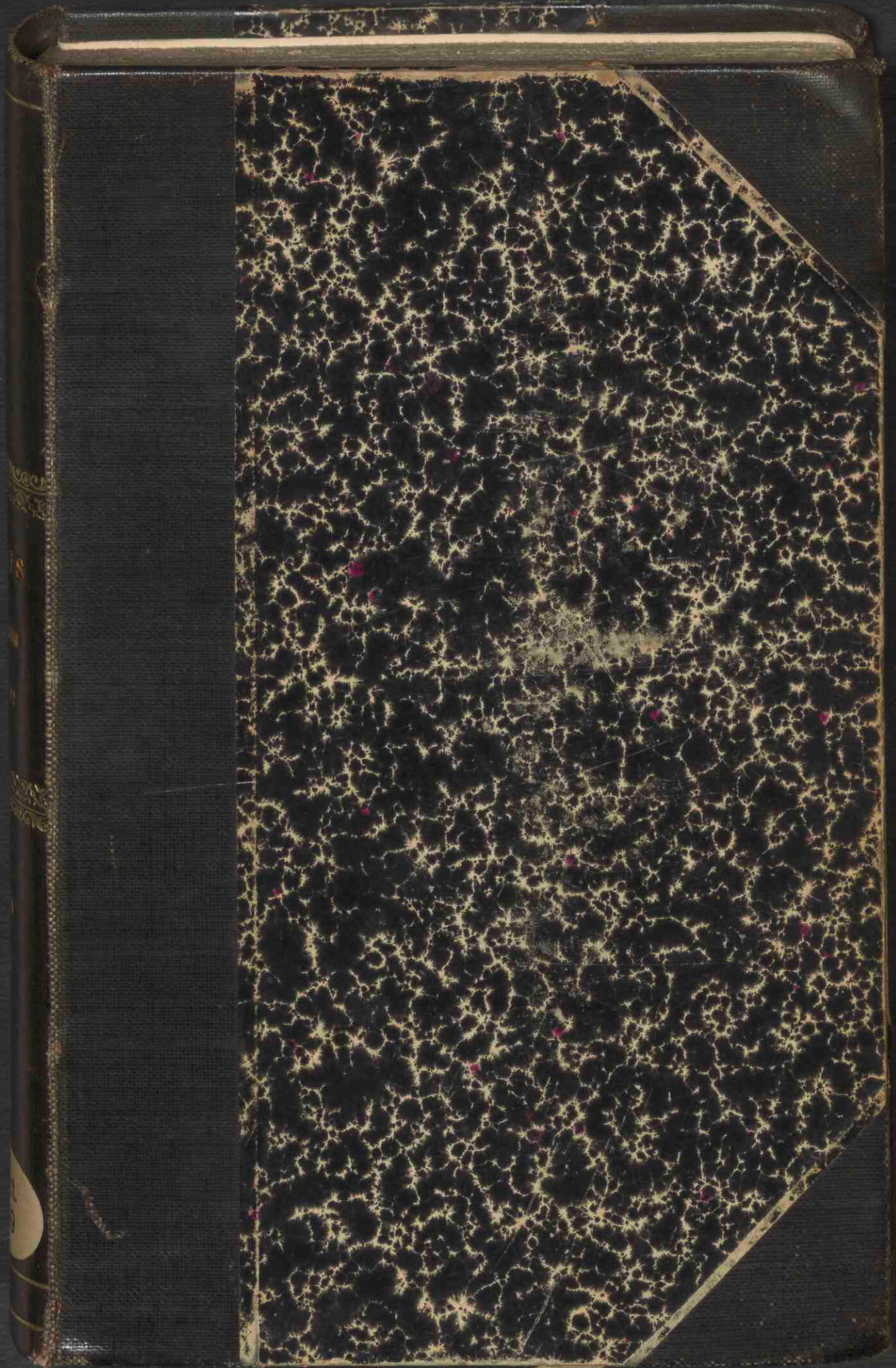


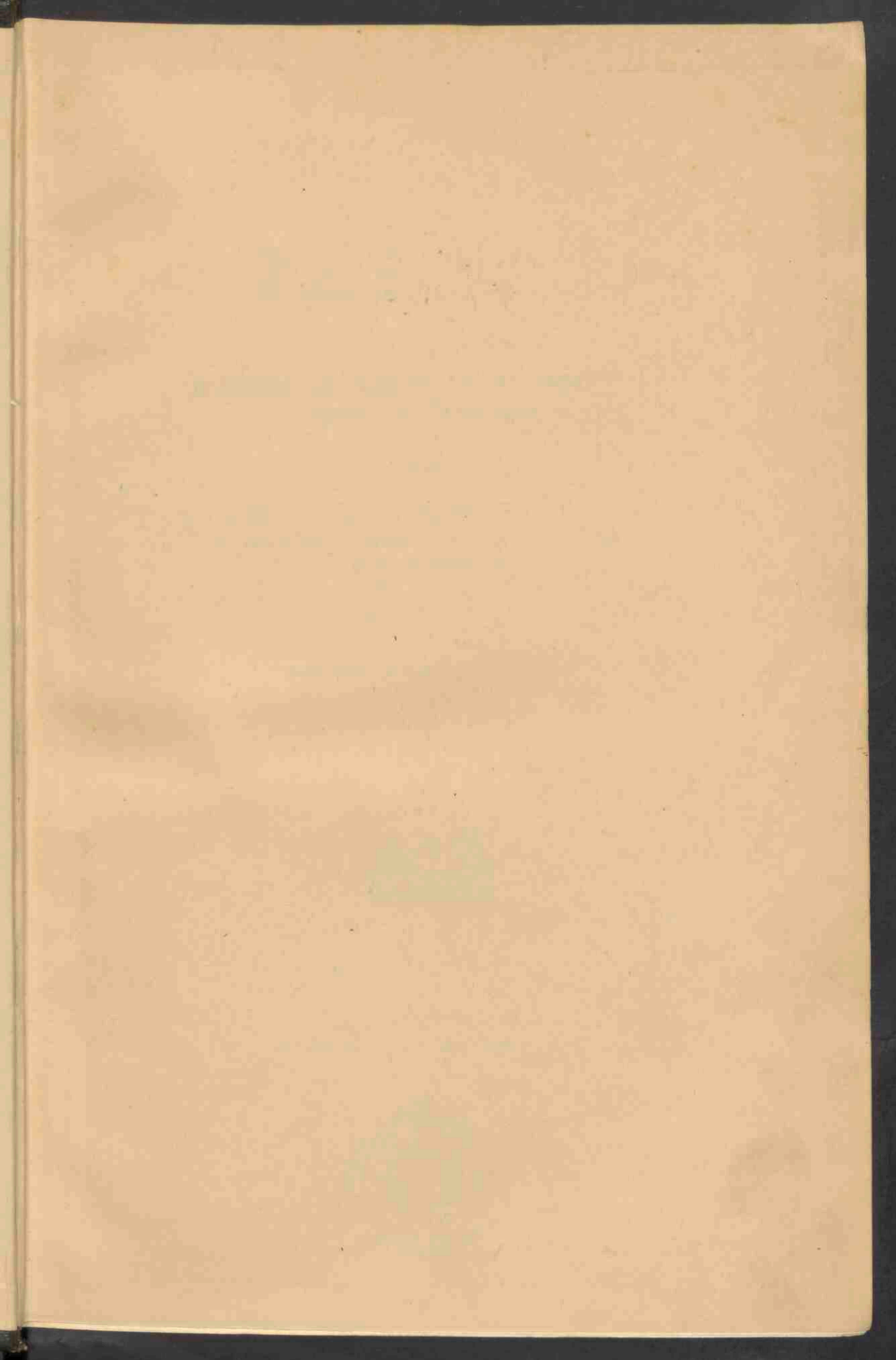


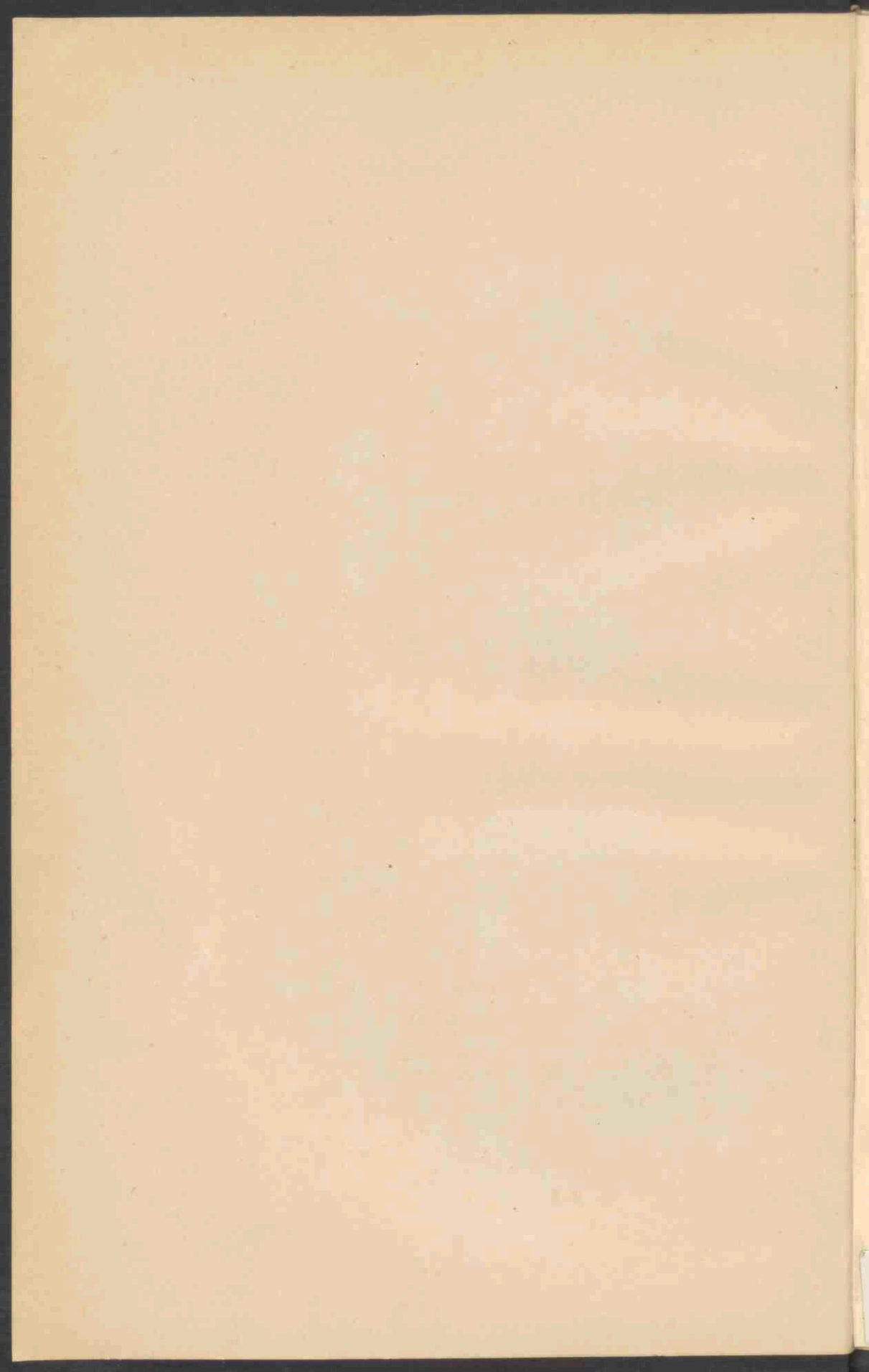
Themis : regtskundig tijdschrift : verzameling van bijdragen tot de kennis van het publiek- en privaatrecht.

<https://hdl.handle.net/1874/452330>



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





~~26 F~~
L. oct. 5007

THEMIS

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

ONDER REDACTIE VAN

Mrs. M. DE PINTO, L. DE HARTOG, A. R. ARNTZENIUS
H. ZILLESSEN, D. SIMONS, S. J. M. VAN GEUNS
en C. O. SEGERS.

VIJF-EN-ZEVENTIGSTE DEEL

1914



's-GRAVENHAGE
BOEKHANDEL vH. GEBR. BELINFANTE

1914



RIJKSUNIVERSITEIT UTRECHT



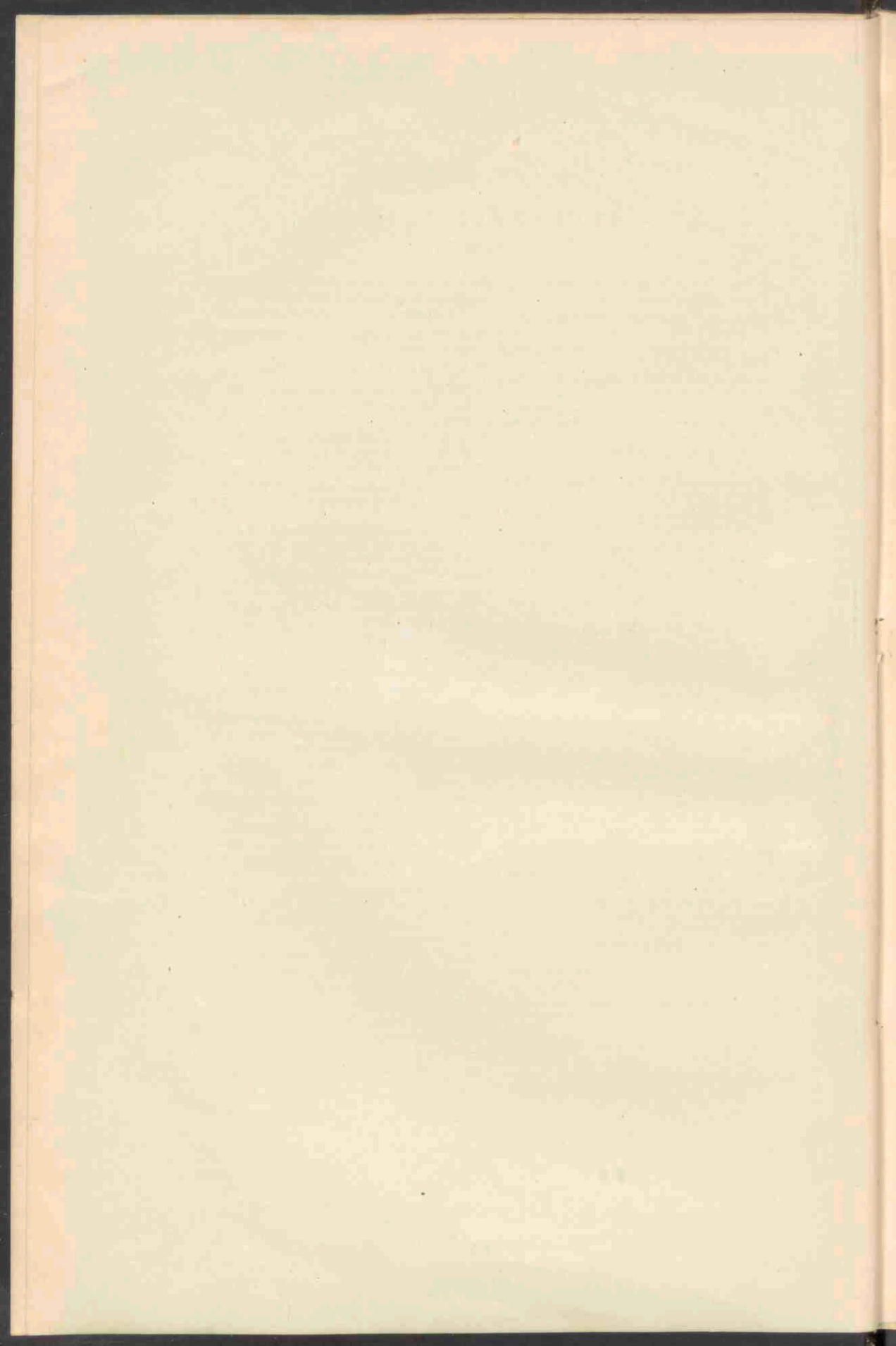
0341 2107


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



MEDEARBEIDERS

- Mr. S. J. L. VAN AALTEN Jr, advocaat en procureur, Rotterdam.
- Mr. J. Baron D'AULNIS DE BOURVILL, hoogleeraar, Utrecht.
- Mr. C. BAKE, secretaris van den Raad van State, 's-Gravenhage.
- Mr. JOH. J. BELINFANTE, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
- Mr. JAC. W. V. D. BIESEN, advocaat, lid van de Eerste Kamer der Staten-Generaal, te Breda.
- Mr. A. J. E. A. BIK, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
- Jhr. Mr. E. N. DE BRAUW, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
- Mr. J. B. BREUKELMAN, referendaris bij den Raad van State, 's-Gravenhage.
- Mr. G. BROUWER Jz., advocaat en procureur, Amsterdam.
- Mr. S. G. CANES, substituut-griffier bij de Arrondissements-Rechtbank te Zutphen.
- Mr. W. L. A. COLLARD, referendaris bij het Departement van Justitie, 's-Gravenhage.
- Mr. L. M. ROLLIN COUQUERQUE, oud-Gouvernements-Secretaris van Suriname, administrateur bij het Departement van Koloniën 's-Gravenhage.
- Jhr. Mr. W. TH. C. v. DOORN, advocaat, proc., lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 's-Gravenhage.
- Mr. A. P. TH. EYSELLE, oud-president van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Jhr. Mr. RH. FEITH, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Mr. R. A. FOCKEMA, president van het Gerechtshof, Leeuwarden.
- Mr. J. J. VAN GEUNS, oud-president van het Gerechtshof, 's-Gravenhage.
- Jhr. Mr. J. J. GOKRINGA, vice-president van het Gerechtshof, Arnhem.
- Mr. S. GRATAMA, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Mr. TH. HEEMSKERK, oud-Minister van Binnenlandsche Zaken, lid van den Raad van State, 's-Gravenhage.
- Mr. C. J. HEEMSKERK, advocaat en procureur, Hilversum.
- Mr. H. VAN DER HOEVEN, oud-hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Leiden.
- Mr. J. F. HOUWING, oud-hoogleeraar aan de Gemeentelijke Universiteit te Amsterdam, te Doorn.
- Mr. ED. JACOBSON, advocaat en procureur, Rotterdam.
- Mr. D. JOSEPHUS JITTA, oud-hoogleeraar, lid van den Raad van State, te 's-Gravenhage.
- Mr. W. J. KARSTEN, oud-lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Mr. PH. KLEINJES, hoogleeraar, Groningen.
- Mr. J. VAN KUYK, advocaat en procureur, te 's-Gravenhage.
- Mr. J. A. LEVY, advocaat, Amsterdam.
- Mr. P. W. A. CORT VAN DER LINDEN, Minister van Binnenlandsche Zaken, 's-Gravenhage.
- Mr. J. A. LOEFF, oud-Minister van Justitie, lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 's-Gravenhage.
- Mr. J. DE LOUWER, buitengewoon-hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Utrecht, Hilversum.
- Jhr. Mr. A. J. RETHAAN MACARÉ, oud-advocaat-generaal bij den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Mr. J. C. NABER, hoogleeraar, Utrecht.
- Mr. A. P. L. NELISSEN, oud-Minister van Justitie, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Mr. J. DOMELA NIEUWENHUIS, oud-hoogleeraar, 's-Gravenhage.
- Mr. B. J. POLENAAR, advocaat, Amsterdam.
- Mr. P. POLVLIET, lid van het Gerechtshof, 's-Gravenhage.
- Mr. E. E. VAN RAALTE, oud-Minister van Justitie, lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 's-Gravenhage.
- Mr. J. ROMBACH, oud-wethouder, Rotterdam.
- Mr. F. N. SICKENGA, Dordrecht.
- Mr. G. VAN SLOOTEN Az., lid van de Arrond-Rechtbank, Rotterdam.
- Mr. F. W. J. G. SNIJDER VAN WISSEKERKE, president van den Octrooiraad en directeur van het Bureau voor den industrielen eigendom, 's-Gravenhage.
- Mr. J. M. VAN STIPRIAAN LUISCIUS, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
- Mr. A. J. COHEN STUART, civ.-ing., advocaat en procureur, Amsterdam.
- Mr. F. H. J. TAVENRAAT, oud-griffier der Staten van Zuid-Holland, 's-Gravenhage.
- Mr. W. THORBECKE, lands-advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
- Mr. M. W. F. TREUB, Minister van Financiën, te 's-Gravenhage.
- Mr. H. Vos, advocaat, Leiden.
- Mr. G. WITTEWAALL, lid van het Gerechtshof Arnhem.



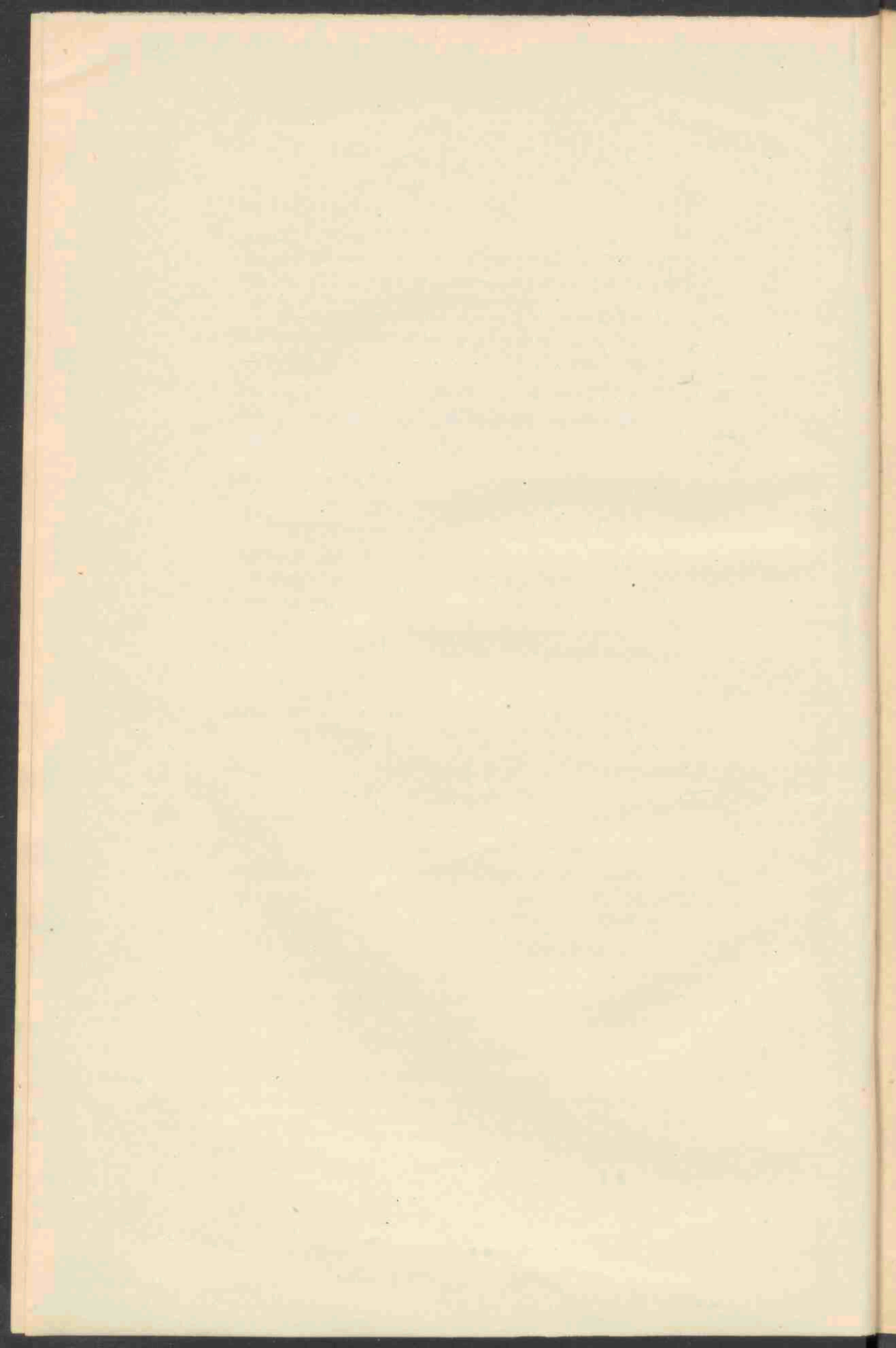
INHOUD.

	Bladz.
Mr. FOCCO BERNARDUS CONINCK LIEFSTING 6 Oct. 1827— 17 Nov. 1913, door Mr. A. P. TH. EYSSELL, oud-president van den Hoogen Raad der Nederlanden, te 's-Grovenhage . . .	1
<i>Eene boekbeoordeeling, tevens pleidooi voor rechtszekerheid,</i> beoordeeld door Mr. A. P. TH. EYSSELL, oud-president van den Hoogen Raad der Nederlanden, te 's-Gravenhage . . .	4
<i>De Rechtsmacht van de Kroon en het adviseerend rechterschap van de Afdeling voor de geschillen van bestuur van den Raad van State, naar aanleiding van de administratieve jurisprudentie over 1912, door Mr. C. W. DE VRIES, com- mies van Staat, te 's-Gravenhage</i>	31
<i>Aanteekeningen op de artt. 105 en 106 R. O., door Mr. D. SIMONS, hoogleeraar te Utrecht.</i>	62
<i>Het Ontwerp van Wet regeltende het Burgerlijk Proces in eersten aanleg, samengesteld door de Commissie benoemd krachtens besluit der algemeene vergadering van de Neder- landsche Juristen-Vereeniging, door Mr. D. S. VAN EMDEN, oud-advocaat te 's-Gravenhage</i>	95
<i>Het iudicium legitimum in de Romeinsche wetgeving van 86—63 v. Chr., door Mr. J. M. NAP, Referendaris bij den Raad van State, te 's-Gravenhage</i>	149
<i>Aanhouding van koopvaardij-schepen ingevolge de schepenwet, door Mr. B. DE GAAY FORTMAN, lid van het Hof van Justitie in de kolonie Curaçao, oud-secretaris en rechtskundig ad- viseur van de Vereeniging van Nederlandsche gezagvoerders en stuurlieden ter koopvaardij</i>	187
<i>De Politiebewaring, door Mr. Dr. S. J. M. VAN GEUNS, ad- vocaat-generaal bij het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch . . .</i>	205

<i>Aansprakelijkheid buiten schuld bij contractueele verhoudingen</i> , (Bijlage A zie <i>Themis</i> deel LXXIV, 408) door Mr. J. A. LEVY, Advocaat te Amsterdam	247
<i>De Duitse Richtertag te Berlijn in 1913</i> , door Mr. R. A. FOCKEMA, President van het Gerechtshof te Leeuwarden	323
<i>Wetsontwerp tot wijziging van art. 276 B. W.</i> , door denzelfden.	355
<i>De rechtspositie der Elevator-Ondernemingen</i> , door Mr. A. J. MARX, Advocaat en Procureur te Rotterdam	362
<i>De wisselconventie en haar invloed op onze wetgeving</i> , door Mr. Dr. M. J. VAN DER FLIER, Advocaat-Procureur te 's-Gravenhage	387
<i>Het bewijs van op zich zelf erkende feiten in verband met de onsplitsbare bekenenis</i> , door Mr. T. BINNERTS, Advocaat te Leeuwarden	441
<i>Provinciale Wetgeving in de jaren 1814-1848</i> , door Mr. F. G. SCHALKWIJK, Hoofdcommies ter Provinciale Griffie van Noordholland te Haarlem	481
<i>De Handelshoogeschool</i> , door Mr. G. VAN SLOOTEN AZN, lid van de Arrondissements-Rechtbank, te Rotterdam	542
<i>Opmerkingen omtrent de beteekenis der spreuk «le mort saisit le vif» in het Nederlandsch recht</i> door Mr. C. O. SEGERS, raadsheer in den Hoogen Raad der Nederlanden, te 's-Gravenhage	563
<i>Aanteekeningen bij het Rapport van de commissie uit de balies over het ontwerp-straiverordening</i> , door Mr. Dr. S. J. M. VAN GEUNS, advocaat-generaal bij het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch	603
<i>De verhouding tusschen het Ministerie van Justitie en de rechterlijke macht in Duitschland ten aanzien van justitieele wetgeving</i> , door Mr. R. A. FOCKEMA, president van het Gerechtshof te Leeuwarden	630
<i>Nieuwe wijn in oude lederen zakken. — De verhouding tusschen gerechtigden en verplichten bij papieren van waarde.</i> Academisch Proefschrift van A. J. VAN HENGEL, Leiden,	

Bladz.

S. C. VAN DOESBURGH, 1911; — besproken door Mr. G. WTEWAALL, lid van het Gerechtshof te Arnhem	194
<i>Bij van Hamel's Verspreide Opstellen</i> , besproken door Mr. Dr. S. J. M. VAN GEUNS, advocaat-generaal bij het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch	225
MR. CORNELIA M. BEAUJON. <i>Die Mstarbeit der Frau bei der Polizei</i> , Haag 1912; — aangekondigd door denzelfden . . .	624
<i>De statistiek van het gevangeniswezen over het jaar 1911</i> . . .	235
» » » » . . . » » » » 1912 . . .	634
Leuvensch Boekenfonds	642



THEMIS

LXXVste deel — EERSTE STUK

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

Eene boekbeoordeeling, tevens pleidooi voor regtszekerheid. (1)

Mr. J. KOSTERS, hoogleeraar te Groningen: de plaats van gewoonte en volksovertuiging in het privaatrecht (Gron. 1912), beoordeeld door

Mr. A. P. TH. EYSSELL,
Oud-president van den H. R.

't Is welhaast veertig jaren geleden dat een letterkundige kring alhier vergast werd op eene voordragt „de cirkelgang der menschheid”, uitgesproken door eenen man van groote kennis en tintelenden geest: eenen Indischen oud-advokaat, sinds afgevaardigde ter Tweede Kamer en lid van den Raad van State, op wiens vriendschap ik bogen mogt.

Hadde HERMAN DES AMORIE VAN DER HOEVEN de verschijning beleefd van het boekje des Groninger hoog-

(1) Sinds ik de pleidooi opstelde, eene «zekerheid» nog véél meer in het gedrang dan toen. Want onder de revisie daarvan lees ik het verslag van de rede, gister 21 Nov. 1913 voor een Haagsch gehoor gehouden door den Leidschen Hoogleeraar KRABBE, en vraag mij af of in dergelijke gedachtengang het eigenlijk niet om volkomen regtsonzekerheid gaat.

leeraars, dat ik thans in *Themis* op verzoek der redactie ga aankondigen, dan zou hij stellig met zijn ondeugendste gezigt mij hebben toegevoegd: „daar ziet ge toch weer wat *cirkelganger* het menschdom is”. Want met zijn even helder als degelijk, in hoogst aangenamen toon geschreven, de belangstelling der huidige juristen overwaardige opstel wil prof. KOSTERS op niets minder uit dan afschaffing van onze artt. 3 en 5 A. B. Door het eerste niet meer gestuit, moet elke (algemeene) gewoonte voortaan weder regtsvormend werken, ja méér dan „voortaan”, daar wetsregels *desuetudine* tot wijken gebragt moeten kunnen worden; die regtsvorming zal niet bloot suppleerend, maar, als negatieve gewoonte, ook *abrogeerend*, in strijd met art. 5, moeten wezen. Geschreven regt dat zal moeten wijken voor den onbeschreven, mits maar welbewezen gewoonte; geschreven regt dat geen norm meer zal zijn, zoodra maar wordt aangetoond dat in het verkeer zijn regel niet meer wordt nageleefd — hoe verre afstand, naar de denkbeelden véél verdere dan de tweehonderd jaren levens, die den Groninger professor scheidten van zijnen Wittenberger collega, ligt wel tusschen Mr. KOSTERS en den beroemden Pandectist LEYSER, die (*Meditationes I spec. 9 med. 1*) vijf redenen tegelijk gaf om het *geschreven* regt voor te trekken. Immers 1o. is de gewoonte erg onzeker en vaag, want de Staat is zamengesteld uit provinciën en steden waardoor het *regt* der gewoonte verschilt van plaats tot plaats; 2o. daardoor tobt de regter dagelijks met het *bewijs* der gewoonte; 3o. ook is deze als regtsbron te *eng* (juist het tegendeel wat hetgeen Mr. K. aanvoert), en onbekwaam om elk levensverschijnsel te normeeren; 5o. men ziet dan ook dat geen staat *het stellen kan zonder wetten* op schrift, zal hij rigtig bestuurd worden. LEYSER's vierden grond ga ik echter niet vertalen omdat daaronder de merk-

waardigheid der opvatting zou lijden, en geef hier zijn Latijn: *leges scriptae, si quidem a justo Legislatore profiscantur, semper bonae et aequae sunt, cum e contrario multae consuetudines non ratione introducuntur sed errore obtinentur*. Ik herzeg: wat *cirkelgang der menscheid* sedert den gezaghebbenden professor, die aldus schreef tijdens de gewoonte een véél grooter gebied bestreek, tot den datum der pleidooi van KOSTERS — terwijl toch halverwege tusschen het optreden van deze beide hoogstaanden het tijdperk valt, waarin op het vasteland van Europa uitsluitend of bijna uitsluitend eene codificatie gold als de bron van gezonde regtsvorming, en terwijl [hierover beneden] sinds LEYSER's dagen het getob met regtdoen naar gewoonte stellig niet is verminderd. Voorwaar opvallend!

Doch beleven we sinds 25, 50, 75 jaren niet allerlei verschijnselen van „cirkelgang”? Zeventig of vijf en zestig jaar geleden gold nog haast overal elke stap naar den vrijhandel als een zegen, elke schrede naar protectie als o zoo verkeerd, en thans? Haal toch zoo weinig mogelijk (aldus klonk het gelijktijdig tot den wetgever) belasting uit de zakken der burgers; wat ge hun afhaalt is feitelijk oneindig méér dan hetgeen gij met uwe plumpe handen maakt van die guldens: en tegenwoordig? Afgezien nog van de protectionistische lasten, wordt met de directe heffingen (wel te verstaan van *anderen* dan den hoogvereerden Werkman) omgesprongen, als schiepen die den pligtige eene bron van zegen en zaligheid. Autonomie voor individuen, gemeenten enz.? particulier initiatief? *eigen* kracht de ware hefboom om er te komen? Negentiend' eeuwsche opvattingen die in de twintigste haren tijd voor goed hebben gehad: het eenmaal beroemde woord van THORBECKE's Narede *vieux jeu*. Neen thans wij: voogdij van alle gading, centralisatie, ambte-

naarderij, dwang, als kweekster van de *ware* vrijheid in de *georganiseerde* gemeenschap, bevoegdheid des regters om wetten en individueele aanspraken te buigen naar zijn sociale inzicht veeleer dan regtszekerheid: dáárvan moeten we — zie mijn Nabetrachting en laatstelijk het in W. 9541 besproken opstel DRUCKER — het hebben totdat over een zeker aantal deceniën de tegenval met al dit fraais een nieuwen cirkelgang naar de oude opvattingen teweegbrengt. (1)

Themis echter is mij haren misschien wel oudsten medewerker komen vragen beschouwingen niet omtrent de filosofie des levens, maar omtrent de innerlijke waarde des verlangens van den veel jongeren prof. KOSTERS naar afschaffing — cirkelgangerig of niet — van de artt. 3 en 5 A. B. (2) Deze beschouwingen zullen vormen

(1) In een besloten kring van grootendeels leeken op dit gebied (het Pr. Utr. Genootschap) gaf in den zomer van 1912 prof. SIMONS kostelijke opmerkingen omtrent die cirkelangerij en hare oorzaken op justitieel gebied. Hoe wenschelijk om de klaarheid daarvan, dat de afzonderlijke uitgaaf, zoeven door mij ontvangen, beschikbaar wierd gesteld voor het groote publiek!

(2) Te oordeelen naar het uittreksel W. 9536 uit prof. ANEMA's rectorale rede van 20 Oct. 1913 over *de bronnen van het privaatrecht*, vindt KOSTERS' verlangen naar afschaffing steun bij dezen «Vrijen» collega. Het zou mij te ver voeren in te gaan op 's redenaars onderscheidingen van volksregt en het in wetten beschreven overheidsregt dat, als goeddeels inkleeding van volksregt, voor de zich hierin openbarende wisselingen zal behooren te wijken. Volgens hem staat *boven* beide, als breidel van wat hetzij individus hetzij eene onvindbare en ongrijpbare collectiviteit als «regt» erkend willen hebben, als zoodanig de in den Bijbel geopenbaarde Gerechtigheid Gods. Doch de vaststelling van hetgeen daarin werkelijk geopenbaard is, staat deze *buiten* den invloed van de twee zoeven genoemde magten? dan wel is èn voor individus èn voor collectiviteiten (grijpbaar of ongrijpbaar) niet nog altijd waar, dat elke ketter zijn Bijbelletter bij de hand heeft, ten spijt zelfs van de Amsterdamsche «vrijheid»? Ook prof. ANEMA's Deus ex machina zal dan de bezwaren tegen het voorstel KOSTERS niet kunnen opruimen.

de motiveering, waarom ik in dat verlangen niet kan deelen, waarom ten slotte de niet geringe overredingskracht, aan schrijvers gedocumenteerde betoog eigen, geen vat op mij heeft gehad en waarom ik hoop dat het ook op onzen wetgever geen vat krijgen zal.

Laat ik beginnen met te zeggen dat ik, door de begeerte des hooggeachten schrijvers aan te duiden als boven, den lezer geen volmaakt zuiver beeld van het hoofddoel zijner studie voor oogen heb gesteld: immers wordt blz. 133 als zoodanig aangewezen „op de onvolmaakte van onze tegenwoordige wettelijke regeling „betreffende de rechtsbronnen voor privaatrechtelijke toestanden het licht te doen vallen en de rigting aan te „geven, die te volgen ware om tot verbetering te „raken”. Doch hij openbaart deze rigting door het afschaffen der beide wetsartikelen aan de orde te stellen. De tegenwoordige wettelijke regeling, zegt hij, is goeddeels vervat in den dubbelen regel dat alleen wanneer de wet verwijst op de gewoonte, deze rechtsbron kan zijn (3 A. B.) en dat, zoo bron van recht eene uitspraak des wetgevers is, zoodanige wet alleen (5 A. B.) geheel of gedeeltelijk door eene latere wetsuitspraak kan ophouden rechtsbron te wezen: noch ongebruik noch contrair gebruik vermogen aan eenige wet iets van hare betekenis als rechtsbron te kort te doen. *Kosters*, beide bepalingen willende doen vervallen, wil dus opgeruimd hebben twee beperkingen van het geldingsgebied der gewoonte: doch wil dat zeggen dat hij de gewoonte beschouwt als de rechtsbron *zelve*, alléén of in verband met andere elementen? Geenszins m. i.: voor hem is „gewoonte” slechts de openbaring, de getuigenis van wat als recht wordt voortgebracht door de *volksvertuiging*, en in *deze* hebben wij de wezenlijke bron en van het recht te zien.

Het zij zoo: maar dan komt alles aan op het *secuur* vaststellen van eene *wezenlijke* volksovertuiging.

Eene *wezenlijke* volksovertuiging, uit de gemoedsdiepte opwellend; om in de taal van den wijnbouw te spreken geen kunst- maar natuurwijn. Valt het ligt, te onderkennen of het natuurwijn is, die voorgediend wordt, dan wel kunstproduct? 't Is uit ondergrondse van zon verstoken ruimten en uit geheimzinnige diepten, dat de beweerde „volksovertuigingen” moeten te voorschijn komen: blijkt wel van dááruit de ons voorgelegde waar herkomstig? Het fabricceeren van *kunstwijn* op dit gebied heb ik al meer dan zestig jaren, sinds het tweede Keizerrijk en de Aprilbeweging, beleefd, en steeds voorspoediger heb ik dat te werk zien gaan; in onzen tijd van steeds meer couranten, volksmeetings, bedenken van pakkende leuzen: reclamekunst is voor een clubje handige menschen het aan den dag brengen van „volksovertuiging” naar gebleken behoefte niet bijster moeilijk. Verlangt men voorbeelden? Denkt dan maar eens de openbaringen van den volkszin in Napoleontisch-plebiscitair vorm — proclamatie tweede Keizerrijk, aanhechting van Savoye, unificatie van Italië enz.: hoe *fabriekmatig* waren die! Heb ik niet in 1867, toen Napoleon de medewerking van onzen koning tot de aanhechting van Luxemburg had verkregen, de installatie bijgewoond van de fabriek die, zoo Bismarck het zaakje liet doorgaan, zou zorgen voor de levering van de noodige hoeveelheid „volkszin”. Die plebiscietentijd leverde ook soms kostelijke voorbeelden van twijfel, hoe de volksopenbaring wel *te verstaan* was, b.v. in het voorjaar van 1870, toen voor velen het plebisciet was een volksdrang naar afrekenen met Bismarck en voor vele anderen bloote sanctie van het Empire libéral? *Hoe te verstaan*, die openbaring, is ook op niet-politiek gebied alligt de vraag. Bijvoorbeeld in

de gevallen van opzienbarende juryregtspraak over crimes passionnels, die voor de nuchterheid van menschen als ik bloote uiting is van eenige spoorbijster geprate medeburgers, en zelfs eenmaal (*Echo de Paris* 6 Aug. 1912) door den buitengewonen virtuooos in dat spoorbijsterpraten LACHAUD werden gedoopt *décisions insensées et contraires à toute logique*, terwijl diezelfde jury-*onzin* voor anderen is de uiting der „volksziel” getuigende van de subtiliteit harer aanraking met het schuldvraagstuk (1). En hier voel ik mij gedrongen tot spreken van eene hoogstaangrijpende amptservaring uit de negentiger jaren, toen ik als revisieregter in de welbekende Hogerhuiszaak een viertal weken lang haast onafgebroken heb moeten vorschén naar de waarheid en, mogt onwaarheid blijken, naar den *oorsprong* daarvan. *Beslist onwaar* bleek mij toen, als zeer stellige uitkomst van dat vorschén, het beweren van dwaling bij de Leeuwarder magistratuur, die in twee instantiën eenparig (2) de drie gebroeders schuldig aan het hun telastgelegde had bevonden. Toch had zich toenmaals hier te lande in allerlei kringen de meening van het tegendeel zóó verbreid, dat hieromtrent haast eene volksovertuiging scheen te zijn ontstaan en daardoor de revisiewet van 14 Julij 1899 (*Stbl.* n°. 159) tot eene (om andere reden m. i. *gelukkige*) noodzakelijkheid was gemaakt. Desniettemin bleek afdoende (aan hoevelen buiten mij mag ik niet zeggen) dat slechts een *schijn* van zoodanige overtuiging was gewekt: dat men te doen had met *kunstwijn* uit socialistische kringen, uiterst talentvol vervaardigd en in consumtie gebragt,

(1) Vergelijk wat ik, in gansch ander verband, over dit feit opmerkte in *Themis* 1911, blz. 33.

(2) Gelijk officieel werelkundig is gemaakt door het hof en mij ook van elders gebleken is.

met de bestemming om, door middel van een flinken knauw aan het vertrouwen des volks op zijne regterlijke magt, onze bourgeois-maatschappij te ontwrichten. En omdat bloote kunstwijn aan den man was gebragt, is na 's Hoogen Raads arrest het *uit* geweest, naar buiten en naar binnen, met de Hogerhuis-beweging; maar den *schijn* eener volksovertuiging (1) heeft zij ons doen beleven.

Allereerste bevinding alzoo: het doordringen tot de (wezenlijke) volksovertuiging, die naar KOSTERS de eigenlijke regtsbron uitmaakt, is *uitermate* moeilijk.

Gaan we thans met onzen schrijver eene schrede verder. Wij zien hem (b.v. blz. 127/8) voor die overtuiging slechts dan regtscheppende magt opeischen, wanneer zij zich krachtig en ondubbelzinnig naar buiten uit door zich in *gewoonten* te openbaren. Dit acht ik aldáár ondubbelzinnig gezegd en bedoeld te zijn. Ditzelfde durf ik echter niet zeggen van den ganschen passus. Eensdeels heet het daar dat gewoonten de wet kunnen *ontwikkelen en aanvullen*, het echter ongeraden is haar *verderen* invloed toe te kennen. Alzoo geen *derogeerenden* invloed? Maar schrijvers vlak voorafgaande woorden impliceeren, en op menige andere plaats (b.v. blz. 119, 120, 126) zegt hij zulks uitdrukkelijk, dat welgestaafde gewoonten vermogen de wet op zijde te zetten en door de wet zelve haar magt om de bestaande wet *af te schaffen en te*

(1) Heel wat *echter* was die in Frankrijk met de Dreyfusaak. Eene ernstige vergelijkende studie over de twee «affaires» ware hoogst belangwekkend. In de dagen van beide was ik ginds en verkeerde met allerlei kringen, ook met militairen: zelfs heb ik er de voldoening gehad van, met behulp juist van die vergelijking, eenen wild-anti-Dreyfusiaanschen hoofdofficier te brengen tot den onbevangen kijk, die elken serieusen beoordeelaar van zulke regtszaken past.

wijzigen behoort te worden erkend, bovenal zoo die zich openbaart in de *regtspraak*. Waarmede wij belanden bij de vraag, welbekend uit Engeland, naar de regtsmagt van het „precedent”. Zal dit in KOSTERS' stelsel *bindend* zijn? Naar de even aangehaalde plaats zeker *niet*, want dáár wil hij een gewijsde slechts als zeer krachtige openbaring der gewoonte laten gelden. Zou, vraag ik bovendien, het ook niet onzinnig wezen om aan een gewijsde, welk ook, eene *volstrekt* bindende kracht toe te kennen? Indien de diepste grond der regtskracht van eene gewoonte ligt in bevonden volksovertuiging, dan *kan* hetgeen regter A verklaart daaromtrent te hebben waargenomen niet verbindend zijn voor regter B, die naar *eigen* overtuiging regt moet spreken en, meent hij wat anders te hebben aangetroffen, deze zijne bevinding niet ondergeschikt mag maken aan bevindingen van zijnen ambtgenoot. En zóó staat het ook, naar mij voorkomt, met het „precedent” omtrent de civil law in Engeland. Voor zoover niet in statuten vastgelegd, is de civil law een gewoontereg, voor welks bestaan en beteekenis precedents getuigenissen zijn ja van overgrootte waarde, doch geen waarde zóó groot, of precedents zijn vatbaar voor *reversion*: dat wil zeggen niet zoozeer vernietiging regtstreeks in de zaak, waarin zij werden gewezen, door eene tijdig ingeroepen hoogere regtsmagt waaraan zij vóór ingetreden kracht van gewijsde worden onderworpen, maar „reversion” door eene beslissing *contrair* aan het aanwezige precedent: eene *contrairé* beslissing die, als nieuw „terzijdestelling”, op gelijke lijn met het oudere komt te staan. Zoo *postuleert* de Britsche theorie en zoo *doet* ook af en toe, blijkens de onder mijne oogen komende periodicals, aldaar de praktijk, aldus getuigend van the glorious uncertainty of the English law. Zegt KOSTERS' autoriteit STEPHEN (blz. 115) iets anders? *Stellig niet*. Gewis — aldus lees ik de aange-

haalde plaats — krijgt geen Engelsche regter het in zijne hersens om eene plegtige beslissing omtrent eenig tot nog toe onzeker regtspunt voetstoots andersom te nemen: the scale of justice is not intended to waver with every new judge's opinion; betrekkelijk is dus a permanent rule verkregen, want „voor 't vaderland weg" loopt niemand dien onderstboven. Maar de alsdan ten zorgvuldigst gemotiveerde gevallen van reversion bewijzen afdoend, en de Engelsche glorious uncertainty is o. a. hierin beligchaamd, dat die vastheid niet meer dan *betrekkelijk*, dat zij geenszins onwrikbaar is. En daar wel niemand zal tegenspreken dat gewijsden het ondubbelzinnigste bestaansblijk eener gevestigde „gewoonte" in regte vormen, ontmoeten wij den volgende regtstoestand: de naar haren aard al wisselende gewoonte zal haar beste blijk van bestaan moeten ontleenen aan iets, hetwelk wederom niet op vastheid kan bogen; de sententieerende regter moge naar beste weten hebben geput uit „echte" volksovertuiging, hij kan noch mag eenigen ambtgenoot beletten die opnieuw te keuren en, is diens bevinding afwijkend, naar deze afwijking regt te doen. Slotsom van dit alles: op een niet altoos betrouwbaar fundament (eene soms *quasi* „volksovertuiging") zullen rusten gewoonten, welker bestaansblijk wederom wankelbaar is. Eene onzekerheid *inherent* aan het gewoonteregts en daarom noch glorieus noch het tegendeel, maar voor de maatschappelijke *zamenleving* *bedenklijk* genoeg.

Onmiskembare erkenning door KOSTERS zelve van dit *inherent* onvaste van de door hem bepleite regtsvorming bevat m. i. zijn eisch blz. 124, dat zelfs door *ongebruik* (desuetudine) een regtsregel zijne geldigheid verliezen zal. Immers wat ligt daarin noodzakelijk opgesloten? Dat elke op zeker oogenblik geldende regtsregel, gevestigd

dan door gewoonte of wel door wettelijke erkenning, zijn kracht slechts zóólang behoudt, als de zamenleving hem *in praktijk* brengt, *gewoon* is hem na te leven; gaat *die praktijk* te loor, dan is 't met de geldigheid *uit*.

Eene slotsom welker rigtigheid ik door een beroep op de regtsgeschiedenis ga bevestigen. Niet elke voldoende blijkende gewoonte mogt, om regt te vestigen, als blijk van gevestigde volksovertuiging gelden, want alleen zulk eene van *zedelijken* aard kon wezenlijk *regt* scheppen: *ratiōnabilis* moest volgens LEYSER en allerlei andere *virī doctī* ook van Italiaanschen en Franschen huize die overtuiging en de gewoonte waarin zij zich uitdrukte zijn, en evenmin telde meê wat daarin dwaas (*derisoir*) was. De *costume* (leert bij ons nog in 1806 JOH. v. D. LINDE Handb. blz. 9) moet op goede reden steunen; anders beschouwt men dezelve teregt als eene „*corrupteele*” die, wel verre van kragt van wet te hebben, *moet worden tegengegaan*” — en van waar komt de beslissing? Een objectief kenmerk van corruptheid ontbreekt, en alleen van het *subjectieve* oordeel der Doctoren en regtsprekenden hangt dus af of iets, al openbaart zich daarin eene volksovertuiging, niet *tegengegaan* moet worden. Hoe met hare openbaring in (*contradictoir* geslagen) gewijsden? De aard der gewoonte, als niet aanwezig (VOET, de *Legibus* etc. n^o. 29) dan tenaciter *servata*, brengt mede dat een enkel gewijsde haar nog niet doet blijken: *une fois n'est pas coutume* zegt heden nog het Fransche volk. Maar hoeveel dan *wèl*: drie? minder? Ook daarover bij de Doctoren, zoo onze als de Duitsche, wederom geschil, ofschoon niet zóó fel als over de vraag, hoe vele *andere* blijken van zekere praktijk wel noodig zijn om haar als „gewoonte” aan te nemen — want reeds bij twee is er, ofschoon „*pluraliteit*” nog geene „*frequentie*”; wederom ontmoeten wij dus strijd, alzoo *onzekerheid*.

In allerlei opzigt *uncertainty of law*, waarmee het stelsel KOSTERS ons zou komen zegenen (1).

Van laatdunkend oordeelen over den ernstigen arbeid van eenen hoogst verdienstelijken geleerde voel ik mij vrij, wanneer ik uitspreek dat prof. KOSTERS het inherente bezwaar van ongewisheid van het gewoonterecht te ligt heeft geteld. Zelfs zou ik haast gaan vragen of hij er heel veel aandacht aan heeft gewijd: een gezet pogen om deze hoofdbedenking te niet te doen tref ik niet aan, zulks ofschoon hem volkomen bekend is, dat de tot ondragelijkheid toe gestegen hinderlijkheid van dit euvel omstreeks het eind der 18^e eeuw de schier alles overwegende

(1) Een en ander laat zich, behalve bij de reeds genoemden en hun autoriteiten, nabrieven in SCHORER'S noten op DE GROOT I D. 2 n^o. 21. Dat ik bovendien verwijs tot de Theses die v. D. KEESSEL geeft op n^o. 22, heeft tot reden dat het onderwerp dier stellingen, onze receptie van het R. R., voor mij wel een allertreffendst voorbeeld is van de onzekerheid des regts, dat aan de gewoonte zijn gezag ontleenen moet. Immers ontwijfelbaar is het de *gewoonte*, die het R. R. bij ons geldig heeft doen worden: niet dan af en toe, soms meer algemeen en soms voor bepaalde onderwerpen is (Th. 6 en 9) dit een *statutair* regt, d. i. vast geworden van inhoud. En zelfs dan nog tastte men rond in onzekerheden: men zie daarvan eene bloemlezing in voormelde plaatsen van DE GROOT en diens commentator benevens hetgeen Th. 23 bevat omtrent het *niet* recipieeren van *leges quaedam novissimae*. Hoogst merkwaardig is ook in die 23^e Stelling de mededeeling, gansch overeenkomstig het alreeds uit VOET c. s. bijgebrachte, dat als *werkelijk gerecipieerd* is te achten niet eene of andere landläufige opvatting van R. R., maar de *vera et genuina sententia* daaromtrent. Vrage, *welke* als zoodanig te beschouwen? In Th. 13 wordt gewaarschuwd om geen *naburig* regt in aanmerking te nemen, maar op die waarschuwing maken 15 en 17 weér uitzondering, en in Th. 14 houdt v. D. KEESSEL *contra plerosque* staande dat geen regt, dat Hollandsch mag heeten, kan worden afgeleid uit hetgeen in enkele Hollandsche oorden of steden regtens is. O glorious uncertainty!

reden is geweest tot het maken van wetboeken, die de gewoonte als rechtsbron zouden terugdringen in hoofdzaak binnen gelijke grenzen als bij ons getrokken in schrijvers twee delenda Carthago. Zou het wezen omdat KOSTERS de grief van onvastheid vrijwel onwederlegbaar acht? Dan zou hij tegenover haar staan gelijk ik tegenover de bedenking vast aan het codificeeren, dat het der geschreven wet mangelt aan lenigheid: is deze eenmaal tot stand gekomen, dan houdt zij (vooral in constitutioneele staten) de wijziging der toestanden en der rechtsinzigten in het maatschappelijk verkeer slecht bij: in één woord, prof. KOSTERS en ik zullen allebei met de onvolmaaktheid van het menschelijk bestaan in *elke* zijner uitingen rekening moeten houden. Ik durf evenwel tevens vragen, of aan de meerdere door art. 5 A. B. gesanctioneerde stramheid van het gecodificeerde recht ook niet een voordeel verbonden is? dit namelijk dat de rechtszekerheid (1) alleraanzienlijkst verminderd wordt, indien aan elke intredende contraire gewoonte het vermogen wordt toegekend om aan voorschriften des wetgevers geheel of gedeeltelijk hare kracht te ontnemen; indien zelfs het bloote niet meer inacht nemen daartoe voldoende zal zijn? *Rechtszekerheid*: want tot de gewigtige factoren daarvan behoort ieders gewisheid omtrent laat ik zeggen den *maatstok*, waarmee zijne aanspraken en rechtspligten uitgemeten zullen worden; de vraag of die maatstok gewijzigd, welligt in den hoek gezet is, thans afgesneden door

(1) Dit woord bezigend, schep ik mij de welkome gelegenheid tot eene aanhaling uit het geestdriftig boekje van prof. v. VOLLENHOVEN «De eendracht van het land» waarin (blz. 20) voor de verhouding der Staten wordt opgeëischt «een begin van die rechtszekerheid, die voor «den inwendigen toestand van elken Staat geldt als *de meest elementaire behoefte*».

art. 5 A. B., rijst elk oogenblik in het stelsel KOSTERS. Over de bezwaren van onzekerheid dááromtrent geen woord meer na het bovengezegde; ik keer terug tot de hoofdvraag in onze materie of, *zelfs bij volkomen zekerheid omtrent dien stok*, de eigenaardige lenigheid van het toe te passen regt, waarmede schrijver zoo hoog loopt, wel opweegt (om niet te zeggen ook maar eenigszins opweegt) tegen de bij ondervinding gebleken voor verhelping onvatbare bezwaren der heerschappij van vèrstrekkend gewoonteregt.

Welzeker, zegt de hoogleeraar: denk behalve aan de elasticiteit aan de velerlei belangrijke met het aannemen van mijn stelsel te behalen winsten. Daar is b.v. (blz. 96) het dan onbetwistbaar genormeerd raken, volkomen of aanvankelijk, van de wijd uitgestrekte gebieden, waarvoor nog geen wetten aanwezig zijn. Wijl zich aan dit item de bespreking van schrijvers opmerkingen omtrent art. 13 A. B. gereedelijk aansluit, zij allereerst deze post in zijne balans ten gunste van 't gewoonteregt wat naauwkeuriger bezien.

Aanstands erken ik dat de schijnbaar logische gedachte aan geslotenheid der codificatie (v.g. KOSTERS blz. 94 pr.) onbestaanbaar is, althans vooralsnog; dat het regtsleven der twintigste eeuw zich uitstrekt over gebieden nog braak voor den wetgever, van grooten omvang en bijna dagelijks tot in het onafzienbare vergroot, in de eerste plaats door de huidige vorderingen der techniek, die b.v. le domaine des airs kwam ontsluiten en met haar vèrdragend geschut ook aan het oorlogsregt den eisch van vèrdragendheid stelt. Onmiddelijk echter geeft dit laatste aanleiding tot eene opmerking die, moge zij het eigenlijke hart onzer vraag niet raken als deels tehuis op het door prof. KOSTERS niet betreden terrein van het publieke regt, mij toch belangrijk genoeg voorkomt om haar ten beste

te geven: te eer omdat zij ook eene privaatrechtelijke toepassing heeft. Ziehier.

Het oorlogsrecht is onderdeel van het *internationale*, een recht dat zowel publiek- als privaatrechtelijk tot in de tweede helft der vorige eeuw, toen de Roode Kruisbeweging intrad, bijna geheel, en dan nog o zoo schamel, beheerscht is geweest door *costumen*.

Welnu: wat zien wij op dit gebied steeds meer gebeuren? Dat de betwistbaarheid van de gewoonte de beschaafde wereld tot *codificeeren* heeft gebragt. De Vredesconferentiën van 1899 en 1907 deden dat op publiekrechtelijk terrein (oorlogsrecht, arbitrage, neutraliteit) (1) en op het onder KOSTERS' thema wèl ressorteerend internationale privaatrecht heeft Nederland, onder de leiding van onzen wereldvermaarden ASSER, een vruchtbaar initiatief tot *codificatie* genomen.

Ik wend me dan tot art. 13 A. B. en zijne beteekenis voor hetgeen KOSTERS het wettenloos gebied noemt.

Heeft (naar eene welbekende opvatting) de aldaar uitgesproken bedreiging met vervolging van magistraten die weigeren hunne ambtstaak te vervullen onder „voorwendsel” van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet geene andere beteekenis dan dat ten onzent het „non liquet” der romeinsche regtspraak is uitgesloten, dan zou voor des hoogleeraars thema het artikel vrijwel zonder beteekenis zijn. Anders echter indien het verboden nalaten van regtdoen, om te zetten in een *gebod* om recht te spreken, dáárdóór in zich sluit de bevoegdheid om tot dit regtdoen te geraken door

(1) VAN VOLLENHOVEN t. a. p.: onderwerpen, wier hoofdregels tot dusver betwist en verbrokkeld lagen in praecedenten en gezaghebbende werken.

vrije hanteering van elk element, hetwelk bij ontstentenis (stilzwijgen, onvolledigheid) eener uitspraak des wetgevers den magistraat daartoe dienstig voorkomt, de inspraak der natuurlijke billijkheid inclus. Ook de *regtsgewoonte*? Uit de absolute taal van art. 3 A. B. kan volgens K. worden [en wordt ook wel] afgeleid het *verbod* om haar in aanmerking te nemen, afgeleid althans dit, in tegenstelling met het Zwitsersche regt (blz. 97/8), dat de regter, haar voor zijne persoonlijke inzichten omtrent billijkheid doende wijken, aan ons burgerlijk regt niet te kort doet. Maakt hiermeê de hoogleeraar ondeugendweg den duivel, die in art. 3 voor hem aan het woord is, misschien niet wat àl te zwart? of wel, ingeval mag worden aangenomen (waarheen begrijpelijkerwijs zijne sympathieën uitgaan) dat art. 13 aan het regterlijke subjectivisme op wettenloos gebied den vrijen teugel laat, rekent hij historisch dan niet wat al te veel naar den kant dier sympathieën toe? (1) Op geen van deze vragen behoef ik naar antwoord te zoeken: immers zoo uitstekend komt mij evenbedoelde sympathie des hoogleeraars in mijne polemische kraam te pas dat ik, de vraag ontwijkende of het gelijk is aan de zijde van hen die art. 3 een beletsel achten voor de ruime toepassing van art. 13, verklaar dat het goed regt dier toepassing mij allerwenschelijkst is; mogt eerstgenoemd artikel zoodanig

(1) Gelijk mijns erachtens bijna overal, waar hij de regtsgeschiedenis ter sprake brengt. De gedachtengang van mijn opstelletje eischt niet dat ik dit met voorbeelden stave, en de lofspraak van het *W.* n^o. 9377 op de leerzaamheid en helderheid van K's regtshistorische overzichten is ten volle verdiend. Die belangrijke verdiensten van zijnen vogelvlugt-arbeid doen mij een adjectief terughouden, anders misschien aan mijne pen ontsnapt: is schrijver daarbij niet een ietsje tendentius te werk gegaan?

beletsel opleveren, welaan! dan worde dit bezwaar ten spoedigste opgeheven door eene kleine aanvulling der hier in aanschouw komende bepalingen (1). Want op wettenloos gebied, waar zij uitteraard nimmer kan doen wat art. 5 niet wil, kan hare *aanvullende* magt van groote beteekenis en zeer gunstige werking zijn. Dat zij, door de vele verwijzingen die de wet bevat, toch alreeds vrij wat grooter gebied bestrijkt dan men oppervlakkig wel zou meenen, vinden we door prof. KOSTERS klaar aangewezen. En wanneer dan haar onbetwiste werkingskring zich zal uitstrekken tot alles in het regtsleven dat niet onder de heerschappij van wetsregels is gebracht (2), zal m. i. de magt der gewoonte reiken wezenlijk *ver*, ver genoeg om veel goeds te brengen, en toch niet zóó ver dat zij, als in de dagen van Olim, eene subversieve magt in dat leven worden kan. Mits slechts — dit worde duidelijk aan mijne adhaesie toegevoegd — de consuetudinaire aanvulling niet *strijde* met de algemeene beginsels van het gecodificeerde regt: anders toch zou aan het eerste eene *subversieve* magt verleend worden (3).

(1) B.v. door art. 3 ongeveer aldus te lezen: Gewoonte geeft geen regt, dan alleen wanneer de wet daarop verwijst of de opvolging van art. 13 zou worden belemmerd door haar niet in aanmerking te nemen.

(2) Een treffend voorbeeld hiervan is mij het vonnis Alkmaar van 21 Dec. 1893, aangehaald door Houwing in het vierde (*W. Priv. Not. Reg. n^o. 2254*) zijner keurige opstellen over art. 1934 B. W. De regtbank oordeelde onzeker, wat contractanten wel bedoeld hadden met zeker beding, en besliste dat bij gebreke van andere middelen om dit vast te stellen *het gewoonterecht* moest worden geraadpleegd.

(3) Reden waarom het onderzoek dezer vraag niet mag worden ontweken, al is hare beantwoording vaak moeilijk. Zie b.v. wat PLANIOL, *Traité élém. mihi* II n^o. 211 schrijft omtrent de *astreintes*, welker toelating KOSTERS blz. 95 bepleit.

Wat zou in dat opzicht hare werking wezen indien haar, naar schrijvers wensch, als *interpretatieve* gewoonte vrij spel werd gegund?

Interpretatief: hoe bakent KOSTERS zulk eene haar *uitleggende* magt — wel te verstaan als bindend gezag (1), geenszins als bloot hulpmiddel tot „interpreteeren” — over het gecodificeerd regt af tegenover haar vermogen om zoodanig regt te *wijzigen*? Want ook wijzigende strekking kan dat „interpreteeren” hebben. Mijne behoefte aan meer licht dienaangaand kan opperbest voortkomen uit ontoereikend bevattingsvermogen in stede van gemis van helderheid bij een doorgaand zoo helderen schrijver; mij echter en welligt ook anderen lezers ontgaat de scheidslijn, en voor de waardeering van hetgeen hij voorstaat schijnt het vinden van die lijn lang niet zonder betekenis. Dáárom zij de vraag opgeworpen, al ga ik op het goede regt daarvan niet nader in, en bespreek liever datgeen wat mij in schrijvers desiderata duidelijk is.

Interpretatieve kracht der gewoonte wordt (blz. 104/5) voorgestaan ten aanzien van uitdrukkingen in het beschreven regt als buitensporigheid, mishandeling, belediging.

Haast zou ik vragen of ooit iemand gemeend heeft dat om art. 3 of 5 A. B. voor de verklaring van *wets-terminen* als deze de (algemeene) gewoonten des levens niet in aanmerking mogen genomen worden: *n'est-ce-pas enfoncer une porte ouverte?* Iets anders schijnt me, tot haar de toevlugt te nemen voor de verklaring van *regtsbegrippen*, als „schuld” bij „onregtmatige daad (zelve een regtsbegrip)”, het misbruiken van eenig eigendom ten

(1) *Bindend*, het wordt blz. 114 door schr. zelven gezegd, en blz. 70 gebruikt hij in een passus over Engeland dezelfde uitdrukking.

nadeele van iemand anders en dergelijke. Dan neemt men het bouwen van theorieën ter hand, die binnen maar ook *buiten* het gecodificeerde regt kunnen liggen; bediende men zich voor den opbouw der laatsten van eene waargenomen „gewoonte”, dan zou een m. i. hoogst bedenkelijke overtreding der artt. 3 en 5 gepleegd worden. Ook gaat de hoogleeraar werken met *onderstellingen*. Hoe, vraagt hij (blz. 107 vgg.) indien de jurisprudentie eens de koninklijk goedgekeurde vennootschappen met burgerlijk doeleinde onbestaanbaar ging achten, of wel terugkwam op hare erkenning van het herstel der heerlijke jagtregten, de bestaanbaarheid van stichtingen niet uitdrukkelijk erkend door de geschreven wet, de verbindbaarheid van tractaten met eenen civielrechtelijken inhoud, wel is waar goedgekeurd door eene wet, maar niet in de codificatie opgenomen enz. enz.? Wat zegen (aldus K.), wanneer de doorgedrongen gewoonte om dat alles te eerbiedigen in het regtsleven eens vermogt, aan dit regtsleven de zekerheid te verschaffen, die door zulk omslaan van de regtspraak te loor ging! Vrage, waarop dit betoog wel neerkomt? Hierop dunkt mij. Aangenomen eens de vrij onwaarschijnlijke gebeurlijkheid dat zoo'n ommekeer van jurisprudentie intrad (want de Hooge Raad heeft zich vóór en in mijnen tijd altoos ernstig rekenschap gegeven van de verstrekkende gevolgen, soms vast aan de afwijking van eene lang gevestigde regtspraak); toegegeven ook dat KOSTERS hier geen casus *non dabilez* aandraagt — dan wordt met die nieuwe regtspraak aan de geldende wet een stellige zin gegeven en is *contraire* praktijk dus regtens een handelen *in strijd* met die wet. Zal die praktijk, gelijk KOSTERS wenschelijk vindt, niettemin regtsgeldig wezen, dan wordt hierdoor eene gewoonte regtens bekleed met de magt van *derogatie* aan 's wetgevers verklaarden wil, en moet deze magt nood-

wendig aanvaard worden ook in andere gevallen dan de door hem behandelde: dus aanvaard worden *onbeperkt*. Eene wonderlijke regtszekerheid, waarmede Nederland dan „cirkelgangerig” begiftigd zal wezen! zie dienaangaand hierboven. En nu kom ook ik eens mij beroepen op een regtshistorisch feit onvatbaar voor tendentieuze constructie en m. i. van niet te overschatten gewigt voor ons onderwerp: het feit dat (zie blz. 3 der 2e uitg. van „Vergleichende Darstellung des Code Civil und des B. G.” van den op regtsvergelijkend gebied gezaghebbenden, met de beteekenisvolle Vorträge van Dr. Eck accoord gaanden Reichsgerichtsrath R. FORTSCH) eene zoo moderne burgerlijke wetgeving als de Duitche van 1900 aan de gewoonte geene grootere plaats heeft willen inruimen dan haar door den Code, bij rigtige toepassing van zijn art. 4 — ons art. 13 A. B. — is ingeruimd: eene plaats voldoende beantwoordend aan de eischen voor ontwikkeling van nieuwere verkeersbehoefden in de maatschappij (1).

Wien verzocht werd eene verhandeling (beoordeelend *aan te kondigen*), dien is nog niet verzocht over haar onderwerp eene nieuwe verhandeling te gaan schrijven en heeft te denken aan de klassieke les: *tous les genres sont bons hors le genre ennuyeux*. Menig punt door KOSTERS besproken laat ik daarom liggen. Maar ongepast en misschien niet strikt eerlijk schijnt me, uit dien hoofde voorbij te gaan een paar begrenzigen, door den hoogleeraar zelve aan zijne verlangens gesteld. Vooreerst wil hij (blz. 123 boven) slechts *algemeene* gebruiken of gewoonten — gelijk trouwens doctrine en jurisprudentie

(1) Omtrent de elasticiteit, door art. 13 A. B. verleend aan eene wetgeving, denke men aan ons zeeregt van 1838, waarin met geen enkel woord de stoomvaart is vermeld, en niettemin de regtszekerheid daaromtrent niet heeft geleden.

bij het toepassen van art. 1382 B. W. terecht doen — in aanmerking genomen hebben. Voorts wil hij blijvend laten gelden art. 14 A. B., waardoor wetten betrekking hebbend op de openbare orde of de goede zeden beveiligd worden tegen de derogeerende kracht van handelingen, ook al werden deze „gewoonte”. Dit verheugt mij natuurlijk; doch gevraagd mag worden of in 's hoogleeraars systeem de begrenzing *praktisch* van veel uitwerking zou wezen. Want nergens in onze wetten lees ik wat „openbare orde” en „goede zeden” wel zijn of daaronder wel begrepen is: dus laat *de wet* deze begrippen afhankelijk van het uitteraard wisselend sociale inzicht. En nooit sterker dan thans blijkt wel zijne onvastheid. De Schlagwörter, b.v. evolutie, sociale regtvaardigheid, de eischen des tijds, de gemeenschap als equivaleerend met den staat e tutti quanti worden in dienst genomen om allerlei, wat vroeger gerekend werd buiten die twee begrippen te liggen, daar binnen te trekken (1). En moet dit mij worden toegegeven, dan volgt er uit in KOSTERS' stelsel, dat binnen afzienbaren tijd eene doorgaande praktijk *buiten* strijd met die begrippen kan stellen wat daarmede tot heden *strijdig* is geacht. B.v. het buiten den burgerlijken stand om aangegane „vrije- of familiehuwelijk”. Hetgeen nog maar enkele jaren geleden onmogelijk geacht werd voor een onbesproken dochter uit den beschaafden stand, geschiedt thans herhaaldelijk: met goedvinden van ouders en verwanten, voor de gelegenheid bijeengekomen,

(1) Ook voortdurend in Duitschland: men loope het onlangs verschenen 79e deel der bloemlezing van zijne uitspraken, die het Reichsgericht zelf uitgeeft, maar eens door. Ook vergelijk men hetgeen ik straks uit DUGUIT zal aanhalen omtrent de conscience très nette van onze dagen, zoo gansch afwijkend van hetgeen voor honderd jaren algemeen besef was.

maar buiten kerk of stadhuis om gaat zij met haren verloofde op reis, adverteert dit haar „huwelijk”, bedankt als *mevrouw* A. voor de belangstelling daarbij onder-vonden en geeft een jaar later met hem uit de woning van gezegden heer A. kennis dat uit dit hun „huwelijk” een zoon geboren is. Heden moge deze manier van „huwen” nog eene uitzondering wezen, binnen hoeveel tijd zal zij ophouden dit te zijn? Hetgeen dan de vraag doet rijzen, hoeveel feiten van dien aard zich zullen moeten voordoen om aan te toonen dat het goede-zeden-begrip naar art. 14 A. B niet ongewijzigd gebleven is. Eene andere reeds *voltooid*e wijziging daarvan is het ver-keer 's avonds van onverzeldede dames langs de straat: geen dertig jaren geleden sloeg de beschaafde vrouw die zoo iets onderstond de „goede zeden” in het aangezicht, heden acht niemand haar er meê gecompromitteerd. En evenzoo gaat het met den kijk op de „openbare orde”: het Roerdinkholder-geval, het optreden van stakers tegen werkwilligen en velerlei anders wat geduld of voor uit-oefening van *regten* versleten wordt toont aan, dat dit begrip in onvastheid met dat van „goede zeden” wed-ijvert (1).

Zal (derde begrenzing) de cassatieregter bij magte wezen of kunnen worden om, als de wet aan de gewoonte de belangrijke plaats in de regtsvorming verschaft welke haar beweerdelijk toekomt, het ook door prof. KOSTERS noodig geoordeelde toezigt op die vorming uit te oefenen? Mits overeenkomstig de redactie die minister GODEFROI in art. 82 van zijn ontwerp van Regterlijke Organisatie (onuitgevoerde wet van 31 Mei 1861, *Stbl.* n^o. 49) voor het

(1) Het hier gezegde vindt steun in de uitspraak blz. 72 en 80 van DUGUIT's Transformations, aanstonds door mij te vermelden.

thans geldende art. 99, n^o. 2 voorsloeg maar na de Kamerdiscussiën van 22 Nov. 1860 terugnam, worde toegelaten cassatie wegens verkeerde toepassing of schending van *het regt*, zal volgens onzen schrijver blz. 128—132 geschapen zijn eene verruiming van 's Hoogen Raads taak die, voor eene doeltreffende regtsbedeeling b.v. op 't gebied van de wettenlooze regtsorde thans reeds noodig, hem het opzigt over de consuetudinaire regtsvorming verschaffen zal: middelen om de in de maatschappij heerschende gewoonten te leeren kennen en hare waarde te bepalen, dienen (blz. 132, met verwijzing tot artt. 25 en 107 R. O.) hem dan te worden verschaft.

Mijn opstel is, misschien door den langstijlig makenden ouden dag, doch ook onder den invloed mijner groote belangstelling in het onderwerp, al rijkelijk lang; toch mag de voormalige president van den Raad dit slot van KOSTERS' geschrift niet onbesproken laten.

Dat ik mij tot de verlangde wijziging van art. 99 R. O. niet aangetrokken voel, en waarom niet, heb ik ontvouwd, vrij kort geleden, toen ik mij heb uitgelaten over het gelijksoortige voorstel van mr. R. A. FOCKEMA in diens Bedreigde Recht. Het regtsmiddel van cassatie oordeel ik naar aard en werking alleen doeltreffend voor het *gecodeficeerde* regt, terwijl de Kamerdiscussiën over GODEFROT'S wetsvoorstel mij voorkomen te lijden o. a. aan eene dosis misverstand, soms ook aan den al te diepen indruk, toenmaals door een misschien wat al te letterknechtig arrest van den Hoogen Raad gewekt. Doch wat van dit laatste te denken moge zijn, ontbreekt het sedert niet aan blijken dat, zoodra de Raad maar eenigen steun aan het beschreven regt ontleenen kan, zijne regtspraak niet opgaat in *letterdienst*: getuigen b.v. de civiele arresten van 4 Febr. 1905, W. 8185 omtrent art. 56 K.

en 6 Jan. 1911, *W.* 9123 over de subrogatie van art. 1438 n°. 1 B. W. Tot cassatierechtspraak in die rigting heb ik van harte medegewerkt en menig der van haar getuigende arresten gesteld: de rigting die ruimte verschaft aan instituten omstreeks 1838 amper bekend of nog in de windselen harer ontwikkeling, zooals de bij testament ingestelde stichting, de rekening-courant, de gansche stoomvaart.... maar onder de onverbiddeijke voorwaarde dat hiervoor in de geschreven wet niet *elk* houvast ontbreekt. Hiermede basta over het primaire verlangen des schrijvers omtrent 's Hoogen Raads taak; ik wend mij tot zijn tweeden wensch, hierboven vermeld: de *middelen* voor de vervulling der taak door hem den Raad toegedacht.

