularum». Bij de juristen, tenminste sedert den tijd van HADRIANUS, vindt men den naam «lex duodecim tabularum» voor het wetboek zelf, een taalkundige onnauwkeurigheid: zoo b. v. JULIANUS Dig. 28, 6, 28: patris hereditas ex lege duodecim tabularum, non filii ex lege CORNELIA ad agnatum proximum pertinet. Zoo GAI. 2, 45: «rem furtivam lex XII tab. usucapi prohibet, vi possessam lex JULIA et PLAUTIA», enz.

(2) Oratio de studio iuris Romani, Leiden, 1859.

De aanleiding tot dit artikel is de twijfel, die, zooals bekend is, voor eenige jaren is geopperd aan de authenticiteit der XII taf.

De bezwaren gerezen tegen de echtheid hebben de aandacht getrokken van de coryphaeën onder de Romanisten en zij hebben het niet beneden zich geacht de argumenten tegen de echtheid te bestrijden.

Op den voorgrond komt dus de vraag van de echtheid; daaraan knopen zich vanzelf allerlei andere quaesties vast.

De vraag is dikwijls gesteld of men in principe moet uitgaan van de betrouwbaarheid eener overlevering of dat men a priori per se tegen iedere overlevering een wantrouwende houding moet aannemen. Ik zou meenen: is de overlevering in hoofdzaak redelijk, dan moet men beginnen met haar vertrouwen te schenken; immers, welke basis om op voort te bouwen heeft men anders? Ten aanzien van de XII taf. is er naar mijn oordeel niets tegen om in hoofdzaak aan het geschiedverhaal zoowel van LIVIUS als van DIONYSIUS H. en DIODORUS S. geloof te hechten.

Meermalen vroeg ik mij af: wordt historische critiek altijd om haarszelfs wil beoefend of ook wel uit louter zucht tot critiseeren, een aangenaam menschelijk tijdverdrijf. Niemand zal den historicus het recht ontzeggen, eerder nog, den plicht betwisten, om geopperden twijfel te rechtvaardigen en te trachten de historische waarheid te benaderen, maar terwijl dit laatste het moeilijkst probleem blijft zelfs aangaande feiten van recenten datum, hoeveel te meer dan voor den tijd van 23 of 24 eeuwen her?

Zeker: ἄπανθ' ὁ μακρὸς κἀναριθμητὸς χρόνος — φαίνει τ' ἄδηλα καὶ φανέντα κρύπτεται (1) —; maar πολλὰ τὰ δεινὰ —

(1) Soph. Ajax 646—47.

κ'ουδὲν ἀνθρώπου δεινότερον πέλει (1) — en strooien wij dus een korrel zout op ἅπαντα. En wordt bovendien bij een historisch onderzoek de uitkomst niet sterk geïnculceerd door de voorkeur, de sympathie van den onderzoeker? Onbewust wordt hij daardoor geleid en voor een belangrijk gedeelte zijn de verstandelijke overwegingen daarvan slechts de conclusies. Onpartijdigheid in stricten zin bestaat niet, eenvoudig omdat de onderzoeker niet onpartijdig zijn kan. Men heeft slechts van hem te eischen, dat hij zij eerlijk, dat zijn goede trouw vóór alles vaststa. Laat hij het verleden ook nooit oneerbiedig naderen, al ziet hij het steeds schooner dan het misschien ware — geeft ook niet een ieder aan eigen jeugd een poëtischen tint — en moge hij tegen groote daden van voorbijgegene geslachten niet illotis manibus de wapenen der critiek hanteeren.

Nu ter zake. Van de leges decemvirales geldt niet het „saxa loquuntur”, want, zooals men weet, de fragmenten onzer wetgeving zijn niet brokstukken van brons of marmer, maar eensdeels citaten in oude of archaïstisch gekleurde taal, anderendeels berichten omtrent den inhoud, telkens door den auteur met eigen woorden medegeedeeld.

Alvorens na te gaan de bezwaren tegen de echtheid en waarom deze niet afdoende zijn, is het gepast een kort résumé te geven van de traditie der wording der XII taf.

Voor den tekst en de indeeling wordt gevolgd die van DIRKSEN van 1824, zoo ook te vinden in BRUNS' Fontes iur. Rom. ant. Wat betreft de vaststelling van den tekst wijst SCHOELL (2) er op, dat deze tekst bij de schrijvers, zelfs bij een jurist als GAIUS, dikwijls onjuist wordt weergegeven; zoo o. a. bij GAI. 3, 191 over de straf op

(1) Soph. Antig. 332—33.

(2) Legis XII tabularum reliquiae. Lipsiae, 1866, bl. 42 en vlg.

het *furtum*; zoo bij denzelfden 2, 42 de woorden „*et aedium*”: deze woorden kwamen niet voor in de XII taf. maar waren een reeds oude interpretatie d. i. een analogische uitbreiding. Zoo bij *TACITUS Ann.* 6, 16 over het *fœnus unciarium*; en op nog vele andere plaatsen.

*DIRKSEN* heeft de voorhanden stof verdeeld over twaalf hoofdstukken; voor de volgorde der fragmenten meent men eenige aanwijzing te hebben in den commentaar van *GAIUS* waaruit eenige stukken in de *Pandecten* zijn opgenomen. Die commentaar bestond uit zes boeken; men onderstelt, dat *GAIUS* in ieder boek twee *tabulæ* heeft behandeld en volgens die aanwijzing heeft men gemeend de gevonden fragmenten te kunnen verdeelen. Maar het blijft voor het grootste deel hypothese.

*H. E. DIRKSEN* (1), destijds hoogleeraar in de rechten te *Königsberg*, legt aan de rangschikking (2) der fragmenten het systeem van *JACOBUS GOTHOFREDUS* (3) ten grondslag. Vooraan plaatst hij het materiaal over het *privaat proces*, misschien naar analogie van de volgorde in het *Edictum perpetuum*. *DIRKSEN* volgt ook evenals *GOTHOFREDUS* de bovengenoemde aanwijzing uit *GAIUS' Commentaar* in de *Pandecten*.

- In tab. 1 en 2: de leer van het *privaat proces*.  
 „ „ 3 : de behandeling van den *insolventen*  
 (*veroordeelden*) *debiteur*.  
 „ „ 4 : de *patria potestas* (en de *manus?*  
*mancipium?*)  
 „ „ 5 en 6: *erfrecht*, *eigendomsrecht*, *voogdijrecht*.  
 „ „ 7 en 8: *verbintenissenrecht*.  
 „ „ 9 en 10: *ius publicum* en *ius sacrum*.

(1) Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafel Fragmente. Leipzig, 1824.

(2) l. c. bl. 97.

(3) 1587—1652.

In tab. 11 en 12: de rest betrekking hebbend op alle vorige tabulæ.

Op wetenschappelijke waarde kan deze indeeling niet geheel aanspraak maken, de rangschikking der fragmenten bevredigt niet geheel, maar na DIRKSEN heeft nog niemand kans gezien het te verbeteren.

Het meest volledig is bewaard gebleven het gedeelte omtrent het proces-, voogdij- en erfrecht, maar ook van de andere deelen des rechts vinden wij nog vele overblijfselen. Er blijven eenige weinige niet te rangschikken fragmenten over.

Nu de traditie: volgens de overlevering, in het bijzonder bij CICERO, DIODORUS, LIVIUS en DIONYSIUS, was de codificatie van het gewoonterecht in de eerste eeuw van de Republiek, vijftig of zestig jaar na de verdrijving der koningen, een van de eischen der plebeïers; deze beschuldigden de patriciërs, uitsluitend met de rechtsmacht bekleed, het gewoonterecht willekeurig toe te passen. Op voorstel van den volkstribuun TERENTIUS ARSA wordt een commissie benoemd van vijf leden belast met het ontwerpen van een wetboek. De senaat verzet zich. Maar de plebs volhardt bij haar eisch door gedurende acht jaar dezelfde tribunen te benoemen en na getracht te hebben de plebs te ontwapenen door andere concessies b.v. door toe te laten de lex Icilia van 457 over de verdeeling van de landerijen op den Aventinus tusschen de arme burgers, stemt de Senaat anno 454 toe in een transactie: de comitia centuriata zullen een commissie benoemen van tien leden, die belast zullen zijn met het „leges scribere” volgens den wensch van de plebs, maar die bekleed zullen zijn met de hoogste macht en gedurende welke functie zullen zijn geschorst de constitutioneele garantie voor allen van de provocatio en de eigen garanties voor de plebeïers van het tribunaat. Maar de verkiezingen hebben niet onmid-

dellijk plaats; men zendt van te voren naar Griekenland een delegatie belast met het bestudeeren van Grieksche wetten. Misschien zinspeelt hierop THUCYDIDES in den λόγος ἐπιτάφιος, II, 37: *χράμεθα γὰρ πολιτείᾳ οὐ ζηλοῦσθαι τοὺς τῶν πέλας νόμους, παράδειγμα δὲ μᾶλλον αὐτοὶ ὄντες τινὶ ἢ μιμούμενοι ἑτέρους.*

En eerst tien jaar na de motie van TERENTILIUS ARSA, na den terugkeer dezer commissie uit Griekenland in 452 worden de decemviri voor 451 gekozen. Deze decemviri allen genomen uit de patriciërs, van welke de meest bekende is APPIUS CLAUDIUS, redigeerden een aantal wetten, waarover werd gestemd door de centuriën en welke op tien tafelen werden opgesteld bij het tribunal van den magistraat. Vervolgens, daar het werk nog onvoltooid was, benoemde men in het einde van 451 nieuwe Xviri, van wie altijd APPIUS CLAUDIUS deel uitmaakte en onder wie de plebs voor het eerst vertegenwoordigers zou hebben gehad, die nog eenige nieuwe wetten maakten, maar niet willende aftreden nog gedurende het jaar 449 in functie bleven en werden afgezet tengevolge van een machtsmisbruik van een hunner, de poging tot geweld tegen VIRGINIA. Het consulaat en het tribunaat werden hersteld en de consuls lieten door de centuriën de laatste wetten bekrachtigen gegraveerd op twee andere tabulae, die met de eerste tien uitmaakten de leges XII tabularum, het nieuwe wetboek, waarnaar de magistraat het recht moest handhaven en daarom opgesteld bij zijn tribunal.

De bezwaren tegen de echtheid:

Nog niet lang geleden is voor het eerst twijfel uitgesproken. In 1898 en 1899 heeft ETTORE PAIS in zijn „Storia di Roma” de traditie bestreden en hij vond een aanhanger in EDOUARD LAMBERT. Deze laatste bespreekt de quaestie uitvoerig in de Nouvelle Revue historique de droit français et étranger in een artikel: „la question de

l'authenticité des XII tables et les Annales Maximi" (1).

PAIS — en dit vindt LAMBERT zeer belangrijk — wijst op de eigenaardige gelijkenis van het werk toegeschreven aan de Xviri en dat van GNAEUS (2) FLAVIUS: in 451 en 450 stellen volgens het geschiedverhaal de Xviri in plaats van een geheime jurisprudentie (rechtspraak) een code, ter kennis gebracht van het publiek door aanslag bij het tribunal. Vervolgens omstreeks 300 v. C. herhaalt zich hetzelfde verschijnsel onder dezelfde omstandigheden. GN. FLAVIUS maakt volgens PAIS het geheel van het ius civile — en niet alleen de legis actiones — openbaar, tot dusver absoluut geheim gehouden door de Pontifices. Ook zou de Kalender (de lijst der dies fasti, de gerechtsdagen) òf in de XII tafelen zijn opgenomen òf ook door GN. FLAVIUS het eerst zijn openbaar gemaakt. Dus volgens PAIS zou, wat wij de XII tafelen noemen, afkomstig zijn van GN. FLAVIUS, den scriba van APPIUS CLAUDIUS  $\pm$  300 v. C. PAIS beweert, dat de decemviri niet hebben bestaan.

LAMBERT zegt: 't Is met de XII tafelen als met de 2 tafelen van de Hebreuwsche wet: om mij te overtuigen, dat de een zoowel als de andere heeft bestaan; dat de eerste door de consuls VALERIUS en HORATIUS aan het Romeinsche volk zijn gegeven, zooals de tweede aan MOZES door JAHVE, moet ik een beroep doen op het geloof. Eerst laat vinden wij getuigenis omtrent het bestaan der XII taf. bij PLAUTUS, TERENTIUS, CATO, LUCILIUS. Volgens LAMBERT zou SEXTUS AELIUS PAETUS CATUS de consul van 198 v. C. de XII taf. hebben gemaakt. Dan zouden zij dus zijn van  $\pm$  200 v. C.

MOMMSEN (3) heeft over deze theorieën kort recht gedaan.

(1) N. R. H. 26: bl. 149 sqq.

(2) *ibid.* bl. 152.

(3) Ges. Schrift. 3, bl. 373—374.

Als volgt: „Den wunderlichen Versuchen das Zwölftafelbuch der Zeit nach um anderthalb oder zwei und ein halb Jahrhunderte herabzurücken, entgegenzutreten finde ich keine Veranlassung. Mein Freund ETTORE PAIS hat dasselbe für ein Werk des GN. FLAVIUS aus der Mitte des fünften Jahrhunderts der Stadt erklärt, ein französischer Gelehrter Herr LAMBERT in Lyon ist noch historischer verfahren und hat dasselbe dem Verfasser der Tripertita, dem ein Jahrhundert späteren SEX. AELIUS PAETUS beigelegt. Dem Köhlerglauben an die keusche VERGINIA folgt wie billig der entgegengesetzte Radicalismus, beide gleichmässig hervorgegangen aus Mangel an sachkundige Ueberlegung und beide gleichmässig bestimmt im freien Luftzug der ernstestn Forschung von selber zu verflattern. Erwähnt mag aber doch werden, dass ein anderer französischer Gelehrter, der Jurist P. F. GIRARD in Paris, sich es nicht hat verdriessen lassen, zunächst die Lambertsche Hypothese in einer Abhandlung zu widerlegen, die neben der Polemik eingehend und scharfsinnig darlegt, wie durchaus dem alten Rechtsbuch die hergebrachte Stellung zukommt“.

Voorzeker, GIRARD heeft 't zich niet „verdriessen lassen“, want zijn artikel is met veel entrain geschreven en danig drijft de Parijsche hoogleeraar hier en daar den spot met zijn collega uit Lyon.

Treffend is ook de opmerking van MOMMSEN over de juiste waardeering door GIRARD van de XII taf. als een „code rural“: . . . „le caractère foncièrement agricole et campagnard de la civilisation qui trouve son image dans le texte à dater. . . . C'est que ce Code a été fait pour un peuple de petits propriétaires ruraux pour lesquels le vrai code civil était le code rural. Beaucoup penseront qu'un code écrit au temps de la guerre de PYRRHUS ou de la guerre d'HANNIBAL pour la population déjà plus



citadine de la Rome capitale du VI<sup>e</sup> siècle ou même du Ve, eût été plus court sur tout cela, sans parler de quelques autres points sur lesquels il eût été plus long”.

M. i. is dit een hoogst belangrijk argument voor de dateering.

Ik keer terug tot LAMBERT. Deze vestigt er de aandacht op, dat bij de oudste schrijvers: PLAUTUS, TERENTIUS, CATO, LUCILIUS, wel oude rechtsregels voorkomen, toegeschreven aan de Xviri, maar nergens door hen de benaming „wet der XII tafelen” wordt gebruikt. Onder de oude commentatores van de XII taf. worden vermeld SEX. AELIUS PAETUS CATUS (1) consul 198 v. C. en een zekere L. ACILIUS, die in denzelfden tijd zou hebben geleefd. Nu vraagt LAMBERT: „le personnage qui nous est signalé comme ayant été le premier éditeur et le premier commentateur soit des XII Tables soit des leges regiae, n'en serait-il point, en réalité, le compilateur? L'auteur des *Tripertita* (SEX. AELIUS) n'aurait-il pas collectionné... d'antiques brocards juridiques?”

En eenige bladzijden verder: „pourquoi donc l'école de NIEBUHR et de MOMMSEN accorde-t-elle une confiance aussi absolue au témoignage des classiques, quand il a trait au décemvirat législatif et à la codification des XII tables? C'est qu'elle estime que, dans ce cas particulier, la véracité du récit présenté par CICÉRON, TITE-LIVE, DENYS et DIODORE est péremptoirement établie par la confrontation de documents dont l'authenticité est à l'abri de tout soupçon, les *Fastes*. Les *Fastes Capitolins* notamment nous prouvent — j'interprète la pensée d'autrui, sans entendre me l'approprier — que les deux commissions décemvirales ne sont point une invention tardive de l'imagination des annalistes. Car dans les *Fastes Capito-*

(1) De vermaarde SEX. AELIUS geprezen bij ENNIUS (Ann. 10, 227) «egregie cordatus homo, CATUS AELIU' SEXTUS». Cic. de rep. 1 18.30.

lins, la liste des magistratures normales est interrompue et remplacée par une liste de décemvirs, que l'on a pu déchiffrer en partie sur les inscriptions murales, pour les années 451 et 450. Mais (1)... nous dit-on, c'est aux Annales Maximi qu'ont été empruntées habituellement avec une assez grande fidélité, les listes de magistrats éponymes contenues dans les diverses versions des Fastes et dans les actes triomphaux parvenus jusqu'à nous, en particulier, dans les Fasti Capitolini gravés au temps d'AUGUSTE sur le mur de la demeure officielle du pontife. A raison de cette filiation, les Fastes mériteraient entière créance, non seulement pour les temps postérieurs au sac de Rome par les GAULOIS, mais même, à part quelques traits suspects dans les premières mentions de consuls, pour les siècles antérieurs jusqu'à la chute des rois."

Gaan wij nu over tot de meer genoemde verhandeling van PAUL FRÉDÉRIC GIRARD (2).

Men erkent, zegt GIRARD, meer en meer, dat de compilatie der zoogenaamde *leges regiae* toegeschreven aan een zekeren PAPIRIUS in het einde van den koningstijd of in het begin van de Republiek, maar het eerst geciteerd door den tijdgenoot van CÆSAR, GRANIUS FLACCUS, het werk is van GRANIUS FLACCUS, van wien CENSORINUS aanhaalt den liber de indigitamentis ad Cæsarem. Zoo zouden nu ook de XII tafelen zoogenaamd geredigeerd ± 450 v. C., maar waaruit de eerste uitdrukkelijke aanhalingen eerst voorkomen twee eeuwen later, het werk zijn van SEXTUS AELIUS P. C.

Nu volgt LAMBERT om de onechtheid der XII taf. te bewijzen dezelfde bewijsvoering, die gevolgd is om de inauthenticiteit der *leges regiae* te staven. Men concludeert dat het *ius Papirianum*, d. w. z. de *leges regiae*, niet ouder

(1) l. c. bl. 179.

(2) N. R. H. 26, bl. 381 sqq. «l'Histoire des XII tables».

is dan het einde der Republiek, omdat niemand het citeert vóór den tijd van CÆSAR of van AUGUSTUS, dus zijn ook de XII taf. van den tijd van SEX. AELIUS, omdat niemand er van te voren van gewag maakt. Evenwel, niet alleen is hier groot verschil in tijdsruimte, maar zij, die hadden moeten spreken, schrijvers als CICERO en VARRO, over iets als de *leges regiae*, zwijgen geheel over die verzameling.

Geheel anders is het met de XII tafelen (1); LAMBERT noemt geen enkelen schrijver, die er van had kunnen spreken en die er niet over spreekt: „on rencontre des allusions à leur contenu dès qu'il y a une littérature latine et on trouve la mention explicite de leur nom, dès le jour où nous avons des textes dans lesquels on puisse raisonnablement le chercher”, aldus GIRARD. Zoo worden zij, vervolgt hij, uitdrukkelijk aangehaald door L. AELIUS STILO PRÆCONINUS (den leermeester van CICERO en VARRO), bij FESTUS sub voce: *sonticum morbum*: in XII *significare ait AELIUS STILO certum cum iusta causa; quem nonnulli putant esse qui noceat, quod „sontes” significat „nocentes”* (2). En een halve eeuw vóór CICERO bij den tijdgenoot der GRACCHEN, TI. SEMPRONIUS TUDITANUS cons. 139; zoo, een eeuw vóór CICERO bij den geschiedschrijver L. CASSIUS HEMINA (3).

Maar bovendien CICERO in zijn *Respublica* ontleent zijn inlichtingen zeer waarschijnlijk aan POLYBIUS, DIODORUS aan Q. FABIUS PICTOR, den annalist van 216 v. C., met wien wij aangekomen zijn bij het begin van de Romeinsche litteratuur-geschiedenis (4).

(1) l. c. bl. 385.

(2) l. c. bl. 386.

(3) l. c. bl. 387.

(4) Omtrent de bronnen van DIODORUS vind ik het volgende in de 5de uitgave van Christ's *Geschiede der griech. Litteratur* II, 313:

CICERO de leg. 2, 23, 59 wijst er op, dat het voorschrift der XII taf. „neve lessum funeris ergo habento” reeds voor SEX. AELIUS en zijn tijdgenooten duister was.

Waar GIRARD de geloofwaardigheid bespreekt der traditie van het tot stand komen der XII taf., wijst hij met nadruk op het volgende (1): „... il reste un fond qui n'est pas atteint... l'histoire des dix commissaires investis à titre extraordinaire de la charge de donner des lois au peuple, dont le titre et les noms nous ont été transmis pour le premier et le second décemvirat... Sacrifiât-on jusqu'au dernier tous les autres points de leur histoire, les noms et le titre des membres des deux collèges appartiennent aux parties solides et avérées de la tradition romaine: à cette liste des magistrats éponymes de la République dont les noms, transmis à la fois par les historiens des âges postérieurs et par des inscriptions qui ne sont pas plus anciennes, dérivent sûrement par ces deux canaux parallèles de documents contemporains. Comme ceux des consuls et des tribuns consulaires des premiers siècles, les noms et le titre des membres des deux décemvirats sont certains, parce qu'ils remontent au seul monument contemporain dont le témoignage nous soit arrivé pour ces époques reculées par une tradition ininterrompue, à ces tables annales, sur chacune desquelles le grand pontife inscrivait chaque année, au fur et à mesure des événements, d'abord, au commencement de

«Bezüglich seiner (d. i. DIODOR'S) Quellen in der älteren römischen Geschichte, über die er besonders Wertvolles bietet, urteilt TH. MOMMSEN (Hermes V, 1870 p. 274): «Die Texte DIODORS sind die ältesten und glaubwürdigsten». En daaronder in een noot: «Welche die besonderen Quellen DIODORS waren, ob FABIVS PICTOR, für den am meisten spricht, oder CALPURNIVS PISO oder CASSIVS HEMINA, wird gestritten». Het is dus hoogst waarschijnlijk, dat FABIVS de bron was voor DIODORVS.

(1) hl. 392 en 397.

l'année, les noms des magistrats, dont l'indication était alors la seule façon de désigner cette année, puis, en face du nom des jours des Calendriers, les divers événements de l'année, en particulier ceux qui donnaient lieu à des actes religieux; tables dont la collection conservée dans les archives pontificales, est devenue à son tour la source des annales maximi publiés vers le second tiers du VIIe siècle de Rome par le grand pontife P. MUCIUS SCAEVOLA, consul en 133. C'est des annales maximi (1) et par leur intermédiaire des tables annales des pontifes que viennent, avec quelques corruptions accessoires, les listes des magistrats conservées à la fois dans les ouvrages historiques et dans les monuments officiels, dans les œuvres de DIODORE, de TITE-LIVE et de DENYS en même temps que dans les Fastes gravés au début de l'Empire sur le mur de la regia et appelés du nom de leur emplacement actuel les Fastes du Capitole et c'est de là que ces listes tirent leur autorité. Pas plus les Fastes du Capitole que les ouvrages de TITE-LIVE, de DIODORE ou de DENYS ne sont des documents contemporains, mais les listes de magistrats qu'on peut tirer de la combinaison des uns et des autres sont au dessus du doute parce qu'on peut établir qu'elles remontent, par l'intermédiaire des annales maximi, à des documents contemporains".

LAMBERT, die na PAIS het bestaan zelf ontkent van het decemviraat, is verplicht de echtheid van deze magistratenlijst te betwisten: om dat te doen spant hij zich in om te bewijzen, dat er geen volmaakte identiteit bestond tusschen de tabulae annales van de pontifices en de annales maximi van P. MUCIUS SCAEVOLA, tusschen het werk van SCAEVOLA en de Fasti van het Capitool. Dit is, volgens GIRARD, te weinig: de opmerkingen dien-aangaande van LAMBERT zijn deels juist, deels onjuist,

(1) l. c. bl. 399.

maar ook al zouden zij alle volmaakt juist zijn, dan ontne-  
men zij nog niets aan het belangrijke getuigenis omtrent  
het bestaan van het decemviraat door het voorkomen  
van de decemviri in de Fasti (1). GIRARD werkt dit nader  
uit. LAMBERT merkt verder nog op, dat de Fasti Capitolini  
zijn geïnterpoleerd en hij hecht er veel aan, dat zij,  
zooals CICHORIUS in 1886 wilde aantoonen, getrokken  
zouden zijn uit het chronologisch Handboek van ATTICUS.  
En zeer zeker bevatten zij interpolaties, zooals ook reeds  
vóór CICHORIUS was opgemerkt: interpolaties van cogno-  
mina, van valsche stamboomen, zelfs van eenige apocryphe  
personen. Maar dit bewijst alleen, dat niet alles nauw-  
keurig is in de Fasti Capitolini (2); het bewijst niet, dat  
alles wat er in voorkomt, onnauwkeurig zou zijn. Het  
bewijst vooral niet, dat alles onnauwkeurig is in de  
collectieve Fasti, die het resultaat opleveren der confron-  
tatie van de epigraphische en de litteraire bronnen, waar-  
van LAMBERT meent zich te kunnen afmaken door een  
polemiekt uitsluitend gericht tegen de Fasti van het Capitool.

Een overtuigd medestander van GIRARD hebben wij  
in H. ERMAN. ERMAN betoogt in zijn studie: „Sind die  
12 Tafeln echt?” (3), dat volgens GIRARD het bewijs voor  
de echtheid drieërlei is: de zekerheid op uitwendige gronden  
van het decemviraat, de taal der 12 tafelen en vóór alles  
de inhoud. Hij eindigt op bl. 457 aldus: „LAMBERT's  
Hypothese ist also ab und todt... und GIRARD's Gründe  
aus dem Inhalt der 12 Tafeln sprechen grossentheils gegen  
PAIS ganz wie gegen LAMBERT's Hypothese... So darf  
man denn wohl beide als widerlegt ansehen und die  
Echtheit der decemvirenen 12 Tafeln van 451—50 als  
von GIRARD auf's Neue bewiesen”.

(1) l. c. bl. 400.

(2) l. c. bl. 401 en 402.

(3) Zeitschrift der Sav. Stift. 1902, bl. 450—457.

Bij de bespreking van den inhoud onzer wetgeving heb ik geheel ter zijde gelaten de moeilijke vraag aangaande het testament, der woorden „uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto”. LAMBERT heeft hierover een monographie geschreven, die zeer de aandacht heeft getrokken: „les Traditions romaines sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative”, waarover een uitvoerige bespreking in de N. R. H. 26<sup>ième</sup> année p. 210—218 door E. JOBBÉ DUVAL.

In aansluiting aan de magistrale studie van GIRARD wensch ik te laten volgen een en ander uit het helder geschreven artikel van GASTON MAY: „la question de l'authenticité des XII tables” (1).

GASTON MAY haalt met instemming aan de uitspraken van GIRARD in diens „Histoire de l'organisation judiciaire des Romains” van 1901 (2) en van APPLETON (3): „(qui) font observer qu'on n'a pas pu inventer de toutes pièces un ensemble de circonstances historiques d'une importance politique aussi considérable”. En zelf betoogt MAY (4): „un événement capital tel que la rédaction d'une loi commune aux deux groupes de citoyens composant la cité, la conclusion d'un pacte (5) ayant toutes les allures d'une charte constitutionnelle mutuellement consentie par l'un des partis à l'autre, ne saurait être tout entier controuvé. Si grande que soit la part de la légende, la légende ne s'invente pas toute.”

Dan wijst MAY er op, dat hetzelfde verschijnsel van een behoefte aan codificatie om daardoor te verwezenlijken de eenheid van rechten en de isonomie tusschen de twee

(1) Revue des études anciennes. Tome 4, no. 3 (1902).

(2) Paris 1901, I, p. 50.

(3) Revue générale du droit 1902, janvier—février, pp. 50—69.

(4) Revue des études anciennes 1902: IV, 3, p. 201.

(5) *ibid.* p. 202.

naast elkander levende bevolkingen in den stadsstaat (la cité), als zich te Rome voordeed, ook had plaats gehad in Griekenland en in de Grieksche colonies (1) (Creta, Sparta, Athene, Sicilië, Z.-Italië). Over de fragmenten zelf merkt MAY op, dat LAMBERT niet voldoende rekening heeft gehouden met de identiteit bestaande tusschen verscheidene bepalingen der XII taf. en zekere voorschriften van Grieksche wetten wier echtheid niet kan worden betwist; identiteit welke zich zelfs vertoont in den vorm (2). Dit toont hij aan, wat betreft de bepalingen omtrent begrafenisplechtigheden; vroeger kon men zich alleen beroepen op de mededeelingen van PLUTARCHUS (3) over de wetgeving van Solon, maar in den laatsten tijd zijn bekend geworden de voorschriften van de begrafeniswet der stad Iulis (eiland Ceos) van de 5de eeuw v. C. (dus uit denzelfden tijd als de XII taf.), die een treffende gelijkenis heeft met de Atheensche wet, maar evenzeer vindt men er in alle beperkende voorschriften der XII taf. Dergelijke beschikkingen komen eveneens voor in de wet van Gambreion (Mysië). En ten slotte de inscriptie van de Labyaden gevonden te Delphi en door HOMOLLE gesteld aan het einde van de 5de eeuw, dus ook gelijktijdig met de XII tafelen. Treffend is de overeenkomst in den vorm. Zoo in de wet van Iulis: τὸν θανόντα δὲ φέρεν . . . . σιωπῆι . . . .

G. MAY eindigt met de volgende woorden (4): „On se trouve donc ramené . . . vers cette conclusion: l'existence d'un texte légal, d'un document officiel, constatant, d'accord entre les deux ordres, les lois qui devaient désormais être communes aux deux populations jusque-là

(1) l. c. p. 203.

(2) l. c. p. 209.

(3) l. c. p. 210.

(4) l. c. p. 212.



étrangères l'une à l'autre. Il y avait là un ensemble de dispositions touchant à un triple ordre de matières: au droit privé, au droit public, au droit des tombeaux et des funérailles, considéré, à raison de son caractère somptuaire, comme intéressant l'égalité''.

Nu ben ik genaderd tot LENEL: LENEL (1) geeft onvoorwaardelijk aan LAMBERT toe, dat een schriftelijke overlevering van den tekst der XII tafelen in den tijd, waaruit onze oudste berichten (2) over de leges decemvirales stammen, reeds lang niet meer had bestaan. Hij richt zich in het algemeen niet zoozeer tegen LAMBERT's critiek op de overlevering, als wel tegen de argumenten door LAMBERT ontleend aan de sociologie en aan de vergelijkende rechtswetenschap. Ook laat hij de quaestie der Fasti ter zijde.

Aan de plaats van CYPRIANUS is ook volgens L. niet veel gewicht te hechten. CYPRIANUS (bisschop van Carthago ± 250) ad Donatum: „plura illic quae detesteris, invenies, magis oculos tuos inde devertes. Incisae sint leges duodecim tabulis et publice aere praefixo iura praescripta sint: inter leges ipsas delinquitur, inter iura peccatur''.

Mijns inziens bewijst deze plaats in het geheel niet, dat op het forum te Carthago een exemplaar in brons van de XII tafelen opgehangen was. Bij onbevangen lezing kan ik in dezen tekst slechts een rhetorische wending zien. Maar wel bewijst deze plaats de bekendheid van CYPRIANUS met de traditie, dat oudtijds de XII tafelen op brons gegraveerd zich op het forum te Rome bevonden. Zoo is de overlevering blijkens LIV. 3, 57; DIONYS. 10, 57; DIODORUS 12, 26. Bij den Gallischen brand is het officieele exemplaar te niet

(1) Zeitschr. de Sav. Stift. R. A. 26er Band, bl. 498—524.

(2) LENEL, bl. 500.

gegaan. LIVIUS vermeldt 6, 1, 9: „Ibi (sc. tribuni militum consulari potestate anno 387) . . . inprimis foedera ac leges . . . erant autem eae duodecim tabulae et quaedam regiae leges . . . conquiri quae comparerent iusserunt”. POMONIUS (1) in de Pandecten spreekt van tabulae eboreae; „ivoren” tafelen is natuurlijk onzin; waarschijnlijk hebben wij te lezen „roboreae”; dan zou het materiaal hout geweest zijn.

De vraag is nu: zijn na 390 v. C. de XII tafelen gerestaureerd? Men meent dit te mogen opmaken uit DIODORUS 12, 26 en uit GELLIUS 20, 1; tenminste, dat in hun tijd nog een exemplaar voorhanden was. Ik voor mij ben geneigd dit aan te nemen. De woorden van DIODORUS luiden: ταύτην (sc. τὴν νομοθεσίαν εἰς δώδεκα χαλκοῦς πίνακας χαράξαντες οἱ ὕπατοι προσήλωσαν τοῖς πρὸ τοῦ βουλευτηρίου τότε κειμένοις ἐμβόλοις, ἣ δὲ γραφεῖσα νομοθεσία, βραχέως καὶ ἀπερίττως συγκεκλιμένη, διέμενε θαυμαζομένη μέχρι τῶν καθ' ἡμᾶς καιρῶν.

Maar misschien kan dit laatste slechts beteekenen: „deze geschreven wetten bleven bewonderd worden”.

Maar overigens, indien er ten tijde van DIODORUS d. i. dus van keizer AUGUSTUS geen volledig exemplaar van de XII taf. meer bestaan had, dan ware dit de plaats geweest, waar DIODORUS dat feit had moeten vermelden. Uit den zoo belangrijken tekst van GELLIUS (20, 1) krijg ik zeer sterk den indruk, dat er toen ten tijde nog een exemplaar bestond.

Anders oordeelt RUDOLF SCHOELL (2). Hij beweert, dat er geen behoefte was aan een restauratie; de Romeinen hadden de woorden vast in het geheugen. Evenwel, SCHOELL leidt uit de woorden van CYPRIANUS af, dat op

(1) l. 2 § 4 D. 1. 2.

(2) Leg. XII tab. reliquiae. Edidit constituit prolegomena addidit R. SCHOELL. Lipsiae, 1866.

het forum te Carthago een exemplaar van de XII taf. was gepubliceerd. Hij vindt het wel zonderling, maar kan het niet verklaren.

Zooals ook LENEL opmerkt (1), heeft de tekst zich door mondelinge en schriftelijke overlevering voortgeplant en zoo is de langzame moderniseering van de taal te verklaren. En evenzoo zijn de interpolaties ontstaan. Deze interpolaties bewijzen volgens LENEL zeer zeker niets tegen de echtheid. Ik zou hier verder willen gaan dan LENEL en stellen, dat de interpolaties eerder juist de echtheid van den oorspronkelijken tekst bewijzen.

LENEL doet ons opmerken, dat onder de fragmenten volgens LAMBERT bepalingen voorkomen, die werkelijk jonger zijn dan de 5de eeuw of ook wel rechtsregels, die met andere ongetwijfeld oude rechtsvoorschriften sociologisch niet zijn te rijmen. Zoo worden aan den eenen kant genoemd de voorschriften omtrent de talio en het recht van den schuldeischer bij de executie (het beruchte „partes secanto”) en dat vergeleken met de vrijheid van vereeniging en het verbod tegen overdreven praal bij begrafenissen. Dergelijke bepalingen zijn volgens LAMBERT in dienzelfden ouden tijd onvereinigbaar. Het zou mij veel te ver voeren hierop in te gaan. Wat LENEL tegen LAMBERT aanvoert, is zeer belangrijk; vooral juridisch van groot gewicht. Slechts over één van deze punten zou ik even iets willen zeggen. Ik bedoel het Pandecten-fragment l. 4 D. 47, 22 afkomstig uit den commentaar van GAIUS op de XII taf. en betrekking hebbend op het recht van vereeniging (2). Welke plaats luidt: „sodales sunt qui eiusdem collegii sunt: quam Graeci *ἐταίρειαν* vocant. His autem potestatem facit lex pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica

(1) l. c. bl. 502.

(2) LENEL l. l. bl. 512 en 513.

lege corrumpant. Sed haec lex videtur ex lege SOLONIS translata esse. Nam illuc ita est: *ἐὰν δὲ δῆμος ἢ Φράτορες ἢ ἱερῶν ὀργάνων ἢ αὐτὰι ἢ σύσσιτοι ἢ ὀμόταφοι ἢ Διασῶται ἢ ἐπὶ λείαν οἰχόμενοι (1) ἢ εἰς ἐμπορίαν, ὅτι ἂν τούτων διαδῶνται πρὸς ἀλλήλους, κύριον εἶναι, ἐὰν μὴ ἀπαγορεύσῃ δημοσία γράμματα.*

LENEL wijst er m. i. terecht op, dat met „sodales” bedoeld worden de leden van een godsdienstige vereeniging. Dit fragment moet volgens LENEL zeer beperkt worden geïnterpreteerd (voor den tijd der XII tafelen namelijk). Ik zou willen vragen: hoe zou het anders mogelijk zijn? En uit den aard der zaak blijkt, dat „translata” beteekent „overgenomen uit” en niet „vertaald uit” het Grieksch. Dit alles is te duidelijk om lang bij stil te staan en misschien is LENEL in zijn weerlegging van LAMBERT op dit punt eer te uitvoerig dan te beknopt geweest.

Ten slotte acht LAMBERT een codificatie in dien tijd onmogelijk en legt op dat deel van zijn argumentatie juist den grootsten nadruk: in primitieve tijden, zoo ongeveer LAMBERT, geldt het recht bij alle volken als een emanatie van den goddelijken wil. Dit te hebben aangetoond, prijst LENEL als een der grootste verdiensten van LAMBERT. Waarom LENEL dat doet is mij niet duidelijk. Ik meende, dat reeds lang vóór FUSTEL DE COULANGES de samenhang van recht en godsdienst bij primitieve volken een overbekende waarheid was. Maar ik geef die meening voor beter.

Van het volgend standpunt beoordeelt de Lyonsche hoogleeraar de Romeinsche overlevering: dat tot ± 300 v. C. een priestercollege, de Pontifices, het monopolie der interpretatio iuris civilis hadden bezeten. Uit den duur van het monopolie der Pontifices besluit LAMBERT

(1) kapergenootschappen.

tot den even langen duur der absolute heerschappij dier religieuse opvatting van het recht. Hij zegt: „est-il possible, qu'un peuple, qui ne met point en doute que toutes les prescriptions de ses lois civiles n'aient été édictées par les dieux protecteurs de la cité, ait l'audace sacrilège de les soumettre à la critique de la raison humaine et de donner mission de les réviser, de les compléter et de les transformer à des magistrats dépourvus de toute participation aux attributions sacerdotales?" Hiertegen komt LENEL (1) op. Hij wijst op de beperktheid van de taak der decemviri; de Pontifices bleven de bewakers van het recht. Ik zou er willen bijvoegen: wat wij van het Romeinsche recht kennen uit dien tijd (N. B. de legis actiones zoogenaamd angstvallig door de Pontifices geheim gehouden) draagt een heel weinig godsdienstig karakter. En wij kennen ook het Romeinsche volk in den historischen tijd niet als bijzonder religieus. De analogie met de wetgeving van MOZES en van andere wetgevers, die met goddelijk gezag zouden zijn bekleed geweest, ontbreekt bij de Romeinen ten eenenmale!

Om nog even tot LENEL terug te keeren: aan het einde van zijn betoog wijst L. op de gevaren, die de rechtsvergelijkende methode medebrenkt: „wir achten die Ergebnisse der soziologischen und rechtsvergleichenden Forschung gewiss nicht gering. Wir wissen, dasz die Bedeutung der Nationalität für die Gestaltung der Rechte nicht überschätzt werden darf.... Dennoch muss vor übereilten Analogieschlüssen gewarnt werden. Schlüsse dieser Art setzen, was wir leider nur zu oft entbehren, eine ganz sichere und genaue Kenntnis aller ins Gewicht fallenden Factoren voraus..... und erheischen die vorsichtigste Abwägung der vorhandenen Verschieden-

---

(1) l. c. bl. 524.

heiten. Ohne dies Fundament geraten wir in die Gefahr, eine nicht in jeder Einzelheit gesicherte, doch aber im ganzen glaubliche historische Ueberlieferung leichthin durch weit bedenklidere Hypothesen zu ersetzen”.

Gaarne vermeld ik ten slotte een en ander uit de verhandeling van den hoogleeraar J. WOLTJER over de echtheid van de fragmenten der XII tafelen (1).

WOLTJER begint met te zeggen, dat volgens PAIS van een Romeische geschiedenis vóór het einde van de 4de eeuw eigenlijk geen sprake kan zijn en dat volgens denzelfde de zgn. twaalf tafelen het werk zijn van GN. FLAVIUS, aedilis curulis van 304; deze FLAVIUS zou de fasti d. i. de Kalender (2) der gerechtsdagen op het forum hebben gepubliceerd en wordt genoemd de auteur van het ius Flavianum. Zoo is dan ook, beweert Pais, de overlevering betreffend de decemviri legibus scribundis niets dan legende.

Nu is belangrijk deze opmerking van WOLTJER (3); „hadden de Romeinen of de Grieken wier werken voor ons nog toegankelijk zijn, een rechtstreeksche overlevering uit den tijd waarin de XII tafelen gesteld worden of daarvóór, dus uit of vóór 450 v. C., of was alles . . . . . bij de verwoesting van Rome door de Galliërs verloren gegaan? „Zij bestond inderdaad. Zie CICERO pro BALBO § 53: „cum Latinis omnibus foedus esse ictum Sp. Cassio Postumo Caminio consulibus quis ignorat? Quod quidem nuper in columna aenea meminimus post rostra incisum et perscriptum fuisse”. Toen CICERO dit schreef, was deze

(1) Verslagen en Mededeelingen der Koninklijke Academie van Wetenschappen 1906, bl. 75 en vlg.

(2) Naar aanleiding van het noemen van den Kalender zij opgemerkt, dat ik de zeer betwiste vraag of deze in de twaalf tafelen zelf was opgenomen, geheel ter zijde heb gelaten.

(3) t. a. p. bl. 83.

columna er dus niet meer, maar zij was er kort geleden nog geweest. Den inhoud van het verdrag uit het jaar 493 v. C. deelt DIONYS. H. 6, 95 mede en LIVIUS spreekt er over 2, 33, 9. (1).

MOMMSEN twijfelt niet; EDUARD MEYER evenmin. Wij hebben hier dus een rechtstreeksche overlevering ouder dan de XII tafelen en die tot op CICERO's tijd nog bestond. WOLTJER is ook ten volle overtuigd van de geloofwaardigheid der Fasti Capitolini (2). Met kracht en m. i. overtuigend komt hij op tegen het misbruik z. i. door PAIS van de comparatieve methode gemaakt (3); zoo spoort PAIS overal in de Rom. geschiedenis zgn. „doubletten” op (LUCRETIA en VIRGINIA, de twee APPII CLAUDII enz.).

Bij de in engeren zin philologische beschouwing van het vraagstuk betoogt WOLTJER (4), dat geen der oude schrijvers (VARRO, CICERO, LIVIUS enz.) en evenmin de juristen en de grammatici ooit eenigen twijfel uiten aangaande de echtheid der fragmenten zooals zij die kenden (5).

Wat betreft de *leges regiae* zegt WOLTJER zeer terecht, dat daaronder bij de ouden niet verstaan werd een wetgeving maar slechts een verzameling van wetten, waarover bij CICERO en LIVIUS geheel wordt gezwegen.

ENNIUS (6), CATO, LUCILIUS maken weliswaar geen mel-

(1) Zie verder MÜNZER in PAULY—WISSOWA III, col. 1749.

(2) WOLTJER bl. 86.

(3) t. a. p. bl. 89, 90, 91.

(4) t. a. p. bl. 93.

(5) Hier mag ik herinneren aan Cic. de leg. 2, 4, 9: «A parvis . . . Quinte, didicimus: «si in ius vocat» atque alias eiusmodi leges nominare», en aan de beroemde woorden van LIVIUS (3, 34) dus onder Keizer AUGUSTUS waar de XII taf. genoemd worden «fons omnis publici privatique iuris» en «velut corpus omnis Romani iuris».

(6) WOLTJER bl. 94.

ding van de XII tafelen — en PAIS zoowel als LAMBERT laten niet na hierop te wijzen — maar dat zij toch deze wetten hebben gekend blijkt volgens WOLTJER uit sommige woorden bij die schrijvers voorkomend; woorden volgens GELLIUS behoorend tot de „duodecim tabularum antiquitas”. B.v. het woord „proletarius” bij ENNIUS en bij PLAUTUS (in den Mil. glor. v. 752). Bij ENNIUS en PLAUTUS „nox” voor „noctu”. Bij LUCILIUS „calvitur”. Bij CATO maior lezen wij: „maiores in legibus posiverunt furem duplici condemnari”; met „leges” bedoelt hij de artikelen der twaalf tafelen. Maar nu is er nog de lacune van  $\pm$  250 jaar, van LUCILIUS enz. tot den tijd der XII taf. Hier kunnen wij alleen letten op de overgeleverde fragmenten ten opzichte van de orthographie en de declinatie en ten opzichte van oude woorden: de vorm „em” voor „eum” dien wij zelfs bij PLAUTUS en ENNIUS niet meer vinden. „Escit” voor „erit”. Maar over het geheel is de spelling en buiging gemoderniseerd (1), zoodat wij zelfs den ablativus op d en de intervocale s niet meer aantreffen in onze fragmenten. Deze jongere vormen bewijzen echter niets voor een jongeren oorsprong onzer wetgeving. Niet weinig daarin voorkomende woorden waren den Romeinen zelf van de 2de en 1ste eeuw reeds onverstaaubar: b.v. „forti sanati” en zooals reeds is opgemerkt het woord „lessum”. Een eigenaardige betekenis heeft „igitur” nl. „daarna”.

Belangwekkend is ook de bewijsvoering door WOLTJER gegrond op de archaeologie (2): de fragmenten noemen van plaatsen in Rome alleen het comitium en het forum. PAIS meent de geheele oude geschiedenis van Rome een paar eeuwen jonger te moeten stellen dan de traditie:

(1) WOLTJER t. a. p. bl. 97.

(2) t. a. p. bl. 99.



dus kan hij deze niet volgen waar zij het Forum nog ouder stelt dan de 5de eeuw v. C. Forum, comitium enz. bestonden volgens PAIS niet vóór den Gallischen brand (1). De overleveringen schrijven den bouw van de cloaca maxima toe aan de TARQUINIÏ, de laatste koningen. De jongste onderzoekingen hebben dit bevestigd. Zonder de cloaca maxima kon het forum niet bestaan (2): het forum moet er dus reeds zijn geweest in het midden van de zesde eeuw v. C. Aldus weerlegt WOLTJER PAIS ook op archaeologische gronden.

De stand der quaestie blijkt dus deze te zijn, dat MOMMSEN, GIRARD, MAY, LENEL, WOLTJER overeenstemmen in het oordeel, dat de XII tafelen het werk zijn der Xviri legibus scribundis (3). Aan de duchtige argumenten, waarmede zij zoowel PAIS als LAMBERT hebben bestreden, zou ik nog iets willen toevoegen. In de eerste plaats wijs ik op FUSTEL DE COULANGES' *la Cité antique* p. 356 en 365.

Wegens de belangrijkheid moet ik het in extenso aanhalen (p. 356): „les désirs de la plèbe tendirent alors à l'union des deux ordres, sous la condition de l'égalité. La plèbe, une fois entrée dans cette voie, commença par réclamer un code. Il y avait des lois à Rome, comme dans toutes les villes, lois invariables et saintes qui étaient écrites et dont le texte était gardé par les prêtres. Mais ces lois qui faisaient partie de la religion, ne s'appli-

(1) t. a. p. bl. 101.

(2) t. a. p. bl. 104.

(3) De twee Nederlandsche geschriften: het proefschrift van Mr. J. E. HOEKSTRA «de decemviri en hun wetgeving», Leiden, 1908 en het werk van Mr. P. H. L. LAMBERTS HURRELBRINCK «de wetgeving der twaalf tafelen in het licht van den Romeinschen godsdienst», 's-Gravenhage, 1918 gaven mij voor dit artikel geen stof tot eenige opmerking.

quaient qu'aux membres de la cité religieuse. Le plébéen n'avait pas le droit de les connaître... C'est ce caractère exclusivement religieux de la loi que la plèbe voulut faire disparaître. Elle demanda, non pas seulement que les lois fussent mises en écrit et rendues publiques, mais qu'il y eût des lois qui fussent également applicables aux patriciens et à elle". En iets verder, p. 364 infra en p. 365 : „Quelque chose de plus grave encore se manifeste dans ces codes. La nature de la loi et son principe ne sont plus les mêmes que dans la période précédente. Auparavant la loi était un arrêt de la religion; elle passait pour une révélation faite par les dieux aux ancêtres, au divin fondateur, aux rois sacrés, aux magistrats prêtres. Dans les codes nouveaux, au contraire, ce n'est plus au nom des dieux que le législateur parle; les décemvirs de Rome ont reçu leur pouvoir du peuple; c'est aussi le peuple qui a investi SOLON du droit de faire des lois. Le législateur ne représente donc plus la tradition religieuse, mais la volonté populaire. La loi a dorénavant pour principe l'intérêt des hommes, et pour fondement l'assentiment du plus grand nombre. De là deux conséquences : d'abord, la loi ne se présente plus comme une formule immuable et indiscutable. En devenant œuvre humaine, elle se reconnaît sujette au changement. Les Douze Tables le disent: ce que les suffrages du peuple ont ordonné en dernier lieu, c'est la loi. De tous les textes qui nous restent de ce code, il n'en est pas un qui ait plus d'importance que celui là, ni qui marque mieux le caractère de la révolution qui s'opéra alors dans le droit. La loi n'est plus une tradition sainte, mos, elle est un simple texte, lex, et comme c'est la volonté des hommes qui l'a faite, cette même volonté peut la changer".

Bij LIVIUS luiden de woorden (7, 17, zie ook 9, 33

en 34): „ut quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset” (1).

Uit dit alles blijkt, dat met de codificatie der decemviri het recht zijn godsdienstig karakter ten eenenmale had verloren.

De wetgeving der twaalf tafelen is dus geweest een belangrijk, zoo niet het gewichtigst moment in den strijd tusschen patriciërs en plebeïers. Het is wel heel onwaarschijnlijk, dat zóó iets later zou zijn gefingeerd.

De decemviri hebben opgeteekend het bestaande Romeinsche gewoonterecht; zij hebben ook opgenomen eenige weinige bepalingen van Griekschen oorsprong en eenige nieuwe voorschriften hebben de tien commissarissen er nog aan toegevoegd. Dat de materie nagenoeg geheel oorspronkelijk Romeinsch is, daaraan hebben wij niet te twifelen; het recht is wel de meest nationale uiting van den Romeinschen geest; de Romeinen waren in hun bloeitijd het rechtsvolk bij uitnemendheid.

Nog zou ik op het volgende met nadruk willen wijzen: de Twaalf Tafelen zijn niet vastgeknoopt aan één naam, zooals bij de Grieken aan SOLON of LYCURGUS of ZALEUCUS, in Israël aan MOZES, maar zij zijn het werk geweest van een daartoe opzettelijk benoemde commissie, hetgeen de geloofwaardigheid ten zeerste verhoogt. Belangrijk zijn in dit verband de woorden van CICERO de Rep. II, 1, 2: „ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus, quod in illis singuli fuissent fere, qui suam quisque rempublicam constituissent legibus atque institutis suis; ut Cretum Minos, Lacedaemoniorum Lycurgus, Atheniensium quae persaepe commutata esset, tum Theseus, tum Draco, tum Solo, tum Clisthenes, tum multi alii

(1) Cf. l. 4 D. 1, 4: *Αἱ μεταγενέστεραι διατάξεις ἰσχυρότεραι τῶν πρὸ αὐτῶν εἶναι*, id est: posteriores leges plus valent quam quae ante eas fuerunt.

..... nostra autem respublica non unius esset ingenio, sed multorum, nec una hominis vita sed aliquot constituta seculis et aetatibus". Opdat ik eindige. De XII tafelen, de eerste codificatie van het Romeinsche recht, hebben duizend jaar gegolden. Bij de afkondiging der Pandecten in 529 zijn zij blijkens de constitutio Tanta (1) stilzwijgend afgeschaft. Gedurende tien eeuwen, sinds den tijd, dat wij schriftelijk documenten vinden van Romeinsch geestesleven tot een halve eeuw na den ondergang van het West-Romeinsche rijk hebben de Romeinen deze wetgeving voor echt gehouden. Zijn de Twaalf Tafelen legende, dan was hier voor het Romeinsche volk de legende waarheid geworden en bevatte dus de wetgeving der decemviri de formeele waarheid. Het vonnis der eeuwen dekt hier met de formeele waarheid de materieele. Res iudicata pro veritate habetur. Ik voor mij, al ware het bewezen, dat die wetten onecht waren en al waren de voorstanders der onechtheid, en op hen rust de bewijslast, in hun betoog niet te kort geschoten (dat zij hun stelling niet hebben kunnen bewijzen, meen ik te hebben aangetoond) zou daaraan genoeg hebben, al geef ik gaarne toe, dat men ook anders kan oordeelen. Maar vast staat, dat de duodecim tabulae voor de Romeinen als onomstootelijk echt golden. Alles wat op die basis is opgetrokken, alle consequenties voor het latere recht daaruit afgeleid zijn het gevolg van die beschouwing. Een bewijs daarvan zijn de vele commentaren op de XII tafelen, waarvan drie ons nog met name bekend zijn: (in de Tripertita) van SEX. AELIUS; van LABEO; van GAIUS uit wiens commentaar twintig fragmenten in de Pandecten over zijn.

Men zegge niet: het groote verschil òf de XII taf.

(1) c. 19 «hasce itaque leges et adorate et observate omnibus antiquioribus quiescentibus».

authentiek zijn dan wel niet, is dan toch, dat zij in het eerste geval recht zouden bevatten opgelegd door de autoriteit, in het tweede, dus als zij gefingeerd waren, zij slechts een particuliere verzameling van ouder gewoonterecht zouden zijn geweest, want dan kan daarop het antwoord luiden: de bron van recht is wet en gewoonte en tijdens de Republiek blijft de vraag achterwege welke van deze beide primair, welke secundair is, dus de vraag naar beider gelijkwaardigheid. Immers het recht ontstaat uit en door de maatschappelijke verkeersbehoefte; uit, en tijdens de Republiek, door het volk: hetzij het stilzwijgend de gewoonte naleeft hetzij het als wetgevende macht de rechtsgewoonte uitdrukkelijk in wetten formuleert.

De decemvirale wetgeving was bij uitnemendheid een volkswetgeving; de door het volk gekozen commissie van decemviri legibus scribundis, toegerust, zooals wij in het begin zagen, met buitengewone, algeheele volmacht, bracht de codificatie tot stand.

Zou het, in het licht van het voorafgaande, voor de geschiedenis van het Romeinsche recht, er veel toe doen als — maar vooralsnog is die mogelijkheid heel gering — nog ooit bleek, dat de duodecim tabulae niet echt zijn geweest?

Naar mijn overtuiging zijn zij echt, zijn zij het oudst geschreven fundament geweest van het recht, dat later de Westelijke wereld heeft veroverd. In zooverre ging het dichterswoord in vervulling: „Tu regere imperio populos, Romane, memento”.

*Utrecht, Juni 1920*

J. VAN BINSBERGEN

**Beschouwingen over het Nederlandsch  
Octrooirecht**

DOOR

Mr. G. J. VAN BRAKEL  
*te 's-Gravenhage*

II.

Art. 2 der Octrooiwet.

In een vorig opstel (*Themis* 1920, blz. 259 v.) bespraken wij de octrooi-eerbaarheidsvereischten, voorzoover deze in art. 1 der Octrooiwet vervat zijn. Wij stipten ten aanzien van het daarin omschreven nieuweidsvereischte toen reeds aan, dat van nieuwheid van eenig voortbrengsel of van een werkwijze — de verbeteringen noemen wij hier kortheids-halve niet afzonderlijk — reeds gesproken kan worden, zoodra datgene, waarvoor octrooi gevraagd wordt, in eenig opzicht verschilt van de voortbrengselen of werkwijzen, die reeds ten tijde van den indienings-, eventueel den voorrangsdatum, bekend waren. Wij nemen derhalve nieuwheid ook dan aan, indien bedoeld verschil tusschen hetgeen ter octrooieering voorgedragen wordt, en het bekende, van ondergeschikt belang is. Indien wij daarentegen van oordeel waren, dat van nieuwheid alleen in geval van principieel, overwegend onderscheid met het bekende gesproken moest worden, dan zouden wij met het spraakgebruik in botsing komen, waarvan Prof. MOLENGRAAFF in zijn reeds vroeger aangehaald artikel (*Rechtsg. Mag.* 1914, blz. 420 v.) rept, welk spraakgebruik ook hier als leiddraad moet worden gebezigd, nu in de wet geen afwijkende omschrijving van bedoeld nieuweidsbegrip voorkomt. Bovendien zou door een opvatting, waarbij nieuwheid alleen in geval van verschilpunten van principieel belang, werd aangenomen, een onderscheiding tusschen verschillen van ondergeschikte en overwegende beteekenis geschapen worden, die tot willekeur zou leiden: wat de een zal noemen een verschilpunt van ondergeschikt belang, zal de ander een punt van overwegende beteekenis noemen. Het behoeft dan ook geen betoog, hoe ongewenscht het ware dergelijken maatstaf in te voeren, vooral indien men bedenkt,

van hoeveel persoonlijke appreciatie ook reeds het vroeger behandelde uitvindingsbegrip afhankelijk is.

Onze conclusie is derhalve: elk voortbrengsel, iedere werkwijze is als nieuw aan te merken, zoodra zij in eenig opzicht verschilt van de bekende voortbrengselen of werkwijzen (1). De vraag doet zich dan echter voor of dergelijke nieuwhheidsopvatting, waarbij het begrip niet-nieuwheid tot zeer enge grenzen beperkt wordt, niet leiden zal tot de mogelijkheid, dat een octrooi vrijwel altijd ontdoken kan worden, doordat n.l. degeen, die namaak pleegt, zulks doet door een der in art. 30 der Octrooiwet omschreven handelingen te verrichten met een voortbrengsel of werkwijze, die slechts in een zeer ondergeschikt punt afwijkt van hetgeen ten octrooieering is voorgedragen of reeds geoctrooieerd is. Alsdan toch zou van inbreuk op het octrooi (of octrooi-aanvraag) niet gesproken mogen worden, wijl hier sprake is van een ander, dus van een nieuw voortbrengsel of nieuwe werkwijze, derhalve niet van „het” voortbrengsel of „de” werkwijze, waarover de octrooi-bescherming zich uitstrekt. Een dergelijke gevolgtrekking is echter niet juist; ook al moge hier, overeenkomstig het bovengehouden betoog, inderdaad van een nieuw voortbrengsel of van een nieuwe werkwijze sprake zijn, dit sluit daarom inbreuk op het octrooi nog niet uit. Immers bij de octrooi-bescherming is het uitvindingselement de hoofdzaak: dat is de grondslag van het octrooirecht; derhalve is inbreuk daarop reeds aanwezig, zoodra de *uitvinding* onrechtmatig door anderen benut wordt, dus ook indien het namaken of nabootsen geschiedt met een voortbrengsel of werkwijze, die weliswaar verschilt van hetgeen geoctrooieerd is, doch waarbij de uitvinding toegepast wordt. In dit verband mag trouwens gewezen op de omstandigheid, dat art. 30 Octrooiwet niet spreekt van „het” voortbrengsel, waarvoor octrooi verleend is, doch van „een” (dergelijk) voortbrengsel. Ten overvleede willen wij hier — ook echter evenmin als doorslaand argument — wijzen op de Duitse Patentwet, waarin bij §§ 35 en 36 niet sprake is van een inbreuk op het voortbrengsel of de werkwijze, waarvoor octrooi is verleend, maar van een inbreuk op de uitvinding zelve; men leest aldaar: „Wer die Erfindung in Benutzung nimmt”, waaruit dus volgt, dat ook hier de uitvinding, niet het

(1) In dit verband zij gewezen op de volgende zinsnede in KOHLER's Handbuch des Deutschen Patentrechts, 1900, blz. 497: «Auch die offenkundige Benutzung braucht nicht eine offenkundige Benutzung der Erfindung zu sein, es genügt, wenn sie eine offenkundige Benutzung des Inhalts der Erfindung ist, ohne dass man die wohlthätige Eigenschaft der Einrichtung kennt. Daher wird die Neuheit auch dann gebrochen, wenn der *Gegenstand der Erfindung* benutzt wird, ohne dass der Erfolg eintritt» (cursiv. is van ons).

voortbrengsel of de werkwijze, datgene is, waarover de bescherming zich behoort uit te strekken. Tevens zou gewezen kunnen worden op een zinsnede uit het werk van POUILLET (*Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, 1909), waar hij op blz. 744 neerschrijft: „On ne saurait échapper aux peines de la contrefaçon, sous prétexte que l'on aurait modifié plus ou moins l'invention. Qu'importe que l'on n'ait pas identiquement copié le brevet, si l'on en a copié les parties essentielles, constitutives. Nous avons vu que la contrefaçon partielle est punie au même titre que la contrefaçon totale. Le plus souvent d'ailleurs, les différences qui se remarquent entre l'objet breveté et l'objet contrefait n'ont pour but que de masquer la contrefaçon, de la dissimuler et, par suite, de mieux contrefaire le brevet en s'assurant l'impunité. Aussi, est-ce une règle bonne à suivre que de juger la contrefaçon d'après les ressemblances en non d'après les différences” (1).

Na de voorgaande uitwijdingen, die beoogden een ruime opvatting van het nieuweheidsbegrip ingang te doen vinden, rest ons dienaangaande nog een bespreking van art. 2 der Octrooiwet. De inhoud van dit wetsartikel blijkt dan in de eerste plaats een bevestiging te zijn van gemelde ruime opvatting van het nieuweheidsbegrip, waar immers uit dat artikel volgt, dat alleen dan een voortbrengsel of werkwijze — ook hier gewagen wij korthedshalve niet van een verbetering van één van beide — niet als nieuw is aan te merken, wanneer voldaan is aan de in het slot van het artikel omschreven eischen; nieuweheid is derhalve regel, niet-nieuweheid uitzondering. In de tweede plaats moet ten aanzien van het artikel opgemerkt worden, dat dit niet zoozeer betreft het nieuwe voortbrengsel of de nieuwe werkwijze, waarvoor octrooi gevraagd wordt, dan wel inhoudt de voorwaarden, waaronder bestaande voortbrengselen of bestaande werkwijzen als anticipaties in aanmerking mogen komen. Hier blijkt dus opnieuw, hoe dit wetsartikel niet aangemerkt mag worden als inhoudende één der elementen van datgene, waarvoor

(1) Men vergelijke voorts: H. ISAY, Patentgesetz 1911, blz. 150: «Der Schutz des Patents soll die Erfindung in ihrer Gesamtheit decken, und kan deshalb über dasjenige, was als Gegenstand der Erfindung im Patentausspruch formuliert ist, hinaus gehen».

Men behoort dus te vragen of gebruik gemaakt is van de uitvindingsgedachte, die aan het geoctrooieerde voortbrengsel (werkwijze) ten grondslag ligt; door zulks te doen, behoeft men echter nog niet zijn toevlucht te nemen tot de leer der aequivalenten, gelijk laatstelijk de Belgische schrijver G. VAN DER HAEGHEN («Les inventions mécaniques et le principe des Equivalents», 1918) gedaan heeft, die trouwens op blz. 9 toegeeft: «C'est un critère (ce principe des équivalents), ce n'est pas un critère universel».



octrooi verleend kan worden: alleen artt. 1 en 3 der Octrooiwet, niet echter het onderhavige art. 2 der Octrooiwet, bevatten die elementen, afgezien nog van de overige wetsartikelen (4 en 5), die slechts bij uitzondering ter sprake zullen komen (1).

Welke zijn nu die in art. 2 genoemde voorwaarden? Ten eerste, dat de mogelijkheid heeft bestaan, dat het anticiperende voortbrengsel (werkwijze) openbaar bekend is geweest (en wel ten tijde der indiening der aanvraag resp. reeds ten tijde van den voorrangsdatum); men lette er wel op: de mogelijkheid van de openbare bekendheid is hier al voldoende; dat de bedoelde openbare bekendheid inderdaad aanwezig is geweest, wordt door de wet niet vereischt; deze zegt uitdrukkelijk: „wanneer zij... van voldoende openbare bekendheid kunnen zijn”. In de tweede plaats moet die mogelijke openbare bekendheid ontstaan zijn door een beschrijving of op een andere wijze, en wel, gelijk de wet er aan toevoegt, moet die openbare bekendheid voldoende geweest zijn, en wel van dien aard, dat het bestaande voortbrengsel door een deskundige reeds kon worden vervaardigd resp. de betreffende werkwijze aldus kon worden toegepast; ook hier is dus de mogelijkheid van vervaardiging of van toepassing voldoende; niet vereischt wordt, dat zulks ook feitelijk het geval is geweest.

De vraag doet zich echter dan voor, wat onder de mogelijkheid van voldoende openbare bekendheid te verstaan is, en welke deskundige hier bedoeld is. Wat de eerste vraag toch aangaat, is de term „voldoende” onbepaald zoowel ten aanzien van de plaats als van het tijdstip: immers waar en wanneer er voldoende openbare bekendheid is, valt niet in de wet zelve te lezen: waar het echter een wetsterm is, moeten dus toch juridische criteria hier toegepast worden. Het antwoord moet dan ook, bij gebreke aan wettelijke regeling, uit algemeene rechtsbeginselen afgeleid worden. En deze in toepassing brengende, zijn wij van meening, dat alleen dan van voldoende openbare bekendheid gesproken kan worden, indien de mogelijkheid van deze bekendheid heeft bestaan in de betrokken rechtsgemeenschap; indien derhalve in den kring der betrokken deskundigen (2) nog rekening gehouden wordt met publicaties uit het tijdvak, waaruit de anticipatie dateert, en wel uit het land, waaruit die anticipatie afkomstig is, alsdan moet die anticipatie als nieuweheids-schadelijk aangenomen worden, zelfs indien slechts de mogelijkheid van openbare bekendheid bestaan heeft. Een

(1) Anders: MOORREES, Polyt. Weekblad 1919, blz. 42.

(2) derhalve de Nederlandsche en Oost- of West-Indische vaklieden.

voorbeeld moge dit verduidelijken: in Nederland wordt octrooi gevraagd voor een werkwijze, betrekking hebbende op de suikerfabricage; alsdan zijn als nieuweids-schadelijk aan te merken de publicaties, welke betrekking hebben op de suikerfabricage van die landen, waarmede de Nederlandsche en Oost- of West-Indische suikertechnicus ten tijde van den indienings-(voorrangs)datum placht rekening te houden b.v. Nederlandsch-Indië, Egypte, wellicht zelfs Hawaï; deze landen zijn dan aan te merken als behoorende tot de rechtsgemeenschap der gemelde suikerfabrikanten. Hetzelfde geldt voor het tijdstip, waarmede hier rekening gehouden moet worden; dateert de anticipatie uit een tijdvak, waarmede de bedoelde vaklieden geen rekening houden ten tijde van den indienings-(voorrangs)datum, alsdan is er geen nieuweids-schadelijke publicatie, anders kan er wel van een anticipatie sprake zijn.

Eenzelfde criterium inzake de rechtsgemeenschap is voor het niet nader in art. 2 der Octrooiwet aangeduide wetsbegrip „deskundige” aan te nemen; ook hier moet onder deskundige verstaan worden de (gemiddelde) vakman, behoorende tot den kring van hen, die zich op het desbetreffend gebied der techniek bewegen; inzake de nieuweid (niet wat betreft het uitvindings-element!) is dus alleen van belang, wat den vakman op dat bepaalde gebied bekend kon zijn, niet wat den vakman op een ander technisch gebied van bekendheid kon zijn.

Aldus de algemeene rechtsbeginselen toepassende, komt men o. a. tot bevredigende resultaten, zonder daardoor in eenig opzicht de wet geweld aan te doen (1). Dit nu schijnt wel eenigszins het geval te zijn met de door DELTA in het Rechtsgel. Mag. 1914, blz. 503 v. gehuldigde opvatting. De anonieme schrijver toch rept in zijn belangwekkend artikel in de eerste plaats van hetgeen men in Engeland pleegt te noemen: „paper-anticipations”, d. w. z. oude octrooi-beschrijvingen, die reeds lang vergeten zijn en nooit tot enig resultaat leidden. DELTA zou in geen enkel geval dergelijke „paperassen” als nieuweids-schadelijk willen aanmerken. Welnu, een dergelijke vergaande uitsluiting zouden wij niet durven uitspreken, waar de wet niet alleen daarvan met geen woord rept — integendeel gelegenheid geeft elk geval op zichzelf te beschouwen —, doch bovendien de algemeene rechtsbeginselen met dergelijke opvatting strijden. Wij

(1) Nadat het bovenstaande geschreven was, bleek ons, dat KOHLER, Handbuch, blz. 183, dergelijke opvattingen huldigt, zij het ook, dat deze schrijver steeds rept van de Kultur-welt, een begrip, dat ons niet alleen rechtsphilosophisch onjuist voorkomt, maar bovendien onhoudbaar toeschijnt op technisch gebied: men denke aan HAWAÏ enz.

zouden dan ook willen vragen: bestond voor den vakman in de betrokken branche ten tijde van den indienings-(voorrangs)datum de mogelijkheid, dat hetgeen als anticipatie opgeworpen wordt, voldoende openbaar bekend was; zoo ja, dan moet ook de z.g. paper-anticipation als nieuwheidsschadelijk aangemerkt worden. Als regel zal dit wel niet het geval zijn: de vaklieden zullen als mannen van de praktijk zich wel gewacht hebben met geheel verouderde paperassen of zelfs toepassingen daarvan bezig te houden en alsdan zal dan niet aangenomen kunnen worden, dat er van voldoende openbare bekendheid sprake was, waarvan de wet spreekt, en derhalve het octrooi niet op grond van niet-nieuwheid geweigerd kunnen worden.

Evenmin is dit steeds op grond van de bovengeschetste opvatting mogelijk, wat betreft de plaats, waar de z.g. anticipatie openbaar bekend had kunnen zijn. DELTA bespreekt n.l. het geval, dat de inhoud der octrooiaanvraag in een officieel blad in Chili gepubliceerd geweest was of in het openbaar was besproken te Tokio; volgens hem zou alsdan dergelijke publicatie in geen geval nieuwheidsschadelijk zijn. O. i. hangt het ook hier weder van de omstandigheden af; indien gemelde landen inderdaad behooren tot de streken, waarmede ten tijde van den indienings-(voorrangs)datum in Nederland of in de Nederlandsche koloniën op het desbetreffend technisch gebied rekening werd gehouden, alsdan zou er o. i. wel sprake zijn van eenzelfde rechtsgemeenschap, waarop wij boven doelden, en alsdan kan dergelijke publicatie als nieuwheidsschadelijk aangemerkt worden. 't Hangt dus geheel van de omstandigheden af, en, gelijk de Mem. v. Toel. op de Octrooiwet zegt, is de Octrooiraad (evenals de rechter) volkomen vrij in de keuze van omstandigheden, waaruit hij meent te kunnen afleiden, dat „de uitvinding” (bedoeld is: het voortbrengsel of de werkwijze) te bekend is om voor nieuw te worden gehouden.

„Bekend is”, zegt de wetsontwerper, doch ten onrechte, waar de wet thans zegt, dat het bekend-kunnen zijn reeds voldoende is om de niet-nieuwheid aan te nemen. DELTA (ook RESIUS in zijn proefschrift) doen alsof het woord „kunnen” niet in de wet stond. Hun argumenten zijn o. i. niet afdoende. In de eerste plaats toch gaat het beroep op gemelde zinsnede in de Mem. v. Toel. niet op; weliswaar wordt daarin verklaard, dat het woord „kunnen” alleen ingevoegd is om dengene, die de aanvraag, op grond van niet-nieuwheid bestrijdt, niet te belasten met de bewijslast der werkelijke bekendheid, doch wij vragen ons af, of zulks een afdoend argument is, waar de wet, zooals zij thans luidt, toch ondubbelzinnig zegt, dat de mogelijkheid van bedoelde openbare bekendheid voldoende is; nergens staat in de wet, dat

die bekendheid inderdaad aanwezig moet geweest zijn. Maar in de tweede plaats zouden wij willen aanvoeren, dat de Octrooiraad (en rechter) wèl de verplichting heeft de niet-nieuwheid aan te nemen, zoodra aan alle voorwaarden van art. 2 der Octrooiwet voldaan is. DELTA houdt het tegendeel n.l. vol, waar hij schrijft (blz. 509): „uit niets echter blijkt, dat het de bedoeling was om Octrooiraad en rechter de verplichting op te leggen een uitvinding” (bedoeld is: een voortbrengsel of werkwijze) „als niet-nieuw te beschouwen, zoodra daartoe eenige eenige aanleiding bestaat, ook al acht hij het uiterst onwaarschijnlijk, dat werkelijke openbare bekendheid bestaat”. Hoe nu, zouden wij willen vragen! Art. 2 schrijft toch ondubbelzinnig voor, dat voortbrengselen enz. als niet-nieuw „worden” aangemerkt, en dat kan toch niet aldus uitgelegd worden als: „kunnen worden”. Ook hier blijkt, hoe gevaarlijk het is te veel te letten op de wordingsgeschiedenis der wet, in stede van op haar tekst.

Wij spraken boven reeds over de plaats en het tijdstip der mogelijke openbare bekendheid, en willen thans nog een bespreking wijden aan de wijze, waarop zij ontstaat en wel in verband met de tervisielegging van octrooi- (en gebruiksmodel-) aanvragen in andere landen (1). DELTA n.l. is van meening, dat dergelijke tervisielegging nooit tot de in art. 2 der Octrooiwet omschreven openbaarheid kan leiden, omdat geen enkel deskundige de moeite zal nemen van den inhoud van dergelijke publicaties kennis te nemen. Daarmede wordt echter de vraag niet zuiver gesteld: het gaat niet om de kwestie of de deskundige hier te lande of in de Nederlandsche koloniën kennis pleegt te nemen van de tervisielegging in het vreemde land, maar criterium is alleen, of bedoelde deskundigen met de industrie van gemeld land rekening plachten te houden: zoo ja, dan is er mogelijkheid van (voldoende) openbare bekendheid, omdat het vreemde land tot dezelfde rechtsgemeenschap als Nederland en zijne koloniën behoort. Onverschillig is het daarbij, of die openbare bekendheid ontstaan is door een tervisielegging; de mogelijkheid van die bekendheid is dan immers aanwezig; de wet zegt trouwens in art. 2 uitdrukkelijk, dat het onverschillig is, op welke wijze de bekendheid ontstaan is.

---

(1) In tegenstelling met de uitzonderingsbepaling en derhalve het in engen zin uit te leggen voorschrift van art. 7 O. W., dat alleen van octrooiaanvragen, niet van gebruiksmodellen aanvragen rept, komen deze laatste hier, bij de niet-nieuwheid, wèl in aanmerking, waar uit de publicatie van deze modellen wel de mogelijkheid van vervaardiging van voortbrengselen of van toepassing van werkwijzen kan voortvloeien, waarvoor octrooi gevraagd wordt.

Van willekeur, gelijk DELTA verder betoogt, door de tervisielegging der eene plaats wèl, die eener andere plaats niet nieuweheidsschadelijk te achten, is dan geen sprake. Immers hier wordt een objectief rechtscriterium, t. w. dat der rechtsgemeenschap, gebezigd; ingeval van twijfel kan de Octrooi-raad of rechter over dit punt, met welke landen in de betreffende tak der nijverheid hier te lande of in de koloniën rekening gehouden werd, een getuigenbewijs of deskundigenverhoor, ook ambtshalve, doen plaats vinden. Gevaar voor te ruime toepassing van bedoeld nieuweheidsschadelijk element is evenmin te vreezen; bij het vooronderzoek van den Octrooi-raad worden immers als regel alleen de Fransche, Engelsche, Duitsche en Amerikaansche publicaties nagezocht, en komen de publicaties der andere landen meestal niet ter sprake, tenzij er door een opposant beroep op gedaan wordt. Bovendien pleit tegen DELTA's voorstel, om alle tervisieleggingen uit te sluiten, nog de omstandigheid, dat wel eens telegrafisch, b.v. vanuit Berlijn, de openbaar gemaakte aanvragen naar Nederland worden overgebracht, en op grond van die „gestolen" uitvindingen hier te lande octrooi werd aangevraagd; ook zonder toepassing van art. 9 der Octrooiwet (onrechtmatige ontleening) kan dan dergelijke aanvraag hier te lande geweigerd worden op grond van niet-nieuweheid, wat in DELTA's systeem niet mogelijk is.