Bij het onderzoek van dezen wensch sta voorop de door den hoogleeraar eveneens aanvaarde praemis dat onze hoogste regter hof van *cassatie* blijve en niet worde derde instantie voor het onderzoek van feiten. Wat zal ten aanzien van het gewoonteregt de H. R. dan wel kunnen doen? Hij zal kunnen casseeren in het waarschijnlijk hoogst zeldzame geval, dat een lagere regter bloot lokale gewoonten mogt hebben toegepast — maar verder? Zoo dikwijls een regter heeft uitgemaakt dat zekere (algemeene) gewoonte bestaat of niet bestaat, wordt de Raad tegenover deze uitspraak magteloos, daar zij beslissing is omtrent een *feit*. Wat hij wel zou kunnen, is casseeren indien vaststond, dat eene partij op eenig litisdecisoir punt zich beroepen had op het daaromtrent bestaan van eene gewoonte en de lagere regter dit beweren niet had onderzocht: maar dan eischt art. 424 Rvord. terugwijzing naar dien rechter tot onderzoek naar die gewoonte. En dat *terugwijzen* moet gehandhaafd blijven, daar anders de Hooge Raad wordt eene instantie over het *feit* of aangetoond wordt zoodanige opeen-

volging van handelingen, als voor het blijken van „gewoonte” noodig is. En wél is dan het renvooi een „middel om de in de maatschappij heerschende gewoonten „te leeren kennen”, maar bij hetwelk de Raad den *judex facti* *delegeert* tot het verzamelen van die kennis; *regtstreeks zelf* verkrijgt hij die niet. Wat bovendien en m. i. nog wel zoo zwaar weegt: dat „middel” zou aan de gedingen een hoogst bedenkelijken omslag geven en den Prozeessverschlepper, tegenwoordig geschuwd door alle hervormers van 't wetboek van regtsvordering, een zeldzamen springplank verschaffen. Twee regeltjes in eene conclusie omtrent het bestaan van zulk eene gewoonte met bewijsaanbod et le tour est fait: het gansche veld der bewijsmiddelen staat open; en liet eens de *judex facti* geen bewijs toe, dan helpt de onvermijdelijke cassatie met renvooi den brutalen chicaneur. Wordt in dier voege het toezigt van den H. R. niet eene gebeurlijkheid, welke ook prof. KOSTERS hoogst *ongewenscht* moet voorkomen?

In *strijd* met hare bedoeling voorwaar, wordt naar mijn bescheiden meening de keurig geschreven verhandeling des Groninger hoogleeraars een aanloop om onze regtsinstellingen te *verslimmeren*.

Den Haag, Maart 1913. (1) A. P. TH. EYSSELL.

(1) Dit opstel, toenmaals aan de Redactie uitgereikt, is in wording *voorafgegaan* aan mijn in de slotaflevering van Themis 1912 verschenen artikel. Doch allerlei omstandigheden hebben dat *latere* geschrijf zooveel vroeger doen uitgeven.

NABETRACHTING.

Juist op het oogenblik dat ik deze aankondiging naar *Themis* zou gaan verzenden, kwam ik in kennis met het belangwekkend geschrift „les transformations générales du droit privé depuis le C. N.” van eenen der schranderste en radicaalste fransche civilisten dezès tijds, den hoogleeraar aan de universiteit te Bordeaux LÉON DUGUIT: uitgaaf van zes lezingen, door hem in de laatste maanden van 1911 op verzoek der Universiteit van Buenos-Ayres aldaar gehouden. DUGUIT leert niet minder dan dat de C. N. uiteenvalt, al laat men zijne strak op het beginsel van droit subjectif gebouwde teksten nog overeind: le texte est là, mais il est (blz. 3) sans force et sans vie, ou bien par une exégèse savante et subtile on lui donne un sens et une portée auxquels n'avait point songé le législateur. Dat geschiedt bepaaldelijk ook door tal van uitspraken zelfs der hoogste regtscollegiën: het Hof v. Cassatie en de Raad v. State jugeant au contentieux: het geschiedt omdat zelfs deze zich niet kunnen onttrekken aan het steeds meer dóórdringen van de met het individualistische regtsbegrip der menschen en wetgevers van honderd jaar geleden vlak strijdige „conscience très nette que (blz. 157) l'individu n'est pas une fin mais un moyen: que chacun de nous n'a de raison d'être dans le monde que par la besogne qu'il accomplit dans l'oeuvre sociale” [zie hierboven blz. 21]. In de wereld der feiten, waarop het alleen aankomt, wordt het metaphysische begrip van regtssubject verdrongen door dat [bij geval *niet* metaphysische begrip?] van doel, zoowel opzigtens des persoons als des vermogens. Ten aanzien van het laatste geldt steeds meer, dat de bescherming van den privaat-eigenaar (wiens indivi-

dueele eigenaarschap nuttig is *en dáárom* erkend wordt) niet verder reikt dan in zoover als hij zijn vermogen gebruikt om de gemeenschap vooruit te brengen: il est obligé socialement d'accomplir cette besogne et il ne sera protégé socialement que *s'il* l'accomplit et *dans la mesure* où il l'accomplit. En hetzelfde geldt van des persoons vrijheid om zijne ligchaams- en geestesgaven aan te wenden: binnen de grenzen van tekortdoen aan andermans vrijheid wordt die (blz. 37—38) slechts beschermd in zoover, als zijn doen of laten *bevoordelijk is aan het algemeene welzijn*, daar zijne aangewezen taak in de wereld is *dít* met al zijne vermogens te bevorderen; ook door nalaten mag hij daaraan niet te kort doen en de Staat, interprète du droit *objectif* (blz. 38), moet zorgen dat het aldus gaat. Zelfmoord b.v. en hulp daartoe, zijn leven zonder nut op het spel zetten, niet al te lang werken, maar omgekeerd ook niet ledig zijn, sparen voor den ouden dag, eenen wekelijkschen rustdag hebben . . . de staatsbemoeiing met dat alles door gebod of verbod, reeds gedeeltelijk voorhanden, zal binnen afzienbaren tijd ook zijn doorgevoerd, niet à la barbe eener contractsvrijheid die daarmede niets te maken heeft (blz. 45 med.), maar krachtens den onweerstaanbaren drang van het wassend doelbesef. Partout la conception de liberté-fonction remplace (blz. 51) la notion de liberté-droit. Eene stoute uitspraak, waartoe de hoogleeraar bijbrengt, als bijzonder bewijskrachtig feit, dat het opperen van dergelijke denkbeelden in de pers en zelfs hunne inkleeding in wetsontwerpen niet van de lucht is. Doch kleeft aan die bewijskracht niet nog wel eenige twijfel, door de herinnering aan de uitwerking der socialisterij in voorstellen en wetsontwerpen in Frankrijk beleefd onder de tweede republiek en in Duitschland ten tijde van het Frankforter parlement? Immers hoeveel van

dat alles is tot werkelijkheid geworden? Laat ik, alvorens te ontvouwen waarom ik DUGUIT bij mijne recensie betrek, uit hetgeen die lezingen al verder bevatten nog twee m. i. bijzonder merkwaardige uitspraken aanhalen. Dat besef, zegt DUGUIT vooreerst blz. 72 en blz. 80, leidt tot de vraag welk doel, als *geoorloofd*, wel op bescherming in zijn streven aanspraak heeft: maar dáárop — *en wijselijk* — geeft geen wetgever antwoord, omdat dit te veel aan wisseling van inzicht onderhevig is. Wijselijk dus, leert DUGUIT, **om** die voortdurende *wisseling* van inzicht, ofschoon daardoor morgen tot waan van den dag wordt gestempeld wat heden geldt als hooge sociale wijsheid. De tweede uitspraak is DUGUIT's oordeel (blz. 74 extr. ten aanzien van zijn herhaald beroep op de jurisprudentie) dat menigmaal de magistratuur, die zulke uitspraken gaf, zal zijn geweest *onbewust* van hetgeen zij daarmede onderstond.

Hoe ik over dit alles denk is niet moeilijk te raden: maar dat blijve, als voor het doel van dit mijn opstel vrij onverschillig, thans rusten. Doch wat daarvoor niet onverschillig schijnt en mij bewoog om ter elfder ure het vorenstaande overzicht te geven, is de voor de hand liggende overeenstemming van menig door den franschen hoogleeraar te Buenos-Ayres ontwikkelde gedachte met de wenschen van zijnen Groninger ambtgenoot (1). Of werkt

(1) En hetgeen al in 1892 bij ons aan de lucht was. Iets wat ik vandaag, eerlijk gezegd, vrijwel had vergeten, ofschoon ik in een opstel van vóór twintig jaren aan dat verschijnsel eenige bladzijden had gewijd. Ik veroorloof mij voor het bewijs te herinneren aan het slot mijner toenmalige Tijdspiegel-studie over «Landbouw en Kapitaalbelegging» van den hoogleeraar, later staatsraad mr. J. P. MOLTZER, eene studie met het oog op eenen dezer dagen ondernomen arbeid thans door mij herlezen. Daar kan men uiteengezet vinden

niet DUGUIT met z. i. doorbrekende volksovertuigingen, blijkend uit regterlijke gewijsden, die feitelijk de gecodificeerde regtsregels duwen in eenen hoek, waar ze dan levenloos blijven te kijk staan? En deze beweerde uitwerking, wat is zij anders dan de kracht eener postvattende *gewoonte*, die vermag te derogeeren aan de geschreven wet? derogeeren let wel door beweerde absorptie der levenskrachten niet van een of ander heel bijkomstig Code-artikel, maar van de *hoofdbeginselen*, waarop het heele wetboek gebouwd is. Merkwaardig dan, niet waar? vooral als zelfbedrog van die wereld zoo DUGUIT gelijk heeft, dat weinige jaren geleden le Centenaire du Code Civil aan de heele regtsgeleerde wereld in Frankrijk aanleiding heeft gegeven tot jubelen over de *onverwoestbaarheid* van dat beroemde bouwwerk, als een jeugdige grijsaard wel hier en daar sporen vertoonend van den tand des tijds, maar volkomen vatbaar om hiervan te worden gerestaureerd, omdat *grondslag en hoofdlijn* ongedeerd zijn gebleven. Merkwaardig evenwel of niet — dit alles doet mij nadrukkelijk vragen, of er ten aanzien van KOSTERS' wenschen dan geen hoogst belangrijke les in opgesloten ligt? Aangenomen eens dat DUGUIT teregt een feitelijk consuetudinaire versterving van den C. C. aanneemt, moet dan dit proces in de hand worden gewerkt door *uitdrukkelijke terzijdestelling* van de in Frankrijk evenzeer als bij ons geldende beginselen beligchaamd in de artt. 3 en 5 A. B.? Want dat opruiming van den legalen slagboom versnelling van dergelijk proces moet bewerken laat zich moeilijk betwisten. Stellig ten onzent, alwaar die

dat de naar hart en verstand buitengewoon hoogstaande MOLTZER, van wien ik evenveel hield als in opvattingen verschilde, in gezegd toen opzienbarend geschrift vrijwel hetzelfde als DUGUIT verkon- digd heeft.

twee wetsbepalingen in verband met 's Hoogen Raads cassatiemagt groote bezwaren in den weg leggen aan stoutigheden, bewust of onbewust door de magistratuur gepleegd. Houden wij dus *in stand* wat prof. KOSTERS zoo gaarne weggenomen zou zien.

EYSSELL.

**De Rechtsmacht van de Kroon en het adviseerend
rechterschap van de Afdeeling voor de
geschillen van bestuur van den Raad van State,
naar aanleiding van de administratieve
jurisprudentie over 1912.**

Het is overbekend, dat verschillende Regeeringen weinig schroom hebben getoond, bij de uitoefening der rechtsmacht in publieke geschillen, af te wijken van het gevoelen der Afdeeling (1), en dus een zeer ruim gebruik hebben gemaakt van de bevoegdheid ontleend aan art. 40 van de wet van 21 Dec. 1861, (*Stbl.* n^o. 129), houdende regeling der samenstelling en bevoegdheid van den Raad van State, waarin staat, dat onder zekere waarborgen, „Onze beslissing” van het advies kan afwijken. Meermalen bleek, dat bij het nemen der beslissingen over het hoofd werd gezien, dat art. 40 van het bij Kon. Boodschap van 29 April 1861 bij de Tweede Kamer aanhangig gemaakte (vijfde) ontwerp van wet op den Raad van State, van deze toelichting was voorzien: „het geval bij dit „artikel bedoeld, bestaat alleen dan, wanneer de Koning een „besluit neemt, waarvan het dispositief afwijkt van het „advies van den raad. Afwijking in den vorm of wat de

(1) Wanneer in dit opstel van de «Afdeeling» wordt gesproken, is immer bedoeld: de Afdeeling voor de geschillen van bestuur van den Raad van State. Wordt verwezen naar een uitspraak van de Kroon, naar een rapport van den Minister of een advies van de Afdeeling, dan zijn deze, medegedeeld zonder verdere bijvoeging, alle te vinden in de jaarlijksche uitgave van BELINFANTE: Raad van State, Afdeeling voor de geschillen van bestuur (1912).

„beweegredenen betreft van het ontwerp-besluit geeft geen „aanleiding tot toepassing der bepaling”. Ook in de verdere stukken komt niets voor, waaruit een ruimere bevoegdheid tot afwijking van het advies van de Afdeeling zou zijn te bewijzen; alleen verzet de Regeering van die dagen zich tegen het denkbeeld om nog eenige meerdere klem aan de uitspraken van de Afdeeling te verzekeren.

Intusschen kunnen de memorie van toelichting zoowel als de andere mondelinge en schriftelijke bescheiden, welke een wet omgeven, nuttig zijn om door te dringen in den gedachtengang van den vroegeren wetgever, nooit zijn zij een belemmering voor de Regeering om aan een wetsbepaling een toepassing te geven met deze bescheiden in strijd, wanneer slechts de nieuwe toepassing met de woorden van de geldende wettelijke bepaling in overeenstemming is. En daar de woorden van de wet op den Raad van State in dit geval zeker geen bezwaar opleveren, behoort, wegens strijd met de oorspronkelijke bedoeling der wet, geen verwijt de bestuurslieden te treffen, die aan de Koningin adviseerden „contrair” te besluiten.

Bij de behandeling dezer nu volgende zoogenaamde *contraire* besluiten, in 1912 door de Kroon genomen, zal dan ook met *de bedoelingen* van de wet op den Raad van State geen rekening worden gehouden. Ook op het groote *aantal* dezer besluiten zal niet worden gelet. Alleen om vorige studies (1) eenigszins aan te vullen, kan hier worden vermeld, dat in

1900 vier	maal werd afgeweken, op een totaal van 323 K. K. B. B.
1901 drie	» » » » » » » 289 K. K. B. B.

(1) Mr. W. A. C. DE JONGE: Bijdrage tot de kennis van het Staatsbestuur enz., deel 24.

Mr. H. Vos: *Themis* deel 61 (1900), blz. 125 en W. B. A. nos. 2611, 2613, 2622, 2623, 2624.

1902	zeven	maal	werd	afgeweken,	op	een	totaal	van	372	K. K. B. B.
1903	vijf	»	»	»	»	»	»	»	330	K. K. B. B.
1904	drie	»	»	»	»	»	»	»	260	K. K. B. B.
1905	vier	»	»	»	»	»	»	»	305	K. K. B. B.
1906	tien	»	»	»	»	»	»	»	312	K. K. B. B.
1907	achttien	»	»	»	»	»	»	»	390	K. K. B. B.
1908	elf	»	»	»	»	»	»	»	354	K. K. B. B.
1909	twintig	»	»	»	»	»	»	»	474	K. K. B. B.
1910	veertien	»	»	»	»	»	»	»	359	K. K. B. B.
1911	negentien	»	»	»	»	»	»	»	432	K. K. B. B.
1912	zeventien	»	»	»	»	»	»	»	480	K. K. B. B.

In het aangehaalde *Themis*-artikel wordt door Mr. Vos gewezen op het groote aantal contraire besluiten, om te betoogen, dat een instituut, door den wetgever in 1861 bedoeld als een correctief voor eene administratieve rechtspraak door de administratie zóó in praktijk wordt gebracht, dat nimmer die rechtspraak minder waarborgen voor deugdelijkheid heeft opgeleverd dan thans (1899). De schrijver had succes met deze stelling. Kort na het verschijnen van het genoemde opstel, treedt het Ministerie van Dr. A. KUYPER op. Uit de door ons opgenomen lijst blijkt duidelijk, dat althans onder dit ministerie, — de lof komt voor een groot deel toe aan den toenmaligen Minister van Financiën — de eerbied voor de beginselen der wet medebracht, dat slechts bij uitzondering contraire besluiten werden uitgelokt. Want inderdaad, toen de meerderheid van de Tweede Kamer in 1861 zich vereenigde met het denkbeeld, om niet een eigen rechterschap aan den Raad van State op te dragen, maar de administratieve geschillen aan de Kroon ter beslissing te laten, was diezelfde meerderheid er tevens van overtuigd, dat de instelling haar doel zou missen, wanneer veelvuldig van de gegeven bevoegdheid om van het advies af te wijken, zou worden gebruik gemaakt en dat in dat geval nooit de gewenschte vaste

jurisprudentie in administratieve geschillen zou zijn te vestigen.

De aandacht behoort echter niet te veel te vallen op het *aantal* contraire besluiten. Veel gewichtiger althans zijn de *gronden*, waarop het afwijkend oordeel van de Regeering steunt. Uit dit oogpunt zullen de zeventien contraire besluiten, welke in 1912 in het *Staatsblad* werden geplaatst, worden ingedeeld. Het is daarbij om een persoonlijk oordeel over den inhoud van het besluit niet te doen, noch om de gronden van Afdeeling en Regeering nog eens tegenover elkander te wegen. Belangrijk schijnt alleen, dat een indeeling naar de gronden van verschil zal doen zien, dat er contraire besluiten zijn, die een geleidelijke ontwikkeling van het administratief recht hebben bevorderd en die daaraan hunne waarde ontleenen, terwijl er andere zijn, die er slechts van getuigen, dat verschillende rechters over dezelfde zaak verschillend kunnen oordeelen, zonder dat „wet” of „recht” daarvan eenigen gunstigen invloed ondergaan. Een juiste beoordeeling van de vraag of het recht van de Regeering om af te wijken van het advies van de Afdeeling voor de geschillen van bestuur een gunstigen invloed heeft op de ontwikkeling van ons administratief recht kan slechts dan plaats vinden, wanneer de afwijkende beslissingen der Kroon systematisch zijn gerangschikt. Tevens zal er dan gelegenheid zijn om te doen uitkomen, welke rechtshervorming een contrair besluit of een reeks contraire besluiten soms feitelijk met zich bracht.

Welke indeeling, welk systeem van onderscheiding moet intusschen worden gevolgd? De raadpleging der contraire besluiten zelve wijst dit uit. Wie toch de gronden van het afwijkend gevoelen der Kroon in de 17 gevallen, die hier achtereenvolgens worden gerecapituleerd, nagaat, ontdekt, dat het meeningsverschil niet alleen loopt over

de interpretatie van de betrokken wetsartikelen, maar ook de vaststelling en de waardeering der feiten in verschil zijn. Met andere woorden, nu eens gedraagt de Regeering zich tegenover het advies van de Afdeeling als een rechter in cassatie, die, zonder aan de waardeering der feiten te raken, het vonnis van een lagere rechter vernietigt wegens strijd met de wet, om daarna, naar het voorbeeld van art. 105 van de wet op de R. O., zelf recht te doen, dan weer gedraagt de Regeering zich tegenover het aan haar door de Afdeeling toegezonden ontwerp-besluit als een rechter in hooger beroep en worden naast de wet ook de feiten, beoordeeld naar het stadium, waarin deze verkeerden op het oogenblik, dat de zaak werd onderworpen aan het oordeel van de Afdeeling, door de Regeering opnieuw overwogen. Om te begrijpen, hoe in het tweede geval alle waarborgen, welke gegeven zijn om tot een deugdelijke vaststelling der feiten te geraken, worden opgeheven, moet van de vijf volgende gevallen worden kennis genomen.

1. Het Kon. besluit van 3 Januari 1912 (*Stbl.* n^o. 2) betrof een belasting-reclame van een geneesheer, die zijn beroep van chirurg uitsluitend te 's-Gravenhage uitoefent, maar aldaar slechts gedurende de wintermaanden woont in een aanzienlijk en rijk gemeubileerd huurhuis. Den overigen tijd van het jaar woont hij op zijn buitenverblijf, dat zijn eigendom is, in de gemeente Wassenaar. De Afdeeling voor de geschillen van bestuur, die adviseeren moest over de vraag, in welke gemeente deze geneesheer zijn domicilie in den zin van art. 48, 2^o der wet tot regeling van de personeele belasting had, meende, dat Wassenaar hiervoor in aanmerking moest komen. Dit werd geconcludeerd uit het feit:

1^o. dat het huis te Wassenaar aan den geneesheer in eigendom toebehoorde *en te allen tijde bewoond werd*, ter-

wijl het Haagsche huurhuis slechts een gedeelte van het jaar werd bewoond;

2°. dat de geneesheer van het bevolkingsregister te 's-Gravenhage was overgeschreven naar Wassenaar;

3°. dat hij kiezer was te Wassenaar.

De Regeering meent nu, dat de gronden, hierboven vermeld sub. 2° en 3°, niets beslissen omtrent de plaats van het domicilie en dus „buiten beschouwing kunnen worden gelaten”. De hoofdzaak, tusschen Regeering en Adviseur in geschil, wordt daardoor geheel en al de beantwoording van de feitelijke vraag of het huis in Wassenaar, eigendom van een geneesheer, altijd bewoond werd of niet. De Afdeeling had, zoowel uit de stukken als van elders, feitelijk vastgesteld, dat het bedoelde huis te allen tijde bewoond werd, maar nu schrijft de Minister in zijn rapport aan de Koningin „uit een ingesteld onderzoek is „echter gebleken, dat het huis te Wassenaar *niet* altijd wordt „bewoond. Het wordt gedurende den tijd van bovenbedoeld verblijf van de familie R. in de gemeente 's-Gravenhage geheel gesloten. Wel wordt het dan door den tuinman „geregeld gelucht en drooggestookt, doch daardoor kan „niet worden gezegd, dat het huis wordt bewoond”. Het is op grond van dit „feit” dat de Regeering tot een geheel andere conclusie komt dan de Afdeeling voor de geschillen van bestuur.

2. Bij Kon. besluit van 30 Mei 1912 (*Stbl.* n°. 176) werd beslist, dat art. 63, § 1 van de wet op de personeele belasting, luidende: „Aan den gebruiker van een perceel, die dit „verlaat zonder eenige roerende goederen daarin achter „te laten en niet binnen zes weken daarna een ander of „hetzelfde perceel in gebruik neemt, wordt op zijne „aangifte ontheffing verleend van zijn aanslag naar de „eerste drie grondslagen over de maanden van het jaar,

„die tijdens het verlaten van het perceel nog niet zijn „ingetreden” moet worden toegepast, wanneer degene, die zijn woning verlaat, opgenomen wordt bij een familie-lid, en uit die omstandigheden valt af te leiden, dat meer aan „logeren” kan worden gedacht, dan aan het „zelfstandig de beschikking krijgen” over een woning of een gedeelte van een woning. De Afdeeling sprak deze redeneering alweer niet tegen, maar zij beoordeelde de *feiten* anders. Immers het advies bevat verschillende ontwerp-overwegingen voor een Kon. besluit om den feitelijken toestand zóó vast te stellen, dat aan een belastbaar gebruik van de woning moest worden gedacht, omdat — naar het oordeel van de Afdeeling — een afzonderlijk deel van de woning feitelijk ter vrije — zij het ook kosteloze — beschikking van de nieuwe bewoners was gesteld.

3. Het Kon. besluit van 27 Juli 1912 (*Stbl.* n°. 270) wijkt van het advies van den Raad van State, Afdeeling voor de geschillen van bestuur af in de vaststelling van het bedrag der Rijksbijdrage, verschuldigd krachtens art. 59, vijfde lid onder A der wet tot regeling van het lager onderwijs, aan een bijzondere lagere school. Naast tal van ingewikkelde juridische punten (1), was in deze zaak

(1) Zoo blijkt o. a. dat de Afdeeling het volkomen eens is met deze principieele rechtsoverweging van de Kroon:

»overwegende, dat wel is waar art. 6 van Ons besluit van 13 »Nov. 1905 (*Stbl.* n°. 303) de beoordeeling van de vraag, of er al dan »niet zoodanige gemeenschap bestaat, toekent aan het schooltoezicht, »maar dat deze opdracht toch niet kan uitsluiten Onze bevoegdheid »om, in hooger beroep uitspraak doende, over den feitelijken toe- »stand een zelfstandig oordeel uit te spreken.» Hetzelfde beginsel werd overeenkomstig het advies van de Afdeeling gevolgd in het Kon. besluit van 2 Nov. 1903, n°. 34 *Handelingen Raad van State* uitgave van BELINFANTE 1903, blz. 935.

mede de beantwoording aan de orde van de enkele feitelijke vraag, of er een gemeenschap — gemeenschap krachtens art. 2 van het Kon. besluit van 12 Sept. 1905 (*Stbl.* n°. 267) (1) fataal voor een gedeelte der Rijksbijdrage — bestond tusschen het schoolgebouw en de onderwijzerswoning. Het oordeel van het Schooltoezicht, uitgesproken krachtens art. 6 van het Kon. besluit van 13 Nov. 1905 (*Stbl.* n°. 303) laatstelijk gewijzigd 30 Aug. 1910 (*Stbl.* n°. 274) was aan Afdeeling en Kroon bekend.

De beslissing door Ged. Staten genomen en het bericht van die zelfde Staten, welke over het beroep werden gehoord, bieden aan Afdeeling en Kroon een gelijk materiaal om de eindbeslissing op te bouwen.

Een college van deskundige en onpartijdige rechters meent, dat gedurende 1911 inderdaad binnenshuis gemeenschap heeft bestaan tusschen de schoollokalen en de woning van het onderwijzend personeel. De Regeering haalt door dit oordeel de streep.

4. Bij Kon. besluit van 24 Juli 1912 (*Stbl.* n°. 267) houdende beslissing van een geschil over de woonplaats van een armlastige krankzinnige. De eenige, *feitelijke* vraag, in verschil is deze, of een vrouw, die bij het overlijden van haar echtgenoot, hare afhankelijke woonplaats volgens art. 78 van het B. W. verloor, op dat moment in zulk een toestand verkeerde, dat van geen zelfstandig handelen, (in dit geval van het kiezen van een woonplaats) sprake kon wezen. De gemeente Amsterdam achtte haar hiertoe niet in staat en oordeelde, dat het Rijk de verpleegkosten behoorde te dragen. De Afdeeling ging hier op in en overwoog: dat uit de feiten en uit de onder eede afgelegde verklaringen moet worden afgeleid, dat onzekerheid be-

(1) Sedert vervangen door het Kon. besluit van 25 Juni 1912 (*Stbl.* n°. 193).

staat omtrent den geestestoestand van patiënte op het tijdstip van het overlijden van haren echtgenoot, weshalve niet met zekerheid kon worden gezegd of zij het voornemen heeft kunnen vormen hare woonplaats te Amsterdam of elders te vestigen, en dat dus onder deze omstandigheden geen gemeente als haar woonplaats kan worden aangemerkt. — De Kroon beantwoordde de bovengestelde feitelijk vraag in omgekeerden zin. Zij overwoog met één enkel beroep op het rapport van den Inspecteur van het Staatstoezicht op krankzinnigen, „dat uit de deskundige verklaringen „en uit de feiten moet worden afgeleid, dat patiënte „op het tijdstip van het overlijden van haren echtgenoot „in staat was tot het vestigen van eene woonplaats, en die „woonplaats te Amsterdam gevestigd heeft”.

5. Het Kon. besluit van 18 Sept. 1912 (*Stbl.* n°. 298). Evenals in het voorgaande besluit meende de Afdeeling, dat de Rijksbegroting de verplegingskosten van een armlastigen krankzinnige moest dragen; de Kroon besliste, dat voor de toepassing van art. 39 der Armenwet, de gemeentebegroting van Aalsmeer met de kosten der verpleging moest worden bezwaard. Het punt, dat ook dit keer de gevoelens verdeeld hield, betrof weer de beantwoording van deze ééne feitelijke vraag: kon de persoon, om wien het hier ging, geacht worden, op het oogenblik, dat hij door zijn meerderjarigwording zijn afhankelijke woonplaats verloor, in staat geacht worden een woonplaats te vestigen.

De Kroon beantwoordde deze vraag aldus, dat uit *de* deskundige verklaring van den Inspecteur blijkt, dat de patiënt op het tijdstip zijner meerderjarigwording in staat was tot het vestigen van eene woonplaats, terwijl de Afdeeling, op grond van verschillende feiten concludeerde, dat niet als genoegzaam vaststaand mocht worden aange-

nomen, dat de patiënt in staat was geweest het voornemen te hebben in eenige gemeente zijn hoofdverblijf te vestigen.

Het verschil tusschen Afdeeling en Kroon kan ook het gevolg zijn van een verschillende beoordeeling en interpretatie van een wetsartikel.

Wij wezen er op, dat langs den weg van het contraire besluit in het administratief procesrecht een „cassatie wegens strijd met de wet” is ingeschoven. De voorbeelden zullen dit toelichten en daarbij zal blijken, dat de Kroon, immer haar uitspraak in de plaats stellende van het niet gevolgde advies van de Afdeeling, die over feiten en recht oordeelde, soms invloed heeft op de ontwikkeling van het administratief recht, ook zonder de hulp van het Parlement.

(I). Deze invloed is natuurlijk al zeer gering, wanneer de Minister, die het Kon. besluit van 5 Juli 1912 (*Stbl.* n^o. 212) contrasigneerde, zijne medewerking bij het Kon. besluit slechts verleende om zijn persoonlijk gevoelen, in het *Staatsblad* geplaatst te krijgen. De beslissing betref art. 20, § 1 van de wet op de Pers. Belasting, luidende: „De belasting naar den grondslag dienstboden wordt geheven wegens het in dienst hebben, hier te lande, van personen, gebezigd tot persoonlijke of huiselijke diensten, bedienden in societeiten daaronder begrepen”. Nu spreekt het vanzelf, dat de vraag, wat of verstaan moet worden onder „persoonlijke of huiselijke diensten” en wat niet, van persoonlijk inzicht afhankelijk is. De Regeering had — hetgeen allicht mogelijk is — in de beoordeeling van den aard dezer diensten een ander persoonlijk inzicht dan de Afdeeling, en plaatste dus haar inzicht in het *Staatsblad*. (1).

(1) Het Kon. besluit van 5 Juli 1912 (*Stbl.* n^o. 212) voert ook nog een nieuw element ter beslissing van het geschil aan.

(II.) Iets meer gewicht kan gehecht worden aan het Kon. besluit van 25 Juli 1912 (*Stbl.* n^o. 268), waarbij werd beschikt op de aanvraag om pensioen van een oud-onderwijzer aan een openbare lagere school. De Afdeeling wilde het bedrag van het pensioen vaststellen op f 734.— 's jaars, de Kroon besliste in dien zin, dat de Rijksbegroting voor dezen post slechts met f 667.— per jaar zou worden bezwaard. Het verschil was een gevolg hiervan, dat de Kroon de jaarwedde van dezen onderwijzer, over de laatste twaalf maanden die aan het ontslag voorafgingen, en welke dus de basis vormden, (42 L. O. wet), voor de berekening van het pensioen, stelde op f 1000.—, terwijl de Afdeeling meende, dat deze som moest worden verhoogd met f 100.—, zijnde het bedrag, dat de onderwijzer, blijkens een verklaring van B. en W., genoten had als tegemoetkoming in de huishuur. De Regeering houdt echter strikt vast aan de woorden van art. 43 L. O. wet en zegt, dat de jaarwedde alleen dan met de tegemoetkoming in de huishuur mag worden verhoogd, wanneer deze wordt verleend op grond van het achtste lid van art. 26 der L. O. wet aan een onderwijzer, die het hoofd der school bijstaat, en die den leeftijd van acht en twintig jaren heeft bereikt en hetzij gehuwd is, hetzij als weduwnaar inwonende minderjarige kinderen heeft. En aangezien nu deze, in de wet genoemde, tegemoetkoming in dit geval niet aanwezig was, maakte de tegemoetkoming, welke de onderwijzer jaarlijks op anderen grond had ontvangen, geen deel uit van zijne jaarwedde in den zin van art. 43 L. O. wet en dus berekende de Regeering de „jaarwedde”, die over het laatste dienstjaar tot grondslag voor de berekening van de pensioensbijdrage had gestrekt, op f 1000.— zonder de bedoelde tegemoetkoming van f 100.—. M. a. w. ook al bedoelt een gemeenteraad een deel van het salaris te geven in den vorm van ver-

goeding voor huishuur, als deel der jaarwedde, waarover het pensioen wordt berekend, komt deze tegemoetkoming, buiten het geval van art. 26 L. O. wet, achtste lid, niet in aanmerking.

Er zijn ongetwijfeld vele gemeenteraden in ons land, die goed zouden doen hun jaarwedderegeling, in verband met dit Kon. besluit, nog eens te bezien.

(III) en (IV). De raadpleging van de K. K. B. B. van 9 Oct. 1912 (*Stbl.* n^o. 316 en *Stbl.* n^o. 317) voert tot het inzicht, dat Kroon en Afdeeling ook verschillen in hun oordeel over een der beginselen van art. 59 van de L. O. wet, in welk artikel de voorwaarden worden gesteld, waaraan een bijzondere school moet voldoen om in aanmerking te komen voor een bijdrage uit 's Rijks kas. In beide zaken deed zich het geval voor, dat wel is waar gedurende een groot gedeelte van een jaar was voldaan aan alle in de wet gestelde eischen en voorwaarden om voor een Rijksbijdrage in aanmerking te komen, maar dat voor een ander deel van het jaar door het schoolbestuur niet was voldaan aan de voorwaarde voor den onderwijzers-toeslag gesteld in het eerste lid (onder 5^o.) van art. 59 L. O. wet. De Afdeeling meent, dat dit feit voor het verleenen van de Rijksbijdrage over het geheele jaar fataal is, de Kroon, dat slechts een evenredig gedeelte der bijdrage wordt geëitied, daar eene redelijke opvatting van de wet medebrengt, dat de bijdrage wel wordt verleend over het tijdvak, gedurende hetwelk de in de wet gestelde voorwaarden werden vervuld. Zoo gaf de Kroon bij deze uitspraken zonder twijfel een belangrijke uitbreiding aan de strekking van het wetsartikel, hierboven bedoeld.

(V). Het cassatierecht van de Kroon — om het nu zoo maar te noemen — in het administratief procesrecht

werd ook toegepast bij het Kon. besluit van 13 Febr. 1912 (*Stbl.* n^o. 78). Het ontwerp-besluit van de Afdeeling werd vernietigd wegens strijd met art. 21, § 1^h der wet tot regeling van de personeele belasting van 16 April 1896 (*Stbl.* n^o. 72). Het betrof deze zaak. In art. 63, § 3 der wet op de personeele belasting wordt o. a. bepaald, dat aan den belastingplichtige, die eene dienstbode, waarvoor hij is aangeslagen, afschaft of niet langer tot belastbare doeleinden bezigt, en die geen nieuwe dienstbode aanneemt, ontheffing wordt verleend van zijn aanslag over de maanden van het jaar die tijdens het indienen der aangifte nog niet zijn ingetreden. Een weduwnaar, wiens echtgenoot op 1 Juni was overleden, meende voor ontheffing van personeele belasting over de maanden Juli-Dec. in aanmerking te kunnen komen, daar art. 21, § 1^h der wet de bepaling bevat, dat geene belasting wordt geheven wegens het houden van een eenige vrouwelijke dienstbode door een weduwnaar (een en ander voor zoover hij geen andere dienstbode houdt — hetgeen in deze zaak ook werkelijk niet het geval was). De Afdeeling was eveneens van dit gevoelen en oordeelde, dat de ontheffing kon worden verleend nu in den loop van het belastingjaar verandering was ingetreden, ook al was het belastingobject, de dienstbode, dezelfde gebleven.

De Regeering echter maakt, niet op grond van een wetsartikel, een onderscheid tusschen een *zakelijke* verandering in den loop van het jaar opgekomen, gelijk in art. 63, § 3 der wet op de personeele belasting „kennelijk” wordt bedoeld, en het feit, dat „de voorwaarde eener *persoonlijke* vrijstelling (zooals die welke bij art. 21, § 1^h aan weduwnaars wordt toegekend) in den loop van het jaar wordt vervuld”. Alleen in het eerste geval kon naar de meening van de Regeering ontheffing over de maanden, die nog niet zijn ingetreden, worden verleend, in het

tweede geval is van ontheffing geen sprake. Niemand anders dan de Regeering kan deze onderscheiding, welke de wet niet kent, tot oplossing van een geschil aanwenden.

Er doet zich in deze zaak nog een eigenaardigheid voor. Men weet, dat het rapport, dat de Minister aan H. M. de Koningin richt, voor publicatie is bestemd, wanneer een contrair besluit wordt genomen. Het rapport omtrent deze zaak is dan ook in de Handelingen van den Raad van State, Afd. voor de geschillen van bestuur, 1912, blz. 271 gepubliceerd, maar is gedeeltelijk onbegrijpelijk, omdat herhaaldelijk verwezen wordt naar het „oordeel” van de Afdeeling, waarvan in het ontwerpbesluit, dat door de Afdeeling is voorgedragen, niets is te vinden. Blijkbaar is er nog een ander schrijven, voor publicatie *niet* bestemd, van den Raad van State naar den Minister gegaan en wordt naar eenige „opvatting” of „oordeel” van de Afdeeling, in dat schrijven kenbaar gemaakt, verwezen. Is dit richtig?

(VI) en (VII). Een zeer belangrijk meeningsverschil blijkt uit de K.K. B.B. van 13 Nov. 1912 (*Stbl.* n^o. 345) en van 20 Nov. 1912 (*Stbl.* n^o. 350). Het betreft de interpretatie van art. 39 Armenwet.

De eerste beschikking betrof een geschil, dat was ontstaan tusschen de besturen van twee gemeenten over de verplichting tot betaling der kosten van de verpleging van een armlastige krankzinnige. De feiten, waarover geen verschil was, waren aldus. Een juffrouw, wonende te Kampen, werd voor rekening van een diakonie tijdelijk opgenomen in een verpleeginrichting, welke gevestigd was te Wagenborgen (gem. Termunten). De omstandigheden voeren er toe, dat elke feitelijke band met de gemeente Kampen wordt verbroken. Na acht jaren moet

patiënte het gesticht te Wagenborgen verwisselen tegen een krankzinnigengesticht. Kroon en Afdeeling zijn het nu hierover eens, dat althans de gemeente Termunten met de kosten der verpleging niet mag worden bezwaard, omdat het vast stond, dat patiënte bij haar vertrek naar Wagenborgen niet bedoelde haar woonplaats aldaar te vestigen. Het ging dus nu tusschen Kampen of het Rijk. De Afdeeling meent, dat wel is waar geen nieuwe woonplaats is verkregen, maar dat de oude woonplaats is verloren gegaan door een afwezigheid van 8 jaar en door het verbreken van elken feitelijken band met die gemeente. De woonplaats is verloren gegaan door het feitelijk verlaten van de gemeente Kampen. Neen, zegt de Regeering, er is geen nieuwe woonplaats verkregen en aangezien „noch uit de opneming der patiënte in „een gesticht te Wagenborgen, gemeente Termunten, noch „uit andere omstandigheden valt af te leiden, dat deze „het voornemen heeft gehad de gemeente Kampen „metterwoon te verlaten om in de gemeente Termunten „haar hoofdverblijf te vestigen” moet worden aangenomen, dat de gemeente Kampen haar woonplaats is gebleven, m. a. w. de Regeering erkent niet, dat door het opheffen van den feitelijken band — want dit wordt door de Regeering niet weersproken — de woonplaats wordt verloren. Zonder deze verandering van woonplaats neemt de Regeering een verlies van woonplaats niet aan.

Het tweede Kon. besluit geeft van hetzelfde verschil van gevoelen blijk. Een juffrouw, zwak van hoofd, verlaat 's-Gravenhage in 1909 en laat zich opnemen in het zenuwlijdersgesticht in de gemeente Etten en Leur gelegen. In 1912 moest echter de patiënte worden overgebracht naar het krankzinnigengesticht. De vraag is weer, wie de kosten der verpleging betaalt. Weer zijn de Afdeeling

en de Kroon het eens, dat de gemeente, waar het zenuwlijdersgesticht is gevestigd, niet in aanmerking kan komen, omdat het onzeker was of de patiënte bij haar vertrek naar Etten en Leur in staat was het voornemen te vormen om aldaar hare woonplaats te vestigen. De strijd gaat dus weer tusschen een gemeente en het Rijk. De Afdeeling meent ook dit keer, dat vaststaat, dat na verloop van drie jaren en in verband met andere omstandigheden iedere feitelijke band met de gemeente 's-Gravenhage is verbroken, en dat door het ontbreken van dit feitelijke element, die gemeente heeft opgehouden haar woonplaats te wezen. De Kroon redeneert echter, dat de patiënte nooit *het voornemen* heeft gehad de gemeente 's-Gravenhage te verlaten om in de gemeente Etten en Leur haar hoofdverblijf te vestigen. Naar het gevoelen van de Regeering volgt uit de omstandigheid, dat de feitelijke band met 's-Gravenhage werd verbroken, niet, dat reeds daarom de gemeente 's-Gravenhage niet als de woonplaats van de armlastige krankzinnige kan worden aangewezen. De Regeering eischt ook hier, dat een verandering van woonplaats hebbe plaats gehad. In dat geval moet natuurlijk 'bewezen worden, dat het voornemen bestond zich elders te vestigen. Zulk een voornemen was bij deze lijderees natuurlijk niet aan te toonen en dus bleef — naar het oordeel van de Regeering — 's-Gravenhage met de kosten belast.

(VIII). Een verschillende opvatting aangaande meerdere artikelen der Burgerl. Pensioenwet gaf aanleiding tot het Kon. besluit van 22 Jan. 1912 (*Stbl.* n^o. 14).

Een hoofd van een openbare lagere school werd eervol ontslagen met maximum pensioen, nadat hij meer dan 40 jaren aan het openbaar onderwijs was verbonden ge-

weest. Wel is waar had hij, vóór zijn benoeming bij het openbaar onderwijs ook nog bij het bijzondere lager onderwijs diensten bewezen, maar om twee redenen konden deze diensten niet met pensioen worden vergolden. In de eerste plaats niet, omdat de onderwijzer reeds het maximum pensioen genoot voor zijn diensten bij het openbaar onderwijs en de wet onder geen omstandigheid verhooging van dit wettelijk maximum pensioen toelaat. En in de tweede plaats ook daarom niet, omdat, volgens art. 72 van de Lager Onderwijswet, dat overigens geheel toepasselijk was, de diensten bij het bijzonder onderwijs bewezen alléén dan als diensttijd in aanmerking hadden kunnen komen, indien de onderwijzer zich had verbonden tot betaling van een bijdrage, welke door alle onderwijzers bij het bijzonder lager onderwijs verschuldigd was, op het oogenblik, dat zij krachtens de wet in het genot werden gesteld van de pensioenrechten. In het geval van den onderwijzer, hierboven genoemd, was dit nu niet geschied en konden dus ook daarom de diensten bij het bijzonder onderwijs genoten, niet met pensioen worden vergolden.

Een gelukkig toeval heeft gewild, dat de onderwijzer toch nog van deze diensten zou profiteren. Eenigen tijd later namelijk kon hij aanspraak maken op een tweede pensioen, aangezien hij 31 jaren was belast geweest met het geven van onderwijs bij de Rijks-Normaallessen. Als zoodanig had hij, aangezien de onderwijzers bij Rijks-Normaallessen krachtens beslissing van de Kroon, — Kon. besluit van 23 Maart 1909 (*Stbl.* n^o. 19) — burgerlijke ambtenaren zijn in den zin der Burgerlijke Pensioenwet, recht op pensioen volgens de bepalingen dier wet.

Over de hoegrootheid van dit tweede pensioen ontstaat nu verschil tusschen den Minister van Financiën

eenerzijds (1) en de Burgerlijke Pensioenraad en de Afdeeling voor de geschillen van bestuur van den Raad van State anderzijds. Het hierboven aangehaalde Kon. besluit van Jan. 1912 besliste in den zin van den Minister. De Kroon vereenigde zich dus met zijn advies, om de jaren, door dezen burgerlijken ambtenaar besteed aan het bijzonder lager onderwijs, alsnog in aanmerking te doen komen bij dit tweede pensioen.

Naar het oordeel van de Afdeeling was daartoe allerminst reden, omdat art. 26, lid 3, Burgerlijke Pensioenwet, toepasselijk verklaard in art. 44 L. O.wet, bepaalt, dat vroeger in andere betrekkingen bewezen diensten in berekening komen bij de regeling van het pensioen wegens die betrekking, waarin de hoogste pensioensgrondslag was verkregen. En aangezien de pensioensgrondslag voor een oud-hoofd van een openbare lagere school hooger is dan die voor een oud-onderwijzer bij de Rijks-Normaallessen, meende dus de Afdeeling, dat in elk geval deze diensten bij het bijzonder lager onderwijs in aanmerking hadden moeten komen bij de regeling van het eerste pensioen. Dit was echter reeds een maximum pensioen en dus ware alle verdere aanspraken vervallen zoodat bij het tweede pensioen slechts de jaren, aan de Rijks-Normaallessen besteed, in rekening kwamen.

De Regeering redeneert heel anders. De door den oud-onderwijzer bij het bijzonder onderwijs bewezen diensten „mochten” niet bij zijne pensionneering als oud-schoolhoofd met pensioen worden vergolden, omdat de onderwijzer niet de bijdrage, bedoeld in art. 72 L. O.wet, had betaald. Deze diensten stonden dus geheel en al buiten de eerste pensionneering. Het tweede pensioen — zegt

(1) Onder verwijzing naar een schrijven van 3 Nov. 1911, Handelingen Raad van State, uitgave BELINFANTE 1911, blz. 1416—1418.

de Regeering — is een pensioen van een burgerlijk ambtenaar, waarop art. 9b der Burgerlijke Pensioenwet van toepassing is en volgens de woorden van dit artikel komt bij de pensionneering van een burgerlijk ambtenaar mede in aanmerking de tijd vóór en na de invoering van de Burgerlijke Pensioenwet in werkelijken dienst doorgebracht in betrekkingen bij scholen van bijzonder lager onderwijs, mits deze betrekking, naar de daarvoor geldende regeling, aanspraak geve op pensioen. En aangezien inderdaad deze pensioenregeling voor de onderwijzers van de bijzondere lagere scholen bestaat, kunnen de jaren, door den onderwijzer bij het bijzonder onderwijs doorgebracht, mede in aanmerking komen bij de berekening van het pensioen van den burgerlijken ambtenaar. In een uitvoerig betoog van den Minister elders (Handelingen Raad van State, uitgave BELINFANTE 1909 blz. 651) wordt dan nog aangevoerd, dat deze interpretatie ook in overeenstemming is met de bedoeling van de wet, zooals deze uit de Kamerstukken blijkt.

Tegen het uitdrukkelijk beroep van de Afdeeling op de zeer duidelijke woorden van art. 26, derde lid der Burgerlijke Pensioenwet dat „vroeger in andere betrekkingen bewezen diensten” in berekening komen bij de regeling van het pensioen wegens *die* betrekking waarin de hoogste pensioensgrondslag bekomen is, wordt aangevoerd, dat dit artikel eene speciale wijze van toepassing voorschrijft van art. 9 der Burgerlijke Pensioenwet voor het geval dat meerdere betrekkingen achtereen zijn vermeld, maar dat het artikel niet de strekking heeft tegelijkertijd de werking van art. 9 der Burgerlijke Pensioenwet te beperken ten nadeele van den belanghebbende.

(IX) en (X). Er zijn twee contraire besluiten te vermelden aangaande de toepassing van art. 4 § 2 der wet op de

Pers. Belasting van 16 April 1896 (*Stbl.* n^o. 72). In het eerste, K. B. van 6 April 1912 (*Stbl.* n^o. 141) is een meeningsverschil aan de orde, van persoonlijk inzicht geheel alleen afhankelijk.

Aangaande de feiten bestond geen verschil. Een vereeniging tot daarstelling van een Algemeene Openbare Bibliotheek verplicht de leden tot het betalen van een jaarlijksche bijdrage van f 10.—, waartegenover aan het lidmaatschap het voordeel verbonden is van het gebruik van de inrichting der vereeniging. Daarenboven werkt de vereeniging ten algemeenen nutte, doordat een overeenkomst werd gesloten met de gemeente, waar de vereeniging is gevestigd, tengevolge waarvan ook niet-leden gebruik konden maken van de inrichting der vereeniging. Bij den directeur der directe belastingen, invoerrechten en accijnzen wordt aanvraag gedaan om plaatsing van de inrichting op de lijst, bedoeld in art. 4 § 2 der wet van 16 April 1896 (*Stbl.* n^o. 72) tot regeling van de personeele belasting, maar deze weigert. De Kroon werd nu in de zaak gemengd.

De Afdeeling achtte de plaatsing op de lijst gerechtvaardigd, omdat de inrichting moest aangemerkt worden als eene tot algemeen nut bestemd, op grond van het doel en de middelen, zooals die waren aangegeven in de statuten, terwijl de overeenkomst met de gemeente, waar de vereeniging was gevestigd, naar het oordeel van de Afdeeling, slechts uitbreiding aan den werkkring gaf overeenkomstig het doel in de statuten omschreven.

De vermelding van de bepaling der statuten kan hier achterwege blijven, aangezien de Regeering de opvatting der Afdeeling van de woorden der statuten, die het doel en de middelen aangeven, niet weerspreekt, maar vóórop stelt, dat de vereeniging haar grond vindt in het individueel belang der leden, die door het lidmaatschap

een ruimere gelegenheid hebben om zich lectuur te verschaffen, dan zonder de samenwerking te verkrijgen zou zijn voor het bedrag, dat elk lid der vereeniging aan entréegelden en contributie verschuldigd is. Wanneer dit *individueele* belang der leden *primeert*, kan, welke formules ook mochten zijn opgenomen in de statuten van een vereeniging, nooit de inrichting der vereeniging op de bovenbedoelde lijst worden geplaatst, zelfs niet wanneer de vereeniging, door het sluiten van een overeenkomst om ook niet-leden toe te laten, mede ten algemeenen nutte werkzaam is.

De bestaansgrond der vereeniging toch is naar de meening van de Regeering aan het individueel belang der leden ontleend, en in dat geval kan van een plaatsing der inrichting van een vereeniging op de lijst, bedoeld in art. 4 § 2 der wet op de Pers. Belasting, geen sprake zijn.

(X). Het andere Kon. besluit van 6 April 1912 (*Stbl.* n^o. 140) is voor de ontwikkeling van het administratief recht van veel meer invloed geweest. Het is er één uit een groote serie *contraire* besluiten, waarin Afdeeling en Kroon gescheiden worden gehouden door de verschillende beantwoording der vraag, of de plaatsing op de lijst, bedoeld in art. 4 § 2 der wet tot regeling van de personeele belasting wordt gevitieerd door het feit, dat van het perceel, waarin de inrichting is gevestigd, een belastbaar gebruik wordt gemaakt. De Regeering kwam na verschillende *contraire* besluiten positief tot de meening, dat de vraag welk gebruik van de inrichting wordt gemaakt, telken jare naar den actueelen toestand moet worden beantwoord door de ambtenaren, die, onder bepaalde waarborgen, den belastingaanslag vaststellen en dat deze vraag dus niet behoeft te worden overwogen, wanneer door de Kroon een beslissing wordt gegeven omtrent de plaatsing

van een inrichting van een vereeniging van algemeen nut op de lijst, bedoeld in art. 4 § 2 van de wet op de Pers. Belasting, waardoor alleen de kans op vrijdom van belasting wordt opengesteld. Dat de Afdeeling er voorloopig nog anders over dacht, blijkt uit den nu volgenden inhoud van het reeds bovengenoemde Kon. besluit van 6 April 1912.

Noch de Afdeeling van den Raad van State, noch de Regeering wilde betwisten, dat de St. Josefs-Gezellen-Vereeniging te Rotterdam ten algemeenen nutte werkzaam was, maar toen het aankwam op de beslissing van de vraag of de inrichting dier vereeniging geplaatst zou worden op de lijst, bedoeld in art. 4 § 2 der wet tot regeling van de personeele belasting, wilde de Afdeeling hiertoe niet medewerken, tenzij op de lijst, bij de vermelding der inrichting, met het oog op art. 4 § 1^d der wet op de Pers. Belasting bijgevoegd zouden worden de woorden: voor zoover betreft het gedeelte, dat niet wordt gebezigd voor uitvoeringen, voorstellingen of bijeenkomsten, waarbij aan het publiek tegen betaling van meer dan 20 cent per persoon toegang wordt verleend. Door deze redactie zou zijn verkregen, dat voor het lokaal, waar de uitvoeringen worden gegeven, geen vrijdom van belasting zou kunnen worden genoten, doch dat overigens voor de andere gedeelten van het perceel, waarin de inrichting was gevestigd, de mogelijkheid bestond, dat vrijdom van belasting zou worden toegestaan.

De Regeering echter maakt de inrichting geheel los van het gebouw of het gebouwencomplex, waarin de inrichting is gevestigd en beoordeelt alleen of de inrichting, als zijnde van algemeen nut, behoort te worden geplaatst op de lijst, genoemd in art. 4 § 2 der wet op de personeele belasting. En daar dit algemeen nut immers vaststond, luidde het dictum der Regeering,

dat de inrichting op de lijst zou worden geplaatst. Maar — voegt de Regeering er onmiddellijk aan toe — deze plaatsing beteekent volstrekt niet, dat nu voor alle perceelen, waarin de inrichting is gevestigd, vrijstelling van personeele belasting wordt verkregen. Immers, wanneer de inrichting door de Kroon is geplaatst op de lijst der inrichtingen van algemeen nut, dan beoordeelt de administratieve macht, die de belasting-aanslagen, onder de noodige waarborgen, regelt, welke perceelsgedeelten in de personeele belasting vallen en welke niet. Bij het beslissen omtrent die vraag zal dan rekening gehouden moeten worden met het bepaalde bij art. 4 § 1^d der wet op de personeele belasting. De Kroon echter heeft — naar het oordeel der Regeering — in een geschil over de plaatsing op de lijst der inrichtingen van algemeen nut, met de voorwaarden, in art. 4 § 1^d der wet op de P. B. gesteld, niets te maken (1). Het dictum der Afdeeling bewijst, dat alleen in dit opzicht de Afdeeling voorloopig anders oordeelde.

* * *

a. De lijst der contraire besluiten over 1912 sluit met twee K. K. B. B. welke immer tot de uitzonderingen zullen blijven behooren en dan ook in de twee vermelde groepen niet passen. Eéns vond gedurende het jaar 1912 het contraire besluit van 30 Mei 1912 (*Stbl.* 176) zijn grond in een minder juiste opvatting der Regeering, omtrent de woorden, waarin de Afdeeling hare bedoeling redigeerde.

Het stond vast — Afdeeling en Kroon waren het daaromtrent volkomen eens — dat geen ontheffing van personeele belasting naar art. 63 § 2 der wet op de perso-

(1) Confer Mr. A. TERE *Katholiek Sociaal Weekblad* van 22 Febr. 1913, n^o. 8.

neele belasting kan worden verleend, wanneer de aangeslagene de „beschikking” over zijn gemeubileerd huis behouden heeft, en dit gedurende meer dan tien dagen heeft bewoond. Afdeeling en Kroon waren het eveneens volkomen hierover eens, dat het onverschillig was of deze bewoning gedurende meer dan 10 dagen geschiedde door den aangeslagene zelf of met diens toestemming door een derde. Ten aanzien van dit laatste punt had nu echter de Afdeeling, lettende op zeer bijzondere omstandigheden, die zich in dit proces voordeden — immers de aangeslagene had, met behoud van de beschikking over het huis, uit zuivere milddadigheid een arm gezin dat zijn huisje door brand had verloren, onderdak verschaft — overwogen, „dat de wet daarbij (bij de bewoning gedurende meer dan 10 dagen) geen onderscheid maakt tusschen het geval dat de bewoning heeft plaats gehad door den aangeslagene zelf en het geval dat dit is geschied door een ander, *terwijl het evenmin afdoet, onder welke omstandigheden een perceel aan een ander ter bewoning is afgestaan*”. De cursief gedrukte woorden sloegen natuurlijk alleen op de bewering van den aangeslagene omtrent zijn milddadigheidszin, waarmede door hem een verklaring was gegeven van de reden, waarom het huis was afgestaan. De Regeering echter weet, hetgeen ook niet moeilijk is, een geval te construeeren, waarin het er wèl toe afdoet, onder welke omstandigheden een perceel aan een ander ter bewoning wordt afgestaan. Immers wanneer — zoo redeneert de Regeering — de omstandigheid zich zóó had voorgedaan, dat de aangeslagene de beschikking over het huis eens niet had behouden, dan zou de tijd, gedurende welken het huis ter beschikking van een ander had gestaan, voor den oorspronkelijk aangeslagene niet mederekenen. Volkomen juist. Maar ieder was het er over eens, dat zoo'n geval niet aanwezig was. Het contraire besluit zou

uitgebleven zijn, wanneer de bewuste woorden, onderdeel van een overweging van de Afdeeling, meer in verband waren gelezen met de vaststaande feiten, zooals deze zich in dit proces voordeden.

b. Naar aanleiding van een voorgedragen ontwerp-Kon. besluit omtrent de toepassing van art. 45, vierde lid 4^o. der nieuwe Militiewet komt ten slotte het Kon. besluit van 23 Dec. 1912, geplaatst in het *Staatsblad* n^o. 439 (1), omdat de Regeering zich met de voorgedragen *motieven* niet kon vereenigen. Men zou vermoeden de gronden der afwijking aan te heffen in het rapport door den Minister aan de Koningin uitgebracht. Niets is minder waar.

De Minister toch schrijft aan H. M. de Koningin letterlijk, maar ook niet meer dan het volgende:

„Na ter zake overlegd te hebben gepleegd met den „Minister van Oorlog, wiens gevoelen is neergelegd in „het hierbij gevoegd (maar niet gepubliceerd!) schrijven „van 14 Dec. j.l., afdeeling Militie en Landweer (M) „n^o. 160, ben ik van meening, dat de door voornoemde „afdeeling ontworpen beslissing juist is, doch dat die „beslissing behoort te berusten op de door de Staatsraden „CORT VAN DER LINDEN en OPPENHEIM aangevoerde „motieven.

„Een in dien zin door mij opgemaakt ontwerp-besluit „wordt Uwer Majesteit hierbij eerbiedig ter bekrachtiging „aangeboden”. Dat is al! Dit is dus nu het rapport van den Minister, waarvan bij de behandeling van de wet op den Raad van State op 26 Oct. 1861 door den toenmaligen Minister van Justitie GODEFROI werd verklaard: „dat de verantwoordelijkheid van den Minister, die vermeent van de voordracht te moeten afwijken, vergroot

(1) W. B. A. n^o. 3320.

„wordt door de verplichting om in het openbaar reken-
 „schap te geven van de „redenen” die hem tot de af-
 „wijking genoopt hebben”.

Overzicht.

I. Wanneer een Kon. Besluit afwijkt van het advies der Afdeeling, omdat de Regeering de feiten, die zich bij het geschil voordeden, anders beoordeelt en anders vaststelt, wordt daarmede aan de belanghebbenden de beste waarborg voor een rechterlijke uitspraak, welke zij in de behandeling van het geschil door de Afdeeling contentieus van den Raad van State hebben, ontnomen. De vijf K. K. B. B., in de opsomming vóóraan geplaatst, zijn dan ook het bewijs, dat de bevoegdheid in art. 40 van de wet op den Raad van State aan de Regeering gegeven, — bij een onjuist gebruik dier bevoegdheid — er toe kan voeren, dat bij de uitoefening der administratieve rechtspraak door de Kroon de rechterlijke waardeering der feiten, welke aan de vaststelling dier feiten behoort vooraf te gaan, op zijde wordt gezet, en dat juist op het terrein der beoordeeling van de feiten, waar willekeur het meest te vreezen is, soms hetzij met een persoonlijk gevoelen van den Minister omtrent deze feiten, hetzij met een ambtelijke vaststelling dezer feiten wordt volstaan. Het een zoowel als het ander blijkt het beste uit de gepubliceerde rapporten, door den betrokken Minister krachtens art. 40 van de wet op den Raad van State aan de Koningin uitgebracht.

Wanneer de Minister aan de Koningin rapporteert, ter bestrijding van het ontwerp-besluit van de Afdeeling, waarvan bij K. B. van 21 Juli 1912 (*Stbl.* n^o. 270), werd afgeweken, „dat de voorgedragen beslissing juist zou zijn, indien er in 1911 inderdaad binnenshuis gemeenschap had bestaan tusschen de schoollokalen en de woning

van het onderwijzend personeel" en zich ter ondersteuning van het feit, dat de verbinding was verbroken, beroept op het rapport van den Districtsschoolopziener, dan kiest de Minister uit de ambtelijke bescheiden er één uit en laat hij dit stuk den doorslag geven op geen anderen grond, dan dat naar zijn persoonlijk gevoelen dit stuk van meer gewicht is dan de andere stukken of de voor de Afdeeling afgelegde verklaringen, die blijkbaar door de Afdeeling waren gevolgd.

Op een persoonlijk gevoelen omtrent de vaststelling der feiten rust ook het rapport van den Minister aan de Koningin, dat aanleiding gaf tot het K. B. van 30 Mei 1912 (*Stbl.* n°. 176), aangezien hier slechts wordt betoogd, dat meer aan „logeeren" moet worden gedacht dan aan het geven van een afzonderlijk deel van de woning ter vrije beschikking aan de nieuwe bewoners.

Uit de rapporten, voorafgaande aan de K. K. B. B. van 24 Juli 1912 (*Stbl.* n°. 267) en 18 Sept. 1912 (*Stbl.* n°. 298), die eenvoudig zich aansluiten bij het rapport van den Inspecteur van het krankzinnigenwezen, blijkt, dat ook met een ambtelijke vaststelling der feiten genoeg wordt genomen.

Gelijke gevolgtrekking moet gemaakt worden uit het hierboven medegedeelde Ministerieele rapport, waarop het K. B. van 3 Jan. 1912 (*Stbl.* n°. 2) steunt, in welk geval het deskundig oordeel, waarvan ook de Afdeeling had kennis genomen maar dat door haar niet was gevolgd, alleen den doorslag gaf.

II. Wanneer een Kon. Besluit het advies der Afdeeling ter zijde stelt, omdat een andere wetsinterpretatie door de Regeering de juiste wordt geacht (1), dan wordt een

(1) Het hier opgemerkte geldt zeker ook, wanneer de Regeering bij één besluit afwijkt en in de beoordeeling der feiten en in de wetsinterpretatie, hetgeen over 1912 niet voorkwam.

beslissing van een college, dat rechterlijke waarborgen biedt, en geoordeeld heeft over de feiten en de wet, getoetst door de Regeering uit het oogpunt van de richtige naleving der wet alléén. De Regeering treedt dan op met gelijke functie als een cassatie-rechter, die een aan zijn oordeel onderworpen rechterlijke uitspraak wegens strijd met de wet vernietigt om daarna, met overneming der feitelijke elementen, zelf recht te doen. Zoo wordt in het administratief procesrecht een cassatie-instantie ingeschoven, welke zeker niet is bedoeld door den wetgever, maar die in elk geval een uitzondering zal moeten blijven, wil de wetsinterpretatie werkelijk blijven geschieden door onpartijdigen en deskundigen. Een enkele maal heeft het contraire besluit voor het administratieve recht nog een bijzondere beteekenis. Wanneer n.l. noch omtrent de feiten, noch omtrent de oorspronkelijke bedoeling van de wet meeningsverschil bestaat, dan kan het van het gevoelen der Afdeeling afwijkende K. B. zijn grond en ook zijn rechtvaardiging vinden in een door de Regeering noodzakelijk geachte ontwikkeling van het administratieve recht. Feitelijk steunt dan ook het hier bedoelde contraire K. B. op de noodzakelijkheid de regeling in de administratieve wet neergelegd te hervormen naar de behoeften van de praktijk. En alleen in dit laatste geval heeft het contraire besluit werkelijke beteekenis voor ons administratieve recht. Een voorbeeld hiervan levert het onder (X) vermelde K. B. van 6 April 1912 *Stbl.* n^o. 140, waaruit niet blijkt, dat de Regeering de interpretatie van art. 4 van de wet op de pers. belasting, door de Afdeeling voorgestaan, onwettig acht, maar de opzet der Regeering spreekt om een nieuwe en vaste beteekenis aan het onbegrijpelijk geredigeerde art. 4 § 1^a der wet op de pers. belasting te geven. Deze nieuwe beteekenis: „dat

het gebruik, dat van de inrichting wordt gemaakt van geen invloed is op de vraag of de inrichting der vereeniging op de lijst, bedoeld bij art. 4 der wet op de pers. belasting, zal worden geplaatst", is oorspronkelijk zeker niet door den wetgever uitdrukkelijk bedoeld noch duidelijk uit de woorden van de wet te lezen, maar de belangen van den fiscus zijn door de nieuwe interpretatie beter gediend, zonder dat de belastingbetaler onnoodig is bezwaard. Voor een hervorming van ons administratief recht in dezen zin kon de Afdeeling dan ook niet ongevoelig blijven. Zoo blijkt dan ook uit het K. B. van 31 Mei 1913 n°. 44 (W. B. A. 3341) dat voor de toekomst ook de adviezen van de Afdeeling zich in de lijn door den Minister aangewezen, zullen bewegen.

Nu het verschil niet meer bestaat, mag er nog op worden gewezen dat de oorzaak van het contraire besluit bijna nooit hierin was gelegen, dat het algemeen nut van Werkliedenvereeningen, Jongenspatronaten, Weeshuizen of Jongelingsvereeningen door de Afdeeling werd ontkend en door de Regeering werd hooggehouden. Prof. STRUYCKEN heeft in zijn „Grondwetsherziening" (1913) pag. 103 geschreven: „Wat „algemeen nut", „openbaar belang", „openbare orde", „goede zeden", e.d. met zich brengen, is niet op onpartijdige wijze vast te stellen, maar hangt voor ieder samen met zijne staatkundige, sociale, moreele overtuigingen". Laat het waar zijn. Maar wanneer hij aan deze beschouwing de vraag verbindt of hieruit niet zijn te verklaren vele der van het advies van den Raad van State afwijkende beslissingen in zake de plaatsing van inrichtingen als Werkliedenvereeningen, e. d. op de lijst van inrichtingen van algemeen nut, ook al blijkt niet steeds openlijk van verschil in sociale waardeering tusschen Raad van State en Regeering, zouden wij daarop met „neen" willen antwoorden. Dat verschil was

immer in de technische wetsinterpretatie gelegen, die, het bleek o. a. hierboven, tot groote moeilijkheden aanleiding gaf. Het eenige geval van dezen aard is te vinden in het K. B. van 28 Oct. 1911 (*Stbl.* n°. 326). De Minister omschrijft de tegenstelling in zijn rapport aan de Koningin (zie Handelingen, Raad van State, Afd. voor de geschillen van bestuur, 1911, pag. 1338) aldus: De Raad van State is van oordeel, dat het houden van „retraites” niet is beschouwen als een zaak van algemeen nut, vermits zij enkel strekken tot bevrediging van eene persoonlijke zielsbehoefte van hen, die er aan deelnemen. De ondergeteekende meent echter, dat het houden van retraites, indien daartoe tegen geringen prijs, voor iederen Roomsch-Katholiek als het ware de gelegenheid wordt opengesteld, wel degelijk is te beschouwen als eene zaak van algemeen nut, vermits de retraites aldus gehouden, strekken tot ontwikkeling van geloofsleven, zedelijkheid en orde en dat dus de inrichtingen daartoe gebezigd in uitgebreiden kring nuttig werken, *even zoogoed als inrichtingen van anderen aard, welke men bij het tot stand komen der wet meer in het bijzonder op het oog heeft gehad.* Uit deze laatste woorden blijkt toch ook weer, dat de Regeering niet schroomt — terecht niet schroomt — zoo mogelijk invloed uit te oefenen op de wetsinterpretatie om het recht te vernieuwen.

Hiernaast ziet men het ook gebeuren, dat een door de Afdeeling voorgestelde hervorming van het administratief recht door de Regeering niet of voorloopig nog niet wordt aanvaard. Blijft de Afdeeling echter haar gevoelen handhaven, dan kan ook langs dezen weg, wanneer de Regeering toegeeft, een belangrijke wijziging worden gebracht in de „oorspronkelijke bedoeling” van de wet. Zoo blijkt bijv. uit het K. B. van 3 Juli 1913 (n°. 16) dat de Regeering ten slotte mede is gegaan met een

geheel nieuwe opvatting omtrent art. 39 Armenwet in verband met art 76 B. W., waarvan de hoofdstrekking was dat een gemeente niet als onderhoudsplichtige van een armlastigen krankzinnige mocht worden aangemerkt, wanneer elke feitelijke band met die gemeente was verbroken (1), welke interpretatie van de Armenwet door haar nog werd bestreden in de onder VI en VII vermelde besluiten van Nov. 1912 (*Stbl.* n°. 345 en 350).

Meerdere K. K. B. B. van gelijke strekking volgden. Men raadplege in de Handelingen van den Raad van State, Afd. v. d. gesch. v. bestuur 1913 de K. K. B. B., welke in de gewone weekbladen misschien ten onrechte niet zijn opgenomen, van 20 Aug. 1913 n°. 69 (EGBERS) en van 27 Sept. 1913 n°. 42 (GORTER).

Daar sedert het aftreden van den vorigen Minister v. Binnl. Zaken nog geen contrair besluit naar aanleiding van art. 39 der nieuwe Armenwet is verschenen, schijnt ook deze Minister zich met de nieuwe jurisprudentie der Afdeeling ten opzichte van de kwestie der woonplaats in den zin van art. 39 der Armenwet te kunnen vereenigen.

C. W. DE VRIES.

(1) Confer de rechtsoverweging: dat W. KRUL, na zijne meerderjarigwording op 10 April 1911, de gemeente Blokker, waar hij van 4 Oct. 1910 tot 2 Mei 1911 vertoefde, op laatstgemelden datum met het gezin, waartoe hij behoorde, heeft verlaten, waardoor hij ophield in de gemeente Blokker zijn hoofdverblijf te hebben, zoodat reeds uit dien hoofde deze gemeente niet als woonplaats van dezen armlastige krankzinnige voor de toepassing van art. 39 der Armenwet kan worden aangewezen;

dat immers van het begrip woonplaats in den zin van art. 74 van het B. W. een noodzakelijk element is het hebben van een hoofdverblijf en geen woonplaats in eenige gemeente *bestaanbaar* is zonder de aanwezigheid van dit feitelijke element.

Aanteekeningen op de artt. 105 en 106 R. O.

Bij mijn mede-arbeid aan de voorbereiding van een nieuw Wetboek van Strafvordering kwam ik in aanraking met de bepaling van art. 369 Strafv. en langs den weg van dit artikel met de artt. 105 en 106 R. O. Dat deze twee artikelen op zeer onvoldoende wijze regelen wat de H. R. te doen heeft bij eventueele vernietiging van arrest of vonnis, stond reeds op grond van vroegere studie bij mij vast en zal ook wel niet worden betwist. De wetgever zelf dacht er niet anders over, toen hij indertijd in de artt. 421—424 Rechtsv. nadere voorschriften gaf ter uitwerking van de bepaling van art. 105. Hernieuwd onderzoek van de rechtspraak kon slechts de vroegere opvatting bevestigen. Toen ik eenmaal met dat onderzoek begonnen was, gevoelde ik de neiging het wat verder voort te zetten en de uitkomsten er van mede te deelen. Het doel van mijn onderzoek was na te gaan en vast te stellen, wat de H. R. van de onvolledige artikelen in de R. O. heeft gemaakt en hoe ons hoogste rechtscollege zich met die gebrekkige voorschriften heeft weten te redden. Gemakkelijk was de ondernomen taak niet. Immers wilde ik haar geheel naar eisch vervullen, dan zou ik van 1838 af alle arresten hebben moeten nagaan, waarin eene cassatie werd uitgesproken, om te zien welke beslissing bij die arresten werd gegeven. Een inderdaad onbegonnen werk. Ik heb mij er dus toe bepaald, zooveel mogelijk die arresten op te sporen, waarin eene voor mijn doel belangrijke beslissing is opgenomen. Vermoedelijk zijn er nog wel een aantal

aan mijne aandacht ontsnapt, want de verzamelingen geven, vooral voor den lateren tijd, slechts zeer gebrekkige aanwijzingen. Doch al moest mijn onderzoek beperkt blijven, het geeft toch wel voldoende licht over de toepassing, die de artt. 105 en 106 in de practijk gevonden hebben. Ter nadere contrôle heb ik nog eens de Weekbladen van één willekeurig gekozen halfjaar, n.l. van de eerste helft van 1911, nagegaan en van alle daarin opgenomen vernietigende arresten de beslissingen aangeeteekend en gesystematiseerd, terwijl ik ditzelfde deed met de in den loopenden jaargang opgenomen uitspraken. Mijne beschouwingen betreffen in hoofdzaak de rechtspraak in strafzaken, slechts hier en daar zal ik mij een uitstapje naar die in burgerlijke zaken veroorloven.

Art. 99 R. O. kent een drietal gronden, waarop vernietiging van arresten of vonnissen kan plaats vinden, en de artt. 105 en 106 regelen ook slechts in verband met die drie gronden wat de H. R. in geval van vernietiging verder heeft te doen, rechtspreken ten principale of verwijzen. In art. 346 Strafv. worden in het tweede lid nog een tweetal cassatiegronden bijgevoegd, die in de R. O. niet worden genoemd en waarover dus ook in de artt. 105 en 106 niet wordt gesproken. Die twee gronden zijn ontleend aan het tweede lid van art. 408 Code d'Instruction (1). Bij cassatie op die gronden is dus, niet geregeld wat door den H. R. zal moeten worden gedaan. Met betrekking tot een van die twee gronden is in het burgerlijk proces eene voorziening getroffen; art. 421 Rechtsv. schrijft voor, dat indien het arrest wordt vernietigd ter zake van onbevoegdheid de H. R. partijen verwijst daar en waar het behoort. De woorden en de geschiedenis van het artikel hebben aan

(1) Vgl. DE BOSCH KEMPER, Strafv. III, blz. 352 en 353.

leiding gegeven tot de opvatting, dat het alleen het geval op het oog heeft, waarin de rechter ten onrechte zijne bevoegdheid heeft aangenomen, en niet wanneer de rechter zich onbevoegd heeft verklaard en de H. R. de bevoegdheid aanneemt. Voor dit laatste geval zou dus ook in het burgerlijk proces eene regeling ontbreken. Er bestaat dan ook verschil over de vraag, wat in deze moet geschieden, eene bevoegdverklaring zonder meer of terugwijzing naar den door den H. R. bevoegd verklaarden rechter (1).

Ik keer nu, alvorens de vijf gevallen of gronden van cassatie achtereenvolgens na te gaan, allereerst nog even terug tot de artt. 105 en 106. In die artikelen wordt eene tegenstelling gemaakt, althans onderscheiden tusschen rechtdoen ten principale en verwijzing. Het wil mij voorkomen, dat de wetgever zich die twee beslissingen inderdaad als tegenstelling gedacht heeft, m. a. w. dat naar zijne onderstelling bij rechtspraak ten principale verwijzing niet te pas zou komen. Het is bekend, dat onze wetgever van zijn Fransch voorbeeld is afgeweken en weer is teruggekeerd tot oud-vaderlandsche opvattingen, toen hij aan den cassatierechter de bevoegdheid gaf ten principale recht te spreken. Indertijd is dit uitvoerig uiteengezet door POLS in zijne belangrijke artikelen over het cassatieproces in Nederland (2).

Men wilde, dit blijkt uit de toelichting, den H. R. als rechter ten principale toelaten, ten einde noodelooze verwijzing te voorkomen. In antwoord op de opmerking van eene der secties verklaarde de Regeering (3): „On

(1) Vgl. OUDEMAN, Burgerl. Rechtsv. II, blz. 77 en 78; DE PINTO, Handl. Burgerl. Rechtsv., blz. 506 en 507; VAN ROSSUM, Het Nederl. Wetb. van Burgerl. Rechtsv., aant. 2 op art. 421.

(2) T. v. Str., X, 438.

(3) POLS, t. a. p. blz. 442.

„a cru qu'il était dans l'intérêt des justiciables de faire
 „une distinction entre la cassation pour fausse application
 „de la loi et celle pour violation de forme. Dans le
 „premier cas, le renvoi a été considéré comme inutile
 „et préjudiciable aux parties”.

De Regeering, die dit antwoord gaf, had er zich klaarblijkelijk geen rekenschap van gegeven, dat ook bij verkeerde toepassing der wet in vele gevallen rechtspraak ten principale òf niet mogelijk òf niet voldoende zou zijn. Zij vatte het begrip „schending of verkeerde toepassing der wet” veel te eng op, en kwam daardoor tot hare gebrekkige en onvolledige regeling. Men kan zeker een onderscheid maken tusschen rechtspraak ten principale en rechtdoen op de hoofdzaak, op de zaak au fond, en dus bijv., zooals A. DE PINTO deed bij de behandeling van art. 421 Rechtsv., ook spreken van rechtdoen ten principale op de exceptie. Ik meen echter dat een dergelijke terminologie niet is die van onze wet. In de artt. 355—358 Rechtsv. wordt onder het vonnissen ten principale zeker het afdoen van de hoofdzaak verstaan en worden, zooals bepaaldelijk in art. 357, die twee uitdrukkingen als van gelijke waarde aangemerkt. Ook betwijfel ik, of de wetgever bij het opstellen van art. 105 R. O. aan iets anders heeft gedacht dan aan afdoening der zaak zonder verdere verwijzing. Ware het anders, hij zou toch zeker in art. 105 evenals in art. 106 hebben moeten aanwijzen, naar welken rechter de verwijzing zou moeten geschieden. Wel herinnert art. 105 aan de beperkte bevoegdheid van den cassatierichter door de bepaling, dat de H. R. niet zal mogen treden „in een nieuw onderzoek naar het al dan niet bestaan van de daadzaken, in het beklagde arrest of vonnis vermeld”. Die woorden onderstellen, dat in vonnis of arrest eene beslissing over de feiten is opgenomen,

wat natuurlijk lang niet altijd, bijv. niet in de gevallen vermeld in art. 153 Strafv., zal zijn geschied. Toch vloeit in zoodanig geval uit de taak van den cassatierechter voort, dat het dan niet aan hem moet staan eene beslissing over de feiten te geven.