DELTA doet ten slotte ter staving van zijn betoog ook beroep op de rechtszekerheid, omdat volgens hem bij het inachtnemen van tervisieleggingen het vooronderzoek van den Octrooi-raad vrijwel alle beteekenis zou verliezen en ook het oordeel van den practicus hier te lande door de door hem bestreden opvatting illusoir zou worden. Welnu, het vooronderzoek blijft ook bij de door ons voorgestane opvatting geheel in zijn waarde, voorzoover deze aanwezig is; immers absolute zekerheid biedt het vooronderzoek nooit; hoe vaak blijkt pas uit een oppositie de niet-nieuweheid, althans wordt daarop dan beroep gedaan. En wat het oordeel van den man der practijk aangaat, daarbij ziet DELTA over het hoofd, dat de Octrooiwet nu eenmaal, ook ten aanzien der nieuweheid, den Octrooi-raad of rechter niet bindt aan de nationale, inheemsche of koloniale, industrie, waarvan de practicus wellicht alleen, of wellicht nog niet eens geheel en al, op de hoogte zal zijn, maar ook rekening houdt met de buitenlandsche industrieën, althans daarmede rekening gehouden kan worden, een stelling trouwens, die DELTA dadelijk zal toegeven bij vele publicaties, die niet in tervisieleggingen bestaan.

Wij zouden thans van art. 2 wel willen afstappen, ware het niet, dat ons oog gevallen was op een onderhoudend artikel van DUNKHASE in het tijdschrift: *Markenschutz und*

Wettbewerf, jg. 1919, No. 1 (October 1919). Schrijver voert daarbij 2 octrooibezorgers sprekende in, en kiest daarbij tot onderwerp het geval, dat een uitvinding, of — om het nauwkeuriger weer te geven — „die dabei zur Anwendung gekommene Idee” in een reeds voor vele jaren verschenen Amerikaansch octrooischrift is gepubliceerd. Op grond nu van § 2 der Deutsche Patentwet, waarin te lezen is, dat alles, wat in openbare „Druckschriften” beschreven is, als bekend is aan te merken, kon gemelde uitvinding niet meer geoctrooieerd worden, hoe onbillijk en vooral ook ongerechtvaardigd zulks scheen, waar bedoelde verjaarde publicatie nooit in toepassing werd gebracht. Uit dit voorbeeld blijkt ten opzichte onzer wet, die ten aanzien der nieuwheid spreekt niet van de uitvinding, doch van het voortbrengsel of de werkwijze, hoe streng men aan de woorden van ons artikel moet vasthouden om onbillijke en onpractische toepassingen van het nieuwheidsvereischte te voorkomen.

In dit verband zij trouwens nog gewezen op de hierboven verdedigde opvatting om art. 2 der Octrooiwet alleen toe te passen, waar het betreft hetzelfde voortbrengsel of dezelfde werkwijze als waarvoor octrooi gevraagd wordt. Immers daardoor wordt de toepassing van art. 2, zelfs bij een uitlegging, als hierboven door ons in den breede geschetst werd, ten zeerste beperkt (1). Immers zoodra tusschen hetgeen bekend is en datgene, waarvoor octrooi gevraagd wordt, eenig verschil bestaat, zegge men: hier is sprake van een nieuw voortbrengsel of van een nieuwe werkwijze, waarna men alleen met des te meer zorg heeft na te gaan of in het ter octrooieering voorgedragene een uitvindingsgedachte opgesloten ligt ten opzichte van al hetgeen ten tijde der indiening of op den prioriteitsdatum bekend was. Ook daarbij lette men echter niet alleen met hetgeen hier te lande bekend was, doch ook hetgeen bekend was in die landstreken, waarmede Nederland en zijn koloniën in rechtsverkeer stonden, d. i. in de betrokken tak der nijverheid in technisch verkeer stonden. Al hetgeen over het begrip rechtsgemeenschap hiervoren werd uiteengezet is ook hier van toepassing; men lette er echter op, dat hier, bij het toetsen van het uitvindings-element, alleen in aanmerking komt al hetgeen in bedoelde rechtsgemeenschap openbaar bekend was, en niet tevens wat openbaar bekend kon zijn; de wet laat ons — gelukkig! —

---

(1) Het zal zich voornamelijk voordoen bij het geval, dat een ingeroepen voorrangsrecht om een of andere reden niet erkend kan worden; de vraag is dan of het betrokken octrooischrift ten tijde van den indieningsdatum der Nederlandsche aanvraag in Nederland of koloniën van voldoende openbare bekendheid kon zijn.

die vrijheid, in tegenstelling met hetgeen zij, gelijk bleek, ten aanzien der nieuwheid, voorschrijft (1).

Eenige rechtspraak van den Octrooiraad  
inzake art. 2.

Wellicht afwijkend van onze opvatting: *Alg. Verg. 26-6-1919 (Ind. Eig. V, 14)*: „de verschilpunten tusschen het toestel der aanvraag en de bekende toestellen dragen geen principieel karakter”.

In stellige tegenspraak met het in den text gehouden betoog: *Alg. Verg. 16-11-1914 (Ind. Eig. III, 22)*: Ingevolge art. 2 der Octrooiwet kan de nieuwheid niet langer worden erkend, indien de uitvinding (bedoeld is: het voortbrengsel of de werkwijze!) op eenigerlei wijze van *voldoende* openbare bekendheid *kàn* zijn geworden om door een deskundige te worden vervaardigd of toegepast; hierin ligt opgesloten dat bedoelde bekendheid niet alleen *mogelijkheid*, maar ook *werkelijkheid* moet zijn geworden, hetgeen vrijelijk door de ter beslissing geroepen autoriteit uit de feiten kan worden afgeleid; door de verkrijgbaarstelling van het Zweedsche octrooi is de *mogelijkheid* zeer zeker ontstaan, dat deskundigen daarvan hebben kennis genomen; uit de feiten is door de Afdeeling ten onrechte afgeleid, dat bedoelde bekendheid ook werkelijkheid geworden is.

Vgl. voorts over de gevallen, waarbij openbare bekendheid werd aangenomen:

In onzen zin: *Alg. Verg. 2-4-1914 (Ind. Eig. III, 8)*: „In art. 2 der Octrooiwet is niet sprake van een werkelijke bekendheid bij alle deskundigen, veel minder van zoodanige bekendheid bij het volk in het algemeen; appellants opvatting, dat het onderwerp der aanvraag niet van openbare bekendheid is, in verband met het feit, dat bedoelde anticipatie in de Engelsche taal is gesteld en derhalve het Nederlandsche volk in het algemeen . . . daarvan geen kennis heeft kunnen nemen, is dus onjuist, en overigens in strijd met de bedoeling des wetgevers, gelijk deze blijkt uit de Mem. v. Toel. ad art. 2, volgens welke van Nederlandsch octrooi zal zijn uit-

(1) Gebleken is, dat O. SCHANZE in «Markenschutz und Wettbewerb». 11e jg., blz. 418 v.v. een dergelijke opvatting heeft verdedigd; zie hierover H. ISAY in Mitteil. v. Verband, D. Patentanw., jg. 1912, No. 9 vgl. Voorts E. DUNKHASE, Die Prüfung des Erfindung auf Patentfähigkeit, blz. 34, 39, aangehaald bij H. ISAY in Mitteil., jg. 1913, No. 8; voorts leze men H. ISAY, Patentgesetz, 1911, blz. 30 en 46; op laatstgen. blz. leest men: «Die Prüfung erfolgt einheitlich und gleichzeitig auf das *Anderssein* und das *Mass des Anderseines* d. h. auf *Neuheit* und *Erfindungscharakter* der zu beurteilenden gegenüber den zu vergleichenden Massnahmen» (curs. is van ons).

gesloten, „wat in het buitenland voor niet-nieuw moet worden gehouden”.

*Alg. Verg. 1-3-1915 (Ind. Eig. IV, 6)*: „De wet spreekt niet van *algemeene*, doch van voldoende *openbare* bekendheid; deze mag aanwezig geacht worden, wanneer de publicatie in een tweetal Nederlandsche tijdschriften is opgenomen geweest”.

*Alg. Verg. 26-2-1917 (Ind. Eig. VI, 7)*: Mogelijkheid van openbare bekendheid aangenomen op grond van een Duitsch octrooischrift, vóór de aanvraag in Nederland te Berlijn verkrijgbaar: „Vóór het uitbreken van den oorlog was de telegrafische verbinding met Berlijn van dien aard, dat binnen 24 uur na openbaarmaking te Berlijn, openbare bekendheid hier te lande mogelijk was en voorzooover de aard der uitvinding den vakman niet in staat mocht stellen haar te vervaardigen of toe te passen zonder kennisneming ook van de bij de aanvraag behorende teekening, ook deze kennisneming binnen 24 uren geenszins was uitgesloten, daar de treinenloop van dien aard was, dat wat den eenen dag te Berlijn gedrukt algemeen verkrijgbaar werd gesteld, den volgenden dag in ons land aanwezig, en dus van voldoende openbare bekendheid kon zijn”.

Laatstelijk: *Alg. Verg. 8-3-20 (Ind. Eig. IX, 8)*: Ned. Jur. 1920, blz. : De mogelijkheid van openbare bekendheid aangenomen, op grond, dat vóór dien indieningsdatum de teekening waarop de ter octrooieering voorgedragen constructie duidelijk afgebeeld was, met het daarbij behorende bestek vrijwillig zonder eenig voorbehoud of anderszins aan een derde was terhand gesteld, die de teekening en deels het bestek aan 2 concurrerende groote scheepswerven ter inzage zond, zonder eenigen plicht tot geheimhouding.

---



### Opmerkingen omtrent hoofdelijke aansprakelijkheid bij onrechtmatige daden.

Het is nog niet lang geleden, dat de hoogleeraar ANEMA in eene studie in dit tijdschrift over de opleiding van den jurist de opmerking maakte, dat wanneer in zijn studentijd een rechtsdiscipel een juridische vraag had beantwoord, steeds door den docent de vraag werd gesteld: „waar staat dat”? Kon men dan geen wetsartikel aanwijzen, zoo werd het antwoord waardeloos geacht. Ten onrechte, voorzeker, doch de vraag op zich zelf lijkt mij, nu ons civielrecht eenmaal gecodificeerd is, zoo dwaas niet. Zeker een wetboek mag niet in al te veel détails afdalen, maar, zoo het volledig is, dan zal men bij de beantwoording van rechtsvragen wel bijkans steeds een artikel kunnen vinden waarop het antwoord steunt. Althans dit is bij den Code Civil en in ons Burgerlijk Wetboek, ook vóórdat de weinig aantrekkelijke methode van redactie der kindervetten daarin was opgenomen het geval en wanneer het niet zoo is, heeft men meestal te doen met een verzuim. Dit is jammer, want er rijzen dan vragen, die bijkans nimmer tot eene afdoende beantwoording komen, want nauwelijks is eene meening de communis opinio geworden of eene nieuwe leer geeft weder tot strijd aanleiding, een strijd vrij nutteloos, omdat al acht men uit den aard der zaak de nieuwere opvatting meestal de beste, de oudere, wanneer men slechts ook op hare voordeelen let, niet zóó onjuist is of men had zich, ware zij uitdrukkelijk in de wet vermeld, ook bij haar wel kunnen nederleggen. Het onderwerp waaraan hier enkele bladzijden mogen gewijd worden, levert hiervan het bewijs op. Lastig te beantwoorden vragen zouden zijn vermeden, wanneer onze wetgever met enkele korte voorschriften had bepaald, hoe zijns inziens de aansprakelijkheid moest worden geregeld, wanneer er schade was ontstaan, die het gevolg was van de onrechtmatige gedragingen van meerdere personen. Latere op den Code geënte wetboeken, als de Code Civile hebben dan ook deze leemte vermeden (1).

(1) Codice Civ. Ital. art. 1156 Se il delitto o quasi delitto è imputabile a più persone, queste sono tenute in solido al risarcimento del danno cagionato.

Op het eerste gezicht zou men anders niet meenen, dat men voor een moeilijkheid stond. Art. 1401 B. W. bepaalt, dat iedere onrechtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht, dengene door wiens schuld de schade veroorzaakt is, verplicht om deze te vergoeden en art. 1318 B. W. luidt:

„Geene verbintenis wordt verondersteld hoofdelijk te zijn, tenzij zulks uitdrukkelijk bepaald zij.

„Die regel lijdt alleen uitzondering in de gevallen waarin „eene verbintenis uit kracht eener wetsbepaling voor „hoofdelijk gehouden wordt”.

De wet onderscheidt niet uit welke bron de verbintenis gesproken is, maar bij verbintenissen uit de wet is er natuurlijk geen sprake van eene uitdrukkelijke wilsuiting van partijen de hoofdelijkheid bepalende, men zal dus moeten hebben eene wetsbepaling waaruit die hoofdelijkheid voortvloeit.

Zulk een wetsvoorschrift, zelfs een uitdrukkelijke wetsbepaling, vindt men in art. 619 B. W., waar van de personen tegen wie de rechtsvordering tot herstelling in het bezit kan worden ingesteld, gezegd wordt: „zij zijn allen hoofdelijk voor het geheel verantwoordelijk”.

Een soortgelijk voorschrift vond men ook in art. 55 van den Code Pénal, doch dit artikel is bij de invoering van ons strafwetboek niet gehandhaafd (1).

Moet men dus aannemen, dat hoofdelijkheid, wanneer de verplichting tot schadevergoeding het gevolg is van de onrechtmatige gedragingen (handeling of omissie) van meerdere personen, behalve dan in het geval van art. 619 B. W. is uitgesloten?

Mr. D. VAN WEEL in zijn nog niet vergeten in 1863 verdedigde dissertatie aarzelt niet deze oplossing als de juiste aan te prijzen. Edoch een jeugdig doctor juris is uit den aard der zaak spoediger genegen op grond van een door hem als juist aangenomen wetsinterpretatie iets als bestaand recht te aanvaarden, ook zelfs wanneer het practisch tot weinig begerlijke gevolgen voert, dan zij, die reeds meerdere jaren in de practijk hebben rondgezien en vandaar, dat zijne zienswijze geenszins algemeene instemming heeft gevonden (2).

(1) Art. 55 C. P. Tous les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit seront tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais.

(2) VAN WEEL. De leer der solidaire of hoofdelijke verbintenissen naar het Romeinsche en hedendaagsche recht, blz. 518: «Ofschoon zich in jure constituendo veel voor de hoofdelijkheid zou laten aanvoeren, moet men die echter in jure constituto bij gemis eener positieve wetsbepaling met TOULLIER en DURANTON ten stelligste ontkennen, te meer in het Nederlandsche recht, daar het in een bepaald geval de hoofdelijkheid uitspreekt, art. 619 B. W., wat zeker niet geschied zou zijn, indien de hoofdelijkheid bij onrechtmatige daden regel was.»

Zien wij nu tot toetsing dier leer eerst de geschiedenis van het ontstaan der betrokken wetsvoorschriften.

Gelijk men weet is art. 1318 B. W. ontleend aan art. 1202 van den Code Civil, dat woordelijk reeds voorkomt in het ontwerp van TRONCHET en zijn drie medewerkers (1). Intuschen hebben deze weder geput uit POTHIER.

Zij het mij vergund hetgeen deze in zijn *Traité des Obligations* No. 265 en vlgg. vermeldt — het zijn maar enkele zinnen — hier woordelijk aan te halen:

„La solidité — evenmin als de Code geeft POTHIER eene definitie der solidariteit, maar beschrijft na elkander de actieve — No. 258 — en de passieve — No. 261 — „peut être stipulée „dans tous les contrats de quelque espèce qu'ils soient. Mais „régulièrement elle doit être exprimée; sinon lorsque plusieurs ont contracté une obligation envers quelqu'un, ils „sont présumés ne l'avoir contractée chacun que pour leur part. „C'est ce que décide Papinien en la loi 11 § 2 ff. de duobis „reis: et c'est ce qui a été confirmé par Justinien en la „Novelle 99. La raison est que l'interprétation des obligations „se fait, dans le doute en faveur des débiteurs, comme il a „été déjà vu ailleurs” (2).

Dan volgt echter:

„Il y néanmoins certains cas dans lesquels la solidité „entre plusieurs débiteurs d'une même chose a lieu, quoiqu'elle n'ait pas été expressément stipulée.

„Le premier cas est lorsque des associés de commerce contractent quelque obligation pour le part de leur commerce. „Cette décision est de notre Droit Français; ordonnance du „commerce de 1673, t. 4, art. 7”.

„Le second cas auquel plusieurs débiteurs d'une même chose sont obligés solidairement, quoique la solidité n'ait „point été exprimée est celui de l'obligation que contractent „plusieurs tuteurs qui se chargent d'une même tutelle; ou „de celles que contractent plusieurs personnes, qui se chargent de quelque administration publique”.

„Le troisième cas d'obligation solidaire est à l'égard de „ceux, qui ont concouru à un délit; ils sont tous obligés „solidairement à la réparation. Ils ne peuvent opposer aucune „exception de discussion ou de division, en étant indignes”.

Ten slotte wordt dan een vierde uitzondering genoemd,

(1) Livre III tit. II, art. 96. La solidarité ne se présume point; il faut qu'elle soit expressément stipulée.

Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit en vertu d'une disposition de la loi.

(2) Noch de uitspraak van PAPINIANUS l. 11 § 2, D. 45, 2. waarop POTHIER zich beroept, noch novelle 99 hebben zulk een algemeene strekking. In beide plaatsen worden speciale gevallen behandeld.

nl. het geval, dat de testator uitdrukkelijk heeft bepaald, dat hij zijne erfgenamen ou autres successeurs met de vol- doening van een legaat belastte.

Het is nu het derde geval dat ons interesseert en al mag men de juistheid toegeven der opmerking, dat POTHIER niet volkomen logisch is (1), wanneer hij hier spreekt van eene uitzondering op den regel dat men bij overeenkomsten de solidariteit uitdrukkelijk moet bedingen daar hier toch niet van een overeenkomst maar van een andere bron van verbintenissen, nl. van het delict, sprake is, zoo schijnt het mij toch begrijpelijk dat POTHIER in eene verhandeling over ver- bintenissen in een afdeeling tot opschrift hebbende „en quel „cas l'obligation de plusieurs débiteurs est réputée solidaire” wijst op de omstandigheid, dat wanneer meerderen tot een delict samenwerken zij *allen* solidaire tot vergoeding der schade gehouden zijn. Het wekt alleen verwondering, dat hij, uit- nemend Romanist als hij was, zich niet op bewijsplaatsen uit het Corpus juris beroept (2).

(1) Mr. NAP, Rechtsgeleerd Magazijn XXVII, blz. 279.

(2) Voorbeelden vindt men in L. I § 4 D. II, 10. de eo, per quem factum erit quo minus quis in iudicio sistat, l. 15 § 15 D. IV, 2 quod metus causa, l. 17 pr. D. IV, 3 de dolo, l. 5 pr. D. IX, 4. l. 3 pr. D. XI, 6. Si mensor falsum modum l. 7 § 4 en l. 8 D. XXVII, 6 quod falso tutore l. 1 § 13 D. XXXIII, 16 de vi: quoties verus procurator dejecerit cum utrolibet eorum, id est sive domino, sive procuratore, agi posse Sabinus ait, et alterius nomine alterum eximi: sic tamen, si ab altero eorum litis aestimatio fuerit praestita nom enim excusatus est qui jussu alicuius dejecit: non magis, quam si jussu alicuius occidit.

Van een verplichting quasi ex delicto spreekt l. 1 § 10 en 4 D. IX, 3. De his qui effuderint. Si plures in eodem coenaculo habitent, unde dejectum est, in quemvis haec actio dabitur — l. 2. quum sane impossibile est scire, quis dejecisset vel effudisset l. 3. Et quidem in solidum. Sed si cum uno fuerit actum, caeteri liberantur, l. 4. — Perceptione non litis contestatione, praestituri partem damni societatis iudicio vel utili actione ei, qui solvit.

Steeds heeft men met bepaalde delicten — in de gevallen bedoeld in l. 1, 4, D. IX, 3 met een verplichting quasi ex delicto — te doen, niet met het begrip onrechtmatige daad uit zich zelf, wat begrijpelijk is, daar dit met de daaraan geknoopte verplichting tot schade- vergoeding eerst van lateren tijd is. Vergl. *Themis* LXXXI, blz. 105 en vlgg. De solidariteit der verschillende verbintenissen tot schade- vergoeding houdt toch verband met de ontwikkeling van het Romeinsche strafrecht. Oorspronkelijk heeft de poena privata zoowel het karakter van straf als van schadevergoeding. Alleen, het strafelement praedomineert.

Nu kan de omstandigheid, dat meerdere personen aan één delict hebben deelgenomen aan ieders verplichting tot het ondergaan der straf — scil. tot voldoening der boete — niet te kort doen. Immers

Wat hiervan zij, dat POTHIER hoofdelijkheid der schuldenaren bij eene verplichting tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad aannam is niet twijfelachtig.

Bevreemdend zou het trouwens geweest zijn, wanneer hij was afgeweken van wat de Romanisten in zijn tijd algemeen aannamen.

De ontwerpers van den Code, althans BIGOT PRÉAMENEU dachten niet anders. Dit blijkt uit diens rede — LOCRÉ XII, blz. 350 — in het Corps législatif tot verdediging van dat artikel van het ontwerp dat, gelijk reeds werd opgemerkt, art. 1202 is geworden.

Na er op gewezen te hebben, dat een solidaire verbintenis niet mag worden verondersteld aanwezig te zijn, vervolgt hij: „Il en serait autrement s'il s'agirait d'obligations pour laquelle la solidarité serait prononcée par la loi. C'est ainsi qu'elle a été prononcée par l'ordonnance de 1673, Titre VI, art. 7 en fait de commerce et par les lois criminelles contre ceux, qui sont condamnés pour le même délit etc.”

Welke lois criminelles hij nu precies op het oog heeft gehad blijkt niet; misschien dacht hij aan het decreet van 19/22 Juli 1791 (1), maar waarschijnlijker lijkt het mij, dat hij het oog gehad heeft op de talrijke plaatsen in het Corpus Juris, waar solidaire aansprakelijkheid tot vergoeding der

---

het feit, dat meerderen aan het delict hebben deelgenomen is in den regel eer een verzwarende dan verzachtende omstandigheid. Edoch, wanneer naast de actio poenalis zich eene zelfstandige vordering tot schadevergoeding ontwikkelt — naast de actio furti de condictio furtiva — verandert de zaak.

Wel blijft ieder der delinquenten tot voldoening der totale schade-loosstelling verplicht, maar wanneer deze door een hunner voldaan is, zijn de anderen bevrijd. De benadeelde, die zijn schade vergoed heeft verkregen, heeft op dit punt niets meer te vorderen, door de anderen nog verbonden te achten zou men hun noodeloos een last opleggen.

Edoch verandert langzamerhand het karakter van vele actiones poenales. Niet is dit steeds het geval geweest, althans niet in den klassieken tijd, met de actio legis Aquiliae.

Hier bleef het karakter van straf praedomineeren en nog ULPIANUS kon — l. 11 § 2 D. IX, 2 — schrijven: Et si cum uno agatur ceteri non liberantur nam ex lege Aquilia quod alius praestitit alium non relevat.

Betrachtet man aber die Entschädigung des Verletzten als die Hauptsache, so ist nur solidarische Verpflichtung an zu nehmen, das heisst die Leistung des einen befreit die anderen, da dem Verletzten durch sie volle Schadloserhaltung wurde; cf. ook GÉRARDIN: Étude sur la solidarité. Nouvelle Revue Historique de droit Français et Etranger 1885, blz. 385 en vlgg.

(1) Les amendes de la police correctionnelle et de la police municipale seront solidaires entre les complices.

schade wordt aangenomen van allen, die zich schuldig hebben gemaakt aan hetzelfde delict. Dat echter die plaatsen juist door de invoering van den Code zouden ophouden verbindende kracht te hebben is iets, waar hij vermoedelijk niet aan gedacht heeft (1).

Toen nu de wetgever, waar hij den Code Pénal tot stand bracht, wèl aan dit onderwerp dacht en in art. 55 hen, die ter zake van eenzelfde misdaad of eenzelfde wanbedrijf veroordeeld waren, hoofdelijk aansprakelijk verklaarde voor de daaruit voortvloeiende schadevergoeding, — *Tous les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit seront tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais* — bemerkte men niet dadelijk, dat er toch in het oude en het nieuwe recht niet alles gelijk was. Op den duur kon echter de vraag niet uitblijven wat rechtens was, wanneer meerdere personen een onrechtmatige daad — *fait illicite* — gepleegd hadden en daardoor schade hadden veroorzaakt, en toch art. 55 C. P. niet toepasselijk was omdat het feit òf bloot eene overtreding (*contravention*) opleverde òf in 't geheel niet strafbaar was. DURANTON had een gemakkelijke oplossing. Hij meende, dat men datgene wat voor crime of délit gold zonder bezwaar ook toepasselijk kon achten bij eene overtreding „*mais pour dire notre pensée la condamnation pour simple quasi délit dont la réparation est poursuivie devant les tribunaux civils*

(1) Ter adstructie dezer meening meen ik mij te mogen beroepen op hetgeen gebeurd is bij het tot stand komen van de artt. 1382 en 1383 — onze artt. 1401 en 1402 B. W. — van den Code. Tusschen de artikelen, die in den Code zijn opgenomen, kwamen nog een tweetal in het ontwerp voor:

«*Si d'une maison habitée par plusieurs personnes il est jeté sur un passant de l'eau ou quelque chose qui cause un dommage ceux, qui habitent l'appartement d'où on l'a jétéé sont tenus solidairement à moins que celui, qui a jété ne soit connu, auquel cas il doit seul la réparation du dommage*» en «*Les hotes qui n'habitent qu'en passant dans la maison d'où la chose a été jetée ne sont point tenus au dommage, à moins qu'il ne soit prouvé que ce ne sont eux, qui ont jeté, mais celui qui les loge en est tenu*».

Men dacht aan l. 1 § 10 D. IX, 3, doch dat men hier aansprakelijkheid had zonder schuld trok niet de aandacht. Toen dan ook in de zitting van den Raad van State van 2 Februari An XII een lid van dien Raad de opmerking maakte «*que l'énumération du principe suffit; que les exemples doivent être retranchés*» dacht men er niet aan, dat dit «*principe*» *ipsis verbis* toch nergens duidelijk was uitgedrukt. Intusschen achtte men het toch blijkbaar in den Code nedergelegd, althans MALEVILLE III, blz. 70 schrijft in zijn 1807 verschenen commentaar, die dus het licht zag vóór art. 55 C. P. bestond «*que tous les complices d'un délit sont solidaires de droit*». Men wilde blijkbaar de solidariteit, maar vergat dit *ipsis verbis* te zeggen.

„ne devrait pas dans l'état actuel de la législation être prononcée solidairement à cause du texte formel de l'article 1202 du C. C. quoiqu'il y eut lieu d'ailleurs — nous en tombons volontiers d'accord à modifier le droit en ce point”.

Deze leer werd door TOULLIER gedeeld, des dat deze van de gelijkstelling van overtreding met misdaad of wanbedrijf niets wilde weten en ook daar de hoofdelijkheid verwierp, doch bij DELVINCOURT vond zij bestrijding en in de jurisprudentie werd zij meestal verworpen (1).

Intusschen de zaak was ter sprake gekomen. Onze Nederlandsche wetgever was gewaarschuwd.

Heeft hij nu op die waarschuwing acht geslagen?

Het eerste ontwerp van wet dat bij de Tweede Kamer werd ingediend nadat het ontwerp van 1820 van de baan was, was op dit punt geheel gelijk aan den Code.

„Eene verbintenis — zoo luidt de Nederlandsche tekst — wordt niet verondersteld solidaire te zijn, indien zulks niet uitdrukkelijk is bedongen”.

„Deze regel lijdt alleenlijk uitzondering in de gevallen, waarin eene verbintenis van regtswege uit kracht eener wetsbepaling voor solidaire gehouden wordt”.

Maar er kwamen veranderingen. De regeering stelde voor om voor „solidaire” „hoofdelijk” te lezen; uit het tweede lid verdwenen de woorden „van regtswege” en, wat meer betekenis heeft, voor „bedongen” in het eerste lid las men

(1) TOULLIER, IX, 151. Dat er bij misdaad of wanbedrijf hoofdelijke aansprakelijkheid is vindt hij juist. C'est dans la volonté commune des obligés de s'engager à une même chose. C'est dans la volonté commune des délinquants que prend sa source la solidarité prononcée contre eux.

Dat men ook opzettelijk een onrechtmatige daad kan plegen zonder dat deze zich als crime ou délit laat qualificeeren ontging hem.

De jurisprudentie is — zie MERLIN Questions de droit sub voce Solidarité XIV blz. 365 en vlgg. — wankelend. Een arrest van het Hof van Cassatie van 3 Dec. 1827, Sirey VIII, Chr. I 713, verwierp de hoofdelijkheid nadat zij bij arresten van 3 Juli 1817, Sirey 18, I, 338 en 12 Februari 1819, Sirey 19, I, 139 was aangenomen op grond, dat de condamnation solidaire au paiement des fruits et intérêts est une conséquence du concert frauduleux. De leer van het délit civil is later door MARCADÉ ad art. 1202 C. C. met klem verdedigd.

Van belang was de uitspraak van het Hof van Cassatie van 11 Juli 1826, Sirey Chr. VIII, I, 388, waar men aannam, qu'il y a eu nécessité pour la Cour Royale de prononcer une condamnation solidaire par l'impossibilité où elle a déclaré se trouver en fait de déterminer la proportion dans la quelle chaque établissement serait être tenu des dommages, eene argumentatie die doet denken aan l. 11 § 2 D. IX, 2. Si plures servum percusserint, si non apparatus cuius ictu perierit omnes tenentur quasi occiderint.

„bepaald”. Dat dit niet een bloote verandering van een woord was uit purisme, maar dat men in „bepaald” toch iets anders las dan in „bedongen” blijkt uit den Franschen tekst. Daar verving men „„*expressement stipuléé*” door „*expriméé* en „*termes précis*”.

Het is dan ook opmerkelijk, dat de heer DAAM FOCKEMA in zijn door NOORDZIEK gepubliceerde aantekeningen de wijziging van gewicht achtte. Hij vond nu het tweede lid zelfs ongerijmd. M. i. is het oordeel niet juist.

Wat toch was het geval?

Vermoedelijk heeft men, indachtig aan het feit, dat in titel I van Boek III de verbintenissen behandeld werden, onverschillig of zij uit overeenkomst dan wel uit anderen hoofde waren ontstaan, den tekst zóó gewijzigd, dat duidelijk uitkwam, dat men niet alleen en uitsluitend aan verbintenissen, die uit een overeenkomst voortspruiten had te denken. „Stipuler”, „bedingen” nu wijst op een overeenkomst „*expriméé* en *termes précis*”, „bepaald” is ruimer. Dit kan ook geschieden in een wetsbepaling, zooals men zulk een wetsvoorschrift dan ook vindt in art. 619, 3de lid B. W. (1).

Moet men nu uit het hier vermelde de gevolgtrekking maken, dat waar behalve dan in het geval van art. 619, nergens in het B. W. uitdrukkelijk is uitgesproken, dat waar meerderen eene onrechtmatige daad hebben verricht deze hoofdelijk aansprakelijk zijn, die hoofdelijkheid moet worden verworpen?

Heeft dus Mr. van WEEL ook op grond der geschiedenis gelijk?

Dit geloof ik niet en hoop het hieronder meer uitvoerig aan te toonen, maar dit staat m. i. toch wel vast, dat de bekende leer van LAROMBIÈRE, dat art. 1202 C. C. met verbintenissen uit onrechtmatige daad niets te maken heeft en enkel slaat op verplichtingen, die in een overeenkomst hun bron vinden voor *ons* recht niet is te handhaven (2).

Niet alleen volgt dit uit de omstandigheid, dat het opschrift van den eersten titel van het derde Boek luidt „van ver-

(1) De Fransche tekst van art. 49 der wet van 1 Maart 1825 luidt: *La solidarité ne se présume pas, il faut qu'elle soit expriméé en termes précis.*

*Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu en vertu d'une disposition de la loi.*

(2) LAROMBIÈRE ad art. 1202 C. C. no. 22. Il est bien évident d'abord que l'article 1202, en disant que la solidarité doit être *expressement stipulée*, indique suffisamment qu'il n'est applicable qu'à la solidarité conventionnelle et non aux arrangements qui résultant de délits ou de quasi-délits se forment sans convention. Zie ook Cour de Cassation 29 Februari 1836, Sirey 36, I, 293.



„bintenissen in het algemeen” en niet meer, zooals titel III van Boek III van den Code: „des contrats on des obligations conventionnelles en général”, maar de wijzigingen, die art. 1202 van den Code heeft ondergaan om art. 1318 B. W. te kunnen worden wijzen op eene uitbreiding van de betekenis.

Intusschen is men later toch tot dezelfde conclusie gekomen, nu niet meer op grond van den tekst der wet, maar op grond van den aard der verbintenis. Art. 1318 B. W., zoo leest men, heeft al evenmin als de andere artikelen van de VIIIste afdeeling van titel I van Boek III van ons B. W. verbintenissen uit onrechtmatige daad op het oog. Immers deze behooren niet tot de solidaire, de correales, verbintenissen, maar tot die welke men als „blosze Solidarobligationen” (solidarité imparfaite) pleegt aan te duiden. Van correi debendi of credendi is hier geen sprake en waar de artikelen 1314—1331 B. W. alleen het oog hebben op gevallen welke het Romeinsche recht onder de correaliteit zou brengen is art. 1318 B. W. ten deze niet toepasselijk.

Maar daarom kennen wij een toestand wèl, die overeenstemt met de Romeinsche solidariteit. „Waar meer dan een „persoon een schade in haar geheel heeft veroorzaakt zijn „allen verbonden de schade in haar geheel te vergoeden. „Tenentur in solidum, is echter eenmaal de schuldeischer „door een hunner schadeloos gesteld, dan is daarmede ook „de verbintenis van de anderen gedelgd. Onze wetgever heeft „over dit samentreffen van verbintenissen, over dezen „cursus actionum tegen verschillende debiteuren, niet gehandeld, maar door zijn stilzwijgen heeft hij niets veranderd „aan rechtstoestanden welke uit den aard der zaak ontstaan „en geground zijn op algemeene rechtsbeginselen die ook door „hem erkend zijn” (1).

Deze woorden van LAND geschreven op een oogenblik, dat tegen zijn leer in het buitenland reeds meer en meer reactie was ontstaan vonden instemming bij den Hoogen Raad in het arrest van 3 Mei 1901 W. 7601, gewezen in de bekende zaak der door den burgemeester-secretaris van *Valburg* zonder recht uitgegeven obligatiën dier gemeente, welke door een wethouder, doch ten onrechte, waren gecertificeerd als uitgegeven ter uitvoering van een door Ged. Staten goedgekeurd besluit van den Raad dier gemeente.

O., zoo leest men in het arrest, „dat art. 1318 B. W. in „dit geval niet toepasselijk is, omdat hier geen hoofdelijke

(1) LAND III 1ste Deel, blz. 96, ed. van 1892. Zie ook de in 1891 verdedigde dissertatie van Mr. P. H. LOEFF, Hoofdelijke verbintenissen volgens het Nederl. recht.

„verbintenis in den zin van art. 1316 aangenomen kan „worden”;

„dat toch, wanneer onderscheidene op zich zelf staande „onrechtmatige daden aanleiding geven tot een verplichting „om de uit die daden ontstane schade te vergoeden er niet „bestaat eene enkele verbintenis met meerdere schuldenaren, „maar zoovele verbintenissen als er zelfstandig aansprakelijke „personen zijn, die met elkander door geen rechtsverband „verbonden worden, zij het ook dat het voorwerp van iedere „verbintenis hetzelfde is”.

Maar dat nam niet weg, dat de onvoorzichtige wethouder om met LAND te spreken „tenebatur in solidum” en tot vergoeding der volle schade gehouden werd. Een beroep op art. 1318 B. W. mocht hem niet baten.

Edoch zóó gemakkelijk raakt men art. 1318 B. W. niet kwijt, al betwijfel ik of het de hoofdelijkheid van des wethouders verbintenis uitsloot.

Daargelaten of hetgeen de Hooge Raad als de quintessens der hoofdelijkheid aanneemt, het bestaan van *een enkele* verbintenis met meerdere schuldenaren, wel in overeenstemming is met het Romeinsche recht, volgens ons recht lijkt mij deze leer zeker niet juist (1).

(1) Het onderscheid tusschen de zoogenaamde echte solidariteit, de correaliteit en de bloote — v. SAVIGNY sprak van onechte — solidariteit, de solidarité imparfaite der Fransche auteurs, is het eerst gemaakt in de XIXde eeuw door KELLER in zijn in 1828 verschenen werk «Litiscontestation und Urteil». In dit geschrift geschreven onder den indruk der pas weder ontdekte Instituten van GAJUS wees hij er op, dat bij verschillende verbintenissen die men solidaire placht te noemen de litis contestatio met een der solidaire debiteuren of crediteuren de anderen bevrijdde, terwijl dit bij andere solidaire verbintenissen niet het geval was, waar slechts voldoening der schuld of een daarmede geheel op één lijn staande wijze van te niet gaan der verbintenis door of aan een der verplichte of gerechtigde personen voor de anderen bevrijdend werkt. In zijn in 1831 uitgekomen werk «Zur Lehre von der Correal-Obligation» heeft RIBBENTROP deze gedachte verder ontwikkeld en toen zij door VON SAVIGNY gedeeld werd was zij spoedig de heerschende geworden, ook hier te lande. In Frankrijk geschiedde dit ten gevolge van DEMANGEAT's werk des Obligations solidaires en droit Romain.