DE BOSCH KEMPER, die er evenzeer op wijst dat er verscheidene gevallen bestaan, waarin een arrest of vonnis wegens verkeerde toepassing der wet kan vernietigd worden zonder dat het mogelijk is buiten een nieuw onderzoek eene straf uit te spreken, wil dan ook art. 105 aldus opvatten alsof er ware bijgevoegd: „Indien in het vonnis de daadzaken zoodanig zijn vermeld, dat door den H. R. ten principale kan worden recht gesproken”. Is dit niet het geval en is een nieuw onderzoek over de feiten gevorderd, dan moet z. i. art. 106 worden toegepast en dus eene verwijzing geschieden naar een anderen rechter (1). Eene dergelijke wetsuitlegging heeft veel van wetsverbetering. De wetgever van 1827 heeft verzuimd zich van dit alles behoorlijk rekenschap te geven. Ook hier heeft de wetgever van 1838 voor het burgerlijk proces het beter gedaan dan zijn voorganger. Art. 424 gelast eene verwijzing, doch niet, zooals DE BOSCH KEMPER wil, naar een anderen rechter doch naar denzelfden rechter, „indien de definitieve beslissing der hoofdzaak afhangt van daadzaken of van regtpunten, welke bij de vroegere behandeling zijn onopgelost gelaten” (2). Wij zullen nu nagaan, in hoeverre de H. R. de meening van DE BOSCH KEMPER heeft gevolgd en op welke wijze ons hoogste rechtscollege de onvolledige regeling van de artt. 105

(1) T. a. p. blz. 343 en 344; zie ook blz. 431.

(2) In art. 16, lid 4 van Titel Ontwerp Strafv. 1864 werd eene aanvulling gegeven in gelijken zin. Vgl. DE PINTO t. a. p. blz. 570 noot a en R. O. blz. 233 en 234.

en 106 heeft aangevuld. Dat zijne rechtspraak in menig opzicht staat naast die artikelen, niet er op berust, zal nog nader blijken.

De eerste grond, in art. 99 als reden voor cassatie genoemd en in het eerste lid van art. 346 herhaald, is verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen. Voor dat geval is geschreven de bepaling van art. 106. De H. R. zal dan volgens dit artikel — en art. 346 herhaalt hetzelfde in andere woorden — eene nieuwe instructie der zaak bevelen, te beginnen van de oudste akte in welke de nietigheid begaan is, en de zaak ter verdere berechting naar een anderen rechter verwijzen.

Heel gelukkig is de redactie van de hier weergegeven bepalingen niet, vooral wanneer men let op het voornaamste geval, dat naar de practijk onder de omschrijving van art. 99, 1°. wordt gebracht. Het hierbij meest in aanmerking komende vormvoorschrift is dat van art. 221 omtrent het met redenen omkleed zijn van het vonnis (1). Art. 223 bedreigt tegen niet-opvolging van dit voorschrift nietigheid en hier hebben wij dus, naar de gangbare opvatting, verzuim van een op straffe van nietigheid voorgeschreven vorm (2). Een zeer groot aantal vonnissen of arresten worden op die vormfout vernietigd (3). Volgens art. 106 moet nu eene nieuwe instructie der zaak worden bevolen te beginnen met de akte, waarin de

(1) DE BOSCH KEMPER, t. a. p. blz. 357, vermeldt de op straffe van nietigheid in acht te nemen vormen en noemt daarbij het met redenen omkleed zijn van het vonnis volgens art. 211.

(2) Reeds in *W.* n°. 14 vond ik een arrest en wel van 25 Maart 1839, waarbij wegens schending van art. 211 (thans 221) een arrest werd vernietigd. In dat geval was er tevens schending van art. 443 (thans 407).

(3) In den jaargang 1911 van het *Weekblad*, de eerste helft, telde ik er 12. Uit den lateren tijd o. a. 23 December 1912; *W.* 9429 en 20 Februari 1913; *W.* 9467.

nietigheid begaan is. Die akte is het vonnis of arrest en eigenlijk zou dus bij eene letterlijke opvatting daarmee de nieuwe instructie moeten aanvangen, d.w.z. de rechter, naar wien de zaak is verwezen, zou niets anders hebben te doen dan eene nieuwe uitspraak geven, zonder in een nader onderzoek van de zaak te treden, zonder eene nieuwe behandeling met verhoor van beklagde of getuigen.

De practijk is eene andere. Bij vernietiging van een in hooger beroep gewezen vonnis wordt de zaak naar den anderen rechter verwezen, ten einde op het bestaande hooger beroep opnieuw te worden berecht en afgedaan (1), en eene overeenkomstige formule wordt gebruikt, wanneer een in eersten aanleg gewezen vonnis wordt vernietigd en de zaak naar een hooger rechter wordt verwezen (2). De rechter, aan wien de zaak ter berechting wordt opgedragen, hetzij in hooger beroep, hetzij in eersten aanleg, krijgt haar opnieuw te behandelen en staat tegenover haar als de rechter, wiens vonnis werd vernietigd (3).

DE PINTO leert dan ook (4), dat indien het verzuim begaan is in het vonnis zelf, met dat vonnis ook wordt vernietigd het openbaar onderzoek, omdat het vonnissen door den anderen rechter niet mogelijk is zonder een nieuw onderzoek van dien rechter zelf. Ik betwijfel het beslissende van dit argument; de betwiste mogelijkheid bestaat, meen ik, feitelijk wel. Rechtens bestaat zij niet, als men aanneemt, dat de nieuwe rechter in hooger beroep niet mag recht doen op hetgeen bij de eerste behan-

(1) H. R. 30 December 1912; W. 9438.

(2) Zie 9 December 1912; W. 9434. Hier betrof het niet-opvolging van art. 177 Strafv.

(3) H. R. 9 October 1899, W. 7341.

(4) Handl. Strafv. blz. 567.

deling in hooger beroep is verklaard (1). Daaruit volgt dan de noodzakelijkheid van eene nieuwe behandeling. Doch ik acht het niet noodig hierop nader in te gaan, te minder omdat hetgeen misschien mogelijk zou kunnen zijn, zeker niet wenschelijk is. Het beginsel der onmiddellijkheid brengt meê, dat de rechter, die beslissen moet, ook zelf onderzoekt. Ik heb alleen even willen wijzen op de weinig gelukkige formuleering in de artt. 106 en 346 lid 1. Voor het geval, in die bepalingen bedoeld, in aansluiting aan art. 99, 1^o. R. O., is de door den H. R. te volgen handelwijze voldoende aangewezen. Dat in dat geval ten einde eene nieuwe feitelijke beslissing te verkrijgen, verwijzing moet plaats vinden, is volkomen rationeel en is door den wetgever uitdrukkelijk bepaald. Moeilijkheden zijn hier verder niet aanwezig.

Art. 99 R. O. noemt in het tweede nummer als grond voor cassatie: verkeerde toepassing of schending der wet. Ik laat dien grond voorloopig rusten, omdat daarmede de grootste moeilijkheden samenhangen en het mij daarom beter lijkt, in zooverre de volgorde van art. 346 volgende, dezen eigenlijk alle andere omvattenden grond in de laatste plaats te bespreken. Ik noem dus nu allereerst den derden grond van art. 99, mede vermeld aan het slot van het derde lid van art. 346, de overschrijding van rechtsmacht. Het is bekend genoeg, dat die uitdrukking tot veel twijfel aanleiding heeft gegeven, en dat uiterst moeilijk is vast te stellen, wat daaronder precies is te verstaan. Reeds bij de vaststelling van art. 408 Code d'Instruction, waarin de term niet voorkomt, werd er op gewezen, dat men hier te doen had met „un mot vague, qui n'a jamais été bien défini” (2). DE BOSCH

(1) H. R. 7 Juni 1911; W. 9199.

(2) Vgl. A. DE PINTO, Handl. Strafv. blz. 571.

KEMPER meent dat de gronden, vermeld in het tweede nummer van art. 346, onder overschrijding van rechtsmacht begrepen zijn, en vat het begrip zoo ruim op, dat er eigenlijk alle met de wet strijdige handelingen onder moeten vallen (1). Nu de wetgever èn in het tweede lid van art. 99 R. O. èn in art. 346 Strafv. onbevoegdheid en overschrijding van rechtsmacht tegenover of naast elkander stelt, is er aanleiding tusschen die twee begrippen te onderscheiden en in verband met art. 346 bestaat er alle reden het begrip „overschrijding van rechtsmacht” zoodanig te omschrijven, dat het naast de andere gronden van dat artikel zelfstandige beteekenis behoudt. Het meest aannemelijk lijkt mij de opvatting, dat overschrijding van rechtsmacht dan aanwezig is, wanneer de rechter de grenzen te buiten gaat aan de bevoegdheid van de rechterlijke macht in het algemeen gesteld en zij zich dus eene bevoegdheid aanmatigt, welke aan een andere macht in den Staat toekomt (2). Vat men het begrip in dien beperkten zin op, dan is er natuurlijk niet het minste bezwaar in een dergelijk geval volgens art. 105 door den H. R. ten principale te doen rechtspreken, want de H. R. heeft dan niets anders te doen dan de rechterlijke uitspraak, waarin de machtsoverschrijding gelegen was, te vernietigen. Een verder dictum is overbodig.

(1) T. a. p. blz. 360 en blz. 374—379. Tegen DE BOSCH KEMPER A. DE PINTO, Handl. R. O., blz. 226 en 227.

(2) Vgl. A. DE PINTO, Handl. R. O., blz. 226, noot 4 en arrest H. R. 19 Januari 1880; W. 4483. «Er is geen overschrijding van rechtsmacht, omdat de rechter niet is gegaan buiten de grenzen, die voor de rechterlijke macht in het algemeen bij de wet zijn afgebakend en zich niet op het gebied van eene andere macht in den Staat heeft bewogen.» Zie ook GARRAUD, *Précis de droit criminel*, blz. 922, die van «excès de pouvoir» spreekt «lorsque le juge s'est arrogé des droits qui n'appartiennent à aucune juridiction».

Anders wordt het wanneer men aan het begrip eene ruimere strekking toekent en er bijv. met VAN BONEVAL FAURE (1) onder wil verstaan al die gevallen van machts-overschrijding, welke noch onder sub 2^o. van art. 99 noch onder de onbevoegdheid in specie vallen. Dan komt men er toe te moeten handelen buiten den in art. 105 gestelden regel om. Ik vond daarvan een merkwaardig voorbeeld in het geval beslist bij arrest van 16 Juli 1853; *W.* 1567.

Bij een arrest van 1 Maart 1853; *W.* 1469 had de H. R. wegens verkeerde toepassing of schending van de artt. 129 en 130 Strafv. omtrent de voeging een arrest vernietigd van het Hof van Zeeland en tevens een bij dat arrest bevestigd vonnis en de zaak verwezen naar het Hof van Noord-Brabant (2). Deze verwijzing geschiedde krachtens art. 106 R. O. Toen nu de procureur-generaal de zaak aanbracht bij het Hof van Noord-Brabant werd hij met eene niet-ontvankelijkheid naar huis gezonden. Het bezwaar van het hof was, dat nu ook het vonnis in eersten aanleg was vernietigd, het hof niet meer in hooger beroep kon recht doen. De H. R. meende, dat het hof toch recht had moeten doen als gold het een hooger beroep, zag in de uitspraak van het hof eene overschrijding van rechtsmacht en verwees, met vernietiging van het aangevallen arrest, de zaak weer naar een ander hof.

Wij hebben dus hier een geval van overschrijding van rechtsmacht, waarin niet art. 105 doch art. 106 R. O. werd toegepast en dus werd gehandeld in strijd met het in de wet bepaalde. Zeker is, dat wanneer aan het meer-genoemde begrip eene zoo ruime beteekenis wordt gegeven

(1) Het Nederl. Burgerl. Procesrecht I, blz. 298.

(2) Ik kom op dit arrest straks nog even terug.

als door DE BOSCH KEMPER geschiedt eene enkele uitspraak van den H. R. zonder meer niet voldoende is en in vele gevallen verwijzing noodig zal zijn. Eene dergelijke opvatting is intusschen niet aannemelijk. Doch ook bij de beperktere, door VAN BONEVAL FAURE voorgedragen, zal eene beslissing ten principale in den aangegeven zin niet voldoende zijn. Hij noemt het geval, dat de rechter, naar wien de H. R. de zaak verwees, bij zijne nadere beslissing de uitspraak van den H. R. niet in acht nam. In zoodanig geval kan verwijzing noodig zijn. Voor zoover ik heb kunnen nagaan wordt in burgerlijke zaken bij niet-inachtneming van het door den H. R. gegeven arrest niet van overschrijding van rechtsmacht gesproken; althans in een arrest van 29 Juni 1906; W. 8397 geschiedde vernietiging van het arrest van het hof op dezen grond, dat niet-inachtneming van het arrest van cassatie oplevert schending van de artt. 424 en 422 Rechtsv. De H. R. sprak in dit geval opnieuw eene verwijzing uit en wel naar hetzelfde hof, dat het vernietigde arrest wees. Klaarblijkelijk werd dus hier een geval aanwezig geacht van art. 105 R. O. in verband met de artt. 423 en 424 Rechtsv.

Eene enkele opmerking van incidenteele aard moge hier eene plaats vinden. Het trof mij, dat terwijl in de straf-arresten in den regel wordt gezegd, dat recht wordt gedaan krachtens art. 105 of krachtens art. 106, in de arresten van de burgerlijke kamer eene dergelijke aanwijzing dikwijls ontbreekt. Zij komt ook daar wel van tijd tot tijd in voor, doch niet geregeld. Ik vond haar o.a. in dat van 24 Februari 1911; W. 9145, waarbij eene vernietiging werd uitgesproken wegens schending van art. 668 B. W. Daar zegt de H. R., dat hij recht doet krachtens art. 105 R. O. Het arrest hof wordt vernietigd en het vonnis der rechtbank bevestigd. Zonder twijfel is eene

zoodanige verklaring in meerdere arresten te vinden (1), doch het zal wel niet louter toeval zijn, dat het bij de zeven vernietigende arresten, die ik uit de eerste helft van jaargang 1911 aanteekende, slechts bij dit eene arrest van 24 Februari het geval was. In verband met de ook in de noot vermelde arresten mag worden aangenomen, dat de H. R. wel bij rechtspraak ten principale art. 105 R. O. aanhaalt, doch niet ingeval van verwijzing de wetsbepaling, krachtens hetwelk die verwijzing geschiedt. Zoo werd bij arrest van 22 November 1912; W. 9241 het aangevallen arrest vernietigd, recht gedaan krachtens art. 105 en de eischer ontvankelijk verklaard. Daarna geschiedde terugwijzing naar het hof, dat het arrest wees, zonder vermelding krachtens welke bepaling.

De derde grond tot cassatie, in art. 346 wel doch in de R. O. niet genoemd, is het geval van onbevoegdheid, waaronder dus allereerst zou moeten worden gebracht, dat de rechter, die zich bevoegd heeft verklaard, dit ten onrechte heeft gedaan en zich dus eene hem niet toekomende bevoegdheid heeft aangematigd. Eene dergelijke beslissing zou bij eene ruime opvatting als overschrijding van rechtsmacht kunnen worden aangemerkt en dan vallen onder art. 105 R. O.

(1) Zie 7 Maart 1913; W. 9485. Daarbij werd een in hooger beroep gewezen vonnis van de rechtbank vernietigd en ten principale recht gedaan krachtens art. 105 R. O., werden daarna ook de vonnissen van den kantonrechter vernietigd en werd aan den oorspronkelijken eischer zijne vordering ontzegd. Bij nog een ander arrest van den laatsten tijd, n.l. in dat van 14 Maart 1913; W. 9487, vindt men eene aanhaling van art. 105, ter aanwijzing dat krachtens dit artikel eene rechtspraak ten principale werd gegeven. Zie ook 13 December 1912; W. 9442. Bij de arresten van 14 Februari en 28 Maart 1913; W. 9484 en 9489 werd de zaak teruggewezen. Hier werd het artikel, krachtens hetwelk de terugwijzing geschiedde — art. 424 Rechtsv. — niet vermeld.

Gelijk reeds werd opgemerkt wordt in art. 421 Rechtsv. dit geval uitdrukkelijk genoemd. Volgens dit artikel zal de H. R. verder moeten gaan dan eenvoudig de onbevoegdijk gegeven uitspraak vernietigen; hij zal partijen verwijzen daar en waar het behoort. Natuurlijk zal hij dit alleen dan kunnen en moeten doen, wanneer er sprake kan zijn van een bevoegden Nederlandschen rechter; zoo ontbrak elke verwijzing bij het arrest van 21 April 1911; *W.* 9174, waarbij arrest en vonnis werd vernietigd en de onbevoegdheid van de rechtbank werd uitgesproken in verband met art. 126, lid 12 Rechtsv. en het feit dat de erfenis in het buitenland was opengevallen.

Eene vernietiging wegens ten onrechte aangenomen bevoegdheid vindt men ook in het arrest van 23 September 1912; *W.* 9361, betrekking hebbende op den in het echtscheidingsproces bevoegden rechter, wanneer de man na de indiening van het request van domicilie verandert. De H. R. vernietigde het arrest van het hof, verklaarde krachtens art. 105 recht te doen ten principale, vernietigde ook de vonnissen der rechtbank en verklaarde die rechtbank onbevoegd. Van eene verwijzing van partijen daar en waar het behoort, is ook in dit arrest geen sprake. Opmerking verdient, dat de H. R. hier meer bepaaldelijk zich beroept op art. 105 R. O., hoewel dit artikel niet over onbevoegdheid spreekt, doch geen gewag maakt van art. 421 Rechtsv., waar juist de vernietiging wegens onbevoegdheid geregeld wordt. Een beroep op art. 105 vindt men ook in het arrest van 3 October 1910; *W.* 9067, waarbij vernietigd werd een vonnis van den kantonrechter, die met onjuiste toepassing van art. 14 Cr. Wetb. had geoordeeld over het door een militair gepleegde strafbare feit. Het vonnis werd vernietigd, de kantonrechter onbevoegd verklaard en de zaak verwezen

naar den bevoegden rechter. Ik vond overigens weinig voorbeelden van arresten, waarbij een zich bevoegd verklaard hebbende rechter onbevoegd werd verklaard (1). Meer van het omgekeerde, d. w. z. van arresten, waarbij eene door den lageren rechter aangenomen onbevoegdheid als onjuist werd aangemerkt en op dien grond de uitspraak vernietigd. Ik wijs hier o. a. op het arrest van 26 October 1885; *W.* 5226, waarbij een zich onbevoegd verklaard hebbende kantonrechter bevoegd werd verklaard en de zaak naar hem werd teruggewezen. De H. R. verklaarde hierbij te handelen op grond van art. 105 R. O. Eene soortgelijke beslissing vindt men in het arrest van 2 Mei 1898; *W.* 7128. Eigenaardig is dat hier de vernietiging werd gegrond op de artt. 211 en 218 j^o. art. 253 Strafv. en niet op een artikel, dat bepaaldelijk handelt over de rechterlijke bevoegdheid. Ook bij dit arrest werd weer recht gedaan krachtens art. 105 R. O. en de zaak verwezen naar den bevoegd verklaarden rechter. De H. R. neemt dus klaarblijkelijk aan, dat schending van de regelen omtrent de bevoegdheid valt onder verkeerde toepassing of schending der wet — eene natuurlijk volkomen juiste opvatting — dat de bevoegdverklaring, de uitspraak over de bevoegdheid, als rechtspraak ten principale mag gelden, en dat bovendien eene verwijzing naar den bevoegden rechter mag geschieden. Ook in burgerlijke zaken volgt de H. R. eene zelfde opvatting. Ik wees er reeds op, dat, naar wordt aangenomen, hoezeer m. i. op zwakken grond, art. 421 Rechtsv. voor dit geval

(1) Men vgl. nog het arrest van 26 Mei 1913; *W.* 9509. Beslist werd, dat de rechtbank ten onrechte zich bevoegd had verklaard over eene overtreding te oordeelen. Het vonnis werd vernietigd, recht gedaan krachtens art. 105 en de zaak naar den bevoegden rechter verwezen.

niet geldt en dus ook voor het burgerlijk proces eene bepaalde regeling ontbreekt. De H. R. is gewoon terug te wijzen naar den bevoegd verklaarden rechter; men zie o. a. het arrest van 31 Januari 1908; *W.* 8654. Bij het arrest van 21 Juni 1901, *W.* 7611 werd een door het hof uitgesproken onbevoegdheid der rechtbank vernietigd. Hier werd de zaak naar het hof teruggewezen, omdat alsnog moest worden beslist, of de zaak eene handelszaak was en dus of art. 314 Rechtsv. van toepassing was.

In het tweede lid van art. 346 wordt nog genoemd als grond tot cassatie het geval dat is nagelaten of geweigerd uitspraak te doen op eene vordering van het openbaar ministerie of van den beklaagde, gestrekt hebbende om gebruik te kunnen maken van eene bevoegdheid of van een recht door de wet toegekend. Men weet, dat art. 200 Strafv. aan weigering of verzuim om over eene vordering of verzet van officier van justitie of beklaagde te beslissen nietigheid verbindt. Over de vraag of naast art. 346, lid 2, art. 200 recht van bestaan heeft kan verschillend worden gedacht; A. A. DE PINTO beantwoordde haar ontkennend (1). Intusschen mag er op worden gewezen, dat art. 200 ruimer is geredigeerd dan art. 346, lid 2 en dat het de vraag zou kunnen zijn, of het in art. 200 mede genoemde verzet onder de omschrijving van art. 346 begrepen is.

Zouden, wanneer beide bepalingen in de wet ontbraken, de daarin genoemde gevallen volgens R. O. grond tot cassatie kunnen opleveren (2)? Nemen wij

(1) Het herziene Wetb. v. Strafv. II bl. 194 en 195.

(2) Men zie over hetgeen onder art. 346, lid 2 moet worden gebracht DE BOSCH KEMPER, t. a. p. blz. 364—372 en A. DE PINTO, *Handl. Strafv.* blz. 567 en 568.

als voorbeeld het geval van art. 157 Strafv. De officier van justitie vordert of de beklaagde verzoekt schorsing van het onderzoek, de rechtbank geeft geene beslissing daaromtrent. Van niet-naleving van een op straffe van nietigheid voorgeschreven vorm kan geen sprake zijn, en ook niet van schending der wet, daar den rechter het geven van eene beslissing niet tot plicht is gesteld. Is deze opvatting juist, dan volgt daaruit dat bij toepassing van den tweeden, hier behandelenden cassatiegrond van art. 346, lid 2, niet is aangewezen wat door den H. R. moet geschieden. A. A. DE PINTO erkende dit, doch meende dat er dan toch een renvooi moet geschieden krachtens art. 106 R. O. (1). Zijne bewering, dat aan den H. R. de feitelijke gegevens voor rechtspraak ten principale ontbreken, is wel juist, doch doet in verband met hetgeen hij laat voorafgaan, dat er geene uitspraak is gedaan door den *judex facti*, misverstand rijzen. Die uitspraak is wel gedaan d. w. z. over de zaak *au fond*. Doch waarop het aankomt is dat met het oog op het begane verzuim de voor den rechter gevoerde instructie en zijne uitspraak nietig zijn en dus eene nieuwe behandeling noodig is. Voor welken rechter? Moet de zaak teruggewezen worden naar den rechter, die het verzuim beging, of naar een anderen rechter volgens art. 106? De keuze is vrij want de wet zwijgt. Voor zoover ik heb kunnen nagaan, beschouwt de H. R. het als een geval vallende onder art. 106 en verwijst hij de zaak naar een anderen rechter. Ik wijs hier o. a. op een arrest van 9 Juni 1908; W. 8729. Bij het beklaagde vonnis was geen recht gedaan op een verzoek tot schorsing gedaan krachtens art. 6 Strafv. en dit was ook niet geschied bij eene incidenteele uitspraak. De H. R. vernietigt nu wegens schending van art. 346

(1) Handl. Strafv., blz. 569, noot b.

doch oordeelt mede geschonden de in het middel aangehaalde artt. 6, 253, 221 en 211 Strafv. en verwijst krachtens art. 106. Deze laatste verwijzing is natuurlijk juist, wanneer inderdaad de artt. 211 en 221 geschonden waren, doch m. i. mag dit ten minste als zeer twijfelachtig aangemerkt worden. De begane nalatigheid viel buiten de voorschriften bij die artikelen gegeven. Bij een zeer oud arrest, van 4 Februari 1839 (1), werd in een geval van het tweede gedeelte van art. 380 oud krachtens art. 106 eene verwijzing uitgesproken naar een ander hof, doch daar de vernietiging tevens plaats had, omdat het arrest niet voldoende met redenen omkleed was, heeft de hier bedoelde beslissing voor onze vraag weinig belang. Wel blijkt van de mogelijkheid van verschil van opvatting bij vergelijking van de arresten van 15 October 1850; *W.* 1222 en 31 Juli 1855; *W.* 1785. In het eerste arrest werd een vonnis van den kantonrechter vernietigd, omdat niet beslist was over ingeroepen nietigheid der dagvaarding en over gevraagde schorsing krachtens art. 6 Strafv. In het tweede werden een bevestigend arrest en het bevestigde vonnis vernietigd, omdat bij het vonnis niet was recht gedaan op een requisitoir van het O. M. tot uitstel om nadere getuigen te doen hooren. Het eerste arrest verwijst krachtens art. 106 naar een hoogerem rechter, het tweede wijst terug naar de rechtbank om alsnog recht te doen op het requisitoir van het O. M. Beide beslissingen staan tegenover de wet op gelijken voet, omdat zij beide buiten de wet vallen. De regeling van de R. O., waarheen art. 369 Strafv. verwijst, laat den rechter in den steek. Eene uitdrukkelijke, principieele beslissing omtrent de vraag wat geschieden moet bij cassatie in verband met art. 200 en

(1) VAN DEN HONERT, Strafr. en Strafv., I, bl. 54—59.

art. 346, lid 2 Strafv. heb ik in de latere rechtspraak niet gevonden.

En nu ten slotte de belangrijkste cassatiegrond, de verkeerde toepassing of schending der wet, genoemd in art. 99, 2^o. R. O. en in het derde lid van art. 346 Strafv. Ook dan wanneer men de hierbedoelde wetschennis in zooverre in beperkten zin opvat, dat zij niet omvat al de uitdrukkelijk naast haar genoemde gronden van cassatie, blijft zij nog een uitgebreid gebied bestrijken. Zij heeft allereerst betrekking op het materieele recht, op de toewijsbaarheid der vordering in het burgerlijk geding, op de strafbaarheid der te laste gelegde handeling in het strafproces. In die gevallen staat, wanneer bij de aangevallen rechterlijke uitspraak de feiten voldoende zijn vastgesteld, aan eene beslissing van den H. R. over het fond der zaak niets in den weg. De H. R. kan dan de toegewezen vordering afwijzen, de afgewezen vordering toewijzen, kan het strafbaar geoordeelde feit niet strafbaar verklaren en den beklaagde van rechtsvervolging ontslaan, kan verklaren dat het niet als strafbaar beschouwde feit wel strafbaar is, den beklaagde veroordeelen en zijne straf bepalen. Art. 105 R. O. geeft tot die werkelijke rechtspraak ten principale volkomen de bevoegdheid en ik mag mij ontslagen rekenen van dergelijke herhaaldelijk voorkomende beslissingen hier vele voorbeelden aan te halen (1). Is in verband met de door den cassatierechter gegeven rechtskundige beslissing de feitelijke grondslag voor eene te nemen eindbeslissing niet voldoende of bleef eenig ander rechts-

(1) Uit den laatsten tijd: in burgerlijke zaken de arresten van 22 November 1912, 7 en 14 Maart 1913; W. 9440, 9485 en 9487, in strafzaken 10 Februari 1913; W. 9466 en 21 April 1913; W. 9501. Bij arrest van 3 Februari 1913; W. 9461 werd een ontslag van rechtsvervolging vernietigd en eene veroordeeling uitgesproken.

punt onopgelost, dat toch voor het eindoordeel van beteekenis moet zijn, dan is in burgerlijke zaken het geval aanwezig bedoeld in art. 424 Rv. Als een enkel voorbeeld uit de vele vermeld ik hier het arrest van 6 Januari 1911; *W.* 9123, eigenaardig daarom omdat terwijl de H. R. zich bepaalde tot vernietiging van het in hooger beroep gewezen arrest, de advocaat-generaal LEDEBOER mede had willen doen vernietigen het bij het arrest bevestigde vonnis en toch het geding had willen verwijzen naar het hof (1).

In het strafgeding, waar eene bepaling als art. 424 ontbreekt, staat de zaak anders. Volgens de vaststaande leer van den H. R. met betrekking tot art. 221 (art. 211 oud) moet de rechter, alvorens de rechtsbeslissing te geven, uitdrukkelijk uitspraak doen over al de bij de dagvaarding te laste gelegde omstandigheden, voor zoover die op de strafbaarheid van invloed zijn. Heeft de *judex facti* dit in eenig opzicht verzuimd, dan is zijne uitspraak niet voldoende met redenen omkleed en wordt zij op grond van art. 221 Strafv. vernietigd. Men spreekt dan van schending van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, bevindt zich op die wijze in het geval van art. 106 R. O. en de verwijzing geschiedt niet naar den rechter, wiens uitspraak vernietigd wordt, doch naar een anderen of een hoogeren rechter. Stel, wat nog wel eens een enkele maal voorkomt, een kantonrechter ontslaat van rechtsvervolging zonder eerst over de feiten te beslissen, of hij geeft eene vrijspraak, die als een bedekt

(1) Een soortgelijk verschil tusschen O. M. en H. R. vindt men nog bij arrest van 8 November 1912; *W.* 9427. Ook hier wilde de proc.-generaal niet het arrest het vonnis vernietigen en toch naar het hof verwijzen. De H. R. vernietigde, in dit geval zeker volkomen terecht, alleen het arrest (te vinden in *W.* 9295). Vgl. ook 28 Maart 1913; *W.* 9489.

ontslag van rechtsvervolging wordt aangemerkt, dan gaat de zaak niet naar hem terug doch wordt zij verwezen naar de rechtbank. Betrof het eene voor hooger beroep vatbare beslissing en was de uitspraak van den kantonrechter in hooger beroep bevestigd, dan zal de verwijzing geschieden naar een gerechtshof. Het gevolg daarvan kan zijn, dat de beklaagde, wat de feiten betreft, eene instantie verliest. De regeling van art. 424 Rechtsv. werkt billijker.

De schending van het materieele recht kan ook betrekking hebben op de ontvankelijkheid der vordering in strafzaken, bijv. op de vraag of de Nederlandsche strafwet op het feit van toepassing is, op het al dan niet verjaard zijn van de vordering, op de noodzakelijkheid van eene klachte en het al dan niet aanwezig zijn van eene voldoende klachte. Natuurlijk staat de zaak zeer eenvoudig, wanneer de H. R. met vernietiging van eene in anderen zin gegeven uitspraak het O. M. niet-ontvankelijk verklaart. Immers dan is de zaak afgedaan en kan van eene verwijzing geen sprake zijn (1). Anders staat het geval, wanneer eene door den lageren rechter aangenomen niet-ontvankelijkheid wordt verworpen en in cassatie de ontvankelijkheid wordt aangenomen. Dan is natuurlijk ter verkrijging van eene feitelijke beslissing verwijzing noodig. Daarbij kan zich het geval nog verschillend hebben voorgedaan. Indien de zaak in twee instanties is behandeld, kan terwijl in eersten aanleg de ontvankelijkheid was aangenomen en in verband daarmee de hoofdzaak beslist, de niet-ontvankelijkheid door den hoogerem rechter zijn uitgesproken, of wel in beide instanties kan,

(1) Eene niet-ontvankelijkverklaring in burgerlijke zaken o.a. bij arrest van 23 Mei 1913; W. 9516. Er werd recht gedaan krachtens art. 405 R. O.

zonder beslissing van de hoofdzaak, de niet-ontvankelijkheid van het O. M. zijn aangenomen.

Dit laatste was o. a. het geval in de zaak beslist bij arrest van 13 April 1891; *W.* 6020. Zoowel bij vonnis rechtbank als bij arrest hof was het O. M. niet-ontvankelijk verklaard op grond van gewijsde zaak. De H. R. besliste dat ten onrechte het bestaan van gewijsde zaak was aangenomen, vernietigde arrest en vonnis, en daarna ten principale recht doende krachtens art. 105, verklaarde hij den officier van justitie ontvankelijk en wees de zaak terug naar de rechtbank om haar met *inachtneming* van 's Hoogen Raads arrest opnieuw te berechten. Op gelijke, althans bijna gelijke wijze ging het bij het arrest van 7 December 1903; *W.* 8005. Bij eene vervolging ter zake van een misdrijf, vallende onder art. 271 Swb., was door rechtbank en hof eene klacht gevorderd en daar die klacht niet aanwezig was het O. M. niet-ontvankelijk verklaard. De H. R. achtte in dit geval in verband met art. 269 in fine j^o. art. 267 eene klacht niet noodig, vernietigde arrest hof en, ten principale recht doende, ook het vonnis der rechtbank. Deze vernietiging werd dus hier reeds onder de beslissing ten principale begrepen. Daarna werd het O. M. ontvankelijk verklaard en de zaak teruggewezen naar de rechtbank.

Het andere geval deed zich voor bij het arrest van 29 Januari 1894; *W.* 6467. De rechtbank had de feiten bewezen verklaard doch niet strafbaar; het hof vernietigde die uitspraak, achtte de Nederlandsche strafwet niet van toepassing en verklaarde het O. M. niet-ontvankelijk. De H. R. zag in die beslissing eene schending van art. 2 j^o. art. 48 Swb., vernietigde het arrest en wees de zaak naar het hof terug om op het bestaande hooger beroep de zaak opnieuw te berechten en af te doen. Ook hier geschiedde dit alles krachtens art. 105

R. O. De H. R. vindt dus in dit artikel een recht tot verwijzing, dat er niet bepaaldelijk in gegeven wordt, oordeelt klaarblijkelijk rechtspraak ten principale en verwijzing niet met elkander in strijd en laat de beslissing, naar welke instantie moet worden verwezen, daarvan afhangen, of in eersten aanleg al dan niet reeds over de zaak au fond eene beslissing was gegeven (1).

Bij de schending van de wet kan eindelijk ook het formeele recht, het Wetboek van Strafvordering betrokken zijn, en wel op zeer onderscheiden wijze. Bij A. DE PINTO wordt daarvan ook met een enkel woord gewag gemaakt (2) en A. A. DE PINTO noemt in de noot op de aangehaalde bladzijde enkele voorbeelden van zoodanige schending, waarbij rechtspraak ten principale kan te pas komen.

In de eerste plaats noemt hij daar art. 6 Strafv., de schorsing wegens een prejudicieel geschil. De beslissing ten principale zou dan daarin moeten bestaan, dat in gevallen, waarin eene schorsing ten onrechte niet is uitgesproken, de H. R. zelf het geding schorst. Aanvankelijk was dit niet de opvatting van den H. R. Bij de arresten van 3 November en 8 December 1840 (3) is de H. R. nog uitgegaan van de meening, dat de bepaling van art. 6 zou betreffen een vorm van procedure en dat dus bij verkeerde toepassing of schending van dit artikel verwijzing krachtens art. 106 zou moeten plaats vinden. Doch betrekkelijk spoedig is de H. R. van die meening teruggekomen en reeds in 1844 werd een arrest gewezen, waarbij de schorsing door den H. R. zelf werd

(1) Zie ook nog eene vernietiging van eene door den kantonrechter aangenomen niet-ontvankelijkheid en terugwijzing naar dien rechter — zonder aanhaling van eenig artikel uit R. O. — bij arrest 11 Maart 1912; W. 9317.

(2) Handl. Strafv., blz. 569.

(3) W. 135 en 163 en VAN DEN HONERT, Strafr. en Strafv. IV, 215.

uitgesproken (1). Bedrieg ik mij niet dan is ons hoogste rechtscollege sinds dien aan die laatste opvatting trouw gebleven. Wel werd nog verschillende malen in verband met schending van art. 6 eene verwijzing uitgesproken, doch dan was het omdat niet feitelijk was uitgemaakt, of de bewering van den beklaagde, waarop zijn beroep op art. 6 steunde, voldoende aannemelijk was gemaakt. Zoo werd op dien grond en dan krachtens art. 106 verwezen bij het arrest van 18 Februari 1868; *W.* 2985. Bij het arrest van 25 November 1889; *W.* 5805 werd die verwijzing nog nader gemotiveerd door de overweging dat het beklaagde arrest met betrekking tot de schorsing niet voldoende met redenen was omkleed en werd dus aangenomen schending van de artt 206 en 211 oud.

Schending van het formeele recht kon ook bestaan in verkeerde toepassing van de artt. 129 en 130 oud omtrent de voeging bij samenhangende misdrijven. Terwijl bij een arrest van 28 Augustus 1866; *W.* 2831 in zoodanig geval door den H. R. arrest en vonnis werden vernietigd en de H. R., in zooverre ten principale recht doende, de afzonderlijke aanbrenging van iedere zaak beval, was bij een vroeger arrest eene andere opvatting gehuldigd en daaruit een eigenaardig conflict geboren. Bij arrest van 8 Maart 1853; *W.* 1469 werd bij verkeerde toepassing of schending van de artt. 129 en 130, het vonnis van de rechtbank en het arrest van het Hof van Zeeland vernietigd en krachtens art. 106 eene verwijzing uitgesproken naar het Hof van Noord-Brabant. Dit hof verklaarde toen den procureur-generaal niet-ontvankelijk, want nu ook het vonnis was vernietigd, was er geene zaak in hooger beroep aanhangig. Klaarblijkelijk zat de H. R., toen de

(1) Vgl. de rechtspraak in de *Nederl. Pasicrisie*, Cassatie in strafzaken, aant. 579.

zaak weer bij hem terugkwam, er wel wat mee verlegen. Bij het reeds vroeger vermelde arrest van 16 Juli 1853; *W.* 1567 (1) werd nu gezegd, dat er hier was geweest een geval noch voorzien bij art. 105 noch bij art. 106 R. O., het geval waarbij de H. R. zooveel mogelijk recht doende ten principale, doch dit niet geheel kunnende doen, de zaak moet verwijzen. Het hof had nu gehoorzamer moeten zijn en toch maar recht moeten doen in hooger beroep. Nu het dat niet deed maakte het zich schuldig aan overschrijding van rechtsmacht, zoodat zijn arrest op dien grond werd vernietigd en de zaak opnieuw naar een ander hof werd verwezen met den uitdrukkelijken last aan dit hof om de zaak in hooger beroep af te doen (2). In dit arrest van den H. R. van 1853 vindt men dus de uitdrukkelijke erkenning, dat de rechter zich geplaatt zag voor een niet geregeld geval en dat de artt. 105 en 106 R. O. als onvolledig mochten worden aangemerkt.

Intusschen is de leer van 1866, dat bij ten onrechte aangenomen voeging rechtspraak ter principale moet plaats vinden, bij de latere rechtspraak gehandhaafd. Ik mag hier op zeer recente beslissingen de aandacht vestigen. Bij arrest van 5 October 1908; *W.* 8752 en daaraan

(1) Zie hierboven blz. 71.

(2) Men vgl. met dit geval de arresten H. R. 15 December 1902 *W.* 7854, en Hof Den Haag, 19 Maart 1903; *W.* 7946. De H. R. vernietigde een vonnis Rbk. wegens schending van bewijsregelen, behalve voor wat betreft de vernietiging van vonnis kantonrechter, die wegens vormschending had plaats gevonden, en verwees de zaak naar het hof om haar op het bestaande hooger beroep te berechten en af te doen. Terecht overwoog het hof, dat nu het vonnis in eersten aanleg reeds vernietigd was, rechtspraak in hooger beroep niet meer te pas kwam. Het hof deed zelfstandig en rauwe lijks recht en sprak vrij.

aansluitende arresten is aangenomen, dat de wet niet toelaat de voeging en gelijktijdige berechting van meerdere strafbare feiten, die in eersten aanleg afzonderlijk zijn behandeld. Derhalve werd het vonnis van de rechtbank, waarbij de voeging was geschied, vernietigd en de officier van justitie niet-ontvankelijk verklaard in zijne strafvervolging in hooger beroep zooals die door hem bij ééne dagvaarding was aanhangig gemaakt. Eigenaardig was zeker wel, dat de advocaat-generaal ORT in deze concludeerde, dat de H. R. recht doende ten principale de zaak zou terugwijzen naar de rechtbank ten einde de beide gevoegde hoogere beroepen afzonderlijk af te doen. De H. R. is op die m. i. altijd zonderlinge vereeniging van rechtspraak ten principale en verwijzing niet ingegaan en bepaalde zich tot eene niet-ontvankelijkverklaring zonder meer. De H. R. deed dit ook bij het arrest van 6 December 1909; W. 8953, alweer in strijd met de conclusie, ditmaal van den advocaat-generaal RETHAAN MACARÉ. Deze had zich er op beroepen, dat de schuld van de voeging hier niet lag bij het O. M. doch bij den rechter. De president had de twee appèllen naar ééne zitting verwezen en toen had de officier van justitie den beklaagde bij ééne dagvaarding in de twee zaken doen oproepen, doch er was, zoo merkte Mr. MACARÉ op, in deze door den officier niets gevorderd of gevraagd, waarin hij niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard. Er was hier vormschennis gepleegd door den rechter en dus moest art. 106 worden toegepast. De H. R. volgde die meening niet, klaarblijkelijk van oordeel dat in het bij ééne dagvaarding aanbrengen de vordering lag opgesloten tot het bij één vonnis afdoen. In die aldus aanhangig gemaakte strafvervolging werd het O. M. niet-ontvankelijk verklaard.

Ik laat nu ten einde niet te uitvoerig te worden enkele

gevallen van schending van formeele wetsvoorschriften, — die betrekkelijk de geldigheid der dagvaarding, art. 143 Strafv. (1) of betrekkelijk de ontvankelijkheid van het hooger beroep (2) — terzijde, om nog een oogenblik stil te staan bij de ongetwijfeld belangrijkste schending van formeele rechtsvoorschriften, namelijk van die over het bewijs. Van den aanvang af heeft de H. R. aangenomen, dat bij schending van eenigen bewijsregel niet van rechtspraak ten principale doch van verwijzing krachtens art. 106 R. O. sprake moet zijn (3). Deze rechtspraak is steeds door den H. R. gehandhaafd en tot den laatsten tijd wordt voortdurend, in gevallen waarin cassatie geschiedt wegens schending van regelen van bewijsrecht, verwijzing krachtens art. 106 uitgesproken. Niet altijd echter schijnt daarbij dezelfde gedachtengang te worden gevolgd. Er zijn tal van arresten, waarbij naast schending van den bewijsregel tevens schending van art. 221 wordt aangenomen en dus op dien grond art. 106 van toepassing kan worden geacht (4); er zijn vele andere, waarbij

(1) Bij vernietiging van eene uitgesproken nietigheid der dagvaarding volgde rechtspraak ten principale met verwijzing krachtens art. 105 naar den rechter, die de nietigheid had aangenomen; vgl. 18 Februari 1895; W. 6628; 28 December 1903; W. 8009; 27 December 1910; W. 9129; 24 Juni 1912; W. 9365, en 26 December 1912; W. 9429. Vgl. in burgerlijke zaken 8 November 1912; W. 9424. Hier werd art. 105 R. O. niet vermeld.

(2) Neemt de H. R. de ontvankelijkheid aan van een hooger beroep, waarin bij het aangevallen vonnis of arrest niet-ontvankelijk is verklaard, dan wordt krachtens art. 105 recht gedaan, de ontvankelijkheid uitgesproken en de zaak teruggewezen. Vgl. 12 November 1856; W. 1913 en 29 December 1910; W. 9122.

(3) Vgl. 21 Maart 1839; W. 14. Vernietiging wegens art. 443 en art. 211 oud, verwijzing krachtens art. 106. Men zie voorts A. A. DE PINTO, Handl. Strafv., blz. 570 noot a.

(4) Men zie onder vele andere 6/2 1911; W. 9150; 24/6 1912; W. 9368; 23/12 1912; W. 9430; 27/1 1913; W. 9457.

als eenige geschonden bepaling een artikel wordt genoemd van den Een en Twintigsten Titel en niettemin wordt verwezen volgens den regel van art. 106 (1). Waarom in het eene arrest de artt. 211 en 221 wel mede als geschonden worden genoemd, in het andere niet, heb ik niet kunnen vaststellen. Ik vermoed, dat dit niet anders dan toeval is, dat het in vele gevallen er van afhangt, of in het middel ook de artt. 211 en 221 genoemd zijn (2). In elk geval mag niet worden aangenomen, dat de H. R. aan de onderstelde schending van de artikelen omtrent de beslissing en de motiveering overwegende beteekenis hecht. Daarvoor zijn er te veel arresten, waarbij de vernietiging alleen werd uitgesproken op grond van de schending van een bewijsartikel en niettemin krachtens art. 106 wordt verwezen. Opmerking verdient, dat in een arrest van 13 Februari 1911; *W.* 9153, waarbij wordt gecasseerd alleen op grond van art. 391 en art. 407, 4^o., wordt gezegd, dat deze schending den vorm betreft en dus art. 106 van toepassing is.

Is nu deze vaststaande leer van den H. R. inderdaad juist?

Het zal vermoedelijk aan de meeste onzer juristen, misschien zelfs wel aan onderscheidene leden van den H. R. onbekend zijn, dat zij indertijd met groote levendig-

(1) O. a. 12/12 1910; *W.* 9119; 25/3 1912; *W.* 9327; 10 en 24/6 1912; *W.* 9356 en 9369; 21/10 1912; *W.* 9387; 7/4 1913; *W.* 9492.

(2) Doch ook dit vermoeden gaat niet altijd op. In de zaak beslist bij arrest van 25 Maart 1912; *W.* 9481, was bij het middel alleen schending van art. 398 gesteld. De H. R. acht het middel juist doch vernietigt wegens schending van de artt. 391 en 392 *vis. artt.* 211 en 221. Eigenaardig is de overweging in het arrest van 28 April 1913; *W.* 9503. Geschonden is art. 400 Sv. en die schending heeft volgens de bepalingen van de artt. 211, 221 en 223 nietigheid ten gevolge.

heid is bestreden. In de Rechtsgeleerde Adviezen (1) wordt van haar gezegd, dat voor haar geen enkele redelijke grond is aangevoerd of te vinden. In een hoofdartikel in *W.* 1089, nummer van 24 Januari 1850, bestreed de toenmalige hoofdredacteur de reeds toen vaststaande rechtspraak van den H. R. en tien jaren later, nummer van 23 Januari 1860, n^o. 2132, kwam hij nog eens op de quaestie terug, betoogde opnieuw, dat schending van een bewijsregel niet als schending van een vorm mocht gelden, dat de artt. 206 en 211 niet van toepassing waren en dat als de veroordeeling op onwettig bewijs rustte, de H. R. niet anders kon doen dan die veroordeeling opheffen, d. w. z. dan den veroordeelde vrijspreken. Wel was het mogelijk, dat er wettig bewijs zou kunnen zijn doch dit gaat den rechter niet aan die recht spreekt *naar*, niet *over* de wet. De leer van den H. R. is eene leer van convenientie. De burgerlijke kamer stelde zich op juister standpunt. Bij eene op onwettig bewijs steunende beslissing vernietigde zij de uitspraak en ontzegde zij de vordering als onbewezen.

Het is mij niet gelukt in de rechtspraak de arresten te vinden, waarbij in een burgerlijk geding eene beslissing als zooeven bedoeld werd gegeven. Toch moet ik op gezag van DE PINTO aannemen dat zij bestaan. Bij het arrest van 23 December 1853; *W.* 1613 werd een arrest vernietigd, omdat recht zou zijn gedaan op de verklaring van één getuige. Er had toen eene verwijzing plaats, omdat niet was beslist over een gevraagd verhoor op vraagpunten. Vermoedelijk zou anders ten principale de vordering zijn afgewezen. Uit de latere rechtspraak schijnt

(1) VI, blz. 242—244.

mij van belang het arrest van 21 Januari 1898; *W.* 7078. Daarbij werd beslist, dat ten onrechte aan een met een kruisje onderteekend geschrift kracht van begin van bewijs bij geschrifte was toegekend. Het O. M. had op dien grond geconcludeerd tot vernietiging van arrest en vonnis, rechtspraak ten principale en ontzegging der vordering. De H. R. achtte echter eene beslissing ten principale uitgesloten, omdat het hof op andere gronden dan in het vonnis opgenomen dat vonnis had bekrachtigd en verwees dus de zaak naar het hof terug. In elk geval blijkt uit deze arresten voldoende, dat de H. R. in civilibus bij schending van een bewijsregel niet denkt aan verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, niet spreekt van schending van de in art. 59 n^o. 3 Rechtsv. neergelegde verplichting van motiveering, niet komt tot toepassing van art. 106 (1).

~ Ook naar mijne meening mag de juistheid van de gangbare en vaststaande rechtspraak ernstig worden betwijfeld, d. w. z. is het zeer twijfelachtig, of zij door wat de wet bepaalt kan worden gedekt. Schending van een bewijsvoorschrift is geene schending van den in art. 221 neergelegden regel, kan plaats vinden in een in elk opzicht voldoende met redenen omkleede uitspraak. A. A. DE PINTO, die op de hierboven aangehaalde plaats de heerschende rechtspraak verdedigt, ziet zich dan ook verplicht tot de erkenning, dat de bewijsregelen niet

(1) Bij het arrest van 27 Juni 1913; *Ned. Jurispr.* 1913, blz. 865, werd een vonnis vernietigd, waarbij een supplettoire eed was opgelegd, op grond dat de getuigenverklaring, die tot het bewijs had medegewerkt, niet als zoodanig had mogen zijn gebruikt. Er was recht gedaan op onwettig bewijs. De H. R. wijst de zaak terug naar de rechtbank, die het vernietigde vonnis wees. Op grond van welk artikel deze laatste uitspraak werd gegeven, wordt in het arrest niet gezegd.

behooren tot de op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen. Wat hij daarna verder aanvoert, bewijst alleen, dat de wet eene juiste oplossing niet aangeeft.

De H. R., zoo zegt hij, kan niet vrijspreken, kan niet eene nieuwe feitelijke beslissing geven in plaats van die welke vernietigd is. Ik ben gaarne bereid dit alles toe te geven. Doch dit kan alleen ten gevolge hebben, dat de H. R. zich er toe zou moeten bepalen de uitgesproken veroordeeling op te heffen en te vernietigen zonder meer. Daar de wet niet heeft geregeld wat verder moet plaats vinden is wat de H. R. doet, aanvulling, verbetering van de wet. En waarom doet zij dat op deze wijze? Waarom, als er geene vormschending is, verwijzing naar een anderen rechter krachtens art. 106, en niet, als in zoovele andere gevallen, verwijzing naar denzelfden rechter krachtens art. 105? De leer van den H. R., gevolgd in een zeer groot aantal van zijne arresten in strafzaken, hangt ook m. i. in de lucht, vindt geen steun in de wet, wordt ook niet gerechtvaardigd doordat somtijds mede als geschonden worden vermeld — ik zou willen zeggen er bij gehaald — de veel gezochte artt. 211 en 221 (1). Van den aanvang was de rechtspraak van den H. R. bij de schending van de bewijsregelen inderdaad niet anders dan eene rechtspraak van convenientie, zooals DE PINTO haar kenschetste.

Ik wil met dit betoog niet zeggen, dat die rechtspraak, op zichzelf beschouwd en los van de wet, als onjuist zou moeten worden aangemerkt. Integendeel, ik erken, dat het, zooals het nu gaat, wel het meest rationeel is.

(1) In enkele gevallen heeft schending van een bewijsregel niet voldoende motiveering ten gevolge; zoo o. a. in het geval beslist bij arrest van 20 Januari 1913; W. 9452. Vgl. ook die van 16 Juni 1913; W. 9514.

Wanneer men nagaat, op welke inderdaad zeer formeele gronden vonnissen en arresten worden vernietigd (1), dan kan men moeilijk verlangen, dat de vernietiging eene niet-veroordeeling zou moeten ten gevolge hebben. De rechter heeft eene getuigenverklaring gebruikt, die hij niet had mogen gebruiken, en dus een vonnis geweest, dat met art. 398 Strafv. in strijd, moet worden vernietigd. Alleen dan, wanneer men zou moeten aannemen, dat zijne overtuiging zoo nauw met *die* verklaring verbonden is, dat zij zonder deze niet zou kunnen worden gevestigd, zou er aanleiding bestaan de veroordeeling voorgoed op te heffen. Doch in vele, in de meeste, gevallen zal dit niet zoo zijn. Trouwens of de gewraakte verklaring mocht worden gebruikt, zal dikwijls afhangen van de wijze waarop zij werd gebruikt. Er bestaat dus alle aanleiding van den *judex facti* eene nieuwe beslissing te verlangen over de vraag, of op het bewijs, dat in overeenstemming met de wettelijke voorschriften kan worden aangewend, zijne overtuiging van schuld kan berusten. Men zou, zooals ik reeds opmerkte, eene beslissing kunnen vragen van denzelfden rechter, die de vernietigde uitspraak gaf. Doch er is veel voor te zeggen dit niet te doen. Hij heeft eenmaal zijne overtuiging uitgesproken en op die overtuiging komt het aan. Hij zal zich nu wel niet tot taak gaan stellen, opnieuw zijne overtuiging aan het wettig bewijs te toetsen, doch alleen te beproeven zijne overtuiging door het wettig bewijs te dekken, zoodanig dat zijne nieuwe uitspraak aan de critiek van den cassatierechter ontsnapt. Er bestaat alle aanleiding de nieuwe beslissing omtrent wettig en overtuigend bewijs van een anderen rechter te vragen, te

(1) Een treffend voorbeeld in eene hoogst belangrijke zaak het arrest van 26 Juli 1913; W. 9513.

meer omdat de cassatievoorziening op futiele vormfouten dikwijls alleen geschiedt om zoodanige nieuwe beslissing te verkrijgen. En ook in de andere gevallen, waarin de artt. 105 en 106 òf geene òf eene onvoldoende regeling geven, mag worden gezegd, dat de rechtspraak van den H. R. aan redelijke eischen voldoet. Het meeste bezwaar zou men kunnen maken tegen de hierboven op blz. 81 vermelde opvatting, volgens welke wanneer eene onvoldoende feitelijke beslissing gegeven is, niet verwijzing geschiedt naar den eersten rechter, die verplicht was geweest die beslissing te geven. Doch practisch zal ook dit bezwaar zich niet sterk doen gevoelen, omdat wij in het hier gestelde geval meerendeels te doen zullen hebben met eene in hoogste ressort gegeven uitspraak van den kantonrechter.

Bestaat er reden over de richting van 's Hoogen Raads rechtspraak tevreden te zijn, dan kan men zich met een gerust gemoed bij de onvolledigheid der wet neerleggen. Die gemoedsrust heerschte bij de Staatscommissie tot herziening van ons Wetboek van Strafv. Zij handhaafde in het tweede lid van art. 416 zonder meer het tweede lid van art. 369 en deed geene poging de regeling van de artt. 105 en 106 aan te vullen of te verbeteren. Naar de toelichting (1) wordt aldus de bestaande practijk van den H. R. gehandhaafd, welke geene bezwaren heeft opgeleverd. Volgens mijne eigene opvatting is die toelichting niet voldoende. De regeling van de artt. 105 en 106 is gebrekkig en onvolledig; over enkele door den H. R. aangenomen oplossingen kan verschil van gevoelen bestaan. M. i. is het wenschelijk, dat de wetgever ook hier den plicht vervult, die op hem rust. Vooral mag dit van hem worden gevergd, omdat wat

(1) Blz. 348.

de H. R. doet bij schending van de bewijsregelen met de wettelijke bepalingen op zeer gespannen voet staat.

De regeling van het Wetb. van Burgerl. Rechtsv. wijst den weg voor die, welke ook in het Wetb. v. Strafv. kan worden gegeven. Eenige aanvulling of verduidelijking zal noodig zijn, doch over de beginselen zal wel niet veel verschil bestaan. Alleen naar eene goede formuleering moet worden gezocht. Zij moge ook hier, zooals overal, moeilijk zijn, die moeilijkheid mag nooit eene reden zijn voor den wetgever om zich er van af te maken in de geruststellende gedachte, dat de alwijze rechter den juisten weg zal weten te vinden.

D. SIMONS.

Utrecht, September 1913.

**Het Ontwerp van Wet regelende het Burgerlijk
Proces in eersten aanleg, samengesteld door de
Commissie benoemd krachtens besluit der
algemeene vergadering van de
Nederlandsche Juristen-Vereeniging**

DOOR

Mr. D. S. VAN EMDEN,
oud-advocaat te 's-Gravenhage.

Op de vergadering der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, die in 1907 te Groningen werd gehouden, werd het Bestuur opgedragen eene Commissie samen te stellen die zich had te belasten met het opstellen van een voorontwerp eener wet regelende het burgerlijk proces in eersten aanleg, en dit ontwerp, dat in October 1911 gereed kwam, is onlangs door het Bestuur den leden der genoemde Vereeniging toegezonden.

Eenigen tijd geleden werd ook door het Hoofdbestuur van den Vrijzinnig-Democratischen Bond eene Commissie benoemd tot het ontwerpen eener herziening van het burgerlijk proces en het ontwerp dier Commissie kwam in Juni 1911 gereed.

Eindelijk werd in 1911 door den Minister van Justitie eene Staatscommissie benoemd aan welke werd opgedragen een ontwerp van wet samen te stellen tot regeling van het rechtsgeding in eersten aanleg of desverkiezend een geheel nieuw Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering te ontwerpen.

Wanneer men op deze feiten het oog houdt dan mag

men wel veronderstellen dat ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering of althans het eerste boek van dit wetboek ten doode is opgeschreven.

Ik stel mij voor hier eenige opmerkingen ten beste te geven omtrent het eerstgemelde ontwerp, n.l. over dat van de Nederlandsche Juristen-Vereeniging. Intusschen zij het mij vergund vooraf de vraag te bespreken of het inderdaad noodig en wenschelijk is het eerste boek van ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering te doen vervallen en door geheel nieuwe bepalingen te doen vervangen.

Schrijver dezes behoort niet tot de velen die het pereat over ons procesrecht hebben uitgesproken, al ontkent hij niet dat daaraan, gelijk aan iederen menschen-arbeid, gebreken kleven. Die zijn echter mijns inziens niet zóó talrijk en zoodanig dat zij eene geheele afschaffing van het eerste boek B. R. rechtvaardigen. Door de vele wijzigingen welke de wet HARTOGH aanbracht met enkele afdoende bepalingen te vermeerderen zou, bij een *goed* gebruik maken en *goed* toepassen der wet door balie en magistratuur ten aanzien onzer burgerlijke procedure een zeer bevredigende toestand kunnen geboren worden en de vaststelling van een geheel nieuw Wetboek stellig overbodig zijn.

Welke zijn de voornaamste grieven tegen ons procesrecht? Ter voorkoming van noodelooze herhalingen diene dat ik in de volgende bladzijden alleen het oog heb op de bepalingen van het eerste boek.

De Commissie der Nederlandsche Juristen-Vereeniging voert tegen het bestaande procesrecht *vijf* grieven aan en wel:

1. een benepen formalisme, waardoor niet steeds een onderzoek naar de kern van het geschil wordt gewaarborgd;

2. de omstandigheid dat in vele gevallen het onderzoek naar den feitelijken grondslag van het geschil te wenschen overlaat;
3. de lange duur der processen;
4. de te geringe economie in het gebruik der rechterlijke krachten;
5. eene dikwijls niet te rechtvaardigen bevoordeeling der positie van den gedaagde.

Niet *geheel* dezelfde grieven werden aangevoerd door de Commissie uit den Vrijzinnig-Democratischen Bond. Alleen ten aanzien van het hierboven sub 2 vermelde is zij het in hoofdzaak met de andere Commissie eens. Haar verdere grieven betreffen het *te* sacramenteele karakter der dagvaarding, de verplichting om desverlangd ook in eenvoudige zaken pleidooien toe te laten, de aan de rol-zittingen onnoodig verspilde tijd en de hooge kosten die voor beide partijen aan het voeren van een proces verbonden zijn.

De Commissie die het ontwerp voor de Nederlandsche Juristen-Vereeniging bewerkte — en alleen *haar* ontwerp wensch ik hier te bespreken — verklaart de oorzaken der door haar gevonden misstanden vooreerst uit de te groote macht die in het geding aan de partijen of liever aan haar vertegenwoordigers is toegekend, waardoor de rechter niet of slechts bij uitzondering de partijen ziet en ten tweede in de verdeeling van het proces in tal van afzonderlijke fasen n.l. schriftelijke gedachtenwisseling, incidenteele en interlocutoire vonnissen, getuigenverhooren en pleidooien, onderling door groote tijdsruimten gescheiden, waardoor niet ten onrechte bij den rechter de overtuiging wordt gewekt dat, zelfs in de gevallen waarin de wet hem daartoe de macht of de gelegenheid geeft, een optreden zijnerzijds als leider van het proces bedenkelijk is.

In haar ontwerp tracht de Commissie aan die bezwaren te gemoet te komen.

Alvorens de leidende gedachte van haar ontwerp te bespreken wensch ik een oogenblik stil te staan bij de vraag of ons procesrecht werkelijk zoo slecht is als velen beweren.

Behalve door hen die het beoordeelen kunnen, wordt ook door leeken geklaagd en beide stemmen hierin overeen dat zij den duur der processen te lang en de kosten te hoog vinden. De juristen, voor zoover zij meer van onze rechtsvordering weten dan hetgeen zij indertijd voor hun doctoraal examen moesten leeren, klagen vrij algemeen over de te geringe bevoegheid van den rechter ten aanzien van het proces.

Zijn deze klachten gegrond en, zoo ja, is het om daaraan te gemoet te komen, noodig een geheel nieuw eerste boek Rechtsvordering samen te stellen en in te voeren?

Het valt niet te ontkennen dat vele processen te lang duren en dat wel voornamelijk doordien de vertegenwoordigers der partijen elkander te lang uitstel toestaan voor het nemen der conclusiën en doordien de rechters vooral in de grootere steden zóó met werk overladen zijn, dat er steeds een te lange tijd moet verloopen tusschen de laatste conclusie en den pleitdag.

Nu moet men onderscheiden tusschen processen waarin eene spoedige beslissing noodig is zooals b.v. tegen onwillige, onmachtige of chicaneerende debiteuren en die waarbij ook voor den eischer minder haast noodig is.

In de eerstgenoemde zaken hebben de procureurs der eischers het in hunne macht ieder onnoodig of onnoodig lang uitstel te weigeren en daarbij kunnen zij veelal op den steun van den rechter rekenen. Maken de procureurs der eischers van die bevoegdheid geen gebruik, zoo

is dit niet aan de wet te wijten, doch daaraan, dat zij hun plicht verzaken. *Meer* dan twee conclusiën behoeft de rechter ingevolge art. 142, 2^e lid niet toe te staan. Tengevolge eener latere wijziging kan in de meeste zaken het hooren van getuigen — het meest voorkomende intermezzo — voor een rechter-commissaris plaats hebben, zoodat de werkkraft van twee rechters hierbij bespaard kan worden.

Ten einde intusschen den langen duur van de rechts-gedingen op vrij afdoende wijze te bekorten, zou men aan iedere partij slechts hoogstens twee conclusiën hebben toe te staan met bepaling, dat voor elke dezer conclusiën geen langere termijn dan van vier weken mag worden toegestaan, tenzij bijzondere omstandigheden ter beoordeeling van den rechter, een nieuw of langer uitstel noodzakelijk maken.

Voorts zou men *ieder* getuigenverhoor imperatief aan een rechter-commissaris kunnen opdragen, nu men toch vrij algemeen teruggekomen is van de meening, dat de rechter die bij het verhoor tegenwoordig was — voor zoover hij niet verplaatst werd of overleden is — na vrij langen tijd zich nog zou kunnen herinneren welke indruk op hem was gemaakt door getuigen in de vele zaken waarin hij als zwijgend assistent van den voorzitter genoodzaakt was het verhoor bij te wonen. Eindelijk zou men den rechter de bevoegdheid moeten toekennen om wanneer eene der partijen dag van pleidooi vraagt en de andere partij verklaart het bepleiten onnoodig te achten, na inzage der gewisselde stukken, het bepleiten der zaak als onnoodig te weigeren. Het vragen van pleidooi geschiedt meermalen om de zaak noodeloos te rekken en — behalve in cassatie — zouden in de meeste civiele gedingen de pleidooien zonder schade kunnen achterwege blijven, indien partijen hare laatste con-

clusiën iets uitvoeriger maakten en daarin ook de doctrine en de jurisprudentie vermeldden, waarop zij zich gewoonlijk eerst bij het pleiten beroepen.

Om dit een en ander aldus te regelen zouden slechts vijf of zes artikelen van het eerste boek behoeven te worden gewijzigd of aangevuld.

Zijn de processen in Nederland te kostbaar?

Deze vraag kan ik in geen geval bevestigend beantwoorden. Ruim dertig jaar geleden was dit anders. Toen moest iedere partij een procureur en een advocaat hebben en wie een proces verloor had in iedere instantie vier declaratiën te betalen en van geene enkele dezer werd het bedrag door den rechter in het vonnis of arrest bepaald. De procureurs en advocaten konden dus ook aan de tegenpartij tamelijk veel in rekening brengen en gewoonlijk het dubbel of driedubbel van hetgeen thans door de rechterlijke colleges wordt toegelegd. Alleen wanneer de verliezende partij of haar advocaat het *te* veel vond — wat slechts zelden gebeurde — dan volgde vereffening ingevolge de wet.

En tegenwoordig? De meeste rechterlijke colleges, met uitzondering van den Hoogen Raad, veroordeelen de partij die in het ongelijk gesteld wordt tot betaling aan de winnende partij van een honorarium dat, volgens bijna allen die het beoordeelen kunnen, niet in verhouding staat tot den verrichten arbeid. Het gevolg is dat meer dan vroeger ook de winnende partij heeft bij te passen hetgeen door vele cliënten niet steeds met groote blijmoedigheid geschiedt. Toch moet wetenschappelijke arbeid ook behoorlijk worden gehonoreerd. Een chirurg, die eene operatie verricht welke hem slechts eenige uren tijds kost, verlangt van den patient die ruim betalen kan eenige honderden guldens.

Waarom zou den advocaat, die voor iemand een proces

wint waarin vaak zijn eer of een deel van zijn bestaan op het spel stond, zooveel minder toekomen?

De cliënt die de hem aangeboden declaratie te hoog vindt, kan taxatie verlangen door den raad van toezicht die zich daarbij te vaak nog gebonden acht door verouderde bepalingen van het tarief van justitiekosten.

Kortom, tegenwoordig zijn de processen niet te duur en zij zouden nog veel goedkooper zijn indien de Staat van de niet onvermogenen niet zoo hooge registratierechten verlangde, rechten wier bedrag vaak zoo hoog is dat zij het gebruik maken van noodzakelijke documenten zouden kunnen verhinderen, indien niet de advocaat der tegenpartij zoo welwillend was genoeg te nemen met de registratie van ongezegelde afschriften en de conformiteit daarvan met de origineele stukken te erkennen.

Men klaagt ook, gelijk ik reeds zeide, over den te geringen invloed van den rechter op den loop van het geding. Ligt de oorzaak daarvan alleen in de bestaande wetgeving? Dit betwijfel ik en wie het volhouden zien twee artikelen over het hoofd, n.l. art. 144 en art. 19 B.Rv. In de tweede alinea van het eerstgemelde artikel is bij de wet-HARTOGH den rechter het zoogenaamde Fragerecht toegekend geworden. Hij mag n.l. bij de pleidooien aan de partijen of hare practizijns ophelderingen vragen omtrent den inhoud van hunne schriftelijke of mondelinge voordrachten. Hoewel de rechter niet bevoegd is van de verkregen inlichtingen gebruik te maken — althans eene bepaling uit het amendement-DRUCKER waarbij den rechter die bevoegdheid wél werd toegekend, liet genoemde afgevaardigde op verzoek van de Heeren PLINAPPEL en HARTOGH vervallen — zoo zouden toch onwillekeurig de aan den rechter gegeven antwoorden op zijn vonnis invloed kunnen uitoefenen, indien maar vragen gesteld worden.

Doch men weet dat bijna nimmer van het Fragerecht wordt gebruik gemaakt. Dit is niet de schuld van de wet doch een gevolg van niet-toepassing van eene harer bepalingen.

Het andere straks door mij genoemde artikel, hetwelk den rechter de bevoegdheid geeft om de partijen in persoon of door of met hunne practizijns voor een of meer rechters-commissarissen te doen verschijnen ten einde eene schikking te beproeven. Uit de woorden *of met* volgt dat de rechter bevoegd is in ieder geval de partijen zelve voor zich te ontbieden. Is het nu de schuld van de wet dat ook dit artikel bijna nimmer wordt toegepast? Toch zou de toepassing daarvan vooral veel nut kunnen stichten en menig proces spoedig door eene voor beide partijen aannemelijke schikking kunnen doen beëindigen. Zelfs al kwam geene schikking tot stand zou de rechter uit een onderhoud met de partijen persoonlijk veel kunnen vernemen wat hem anders niet wordt medegedeeld en — al mag hij daarvan niet gebruik maken als bewijsmiddel — de zaak toch beter kunnen beoordeelen. Trouwens zou slechts een kleine aanvulling van art. 19 noodig zijn om den rechter ook het recht van ondervraging der partijen zelve toe te kennen met bevoegdheid om uit hunne antwoorden zoodanig bewijs te putten als hij zal vermeenen te behooren.

Om te resumeeren, wil ik herhalen dat onder ons bestaand procesrecht de processen niet te kostbaar zijn en dat slechts weinige artikelen zouden behoeven te worden gewijzigd of aangevuld om den duur der processen aanmerkelijk te bekorten.

Op alle deze gronden komt het mij — en wellicht ook anderen — voor dat het volstrekt niet noodig is ons eerste boek rechtsvordering door eene geheel nieuwe codificatie te vervangen.

Niettemin wensch ik thans geheel onbevooroordeeld na

te gaan of de bepalingen welke de Commissie der Nederlandsche Juristen-Vereeniging in haar ontwerp heeft voorgesteld in het belang eener goede rechtspleging al dan niet aannemelijk zijn.

De Commissie ging bij haar ontwerp, waarin zij de bepalingen over het burgerlijk proces in eersten aanleg in twee boeken verdeelde, als leidende gedachte uit van de volgende drie stellingen :

1. dat gestreefd moet worden naar nauwere aanraking tusschen rechter en rechtzoekenden ;
2. dat des rechters aandeel in de leiding van het proces moet worden vergroot en tevens dat, door de inrichting van het proces zelf, de bewustheid dezer taak hem geen oogenblik verlaat ;
3. dat de hoofdzak zoo snel mogelijk, liefst aan één stuk, doorloope met vermijding van formalisme, terwijl nevenquaesties („incidenten”) zoo spoedig mogelijk vooraf worden afgedaan.

Laat ons nu zien op welke wijze de Commissie deze drie stellingen in toepassing brengt.

Zij gaat uit van het beginsel dat de rolprocedure behoort te vervallen. Hiertegen zullen slechts weinigen bezwaar kunnen hebben want men bespaart den rechters hunne noodeloze aanwezigheid bij tal van langdurige zittingen en ook den procureurs wordt het twijfelachtige genoeg bespaard van een paar maal 's weeks het grootste deel van hun ochtend te gaan verklaren dat zij wel of niet concludeeren en hetzelfde door anderen te hooren mededeelen, waarbij zij dan nog in sommige steden eerst een groot aantal vonnissen mogen aanhooren, die hen niet interesseeren, doch wier voorlezing enkele rechterlijke collegiën tot stichting der balie aan de rol doen voorafgaan.

De Commissie zoekt het zwaartepunt in het nieuwe

proces in de terechtzitting, dat wil zeggen in één enkele terechtzitting die volgt na de wisseling der conclusiën, tenzij eerst incidenten moeten worden berecht. De aanwezigheid van het Openbaar Ministerie wordt — op de terechtzittingen — zeer terecht, door de Commissie niet meer verlangd.

De conclusiën worden niet meer ter rolle genomen doch ingeleverd ter Griffie.

In iedere zaak waarin door partijen geen recht op de stukken is gevraagd vindt eene terechtzitting plaats waarin de partijen of hare raadslieden de zaak mondeling toelichten. Bij de terechtzitting *moeten* de partijen tegenwoordig zijn, tenzij de voorzitter eene of meer der partijen, op haar verzoek, van die verplichting ontslaat, hetgeen niet belet dat de Kamer later toch de verschijning van partijen kan bevelen. Ten aanzien van partijen die zich in het buitenland bevinden kan de Kamer het verhoor opdragen aan de door haar aan te wijzen autoriteit in het vreemde land of aan den Nederlandschen consulair ambtenaar.

De partijen zijn verplicht duidelijk en onomwonden te antwoorden op de vragen die haar op de terechtzitting door de rechters, door de advocaten van partijen of door de wederpartij, in de volgorde door den voorzitter te bepalen, zullen worden gesteld en de Kamer is bevoegd uit de mededeelingen en de antwoorden der partijen, uit hare niet-verschijning en uit de weigering of de ontwijking van het antwoord zoodanige gevolgtrekkingen te maken of zoodanig bewijs te putten als zij zal vermeenen te behooren.

Zelfs dan wanneer de partijen recht op de stukken verlangen kan de rechtbank het verhoor van partijen of van hare advocaten en zelfs behandeling ter terechtzitting bevelen.

Het doel beoogd met deze voorschriften, die zeker de meest belangrijke van het geheele ontwerp zijn, is nauwere aanraking tusschen rechter en rechtzoekenden te bevorderen en den rechter de mogelijkheid te verschaffen om meer waarheid te vernemen dan hem tot dusverre wordt medegedeeld. Ik spreek hier van de *mogelijkheid* want eene partij die eenmaal besloten heeft de waarheid te verzwijgen en ook aan haar advocaat onwaarheden te vertellen, die partij zal in den regel ook tegenover den rechter dit stelsel blijven volhouden, tenzij het dezen of den advocaat der tegenpartij gelukt door behendig geformuleerde vragen — natuurlijk geen strikvragen, hoewel het ontwerp deze niet totidem verbis uitsluit — den waarheidschuwende tot erkenning der waarheid te brengen.

De vraag rijst of hetgeen de Commissie hier voorstelt ook niet vaak kan bereikt worden door de reeds bestaande voorschriften omtrent het hooren van partijen.

Men zal mij tegenwerpen dat dit verhoor slechts dan plaats heeft wanneer eene der partijen het verlangt, doch daarbij vergete men niet dat het ook slechts gevraagd wordt wanneer geen ander voldoende bewijsmateriaal aanwezig is. Trouwens, gelijk ik hiervoor reeds opmerkte, zou een kleine aanvulling en meerdere toepassing van art. 19 Rv. den rechter in staat stellen desverlangd de partijen, hare beweegredenen en hare beweringen zelf te leeren kennen. Intusschen geloof ik niet dat in vele gevallen het beoogde doel zal worden bereikt. Evenals thans voor een verhoor op vraagpunten zullen vele partijen zich voorbereiden op hunne persoonlijke verschijning voor den rechter en op de antwoorden die zij eventueel zullen geven.

De advocaten zullen niet kunnen weigeren en zullen mijns inziens zelfs verplicht zijn hun cliënten vooraf

inzage te geven van de dagvaarding, van de gewisselde conclusiën en van de productiën, opdat zij weten kunnen niet alleen wat namens hen zelve doch ook wat door de tegenpartij tot dusver beweerd is.

Hierbij mogen nog enkele omstandigheden niet worden uit het oog verloren. In de eerste plaats deze dat dikwerf in een groot deel der processen de eischende partij in het buitenland woont. Die partij zal dan kunnen gehoord worden door den rechter van het land waarin zij woont of door den Nederlandschen consulairen ambtenaar aldaar. Doch zullen de wederzijdsche advocaten en de gedaagde ook de reis naar het vreemde en dikwijls ver afgelegen land moeten ondernemen om ingevolge de eerste alinea van art. 125 van het ontwerp mede vragen te kunnen stellen? Het is niet waarschijnlijk dat dit zal geschieden en zijn die allen bij het verhoor niet tegenwoordig, dan zal het voorschrift slechts voor een klein gedeelte kunnen worden opgevolgd en zeker niet dat bereikt worden wat men hoopt te bereiken.

In de tweede plaats vergete men niet dat ook in een groot deel der processen vrouwen de eischende of verwerende partij zijn. Nu weet ieder die de practijk kent hoe zelfs ontwikkelde vrouwen gewoonlijk er vreeselijk tegen opzien om in persoon voor den rechter te verschijnen en als zij wel verschijnen meestal in hoogst zenuwachtigen en dus in abnormalen toestand verkeerend, zoodat zij ook met den besten wil zich niet voldoende rekenschap zouden kunnen geven van de portée der aan haar gestelde vragen en van die der te geven antwoorden.

Men stelle zich b.v. eene terechtzitting voor in een erfenisgeding met zes of acht twistende erfgenamen of wel in een echtscheidings-proces waarin over en weder allerlei liefelijkheden beweerd worden. In dergelijke zaken

zou bij het hooren der partijen de taak van den voorzitter zeker niet te benijden wezen.

Kortom tegen de verplichte tegenwoordigheid van partijen op de terechtzitting bestaan vele en ernstige bezwaren, wellicht nog meerdere dan die welke ik hier heb aangevoerd en de wetgever zou die wel eerst ernstig mogen overwegen alvorens het voorgestelde art. 122 van het ontwerp in de wet op te nemen.

Van de door haar voorgestelde terechtzitting verwacht de Commissie zoo niet alle dan toch veel heil. In hare memorie van toelichting zegt zij dat afdoening der geheele zaak op ééne terechtzitting, het eventueel verhoor van getuigen en deskundigen daaronder begrepen, het ideaal was dat zij zich voor oogen stelde. Ik geloof dat in verreweg de meeste gevallen dit ideaal niet zal kunnen bereikt worden. Gelukkig is de Commissie dan ook nog tijdig uit het rijk der idealen in dat der werkelijkheid teruggekeerd. Zij verklaarde immers wel in te zien dat, om redenen van practischen aard, dikwijls dit ideaal niet, of niet dan ten koste van noodeloos werk en van al te groote opofferingen van tijd en geld zou kunnen worden bereikt. Deze laatste motiveering laat wel aan juistheid te wenschen over. *Indien* toch *wel* afdoening der geheele zaak op ééne terechtzitting mogelijk ware, dan zouden zeker veel tijd en waarschijnlijk ook kosten bespaard worden.

De Commissie heeft, gedreven door de zucht naar snelle berechting, in art. 123 van haar ontwerp de mogelijkheid opengesteld om ter terechtzitting en dus, zoo noodig, met verdeeling der behandeling over meer dan eene zitting, een of meer punten van het geding afzonderlijk te behandelen en te beslissen, en als voorbeeld noemde zij het geval wanneer groote kans bestaat dat de beslissing eener rechtsvraag een langdurig en kostbaar getuigenverhoor geheel overbodig zou maken. De Commissie dacht

hierbij zeker aan den ouden rechtsregel frustra probatur quod probatum non relevat.

Ofschoon ik mij voorstel over het stelsel van het ontwerp, om in vele gevallen voor het afzonderlijk hooger beroep uitdrukkelijk verlof te eischen van den rechter tegen wiens beslissing men wil appelleeren, nader te bespreken wensch ik toch reeds hier op te merken dat in het hierboven door de Commissie als voorbeeld genoemde geval de tweede alinea van haar art. 123 weinig zin heeft. Immers indien de rechter eene rechtsvraag in dien zin beslist dat de vordering ontvankelijk is en hij dus een getuigenverhoor beveelt, en hij geen afzonderlijk appèl tegen zijne beslissing heeft toegestaan, dan zal een wellicht langdurig en kostbaar getuigenverhoor volgen. Gesteld nu dat later het Hof de beslissing van de rechtbank over de rechtsvraag vernietigt en de actie niet ontvankelijk verklaart, dan zal dit langdurige en kostbare getuigenverhoor reeds hebben plaats gehad en dan zal onnoodig geld en tijd verspild zijn, iets wat toch zeker niet de strekking is van het ontwerp. Ik denk dat velen gaarne een meer duidelijke uiteenzetting der bedoeling met die afzonderlijke beslissing en een meer voor haar stelsel pleitend voorbeeld van de Commissie zullen verlangen.

De omstandigheid dat in minstens de helft der processen incidenten ontstaan, die noodzakelijk vooraf moeten worden uitgewezen alvorens eene beslissing der hoofdzaak mogelijk is, zal den wensch der Commissie om de geheele behandeling der zaak op ééne terechtzitting te laten afdoen wel voor een groot deel in de meeste gevallen onvervuld doen blijven. Reeds nu bestaat bij de procedures voor den Kantonrechter, waar veelal de partijen zelve verschijnen en waar de rechter zooveel vragen mag als hij wil de mogelijkheid om de zaken in ééne terecht-

zitting te doen berechten. En wat ziet men gebeuren? Dat de partijen of althans zij die daar gewoonlijk de partijen vertegenwoordigen over en weder schriftelijk conclusie nemen met vaak meer dan eene week tusschenruimte. Daar schijnt de practijk dus van die berechting in ééne zitting niet gediend en schijnt men te begrijpen dat snel recht niet altijd goed recht is noch zijn kan.

Gelijk te verwachten was bleef de dagvaarding in het ontwerp der commissie behouden. De vereischten van dit processtuk zijn vermeld in art. 98 van haar ontwerp en bij één derzelve n.l. dien sub letter *e* wensch ik een oogenblik stil te staan. Wij lezen daar dat de dagvaarding moet bevatten den naam, de voornamen en het kantoor van den advocaat, die den eischer in het geding zal vertegenwoordigen. Derhalve wil de Commissie afschaffing der procureurs. Hiertegen is — bij verval van het rolproces — weinig aan te voeren. Doch in art. 41, eerste lid van het ontwerp lezen wij dat als vertegenwoordigers van partijen alleen worden toegelaten advocaten, ingeschreven bij de rechtbank voor welke het geding wordt gevoerd. Mochten bij die rechtbank niet meer dan zes advocaten zijn ingeschreven dan kunnen partijen zich ook doen vertegenwoordigen door advocaten, ingeschreven bij de rechtbank van een aangrenzend arrondissement.

De Commissie meende de tot dusver bestaande vrije keuze te moeten beperken en wel om historisch geworden toestanden en de daarmede samengegroeide belangen der plaatselijke balies zooveel mogelijk te eerbiedigen en vooral ook wijl het door haar voorgestelde nieuwe proces met zijne (zoo mogelijk) snelle behandeling en afdoening van incidenten, de aanwezigheid van partijvertegenwoordigers in de onmiddellijke nabijheid der rechtbank in veel sterkere mate zal vereischen dan tot heden het geval is.

Toch zal dit voorschrift van het ontwerp in werkelijkheid geene groote verandering in den bestaanden toestand brengen daar in art. 47 bepaald wordt dat de volmacht (waarover straks nader) den advocaat bevoegd maakt om onder zijne verantwoordelijkheid een anderen advocaat in zijne plaats te doen optreden. Niet uit de woorden van dit artikel doch uit de memorie van toelichting blijkt dat die andere advocaat niet behoeft ingeschreven te zijn bij de rechtbank voor welke de zaak behandeld wordt en ook niet bij die van een aangrenzend arrondissement. De cliënt alzoo die er op gesteld is zijne zaak door een volgens hem meer bekwamen advocaat, die op verderen afstand woont, schriftelijk en mondeling te doen behandelen zal daartoe bevoegd zijn evenals tot dusverre, mits de advocaat die hem vertegenwoordigt hiertegen geen bezwaar maakt. En het is niet waarschijnlijk dat dit laatste geschieden zal daar ook tot dusverre talloze malen zaken bepleit worden door een ander dan door den vertegenwoordigenden procureur.

Eene bepaling die ons vrij bedenkelijk voorkomt is die van art. 42 van het ontwerp. Dit artikel toch bepaalt dat om als vertegenwoordiger eener partij te kunnen optreden, ieder niet toegevoegd advocaat moet voorzien zijn van eene schriftelijke volmacht die ingevolge art. 44 door den advocaat moet worden overgelegd bij zijne eerste verschijning voor den rechter. Ook de advocaat die den verweerder zal vertegenwoordigen moet van eene schriftelijke volmacht voorzien zijn en deze binnen acht dagen na beteekening der dagvaarding ter griffie inleveren.

De meerderheid der Commissie heeft bij dit voorstel het preventieve stelsel der Deutsche en Oostenrijksche wetgevingen overgenomen. Zij zag hierin eene vereenvoudiging van het proces, omdat ook in verband met

het voorgestelde art. 46 van het ontwerp, waarin bepaald wordt waartoe de volmacht den advocaat bevoegd maakt, aldus de mogelijkheid van ontkenenis van gerechtelijke verrichtingen wordt afgesneden en tevens een belang voor de waardigheid van den advocaat wijl deze aan een désaveu niet langer zal blootstaan.

Vooral dit laatste argument komt mij al heel zonderling voor. Wie de practijk kent, die weet dat désaveux van den procureur, dat ontkenenis van gerechtelijke verrichtingen bijna nimmer of althans uiterst zelden voorkomen en is het nu een bewijs van achting voor de waardigheid van den advocaten-stand en voor de leden der balie, wanneer men hen niet meer op hun woord mag gelooven wanneer zij verklaren voor een eischer of gedaagde op te komen, eene verklaring die ten aanzien van de eischende partij reeds vooraf bevestigd werd door de dagvaarding waarin de naam van dien advocaat wordt medegedeeld? Dat men voor de kanton-gerechten, waar allerlei zaakwaarnemers als gemachtigden verschijnen, eene volmacht verlangt, dat is te begrijpen, en zelfs daar wordt genoeg genomen met eene mededeeling in de dagvaarding dat A. of B. als gemachtigde zal optreden.

Men zal mij wellicht tegenwerpen dat ingevolge art. 417 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in het cassatie-proces zoowel van den advocaat der eischende als van dien der verwerende partij overlegging ter griffie of mededeeling in afschrift van hunne volmacht kan verlangd worden door de wederpartij. Ik geloof echter niet, dat sedert 1876 ooit van een advocaat die volmacht is gevraagd. Trouwens bevat art. 417 geen imperatief voorschrift gelijk art. 42 van het ontwerp der Commissie.

Door de minderheid der Commissie werd terecht opgemerkt, dat in een stelsel waarbij alleen leden der

plaatselijke balie, dus altijd aan den rechter bekende personen, als vertegenwoordigers kunnen optreden, de preventieve contrôle geen zin heeft. Voorts wees die minderheid er op dat betwisting van de deugdelijkheid der volmacht, b.v. bij naamlooze vennootschappen wegens de door de statuten vereischte handteekeningen van directie en commissarissen, een welkom middel van proces-vertraging zou kunnen zijn.

De Commissie was zeer te recht van oordeel dat, ook al beschouwt men de onderlinge bespreking der zaak door partijen, raadslieden en rechter als het doelmatigste middel ter bepaling, veelal zelfs ter beslissing, van het geschil, eene voorafgaande schriftelijke gedachtenwisseling toch onmisbaar blijft, al was het slechts om den rechter in staat te stellen zich behoorlijk voor te bereiden op zijne taak.

In haar ontwerp bepaalt de Commissie het aantal der schrifturen, met inbegrip der dagvaarding, op niet meer dan drie. Deze schrifturen zijn alzoo dagvaarding, conclusie van antwoord en conclusie van repliek. De conclusie van dupliek vervalt.

Het zou mij niet verwonderen, indien bij velen ernstig bezwaar bestond tegen deze laatste bepaling. De Commissie verklaarde dat aan die bepaling de gedachte ten grondslag lag dat den eischer, die immers de eerste is om de gevaren en kosten aan een proces verbonden te wagen en die dikwijls onbekend is met het verweer dat de gedaagde voornemens is te voeren, althans met de bijzonderheden daarvan, de gelegenheid niet mag worden onthouden om, naar aanleiding van dat verweer, de grondslagen van zijn eisch nader te ontwikkelen. Zij meende dat daarentegen van den gedaagde, die begint te weten wat de eischer verlangt, gevorderd kan worden dat hij in één geschrift duidelijk en volledig

aangeeft waarom hij den eisch bestrijdt. De te gunstige positie waarin uit den aard der zaak de gedaagde veelal verkeert, verklaarde de Commissie zoo weinig mogelijk te willen versterken.

Mij komt het voorstel der Commissie niet aannemelijk voor. Al is het niet te ontkennen dat er vele gedaagden zijn wier defensie kan worden beschouwd als eene zoogenaamde *exceptio non paratae pecuniae*, daar tegenover staan ook velen die met eene hetzij feitelijk hetzij zedelijk ongegronde actie worden besprongen. En men mag de goeden niet laten boeten voor de feilen der niet-goeden. Op het gebied van het strafrecht, waar toch meestal personen vervolgd worden die zich aan eenig misdrijf hebben schuldig gemaakt, geldt als regel dat den beklaagde het laatste woord toekomt. Ware het nu niet onbillijk dit den gedaagde voor den burgerlijken rechter te ontzeggen? Het is zeker waar dat een gedaagde uit de dagvaarding kan weten wat men van hem verlangt doch — gesteld de actie is, gelijk zoovele, feitelijk ongegrond — dan kan de gedaagde toch niet vooruit weten met welke beweringen de eischer na zijne ontkenenis bij repliek voor den dag zal komen en of hij niet b.v. brieven zal produceeren wier bewijskracht hij gedaagde door in zijn bezit zijnde papieren kan ontzenuwen.

De Commissie tracht, en niet ten onrechte, den duur der processen ook te verkorten door vaststelling der termijnen voor de schrifturen. De verweerder zal van antwoord hebben te dienen binnen drie weken na inlevering zijner volmacht door den advocaat des eischers en binnen drie weken na het antwoord des verweerders moet de eischer van repliek dienen. De beide conclusiën worden ingeleverd ter griffie, die voor de doorzending heeft te zorgen.

Op verzoek van eene of meer der partijen of ook ambts-

halve kan de rechter de wettelijke en ook de door hem bepaalde termijnen verlengen of verkorten. Hij zal ingevolge art. 180 van het ontwerp daarbij hebben te letten op het belang van alle in het geding betrokken partijen en nauwkeurig moeten onderzoeken of de aangevoerde gronden gewichtig genoeg zijn om verlenging of verkorting te rechtvaardigen.

Tegen de wettelijke vaststelling der termijnen bestaat zeker geen bezwaar en zij kan er stellig toe bijdragen om den vaak onnoodig langen duur van vele processen te verkorten. Worden deze bepalingen in de wet opgenomen dan zal voor verschillende advocaten, die of door niet al te grooten ijver of doordat zij *te* veel zaken ter behandeling aannemen, gewoon zijn hunne tegenpartij maanden lang op conclusiën te laten wachten, eene andere wijze van werken noodzakelijk worden.

Ingevolge art. 116 van het ontwerp wordt na de verzending (men bedoelt blijkbaar inlevering) der laatste schriftuur dag en uur der terechtzitting bepaald waarop het geding voor de Kamer zal worden behandeld, tenzij de afdoening van incidenten dit alsnog verhindert en in dit laatste geval, zoodra de incidenten zijn afgedaan.

Daar in zeker de helft der processen incidenten ontstaan zal natuurlijk eene spoedige berechting derzelve zeer noodig wezen.

De Commissie verklaarde dan ook in haar memorie van toelichting te hebben gestreefd naar eene zoodanige regeling der incidenten waardoor al dit bijkomstige, hoe belangrijk wellicht ook op zich zelf, spoedig door afzonderlijke beslissing zou kunnen worden afgedaan.

De door haar voorgestelde regeling komt hierop neer dat voor zoover incidenten ter terechtzitting rijzen, de Kamer zelve bepaalt wanneer zij afzonderlijke bepaling doelmatig acht.

De incidenteele vordering wordt in dit geval mondeling gedaan en in het zittingblad aangeteekend.

Rijzen incidenten vóór dat de terechtzitting begonnen is, dan worden deze behandeld voor den voorzitter der Kamer of voor het lid dat hem vervangt. In dit geval wordt de incidenteele vordering schriftelijk gedaan tenzij de partijen zich gezamenlijk op daarvoor bepaalde dagen en uren bij den voorzitter aanmelden ten einde hunne incidenteele vorderingen mondeling in te dienen. De behandeling, ook voor den voorzitter is contradictoir en er wordt door hem eene schriftelijke beschikking gegeven die — zij het ook kortelijk — moet gemotiveerd zijn.

De Commissie begreep dat in menig geval eene der partijen zich door de beslissing op de incidenteele vordering gegeven, bezwaard zou achten en daarvan in hooger beroep zou willen komen. Hierdoor, namelijk door een afzonderlijk hooger beroep, zou veel tijd verloren gaan. Ten einde dit nu te beletten, ging zij uit van het beginsel dat incidenten geene schorsende kracht mogen hebben en stelde zij als regel dat bij beslissing op incidenten, afzonderlijke voorziening in hooger beroep niet is toegelaten en als uitzondering dat de rechter (voorzitter of Kamer) die de beslissing geeft afzonderlijke voorziening toestaat. Men wil dus de vraag geheel aan de beslissing van den rechter overlaten en — hoewel ik gaarne toegeef dat afzonderlijk appèl tegen incidenteele beslissingen veel en vaak nutteloos oponthoud veroorzaakt, acht ik het toch bedenkelijk de beslissing over al of niet afzonderlijk appèl over te laten aan hem die de beslissing gaf. Ieder mensch die iets op papier heeft gezet bezit gewoonlijk eene zekere mate vanité d'auteur. Wanneer een rechter te beslissen heeft of men tegen zijne uitspraak afzonderlijk appelleren mag dan is het zeer waarschijnlijk

dat hij of nimmer of slechts hoogst zelden verlof tot afzonderlijke voorziening zal geven.

Ten aanzien van het al of niet toelaten van afzonderlijk appèl tegen eene incidenteele beslissing, waarbij getuigenbewijs wordt toegestaan, heb ik reeds trachten aan te toonen hoe het weigeren van afzonderlijke voorziening, in stede van tijdsbesparing, nutteloos tijdverlies kan ten gevolge hebben. En ook bij tal van andere incidenteele beslissingen waarbij eene of andere verrichting of eenig onderzoek wordt bevolen dat later door den hoogerem rechter ongeoorloofd of onnoodig wordt geoordeeld, zal door afzonderlijke voorziening te weigeren of niet toe te staan het tegendeel bereikt worden van wat de Commissie beoogt. Zij erkent zelve dat zich incidenten *kunnen* voordoen, zóó belangrijk, dat eene definitieve uitspraak van den hoogerem rechter daarover het gansche geding omtrent de hoofdzaak overbodig zou maken, doch uit vrees voor schadelijke casuïstiek meende zij dergelijke gevallen niet bij voorbaat te kunnen omschrijven en daarom gaf zij den rechter eene mijns inziens te groote bevoegdheid.

Het meest tijdroovend incident is een getuigenverhoor, althans zooals dit tot dusver is geregeld en waarschijnlijk geregeld zal blijven zoo men niet het hooren van getuigen door een rechter.commissaris in alle zaken imperatief voorschrijft. Het hooren van de getuigen der beide partijen op dezelfde zitting zou in de practijk niet doenlijk blijken. Daarom zou het, indien het denkbeeld der Commissie om voor afzonderlijk appèl het verlof van den rechter te eischen, in de wet werd opgenomen, aanbeveling verdienen er eene bepaling bij te voegen ingevolge welke tegen eene incidenteele beslissing, waarbij getuigenbewijs is toegestaan, afzonderlijke voorziening steeds is toegelaten.

In het ontwerp ontbreken bepalingen omtrent nietig-

heid. Het weglaten hiervan staat in verband met het door haar voorgestelde art. 142 krachtens hetwelk gebreken in schrifturen of andere verzuimen hersteld kunnen worden indien zonder dat herstel eene der partijen zou worden benadeeld. Dit herstel wordt door den rechter bevolen of ambtshalve of op verzoek der belanghebbende partij na verhoor of oproeping van de partijen; alleen verzuimen met betrekking tot de wettelijke of door den rechter vastgestelde termijnen kunnen niet worden hersteld, tenzij de wet het tegendeel bepaalt.

De door de Commissie voorgestelde mogelijkheid om verzuimen, ook in de dagvaarding, te herstellen is zeker aan te bevelen. Het tot dusver vooral ten aanzien van de dagvaarding en andere exploiten geldende formalisme heeft al heel wat onnoodige schade veroorzaakt.

Intusschen kan men des Guten auch zuviel geben. Gedreven door de zucht om het formalisme in de procedure zoo min mogelijk te laten voortbestaan ging de Commissie er ook toe over om een te ingrijpende verandering voor te stellen in hetgeen thans art. 134 B.Rv. bepaalt. In art. 141 van haar ontwerp toch stelt de Commissie voor den eischer niet alleen het recht toe te kennen den eisch te verminderen doch ook, behalve in verstekzaken, dien te veranderen of te vermeederen, tenzij die verandering of vermeederen zou leiden tot onredelijke vertraging van het geding of den verweerder in zijne verdediging ernstig zou bemoeilijken. Dit voorschrift staat in verband met het door de Commissie bepaalde in art. 140 van haar ontwerp, waarbij aan de partijen toegestaan wordt in de schrifturen en op de terechtzitting hare voorstelling der feiten zoo te stellen of te veranderen, ook met dezelfde beperkingen als die welke in art. 141 voorkomen.

Gelijk bij vele der door haar voorgestelde wijzigingen

heeft de Commissie hier het oog gericht op buitenlandsche wetgevingen en speciaal op die van Duitschland en Engeland. In de wetgeving van eerstgemeld land vond zij eene te groote en schadelijk werkende bevoegdheid tot veranderingen toegekend, in die van Engeland eene te geringe en daarom besloot zij den middenweg te kiezen. Was die keuze wel noodig?

Wie een proces begint behoort te weten en mede te deelen naar aanleiding van welke feiten hij een rechtsstrijd aanvangt en wat hij van zijne tegenpartij verlangt.

Dit behoort van den aanvang af te blijven vaststaan omdat de gedaagde zich op die gestelde feiten en op het naar aanleiding daarvan gevorderde heeft te verdedigen.

Onder de tegenwoordige wetgeving mag de eischer behalve verminderen ook zijn eisch wijzigen. Dit laatste is niet geheel hetzelfde als het nu voorgestelde veranderen en dat verschil is te grooter wijl men ook verandering van de voorstelling der feiten — hetgeen niet veel anders is dan van de feiten zelve — wil toestaan.

Het spreekt vanzelf dat die veranderingen en vermeerdering niet zonder toestemming van den rechter mogen plaats hebben, doch zij zullen kunnen toegestaan worden ondanks het verzet van den verweerder. Wél wordt den rechter opgedragen het gevraagde te weigeren indien toestemming den verweerder in zijne verdediging ernstig zou benadeelen.

Het ontwerp stelt geen grenzen en dit zou ook moeilijk vallen. Doch hierdoor is het mogelijk zelfs op de terechtzitting, nadat de geheele schriftelijke behandeling is geëindigd, wellicht na berechting van tijdroovende incidenten, het dubbel of iets anders te gaan vorderen dan datgene waarover tot dusver de strijd liep. Gaat dat niet te ver? En al weder werd daarbij de beslissing overgelaten aan den rechter, wiens werkkring en bevoegd-

heid ook daardoor veel meer zouden worden uitgebreid dan in het belang eener billijke rechtsbedeeling wensche-lijk is. De Commissie stelt zich ook hier te zeer op het standpunt van hen, die in *iedereen* verweerder een chicaneur zien. Niet alleen dat zij den verweerder het recht van dupliek ontnemen wil, doch zij wil door de bepaling, vooral van art. 141 van haar ontwerp, den eischer een onnoodig en gevaarlijk recht toekennen.

Bewijzen van de juistheid mijner bewering omtrent hetgeen ik hierboven schreef over het door de Commissie ten aanzien der verweerders ingenomen standpunt, kan men in vele artikelen van haar ontwerp vinden. Zoo trof mij b.v. hetgeen zij in art. 189 voorstelt. Volgens dit artikel *kan* de voorzitter, wanneer hij den eischer heeft bevolen zekerheid te stellen en deze dit bevel niet binnen den bepaalden tijd heeft opgevolgd, in plaats van den verweerder op diens verzoek van de instantie te ontslaan met veroordeeling van den eischer in de kosten, partijen eenvoudig gelasten voort te procedeeeren. In de memorie van toelichting verdedigt de Commissie deze bepaling, door de bewering dat het denkbaar is dat tengevolge van verzuim of onwil van den verweerder de eischer in de onmogelijkheid wordt gesteld zijne verplichtingen na te komen. Hoe dit laatste na een bevel tot zekerheidstelling mogelijk zou zijn, is mij en waarschijnlijk ook anderen, niet duidelijk.

Zeer belangrijk zijn de nieuwe voorschriften die de Commissie in haar ontwerp voorstelt ten aanzien van het bewijs. Hierbij zoekt zij aansluiting bij het nader gewijzigd Regeerings-ontwerp op dit bewijs van 1907, hoewel zij toch in vele opzichten van het ontwerp is afgeweken.

In overeenstemming met de wetgevingen van Duitschland en Oostenrijk was de Commissie van oordeel dat al de voorschriften omtrent het bewijs bijeen behooren

en hunne plaats moeten vinden in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

In de memorie van toelichting deelt de Commissie breedvoerig mede, waarom zij de bekentenis niet onder de bewijsmiddelen heeft opgenomen. De grond voor die weglating ligt in de bepaling van haar art. 127, krachtens hetwelk de Kamer bevoegd is uit de mededeelingen en de antwoorden der partijen, uit hare niet-verschijning en uit de weigering of ontwijking van het antwoord zoodanige gevolgtrekkingen te maken of zoodanig bewijs te putten als zij zal vermenen te behoeven. Hierdoor vervalt uit onze rechtspleging het velen niet sympathieke instituut der onsplitsbare bekentenis met zijne vaak ondoorgrondelijke casuïstiek en ik ben overtuigd dat slechts weinigen over die verdwijning zouden treuren, al mochten zij ook bezwaar hebben tegen hetgeen er voor in de plaats wordt voorgesteld, n.l. de verplichte tegenwoordigheid der partijen bij de terechtzitting.

Blijkens het eerste artikel van haar titel over bewijs handhaaft de Commissie (althans hare meerderheid) het beginsel, dat hij die een rechtsgevolg voor zich inroept, het bestaan moet bewijzen van het feit of de feiten waaraan dat rechtsgevolg is verbonden, terwijl haar art. 203 de zeer aannemelijke bepaling bevat, dat de bewijslevering aan geen bepaald middel gebonden is, tenzij zij de wet in bijzondere gevallen bepaalde bewijsmiddelen vordert.

In het ontwerp werden als bewijsmiddelen genoemd het schriftelijk bewijs, het bewijs door getuigen, het bewijs door deskundigen, plaatsopneming of bezichtiging en de gerechtelijke eed.

Zooals ik reeds heb medegedeeld werden verschillende bepalingen uit het nader gewijzigd Regeeringsontwerp

op het bewijs van 1907 door de Commissie niet overgenomen en zulks op grond der bekende monographieën over dit onderwerp van de hoogleeraren HAMAKER en HOUWING. De Commissie was van meening dat de Staatscommissie in haar ontwerp niet met vaste hand het onderscheid had in het oog gehouden tusschen de bewijskracht van geschriften, wier regeling in het bewijsrecht hare plaats behoorde te vinden en de rechtsgevolgen van de in authentieke of onderhandsche acten vervatte verklaringen. Zij vond de bewijskracht van een onderhandsch, als echt erkend, geschrift te recht daarin dat dit het volledig bewijs oplevert dat de daarin vervatte verklaringen van den onderteekenaar afkomstig zijn. Dit was volgens de Commissie de volle omvang der bewijskracht. De vraag echter welk rechtsgevolg de inhoud der schriftelijke verklaring heeft, die vraag ligt — en dit heeft de Commissie zeer juist aangetoond — buiten het gebied van de bewijskracht der verklaring en mitsdien buiten dat van het bewijsrecht. Die vraag toch behoort ook volgens haar tot een gansch ander deel van het burgerlijk recht, namelijk tot dat deel hetwelk de wilsverklaring als rechtshandeling of de uitlegging der verklaringen regelt.

Kan ik mij alzoo in hoofdzaak vereenigen met de leidende gedachte der Commissie bij hare vaststelling der bepalingen die in den titel over bewijs voorkomen, ten aanzien van enkele bepalingen in dien titel en speciaal in de tweede afdeeling derzelve, bestaan bij mij bezwaren die ik kortelijk wensch mede te deelen.

De laatste alinea van art. 210 bepaalt, dat een onderhandsch geschrift, waaronder rechtmatig eene handteekening op mechanische wijze is gesteld, geacht wordt onderteekend te zijn.

Dit voorschrift komt mij zeer bedenkelijk voor. Er

wordt reeds te veel misbruik gemaakt van werkelijk geschreven handteekeningen, dan dat men nu iemand ook aansprakelijk zou mogen stellen voor eene gedrukte of met een stempel geplaatste handteekening. Ik weet zeer goed dat sommige personen de onvoorzichtige gewoonte hebben om onder geschriften, waarvan zij vele exemplaren te teekenen hebben, hunne handteekening op mechanische wijze te doen plaatsen, doch dit kan tot zeer veel misbruiken leiden. In het voorgestelde artikel komt wel de bepaling voor dat de handteekening „rechtmatig” moet zijn geplaatst, doch hoe zal dit, ingeval van ontkenenis, te bewijzen zijn. Al hetgeen in het ontwerp bepaald wordt in de artt. 227 en 228 kan hier bezwaarlijk toepassing vinden, omdat de stempel waarop iemands handteekening voorkomt tijdelijk in het bezit van onbevoegden kan zijn geweest en door die personen gebezigd kan zijn om buiten weten van den eigenaar allerlei geschriften te onderteekenen. Werden die aldus onrechtmatig gestelde handteekeningen vergeleken met andere handteekeningen van dezelfde persoon, voorkomende onder door hem erkende authentieke of onderhandsche geschriften, dan zal natuurlijk blijken dat de stempel handteekening geheel gelijk is aan die onder voormelde geschriften voorkomende en toch kan die stempel handteekening niet door of niet met goedvinden van den daartoe rechthebbende onder het geschrift geplaatst zijn. Door de in de laatste alinea van art. 210 voorgestelde bepaling wordt de deur geopend tot het plegen van heel wat misdrijven en reeds daarom is het niet te wenschen dat deze geheel onnoodige bepaling in de wet wordt opgenomen.

In art. 211 van het ontwerp der Commissie wordt bepaald, dat een onderhandsch geschrift ten aanzien van zijne dagteekening geene bewijskracht tegenover

derden heeft dan van den dag, waarop het blijkt bestaan te hebben.

Dit nieuwe voorschrift is heel wat beknopter dan het bepaalde in art. 1917 van ons Burgerlijk Wetboek. De vraag rijst of die bekorting niet is verkregen ten koste der duidelijkheid. Immers uit de voorgestelde bepaling is niet te lezen op welke wijze, waardoor dat blijken moet. De Commissie zegt wel in hare memorie van toelichting dat het haar niet wenschelijk voorkwam af te wijken van het bestaande recht doch van dit standpunt uitgaande had zij ook den eisch van registratie moeten handhaven. Wellicht heeft angst voor vaak te groote kosten der registratie de Commissie weerhouden doch wanneer het artikel, zooals het nu luidt, in de wet wordt opgenomen dan zal kunnen beweerd worden dat registratie niet meer tegen derden vereischt wordt en dat, buiten de gevallen in het tegenwoordige art. 1917 B. W. vermeld, ieder bewijs omtrent den tijd der onderteekening zal zijn toegelaten. Dit zou tot menig langdurig tusschengeschil kunnen aanleiding geven. De regel „qu'il faut juger les faits d'après leurs dates" had mijns inziens de Commissie er toe moeten leiden om in haar art. 211 iets meer duidelijk te wezen.

De bepaling in art. 1924 van het N. G. O. (nader gewijzigd ontwerp over het bewijs van 1907) komt mij duidelijker en eenvoudiger voor dan die van art. 213 uit het ontwerp der Commissie. Eerstgemeld artikel spreekt in het algemeen van eene authentieke akte, die niet kan worden overgelegd en omvat dus *alle* gevallen, derhalve ook de twee genoemd in art. 213, waarin aan de grossen of andere ambtelijk afgegeven afschriften hetzelfde bewijs als aan de oorspronkelijke acte wordt toegekend.

De artt. 1922 en 1923 B. W. voorzien in de gevallen

waarin een titel of andere stukken tusschen twee of meer personen gemeen zijn en waarin vaststaat dat dit het geval is, en, wat art. 1923 betreft, tevens dat eene der partijen die in haar bezit heeft. De Commissie tracht in de artt. 217 en 218 van haar ontwerp ook het geval te regelen dat in een proces eene der partijen zich beroept op een geschrift waarvan zij aannemelijk maakt dat de tegenpartij het onder zich heeft. Daarbij wordt den rechter opgedragen te beslissen of het stuk tusschen de partijen gemeen is, of het de zaak in geschil betreft en of hij het aannemelijk acht dat de tegenpartij het onder zich heeft. Alleen wanneer hij deze drie gevallen aanwezig acht, moet hij de overlegging bevelen en, voor het geval de daartoe verplichte partij deze weigert, die gevolgtrekkingen maken welke hij zal vermeenen te behooren.

De Commissie meende hier te moeten afwijken van den regel dat hij die iets beweert, in geval van ontkenenis, dit zal hebben te bewijzen en vond het voldoende dat de partij die overlegging vordert het aannemelijk maakt dat het stuk in het bezit is der andere partij. De vraag is of men hierbij niet te ver ging. In ieder geval ging de Commissie in haar artikel verder dan het bepaalde in art. 1926 van het N. G. O., al zegt zij ook dat haar art. 217 in hoofdzaak met laatstgemeld artikel overeenkomt. Schijn kan vaak bedriegen en het ware onbillijk iemand te doen in het ongelijk stellen wegens niet-overlegging van een stuk dat hij werkelijk niet bezit. De bepaling van art. 218 krachtens hetwelk de rechter, bij niet-voldoening aan zijn bevel tot overlegging, de gevolgtrekkingen mag maken die hij zal vermeenen te behooren, ontbreekt trouwens geheel in het N. G. O. De Regeering was van oordeel dat de rechter zijn vonnis behoorde te vellen steunende op de

hem verstrekte bewijsmiddelen en niet op grond dat hem eenig bewijsmiddel werd onthouden. De bewijslast dat de tegenpartij het bewuste document bezit *of althans bezat tijdens den aanvang van het geding* behoorde daarom te worden opgelegd aan dengene die de overlegging verlangt. Hij van wien bewezen wordt dat hij na den aanvang van een geding zich ontdoet van een stuk dat tusschen hem en de tegenpartij gemeen is en welks overlegging in het geding kan gevorderd worden, pleegt eene handeling die zeker door den rechter ten zijnen nadeele mag worden uitgelegd.

De bepalingen van het ontwerp over het onderzoek naar de echtheid van schriftelijke bescheiden, voorkomende in de artt. 226 tot en met 231, wijken niet in vele opzichten af van hetgeen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering daaromtrent is bepaald. De Commissie stelt voor de slotbepaling van het tegenwoordige art. 184 Rv., ingevolge welke de weigering eener partij om te schrijven de erkenning van het stuk kan tengevolge hebben te vervangen door de bepaling dat die weigering kan tengevolge hebben de aanneming van het tegendeel harer bewering omtrent de echtheid van het stuk. Deze wijziging komt mij zeer gewenscht voor met het oog op de mogelijkheid, door de Commissie zelve ook voorzien, dat hij die het stuk overlegt, beschuldigd wordt zelf daarin te hebben geknoeid en dat dit door eene door hem te geven schrijffproef kan worden aan het licht gebracht.

Zeer terecht heeft de Commissie in afwijking ook van het N. G. O. de bepaling van art. 194 Rv. niet overgenomen wegens de moeilijkheden die aan de uitvoering van dit voorschrift verbonden zijn.

De derde afdeeling van den titel over bewijs behandelt het bewijs door getuigen en deze verdient bijzonder de

aandacht, wijl daaromtrent vele en ingrijpende veranderingen worden voorgesteld. Intusschen is de Commissie van de beginselen van het getuigenbewijs, zooals die in het N. G. O. zijn neergelegd, niet afgeweken, al is er ten aanzien van enkele bepalingen dezer afdeeling nog al verschil tusschen laatstgemeld ontwerp en dat der Commissie.

Eene zeer belangrijke afwijking van de thans geldende bepalingen is deze, dat de Commissie geene personen onbekwaam wil verklaard zien om getuigenis af te leggen en alleen aan bepaalde personen het recht toekent om zich òf van het afleggen van getuigenis geheel te versoonen, òf zich alleen te versoonen van het beantwoorden van bepaalde vragen. Het gevolg van deze bepaling zou zijn dat men in ieder geding zijne naaste bloed- en aanverwanten (zoo deze zich niet versoonen) als getuigen kan doen hooren en zelfs zijne bedienden. Nu is de rechter natuurlijk volkomen vrij in het beoordeelen der waarde van iedere afgelegde getuigenis, doch acht ik het bedenkelijk de waarheidsliefde van personen die wellicht in den regel niet gewoon zijn onwaarheid te spreken op eene zoo zware proef te stellen waar het vaak groote belangen geldt van hunne bloed- of aanverwanten en dat te meer wijl minder ontwikkelden van het ernstig karakter van den eed niet steeds zoo doordrongen zijn. Daarbij komt dat wanneer de rechter bij zijn vonnis de verklaringen van familieleden voorbijgaat aan diegenen, welke inderdaad waarheid spraken, onverdiend een brevet van ongeloofwaardigheid wordt uitgereikt.

In art. 235 van het ontwerp wordt bepaald dat van het beantwoorden van bepaalde vragen zich mede kan versoonen hij, die den rechter aannemelijk maakt dat het beantwoorden daarvan voor hem of voor een zijner

ouders, bloed- of aanverwanten, onafhankelijk van den uitslag van het geding, een ernstig zedelijk of geldelijk nadeel zou kunnen opleveren. Deze bepaling is zeker aan te bevelen.

Geheel nieuw zijn de bepalingen welke de Commissie voorstelt in de artt. 237 tot en met 239. De partij die getuigenbewijs moet leveren wordt verplicht de namen harer getuigen tijdig ter griffie mede te deelen en nadat de voorzitter hunne oproeping bevolen heeft, geschiedt die oproeping door de griffie, welke laatste hunne namen zoo spoedig mogelijk aan de partijen mededeelt.

Die oproeping en kennisgeving door de griffie zal zeker veel kosten besparen die thans aan deurwaarders moeten betaald worden doch, gelijk door zoovele bepalingen in het ontwerp, wordt zeer veel, wellicht te veel van de griffiën verlangd, zoodat het aantal rijksklerken aldaar belangrijk zal moeten worden vermeerderd. Hierbij rijst de vraag, of de griffiën al wat haar wordt opgedragen wel goed en tijdig zullen *kunnen* verrichten. Ik hoorde eenmaal, toen weder door eene wet een nieuwe taak aan Burgemeester en Wethouders der gemeenten werd opgelegd, door een daarover ontevreden Burgemeester zeggen dat papier zeer geduldig is en men op den duur wel zóóveel voorschriften kan maken dat goede of tijdige uitvoering door de aangewezen ambtenaren schier onmogelijk wordt. De Commissie verklaarde zelve bij de bepaling dat de uitspraken der vonnissen binnen tweemaal vier en twintig uren moeten ingeschreven en onderteevend worden dat aan de nauwkeurigheid en vlugheid van de griffie hooge eischen gesteld worden. Nu bepaalt art. 238, alinea 1 van het ontwerp dat de namen en woonplaatsen der opgeroepen getuigen zoo spoedig mogelijk aan de partijen worden medegedeeld. De uitdrukking „zoo spoedig mogelijk” is zeer rekbaar

en eene partij heeft naar billijkheid het recht te verlangen dat de namen en woonplaatsen van de getuigen die men tegen haar wil doen hooren minstens drie dagen tevoren worden bekend gemaakt opdat zij met haar advocaat kan raadplegen over eventueele wraking en over de te stellen vragen. Hoe nu wanneer de griffier die namen eerst een dag te voren mededeelt en, desgevraagd, verzekert dat het hem door groote drukte of door andere oorzaken — b.v. ziekte van klerken — niet vroeger mogelijk was? Daarom behoorde in art. 238, 1° lid een termijn van minstens drie dagen te worden bepaald.

Bij art. 240 van het ontwerp wordt aan de Kamer de bevoegdheid gegeven om, indien haar dit voor de volledige kennis van de toedracht der zaak wenschelijk voorkomt, ambtshalve op grond van wat in het geding is gebleken, de oproeping van een of meer door haar aangewezen getuigen tegen eene volgende terechtzitting te bevelen, welke getuigen echter niet gehoord worden indien de partijen zich daartegen verzetten. In het N. G. O. (art. 214 A) kwam de beperking aan het slot van het artikel der Commissie niet voor. Deze laatste meende dat het niet aanging getuigen op te roepen die geene der partijen wil doen hooren. Door intusschen aan *beide* partijen het recht toe te kennen zich tegen het hooren der verlangde getuigen te verzetten zal dit verhoor wel slechts zelden kunnen plaats hebben, daar in den regel iedere partij wel vooraf zal kunnen beoordeelen of de personen die de Rechtbank wil hooren al dan niet in haar voordeel zullen kunnen getuigen en zij, op gevaar af van bij den rechter een ongunstigen indruk te maken, zich wel verzetten zal tegen het hooren van personen wier verklaringen zij vermoedt in haar nadeel te zullen zijn.

Uit de bepaling van het door de Commissie voorgestelde art. 243 volgt dat de advocaten van partijen en deze zelve de getuigen mogen ondervragen en — daar het tegendeel niet in het artikel is bepaald — zal men dus moeten aannemen dat die advocaten en partijen rechtstreeks en zonder tusschenkomst van den Voorzitter vragen tot den getuige mogen richten. Ten aanzien der raadslieden ware dit zeer wenschelijk omdat somtijds door enkele Voorzitters aan de advocaten het stellen van vragen onnoodig moeilijk wordt gemaakt; daarentegen is het minder gewenscht om het rechtstreeks vraagrecht ook aan de partijen zelve toe te kennen wijl — al wordt ook aan de Kamer het recht toegekend bepaalde vragen niet toe te laten — hierover minder aangename incidenten kunnen ontstaan.

Op het slot van het artikel wordt de confrontatie van getuigen met andere getuigen niet uitgesloten. Uit deze vrij zonderling gekozen uitdrukking valt af te leiden dat zij zal geoorloofd wezen en men dus wil komen tot het toelaten van wat men noemt het kruisverhoor, iets wat zeer goed kan werken mits de rechters en de raadslieden van partijen er streng voor waken dat geene strikvragen worden gesteld.

Eene der meest onaannemelijke bepalingen van het ontwerp acht ik die van art. 247 in verband met art. 136. Laatstgemeld artikel bepaalt dat in het zittingblad der terechtzittingen onder meer de verklaringen van getuigen en deskundigen met hunne onderteekening zakelijk worden opgenomen, terwijl art. 247 bepaalt dat de Kamer ambts-halve of op verzoek van eene der partijen kan bevelen dat de verklaring van een getuige geheel in het zittingblad zal worden opgenomen, aan dien getuige voorgelezen en door dezen met den voorzitter en den griffier zal worden onderteekend.

In het nieuwe art. 202 uit het N. G. O. wordt bepaald dat — tenzij beide partijen verklaren zulks niet te wenschen, door den griffier een proces-verbaal wordt opgemaakt van het getuigenverhoor dat den inhoud der verklaringen van den getuige bevat, dat aan hen wordt voorgelezen, waarin hij zoodanige veranderingen of bijvoegingen mag doen opnemen als hem goedgeeft en dat door hem wordt ondertekend. Deze laatste voorschriften handhaven in hoofdzaak den bestaanden toestand en indien men het voorstel der Commissie aannam, zou het hooren van getuigen als bewijsmiddel het grootste deel van hare waarde verliezen. Immers bij getuigenbewijs komt het er op aan precies te weten wat de getuigen verklaarden, ja in vele gevallen is het wenschelijk hunne verklaringen textueel op te nemen. Wie de practijk kent weet hoeveel moeite het vaak reeds nu aan de advocaten kost om hetgeen de getuigen verklaren, volledig en juist te doen relateeren. Door toe te staan om hunne verklaringen zakelijk op te nemen, zullen in vele gevallen belangrijke mededeelingen achterwege blijven en zal, wanneer de advocaten krachtens het eerste lid van het voorgestelde art. 139 bedenkingen maken, hun met een beroep op art. 136 worden geantwoord dat de verklaringen slechts zakelijk behoeven te worden opgenomen.

Van de in art. 247 gegeven bevoegdheid om de verklaring van een getuige geheel in het zittingblad op te nemen zal, naar ik vrees, weinig gebruik worden gemaakt ook al verzoekt eene der partijen dit. En toch is het van het hoogste belang dat de verklaringen der getuigen volledig worden in schrift gebracht, want niet alleen de rechters in eersten aanleg — die wellicht bij het verhoor tegenwoordig waren — zullen moeten weten wat verklaard is, doch bij een eventueel appèl ook de rechter

in hooger beroep die niet aanwezig was bij het verhoor. Daarom acht ik de aanneming van de artt. 136 en 247 van het ontwerp der Commissie *zeer* ongewenscht en de bepaling van het nieuwe art. 202 uit het N. G. O. veel meer aan te bevelen.

In de vierde afdeeling, handelende over bewijs door deskundigen, nam de Commissie als beginsel aan dat deze altijd door den rechter benoemd worden en niet, zooals tegenwoordig, alleen dan wanneer partijen het niet eens zijn over de keuze. Art. 258, 2^e lid van het ontwerp bepaalt wel dat de benoeming zooveel mogelijk in overleg met de partijen geschiedt. Daar in den regel de partijen het niet eens worden over de keuze, is de voorgestelde regeling niet ongewenscht.

Blijkens de memorie van toelichting was de Commissie het onderling oneens over de vraag of aan deskundigen niet de vrijheid moest worden gelaten om de benoeming al of niet te aanvaarden, doch meende men ten slotte de verplichte aanneming niet te kunnen missen. Deze beslissing is mijns inziens minder juist. In de Commissie zelve werd er al op gewezen dat een deskundige die gedwongen zijne taak verricht, niet veel waarde heeft. Bovendien is het een niet voldoende gerechtvaardigde inbreuk op de persoonlijke vrijheid, wanneer men iemand noodzaakt zijn gevoelen kenbaar te maken over eene vraag die gerezen is in een geding tusschen hem geheel onbekende personen. Een getuige, die ook gedwongen kan worden zijne verklaring af te leggen, is ten minste iemand die gewoonlijk eene der partijen kent en min of meer in de zaak betrokken is. De vervulling der taak van deskundige kan niet alleen de verplichting medebrengen om veel arbeid te verrichten, doch zelfs die om meer dan eenmaal zich naar eene andere stad te begeven dan waar men woont, wil men zich niet blootstellen

aan lijfswang en aan eene veroordeeling tot schadevergoeding. De Commissie beweerde — mijns inziens ten onrechte — dat het aantal bevoegde personen, met name in sommige takken van handel of nijverheid, somtijds zeer gering is. De rechter is toch bij zijne keuze niet beperkt tot de inwoners eener bepaalde stad en — blijkt een benoemde deskundige ongenegen de benoeming te aanvaarden, dan zal de rechter — desverlangd bijgestaan door beide partijen of door eene derzelve — wel in het koninkrijk een ander in zijne plaats kunnen vinden. Trouwens bepaalt art. 258 van het ontwerp reeds dat een of meer deskundigen, en zoo noodig plaatsvervangers benoemd worden.

In de vijfde afdeeling, handelende over plaatsopneming en bezichtiging, komt sub art. 269 de bepaling voor, dat op de plaats van het onderzoek ambtshalve of op verzoek van eene der partijen getuigen kunnen worden gehoord en tevens deskundigen, deze laatsten indien bij het bevelen der plaatsopneming een of meer benoemd zijn. Ten aanzien der getuigen had de Commissie vooral het oog op het geval dat op de plaats zelve zich getuigen voordoen die over het geschil licht kunnen verspreiden. Dezen mogen dan, blijkens de memorie van toelichting niet worden geweerd, omdat eenige voorschriften omtrent het getuigenverhoor niet verder kunnen worden opgevolgd.

De zesde afdeeling van den titel over bewijs behandelt den gerechtelijken eed. Daarbij is door de Commissie in een zeer belangrijk opzicht afgeweken, zoowel van de thans geldende bepalingen als van het N. G. O. door den beslissenden eed, opgedragen door de eene partij aan de andere, geheel af te schaffen. De eed is geen fraai bewijsmiddel; een onzer hooggeleeraren noemde dien eenmaal en niet ten onrechte, een weezinwekkend bewijs-

middel en het ware zeker niet te betreuren geweest, indien de Commissie nog een stap verder ware gegaan en ook had voorgesteld den suppletoiren eed af te schaffen. De niet-handhaving van den beslissenden eed motiveerde de Commissie hiermede dat bij de door haar voorgestelde nieuwe regeling van het bewijsrecht, die meerdere vrijheid geeft in de bewijslevering en meerdere vrijheid aan den rechter in het onderzoek dat hij instelt om tot kennis der waarheid te komen, het niet meer noodig was aan eene der partijen nog een beroep op het geweten der tegenpartij toe te laten, een beroep dat volgens haar meestal een ander gevolg heeft dan daarvan wordt verwacht. Dit laatste is zeker waar; wie de de practijk kent weet toch dat heel wat eeden werden en worden afgelegd die beter niet uitgezwooren waren.

Zooals gezegd handhaafde de Commissie den aanvullingseed door den rechter op te leggen met deze bijvoeging (art. 274) dat het bevel tot aflegging daarvan zoo mogelijk moet worden voorafgegaan door eene overvraging van partijen over de nog onbewezen feiten, waarbij de rechter haar tevens op de mogelijkheid der eedsoplegging wijst.

In het N. G. O. werd in art. 1946 bepaald dat indien hij, aan wien een eed is opgedragen, den rechter aannemelijk maakt, dat hij niet meer in staat is zich de juiste toedracht der feiten met zekerheid te herinneren, de rechter op zijn verzoek den eed dusdanig kan wijzigen dat hij, in plaats van de waarheid der gestelde feiten moet bevestigen, dat hij naar zijn beste weten van de waarheid of onwaarheid dier feiten overtuigd is. Aanvankelijk had de Commissie besloten ook eene bepaling in dien zin in haar ontwerp op te nemen, doch later kwam zij op haar besluit terug en mijns inziens

ten onrechte. Het al of niet afleggen van een eed is eene gewetenszaak en wanneer iemand, wien de gelegenheid geboden wordt om door het afleggen van een eed zijn proces te winnen hiertegen bezwaar maakt op grond dat hij zich de toedracht der feiten niet meer juist kan herinneren, dan mag men meestal aannemen met een eerlijk en nauwgezet mensch te doen te hebben en dan zou het — waar eenmaal de suppletoire eed gehandhaafd blijft — onbillijk wezen de in het N. G. O. voorgestelde wijziging niet toe te laten. De Commissie betoogt dat in gedingen de overtuiging uitsluitend de zaak van den rechter is en dat deze laatste bij de formuleering van den door hem op te dragen eed zooveel mogelijk zal hebben rekening te houden met de prijzenswaardige nauwgezetheid en voorzichtigheid van eenige partij. De Commissie zag daarbij over het hoofd dat niettegenstaande dit alles toch bij eene nauwgezette partij bezwaren als in art. 1946 kunnen bestaan. Daarom is de weglating in het ontwerp der bepaling van dat artikel te betreuren.

Zooals ik heb gezegd, werd het ontwerp der Commissie regelende het burgerlijk proces in eersten aanleg, door haar verdeeld in twee boeken, waarvan het tweede, handelende over het rechtsgeding in eersten aanleg, als zijnde het meest belangrijke, in de eerste plaats reeds door mij is besproken. Het eerste boek handelt over den rechter en de berechting in het algemeen. Den zevenden titel van dit eerste boek, handelende over de vertegenwoordiging van partijen vond ik wenschelijk te bespreken in verband met den loop van het geding. Thans wil ik op de overige titels van dit eerste boek de aandacht vestigen.

De eerste titel handelt over de betrekkelijke bevoegdheid des rechters. De Commissie stelde als regel voorop,

dat de rechter van de woonplaats des verweerders de bevoegde is, zoodat, waar eene uitzondering niet uitdrukkelijk genoemd is, de genoemde regel steeds blijft gelden.

Zeer belangrijk is het vervallen der afzonderlijke bevoegdheid in handelszaken en daartegen zullen wel niet velen bezwaar hebben. De vraag of eene zaak al dan niet eene handelszaak is en — zoo ja — of werkelijk een der in art. 314 Rv. genoemde gevallen aanwezig is geeft tot veel tijdroovende competentie-geschillen aanleiding. De Commissie meende dat bij de toeneming van het verkeer de onderscheiding tusschen burgerlijke en handelszaken meer en meer hare reden van bestaan had verloren, terwijl bovendien door de eischers in handelszaken dikwerf misbruik werd gemaakt van de bevoegdheid om voor den rechter hunner eigen woonplaats te dagvaarden. Zeer terecht wees de Commissie er op dat vooral in de kantongerecht-procedüres, waar de gedaagde genoodzaakt werd de kosten van een vertegenwoordiger in eene andere plaats te maken, ten einde zich tegen een, soms volkomen ongegronden eisch te kunnen verweren, het bestaande stelsel dikwijf eene onbillijke werking had.

De derde alinea van art. 2 van het ontwerp bepaalt dat, indien van meer verweerders een of meer werkelijk verblijf hebben in het Rijk in Europa en de overige niet, de rechtsvordering wordt ingesteld voor den rechter van die woonplaats of van dat werkelijk verblijf ter keuze van den eischer. Hierbij vermeldt het artikel niet en evenmin de memorie van toelichting *welke* keuze de eischer in dit geval heeft. Bedoeld wordt blijkbaar tusschen die woonplaats of verblijf van een der verweerders en die van den eischer. Aanvulling dezer bepaling ware wenschelijk.

De tweede titel handelt over uitsluiting en wraking van rechters. Gelukkig komt wraking slechts zelden voor.

Toch *kan* er daartoe aanleiding bestaan en daarom schijnt mij het bepaalde in art. 16 niet volledig genoeg, vooral in verband met hetgeen over dit artikel in de memorie van toelichting te lezen is. Gemeld artikel bepaalt dat de rechter, wiens wraking wordt voorgesteld, hangende het onderzoek slechts kan deelnemen aan handelingen welke geen uitstel gedoogen. Nu leest men in de memorie van toelichting dat de op dezen grond verrichte handelingen geldig blijven, ook al mocht later de voorgestelde wraking blijken gegrond te zijn. Dit ware niet billijk. Vóór alles hebben de rechtzoekenden het recht onpartijdige rechters te verlangen. Gesteld er wordt in een geval dat door eene der partijen en door de Kamer waarin ook die rechter zitting heeft geoordeeld, dat eene gevraagde beslissing geen uitstel kan lijden, hoewel de tegenpartij zoowel het verzoek zelf als het urgente eener beslissing betwist en er valt eene beslissing ten nadeele van die tegenpartij, waartoe door een later niet onpartijdig of wraakbaar gebleken rechter is medegewerkt, gaat het dan aan om die beslissing *steeds onaantastbaar* te doen blijven? In die gevallen, waarin na gegrondverklaring eener voorgestelde wraking, het nog mogelijk is de bedoelde beslissing niet te doen uitvoeren, behoort die uitvoering ook niet te mogen plaats hebben en aanvulling van art. 16 in dien zin komt mij zeer wenschelijk voor.

De titels van het ontwerp, welke handelen over jurisdictie-geschillen en over de handhaving der orde op de terechtzittingen en bij proceshandelingen voor den voorzitter of voor een lid van het college geven uit den aard der zaak tot bespreking weinig aanleiding.

Eene nuttige wijziging wordt voorgesteld in art. 28 van het ontwerp. Daardoor wordt de dadelijke berechting door den burgerlijken rechter van een misdrijf, gepleegd

gedurende de zitting, afgeschaft. De Commissie vond die berechting door den burgerlijken rechter niet noodig. Zij had daarbij kunnen voegen dat die behandeling aldaar ook niet wenschelijk is omdat wanneer een der feiten gepleegd wordt genoemd in het tegenwoordige art. 26 Rv. de rechters tegen wie of in wier tegenwoordigheid het gepleegd is tengevolge der door het misdrijf veroorzaakte agitatie geacht moeten worden de noodige kalmte en onbevangenheid te missen, die vooral bij de berechting van strafzaken noodig is.

In den vijfden titel van het ontwerp wordt de berekening der termijnen behandeld en wel in een drietal artikelen. Daarbij zijn de belangrijkste bepalingen deze dat bij de berekening der termijnen de dag, waarvan de termijn begint te loopen en de laatste dag niet worden medegerekend terwijl, indien de handeling binnen zekeren termijn moet plaats hebben, de laatste dag van den termijn ook de laatste dag is waarop zij kan geschieden.

Door het voorschrift van art. 31 van het ontwerp zal, indien dit in eene wet wordt opgenomen, een einde komen aan de tusschen velen nog bestaande strijdvraag of men eene maand al dan niet moet rekenen op dertig dagen. Immers in dit voorgestelde artikel leest men dat bij weken, maanden of jaren bepaalde termijnen eindigen met den laatsten dag van de week, maand of jaar welke in benaming of getal overeenstemt met den dag waarop de termijn is begonnen te loopen, terwijl indien die dag in de laatste maand ontbreekt, de termijn eindigt met den afloop van den laatsten dag der maand.

Niemand zal beweren dat deze bepalingen uitmunten door groote duidelijkheid en de Commissie heeft dit blijkbaar zelve ingezien daar zij in hare memorie van toelichting eene tamelijk uitvoerige explicatie geeft waardoor, dit moet erkend worden, iedere twijfel wordt opge-

heven. In die memorie toch leest men dat een termijn van eene week die op Maandag begint afloopt tegelijk met den Maandag van de volgende week, dat een termijn van een maand, die begint op 31 Januari eindigt tegelijk met den 28ⁿ (of in een schrikkeljaar den 29ⁿ) Februari daaraanvolgende en dat een termijn van een jaar die begint op 28 Februari, eindigt tegelijk met den 29ⁿ Februari van het volgende jaar, indien dat jaar een schrikkeljaar is.

De zesde titel van het ontwerp behandelt de exploiten, door de Commissie geschreven zonder i. Zij meende dat dit woord genoeg burgerrecht had verkregen en alzoo eene poging om dit woord van uitheemschen oorsprong door een zuiver Nederlandsch te vervangen kon achterwege blijven. Wellicht kon het zijn te vervangen geweest door „gerechtelijke aanzegging“.

In art. 103 van het ontwerp wordt bepaald dat de eischer geacht wordt als woonplaats gekozen te hebben het in de gemeente, waar de rechter zitting houdt, gelegen kantoor of de aldaar gekozen woonplaats van zijn advocaat, aan welke woonplaats alle beteekeningen tot aan het eindvonnis kunnen geschieden. Zou het in navolging van dit voorschrift geene aanbeveling verdienen om in ieder exploit — behalve natuurlijk in dagvaarding en voor eene rechtbank en in die welke tot hangende rechtbank-gedingen betrekking hebben, domicilie keuze bij den exploiteerenden deurwaarder voor te schrijven en dan natuurlijk tevens vermelding van diens woning.

Bij de behandeling der wet-HARTOGH werd op aandrang der Commissie van voorbereiding in art. 5 Rv. de bepaling opgenomen dat, indien de deurwaarder bij beteekening van een exploit aan eene getrouwde, niet van tafel en bed gescheide vrouw, ten verzoeken van

haren echtgenoot, die vrouw niet vindt aan haar verblijven huize van dien man, het exploit moet worden aangekondigd in een dagblad der woonplaats van den man, terwijl een afschrift van die aankondiging moet worden aangeplakt aan de buitenzijde der hoofddeur van het door hem bewoonde huis. Blijkens art. 38 *i* van het ontwerp wil de Commissie de aanplakking aan de huisdeur laten vervallen, zónder dat zij in de memorie van toelichting een grond hiervoor aanvoert. Blijkbaar is zij de meening toegedaan dat die aanplakking in de buurt waar partijen wonen eenig schandaal veroorzaakt, doch hiertegenover staat dat publicatie in de courant van eene scheidingsvordering, die wellicht niet wordt toegewezen, voor de betrokken vrouw bijna nog erger is. De courant en vooral de advertentiën worden door veel meer personen gelezen dan een plakkaat voor de huisdeur dat — men vrage het aan de heeren deurwaarders — meestal spoedig na de aanplakking op geheimzinnige wijze weder verdwijnt of onleesbaar wordt gemaakt.

In den achtsten titel, handelende over vonnissen, wil de Commissie dezen naam alleen toekennen aan beslissingen welke van het eigenlijke geschil, hetzij geheel, hetzij voor een gedeelte de afdoening bevatten. De tot dusver voorkomende uitdrukking *interlocutoir vonnis* wil zij doen vervallen, omdat de beschikkingen of bevelen die gedurende het geding gegeven worden, noch geheel, noch gedeeltelijk eene afdoening van het geschil bevatten; vandaar dat dan ook in de zevende afdeeling van boek II van het ontwerp, handelende over incidenteele vorderingen in het algemeen, door de Commissie de uitdrukking *beschikkingen* werd gebezigd, dat is dezelfde uitdrukking die zij gebruikt voor het antwoord van den rechter op verzoekschriften. Of deze verandering van terminologie bepaald noodig was valt te betwijfelen. Bij een interlo-

cutoir vonnis wordt wel is waar geen eindbeslissing gegeven doch zeer vaak, evenzeer als bij dit laatste, een geschil tusschen partijen beslist. Men denke b.v. aan het geval, waarin de niet-ontvankelijkheid eener actie op rechtsgronden betwist wordt en in verband daarmee ook de toelaatbaarheid van een door de eischende partij aangeboden getuigenbewijs. Wanneer nu de rechter de actie ontvankelijk verklaart en tegelijk het aangeboden bewijs toelaat, beslist hij dan niet een geschil dat partijen verdeeld houdt en is *die* beslissing vaak niet veel belangrijker dan het eindvonnis?

De artt. 56 tot en met 58 van het ontwerp zijn door de Commissie wat de twee laatste betreft letterlijk en wat het eerste betreft in hoofdzaak overgenomen uit de artt. 1956—1958 van het nader gewijzigd ontwerp op het bewijs van 1907. In art. 1958 van laatstgemeld ontwerp wordt alleen gezegd dat vonnissen kracht van gewijsde hebben, wanneer zij niet meer vatbaar zijn voor hoogere voorziening. In het ontwerp van de Commissie der Juristen-Vereeniging wordt die hoogere voorziening nader omschreven in de woorden hooger beroep, revisie of cassatie. Die verduidelijking komt mij zeer gewenscht voor, doch minder kan ik mij vereenigen met eene andere afwijking van het ontwerp van 1907. Daarin wordt in art. 1960 de bewijskracht in een burgerlijk geding van een strafvonnis behandeld en hoewel de bepaling zelve geheel overnemende, plaatste de Commissie die niet in den titel, handelende over vonnissen, doch in het tweede boek in den titel over bewijs. Ook een strafvonnis is een vonnis en daar waar de rechtskracht van vonnissen behandeld wordt daar is mijn inziens ook de aangewezen plaats van de bepaling die in art. 206 (1960 in het ontwerp van 1907) te vinden is.

De Commissie verklaarde zelve in hare memorie van

toelichting, dat beter dan bij de regeling van het bewijs de omschrijving der beteekenis van het gewijsde hier op hare plaats was. Dan had ook de consequentie gevorderd de beteekenis van het gewijsde in strafzaken hier te vermelden. Men zal wellicht hiertegen opmerken dat al de hierboven uit het ontwerp van 1907 genoemde artikelen in dat ontwerp voorkomen onder het bewijs, doch mijne bedoeling is dat de *geheele* materie te zamen behandeld moest zijn en het niet juist gezien was om het bepaalde in art. 206 niet te behandelen na de artt. 56—58. Hetzelfde geldt van de uitspraken der scheidsmannen.

In art. 60 van het ontwerp wordt den rechter meerdere vrijheid toegekend dan hem thans door art. 59, 3^o. Rv. is verleend. Tot dusverre is de rechter verplicht in zijn vonnis de gronden zijner uitspraak, zoo wat de daadzaken als wat het rechtspunt betreft *ieder afzonderlijk* te vermelden. De Commissie nu verlangt alleen eene beslissing van daadzaken en rechtspunten, doch laat den eisch van afzonderlijke vermelding vervallen. Is dit wel wensche-lijk? Uitgaande van het streven om den rechter eene zeer groote vrijheid toe te kennen, schonk de Commissie hem hier op eene wijze, die mijns inziens aan ernstige bedenking onderhevig is, eene te groote vrijheid. Een eerste vereischte voor iedere rechterlijke beslissing moet zijn duidelijkheid. In hare memorie van toelichting verklaarde de Commissie er over gedacht te hebben om de bepaling op te nemen dat de vonnissen beknopt en in bondige taal behooren te zijn gesteld, eene bepaling die ten slotte geschrapt is wegens de onmogelijkheid eene behoorlijke sanctie te verkrijgen. Dit laatste is juist, doch de geschrapte bepaling bewees, dat ook de Commissie prijs stelde op duidelijke vonnissen. Nu komt het mij voor dat bezwaarlijk een volkomen duidelijk vonnis

zal te verkrijgen zijn, wanneer niet feiten en rechtsgronden afzonderlijk worden beslist. Eerst moet de rechter vaststellen welke feiten hij erkend of bewezen acht en eerst dan kan hij op rechtsgronden zijne beslissing geven. Laat men den eisch van afzonderlijke beslissing vervallen, zoo wordt de deur geopend voor minder goed gemotiveerde en onduidelijke vonnissen.

Art. 63 van het ontwerp bevat de in het algemeen zeer nuttige bepaling dat, indien uit de processtukken blijkt dat in het vonnis is gebleken eene schrijf- of rekenfout of andere soortgelijke vergissing, de rechter die het vonnis gewezen heeft ambtshalve of op verzoek van eene der partijen de fout kan herstellen, zoo noodig na verhoor of behoorlijke oproeping van partijen en dat het bevel, houdende verbetering als aanhangsel aan de minuut van het vonnis wordt gehecht. Intusschen zou ik de woorden „of andere soortgelijke vergissing” gaarne uit het artikel zien vervallen; die uitdrukking is te onbepaald; de woorden schrijf- of rekenfouten omvatten genoeg.

In de artt. 66 en 67 van het ontwerp, handelende over de voorloopige tenuitvoerlegging van vonnissen, heeft de Commissie bijna geheel de bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering overgenomen die door de wet-HARTOGH daarin werden gebracht. Ingevolge letter *c* van art. 66 moet de voorloopige tenuitvoerlegging bevolen worden van uitspraken gewezen in geschillen over de uitvoering van vonnissen, terwijl art. 52, 3^o. Rv. dit voorschrijft indien er is eene voorafgaande veroordeeling bij een vonnis, hetwelk voor geen verzet of hooger beroep vatbaar is. De door de Commissie gekozen redactie is zeker duidelijker, zij had er kunnen bijvoegen dat, wanneer men voorloopige uitvoerbaarverklaring wil vorderen op grond van voorafgaande

veroordeeling bij een vonnis, dat vonnis tusschen dezelfde partijen moet gewezen zijn, gelijk door het Hof van Overijssel beslist werd bij arrest van 27 Mei 1839 (te vinden in de verzameling van Mr. L. HERTZVELD).

De negende titel van het ontwerp handelt over verzoekschriften. In de tweede alinea van art. 69 wordt bepaald, dat aan den onvermogene, die buiten rechts-geding een verzoekschrift wenscht in te dienen, door het bureau van consultatie op een certificaat van onvermogen een advocaat wordt toegevoegd, tenzij hij er een mocht hebben. Zou het niet beter zijn die toevoeging te doen plaats hebben door den voorzitter der recht-bank of door den rechter dien hem vervangt? Er doen zich menigmaal gevallen voor waarin eene spoedige beslissing zeer noodzakelijk is en in die gevallen is de weg langs het bureau van consultatie een te lange. Die bureaux houden nooit meer dan eenmaal per week zitting en in sommige plaatsen slechts tweemaal per maand en voegen gewoonlijk geen advocaat toe alvorens de tegenpartij te hebben opgeroepen. Daarentegen is de president iederen dag te bereiken en tot geen uitgebreid voorafgaand onderzoek verplicht, zoodat van hem veel spoediger eene aanwijzing van den advocaat te wachten is.

De slotbepaling van dezen titel in art. 72 is geheel nieuw. Daarin wordt bepaald dat indien tegenspraak is gevoerd en de rechter daartoe termen aanwezig acht, hij dengene die in het ongelijk wordt gesteld in de kosten zal kunnen veroordeelen. Deze bepaling is zeer billijk. Immers, wie zich bij verzoekschrift tot de recht-bank heeft te wenden en niet onvermogen is, is verplicht daartoe kosten aan te wenden door de hulp van een advocaat in te roepen. Wanneer hij tot indiening van verzoek verplicht was door de later blijkens de beschikking onrechtmatig gebleken handelingen van een

ander, zoo behoort deze hem de gemaakte kosten te vergoeden.

In den tienden titel van het ontwerp worden de proceskosten behandeld. Daarin werd door de Commissie bijna geheel het bestaande stelsel der wet gehandhaafd. In art. 73 van haar ontwerp bracht de Commissie de bepaling, dat veroordeeling in de proceskosten moet worden uitgesproken, zonder dat daartoe eene afzonderlijke vordering wordt vereischt. Hoewel die veroordeeling als een gevolg van het proces moet worden beschouwd en hoewel de Hooge Raad reeds in dien zin heeft beslist, achtte men die bijvoeging toch gewenscht als uitzondering op het bepaalde in art. 59.

In hetzelfde artikel wil de Commissie den rechter de bevoegdheid geven om het bedrag der kosten, waarin de verliezende partij wordt veroordeeld, of dadelijk bij de uitspraak of eerst bij de onderteekening van het vonnis te bepalen. Deze laatste bevoegdheid komt mij niet wenschelijk voor. Wanneer de rechter zijn vonnis maakt, dan zit hij, gelijk men dat wel eens noemt, nog *in* de zaak, dan weet hij wat er zoo al in is voorgevallen en dan kan hij beter beoordeelen hoeveel den advocaat der winnende partij in billijkheid toekomt dan later bij de onderteekening van het vonnis, al zijn er slechts bijna twee dagen verlopen sedert de uitspraak.

De elfde titel van het ontwerp handelt over het armenrecht. Daarbij is door de Commissie in vele opzichten afgeweken van hetgeen thans in de artt. 855 en volgende Rv. wordt bepaald. In de eerste plaats wordt het verzoek om kosteloos te procederen volgens het ontwerp niet meer ingediend aan en behandeld door de rechtbank, doch wordt het gericht tot den voorzitter en door dezen alleen onderzocht en afgedaan. Hierdoor wordt zeer terecht de werkkraft van twee rechters bespaard.

Ingevolge art. 859 Rv. moet het request met appointement vier dagen vóór de comparitie aan de wederpartij beteekend worden. In art. 80 van het ontwerp wordt alleen bepaald dat de voorzitter de oproeping van partijen zal bevelen tot het geven van inlichtingen. Verduidelijking dezer bepaling ware wenschelijk omdat nu niet blijkt of de verzoeker dan wel de griffie de wederpartij moet oproepen en evenmin of, en zoo ja, hoe de inhoud van het verzoekschrift aan haar wordt medegedeeld. Uit de memorie van toelichting blijkt alleen dat de tegenpartij den inhoud van het verzoekschrift moet kennen, opdat zij hare tegenspraak kan voorbereiden.

Een groot verschil is er tusschen de bepaling van art. 868 Rv., regelende het gevolg der verleende gratis-admissie en hetgeen de Commissie in art. 83 te dien aanzien voorstelt. Behalve dat gelijk tot dusver, aan den verkrijger der kosteloze toelating geene salarissen van den hem toegevoegden advocaat en van den hem aangewezen deurwaarder kunnen worden in rekening gebracht en ook geene griffierechten, stelt de Commissie sub letter *c* van 'gemeld artikel de volgende bepaling voor, dat de kosten aan de zijde des verkrijgers veroorzaakt door gerechtelijke plaatsopneming of bezichtiging, door het hooren van getuigen of deskundigen en door de aanstelling van bewaarders, namens den Staat, door den griffier worden uitgeschoten; wat de met name op te geven getuigen betreft echter slechts voor zoover hun verhoor door den rechter, die het beveelt, uitdrukkelijk in het belang des verkrijgers noodzakelijk zal zijn verklaard en wat de bewaarders aangaat, indien tot het aanstellen daarvan verlof is verleend door den voorzitter die de toelating tot kosteloos procederen gaf.

Door deze bepaling wordt een op den duur wellicht

kostbaar beroep gedaan op de beurs van den Staat. Waarschijnlijk om in overeenstemming te blijven met de nieuwe denkbeelden ingevolge welke voor de onvermogenen steeds meer zal moeten gedaan worden, meende de Commissie, dat er moest gelet worden op het groote maatschappelijk belang dat niemand de weg naar den rechter worde afgesneden en dat men moest zorgen dat bij den onvermogenende niet de — zij het dan onjuiste — meening zou kunnen post vatten, alsof voor hem de toegang tot den rechter moeilijker is dan voor een ander.

Hoewel te vermoeden is dat bij eventueele behandeling dezer voorgestelde bepaling menig Kamerlid daartegen bezwaar zal hebben, valt niet te ontkennen dat zij is eene consequente doorvoering van het beginsel, dat de onvermogenende een proces geheel kosteloos moet kunnen voeren. Immers wat baat hem thans de verleende gratis-admissie, indien hij niet in staat is de reiskosten te betalen van elders wonende en wellicht ook onvermogenende getuigen of indien hij, zijn proces gewonnen hebbende, het vonnis niet door een afdoend beslag zou kunnen executeeren, wyl hij de kosten der bewaarders niet kan betalen? Trouwens worden de kosten door den Staat alleen *voorgeschoten* en kunnen zij, als de veroordeelde tegenpartij solvent blijkt, op dezen verhaald worden en zodoende in 's lands kas terugkeeren.

Geheel nieuw zijn de bepalingen der artt. 85 en 86 van het ontwerp. Krachtens eerstgemeld artikel kan de verleende gratis-admissie vervallen verklaard worden, indien gedurende den loop van het jaar blijkt dat het onvermogen des verkrijgers heeft opgehouden te bestaan, of dat de toelating tot kosteloos procedeeeren door bedriegelijke middelen verkregen is en zullen zoowel de salarissen van advocaat en deurwaarder alsook de gelden die de griffier namens den Staat heeft voorgeschoten, alsmede

de kosten van zegel en registratie krachtens bevelschrift van den voorzitter op hem worden verhaald. Krachtens art. 86 zal hetzelfde kunnen geschieden, indien binnen twee jaren, nadat het geding, hetzij bij rechterlijke uitspraak, hetzij door schikking tusschen partijen geëindigd is, blijkt dat het onvermogen heeft opgehouden te bestaan, of dat de gratis-admissie door bedriegelijke middelen was verkregen.

De bepaling van art. 870 Rv. is door de Commissie niet overgenomen, zonder dat zij de redenen dier niet-overname in de memorie van toelichting mededeelde. Wellicht is die niet vermelde reden dat art. 870 eene eigenlijk overbodige bepaling bevat. Immers de toelating om kosteloos te procederen heeft alleen betrekking op kosten die anders door den verkrijger zouden moeten betaald worden en kan natuurlijk de triumfeerende tegenpartij niet het recht ontnemen om de kosten waarin de verkrijger ten haren behoeve veroordeeld wordt, zoo mogelijk op hem te verhalen.

Mijne taak is hier ten einde. Vooraf intusschen de vraag of de Commissie der Nederl. Juristen-Vereeniging door haar ontwerp iets beters heeft voorgesteld dan van het bestaande wetboek, aangevuld met enkele bepalingen die ik in den aanvang besprak, te maken zou zijn. Die vraag mag ik niet anders dan ontkennend beantwoorden. De nauwere aanraking tusschen rechter en rechtzoekenden kan ook thans reeds plaats hebben en de wijze waarop de Commissie de leiding van het proces bijna geheel aan den rechter wil overdragen en waarop zij vooral streefde naar snel recht, verdient zeker lof doch de meeste der door haar voorgestelde bepalingen zouden in de practijk of onuitvoerbaar blijken of niet tot bereiking van het beoogde doel kunnen strekken. De Commissie bedacht te weinig dat *te snel* recht zelden goed recht

kan zijn en tevens dat voor de vervulling van de door haar aan den rechter, speciaal aan den voorzitter opgelegde taak zóóveel kennis en tact zouden vereischt worden als niet steeds bij rechterlijke ambtenaren gevonden worden. Om toch al die tallooze plichten, welke het ontwerp den voorzitter oplegt *goed* te vervullen zou men bijna een genie moeten zijn en, al telt ons land onder zijne magistraten vele verdienstelijke juristen, het aantal genieën is toch nog te beperkt.

Kan ik mij alzoo met het ontwerp der Commissie niet vereenigen, toch wil ik haar gaarne hulde brengen voor de hoogst verdienstelijke wijze waarop zij de haar opgedragen taak heeft vervuld, iets wat trouwens van de heeren die in deze Commissie zitting hadden, niet anders te verwachten was.

D. S. VAN EMDEN.

's-Gravenhage, Juni 1913.

**Het iudicium legitimum in de Romeinsche
wetgeving van 86—63 v. Chr.**

DOOR

Mr. J. M. N A P,

Referendaris bij den Raad van State.

(Slot) (1).