Men moet, zoo werd betoogd, onderscheid maken tusschen de bloot solidaire verbintenissen, waar men enkel te doen heeft met meerdere verbintenissen allen tot object hebbende een zelfde praestatie en de correal obligatio, waar men heeft una obligatio, eene verbintenis met meerdere subjecten. «Die Correal Obligation», zoo schrijft WINDSCHEID, die steeds aan de onderscheiding heeft vastgehouden, «ist eine einzige Obligation mit einer Mehrheit der subjectiven Beziehungen». En inderdaad in de bronnen vindt men meermalen — zie l. 34 D. 46, 3, l. 31 § 1 D. 46, 2, l. 2 D. 45, 2 — van una obligatio gesproken, al vindt men evenzeer daarnaast van plures obligationes gerept. De

POTHIER toch brengt zonder aarzeling de vordering tot schadevergoeding uit een delict dat door meerdere personen gepleegd is bij de obligations solidaires onder dak. Van eene

una obligatio met meerdere subjecten — om ons nu gemakshalve bij de toch feitelijk alleen practisch voorkomende passieve solidariteit te bepalen — is echter niet gemakkelijk te doorgronden. Zoo kan het zijn, dat de eene schuldenaar zuiver, de ander onder opschortende voorwaarde verbonden is en toch is er maar één verbintenis. Dit gaat niet en zoo komt men er toe om met BARON te spreken van een *Gesamttobligation*. «Der Wille der betheiligten Personen, dass die Obligation nicht getheilt werden soll lässt sich nur dadurch ausführen, dass zunächst sämtliche Correi als Einheit gedacht die Obligation contrahieren erst entsteht demgemäsz eine *Gesamttobligation* in den Quellen *communis, tota, una obligatio, commune jus*. Da ferner jeder Correat ein selbständiges Rechtssubject ist und ein besonderes Vermögen hat, so erzeugt die *Gesamttobligation* eine *Sonderobligation* für jeden Correat in den Quellen *propria singulorum obligatio, duae species obligationis, duae obligationes*».

Men is nu door het erkennen van meerdere verbintenissen, die elk een zelfstandig karakter kunnen hebben over meerdere bezwaren heen, maar steeds blijft toch het bezwaar, dat, gelijk DERNBURG opmerkt, men niet recht weet «wo die objective Einheit der Correat Obligation und die subjective Mehrheit beginnt». De zaak wordt, geloof ik, duidelijker, wanneer men niet meer het bestaan van una obligatio aanneemt, maar bij de correatiteit de verschillende obligaties zoo nauw verbonden denkt als bijv. de in één kabel samengevlochten staaldraden, terwijl zulk een nauwe verbinding dan bij de bloot solidaire verbintenissen niet voorkomt. DERNBURG heeft in zijn *Pandecten* leerboek II, § 72, naar mij voorkomt, duidelijk uiteen gezet hoe naast elkander de correate en de solidaire verbintenis zijn ontstaan en hoe men, waar meerdere schuldenaren zich jegens een schuldenaar wilden verbinden zonder dat de schuld tusschen hen verdeeld werd, dit deed door een correate verbintenis te doen ontstaan. Dit geschiedde eerst bij een zelfde stipulatio, maar al spoedig werd die eisch niet meer gesteld en konden ook door *bonae fidei contracten* correate verbintenissen gesloten worden. Intusschen is het onjuist om gelijk bijv. Mr. LOEFF in zijn boven aangehaald proefschrift aanneemt te leeren, dat alleen uit overeenkomst en niet bijv. uit de wet een correate verbintenis zou kunnen ontstaan.

WINDSCHEID *Pand.* § 297, noot 6 en 7 wijst op de gevallen van aansprakelijkheid van meerdere meesters voor één ondergeschikte of van meerdere eigenaren van één schade-aanbrengend dier. Bloot solidaire verbintenissen vinden hun bron meestal in een delict, alleen ook hier kan een overeenkomst de bron zijn — zie WINDSCHEID op cit. § 298. Er is *jure Romano* zonder twijfel een verschil, maar in het *Justiniaansche recht* is dit reeds minder groot dan in de klassieke periode. De *constitutio* van l. 28 §§ 2 en 3 C. VIII, 40, waarbij bepaald werd, dat voor borgtocht en passieve correatschulden de *liti-contestatio* met een der hoofdelijke schuldenaren niet meer voor de anderen bevrijdend zou werken is hier van gewicht. Intusschen, toen na de receptie van het Rom. recht de beteekenis der solidaire ver-

onderscheiding gelijk RIBBENTROP die maakte weet hij niets. En de ontwerpers van den Code deden niet anders. Hoe zouden zij eene onderscheiding gekend hebben die eerst eenige decennien later is gemaakt? Ook de makers onzer wet kenden de distinctie niet. Alleen duidelijker dan in den Code — men denke aan de wijziging van art. 1318 B. W. — komt in ons recht uit, dat wat voor hoofdelijke verbintenissen geldt van kracht is op alle verbintenissen, die het karakter der hoofdelijkheid vertoonen, onverschillig of zij al dan niet uit overeenkomst zijn geboren.

Wanneer in art. 1316 B. W. eene definitie wordt gegeven, van de passieve hoofdelijkheid is die volkomen op de verbintenis die wij op het oog hebben toepasselijk. Wanneer toch meerdere personen tengevolge eener onrechtmatige daad gehouden zijn tot betaling van hetzelfde bedrag aan schade-loosstelling, des dat de een betalende de anderen zijn bevrijd, dan zijn zij allen verplicht, „tot een en dezelfde zaak, zoodat „elk hunner voor het geheel kan worden aangesproken en „de voldoening door een van hen geschied de overige schuldenaars ten aanzien van den schuldeischer bevrijdt”.

Waarom zou men nu niet het bestaan eener solidaire schuld mogen aannemen, waar de definitie dit volkomen toelaat? Omdat POTHIER, toen hij in zijn *Traité* neerschreef, wat later in onze wet is opgenomen, aan voorschriften dacht, die alleen bij de correaliteit niet bij de „unächte Solidarität” golden? POTHIER wilde echter juist omdat hij die distinctie niet kende de algemeene toepasselijkheid op beide categorieën. Antwoorde men, dit moge waar zijn en toegegeven kan worden, dat zij, die onze wet redigeerden, niet anders dachten, dit neemt toch niet weg, dat wij, die het Romeinsche recht beter hebben leeren kennen, die algemeene toepasselijkheid niet meer kunnen aannemen, dan zou ik willen antwoorden, dat dit betoog waarde heeft, waar het de interpretatie van het Romeinsche recht geldt maar niet voor de uitlegging van *ons* recht. Immers ons recht is toch niets anders dan het resultaat van de gedachten die bij onzen wetgever als

---

bintenissen moest worden vastgesteld heeft men niet genoeg gelet op het toch nog steeds bestaande onderscheid. Het is echter opmerkelijk, dat, waar men in de XVII en XVIIIde eeuw de bloot solidaire verbintenissen onbewust onderbracht onder wat voor de correale rechtens was, men op het eind der XIXde eeuw in eene tegenovergestelde fout dreigde te vervallen en een onderscheid, dat bv. nog in het Justiniaansch recht bestond, geheel uit het oog dreigde te verliezen. Zie voor de litteratuur WINDSCHEID *Pand II* § 293 noot 1.

In het Deutsche Wetboek heeft men opzettelijk vermeden partij te kiezen. Wat rechtens geldt voor de Gesamtschuld, geldt onafhankelijk voor haar ontstaan.

juist werden erkend (1). Blijkt deze gedwaald te hebben dan vindt men de dwaling ook weder in ons recht terug.

Ik zou dus art. 1318 B. W. niet durven uitschakelen. Edoch het artikel heeft twee alinea's en wanneer de eerste spreekt van een *uitdrukkelijk* bepaald zijn der hoofdelijkheid, de tweede acht zulk een uitdrukkelijke bepaling niet noodig „in de gevallen waarin eene verbintenis uit kracht eener wetsbepaling voor hoofdelijk wordt gehouden”.

Er moet dus zijn een wetsbepaling die de hoofdelijkheid voorschrijft. Maar dat die *ipsis verbis*, zooals in art. 619 B. W. wordt vastgesteld eischt de wet niet. Analogische wets-toepassing is, dit erken ik, niet gewild, maar verder moet men niet gaan (2).

(1) Zie hierover LAURENT XVII, 317. Het is wat scherp gezegd maar au fond hebben COLIN en CAPITANT gelijk, wanneer zij Tome II blz. 182 leeren: «Cette distinction a cherché une base dans certaines textes du droit Romain. Néanmoins elle est tombée en discrédit et n'est plus guère soutenue aujourd'hui. Il n'y a en effet aucun article de nos lois, qui y fait allusion et qui permet d'affirmer que les rédacteurs de nos Codes aient voulu établir des différences entre les codébiteurs solidaires suivant la cause de leur dette».

(2) Cf. Cour de Cassation 15 Januari 1878, D. P. 78. 1 152 en Hof te Caen 5 Maart 1894, D. P. 95. 2. 329, attendu qu'aux termes de l'art. 55 C. P. tous les individus condamnés pour un même crime ou un même délit sont tenus solidairement des dommages-intérêts; que le rôle de chacun d'eux dans l'exécution d'un crime ou d'un délit peut avoir été très distinct et résulter d'actes séparés; qu'il suffit, pour qu'ils soient tenus solidairement, qu'ils aient tous concourus plus ou moins à l'exécution d'un même crime ou d'un même délit, que par analogie la même règle doit être appliquée en matière de quasi-délit pour la réparation du dommage causé; qu'il n'y a en effet aucune différence entre le délit et le quasi-délit au point de vue du dommage causé». In later jaren heeft men de solidaire aansprakelijkheid meer gegrond op de onmogelijkheid om vast te stellen welk deel der aansprakelijkheid rust op ieder van hen, die door een onrechtmatige handeling het ingetreden gevolg, de schade, mede hebben veroorzaakt. Cour de Cassation 11 Juli 1892 D. P. 94. I 561, 26 Nov. 1907 D. P. 1908. I 139 of op de indivisibilité de la faute Cour de Cassation 15 Juli 1895 D. P. 96. I 31 en 11 Januari 1905 D. P. 1906 I 57. Intusschen houdt men niet steeds twee gevallen uiteen, die toch uit elkander moeten worden gehouden, n.l. dat het wel aannemelijk is, dat iemand met het ontstaan der schade iets te maken heeft maar niet is uit te maken wat hij verricht heeft, — bij een volksooploop zijn ruiten van een woning ingeworpen, vaststaat, dat meerdere personen in den ooploop zijn gezien maar wat zij gedaan hebben staat niet vast — en het geval, dat wel vaststaat wat ieder gedaan heeft, dat het ook niet twijfelachtig is, dat ieders handeling een oorzaak is geweest voor het ontstaan der schade, maar ook niets meer. In dit laatste geval bestaat er m. i. aansprakelijkheid en volgens den Code en volgens onze wet, in het andere niet, tenzij de

Intusschen, zal men zich op een wetsbepaling met succes kunnen beroepen, dan moet daaruit de hoofdelijkheid toch logisch en noodzakelijk voortvloeien en met redeneeringen die het Fransche Hof van Cassatie voldoende heeft geacht, waar het zich beriep op de „nature même des choses”, komt men er niet. Toch zijn, geloof ik, wetsvoorschriften als noodig geacht worden in de artt. 1401, 1402 en 1403 B. W. te vinden. Slechts zal het bewijs in het eerste geval heel wat moeilijker zijn dan in het laatste.

Wanneer men toch iemand aansprakelijk stelt voor de daden van een ander, bijv. de meesters en degenen die anderen aanstellen tot de waarneming hunner zaken verantwoordelijk stelt voor de schade door de dienstboden en ondergeschikten veroorzaakt in de werkzaamheden waartoe deze gehuurd zijn, volgt daaruit geenszins, dat nu die ondergeschikten zelf *niet* aansprakelijk zouden zijn. Zij zullen dit zijn, wanneer art. 1401 of 1402 B. W. op hen van toepassing is. Edoch, wanneer dit zoo is, dan staat hunne verplichting tot schadevergoeding naast die van den meester. Beide verbintenissen hebben het zelfde object, de verplichting tot vergoeding der schade, de voldoening door een der debiteuren geschied bevrijdt de anderen, immers is de schade eenmaal vergoed, dan is de schuldeischer, die alleen daarop recht had, voldaan, welnu dan zal ook art. 1316 B. W. toepasselijk zijn.

Art. 1318 B. W. verbiedt dit niet, het tweede lid van het artikel wil, dat in geval van twijfel geen hoofdelijkheid zal worden aangenomen, maar hier is geen twijfel mogelijk.

Edoch anders staat het, wanneer de aansprakelijkheid van meerderen niet uit art. 1403, doch uit de artt. 1401 en 1402 B. W. moet worden afgeleid.

Men kent de eischen die deze wetsartikelen stellen. Alleen dan ontstaat eene vordering tot schadevergoeding, wanneer er is eene *onrechtmatige* daad — handeling of omissie — en door die *schuldige* daad schade is veroorzaakt. Er moet zijn en *causaal*- en *schuldverband*. Voorts is het, zal men van hoofdelijkheid kunnen spreken, noodig, dat de verschillende

---

wet dit uitdrukkelijk bepaalt, zooals § 830 D. B. G.: «wenn sich nicht ermitteln lässt wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat», dit doet. In het midden der XIXe eeuw — zie bijv. een arrest van het Hof van Cassatie van 8 Nov. 1836, SIREY I 36 I 801 — heeft men de hoofdelijkheid wel eens verdedigd, omdat men te doen zou hebben met een verbintenis met een ondeelbaar object. Deze opvatting is echter notoir onjuist, het object der verbintenis is het bedrag der schade, een geldsom behoudens het geval, dat zij bepaald moet worden op het kleinste muntstuk in koers steeds een deelbare zaak.

schuldenaren allen verplicht zijn tot dezelfde zaak, dus tot vergoeding der zelfde schade.

Nu zal er menigmaal tusschen de verschillende schade veroorzaakt hebbende handelingen, gemakshalve laten wij de omissies voorloopig buiten behandeling, een zeker verband bestaan, zal er een zekere samenwerking zijn — men denke aan de in het strafrecht bijzonder behandelde gevallen van mededaderschap, medeplichtigheid en intellectueel daderschap — maar die samenwerking is niet steeds aanwezig.

Men kan zich het geval denken, dat een en dezelfde schade het gevolg is van meerdere van elkander geheel onafhankelijke daden van meerdere personen (1).

Zal men nu in al deze gevallen ten aanzien der aansprakelijkheid tot dezelfde solutie moeten komen?

Zien wij eerst het geval, dat er tusschen de verschillende personen eene opzettelijke samenwerking is.

Kan men dan de daad van ieder dier personen causaal achten en hen voor de gevolgen die voorzien zijn, althans voorzien hadden moeten worden, aansprakelijk achten?

Men heeft dit wel eens betwijfeld omdat, waar verschillende personen gezamenlijk gehandeld hebben, dikwerf niet zou zijn na te gaan welk gedeelte der totale schade veroorzaakt zou zijn door ieders handeling en men toch — tenzij de wet dit anders bepaalt — een ieder bloot aansprakelijk zou mogen stellen voor de gevolgen van zijn handeling, voor de schade daardoor veroorzaakt, edoch deze twijfel lijkt mij niet gerechtvaardigd.

Zeker, in tegenstelling van wat meermalen door de Fransche jurisprudentie is beslist, zou ik van meening zijn, dat, wanneer meerdere personen onrechtmatige handelingen hebben gepleegd en men niet kan nagaan of en welk gevolg ieder dier handelingen heeft gehad, men niet ieder dier gehandeld hebbende personen desniettemin tot vergoeding der geheele schade aansprakelijk kan achten. Waar niet vaststaat, dat de handeling de oorzaak is van de schade kan men, tenzij eene

---

(1) Een merkwaardig voorbeeld is het geval behandeld in het vonnis der rechtbank te *Amsterdam* dd. 18 Februari 1890, W. 5853. Het s.s. «Norman Prince» lag 4 November 1888 achter in de Spoorweghaven in de Rietlanden te Amsterdam. Meer vooraan in die haven lag de «Robert Dickinson», die met petroleum gemengd grondwater in de haven pompte. Door den wind werd de petroleum achter in de haven om de «Norman Prince» opgestuwd, toen arbeiders in dienst der H. I. S. M., aldaar werkzaam gloeiende sintels in de haven wierpen. De drijvende petroleum geraakte in brand en de «Norman Prince» zag zich gehuld in een vlammenzee, die niet onaanzienlijke schade toebreacht.

uitdrukkelijke wetsbepaling tot eene andere oplossing noopt, zooals bijv. § 830 van het D. B. G. in het tweede gedeelte, hem, die handelde daarvoor niet aansprakelijk achten. Edoch wij hebben hier een ander geval.

Tusschen de verschillende handelingen bestaat zulk een nauw verband, dat alleen door deze gezamenlijk — en die samenwerking was gewild — het gevolg, de schade is ingetreden. Er zijn niet meerdere verliezen geleden zonder dat men kan nagaan welke handelingen die hebben veroorzaakt, maar er is slechts één verlies, het gevolg van de gemeenschappelijke handeling. Men kan het geval vergelijken met dat van een wagen die zóó zwaar geladen is, dat één paard dien niet kan trekken. Slechts, wanneer twee paarden hun krachten aanwenden, is de wagen in beweging te brengen. Dit gemeenschappelijk trekken is causaal, zoo ook hier de gemeenschappelijke handeling.

Welnu in zoodanig geval is ieders handeling causaal, heeft ieder der gehandeld hebbende personen door zijn daad de schade toegebracht, al heeft hij dit ook niet *alleen* gedaan en al zou de schade of in 't geheel niet of althans niet in dier voege zijn ontstaan, wanneer naast hem niet mededaders of medeplichtigen hadden gehandeld.

Het causaliteits-verband bestaat en wordt niet opgeheven, omdat het gevolg ook nog aan andere oorzaken is te wijten.

Wanneer iemand een sluis openzet, zóó dat met het opkomen der vloed het water binnenstroomt, is de overstroming van den polder een gevolg en van het openzetten der sluis en van het opkomen der vloed. Maar desniettemin betwijfelt niemand, dat het openen der sluis de oorzaak is van het overstromen van den polder. Moet nu de beslissing anders luiden wanneer de dader rekening houdt niet met natuurkrachten waarvan het optreden kan worden verwacht, doch met menschelijke handelingen die in overleg met hem geschieden?

Het is dan ook zeker opmerkelijk, dat waar de wetgever zich voor de vraag gesteld zag hoe men de verplichting tot schadevergoeding moest regelen, wanneer de schade veroorzaakt is door opzettelijke samenwerking van meerdere personen, men nimmer de verplichting tot schadevergoeding heeft uitgesloten, maar integendeel zich heeft geholpen door de verschillende daders en medeplichtigen eenvoudig solidair aansprakelijk te stellen (1).

(1) Zie bijv. § 830 D. B. G. en art. 50 van het Zwitsersche Obligationenrecht.

Voor al de oudere Fransche schrijvers wijzen op de onbillijkheid om, wanneer meerdere personen aan een onrechtmatige daad hebben deelgenomen, ieder slechts pro parte tot schadevergoeding verplicht



Die oplossing is niet alleen billijk, zij is volkomen logisch, wanneer vaststaat, dat iemands handeling de schade heeft veroorzaakt, dus daaraan causaal was, daar doet het er niet toe of ook nog andere handelingen van andere menschen eveneens dit karakter dragen.

Art. 1401 B. W. spreekt van „elke onregmatige daad waardoor aan een ander schade wordt toegebracht”, maar stelt nergens den eisch, dat die schade uitsluitend het gevolg moet zijn dier daad.

De bekende causaliteitsleer van von BURI heeft hierin geen verandering gebracht.

Ofschoon zijn opvatting, dat als oorzaak eener gebeurtenis ieder feit beschouwd moet worden, dat voor het intreden daarvan eene onmisbare voorwaarde oplevert in zooverre juist is, dat een feit dat dit karakter *niet* draagt geen oorzaak kan zijn, maar overigens faalt, omdat daarin het onderscheid tusschen oorzaak en aanleiding, Ursache en Veranlassung uit het oog wordt verloren, heeft zij toch dit voordeel opgeleverd, dat zij eene reactie deed ontstaan tegen de leer, dat als oorzaak eener gebeurtenis slechts alléén de laatste menschelijke handeling beschouwd moest worden, waarna het gevolg is ingetreden. Naast de causa proxima staat de causa remota, die ook nog een oorzaak oplevert en volstrekt niet bloot eene aanleiding behoeft te zijn.

Nu zal het steeds moeilijk zijn te beoordeelen of een meer terug liggende gebeurtenis nog wel inderdaad in den zin der wet als oorzaak kan gelden en men niet bloot van aanleiding mag spreken.

Bij mededaderschap zal die moeilijkheid zich minder voordoen, wél bij medeplichtigheid speciaal, zoo de hulp opzettelijk verleend is vóórdat de eigenlijke onrechtmatige daad van den dader plaats greep.

Toch geloof ik, dat men ook van den medeplichtige, die door het verleenen van zijn hulp het intreden van het gevolg mogelijk heeft gemaakt, die die hulp verleende juist om dit gevolg te doen intreden, kan zeggen, dat hij dit gevolg mede heeft veroorzaakt. Wat hij deed moge iets anders geweest zijn dan de daad van den materiele dader, het is niet minder causaal, het gevolg is ook daardoor veroorzaakt. En wel, dit vergete men niet, hetzelfde gevolg.

---

te achten. Men denke aan het geval, dat een vermogend man met een niets bezittende eene onrechtmatige daad pleegt. Door zich de hulp of medewerking van een derde te verzekeren, zou men zijne verplichting tot schadevergoeding kunnen terugbrengen tot de helft, ofschoon als regel de schennis der rechtsorde juist door het feit, dat die schennis door meerderen te zamen is geschied, een ernstiger karakter vertoont.

Is dit zoo, dan bestaat er ook dezelfde aansprakelijkheid.

Kan men nu ook hetzelfde aannemen voor het geval dat men te doen heeft met intellectueel daderschap?

De civielrechtelijke verplichting van den materieelen dader staat — dit nemen wij aan — vast. Kan nu daarnaast ook die van den uitlokker, van den intellectueelen dader, worden aangenomen ofschoon hij de materieele handeling waardoor de schade is toegebracht *niet* verricht heeft?

Uit dit laatste volgt echter niet dat hetgeen hij deed nimmer oorzaak der schade zou zijn. Daarvoor is slechts noodig, dat er tusschen het ingetreden gevolg en *zijn* gedraging causaal verband bestaat. In den zin VAN BURI is dit zeker het geval, niet minder, wanneer men de adaequate causaliteitsleer huldigt, maar ook wanneer men meent tusschen „oorzaak” en „aanleiding” te moeten onderscheiden is wat de uitlokker deed een veroorzaken van het intreden der schade. Tusschen de daad van hem, die een onrechtmatige daad „deed plegen” in den zin waarin deze uitdrukking in art. 47 1° W. v. Str. wordt gebezigd en hij die eene onrechtmatige daad „uitlokte” is wat het causaal verband tusschen de handeling en gevolg betreft geen essentieel verschil.

In beide gevallen was het gevolg gewild en is een handeling gepleegd zonder welke dit gevolg niet zou zijn ingetreden.

Het is waar bij „doen plegen” is de materieele dader, omdat er bij hem geen schuld aanwezig is, niet aansprakelijk en is hij dit bij uitlokking wel, maar daarom verandert de daad van den intellectueelen dader niet van karakter. Hij is aansprakelijk omdat bij hem èn causaal èn schuldverband kan worden aangenomen. En wel aansprakelijk voor de volle schade.

Hier kan men met recht zich aansluiten aan de bekende uiting van prof. SIMONS, waar deze in zijn bekende Themisstudie (1) schreef: „Van wien men eenmaal aanneemt, dat zijn handeling als de oorzaak der schade is te beschouwen, die is ook tot vergoeding der schade in haar geheel gehouden. Of daarnaast ook op een ander dezelfde vergoedingsplicht rust kan op zijn verplichting geen invloed uitoefenen, ieder heeft op te komen voor zijn eigene daad. Dientengevolge bestaat de mogelijkheid, dat, wanneer door de samenwerking van meerderen schade is ontstaan, ieder daardoor in zijn geheel zal verbonden zijn, zoodat dezelfde verplichting in haar geheel op meerdere schuldenaren zal rusten.

Maar wanneer dit zoo is, dan zijn die meerdere schuldenaren ook hoofdelijke schuldenaren, immers elk hunner kan voor

---

(1) *Themis* 1902, blz. 91.

het geheel worden aangesproken en de voldoening door een van hen bevrijdt de overigen.

Tot dusverre behandelden wij nu bloot gevallen, dat er tusschen hen door wier handelingen het gewraakte gevolg, de schade is ontstaan opzettelijke samenwerking bestond. Meestal zal zelfs het gevolg, zooals het is ingetreden, verwacht en gewild zijn.

Edoch het is duidelijk, dat dit ook anders kan zijn. Het is zeer goed mogelijk, dat de schade ontstaan is als gevolg van de handelingen van meerdere personen tusschen welke niets was afgesproken en die van elkanders verrichtingen zelfs niets hebben geweten.

Hierboven is reeds gewezen op de ramp der „Norman Prince”, een geval, dat dank zij het bekende artikel van den hoogleeraar DRUCKER (1) niet licht zal worden vergeten. Nu trof het hier, dat de verschillende menschelijke gedragingen, die ieder op zich zelf onrechtmatig, te zamen tot de ramp en de daardoor ontstaan zijnde schade hebben geleid achter elkander en niet terzelfder tijd hebben plaats gegrepen. Immers liet eerst de kapitein der „Robert Dickenson” de petroleum in de Spoorhaven vloeien en wierpen pas eenigen tijd later de arbeiders der H. IJ. S. M. de gloeiende sintels in de haven waardoor de petroleum ontbrandde. Het is echter duidelijk, dat het evengoed mogelijk is, dat de verschillende causale handelingen ter zelfder tijd plaats grijpen. Bij een aanrijding en inzonderheid bij aanvaringen in niet te breed vaarwater zal het meermalen voorkomen, dat deze bloot het gevolg zijn der omstandigheid, dat twee verschillende schippers onafhankelijk van elkander ter zelfder tijd ieder een verkeerde manoeuvre hebben gemaakt, waardoor een derde vaartuig het slachtoffer wordt.

Zal men nu in al deze gevallen — voorloopig neem ik eenvoudigheidshalve aan, dat bij den benadeelde geen schuld is — aan dezen het recht op schadevergoeding moeten worden ontzegd doordat de schade niet uitsluitend was veroorzaakt door hem die werd aangesproken om haar te vergoeden?

In dien zin oordeelde de Amsterdamsche rechtbank, doch naar het mij voorkomt volkomen ten onrechte.

Althans zeer zeker, waar het betrof de aansprakelijkheid van de arbeiders der H. IJ. S. M. welke gloeiende sintels in het water hadden geworpen.

Dat toch het werpen van gloeiende voorwerpen van de kade in een haven zonder eerst na te gaan waar die zullen vallen onrechtmatig is lijkt niet twijfelachtig. Zoo het al niet als eene overtreding eener politieverordening onwettig is, dan

(1) Rechtsgeleerd Magazijn 1890.

is het zeker in strijd met de zorgvuldigheid welke in het maatschappelijk verkeer den eenen persoon ten opzichte van den anderen betaamt.

Het rechtstreeksch causaal verband tusschen het werpen van sintels en het ontvlammen van den petroleum, en de door den brand veroorzaakte schade is kwalijk betwistbaar en dat hier schuld, culpa, ontbrak valt moeilijk vol te houden. Welnu, wanneer dit alles zoo is, dan had art. 1401 B. W. ook toepassing moeten erlangen.

Ietwat anders staat het met de plicht tot schadevergoeding van den schipper der „Robert Dickenson”. Het uitpompen van de petroleum was onrechtmatig, zijn schuld aan dit feit, dat hij, zoo hij het niet gelast had, had behooren te verbieden notoir, edoch door het enkele feit, dat er petroleum in de haven vloeide ontstond nog geen schade. De rechtbank ontkende daarom de plicht tot schadevergoeding wijl deze slechts bestaat voor hem „door wiens toerekenbare onrechtmatige daad onmiddellijk en dadelijk schade is veroorzaakt”.

Intusschen de eisch, dat de schade steeds het onmiddellijk en rechtstreeksch gevolg der onrechtmatige gedraging van hem, dien men tot schadevergoeding aanspreekt, moet zijn, is nergens in de wet, speciaal niet in art. 1401 B. W., gesteld.

Ik meen hier te mogen herhalen wat hierboven gezegd is, toen het gold de bewuste samenwerking van meerdere personen. Naast de rechtstreeksche staat de meer verwijderde oorzaak en waar de eerste wel steeds als oorzaak zal worden erkend, is het, waar het de *causa remota* betreft, de vraag of men werkelijk met een *oorzaak* en niet slechts met eene *aanleiding* te doen heeft.

Immers hij die slechts aanleiding heeft gegeven, dat een ander eene onrechtmatige daad deed welke schade toebracht, heeft die schade niet veroorzaakt en is ook niet verplicht die te vergoeden.

De moeilijkheid is nu tusschen oorzaak en aanleiding een juist criterium te vinden en ik wil wel erkennen, dat men, naar het mij voorkomt, nog niet veel verder is dan toen DERNBURG vóór veertig jaren schreef, dat zulks „schwerlich durch ein abstractes Princip kann geschehen, es handelt sich nur um eine vernünftige Würdigung der Thatsachen im einzelnen Falle” (1).

---

(1) Uit de onbetwistbare stelling, dat een oneindig aantal voorwaarden te zamen een gevolg te weeg brengen, volgt nog niet, dat ieder dier voorwaarden reeds op zich zelf als oorzaak mag gelden. De zoogenaamde *adaequate causaliteitsleer* heeft dit bezwaar tegen VON BURI's leer trachten te ondervangen door — er zijn verschillende varianten — slechts die voorwaarde als oorzaak te laten gelden welke in 't algemeen naar den normalen loop der omstan-

Nu komt het mij voor, dat in casu het laten vloeien van de petroleum in de haven niet bloot een aanleiding, maar een, zij het ook meer verwijderde, oorzaak van de ramp is geweest en is dit zoo, dan had ook de kapitein die de petroleum had laten vloeien aansprakelijk moeten zijn geacht.

Bij gelijktijdig onrechtmatig handelen van meerdere personen valt het verschil tusschen rechtstreeksche en meer verwijderde, latere en vroegere oorzaak weg. Men gevoelt echter, dat het feit, dat de schade niet ontstaan zou zijn, wanneer slechts een persoon eene onrechtmatige handeling had gepleegd toch geen reden kan zijn den benadeelde het recht op schadevergoeding te ontnemen, omdat de schade het gevolg is van, veroorzaakt is door, de onrechtmatige gedragingen van meerdere personen. Zulk eene oplossing is zóó onbillijk, dat zij wel uitdrukkelijk in de wet had moeten zijn uitgedrukt, zou men haar kunnen aanvaarden.

Zij wordt dan ook noch in Frankrijk noch hier te lande door de jurisprudentie aanvaard, men neemt de aansprakelijkheid aan van ieder, die eene causale handeling heeft gepleegd en wiens schuld vaststaat, alleen de vraag rijst hoeverre die aansprakelijkheid gaat.

Bij het hierboven reeds geciteerde arrest van 3 Mei 1901, W. 7601, nam de Hooge Raad tot de aansprakelijkheid van ieder der schuldenaren voor het geheel, doch algemeene instemming heeft die leer niet gevonden. Nadat reeds de rechtbank te *Rotterdam* bij vonnis van 24 November 1902, W. 7969, had beslist, dat de verdeling der schadevergoeding naar rede en billijkheid met het oog op de schuld der in aanmerking komende personen moest geschieden, maakt het

---

digheden in staat en geschikt is het ingetreden gevolg tot stand te brengen.

Intusschen komt het bij een directe, rechtstreeksche, oorzaak meermalen voor, dat het volstrekt niet te voorzien was, dat de handeling, die een bepaald gevolg heeft gehad, dit gevolg zou hebben. Zij houdt echter niet op, desniettemin toch de oorzaak van dit gevolg te zijn. Bij meer verwijderde oorzaken bestaat tegen de leer minder bezwaar en dekt zij zich vrij wel met het onderscheid tusschen Ursache en Veranlassung — oorzaak en aanleiding — dat DERNEBURG reeds in zijn Pandectenleerboek op den voorgrond stelde.

Ofschoon oorzaak en schuld geheel verschillende begrippen zijn, is het een feit, dat men eenzelfde handeling, wanneer zij gepaard gaat met dolus of culpa lata, eerder het karakter van oorzaak, zij het dan meer verwijderde oorzaak, zal geven dan wanneer er geen schuld aanwezig is, in welk geval men van aanleiding zal spreken. Zoo is de opmerking van DERNEBURG: «Es liegt aber nahe und ist gerechtfertigt bei dolosem Handeln und grober Schuld die Verantwortlichkeit weiter aus zu dehnen als bei geringer Fahrlässigkeit» inderdaad juist gezien.

arrest van 4 Februari 1916, *W.* 9949, den indruk in diezelfde richting zich te willen bewegen (1).

Ofschoon oorspronkelijk mij de Rotterdamsche opvatting de meest juiste toescheen, zoo wil ik wel erkennen, dat ik aan de juistheid daarvan meer en meer ben gaan twijfelen. En het arrest van den H. R. van 1816 heeft dien twijfel niet doen verdwijnen, wat daar toch zonder verdere motivering gezegd wordt maakt eenigzins den indruk van eene *petitio principii*.

Waar men te doen heeft met het opleggen van een straf, lijkt het mij, zoolang men althans in het strafrecht de aandacht schenkt aan de moreele aansprakelijkheid van den dader, volkomen logisch bij de toepassing der strafrekening te houden met de schuld van dien dader. Intusschen, waar het de regeling der verplichting tot schadevergoeding uit onrechtmatige daden geldt, heeft men niet te doen met straf doch met vergoedingsrecht. Het is waar, zonder schuld bestaat de vergoedingsplicht niet, maar wanneer die schuld aanwezig is, is het volkomen irrelevant of men met *dolus*, *culpa lata* dan wel *culpa levis* te maken heeft.

En terecht, immers de verplichting tot schadevergoeding berust op het feit, dat men zonder recht een ander schade veroorzaakt heeft, ofschoon men — en vandaar, dat de eisch van schuld gesteld wordt — dit had kunnen nalaten. De door de onrechtmatige gedraging ingetreden abnormale toestand moet weder normaal worden en dit geschiedt door de vergoeding der schade. Niet straf, maar een in *integrum restitutio* is beoogd.

(1) Aansprakelijkheid voor het geheel vindt men behalve in het arrest van den H. R. van 3 Mei 1901 in de arresten der Hoven van Arnhem 20 Juni 1900, *W.* 7491 en 28 December 1915, *W.* 9910 en 's-Gravenhage 4 Januari 1918, *W.* 10270 in de vonnissen der rechtbanken te 's-Gravenhage van 27 September 1892, *W.* 6296, Maastricht 19 April 1855, *W.* 1675 en 30 Juni 1853, *W.* 1576. In den geest der rechtbank te Rotterdam, wier vonnis aan Prof. HAMAKER aanleiding gaf tot een scherpe philippica in *W. P. N. R.* no. 1767, waren die der rechtbanken te Zierikzee d.d. 7 Juni 1898, *W.* 7194 en Appingedam 20 Maart 1862, *W.* 2519. In het arrest van den H. R. van 1916 had men te doen met een aanrijding, waar den verweerder in cassatie door een rangeerenden spoorwagen een arm was afgereden. Er was schuld bij het personeel van de spoorwegaansmaatschappij, maar ook bij den gelaedeerde zelf, die niet scherp had uitgekeken. Nu jageert de H. R.: dat art. 1401 aan hem door wiens schuld schade is veroorzaakt den plicht tot vergoeding daarvan oplegt, welk wetsvoorschrift den rechter, die over de feiten oordeelt, niet verbiedt maar veeleer noopt om in geval van schade ontstaan door onrechtmatige daden (verzuimen) van meer personen den vergoedingsplicht af te meten, naar de mate waarin ieders schuld heeft medegewerkt tot het veroorzaken dier schade.

Nu is voorzeker volgens de artt. 1401/1402 B. W. niemand tot vergoeding van andere of meerdere schade verplicht dan die welke hij heeft veroorzaakt, maar men kan eene schade zeer goed door zijn handelingen of omissies hebben veroorzaakt en toch niet alléén de oorzaak dier schade zijn.

Men kan zich een casuspositie voorstellen geheel dezelfde als het boven behandelde geval der mededaderschap behoudens dit verschil dat de schade niet was gewild en tusschen partijen geenerlei overleg bestond. Edoch de schade is het gevolg van, veroorzaakt door hun aller handelingen. Denkt men een dier handelingen weg, zoo zoude er niet minder, er zoude geen schade zijn geweest. De schade is niet een totaal van meerdere kleinere schaden door ieder afzonderlijk veroorzaakt — ware dit het geval, ieder zou slechts aansprakelijk zijn voor de schade die *hij* veroorzaakt heeft — maar het resultaat van de handelingen van meerdere personen te zamen, waarvan men alleen kan zeggen, dat zij te zamen een resultaat gehad hebben, maar waarvan het *niet* mogelijk is om na te gaan in hoeverre ieders handeling nu juist tot dat resultaat heeft medegewerkt.

In zulk een geval concludeert men bij opzettelijke samenwerking tot ieders aansprakelijkheid voor het gevolg in zijn vollen omvang en er is geen reden hier anders te beslissen.

Zeker, men zou dit kunnen doen, men kan bepalen dat in een dergelijk geval de verplichting tot schadevergoeding wordt omgeslagen over allen, die de schade mede hebben veroorzaakt en wel naar evenredigheid van ieders schuld — dat wil zeggen naar mate men vermoedt, dat ieders handeling wel tot het resultaat zal hebben medegewerkt, want in hoeverre dit in realiteit het geval was weet men niet — en onbillijk is eene zoodanige regeling zeker niet, maar zij moet toch door den wetgever ergens zijn vastgesteld, zal men haar kunnen aannemen (1). Welnu, art. 1401/1402 B. W. bevat zulk een bepaling *niet*, wat daar bepaald wordt voert in een geval als het onderhavige óf tot ontkenning der verplichting tot vergoeding van schade

(1) Nadat § 1302 van het Oostenrijksche Wetboek bepaalt: In einem solchen Falle verantwortet, wenn die Beschädigung in einem Versehen gegründet ist und die Anteile sich bestimmen lassen, jeder nur den durch sein Versehen verursachten Schaden. Wenn aber der Schaden vorsätzlich zugefügt worden ist oder, wenn die Anteile der einzelnen an der Beschädigung sich nicht bestimmen lassen, so haften alle für einen und einer für alle, doch bleibt demjenigen welcher den Schaden ersetzt hat der Rückersatz gegen die übrigen vorbehalten, leest men in § 1304: Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seiten des Beschädigten eintritt, so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnismässig; und wenn sich das Verhältnis nicht bestimmen lässt zu gleichen Teilen.

— eene oplossing in het geval der „Norman Prince” door de Amsterdamsche rechtbank gegeven, maar die terecht maar luttel instemming heeft gevonden — òf tot erkenning der verplichting tot vergoeding der geheele schade als rustende op ieder, die die schade door zijn schuld heeft veroorzaakt, ook al heeft hij die niet uitsluitend veroorzaakt.