§ 3. *De lex Cornelia van 81 v. Chr.*

Terwijl de *disiecta membra* der schrale overlevering betreffende het tijdperk der burgeroorlogen tusschen Marius en Sulla ons ternauwernood in staat stellen, den hoofdinhoud der *lex Valeria* van 86 v. Chr. na te gaan, kunnen wij ons, dank zij Cicero's pleitredenen en Gaius' Instituten, een helder denkbeeld vormen van de civiele procedure onder Sulla's *lex Cornelia iudiciaria*. Wij willen in de eerste plaats het politiek karakter dezer wet eenigszins nader bepalen.

Het laat zich van een partijleider en „Realpolitiker” als Sulla evenmin als van den gespannen toestand tijdens zijne alleenheerschappij verwachten, dat destijds eene principieele hervorming van het privaatrecht, gespeend aan politieke partijzucht en uitsluitend uit doelmatigheidsoverwegingen voortvloeiende, zou zijn tot stand gekomen. Ook Sulla's *lex iudiciaria* draagt het stempel zijner optimistische politiek. Evenzeer als die politiek de heerschappij der senatorische familiën wilde bevestigen, beoogde zijne *lex iudiciaria*, door het aangaan van schulden voor een aanzienlijk bedrag tegen te gaan,

(1) Zie *Themis* 1913, bl. 178 vlg.

deze familiën voor financiële achteruitgang te vrijwaren. Het is hier niet de plaats, in herinnering te brengen, hoe sedert de oudste tijden, waarover wij betrouwbare berichten hebben, tal van politieke voormannen te Rome zich uit behoefte aan verkiezingsgelden hebben verarmd; hoe ook ten tijde van Sulla de Romeinsche oligarchie zich diep in schulden had gestoken. Wel echter moeten wij er hier op wijzen, dat het tegengaan van overdadige uitgaven klaarblijkelijk tot Sulla's politieke doeleinden heeft behoord. Het bij zijne *lex Cornelia iudiciaria* gesteld verbod, voor meer dan 20.000 H. S. een borgtocht aan te gaan (1), had in eene maatschappij, waar of à contant werd betaald of een borg werd gesteld (2) kennelijk de strekking, de goeuden te beletten, zich in schulden te steken en vormde als het ware een noodzakelijk complement van Sulla's strafwetgeving. Doordat de *lex iudiciaria* in het wezen der zaak weelde en overdaad zocht te keeren, was zij tevens eene *lex sumptuaria*. Ongetwijfeld was zij dan ook identiek met Sulla's *lex sumptuaria* van 81 v. Chr. (3) waarbij voor allerlei waren maximum-prijzen werden vastgesteld (4); eene poging in de Oudheid herhaaldelijk — doch te vergeefs — aan-

(1) GAIUS III, 124 *lege (Cornelia) idem pro eodem apud eundem eodem anno vetatur in ampliorem summam obligari creditae pecuniae quam in XX milia.*

(2) De Romeinsche gewoonte, zich voor bloedverwanten en vrienden in allerlei gevallen borg te stellen, is bekend; het aangaan van een borgtocht behoorde tot de *officia*, door de vriendschap opgelegd. Vgl. HORATIUS, *Sat.* 2, 6, 23. CICERO *pro Plancio* 19, 47.

(3) GELLIUS 2, 24, 11. 1. 3 D. de aleatoribus 11, 5. Vgl. APPLETON, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, R. A. 1905, bl. 42.

(4) MACROBIUS, *Sat.* 3, 17, 11 . . . *lex Cornelia et ipsa sumptuaria quam tulit Cornelius Sulla dictator, in qua . . . minora pretia rebus imposita et quibus rebus, di boni, quamque exquisitis et paene incognitis generibus deliciarum!* — MOMMSEN, *Röm. Gesch.* II^s, bl. 361.

gewend door een wetgever die terugkeer tot voormaligen eenvoud van zeden wilde bewerkstelligen.

In weerwil van het diepgaand verschil in persoonlijke eigenschappen en politieke beginselen tusschen Sulla en den consul van 86 v. Chr. L. Valerius Flaccus, kan toch veilig worden aangenomen, dat Sulla's *lex Cornelia iudiciaria* zich bij de regeling van het privaatrecht ten nauwste aansloot bij de door de *lex Valeria* gestelde regelen. De wettelijke regeling der procedure *per formulam* bij geldschulden werd dus stellig gehandhaafd. Bovendien werd zij, in verband met de politieke strekking der *lex Cornelia*, in tweeërlei opzicht uitgebreid.

Terwijl de *lex Valeria* alleen betrekking had op het geval, dat het voorwerp van den eisch eene geldsom was — ongetwijfeld is aan die wet ontleend de omschrijving *pecunia certa credita signata forma p(ublica) p(opulei) R(omanei)* voorkomende in de tafel van Veleia (1) — moest Sulla bij zijne *lex Cornelia* noodzakelijk andere zaken met geld gelijkstellen (2). Immers, om te beletten dat schulden voor grootere bedragen dan 20.000 H. S.

(1) *Lex Rubria* rubr. XXI, regel 1 (BRUNS-MOMMSEN, *Fontes* I7, bl. 99).

(2) Ten einde elken borgtocht, onverschillig wat het voorwerp der vordering was, boven 20,000 H. S. te verbieden, werd met *pecunia* gelijkgesteld elke zaak, die het voorwerp der vordering was. Dit wordt bedoeld door GAIUS III, 124 *appellatione autem pecuniae omnes res in ea lege significantur; itaque et si vinum vel frumentum, aut si fundum vel hominem stipulemur, haec lex (Cornelia) observanda est*. Op dezelfde regeling doelt GAIUS IV, 48. *Omnium autem formularum quae condemnationem habent ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Namque etsi corpus aliquod petamus, veluti fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat*. Vgl. I. 178, 222 D. *de verborum obl.* 50, 16.

werden aangegaan, moest hij niet [alleen bepalen, dat veroordeelingen wegens geldschulden dit bedrag niet mochten overschrijden, doch ook het geval voorzien dat partijen, ten einde dit maximum te ontduiken, schulden aangingen waarvan het object, hoewel geene geldsom, toch een voorwerp was ter waarde van meer dan 20.000 H. S. Om veroordeelingen tot voldoening van een zoodanig voorwerp te beletten, bleef aan de *lex Cornelia* niets anders over dan te bepalen, dat de schuldenaar alleen tot betaling eener geldsom mocht worden veroordeeld, welke nooit meer dan 20.000 H. S. mocht bedragen. Het ligt in den aard der zaak, dat, bij schulden van een groot bedrag, deze bepaling voor den schuldenaar een prikkel was, om de procedure der *lex Cornelia* — m. a. w. de procedure *per formulam* — te verkiezen boven het proces *per legisactionem*.

Ook in een ander opzicht zou de *lex Cornelia* worden ontboden, indien Sulla niet daartegen had gewaakt. Om te beletten dat het maximum van 20.000 H. S. werd krachteloos gemaakt doordat partijen in plaats van eene *sponsio*, eene *fideiussio* of *fidepromissio* aangingen, stelde de wet elke *stipulatio* met eene *sponsio* gelijk (1). Ingevolge de *lex Cornelia* kon dus de procedure der *lex Valeria* gevolgd worden bij elke vordering *ex stipulatu*, onverschillig wat het *petitum* was, onverschillig voorts of de vordering uit eene *sponsio*, *fideiussio* of *fidepromissio* voortvloeide. En, daar de procedure der *lex Valeria* het formulierproces was, kan men veilig aannemen, dat ook de *lex Cornelia* het formulierproces regelde (2). Krachtens deze wet behoefden dus partijen enkel eene *stipulatio*

(1) GAIUS III, 124. *Sed beneficium legis Corneliae omnibus (sponsoribus, fideiussoribus, fidepromissoribus) commune est.*

(2) Dit blijkt ook uit den samenhang van GAIUS III, 124 met G. IV, 48 (zie blz. 151 noot 2).

aan te gaan, om *per formulam* te kunnen procedeeën; of het voorwerp der vordering al dan niet eene geldsom was, deed ter zake niet af. De door den *iudex* uitgesproken veroordeeling moest echter steeds eene *condemnatio pecuniaria* zijn en mocht het bedrag van 20.000 H. S. niet overschrijden.

Brengen wij nu in herinnering, dat de *praetor urbanus* bij de tenuitvoerlegging der *lex Cornelia* onttrokken was aan de intercessie van andere magistraten (1), waarbij natuurlijk in de eerste plaats aan den volkstribuun moet worden gedacht, dan vinden wij de verschillende kenmerken van de procedure der *lex Cornelia* terug in CICERO's in 70 v. Chr. uitgesproken woorden:

Dubium non est quin omnes omnium pecuniae sint in eorum potestate, qui iudicia (= formulas) dant, et eorum, qui iudicant; quin nemo vestrum possit aedes suas, nemo fundum, nemo bona patria obtinere, si, cum haec a quopiam vestrum petita sint, praetor improbus, cui nemo intercedere possit, det, quem velit, iudicem, iudex nequam et levis, quod praetor iusserit, iudicet (Verr. 2, 2, 12, 30).

Op den voorgrond sta, dat de praetor hier niet krachtens *imperium*, doch krachtens *potestas* (arg. *in eorum potestate, qui iudicia dant*) de *formula* uitreikt. Het hier bedoelde formulierproces moet dus door *ius civile* zijn geregeld, m. a. w. door de wet, waarbij enkel aan de *lex Cornelia* kan worden gedacht. Juist omdat CICERO een proces ingevolge deze wet bedoelt, zegt hij uitdrukkelijk, dat de praetor in zoodanig proces gevrijwaard is voor intercessie en noemt hij als voorwerp der vordering *pecuniae* (*quin omnes omnium pecuniae*) — hierop doelende op de bepalingen der *lex Cornelia*. De praetor is hier dan ook

(1) CICERO in Verr. 2, 1, 60; 155; 2, 2, 12, 30. In processen, niet bij de *lex Cornelia* geregeld, bleef intercessie geoorloofd. CICERO *pro Cluentio* 27, 74 i. f.

geen andere dan de *praetor urbanus*; immers, de praetor voor vreemdelingen oefent niet krachtens *potestas*, doch krachtens *imperium* rechtspraak uit; partijen zijn hier Romeinsche burgers, te Rome woonachtig, daar zij door CICERO, als waren zij tegenwoordig, met *vos* worden aangesproken (1).

Hoewel in onze bronnen nergens vermeld wordt, dat de *lex Cornelia* het formulierproces heeft geregeld of uitgebreid, kan toch veilig worden aangenomen, dat het bij CICERO bedoelde formulierproces ingevolge deze wet plaats vond, en eveneens, dat onder de heerschappij der *leges Valeria* van 86 v. Chr. en *Cornelia* van 81 v. Chr. de uitdrukking *iudicium legitimum* is opgekomen ter aanduiding van een formulierproces, voortvloeiende oorspronkelijk uit eene *sponsio*, later ook uit eene *stipulatio*. Evenals de van 65 v. Chr. dagteekenende tafel van Heraclea regel 44, zoo zal ook de zestien jaar oudere *lex Cornelia* de procedure niet uitvoerig hebben geregeld, doch zich beperkt hebben tot de verwijzing: *utei de pecunia credita iudicem iudiciumque dari oporteret*, dus naar de *lex Valeria* van 86 v. Chr. Uit deze gelijkstelling mocht en moest de wettelijke bekrachtiging der *formula* worden afgeleid.

Krachtens de *lex Cornelia* kon met een *iudicium*, d. i.

(1) Om al deze redenen kan men niet, met Wlassak, *Röm. Prozessgesetze* I, bl. 116, CICERO's woorden opvatten als doelende op de Romeinsche praetoren in de provincie. Dat een kenner van het Romeinsche Staatsrecht als CICERO aan een praetor in de provincie *potestas* in plaats van *imperium* zou toeschrijven, is kortweg ondenkbaar. Vandaar dan ook eenige regelen later de tegenstelling: *eiusmodi totum ius praetorium, (eiusmodi) omnis res iudiciaria fuit in Sicilia per triennium Verre praetore*. Had CICERO bij de in den tekst aangehaalde woorden de rechtspraak in Sicilië op het oog gehad, dan zou hij in plaats van den *iudex* de *recuperatores* hebben vermeld.

met eene *formula* geprocedeerd worden bij elke *actio ex stipulatu*. Naast deze wettelijk bekrachtigde formula was eene niet wettelijk bekrachtigde formula in gebruik, een *sine lege iudicium*, waarmede b.v. bij het *arbitrium* werd geprocedeerd (vgl. CICERO *de officiis* 3, 15, 61). Zoo kende de praktijk tweeërlei processen: in de eene werd de *formula* alleen feitelijk gebruikt; de mondelinge verklaringen van partijen daarentegen steunden op de wet en verleenden aan het proces den naam *legisactio*. In de processen van de tweede soort steunde de *formula* op de wet, zoodat het proces *iudicium legitimum* heette.

Nog in zijne rede *pro Caecina* 33, 97 (69 of 68 v. Chr.) kent CICERO de legisactie als eene van de twee gebruikelijke procedures, waaruit valt af te leiden, dat destijds eene wet, waarbij het formulierproces in alle civiele gedingen zonder onderscheid toelaatbaar werd verklaard, nog ontbrak:

Iam vero in ceteris, ut omnes, qui in eadem causa sunt, et lege agant et suum ius persequantur, et omnes iure civili, sine cuiusquam aut magistratus, aut iudicis, aut periti hominis, aut imperiti dubitatione, utantur, quid ego commemorem?

Mocht men mij tegenwerpen, dat CICERO in de aangehaalde woorden wellicht het *iudicium centumvirale* voor ooggen heeft, dan antwoord ik, dat deze mogelijkheid door het woord *iudicis* geheel uitgeschakeld wordt. CICERO kan hier uitsluitend aan het legisactieproces met *unus iudex* hebben gedacht. Het bestaan van de twee categorieën — wettelijk bekrachtigde en niet wettelijk bekrachtigde — *formulae* blijkt voorts uit de in 67 of 66 v. Chr. gehouden redevoering van CICERO *pro Q. Roscio Comedo*. In deze redevoering (5, 15) stelt CICERO tegenover elkander eenerzijds het *iudicium legitimum*, ander-

zijds het *arbitrium honorarium* (1). Wel heeft men uit deze zelfde redevoering (§ 24) afgeleid, dat destijds reeds alle *formulae* bij de wet waren bekrachtigd, doch wanneer men de desbetreffende woorden: *Expressae sunt enim ex uniuscuiusque damno, dolore, incommodo, calamitate iniuria, publicae a praetore formulae, ad quas privata lis accommodatur* (CICERO, *pro Q. Roscio Comædo* 8, 24) aandachtig leest, blijkt die slotsom overijld.

Immers, de uitdrukking (*privata*) *lis* doelt ontegenzeggelijk op eene procedure, ouder dan het *iudicium*, dus op de procedure *per legis actionem* (2). Bovendien betee- kent *publicae (formulae)* niet noodzakelijk, dat de *formulae* bij de wet zijn bekrachtigd; het woord kan evenzeer te kennen geven dat de *formulae* zijn uitgevaardigd door den praetor als *magistratus populi Romani*, evenals b.v. bij CICERO *de part. orat.* 37, 130. *Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud; publicum lex, senatus consultum, foedus, privatum tabulae, pactum conventum, stipulatio* (3).

(1) CICERO *pro Q. Roscio comædo* 5, 15 *perinde ac si in hanc formulam omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria . . . conclusa et comprehensa sint.* In den eigenlijken, civiel-rechtelijken zin des woords was blijkens deze redevoering (§ 9 vlg.) *iudicium* eene *formula*, waarin *pecunia certa* werd gevorderd. Het *iudicium bonae fidei*, waarbij *pecunia incerta* werd gevorderd, was destijds nog een *sine lege iudicium*. CICERO *de officiis* 3, 15, 61. Vgl. ook CICERO *pro Flacco* 21, 50 *ab eo iudice (Q. Nasone) abiit (Heraclides) et quod iudicium lege non erat, causam totam reliquit.*

(2) WLASSAK, *Röm. Prozessgesetze* II, bl. 12, noot 7.

(3) Vgl. I. 1, 2. D. *de iustitia et iure* 1, 1. *Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit.* (Men bedenke hier dat *consistere in* dikwijls synoniem is met *positum esse in*, of met *niti in*, doch niet met *compositum esse, constare ex*, vgl. BÖGLI, *Beiträge zur Lehre vom ius gentium der Römer*. BERN. A. FRANCKE 1913, bl. 21. Men vertale dus: het *ius publicum* gaat uit van, wordt uitgevaardigd door de sacrale overheid, de priesters en de ambtenaren.) Ook het prae-

In laatstbedoelden zin moet het woord bij CICERO *pro Rosico Comædo* 8, 24 worden opgevat.

De niet bij de wet bekrachtigde *formula* bestond nog eveneens einde 65 v. Chr. toen, zooals door ons, naar wij hopen, is aannemelijk gemaakt, de z.g. *lex Julia municipalis* is tot stand gekomen (1). Immers, wanneer deze inscriptie (regel 110 vgl.) met infamie bedreigt hem *quei furtei . . . condemnatus pactusve est erit, queive iudicio fiducia* (lees: *fiduciae*), *pro socio, tutelae, mandatei, iniuriarum deve d(oto) m(alo) condemnatus est erit, queive lege Plaetoria . . . condemnatus est erit*, dan moet daaruit worden afgeleid, dat bij *furtum* destijds nog geen *iudicium* (= *formula*) bekend was, en bovendien, dat aan de mogelijkheid, bij *furtum* te eeniger tijd met eene *formula* te procederen, destijds eenvoudig niet werd gedacht.

De redactie leidt dus tot de onvermijdelijke gevolgtrekking, dat in 65 v. Chr. eene wet, waarbij het formulierproces in alle gedingen toelaatbaar is verklaard, nog in de toekomst lag. De *lex Aebutia* moet dus na 65 v. Chr. zijn tot stand gekomen, al kan zij niet veel jonger dan dit jaartal zijn, daar reeds in 49 v. Chr., zooals wij elders betoogden, de eerste *lex Julia iudiciaria* is tot stand gekomen (2), waaraan de *lex Aebutia* was voorafgegaan. Wij hebben derhalve na te gaan, of de overlevering sporen bevat van eene kort na 65 v. Chr. tot

torisch edikt in zijn geheel, en bepalingen van het praetorisch edikt behoorden tot het *ius publicum*, vgl. CICERO *pro Caecina* 51, *quae lex, quod senatus consultum, quod magistratus edictum, quod foedus aut pactio quod, ut ad privatas res redeam, testamentum . . .* BÖGLI l. c. bl. 31.

(1) NAP, Dateering en rechtskarakter der z.g. *lex Julia municipalis*, bl. 35 vlg.

(2) NAP l. c., bl. 29.

stand gekomen uitbreiding van het formulierproces tot alle civiele gedingen (1).

§ 4. *De lex Aebutia.*

Voor de dateering der *lex Aebutia* ligt eene gewichtige aanwijzing opgesloten in GELLIUS' bekende woorden (N. A. 16, 10, 8): *cum . . . omnisque illa XII tabularum antiquitas, nisi in legisactionibus centumviralium causarum, lege Aebutia lata, consopita sit.* Op grond dezer uitspraak zijn sinds langer dan eene eeuw (2) stemmen opgegaan om te betoogen, dat de *lex Aebutia* niet alleen de procedure *per formulam* moet hebben uitgebreid, doch ook omtrent het *iudicium centumvirale* eene bepaling moet hebben ingehouden. Het zal ons blijken dat dit vermoeden juist is; dat inderdaad naar alle waarschijnlijkheid in 64 v. Chr. eene *lex Aebutia* is tot stand gekomen, waarbij het formulierproces geoorloofd is verklaard in alle gedingen, die bij den *praetor urbanus* zijn aanhangig gemaakt en door den *unus iudex* worden berecht, terwijl dezelfde wet bovendien het *iudicium centumvirale* uitdrukkelijk handhaafde. Intusschen moet in de eerste plaats het onderling verband tusschen deze bepalingen worden uiteengezet. Al staat vast, dat tegen het einde der Republiek en onder den Keizertijd naar *ius civile* alle privaatrechtelijke gedingen *in iure* door den Praetor, *in iudicio* door den *unus iudex* of door de

(1) De tegenstrijdigheid tusschen eenerzijds de omstandigheid, dat CICERO in zijne rede *pro Q. Roscio Comedo* 5, 15 (dus in 67 of 66 v. Chr.) nog spreekt van een *arbitrium honorarium* en anderzijds de algemeen aangenomen, doch m. i. onjuiste opvatting, dat de *lex Aebutia* ouder zou zijn dan CICERO, is inderdaad onoplosbaar. Vgl. MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, bl. 47, noot 18.

(2) WLASSAK, *Röm. Prozessgesetze*, II, bl. 291, noot 19.

centumviri worden berecht (1), toch is de oorsprong van dit laatste college in de moderne wetenschap, voor zoover ons bekend, nog niet opgehelderd. Daarom behoort ons verder onderzoek in de eerste plaats het *iudicium centumvirale* te betreffen. Het zal ons blijken, dat dit *iudicium* oorspronkelijk een *praeiudicium* was van het *iudicium publicum*; dat sedert eene *lex Cicereia* (tusschen 133 en 100 v. Chr. tot stand gekomen) dit *praeiudicium* ook als zelfstandige rechtspraak kon worden ingesteld en zich gaandeweg van het *iudicium publicum* afscheidde, al werden *iudicium publicum* en *iudicium centumvirale* door dezelfde wetten beheerscht. Omdat de wetten die het *iudicium publicum* regelden, noodzakelijk tevens het *iudicium centumvirale* betroffen, ontbrak langen tijd de behoefte aan afzonderlijke regeling van het *iudicium centumvirale*. Die behoefte ontstond eerst bij de totstandkoming der *lex Aebutia* (64 v. Chr.), toen de procedure *per formulam* geoorloofd werd verklaard in alle gedingen, die bij den *praetor urbanus* werden aanhangig gemaakt en door den *unus iudex* werden berecht. Wel konden destijds partijen in privaatrechtelijke gedingen de berechting der zaak of aan den *unus iudex*, of aan de *centumviri* opdragen; werd echter het proces *per formulam* gevoerd, dan waren de *centumviri* incompetent; alleen de *unus iudex* was dan bevoegd. Onder deze omstandigheden moest de wet, die partijen bevoegd verklaarde, *per formulam* te procederen in alle gedingen, die bij den *praetor urbanus* werden aanhangig gemaakt en door den *unus iudex* werden berecht, de rechtzoekenden er aan herinneren, dat bij de *centumviri* voortaan, evenmin als te voren, met eene *formula* kon worden geprocedeerd

(1) WLASSAK, *Röm. Prozessgesetze*, II, bl. 361.

A. *Het iudicium centumvirale.*

I. Uitgangspunt der geschiedenis van het *iudicium centumvirale* is het *iudicium publicum*, dat op zijne beurt ontstaan is uit de *quaestio*.

Quaestio (van *quaerere*) is het door een ambtenaar ingesteld onderzoek naar een strafbaar feit en de daders daarvan. Aangezien dit onderzoek bijzondere dwangmiddelen als inhechtenisneming van vrijen en foltering van slaven noodzakelijk maakte, werd de bevoegdheid tot het instellen van eene *quaestio* geacht niet te zijn begrepen in de gewone bevoegdheden van den ambtenaar. Wilde deze laatste in Italië eene *quaestio* instellen, dan moest hem daartoe door de *civitas*, belichaamd in de volksvergadering of in den Senaat, vergunning zijn verleend (1). Juridisch uitgedrukt, lag de *quaestio* dus niet binnen de sfeer van het *imperium* of *ius gentium*, doch binnen de sfeer van het *ius civile*. Vandaar dan ook, dat bepalingen betreffende eene *quaestio* niet bij Praetorisch edikt, doch wel bij Senaatsbesluit (2) konden worden vastgesteld.

Daar de *quaestio* enkel een administratief onderzoek was, ingesteld door den Praetor met behulp van zijn

(1) POLYBIUS 6, 13 ὅσα τῶν ἀδικημάτων τῶν κατ' Ἰταλίαν προσδεῖται δημοσίας ἐπισκέψεως, λέγω δ' οἷον προδοσίας (= perduellio), συναμοσίας, Φαρμακείας, δολοφονίας, τῆ συγκλήτῃ μέλει περὶ τούτων. LIVIUS 10, 1; 28, 10, 4; 29, 36, 11; 39, 38; 39, 41; 40, 37; 40, 43. CICERO, *Brutus* 22; *ad Herennium* 2, 7, 10. MOMMSEN'S opvatting (Strafrecht bl. 146, noot 1) van de aangehaalde woorden van POLYBIUS is m. i. minder juist. Niet enkel formeel is de *quaestio* de taak van den ambtenaar, doch deze laatste is formeel en materieel afhankelijk van de machtiging van den Senaat. Ongetwijfeld duiden de woorden κατ' Ἰταλίαν aan, dat men hier te maken heeft met een rechtsgevolg van het karakter van Italië als *ager Romanus*; vlg. LIVIUS 27, 5; *lex Acilia repetundarum* regel 31 vlg.

(2) Zie b.v. CICERO, *Brutus* 22, 85.

uit Senatoren gevormd *consilium*, ging zij in theorie geheel buiten de benadeelden of aanklagers om, hetgeen natuurlijk niet wegneemt, dat feitelijk de aanklacht (*nominis delatio*) in den regel door de benadeelden zelf bij den Praetor werd ingediend en dat bij de benadeelden de eerste voorloopige informatiën werden ingewonnen. Evenzeer lag het in den aard der zaak, dat een contradictoir debat, een proces tusschen den aanklager en zijne tegenpartij het meest geschikte middel was om de waarheid aan het licht te brengen. Partijen gingen dus eerst *sacramenta* of *sponsiones* aan ten einde de wederzijdsche beweringen bij den Praetor aanhangig te maken; in die *sacramenta* of *sponsiones* beloofde de verdachte eene bepaalde som aan den aanklager, bijaldien deze zijne beweringen kon waar maken. De aanklager werd dus eischer, *petitor*. Had de aanklager in dit proces (*petitio*) de overtuiging weten te wekken, dat de verdachte inderdaad schuldig was aan hetgeen hem ten laste was gelegd, dan kon de aanklager — althans zoo hij dit niet reeds eerder had gedaan — een stap verder gaan en den Praetor verzoeken, eene *quaestio* in te stellen. Het proces (*petitio*) tusschen aanklager en verdachte, de aanklacht (*nominis delatio*) bij den Praetor en ten slotte de *quaestio*, door den Praetor tegen den verdachte ingesteld, vormden dus eene logische eenheid, waarvoor de samenkoppeling: *petitio nominisque delatio quaestio* (1) de technische uitdrukking was.

In dit proces, dat aan de *quaestio* voorafging en deze moest voorbereiden werd de beslissing niet opgemaakt door een *unus iudex*, doch door het *consilium* van den Praetor, dus door een college, bestaand uit Senatoren. Naar alle waarschijnlijkheid werden de leden van dit college van oudsher door het lot aangewezen uit eene

(1) *Lex Acilia repetundarum* regel 3, 4, 5, 6, enz.

der decuriën, waarin de Senaat naar gelang van de laatstbektelede ambten zijner leden verdeeld was, zoodat de eerste decurie uit gewezen consuls, de tweede uit gewezen praetoren enz. bestond (1). Wel wordt in onze bronnen niet uitdrukkelijk vermeld, dat het *consilium* van den praetor bij eene *quaestio* aldus gevormd werd, doch deze gang van zaken — loting uit de leden eener *ex ordine senatorio* aangewezen Senatorische decurie —, wordt aangetroffen in het strafproces, zooals het door Sulla in overeenstemming is gebracht met de oud-Republikeinsche instellingen, en komt ook overeen met hetgeen wij vernemen omtrent het interregnum (2) en omtrent het oudste *iudicium imperio continens*.

Ongetwijfeld moest de praktijk deze processen begunstigen; zij vormden als het ware eene voorloopige instructie ter voorbereiding der *quaestio*, waarvan zij, Romeinsch uitgedrukt, *praeiudicia* waren (3) en waarmede

(1) Zoo behoorde Verres als *praetorius* tot de tweede decurie CICERO Verr. II; 2, 32, 79. De laagste senatorische decurie was die der *quaestorii*. LIVIUS 29, 14 waar P. Scipio *adulescens nondum quaestorius* heet. Zie ook SUTTONIUS Augustus 36. In de *municipia* gold blijkens l. 1 D. de albo scribendo 50, 3 hetzelfde stelsel.

(2) Vgl. MOMMSEN, *Ges. Schr.* III, bl. 487.

(3) Een voorbeeld van zoodanig *praeiudicium* levert het geval, dat een Romeinsch Senator een handlanger van Verres aanklaagt. De praetor Metellus weigert, *recuperatores* te laten aanstellen, omdat, naar hij beweert, door dit proces een *praeiudicium* over het *caput* van Verres zou zijn in het leven geroepen. CICERO wil Metellus die zienswijze niet euvel duiden, want, zooals hij spottend opmerkt, Metellus spaarde natuurlijk zijn vriend, doch — en hier spreekt CICERO in ernst — het was hem onbegrijpelijk, hoe Metellus uit het oog kon verliezen, dat juist in Metellus' weigering een *praeiudicium* en tevens een vernietigend oordeel was gelegen. *Non reprehendo, inquam, Metellum, sed hoc miror, quomodo, de quo homine praeiudicium noluerit fieri per recuperatores, de hoc ipso non modo praeiudicari, verum gravissime ac vehementissime iudicari* (CICERO, Verr. 2, 3, 65, 153). De nauwe betrekking tusschen iudi-

zij ten nauwste samenhangen. Omdat zij, evenals de *quaestio* zelve, alleen krachtens de wet (of krachtens Senaatsbesluit) konden plaats vinden, werden zij *iudicia publica* geheeten (1).

Evenals het *iudicium publicum* het *praeiudicium* was der *quaestio*, zoo kon het op zijne beurt een ander proces tot *praeiudicium* hebben, b.v. wanneer een proces ontstaat over de vraag, wie van de verschillende aanklagers bevoegd is, in het *iudicium publicum* als eischer of aanklager op te treden; eene strijdvraag, die zooals bekend, aan CICERO de stof geleverd heeft voor zijne *divinatio in*

cium en *quaestio* is kenmerkend voor beide instellingen. Men zie b.v. LIVIUS 29, 36. *M. Cornelius consul . . . non tam armis, quam iudiciorum terrore Etruriam continet . . . Eas quaestiones ex senatus-consulto minime ambitiose habuit.* 39, 18. *quaerere et iudicia exercere.* Ad Herennium 1, 12, 22. *In publicis quaestionibus cavetur legibus, ut ante, si reo commodum sit, iudicium de accusatore fiat, utrum illi accusare liceat, necne.* CICERO, *Brutus* 27, 106. *Eoque (Carbone) forum tenente plura fieri iudicia ceperunt. Nam et quaestiones perpetuae hoc adulescente constitutae sunt.* Nog in den Keizertijd is de gang van zaken identiek, men zie b.v. ULPIANUS *libro nono de officio proconsulis sub titulo ad legem Fabiam* (COLLATIO XIV, 3, 2): *plane post sententiam de Fabia latam procuratoris partes succedunt huiusce rei.* M. a. w. nadat het proces tusschen partijen is beslist, oefent de *procurator* des Keizers zijne *quaestio* uit. — De betrekking tusschen den *quaesitor* (d. i. de ambtenaar die de *quaestio* uitoefent) en de *iudices* wordt uitgedrukt door *obvenire*. ULPIANUS *libro VII de officio proconsulis sub titulo de sicariis et veneficis* (COLLATIO 1, 3, 1). *Capite primo legis Corneliae cavetur, ut is praetor iudexve quaestionis, cui sorte obvenit quaestio de sicariis . . . uti quaerat cum iudicibus, qui ei ex lege sorte obvenierint.* CICERO *pro Cluentio* 54, 148 *inbet lex (Cornelia de sicariis) . . . iudicem quaestionis . . . cum iis iudicibus, qui ei obvenierint, . . . quaerere de veneno.* Reeds uit dit woord *obvenire* blijkt dat, zooals trouwens vanzelf spreekt, de ambtenaar de leden van zijn *consilium* niet naar willekeur uitkiest.

(1) MOMMSEN, *Strafrecht* bl. 186.

Caecilium. Het geschil tusschen CICERO en CAECILIUS vormt dan het *praeiudicium* van het *iudicium publicum* tusschen CICERO en VERRES (1).

Terwijl het *praeiudicium* van het *iudicium publicum* allerlei strijdvragen kan betreffen en in zoover verschilt van het *iudicium publicum* zelf, waarin steeds de vraag beslist wordt, of een bepaald misdrijf is gepleegd, komen beide processen hierin overeen, dat zij aan dezelfde rechters — dus aan het uit Senatoren bestaand *consilium* van den Praetor — ter beslissing worden opgedragen (2).

(1) Een ander voorbeeld bij ASCONIUS in *Scaurianam*, Ed. Orelli p. 19; Ed. Stangl p. 24. *Q. Servilius Caepio Scaurum ob legationis Asiaticae invidiam ut adversus leges pecuniarum captarum reum fecit repetundarum . . . Scaurus tanta fuit continentia animi et magnitudine, ut Caepionem contra reum detulerit et brevior die inquisitionis accepta effecerit ut ille prior causam diceret*. M. a. w. Caepio klaagt eerst Scaurus aan wegens afpersing; doch Scaurus klaagt onmiddellijk daarop Caepio aan en weet gedaan te krijgen, dat de aanklacht tegen Caepio als *praeiudicium* het eerst wordt onderzocht. Vgl. ook ASCONIUS in *Scaurianam*. Ed. Orelli p. 25; Ed. Stangl p. 29. *Cato praetor cum vellet de accusatoribus in consilium mittere multique e populo manus in accusatores intenderent, cessit imperitae multitudini ac postero die in consilium de calumnia accusatorum misit*. Hier is dus het *praeiudicium* een *iudicium calumniae*. Natuurlijk kan het *praeiudicium* op zijne beurt eene andere handeling als *praeiudicium* hebben; zoo beschouwt CICERO reeds het feit, dat de Siciliërs een pleitbezorger zoeken om tegen Verres te kunnen procederen, als een *praeiudicium* en zelfs als een *iudicium* . . . *de quo (Verre) non praeiudicium, sed plane iudicium iam factum putatur, quod ita percerebuit, Siculos omnes actorem me suae causae contra illius iniurias quaesisse*. CICERO, *Divinatio* in *Caecilium* 4, 12.

(2) In het algemeen genomen streefden de Romeinen er naar, zooveel mogelijk juist die personen als rechters te doen benoemen, die hetzij uit een vroeger proces, hetzij door andere omstandigheden, bekend waren met de in een proces ter sprake komende feiten en dus, zoo zij niet rechters waren, als getuigen zouden kunnen optreden; vgl. CICERO *pro Plancio* 15, 37 vlg.; 17, 42. Eenige voor-

Immers, enkel van onverstand zou het getuigen, partijen te noodzaken, twee nauw verwante zaken achtereenvolgens aan verschillende rechters uiteen te zetten. In-

beelden van dit streven, waardoor een helder licht valt op menig rechtshistorisch vraagstuk, mogen volgen. Na den dood van *Tiberius Gracchus* (133 v. Chr.) werd L. Opimius beschuldigd, Gracchus te hebben vermoord; hij werd verdedigd door C. Papirius Carbo en stond in dit proces terecht voor senatoren als rechters. Een elftal jaren later komt de tweede *lex Sempronia iudiciaria* van 122 v. Chr. tot stand, die de *iudicia*, te voren door senatoren bezet, overdraagt op de ridders. Vervolgens wordt Carbo in 119 v. Chr. — dus onder de werking dezer tweede *lex Sempronia iudiciaria* — aangeklaagd door L. Licinius Crassus en we zien hier onder de werking dezer wet, die ridders tot *iudices* aanstelt, toch klaarblijkelijk Senatoren als *iudices* fungeeren. *Non, si Opimium defendisti*, zegt Crassus bij Cicerone *de oratore* 2, 40, 170, *Carbo, idcirco te isti* (de rechters) *bonum civem putabunt. Simulasse te et aliud quid quaesisse perspicuum est, quod Ti. Gracchi mortem saepe in concionibus deplorasti, quod P. Africani necis socius fuisti, quod eam legem in tribunatu tulisti, quod semper a bonis dissedisti.* Carbo wordt dus als democraat, de rechters als *boni cives*, dus als optimaten of aanhangers der Senaatspartij voorgesteld. Waren de rechters ridders, en dus partijgenooten van C. Gracchus geweest, dan zouden zij Carbo zijne verdediging van Opimius, wel verre van deze daad op prijs te stellen, ten zeerste kwalijk hebben genomen. De verdachtmaking van Carbo door Crassus zou dan onverklaarbaar zijn. Dat Carbo Opimius verdedigde, was volgens Crassus slechts eene schijnvertooning (*simulasse te*); Carbo's werkelijke bedoelingen zouden blijken uit zijne klachten in de volksvergadering over den gewelddadigen dood van Tib. Gracchus en uit zijne wet (naar alle waarschijnlijkheid is deze wet de *lex Papiria de sacramentis*). Uit deze geheele redeneering kan men met MOMMSEN, *Ges. Schr.* III, bl. 348, noot 19 afleiden, dat in dit proces de rechters senatoren moeten zijn geweest. Ongetwijfeld waren het dezelfde rechters, die in het geding tegen Opimius hebben recht gesproken en dus met Carbo, diens verdediger, van nabij bekend waren. Eenige andere voorbeelden mogen volgen. Bij Cicerone *de inventione* 2, 20, 59 betreft het een proces tusschen den aanklager, wien de hand in een straatgevecht is afgehouden, en den beschuldigde. In dit proces, dat voor *recuperatores*

tusschen hoede men zich, beide processen in alle opzichten gelijk te stellen. Het *iudicium publicum* wordt krachtens de wet, het *praeiudicium* wordt krachtens

wordt gevoerd, verlangt de gedaagde dat in de *formula* de exceptie wordt ingevoegd: *extra quam in reum capitis praeiudicium fiat* en deze exceptie wordt gemotiveerd als volgt: *non enim oportet in recuperatorio iudicio, eius maleficii, de quo inter sicarios quaeritur, praeiudicium fieri*. De redeneering is deze: de uitspraak der *recuperatores*, die niet *iudices* zijn in de *quaestio inter sicarios*, mag in dit laatste proces niet als *praeiudicium* fungeeren, omdat naar Romeinsche opvatting *praeiudicium* en hoofdzaak door dezelfde rechter moetens worden berecht; CICERO *pro Cluentio* 4, 9; 22, 59, 60. — Blijkens CICERO *pro Rabirio Postumo* 5, 10 wordt het geding tegen Rabirius als medeplichtige van Gabinius en het proces tegen dezen laatsten voor dezelfde rechters gevoerd. — Ingevolge de *lex Acilia repetundarum* regel 4 wordt een geschil over de *nominis receptio* beslecht door dezelfde rechters, die ook de hoofdzaak beslechten. — Bij CICERO *pro Plancio* 17, 41 is sprake van een wetsontwerp betreffende het strafproces bij *ambitus*; ingevolge dit ontwerp zouden alleen ridders en *tribuni aerarii* rechters zijn, daar senatoren met de verboden handelingen minder in aanraking komen. Vgl. MOMMSEN *de collegiis et sodaliciis* bl. 67. Omgekeerd wilde CATO MINOR als *praetor de repetundis* sommige aanklagers van Scaurus tot *iudices* doen aanwijzen: *Cato . . . cum vellet de accusatoribus in consilium mittere*. ASCONIUS *in Scaurianam* p. 30 Orelli p. 29 Stangl. Vgl., verder over het *iudicium calumniae* MOMMSEN *de collegiis et sodaliciis* p. 68; over *praevaricatio* de *lex Acilia repetundarum* regel 75. Een merkwaardig voorbeeld van het hier vermeld beginsel vindt men bij CICERO *ad fam.* 8, 8, 2 vlg. C. Claudius, *propraetor* van Azië in 55 v. Chr. wordt na zijn aftreden wegens afpersing veroordeeld, doch het gelukt hem, een accoord te treffen met zijn aanklager M. Servilius, zoodat de *litis aestimatio* te zijnen gunste wordt verminderd. Kort daarop beschuldigt Appius Claudius, zoon van den veroordeelde, den aanklager van zijn vader (dus M. Servilius), op grond dat deze — de aanklager — door den veroordeelde (C. Claudius) zou zijn omgekocht. In dit proces kiest Appius Claudius hen tot rechters, die ook in het proces tegen zijn vader rechters waren geweest: *mittit in consilium eosdem illos, qui litis aestimabant iudices*.

den wil van partijen gevoerd. Vandaar dat alleen in het *iudicium publicum* de namen der rechters en hunne beëdiging in de *tabulae publicae* worden vermeld (1); vandaar voorts dat alleen in het *iudicium publicum* — dus niet in het *praeiudicium* — de rechters worden beëdigd (2), vandaar ten slotte dat alleen het *iudicium publicum*, dus niet het *praeiudicium* in tegenwoordigheid van den praetor wordt gevoerd (3). Doch behoudens deze rechtens volkomen verklaarbare punten van verschil, zijn beide processen geheel analoog; bepaaldelijk wordt in beiden door dezelfde rechters en naar dezelfde rechtsbeginselen — het *ius civile* in tegenstelling met het *ius praetorium* — recht gesproken. Zelfs treedt de uitsluiting van het *ius praetorium* bij het *praeiudicium* nog scherper op den voorgrond dan bij het *iudicium publicum*. Hoe zou de Praetor in het *praeiudicium* eenige rechtsmacht uitoefenen, bij die, zooals gezegd, bij dit geding zelfs niet aanwezig is?

(1) Lex Latina tabulae Bantinae (= *lex Acilia repetundarum*) regel 20 vlg. *Qui ex h(ac) l(ege) iudicaverit, is facito apud quaestorem urb(anum) [eius qui ita ut ei s(upra) s(criptum) e(st) iuravit nomen persc(ri)ptum] siet; quaestorque ea nomina accipito, et eos, qui ex h(ace) l(ege) apud sed iuravint, facito in taboleis [pobliceis perscribat]*. — Dat de uitslag van het *iudicium publicum* in de *tabulae publicae* wordt vermeld, blijkt telkens. CICERO *pro Cluentio* 23, 62; *in Vatinius* 14, 34; *ad fam.*, 8, 8, 3. ASCONIUS in *Seaurianam* Ed. ORELLI p. 19. Ed. STANGL p. 22; *Lex Acilia repetundarum* regel 58. Daar dit niet ten aanzien van het *praeiudicium* wordt vermeld, moet hier kennelijk het tegendeel worden aangenomen.

(2) PSEUDO-ASCONIUS p. 99 ORELLI p. 186 STANGL, *Alii ideo putant divinationem dici, quod iniurati iudices in hac causa sedeant*.

(3) PLINIUS ep. 5, 9, 2 (in een *iudicium centumvirale*). *Sedebant iudices, decemviri venerant, tandem a praetore nuntius*. Op het verband tusschen *praeiudicium* en *iudicium centumvirale* wordt hieronder teruggekomen.

Omtrent aard en primitieve benaming van het *praeiudicium* valt een en ander af te leiden uit CICERO *de nat. deorum* 3, 74 waar in een gesprek, dat omstreeks 75 v. Chr. zou zijn gevoerd, sprake is van een *iudicium publicum de re privata lege Laetoria* (lees: *Plaetoria*). Zooals bekend, kan in het eigenlijke *iudicium publicum lege Plaetoria* eene veroordeeling worden uitgesproken tegen hem, die langs slinksche wegen — men denke b.v. aan beweerde tooverij — jongelieden had overgehaald tot het aangaan van voor hen onvoordeelige rechtshandelingen (*circumscribere adulescentes*) (1). Aan dit geding zal dikwijls een *praeiudicium* zijn voorafgegaan. Onderstellen wij b.v. dat een schuldeischer wegens geleening zijn schuldenaar in rechten aanspreekt. Wanneer de schuldenaar er zich op wil beroepen, dat de schuldeischer in strijd met de *lex Plaetoria* heeft gehandeld, zou dit verweer wel is waar op zich zelf ook bij een *unus iudex* kunnen worden geldig gemaakt; doch diens uitspraak zou niet de rechtskracht hebben van een *iudicium publicum*; de *unus iudex* kan dus tegen den schuldeischer, indien het bleek dat deze de wet had overtreden, geene strafrechtelijke veroordeeling uitspreken. Immers, het onderzoek en de uitspraak van den *unus iudex* missen alle waarborgen, die het *iudicium publicum* van het *iudicium privatum* onderscheiden. Wil de gedaagde in conventie, d. i. de schuldenaar, zich een *praeiudicium* verschaffen, op grond waarvan de eischer in conventie onmiddellijk kan worden veroordeeld, dan zal hij in een *praeiudicium* van een *iudicium publicum* zijne bewering aanhangig maken en hij zal dat te eerder kunnen doen, omdat zijne tegenpartij, reeds om den schijn van een kwaad geweten te vermijden, zich tegen zoodanige behandeling van het geschil niet zal verzetten. In dat *prae-*

(1) KARLOWA, *Röm. Rechtsgeschichte* II, bl. 306 vlg.

iudicium van een *iudicium publicum* zal eerst *de re privata* m. a. w. over de vordering van den eischer worden gehandeld en over de vraag of hij ter verkrijging van zijn vorderingsrecht in strijd met de *lex Plaetoria* heeft gehandeld. Wordt deze vraag in bevestigenden zin beantwoord, dan wordt de eisch naar alle waarschijnlijkheid ontzegd en zijn de *iudices* voldoende ingelicht om, in een eigenlijk *iudicium publicum* uitspraak doende, zonder herhaald onderzoek de geïncrimineerde handeling uit een strafrechtelijk oogpunt te beschouwen. Daar dit *praeiudicium* door dezelfde rechters en naar dezelfde rechtsbeginselen wordt beslist als het *iudicium publicum*, hoewel het eene *res privata* betreft, kon CICERO het zonder vrees voor misverstand om schrijven als een *iudicium publicum de re privata*.

Evenals de *quaestio* en het *iudicium publicum*, zoo werd ook het *praeiudicium* van dit laatste uitsluitend naar *ius civile*, nooit naar *ius praetorium* beslist. Doch binnen den kring van het *ius civile* konden alle denkbare geschillen als *praeiudicia* van *iudicia publica* worden beslecht: wanneer partijen een geschil als *praeiudicium* van een *iudicium publicum* wenschten te zien beslist, lag daarin opgesloten dat zij de beslissing uitsluitend van het *ius civile* wilden laten afhangen. Zoo ontstond voor private processen, die met *iudicia publica* meer of minder samenhangen, eene nieuwe berechting.

Allengs verloor de primitieve samenhang tusschen *praeiudicium* en *iudicium publicum* zijne beteekenis. Werd oorspronkelijk het proces *de re privata*, zooals CICERO *de nat. deorum* 3, 74 het uitdrukt, ingesteld niet het oog op het *iudicium publicum*, dat daarop moest volgen, zoo werd het van lieverlede gebruikelijk, de procedure van een *praeiudicium* met rechtspraak door een *consilium* van Senatoren ook dan te volgen,

wanneer de te beslissen rechtsvraag niet met een *iudicium publicum* in verband stond, doch naar de meening van partijen het best door die rechters zou worden beslist, die bij een *iudicium publicum* de berechting op zich namen. Voltrokken was deze evolutie waarschijnlijk ten tijde van POLYBIUS, stellig althans ten tijde der Gracchen. POLYBIUS immers laat de Senatoren recht spreken in publieke en private processen" (1), hetgeen volgens dezen schrijver hun grootste voorrecht zou zijn. Nu is van een voorrecht van den Senator om als *unus iudex* in een privaatsproces op te treden niets bekend; een dergelijk voorrecht zou bovendien strijden met het oud-Romeinsch beginsel, dat als *iudex* ieder kon fungeeren, die als zoodanig door partijen werd begeerd (2). Dat feitelijk, om toevallige omstandigheden aan een Senator als *iudex* de voorkeur zou worden gegeven, kan POLYBIUS niet hebben bedoeld: ten eenenmale ondenkbaar zou het zijn, dat in de tijden van hooggaande oneenigheid tusschen Senatoren en ridders — tijden die POLYBIUS nog heeft beleefd — ridders aan een Senator als *iudex* de voorkeur zouden hebben geschonken boven hun standgenoot. Doch indien POLYBIUS Senatoren niet alleen in *iudicia publica*, doch ook in „private processen" als rechters met uitsluiting van anderen beschouwt, moeten deze private processen ongetwijfeld formeel *praeiudicia* van *iudicia publica* zijn geweest, al werd de band tusschen het *praeiudicium* en het *iud. publicum* steeds zwakker.

Zoo bracht de evolutie, die tusschen het *praeiudicium* en het *iudicium publicum* eene steeds scherper uitgesproken onderscheiding deed opkomen, tevens de behoefte

(1) POLYBIUS 6, 17, 7 Τὸ δὲ μέγιστον, ἐκ ταύτης ἀποδίδονται κριταὶ τῶν πλείστων καὶ τῶν δημοσίων καὶ τῶν ἰδιωτικῶν συναλλαγμάτων, ὅσα μέγεθος ἔχει τῶν ἐγκλημάτων.

(2) CICERO *pro Cluentio* 43, 120.

mede aan eene benaming waaruit bleek, dat een proces, hoewel het niet met een *iudicium publicum* in verband stond, toch berecht zou worden door dezelfde rechters als dit laatste. Aan die behoefte voldeed de naam *iudicium centumvirale*. Naar alle waarschijnlijkheid is die benaming opgekomen, toen onder de werking van de *lex Sempronia iudiciaria* uit GAIUS GRACCHUS' tweede tribunaal (122 v. Chr.) de eischer aan den gedaagde de namen van *C viri (centum viri)* (1) uitreikte, waaruit de gedaagde eene keuze kon doen. Kort na dit tijdstip zien wij dan ook dezen naam in zwang en toen hij eens burgerrecht had verkregen, overleefde hij de wet waaraan hij zijn ontstaan te danken had. Het voortbestaan van den naam *iudicium centumvirale* was te meer verklaarbaar, doordat in 70 v. Chr. de *lex Aurelia iudiciaria* opnieuw tot dien naam aanleiding gaf, hoewel bij hare procedure strikt genomen niet het cijfer 100, doch het cijfer 105 een rol speelde. Immers, de *lex Aurelia iudiciaria* verordende het aanleggen van een *album*, waarin de Praetoren een gelijk aantal Senatoren, ridders en *tribuni aerarii* als *iudices* moesten laten inschrijven (2). Ongetwijfeld gold dit *album* zoowel voor *iudicia centumviralia* als voor *iudicia publica* (3), het was dus voor de *iudicia* in het algemeen bestemd. Daar het aantal Senatoren-rechters 300 bedroeg (4), kunnen wij het gezamenlijk aantal der ingeschrevenen op 900 stellen (5). Aangezien voor ieder concreet proces uit deze

(1) *Lex Acilia repetundarum* regel 21 *facito utei is C viros ex eis, qui ex h. l. C DL vire(i) in eum annum lectei erunt, quei vivat, legat edatque.*

(2) MOMMSEN, *Staatsrecht* III, bl. 532.

(3) MOMMSEN, *Ges. Schr.* III, bl. 355, noot 46.

(4) Senaatsbesluit bij CICERO *ad fam.* 8, 8, 5.

(5) MOMMSEN, *Staatsrecht* III, bl. 533.

lijst van 900 *iudices*, 105 *iudices* werden uitgeloot (1) kon de naam *centumviri* opnieuw in verband worden gebracht met deze 105 *iudices*.

II. De voortdurende verzwakking van den primitieven band tusschen het *iudicium publicum* en het in later tijd als *iudicium centumvirale* bekend staand *praeiudicium* werd ongetwijfeld in hooge mate bevorderd door de *lex Cicereia* van GAIUS III 123 (2). Bij deze wet werden verplichtingen opgelegd aan hem, die een *sponsor* aan-

(1) Dat de rechters uitgeloot werden, blijkt uit CICERO *ad Quintum fr.* 2, 4, 2. *sententiam dixit (Marcellinus) ut ipse iudices per praetorem urbanum sortiretur, sortitione facta comitia haberentur.* Voor de *iudicia centumviralia* wordt de loting uitdrukkelijk vermeld bij Dio CASSIUS 54, 26: *οἱ δὲκα οἱ ἐπὶ τῶν δικαστηρίων τῶν ἐς τοὺς ἑκατὸν ἄνδρας κληρουμένους ἄνδρας ἀποδεικνύμενοι.* Het aantal uitgelote rechters bedroeg 105: FESTUS p. 54 *centumviralia iudicia a centumviris sunt dicta. Nam cum essent Romae triginta et quinque tribus, quae et curiae sunt dictae* (onjuist, zie MOMMSEN, *Röm. Forsch.* I, bl. 142) *terni ex singulis tribubus sunt electi* (onjuist, de *centumviri* werden, zooals blijkt uit de zooeven aangehaalde plaatsen, niet gekozen, doch uitgeloot) *ad iudicandum, qui centumviri appellati sunt; et licet quinque amplius quam centum fuerint, tamen quo facilius nominarentur, centumviri sunt dicti.* Uit iedere tribus werd dus stellig een senator, een ridder en een *tribunus aerarius* uitgeloot. In het *iudicium publicum* konden van deze 105 *iudices* door elke partij ten hoogste 30 worden gewraakt, zoodat in elk *iudicium publicum* recht werd gesproken door ten minste 75 rechters, 25 van elk der drie categorieën. Zoo is in het proces tegen M. Scaurus (54 v. Chr.) gestemd door 22 senatoren, 23 ridders en 25 *tribuni aerarii*. (ASCONIUS, in *Scaurianam* Orelli p. 30; Stangl p. 29). Eveneens bedreigt CICERO in *Pisonem* 40, 96 Piso met 75 *tabellae*. In het proces tegen Gabinius (54 v. Chr.) stemden 70 rechters (CICERO *ad Quintum fratrem* 3, 4, 1; vgl. *ad Att.* 4, 18, 1. Ed. C. F. W. Müller. MOMMSEN, *Staatsrecht* III, bl. 193, noot 2). Of die wraking ook bij het *iudicium centumvirale* plaats kon vinden, waag ik niet te beslissen.

(2) GAIUS III, 123. *Lege Cicereia cautum est, ut is qui sponsores aut fidepromissores accipiat, praedicat palam et declaret, et de qua re satis accipiat et quot sponsores aut fidepromissores in eam obliga-*

nam: hij moest openlijk verklaren, *et de qua re satis accipiat, et quot sponsores in eam obligationem accepturus sit*. Rees een geschil over de vraag, of deze formaliteiten in acht genomen waren, dan kon ingevolge de *lex Cicereia* de instelling van een *praeiudicium* worden aangevraagd.

Evenals de meeste proceswelten, zoo zal ook de *lex Cicereia* partijen wel geheel vrij hebben gelaten nopens de vraag, of zij de beslissing van het geschil, dat de wet regelde, wenschten toe te vertrouwen aan den *unus iudex*, dan wel aan de publiekrechtelijke *iudices*. Oppervlakkige beschouwing leidt allicht tot de zienswijze, dat het *praeiudicium ex lege Cicereia* ter beslissing werd opgedragen aan den *iudex*, die over de *sponsiones* recht sprak, dus aan den *unus iudex*. Intusschen verliest men, aldus redeneerende, uit het oog, dat wanneer tusschen partijen niet vaststond dat aan de vereischten der *lex Cicereia* was voldaan, evenmin vaststond dat van weerszijden rechtsgeldige *sponsiones* waren tot stand gekomen en juist dit punt interlocutoir moest worden uitgemaakt. De partij, waarvan werd beweerd, dat zij de verklaring *ex lege Cicereia* achterwege had gelaten, kon zich dus niet op hare *sponsio* beroepen om bij de keuze van een *iudex* mede te werken. Aan den anderen kant — het behoeft geen betoog — kon de keuze van den *iudex* niet uitsluitend aan de tegenpartij worden overgelaten. De aldus gerezen moeilijkheid wordt te grooter, doordat het bewijs, dat de verklaring der *lex Cicereia* is afgelegd, natuurlijk alleen door getuigen kan worden afgelegd en reeds daarom geen tijd mag verloren gaan door te zoeken naar een *iudex* (of naar *iudices*) die èn geschikt èn ge-

tionem accepturus sit et nisi praedixerit, permittitur sponsoribus et fidepromissoribus praeiudicium postulare, quo quaeritur, an ex ea lege praedictum sit . . . Qua lege fideiussorum mentio nulla fit, sed in usu est, etiam si fideiussores accipiamus, praedicere.

negen zijn, het geschil te beslissen. Aan partijen en aan den Praetor bleef dus de zorg voor eene keuze, die aan de vereischten van onpartijdigheid en gereedheid voldeed.

Aan dit vereischte voldoen alleen rechters, wier benoeming door een eeuwenoud gewoonterecht of door de wet zoo uitvoerig is geregeld, dat chicanes à priori zijn uitgesloten. Wij denken hierbij aan de publiekrechtelijke *iudices* die, oorspronkelijk door het lot (1), doch sedert de *lex Sempronia iudiciaria* van GAIUS GRACCHUS door de keuze van partijen werden aangewezen: zooals gezegd, moest destijds de eischer aan den gedaagde de namen van „honderd mannen” (*centum viri*) uitreiken, waaruit de gedaagde eene keuze kon doen. Wilden nu partijen het *praeiudicium ex lege Cicereia* doen beslissen, dan zullen zij ongetwijfeld aan deze publiekrechtelijke *iudices* de zaak hebben toevertrouwd.

Voordat daartoe echter kon worden overgegaan, moesten over de vraag, *an ex lege Cicereia praedictum sit, spon-*

(1) Omtrent de *iudicia publica* vóór Gaius Gracchus zijn de berichten schaarsch. Wij weten, dat daarin recht werd gesproken door senatoren. POLYBIUS 6, 17, 7. De juiste gang van zaken kan worden afgeleid uit het bepaalde bij de *lex Cornelia iudiciaria*, die naar alle waarschijnlijkheid terugkeerde tot hetgeen vóór de Gracchen gebruikelijk was. Onder de *lex Cornelia* (dus naar alle waarschijnlijkheid ook vóór de Gracchen) was de gang van zaken deze, dat de praetor eerst eene senatorische decurie aanwees; vervolgens werd uit de leden dezer decurie een bepaald aantal senatoren als *iudices* door het lot aangewezen. Daarna kon een bepaald aantal dezer door het lot aangewezen *iudices* door partijen worden gewraakt. SCHOLIASTA GRONOVIANIUS; Orelli p. 392; Stangl p. 335. *Per decurias erat senatus divisus, unam decuriam praetor dabat, ut ex hac iudices reuereerentur.* PSEUDO-ASCONIUS, Orelli p. 131; Stangl p. 210.... *neesse fuerat eos (iudices) primum de decuria senatoria conscribi, cum senatus iudicaret; deinde in urnam sortito mitti, ut de pluribus necessarius numerus confici posset.* Ten slotte werden de gewraakte rechters door *subsortitio* door andere rechters vervangen. PSEUDO-ASCONIUS l. c.

sores worden gesteld: iedere partij moest door middel van eene *sponsor* eene bepaalde som beloven aan de tegenpartij voor het geval dat zij, ten aanzien van hare bewering dat de verklaring *ex lege Cicereia* al dan niet was uitgesproken, in het ongelijk werd gesteld. Hoewel GAIUS III 123 ons omtrent het bedrag dezer *sponsio* in het onzekere laat, meenen wij dit bericht te kunnen aanvullen met hetgeen wij bij GAIUS IV 95 lezen omtrent de z.g. *lex Crepereia*:

Ceterum si apud centumviros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem; sacramento enim reum provocamus; eaque sponsio sestertium CXXV nummum fit, scilicet propter legem Creperiam (cod. Creperiam).

Op den voorgrond sta hier, dat de vorm *Creperiam* ongetwijfeld corrupt moet zijn en de lezing *Crepereiam*, behalve dat zij in het handschrift ontbreekt, ook overigens geen steun vindt. Wij hebben dus te zoeken naar eene wet, wier naam met dien der z.g. *lex Crepereia* gelijkenis vertoont en wier inhoud waarschijnlijk maakt, dat zij partijen noopte, een geding bij de *centumviri* aanhangig te maken. Daar nu het *iudicium centumvirale* formeel-juridisch een *praeiudicium* is van een *iudicium publicum* (1),

(1) Dit blijkt misschien nog het duidelijkst bij PLINIUS *ep.* 5, 1, 2, 7. *Curianus orabat ut seque praeiudicio iuarem* (er wordt bedoeld op een *iudicium centumvirale*) *Verebantur quod videbant multis accidisse, ne ex centumvirali iudicio capitis rei exirent.* QUINCTILIANUS *inst. or.* 5, 2, 1. Doordat het *iudicium centumvirale* een *praeiudicium* is van het *iudicium publicum*, dat op zijne beurt een *praeiudicium* is der *quaestio*, hangt het *iudicium centumvirale* nauw samen met de *quaestio*. Vandaar VALERIUS MAXIMUS 9, 15, 4: *in centumvirale iudicium adeo favorabilis descendit (Trebellius Calca) ut vix iustis et aequis sententiis consternatio populi ullum relinqueret locum. In illa tamen quaestione neque calumniae petitoris neque violentiae plebis iudicantium religio cessit.*

daar voorts de *lex Cicereia* een *praeiudicium* heeft ingesteld, dat stellig *per sponsionem* moest worden beslist en alleszins geschikt was te worden berecht door de *centumviri*, m. a. w. door de rechters die in een *iudicium publicum* zitting hadden, daar ten slotte de naam der *lex Cicereia* met dien der *lex Crepereia* in hooge mate analoog is, bestaan voldoende gronden om de z.g. *lex Crepereia* te vereenzelvigen met de *lex Cicereia*. Ongetwijfeld moet bij GAIUS IV, 95 in plaats van *legem Crepereiam* worden gelezen: *legem Cicereiam*.

De *lex Cicereia* zal het bedrag der door haar geregelde *sponsio* betreffende de vraag, of de vereischte verklaring is afgelegd, hebben vastgesteld op een *fixum*, dat onafhankelijk was van het bedrag der oorspronkelijke *sponsio*. Immers, het ging niet aan, de straf op het weglaten der verklaring gesteld afhankelijk te maken van het bedrag der gevorderde som; bij eene *sponsio* van 1000 H S mocht de straf niet tienmaal zwaarder zijn dan bij eene *sponsio* van 100 H S; in beide gevallen moest dezelfde som verbeurd zijn. Nu wij bij GAIUS IV, 95 een dergelijk *fixum* vermeld vinden, is dit eene aanwijzing te meer, dat de beide wetten — de *lex Cicereia* en de zoogenaamde *lex Crepereia* — in werkelijkheid identiek waren. Wij kunnen dus een stap verder gaan en aannemen, dat het bedrag der bij de *lex Cicereia* ingestelde *sponsio* 125 H S was. Tot toelichting van dit bedrag, dat ongetwijfeld identiek is met de *summa sacramenti* van 500 *as*, strekke het volgende.

Zooals bekend, was de oudste Romeinsche munteenheid een bronzen muntstuk, de *as*. Toen in 268 v. Chr. de zilveren *sestertius*, een muntstuk ter waarde van $2\frac{1}{2}$ *as*, werd ingevoerd, kon de schuldenaar, door 200 H S te betalen, eene schuld van 500 *as* delgen. Intusschen kwam in de verhouding tusschen *as* en *sestertius* ver-

andering in 217 v. Chr. door de *lex Flaminia minus solvendi* (1); bij die wet werd o. a. bepaald dat de *sestertius* niet meer voor $2\frac{1}{2}$, doch voor 4 *as* zou gelden; wilde de schuldenaar eene schuld van 500 *as* delgen, dan kon hij dus met 125 H S volstaan.

Nu was in het laatste tijdperk der *legisactio sacramento* het *sacramentum* van 50 *as* in onbruik geraakt en alleen het *sacramentum* van 500 *as* in gebruik gebleven: de *lex Pinaria* (G. IV, 15) had eene procedure ingevoerd, welke alleen bij het *sacramentum* van 500 *as* kon worden ingesteld (2) en daar deze procedure der *lex Pinaria* bij partijen de voorkeur genoot boven de oudere procedure, moest deze voorkeur partijen er noodzakelijk toe leiden, het *sacramentum* van 50 *as* niet meer in toepassing te brengen en alleen met *sacramenta* van 500 *as* te procedeeeren, welk bedrag, sedert de *lex Flaminia* van 217 v. Chr., gelijk stond met 125 H S Door eene

(1) PLINIUS *hist. nat.* 33, 13, 45.

(2) Met SCHIRMER, *Zeitschr. der Sav. Stiftung für Rechtsgeschichte Röm. Abt.* XIX, bl. 361 neem ik aan, dat de bij GAIUS IV, 15 vermelde *lex Pinaria* handelde over het geval, dat partijen *sacramenta quingenaria* hadden afgelegd. Immers, alleen door die onderstelling is het te verklaren, dat GAIUS, na eerst (G. IV, 14) het verschil tusschen *s. quingenarium* en *s. quinquagenarium* te hebben uiteengezet, later op het *s. quingenarium* terugkomt. De bij de *lex Pinaria* geregelde procedure kende *sacramenta* van 500 *as* en een termijn van dertig dagen, waarna elke partij eene *condictio* of *denunciatio* uitsprak. Klaarblijkelijk is de procedure waarbij *sacramenta* van 50 *as* voorkwamen en waarbij de *iudex* onmiddellijk door den consul of praetor werd benoemd, in onbruik geraakt. Zij wordt niet bij PSEUDO-ASCONIUS vermeld (*ad Verr.* 2, 1, 9. ORELLI p. 164: *cum . . . pona se sacramenti peterent, posebant iudicem, qui dabatur post trigesimum diem*). Zelfs VARRO *de l. l.* 5, 180 schijnt het *s. quinquagenarium* niet meer te kennen: *de aliis rebus utrique quingenos aeris ad pontem deponerent, de aliis item certo alio legitimo numero assum.*

summa sponsionis van 125 H S vast te stellen, handhaafde de *lex Cicereia* de som, die bij de toenmalige *legisactio sacramento* als processueele boete in gebruik was.

Wenschten partijen het *praeiudicium ex lege Cicereia* bij de *centumviri* aanhangig te maken, dan moesten zij *sponsiones* van 125 H. S. aangaan. Nadat eens de gewoonte was opgekomen, dit *praeiudicium* als *iudicium centumvirale* in te stellen, deed de behoefte zich voelen, ook andere geschillen op die wijze te doen berechten. Het middel daartoe bood het *sacramentum*. Wenschten dus partijen andere geschillen dan het *praeiudicium ex lege Cicereia* aanhangig te maken bij de *centumviri*, dan moesten zij eerst *sacramenta* afleggen (1); immers, het *sacramentum* was de *legisactio generalis* (2), waardoor ieder proces bij den Praetor kon worden aanhangig gemaakt. Na het afleggen der *sacramenta* werden de *sponsiones* ten bedrage van 125 H. S. uitgesproken en op deze *sponsiones* spraken de *centumviri* recht.

Ten aanzien van de dateering der *lex Cicereia* zij het volgende opgemerkt. Evenals de *leges Appuleia* en *Furia de sponsu*, zoo heeft ook de *lex Cicereia* de strekking, de aansprakelijkheid van den *sponsor* te verlichten. Deze drie wetten behooren tot de z.g. democratische wetgeving: de minvermogende zal gemakkelijk *sponsores* kunnen vinden, naarmate de aansprakelijkheid van den *sponsor* wordt beperkt. Met APPLETON (3) kunnen wij aannemen, dat deze drie wetten — dus ook de *lex Cicereia* — althans niet ouder zijn dan het tijdperk der Gracchen;

(1) GAIUS IV, 95 (aangehaald hierboven bl. 175).

(2) GAIUS IV, 13. *Sacramenti actio generalis erat: de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur.*

(3) *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, XXVI (1905), R. A. bl. 37.

dat voorts de *lex Appuleia* van 103 v. Chr. en de *lex Furia* van 100 v. Chr. dagteekent (1). De vraag is alleen, of de *lex Cicereia* ouder, dan wel jonger dan deze wetten is. APPLETON schrijft de totstandkoming der *lex Cicereia* hieraan toe, dat niettegenstaande de *lex Furia*, de schuldeischer den *sponsor* niet mededeelde, hoeveel medeborgen hij zou aannemen. Om voor het vervolg dit verzuim te voorkomen, zou de *lex Cicereia* den schuldeischer de verplichting hebben opgelegd, den *sponsor* het aantal der borgen mede te deelen. Intusschen verliest APPLETON, aldus redeneerende (2), uit het oog, dat de *lex Furia* kennelijk reeds onderstelt, dat de schuldeischer verplicht is, den *sponsor* het aantal der borgen mede te deelen. Die verplichting moet hem dus vóór de totstandkoming der *lex Furia* zijn opgelegd, zoodat deze laatste wet noodzakelijk jonger is dan de *lex Cicereia*, die de bedoelde verplichting in het leven heeft geroepen. Immers, alleen wanneer tusschen *sponsor* en schuldeischer vaststaat, hoeveel borgen voor de voldoening der schuld verbonden zijn, kan de *sponsor* met kans op succes in rechten optreden tegen den schuldeischer, die van hem (den *sponsor*) meer dan diens aandeel in de schuld heeft geïnd.

De gewoonte, in het openbaar verklaringen af te leggen, nopens borgtochten, door den spreker of door derden aangegaan, is dan ook zoozeer in overeenstemming met het Romeinsche volkskarakter (3), dat zij stellig vrij spoedig door de wet moet zijn gesanctionneerd. Is de *lex Cicereia* waarschijnlijk niet ouder dan het tijdperk der Gracchen, aan den anderen kant is zij dus stellig

(1) APPLETON l. c., bl. 38.

(2) APPLETON l. c., bl. 11.

(3) Vgl. PLAUTUS, *Mercator* v. 49; *Pseudolus* 504 vlg. CICERO in *Clodium et Curionem* fragm. XV *Scholia Bobiensia* Ed. ORELLI p. 333. Ed. STANGL p. 88. EGON WEISS, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, R. A. XXXIX (1912), bl. 488, noot 4.

ouder dan de *lex Furia de sponsu*, dus ouder dan 100 v. Chr.

Historisch en juridisch was het *iudicium centumvirale* een *praeiudicium* van het *iudicium publicum* en het bleef dit karakter behouden, al was het in de praktijk eene rechtspraak ook voor zuiver privaatrechtelijke gedingen geworden. Aan dit formeel-juridisch karakter is het toe te schrijven, dat het *iudicium centumvirale* als *praeiudicium* buiten tegenwoordigheid van den Praetor wordt gevoerd (1), dat het evenals het *iudicium publicum* uitsluitend door het *ius civile* werd beheerscht (2), en juridisch streng van het *iudicium privatum* werd onderscheiden (3). Vandaar dat wel het *iudicium privatum*, doch noch het *iudicium publicum*, noch het *iudicium centumvirale* door intercessie van den volkstribuun kan worden gestuit (4). Wordt in het privaatrechtelijk

(1) PLINIUS *ep.* 5, 9, 2 (in een *iudicium centumvirale*) *sedebant iudices, decemviri venerant . . . tandem a Praetore nuntius.*

(2) Dat in een *iudicium centumvirale* uitsluitend naar *ius civile* wordt recht gesproken, blijkt telkens. Zie bv. CICERO *de oratore* 1, 38, 175; 1, 39, 180; 1, 56, 237 enz. Nog in den Keizertijd geldt dit beginsel. SEVERUS, *Cod. Just.* 3, 28, 2. *Quamvis de inofficioso testamento* (dus in een *iudicium centumvirale*) *acturum te bonorum possessionem accepisse proponis, tamen scriptis heredibus auferre possessionem incivile est.*

(3) Zie b.v. PLINIUS *ep.* 6, 33, 9 . . . *ut repente in privati iudicii formam centumvirale (iudicium) vertatur.* CICERO *de oratore* 1, 39, 177 vlg. onderscheidt eveneens het *iudicium centumvirale* en het *iudicium privatum*. In § 177 is sprake van het *iudicium centumvirale*, in § 178 van het *iudicium privatum*.

(4) Zie ten aanzien van het *iud. centumvirale* PLINIUS *ep.* 1, 18, 6. *Nam iudicium centumvirale differri nullo modo, istud aegre quidem, sed tamen potest.* Ten aanzien van de *iudicia privata* en *publica* is merkwaardig CICERO *pro Cluentio* 37, 74. De volkstribuun L. Quinctius wil gedaan krijgen, dat met de beraadslaging in het *iudicium publicum* gewacht wordt tot de komst van Staienus. Daar het een *iudicium publicum* betreft, kan hij geen intercessie uitoefenen, doch

iudicium de *iudex* door den Praetor benoemd, — in het *iudicium centumvirale* heeft de Praetor op de benoeming der *iudices* geen invloed: zij worden uitgeloot of door partijen aangewezen. Wordt in het privaatrechtelijk *iudicium* de *formula* opgesteld door den Praetor, in het *iudicium centumvirale* wordt de vordering aanhangig gemaakt door eene *scriptio*, dus door eene schriftelijke verklaring (1), afgelegd door of namens de procedeerende partij, en door deze laatste onderteekend. Aangezien in het *iudicium centumvirale* de Praetor noch de *iudices* benoemt, noch medewerkt tot de vaststelling van de bevoordingen der vordering — dit laatste geschiedt uitsluitend door de procedeerende partij — wordt in het *iudicium centumvirale* nooit *per formulam* geprocedeerd (2).

alleen den *index quaestionis* uitschelden (*qui quum esset eo tempore tribunus plebis, convicium C. Junio iudici quaestionis maximum fecit, ut ne sine Staieno in consilium iretur*). Om nu toch zijn zin te krijgen, intercedeert hij in een *iudicium privatum*, waarin Staienus de zaak bepleitte (*ipse e publico iudicio ad privatum Staieni iudicium profectus est, et illud pro potestate dimitti iussit*). Vgl. ook ASCONIUS *ad Ciceronem in or. in toga candida*. (Ed. Or. p. 75; Ed. Stangl p. 65). *Graeci qui spoliati erant, educerunt Antonium in ius ad M. Lucillum praetorem qui ius inter peregrinos dicebat*. (Men heeft hier te maken met een privaatrechtelijk *iudicium imperio continens*, niet, zooals dikwijls gemeend wordt, met een *iudicium repetundarum*. In dat laatste geval zou de *praetor de repetundis* hebben recht gesproken en had het in den tekst vermelde *decretum* [*decrevisset*] niet plaats kunnen hebben) *Quom Lucillus id quod Graeci postulabant decrevisset, appellavit tribunos Antonius*. In een *iudicium imperie continens* en in een *iudicium privatum* was dus de intercessie rechtens geoorloofd.

(1) PLINIUS *ep.* 5, 4, 6. *Post hoc cum ceteris subscripsit centumvirale iudicium, non subscripsit mecum*. Zooals bekend, is *subscribere* ook voor het *iudicium publicum* de technische uitdrukking; vlg. b.v. l. 3 pr. D. de *accusationibus et inscriptionibus* 48, 2.

(2) GAIUS IV, 151. *Non tamen, cum quid iusserit (Praetor) fieri vel fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad iudicem recuperatoresve itur, et ibi editis formulis quaeritur . . .* Door de

Doordat samenstelling en inrichting van het *iudicium centumvirale* geheel gecopieerd waren op die van het *iudicium publicum*, werd oorspronkelijk geenerlei behoefte gevoeld, het *iudicium centumvirale* afzonderlijk bij de wet te regelen. Immers, de wettelijke regelen betreffende het *iudicium publicum* golden, voor zoover de aard der zaak h et meebracht, ook voor het *iudicium centumvirale*, dat tot onder den Keizertijd formeel-juridisch een *prae-iudicium* van het *iudicium publicum* was (2). De talrijke berichten over *iudicia publica* en *leges iudiciariae* doen dan ook niet vermoeden, dat v or 64 v. Chr. behoefte aan regeling van het *iud. centumvirale* zich doet gevoelen. Doch toen, zooals hieronder zal worden betoogd, in dat jaar eene proceswet tot stand kwam, die in alle private processen — Romeinsch uitgedrukt: *quod privatim ambitur* (3) — de *formula* geoorloofd verklaarde, moest in die wet noodzakelijk de bepaling worden opgenomen, dat in het *iudicium centumvirale* voortaan evenmin als te voren met eene *formula* zou worden geprocedeerd. En omgekeerd, wanneer wij tegen het einde der Republiek eene toespeling hooren maken op eene wet regelende het *iudicium centumvirale*, ligt het vermoeden voor de hand, dat diezelfde wet ook het formulierproces heeft uitgebreid tot alle civiele gedingen.

technische uitdrukking *iudex recuperatores* worden de *centumviri* uitgesloten. Vgl. ook CICERO *pro Q. Roscio Comodo* 8, 24. *Expressae sunt enim ex uniuscumque damno, dolore, incommodo . . . publicae a praetore formulae, ad quas privata lis* (in tegenstelling met de *iudicia publica* in eigenlijken zin en de daarmede samenhangende *iudicia centumviralia*) *accommodatur*. QUINCTILIANUS *inst. or.* 7, 4, 20. *an huic delicto pater debuit ignoscere et centumviri tribuere debeant veniam? Sed etiam in formulis . . . ita causam partimur, an commissa sit poena, an exigi debeat.*

(2) Zie hierboven bl. 175 noot 1.

(3) *Fragmentum Atestinum* regel 14.

Passen wij het bovenstaande toe op CICERO *de lege agraria* 2, 17, 44.

Primum populi Romani hereditatem decemviri iudicent, quum vos volueritis de privatis hereditatibus centumviros iudicare?

Het blijkt dus, dat toen deze redevoering — in Januari 63 v. Chr. — voor de Romeinsche volksvergadering uitgesproken werd, eene wet het *iudicium centumvirale* had bekrachtigd; kennelijk was die wet zeer kort geleden tot stand gekomen; anders immers had CICERO niet de zinswending *vos volueritis* gebezigd; anders had hij bovendien den naam der wet genoemd, waarop hij doelde. Wij kunnen dus hieruit afleiden, dat kort vóór 1 Januari 63 v. Chr. het *iudicium centumvirale* wettelijk is geregeld; ons rest te onderzoeken of ook sporen zijn overgebleven van eene destijds tot stand gekomen regeling van het formulierproces.

B. De lex Aebutia van 64 v. Chr.

Zooals hierboven (bl. 157) is opgemerkt, was einde 65 v. Chr. eene wet, waarbij het formulierproces voor alle gedingen zonder onderscheid is mogelijk gemaakt, nog niet tot stand gekomen. Aan den anderen kant moet die wet — de *lex Aebutia* — kort na 65 v. Chr. dagteekenen, daar reeds in 49 v. Chr. de eerste *lex Julia iudiciaria* is gemaakt, welke jonger was dan de *lex Aebutia*. Wij hebben dus na te gaan, of de overlevering sporen bevat van eene kort na 65 v. Chr. ingevoerde regeling der *formula* voor alle gedingen.

Als zoodanig komt in aanmerking CICERO *pro Murena* 13, 28 (uitgesproken tusschen 8 November en begin December 63 v. Chr.).

Itaque si mihi, homini vehementer occupato, stomachum

moveritis, triduo me iurisconsultum esse profitebor. Etenim quae de scripto aguntur, scripta sunt omnia; neque tamen quidquam tam anguste scriptum est, quo ego non possim „qua de re agitur“ addere Quapropter non solum illa gloria militaris vestris formulis atque actionibus anteponenda est

Letterlijk opgevat, bevatten de woorden: *quae de scripto aguntur, scripta sunt omnia* enkel eene tautologie. Doch juist hieruit blijkt, dat CICERO een onderwerp aanroert, waarmede zijne toehoorders, naar hij vertrouwt, volkomen bekend zijn, alweder omdat kort geleden dit onderwerp in alle kringen der burgerij werd behandeld en — naar wij vermoeden — eene wet dienaangaande is tot stand gekomen. De woorden: *quae de scripto aguntur* geven te kennen dat, toen CICERO ze uitsprak, de geschreven *formula* in alle (*omnia*) gevallen geoorloofd was, waarin eene legisactie (arg. *aguntur*) kon worden ingesteld. Immers, om jurist te zijn, behoeft men volgens CICERO enkel de *formulae* te kennen; kort te voren heet het dan ook: *difficilis autem res ideo non putatur, quod et perpaucis et minime obscuris literis continetur*. Uit een en ander vloeit met noodzakelijkheid voort, dat tusschen 65 en December 63 v. Chr. eene wet is tot stand gekomen, die het formulierproces in elk geding toelaatbaar verklaart.

Al wordt in onze overlevering niet uitdrukkelijk gezegd, dat omstreeks dezen tijd deze regeling bij de *lex Aebutia* is tot stand gekomen, toch ontbreekt het niet aan eene vingerwijzing, dat destijds eene *lex Aebutia* is aangenomen, zij het dan ook dat de inhoud dezer wet ons niet wordt medegedeeld.

In zijne tweede redevoering *de lege agraria* (2, 8, 21) merkt CICERO op, dat dit wetsontwerp, waarbij werd toegelaten, dat de voorsteller zelf gekozen zou mogen worden tot het daarbij ingestelde ambt van *decemvir*,

slecht rijmde met de praktijk der wetgeving. De redenaar verwijst daarbij op oudere wetten (*leges enim sunt veteres*) en vervolgt: *Licinia est lex, atque altera Aebutia, quae non modo eum, qui tulerit de aliqua curatione ac potestate, sed etiam collegas eius, cognatos, affines excipit, ne eis ea potestas curatione mandetur.* Wel is waar kan deze laatste *lex Aebutia* wegens haar inhoud hier niet in aanmerking komen, doch blijktens de toevoeging *altera* was destijds nog eene andere *lex Aebutia* bekend, waarover aanstonds nader. De *lex Aebutia* waarover CICERO spreekt, behoorde evenals de *lex Licinia* — kennelijk eene der *leges Liciniae Sextiae* van 366 v. Chr. — tot de oudere democratische wetten, een oogenblik te voren door CICERO aldus omschreven: *Leges enim sunt veteres, neque eae consulares, si quid interesse hoc arbitramini, sed tribuniciae, vobis maioribusque vestris vehementer gratae atque iucundae.*

Wanneer uit deze *leges veteres* uitgekozen worden de *lex Licinia* en eene *lex Aebutia*, wier inhoud hier nader wordt aangegeven, moet uit het woordje *altera* (*Aebutia*) worden afgeleid, dat CICERO vreesde voor verwarring met eene niet vermelde *lex Aebutia*, welke niet tot de *leges veteres* behoorde, doch kort geleden was tot stand gekomen. Men herinnere zich in dit verband dat de Romeinsche volksvergadering, praktisch gesproken, wel op de hoogte was van beroemde oudere wetten, doch behalve deze laatste naar alle waarschijnlijkheid uitsluitend die kende, wier totstandkoming nog versch in het geheugen lag. Daar nu de door CICERO niet genoemde, doch wel als bekend onderstelde *lex Aebutia* stellig niet behoorde tot de beroemde oudere wetten, moet men wel aannemen dat zij onlangs tot stand was gekomen; anders immers had CICERO niet kunnen vreezen voor verwarring met de wet, wier inhoud hij nader aangeeft.

Kort vóór Januari 63 v. Chr. moet dus eene *lex Aebutia* zijn tot stand gekomen. Nu van elders blijkt, dat de *lex Aebutia*, welke het formulierproces heeft geregeld, naar alle waarschijnlijkheid ook het *iudicium centumvirale* heeft bekrachtigd (GELLIUS N. A. 16, 10, 8); nu voorts kort vóór 63 v. Chr. het *iudicium centumvirale* en het formulierproces wettelijk zijn geregeld (CICERO *de lege agr.* 2, 17, 44; *pro Murena* 13, 28) mag men veilig deze drie aanwijzingen in dien zin combineeren, dat (kort na de van einde 65 v. Chr. dagteekenende tafel van Heraclea, en vóórdat CICERO in Januari 63 v. Chr. zijne redevoeringen *de lege agraria* uitsprak, dus) in 64 v. Chr. eene *lex Aebutia* is tot stand gekomen, waarbij het formulierproces is uitgebreid tot alle vorderingen die bij den *praetor urbanus* werden aanhangig gemaakt, met uitzondering van die, welke *in iudicio* door de *centumviri* zouden worden beslecht.

**Aanhouding van koopvaardij schepen
ingevolge de Schepenwet**

DOOR

Mr. B. DE GAAY FORTMAN,

*lid van het Hof van Justitie in de Kolonie Curaçao, oud-secretaris
en rechtskundig adviseur van de Vereeniging van Nederlandsche
gezagvoerders en stuurlieden ter koopvaardij.*

Het zij mij vergund over bovenstaand onderwerp, voor de koopvaardijvaart van zooveel belang, hier eenige opmerkingen te maken.

Sinds ongeveer drie en een half jaar heeft ook Nederland zijne Schepenwet (wet van 1 Juli 1909, (*Stbl.* n^o. 219, gewijzigd bij de wet van 23 September 1912 *Stbl.* n^o. 305), waarbij als bepalingen ter voorkoming van scheepsrampen een aantal maatregelen van toezicht op inrichting en uitrusting van zeeschepen zijn genomen. Elk schip, dat onder de wet valt, moet o. a. voldoen aan zekere vereischten voor zeewaardigheid, waarvan het *certificaat van deugdelijkheid* het bewijs levert. Hiermee gepaard gaat het recht der scheepvaartinspectie om zulk een schip bij twijfel aan de zeewaardigheid aan te houden. Wie op de hoogte is van het scheepvaartbedrijf, begrijpt onmiddellijk van hoe verstrekkende gevolgen de uitoefening van dit recht voor den handel kan zijn, hoe groote materiële schade zij aan de reederij met name kan veroorzaken. En de wetgever heeft dan ook niet willen volstaan met aan de ambtenaren, die de wet moeten uitvoeren, de grootste omzichtigheid aan te bevelen in de gebruik-

making van het aanhoudingsrecht, hij heeft daarnaast aan den eigenaar van het schip de dezen door eene ongerechtvaardigde aanhouding veroorzaakte kosten willen vergoeden. Hiermee gaat gepaard een zeer snel werkend systeem van appèl van de beslissingen der tot aanhouding bevoegde ambtenaren.

Op 27 September 1909 en 1 October d.a.v. in werking getreden, heeft de Schepenwet tot op heden vrijwel beantwoord aan de billijke verwachtingen, die men van haar had. Vooral het zoo delicate aanhoudingsrecht is sober gehanteerd. Wanneer men de verslagen van de werking en de toepassing van de Schepenwet leest, blijkt dit al spoedig. Alleen was in 1911 (1) in het derde district (Groningen, Friesland, Drente en de Zuiderzeeplaatsen in andere provincies behalve in Noord-Holland) het getal der aanhoudingen abnormaal hoog, n.l. 15, maar dit is verklaarbaar door de daar heerschende toestanden, die mede aanleiding hebben gegeven tot de wijziging der wet in 1912. Van nog meer belang is, dat beroep op den voorzitter van den Raad voor de scheepvaart bijna niet heeft plaats gevonden. De weinige gevallen zijn zonder vrees voor wijdloopigheid te noemen.

In 1910 werden aangehouden de sleepschepen *Rheinische Schifffahrts-Gesellschaft no. 18* en *Peter*, die geacht werden niet zeewaardig te zijn en gevaarlijk voor het leven der opvarenden. De aanhouding van de *Peter* werd door de scheepvaartinspectie zelf opgeheven, en omtrent het andere schip oordeelde de voorzitter, dat het niet onder de Schepenwet viel (2), zoodat de aanhouding zelfs onrechtmatig was. Het is vreemd, dat voor dit geval,

(1) Het verslag over 1912 is nog niet gepubliceerd.

(2) Zie de *Uitspraak* in het Bijvoegsel tot de *Nederlandsche Staatscourant*, 1910, no. 255.

gelijk wij straks zullen zien, de wet geen vergoeding van schaden toekent.

In 1912 werd, behalve het ten slotte uitvoerig te bespreken geval, aangehouden het ijzeren aakschip *Eben-Haëzer*. Het hiervan ingestelde beroep werd verworpen op grond van gebrek aan nadere toelichting door appellant en van afwezigheid van het schip (1).

Volledigheidshalve wordt hier ook genoemd het beroep van den schipper van het tjalkschip *Concurrent* van de weigering der scheepvaartinspectie, om hem een bewijs van deugdelijkheid af te geven. Helaas verklaarde de voorzitter van den Raad voor de scheepvaart zich toen onbevoegd, om van de zaak kennis te nemen (2); hier toch kwam eenigszins reeds ter sprake de vraag, die nu onlangs door de S.M. „Nederland” in principe aan dezen beroep-rechter is voorgelegd, n.l. die naar de beteekenis voor de wet van de certificaten der particuliere classificatie-bureaux.

Ter oriëntering was deze inleiding noodig, om te komen tot het eenige geval, waarin, tot nu toe, vergoeding van door de aanhouding veroorzaakte kosten werd gevraagd. Het betrof de Braziliaansche stoomschepen *Bello Horizonte* en *Victoria*, krachtens art. 69 der Schepenwet aangehouden wegens onzeewaardigheid. Zes dagen later, 25 September 1912, werd in beroep deze beslissing bij uitspraak van den voorzitter van den Raad voor de scheepvaart (3) ongegrond verklaard en de aanhouding opgeheven. Denzelfden dag vertrokken beide schepen.

Twee maanden later diende de *Companhia Navegacao*

(1) Zie de *Uitspraak* in het Bijvoegsel tot de *Nederlandsche Staatscourant*, 1912, no. 161.

(2) id. 1913, no. 48.

(3) id. 1912, no. 233.

do Cunazonas, eigenares dezer schepen, aan den Raad voor de scheepvaart een request in als bedoeld in art. 17, lid 5 der Schepenwet. Deze bepaling luidt: „Wanneer bij het op de aanhouding gevolgde onderzoek van den ambtenaar of — indien tegen de aanhouding beroep is ingesteld — bij het in beroep ingestelde onderzoek blijkt, dat het schip in strijd met de aanvankelijke meening van den ambtenaar op het oogenblik der aanhouding in zeewaardigen toestand verkeerde, dan wel dat op dat oogenblik aan de voorschriften werd voldaan, worden de directe kosten van het onderzoek door het Rijk gedragen, en worden de eventueel door het onderzoek aan den eigenaar van het schip veroorzaakte indirecte kosten, geheel of gedeeltelijk, berekend naar een bij algemeenen maatregel van bestuur vast te stellen tarief, door het Rijk aan den eigenaar vergoed, voor zoover deze de bedoelde kosten niet heeft kunnen voorkomen”.

Uit de duidelijke woorden volgt, dat in de gevallen, waarin de scheepvaartinspectie zich schuldig maakte aan machtsoverschrijding door onjuiste wetsinterpretatie deze vergoeding niet wordt gegeven. Wat te betreuren is, gezien het feit, dat deze ambtenaren in den eersten tijd nog al eens hun boekje te buiten gingen. Intusschen is dit laatste ook al weer begrijpelijk.

Het was nog al zoo iets, wat de *Companhia* vorderde, niet minder dan f 29.832.50. Men mag dan ook veilig veronderstellen, dat niets vergeten is. Doch de Raad kende slechts toe f 2763.96. Zijne uitspraak (1), waarop zelfs in de groote dagbladpers (2) de aandacht is gevestigd, geeft aanleiding tot de volgende opmerkingen van juridischen aard.

(1) Zie de *Uitspraak* in het Bijvoegsel tot de *Nederlandsche Staatscourant* 1912, no. 296.

(2) *Algemeen Handelsblad* 26 Februari 1913, Ochtendblad.

Vooreerst maakt de Raad onderscheid tusschen *directe* en *indirecte* kosten, een onderscheid, dat op de wet steunt, maar in het request niet was in acht genomen. Directe kosten, decreeteert de Raad, zijn „de zoodanige, als onmiddellijk zijn voortgevloeid uit het bij de wet bevolen onderzoek zelve”, terwijl de indirecte kosten zullen moeten worden beperkt tot die „op de aanhouding gevallen”. Wij gelooven, dat de Raad hierin juist gezien heeft, en met name de *Companhia* heeft zich niet te beklagen over te weinig ruime toepassing van het begrip „directe kosten”. Minder juist wil het voorkomen, dat de Raad voor *die* kosten ook vergoeding toeschat. De wet zegt, dat zij door het Rijk worden gedragen. O. i. gaan zij geheel buiten den Raad om. Wanneer § 5 der Memorie van toelichting op het ontwerp-Schepenwet van „vergoeding van kosten bij aanhouding” spreekt, bedoelt zij duidelijk alleen de indirecte kosten.

Wat deze laatsten betreft, trekt het de aandacht, dat de Raad de vraag van geheele of gedeeltelijke vergoeding afhankelijk maakt van deze andere „of de kosten door den eigenaar niet hadden kunnen worden voorkómen”. Als eenig criterium lijkt ons daarvoor de wet geen afdoenden steun te bieden.

Maar goed, de Raad oordeelt, dat in casu aanspraak kan gemaakt worden op geheele vergoeding. Doch dan doet hij twee allervreemdste sprongen. Hij laat doorschemeren, dat hij twijfelt aan de opgegeven indirecte *schade* (sic) ad ruim *f* 29.000.—, en zegt: door het „tarief” ben ik gebonden aan *f* 0.30 per bruto registerton per etmaal, zoodat ik nooit meer dan *f* 3901.51 kan toeschatten, maar dat is nog veel te veel, *f* 0.20 is voldoende en gij krijgt *f* 2600.86.

Het is eigenaardig, dat bij de behandeling der Schepenwet niemand aanmerking gemaakt heeft op de uitge-

sproken bedoeling der regeering, om die *geheelg* vergoeding te binden aan een *maximum*-tarief, waarover de wet niet rept. Ook spreekt de M. v. T. van een maximum per netto registerton ladingsvermogen en het Tarief van bedragen per bruto-registerton. Doch dit gaat buiten den Raad om. Wat diens beslissing betreft, is het de vraag of zij practisch en door de wet bedoeld kan zijn. Feitelijk laat de Raad de schaderekening van de requestrante links liggen, slechts wordt opgemerkt „dat niet die schade behoeft te worden vergoed, die men niet heeft kunnen voorzien” (gevraagd was n.l. f 25.000.— voor herstel van stormschade, kosten van verblijf in eene noodhaven en tijdsverzuim). Had de Raad niet logischer gedaan, wanneer hij de opgegeven posten zelfstandig had onderzocht, en bij overschrijding van het tarief hare toeschatting tot het maximum had beperkt? Nog een andere weg had kunnen worden gevolgd, wanneer de Raad afscheiden van de ingediende rekening naar verschillende factoren de indirecte kosten had berekend, maar hoe hij er toe gekomen is, om zoo maar ineens te bepalen zonder eenige motiveering: f 0.20 per registerton is voldoende, het is te hopen dat het niet altijd een raadsel zal blijven.

Terloops roerden wij in het bovenstaande aan een ander onderwerp, waarin eveneens voor het eerst, kort geleden eene beslissing van administratiefrechtelijken aard werd gegeven (1). Het geldt de vraag, of de scheepvaartinspectie het recht heeft, schepen, die bij particuliere

(1) In de officieele uitgave is de uitspraak nog niet tot mij gekomen. Men kan echter over de zaak lezen in *De Telegraaf* van 26 Maart 1913, Avondblad.

bureaux geclassificeerd zijn, te onderzoeken. Deze vraag kan niet anders dan bevestigend worden beantwoord. De woorden en het geheele systeem der Schepenwet zijn op dit punt niet onduidelijk (1). Het is haast onbegrijpelijk hoe de Stoomvaart-Maatschappij „Nederland” er anders over denken kon.

Curacao, 23 April 1913.

(1) Zie ook mijn *De Schepenwet met eene toelichting*, in den tweeden druk, blz. 65 en 66.

Nieuwe wijn in oude lederen zakken.

*De verhouding tusschen gerechtigden en
verplichten bij papieren van waarde.*

Academisch Proefschrift van A. J. VAN
HENGEL, Leiden — S. C. VAN DOES-
BURGH, 1911.

Bovenvermeld werk, ofschoon in den handel, werd aan de Redactie van *Themis* niet toegezonden. Onderstaand opstel bevat dan ook niet eene aankondiging en beoordeeling; wel eene bestrijding.

De lezing van het Proefschrift heeft bij mij den indruk achtergelaten, dat de Schrijver een goeden juridischen aanleg bezit, doch ongelukkigerwijze op een dwaalspoor is geraakt.

Hij is een aanhanger van de contractstheorie. „De ver-
„plichting ontstaat door het *geven* van het door dengeen,
„die debiteur wordt, ondertekend stuk aan den toe-
„komstigen crediteur, die dit neemt” (bl. 9). De over-
eenkomst tusschen den uitgever en den derden bezitter is gegrond op het feit, dat de eerste zijne belofte niet aflegt alleen aan den eersten nemer, doch ook aan diens order of aan toonder. Deze overeenkomst ontstaat op het oogenblik, dat die derde het stuk neemt van den vorigen houder, die het hem geeft (bl. 10).

De Schrijver begrijpt, dat bij deze overeenkomsten met derden niet steeds wilsovereenstemming zal plaats vinden. Als de derde het stuk in bezit krijgt, kan de wil van den uitgever geheel veranderd zijn (bl. 16). Hij roept thans de vertrouwenstheorie te hulp. De overeenstemming der wilsverklaringen treedt voor het overeenstemmen

der willen in de plaats. Het „is alleen noodig, dat degene, „die gebonden wordt, inderdaad zijn wil verklaard heeft „door het geven van het stuk” (bl. 18).

Een gevolg van deze opvatting is, dat de maker niet gebonden is, ook niet tegenover den bezitter ter goeder trouw, als het papier buiten zijn wil in omloop kwam. Dit geldt niet alleen voor gestolen en verloren, maar ook voor verduisterde stukken. De Schrijver voelt wel, dat de stroom van het leven zich tegen hem keert en belast daarom het positieve recht er mede de ongewenschte gevolgen te keeren. Hij draagt er echter zorg voor zijne theorie smetteloos te houden. „Het is hier „wel noodzakelijk er ook nadrukkelijk op te wijzen, dat „het recht van een derden houder tegen den wil van „den debiteur altijd het gevolg moet zijn van positieve „rechtsbepalingen” (bl. 27).

Deze theorie zoude gevaarlijk zijn voor de bezitters, inzonderheid van toonderpapieren. Onze wet toch bevat geene bepaling, waarbij de bezitter ter goeder trouw van buiten den wil van den maker in omloop gekomen toonderpapier eene vordering wordt gegeven. Wel leidt Mr. MOLENGRAAFF uit art. 2014 B. W. af, dat zulk een bezitter den maker kan aanspreken, doch ik geloof niet, dat hij deze gevolgtrekking zoude maken, indien hij het geven eener vordering in strijd met de theorie achtte.

De gedachtengang van Mr. VAN HENGEL vordert eene uitdrukkelijke wetsbepaling, en die bestaat in ons recht niet.

Enkele jaren geleden werd er een geding gevoerd, waarbij het groote maatschappelijke gevaar der contractstheorie duidelijk aan het licht kwam.

De Directeuren der Hollandsche Hypotheekbank hadden een overgroot aantal pandbrieven, die wel waren uitgegeven, doch bij de Bank teruggekeerd en bestemd tot

vernietiging, weer in omloop gebracht en de opbrengst in hun zak gestoken. Een bezitter ter goeder trouw vorderde van de Hypotheekbank afgifte van 46 nieuwe couponbladen, wat deze weigerde op grond, dat de pandbrieven tegen haar wil in omloop waren gekomen. De Rechtbank te Amsterdam verwierp bij vonnis van 13 Maart 1907 (W. 8567) het verweer en beval de afgifte.

Kort te voren, 15 Januari 1907, had de Rechtbank te Haarlem in de volgende zaak eene beslissing gegeven. Uitgelote en uitbetaalde obligatiën van den Polder Assendelft waren uit het archief weer in de wandeling gekomen. De houder eischte uitbetaling, wat hem werd toegewezen. Het Hof te Amsterdam, zich geheel stellende op het standpunt der creatie-theorie bevestigde bij arrest van 6 Maart 1908 (W. 8745) dit vonnis.

Naar ik mij meen te herinneren, werd tegen het vonnis van de Rechtbank te Amsterdam, wel hooger beroep beteekend, doch tengevolge van dit arrest niet doorgezet.

Volgens de leer van Mr. VAN HENGEL zoude evenwel de Hypotheekbank tegen een ongunstig arrest van het Hof met vrucht als cassatiemiddel kunnen voorstellen: schennis van art. 1356 1^o B. W., omdat het Hof aannam rechtsgeldig toonderpapier, in omloop gebracht zonder *toestemming* van hem, die zich zoude verbonden hebben. De Bank schijnt echter geen heil van een beroep op den Hoogen Raad verwacht te hebben.

Andere voorstanders van de contractstheorie hebben op verschillende wijzen getracht aan de schadelijke gevolgen voor het verkeer te ontkomen.

Mr. NABER grondt de wisselverbintenissen, de verplichting uit acceptatie ingesloten, op overeenkomsten (1),

(1) Handelingen Jur.-Ver. 1889, Deel I, bl. 42.

doch ontként dat het woord „overeenkomst” een begrip uitdrukt. Het zoude slechts een „étiket” zijn, wat de rechter naar goedvinden opplakt. Het verkeersbelang zoude daarbij zijn leiddraad zijn (1). Bij Mr. NABER zoude er zeker geen bezwaar bestaan om eene verplichting uit overeenkomst aan te nemen bij toonderpapier, buiten den wil van den maker in omloop gekomen.

Ook HAMAKER nam aan dat de verbintenis tusschen den trekker van een orderbriefje en een derden houder op overeenkomst berust (2). Hieruit zoude volgen, dat de trekker de excepties, inzonderheid gebrek aan oorzaak, zoude mogen opwerpen, die hij tegen den voorman van den houder had. Om deze gevolgtrekking te ontgaan beroept HAMAKER zich op eene sedert lang bestaande „door het positieve recht ingevoerde afwijking”. Dit positieve recht zoude in ons recht stilzwijgend zijn overgenomen (3).

WAHL roept de leer der onrechtmatige daad te hulp, om aan de onbillijke gevolgen der contractstheorie te ontkomen. Als er schuld aan het in omloop brengen bij den maker aanwezig is, geeft hij eene vordering uit het toonderpapier (4).

Uit de handelingen van den maker evenwel zoude in sommige gevallen wel eene vordering tot schadevergoeding volgen, maar nimmer voldoening van den inhoud van het waardepapier, zooals WAHL wil. Schadevergoeding is minder dan betaling. Die een niet uitgegeven toonderpapier ten geschenke heeft ontvangen,

(1) Begrip of étiket, R. Mag. 1889, bl. 28.

(2) Verspreide Geschriften, Deel IV, bl. 150.

(3) Zie de bestrijding van dit denkbeeld in mijn opstel: Eenige opmerkingen over order- en toonderpapier, *Themis* 1912, bl. 564.

(4) *Traité théorique et pratique des Titres au Porteur*, Deel I, bl. 274.

moge bij niet-betaling in zijne verwachting bedrogen zijn, schade lijdt hij niet. De koper, die een effect onder pari kocht, zoude na uitloting, als schadevergoeding slechts kunnen vorderen de koopsom.

Ook het Anglo-Amerikaansche gewoonterecht is van eene overeenkomst uitgegaan, wat bij de eerste ver schijning van de waardepapieren niet te verwonderen was. Later werd onder vasthouden aan de contracts-theorie eene vordering uit het papier gegeven, als de maker schuld had aan het tegen zijn wil in omloop komen. Met het aannemen van schuld werd men zoo gemakkelijk, dat de maker zelfs de papieren moest voldoen, die uit zijn opengebroke brandkast waren gestolen (1).

Bij de codificatie van Groot-Brittannië en Ierland, werd met dit verwaterd begrip van schuld gebroken en bepaald: „The maker of a promissory note by making „it engages that he will pay it according to its tenour (2).

Uit de artt. 811 en 847 van het Zwitsersche Obligationenrecht van 14 Juni 1888 volgt hetzelfde voor order- en toonderpapieren. Voor de toonderpapieren bepaalt § 794 van het Duitsche B. G. B. uitdrukkelijk, dat de maker verbonden is door buiten zijn wil in omloop gekomen stukken.

Resumeerende: onze jurisprudentie wil van het contract niets weten; voorstanders trachten op weinig gelukkige wijzen aan de gevolgen te ontkomen; de wetgevingen behelzen bepalingen, die niet te rijmen zijn met de contracts-theorie; mij dunkt, er is reden om te betwijfelen of die theorie wel juist is.

Zooals wij reeds gezien hebben roept Mr. VAN HENGEL

(1) DANIEL. On negotiable instruments, § 839.

(2) Bills of Exchange Act 1882, Section 88.

de vertrouwensleer te hulp. Voor hem deed dit Mr. THIEL, die zich ook een aanhanger van de contractstheorie noemde, maar zoowel de wil als de wilsverklaring over boord wierp (1).

Het ware voldoende, dat de verbodene aanleiding had gegeven om bij de tegenpartij het rechtmatig vertrouwen te wekken, dat de wilsverklaring werd afgegeven. Hieruit volgt, dat de bezitter ter goeder trouw van een waardepapier een vorderingsrecht heeft tegen den maker, ook als het papier buiten zijn wil in het verkeer was gekomen. Zelfs acht Mr. THIEL den maker van een papier, dat door een derde vervalscht werd, gebonden, als de bezitter „bij redelijke oplettendheid meenen mocht” dat het niet vervalscht was (2).

Deze doortrekking van de vertrouwensleer tot hare uiterste consequenties stemt tot voorzichtigheid. Is het wel billijk, zooals met die theorie het geval is, alleen oog te hebben voor de belangen van den schuldeischer? Nu evenwel Mr. VAN HENGEL zich op die leer steunde, is het vreemd, dat hij er niet uit heeft afgeleid de gebondenheid van den maker door buiten zijn wil in omloop gekomen papieren. Onbillijk is dit niet. De nieuwe wetgevingen bepalen het en Mr. VAN HENGEL juicht dit toe.

Nam hij de gebondenheid aan, dan moest hij òf de contractstheorie verwerpen, òf de overeenkomst opvatten, in de beteekenis die Mrs. NABER en THIEL (3) er aan hechten. Blijkbaar wilde hij noch het een, noch het ander.

(1) De goede trouw van derden en hare bescherming tegenover de handelingen van partijen, bl. 74.

(2) T. a. p. bl. 289.

(3) Volgens Mr. THIEL zouden samenwerkende omstandigheden, welke rechten en verplichtingen scheppen, overeenkomsten zijn. T. a. p. bl. 285.

Ik zal hem zeker niet euvel duiden de nihilistische opvatting der overeenkomst te hebben verworpen (1). Te betreuren is het daarentegen, dat hij de onhoudbaarheid der contractstheorie niet inzag. De oorzaak schijnt gelegen in afkeer van de creatie-theorie.

Deze theorie, zooals zij werd ontwikkeld door KUNTZE en anderen, grondt de verplichting van den maker op diens eenzijdige rechtshandeling. Hij maakt het papier met den wil om schuldeischer te worden.

Mr. VAN HENGEL maakt de opmerking, dat ook uit deze theorie niet de verplichting voortvloeit voor den maker om papier, wat buiten zijn wil in omloop is gekomen, te betalen, omdat de afwezigheid van de verplichtingswil vaststaat (bl. 20). Op dezen grond verwierp ook D'ABLAING de creatie-theorie (2).

De wil heeft in het privaatrecht een onbescheiden groote rol gespeeld. Eerst een veertig jaren geleden is men gaan twifelen aan zijne onbegrensde kracht. Thans heeft bij de overeenkomsten de overeenstemmende wilsverklaringen vrijwel de overeenstemmende willensverdrongen. Mr. VAN HENGEL zelf spreekt van overeenstemmende wilsverklaringen (3).

De eenzijdige rechtshandelingen moesten deze beweging medemaken. Men is niet gebonden door den wil, doch door de wilsverklaring. Dit beginsel kan men hier volkomener doorzetten, dan bij de overeenkomsten, omdat overgeleverde rechtsbepalingen niet hinderlijk in den weg treden.

(1) Ik bestreed deze meening in mijn opstel: De toestemming bij de overeenkomst, *Themis* 1907, bl. 102.

(2) De zogenaamde schuldvernieuwing door wissels, bl. 94.

(3) Heel vast is hij niet in die leer. Meer dan eens spreekt hij nog van «wilsovereenstemming». Op bl. 27 beweert hij zelfs dat «het recht gemeenlijk slechts op den wil verbintenissen grondt».

Het is wederom vreemd, dat Mr. VAN HENGEL dit niet heeft ingezien, en de creatie-theorie weergeeft in den vorm, door KUNTZE en KIST er aangegeven.

De trekker van een ordebriefje en de maker van een toonderpapier beloven den houder te betalen. Bij de acceptatie springt dit minder sterk in het oog. Evenwel is zij van oudsher opgevat als eene belofte aan den houder van den wisselbrief om te betalen (1). De acceptant weet, of moet althans weten verplicht te zijn den houder te voldoen. Trekker en endossanten weten, dat zij tengevolge van het springregres aangesproken kunnen worden door een houder, met wien zij niet gehandeld hebben. Bij al deze lieden is niet de vraag, of zij in werkelijkheid beloofd of gewild hebben. De schriftelijke handeling is voldoende (2). Dit wordt in de aangehaalde Engelsche bepaling zoo kernachtig uitgedrukt: *The maker of a promissory note by making it engages that he will pay it according to his tenour.*

Slechts bij deze opvatting kunnen de waardepapieren aan hunne bestemming om te circuleeren voldoen. De houder moet er niet aan blootstaan, dat de maker van de schriftelijke verklaring hem verweermiddelen tegenwerpt, die hij niet tegen de schriftelijke handeling, doch slechts tegen den nemer heeft.

Van deze verweermiddelen zoude het meest voorkomende en daarom het gevaarlijkste zijn: mijne verklaring is buiten mijn wil in omloop gekomen.

Alleen kan de maker kwade trouw tegenwerpen. Het

(1) KUNTZE: *Das Wechselrecht*, § 4, V; LEHMANN: *Lehrbuch des Deutschen Wechselrechts*, § 10; THÖL: *Das Handelsrecht* § 212, II; D'ALBLAING t. a. p. bl. 101.

(2) Zie mijn studie: *Het Toonderpapier*, bl. 35 volg. De schriftelijke handeling moet natuurlijk eene verplichtende zijn. De maker kan bijvoorbeeld tegenwerpen onder dwang te hebben gehandeld.

verkeer eischt slechts de bescherming der goede trouw.

Door het teekenen van een toonderpapier, van een wissel, van een orderbriefje, van een endossement kan de maker, zonder eenige verdere handeling zijnerzijds, verbonden worden. Dit is het juiste hoofdbeginsel der creatietheorie. Minder gelukkig was het den wil op den voorgrond te plaatsen en rechten aan den dief toe te kennen.

In onze wetgeving zijn het orderpapier en een paar vormen van het toonderpapier geregeld. Het toonderpapier in het algemeen is door de vermelding in eenige wetsartikelen erkend. Onder inachtneming van de wet bleef de wetenschap vrij om den aard der waardepapieren op te sporen. Haar veld bleef zeer groot en bij de toonderpapieren, kassierspapier en toonderpromessen uitgezonderd, bijna geheel onbegrensd.

Bij het uitoefenen van het recht uit waardepapieren, kan art. 2014^b B. W. wel belemmerend in den weg treden. De eigenaar toch van een gestolen of verloren waardepapier, kan het gedurende drie jaren na den diefstal of het verlies van den houder terugvorderen, ook al is deze bezitter ter goeder trouw. Met de vraag, wie schuldeischer uit het papier is, heeft dit artikel echter niets te maken (1).

De waardepapieren hebben een eigen karakter, onafhankelijk van het positieve recht in een bijzonder land. Het kan slechts de vraag zijn, of een rechtsvoorschrift al of niet in strijd is met dit karakter (2).

De stelligrechtelijke theorie van D'ABLAING heeft aanhangers gevonden. Na het verwerpen van de over-

(1) Zie mijn opstel: De stelligrechtelijke wisseltheorie, *Themis* 1896, bl. 212 volg.

(2) Ik heb de hoofdbeginselen op het oog; niet de detailregeling.

eenkomst en den eenzijdigen wil, zag deze Geleerde alleen heil in een beroep op het stellige recht. Het was niet vreemd, dat hij in 1877 de schriftelijke verklaring over het hoofd zag, maar na het vele wat daarna over „wil of vertrouwen” geschreven werd, hadden zijne navolgers beter uit hunne oogen moeten zien (1).

In het bijzonder in ons land is uit het stellige recht al zeer weinig af te leiden. Anders ten gevolge van eene speciale regeling in Engeland voor de waardepapieren en in Duitschland voor de toonderpapieren.

MR. VAN HENGEL heeft van mij niet het verwijt te wachten te veel te theoretiseeren en te weinig aandacht te schenken aan de Nederlandsche wet. Wel acht ik zijne theorie onjuist.

Niets dwong hem de overeenkomst, zulke schadelijke gevolgen voor het verkeer medebrengende, aan te nemen. Integendeel, blijkbaar past zij niet voor het nieuwe rechts-instituut.

Voor het bestaan van eene overeenkomst is het noodzakelijk, dat twee of meer bepaalde personen iets zijn overeengekomen (2). Dit geldt ook bij een beding ten behoeve van een derde naar de opvatting van Mr. VAN HENGEL. Hij schrijft: „de stipulant treedt jegens de „belover op als vertegenwoordiger van den derde” (bl. 33). De belover en de derde komen dus iets overeen door bemiddeling van den stipulant.

Nu gaat een geaccepteerde wisselbrief van hand tot hand. De acceptant zoude verbonden worden aan iederen wisselhouder door eene overeenkomst. Maar de acceptant

(1) Wij leven snel tegenwoordig en vliegen de mijlpalen voorbij. Nu de alleenheerschappij der wet gebroken is, lijkt de stellig rechtelijke theorie reeds een antiquiteit.

(2) Zie: SAVIGNY Obligatonen Deel II, § 61. GOUDSMIT, Pandecten-Systeem, Deel II, bl. 93.

weet niet, wie de opvolgende houders zijn. Hoe kan hij dan eene overeenkomst met ieder hunner hebben gesloten? Even onmogelijk is de overeenkomst tusschen den maker van een toonderpapier en de opvolgende houders.

Om de overeenkomsten pasklaar te maken voor de waardepapieren en de uitlovingen werd uitgevonden eene overeenkomst met een onbekend en onbepaald persoon. Deze handelwijze had het dubbele nadeel: een oud rechtsinstituut te misvormen en een nieuw niet te verklaren. Nieuwe wijn in oude lederen zakken. De zakken scheuren en de wijn vloeit weg.

Arnhem, 29 Juli 1913.

G. WTEWAALL.

De Politiebewaring (1).

Toen de Juristenvereniging ten vorigen jare in hare te Utrecht gehouden vergadering (2) zonder hoofdelijke stemming en met algemeene stemmen besliste, dat de politiebewaring behoort te worden erkend, geregeld en begrensd, gaf zij daarmede uiting aan eene communis opinio. Ook zij, die met den praeadviseur Mr. BESIER van oordeel zijn, dat de politiebewaring met de wet in de hand zeer goed te verdedigen is (3), zullen dit votum der vergadering onderschrijven, wanneer zij, met dien geachten schrijver (4), overwegen, dat de politiebewaring is een soort hechtenis, althans een toestand van vrijheidsderving „die door geen wetsbepalingen is geregeld en door den wetgever ook waarschijnlijk niet is bedoeld, tenminste niet voor zoo langen duur”. Het is inderdaad meer dan tijd, dat aan het onderwerp van de politiebewaring, hetwelk niet minder dringend vraagt om wettelijke regeling dan andere deelen van ons strafproces vragen om herziening, de wetgever zijne aandacht wijde,

(1) Met toestemming van de uitgevers overgenomen uit den «Feestbundel met Rechtsgeleerde Bijdragen» der Eereleden van het Genootschap «Justitia et Amicitia», ter gelegenheid van zijn honderdjarig bestaan (Boekh. vh. Gebr. BELINFANTE, Den Haag, 1910).

(2) Het onderwerp was: «Is een betere omschrijving van het begrip «ontdekking op heeterdaad» en een andere regeling van de bevoegdheid van politie en justitie bij heeterdaad gewenscht? «Praeadviseurs waren Mr. L. CH. BESIER en Jhr. Mr. W. E. TH. M. VAN DER DOES DE WILLEBOIS.

(3) Handelingen I, bl. 30.

(4) Handelingen I, bl. 26.

en het mag verwacht worden, dat het bij den arbeid van de onlangs ingestelde Staatscommissie voor de herziening van het Wetboek van Strafvordering ten volle tot zijn recht zal komen.

Het vraagstuk van de politiebewaring raakt verscheidene andere vragen, door de Juristenvereniging in vorige vergaderingen behandeld. Ik herinner aan de beraadslagingen omtrent het politievraagstuk (1893), vereenvoudiging van het strafgeding vóór den Kantonrechter (1896) en de preventieve hechtenis (1897) (1). Juist daarom zal 't plicht zijn, wil onze schets niet al te onvolledig wezen, om in de volgende bladzijden ons streng tot het eigenlijke onderwerp te bepalen.

Eéne opmerking veroorloof ik mij vooraf, n.l. deze, dat ik bij de herinnering aan de debatten, over de politiebewaring in de bovenbedoelde vergadering gevoerd, niet zal ingaan op de meer verstrekkende desiderata, welke ten aanzien van de hervorming van ons strafproces in 't algemeen werden geuit.

Ik heb daarbij vooreerst de vraag op het oog, of het opsporingsonderzoek, wat de leiding aangaat, van den aanvang af zal zijn in handen van het Openbaar Ministerie. Met dit denkbeeld verklaarde Mr. BESIER ten volle te sympathiseeren. Ook ik voel veel daarvoor, maar vrees, dat de verwezenlijking daarvan zal afstuiten op praktische bezwaren, n.l. de onmogelijkheid om de daarvoor noodzakelijke *witbreiding* van het personeel van het O. M. te verkrijgen (2). Zal dus om die reden m. i. de voorbereiding van het onderzoek bij de *politie* moeten blijven,

(1) Ook met het vraagstuk van het *bewijs* in strafzaken, dit jaar door de Juristenvereniging behandeld, bestaat verband; men denke aan de *bekentenis* van den verdachte.

(2) In de groote steden zou het aantal substituut-officieren zeker moeten worden verdubbeld.

dan zal de politiebewaring ook in de toekomst niet kunnen worden vermeden. Dit geldt ook voor het geval dat — volgens het denkbeeld van Mr. VAN DER DOES DE WILLEBOIS (1) — de *Rechter-Commissaris*, van een gepleegd misdrijf verwittigd, steeds omtrent het onderzoek zou beslissen, n.l. of dit geheel aan zich zou trekken, of de opperleiding daarvan in handen zou nemen, of het onderzoek geheel aan de politie zou overlaten. Ook in dit stelsel wordt de politiebewaring, zij 't op kleinere schaal dan tegenwoordig, gehandhaafd.

Daarnaast heb ik op het oog de vraag, of het karakter van ons strafproces behouden zal blijven. Het was met name Prof. SIMONS, die op het verband tusschen het onderwerp, door de Juristenvereniging behandeld, en het karakter van het strafproces (*inquisitoir* of *accusatoir*) den vollen nadruk legde, en slechts dan zich bereid verklaarde desnoods de politiebewaring voor enkele dagen te „accepteeren”, wanneer in volle consequentie het Engelsche beginsel wordt aanvaard. Daar is inderdaad in dat Engelsche stelsel veel aantrekkelijks, dat niet nalaten kan indruk te maken op ieder, die iets voelt voor het individu, den éénling, staande tegenover het gezag, de gemeenschap. Wanneer wij daar hooren, hoe de politie den verdachte zelfs niet ondervragen mag maar uitdrukkelijk hem wijzen moet op zijne bevoegdheid om te *zwijgen*, hoe het verkeer van den in politiebewaring zich bevindenden verdachte met de buitenwereld in ruimen omvang wordt toegestaan, hoe het zuiver accusatorisch karakter van het strafproces ook hier wordt erkend, en alles, wat den verdachte tot een *object* van onderzoek zou maken, met groote angstvalligheid wordt vermeden, dan ontkomen wij niet aan de bekoring, die van zulk

(1) Handelingen, I, bl. 136.

een stelsel uitgaat. Toch zullen wij *hier*, bij de bespreking van *ons* onderwerp met het oog op *ons* land, ons hebben rekenschap te geven, dat dit alles slechts toekomstmuziek is, dat het inquisitoriaal karakter van ons strafproces in de naaste toekomst misschien zal worden verzacht maar zeker niet zal verdwijnen, en zullen wij ons dus niet te veel aan toekomstidealen op dit gebied mogen overgeven. Wij zullen, staande op den bodem van ons strafproces, de politiebewaring hebben te bezien, en ons de vraag hebben te stellen, met welke waarborgen deze door den wetgever zal moeten worden omgeven.

Deze waarborgen nu zullen kunnen bestaan in drieërlei : in eene beperking van den *duur* der politiebewaring ; in voorschriften omtrent het aan den zich in de politiebewaring bevindenden verdachte af te nemen *verhoor* ; in een spoedig contact tusschen dien verdachte en de *justitie*.

Ad primum. In het ontbreken van eenig voorschrift omtrent den *duur* van de politiebewaring, deze m. i. onvermijdelijke maar in ieder geval zeer belangrijke en in vele gevallen hoogst pijnlijke inbreuk op de persoonlijke vrijheid, ligt naar mijne meening een der voornaamste bezwaren, zoo niet het hoofdbezwaar, tegen den bestaanden toestand. Het is reeds op grond van dit karakter van de politiebewaring als vrijheidsberoving — dus afgescheiden van elk motief, ontleend aan den vaak onvoldoenden toestand der politiebewaarplaatsen, en het gemis aan voldoende toezicht van hoogerhand op de voeding en ligging van die verdachten, die daar soms een paar etmalen vertoeven — dringend noodzakelijk, dat de wetgever regelend en beperkend optrede. De wetgever bepale dus een termijn, welke de politiebewaring niet te boven mag gaan, b.v. een tijd van 18 of 24 uur. Daarnaast kenne hij aan het Openbaar Ministerie (den Officier van Justitie) de bevoegdheid toe om dien termijn

voor éénmaal b.v. met 12 of 24 uur, te verlengen. Deze regeling zou het voordeel hebben dat — waar, zooals we zagen, het overbrengen van het geheele opsporings-onderzoek van de politie naar het O. M. op praktische bezwaren zal moeten afstuiten — de Officier van Justitie toch nader tot dat onderzoek werd gebracht, en in die gevallen, waarin de politiebewaring van langeren duur dreigt te worden, summier van de zaak kennis zou nemen om te beoordeelen of er voldoende grond bestaat om — natuurlijk onder *zijne* verantwoordelijkheid — den duur der politiebewaring te verlengen.

In zijn praeadvies werd door Mr. BESIER voorgesteld, dat de zes dagen, gedurende welke het bevel van voorloopige aanhouding geldig is, „bij het verleenen van zoodanig bevel zullen worden gerekend reeds te zijn ingegaan op het oogenblik der voorgeleiding voor den hulpofficier” (Handelingen I, blz. 35—36) (1). Op deze wijze zou dus een zekere aandrang worden uitgeoefend om den duur der politiebewaring te beperken. Immers van een dergelijk voorschrift zou het gevolg zijn „dat de duur der politiebewaring steeds beneden zes dagen blijft, daar anders op het oogenblik, waarop het bevel wordt uitgevaardigd, de geldigheidsduur daarvan reeds zal blijken te zijn verstreken en dus ook niet vatbaar te zijn voor verlenging door de Rechtbank, zoodat dan de verdachte van rechtswege vrij zal zijn”. Naar mijne meening is eene dergelijke regeling onvoldoende, omdat — zooals de geachte adviseur erkent — dan de mogelijkheid bestaat, dat de politiebewaring tot 5 à 6 dagen

(1) Bij de beraadslagingen (II, bl. 66) verklaarde Mr. B., naar aanleiding van de gemaakte opmerkingen dat de termijn van zes dagen te lang is, aan die zes dagen niet te hechten. «Ze zijn door mij genomen uit art. 54, doch mijnentwege vervange men ze door een korteren termijn.»

worde gerekt. Juist tegen dit euvel, wat inderdaad een groot euvel is, heeft m. i. de wetgever te waken. Doet hij dit door te handelen in den boven door mij aangegeven geest, dan zal daarmede eenerzijds de persoonlijke vrijheid gebaat zijn, anderzijds aan het opsporingsonderzoek der politie alle recht kunnen wedervaren.

Ad secundum. De quaestie van het *verhoor* van de zich in politiebewaring bevindende verdachten, mijns inziens een der voornaamste onderdeelen van het vraagstuk dat ons bezighoudt, heeft vooral bij het mondeling debat een punt van bespreking uitgemaakt. Aanleiding daartoe was de door den eersten adviseur met kracht voorgedragen meening, dat het verblijf gedurende enkele dagen in een politiebureau toch waarlijk niet een *onschuldige* tot eene bekentenis zal brengen. Eene dergelijke bewering zou hoogstens als *scherts* kunnen worden beschouwd. „Of meent de geachte spreker” (Prof. SIMONS) — zoo vervolgde Mr. BESIER — „nu werkelijk, dat op die politiebureaux van ongeoorloofde middelen wordt gebruik gemaakt om bekentenissen te krijgen, die met geoorloofde middelen niet zouden worden verkregen? Dat men misschien zou handelen als met dien Chinees, die, zooals men dezer dagen in de dagbladen heeft kunnen lezen, op een politiebureau ergens in Californië „in den derden graad” was ondervraagd en gedurende 30 achtereenvolgende uren in een snikheete kamer in verhoor was genomen, totdat hij ten slotte maar bekende?” (II, bl. 61, 62). Het was naar aanleiding van deze met zooveel overtuiging uitgesproken meening, dat zij, die in den aanvang der vergadering reeds hunne waarschuwende stem hadden doen hooren, andermaal het spreekgestoelte beklommen om hunnerzijds daartegenover met kracht te getuigen. „Scherts” — zoo vroeg Mr. LEVY — „zou de bewering zijn, dat men door

pressie bekentenissen verkrijgt? Neen waarlijk, dat is bittere en droeve ernst." Door allerlei middelen tracht men bekentenissen te ontlokken. „Men kan iemand plaatsen in een donker arrestantenhok, afsnauwen, verachtelijk bejegenen, kortom men heeft tal van middelen, waardoor een bekentenis aan den beklagde wordt ontworpen, en die bekentenis, die ontlokt is aan den beklagde, strekt dan tot fundament van hetgeen later bij de justitie plaats grijpt" (II, bl. 82, 83). — Prof. SIMONS beschouwde 't wel is waar als eene hooge uitzondering, dat iemand onder pressie zich zal schuldig bekennen aan een feit „waaraan hij part noch deel heeft", maar wees er tevens op, hoe „ten aanzien van de subjectieve elementen van het misdrijf niet zelden bekentenissen worden afgelegd die met de werkelijkheid en de waarheid in strijd zijn, die gedaan worden zonder dat degene, van wien de bekentenis afkomstig is, zich volkomen rekenschap geeft van hetgeen hij erkent" (II, bl. 88, 89). — Daarnaast werd door Prof. VAN HAMEL de nadruk gelegd op het groot maatschappelijk belang, betrokken bij een waardig optreden van justitie en politie tegenover de burgers; betoogd, dat de wijze, waarop thans de ondervraging van verdachten door de politie maar al te dikwijls geschiedt, met dat waardig karakter in strijd is, en ten slotte ook in dit verband gewezen op het „leerzaam en navolgingswaardig voorbeeld" door Engeland gegeven, (II, bl. 93, 94).

Wanneer ik nu mijnerzijds (zooals ik reeds ter vergadering met een enkel woord mocht doen) mijn gevoelen in deze quaestie uiteenzet, dan zou ik — acte verzoekende, dat door mij volstrekt niet alles wordt onderschreven wat in de debatten aan het adres der politie is gezegd — in het bijzonder de redeneering van den Utrechtschen Hoogleraar als uitgangspunt willen nemen.

Ten volle ben ik doordrongen van de moeilijkheden, verbonden aan een volkomen objectief verhoor van den verdachte, een verhoor afgenomen zonder vooropgezette meening, een verhoor enkel strekkende om vorm te geven aan wat de verdachte verklaart. En als mijne ondervinding mij te dien aanzien iets heeft geleerd, dan is het wel *dit*, hoe moeilijk het is om bij het weêrgeven (verbaliseeren) van die door den verdachte afgelegde verklaring duidelijk en volledig te zijn en vooral om den verdachte geene woorden of uitdrukkingen in den mond te leggen, waaromtrent tusschen hem en den verbaliseerenden ambtenaar een *misverstand* zou kunnen bestaan. Welnu, als dit zoo is, wordt dan niet aan het politie-verhoor een bijkans niet te vervullen eisch gesteld, wanneer men van dat verhoor, afgenomen aan vaak op dat oogenblik zenuwachtige en zich de strekking van het door hen verklaarde niet volkomen bewuste verdachten, verlangt, dat het voldoe aan de bovengenoemde eigenschappen? Doet men aan de politie onrecht, wanneer men betwijfelt of de politieambtenaar, juist omdat hij politieambtenaar is, wel altijd de eigenschappen bezit, zoo noodig om het verhoor van de verdachten in de boven aangegeven richting te leiden? Immers neen. En moet die twijfel niet krachtiger worden, wanneer men van af de groote steden zijn blik laat gaan naar het platteland met zijne burgemeesters, loco-burgemeesters en veldwachters, die vaak niet berekend zijn (en niet berekend *kunnen* zijn) voor de zoo moeilijke, ondervinding, wets- en menschenkennis vereischende taak, welke 't hier betreft?

Het hier aangeroeerde vraagstuk valt natuurlijk niet geheel samen met het vraagstuk der politiebewaring, waaraan deze bladzijden zijn gewijd. Het is inderdaad van ruimer omvang, omdat ook *buiten* de politiebewaring,

ten aanzien dus van die verdachten die niet met deze „instelling” kennis maken, het politieverhoor plaats heeft. Toch is 't goed, dat bij de debatten der Juristen-Vereeniging dit punt zoo nadrukkelijk ter sprake kwam, omdat daardoor wederom is herinnerd aan het gevaar, waaraan het politieverhoor (van verdachten) bloot staat, en omdat het ook bij de bespreking over de politiebewaring van groot belang is. Door wetswijziging zal hier slechts een betrekkelijk gering resultaat worden verkregen. Wordt bepaald, dat de verhooren van verdachten alleen door de hoogere of hoogste politieambtenaren mogen worden afgenomen (1), — gesteld, dat zulks met het oog op de sterkte van het politiepersoneel in de groote steden uitvoerbaar zou zijn — dan zal het bovenbedoelde gevaar worden verminderd, maar zeker niet worden gekeerd. Meer dan wetswijziging zal hier kunnen uitwerken verhooging van het peil van het politiepersoneel en vooral het doordringen van het besef, dat het verhoor van den verdachte (juist van den *verdachte*, ook met het oog op eventueele bewijskracht van zijne erkenning, later in het strafgeding) aan hooge eischen heeft te voldoen.

Ad tertium. Zooals Mr. VAN DER DOES DE WILLEBOIS terecht in zijn praeadvies opmerkte (I, bl. 151), is een hoofdwaarborg tegen een verkeerd optreden van de opsporingsambtenaren gelegen in de *spoedige rechterlijke tusschenkomst*, het bevorderen dus van contact tusschen den in de politiebewaring zich bevindenden verdachte en de *justitie*. Op drieërlei wijze kan dit geschieden:

(1) Bij de beraadslagingen (II, bl. 64) zei Mr. BESTER: «Het is zelfs de vraag, of men genoeg zal kunnen nemen met het verhooren van den verdachte door inspecteurs van politie en of niet in ieder geval de Commissaris zich hiermede zal moeten belasten».

door het toekennen van eene bevoegdheid om vóór den rechter te verschijnen; door een verplicht verhoor van den verdachte door den rechter; en — op meer radicale wijze — door de invoering van het zoogenaamd „kort geding” (petit parquet).

In het eerste stelsel wordt aan den zich in de politiebewaring bevindenden verdachte de bevoegdheid toegekend om desverlangd vóór den rechter (Rechtbank of Rechter-Commissaris) te verschijnen, opdat deze beslisse of er grond is om hem langer van de vrijheid te berooven. Invoering van een dergelijk stelsel zou een stap in de goede richting zijn, al zal daardoor, wegens het noodzakelijk tijdverlies, slechts dan eenig resultaat worden verkregen, wanneer eene betrekkelijk langdurige politiebewaring is te verwachten, en al zal natuurlijk moeten worden verzekerd, dat aan den verdachte de hem toekomende bevoegdheid worde *bekend* gemaakt.

Het tweede stelsel werd door Mr. VAN DER DOES DE WILLEBOIS verdedigd in dien zin, dat de zich in politiebewaring bevindende verdachte, tegen wien een bevel van voorloopige aanhouding is verleend, binnen 24 uur daarna *ter plaatse waar hij zich bevindt* door den Rechter-Commissaris of den Kantonrechter worde gehoord (I, bl. 164, II, bl. 78) (1). Hier wordt dus bedoeld — althans als regel — *niet* eene overbrenging van den verdachte vóór den rechter, maar een gaan van dezen tot den verdachte. „Het hooren van den in de politiebewaarplaats zich bevindenden aangehoudene door Rechter-Commissaris of Kantonrechter geeft nog dit voordeel, dat er komt eenig toezicht op die bewaarplaatsen, wat tot nog toe geheel ontbreekt” (I, bl. 165). Ook dit stelsel

(1) Alleen voor de «afgelegen plaatsen» wilde hij opzending naar den R.-C. «wanneer deze niet zelf naar de plaats gaat».

biedt m. i. voordeelen aan, al zijn daaraan natuurlijk, door de verplichte spoedige verplaatsing van Rechter-Commissaris of Kantonrechter, praktische bezwaren verbonden. Mijns inziens zou er geen bezwaar bestaan om dien eisch van verplaatsing van Rechter-Commissaris of Kantonrechter los te laten (als middel om toezicht op de politiebewaarp plaatsen uit te oefenen beteekent die eisch weinig) en den verdachte vóór den magistraat te geleiden; maar *dan* zal de toestand niet belangrijk verschillen van den bestaanden toestand.

De meest radicale wijziging is de voorgeleiding op de wijze van het „petit parquet”, het kort geding, dat bij de beraadslagingen der Juristen-Vereeniging een — zij ’t ook ondergeschikt — punt van debat heeft uitgemaakt. Ik meen voor de bijzonderheden van dit stelsel te mogen verwijzen naar de praeadviezen en naar het bekende opstel van VAN HAMEL in het Tijdschrift voor Strafrecht (1). Slechts dit worde hier mijnerzijds nog opgemerkt, dat ik, hoewel een voorstander van deze snelle, meer „reëele” en levende rechtspraak, voor de *kleine* strafzaken daaraan overwegende bezwaren acht verbonden, wanneer daarmede inderdaad gepaard mocht gaan de mogelijkheid, dat de verdachte tot den volgenden dag in bewaring wordt gehouden. Bij de beraadslaging (II, bl. 11) noemde ik als voorbeeld de belediging, mishandeling en (eenvoudige) wederspanning, waarbij niet alleen geene preventieve hechtenis is toegelaten maar de rechter vaak straft met geldboete. *Hier* wil ik nog noemen de zeer kleine diefstallen, waarvoor wel preventieve hechtenis is toegelaten maar die toch ook niet zelden met geldboete worden geboet. Voor deze zaken de mogelijkheid te openen, dat de verdachte, die wordt aangehouden,

(1) Deel XIV (Het «Petit Parquet» te Parijs).

op den volgenden dag worde voorgeleid, dus gedurende een betrekkelijk lang tijdsverloop in bewaring worde gehouden, zou ik een stap achterwaarts achten — immers een handhaving, zoo niet verergering, van den bestaanden toestand, en dan nog wettelijk gesanctioneerd —, en dus onvoorwaardelijk afkeuren (1).

Mocht men het stelsel van het kort geding in den bovenbedoelden zin alsnog bij ons niet willen invoeren, dan rijst de vraag, of wij daaruit niet zouden kunnen overnemen de vóórgeleiding voor den Officier van Justitie, zoodat *deze*, na den verdachte gehoord te hebben, beslist of preventieve hechtenis zal worden toegepast. Op deze vraag (bij welker bevestigende beantwoording de voorloopige aanhouding *door den hulpofficier van Justitie* zou komen te vervallen en *deze*, preventieve hechtenis noodig achtende, den verdachte uiterlijk binnen 24 uur na diens verschijnen aan het politiebureau vóór den Officier van Justitie zou hebben te geleiden), wil ik niet verder ingaan, omdat zij betreft een ander vraagstuk, n.l. dat van de preventieve hechtenis, en dus valt buiten het bestek van mijn onderwerp. Hierop wil ik alleen wijzen, dat bij de bevestigende beantwoording der gestelde vraag dit groote voordeel wordt verkregen, dat insluiting in het Huis van Bewaring van een verdachte voor een misdrijf, ter zake waarvan geene preventieve hechtenis is toegelaten, dan niet meer mogelijk zal zijn. Wel is waar zal *thans* in het — gelukkig zeer zeldzame —

(1) Zeer terecht zei Mr. VAN DER DOES DE WILLEBOIS aan het einde zijner rede: «in elk geval gaat het niet aan om voor de minste overtreding, waar den delinquent tenslotte slechts een kleine boete wordt opgelegd, maar voor te geleiden; dat is nooit gebeurd en zal nooit gebeuren. Gebeurde het wel, de politiemaatregel zou oneindig veel zwaarder drukken dan de straf, en zoiets strijdt tegen elk rechtsgevoel» (II, bl. 78).

geval dat zulks geschiedt (1), de Officier van Justitie, na ontvangst van de stukken, òf den verdachte terstond in vrijheid stellen òf bevorderen dat hij door den Rechter-Commissaris worde aangehouden ter zake van een misdrijf, waarvoor preventieve hechtenis wèl is toegelaten; maar het behoeft geen betoog, dat eene regeling, die dergelijke insluitingen *voorkomt*, in dit opzicht de voorkeur verdient (2).

Ik ben hiermede gekomen aan het einde van mijne taak. Waar de tijd mij ontbrak om aan het vraagstuk der politiebewaring eene zelfstandige studie te wijden, meende ik geen nutteloos werk te doen door aan de hand van de beraadslagingen in de Juristen-Vereeniging eenige punten, dit vraagstuk betreffende, naar voren te brengen. Bovenal was 't mij er om te doen om te getuigen van mijne vaste meening, dat eene wettelijke regeling van het onderwerp noodzakelijk is. Het betreft hier een onderwerp van groot belang, waarbij de geheele gemeenschap (maatschappij) is betrokken, een inbreuk op de persoonlijke vrijheid, ten opzichte waarvan het thans bestaande stelsel van wetteloosheid en rechteloosheid hoe eer hoe liever zal hebben te verdwijnen.

Wij hadden in het voorafgaande gelegenheid een paar keeren den blik te richten naar onze overzeesche naburen. Inderdaad heeft Engeland met betrekking tot ons onderwerp ons iets te leeren. Te leeren, dat een krachtig,

(1) Minder zeldzaam dan die gevallen zijn de gevallen, waarin voorloopige aanhouding en insluiting plaats heeft, terwijl er *geene* ontdekking op *heeterdaad* is.

(2) De vergadering besliste met algemeene stemmen, dat verzekerd moet zijn *c. q.* eene voorgeleiding zoo spoedig als deze redelijkerwijze feitelijk mogelijk is, voor een hoogere autoriteit (officier van justitie, rechter-commissaris, rechter).

energiek en zelfbewust optreden van het politiegezag kan samengaan met eene strenge eerbiediging van de persoonlijke vrijheid. En waar ook op dit gebied een bloot overnemen van het Engelsche stelsel, een overplanten van een instituut, dat dáár vrucht is van eeuwenoude traditie en als 't ware is samengegroeid met het volkskarakter, m. i. niet is aan te bevelen, daar kunnen wij wèl uit het daar bestaande leering trekken.

Men houde daarbij in het oog, dat het aandringen op eene wettelijke regeling der politiebewaring, de wensch naar eene omschrijving en begrenzing van de bevoegdheden te dien aanzien van de politie tegenover de individueele vrijheid, niet noodwendig zijn grondslag vindt in een wantrouwen in het politiegezag en eene zucht om dat gezag te verzwakken. Ik voor mij stel er althans prijs op te verklaren, dat mijne ambtelijke ervaring mij een goed denkbeeld heeft gegeven omtrent ijver, plichtsbetrachting en integriteit van onze politie. En in den bedoelden aandrang zie ik dan ook, wel verre van eene poging om het gezag te verzwakken, den wensch om daaraan te geven een *wettelijken* grondslag en dus zijne *innerlijke kracht* te verhoogen. Alleen *daardoor* kan het gezag, ook in het rechtsbewustzijn van het gansche volk, dat hooge standpunt innemen, dat het bij de vervulling van zijne steeds moeilijker wordende taak innemen moet.

Een toestand van rechtsonzekerheid op politiegebied kan niet anders dan het gezag ondermijnen, de zedelijke beteekenis daarvan verkleinen, en daaraan onthouden dat algemeen *vertrouwen*, dat geloof in zijne noodwendigheid, hetwelk het in zoo hooge mate behoeft.

S. J. M. VAN GEUNS.

Den Haag, Juli 1910.

N A S C H R I F T.

De debatten, onlangs in het *Weekblad van het Recht* over het politieonderzoek en de politiebewaring gehouden, mogen geacht worden de opneming in *dit* tijdschrift van vorenstaande, oorspronkelijk voor een beperkteren kring van lezers bestemde, bijdrage te rechtvaardigen. Zij werden ingeleid door eene redactioneele opmerking (in n°. 9434), gemaakt in verband met een dagbladbericht omtrent een gehouden politieonderzoek en „streng verhoor”, en voortgezet in de nummers 9439, 42, 44, 47 en 49 (1). Toonde deze levendige polemiek opnieuw de belangstelling, waarin het onderwerp van het politieonderzoek zich verheugt, en bleef zij daaraan verzekeren een karakter van frischheid en actualiteit, zij geeft tevens den ondergeteekende aanleiding tot een paar kantteekeningen, die hier mogen volgen.

Vooreerst worde dan aangeteekend, dat de bedoelde gedachtenwisseling nog weer eens helder in het licht heeft gesteld, hoe wankel de *wettelijke* grondslag van de politiebewaring is. Tegenover de herinnering van mijn Amsterdamschen ambtgenoot Mr. BESIER (in n°. 9442) aan het door hem in zijn praeadvies van 1909 verdedigd standpunt, dat de politiebewaring bij ontdekking op heeterdaad volstrekt niet met de wet in strijd is, nog nader (in n°. 9447) toegelicht met een beroep op den in het strafprocesrecht geldenden regel, dat men alle voor-

(1) Ingezonden bijdragen van Mrs. J. P. HOFSTEDE te Tiel, L. Gb. BESIER te Amsterdam, ondergeteekende, A. P. TH. EIJSSELL te 's-Gravenhage, en den Kapitein der Marechaussee H. J. MELBOOM te Eindhoven; met naschriften van D. S., waarvan met name de aandacht verdient het zeer uitvoerig naschrift onder de tweede bijdrage van Mr. HOFSTEDE, in n°. 9444.

schriften in verband met elkander moet lezen, mocht de Redactie met volle recht wijzen op het *ontbreken van een uitdrukkelijk wetsvoorschrift*, hetwelk het recht tot politiebewaring toekent. Houdt men in 't oog, dat 't hier niet betreft de aanranding van een recht, welks bezit slechts matig wordt gewaardeerd, niet betreft de aantasting van eene bevoegdheid welker belang en beteekenis men zich minder bewust is, maar dat 't hier geldt eene *vrijheidsbeneming*, dus de belangrijkste inbreuk op de persoonlijkheid van den burger, dan is het grootst mogelijke voorbehoud ten aanzien van de vraag van de wettigheid der politiebewaring gerechtvaardigd. Te meer, waar — zooals Mr. BESIER ook thans opmerkt — de wetgever zich de politiebewaring „wellicht” niet als het gevolg van de door hem gegeven voorschriften heeft voorgesteld.

Ook thans kan dus de slotsom niet anders luiden dan dat de politiebewaring wettelijk moet worden erkend en geregeld.

Ook begrensd?

Met deze vraag komen wij aan eene tweede opmerking. Zij vormt den overgang tot het volgende punt en treedt dus eenigszins op den achtergrond, maar mag hier niet achterwege blijven, omdat in de „polemie” ook aan haar eene plaats werd toegekend. Het gaat hierbij om de geheel feitelijke vraag, of er grond is om aan te nemen dat het „scherpe verhoor” — het verhoor waarbij op den verdachte eene ongeoorloofde pressie wordt uitgeoefend — tot de werkelijkheid behoort, of er dus *inderdaad* reden is tot critiek en ongerustheid, dan wel de desbetreffende, in de dagbladpers nu en dan voorkomende, mededeelingen moeten worden toegeschreven aan eene liefde voor sensatieberichten, eene zucht bij den verslaggever om zijn verhaal „op te sieren” en de verbeelding zijner lezers te prikkelen. Mag ik in deze quaestie mijn,

— ook op ambtelijke ervaring berustend — oordeel uitspreken, dan zou 't *dit* zijn, dat in de bedoelde dagbladberichten misschien eenige verdichting in den zin van overdrijving schuilt, maar daarnaast een belangrijk element van *waarheid* aanwezig is, m. a. w. dat er gevallen zijn, waarin inderdaad pressie, in den ongunstigen zin, op den verdachte wordt uitgeoefend. Men erkenne het *kwaad*, al neemt dit uit hoofde van het min of meer geheimzinnig karakter, hetwelk aan de politiebewaring eigen is, allicht in de oogen van het publiek nòg grooter omvang aan. En werd ik geroepen mijn gevoelens te uiten over de geloofwaardigheid van de „ergerlijke staaltjes” van de „moderne pijnbank”, door Mr. AALBERSE in het *Kath. Sociaal Weekblad* medegedeeld en door het *W. v. h. R.* (in n^o. 9447) aan zijne bestrijders ter lezing aanbevolen, dan zou ik geen oogenblik aarzelen die geloofwaardigheid aan te nemen. Blijkbaar is dit geene fantasie maar droeve werkelijkheid.

Wij spraken zooeven van een „scherp verhoor”. Wanneer is daarvan sprake? Met deze vraag raken wij het hart van de quaestie, die de in het *W. v. h. R.* strijdende partijen verdeeld hield. Naar onze meening moet reeds dan die qualificatie gebezigd worden, wanneer de ondervragende beambte, van de schuld van den verdachte overtuigd althans sterk naar die richting overhellende, de objectiviteit mist, vereischt om een onpartijdig en zakelijk verhoor af te nemen, niet in staat is om bij zijn onderzoek en zijne ondervraging recht te doen wedervaren aan datgene wat de verdachte in zijn eigen belang aanvoert. Reeds *dan* is de beambte op verboden terrein; *dus niet enkel*, wanneer hij — om van den meest ruwen en ergerlijken vorm van „pressie”, de mishandeling, te zwijgen — door woord of daad dreigend tegenover den persoon optreedt, zijne positie *misbruikt* om

schrik- of vreesaanjagend op hem in te werken.

Is nu zulk een „scherp verhoor” in den bedoelden ruimeren zin af te keuren? Naar mijne stellige meening ja. Waarom? Omdat naast de mogelijkheid van schuld, misschien zelfs de groote waarschijnlijkheid van schuld, staat de mogelijkheid van onschuld, de mogelijkheid dat de onder den onmiddellijken indruk van het gepleegde feit ontstane overtuiging van schuld blijkt eene dwaling te zijn. Omdat dus, bij eene ontkenenis van hem die schuldig *schijnt*, 't er niet om te doen mag zijn om eene bekentenis te „verkrijgen”, maar enkel en alleen mag gestreefd worden naar het verkrijgen van *de waarheid*.

Door mijn Tielschen ambtgenoot en geachten tegenstander, Mr. HOFSTEDE, is in zijn vurig pleidooi, culmineerende in het geduchte „die pressie kan nooit streng genoeg zijn” (W. 9444), mijns inziens aan deze overweging geene voldoende plaats toegekend. Teveel wordt door hem gedacht aan den *schuldige*, terwijl toch ook de *onschuldige* met politieonderzoek, politieverhoor en politiebewaring kan kennis maken, en aan deze omstandigheid niet 't minst de quaestie, welke ons bezighoudt, hare hooge waarde en beteekenis ontleent.

Welnu! als deze beschouwing juist is, dan mag toch zeker, zonder aan de politie ook maar in 't minst te kort te doen, twijfel worden geopperd, of bij *haar* de vervulling van de geschetste, moeilijke en veeleischende, taak in veilige handen is. En wanneer ook mijnerzijds die twijfel wordt uitgesproken, dan is dit niet alleen op grond van wat men kan noemen theoretische overwegingen, ontleend aan het karakter van de politie en den politieambtenaar, die immers zoo gaarne een positief resultaat van zijn arbeid ziet en — na een gepleegd misdrijf — bij het overgeven van den dader aan de justitie de *eer der politie* betrokken acht, doordrongen

als hij is van wat de maatschappij dan van *haar* vordert en verwacht; daarnaast is die twijfel gegrond op wat mijne ambtelijke ervaring mij omtrent de politie leerde, niet enkel de politie ten plattelande maar ook die in de groote stad, eene ervaring, welke mij huiverig maakt om de geschetste taak in hare volheid aan dat gezag toe te vertrouwen, en — voorzooverre zij aan dat gezag ook in de toekomst mocht worden toevertrouwd — wijst op de noodzakelijkheid om met allen ernst naar waarborgen tegen willekeur en onrecht te zoeken.

Hieraan knoopt zich eene laatste opmerking vast.

Mocht de ondergeteekende in het opstel van drie jaren geleden zijne tegenwoordige meening over het vraagstuk, dat hem zoo na aan 't harte ligt, geheel terugvinden, ten aanzien van één punt dient wel is waar niet eene verandering van gevoelens maar toch eene kleine kentering in meening, een klein verschil in waardeering te worden geconstateerd. Bedoeld wordt het in den aanvang van het opstel genoemde desideratum, dat het opsporingsonderzoek, wat de leiding aangaat, van den aanvang af zal zijn in handen van het Openbaar Ministerie. Verklaarde ik *toen* daarvoor veel te gevoelen maar te vreezen, dat de verwezenlijking van het denkbeeld op practische bezwaren zou afstuiten, *thans* zou ik mij nog stilliger vóór bedoeld desideratum willen verklaren. Zóó groot is het belang, dat op het spel staat, zóó machtig dringt zich telkens, bij hernieuwde bestudeering van het aan de orde zijnde vraagstuk, de gedachte aan ons op, eenerzijds dat de bestaande toestand gebrekkig en bedenkelijk is, anderzijds dat verbetering van dien toestand geenszins tot de onmogelijkheden behoort, dat het bedoelde denkbeeld aanspraak heeft op de meest ernstige overweging. Het is hier (in dit naschrift) niet de plaats om op dit denk-

beeld dieper in te gaan. Aangestipt worde dus slechts, dat een *vroeger* (dan thans) optreden van het Openbaar Ministerie in het strafgeding — in den vorm van het geven van leiding, het uitoefenen van toezicht, desnoods het zelfstandig ingrijpen — ten goede moet komen aan het allereerste vóóronderzoek, die eigenaardige periode die dáárom zoo moeilijk is, omdat de noodzakelijkheid van onmiddellijk en krachtig handelen in het belang der *gemeenschap* het overleg en de behoedzaamheid tegenover het *individu* niet mag doen uit 't oog verliezen, ten goede moet komen in 't bijzonder aan het netelig vraagstuk van de politiebewaring.

Moge de thans voltooide arbeid van de Staatscommissie voor ons strafproces, een arbeid naar welks publiceerling door velen reikhalzend wordt uitgezien, ook tot de oplossing van dit netelig vraagstuk eene bijdrage leveren en eene — in de toekomst niet al te ver verwijderde — wettelijke regeling voorbereiden! Ook *hier* vermag de wetgever niet *alles*. Slechts het zijne kan hij er toe bijdragen om een bevredigenden toestand in het leven te roepen. Maar deze gedachte mag hem niet terughouden van het doen van zijn plicht. De wetgever, die vóór oogen heeft een strafproces, waarin — meer dan tot nu toe — rekening wordt gehouden met de rechten en belangen van het individu, opdat naast den eisch van eene krachtige repressie de eisch van het „zoeken naar waarheid” (1) volkomen tot zijn recht kome en daarmede een uitnemend algemeen belang worde gediend, . . . hij zal ook ten aanzien van politieonderzoek en politiebewaring eene taak hebben te vervullen.

Zierikzee, Juli 1913.

v. G.

(1) Prof. Mr. G. A. VAN HAMEL's Verspreide Opstellen, dl. II, bl. 914.

Bij van Hamel's Verspreide Opstellen.

Van „recensie” kan bij een werk als dat, hetwelk in het vorig jaar de oud-hoogleeraar VAN HAMEL naar aanleiding van eene hem gedane „vriendelijke vraag” aan het publiek aanbod (1), moeilijk sprake zijn. Evenmin van eene eigenlijke aankondiging. Waar aan eene zelfs vluchtige beschouwing van de negen en dertig opstellen, in een veertigtal jaren geschreven en thans in twee kloeke deelen vereenigd, niet kan worden gedacht, rust op hem, die zich met de bespreking daarvan belast, de taak om den indruk weer te geven, welke het werk als geheel op hem maakte, om aan te stippen, wàt hem daarin het meeste aantrok, om den schrijver te teekenen, zooals deze hem uit die bladzijden tegemoet treedt. Een subjectief karakter is dus aan eene dergelijke bespreking noodwendig eigen.

Met liefde las ik de beide deelen door. Ook bij mij riepen die bladzijden hier en daar eene vriendelijke herinnering wakker. Zij teekenden mij het beeld van den man, die veel heeft gewerkt, ernstig heeft gestudeerd en nagedacht, jongeren en ook ouderen heeft bezielde, het nieuwe heeft gezocht zonder de waarde van het oude te miskennen, en die thans, nog steeds bezig en werkzaam, op een afgesloten tijdperk van zijn leven met groote voldoening kan terugzien.

(1) *Verspreide Opstellen* van Prof. Mr. G. A. VAN HAMEL, Boekhandel en Drukkerij voorheen E. J. BRILL te Leiden, 1912, 1078 bl. Deel I loopt over de jaren 1870 tot 1891, Deel II over 1892 tot 1912.