Eene hoofdelijke verplichting dus tegenover den benadeelde die op ieder, aan wiens schuld eene causale handeling of omissie is te wijten, drukt, maar waarnaast het bestaan van een onderling regres tusschen de verschillende hoofdelijke schuldenaren nog niet is uitgesloten.

Intusschen voor den benadeelde is dit laatste, tenzij dan dat hij zelf ook mede oorzaak der schade mocht zijn, van minder belang, voor hem is het hoofdzaak, dat de omstandigheid, dat het nadeel dat hij lijdt te wijten is aan de onrechtmatige gedragingen van twee of meer personen, hem niet achterstelt bij het geval dat de schade slechts te wijten is aan de onrechtmatige gedraging van één schuldhebbenden debiteur (1).

---

(1) De plaatsruimte ontbreekt om op de belangrijke vraag wat rechtens is, wanneer de schade mede veroorzaakt is door hem die haar lijdt, meer dan even in het voorbijgaan de aandacht te vestigen. Is er enkel causaal doch geen schuldverband bij den gelaedeerde, dan heeft dit op zijn recht geen invloed. Heeft hij de schade voorzien en had hij haar kunnen vermijden, dan zal hij als regel, immers geldt *volenti non fit injuria* — geen recht op schadevergoeding hebben. Het geval kan zich echter voordoen, wanneer het ontstaan van de schade mede een gevolg is van eene onrechtmatige daad zijnerzijds en ten zijnen opzichte culpa, in engeren zin dus met uitsluiting van *dolus*, kan worden aangenomen. Bij schade door ongevallen komt dit meermalen voor. Nu heeft de regeling der aanvaring in art. 534 en vlgg., speciaal van art. 535 jo. 756 W. v. K., medegebracht, dat de vraag of ook bij den eischer schuld was, wel van groot gewicht was, doch dat, stond deze eenmaal vast, al was de schuld ook vrij wat minder dan die der wederpartij, toch alle recht op schadevergoeding verviel. Onwillekeurig ging men bij andere ongevallen een zelfde systeem huldigen.

De mindere sympathie die de regeling bij aanvaring, sedert in het ontwerp tot wijziging van het scheepvaartrecht verlaten, heeft gevonden, bracht reactie en talrijk zijn de uitspraken uit later jaren die van eene andere opvatting zijn uitgegaan en waar, ook al had de benadeelde schuld, hem toch 't zij de helft, 't zij een grooter of kleiner deel der schade als vergoeding is toegekend. Gewezen kan worden bijv. op de arresten van het Hof te Amsterdam van 28 Januari 1910, W. 9036, 8 Februari 1915, W. 9825, 24 Maart 1916, W. 9915 en van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 23 Juni 1917, W. 10083, waarin de rechter zich in overeenstemming met het arrest van den Hoogen Raad van 4 Februari 1916, W. 9949, stelde op het standpunt, dat de vergoedingsplicht is af te meten



En dit is het geval, wanneer men het bestaan van een hoofdelijke verbintenis in dit geval aanneemt.

Hoe is nu echter de verhouding der verschillende schuldenaren onderling? *Jure Romano* is een regresrecht niet bekend. Noch de *actio pro socio* noch de *actio mandati contraria* achtte men toepasselijk en wanneer men bedenkt, dat zelfs nog bij de *actio legis Aquiliae* het karakter van *actio poenalis* op den voorgrond stond, laat zich dit verklaren.

Edoch, ten onzent draagt de vordering die zich op de artikelen 1401/1402 B. W. steunt, dit karakter niet meer, zij is een zuivere actie tot schadevergoeding, die ingesteld kan worden tegen hem, die de schade heeft veroorzaakt. Zeker, wanneer er bloot causaal verband en geen schuldverband bestaat, is er geen vergoedingsplicht, eene m. i. volkomen billijke bepaling, waaraan als regel ook in *jure constituendo* is vol te houden. Edoch, een straf is de vergoedingsplicht niet. En nu is het opmerkelijk, dat reeds POTHIER er nadrukkelijk op gewezen heeft (1), dat de Fransche praktijk „plus indulgente” was dan de Romeinsche.

De billijkheid bracht zijns inziens mede, dat met het bestaan van een onderling regresrecht moest aannemen, en met eene *actio utilis negotiorum gestorum* kwam hij den debiteur, die de geheele schuld had voldaan op dezelfde wijze te hulp als hij een medeborg te hulp kwam, die ten profijte der andere medeborgen de hoofdschuld voldaan had. „C'est de l'équité, qui naît cette action, de l'équité, qui ne permet pas que ses codébiteurs profitent à ses dépens de la libération d'une dette dont ils étaient tenus comme lui”.

Nu lijkt mij een beroep op de billijkheid lang niet altijd afdoende maar waar vaststaat, dat POTHIER het regres wel wilde, dat men dit in Frankrijk kende is het toch aannemelijk, dat waar de Code in de artt. 1213 en 1214 — onze artt.

naar de mate waarin ieder wiens handeling oorzaak is geweest tot de schade ook bij het veroorzaken dier schade schuld heeft gehad. M. i. echter ten onrechte. Grondslag van ons bestaand recht blijft m. i., dat iedere dader tegenover den benadeelde tot de geheele schade gehouden is. Intusschen, wanneer men aanneemt, dat de schuldigen tegenover elkander recht hebben op bijdragen in de betaalde schade, dan geldt dit ook tegenover den benadeelde zelfschuldige. Ook tegenover hem heeft hij, die tot vergoeding aangesproken wordt, recht op restitutie van een deel der te vergoeden schade. Practisch is het gevolg dan niet veel verschillend, en dit verschil bestaat zelf niet, wanneer bij dit regresrecht rekening moet gehouden worden met de mate van ieders, ook van des benadeelden, schuld.

(1) *Traité des obligations* no. 282.

1328 en 1329 — voor alle solidaire verbintenissen zonder onderscheid te maken naar de bron waaruit zij ontstaan zijn zulk een regresrecht geeft, de wetgever dit dan ook gewild heeft.

Het is dan ook opmerkelijk dat zij, die het regresrecht verwerpen, gelijk HUC, dan ook in gevallen als de onderhavige het bestaan van hoofdelijke verbintenissen ontkennen en van obligationes in solidum spreken (1).

Edoch deze leer, die met RIEBENTROP onderscheidt tusschen de echte en de onechte solidariteit en die nog de Hooge Raad in 1901 huldigde is toch, naar ik meen te hebben aangetoond, niet die onzer wet, die evenals POTHIER slechts één soort van hoofdelijke verbintenissen kent, zóó, waar het de toepassing van art. 619, 2de lid B. W. als in het algemeen die der artt. 1401 en 1402 B. W. geldt.

Neemt men echter eenmaal in gevallen als hier bedoeld de passieve hoofdelijkheid aan, dan mag men toch vragen waarom de artt. 1328 en 1329 B. W. toepasselijkheid zouden missen. Omdat men daaraan niet gedacht zou hebben, toen men die artikelen formuleerde? Het is mogelijk, maar om de toepasselijkheid van eenige wetsartikelen, die volgens den tekst der wet zeker toepasselijk zijn, uit te sluiten, moet men toch met een krachtiger argument komen.

Als zoodanig kan, naar het mij voorkomt, een beroep op de billijkheid, die zou vorderen dat, waar het geldt de plicht tot vergoeding der schade tusschen de verschillende schuldenaren te verdeelen, men zou moeten vragen naar ieders schuld, niet gelden (2).

(1) HUC VII, no. 314: Or l'objet de l'obligation de l'un est précisément l'objet de l'obligation de l'autre, c'est-à-dire la réparation du préjudice causé..... Donc tout ce qu'il recevra de l'un viendra par le fait diminuer et le cas échéant éteindre la dette de l'autre. Mais celui qui a payé n'a pas payé une dette commune, il a payé comme sienne une dette qui a toujours été sienne et qui ne s'est jamais composée de la dette d'un autre. Donc il n'y a aucune base juridique au recours qu'il pourrait vouloir exercer. BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, Obl. II, no. 1305, die evenals HUC een bijzondere aard verbintenis — zij spreken van l'obligation au tout — erkennen, nemen daarentegen een regresrecht op billijkheidsgronden wel aan.

Opereert men met dit begrip, dan mag men m. i. de bekende spreuk «Nemo auditur propriam turpitudinem allegans» niet geheel ter zijde laten.

(2) In dezen zin de Cour de Cassation 11 Juli 1892, D. P. 1894, I 561 en ten onzent Hof 's-Gravenhage 4 Januari 1918, W. 10270: «O. dat al mocht uit de onrechtmatige daad voor de ouders van den nedergeslagene het recht voortvloeien ieder der schuldige bewerkers van die daad tot vergoeding der geheele schade aan te

Wat bedoelt men hier met schuld? Is het eene andere uitdrukking voor het begrip causaal? Wil men ieders aandeel in de schadevergoeding bepalen in evenredigheid van zijn aandeel in het ontstaan der schade? Dan kan men opmerken dat dit aandeel juist niet bekend is, dat men alleen weet, dat alle handelingen te zamen de schade hebben doen ontstaan.

Of bedoelt men met schuld de moreele appreciatie van de handeling van iederen dader, voorzooverre men zijn gezindheid, toen hij handelde nog kan nagaan? Vergeet men dan niet, dat het hier niet gaat om het opleggen van een straf, maar om het bepalen van schadevergoeding. Er is, meen ik, toch een grond van waarheid in de uitspraak van BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE (1). Au jourd'hui, théoriquement, la condamnation à des dommages-intérêts a complètement perdu son caractère pénal, mais en fait, il arrive assez souvent — et la jurisprudence par nous critiquée en est un exemple — que les juges ont égard dans la fixation des réparations civiles à la gravité du faute du défendeur.

Ik kan er voor gevoelen, dat men in een zoo moeilijk onderwerp de beslissing aan den rechter overlaat, wat tevens het voordeel heeft om, wanneer in een bepaald geval regresrecht onbillijk zou werken, dit buiten toepassing te kunnen laten, eene oplossing die men in Zwitserland gevolgd heeft (2).

spreken, uit art. 1401 B. W., juncto 1406 B. W., volgt, dat de schuldpllichtigheid uit die daad tusschen de schuldige medebewerkers daarvan onderling afhankelijk is van de mate waarin ieders schuld heeft medegewerkt tot het veroorzaken der schade».

Practisch voert eene regeling in den zin van § 1304 van het Oostenrijksche Burgerlijk Wetboek tot hetzelfde resultaat. Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden der Beschädigten eintritt, so trägt er mit dem Beschädiger den schaden verhältnismässig; und wenn sich das Verhältnis nicht bestimmen lässt zu gleichen Teilen.

(1) Obligations II no. 1306.

(2) Schweizerisches Obligationenrecht art. 50. Haben mehrere den Schaden gemeinsam verschuldet, sei es als Anstifter, Urheber oder Gehülfen, so haften sie dem Geschädigten solidarisch.

Ob und in welchem Umfange die Beteiligten Rückgriff gegen einander haben wird durch richterliches Ermessen bestimmt.

Der Begünstiger . . . . .

Art. 51. Haften mehrere Personen aus verschiedenen Rechtsgründen sei es aus unerlaubte Handlung, aus Vertrag oder aus Gesetzesvorschrift dem Verletzten für denselben Schade, so wird die Bestimmung über den Rückgriff unter Personen die einen Schaden gemeinsam verschuldet haben entsprechend auf sie angewendet.

Dabei trägt in der Regel derjenige in erster Linie den Schaden der ihm durch unerlaubte Handlung verschuldet hat und in letzter

Edoch, voor ons recht is, naar het mij voorkomt, de zaak in de artt. 1328 en 1329 B. W. geregeld en zal men zich aan die regeling die eene aansprakelijkheid pro parte viriliter kent, moeten houden.

Slechts geloof ik, dat wanneer iemand opzettelijk schade heeft toegebracht dan wel het toebrengen van schade heeft uitgelokt, er redenen bestaan hem het regresrecht te ontzeggen. Hetzelfde beginsel, dat tot opneming van art. 1331 B. W. in onze wet leidde, brengt tot deze oplossing. Hier zou men met DERNBURG II, § 163, kunnen zeggen: „Das Gegentheil würde die Billigkeit des Gesetzes in Unrecht verkehren”.

Merkwaardig is het zeker, dat in het wetsontwerp tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek omtrent de verbinding uit onrechtmatige daad, Bijlagen 1910/1911, 198. 1. 2, dat, gelijk bekend is, door het bekende arrest van den Hoogen Raad van 31 Januari 1919, W. 10365, zijn belang grootendeels verloren heeft, de quaestie van het regresrecht geheel is uitgeschakeld.

Dit is zeker jammer, maar te begrijpen. Immers, waar men de regeling der aansprakelijkheid van meerdere personen beperkte tot het geval dat de onrechtmatige daad of ommissie gepleegd is door „twee of meer vereenigde personen” zeker niet hetzelfde, al wordt ook het tegendeel beweerd van „twee of meer personen gemeenschappelijk”, daar was de voorgestelde regeling, nog enger dan hetgeen reeds voor jaren de Codice Civile bepaalde, zoo eng en onvoldoende, dat het er minder toe doet, dat men het regresrecht terzijde laat (1).

Linie derjenige der ohne eigene Schuld und durch vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift haftbar ist.

Naar het mij voorkomt ontbreekt in de gevallen, waar hoofdelijke aansprakelijkheid ontstaat ingevolge het bepaalde bij art. 1403 B. W., zeer zeker regresrecht van den dader, die de geheele schade heeft voldaan tegen den mede aansprakelijken persoon. Hier toch is zoo niet rechtstreeks dan toch zeker analogice art. 1331 B. W. toepasselijk.

(1) Art. 1402 van het ontwerp luidde: Indien schade wordt berekkend door de onrechtmatige daad of daden van twee of meer vereenigde personen zijn allen, die aan deze onrechtmatige daad of daden hebben deetgenomen, hoofdelijk voor het geheel jegens den benadeelde voor het geheel aansprakelijk.

Merkwaardig is het, dat in de Memorie van Antwoord, Bijlagen 1912/1913, 38 1, blz. 9, eenerzijds betoogd wordt: «dat het niet de bedoeling van het artikel is te voorzien in gevallen waarin schade is te wijten aan achtereenvolgende handelingen van personen» en anderzijds beweerd werd, dat, wat men het voorgestelde artikel naar zijn bedoeling op, het niet minder ver gaat dan § 830 D. B. G. Vermoedelijk overkwam den steller der memorie bij het lezen van deze § wat wel eens bij den braven Homerus het geval was.

Toch maakt het een teleurstellenden indruk naast de uitvoerige regeling en van het Duitsche en van het Zwitsersche recht, een recht dat men hier te lande, toen men eenmaal de zaak ter hand nam, toch kende, zoo weinig rekening wilde houden met wat elders was tot stand gekomen. Laat ons echter hopen, dat wat de wetgever verzuimde, door den rechter kan geschieden en dat ook van ons recht gezegd kan worden wat COLIN en CAPITANT van het Fransche betoogen „qu'en cette matière le seul effort de notre jurisprudence est arrivé a établir des solutions que consacre hors de France la législation positive”. Ik vrees echter, dat een werkelijk rechtvaardige regeling van het regresrecht niet te verkrijgen zal zijn zonder ingrijpen van den wetgever, die dan zeker het beste zal doen de oplossing der moeilijkheden, gelijk de Zwitsersche wet, aan den rechter op te dragen.

SEGBRS

*De opleiding tot jurist*, door Mr. S. A. van  
Lunteren, Repetitor rechtswetenschappen  
te Utrecht. — Utrecht, A. Oosthoek.

De heer VAN LUNTEREN hield den 26sten Januari 1920 voor de Juridische Faculteit van het Utrechtsch Studentencorps eene lezing over „De opleiding tot jurist” en liet daarna die rede in druk verschijnen. De heer VAN LUNTEREN is repetitor. Hij begon daarom zijne voordracht met een betoog voor zijn goed recht om in die hoedanigheid zijne stem te doen hooren, met eene beschouwing over de werkzaamheid van den repetitor, met eene bestrijding van het gevoelen van hen, die zooals o. a. prof. HIJMANS, den arbeid van den repetitor als een minderwaardigen voorstellen, dien arbeid beschouwen als gevaarlijk voor het juridisch onderwijs. Daarna gaf hij een kort samengevat overzicht van de geschiedenis der rechtsstudie van den Romeinschen tijd tot op heden, om vervolgens de vraag te stellen wat wij te verstaan hebben onder *jurist*. Mr. VAN LUNTEREN onderscheidde daarbij dengene, die het recht beoefent in zijne practische toepassing en dengene die de rechtsbeoefening bestudeert om het recht zelf, het recht onderzoekt in zijne wetenschappelijke grondslagen en betoogde verder, dat bij het onderwijs met beide richtingen moet worden rekening gehouden.

Naar zijn inzicht blijft studie van de klassieke talen noodig als voorbereiding van de rechtsstudie. Aan de rechtsphilosophie wil hij bij het onderwijs eene ruimere plaats geven, al waarschuwt hij zelf tegen overdrijving te dien opzichte. Over het algemeen is de tegenwoordige

inrichting van de studie, de verdeling der verschillende vakken over candidaats en doctoraal, zooals zij thans is geregeld, vrijwel naar den zin van den spreker. Bij de wijze van studeeren kwam mr. VAN LUNTEREN dan nog nader op de werkzaamheid van de repetitoren terug, daarbij aantoonend, dat voor zeer vele studenten de hulp van een leider bij de studie moeilijk kan worden gemist. Het slot van zijne beschouwing was gewijd aan de examens. Mr. VAN LUNTEREN deelde, op grond van eene door hem bijgehouden statistiek, mede, dat tal van candidaten, wier kennis door hem voldoende was geoordeeld, niet waren geslaagd, andere met onvoldoende kennis gelukkig waren geweest. De oorzaak lag voor een deel daarin, dat zij die over eene voldoende dosis „kalme brutaliteit” beschikken kunnen slagen ook bij gebrekkige kennis, andere, die zoodanige brutaliteit missen, worden afgewezen, al is hun kennis voldoende. De heer VAN LUNTEREN acht het daarom zeer wensche-lijk aan het examen een schriftelijk deel toe te voegen. De factor van de „brutaliteit” zal dan eene minder sterke rol spelen.

De hervorming van het juridisch onderwijs is in volle voorbereiding. Niet onwaarschijnlijk zal betrekkelijk spoedig eene nieuwe regeling afkomen, waarbij, bedriegen wij ons niet, met allerlei nieuwe inzichten rekening is gehouden, al zal vermoedelijk het nieuwe academisch statuut wel op een compromis van meeningen moeten berusten. Nu de nieuwe organisatie reeds ver is gevorderd, is het niet het oogenblik over de inzichten van mr. VAN LUNTEREN in kritische beschouwingen te gaan treden. Wij zullen het nieuwe moeten afwachten, zien wat het ons brengen zal en hoe de werking zal zijn in de practijk. Zeer waarschijnlijk zal ook onder de nieuwe regeling wel blijken dat zoo niet alles, dan toch

veel afhangt van de persoonlijkheid van de hoogleraren en van de studenten. Vermoedelijk ook van die der repetitoren. Wij vermoeden dat, hoe de nieuwe regeling ook moge worden, zij de repetitoren wel niet zal verdringen. En dan zal de wijze, waarop deze hunne taak opvatten, van veel belang blijven. Zijn zij, zooals mr. VAN LUNTEREN, van de wetenschappelijke, althans van de pedagogische waarde van hun arbeid overtuigd en richten zij hun onderwijs daarnaar in, dan zullen zij, naar ik onderstel, ook bij de reorganisatie van het rechtsgeleerd onderwijs nog wel ten nutte van vele studenten werkzaam kunnen zijn. Één wensch zou ik daaraan misschien mogen toevoegen. Hij zou deze zijn, dat de studenten niet, zeker niet voor alle vakken, het repeteeren als eene noodzakelijke voorwaarde beschouwen. Ik geloof dat een student met goed verstand, die zijn studie goed weet in te richten, er ook zonder repetitor komen kan. Wat voor velen nuttig is, is nog niet voor allen noodig.

D. S.



*De dwangsom (astreinte) naar Nederlandsch recht.*  
Acad. Proefschrift van Mr. F. M. Westerouen  
van Meeteren. — Amsterdam, 1919.

In deze dissertatie wordt geen nieuw vraagstuk behandeld, de geoorloofdheid van de astreinte werd reeds lang min of meer bewust overdacht. Maar, al komt de dwangsom ook in de handboeken over burgerlijk recht en in enkele andere geschriften ter sprake, hoofdzakelijk heeft het vraagstuk, althans voor ons land, stof geleverd voor vele vonnissen en is meer speciale behandeling achterwege gebleven. Alleen al het feit, dat Schr. aan dit onderwerp zijne studie heeft gewijd, kan daarom reeds worden gewaardeerd. Ongetwijfeld is de astreinte voor de Fransche rechtswetenschap van veel grooter belang dan voor de onze: de bespreking van de Fransche jurisprudentie levert het bewijs van de veelheid van gevallen, waarin de astreinte aldaar toepassing vond. Maar uit de talrijke door Schr. opgesomde en besproken uitspraken van den Nederlandschen rechter blijkt, dat aan een nadere beschouwing ook voor ons recht behoefte bestaat.

Nadat hij in de bespreking van de rechtspraak in Nederland en Frankrijk gelegenheid heeft gevonden om den lezer een overzicht te geven van de gevallen, waarin tot een dwangsom werd veroordeeld, geeft Schr. in een volgend hoofdstuk (III) een meer theoretische beschouwing over de oorzaken van het ontstaan van de astreinte. En al heeft hij het gevaar van in herhaling te vervallen van wat bij de bespreking der jurisprudentie werd opgemerkt, niet geheel kunnen ontloopen, voor zijne verdere beschouwingen heeft dit hoofdstuk ongetwijfeld nut. Ik heb dan ook niet zoozeer bezwaar tegen

den inhoud van het hoofdstuk, als wel tegen hetgeen daaraan ontbreekt: Schr. had hier kunnen geven een theoretische basis door eene nadere uiteenzetting van het wezen van de dwangsom. Eene dergelijke beschouwing heb ik in het werk gemist. Wel het voornaamste punt, waarover de quaestie loopt, is de verhouding van de dwangsom tot de schadevergoeding. Inderdaad heeft Schr. voor dit punt meerdere malen de aandacht gevraagd: reeds bij de beschouwing der rechtspraak wijst hij er op, dat in de Nederlandsche meer de tegenstelling, in de Fransche meer de verwantschap van beide naar voren komt. Maar in het verder betoog voelt hij zich telkens genoodzaakt aan dit punt nadere beschouwingen te wijden: bij het opbouwen van het huis moet hij telkens nog een stuk van de fundamenten aanvullen. Op deze feil in de constructie leg ik daarom den nadruk, omdat daarvan m. i. enkele andere onjuistheden het gevolg zijn.

In de eerste plaats wordt den lezer eerst op blz. 156 (een 20-tal vóór het einde) medegedeeld, en dan nog wel terloops in een noot, dat er ook eene opvatting bestaat, volgens welke dwangsom en schadevergoeding één zijn. Dat schr. het daarmede niet eens is, is duidelijk genoeg en zijne uiteenzettingen vormen een alleszins voldoende, zij het stilzwijgende, bestrijding dezer opvatting. Maar deze vermelding in ander verband werkt verwarrend.

De grens tusschen schadevergoeding en dwangsom zoekt schr. daar, waar het te betalen bedrag ophoudt de compensatie te zijn voor de ondervonden vermindering van behoeftenbevrediging (blz. 84). Maar hoe kan schr. dan op de volgende bladzijde zeggen, dat men bij vergoeding van affectiewaarde ter bepaling van die grens moet nagaan, welke de *bedoeling* van den rechter was? Bij eene principieele beschouwing zou eene dergelijke vergissing zijn vermeden. Maar aan die bedoeling zit nog meer vast:

schr. zal deze toch wel uit den inhoud van het vonnis moeten vaststellen. En daarvoor is men in het algemeen er op aangewezen, of van schadevergoeding dan wel van dwangsom wordt gesproken. Echter juist op grond hiervan trekt schr. tegen den H. R. van leer, die de astreinte verwerpend, er genoegen mede neemt, als de rechter het woord schadevergoeding gebruikt. En nog erger valt hij den H. R. aan over zijn uitspraak, dat de bedoeling van den rechter, die van strafbepaling sprak, was om schadevergoeding toe te kennen. „De duidelijke astreinte-oordeeling wordt in het kader der schadevergoedingsleer geperst.” Maar ik vraag mij af, was het wel zoo duidelijk de bedoeling van het Hof in Limburg om een astreinte-oordeeling uit te spreken? Het Hof zegt ook, dat het veroordeeling noodig acht „zelfs dan, wanneer het bewijs mocht ontbreken, dat door de niet-uitvoering van het vonnis een bepaald nadeel wordt toegebracht”. Ik kan niet inzien, dat de H. R., als hij dit opvat als eene begroting der schade, zoo geheel en al mis is. En wat het woord strafbepaling betreft, mag men niet aannemen — daarbij bedenkend dat het arrest bijna zestig jaar oud is —, dat het daarmede een zeer belangrijke secundaire functie van de schadevergoeding te veel op den voorgrond plaatst? Op de belangrijkheid van dit dwingend karakter van de schadevergoeding wijst schr. zelf trouwens meer-malen en terecht.

Ten slotte ware eene vergelijking met het boetebeding wellicht van nut geweest. Te wijzen op overeenkomsten verschil zoowel met schadevergoeding als astreinte had de aandacht van schr. er op kunnen vestigen, dat ook partijen zelf bij het sluiten der overeenkomst de noodige voorzorgen moeten treffen om nakoming zooveel mogelijk te verzekeren. Zoo rijst dan ook bij het voorbeeld, waarin iemand met zijn buurman-caféhouder een contract sluit,

opdat deze muziekkuitvoeringen zal staken, en bij niet-nakoming op schadevergoeding gelijk nul is aangewezen, terwijl eenig ander middel tot bescherming van zijn recht ontbreekt, bij mij de vraag, of het gesloten contract wel in orde was, dan wel een contract in dit geval het juiste middel was om het ongemak op te heffen.

Had het proefschrift door een uiteenzetting van de beginselen ongetwijfeld gewonnen, dit neemt niet weg, dat in de verdere uitwerking een geslaagde uiteenzetting van het onderwerp wordt gegeven. Dat de dwangsom naar Nederlandsch recht geoorloofd zou zijn, kan Schr. niet inzien; geeft de geschiedenis geen steun — immers de rechter heeft zijn Franschen ambtgenoot in deze nagevolgd en niet aan vroegeren toestand aangeknoopt — de poenale tint der astreinte acht hij een onoverkomelijk bezwaar voor de toepassing van dit executiemiddel buiten de in de wet omschreven middelen. Na nog de bezwaren van de toepassing der dwangsom te hebben nagegaan, zet hij zijne oplossing voor de moeilijkheid uiteen. Naast de alleen voor sommige gevallen toepasselijke middelen, als b.v. uitbreiding van reële executie, vindt hij den aangewezen weg in een gezonde ontwikkeling van de schadevergoedingsleer: volledige schadevergoeding, ook van immaterieele schade, zal den schuldeischer eene billijke satisfactie geven en het gevolg daarvan, van den kant van den debiteur zal een voldoende dwang op deze tot praestatie vormen.

Het is een gelukkig slot, dat Schr. in zijn besluit nog de Deutsche en Oostenrijksche regelingen met betrekking tot het opleggen van straf ter zake van wanpraestatie memoreert en deze oplossing niet geheel verwerpt. Ik vrees, dat ook met het door Schr. aangegeven middel de crediteur niet in alle gevallen bevredigd zal kunnen worden.

A. Ruys.

F. A. M. Cavadino, *Onmogelijkheid van Rechts-  
uitoefening*, Proefschrift, Leiden, 1919, 190 bldz.

Iemand te Almelo was in Juli 1914 met een ander overeengekomen, dat zijn elfjarig zoontje gedurende de maand Augustus van dat jaar zou verblijven in het door laatstgenoemde te Zandvoort gehouden vakantie- en herstellingsoord, tegen f 3.— per dag.

Toen op 1 Augustus 1914 de wereldoorlog uitbrak, zag hij er tegen op zijn kind naar Zandvoort te zenden. Na afloop der maand weigerde hij elke betaling en daarop stelde de houdster van deze inrichting voor het kantongerecht te Almelo tegen hem een vordering in van f 62.—, zijnde de bedongen vergoeding na aftrek van f 31.— wegens besparing van uitgaven. De gedaagde beriep zich op overmacht, daar redelijkerwijze van hem niet had kunnen worden verlangd, dat hij in de woelige dagen van Augustus zijn kind naar Zandvoort liet gaan.

De kantonrechter verklaarde den eisch niet ontvankelijk, omdat hier nakoming werd gevraagd en dit alleen kon geschieden, als deze nog mogelijk was, hetgeen hier was uitgesloten.

In hooger beroep herhaalde de gedaagde zijn beroep op overmacht en verbond daaraan het verweer, dat de eischeres destijds ook niet een rustige huisvesting had kunnen verschaffen. De Rechtbank te Almelo ging het laatste verweer voorbij, omdat noch uit de bewoordingen der overeenkomst, noch uit haren aard zoodanige verplichting voortvloeyde, terwijl ook niet was gebleken, dat het in Augustus 1914 te Zandvoort minder rustig was geweest dan elders in Nederland.

Ten aanzien van het beroep op overmacht betoogde zij, dat tegenover de verplichting om pension te verschaffen op de tegenpartij de verplichting rustte om den pensionsprijs te betalen en van overmacht om dit te doen geen sprake kon zijn. Mitsdien wees zij bij vonnis van 5 Januari 1916, *W.* 9987, de vordering toe.

Dit geding was voor Mr. CAVADINO aanleiding tot het schrijven van zijn proefschrift. Hij wenscht daarin de vraag te behandelen of bij een wederkeerige overeenkomst de schuldeischer, die door eenigerlei omstandigheid van de door hem bedongen praestatie geen gebruik kan maken, niettemin de praestatie, waartoe hij zich daartegenover heeft verbonden,

steeds verschuldigd blijft. Al mocht men kunnen toegeven, dat van den vader te Almelo niet te vergen was, dat hij in de onzekere dagen van Augustus 1914 zijn zoontje naar Zandvoort liet gaan, toch had de Rechtbank gelijk met hem tot betaling te veroordeelen.

Maar hoe had beslist moeten worden, indien de Commandant van de Stelling Amsterdam eens het verblijf te Zandvoort aan alle gasten, maar niet aan de bewoners, had verboden? Dan zou waarschijnlijk, en terecht, de eisch zijn ontzegd.

Waarin ligt nu het verschil?

De onmogelijkheid van praestatie, b.v. doordat de inrichting was afgebrand, valt hier buiten. De vraag raakt alleen die gevallen, waarin de schuldeischer om andere redenen van de door hem bedongen praestatie geen gebruik maakt.

Schr. behandelt de vraag in de eerste plaats uit het oogpunt van het verzuim van den schuldeischer, waaraan hij Hoofdstuk I wijdt.

Daarvoor worden vier vereischten gesteld:

- a. het zijn van schuldeischer;
- b. de gereedheid van den schuldenaar tot de praestatie;
- c. het aanbod;
- d. het uitblijven van des schuldeischers medewerking.

In een viertal paragrafen worden deze vereischten besproken.

Tot nadere toelichting bespreekt Schr. bij *a* vijf bijzondere overeenkomsten n.l. koop, huur, de arbeidsovereenkomst, de aanneming van werk en de bevrachtingsovereenkomst.

Met het eerste vereischte wordt bedoeld, dat de schuldeischer ten aanzien van de praestatie, waartoe de schuldenaar gehouden is, zuiver de positie inneemt van schuldeischer d. w. z., dat hij niet tegenover den schuldenaar verplicht is de praestatie in ontvangst te nemen of bij het volbrengen daarvan zijn medewerking te verlenen.

De slotsom is, dat noch in het algemeen, noch bij een wederkeerige verbintenis, de schuldeischer in den regel verplicht is den schuldenaar tot het verrichten van zijn praestatie zijn medewerking te verlenen. In den regel, derhalve met uitzonderingen, waarvoor Schr. verwijst naar het voorbeeld van L. 9, D. 19.1.

Bij *b* stelt Schr. voorop, dat de schuldenaar in staat zij tot de praestatie en ertoe geneigd. Onmogelijkheid van praestatie door den schuldenaar sluit verzuim van den schuldeischer uit, mits zij daaraan vooraf ga.

Hier heeft men onder praestatie te verstaan al die handelingen, die de schuldenaar zonder des schuldeischers medewerking kan verrichten. Zoo wordt in Duitschland ten onrechte geleerd, dat er onmogelijkheid van praestatie is, indien de toestand van den schuldeischer zoodanig is geworden,

dat de praestatie niet meer kan geschieden, b. v. doordat de passagier voor het vertrek der stoomboot, waarop hij een plaats besprak, is overleden.

Blijft dan de tegen-paestatie van den passagier desniettemin verschuldigd, zal men vragen. Een bevestigend antwoord bevredigt zeker niet, doch hierop komt Schr. later terug.

Het aanbod is noodig, wijl de schuldeischer moet weten, dat de schuldenaar tot de praestatie in staat is. Reëel moet het alleen dan zijn, als des schuldeischers medewerking enkel bestaat in het aannemen van de praestatie; overigens is een aanbod door woorden voldoende, altijd mits de schuldenaar gereed zij. Als de schuldeischer echter verklaard heeft niet te zullen aannemen? Ook dan is het aanbod noodig ten blijke van des schuldenaars „Leistungsbereitschaft”, maar kan met een aanbod in woorden worden volstaan. Reëel aanbod zou hier volgens Schr. toch overbodige moeite zijn. Dit kan hem gereedelijk worden toegegeven, maar moet dit niet van elk ander aanbod ook gezegd worden? De mogelijkheid en de wil om te praesteeren moeten zeker bestaan, doch zullen, zoo noodig, op andere wijze moeten worden bewezen. Uit een niet-reëel aanbod volgt dit m. i. niet.

Wat *d* aangaat, sommigen zien in het uitblijven van des schuldeischers medewerking het voornaamste vereischte voor zijn verzuim. Hier is een foutieve opvatting van de praestatie van den schuldenaar. Niet hierop komt het aan of de geheele praestatie mogelijk is, maar of zij dit is, voorzover zij van den schuldenaar afhangt. Eerst dan kan het verzuim van den schuldeischer ontstaan.

Het uitblijven van de medewerking zij „sine justa causa”, een uitdrukking ontleend aan L. 72 pr., D. 46. 3.

Sommigen verstaan dit in dien zin, dat er schuld moet zijn bij den schuldeischer, dat de weigering hem zij toe te rekenen. Anderen achten het voldoende, dat de oorzaak van de niet-ervulling der verbintenis niet bij den schuldenaar is te zoeken.

Na de verschillende gronden van hen, die de zoogenaamde subjectieve opvatting, welke vroeger de heerschende was, aanhangen te hebben getoetst, komt Schr. tot de leer, dat schuld, geen vereischte is en het feitelijk uitblijven van des schuldeischers medewerking voldoende.

De tweede Afdeeling van dit hoofdstuk behandelt de vraag, welken invloed het verzuim van den schuldeischer heeft op zijn tegenpraestatie. In het algemeen heeft het geen invloed en blijft deze verschuldigd. De schuldenaar heeft zijnerzijds alles gedaan, wat in zijne macht stond, om te praesteeren en kan nu van den schuldeischer vorderen, dat deze zijn verplichting nakomt.

De schuldenaar blijft echter verbonden en dit kan voor hem lastig worden. Hij heeft er dus veel belang bij van de transactie af te komen. Schr. meent dat het mogelijk is, maar geeft den weg om daartoe te geraken niet aan, bl. 70.

Vermoedelijk zal hij den eisch tot ontbinding bedoelen, maar of daarvoor steeds een grond aanwezig is, mag worden betwijfeld.

Is des schuldenaars praestatie na het verzuim van den schuldeischer onmogelijk geworden, b.v. doordat zij slechts binnen een bepaalden termijn kan geschieden, dan zou de schuldenaar door het ontvangen van de geheele tegenpraestatie dikwijls belangrijk worden bevoordeeld. Wat hij aan kosten en moeite heeft bespaard zal hij dus daarvan moeten aftrekken. De bespaarde arbeid is echter moeilijk te waardeeren. Art. 1638d B. W. houdt hiermede dan ook geen rekening, en volgens de geschiedenis van dit artikel met opzet.

Art. 1647 B. W. schijnt alleen een ander stelsel te huldigen. In het Wetb. van Kooph. wordt het beginsel, dat de schuldenaar van het verzuim van den schuldeischer geen voordeel mag hebben, op verschillende wijzen uitgewerkt en het gedeelte van de tegenpraestatie, waarop de schuldenaar dan recht heeft, in den regel gefixeerd, artt. 411 vlg., 438 en 439. Door dit gemis aan soepelheid moet de schuldenaar soms een deel der schade, welke uit het verzuim voortvloeit, dragen, maar de schuldeischer weet nu ook altijd waarmede hij van de zaak af is.

De oplossing, dat bij verzuim van den schuldeischer deze zijn tegenpraestatie verschuldigd blijft, bevredigt in vele gevallen niet. Welke dit dan volgens Schr. wel doet, behandelt Hoofdstuk II. En hiermede komt hij tot de kern van zijn geschrift.

Schr. beschouwt de vraag in verband met den samenhang van beide praestaties.

Indien den schuldenaar buiten zijn schuld de praestatie onmogelijk is geworden, verliest hij als regel zijn recht op de tegenpraestatie. Uit art. 1490 B. W. volgt dit niet. Met ASSER-VAN GOUDOEVER, III bl. 141, is Schr. het eens, dat krachtens dit artikel de schuldenaar van zijn verbintenis wordt ontslagen, doch daarin omtrent de tegenpraestatie niets wordt gezegd. Alleen mag uit art. 1481 B. W. worden afgeleid, dat de tegenpraestatie niettemin verschuldigd blijft, indien een zekere en bepaalde zaak het onderwerp der overeenkomst uitmaakt. Ook valt dit te lezen in artt. 1273 en 1496 B. W., die naar Schr.'s opvatting beiden hetzelfde bepalen. Bij ruiling geldt ingevolge art. 1581 B. W. alleen het tegendeel.



Schr. tracht nog uit de geschiedenis van het B. W. aan te toonen, dat artt. 1273 en 1481 niet anders zijn dan „het gegeneraliseerde uit art. 1496”, bl. 89, maar deze poging wil mij wel wat gewaagd voorkomen.