Van de op het gebied van het stellig recht zich bewegende stukken zij 't ons vergund hier een viertal te noemen, den jurist uit het Tijdschrift voor Strafrecht bekend. De uitvoerige studie over Wederspanningheid (1886), het omvangrijkste stuk uit den Bundel, met hare behandeling van de talrijke — ook staatsrechtelijke — vragen, waartoe het leerstuk aanleiding geeft, vragen welke ook voor de practijk van het strafrecht — neem b.v. die, of bij de wederspanningheid ook het bestanddeel van de rechtmatigheid der ambtsverrichting door het opzet beheerscht wordt, ten aanzien waarvan ik schrijver's conclusie op bl. 471 niet zou onderschrijven — haar uitnemend gewicht hebben. Het artikel over de Strafwetgevende macht des Konings (1890), hetwelk zich op het terrein van het constitutioneel Staatsrecht en van onze Grondwet beweegt. De verhandeling over de medeplichtigen van art. 48, 2^o Wetboek van Strafrecht (1898), eene bestrijding van de door den Hoogen Raad in het arrest van 13 Juni 1898 (*W.* 7145) gehuldigde leer, welke de medeplichtigheid *uitsluit*, wanneer de gelegenheid, de middelen of de inlichtingen aan een ander zijn verschaft op een oogenblik, dat deze tot het plegen van een misdrijf nog geen plan had gevormd. En dan de bijdrage „Politie of rechter” (1906), gewijd aan de vraag, of eene verordening een strafbaar feit zóó mag omschrijven, dat het oordeel, of het in een concreet geval begaan werd, wordt onttrokken aan den rechter en wordt opgedragen aan politiebeambten. — In deze stukken zal men waardeeren naast de volledige beheersching van het onderwerp, naast klaarheid van voorstelling en scherpte van formuleering, de rangschikking van de argumenten pro en contra, waardoor de systematische behandeling van de strijdpunten volkomen tot haar recht komt.

Naast de verklaarder van het stellig recht is het de

voorman van de „nieuwe richting”, die in deze zijn krachtig geluid doet hooren. Niet 't minst hieraan ontleent deze uitgave hare groote en blijvende beteekenis. Herinneren wij aan het opstel „De Internationale Vereeniging voor Strafrecht” (1889), waarin deze vereeniging aan het rechtsgeleerd publiek wordt voorgesteld, en tot de in hoofdtrekken geschetste werkzaamheid die Nederlandsche criminalisten worden opgeroepen, die voor deze nieuwe denkbeelden iets voelen; aan het verslag over de derde vergadering dier vereeniging, in Christiania gehouden (1892), en aan dat over de zevende vergadering, gehouden te St. Petersburg in 1902, belangrijk ook wegens de daarin voorafgaande opmerkingen over „Russische toestanden”.

Over de congressen voor Crimineele Anthropologie handelen de opstellen 21 en 31, waarvan het eerste mededeelingen deed omtrent het *derde* congres, te Brussel in 1892 gehouden en daaraan verscheidene beschouwingen, o. a. naar aanleiding van het feit dat de „Italiaansche school” aldaar ontbrak, verbond, en het tweede belangstelling wekte voor het *vijfde* congres, dat in 1901 te Amsterdam zou worden gehouden. Wat in de beschouwingen over het Brusselsche congres vooral treft, is de geest van verzoening, van waardeering voor andersdenkenden en andersvoelenden, die daaruit spreekt, een geest, welke — waar hij gepaard gaat met eigen vaste overtuiging — zoo weldadig aandoet. Lees b.v., hoe op bl. 652 met warmte wordt gesproken over den Belgischen Minister LE JEUNE „trouw katholiek en trouw aan zijne staatkundige partij” en tevens „een zeer vooruitstrevend en anti-doctrinair Minister van Justitie”, die menigen maatregel van hervorming nam of deed nemen, waarop naar schrijver's meening zijn land trotsch mag zijn. Zie op bl. 657, hoe de abt MAURICE DE BAETS aan de lezers

wordt voorgesteld, waardeering wordt gevraagd voor „het bijzondere standpunt der richting waartoe ook deze geestelijke behoort”, en vreugde wordt uitgesproken over het feit, dat dank zij dergelijken bondgenooten het crimineel-anthropologisch congres in België als geslaagd kon worden beschouwd.

Trekt dit karakter van verzoening, van een zoeken naar punten van vergelijking, verwantschap, overeenkomst tusschen overigens uiteenloopende opvattingen en richtingen u aan, dan zal menige bladzijde van de Opstellen u in dit opzicht bekoren. Met vreugde zult gij zien, hoe in „De tegenwoordige beweging op het gebied van het strafrecht” (de op den Jaardag der Amsterdamsche Universiteit in 1890 uitgesproken rede), door den spreker bij de „bewegingen in het rijk der geesten” verbinding wordt gezocht zoowel met het verleden als met de toekomst, en met enkele lijnen wordt geteekend het beeld van de strafrechtsbeweging op het einde der 18de eeuw, „eene der edelste bewegingen in de wereld-geschiedenis, met onvergankelijke resultaten” (bl. 527). Wanneer VAN HAMEL negen jaren later in *De Gids* de „openbare les” van Dr. A. ALETRINO, privaats-docent in de Crimineele Anthropologie te Amsterdam, over Ontoerekenbaarheid, neemt tot uitgangspunt voor een artikel over „Crimineele Aetiologie”, dan geeft hij — juist als man van de nieuwe richting — wederom uiting aan zijn gevoel van grooten eerbied voor wat de „klassiek-juridische” richting veroverd heeft, die richting die voor hem blijft de kampioen der individueele vrijheid tegenover misbruik van overheidsgezag (bl. 947). En wanneer hij in de „Festgabe für FRANZ VON LISZT” zijne bijdrage levert over „Die ethische Bedeutung der modernen Richtung im Strafrecht” (1911), dan besluit hij die bijdrage met aan de *vergelding*, die volgens de nieuwe

leer nooit *doel* kan zijn inzooverre eene plaats te geven, dat zij *gevolg* kan zijn. „Wenn das Strafrecht“ — het is het slot van de Verspreide Opstellen (bl. 1078) — „nach der neuen Richtung tätig ist, so wird der Betroffene, der seine Schuld fühlt, auch diese Maszregel als Vergeltung fühlen. Und anderen, die zuschauen und dieser Vorstellung bedürfen, wird es ebenso gehen. Aber sie werden zugleich erkennen, dasz diese Vergeltung einen höheren Geist atmet wie die alte“.

Van de onderwerpen, welke de nieuwe richting aan de orde stelde, voortdurend op haar programma handhaafde en op hare congressen besprak, mag bovenal genoemd worden, om zijne overwegende maatschappelijke beteekenis, dat van de „onverbeterlijke misdadigers“. Telkens vinden wij dit vraagstuk in de Opstellen terug. In het bijzonder in het rapport (voor het bovengenoemde derde Congres voor Crimineele Anthropologie te Brussel), „des mesures applicables aux incorrigibles et de l'autorité apte à en fixer le choix“, waarin eene regeling wordt voorgestaan, welke in bepaalde bij de wet omschreven gevallen *na* het gewone strafvonnissen een *tweede onderzoek* in het leven roept, opgedragen aan eene rechterlijke autoriteit, waarbij rekening wordt gehouden met alles wat licht kan verspreiden over de misdadige neiging van den gevangene en den aard van het gevaar dat hij voor de maatschappij oplevert, en waarna de persoon kan worden veroordeeld om aan het „traitement de incorrigibles“ (met periodieke onderzoekingen en beslissingen) te worden onderworpen.

Ook het destijds veelbesproken opstel in het Tijdschrift voor Strafrecht over „Onbepaalde vonnissen“ (1898) bracht den schrijver met de onverbeterlijken in aanraking. Herinnerd mag hier nog wel worden, dat zijn doel met dit opstel vooral was een inzicht te geven

in den stand der quaestie, overtuigd als hij was van den samenhang van het onderwerp met verscheidene andere, van het gevaar voor misvatting, en van de noodzakelijkheid van eene meer volledige uitwerking van het vraagstuk ook in den kring der voorstanders (bl. 937). Omtrent een belangrijk onderdeel der quaestie bleek tevens van eene gewijzigde meening. Immers, terwijl schrijver op het Brusselsch congres ten aanzien van de beslissing over het eindigen van den straf tijd eene opdracht aan de *rechterlijke macht* en het volgen van de gewone processueele vormen had voorgestaan, bewogen zich nu zijne wenschen in *deze* richting, dat de beslissing nader bij de *administratieve autoriteit* zou worden gebracht en de verantwoordelijkheid meer rechtstreeks op deze zou rusten, eventueel met een beroep op een rechterlijk college in geval van weigering door de administratieve autoriteit (bl. 933—935).

Blijkt niet ook uit dit onderwerp, hoe VAN HAMEL, bij al het principieele van zijn wetenschappelijken arbeid, zich nimmer gevangen gaf aan de bloote theorie maar steeds den blik gevestigd hield op de levende maatschappij en naar de middelen zocht om het *nieuwe* aan die maatschappij aan te passen? Zóó wordt ook verklaard zijn streven om *recht* en *wet* nader tot elkander te brengen, om de denkbeelden, welke een voortschrijdende ontwikkelingsgang deed rijpen, hun weg te doen vinden naar de wetgeving en naar het werkelijke leven. Uit dat streven vloeit voort zijne liefde en zijn arbeid voor de Nederlandsche Juristen-Vereeniging. Tot die Vereeniging gaf hij den stoot met zijn bekend Gidsartikel over „de Deutsche Juristendag” (1870), waarmede de Verspreide Opstellen zoo waardig worden geopend. Aan die Vereeniging wijdde hij zijne kracht, gaf hij het beste wat hij geven kon. Voor die Vereeniging bewerkte hij zijne

vier praeadviezen, een over de „custodia honesta” in 1880, twee over het kantonaal strafgeding, in 1884 en 1896, en een over de zoogenaamde grensgevallen (minderwaardigen) in 1906.

Over die van 1884 en 1896 hier een enkel woord. Duidelijk toonen zij aan, hoe voor hem de strafrechtspraak iets is van hooge beteekenis, zij eene roeping heeft te vervullen, en van haar, mits beantwoordende aan het rechtsbewustzijn des volks, eene kracht ten goede kan uitgaan. Voor den ondergeteekende, die ook zijnerzijds van zijne belangstelling in het vraagstuk van het kantonaal strafgeding mocht blijk geven, was en is 't dan ook zoo begrijpelijk, dat de adviseur van 1896 — die twaalf jaren tevoren had voorgestaan voor de meer eenvoudige kantongerechtszaken het stelsel der „Strafbefehle” en voor de overtredingen van ernstiger beteekenis eene hervorming der procedure ter terechtzitting in den geest der Engelsche summiere rechtspleging — zijne liefde voor de Strafbefehle prijs gaf en den nadruk legde op eene vereenvoudiging, bespoediging en individualiseering, in één woord eene *verjonging*, van het strafgeding zelf, waardoor dit in beteekenis zou winnen en — wat terecht de puzzle van het vraagstuk genoemd werd — het groote euvel van het *verstek* belangrijk zou worden verminderd. En verblijdend is 't, dat ook thans de oplossing van het vraagstuk in deze richting wordt gezocht, en dat laatstelijk het ontwerp van onze Strafprocescommissie zich ook in deze lijn beweegt. Wordt reeds terstond, in de Inleiding van het Rapport (bl. 4) de herziening en vereenvoudiging van de berechting van overtredingen onder de voornaamste desiderata genoemd, Titel VII van het Tweede Boek komt de voorstanders van het behoud van de *strafrechtspraak* als zoodanig niet alleen bevredigen maar wekt ook in hen het ver-

langen, dat het door de Commissie gehuldigd beginsel in een nieuw Wetboek van Strafvordering zijne plaats moge vinden. Wel wordt de thans reeds in art. 74 Wetboek van Strafrecht erkende mogelijkheid om door vrijwillige betaling het strafgeding te voorkomen gehandhaafd, ja! uitgebreid, maar hierin ligt *niet*, zooals volgens het ontwerp van 1907, het zwaartepunt der regeling. Het zwaartepunt wordt gelegd in het *bespoedigd en vereenvoudigd* strafgeding zelf. Op bl. 310 van de Toelichting vinden wij deze gedachte krachtig en overtuigend uitgedrukt in de volgende passage: „Die rechtsbedeeling alleen, uitgeoefend in het licht en onder den waarborg der openbaarheid, waarbij ter verantwoording staan de verdachte voor zijne overtreding, de politie voor haar beleid, de ambtenaar van het Openbaar Ministerie voor het instellen der vervolging, de rechter voor zijn onderzoek der feiten en zijn oordeel naar recht en wet, ja! ook de wetgever, de algemeene en de plaatselijke, voor zijn verbiedend en regelend ingrijpen in het dagelijksch doen en laten der menschen; alleen die rechtsbedeeling mag in waarheid een stuk heeten van het volle rechtsleven in den Staat”. Inderdaad kostelijke woorden! (1).

Dan, keeren wij tot onzen schrijver terug. Waar aan zijne denkbeelden over strafproces en strafrechtspraak door ons wordt herinnerd, mag niet vergeten worden de toespraak,

(1) Waar critiek en polemiek in dit opstel niet tehuis behooren, worde enkel aangestipt, dat bij al mijne sympathie voor VAN HAMEL's streven om de strafrechtspraak door verfrissing en verjonging nader te brengen tot het werkelijke leven, toch m. i. deze voorwaarde moet worden gesteld, dat de *persoonlijke vrijheid* (van den verdachte) daaraan niet worde opgeofferd. Hoeveel aantrekkelijks b.v. ook voor mij heeft eene procedure in den geest van het «Petit Parquet te Parijs», welks levendige beschrijving in het tweede deel van de Opstellen is opgenomen (bl. 966), toch meen ik mijne vroeger *in dit opzicht* daartegen geopperde bedenkingen te moeten handhaven.

door den hoogleeraar bij de hervatting van zijne colleges na ernstige ziekte op 18 Februari 1898 gehouden, ons van vroeger bekend uit het *Sociaal Weekblad*, welks daaraan gewijd artikel „Eene indrukwekkende plechtigheid” destijds vele lezers vond. Wat ons in die toespraak (bl. 914 vlg.) 't meest aantrekt is, dat de spreker op de vraag wat wel het *grootte beginsel* is hetwelk het strafrecht doorstraalt, dit antwoord geeft, dat in en door het strafrecht, in en door het strafproces *de waarheid* moet worden gehuldigd, gediend, aan het licht gebracht. „De procesorde moét er op zijn ingericht, om de volle waarheid over de zaak, welke aan 's rechters oordeel wordt onderworpen, te doen schijnen.” Bedenk het, gij wetgever, wanneer gij straks — eindelijk! — aan ons volk een nieuw Wetboek van Strafvordering komt geven. Bedenk het, gij die de strafrechtspraak uitoefent of die geroepen wordt den rechter bij de uitoefening van deze verantwoordelijke taak voor te lichten. Het geldt hier grootte belangen! Het gaat om kostbare goederen, niet alleen van het individu maar ook van de gemeenschap!

En nu ten slotte nog ééne opmerking. Niet alleen als man van de wetenschap, als strijder voor nieuwe beginselen treedt VAN HAMEL ons uit de Verspreide Opstellen tegemoet. Ook als bezielend voorganger en leider der jongeren. Wie VAN HAMEL kent, weet dat hij steeds belang stelde in wat de jongeren (niet alleen zijne leerlingen en oud-leerlingen) deden en wilden, weet tevens dat van hem eene suggestieve kracht naar hen uitging. Ook deze eigenschap spreekt uit meer dan ééne bladzijde van den *Bundel*. Zij straalt ons met name tegen uit die passages, welke ik zou willen noemen eene *verheerlijking van den arbeid*, dien arbeid die aan de gemeenschap — direct of indirect — ten goede komt en *gelukkig* maakt dengene, die hem verricht. Hoor,

hoe de redenaar, die als Rector-Magnificus den 12^{en} Maart 1891 de Aula der Amsterdamsche Universiteit aanvaardde, spreekt over de „eerezalen der wetenschap” en daartoe rekent — naast de laboratoria — de nog stillere studeerkamers der geleerden en der denkers, ja! het eenvoudige vertrek, waar de jonge man zich met stalen vlijt den weg der wetenschap bereidt. En wanneer hij in zijn Gidsartikel van 1884 „Het Universiteitsfeest van Edinburgh” — een der mooiste stukken uit den Bundel — ons dat feest in al zijne schittering heeft doen meêleven, dan roept hij aan het slot de Wetenschap voor ons op, die nu weder aan het werk gaat, en plechtig klinkt 't ons tegen (bl. 307): „Ze zijn aan den arbeid, de machtige beroemdheden van het Edinburgsche feest, Schotten en vreemden. Stoort ze niet. Ze spinnen de levensdraad der menschheid; ze weven aan het kleed van den Oneindige”.

Het lezen van de Verspreide Opstellen was mij eene bron van vreugde. Mij daarin verdiepende — eenzaam de avonduren doorbrengende op mijne kamer in dat typisch-ouderwetsche Hôtel „De Gouden Leeuw”, waarmede enkele leden der Juristen-Vereeniging dezen zomer kennis maakten — was 't mij, of daar uit die bladzijden stemmen tot mij spraken, liefelijk en zacht, van den zegen van den arbeid, de kracht van den vooruitgang, de macht van een bezielend geloof en een gezond idealisme. Moge aan de velen, die met die bladzijden kennis maken of de kennismaking hernieuwen, de lezing geven, wat zij mij verschaft: leering en genot!

S. J. M. VAN GEUNS.

Den Bosch, November 1913.

De statistiek van het gevangeniswezen over het jaar 1911.

Bevolking (Staat I). Gedurende het jaar 1911 werden in de gevangnissen en huizen van bewaring uit de vrije maatschappij opgenomen 27 645 personen, namelijk 25 741 mannen en 1904 vrouwen, zijnde 2270 *minder* (2370 mannen *minder* en 100 vrouwen *meer*) dan in 1910.

Van hen werden geplaatst: in de bijzondere strafgevangnissen 1 man (2 *minder* dan in 1910); in de gewone strafgevangnissen 4627 mannen (343 *minder*) en 312 vrouwen (79 *minder*); in de huizen van bewaring 21 113 mannen (2025 *minder*) en 1592 vrouwen (179 *meer*).

In de Rijkswerkinrichtingen werden opgenomen 1417 personen (1398 mannen en 19 vrouwen). Dit totaalcijfer wijst in vergelijking met dat van het vorige jaar eene vermeerdering aan van 163 (165 mannen *meer* en 2 vrouwen *minder*); maar in de Inleiding wordt gezegd, dat die geringe vermeerdering grootendeels veroorzaakt kan zijn door overplaatsingen in verband met de tijdelijke ontruiming van het gesticht Veenhuizen III, dat sinds Mei 1911 ontvolkt is.

Hoogst wenschelijk zoude het zijn, om de telling van hen, die overgeplaatst worden van het eene gesticht naar het andere, afzonderlijk te houden. Men verkrijgt thans bij raadpleging enkel van de cijfers der staten eene onjuiste voorstelling van den toestand (1) en stuit bij het

(1) (Zie o. a. Inleiding bl. IX, Statistiek over 1910. *Themis* 1912, bl. 304.)

nagaan der cijfers op verschillen, waarvan de oorzaak niet altijd is na te gaan.

Wel komt de toelichting in de Inleiding dikwijls aan dit bezwaar tegemoet, maar men behoort de staten te kunnen raadplegen zonder eene elders te vinden toelichting.

Er wordt in den staat I betreffende de beweging der bevolking eene rubriek gevonden: „teruggebracht nadat het gesticht wegens evacuatie, voorwaardelijke invrijheidstelling, ontvluchting of om andere redenen tijdelijk of voorwaardelijk was verlaten”. Deze wijst aan (kolom 18—19) voor de gestichten 186 mannen, die dan ook niet in het hiervoren gegeven totaalcijfer van 1417 zijn opgenomen. Verder vindt men eene rubriek: „uit andere gestichten overgenomen”, bevattende drie onderverdeelingen (20—25, drie van mannen, drie van vrouwen) namelijk eene „wegens veroordeeling van preventief gedetineerden”, eene „doortrekkenden” en eindelijk eene „om andere redenen”. Onder deze laatste rubriek zijn voor de Rijks-werkinrichtingen opgenomen zij, die daar geplaatst worden, natuurlijk na het ondergaan hunner hechtenisstraf. Vroeger kwamen zij onder de rubriek voor: „opgenomen uit de vrije maatschappij”. Letterlijk was dit niet juist, maar het gaf de bedoeling weer.

Behalve aan de reeds vroeger medegedeelde oorzaken: strengere behandeling in het gesticht, opzending alleen van zoodanigen, die werkelijk in staat zijn tot werken, vervolging in het arrondissement der geboorteplaats, kan volgens de Inleiding de vermindering van het aantal tot opzending veroordeelden, zij het aanvankelijk in bescheiden mate, worden toegeschreven aan de reclasseeringsregeling (artt. 51 en 52 Koninklijk besluit van 24 Dec. 1910, *Stbl.* n^o. 374) om de vervolging van die personen, die in verband met eene tegen hen reeds aanhangige straf-

vervolging dreigen voor de eerste maal te worden opgezonden naar eene Rijkswerkinrichting, voorloopig uit te stellen.

In de *huizen van bewaring* waren van de nieuw opgenomen 16,4 pCt. *principaal veroordeeld* (3363 mannen en 362 vrouwen); 56,4 pCt. *subsidiair veroordeeld*; 0,3 pCt. (76 mannen) *disciplinair gestraft* (verlofgangers der Marine, schepelingen en landweerplichtigen); gegijzeld 0,3 pCt. (57 mannen, 3 vrouwen); 21,2 pCt. in *preventieve hechtenis* geplaatst (kol. 11, 12) (4597 mannen, 226 vrouwen). Deze werden vroeger begrepen onder de rubriek „niet veroordeelden”. Thans vindt men eene nieuwe rubriek (kol. 16, 17) „*overige opgenomen uit de vrije maatschappij*” bedragende 5,4 pCt. (1138 mannen, 95 vrouwen). Intusschen wordt in de Inleiding aangeteekend, dat sommige verschillen in de cijfers aanleiding geven tot twijfel, of de nieuwe groep van in prev. hechtenis geplaatsten, vermeerderd met de nieuwe groep „overige opgenomen”, geheel vergelijkbaar is met de vroegere groep „niet veroordeelden”.

De strafinrichtingen werden in den loop van het verslagjaar *verlaten voorgoed* door 32 458 personen (30 140 mannen en 2318 vrouwen), van wie 29 578 mannen en 2269 vrouwen) (93,3 pCt.) wegens het einde van hunnen straftijd, gijzeling enz. en 498 mannen en 46 vrouwen (1,6 pCt.) als vreemdelingen over de grenzen gebracht.

Voorwaardelijk werden ontslagen 10 personen van de 93, die voor voorwaardelijk ontslag in aanmerking kwamen.

Ten aanzien van één persoon werd blijkens de Inleiding die invrijheidstelling ingetrokken, hetgeen sedert 1905 niet was voorgekomen.

Op 31 December 1911 waren in de verschillende

gestichten *aanwezig*, dus niet medegeteld de wegens ziekte, krankzinnigheid of andere redenen elders verblijfhoudenden, 4823 personen (4651 mannen en 172 vrouwen), zijnde 518 *minder* (509 mannen en 8 vrouwen) dan op 31 Dec. 1910.

De verhouding van de bevolking der gestichten op dien datum tot de totale bevolking van het Rijk bedroeg 0,82 ‰, zijnde weder geringer dan over het voorafgaande jaar, toen zij 0,92 ‰ aanwees.

De bevolking der gestichten op 31 Dec. was aldus verdeeld: in de *bijzondere strafgevangenissen* waren 227 mannen en 8 vrouwen (10 mannen *meer* dan op 31 Dec. 1910 en een gelijk aantal vrouwen); in de *gewone strafgevangenissen* 1934 mannen en 67 vrouwen (78 mannen en 14 vrouwen *minder*); in de *huizen van bewaring* 943 mannen en 65 vrouwen (47 mannen *minder* en 20 vrouwen *meer*).

Van deze laatsten waren 273 mannen en 17 vrouwen *veroordeeld*, 665 mannen en 48 vrouwen *niet veroordeeld*, 4 *gegijzeld*, 1 *disciplinair gestraft*.

In de *Rijkswerkinrichtingen* bevonden zich op 31 December 1911 1547 *mannen* (394 *minder* dan op dien dag in 1910) en 32 *vrouwen* (14 *minder*).

Het geheel aantal personen, dat in de gezamenlijke gestichten in het jaar 1911 is aanwezig geweest, bedraagt 35 693 *mannen* (18 *minder* dan in 1910) en 2239 *vrouwen* (154 *meer*).

Van hen verbleven in de cel 14 258 en in gemeenschap 20 559, waaronder niet gerekend de verpleegden der Rijkswerkinrichtingen.

In de *huizen van bewaring* werden 4141 *onveroordeelden* in afzondering geplaatst en 2171 in gemeenschap. Bij eene in de Inleiding opgenomen tabel, waaraan deze cijfers ontleend zijn, wordt aangeteekend, dat wegens

plaatsgebrek 293 onveroordeelden van de cel werden overgeplaatst naar de gemeenschap.

Van de *veroordeelden* in de huizen van bewaring verbleven 451 in afzondering en 17 996 in gemeenschap.

In de *gewone strafgevangnissen* waren 9554 veroordeelden in afzondering en 87 in gemeenschap en in de *bijzondere strafgevangnissen* 112 en 305.

Van de tot celstraf veroordeelden werden er 165 in gemeenschap geplaatst wegens ongeschiktheid tot eenzame opsluiting, terwijl 82, voor opsluiting in gemeenschap aangewezen, op eigen verzoek in afzondering werden geplaatst.

In den loop van het jaar waren er 109 kinderen met hunne moeders in de verschillende strafinrichtingen opgenomen, terwijl er 9 geboorten plaats hadden.

Het aantal werkelijke verblijfdagen bedroeg 1 729 872 of 260 481 *minder* dan in het voorafgaande jaar.

Gezondheidstoestand (Staten IX en X). Onder geneeskundige behandeling kwamen 3343 personen, 3150 mannen en 193 vrouwen, of 8,8 pCt. van de totale bevolking der gestichten tegen 8 pCt. in 1910.

Naar een ziekenhuis werden overgebracht 49 mannen en 1 vrouw en naar een krankzinnigengesticht 58 mannen en 6 vrouwen. Het verblijf in de gevangenis wordt slechts tweemaal opgegeven (het betrof 2 mannen te Leeuwarden) als vermoedelijke oorzaak der krankzinnigheid.

Er overleden 54 mannen en 3 vrouwen, van wie 38 mannen en 1 vrouw uit de Rijkswerkinrichtingen.

Er kwamen voor 11 gevallen van zelfmoord of poging daartoe, waarvan volgens de Inleiding één voltooid. In den staat zelven (X) zijn onder één hoofd gebracht „zelfmoord of poging daartoe”, zoodat men daaruit niet kan zien, in hoevele gevallen de zelfmoord voltooid is.

Staat I wijst echter (in kol. 30—31) onder de rubriek „in den loop van het jaar afgevoerd” als overleden aan 64 mannen en 3 vrouwen. Volgens eene noot in de Inleiding kan dit verschil veroorzaakt worden, dat voor gevallen van plotselingen dood, zonder voorafgaande ziekte, niet geregeld telkaarten werden ingevuld, terwijl omgekeerd personen, wier straf geëindigd is, en die wegens ernstige ziekte in het gesticht mogen blijven, wanneer zij vervolgens overlijden, op staat I in den regel niet als overleden, doch als ontslagen wegens einde van hun straf worden afgevoerd.

Ziekten van huid en celweefsel kwamen het meest voor, niet die der spijsverteringsorganen gelijk tot dusverre, en wel bij 623 personen tegen 509 gevallen der laatstgenoemde ziekte. Aan tuberculose waren er lijdend: 118, van wie 68 in de Rijkswerkinrichtingen; aan zielsziekten 167.

Onderwijs. In de tabel (III) betreffende het onderwijs zijn eenige wijzigingen gebracht. Eene opgave werd gedaan (kol. 2—6) omtrent hen die, bij het begin van het jaar in de gestichten aanwezig of in den loop van het jaar daarin opgenomen, al of niet konden lezen en schrijven. Thans bepaalt zich laatste genoemde opgave tot hen, die in den loop van het jaar opgenomen, tot het onderwijs werden toegelaten (kol. 13—18), terwijl eene afzonderlijke opgave (kol. 12) voorkomt van hen, die vóór den aanvang van het verslagjaar reeds onderwijs ontvingen n.l. 1184.

De redenen, waarom gedetineerden niet tot het onderwijs zijn toegelaten, zijn thans in vijf, vroeger in vier (kolom 2—6) kolommen verdeeld.

De nieuwe kolom (2) bevat de opgave van hen, die wegens preventieve detentie of als doortrekkende of als vreemdeling of in gijzeling, niet tot het onderwijs zijn

toegelaten. Zij maakten 15,8 pCt. uit (5985 personen) van de bevolking der gestichten, die gedurende het verslagjaar aanwezig is geweest.

In den loop van het jaar werden tot het onderwijs *toegelaten* 3678 personen of 9,7 pCt. van het geheele aantal van hen, die in de gestichten zijn aanwezig geweest.

Niet toegelaten wegens gevorderden leeftijd werden 4574 of 12,1 pCt.; wegens te kort verblijf 20 569 of 54,3 pCt.; wegens andere redenen 1037 of 2,7 pCt.

Van de in den loop van het jaar tot het onderwijs toegelatenen konden 142 niet, 2316 wèl lezen; 190 niet, 2268 wèl schrijven; 708 niet, 1750 wèl rekenen.

Van de onderwezenen konden bij hun *ontslag niet lezen* 45, *gebrekkig* 550, *goed* 2017; *niet schrijven* 56, *gebrekkig* 790, *goed* 1766; *niet rekenen* 178, *gebrekkig* 1151, *goed* 1283.

213 personen ontvingen meer uitgebreid onderwijs. Het vakonderwijs is thans onder twee kolommen gebracht (29—30); in een worden opgenomen zij die dat onderwijs ontvingen tot aanvulling hunner reeds bestaande kennis, en in een andere zij die geen vakkennis bezaten, respectievelijk 101 en 234 personen.

Het aantal lesuren wordt thans afzonderlijk opgegeven (kol. 34—38), ook voor lezen, schrijven en rekenen, en niet alleen voor het meer uitgebreid onderwijs en vakonderwijs zooals tot nu toe.

Gedrag (Staat IV). Er werden in 1911 van de 14 258 in de cel geplaatsten 1226 gestraft of 8,6 pCt. en van de 23 975 in gemeenschap geplaatsten 471 of 2 pCt.; in het geheel 1697 personen wegens 2256 gepleegde vergrijpen, volgens een tabel voorkomende in de Inleiding.

Van de eerstgenoemde categorie gestraften waren

313 mannen en 13 vrouwen *onveroordeeld* en 894 mannen en 6 vrouwen *veroordeeld*.

Van de in *gemeenschap* geplaatste gestraften waren 35 mannen nog *onveroordeeld* en 429 mannen en 7 vrouwen *veroordeeld*.

Het meest voorkomende vergrijp in de gevangenissen blijft de poging tot verboden verstandhouding. Zij kwam 751 malen voor. Daarop volgt vernieling en beschadiging 315 maal; dan verstoring der orde 264 maal; insubordinatie 147 en gewelddadigheid 9 maal. Straf wegens ontvluchting of poging daartoe kwam 4 maal voor. Werkelijk *ontvluchtten* er uit de *gevangenissen* 4 personen, van wie 3 weder werden gevat en uit de *Rijkswerkinrichtingen* (uitsluitend uit Veenhuizen) 96, van wie 91 werden teruggebracht. In deze gestichten konden 94 maal ontvluchting of poging daartoe gestraft worden. Insubordinatie kwam daar 44 maal voor, gewelddadigheid 14 maal.

In de Rijkswerkinrichting Veenhuizen I werden *veroordeeld* wegens strafbare feiten 4 personen, van wie 2 wegens brandstichting, 1 wegens mishandeling en 1 wegens diefstal.

Van de disciplinaire straffen in de gevangenissen werd die van plaatsing: in eene volstrekt donkere strafcel 3 maal (in de strafgevangenis te Zutphen) toegepast; in eene gewone strafcel 204 maal en in eene gewone cel 32 maal; de straf van water en broodregime 1033.

In de Rijkswerkinrichtingen vond de straf van plaatsing in eene gewone cel 331 maal toepassing, in eene gewone strafcel 43 maal, in eene volstrekt donkere strafcel geen enkele maal. De straf van het stellen op water en broodregime, opgelegd ter verzwaring van de plaatsing in de gewone strafcel, zooals eene noot in de tabel, opgenomen in de Inleiding, aangeeft, werd 77 maal toegepast.

Onder één hoofd (kol. 32) komt voor de straf van plaatsing in eene strafcel met water en brood of sluiting in de boeien of met beide. 447 maal is die straf — welke van de drie opgenoemde? — toegepast in de gevangnissen en 23 maal in de werkinrichtingen; 1 maal in Veenhuizen III en 22 maal in Hoorn. Naar Hoorn werden tot straf uit Veenhuizen overgeplaatst 10 mannen.

Arbeid (Staten V, VI, VII). Het aantal *verplichte* werkdagen bedroeg 1 448 029 of 212 205 minder dan in 1910; *feitelijke* 1 320 006½.

In de gezamenlijke gestichten werd *niet* gewerkt: wegens ziekte of lichaamsgebreken 59 427 dagen of 4,1 pCt. (2,9 pCt. in 1910); wegens gebrek aan werk 1844 dagen of 0,1 pCt. (0,2 in 1910).

Aan arbeid voor het Rijk werd besteed 73,5 pCt. van het aantal arbeidsdagen en aan dien voor particulieren 26,5 pCt.

Arbeidsloozen (Staat VII). Aan arbeidsloon werd in de gezamenlijke gestichten verdiend f 156 618,43⁵ een gemiddeld loon van 12 centen per dag uitmakende tegen 12,5 cent in het voorafgaande jaar.

Het gemiddelde loon per arbeidsdag was voor de bijzondere strafgevangnissen 15 cent, zijnde anderhalve cent *minder*; dan in het vorige jaar; voor de gewone strafgevangnissen 11 cent, of een halve cent *minder*; voor de huizen van bewaring 7 cent, eveneens een halve cent *minder*, voor de kleine huizen van bewaring 1 cent evenals het jaar te voren. Eene noot bij de tabel, die in de Inleiding wordt gevonden, vermeldt, dat de opgave ten vorigen jare van 9 cent (die in *Themis* 1912, bl. 310 dus ook) foutief was. Die opgave betreft in beide gevallen één huis van bewaring buiten de arrondissementshoofd-

plaats, namelijk Sneek; de andere huizen van bewaring van dien aard, namelijk Boxmeer, Eindhoven en Harderwijk, komen niet voor op dezen staat VII. En in 1910 en in 1911 werd in het huis van bewaring te Sneek uitbetaald de som van f 1,20 aan verdiend loon, in het eerstgenoemd jaar voor 131 en in 1911 voor 98 werkdagen.

Voor de Rijkswerkinrichtingen bedroeg het gemiddeld loon per arbeidsdag 15 centen, evenveel als in het vorige jaar.

Als uitgaanskas werd van het verdiende loon f 58 134,04⁵ bewaard en voor zakgeld bestemd f 98 484,39.

Staat VII bevatte 36 kolommen, welke nu tot 17 zijn teruggebracht. De vroegere opgaven omtrent de verrekening ten opzichte van de uitgaanskas en het zakgeld (kol. 19—30) zijn daar niet meer gespecificeerd. Die specificatie vindt men thans in de Inleiding. De totaal-sommen van de uitgaanskas en van het zakgeld bedroegen respectievelijk f 163 854,07 en f 150 282,21⁵.

De staat bevattende gegevens betreffende den economischen toestand der ontslagenen (Staat VIII) is daarentegen uitgebreid (van 64 vroeger tot 72 thans).

Die gegevens zijn gesplitst naar gelang de ontslagenen al dan niet een vak verstonden (kol. 21—32, vroeger 21—24).

Gijzeling (Staat XI). Wegens schulden werden in 1911 *gegijzeld* 55 mannen en 2 vrouwen, zijnde 7 *minder* dan in 1910. Uit de gijzeling werden ontslagen 51 mannen en 2 vrouwen; 10 van hen werden ontslagen nog op den dag zelve van hunne opneming en 6 op den dag na hunne plaatsing in de gijzeling.

Evenals het jaar te voren was de langste duur der gijzeling voor drie personen 2 tot 6 maanden, 12 werden gegijzeld gedurende 6 tot 14 dagen, 10 gedurende 15 tot

30 dagen en 4 gedurende 31 dagen tot 3 maanden.

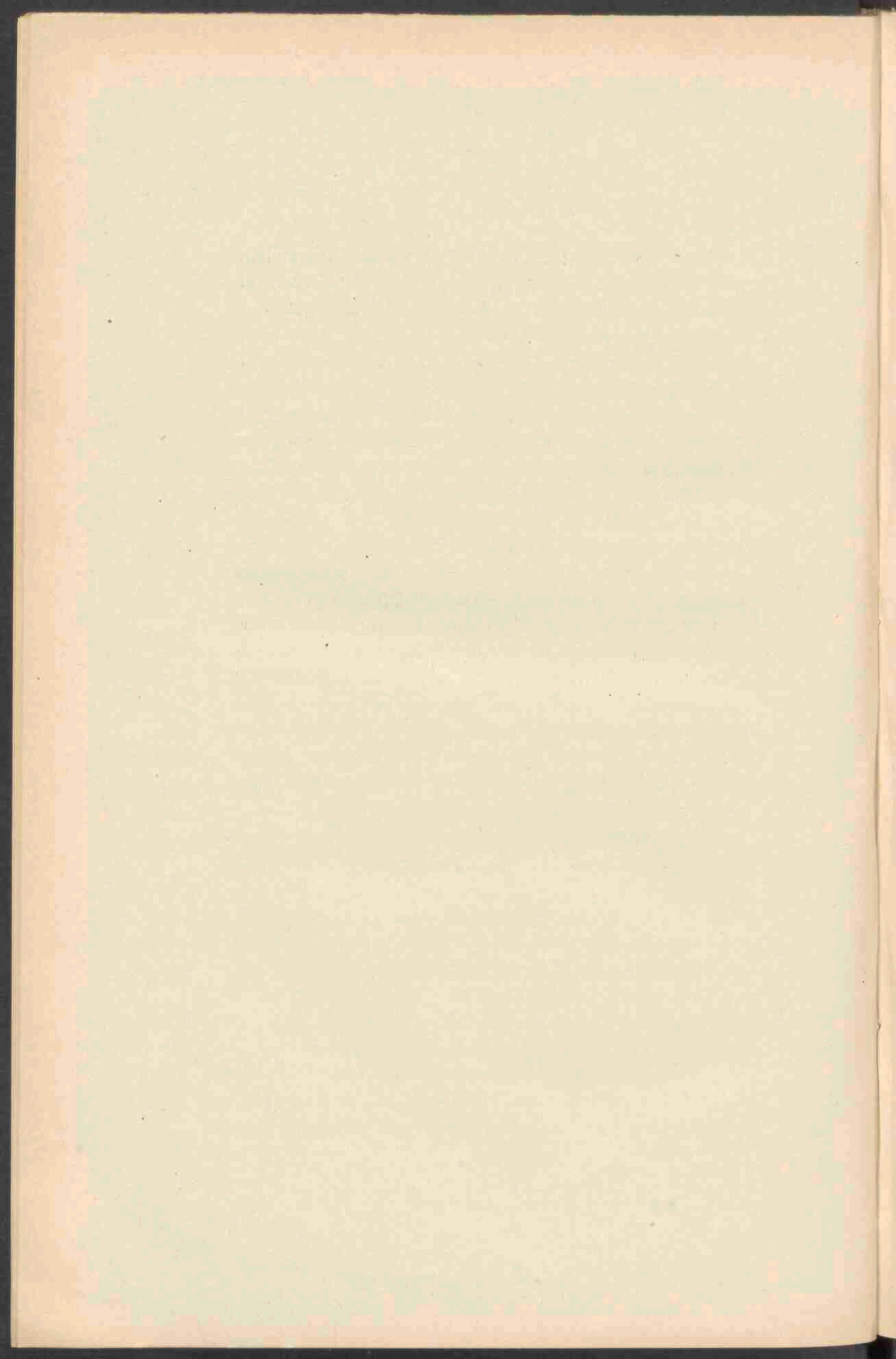
Als reden van ontslag kwam faillissement 22 maal voor, geheele betaling of inbewaargeving van het verschuldigde 20 maal.

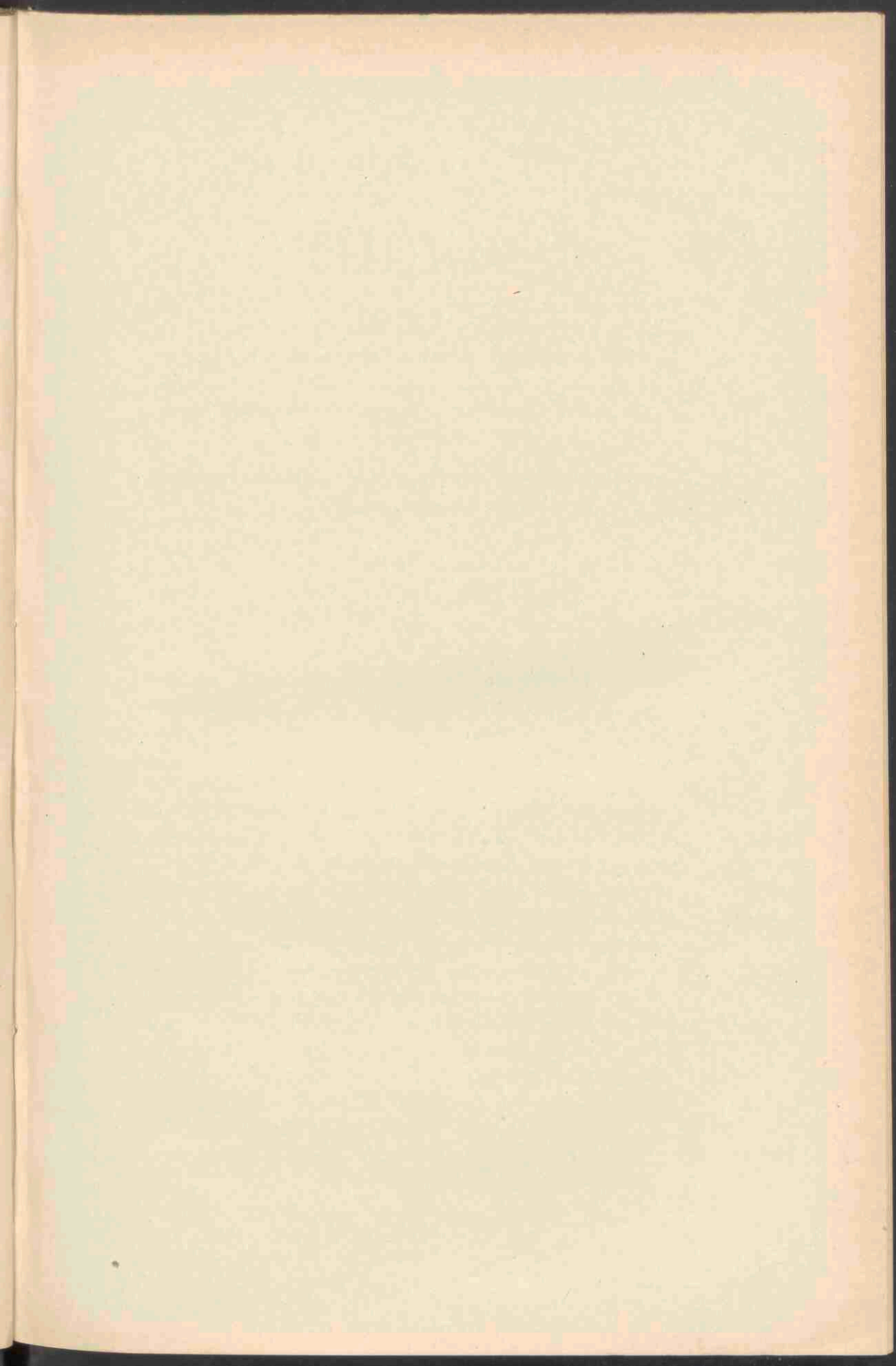
In 87,7 pCt. der gevallen geschiedde de gijzeling voor handelsschulden.

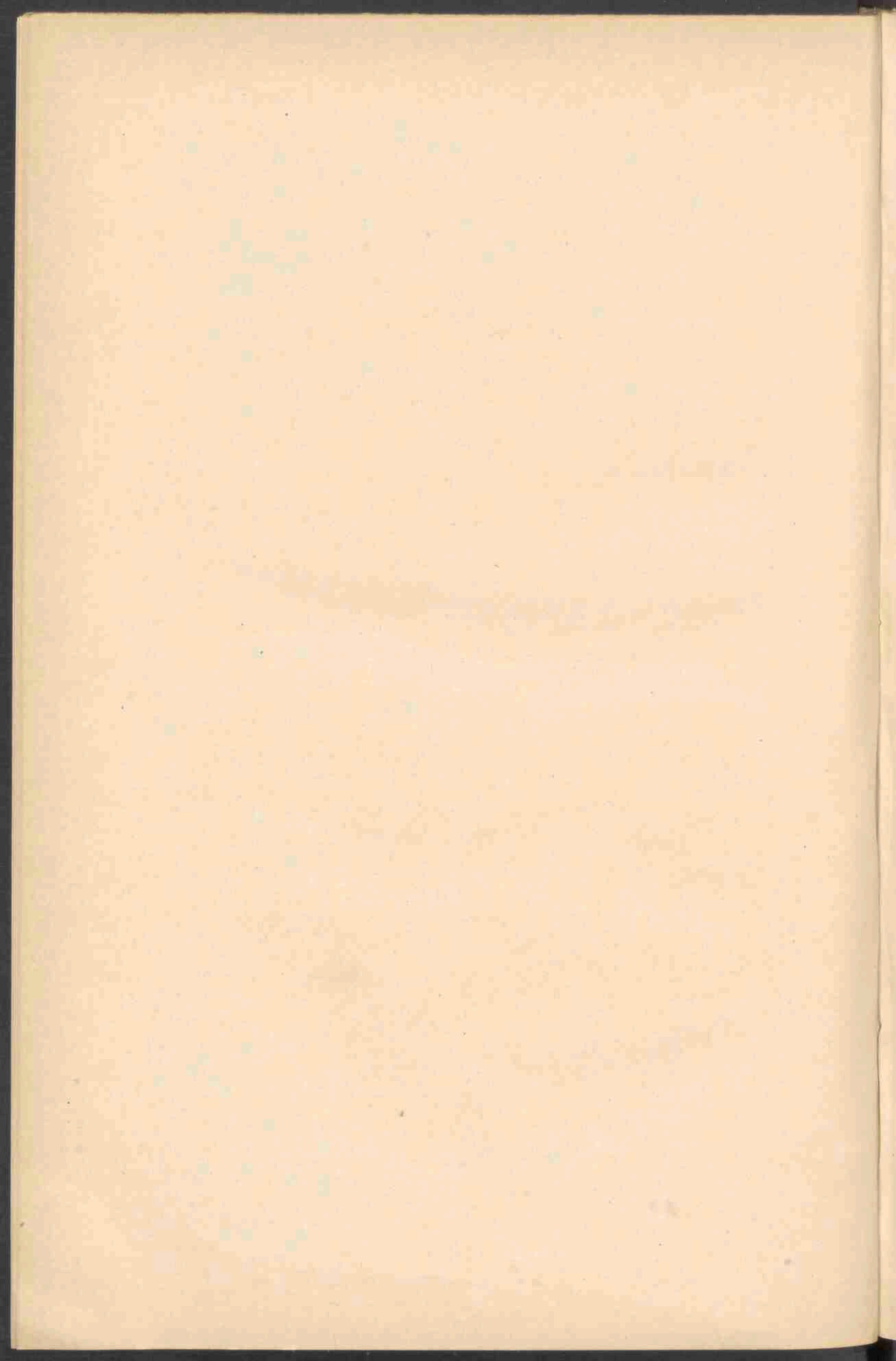
De gijzeling werd toegepast op 6 personen wegens schulden onder eene som van 50 gulden, op 35 wegens schulden van 50 tot 200 gulden, op 2 wegens schulden van 1000 tot 3000 gulden.

Kosten. De kosten bedroegen aan uitgaven voor de bevolking en het plaatselijk beheer, zoomede voor gewoon onderhoud der gebouwen en het mobilair, in 1910 *f* 2 359 541, zijnde *f* 12 479 *minder* dan in het voorafgaande jaar. De baten zijn echter ook minder dan in 1909 en wel *f* 29 546, zoodat de netto-kosten *f* 1 365 100 waren, zijnde *f* 16 997 *meer*.

Thans vindt men in de Inleiding de tot nu toe niet opgegeven cijfers voor het jaar 1908. De uitgaven bedroegen toen *f* 2 374 037, de baten *f* 1 038 913, de netto-kosten *f* 1 335 124.







THEMIS

LXXVste deel — TWEEDE en DERDE STUK

(Het overnemen van den inhoud van dit nummer of van een afzonderlijk opstel daaruit is verboden. — Auteurswet 1912, art. 45.)

Aansprakelijkheid buiten schuld bij contractueele verhoudingen.

Bijlage A.

(Zie *Themis* 74^e deel 3^e en 4^e stuk blz. 408.)

I.

Onder het opschrift: Culpa in contrahendo, brengt IHERING (Dogmatische Jahrbücher IV, 1861, blz. 1) de vraag ter sprake: wie de schade, door dwaling veroorzaakt, te vergoeden heeft? Aanleiding daartoe vond hij in een voorval, dat werkelijk had plaats gegrepen.

Een bankiershuis X te Keulen, draagt eenen correspondent te Frankfurt op, een aanzienlijk bedrag fondsen te *verkoopen*, geseind wordt: *koopen* en aldus door den lasthebber uitgevoerd. Onmiddellijk dalen de fondsen en leed Z een geducht verlies, dat Z voor rekening van X wilde laten. Deze beweerde, dat de dwaling de toestemming, voor het contract noodig, had verhinderd. X werd veroordeeld, hetgeen IHERING aanleiding geeft tot de opmerking, hoe weinig, de romeinschrechtelijke leer dier nietigheid, van een contract, in dwaling gesloten, rekening houdt met den levenseisch. Die leer namelijk laat de vraag open naar de vergoeding der schade, aangericht, door zoodanig erroneus contract.

Met zijn rechtsgevoel te rade gaand, zegt IHERING :
 „Dat een schrijffout, een verkeerd overgebrachte bood-
 „schap, of depêche, in het *oncontractueele* verkeer, niet zonder
 „meer, een gehoudenheid tot schadevergoeding vestigt,
 „is duidelijk. Iemand, die uit beleefdheid de jongste
 „koersen of eene of andere gewichtige politieke tijding,
 „van invloed op de koersen mededeelt, en daarbij zich
 „vergist, voor de gevolgen van zijne culpa aansprakelijk
 „te maken, — daartoe voelde ik niet een zweem van neiging,
 „terwijl, omgekeerd, in het bovengemeld geval, mijn
 „gevoel even beslist voor de gehoudenheid zich deed
 „gelden” (7).

Het verschil nu ligt, volgens IHERING, juist in de
intentie om een contract te sluiten.

Dien maatstaf bezigt IHERING, bij zijn onderzoek, en
 vindt, in de romeinschrechtelijke bronnen, zijne onder-
 scheidung bevestigd. Die onderscheidung berust op den
 regel, dat de gelijkstelling der *lata culpa* met *dolus*, alleen
 geldt bij contractueele verhoudingen.

„Waarheen zou het leiden, indien iemand, in *oncontrac-
 „tueele* verhoudingen, zonder meer, evenals wegens *dolus*,
 „ook wegens *culpa lata*, ter vergoeding aangesproken
 „worden kon! Een onvoorzichtige uiting, de mededeeling
 „van een gerucht, van een valsche tijding, een verkeerde
 „raadgeving, een onbezonnen oordeel, de aanbeveling
 „van een ondeugende dienstbode, door haren vroegeren
 „meester, het aan een voorbijganger verzochte naricht
 „omtrent weg, tijd enz., kortom, alles en nog wat, zou,
 „waar *culpa lata* bestaat, ondanks alle *bona fides*, ver-
 „plichten tot vergoeding van de daardoor veroorzaakte
 „schade, en de *actio de dolo* zou, in zoodanige uitbreiding,
 „tot een waren geesel, voor omvang en verkeer worden.
 „Alle onbevangenheid der gesprekvoering ware verdwenen,
 „het onschuldigste woord werd een valstrik!” (12)

Hoe IHERING nu verder er toe kwam, zijn bovengemeld maatstaf te verdedigen, derhalve aan de veroordeeling van X zijn zegel te hechten raakt ons, hier en nu, niet verder. Wèl, hetgeen hij aanvoert, ter verdediging der onderscheiding zelve.

Blijkbaar, wordt hij afgeschrikt van het doortrekken der lijn, derhalve, den door hem gestelden regel van aansprakelijkheid buiten schuld, ook geldig te verklaren bij *oncontractueele* verhoudingen, door de, volgens hem, ongerijmde gevolgen, waartoe dit laatste leiden zou

Vooreerst, zij daartegen opgemerkt, dat IHERING schrikbeelden zich schept en daardoor zich verleiden laat. La peur est une mauvaise conseillère. Er is voor gezorgd, dat de boomen niet in den hemel groeien en ook, dat de spijzen niet zoo heet genuttigd worden, als zij van het vuur komen. Onze samenleving bestaat nu eenmaal niet uit boefjes en boefjesmakers, of uit spionnen, die op den loer liggen of zij hunnen onbevangenen medemenschen ook temet een vlieg kunnen afvangen. De grenzenloosheid van dit streven corrigeert zich zelve en staat zijn slagen in den weg. Bovendien, is er ook nog zoo iets als de kosten van een rechtsgeding, zoo iets als de raad of het schouder ophalen van een betergezinde, zoo iets als de inspraak van het eigen gevoel, waaraan, ten slotte, niemand ontkomt. Ontbreekt, onverhoopt, ook dit laatste, dan zoeken allicht schavuiten elkander op, naar den regel: *pares cum paribus facillime congregantur*, maar, van elkander, valt er zelden iets te halen. Dit alles afzonderlijk of gezamenlijk werkt als een rem om na te laten, hetgeen zoo gezellig, op het papier, als *mogelijk* en *denkbaar* zich schrijven laat. Baat, in het 1000^e en 10.000^e geval zoodanige rem niet, wèl, dan is de eischer allicht kandidaat voor de volleerde boeverij, en zijn er andere meer winstgevende en minder waag-

halzige, loopbanen in te slaan, b.v. inbraak, valsche munt of schrift, kortom al hetgeen onder afzetting zich laat samenvatten.

In de tweede plaats, heeft zoodanige snuiter maar niet zoo dadelijk, hetgeen hij beoogt. De causaliteit tusschen de geïncrimineerde handeling en de pretenselijk *daaruit* voortgevloeide schade, moet bewezen worden, en dat is alweer niet zoo makkelijk als het er uitziet. Non cuivis contingit adire Corinthum. Integendeel. De weg van rechte ligt bezaaid met schipbreukelingen, die, de Scylla der actie, goed en wel te boven, op de Charybdis van het bewijs, reddeloos zijn gestrand.

Gij zegt, dat ik u een dienstbode op den hals heb geschoven, die bleek een dievegge te zijn. Hoe weet gij, dat ik, in haar, mij niet heb vergist en zoo al, heb ik haar tot dievegge gemaakt? Gij beweert, dat ik u den trein, dus de beurs deed missen. Hoe weet gij, dat ik, daardoor, u niet voor groot verlies behoed heb, zoodat ik, reconventioneel, op mijn provisie, als uw beschermengel, aanspraak maken kan?

Vertooningen als deze, in de pleitzaal, ontberen de vis comica niet. Tegen alle denkbare waarschijnlijkheid in, zou men wenschen, dat ze zich voordeden. We hadden alsdan RACINE's onvergetelijke Plaideurs, niet in voorstelling, maar in werkelijkheid, hetgeen ook wat waard is.

Eindelijk, zet IHERING zelf eene schrede op den weg, dien hij niet ten einde toe bewandelen wil. De halte, die hij maakt, is echter willekeurig. Eene partij had niet meer dan *de intentie* om een contract aan te gaan, dat, door het Recht, nietig verklaard wordt. Zoodanig contract nu houdt IHERING in stand, in zoover het, voor bedoelde partij, bron van schadevergoeding wordt. De, door het Recht, uitgesproken nietigheid wordt mitsdien gehalveerd. Met welk recht? Eene van rechtswege, met nietigheid

bedreigde handeling is of geheel nietig, of in het geheel niet nietig. Halve nietigheden kent het Recht niet. Er moet dus een andere rechtsgrond zijn en wel een, die het *geheele* terrein bestrijkt der aansprakelijkheid buiten schuld. Daarvoor echter deinst IHERING terug, naar wij zooeven zagen.

Zoodanige rechtsgrond wordt aangeduid, maar ook slechts aangeduid, door OTTO BÄHR (Dogmatische Jahrbücher XIV, 1875, blz. 407). Sprekende over dwalingen, bij het sluiten van contracten, zegt hij: „Dengene, die „zijn wil verklaart zelve, moet de uiterlijke verschijning „van zijn wil *toegerekend* worden, zonder trouwens, dat „het aankomt op eigenlijke schuld, in den gewonen zin „des woords. In dit laatste opzicht, kan ik, opnieuw, „mij beroepen op het voortreffelijk betoog van IHERING, „nopens het relatieve begrip der *culpa* in contractueele „verhoudingen. De leidende gedachte schijnt mij: moge „ook hij, die verklaart, relatief, zeer onschuldig zijn, dan „is toch degene, die tegenover hem staat nog veel on- „schuldiger; en dit moet er toe leiden, genen te belasten „met het nadeel”.

Ik noem dit het aanduiden van een rechtsgrond, omdat, maakt men daarmede ernst, het tot algemeenen regel verheven en niet tot contractueele verhoudingen beperkt moet worden. Hoe BÄHR daarover oordeelt, blijkt niet. Intusschen is, door hem, een weg gebaad, vruchtbaar in gevolgen, voortvloeiende juist uit den *algemeenen* regel van :

Aansprakelijkheid buiten schuld, bij oncontractueele verhoudingen.

II.

Opmerkelijk is, dat op de *algemeenheid* van dien regel zoo niet het eerst, dan toch op de meest nadrukkelijke

wijze, van economische zijde, de aandacht gevestigd is.

V. MATAGA namelijk (Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, Leipzig 1888) plaatst, aan de spits van zijn betoog, twee romeinsch-rechtelijke grondstellingen, met gemeenschappelijk kenmerk. De eerste der grondstellingen is: *casum sentit dominus*, en de tweede: alleen schuld verplicht tot vergoeding van daardoor toegebrachte schade. Gemeen hebben beide, dat de schade inhaerent is, d. w. z. zich hecht aan den persoon, dien zij treft, of van wien zij uitgaat.

In zooverre, in doctrine of wetgeving, het romeinsche recht invloed oefende, bleven beide grondstellingen onbetwist.

Zoo zeide IHERING: „Niet de schade verplicht tot schadevergoeding, maar de schuld, — een eenvoudige stelling, „even eenvoudig als die van den scheikundige, dat niet „het licht brandt, maar de zuurstof der lucht” (Das Schuldmoment im röm. Privatrecht 1867, blz. 40).

Volkomen hetzelfde verklaart UNGER, waar hij, naar de moderne wetgevingen verwijzend, het romeinsch-rechtelijk beginsel, als terecht in die wetgevingen gehuldigd, aanwijst: „dat het bij wederrechtelijke handelingen „niet enkel op de uitwendige, maar ook op de inwendige „schuld aankomt, dat een vergoedingsplicht, in zoodanige „gevallen, steeds onderstelt een schade, door schuld van „den handelende veroorzaakt” (GRÜNHUTS Zeitschrift VIII, blz. 238).

Intusschen, wij zagen zooveen, dat IHERING aan het orthodoxe schuldbegrip niet getrouw bleef, doch genoodzaakt zich gevoelde, — c'est le mot, want hij beroept zich op zijn rechtsgevoel, — tot eene concessie aan den modernen verkeerseisch.

Merkwaardig genoeg, verkeert UNGER in hetzelfde geval.

Immers, in zijn: *Handeln auf eigene Gefahr* (Jena 1904, blz. 5) stelt hij de vraag: of en wanneer, ook buiten schuld, vergoedingsplicht ontstaat. Wel is waar maakt hij zich diets (blz. 4, n. 5), dat hij nu: „eene andere vraag” behandelt, dan die, in *GRÜNHUTS Zeitschrift* gesteld. Men zal echter te lezen hebben: precies dezelfde vraag, en de onnauwkeurigheid, den nobelen denker ten goede houden. Dáár, werd het schuldbegrip omhelsd, hier, losgelaten, omdat, nu ja, les idéés marchent, en ons rechtsgevoel, gelukkig, andere eischen kent en stelt, dan het individualistische Rome. Dit zij in het voorbijgaan opgemerkt, en wij keeren tot MATAGA terug om aan hem te ontleenen de, met instemming van PFAFF, overgenomen uitspraak: „Het Recht, de gerechtigheid eischt niet allerwege, waar „een plicht tot vergoeding van schade bestaan zou, het „aanwezig zijn van eene schuld Bedriegen echter „de voorteekenen niet, dan is de stelling op het „punt tot al grooter erkenning te geraken” (17).

Alras, is deze voorspelling vervuld, ditmaal op juridisch terrein. Het was BINDING, die haar den vorm gaf, in den tekst vermeld, en daarmede tot algemeenen regel verhief.

BINDING zegt: „Hetgeen de mensch verkeerds veroorzaakt, met of zonder schuld, moet hij herstellen. Heeft „hij het ongeluk gehad, laat het zijn in verstrooidheid, „vreemde zaken te vernielen, dan is hij toch bewerker „van de schade, heeft vreemde rechten gedeerd, en de „benadeelde is altoos nog veel onschuldiger dan hij. Het „werkzame beginsel heeft de gevolgen zijner daad te „dragen en niet zijn slachtoffer” (Normen I, 2, blz. 471).

De formuleering van den alleszins juisten rechtsregel heeft, gelijk blijken zal, velerlei tegenspraak uitgelokt. Zij had, om doeltreffend te zijn, de gedachte moeten treffen, doch raakt zelfs de inkleeding niet. Veelal, be-

twist men, dat onschuld eene schakeering toelaat, al erkent men, hetgeen trouwens romeinschrechtelijk muurvast staat, dat schuld dit wèl doet.

Is echter dit laatste het geval, dan volgt daaruit, met logische noodzakelijkheid, dat hetgeen voor schuld waar is, het eveneens voor de keerzijde daarvan: onschuld zijn moet. Hoe *minder schuldig* iemand is, des te *meer onschuldig* is hij en omgekeerd. *Moet*, in denzelfden persoon, deze verhouding worden aangenomen, — geringe schuld, groote onschuld, — dan *mag*, bij vergelijking van twee personen, hetzelfde geschieden. Derhalve is ook de zegswijs onberispelijk, al geef ik gaarne toe, dat de vergelijking der tweeledige onschuld den bovenbouw van aansprakelijkheid niet zou kunnen dragen, tenzij de *causale aansprakelijkheid* er bij gevoegd worde. Is het echter om deze laatste te doen, gelijk het geval is, bij hen, die daarvoor *schuld* eischen, zoo klampe men zich niet vast aan iets bijkomstigs: BINDING's woordenkeus.

GIERKE neemt niet slechts de gedachte, maar ook de woorden over.

Het eerste doet hij, in zijne critiek van het eerste duitsche ontwerp B. W. (Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, in SCHMOLLER's Jahrb. XIII, blz. 247 vlg.). Hij zegt: „Behalve de, door „een bijzonder noodlot vervolgte herbergiers, behoeft, „naar het burgerlijk recht, niemand in te staan voor een „schade, indien hij niet „gedelinqueerd" heeft. Op allerlei „gebieden van bijzondere rechtsinstellingen, gelden wel „is waar geheel andere grondstellingen. Edoch, is min- „stens het algemeene privaatrecht gezuiverd van derge- „lijke singulariteiten. Het is romanistischer dan het „romeinsche recht zelf! Alle bepalingen van nieuwere „wetboeken, waarin plicht tot vergoeding van schade, uit „enkele veroorzaking of uit aansprakelijkheid wegens

„vreemde schuld een weg zich gebaad heeft, zijn weg-
 „geveegd. Dat, omgekeerd, een wetboek, dat zijne sociale
 „en economische taak wilde vervullen, heden ten dage,
 „zoodanige gedachten, in nog veel grooteren omvang,
 „opnemen en uitwerken moest, blijft aan het ontwerp
 „verborgen. Het heeft zoo weinig voeling met de levens-
 „beweging van onzen tijd, dat hem zelfs niet eene be-
 „vliëging bekruipt, hoe algemeen de overtuiging van
 „het standpunt, eene onrechtmatige daad gepleegd te
 „moeten hebben, voor eene moderne schadevergoedings-
 „ordering en het verlangen naar eene hervormings-
 „wetgeving, die zich aansluit bij oud-nationaal recht, is
 „verbreid. En hoe zou het ook van zijn zuiver indivi-
 „dualistisch gezichtspunt uit, kunnen begrijpen, waarvan
 „hier eigenlijk sprake is?”

Men moet, om van de strekking dezer laatste woorden rekenschap zich te geven, zich herinneren, dat BLUNTSCHLI de leer van BINDING, in het ontwerp burgerlijk recht voor het kanton Zürich, overnemend, in de toelichting tot § 999 de ethische strekking dier leer had ontvouwd.

GIERKE liet het echter niet, bij de aangevoerde persiflage. In zijn: Die Soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin 1889, blz. 33, zegt hij: „Wij kunnen den germanistischen „grondslag der aansprakelijkheid tot schadevergoeding, „enkel krachtens *veroorzaking*, niet ontberen. Laat den „bedrijver der rechtskrenking eigenlijke schuld niet ten „laste komen, hij die schade lijdt is immers nog on- „schuldiger (1). De uitdeelende gerechtigheid, eischt, in „zoover dit doenlijk is, en niet tot onbillijke hardheden „op den tegengestelden kant voert, eene overwenteling „der gevolgen.

„Om die reden moet ook de ontoerekenbare, de krank-

(1) Men zal opmerken dat, hier, de eigen woorden van IHERING gebezigd worden.

„zinnige, de door drank benevelde, het kind de toege-
 „brachte schade, uit zijn vermogen, vergoeden, in zoover
 „hem slechts, hierdoor, de middelen niet onttrokken
 „werden tot onderhoud naar zijn stand.

„Om die reden ook, moet vooral de eigenaar van een
 „zaak, van een dier, van eene onderneming instaan voor
 „de schade, die door de bijzondere gevaarlijkheid van
 „zoodanig bezit aan anderen wordt toegebracht.

„Er bestaat niet een anti-socialere gedachte, dan dat
 „het geoorloofd zijn zou, alle voordeelen uit een eigen-
 „dom, dat medemenschen gevaar veroorzaakt, te genieten,
 „zonder het risico te dragen, dat daartegenover staat”.

In de noot (blz. 33 n. 25) voegt GIERKE hierbij: „Hier
 „zij slechts aangeduid, dat ook de aansprakelijkheid uit,
 „ingevolge eene rechtshandeling, veroorzaking van schade,
 „door eene verklaring in dwaling of scherts, en de aan-
 „sprakelijkheid van den *falsus procurator*, door dezelfde
 „gedachte, gerechtvaardigd wordt; dat zelfs de verplichting
 „tot schadevergoeding, krachtens gedwongen onteigening,
 „hier wortelt; dat de schadeloosstelling van onschuldig
 „veroordeelden, of in hechtenis genomenen als rechts-
 „plicht van den Staat, hieruit voortvloeit” (1).

(1) Opmerkelijk is, dat UNGER, die, in het algemeen, heel wat
 meer aarzelend te werk gaat, bij aansprakelijkheid buiten schuld,
 dan GIERKE, op de beide hier vermelde punten: wilsverklaring in
 dwaling en *falsus procurator*, bij dezen zich aansluit.

UNGER (*Handeln auf eigene Gefahr*, Jena 1904, blz. 30) zegt:
 «De zekerheid van het verkeer eischt, dat de ontvanger eener wils-
 «verklaring, die in goede trouw verkeert, daarop moet kunnen zich
 «verlaten, dat zij overeenstemt met den wil desgenen, die verklaart».

Op de vraag of degene, die zijne wilsverklaring, op grond van
 dwaling, bestrijdt, de, door haar, aangerichte schade aan den ont-
 vanger *altoos*, dan wel enkel in cas van *schuld*, te vergoeden heeft,
 antwoordt UNGER: «Wie dwaalt, heeft de gevolgen van zijne dwaling
 «zelf te dragen en mag ze niet op de andere partij overwentelen.

Dit laatste punt werkt GIERKE nader uit. (Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin, 1887, blz. 805). Behalve aansprakelijk, *ex culpa* „wordt een rechtspersoon vaak krachtens veroorzaking „van schade *buiten schuld*, tot vergoeding daarvan ver- „plicht. Want gelijk het oudere deutsche recht den „stichter van schade, ook buiten schuld aansprakelijk stelt, „heeft het moderne recht, in eene reeks van bijzondere „toepassingen, dezelfde gedachte volgehouden.

„Hier behooren, allereerst, de gevallen, waarin iemand „aansprakelijk is, wegens eene, door zijne onmiddellijke „handeling bewerkte, toebrenging van schade, zonder dat „hem toch de begane onbehoorlijkheid kan worden toe- „gerekend.

„Verder, wortelt hier de verantwoordelijkheid der eige- „naren van zaken, die dreigend gevaar opleveren en der „ondernemers van bedrijven, die dreigend gevaar opleveren,

«Wie eene verklaring afgeeft, zij het in eigen persoon (door middel «van woord of schrift), of door een tusschenpersoon (bode, telegraaf) «heeft deze verklaring *op eigen* gevaar te geven, niet op gevaar van «den ontvanger der verklaring, die in de goede trouw verkeert (32).

Wat aangaat den *falsus procurator*, zegt UNGER: «Het berust op «hetzelfde beginsel dat degene, *die als vertegenwoordiger zich ge- «draagt*, dit *op eigen gevaar* doet: wanneer de vertegenwoordigde «door den «vertegenwoordiger» zonder bevoegdheid, met eenen derde «gesloten zaak niet goedkeurt, is de *falsus procurator* jegens dezen «aansprakelijk, moge hij, nopens het bestaan of den omvang der «vertegenwoordigingsbevoegdheid, in nog zoo te verontschuldigen «dwaling zich bevonden hebben» (34).

Tot dezelfde slotsom, komt de heer B. A. DROOGLEEVER FORTUYN in zijn proefschrift: Aansprakelijkheid van hem, die zich als vertegenwoordiger voordoet zonder dit te zijn, Amsterdam 1913, blz. 56. In dit geschrift, wordt evenwel van de op dit punt zeer uitgebreide deutsche doctrine niet gewag gemaakt. Wel vermeldt de schrijver een arrest Hof Den Haag van 29 Maart 1912, W. 9357, conform dat beginsel.

„voor de, door deze zaken of deze bedrijven, veroorzakte schade.

„Eindelijk, bestaan er bewuste en gewilde toebredingen van schade, die wel is waar als volkomen rechtmatige handelingen verschijnen, desniettemin echter, in den zin der uitdeelende gerechtigheid, eene verplichting tot vergoeding grondvesten.

„Juist onder dit laatste gezichtspunt, vallen talrijke verplichtingen tot vergoeding, welke op den Staat en op andere publiekrechtelijke corporaties, krachtens hare sociaalrechtelijke wilshandelingen, rusten.

„Immers, wanneer naar het beginsel der onteigening en der verwante instituten, de Staat of een kleinere gemeenschap, onder bepaalde voorwaarden, in het openbaar belang, tot schennis van privaatrechten gerechtigd, evenwel tot verleening eener schadevergoeding verplicht is, kan deze gehoudenheid tot vergoeding, vlakweg, niet uit eene verantwoordelijkheid *ex delicto* of quasi *ex delicto*, maar eenvoudig uit de gedachte afgeleid worden, dat ook de rechtmatige veroorzaking van eene schade, zooveel mogelijk, door eene schadevergoeding opgewogen worden moet”.

Ik vestig de aandacht op dit betoog, om twee redenen. Vooreerst, ten einde te doen zien, dat BINDING's grondstelling een ver reikend gebied bestrijkt, en door GIERKE, met beroep op de *justitia distributiva*, nader wordt gestaafd. Men zal alzoo, wil men het weerleggen, beginsel tegenover beginsel moeten stellen. Il ne faut pas aborder les grandes questions par les petits côtés.

In de tweede plaats, omdat GIERKE den rechtsgrond voor schadevergoeding bij dwangontteigening onder BINDING's beginsel subsumeert. Daarmede komt, ook m. i., de rechtsgrond voor bedoelde vergoeding, in het volle licht. LAYER (Prinzipien des Enteignungsrechts, Bonn,

1912, blz. 24) zoekt dien rechtsgrond, door eene splitsing te maken tusschen het onteigende goed, en het, in dat goed, besloten, onteigende kapitaal. Het goed nu, niet het kapitaal, heeft de onteigenaar noodig, mitsdien moet hij voor het kapitaal vergoeding geven.

Mij dunkt, het gekunstelde dier onderscheiding valt in het oog.

Het kapitaal is inhaerent aan het goed, zoozeer dat buiten het eerste, in de verkeerswereld, het laatste niet gedacht worden kan. Hoe buiten de verkeerswereld, zeggen wij op de planeet Mars, gehandeld wordt, deert ons hier verder niet. Er valt alzoo niet te abstraheeren, wanneer, van twee zaken, de eene buiten de andere zelfs niet gedacht worden kan. Een verkooper van onverschillig wat zou dan ook groote oogen opzetten, wanneer een op crediet beluste kooper hem zeide: ik neem uw goed maar voorloopig meê, over het kapitaal spreken wij wel nader.

Vervolgens, heeft de onteigenaar wel degelijk niet enkel het liggend goed, maar ook het daardoor vertegenwoordigd kapitaal noodig, naardien dit kapitaal hem vrijwaart tegen offers aan kapitaal zijnerzijds. Daar ligt een land dat, zonder groote kosten, een weg leveren kan, tusschen twee eindpunten. Die weg valt ook te bereiken op andere wijze, maar dan zijn tunnels, kunstwerken, bruggen, de hemel weet wat, noodig, die tienmaal zooveel kosten, als de lijn langs eerstgemeld land. Is het onteigeningsmotief hier niet kapitaalsbehoefte?

Eindelijk, valt de gordel-onteygening, door LAYER niet goed te praten, naardien hij alleen verlof geeft, — in thesi, — tot onteygening van het noodige. Indien men, in de abstractie, niet verder gaan mag, dan hetgeen noodig is, mag men het, in de realiteit, toch zeker niet.

Aan het zoeken naar een rechtsgrond voor den ver-

goedingsplicht bij onteigening, maakt GIERKE derhalve wel en terecht een einde. En hij doet nog iets meer. Wanneer de rechtsgrond der schadevergoeding bij onteigening is aansprakelijkheid buiten schuld, dan hebben wij, omgekeerd, niet slechts een voorschrift, in ons stellig recht, dat zoodanige aansprakelijkheid gebiedt, maar tevens, een constitutioneel uitgangspunt, voor hare regeling, in de toekomst, ja zelfs een plechtanker van niet geringe beteekenis, voor hare dadelijke toepassing. Bovendien, zoude, door het Bestuur der Ned. Juristenvereeniging, voor 1913, aan de orde gestelde vraag: Moet de Grondwet bepalingen nopens onteigening bevatten? bevestigend te beantwoorden zijn. Niet slechts, in het algemeen, om het overwegend belang van het onderwerp, maar ook om de deur te ontgrendelen voor het algemeene beginsel: aansprakelijkheid buiten schuld.

Want dit beginsel geeft, *in utramque*, tot aanmerkelijk en zeer geschakeerd verschil van gevoelen aanleiding.

In een betoog, (Schriften des Vereins für Sozialpolitik, XIX. Die Haftpflichtfrage, Leipzig 1880, blz. 125) gaat de Pandectist J. BARON uit van de grondstelling: „Wanneer „een toevallige schade, bij eene gelegenheid, ontstaat, „welke gelegenheid iemand *veroorzaakt* heeft, moet hij „die schade dragen, ook wanneer hem schuld in het „geheel niet treft”. Uit deze grondstelling (maar stiptelijk uit haar alleen, met terzijdelating van iedere economische opvatting, zie blz. 127), leidt BARON de juridische verplichting af, om werkgever en werknemer, ieder voor de helft, de schade te doen dragen, naardien zoowel gene als deze, aanleiding tot schade hebben gegeven: de werkgever, doordien hij den arbeid deed verrichten, de werknemer, doordien hij hem op zich nam.

In een later betoog (Arch. f. civ. Praxis, dl. 78, Freiburg 1892, blz. 217 vlg.), geeft BARON heel wat

ruimere, innerlijke gronden, waarom afgeweken worden moet van den ouden orthodoxen regel: niemand is aansprakelijk voor vreemde schuld.