Desniettemin blijft volgens Schr. hetgeen in art. 1496 B. W. is gezegd, hoe vaak dit ook in de practijk moege voorkomen, uitzondering.

Ieder verbindt zich met het oog op de praestatie van de wederpartij; elke praestatie is de voorwaarde der tegenpraestatie.

Deze gedachte vormt ook den grondslag van artt. 1302, 1581, 1589, 1638*b*, 1641, 1643, 1585 B. W. en 482 W. v. K.

Na deze inleiding komt Schr. tot het cardinale punt, de onmogelijkheid van rechtsuitoefening.

Bij het arbeidscontract acht hij de vraag opgelost in de artt. 1638 *b*, *c* en *d*. Uitgaande van den nauwen samenhang der beide praestaties onderscheidt de wet of de verhindering van den werkgever om van de aangeboden arbeidspraestatie gebruik te maken hem persoonlijk betreft, dan wel aan „overmacht” is te wijten. In het eerste geval moet hij het loon blijven betalen, in het laatste geval is hij daarvan bevrijd.

Onder „overmacht” is volgens Schr. hier te verstaan elke den werkgever niet persoonlijk betreffende toevallige verhindering, elke niet in den persoon des werkgevers haren grond vindende onmogelijkheid van rechtsuitoefening.

Schr. zet voorts de stelling voorop, dat elk schuldeischer, die door overmacht, d. i. een hem niet persoonlijk betreffende toevallige verhindering, het recht, dat hem uit de wederkerige overeenkomst toekomt, niet kan uitoefenen, ook zijnerzijds de tegenpraestatie niet verschuldigd blijft. Waar het „à l'impossible nul n'est tenu” als regel geldt voor den schuldenaar, zal dit beginsel ook van kracht moeten zijn voor den schuldeischer.

Dat men dit aanneemt alleen, waar den schuldeischer zijn rechtsuitoefening belet wordt door overmacht, vindt enkel zijn reden in een billijke risico-verdeeling. Hierop berust de zoogenaamde sfeeren-theorie. Onderscheidde men vroeger slechts de sfeer van den schuldeischer en die van den schuldenaar, nu neemt men nog een derde aan, de neutrale, naar de door OERTMANN (1) verkondigde leer. Hiertoe behooren alle buitengewone gebeurtenissen, de vis major, als natuurverschijnselen, brand, watersnood, maar ook een Europeesche oorlog. Ook deze sfeer valt buiten des schuldeischers gewoon risico. Een noodzakelijk vereischte hierbij is, dat hij alles moet hebben gedaan, wat redelijkerwijze van hem kon worden

(1) OERTMANN, Der Zufall bei der Werkverdingung; Grünhuts Zeitschrift, Bd. 24, bladz. 48 vlg.

verwacht, om hetzij de ramp zelf hetzij hare nadeelige gevolgen te voorkomen.

Een volgende paragraaf behandelt de onmogelijkheid van rechtsuitoefening bij het huurcontract. Zij doet zich hier veelvuldig voor en Schr. bespreekt een aantal gevallen van de zoo rijke jurisprudentie. Met vele rechterlijke beslissingen kan hij zich niet vereenigen, doch in enkele vindt hij de leer uitnemend gehuldigd.

Naast een „Musterfall gesunden Menschenverstandes”, zooals KRÜCKMANN (1) een uitspraak van den Amtsrichter van Westerland — D. J. Z. 20. 624 — noemt, die, nadat de militaire autoriteit had bevolen, dat alle badgasten het eiland moesten verlaten, een vordering tegen een badgast tot betaling van huur ontzegde, omdat „durch die militärische Anordnung eine so grundlegende Aenderung gegenüber den beim Vertragsschluss bestehenden Verhältnissen hervorgerufen ist, dasz dem Mieter die weitere Erfüllung des Vertrages nicht zuzumuthen ist”, bespreekt hij een ander „Musterfall”, ontleend aan onze rechtspraak. Bedoeld is het vonnis der Rb. te Amsterdam van 24 Juni 1918, W. 10359.

De pachter van de tol nabij de Hooge Vuursche bleef in 1917 en 1918 in gebreke de pacht te betalen en beriep zich, toen hij tot betaling werd aangesproken, in hoofdzaak op het verminderd verkeer tengevolge van een door de Regeering uitgevaardigd rijverbod met motorrijtuigen, dat hem in de onmogelijkheid bracht de pacht op te brengen.

De Rechtbank overwoog, dat het te goedertrouw ten uitvoer brengen der overeenkomst, waarbij voor een bepaalde som is verpacht, medebrengt, dat de pachter de risico van het verkeer alleen in zoover draagt als het beloop daarvan bij het sluiten der overeenkomst was te voorzien; dat de pachter hier een beroep doet op een zoodanige vermindering van het verkeer tengevolge van den oorlogstoestand en het verbod van vervoer van motorbrandstof in reservoirs van motorrijtuigen, dat de tolopbrengst geringer zou zijn dan de pachtsom; dat het beroep op deze omstandigheid opgaat, aangezien bij het sluiten der overeenkomst in Maart 1914 deze oorlogstoestand niet was te voorzien en het aannemelijk is, dat de pachter, had hij den toestand wel voorzien, niet tot het sluiten van deze overeenkomst zou zijn overgegaan.

De Rb. liet dan ook den pachter toe de door hem opgegeven tolopbrengst te bewijzen. Schr. ziet hier een juist voorbeeld van onmogelijkheid van rechtsuitoefening. Van onmogelijkheid van praestatie door den verpachter kan men echter

(1) KRÜCKMANN, Clausula rebus sic stantibus, bl. 285.

niet spreken, alleen het genot van den pachter wordt aangetast.

Schr. meent dat het te betwijfelen valt of de Amsterdamse rechtbank, toen zij haar vonnis velde, wel heeft bevroed, dat hier zich het geval voordeed van onmogelijkheid van rechtsuitoefening. Men kan als men dat in een proefschrift leest een glimlach moeilijk onderdrukken. Met *OURDAIN*, die het briefje aan de „belle marquise” zoo goed formuleerde, zou de Rechtbank na dit oordeel kunnen zeggen: „je n'ai point étudié et j'ai fait cela tout du premier coup”.

Bij de verdere bespreking der rechtspraak komt Schr. tot de erkenning, dat de grens tusschen de onmogelijkheid van rechtsuitoefening door den huurder en die van praestatie door den verhuurder soms moeilijk is te trekken, doch tevens is hij van oordeel, dat men er dikwijls met de laatste niet komen kan, terwijl de eerste dan nog uitkomst kan geven.

Bij de koopovereenkomst komt de onmogelijkheid van rechtsuitoefening naar Schr.'s oordeel weinig voor en stuit men bijna altijd op onmogelijkheid van praestatie of op wanpraestatie van den verkooper.

Hoe echter, als er onmogelijkheid van rechtsuitoefening bestaat, maar de verkochte zaak een zeker en bepaald voorwerp is? Is art. 1496 B. W. dan geen hinderpaal? Schr. meent, dat men ook dan in de onmogelijkheid van rechtsuitoefening een grond zou kunnen vinden om den kooper van betaling vrij te stellen. Hij wil het artikel zoo strikt opvatten, dat men het beperkt tot de onmogelijkheid van praestatie. Wel geeft hij toe, dat dit een tamelijk groote vrijheid is, maar toch, gezien de algemeene afkeuring, die art. 1496 ondervindt, een niet geheel ongerechtvaardigde. Het wil mij toeschijnen, dat zoodanig hanteeren van een wetsartikel niet vrij is van bedenking.

Na het punt ook bij andere overeenkomsten, als het verrichten van enkele diensten, de aanneming van werk, de bevrachtingsovereenkomst en de verzekering onder de oogen te hebben gezien, wordt ten slotte de vraag besproken, welken invloed de onmogelijkheid van rechtsuitoefening heeft op de overeenkomst zelf. Is de onmogelijkheid een voortdurende dan vervalt volgens Schr. de overeenkomst, is zij een tijdelijke, dan wordt de nakoming daarvan geschorst.

Bij het vervallen moeten den schuldenaar de gemaakte kosten en de winst die hij, ware de overeenkomst niet aangegaan, uit anderen hoofde had kunnen maken, worden vergoed, het zoogenaamd negatief belang.

Maar indien het einde der tijdelijkheid niet is te voorzien? Dan zit er niets anders op dan aan beide partijen toe te staan de overeenkomst op te zeggen. Tenzij een dringende

reden tot onmiddellijke verbreking noopt, is de inachtneming van een opzeggingstermijn echter een eisch van billijkheid.

Eindelijk bespreekt Schr. nog met een enkel woord de vraag hoe de schuldeischer kan handelen, indien er na het sluiten der overeenkomst groote waarschijnlijkheid ontstaat, dat zij niet of niet behoorlijk zal worden nagekomen.

Hij is van oordeel dat men dergelijke overeenkomsten moet kunnen opzeggen althans daarvan ontbinding vragen. Soms voorziet de wet in dergelijke gevallen, waarbij Schr., die geen wetsbepalingen noemt, bedoeld zal hebben bepalingen als van artt. 1639 *w*, 1684 en 1763 B. W.

Met art. 1302 B. W. komt men er niet, omdat nog geen wanpraestatie heeft plaats gehad. Schr. werkt dit punt niet nader uit en laat het enkel den welwillenden lezer over ter overdenking.

Wanneer ik deze korte bespreking hiermede eindig, waarbij ik veel belangrijks, om niet te uitvoerig te worden, moest laten liggen, wil ik niet verzwijgen, dat het proefschrift van veel studie en scherpzinnigheid getuigt en zeer zeker over het vraagstuk nieuw licht verspreidt. Schr. zal echter wel de laatste zijn om te beweren, dat alle moeilijkheden nu zijn opgelost.

Ook wil het mij toeschijnen, dat hij zich nu en dan wel wat heel gemakkelijk een oplossing heeft voorgesteld, waarop ik een enkel maal reeds de aandacht vestigde.

Taal en stijl hadden hier en daar wat beter verzorgd kunnen zijn. Onze jongere schrijvers vooral hechten hieraan dikwijls te weinig waarde.

Een woord van lof komt Schr. zeker toe, dat hij het niet gemakkelijke onderwerp heeft aangedurfd.

Augustus 1920

H. HESSE

Mr. B. A. Kahn: „Conventions” of politieke stelregels; Ac. pr. Amsterdam, 1919 (291 bladz.).

Met groot genoegen treed ik in een bespreking van bovengenoemd proefschrift. Het is een origineele arbeid. Ook doorwrocht. Maar hiervan laat de schrijver ons meer zien dan noodig is. Dat is echter het eenige wat ons herhaaldelijk er aan herinnert, dat het boekwerk een proefschrift is. In elk ander opzicht — stijl, uitdrukkingsvermogen, opbouw — getuigt deze dissertatie van een mate van rijpheid en wetenschappelijken zin, zooals zelden bij een promovendus voor den dag komt.

Het vraagstuk dat Mr. KAHN behandelt betreft de betekenis die de zoogenaamde „conventions” — door den schrijver vertaald met „politieke stelregels” — in het staatsleven bezitten. Men weet wat daaronder verstaan wordt. Het zijn gedragsregelen voor publiekrechtelijke organen bij de uitoefening hunner bevoegdheden in acht te nemen, tengevolge waarvan het geschreven constitutioneele recht geheel of ten deele buiten werking wordt gesteld. Voor ons staatsleven vestigt de schrijver op niet minder dan zes en twintig stelregels van dien aard de aandacht. Ik breng van deze naar voren: de koning mag de sanctie niet onthouden aan voorstellen door de Staten-Generaal aangenomen; de koning moet de ministers ontslaan die het vertrouwen der volksvertegenwoordiging hebben verloren; bij het geven van opdracht tot het vormen van een ministerie, heeft de koning rekening te houden met de getalsterkte der vertegenwoordigde politieke partijen; de koning oefent het recht van ontbinding niet tweemaal achtereenvolgens uit bij eenzelfde conflict tusschen koning en parlement.

De hoofdvraag is nu: in welke verhouding staan deze stelregels tot het recht? Volgens Engelsche opvatting, die hier te lande door OPPENHEIM is geïmporteerd, vormen die regels een code van politieke normen, welke wel niet het recht aantasten maar de uitoefening van bevoegdheden beheerschen, soms zelfs in een mate, dat de uitoefening wordt lam gelegd.

Anderen, tot wie STRUYCKEN en de schrijver dezer aankondiging behooren, brengen de stelregels onder de categorie van rechtsregels, zoodat zij Grondwet en gewone wet vermogen te veranderen. STRUYCKEN beperkt die veranderende

werking tot zoodanige stelregels, welke zich tot gewoonterecht hebben ontwikkeld, hetgeen het geval is wanneer de van ouds gestelde voorwaarden voor het bestaan van zulk recht bij de conventions te vinden zijn. Ik zelf acht die veranderende werking bestaande, ook zonder het aanwezig zijn der voor gewoonterecht gestelde voorwaarden. Deze meening is een uitvloeisel van de leer, dat de gelding van geschreven en die van ongeschreven (buiten-wettelijk) recht hetzelfde fundament hebben, nl. het rechtsbewustzijn, en dat het verband van een norm met dat bewustzijn, langs welken weg ook tot stand gekomen en geopenbaard, de norm tot rechtsnorm maakt.

Er zijn nog andere opvattingen; zij worden door den schrijver vermeld en besproken. Hier daarvan gewag te maken, schijnt mij niet noodig, omdat zij veelal slechts nuances zijn van de zooeven genoemde meeningen. Mr. KAHN echter komt in een gesloten betoog de aandacht vragen voor een nieuwe opvatting, welke hij ten deele aan de geschriften van STAMMLER en EHRlich ontleent, althans onder de inspiratie voornl. dezer schrijvers verkondigt.

De hoofdgedachte dezer opvatting ligt in de sociologische scheiding tusschen de rechtsnorm en de andere sociale normen naar den grondslag hunner gelding. De gelding van normen kan nl. een uitvloeisel zijn van het heteronoom of van het autonoom karakter der normen. In het eerste geval is de norm een rechtsnorm; in het tweede eenige andere sociale norm, tot welke categorie ook de conventions behooren.

Waarin ligt nu echter het verschil tusschen de eene en de andere nomie? De schrijver zoekt of vindt dat verschil in de al of niet beëiming van den inhoud der norm. Geldt deze omdat haar inhoud als juist erkend wordt, dan heeft de norm een autonoom karakter. Is de gelding een uitvloeisel van een *buiten appreciatie van den inhoud* liggende overtuiging dat de norm behoort te gelden, dan heeft zij een heteronoom karakter.

Aan welk gezag ontleent nu een heteronome norm, d. i. dus de norm die gelding bezit onafhankelijk van de goedkeuring van haar inhoud, zulk een gelding? Dit kan zijn het gezag der wet of de normatieve kracht van feiten. De wet bezit dat gezag zoolang het bewustzijn, de geestesgesteldheid der menschen, aan het orgaan dat de norm maakte, zulk een kracht toekent. En ditzelfde is het geval met de normatieve kracht van feiten (gewoonten). Ook deze kracht wortelt in een geestesgesteldheid welke zich niet rekenschap geeft van de innerlijke waarde der norm, maar de gewoonte als gedragsregel aanvaardt, zonder zich om haar inhoud te bekommeren. Deze geestesgesteldheid qualificeert de schrijver als „*opinio necessitatis*”. Voor hem manifesteert het rechts-

bewustzijn zich uitsluitend in die opinio necessitatis. Deze is het welke de gelding van een norm losmaakt van de appreciatie van haar inhoud en daardoor de norm tot rechtsnorm verheft. De rechtsnorm kan echter zeer wel tegelijk ook een regel van zedelijkheid, fatsoen of zede zijn en dus mede autonoom gezag bezitten; maar dit is bijkomstig en voor haar gelding onverschillig. De schrijver concludeert dan ook, dat de rechtsovertuiging betrekking heeft op het botte, van alle oorzaken en redenen geabstraheerde feit der volstrektheid waarmee de gemeenschap zich den inhoud van een regel tot wet heeft gesteld, hetzij langs georganiseerden (legislatieven) of langs ongeorganiseerden (door de normstellende kracht der feiten gebaanden) weg (1). En eenige bladzijden verder zegt hij, dat de sociale functie van het recht ligt in het *vastleggen* der sociale normen. Over die vastlegging beslist de rechtsovertuiging, de opinio necessitatis, welke zich uit in de wet en in het uit de normatieve kracht van feiten (gewoonten) zich ontwikkelende gewoonterecht. Ja, strikt genomen, zoo vervolgt hij, is er, van sociologisch gezichtspunt uit, slechts één essentiale van het recht: zijn zekerheid. Zoodra onze geest ophoudt zich om den inhoud van een regel te bekommeren, zoodra zij niet meer duldt, dat de regel zich naar de omstandigheden plooit, doch hem als iets voortaan hards en onwrikbaars aanvoelt, zóó dra is ook de opinio necessitatis in haar ontwaakt en heeft deze den regel als rechtsnorm aangewezen. Zoolang er eenheid van zedelijke overtuiging bestaat is er dan ook aan een rechtsnorm geen behoefte; met de vrije sociale gedragsregelen komt men dan uit.

Tot het recht behoort dus in de eerste plaats de wet. Deze geldt krachtens haar vorm, zoodra en zoolang als het rechtsbewustzijn aan dien vorm rechtswaarde toekent. In de tweede plaats behooren tot het recht de normen, welke gelding op informeele wijze, door de automatische werking van de normstellende macht der feiten, eveneens onafhankelijk geworden is van de wijze waarop de burgers hun inhoud waardeeren, d. i. het gewoonterecht. Deze beide soorten van rechtsnormen staan op gelijke lijn wat haar geding betreft, zoodat de wet door de gewoonte kan worden onttroond, evenals ook het wetrecht het gewoonterecht kan terzijde stellen.

Aangezien nu het recht een van de vele sociale normen is die het gemeenschapsleven beheerschen en slechts in zoover een geheel eenige plaats inneemt dat zijn gelding onafhankelijk is van zijn inhoud, kan de werkelijkheid slechts zeer

(1) Bladz. 220.

ten deele uit het recht worden afgelezen. Het is de behoefte aan heteronome gelding, aan zekerheid, die beslist over hetgeen in en over hetgeen buiten het rechtsgebied zal vallen. Deze behoefte doet zich in de opinio necessitatis kennen, welke alleen in staat is een vrije sociale norm tot rechtsnorm te verheffen. Wat nu die vrije sociale normen, waartoe de conventions behooren, wèl zijn, is in het geschrift van Mr. KAHN van secundaire beteekenis. Het zijn normen die hun gezag uitsluitend ontleenen aan de sociale waarde van haar inhoud, waarvan afwijking dus niet als rechtsbreuk gevoeld wordt. Rechtsnormen en stelregels kunnen echter met elkander in conflict komen. Welke van deze dan voorgaan, daarover laat zich de schrijver, als ik het goed zie, niet bepaaldelijk uit, daar zij voor hem alleen als sociologische verschijnselen in aanmerking komen.

De kern van schrijvers betoog is met het vorenstaande bloot gelegd. Ik geloof, dat met deze samendringing van de stof, die ons in bijna driehonderd compres gedrukte bladzijden geboden is, den schrijver geen onrecht te hebben gedaan, want het heele betoog staat en valt met de juistheid van het rechtsbegrip zooals dat hierboven is weergegeven.

Ik ga met hem accoord insoover de rechtsovertuiging als grondslag voor de gelding van het recht is aanvaard. Maar verder loopen onze wegen uiteen. Want als wij nagaan wat de schrijver onder rechtsovertuiging verstaat, dan blijkt, dat deze uitdrukking gebruikt is in een zuiver subjectieven zin. In het begrip rechtsovertuiging legt hij bij uitsluiting datgene, wat noodig is om uit die overtuiging te voorschijn te brengen de gelding eener norm onafhankelijk van de waarde van haar inhoud. Rechtsovertuiging is niets meer dan de overtuiging dat een norm heteronome gelding bezit of moet bezitten. Met welk recht echter wordt deze beperkte en zeer bijzondere definitie gegeven? Zeker, de rechtsovertuiging kan zich richten op de verkrijging van orde, zonder meer, zooals het geval is wanneer het verkeer moet worden geregeld, waarbij de inhoud van den regel volstrekt onverschillig kan zijn, onverschillig dus of dit belang gediend wordt door het gebod van rechts- dan wel van linkshouden. Maar in verreweg de meeste gevallen richt zich de rechtsovertuiging ook op den inhoud der ordening, ja is het juist die inhoud welke aan de rechtsovertuiging, als grondslag voor de verbindbaarheid van het recht, haar beteekenis verleent. Dat de schrijver dit *feit* over het hoofd ziet of negeert, is wellicht het gevolg van een merkwaardige leemte in zijn betoog. In het gansche geschrift wordt n.l. schier geen woord gerept over den materieelen inhoud van de rechtsordening d. w. z. over de door haar tot uitdrukking gebrachte berekening van de waarde der belangen. Elke rechtsnorm toch is



de neerslag eener belangenwaardeering; in elk gebod of verbod ligt een bescherming van belangen, tegelijk dat daarin ligt een inkorting van andere belangen welke met eerstgenoemde conflicteeren. De rechtsvraag bij uitnemendheid is dan ook tot hoever die bescherming en inkorting moet gaan. De schrijver daarentegen zoekt de rechtsvraag juist buiten den inhoud der norm, zoodat niets anders overblijft dan uit de heteronome gelding der norm haar rechtskarakter te putten. Dit nu wil zeggen, dat het bloote willen, waarop ook gericht, de imperatief tot rechtsimperatief maakt. En als men nu in het oog houdt, dat het subject van dat willen de wetgever of het volk is, dan zijn wij weer aangeland bij het, naar wij meenden, overwonnen standpunt, dat de wet als zoodanig rechtsbron is, aangevuld thans met de gewoonte waarin het volk zijn wil doet kennen en daarmede zijnerzijds aan normen het rechtskarakter verleent.

De dorre constructie van het recht als een norm met heteronome gelding, houdt hoegenaamd geen rekening met het ethisch karakter van het recht, een karakter dat het recht slechts kan ontleenen aan zijn inhoud. Voor den schrijver is het recht niet meer dan een imperatief, een *sic volo sic jubeo*, tengevolge waarvan het heele proces van rechtsvorming, met al zijn waarborgen voor aanpassing aan 's menschen rechtsbewustzijn, een bespotting wordt. En dit resultaat bereikt de schrijver door een psychologie die buiten de werkelijkheid staat. Een rechtsovertuiging die zich uitsluitend richt op een norm als norm, is in geen menschelijk gemoed of brein te vinden. Een verplichting om ons aan het bevel van den wetgever of aan het gezag der gewoonte te onderwerpen, is alleen bestaanbaar als wij op den inhoud der norm reageeren; en alleen om de fundeering van die *verplichting* is het thans, meer dan wellicht ooit te voren, ons te doen.

De vorenstaande bedenkingen zullen ook bij Mr. KAHN gerezen zijn. Dat desnietteenstaande de uitkomst van zijn onderzoek tot het gewraakte resultaat leidt, ligt, naar ik meen, in de principieele verwerping van de opvatting, dat de zoogen. conventions een stuk ongeschreven *recht* bevatten.

Hij komt daarmee in onmiddellijk conflict met een door mij beleden staats- en rechtsleer, waartegen hij, minzamer dan waaraan men mij gewend heeft, polemiseert. Bedoelde leer verkondigt, dat het in het recht gelegen gezag het uitvloeisel is van de overeenstemming van zijn normen met 's menschen rechtsbewustzijn. Het bestaan van zulk een verband is beslissend voor het rechtsverbindende der norm. Door wie en hoe dat verband gelegd of geconstateerd wordt, is bijzaak. Doet de wetgever het, dan zal de beslissing om-

trent het bestaan van die verhouding, voor het oogenblik dat de wet tot stand kwam, meestal grootere waarde hebben dan wanneer het ongeorganiseerde rechtsbewustzijn des volks zich daarover uitspreekt. Maar dit zal niet altijd het geval zijn; en het kan, als de wet een tijd van kracht is geweest, zelfs menigmaal voorkomen, dat het ongeorganiseerde rechtsbewustzijn, als dit andere normen stelt, het in den letterlijken zin van het woord hij het rechte einde heeft. De zoogen. conventions zijn hiervan een voorbeeld. Zij vormen een stuk omgeschreven recht, welke het geschreven recht van Grondwet en wet wijzigen.

Tegen deze rechtsleer neemt de schrijver stelling door te zeggen, dat zij zich met het „geldend rechtssysteem” niet verdraagt en dus hoogstens als postulaat in aanmerking kan komen. De bedoelde basis voor de heerschappij van het recht is dus geen werkelijkheid. Postulaat of werkelijkheid? Voor de toelichting dezer vraagstelling verwijs ik, gelijk elders reeds herhaaldelijk is geschied, naar het feit dat wij langen tijd geleefd hebben en velen ook thans nog leven onder de voorstelling van een Overheid die recht had te bevelen, als gevolg van welk recht het volk, de onderdaan, zich naar den wil der Overheid, wat ook de inhoud van haar bevel was, had te gedragen. Is die overheidsidee een nú nog levende idee? Voor vele volken moet het antwoord daarop toestemmend luiden en voor die volken is dus de leer van het rechtsbewustzijn, als basis voor de rechtsverbindende kracht der normen, louter een postulaat. Maar voor tal van andere natiën is de voorstelling eener tot bevelen gerechtigde Overheid uit het bewustzijn der menschen verdwenen en is in die staten de leer van het rechtsbewustzijn niets anders dan de beschrijving van een feit, dat wellicht niet bij allen tot volle bewustzijn is gekomen maar uit instellingen en praktijken toch duidelijk voor den dag komt.

Voor de beoordeeling van schrijvers standpunt is 't dus de vraag, of wij voor Nederland deze beschouwing als een stuk werkelijkheid mogen aanvaarden. Daarop antwoordt de schrijver ontkennend, verwijzende naar het „geldend rechtssysteem”. Het wetenschappelijk criterium voor de rechtsgeldigheid van een juridisch systeem ligt in zijn werkelijke toepassing en de werkelijke toepassing vindt men in hetgeen de rechtspraak als geldend recht aanmerkt. De rechterlijke macht nu houdt ten onzent vrijwel onverminderd vast aan het rechtssysteem der wet. Alzoo heeft alle buitenwettelijk recht, met uitzondering van eenig gewoonterecht zooals wij vroeger zagen, geen werkelijkheidswaarde.

Ik acht dit een misvatting. Het geldende rechtssysteem wordt bepaald niet door hetgeen de wet goedvindt voor te schrijven, maar door de mentaliteit van de generatie waar-

voor een norm verbindend is. Het is deze grondwaarheid, die den schrijver noodzaakt tot de erkenning van de „ondeugendheden” der rechterlijke macht welke deze „onder het mom van wetsbepalingen” verbergt, en tot de aanvaarding van de gelijkwaardigheid van het gewoonterecht met het wetrecht. De strijd over postulaat of werkelijkheid loopt dus in beginsel over de geestesgesteldheid eener bepaalde generatie. Leeft een generatie in den waan of de overtuiging dat wet en recht identiek zijn, dan — ik gebruik hier de eigen woorden van den schrijver — is ten aanzien van de grondslagen der bestaande rechtsorde twijfel niet mogelijk: het geldende rechtssysteem is het rechtssysteem der wet (1). Maar hoe kan, vraag ik mijnerzijds, met voeg worden volgehouden, dat die waan of overtuiging nu nog bestaat? De praktijk van de rechterlijke macht leert anders, als men ten minste de oogen niet sluit voor het bezigen van een wetsexegese, welke het nieuwe recht, waaraan de maatschappij behoefte heeft, tot gelding brengt. Ook met *dit feit* moet men rekening houden en dus is een rechtssysteem dat zoodanig feit verwaarloost een onwerkelijkheid. Toen in 1879 de rechterlijke macht de rechtsgeldigheid van tal van algemeene maatregelen van bestuur ontkende, geschiedde dat niet als gevolg van een wijziging der Grondwet maar, door middel eener interpretatie, als gevolg eener veranderde rechtsovertuiging. Toen 31 Januari 1919 de Hoge Raad zijn fameuse beslissing nam omtrent de beteekenis van „onrechtmatig” in art. 1401 B. W. greep er een rechtsverandering plaats zonder dat tittel of jota in de wet gewijzigd was. Maar het is volstrekt niet noodig op de houding der rechterlijke macht te letten, ten bewijze hoe de geestesgesteldheid der tegenwoordige generatie een ander „rechtssysteem” tot geboorte brengt. Zoowel de uitvoerende macht als de burgers staan onder den invloed eener andere mentaliteit dan die welke verzonken was in veneratie van het wetrecht. De schrijver zelf levert hiervan het bewijs door de etaleering van zes en twintig staatkundige stelregels (2) en door de aanwijzing van stelregels op ander gebied dan op dat van het staatsrecht (3). Dat in deze regelen een gansch ander rechtsbewustzijn naar voren komt dan aan het geschreven recht het aanzijn gaf, kan niet worden geloofend met de bewering, dat zij niet onbeperkt gelden, zooals het parlementaire stelsel en zooals de verplichting der uitvoerende macht om aan de wetsontwerpen der Staten-Generaal sanctie te geven, of met de bewering, dat de afwijking van die regels niet als een rechtsbreuk wordt gevoeld. Waar ter wereld

(1) Bladz. 111.

(2) Bladz. 94.

(3) Bladz. 88.

toch is die onbepaalde gelding als rechtseisch ooit gesteld en dat in onzen tijd, waar de omstandigheden zóó snel wisselen, dat wat recht nu is, morgen wellicht niet meer als recht kan gelden. En waarom zou de innerlijke reactie hier een andere zijn dan bij het geschreven recht en dus de afwijking van het ongeschreven recht niet evenzeer als rechtsbreuk worden gevoeld als bij overtreding van het wetrecht. De uitnemende bladzijden die de schrijver wijdt aan de tegenstelling, tusschen positief recht (wet en gewoonte) en stelregels, en aan de overgangen van de laatste naar het rechtsgebied, zouden een prachtige illustratie hebben kunnen worden van de tegenstelling tusschen geschreven en ongeschreven recht en van de overgangen tusschen beiden, ware hij daarin niet belemmerd door een begrip van recht dat een afgestorven geestesgesteldheid tot ondergrond heeft. Wij ontkomen niet aan den arbeid om, levende te midden van de opkomst eener andere rechtsbeschouwing, deze tot een, als men 't zoo noemen wil, „systeem” te verwerken, zooals eertijds, onder de heerschappij van de overheidsidee, het rechtssysteem zich uitsprak in de gelijkstelling van wet en recht, met de daaraan verbonden codificatiegedachte, en in het langs zuiver verstandelijken weg toepasselijk maken van het wetrecht op het aan onafgebroken wisseling onderhevige maatschappelijk leven.

Met prijsgeving der overheidsidee moet een ander rechtssysteem worden opgebouwd, waarbij bijzonderlijk op tweeërlei moet worden gelet. In de eerste plaats hierop, dat het gezag, waartegenover een verplichting tot gehoorzaamheid bestaat, alleen uit het recht kan voortkomen, zoodat alle zoodanig gezag nooit anders dan rechtsgezag kan zijn. Dit gezag ontspringt uit ons geestelijk innerlijk, waar het zich als rechtsbewustzijn of rechtsgevoel doet kennen. Als een oordeel op grond van dat stuk van ons geestelijk leven wordt geveld, is er sprake van een rechtsoordeel en is de rechtsnorm geboren.

In de tweede plaats brengt het nieuwe rechtssysteem mede, dat de ontwikkeling van het recht niet vóór alles een verstandswerkzaamheid is, waarbij de logica de beslissing geeft, maar dat die ontwikkeling beheerscht wordt door het gevoelsleven, zoodat verbetering van de rechtsorde alleen van opwekking en versterking van dat leven te verwachten is.

In tegenstelling met het oude rechtssysteem brengt de eerstgenoemde basis als praktisch gevolg mede, dat een bepaalde wijze van rechtsvorming (b.v. door wetgeving) over het geldende recht niet beslist, zoodat, met betrekking tot de gelding van het recht, geen onderscheid tusschen geschreven en ongeschreven recht bestaat.

De tweede basis brengt ons dit andere praktische resultaat, dat de rechtswetenschap zich bijzonderlijk moet laten gelegen

liggen aan het vermogen om rechtsoordeelen te vellen. Het hanteeren van de in ons van nature aanwezige kracht om recht en onrecht te onderscheiden — daarop allermeeft moet de studie der rechtswetenschap gericht zijn. Hier ligt de andere tegenstelling met het oude systeem, dat in het analyseeren van wetstexten het eigenlijke bedrijf van den jurist gelegen achtte en daarop hem africhtte.

Het nieuwe rechtssysteem vordert voorts een naar de te waardeeren belangen doorgevoerde decentralisatie van rechtsvorming, opdat de autonome werking van het recht en dus zijn ethisch gezag zooveel mogelijk worde bevorderd. Onderzocht dient verder te worden, of, en eventueel in hoever, de wijze van rechtsvorming een rangorde van de bronnen van recht medebrengr. Te bepalen zijn wijders de rechtsgebieden die, zooals bij constitutioneel- en administratiefrecht, zich bijzonderlijk voor vorming van ongeschreven recht eigenen. En zoo zijn er nog tal van andere onderwerpen, waaraan onder het oude rechtssysteem de wetenschap zich niet liet gelegen liggen, welke thans, onder het nieuwe rechtssysteem, de aandacht van den jurist vorderen.

Met betrekking tot de beroemd geworden „conventions” — deze hebben onder het nieuwe rechtssysteem het karakter van ongeschreven rechtsnormen, tengevolge waarvan zij een plooibaarheid bezitten, welke in het bijzonder staatkundige normen behoeven. Zoo steunt het parlementaire stelsel op een code van ongeschreven recht. Maar dit recht veronderstelt voor zijn werking een constellatie van omstandigheden welke niet altijd aanwezig zijn. Kan bijv. door de partij-splitsingen een parlementair ministerie niet worden gevormd, dan moet naar een ander recht worden omgezien, hetwelk de vorming van een regeering mogelijk maakt. In dat nieuwe recht — dat zich aandiende met den naam van het recht van den „volkswil” — vond het ministerie CORT VAN DER LINDEN den titel die het gerechtigd maakte de regeering op zich te nemen. Van een rechtsschennis kon hier geen sprake zijn; het was een ander recht, dat, als gevolg van veranderde feiten, uit het rechtsbesef voor den dag kwam. Ter kwader uur heeft men de Engelsche rechtsopvatting tot uitgangspunt genomen en tot het recht uitsluitend gebracht de normen die onder de hoede der rechterlijke macht zijn geplaatst, zoodat DICEY kon neerschrijven: „Conventions not being enforced by the Courts, are in no true sense of the word laws” (1). Zoolang men daaraan vasthoudt, moet voor sociale normen als die der conventions een afzonderlijke categorie in het leven worden geroepen. Welnu het continentale rechtssysteem met zijn wetrecht en een klein beetje gewoonterecht, had,

(1) The law of the constitution, ed. 7, pag. 415.

evenals het Engelsche rechtssysteem, aan die sociale normen behoefte en vandaar dat men ook hier te lande en in het bijzonder in Duitschland zich heeft afgesloofd, om het karakter dier normen tegenover het beperkte rechtsbegrip waarvan men uitging vast te stellen. Aan Mr. KAHN mag de eer niet worden onthouden opnieuw een zeer scherpzinnige poging — hopen wij de laatste — daartoe te hebben gedaan. Maar het eenige wat hij, naar mijne meening, heeft bereikt, is juist het tegenovergestelde van hetgeen hij beoogde, nl. te hebben aangetoond het onhoudbare van het enge rechtssysteem, dat immers noodzakelijk met een aantal niet-rechtsnormen moet worden aangevuld om het gareel te verkrijgen waarbinnen de maatschappelijke belangen zich mogen uitleven, terwijl zij toch de functie van compleete rechtsnormen uitoefenen en wel in die mate dat zij het grondwettig recht vermogen op zijde te schuiven. De grootste verdienste van dit ook uit velerlei anderen hoofde voortreffelijk proefschrift zie ik dan ook in de stof die het aandraagt om het nieuwe rechtssysteem vaster dan ooit in zijn voorname werkelijkheid te doen kennen. Dit systeem heeft de categorie van conventions, stelregels of Konventionalregel niet noodig 'en rekent voor goed af met al de pogingen, om in de aldus aangeduide normen iets wezenlijk anders te zien dan voldragen rechtsnormen. Voor den uitbouw van het nieuwe rechtssysteem moeten wij nu echter de hulp ontberen van een jurist, wiens begaafdheid om op dit terrein te werken niemand zal betwisten. Het is nauwelijks te verwachten, dat Mr. KAHN alsnog tot onze gelederen zal toetreden. Maar mocht het gebeuren, de blijdschap daarover zou, bij mij althans, groot en ongeveinsd zijn.

H. KRABBE

*De huwelijksvoorwaarden in theorie en in de practijk;*  
Academisch proefschrift, door C. J. de Lange.  
— Leiden 1920.

De regeling van de huwelijksvoorwaarden in onze wet geeft tot zooveel moeilijkheden aanleiding, dat eene grondige bespreking van alle zich daarbij voordoende quaesties de grenzen van een proefschrift ver zou overschrijden. Dit was dan ook niet de bedoeling van den schrijver van bovengenoemde dissertatie. Zijn hoofddoel was eene bespreking van eenige ontwerpen van huwelijkscontracten, zooals zij in de practijk door een dertigtal notarissen worden gevolgd blijkens door hen aan Prof. MELJERS verstrekte gegevens. Voor een eenigszins volledig overzicht van hetgeen de practijk in dit opzicht oplevert is dit getal wat klein; een onderzoek aan de griffiën der rechtbanken zou meer resultaat hebben gehad. De behandeling van die ontwerpen blijkt neer te komen op eene bespreking van de door ADRIANI (SCHERMER) geleverde ontwerpen van huwelijkscontracten, die in Hoofdstuk II onder het ontleedmes worden genomen, waarna enkele in de practijk voorkomende bedingen (het „kleerenbeding”, het „verblijvensbeding”, enz.) worden gecritiseerd. Den schrijver is n.l. gebleken, dat het werk van SCHERMER in de practijk veelvuldig geraadpleegd, dikwijls geheel nagevolgd wordt. Om de tegenwerping te ontgaan, dat de beste stuurlied aan wal staan, geeft hij in Hoofdstuk III eenige door hem zelf ontworpen akten van huwelijksvoorwaarden, zooals ze z. i. de meeste kans hebben voor de practijk bruikbaar te zijn en geschillen te vermijden. Aan een en ander gaat in het eerste hoofdstuk vooraf eene behandeling van de bepalingen van ons B. W. en de faillissementswet omtrent huwelijksvoorwaarden. De stof is echter zoo uitgebreid, dat eene beperking noodig was; giften tusschen de echtgenooten bedongen en giften door derden aan de echtgenooten blijven onbesproken; evenzoo de huwelijksvoorwaarden bij tweede en verder huwelijk.

Aan bruikbaarheid had het werk gewonnen, als op de theoretische behandeling van eenig onderdeel (b.v. de gemeenschap van winst en verlies) onmiddellijk de bespreking van de daarop betrekking hebbende ontwerp-akten gevolgd was; thans wordt eerst een commentaar gegeven van onze wet, daarna de contracten zooals zij in de practijk voorkomen

(successievelijk de gemeenschappen van winst en verlies, vruchten en inkomsten, enz.) en eindelijk in dezelfde volgorde de door den schrijver vervaardigde ontwerpen. Wat bijeenhoort, is op die wijze over drie hoofdstukken verdeeld.

Overigens kan ook dit theoretisch gedeelte in de practijk goede diensten bewijzen; de vragen, die de wet bij de behandeling der huwelijksvoorwaarden onbeantwoord laat, worden volledig medegeedeeld met vermelding van literatuur en jurisprudentie. Alleen op de onderwerpen, die voor het hoofddoel van belang zijn, gaat de schrijver wat dieper in. Zoo bij de vraag of de werking der huwelijksvoorwaarden van eene voorwaarde afhankelijk gesteld kan worden. Zonder beslist partij te kiezen voert hij tegen de mogelijkheid daarvan twee argumenten aan. Ten eerste dat onze wet niet uitdrukkelijk constateert, dat eene dergelijke voorwaarde bestaanbaar is, wat zij bij andere rechtshandelingen, waarbij eene voorwaarde kan te pas komen, wel zou doen. Hier ben ik geneigd een vraagteeken te plaatsen. Waar zegt de wet „uitdrukkelijk”, dat b.v. eene verhuring onder opschortende voorwaarde mogelijk is? Het tweede argument is de vooral voor derden hinderlijke onzekerheid. Maar ook bij andere overeenkomsten bestaat dit bezwaar. Dat de eigendom van een onder opschortende voorwaarde verkocht en geleverd vast goed voorloopig onzeker is, mag zeker een ongewenschte toestand heeten, maar is daarom toch niet uitgesloten.

Bekend is de vraag, welke uitlegging moet worden gegeven aan de bepaling van art. 201 B. W., dat ingeval van uitsluiting of beperking van gemeenschap bij gebreke van bedingen daaromtrent de vruchten en inkomsten uit de goederen der vrouw ter beschikking van den man zijn. De schrijver is van oordeel, dat die vruchten *het eigendom* zijn van den man. (Ten onrechte wordt hier aan OPZOOMER—GRÜNEBAUM, I pag. 433 de meening toegeschreven, dat die revenuen aan de echtgenooten gezamenlijk zouden toekomen.) Wat daarvan zij, zeer practisch heeft de schrijver in zijn ontwerp de quaestie beslist, door die vruchten aan den man in eigendom toe te kennen. Man en vrouw daarop gezamenlijk recht te geven zou neerkomen op eene gemeenschap van vruchten en inkomsten. En als de niet-verteerde revenuen het eigendom van de vrouw bleven, zou de man zijne vrouw of zichzelf naar willekeur kunnen bevoordeelen door de huisschulden in de eerste plaats met de inkomsten van zichzelf of met die van de vrouw te betalen. Men zou bovendien in groote moeilijkheden geraken, als de man b.v. eene verzameling coupons van zichzelf en van zijne vrouw tegelijk verzilvert, van de opbrengst slager en bakker afbetaalt en de rest belegt. Onmogelijk is dan te constateeren, wat er van de inkomsten der vrouw is overgebleven. Willen partijen het overschot



niet aan den man toekennen, dan moeten zij art. 201 uitsluiten. Overigens is de schrijver het over dit artikel met zichzelf niet eens. Op pag. 27 leert hij, dat het niet ziet op het geval, dat de vrouw zich het vrije genot harer inkomsten heeft voorbehouden. Daarentegen verdedigt hij op pag. 128 e. v. eene andere opvatting, die hij „de gewone” noemt: ook als de vrouw zich dat genot heeft gereserveerd, geldt art. 201. Dit laatste lijkt mij geheel onjuist; het is onmogelijk, dat de man de beschikking over en tegelijk de vrouw het vrije genot van hare inkomsten zou hebben. Wat zou er van dit vrije genot terecht komen, als de man over de revenuen beschikt? De op pag. 128, noot 1, met instemming aangehaalde schrijvers („aldus DIEPHUIS, enz.”) leeren dat trouwens absoluut niet. Had de schrijver zijne toelichting op artt. 200 en 201 niet over twee paragrafen verdeeld (§ 1: „de huwelijksvoorwaarden in 't algemeen” en § 4: „uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen”), wellicht was hij niet in die tegenstrijdigheid vervallen.

Bij de behandeling van de gemeenschap van winst en verlies vermeldt de schrijver drie opvattingen omtrent de vraag, wat tot de winst moet worden gerekend. De eerste zoekt het antwoord in art. 212 B. W.; volgens de tweede valt onder winst alles, waarvan niet kan worden aangetoond, dat het aan één der echtgenooten toebehoort; de derde eindelijk (en hierbij sluit de schrijver zich aan) argumenteert uit „den aard der gemeenschap van winst en verlies”.

Dit laatste klinkt geheimzinnig; de bedoeling is, dat alle staande de gemeenschap opgekomen vermogensvermeerdering gemeen is, behoudens de in de wet genoemde uitzonderingen. De redactie van art. 212 „geeft deze gedachte wel „minder gelukkig weer”, maar dit is te verklaren uit de „wordingsgeschiedenis”. Deze ietwat grootscheepsche opzet zou doen denken, dat omtrent allerlei zaken verschil van gevoelen zou bestaan over de vraag of zij een deel van de winst uitmaken. Dit blijkt echter alleen het geval te zijn met wat door geluk of toeval verkregen wordt en hierin is gemakkelijk te voorzien door eene uitdrukkelijke bepaling in de akte van huwelijksvoorwaarden. Zoo doet o. a. ADRIANI in zijn ontwerp. Tot winst verklaart deze al wat de wet daaronder rekent (met inbegrip van hetgeen door geluk, enz. opkomt). De schrijver van ons proefschrift daarentegen acht dit ondoelmatig „omdat absoluut onzeker is, wat de wet onder winst rekent”, en noemt winst alle vermeerdering van de vermogens van beide echtgenooten, behoudens de uitzonderingen van artt. 213, 215 en 216 B. W., waarbij dan art. 215 voor zaken, die bestemd zijn, om daarmede handel te drijven,

wordt uitgesloten. Gevallen, waarin die absolute onzekerheid zich voordoet, worden ons echter niet opgenoemd. Meer dan een verschil in redactie zie ik dan ook tusschen beide bepalingen niet.

De vraag, wat verlies is, beantwoordt de schrijver eveneens uit „den aard der gemeenschap”; dit wil hier zeggen, dat hij zich houdt aan „de duidelijke woorden der wet” (pag. 74), niettegenstaande „de verkeerde gedachte, die de „wetgever bij ’t opstellen van art. 212 B. W. heeft vervuld”. Daargelaten of die woorden zoo duidelijk zijn, mag men vragen, of dit consequent is tegenover de minachting, waarmede dit artikel werd voorbijgegaan bij de bepaling van wat als winst moet aangemerkt worden. Tot het verlies moeten dan volgens den schrijver worden gerekend de schulden van art. 218 en bovendien *alle* uitgaven, behalve sommige schenkingen van privé-goederen. Hij aanvaardt dus de tegenstrijdigheid, dat wanneer eene schuld, niet de echtgenooten tezamen betreffende, bij de ontbinding nog onbetaald is, deze ten laste van den echtgenoot-schuldenaar blijft, doch als zij toen al voldaan was, als uitgave tot het verlies behoort. Consequent wordt dan ook het bestaan van récompenses in ons recht ontkend (pag. 92), ook omdat ons B. W. er over zwijgt. Dit laatste argument beteekent echter niet veel; ook over reprises spreekt de wet niet; toch wordt het bestaan daarvan blijkbaar ook door den schrijver niet betwijfeld.

Voor de gevolgen zijner leer, dat récompenses bij ons onbekend zijn, schrikt de schrijver evenwel terug. Daaruit zou onmiddellijk volgen, dat wanneer eene privé-schuld van een der echtgenooten (eene vóór het huwelijk aangegane b.v.) met gemeenschapspenningen is afbetaald, deswege door dien echtgenoot aan de gemeenschap geen vergoeding schuldig is. Dus: de man betaalt met eigen geld eene gemeenschaps-schuld; hij heeft daarvoor eene reprise; voldoet hij omgekeerd eene privé-schuld met geld van de gemeenschap, vergoeding is niet schuldig. Dit is zoozeer met alle recht en billijkheid in strijd, dat het den schrijver te kras wordt. Iemand, die f 30.000 activa aanbrengt en f 10.000 schuld, mag later slechts f 20.000 terugnemen, zegt hij; dit is zijn aanbreng. Terecht noemt hij dit billijk. De récompenses, die de voordeur zijn uitgezet, komen hier echter door de achterdeur in volle vaart weer binnen. De bedoelde activa zijn het persoonlijk eigendom van den aanbrenger gebleven, krijgt hij per saldo slechts f 20.000 terug, dan kan het niet anders, of men moet hem gehouden achten f 10.000 aan de gemeenschap te vergoeden. Waarom dan niet liever de mogelijkheid van récompenses, evenals van reprises aangenomen? De schrijver zegt wel (pag. 76), dat alleen bij zijne opvatting

de gemeenschap van winst en verlies practisch bruikbaar wordt, dat eene regeling der récompenses in het huwelijkscontract bij gebrek aan bewijs doelloos is, maar aan den ernst zijner overtuiging twijfel ik: in zijn ontwerp wordt o. a. hetgeen voor het betalen van vóórhuwelijksche schulden is uitgegeven, niet tot het verlies gebracht, m. a. w. daar wordt aan den echtgenoot, wiens schuld met gemeenschaps-geld is afbetaald, de verplichting tot vergoeding opgelegd.

Reprises, zegt de schrijver (pag. 93), hebben een persoonlijk karakter, verhoogen dus niet het aandeel van den betrokken echtgenoot in de gemeenschapsbaten. Hij argumenteert dit niet nader, maar vestigt de aandacht op de uit de andere opvatting volgende onaannemelijke consequenties. Een daarvan is, dat de man anders het onroerend goed van de gemeenschap niet zou kunnen vervreemden of bezwaren, omdat de vrouw er mede-eigenares van is. De beteekenis hiervan ontgaat mij. Of man en vrouw elk  $\frac{1}{2}$ , dan wel respectievelijk  $\frac{3}{5}$  en  $\frac{2}{5}$  in het gemeenschapsgoed hebben zal toch voor des mans beschikkingsbevoegdheid wel onverschillig zijn. Van de gemeenschapsgoederen is de vrouw *altijd* mede-eigenares, ook bij de algeheele gemeenschap; als art. 179 in dat geval niet toepasselijk is, wanneer dan wel?

Een ander gevolg van het zakelijk karakter der reprise zou zijn, dat de vrouw ook na afstand haar repriserecht behouden en op dezelfde wijze als vóór den afstand uitoefenen zou. Ik acht dit evenmin juist. Beteekende de reprise verhooging van het aandeel in het gemeene goed, dan zou afstand veeleer medebrengen, dat de vrouw ook haar repriserecht verloor.

Ook de wijze, waarop de schrijver het onderwerp der reprises in zijn ontwerp regelt, kan ik niet fraai vinden. Aan den echtgenoot, wiens goederen ten bate der gemeenschap zijn aangewend, geeft hij „een vorderingsrecht op 't gemeen-„schappelijk vermogen”. De schuldenaar dezer vordering is hiermede onvoldoende aangewezen, „'t gemeenschappelijk vermogen” is toch geen rechtspersoon? Ter voldoening zijner vordering mag de echtgenoot zoo mogelijk activa uit dat vermogen vooruitnemen. Is het de bedoeling hierbij aan de reprise een zakelijk karakter te geven? Waarschijnlijk wel; indien n.l. de vrouw bij hare vooruitneming mocht te kort komen, heeft zij eene „vordering persoonlijk” tegen den man ten bedrage van de helft van hetgeen haar nog toekomt; maar voorzoover zij zich uit de gemeenschap kan voldoen, kan zij op de goederen eigendomsrechten doen gelden. Toch werden wij reeds op pag. 93 tegen de ongelukkige consequenties hiervan gewaarschuwd.

De man mag ook zijne reprise uitoefenen door vooruitneming van gemeenschapsgoed, echter eerst nadat de vrouw

voldaan is. Van eene persoonlijke vordering op de vrouw voor wat de man te kort komt wordt niet gesproken. Meermalen zal dus, als er verlies is, dit geheel ten laste van den man komen. Stel, dat de echtgenooten elk *f*10.000 contanten ten huwelijk hebben aangebracht, die alle zijn gebruikt ter afdoening van huishoudelijke schulden, en dat er bij het einde der gemeenschap voor *f* 16.000 effecten aanwezig zijn. Doordat nu de vrouw voor een bedrag van *f* 10.000 aan effecten mag terugnemen, terwijl de man eerst daarna aan de beurt komt, draagt hij het geheele verlies ad *f* 4000. Wenschen partijen eene dergelijke regeling, dan doen zij beter de gemeenschap van vruchten en inkomsten te kiezen dan die van winst en verlies. En consequent zou het dan zijn de vrouw, ingeval zij bij de uitoefening harer reprise te kort komt, eene vordering op den man te geven, niet voor de helft van het ontbrekende, maar voor het geheel. Doet dit geval zich voor, dan draagt de vrouw volgens het ontwerp een deel in het verlies ten bedrage van dat halve tekort. Bestaat het verlies uit schulden, dan dragen de echtgenooten elk de helft. Men mag het in den schrijver waardeeren, dat hij voor de belangen der vrouw waakt, maar is deze eenmaal in gemeenschap van winst en verlies getrouwd, wil zij dus ook in het financieele lief en leed met den man deelen, dan moet zij ook steeds c. q. de helft in het verlies dragen, onverschillig of dit bestaat in schulden of in te hooge uitgaven.

Met genoegen las ik op pag. 108 e. v. eene bestrijding der meening, dat afstand der gemeenschap van winst en verlies de vrouw wel zou bevrijden tegenover de schuldeischers maar haar niet zou ontslaan van de verplichting het verlies met den man te verrekenen. Bij laatstbedoelde opvatting zou het voordeel, dat voor de vrouw in den afstand gelegen kan zijn, zoo goed als geheel verloren gaan. Ik zou dan maar liever de vrouw de bevoegdheid om afstand te doen ontzeggen.

Na het bovenstaande heb ik over des schrijvers ontwerp-akte gemeenschap van winst en verlies niet veel meer te zeggen. Hij neemt op eene verplichting van den man om elke twee jaar aan de vrouw rekening en verantwoording van het beheer over haar vermogen af te leggen. In de practijk zal hiervan niet veel terecht komen, vooral als bepaald wordt, dat *décharge* van de vrouw den man niet ontheft van de gehoudenheid later nog eens over het geheele beheer rekening te doen.

De wijze, waarop de echtgenooten te zijner tijd moeten bewijzen wat door hen is aangebracht of staande huwelijk verkregen, wordt geregeld. Voorzooover in overeenstemming

met de wet zijn deze bepalingen overbodig; overigens is hare geldigheid betwistbaar.

Wordt een onroerend goed of een effect met geld van een der echtgenooten, maar niet „op diens naam” aangekocht, dan wordt het voor winst gehouden. Aan de „tenaamstelling” hecht de ontwerper blijkbaar veel waarde. De betrokken echtgenoot heeft dan echter „een vordering op 't privé „vermogen ten beloope van de bestede penningen”. Deze vordering had slechts de helft hiervan moeten bedragen; of is dit eene drukfout? is misschien het gemeenschapsvermogen bedoeld?

Grootendeels overbodig is ook het artikel, dat de vrouw het recht toekent afstand van de gemeenschap te doen en de gevolgen van dien afstand regelt.

Tot slot nog eene enkele opmerking over het beding, dat zaken, *die tot enige gemeenschap behooren*, bij ontbinding door den dood aan den langstlevenden echtgenoot zullen verblijven. De schrijver meent hier te doen te hebben met twee contractuele legaten, eventueel onderworpen aan inkorting ten bate van legitimarissen. Naar mijne meening hangt dit van de woorden van het beding en als deze onduidelijk zijn van de bedoeling van partijen af. Zij *kunnen* elkaar ongetwijfeld hun aandeel in den inboedel contractueel legateeren, maar evenzeer staat het hun vrij te bepalen, dat de inboedel wel gemeen zal zijn maar in eene andere verhouding zal worden verdeeld dan art. 183 B. W. aangeeft. Even goed als de verdeling zoo kan worden overeengekomen, dat de man krijgt  $\frac{3}{4}$ , de vrouw  $\frac{1}{4}$ , kan men bedingen, dat het aandeel van den langstlevende zal bedragen  $\frac{3}{4}$  en van den ander  $\frac{1}{4}$  of wel dat de langstlevende zal hebben alles, de eerststervende niets. Er is hier geen bevoordeeling door legaat, maar door de gemeenschap en daarom is van inkorting voor het wettelijk erfdeel geen sprake. Niettegenstaande het daartegen door den schrijver aangevoerde lijkt het mij niet twijfelachtig, dat dit ook de opvatting is van den Hoogen Raad blijkens diens arrest van 13 Januari (niet Juni) 1899, W. 7230.

Maar, vraagt hij, hoe dan als de echtgenooten in algeheele gemeenschap trouwen en een dergelijk „verblijvensbeding” maken ten aanzien van alle goederen der gemeenschap? Wordt dan het recht der legitimarissen tot nul gereduceerd? Ik aarzel niet hierop bevestigend te antwoorden. Bevoordeeling door huwelijksgemeenschap valt niet onder de aan inkorting onderhevige makingen of schenkingen. Als iemand, wiens vermogen f 100.000 bedraagt, trouwt met een ander, die niets bezit, vermindert zijn vermogen met f 50.000; legitimarissen kunnen hiertegen niet opkomen. Evenmin als bepaald is, dat bij ontbinding niet man en

vrouw krachtens art. 183 B. W. elk de helft, maar de man  $\frac{1}{100}$  en de vrouw  $\frac{99}{100}$  zal hebben, of wel de eerststervende  $\frac{1}{100}$ , de ander  $\frac{99}{100}$ . Waarom dan wel, als alles bij den langstlevende zal verblijven?

Ook uit een practisch oogpunt bekeken lijkt mij dit resultaat niet onbevredigend. Op deze wijze is het mogelijk een huwelijkscontract te maken, waarbij de langstlevende der echtgenooten zekerheid heeft tot zijn dood in het ongestoord genot van het gemeenschapsgoed te blijven. De kinderen zullen met de verdeling van de erfenis hunner ouders moeten wachten tot dezen beiden overleden zijn en dit is volstrekt niet onredelijk. Dergelijke huwelijksvoorwaarden komen ook in de practijk voor.

Bij de bespreking van de door den schrijver behandelde vragen heb ik hier en daar een greep gedaan; het zou mij te ver voeren het uitgebreide onderwerp der huwelijksvoorwaarden geheel met hem door te werken. Ook buiten de speciaal door mij genoemde punten is zijn werk waard gelezen te worden; het zal den lezer eene aansporing zijn zich nog eens rekenschap te geven van eenmaal aanvaarde opvattingen.

J. G. KLAASSEN

*Eindhoven, Augustus 1920*

W. B. Dullemond: *De historische interpretatie van artikel 1354 van het Burgerlijk Wetboek*; proefschrift, verdedigd te Amsterdam 4 Mei 1920 (1).

Twee arresten van ons hoogste rechtscollege! Het oude arrest, een eerbiedwaardig grijsaard, van 1841; het *nieuwe*, brekende met de jarenlange jurisprudentie en nog steeds oppermachtig onze rechtspraak beheerschende, van 1905. Het eerste — 28 Januari 1841, *W.* 157 — beslissende, dat het door de oorspronkelijke bij den verkoop van onroerend goed betrokken partijen gemaakt beding *met het goed zelf* op de verdere verkrijgers van het goed overgaat en dus de latere eigenaar, in de plaats en de rechten des eersten koopers tredende, als diens „verbonden successeur” den eigendom slechts *met de beperking* krijgt. Het tweede — 3 Maart 1905, *W.* 8191 — vasthoudende aan het persoonlijk karakter van de tusschen de oorspronkelijke partijen gesloten verbintenis, daaraan de zakelijke werking ontzeggende en dus den oorspronkelijken contractant nog steeds gebonden achtende, ook al is later het onroerend goed in andere handen overgegaan. Tusschen deze twee jaartallen een derde, nl. het jaar 1897, het jaar waarin FEITH zijn bekend Themisartikel publiceerde, hetwelk tot de gewijzigde jurisprudentie van den Hoogen Raad den krachten stoot gaf.

Het arrest van 1841 domineert een groot gedeelte van het proefschrift, immers het tweede en het derde hoofdstuk. Het

---

(1) Het proefschrift is verdeeld in vier hoofdstukken. Eene Inleiding vormt het eerste hoofdstuk (blz. 1—18). Het tweede (blz. 19—82), getiteld: De Interpretatie van POTHIER, behandelt met name de beteekenis van het «*stipuler pour ses héritiers et ayans-cause*» in het oud-Fransche recht en bij POTHIER, maar leidt den lezer ook verder tot de meeningen der Fransche juristen over artikel 1122 Code Civil en tot ons tegenwoordig artikel 1354. Het derde (blz. 83—138) is gewijd aan de Lex Dicta of de zakelijke werking van het pactum adjectum en bespreekt achtereenvolgens JHERING's leer omtrent de lex dicta in het Romeinsche recht, en de lex dicta bij de glossatoren en commentatoren, bij de oud-Fransche juristen en in het oud-Hollandsch recht. Het vierde hoofdstuk (blz. 139—195) behandelt met name de vraag van de wenschelijkheid om verbintenissen betreffend onroerend goed tegen derden-houders te laten werken, en die van de mogelijkheid van overgang van verbintenissen betreffend onroerend goed naar ons Burgerlijk Wetboek, om te besluiten met eene resumtie van schrijver's opvatting omtrent art. 1354.

tweede hoofdstuk leidt den schrijver in zooverre tot een negatief resultaat, dat tevergeefs daarin getracht werd bij POTHIER eene verklaring te vinden van de redenen, welke den H. R. in 1841 tot zijne beslissing leidden. Het derde hoofdstuk stemt ons vreugdevoller, waar 't de *lex dicta* bleek te zijn, welke aan de beslissing van 1841 ten grondslag ligt en dus in dit reeds vèrgevorderd stadium van zijn werk — blz. 138 — de schrijver met voldoening kan constateeren, dat thans (eindelijk!) de verklaring van het arrest van 1841 is gevonden.

Is 't gemakkelijk ons door vermelding van de drie genoemde jaartallen de hoofdmomenten van den wetenschappelijken strijd, welken Mr. DULLEMOND tot onderwerp van zijn geschrift koos, als 't ware voor ons te doen herleven, minder gemakkelijk is 't voor den lezer om zich door dat geschrift zelf een weg te banen en uit den rijken inhoud den leidenden gedachtengang te volgen en de hoofdpunten van schrijver's betoog in zich op te nemen. Hier en daar laat de klaarheid van voorstelling en overzichtelijkheid van het geheel te wenschen: zoo op blz. 81, waar, na vermelding van de geschiedenis van de betrokken bepaling van het ontwerp 1830, in één adem — zonder „nieuwen regel” — wordt doorgehandeld over de opvattingen der Nederlandsche auteurs omtrent ons tegenwoordig artikel 1354. — Ook in het samenhouden van het bij elkander behoorende had Mr. D. iets strenger kunnen zijn: wanneer schrijver op blz. 6 een aantal bezwaren van FEITH tegen het „tweeslachtig instituut” (de persoonlijke overeenkomst met de zakelijke werking) heeft opgenoemd, gaat hij hierop niet verder in, om in het laatste hoofdstuk in een ander verband op die bezwaren terug te komen. Bedenkt men nu bovendien, dat schrijver het terrein van de „historische interpretatie van art. 1354” meermalen verlaat en zich op zijpaden begeeft (b.v. waar hij de wenschelijkheid bespreekt van het laten werken van verbintenissen betreffende onroerend goed tegen derden-houders), en dat het element van de historische interpretatie soms als het ware verdrongen wordt door andere in het geschrift sterk dominerende elementen, dan zal men begrijpen, dat de lectuur van het werk verre van gemakkelijk is en den geduldigen lezer niet zelden oogenblikken van zekere aan onbehagelijkheid grenzende onrust bezorgt.

Hiertegenover staan zeer goede qualiteiten. Het proefschrift geeft blijk van scherpzinnigheid en juridisch inzicht, schier uitputtende bronnenstudie en een ernstig streven om het moeilijk, door schrijver gekozen onderwerp zoo deugdelijk en volledig mogelijk te behandelen. Het is deze wijze van behandeling, welke, in verband met de keuze zelve van het theoretisch en praktisch gewichtig onderwerp, het proefschrift



brengt op een hoog plan en daaraan aanspraak op bijzondere belangstelling verzekert. Ook, omdat het geschrift *niet* is, zooals de titel zou doen vermoeden, een zuiver-wetenschappelijk, academisch en onbewogen betoog, maar ten slotte is een strijdschrift, immers behelst eene aanklacht tegen de nieuwe jurisprudentie van den H. R. inzake art. 1354. Deze grief wordt tegen die jurisprudentie ingebracht, dat daardoor de ontwikkeling van het „tweeslachtig instituut” (gebondenheid van den *derde* aan door den vroegeren eigenaar ten aanzien der zaak gemaakte verbintenissen) is afgebroken. En aan die grief wordt de wensch verbonden, dat die, ten ontijde afgebroken, ontwikkeling moge worden hernomen.

Deze beschuldiging tegen de nieuwe jurisprudentie is inderdaad niet gering. Zij is ernstig en principieel. Wij zouden haar, naar de samenvatting aan het eind van het proefschrift (blz. 192), aldus nader willen formuleeren. Het uitvoerig historisch onderzoek, door Mr. DULLEMOND over een reeks van eeuwen ingesteld, toont aan, dat en in ons vaderlandsch recht en in het buitenlandsche recht zich een streven heeft geopenbaard om verbintenissen, onroerend goed betreffende, ook tegen derden-houders te laten werken. Deze beweging in tegen het dogma van de scheiding tusschen persoonlijke en zakelijke rechten; maar de machtige behoefte van het verkeer — niet te onderdrukken, krachtig zich openbarende en op het rechtsleven inwerkende — drong daartoe. De Hooge Raad heeft nu door zijn arrest van 1905 deze ontwikkeling afgesneden („op grond van eene vermeende historische interpretatie”, blz. 193) en zodoende verkeerd gehandeld. „De rechter vernietigt hier wat door hem zelf in den loop van tientallen jaren is tot stand gebracht. Hij misbruikt het artikel (1354), omdat de behoefte niet door hem gevoeld is. De laatste was er echter niet minder om”.

Is nu deze beschuldiging juist? Dit is m.i. de groote vraag, waartoe de kennismeming van Mr. DULLEMOND's arbeid aanleiding geeft. *Hierin* is, ik wil niet zeggen het hoofdmoment maar in ieder geval voor mij de hoofdbetekenis van dien arbeid gelegen.

Als uitgangspunt voor onze beschouwingen zouden wij het arrest van 1905 zelf willen nemen. Wij mogen dit het standaardarrest in deze moeilijke materie noemen, het arrest hetwelk — in overeenstemming met de gedocumenteerde conclusie van den toenmaligen advocaat-generaal NOXON — de argumentatie voor de „enge” leer volledig weêrgeeft.

Zoo scherp mogelijk wordt in dit arrest de quaestie gesteld. Nadat de *overige* rechtspunten besproken zijn, de argumenten welke zich tegen de tot dusverre gehuldigde ruimere op-

vatting verzetten, komt de H. R. tot art. 1354 (1). Al het overige wordt terzijde geschoven om op dit artikel het volle licht te concentreeren. En bepaaldelijk wordt nu uit dit artikel de onjuistheid der ruimere leer (zakelijke werking van het beding) afgeleid. Driedelig is het betoog, hetwelk tot deze conclusie voert. In de eerste plaats wordt geargumenteed uit het „bedingen” van 1354, waarvan de beteekenis duidelijk wordt door eene vergelijking met 1351, hetwelk „bedingen” stelt tegenover „zich verbinden”. Voorts wordt voor de engere opvatting steun gezocht bij POTHIER, die het woord „stipuler” (ons „bedingen”) steeds bezigt in onderscheiding van „promettre”, en met betrekking tot de rechtverkrigenden zoowel in n°. 67 als in n°. 68 van zijn *Traité des obligations* enkel het woord „stipuler” bezigt. Ten slotte wordt gerefuteerd het voor de *ruimere* uitlegging aan het artikel zelf ontleende argument, nl. het beroep op de mede genoemde *erfgenamen*, op wie immers zoowel de verplichtingen als de rechten van den erflater overgaan, zoodat dit ook ten aanzien van de *rechtverkrigenden*, die in het artikel met de erfgenamen op ééne lijn gesteld worden, zou moeten gelden.

Schrijver wraakt nu de uitlegging, door den Hoogen Raad aan de woorden van POTHIER gegeven. Van het door hem in het tweede hoofdstuk ingesteld nauwkeurig en uitvoerig onderzoek is *dit* het resultaat, (blz. 59), dat onder het stipuleeren voor erfgenamen en rechtverkrigenden in het oud-Fransche recht iets geheel anders werd verstaan dan men uit deze zelfde woorden bij POTHIER in de door den Hoogen Raad aangehaalde nummers 67 en 68 van het *Traité* tracht af te leiden; voorts, dat het voorbeeld, door POTHIER daar ter plaatse genoemd, een actieven overgang allerminst rechtvaardigt; eindelijk, dat ook het „obligatio personalis non sequitur fundum”, van af JUSTINIANUS tot aan FERRIÈRE toe volgehouden, de veronderstelling wettigt, dat POTHIER dezen overgang van verbintenissen wel niet zal hebben gewild. Aan een algemeenen actieven overgang is evenmin door hem gedacht als aan een passieven. Wat POTHIER met het „stipuler par rapport à une chose pour ses héritiers et ayans-cause” heeft willen zeggen, is niet anders dan dit: vorderingen, die men ten aanzien van een onroerend goed bedingt, gaan bij vervreemding van het goed slechts dan op den opvolger onder bijzonderen titel over, wanneer het rechtstreeksch belang van den vervreemder dit met zich brengt. *Dit* is hoogstens de beteekenis, welke volgens POTHIER aan ons art. 1354 zou zijn toe te kennen.

(1) Art. 1354: Men wordt verondersteld bedongen te hebben voor zichzelf en voor zijne erfgenamen en rechtverkrigenden, ten ware het tegendeel uitdrukkelijk bepaald zij of uit den aard der overeenkomst mogt voortvloeien.

„De beteekenis van 1354 terug te brengen tot hetgeen POTHIER onder die woorden verstond, staat vrijwel gelijk met het tot nul te reduceeren”. (blz. 194).

Ziehier zeer gecondenseerd, de „interpretatie van POTHIER” en de waarde, welke zij volgens onzen schrijver voor de uitlegging van artikel 1354 heeft, weêrgegeven. Is nu echter, aangenomen de juistheid van dit betoog en van deze slotsom, daarmede de nieuwe leer van den Hoogen Raad veroordeeld? M. i. allerminst. Zooals wij zagen, was 't toch niet enkel en zelfs niet in de eerste plaats de opvatting van POTHIER, welke ons hoogste rechtcollege tot zijne gewijzigde jurisprudentie leidde. Het hoofdargument ontleende de H. R. aan het artikel zelf, dat met zijn „bedingen”, nadat even te voren — in art. 1351 — scherp onderscheiden is tusschen „zich verbinden” en „bedingen”, geacht moet worden het eerste *hier* te hebben uitgesloten. Het is dus vóór alles de, wat ik zou willen noemen, logische interpretatie, m. a. w. het systeem zelf van onze wet, opgebouwd uit het onderling verband der verschillende wetsbepalingen, welke tot de engere opvatting leidt.

En voor welk overwegend argument zou nu die engere, door den H. R. gehuldigde opvatting moeten wijken? Welke is nu de groote, machtige factor, welken de H. R. bij zijne nieuwe interpretatie van art. 1354 zou hebben verwaarloosd? Wij komen hiermede tot de Lex Dicta, onderwerp van het derde hoofdstuk. Wat Mr. DULLEMOND daaromtrent mededeelt, is wetenschappelijk van groot belang. Onvermoeid heeft hij het oud-Fransche en het oud-Hollandsche recht doorvorscht. Op overtuigende wijze demonstreert hij, hoe in het oude Frankrijk 't de rechtspractijk is geweest, welke, gehoor gevende aan de eischen van het verkeer, een karakteristieken tusschenvorm tusschen persoonlijk en zakelijk recht deed geboren worden, een instituut tot ontwikkeling bracht, hetwelk, levende in de jurisprudentie en door de theorie aanvaard, eene groote vitaliteit vertoonde; hoe in ons oud-Hollandsch recht bedoeld instituut eene niet minder belangrijke plaats innam, en b.v. VAN DER SANDE de lex dicta, door hem overgenomen uit het latere Romeinsche en oud-Fransche recht, uitvoerig bespreekt en — met handhaving van het onderscheid tusschen zakenrecht en verbintenissenrecht — hare zakelijke werking tracht te bewijzen, terwijl ook bij VOET en GROENEWEGEN verscheidene malen een pactum adjectum met zakelijke werking wordt aangetroffen. Men kan zonder twijfel zeggen, dat Mr. D. niet alleen dezen geheelen ontwikkelingsgang voor ons doet opleven maar bovendien het instituut als 't ware pasklaar maakt ook voor ons hedendaagsch rechtsleven en aantoot, dat niets verhindert het daarin zijn aangewezen plaats toe kennen. Maar . . . naast

deze volledige erkenning dient te worden geconstateerd, dat het betoog ontbreekt, dat onze wetgever die plaats aan de *lex dicta* ook inderdaad heeft toegekend. Hier is in schrijver's redeneering eene leemte, welke door de waardevolle resultaten, welke de rechtsgeschiedenis ons bracht, niet wordt aangevuld. Om ook in ons hedendaagsch stellig recht aan het instituut eene plaats te verzekeren, moet men m. i. aantoonen, dat onze wetgever, die het instituut *kende*, dit ook heeft *gewild*. Juist *hier* mag deze eisch gesteld worden, waar 't betreft dien eigenaardigen tusschenvorm tusschen zakelijk en persoonlijk recht, die inbreuk op de door onze wet gehuldigde strenge scheiding tusschen beiden, een beginsel, waaraan ik gaarne den naam van *dogma* wil geven, mits men aan dit woord niet de gedachte verbindt van iets stars en min of meer versteeds, maar van de levende en in het recht doorwerkende grondgedachte van onze wetgeving. En naar mijne stellige overtuiging is de „historische interpretatie” van onze wet niet volledig en dus aanvechtbaar, indien daarbij met de wordingsgeschiedenis zelve der wettelijke voorschriften, hetzij deze positieve resultaten oplevert hetzij zij tot een negatief resultaat leidt, niet voldoende rekening wordt gehouden.

In verband hiermede moge worden herinnerd aan hetgeen bij de behandeling in de afdelingen van het corresponderend artikel van het ontwerp 1830 is voorgevallen (blz. 80 en 81). Het artikel, reeds in de redactie van ons tegenwoordig art. 1354, werd onvolledig geacht, omdat alleen het „anderen aan zich verbinden” daarin was opgenomen; en eene ruimere formulering werd daarom in overweging gegeven. De Regeering echter handhaafde de oorspronkelijke redactie. Ook mij komt 't — evenals aan Mr. DULLEMOND — voor, dat de Regeering, op de wenschelijkheid eener ruimere redactie opmerkzaam gemaakt en niettemin de redactie van het artikel ongewijzigd latende, blijkbaar den overgang van *verplichtingen* heeft willen uitsluiten. En hoewel natuurlijk aan het voorafgaande geen argument ten aanzien van de uitlegging van ons tegenwoordig art. 1354 kan worden ontleend, mogen wij hierin wel zien eene illustratie van de juiste methode van wetsuitlegging, waarbij de gedachtengang, welke bij het ontstaan van eenig wetsartikel heeft voorgezeten, wordt nagespoord en alleen uit bepaalde, positieve, gegevens de wil van den wetgever om een rechtsinstituut op te nemen wordt afgeleid.

Welnu! van den wil of de bedoeling van onzen wetgever om de *lex dicta* binnen het gebied van ons stellig recht te trekken, is m. i. niet gebleken. En wanneer wij deze opvatting huldigen, meenen wij ons niet schuldig te maken aan eene miskennis van den „geest” der wet, maar doen wij zulks

op grond van eene interpretatie, welke voor het als geldend recht aannemen van een instituut als het onderhavige *meer* eischt dan een beroep op de rechtsgeschiedenis alleen.

Deze opmerking geldt ook ten aanzien van het *tweede* cardinale punt, door schrijver uitvoerig besproken, de vraag, of *tegen* het aanvaarden van de ruimere opvatting (den overgang van verbintenissen met het goed waarop zij betrekking hebben) een argument kan worden ontleend aan artikel 1376 B. W., in zijn eerste lid bepalende, dat overeenkomsten alleen van kracht zijn tusschen de handelende partijen (1). Schrijver's redeneering is deze, dat het voorschrift, in het eerste lid van het artikel gegeven, ondanks zijn absoluten vorm niet absoluut geldende in onze wet is: het beginsel van art. 1612 (huur) en de bedingen bij hypotheek (artt. 1223, 1230 en 1254) zijn uitingen van de aan het genoemde voorschrift tegenovergestelde gedachte; voorts dat deze afwijkende bepalingen *niet* als *leges speciales* moeten worden beschouwd, welke buiten hare grenzen niet mogen worden uitgebreid, maar als *zelfstandige regels* m. a. w. als voorschriften, waarin de wetgever met het adagium van 1376 in strijd komt, en ten aanzien waarvan analogische uitbreiding buiten die bepaald aangewezen gevallen mogelijk kan zijn. „Of analogie mogelijk is, zal dus alleen afhangen van de mate van belangrijkheid, door wetgever en practijk toegekend aan de regelen wier analogische toepassing men wenschelijk acht. Hoe gewichtiger de plaats, in de wet aan een beginsel toegekend, des te meer reden om in soortgelijke gevallen het door haar aangegeven spoor te volgen” (blz. 161 en 162).

Voor ons betoog is 't niet noodig den schrijver te volgen, waar hij — onmiddellijk na de aangehaalde passage — zijne aandacht gaat wijden aan de ontwikkeling van het „koop breekt geen huur” (art. 1612), als het *hoogtepunt* van de rechtspraak van den Hoogen Raad beschouwende het arrest

(1) Art. 1376: Overeenkomsten zijn alleen van kracht tusschen de handelende partijen.

Dezelve kunnen aan derden niet ten nadeele strekken; zij kunnen aan derden geen voordeel aanbrengen dan alleen in het geval voorzien bij artikel 1353.

(2) «Zegt men, dat naar art. 1376 overeenkomsten alleen gelden tusschen partijen, behoudens de gevallen in de wet uitgezonderd, dan is dit onjuist. Was aan het eerste deel van het tweede lid een voorbehoud toegevoegd geweest, evenals aan het tweede deel, dan had men kunnen zeggen, dat de artikelen 1612, 1224, 1230 en 1254 de uitzonderingen waren die den regel bevestigden. Thans echter niet. Nu art. 1376 in volstrekten zin moet worden geïnterpreteerd, kan men van de artikelen 1612, 1224, 1230 en 1254 niet anders zeggen dan dat de wetgever met zijn eigen uitspraak in strijd is gekomen» (blz. 161).

van 5 November 1896 (W. 6882), waarin uitdrukkelijk de rechten en verplichtingen des verhuurders worden gezegd van rechtswege op den koper over te gaan, evenals of deze onder algemeenen titel opvolgde, en het betreurende, dat 't daarna „bergafwaarts” gaat en aan het beginsel van art. 1612 eene mindere draagwijdte wordt toegekend. Wij laten dit dus rusten en blijven ons bepalen tot de hierboven weergegeven redeneering van Mr. DULLEMOND omtrent de mogelijkheid van de bedoelde *analogische uitbreiding*. Die redeneering schijnt mij toe niet zonder bedenking en zonder gevaar te zijn. Men moge opkomen tegen den naam van *uitzondering* voor het beginsel van art. 1612 en voor de boven aangehaalde bepalingen omtrent de hypotheek-bedingen (eene uitzondering, welke als zoodanig van strikte uitlegging zou zijn), te loochenen is 't niet, dat wij in deze gevallen te doen hebben met eene door den wetgever bepaaldelijk gewilde afwijking van den in art. 1376 eerste lid gehuldigten regel, welke als een hoofdregel van ons burgerlijk recht moet worden beschouwd. Tot *andere* afwijkingen van dien regel zal alleen dan kunnen worden besloten, wanneer de wetgever ook daaromtrent uitdrukkelijk zijn wil heeft verklaard. Is die voorwaarde *niet* vervuld, dan kan niet gesproken worden van onzekerheid omtrent de bedoeling van den wetgever, eene onzekerheid die tot analogische toepassing van de meergenoemde afwijkende wetsartikelen zou kunnen leiden, noch van tegenstrijdigheid tusschen wetsvoorschriften, waaruit de rechter zich als 't ware zou moeten „redden”, noch van onvolledigheid van de wettelijke regeling, welke den rechter er toe zou moeten brengen om het „ongeschreven recht” toe te passen en zodoende tot de rechtsvorming mede te werken.

Ten slotte nog een woord over de belangrijke quaestie van de publiciteit. Bij de historische ontwikkeling van de Lex dicta zien wij telkens (o.a. bij VOET en bij GROENEWEGEN, blz. 132 infra) den eisch van de publiciteit gesteld; en schrijver zelf erkent volkomen (blz. 180), dat *zonder* publiciteit het door hem voorgestaan stelsel tot onbillijkheden leidt. Hij acht echter dit bezwaar niet overwegend, waar immers door den rechter reeds in deze leemte werd voorzien. De rechter vond vooreerst de wet zelve, bij de hypotheek-bedingen de inschrijving in de openbare registers uitdrukkelijk voorschrijvende. Voorts brengt de ratio van artikel 671 2de lid B. W. (met betrekking tot de overdracht van onroerend goed voorschrijvende de overschrijving van „al hetgeen die zaak betreft”, waaronder historisch moet worden verstaan: voorwaarden en daartoe betrekkelijke bepalingen of gemaakte overeenkomsten) mede om ook elders, waar verbintenissen werking tegen derden kunnen krijgen, op grond van het belang

van die derden de inschrijving toe te staan. Met dezen gedachtengang van schrijver kan ik mij vereenigen; allermint zou ik ten aanzien van dit punt de taak van den rechter om de bedoeling van de wet weër te geven en in dien zin de wet aan te vullen willen afwijzen. Slechts deze vraag zou kunnen worden gesteld, of niet schrijver dit punt nog iets meer had moeten uitwerken en van zijn standpunt nog duidelijker had moeten aantonen, dat feitelijk de publiciteits-eisch reeds thans zoo voldoende tot zijn recht komt, dat *hieraan* nimmer een bezwaar tegen het volgen van de door hem aanbevolen „nieuwe koers” kan worden ontleend.

Hiermede neem ik van het geschrift van Mr. DULLEMOND afscheid.

Mijn eindoordeel zou ik als volgt willen formuleeren:

Schrijver heeft de moeilijke en eenigszins weerbarstige stof met talent bearbeid en ons een werk geschonken, hetwelk een meer dan voorbijgaande beteekenis bezit. De door hem verkregen resultaten zijn uit een wetenschappelijk oogpunt belangrijk. Zijn betoogtrant is over 't algemeen voorzichtig; hij wikt en weegt en vervalt niet in eenzijdigheid van voorstelling of beschouwing. Maar . . . de stoute conclusie, waartoe hij komt en waarmede hij zijn werk besluit (1), is aan dien betoogtrant niet evenredig en wordt daardoor niet voldoende gerechtvaardigd. De „nieuwe” leer van den Hoogen Raad — allermint eene ingeving maar ontstaan na eene deugdelijke voorbereiding — is innerlijk sterk en is waard onze jurisprudentie te blijven leiden en beheerschen. Welk een eerbied men ook moge hebben voor de historische ontwikkeling van de rechtsinstituten in 't algemeen en het door Mr. DULLEMOND uitvoerig behandelde instituut van de *lex dicta* in 't bijzonder, onjuist is de grief, dat ons hoogste rechtscollege hier de ontwikkeling ontijdig zou hebben afgebroken. Is inderdaad art. 1354 het „hulpmiddel” (blz. 192 *infra*) geweest om het instituut van de *lex dicta* in ons positief recht te introduceeren, dan hangt alles af van het antwoord op *deze* vraag, of die keuze eene juiste dan wel eene onjuiste is geweest. En blijkt nu, zooals 't mij toeschijnt, dat die keuze onjuist was, m. a. w. dat de rechter *mistaste* toen hij meende voor ons recht in dat artikel het middel te hebben

---

(1) In overeenstemming daarmede luidt schrijver's eerste stelling: «Naar artikel 1354 B. W. gaan zoowel rechten als verplichtingen, ten aanzien van een onroerend goed gesloten, op den verkrijger onder bijzonderen titel van dat goed over».

gevonden om de wet aan de door hem (rechter) geconstateerde en gevoelde behoefte van het verkeer aan te passen, dan zal de ruime, door Mr. D. verdedigde, uitlegging van art. 1354 niet kunnen worden aanvaard.

Naar mijne bescheiden maar stellige meening staat dan ook de leer van ons hoogste rechtscollege stevig en krachtig overeind, ondanks den aanval, door den schrijver van het hier besproken zeer verdienstelijk proefschrift met onmiskenbaar talent daarop gedaan.

VAN GEUNS

*Amsterdam*, Augustus 1920



*De internationaalrechtelijke betrekkingen tusschen Nederland en Venezuela, 1816—1920.* Proefschrift ter verkrijging van den graad van doctor in de Staatswetenschap. — Leiden 1920, door Mr. K. H. Corporaal, juridisch ambtenaar bij het bureau van den Industrieelen Eigendom, tevens Plaatsvervangend Lid van den Octrooiraad.

In niet minder dan 562 bladzijden, waarachter nog in kleinere letter tal van bijlagen zijn afgedrukt, geeft de schrijver de geschiedenis van de internationale betrekkingen tusschen Nederland en Venezuela in de laatste honderd jaar. Die geschiedenis is belangrijk, want al heeft Venezuela voor den handel van het moederland weinig meer belang dan andere meer geconsolideerde Zuid-Amerikaansche republieken, de ligging van Curaçao dicht op de Venezolaansche kust, waartoe het eiland „de barre rots” evenals de andere bovenwindsche eilanden Aruba en Bonaire geographisch behoort, brengt hierin eene algeheele wijziging.

Curaçao met zijn prachtige haven, zijn vlijtige, zij het dan ook niet altijd scrupuleuze, bevolking is de transitohaven voor Noord-Westelijk Venezuela, dat slechts open reeden heeft of havens, die als Maracaibo slechts voor weinig diepgaande schepen toegankelijk zijn. Vandaar dat in Curaçao vooral in vroeger jaren veel werd overgeladen dat dan in kleinere vaartuigen, de bekende schoeners, naar de naburige republiek vervoerd werd. Een volkomen wettige handel, die echter toch de jalousie opwekte der handelaren aan den vasten wal, want men liet zich op het eiland zijne diensten betalen.

Naast dien wettigen handel bestond echter een smokkelhandel, waartegen men in Curaçao maar weinig gewetensbezwaren gevoelde, doch die een doorn in het oog was der Venezolaansche regeeringen, die, zoo zij al niet voor confiscatie terugdeinzen, toch aan „belastingen naar draagkracht” practisch weinig hebben en ter voorziening van den steeds bestaanden eb in de schatkist zich op de invoerrechten zien aangewezen.

Bedenkt men dan verder, dat Curaçao het toevluchtsoord is van hen, die om hunne politieke overtuiging uit Venezuela zijn gebannen of gevlucht en in tijden, dat een

dictator de „vrijheid” doet zegevieren, zijn dit velen; dat deze bannelingen dikwerf slechts op eene gelegenheid wachten om naar den vasten wal over te steken, om daar, zooal geen revolutie, dan toch een Putsch tot stand te brengen en dat de Curaçaosche inwoners — wat the upper ten betreft veelal van Joodsche origine — wat hen in Venezuela nu juist niet populair maakt, steeds bereid zijn die bannelingen met geld, zij het ook tegen hooge rente, in hun plannen te steunen, dan begrijpt men eenigzins de gezindheid van de Venezolaansche machthebbers ten onzen opzichte, want niet ten onrechte acht men Nederland voor de handelingen van het bestuur in Willemstad aansprakelijk.

Nu heeft het gevoel, dat men heden in een regeeringszetel gezeten morgen misschien naar Curaçao moet vluchten — van vele Venezolaansche regeeringen kan men met JOHN QUINCY ADAMS zeggen, dat „they are chinese shadows, they rise upon the stage and pass off like the images of Banquo's „descendants in Macbeth” — een zekere gematigdheid tengevolge. Hoe weinig sympathie men overigens voor hen moge hebben, zoo is het toch niet verstandig om op al te gespannen voet te geraken met lieden dien men morgen misschien gastvrijheid moet vragen, doch deze factor heeft weinig invloed, wanneer men te doen heeft met personen als de „Doorluchtige Amerikaan” GUZMAN-BLANCO of den van 1899—1908 aan de regeering geweest zijnden CIPRIANO CASTRO. Deze denken voor goed in den zadel te zitten en verliezen alle gematigheid. Nu is dit niet verstandig en CASTRO, die zich niet alleen ten opzichte van Nederland, maar ook jegens Frankrijk en Engeland onhebbelijk had gedragen, heeft dit aan den lijve moeten ondervinden. Toen hij in 1909 in Amerika terugkwam om de hem tengevolge van de door Nederland in het werk gestelde vlootdemonstratie ontvallen teugels van het bewind weder in handen te krijgen, gelastte de gouverneur van Martinique, waar hij uit Europa komende het eerst den voet aan wal zette, hem onmiddellijk het Fransche grondgebied te verlaten, terwijl Engeland zich haastte om hem te doen weten, dat hij ook op Trinidad niet zou worden geduld. Op Curaçao is hij niet gekomen — wel is zijn broeder uitgezet, maar het is mogelijk, omdat deze geen middelen van bestaan had — doch Mr. CORPORAAL meent, dat men van plan was het Fransche en Engelsche voorbeeld te volgen. Hij had het dan ook ten onzen opzichte te bar gemaakt.

Al deze omstandigheden hebben er toe medegewerkt, dat de verhoudingen van ons land met Venezuela slechts betrekkelijk zeldzaam „van den meest vriendschappelijken aard” waren. Dikwijls zijn er moeilijkheden gerezen, die gelukkig nimmer tot een oorlog hebben geleid — wanneer

er voldoende Nederlandsche oorlogschepen in de Caraïbische zee waren was de toon in Caracas veelal wat lager gestemd — maar die de verhoudingen gespannen maakten en zelfs meermalen tot afbreking der diplomatieke relatiën hebben geleid.

De indruk, dien men na lezing van het werk van Mr. CARDINAAL krijgt is, dat ettelijke grieven der Venezolaansche regeering niet ongegrond waren, dat menigmaal Curaçaosche ingezetenen revoluties en relletjes in de naburige republiek hebben helpen op touw zetten, althans hebben gefinancierd en dat het koloniale bestuur soms een niet behoorlijke lakschheid heeft getoond, die zich niet laat verdedigen. Maar daartegenover staat, dat het Venezolaansch bestuur dadelijk met represailles bij de hand is en als het ware van de gelegenheid om Curaçao te benadeelen steeds gaarne gebruik maakt. Zoo zijn dan ook de grieven die wij tegen Venezuela hebben gehad van veel meer gewicht dan die der wederpartij.

Dikwerf is men — en het is waarlijk niet alleen CASTRO die aldus handelde — ten opzichte van Curaçao en de Curaçaosche belangen in hooge mate ongepast opgetreden. En nu moge de bevolking van het eiland van ouds bekend zijn om haar kunst om een nietigheid tot een groote zaak op te blazen, de meermalen geconstateerde spontane uitingen van ontevredenheid zijn den eilanders toch niet al te zeer kwalijk te nemen, al is het ook tevens begrijpelijk, dat men zich daarvan op het Plein weinig aantrekt.

Een enkele maal wordt het echter ook de Nederlandsche regeering te machtig en komt men tot de overtuiging, dat het zóó langer niet gaan kan. Een voorbeeld is de bekende vloeddemonstratie in 1908, waarbij men een paar Venezolaansche kustwachters in beslag nam en die tot het verrassend resultaat voerde, dat toen men in Caracas van het in beslag nemen der Venezolaansche marine hoorde, het volk te hoop liep en de regeering van CIPRIANO CASTRO ineestortte. Dat daartoe de niet al te groote loyauteit van den toenmaligen vice-president, die zich haastte om de plaats van den dictator in te nemen, medewerkte, is voor Venezuela, waar men de politieke verwildering en ontrouw die men thans in Europa waarneemt reeds sedert jaren kan observeeren, niet iets bizonders.

Het bovenvermelde werk behandelt dus een interessant onderwerp en de wijze waarop dit geschiedt is verdienstelijk. Zeker, ofschoon eene juridische dissertatie is het veel meer een geschiedkundig dan een juridisch geschrift. Het volkenrecht wordt niet verwaarloosd, steeds bemerkt men, dat de schrijver de gebeurtenissen ook van hare juridische zijde beschouwt, maar de hoofdverdienste ligt toch in de vermel-

ding der feiten. Met groote moeite en zorg zijn die vergaderd en met liefde is het boek samengesteld, dat zich aangenaam laat lezen.

Interessant is vooral de geschiedenis van de jaren 1816 tot 1830. De schrijver kon over dat tijdvak inzage nemen van de archieven van de Departementen van Buitenlandsche Zaken en van Koloniën, zoodat ons, waar het handelingen der Nederlandsche regeering betreft, ook haar motieven bekend worden. Voor de gouverneurs van Curaçao was het ambt, dat in de XVIII<sup>de</sup> eeuw zoo dikwijls bijkans eene sinecure was geweest, niet gemakkelijk. De strijd van de Spaansche koloniën tegen het moederland was in vollen gang en SIMON BOLIVAR, de bevrijder, aan de winnende hand. Blijkbaar met het oog op de Heilige Alliantie was den gouverneur voorgeschreven Spanje ter wille te zijn en dit is dan ook geschied. Merkwaardig is het echter, dat toen de Spaansche zaak meer en meer verloren ging en men ook van deze zijde tot de kaapsvaart de toevlucht nam, de Spanjaarden ons de vroeger verleende welwillendheid met zwarten ondank hebben vergolden. L'histoire se repète. Ten slotte, maar te laat, besloot men de onafhankelijkheid van Columbia te erkennen en het is zelfs tot een handelsverdrag met die republiek gekomen juist even voordat Venezuela zich afscheidde, zoodat het nog moeite gekost heeft dit ook door deze nieuwe republiek erkend te zien.

Hoe nu dit tractaat tot stand gekomen is, welken invloed de toenmalige gezant te Londen FALCK en Koning WILLEM I zelf daarbij hebben gehad, dit alles wordt nauwkeurig en gedocumenteerd medegedeeld. Het is alles zeer wetenswaardig, al zal het bij iemand, die de toestanden hier te lande van 1815—1830 kent, geen verwondering opwekken. Waar men zich intusschen wel over verbaast is de traagheid waarmede men in het moederland inging op de verzoeken van den gouverneur KIKKERT, later van zijn opvolger CANTZ'LAAR om toch behoorlijk zeilende oorlogschepen uit te zenden. Ofschoon de ervaring leerde, dat wanneer de landvoogd slechts beschikken kon over vaartuigen, die òf als slechte zeilers òf als „verrot” op de werf liggende ternauwernood dienst konden doen, men met zijne wenschen ternauwernood rekening hield, doch dat, zoodra hij beschikte over schepen, die respect konden inboezemen, de houding èn der Spanjaarden èn der republikeinen veel verbeterde, het kostte moeite een schip uit het moederland te laten overkomen.

Na 1830 stonden de ministerieele archieven niet meer voor den auteur open. Dit zal hem zonder twijfel hebben gespeten, maar hij zal toch, geloof ik, erkennen, dat men moeilijk hem inzage kon verleen. Geen staat, die zich zelf respecteert, geeft inzage van zijn geheim archief over de

laatste dertig jaren — wat in wit-, blauw- of roodboeken wordt opgenomen is meestal reeds met het oog op eene toekomstige publicatie geredigeerd en behelst dus zelden mededeelingen van vertrouwelijken aard. Nu zijn sedert de „Doorluchtige Amerikaan” in de zeventiger jaren het ons moeilijk maakte vele jaren verstreken en zou het misschien op zich zelf niet bedenkelijk geweest zijn de archieven van Buitenlandsche Zaken en van Koloniën ook over die jaren voor den schrijver te openen, maar met Venezuela is uiterste voorzichtigheid geboden.

De lezing van het werk van mr. C. geeft den indruk, dat men te Caracas ten onzen opzichte ongeveer dezelfde gevoelens koestert als thans in Brussel. Er mogen tijden geweest zijn, dat de verhouding uitstekend scheen, een kleinigheid is in staat alles te bederven, een enkel ongunstig oordeel van een officieel persoon over een der vele lieden die onder het motto „ieder is vrij te denken zooals wij” in Venezuela hebben geheerscht zou, al is de man al lang ter ziele, een stroom van verontwaardiging kunnen doen ontstaan. Juist nu, waar men onderhandelt — en zijn de geruchten juist met succes onderhandeld heeft — over de wederaanknooping der sedert het zenden van zijn paspoort aan onzen Minister-Resident DE REUS afgebroken diplomatieke betrekkingen, is dubbele voorzichtigheid geboden. Het is waar, de verhoudingen zijn in de laatste jaren bevredigend, maar dit is, geloof ik, meer te danken aan het uitblijven van eene revolutie in Venezuela dan in eene veranderde gezindheid ten onzen opzichte.

In den grond van hun hart denken de machthebbers te Caracas over Curaçao zoo ongeveer hetzelfde als de Belgische regeeringspersonen over Maastricht. Gelukkig, dat de Curaçaosche bevolking van eene vereeniging met Venezuela niet wil weten, want wanneer de heer CHUMACEIRO zijn in 1879 gestelde vraag: „Is Curaçao te koop?” thans eens weder stelde, zoo zoude deze in de Tweede Kamer zeker niet met algemeene stemmen ontkennend worden beantwoord. Er zijn steeds lieden, die voor de eer van hun vaderland weinig gevoelen. Jammer genoeg is men op dit punt soms ook in regeeringskringen weinig gevoelig.

Dat men bijv. in 1900 H. M. „Zeeland” door pavoiseeren en een saluut van 21 schoten deel deed nemen aan de viering van den dertigjarigen gedenkdag van de inhuldiging van president GUZMAN BLANCO, was, na alles wat wij van dien „Doorluchtigen Amerikaan” hadden ondervonden, zeker niet waardig. En het heeft niet verhinderd, dat onze relatiën met CASTRO, die toen als president fungeerde, juist slechter zijn geworden dan met een zijner voorgangers.

Intusschen wat hiervan zijn moge, voor de geschiedenis na 1830 is het werk minder volledig dan voor die der eerste veertien jaren. Bewonderingswaardig is echter het talent en de ijver van den auteur geweest om uit gepubliceerde stukken en couranten nog zooveel te verzamelen en te verwerken. Voor zooverre ik als leek kan beoordeelen zijn dan ook de feiten die hij mededeelt volledig gerelateerd, slechts op de vraag waarom aldus gehandeld werd, blijft het antwoord menigmaal uit, speciaal waar het betreft de zienswijze onzer regeering, want de motieven der Venezolaansche dictators zijn meestal vrij duidelijk. Zoo blijft het een raadsel waarom de Nederlandsche regeering in 1870 gelastte om den toen als vluchteling aldaar vertoevenden GUZMAN BLANCO te verwijderen. De man deed niet anders dan wat vele vluchtelingen voor en na hem gedaan hadden, zonder dat men het hun lastig maakte. Noch de gouverneur van Curaçao MATTHIEU DE ROUVILLE noch de Koloniale Raad wenschten zijn verwijdering, maar de bevelen uit Den Haag waren peremptoir. Ofschoon hij ten slotte toch niet is uitgezet, maar bij nacht en ontijd naar den vasten wal is overgestoken, waar hij een revolutionaire beweging, die met succes bekroond werd, op touw zette, heeft BLANCO ons deze strengheid duchtig ingepeperd. En zoo zijn er meer vragen die men gaarne beantwoord zou zien, maar die de schrijver niet beantwoorden kan.

Schreef ik reeds, dat het werk van Mr. CARDINAAL voornamelijk een historische studie is, aan den bekenden eisch dien men den historicus stellen mag, dat hij onpartijdig is, heeft hij zeker voldaan. Van chauvinisme is hij vrij en waar hij meent, dat eene handeling der Nederlandsche regeering of van het Curaçaosch bestuur niet door den beugel kan, verzwijgt hij zijn oordeel niet. Ja, ik zou zelfs de vraag willen stellen: veroordeelt hij soms niet te spoedig. Speciaal geldt dit zijn oordeel over de Nederlandsche Zaakgelastigden ROLDANUS en VAN BRAKEL, die beiden nu niet juist in de beste verstandhouding met de Venezolaansche regeering waren, toen zij het land der vrijheid verlieten. Zoolang wij de correspondentie dezer Nederlandsche vertegenwoordigers met onze regeering niet ten volle kennen, is het vellen van een definitief oordeel over hun beleid m. i. niet wel mogelijk.

Gemakkelijker is dit in de zaak-DE REUS. Men zal zich nog herinneren dat in 1908 aan dezen Nederlandschen Minister-resident ongevraagd door CASTRO zijn paspoort werd toegezonden, zonder dat eerst, gelijk gebruikelijk is, wanneer een diplomatiek vertegenwoordiger persona ingrata is geworden, bij onze regeering diens terugroeping was gevraagd. De heer DE REUS had onvoorzichtig gehandeld, toen hij in een

brief aan de Vereeniging van oud-leerlingen der Openbare Handelsschool te Amsterdam „Hou en Trouw” een ongunstig oordeel over president CASTRO had gevelde. Hij had kunnen en moeten voorzien, dat dit schrijven zou worden gepubliceerd en aan CASTRO bekend zou worden. Dit neemt intusschen niet weg, dat de handelwijze der Venezolaansche regeering toch onbehoorlijk was, al hadden Frankrijk en België iets soortgelijks moeten ondervinden en al was een dergelijke praktijk te Caracas niet ongebruikelijk. Men mag zich afvragen of de Nederlandsche regeering, vóórdat zij tot de vlootdemonstratie overging, niet wat al te langmoedig is geweest. Sunt certi denique fines.

Ten opzichte van een staat als Venezuela is het steeds volgen eener juiste gedragslijn echter moeilijk. Er bestaat geen handelsverdrag, een uitleveringsverdrag is er niet, men profiteert te Caracas natuurlijk van de Monroeleer en vereert de Drago- en Calvoleer als afgoden, maar met het inacht nemen van eigen verplichtingen neemt men het niet nauw. En toch stelt men Nederland vele eischen, zal men deze in de toekomst ook weder stellen en wijst men dezerzijdsche pretentiën met een beroep op in een aureool gehuldigde principes van de hand.

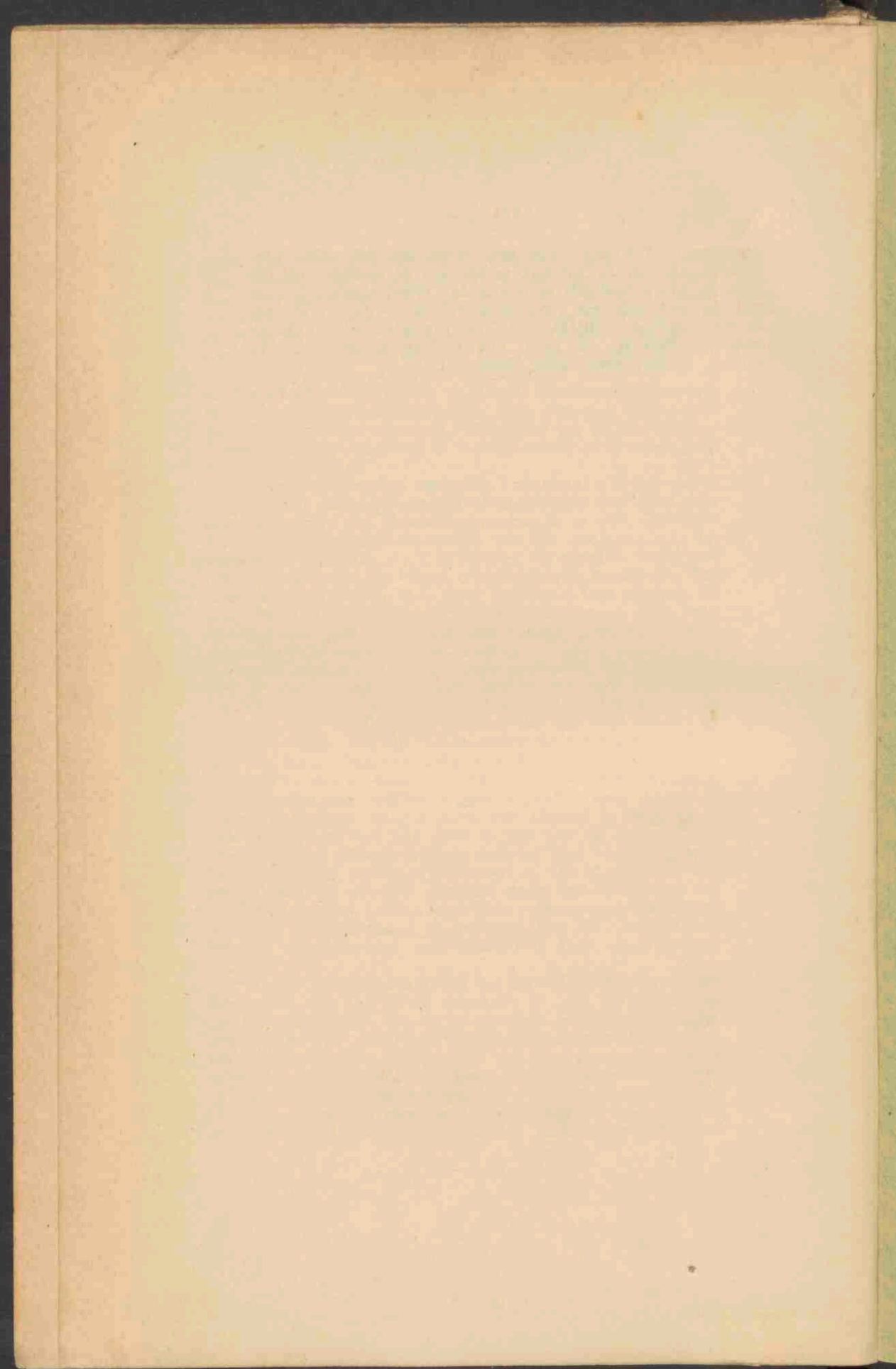
Terecht zegt Mr. CORPORAAL naar aanleiding van de Calvoleer — die zooals men weet ontkent het recht van diplomatieke bescherming te verleen aan de onderdanen in den vreemde, die vorderingen hebben op den staat waarin zij verblijf houden vóór zij alle middelen die 's lands wetten hun aan de hand doen om recht te krijgen vruchteloos hebben beproefd — dat op zich zelf juiste theoriën niet in toepassing gebracht kunnen worden tegenover staten waar de grondslagen ontbreken waarop zulk een theorie is opgebouwd. Wat men echter wel kan doen is, dat men de diplomatieke tusschenkomst alleen verleent, wanneer men van de gegrondheid der klacht volkomen overtuigd is. Dit is gemakkelijker gezegd dan in practijk gebracht, want lieden, die zich ten onrechte beklagen, hebben soms in de volksvertegenwoordiging machtige beschermers — in het werk van Mr. C. vindt men hiervan merkwaardige voorbeelden —, doch het blijft toch de beste weg.

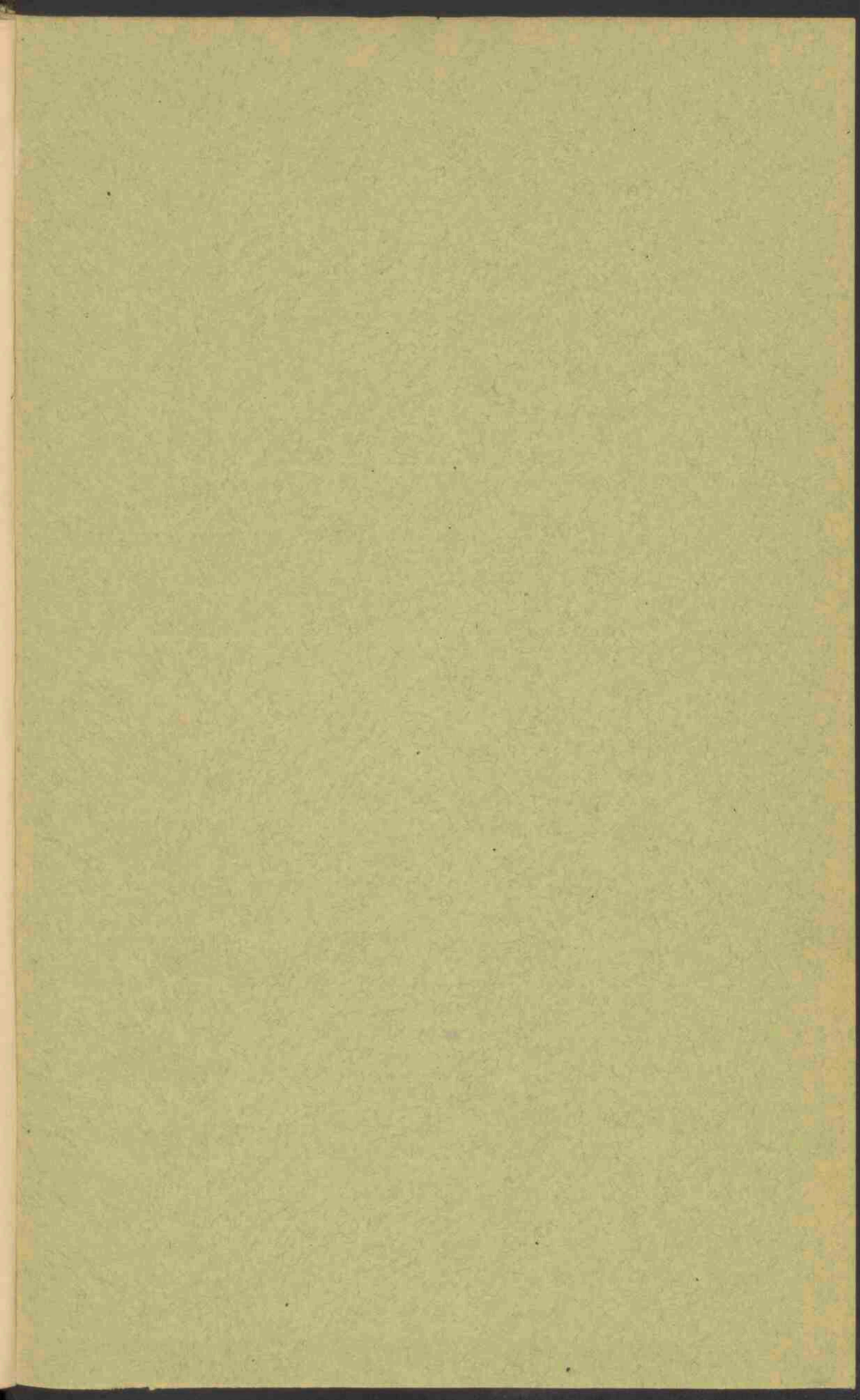
Wat den advocaten blijkens het formulier van art. 5 van Reglement III tot plicht gemaakt is „dat zij geene zaak „zullen verdedigen die zij in gemoede gelooven niet recht- „vaardig te zijn” geldt ook voor Staten in hunne betrekkingen met andere Staten. Nu wordt wel eens beweerd, dat er advocaten zijn, die het met dezen plicht zoo nauw niet nemen — dit zij in het midden gelaten — dat er Staten zijn die dien ten eenenmale verzuimen bewijst wat wij dagelijks zien gebeuren zonder dat de zoo geprezen Volkenbond daartegen

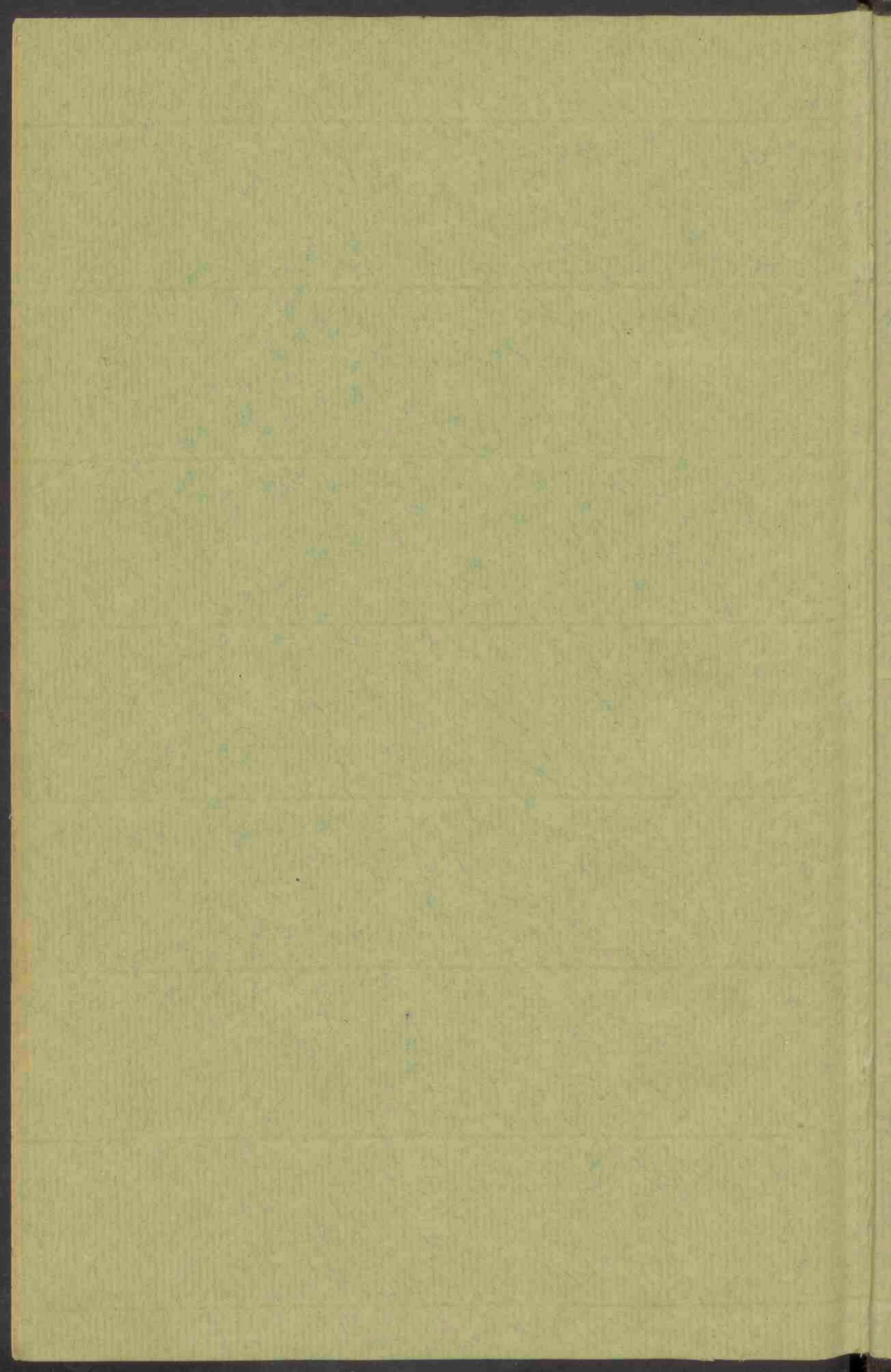
iets vermag. Dit mag echter geen reden zijn den plicht niet te erkennen en in practijk te brengen en wanneer wij dit doen — wat geheel iets anders is dan ongevoelig te zijn voor wat de nationale eer verbiedt te dulden — dan zullen wij in de toekomst wellicht toch moeilijkheden niet kunnen ontgaan, doch in elk geval ons kunnen troosten met de spreuk: tandem *bona causa triumphat*.

C. S.









F. H. DANNER  
BOEKBINDERIJ  
UTRECHT