Den opportunitetsgrond vindt hij, in de grootere zorgvuldigheid, waarmede, in het verkeer, te werk gegaan wordt, wanneer de orthodoxe regel verlaten wordt.

Den rechtsgrond voor dezen ommekeer, acht hij gelegen in het feit, dat, in het verkeersleven, eigenlijk nooit met een specialen persoon, maar steeds met een type, een groep van personen gehandeld wordt. Naardien nu de wetgever te letten heeft op de omstandigheid, dat bij iedere rechtshandeling, zij het rechtstreeks, zij het zijdelings, tal van in gelijk geval verkeerende personen betrokken is, volgt daaruit onmiddellijk aansprakelijkheid voor vreemde schuld (219). Deze aansprakelijkheid zelve nu wil BARON uitgebreid zien tot hetgeen hij noemt: „lager toeval” d. w. z. zoodanig toeval, hetwelk niet valt onder het begrip van overmacht (206).

Uit dit alles, maakt BARON de gevolgtrekking, dat men te letten hebbe op: „de opvoedende kracht, waaraan de „*diligentia exactissima, diligentissimi patris familias* recht- „vaardiging en beteekenis ontleent” (234).

Men ziet, dat BARON wel opgehouden heeft orthodox te zijn, in zooverre hij doet boeten ook voor vreemde-schuld. In liberalisme, met BINDING, echter kan hij niet zich meten, naardien deze aansprakelijkheid verdedigt, ook bij ontstentenis van alle schuld.

Van andere zijde uit, nadert DEGENKOLB (Arch. f. civ. Praxis dl. 76, Freib. 1890, blz. 74) BINDING. Hij oordeelt, dat: „het vraagstuk, door BINDING, in zijne alomvattende „beteekenis, het eerst erkend, in grooten omvang is een „maatschappelijk, economisch vraagstuk. Als geheel, lost „men het niet op, met formeelrechtelijke categorieën — „als geheel, lost men het niet op, langs den weg van

„deduceerende juridische logica: noch van het standpunt
 „des subjectieven noch van dat des objectieven rechts
 „uit, d. w. z. noch doordien men de schadevergoeding,
 „door het bestaande of daardoor zich verwerkelykende
 „subjectieve recht, noch doordien men haar, uit alge-
 „meene beginselen van het objectieve recht beproeft te
 „motiveeren”.

Zijne conclusie is: „elasticiteit van het recht op schade-
 „vergoeding, individualiseering, niet schablone” (86).

Daarmede kan men vrede hebben, omdat alsdan aan de rechtsevolutie gelegenheid gelaten wordt zich te openbaren. Deze doet zich duidelijk gevoelen bij J. EBEBECKE (Dogmat. Jahrb. Dl. 24, Jena 1889, blz. 329), die, tegen de schier eenparig geuite meening der vroegere doctrine in, doet opmerken, in aansluiting bij BINDING, dat degene, die de schade veroorzaakt toch altoos meer schuld heeft, dan de beschadigde, die op geenerlei wijze de schade afwenden kon, — wederom het bekende meer en min. Hij voegt daarbij: „Het gezichtspunt der relativiteit is, „ook overigens, in het Recht van beteekenis. Op het „gebied van het zakenrecht wordt niet enkel de werke- „lijk gerechtigde, maar ook de beter gerechtigde beschermd, „die meer recht heeft dan de houder”.

De rechtsdogmatiek echter houdt stand, ook al is zij de stellige wetgeving ver vooruit. Als opperste grondstelling, voert A. MERKEL (Juristische Encyclopädie, Berlin 1885, § 243) aan: „dat ieder, handelend en lijdend, „de voorwaarden vervullen moet, waaronder de, van hem „uitgaande werkzaamheid, met het recht van een ander „zich verdraagt, en waaronder de heerschappij des Rechts „bestaan en haar oogmerk vervullen kan”.

Met het oog op ons leerstuk, verklaart hij (§ 680): „In de aangeduide gevallen, brengt het Recht de gedachte „tot uitdrukking, dat degene, van wien eene bepaalde

„werkzaamheid uitgaat, en van wiens wil en respective-
 „lijk belang haar vorm afhangt, hiervoor instaan moet,
 „dat zij zich verdraagt met het welzijn van een ander,
 „zij het door verwerkelijking der voorwaarden, waar-
 „onder eene beschadiging van anderen uitgesloten schijnt,
 „zij het, waar dat niet doenlijk is, door naderhand te
 „vergoeden een ontstane schade”.

Tegenover deze phalanx van verdedigers van het beginsel: aansprakelijkheid buiten schuld, als *algemeenen* rechtsregel te huldigen, staan niet minder gewichtige stemmen van bestrijders, onderling evenwel ook niet eenstemmig. Ik noem PLANCK en UNGER.

G. PLANCK (Arch. f. civ. Praxis dl. 75, Freiburg 1889, blz. 390) zegt: „Als algemeene regel laat zich m. e. enkel „de grondstelling rechtvaardigen, dat iedere doleuse „of culpose schadetoevoeging, tot vergoeding verplicht. „In de plaats daarvan, de grondstelling aan te nemen, „dat de schade, door de handeling eens menschen eenen „ander toegevoegd, zonder eenigszins te letten op toe- „rekening, door den dader vergoed moet worden, zou „m. e. noch met het duitsche recht, noch met de gerechtig- „heid, noch met de billijkheid overeenkomen.

„De vraag, wie in een geval van dit soort, de schade „dragen moet, is, naar het mij toeschijnt, reeds niet juist „gesteld. De schade heeft den benadeelde getroffen en de „vraag is nu, of er genoegzame grond bestaat, weswege hij „gerechtigd zijn zou, de schade op een ander af te wentelen.

„Hoort men hier het antwoord, dat in een soortgelijk „geval, wel is waar beiden aan de veroorzaakte schade „onschuldig, de benadeelde evenwel toch nog onschuldiger „dan de dader is, dan ligt de innerlijke tegenstrijdigheid „van zoodanig argument voor de hand.

„De schuld kan verschillende graden hebben, niet „evenwel de onschuld; zij bestaat òf niet òf wel”.

Het wil mij voorkomen, gelijk ik reeds opmerkte (1), dat de bedillers van BINDING wel wat kleingoed bezigen te zijner bestrijding.

Voor dit laatste, maakt de correctie der vraag reeds stemming. Zij zou verkeerd gesteld zijn. Dat is zij niet. Zij gaat het probleem regelrecht te lijf, door te zeggen: daar is schade, wie draagt haar, quid juris? PLANCK echter doet het voorkomen als ware de schade nu eenmaal geleden en daarmee uit. Het is, als ware eens iemand op den inval gekomen, om een voorbijganger, in Deventer, te doen opdraaien voor eens voorbijgangers handeling, in Amsterdam.

Moet de wending van PLANCK het verwijt verhelen, van ontrouw aan den regel van het romeinsche recht: casum sentit dominus? Wij weten alsdan reeds van BARON (2), dat zelfs Rome daarmede niet tevreden zich stelde en onze rechtsevolutie verder is gegaan.

De gradatie van onschuld is een zegswijs, een manier van spreken, als innerlijken bewijsgrond niet bedoeld. Wat BINDING en GIERKE zeggen willen is: benadeelde en benadeeler zijn beiden onschuldig, maar gene doet absoluut niets en deze doet wel wat. Nu kan men antwoorden: dat is niet voldoende, maar men moet niet gaan beknibbelen op de voorstelling der feiten, die omni exceptione major is.

PLANCK vervolgt: „Het volhouden, in het algemeen, „van bedoelde gedachte, wil nu, naar ik meen, in allen „ernst wel niemand, veeleer zijn het altoos slechts enkele „bijzonderlijk gequalificeerde gevallen, welke den verdedigers der gedachte voor den geest zweven. Ook „GIERKE wil b.v. in het geval, dat een waanzinnige of

(1) Zie boven blz. 254.

(2) Zie boven blz. 261.

„een kind aan een ander nadeel toegebracht heeft, hun „slechts dan eene verplichting tot schadevergoeding „opleggen, wanneer zij rijk zijn, terwijl de benadeelde „arm is. Hier is niet meer van een juridisch beginsel, „maar van eene billijkheidsoverweging sprake. Verre van „mij, principieel bezwaar er tegen te hebben, dat men, „in de wet, met de billijkheid rekening houde, veeleer „geef ik HARTMANN volkomen toe, dat de gedachte der „ware *aequitas* de gansche wet doordringen moet.

„Als het den regel vaststellende juridische beginsel, „laat zich echter de billijkheid hier, zoomin als op andere „plaatsen gebruiken.

„Of in de aangegeven voorbeelden de billijkheid eischt, „dat de, door GIERKE, aanbevolen inachtneming van den „rijkdom en de armoede plaats grijpe, schijnt mij, in „hooge mate, twijfelachtig. Den wetgever zal m. e., in „dit opzicht, groote behoedzaamheid aan te bevelen zijn, „en zal hij, in het bijzonder, te overwegen hebben, of „door de speelruimte, welke het inacht nemen der billijk- „heid regelmatig aan het rechterlijk goedvinden laten „moet, (in het aangegeven voorbeeld, de beoordeeling van „de mate van rijkdom aan de eene, en der armoede aan „de andere zijde), niet de rechtszekerheid in gevaar ge- „bracht wordt, en het daaruit voortvloeiend nadeel niet „grooter is, dan de beoogde winst”.

Ik verheel niet, dat eene bewijsvoering als deze, mij in hooge mate onsympathiek is, vanwege den geest, die daarin doorstraalt. Zij herinnert, in ieder opzicht, aan het gebed van een schijnheilige, dat onder dierbaar opzien naar den hooge, luidt: Heere, Heere laat ons toch houden wat we hebben en trachten zooveel mogelijk er bij te krijgen. Met voorbeelden, heeft men vrij spel. Neem er een, waarin een waanzinnige, die niet millionair behoeft te zijn, de eenige koe gedood heeft van een landarbeider.

Moet dit nu zoo blijven, en men schouderophalend zeggen, — ja maar, wie meet striktelijk de verhoudingen af; ja maar, de rechtszekerheid en dergelijke vieren en vijven meer? Ik zou meenen, gooi dan maar liever wat rechtszekerheid overboord en betracht *recht*, waar het dan ten slotte toch op aankomt. En er bijvoegen zou ik: Zij, die met het Recht omgaan als ware het kraakporselein verdienen, ging het aan, eens ettelijke maanden onder sociaal-democratische tuchtroede te komen, als wanneer hun blijken zou, dat met *alle* Recht, tevens hun rechtszekerheid naar de maan is, — quod dii avertant.

PLANCK gaat voort: „Ook andere overwegingen dan „die der billijkheid kunnen, bijwijlen, er toe leiden, „iemand, zonder te letten op zijne schuld, aansprakelijk „te maken voor de schade, veroorzaakt door zijne „handeling.

„Vaak immers, wordt de gedachte verdedigd, dat, bij „de verklaring, afgegeven tegenover een ander, welke „uiterlijk als wilsverklaring zich laat aanzien, hij die „verklaart, indien hetgeen verklaard is, niet overeen- „kwam met zijn werkelijken wil, zonder te letten op „*culpa*, jegens den ander aansprakelijk is voor de schade, „welke deze, daardoor, heeft geleden, dat zij de verklaring „voor eene wilsverklaring heeft gehouden”.

Dit geval is bedoeld, door IHERING en BÄHR (1). Volgens PLANCK, had X in het gelijk gesteld moeten worden, hetgeen, naar de meening van IHERING, den levenseisch te kort gedaan zou hebben. Inderdaad, lijkt het toch wel wat hard, iemand, die van den Prins niet kwaad weet, en zijn uiterste best doet om een order naar beste weten uit te voeren, te doen boeten — ja, waarvoor eigenlijk? Magnus mihi Marcellus erit, die dat uiteijferen kan! Iets

(1) Zie boven blz. 247.

anders valt wel uit te cijferen. Had X, met zijn chicane, gelijk, er zou een geduchte kink komen in den kabel van het beursverkeer. Dan moest ieder ontvanger van een order doen overseinen, of men temet zich ook vergist hebben kon. In dien tijd, is de beurs gesloten, of draaien de koersen, waardoor de interessante vraag ontstaat: ter bate of ten laste van wien? Zoo'n Göttinger Geh. Justizrath als PLANCK is, breekt zich daarmee niet het hoofd. Hij zoekt naar *culpa* en vindt hij ze niet, dan discolpeert hij, hetgeen uitermate logisch, maar uitermate onpractisch is. Hij waarschuwt zelfs tegen het te rade gaan met den verkeerseisch, in de navolgende woorden: „Anderen „gaan nog verder en willen, in dergelijk geval, de ver- „klaring aldus doen werken, als kwam het verklaarde „met den werkelijken wil overeen. Hier is het zekerheid „des verkeers, welke, zonder te letten op *culpa*, de ver- „goeding motiveeren moet. Ik kan mij niet overtuigen, „dat de aangeduide behandeling der aangewezen gevallen „de juiste zijn zou, meen veeleer, dat het standpunt, „waarop, in gevallen van dien aard, een plicht tot ver- „goeding van schade slechts dan bestaat, wanneer degene „die verklaart, in culpa is, de voorkeur verdient”.

Is het de bedoeling om de aansprakelijkheid buiten schuld in discredit te brengen, ten einde, door het afschrikwekkend voorbeeld van „anderen”, aanschouwelijk te maken, dat zij alle juridische noties overboord doet werpen, men kan de eerste, de aansprakelijkheid, bepleiten en desniettemin de laatste, de noties, behouden. Valsche wilsverklaringen (in scherts, in dwaling enz.) missen rechtsgevolg. Dit staat vast en blijft muurvast staan. Eene andere, en daarvan wèl te onderscheiden vraag, is echter: wie draagt de schade, ontstaan, door een contract (of den aanloop tot een contract), van rechtsgevolg ontbloomt? De verdedigers der *culpa à outrance* antwoorden:

Gij zedet het reeds: het contract mist rechtsgevolg, atqui ergo. Zij echter, die op *culpa* niet zich blind turen, meenen, dat er nog andere rechtseischen te bevredigen zijn, dan de enkel logische, desnoods op straffe van inconsequentie, maar ter voldoening van den rechtseisch.

PLANCK besluit: „Het is hier de plaats niet, om met „deze vraag nader zich in te laten. Ik heb haar slechts „aangeroerd, om er op te wijzen, dat de aansprakelijk- „heid voor de schade, veroorzaakt door eene handeling, „zonder te letten op *culpa*, altoos slechts voor enkele „gevallen, in aanmerking nemende de daarbij plaats „grijpende bijzondere omstandigheden, ter sprake komen „kan, dat een algemeen beginsel, in dit opzicht, niet „laat zich stellen”.

Deze slotsom heeft sterken familietrek met eene transactie tusschen algeheele aanneming, en algeheele afwijzing van het beginsel der aansprakelijkheid buiten schuld. Het eerste doet tal van conflicten ontstaan, met het rechtsgevoel. Daarom paait men zijn geweten, met het tweede. Ook bij IHERING, is die halfslachtigheid aanwijsbaar (1). Ik kan haar eene geldige bestaansreden niet toekennen.

Men wil specialiseering, in de wet. Goed, maar wat bereikt men daarmee? Innumerabiles sunt variarum causarum figurae: dit wascht het water van de zee niet af. Ligt dan aan de wet niet een gemeenschappelijk beginsel ten grondslag, dat, *als zoodanig*, onder woorden moet kunnen worden gebracht. Hoe heet dit beginsel — aansprakelijkheid buiten schuld, ja of neen? Zoo ja, waarom moet men het elkander dan knipoogend toefluisteren en mag de rechter het niet luide, plain speaking, noemen, opdat hij er, in analoge gevallen, meê opereeren

(1) Zie boven blz. 249.

kan? Zoo neen, waarbij wordt alsdan de *speciale* regeling onder dak gebracht?

Verder, wat heeft het voor houding, in de wet iets te specialiseeren, dat men eigenlijk niet aandurft? Men mag niet beweren: het Nederlandsche recht kent aansprakelijkheid buiten schuld. Vooral niet, want dan valt elk en een iegelijk om van schrik. Maar nu staat het daar, voor speciale gevallen, kan nu elk en een iegelijk gerust zijn? Waar blijven dan des rechters hulpmiddelen: de redeneering uit analogie, de wetsuitlegging, de hermeneutiek in één woord? Of moet hij zich stiptelijk houden aan de letter der wet, opdat het leerstuk, — wel neen, het fragment van een leerstuk, aan alle kanten, hermetisch afgesloten blijve?

Eindelijk, specialiseering is slechts een ander woord voor casuïstiek. Hebben wij niet genoeg leergeld gegeven met deze laatste, om te weten, dat van alle wettelijk onvermogen, deze het meest absolute uitzicht opent op een bankroet? Gij specialiseert de auto; best. Wat doet gij met de motorfiets? Ook deze staat op uwe lijst; uitnemend. Hoe denkt gij over de gewone huis-, tuin- of keukenfiets? Vraagt men mij, werden zij al te gader gestolen, ik neem aan den dief te verdedigen, zonder een cent honorarium, maar er mag er niet één ontbreken en ze moeten niet terug te vinden zijn.

Kortom: het allerellendigst testimonium paupertatis dat de wetgever zich uitreiken kan, is: specialiseering. Dit bevredigt niemand. De orthodoxen niet, want zij zitten in zak en asch over hun *culpa*, die, ge moogt zeggen wat ge wilt, dan toch maar aan den dijk gezet is. De liberalen niet, want de lappedeken der wet laat allerwege leemten bestaan, waardoorheen het beginsel wel gluurt, maar ruimte van beweging mist. En den rechter ook niet. Immers op de keper beschouwd, is heel

de specialiseering een voorzorgsmaatregel, — tegen hem. Hij mocht eens met aansprakelijkheid buiten schuld malligheden gaan doen, en den schout doen vergoeden, wat de schepenen misdreven. Nu is het zeker waar, dat, bij ons beginsel, behoedzaamheid allerwege geboden is. Maar waar is ook wat MULTATULI zeide: Een ruiter viel eens van het paard. Sedert, noemt zich ieder een ruiter, die van het paard valt.

Dat men wat spaarzamer zij met het verschaffen van paarden, dan behoeft men, voor het vallen, minder beducht te wezen.

De tweede tegenstander van het algemeene beginsel is J. UNGER (*Handeln auf eigene Gefahr*, Jena, 1904). (1) Hij ontleent — *mirabile dictu* — aan PLANCK het argument van de gradatie der onschuld, boven (2) besproken (blz. 5, n. 6).

Intusschen, verheelt hij zich niet het gevaar eener wettelijke opsomming: „Vaker zal het gebeuren, dat de „kring van het handelen op eigen risico, door de toevoeging „van een nieuw geval wordt vergroot. De moderne trek „gaat, beslist, in de richting, bijwijlen den vergoedings- „plicht aan het feit der enkele veroorzaking, aan de „causaliteit als zoodanig en onafhankelijk van eene sub- „jectieve schuld te hechten. Dit *objectieve* beginsel van „schadevergoeding, dat, naar geldigheid in het stellige „recht worstelt, kan haar slechts, stap voor stap, van „geval tot geval, bekampen. Want de toepassing daarvan

(1) In de *Duetsche Juristenzeitung* van 15 Mei 1913 blz. 602, wordt, in eene necrologie van JOSEPH UNGER, doar den minister van justitie Dr. KLEIN, juist «das Handeln auf eigene Gefahr» benevens den tegenhanger daarvan: «das Handeln auf fremde Gefahr» genoemd, als voorbeelden van «neue, für die Bedürfnisse des heutigen «Lebens geeignete Rechtsgedanken».

(2) Zie blz. 264.

„op eene bepaalde typische levensverhouding, behoeft „steeds eenen rechtvaardigingsgrond, die in de innerlijke „natuur en geaardheid van die verhouding ligt” (129).

De groote rechtsgeleerde, al is hij niet blind, gelijk PLANCK, voor den levenseisch, schijnt mij hier op een dwaalspoor. Ik ontken namelijk de juistheid van het motief, dat hij geeft voor: het schoorvoetend veldwinnen van den vergoedingsplicht.

Rome kon nog het *neminem laedere* opvatten in en beperken tot de doleuse of culpose handeling. Rome kon nog genoeg nemen met en staan blijven bij den nader verklarenden regel: *qui suo jure utitur neminem laedit*. Wij kunnen en mogen dit niet langer. Aan het slavenhoudend Rome bleef de menschelijke waardigheid onbekend (1). Mitsdien, bleven de plichten, uitsluitend daaraan

(1) Het juiste tijdstip, waarop, in den modernen Staat, tegen Rome, partij gekozen werd, door het huldigen der vrijheid van allen, die op zijn grondgebied zich bevinden (Art. 4 Grdw.; Art. 2 B. W.) is aanwijsbaar.

Een neger, als slaaf verkocht op de Afrikaansche kust, kreeg een engelschen eigenaar en werd naar Engeland medegevoerd. Aldaar angekommen, liep de slaaf weg en weigerde zijn dienst, toen hij met geweld gegrepen was. Hij werd in de boeien geslagen, aan boord van een schip, dat hem naar Jamaica voeren zou. Deswege, werd eene klacht ingediend. Ten dage dienende, den 22sten Juni 1772, vonniste Lord chief Justice MANSFIELD: «Slavernij heeft opgehouden «te bestaan, in Engeland, en kan niet opnieuw worden ingevoerd. «De lucht van Engeland is, langen tijd, te zuiver geweest voor een «slaaf en ieder is vrij, die haar inademt. Ieder, die in Engeland «komt, heeft recht op de bescherming van de engelsche wet, welke «onderdrukking hij, vroeger, geleden hebben moge en welke zijn «gelaatskleur ook zijn moge.

«Quamvis ille niger, quamvis tu candidus esses».

«Dat de neger vrij uitga».

(Great opinions by great judges. New York, 1883, blz. 112.)

Men krijgt diepen eerbied voor een land, welks rechters, met

ontleend, vreemd aan Rome's recht. Als zoovele souverainen, in eigen, streng afgebakenden rechtskring, stonden Rome's burgers, onderling onafhankelijk, naast elkander, ieder voor zich nauwkeurig lettend op zijne rechts-, hetgeen

onbegrensd gezag, dergelijke wereldhistorische uitspraken doen, in gansch het britschè Rijk aangenomen en nagezegd, met geen anderen commentaar dan een «'Autos epha», en men begrijpt, hoe MENDELSSOHN BARTHOLDY die macht aanduiden en omschrijven kon (Das Imperium des Richters, Strassburg 1908).

Maar men verneme dan ook, hoe in Engeland Recht aangeschreven staat.

«Degene, die een degelijke kennis van de rechtswetenschap wenscht op te doen, heeft zich in te prenten de ruimste denkbeelden van hare overweldigende waardigheid, haren grenzenloozen omvang en hare oneindige verscheidenheid.

«Naardien zij betrekking heeft tot der menschen gedragingen, is zij een zedelijke wetenschap van groote verhevenheid; naardien haar onderwerp is het individueele en het volksgeluk, is zij, van alle anderen, de belangrijkste; naardien zij het oog heeft op de zedelijke handelingen van personen, en van volkeren, is zij oneindig afwisselend; en naardien zij betrekking heeft tot alle rechten en verplichtingen der menschen, zij mogen afgeleid van of verschuldigd zijn aan de Almacht, den buur, het vaderland of de eigen persoon, moet zij noodzakelijk wezen eene wetenschap van groote uitgebreidheid.

«Aan eene verhevene en waardige opvatting van deze doorluchte wetenschap, misschien beoefend en geliefd, gedurende gansch een leven, mogen wij toeschrijven de verwonderlijke vorderingen, door enkelen in haar gemaakt; terwijl, aan de andere zijde, degenen, die zelf maar een oppervlakkige kennis van haar hebben opgedaan, haar de hulde hebben gebracht van hun diepsten eerbied, en haar als, van allen de edelste, hebben beschouwd.

«Zij, die, van de ouden of modernen, aan deze wetenschap een bijdrage van eerbied hebben gebracht, schijnen verlegen te zijn geweest, om in de taal van sierlijkheid en welsprekendheid termen te vinden, genoeg bij machte om hunne bewondering uit te drukken. Vandaar, dat de geestdrift van HOOKER op de navolgende verheven wijze zich uitte: «Van het Recht valt niets minder te zeggen, dan dat zijn zetel is Godes boezem, zijn stem, der wereld harmonie; alle dingen in den hemel en op aarde brengen het hulde, de minsten

betekende zijne machtssfeer. Het valt niet te ontkennen, dat, van dit scherpe individualisme, zekere bekoring uitgaat. Gelijk de anatoom er prijs' op stelt, in het lichaam, dat hij ontleedt, den loop te vervolgen van aderen, vezels, spieren, kortom van gansch het samenstel en den bouw, zóó laat Rome's rechtswezen met stalen logica, tot in de fijnste vertakkingen zich opsporen en nagaan. Met ongeëvenaarde vastheid immers verraadt zich telkens de albeheerschende grondgedachte, met ongeëvenaarden tact en beslistheid, door Rome's juristen gehanteerd.

Maar de rechtmatige bewondering, welke Rome's Recht, als kunstwerk inboezemt, mag ons de heillooze gebreken van zijn wortel: het individualisme niet doen vergeten. Naturrecht en zedenleer hebben ons ingescherpt het gevoel, dat aan Rome ontbrak: de solidariteit. Wij weten, sedert KANT, dat het ons niet vrijstaat iemand enkel te bezigen als middel, doch verplicht zijn hem tevens te beschouwen als doel. Gaf men een' Romein die les, hij zou haar niet verstaan. Ons Recht daarentegen moet, van dit ontzag voor de menschelijke waardigheid, de sporen toonen, gelijk deze laatste, bij geenerlei rechtsbetrekking, mag worden uit het oog verloren. Iedere rechtsinstelling ziet, daardoor, zich geplaatst voor de vraag: of en in hoeverre zij aan den ons opgelegden levenseisch voldoet.

Voor al het onderwerp, dat ons bezig houdt, kan die

«doordien zij zijne zorg ondervinden, en de grootsten als niet
«ontbloot van zijne macht; engelen en menschen, de schepselen van
«welken aard ook, ofschoon elk naar eigen aard en op verschillende
«wijze, desniettemin allen met eenparige toestemming, bewonderen
«het als vader van hunnen vrede». (Great opinions by great judges
t. a. p. blz. 684.)

Dat zij, die Recht vernederen, het zich voor gezegd houden: rechtsverachting, onverschillig uit welke bron zij voortvloeit, wreekt zich altijd.

noodzakelijkheid veraanschouwelijken. Is men buiten schuld, heeft men alzoo, negatief correct, gehandeld en desniettemin een slachtoffer gemaakt, men paait zich zoo gemakkelijk met de opmerking: ben ik mijns broeders hoeder? Alzoo, mag een, stipt in wettelijken pas rijdende, auto, die een doove overrijdt, van rechtswege, hem stil laten liggen, en is de slooper van een huis, mits hij wachtposten heeft uitgezet, ook al raakte hij iemand doodelijk, volledig gedekt.

In deze en dergelijke gevallen, eischt UNGER, alvorens hij aansprakelijkheid erkent: „eenen (specialen en internen) rechtvaardigingsgrond”. Mij daarentegen wil het voorkomen, dat die grond ligt, in de menschelijke solidariteit, die ons voorschrijft niet enkel, negatief, buiten schuld te blijven, maar ook, positief, om anderen ons, bij onze handelingen, te bekommeren.

UNGER zelf geeft een sprekend voorbeeld van het wederzijdsche standpunt.

Hij zegt: „De plicht van den Staat om onschuldig „veroordeelden schadeloos te stellen schijnt, met logische „noodzakelijkheid, te dringen naar schadeloosstelling, in „het geval van *eene hechtenis tot onderzoek*, die onschuldig „ondergaan is. Doch deze eisch lijdt schipbreuk, op het „belang van den Staat, bij eene, door financieele over- „wegingen, niet verlamde uitvorsching van misdadigers; „eerst wanneer het gelukt, eene formule te vinden, welke „dit belang vermag te vrijwaren, zal het mogelijk zijn, „gindsche verdere schrede te doen” (130).

Hier hebben wij dus, in den meest strikten zin, *virtus post nummos*. Ieder ziet immers, dat het doen van deze tweede schrede het belang van den Staat, in geen enkel opzicht te na komt. Alleen dan, wanneer men meent: de Staat mocht eens bekoelen in zijn ijver om misdadigers op te sporen, van wege de rekening, die zij, onschuldig

bevonden, hem voorleggen, alleen dan, is het zaak de beoogde schrede niet te doen. Wanneer men echter van oordeel is, dat niemand, Staat of individu, zich onttrekken mag aan den plicht om, wat hij verkeerd deed, te herstellen, ook al lag aldus te handelen, niet in zijne bedoeling, dan is, met het aldus gestelde beginsel, ook de gevolgtrekking daaruit gemaakt.

Van twee zijden, is de bovengemelde rechtvaardigingsgrond, dien ik korthedshalve aanduidde als *solidariteit* gegeven. Beide worden, door UNGER vermeld en weersproken.

De eerste is A. MENDER. (Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Tübingen, 1908, blz. 205 vlg.) Hij wil den: „fatsoenlijken huisvader”, die, ook in ons recht, het tooneel-emplooi van *père noble* vervult, zijne welverdiende rust gunnen. Dit wezen, natuurlijk braaf, liefst diaken, Zondags gesloten (zijn ruiten, meen ik) en wiggedast, overigens op de loer, of en wien hij een vlieg kan afvangen, de verpersoonlijkte zelfzucht, welke hij onophoudelijk glad strijkt en oppoetst met het vernis der immers: „heilige” plichten, door de zorg voor *zijn* gezin hem opgelegd, — dit onuitstaanbaar en vervelend wezen, glad van tong, gluiperig van blik, in de dierbare tale Kanaäns bedreven, heeft lang genoeg geteerd op de erfenis van zijn romeinschen voorganger, den diligens paterfamilias.

Hem wil MENDER vervangen zien, door den *wakkeren man*, wij zouden zeggen den flinken kerel, die noch flikflood, noch femelt, maar erop in slaat, als het te pas komt. „In tegenstelling tot den fatsoenlijken huisvader, „die enkel over de zijnen en het zijne waakt, weet de „wakkere man, de eigen en de vreemde belangen, in „de juiste verhouding te brengen. Eene chicaneuse uit- „oefening zijner rechten is hem vreemd. Wat zijn ver-

„houding tot de onvermogene volksklassen belangt,
 „weet hij, dat hij zijne economische belangen zoover
 „slechts mag vervolgen, dat daardoor de hoogste persoon-
 „lijke goederen der, aan zijne bescherming toevertrouwde,
 „personen niet in gevaar gebracht en gedeerd worden.
 „Daarbij, zal hij niet enkel acht slaan op de zelfzuchtige
 „opvatting van een deel der bemiddelde „standen, maar
 „ook op de zedelijke beschouwingen der groote volks-
 „massa's. Kortom, niet enkel zijn eigen welvaart zal hij
 „waarnemen, maar ook voor het welzijn van anderen
 „zoodanige zorgvuldigheid aanwenden, waartoe een wakker
 „mensch, door recht en volkszede, verplicht is”.

Op het standpunt van MÈNGER, ware het begrip : schuld
 drieledig : boos opzet, nalatigheid en eigenbaat. Dat de
 sociale beweging onzer dagen een uitvloeisel is der gedachte,
 welke MÈNGER heeft getypeerd, wordt, door hem, terecht,
 opgemerkt.

UNGER (t. a. p. blz. 132, no. 13) voert daartegen aan :
 „Daarin ligt eene vermenging van zedelijkheid en Recht,
 „die tot ondraaglijke inbreuken, in het Recht der zelf-
 „bestemming, en tot onduldbare inmengingen des rechters,
 „in het privaatileven, leiden moest”.

Ik kan waarlijk, in deze woorden, niets anders dan
 eene hersenschimmige vrees ontdekken. Wat het recht
 van zelfbestemming hier te maken heeft, is mij reeds
 dadelijk een raadsel. Of iemand, naar humeur, een Nurks,
 of hoffelijk, naar beroep, een timmerman of een tuinder,
 naar eigenschap, een waaghals of een voorzichtig man
 zijn wil, moet hij weten en laat MÈNGER volmaakt
 ongerept. Verstaat UNGER daarentegen onder : „recht van
 zelfbestemming” de vrijheid om *baatzucht*, in de samen-
 leving, te doen gelden, zij het ook, aldoor, uiterlijk correct
 zich gedragende, dan moet dit handwerk worden verlegd,
 omdat van die „zelfbestemming” *anderen* het slachtoffer

worden. Daarbij, kan dan de rechter te pas komen, zeer zeker. Maar diens cognitie van de zaak en diens vonnis tot eventueele schadevergoeding is niet eene grootere „inmenging”, dan ieder ander geldelijk dictum zijn zou. Het kan toch waarlijk de bedoeling niet zijn, ernstige betoogen, door vogelverschrikkers, op de vlucht te jagen.

De tweede zienswijze, welke UNGER (t. a. p. blz. 133) bestrijdt, is die van BARON (1). Hij geeft toe, dat, in zoodanig voorschrift, *opvoedende kracht* ligt, „maar eene „zoo gespannen opmerkzaamheid en groote zorgvuldigheid „laat zich slechts in enkele gevallen en op bepaalde „gebieden van werkzaamheid verwachten en eischen. „Moest men daarentegen, onder alle omstandigheden, en „in alle levensverhoudingen, voor iedere veroorzaakte „schade, zonder te letten op schuld, aansprakelijk zijn, „dan zou dit juist het tegengestelde gevolg hebben. Wie „zou alsnog, ook maar de meest gewone zorgvuldigheid „toepassen, wanneer hij tot de ervaring kwam, dat hij, „ondanks alle zorgvuldigheid, toch steeds aansprakelijk „bleef voor de, des ondanks, ontstane schade!”

Er ligt in deze opmerking eene hypothese en eene psychologische beschouwing. Beide schijnen mij kwalijk dienst te kunnen doen.

De onderstelling is, dat men, ondanks alle zorg, schade toebrengt. Zeker, kunnen er personen zijn, in wier hand goud in lood verkeert, die het ongeluk naloopt. Men zal echter toegeven, dat dit slag van lieden nu juist niet de overgrootste meerderheid eener bevolking uitmaakt, gelukkig! Loopt er hier of daar eens een onder, wiens brood altoos op den boterkant valt, dan kunt ge, in de wet zetten, wat ge verkiest, hij is altoos het kind van de rekening. *Fata viam invenient.*

(1) Zie boven blz. 260.

De opvatting zelve echter dat scherpe wetsvoorschriften eindigen met niet te baten, zou, gold zij in waarheid, de algemeene preventie, d. w. z. een goed deel van het strafrecht, zijn doel doen missen. Denk u eens niet enkel het algemeene strafrecht, maar de macht van keuren, waarin wij ons verheugen. Werkelijk is de allergrootste zorgvuldigheid noodig om niet over eene daarvan te struikelen. Ware UNGER's bewering juist, dan had men de keuren slechts tot in het oneindige te vermenigvuldigen, en wij werden daardoor zoozeer afgestompt, dat wij de plaatselijke wetgevers gerust hun gang lieten gaan.

Van oneigenlijke bewijsgronden, ter-schijnbare versterking van zijn standpunt, is UNGER evenwel niet gediend. Zoo waarschuwt hij (t. a. p. blz. 131, n. 12) tegen eene opmerking van KAHANE in GRÜNHUTS Zeitschr. XIX, blz. 141: „Onhoudbaar is de gemaakte tegenwerping, „dat „„met de plaatsing van het veroorzakings- in stede „„van het schuldmoment, de beruchte vraag naar de „„causaliteit is opgedoemd, welke de vele pogingen tot „„dusver in het werk gesteld, al te gader niet vermochten „„op te lossen”””. Alsof het niet evenzeer: „bij het schuld- „beginsel, aankwam op veroorzaking, welke slechts boven- „dien nog eene schuldige wezen moet! Zonder causaal- „samenhang, ook niet eene aansprakelijkheid krachtens „schuld. De zwarigheden, welke de vaststelling van den „causaalnexus, in een bepaald geval, maakt, zijn, op den „bodem van het subjectieve vergoedingsbeginsel, volkomen „dezelfde als die, bij de heerschappij van het objectieve „beginsel””.

UNGER heeft volmaakt gelijk, wanneer hij de causaliteitsvraag onontwijkbaar noemt, hetzij men schuld, al dan niet, als grondslag van den vergoedingsplicht aanneemt. KAHANE, die (t. a. p. blz. 142, n. 28) met beroep

op ééne zinsnede van JOHN STUART MILL, wel wat heel losjes over dit vitale punt, als onoplosbaar, heenvliegt, schijnt mij nog nadere terechtwijzing te behoeven. Ik kom op deze zaak terug.

Een hoogst opmerkelijk bewijs van den modernen trek des rechtlevens, dien UNGER zelf opmerkt (1), levert hijzelf, niet enkel, door oplossing, maar ook door bewijsvoering, bij het geval van schade, aangericht door kind of waanzinnige (t. a. p. blz. 135 vlg.). Zoozeer, dat men waarlijk zou kunnen zeggen: het bloed kruipt, waar het niet gaan kan.

Van het Rom. recht weten wij, dat het met ijzeren banden vastgeklonken was aan den regel: *damnum ex culpa fit*, een regel, te vinden l. 34 pr. D. de O. et. A. 44 7). Die regel prijkt dan ook vlak vooraan in UNGER's werk (blz. 4, n. 5, waar men 34 aanvulle, — een drukfout). Herinnerd wordt daarna (131): „Mogen ook „al de uitzonderingen op het romeinschrechtelijk beginsel mettertijd zich vermeerderen, toch zal het *objectieve* schadevergoedingsbeginsel niet in staat zijn het „*subjectieve* te verdringen en tot alleenheerschappij te geraken”. Waarom niet? Omdat: „wij door een lang „historisch ontwikkelingsproces gevormd en gewoon zijn, „niet enkel op de *uitwendige* causaliteit, maar ook op de „*innerlijke* zijde der daad te zien, en bij een onrecht, „dat toegevoegd wordt, te vragen, of er en wien iets te „verwijten valt”.

Dit klinkt bar genoeg en wie deze woorden onder de oogen krijgt, is allicht geneigd uit te roepen: *lasciate ogni speranza voi ehe entrate*. Hoe staat het nu echter met kind of waanzinnige? Het Romeinsche recht doet, volkomen consequent, hen de aangerichte schade niet

(1) Zie boven blz. 270.

vergoeden; 1. 5 § 2 D. ad leg. Aquil. 9. 2. De wetgevingen, die het wèl doen, — en die zijn er — leiden UNGER tot de beschouwing: is vergoedingsplicht, hier, onafhankelijk van toerekenbaarheid, dan moet zij het overal, alzoo ook daar zijn, waar uit de feitelijke toedracht van zaken blijkt, dat aan toerekenbaarheid (hoezeer mentaal aanwezig, in concreto) niet te denken valt. Zeg: waar een vuur, op geoorloofde wijze aangestoken, vonken op iemands huis doet vliegen, of waar een ruiter, vallend, personen of zaken beschadigt of waar een schot, plotseling afgaand, iemand verwondt.

Toeval heet dit alles. Waarom is men echter, ingevolge de bedoelde wettelijke bepalingen, voor toeval aansprakelijk, in zooverre men, door de vergoeding van de aangerichte schade, niet in geldelijke ongelegenheid komt. Naar Germaansch recht, gold de regel: „wie niet-willens „iets gedaan heeft, moet wèl-willens betalen”. In den modernen rechtsbouw, zou zoodanige regel een vreemdsoortige ruïne lijken. Wèl gebieden fatsoen en humaniteit, zooveel doenlijk, te herstellen, wat men bedorven heeft, maar er is een rechtsgrond noodig, alvorens men aan het ethische voorschrift rechtsdwang verleen kan.

Dien rechtsgrond nu vindt UNGER, in het maatschappelijk moment, dat voorschrijft te letten op den weerszijdschen vermogenstoestand. De economische draagkracht is, ten deze, beslissend en past bij de humane strooming van onzen tijd, waarvan het streven is, den zwakkere te helpen. Ook op het gebied van het privaatrecht, geldt de regel: „zoover het aangaat en passend schijnt: „richesse oblige”.

Al wenscht men zich geluk met deze onmiskerbare toenadering van den grooten rechtsgeleerde, onwillekeurig zal men toch denken aan de natuur, die sterker is dan de leer. UNGER zelf maakt zich de tegenwerping:

wat, als van het dak eens rijken een pan waait, die een voorbijganger doodt? Hij beantwoordt haar met de opmerking, dat er dan zelfs niet eene *imputabilitas externa*, eene uiterlijke toerekenbaarheid bestaat, „en dat het, op „rechtsgebied in het algemeen en in 't bijzonder op het „terrein der schadevergoeding, niet op logische consequentie-trekkerij, maar hierop aankomt, de behoeften „des levens, zoo goed en zoo ver als het aangaat, te bevredigen”.

Het schild, waarachter UNGER hier wegschuilt, is doorschijnend van weefsel. Laat het zoo zijn, dat de dakpannenman zelfs niet een vinger uitgestoken heeft en een kind of een gek wél. Is het werktuiglijk in actie zijn voldoende, om den vergoedingsplicht, krachtens *imputabilitas externa* te belopen? Van een kind, kan men nog zeggen: het weet, dat het kwaad doet, niet, welk kwaad het doet. Het snijdt een Ruysdael aan stukken, om er zijn vlieger meê te belasten. Maar een gek staat buiten zijn daad, gelijk een hefboom buiten het te heffen voorwerp. Moet deze betalen, waarom loopt de dakpannenman vrij?

En wat de consequentie betreft: natuurlijk is Recht een levensregel, derhalve, allereerst en allermeeft, op den levenseisch gericht. Maar de membra disjecta der ervaring onder beginselen te groepeeren, en is dit geschied, die beginselen toe te passen, — dat juist is de taak van het Recht, zou ik meenen. Zal bij de ordening van den levenseisch, ieder richtsnoer ontbreken, en men derhalve niet mogen zeilen op een principieel kompas, dan vaart men niet, maar dobbert rond op de levenszee, ten prooi van wind en golven. Het tegendeel heeft UNGER zelf ons niet geleerd, toen hij, met vaste hand, de lijnen trok, die het Romeinsche recht volgde.

Alles saamgenomen, het moge dan waar zijn, dat zij,

die aansprakelijkheid buiten schuld, als algemeen rechtsbeginsel, bepleiten, hunnen tijd ietwat vooruit zijn, zij zijn het lang niet zoover, als bij dien tijd ten achter zijn, degenen, die, met LAND (Beschouwingen over de verbintenis uit onrechtmatige daad, Haarlem 1896, blz. 169) oordeelen (1): „dat voor elk geval van aansprakelijkheid „buiten schuld voldoende gronden moeten kunnen worden „aangewezen, voordat het recht er zijn zegel aan mag „hechten”. Nog „altertümlicher” klinkt ons in de ooren, hetgeen er onmiddellijk op volgt: „Het is werkelijk niet „dan na velerlei aarzeling, en ten slotte nog met schroom” (men houdt zijn hart vast voor wat er komen zal), „dat „ik een zoo platte en nuchtere waarheid durf neer- „schrijven als een opmerking van een zeker gewicht”. Het moet een heele opluchting zijn, als het er eindelijk uit is.

Ook elders, dan in Duitschland, waar BINDING het zonder omwegen verkondigde, doet het leerstuk der aansprakelijkheid buiten schuld zijn intrede. Ik wensch nog te wijzen op Frankrijk en Engeland.

Opmerkelijk is de wijze, waarop, in Frankrijk, de doctrine is aanhangig gemaakt. Naar allen schijn, volkomen onafhankelijk van BINDING, is TEISSEIRE, woordelijk zelfs, gekomen tot overeenstemming met genen. Hij zegt: (Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité, Paris 1901, p. 156) „Nous ne croyons pas „qu'il soit injuste au point de vue civil, de faire sup- „porter un dommage à son auteur. Mais nous voulons „bien pour un moment accepter l'argumentation que l'on „nous oppose: sans doute, il est injuste d'édicter à la „charge de l'auteur une responsabilité sans faute. Mais „la question n'est pas précisément là. Elle est de savoir

(1) Zie blz. 406.

„si laisser cette responsabilité à la charge de la victime
 „n'est pas plus injuste encore. C'est toujours l'idée d'un
 „choix. Sans doute il serait mieux qu'aucun dommage
 „n'arrivât sans la faute d'une personne qu'on pût rendre
 „responsable. Mais telle n'est pas la réalité des faits. Et
 „nous n'avons pas du tout la prétention de nous révolter
 „contre les décrets du sort ; mais il nous semble légitime
 „de chercher à en atténuer l'injustice. Reste-t-il alors une
 „hésitation possible entre la victime qui n'est pour rien
 „dans le dommage et l'auteur qui l'a causé par son fait ?
 „Ils sont tous les deux exempts de faute, soit. Mais tandis
 „que la victime l'est absolument, l'auteur, si nous osons
 „dire, l'est toujours un peu moins. Après tout, c'est son
 „acte qui a causé le dommage. Après tout, c'est lui, la
 „cause. Il n'a peut-être servi que de prétexte à la fatalité.
 „C'est toujours lui qui l'a fourni ce prétexte et la victime
 „n'a fait que le subir. Et puis, si l'acte avait donné de
 „bons résultats qui en aurait profité ? Son auteur. Et
 „celui-ci n'aurait pas cherché si une part de ces profits
 „revenait à la Providence. Il les aurait tous pris pour
 „lui et à juste titre. Si le même acte produit un dommage
 „et un bénéfice, l'auteur a-t-il jamais eu l'idée de faire
 „participer la victime à ce bénéfice ? Et pourtant il
 „trouve naturel de lui faire supporter le dommage Voilà
 „donc où conduit l'idée de faute, le résultat paraît-il
 „juste ?

„Quand les auteurs traditionnels se trouvent en présence
 „d'une faute très légère, ils comprennent que la culpa-
 „bilité disparaît presque et avec elle la solidité du fonde-
 „ment qu'ils préconisent. Ils essayent alors de l'étayer
 „avec l'équité. Ils disent : „La loi ne peut balancer entre
 „„celui qui se trompe et celui qui souffre.” A ce
 „moment là, ils ont au fond abandonné l'idée de faute.
 „Cette idée n'est plus qu'un masque, comme dans tous

„les cas où la faute n'est plus caractérisée, où elle n'est „plus imaginée que pour les besoins du procès; et ces „cas augmentent de jour en jour. Pourquoi alors ne pas „rejeter complètement ce masque qui est devenu trop „rigide? Pourquoi ne pas aller jusqu'au bout et ne pas „dire: „La loi ne peut hésiter entre celui qui donne les „coups et celui qui les reçoit." N'est ce pas aussi juste?"

Voor Engelsch-Amerikaansch recht, is de bron eene verzameling, getiteld: *Select Essays in Anglo-American legal history by various Authors, compiled and edited by a Committee of the Association of American Law Schools, in three volumes, Cambridge, 1900.* Het, hier bedoelde en in hoofdlijnen te volgen, Essay is te vinden Dl. III, blz. 474 en getiteld: *Responsibility for tortious Acts, its history by JOHN HENRY WIGMORE.* Bedoeld is de aanwijzing van zoodanige omstandigheid, als ons noopt, waar schade ontstond, dezen meer dan genen, met de vergoeding daarvan te belasten.

De aansprakelijkheid, waarvan de oudste Angel-Saksische d. i. Germaansche rechtsbronnen gewag maken, is het uitvloeiSEL: „van een intuïtieve aandrift, gevoed door „bijgeloof, om zich te wreken op de zichtbare bron, „welke zij zijn moge, — mensch of dier, willens of „onwillens — van hetgeen kwaad bedreven heeft" (475).

Men zij bedacht, dat dit kenmerkend gevoel van oorspronkelijke justitie, niet enkel eigen was aan germaansche volken, maar allerwege, zoowel in het oude Griekenland en oude Rome, als bij de oudste volksstammen, in Europa, zich voordeed. Bij Joden, Mahomedanen, Hindoes, Chinezen, Japanezen, evenals bij de stammen, die de overige werelddeelen bevolken, valt het aan te wijzen.

Allerlei schakeeringen, op dit gebied, hebben denzelfden oorsprong. Met het oog op den, in Engeland, bestaanden rechtstoestand van aansprakelijkheid, vallen echter vier

groepen te onderscheiden, naarmate de schade is aangericht, door een persoonlijke daad, een dier, een levenlooze zaak, een bediende of slaaf.

In den oudsten tijd, maakt een persoonlijke daad absoluut aansprakelijk. Daarop volgt een tijdvak, waarin men acht begon te slaan op de vraag, of eene schade bij ongeluk was ontstaan, in welk geval men, ten behoeve des daders, tot koning of heer zich richtte. Toch moest de dader alsdan een boete betalen. Iets later, moest de dader, om vrij te komen, een zuiveringseed zweren.

De schade, door dieren toegebracht, volgt denzelfden loop. Eerst volledige aansprakelijkheid, dan betaling van een wehrgeld, vervolgens ontheffing van aansprakelijkheid, wanneer men van het dier zich ontdoet.

Ook bij levenlooze zaken, begint de aansprakelijkheid met zonder onderscheid te zijn, om den bekenden gang later te volgen.

Schade, door een slaaf of dienaar aangericht, maakte, oudtijds, eveneens ten volle aansprakelijk. Daarna, wordt de waarde van den slaaf uitgekeerd of vrijspraak verkregen, door zijne uitlevering.

De bedoelde vier groepeeringsen vervallen, zoodra men onderscheid begint te maken tusschen civiele en strafrechtelijke aansprakelijkheid d. i. met de instelling van de Engelsch-Normandische gerechten. Hier, volgt het Recht de ontwikkelingslijn der rechterlijke uitspraken (precedents) van 1300—1800. De onderwerpen zijn :

1. *Schade zonder opzet en persoonlijk toegebracht.* Sinds het begin der 16e eeuw, kon degene, wien eene onrechtmatige daad (a trespass) vrijwillig begaan, ten laste was gelegd, zich disculpeeren, door een beroep op zekeren zedelijken maatstaf, die hem van blaam onthief. In den beginne, was die maatstaf vrij onbepaald: „onontwijkbare noodzakelijkheid”; „onontwijkbaar toeval”; „kon niet

anders handelen". Aldus luiden de zinsneden, gedurende verscheidene eeuwen, en zelfs tot in de 19^e eeuw. In de laatste helft der 19^e eeuw eerst, vatte, in Engeland (veel vroeger in Amerika) de leer post: „Er moet zekere „blaam of gemis aan zorg en voorzichtigheid zijn, om „iemand aansprakelijk te maken, wegens onrechtmatige „daad" (507).

2. *Zelfverdediging* gold als vrijwaring sedert 1400.

3. *Krankzinnigen en kinderen*. In den aanvang, was de waanzinnige, evenals de dader bij ongeluk, aansprakelijk. Het volksvooordeel stond beter inzicht in den weg. Ten tijde van lord BACON, gold het beginsel, dat waanzinnigen en normale personen op ééne lijn stonden.

Bij kinderen, stond de zaak anders. Naar Germaansch recht, was de vader gehouden voor zijn kind en nam diens aanspraken over. Op twaalfjarigen leeftijd kreeg het kind wapens, werd daardoor *wehrhaft* en *capax juris*. Bijwijlen echter, werd, in strafzaken, dat tijdstip vervroegd. In 1457, werd heen en weer gepleit over de vraag, of een vierjarig kind aan een onrechtmatige daad schuldig zijn kan! (511 n. 1). Gaf een kind blijk van boos opzet, men paste, in de 17^e eeuw, den regel toe: *malitia supplet actatam*. Over het geheel echter stelde men, gaandeweg, kinderen en krankzinnigen gelijk, op grond dat hun opzet irrelevant is.

4. *Schade door vuur*. De oorspronkelijke en oude aansprakelijkheid werd, hier, stiptelijk gehandhaafd, als absoluut. In 1698, werd het aanwakkeren van brand, door een plotseling opgekomen windvlaag, als verschooning aangemerkt. In 1712, onthief de wet van aansprakelijkheid, bij brand, door toeval ontstaan.

5. *Dieren*. Brachten zij verwondingen toe, de eigenaar kon doen gelden, dat hij de ondeugden van het dier niet kende. In 1700, besliste Lord HOLT, dat *wetenschap*

(*scienter*) niet vereischt werd, bij dieren, van nature kwaadaardig. Daarentegen bleef voor schade, door dieren op een land aangericht, de oude regel (absolute aansprakelijkheid) van kracht. Slechts twee verzachtingen werden toegelaten. De eerste was, dat de eigenaar niet aansprakelijk werd geacht, wanneer, bij het keeren van de ploeg, de ossen een mondvul gras van des buurmans land gristen! De tweede, vrijwaring eveneens, bij loopend vee, mits langs aangewezen landweg en onder toezicht van een drijver. Sedert, is de eerste restrictie vervallen en spreekt een engelsch rechter den eigenaar van een stier, die aan een porcelein-winkel een bezoek brengt, vrij (natuurlijk, tenzij onachtzaamheid in het spel is).

6. *Verscheidene handelingen, alsmede handelingen op eigen risico.* Tot toelichting van dit opschrift, diene, dat, de engelsche doctrine, heden ten dage, onderscheidt:

a. Zaken, waarin de schade is aangericht, bij ongeluk, b.v. wanneer iemand, bij een zwaardveger, een geweer hanteert, dat geacht wordt niet geladen te zijn, doch geladen blijkt en den bediende verwondt;

b. Zaken, waarin, van opzet tot onrechtmatig handelen niet blijkt, maar een schuldig gemis van voorzorg en voorzichtigheid wordt aangetroffen;

c. Zaken, waarin van opzet tot onrechtmatig handelen niet blijkt en desniettemin een onderzoek naar des daders zorgvuldigheid niet is geoorloofd, — m. a. w. waar hij de speciale, schade veroorzakende, handeling doet, op eigen risico, b.v. wanneer hij een geweer afschiet op straat of goederen verkoopt, die blijken aan een ander toe te behooren;

d. Zaken, waarin het voornemen bestaat om schade aan te richten (475).

Voor tal van zaken nu, niet vallende onder de opgesomde rubrieken, ontstaat de vraag: welke maatstaf van

aansprakelijkheid geldt, historisch, voor deze? Wanneer werd, in dit soort van zaken, een actie verleend op onachtzaamheid alleen, of naar eenigen anderen maatstaf?

In vroegere eeuwen, werd dit soort van zaken behandeld naar drieledig gezichtspunt. Vermoedelijk vroeger dan 1600, bestond het rechtsbeginsel, dat wie een onrechtmatige handeling (a trespass) deed, voor de gevolgen aansprakelijk was. Verder, deed men, op eigen land, een handeling, waaruit (voor een ander) schade voortvloeide, of wel geschiedde dit, door eigen vee, men werd aansprakelijk geacht. Eindelijk, voor schade, veroorzaakt door iets niet te doen, werd waarschijnlijk eene actie niet toegekend.

„Om kort te gaan, dit soort van zaken wandelde rond, „niet onderdak gebracht en niet onder toezicht geplaatst, „behalve wanneer zij toevallig de aandacht trokken, in „de ongebaande wegen der rechtspraak, totdat zij, omstreeks „40 jaren geleden, onder de oogen werden gezien, door „den meesterlijken geest van rechter BLACKBURN, die ze „in de veilige toevlucht bracht, waar zij, sedert, „bleven” (518).

Bedoeld en vermeld is hier eene uitspraak, die (om hare voor engelsch recht zwaarwichtige gevolgen) vermelding, in extenso verdient. Men vindt die uitspraak in *Great opinions by great judges*, (t. a. p. blz. 621), gedaan in 1866.

Op land A, wordt, door den eigenaar, aangelegd een met water gevuld reservoir. Een der zijden daarvan grenst aan land B, waarin de eigenaar een kolenbed doet bewerken. Niemand wist, dat er, van vroeger, nog schachten, thans met zand gevuld, aanwezig waren.

Gemelde zijde bezwijkt, onder den waterdruk. De stroom baant zich een weg, in de mijn, waar het werk gestaakt worden moet en aanmerkelijke schade aangericht wordt.

Daarvoor, eischt de mijneigenaar vergoeding, die de eigenaar van het reservoir weigert.

Quid juris?

In 1^e instantie, krijgt de eischer ongelijk. In 2^e instantie, vereenigen zich de rechters van de Exchequer Chamber, ten getale van zeven, met het gevoelen van Lord BLACKBURN, ingevolge wiens betoog:

Twee theorieën tegenover elkander staan.

a. Absoluut is de plicht om te zorgen, dat, hetgeen iemand op zijn land brengt, daar blijve, en niet, daar afkomend, eens anders lijf of goed beschadige. Iedere schade van dien aard is suo (des laedens) periculo.

b. Voldaan wordt aan bedoelden plicht, indien alle redelijke voorzorgen genomen zijn. Tot vergoeding van schade bestaat gehoudenheid alleen dan, wanneer die (van den laedens) bewezen is.

Ten aanzien van dieren, is herhaaldelijk gevonnist in eerstgemelden zin. Evenzoo, waar vuil of stank, door een belendenden muur drong. Evenzoo, waar schadelijke dampen, door een schoorsteen kwamen.

Vele gevallen zijn er, waarin het bewijs van onachtzaamheid relevant is. „Stel een paard, wild geworden, „komt op het voetpad van een openbare straat en doodt „een voorbijganger, of iemand, in een entrepotdok, wordt „getroffen, door het vallen van een baal katoen, die „iemand's werklieden neerlaten, en vele andere gevallen „meer.

„Zoodanige gevallen nu verschillen van de aanhangige „zaak.

„Verkeer op openbare wegen, te land of ter zee, kan „niet worden gevoerd, zonder degenen, wier lijf of goed, „in de nabijheid is, aan eenig onvermijdelijk gevaar „bloot te stellen. Bij dien stand van zaken, mag worden „ondersteld, dat personen, die op de openbare wegen gaan,

„of wier eigendom daar zich bevindt, aldus handelen,
 „naardien zij op zich genomen hebben het risico van
 „beschadiging, door het onontwikkbaar gevaar. Personen,
 „die met verlof van den eigenaar, voorbij pakhuizen
 „gaan, waar goederen geheschen of neergelaten worden,
 „handelen stellig, in de wetenschap van het onvermijde-
 „lijk gevaar.

„Mitsdien, kunnen zij, in geen dezer beide gevallen
 „vergoeding krijgen, tenzij bewezen zij gemis aan zorg of
 „bedrevenheid, waardoor het ongeval veroorzaakt is. Men
 „mag aannemen, dat alle gevallen, waarin een onontwik-
 „baar ongeval beschouwd werd als verschooning, voor
 „hetgeen, *prima facie*, leek een onrechtmatige daad (a
 „trespass), naar hetzelfde beginsel beoordeeld werden, te
 „weten, dat de omstandigheden aantoonde, dat de eischer
 „het risico op zich genomen had.

„Er is echter niet grond om te zeggen, dat de eischer,
 „in de onderhavige zaak, eenig gevaar op zich genomen
 „had, betrekking hebbende tot het gebruik, waartoe het
 „den gedaagde behaagde zijn land te bezigen. Noch
 „kende hij die bestemming, noch kon hij, op wat wijze
 „ook, toezicht oefenen op den gedaagde, of verhinderen,
 „dat hij de reservoirs, waarin hij lust had, aanleggen, of
 „daarin de hoeveelheid water, die hem aanstond, ver-
 „zamelen zou, zoolang als de gedaagde er in slaagde, het
 „water, daar gebracht, te beletten op des eischers eigen-
 „dom door te dringen.

„Ons gevoelen, op dit punt, ontslaat ons van de be-
 „schouwing, of de gedaagde al of niet aansprakelijk
 „zoude zijn, voor gemis aan zorg en bedrevenheid, bij
 „de personen, door hen aangesteld, in de voormelde
 „omstandigheden”.

De eischer krijgt gelijk, met toepassing van den regel :
 „sic utere tuo ut alienam non laedas”.

Zijn betoog vervolgende, bespreekt WIGMORE.

7. *Schade aangericht, door bedienden en andere ondergeschikten.* Het oorspronkelijk germaansch inzicht was den meester absoluut aansprakelijk te houden voor schade, door zijn bedienden aangericht. Later, kon hij den toebrenger van schade uitleveren en een zuiveringseed afleggen: „se non conscium esse”; „quod pura sit conscientra sua”.

Op engelschen bodem daarentegen, gold, van 1300—1700, de meening van absolute gehoudenheid des meesters voor des dienaars daden. Gaandeweg brak vrijwaring zich baan, in geval de daad niet bevolen was, welk beginsel evenwel eerst, begin 16e eeuw, algemeene regel werd.

Specimen van een charter:

„Hugo staat terecht, wegens ontvoering”.

„*Duodecim*: „Nos dicimus quod ipsa rapiebatur vi per hominis domini Hugonis”.

„*Justitiarius*: „Fuitne Hugo consentiens ad factum vel non?”

„*Duodecim*: „Non”.

„*Justitiarius*: „Hugo, quia ipsi vos acquietant, nos vos acquietamus” (521).

In de 16e en 17e eeuw, maakte aansprakelijk, des meesters bevel (vooraf), of instemming (later). Wat dit bevel betreft, deed een onderscheiding zich gelden, te weten, of de meester, om aansprakelijk te zijn, *de daad zelve*, die schade had toegebracht, moest hebben bevolen (tenzij zij in zich zelve onwettig zijn mocht).

Van 1700—1800, bracht deze laatste onderscheiding eigenaardigen toestand teweeg.

„Duidelijk is, dat de leer van *bevel der daad zelve*, tot het uiterste volgehouden, het beginsel van aansprakelijkheid voor daden van bedienden en ondergeschikten,

„binnen enge grenzen zou hebben opgesloten. De leer
 „immers zou eischen, dat de meester aansprakelijk zijn
 „zou (behalve voor onwettige daden) slechts dan, wanneer
 „de daad, in alle bijzonderheden, uitdrukkelijk en voor
 „alle onderdeelen was bevolen. Daargelaten, of zulk een
 „beperkte regel wenschelijk ware, zeker is, dat de tijds-
 „omstandigheden den rechter verplichten, het nut van
 „zoodanigen regel in ernstige overweging te nemen.

„Op handelsgebied, haalde de natie den oogst van voor-
 „spoed binnen, welke, in de eeuw van ELIZABETH, gebracht
 „was en tot vollen omvang komen zou, in de eeuw van
 „ANNA. Nijverheid en handel werden langzamerhand zoo
 „ingewikkeld en de oorspronkelijke ondernemer of werk-
 „gever kon nu zoover verwijderd zijn van den onmid-
 „dellijken dader, dat de beslissing van vraagstukken,
 „nopens des meesters aansprakelijkheid, rechtstreekschen
 „invloed hebben moest op het doen van zaken, op eene
 „wijze, die, nu voor het eerst, bijzonder in het oog viel.
 „Een tijd was aangebroken, dat personen, die zaken van
 „anderen beheerden, niet langer, zonder onderscheid,
 „gerangschikt konden worden, als „bedienden”, staande ten
 „dienste van den meester, voor ieder stuk werk, — een
 „tijd, waarin de maatschappelijke ontwikkeling mede-
 „bracht, dat de stelling van een zetbaas of agent, bekleed
 „met meer of minder gezag en bevoegdheid, feitelijk, niet
 „langer was die van een bediende. Mitsdien was het
 „natuurlijk, dat de rechters zich verplicht achtten te
 „beschouwen en het practische nut van den traditioneelen
 „maatstaf van aansprakelijkheid, en, brachten zij wijziging
 „aan, hoever zij konden gaan in, vorm en inhoud dier
 „wijziging” (525).

Wat het eerste punt betreft, besliste men, dat, uithoofde
 der logische gevolgen, aan den traditioneelen maatstaf
 de hand niet gehouden kon worden.

Wat het tweede punt, de vervanging, belangt, ging er, gedurende meer dan een eeuw, rechtsonzekerheid bestaan. Intusschen, maakte men den oorspronkelijken maatstaf pasklaar voor de nieuwe nooden. Men riep in het leven den maatstaf van: bevel, vervat in algemeen bevel of gezagstoekenning. De regel werd: aansprakelijk voor den bediende is men: „wanneer deze handelt op gezag”; „wanneer deze handelt ten voordeele zijns meesters”; „zich onledig houdend met des meesters zaak”.

Omstreeks de 1e helft der 19e eeuw, was de regel, den meester niet aansprakelijk te houden voor des dienaars onrechtmatige daden, tenzij hij ze uitdrukkelijk bevolen heeft.

Ik besluit hier het Engelsch-Amerikaansch overzicht ten einde den draad te hervatten, waar hij bleef (1): bij de causaliteitsvraag.

De grondstelling: ieder gevolg heeft een oorzaak, behoort, ook in het dagelijksch leven, tot de meest verbreide. Bewust of onbewust, hecht men aan het begrip: oorzaak een eenvormigen zin, als sprak het vanzelf, wat daaronder te verstaan zij. Geruimen tijd, vergenoegde zich de wijsbegeerte eveneens met deze axiomatische opvatting. Bij DESCARTES, kan men, als eeuwige waarheid, den regel vinden: *ex nihilo fit nihil*. Voor SPINOZA, is de zaak even helder: *Ex data causa determinata necessario sequitur effectus, et contra si nulla detur determinata causa, impossibile est, ut effectus sequatur* (*Ethica I, ax. III, prop. XXVIII*).

Voor LEIBNITZ, gelijk voor KANT, is de causaliteit zelf-evident. Zij berust op de stelling van den toereikenden grond. Inderdaad, drukt de regel: geen gevolg zonder oorzaak, rugwaarts hetzelfde uit, als voorwaarts, de regel:

(1) Zie boven blz. 278.

iedere oorzaak heeft een gevolg. Omtrent het karakter van oorzaak, worden wij, door die afleiding, niet ingelicht. Zij schijnt dan ook meer bedoeld als ophelderende tautologie, dan als beginselverklaring.

KANT ontwijkt deze laatste niet. Hem echter is het meer te doen, om de waarschuwing, dat causaliteit slechts op het gebied der verschijnselen (phaenomena), — maar dan ook steeds en werkelijk, geenszins enkel *in schijn* — niet, op dat van het wezen (noumena) geldt. Hij doet derhalve geheel de ervaring, niet, hetgeen op het, voor ons stervelingen, eens vooral, ontoegankelijk gebied van het metafysische ligt, beheerschen, door de causaliteit. Hare zekerheid ontvouwt hij, in de Redecritiek.

De zoeeven gestelde grens bestaat, voor BERKELEY niet. Mitsdien, herleidt en vindt hij den oorsprong van alle causaliteit in God, hetgeen in toepassing brengt den regel: *causa causae causa causati*, maar gelijkstaat met afstand doen van iedere poging tot verklaring. Eindelijk maakt het scepticisme van HUME, voor het causaliteitsbegrip, niet hali. Hetgeen wij oorzaak en gevolg heeten, is, voor hem, slechts de geestelijke verbinding van, telkens zintuiglijk, zich voordoende verschijnselen. Zijn bepaalde andere daaraan voorafgegaan, dan wekt dit de verwachting (belief) op, dat, doet gelijke volgorde zich voor, (post hoc), gelijke waarneming mag worden verwacht (propter hoc).

Van geheel deze richting van wijsgeerig onderzoek, kan worden verklaard, dat zij het causaliteitsbegrip meer aanvaardt, dan ontleedt. Eerst later, vrijwel in onzen tijd, is zij vervangen, door eene, die niet de vraag stelt: hoe hebben wij de verhouding van oorzaak en gevolg op te vatten? — maar deze andere: wat *is* van oorzaak het eigenlijke wezen?

Deze laatste vraag is niet minder gewichtig dan de

eerste. Laat de causaliteit zijn eene aprioristische eigenschap van ons denkvermogen, alzoo een werktuig, dat wij bezigen *moeten*, om de ervaring om ons heen, zoo wel als in ons zelf, te ordenen, te systematiseeren en langs dien weg, van haar, ons rekenschap te geven. Dit ontslaat ons niet van de, bij uitstek zwaarwichtige, en bij praktische toepassing, in helder licht tredende vraag, of wij temet, bouwende op de wet van oorzaak en gevolg, voor verwerkelijking dier wet aanzien, hetgeen niets anders is, dan de uiting van een, aan causaliteit verwant, maar van causaliteit verschillend, verschijnsel. Dit ware alsdan, hetgeen de Duitschers noemen: eine Erschleichung d. w. z. een logische misgreep, doordien wij ons schuldig maken aan een onbewust overstappen op ander gebied dan hetgeen wij eigenlijk bedoelen (metabasis eis allo genos).

De vrees voor zoodanigen misgreep is niet ijdel, naardien het verschijnsel, dat er aanleiding toe geeft, onloochenbaar is, en wij, in *de voorwaarde* tot het in stand komen eener reeks, eene gelijksoortige keten zien, als de causaliteit veraanschouwelijkt. De vraag is nu, kan de causaliteitsleer zich handhaven, tegenover eene inkleeding als deze: een gevolg komt alleen tot stand, door een complex van *voorwaarden*, die het in het leven roepen?

Nu meene men niet, dat deze inkleeding gelijk is aan gene: ieder gevolg onderstelt eene oorzaak. Beide vormen niets meer of minder dan eene tegenstelling.

Door eerstgemelde, wordt de causaliteitsleer *ontkend*, door de tweede, *gehandhaafd*. Eerstgemelde beweert: van deze voorwaarden hangt deze uitwerking af; zij allen samen zijn oorzaak. Laatstgemelde doet de stellige uitspraak: van *dit* gevolg is *dat* de oorzaak.

SENECA zegt: longum est iter per praecepta, breve per exempla. Brengen wij die les in practijk. A heeft zelf-

moordgedachten en wordt, deswege, bewaakt. B aan wien hij een aanzienlijk legaat geschonken heeft, maakt van eene toevallige afwezigheid van den bewaker gebruik, om onder het bereik van A een wapen te brengen, waarmede deze ook werkelijk zich doodt. Is B oorzaak van den dood? Men stelle de vraag, zuiver psychologisch, abstraheere derhalve van de onderscheidingen, vervat in de artt. 47 en 416 Strafw., welke hier niet toepasselijk zijn, doch waaraan een oppervlakkig oordeel geneigd mocht zijn te denken.

Den leerstellingen stand van ons thema vindt men nauwkeurig uiteengezet bij D. SIMONS (leerboek van het Nederlandsche Strafrecht, Groningen, 1904 I, § 21, blz. 85).

Naar zijne eigene meening, moet men: „eene bepaalde „handeling slechts dan als de oorzaak van een gevolg „doen gelden, indien, naar de algemeene regelen der „menschelijke ervaring, de mogelijkheid bestond, dat uit „die handeling dat gevolg zich zou ontwikkelen”.

Is deze definitie deugdelijk? M. e. *strafrechtelijk* zeer zeker, maar — en dit is mijne bedenking — ook *alleen* strafrechtelijk.

SIMONS toch vervolgt onmiddellijk:

„Men heeft zich daarbij dan niet te stellen op het „standpunt van den dader, geene rekening te houden met „wat deze, volgens zijn inzicht en ontwikkeling, had „moeten of kunnen voorzien”.

Uitnemend, daarmede — zou men zeggen — is, naar wetenschappelijken eisch, het begrip: oorzaak, geobjectiveerd. Intusschen, dit is slechts schijn. Gaan wij voort: „maar men zal slechts in het algemeen hebben te vragen: „was zoodanig gevolg te voorzien?” (90)

Te voorzien, — door wien? Empirisch, d. w. z. niet door *dezen* dader, maar door een dader *in het algemeen*. Hier, hebben wij den internen band, het aansluitingspunt,

waardoor het begrip: oorzaak geadapteerd is aan het strafrecht, in het bijzonder. Men make de tegenproef in het gestelde voorbeeld. B geschetst als voren, is ontegenzeggelijk oorzaak van A's dood. Hij, van onverschillig welk inzicht, heeft dit gevolg moeten of kunnen voorzien. Een B echter, die van A nooit iets vernomen heeft, en aan A volkomen vreemd is, zal, volstrekt toevallig, zijn jachtgeweer onder diens bereik brengend, terecht vrij blijven, ook al deed het noodlottig gevolg zich voor. In beide gevallen, is B oorzaak, maar in het eerste, een schuldige, in het tweede, een onschuldige.

Strafrechtelijk alzoo, schijnt mij SIMONS' definitie doeltreffend, maar, mogen wij met een singulier strafrechtelijk, of mijnentwege, algemeen juridisch oorzaakbegrip ons tevreden stellen? Ik geloof het niet.

Dat iedere wetenschap hare eigene techniek en binnen die grens, haren eigenen betoogtrant heeft, ontken ik geenszins. Dit neemt echter niet weg, dat hare redeneerwijze den toets van *algemeene geldigheid* moet kunnen doorstaan, op straffe van het verwijt te belooopen, slechts *conventioneel* te zijn. Hetgeen denk noodwendig is elders, moet ook juridisch denk noodwendig zijn, waaruit volgt, dat, tusschen grondbeginselen, eenstemmigheid bestaan moet. Om bij mijn thema te blijven: het staat aan ons, juristen, vrij te zeggen: zonder schuld, niet aansprakelijkheid. Het staat ons echter niet vrij te vervolgen: doch wij zullen schuld heeten, al hetgeen ons behaagt onder het hoofd: aansprakelijkheid te brengen. Daarmede ware een vergrijp tegen de denkwetten gepleegd.

Met het begrip: oorzaak, staat het m. e. evenzoo. Indien men, in het algemeen, logisch en psychologisch, niet ver genoeg gevorderd is, om dit begrip bloot te leggen, kunnen wij, juristen, volstaan, met, naar beste weten, de causaliteit, die wij behoeven, te omschrijven.

Deze onze noodwendige zelfstandigheid echter wijkt onmiddellijk, zoodra zij, in het algemeen, kan, dus moet worden opgeheven. Haar alsdan nog te handhaven, alzoo juridisch iets bijzonders uit te geven, dat, elders, gewraakt wordt, ware nutteloos en redeloos (1).

SIMONS eindigt: „Ook deze (zijne) omschrijving geeft „geene volkomen zekere en scherpe grenslijn, maar eene „zoodanige is niet te trekken. Aan den rechter zal de „appreciatie moeten blijven van elk bijzonder geval”.

Het eerste zal te bezien staan. Faalt de daarin vervatte bewering, dan vervalt tevens het *asylum ignorantiae*, waarmede wij gewoon zijn af te wentelen op de schouders van den rechter, hetgeen onze eigene niet dragen kunnen. In elk geval, is het beproeven de moeite waard.

Ten einde de zaak te overzien, moet het vage conditionisme, tegenover de strenge causaliteit, *fair play* hebben. Het duidelijkst, is eerstgemelde beschouwing ontvouwd, door JOHN STUART MILL (*System of Logic*, London 1865, Book III ch. V. § 3 blz. 367 vlg.).

Hij zegt: „Het is zelden, zoo ooit, tusschen een volgende en een enkel voorafgaande zaak, dat deze onveranderlijke opeenvolging bestaat. Het is gemeenlijk, „tusschen een volgende zaak en de som van verschillende voorafgaande; als zijnde de samenloop van allen „een vereischte om voort te brengen, dat is om zeker te „zijn gevolgd te worden, door het volgende. In zoodanige gevallen, is het zeer gewoon, eene slechts van „de voorafgaande zaken af te zonderen, onder de benaming van oorzaak, en de andere slechts voorwaarden „te noemen.

(1) Ook zuiver wijsgeerig, is het noodeloos bewandelen van eigen paden af te keuren. In navolging van KANT's categorischen imperatief, schiep WILHELM OSTWALD, de natuurvorscher, den energetischen imperatief, luidende: *Vergeude keine Energie, verwerte sie.*

„Alzoo, indien iemand, van een bijzondere spijs eet,
 „en dientengevolge sterft, dat is, niet gestorven ware,
 „indien hij daarvan niet gegeten had, zou men geneigd
 „zijn te zeggen, dat het eten van die spijs de oorzaak
 „was van zijn dood. Intusschen, behoeft er niet eenig
 „onveranderlijk verband te zijn, tusschen het eten van
 „de spijs en den dood; maar zeker is, tusschen de om-
 „standigheden, welke plaats gegrepen hebben, eene of
 „andere vereeniging, van welke de dood onveranderlijk
 „het gevolg is; zooals, bijvoorbeeld, het feit van de spijs
 „te eten, gevoegd bij een bijzonder lichamelijk gestel,
 „een bijzonderen toestand van bestaande gezondheid en
 „misschien zelfs een zekeren toestand van de atmosfeer;
 „het geheel van welke omstandigheden misschien, in dit
 „bijzondere geval, samenstelde *de voorwaarden* van het
 „verschijnsel, of, in andere woorden, het feit van vooraf-
 „gaande zaken, welke het in 't leven riepen, en zonder
 „welke, het niet gebeurd zou zijn. De werkelijke oorzaak
 „is het geheel van deze voorafgaande zaken, en wij
 „hebben, wijsgeerig gesproken, niet het recht om den
 „naam van oorzaak te geven aan eene van haar, met
 „uitsluiting van de anderen.

„Wat, in het gestelde geval, het onnauwkeurige der
 „uitdrukking verheelt, is dit: dat de verschillende voor-
 „waarden, met uitzondering van deze eene: het eten
 „van de spijs, niet waren *gebeurtenissen* (dat is oogen-
 „blikkelijke veranderingen, of opeenvolgingen van oogen-
 „blikkelijke veranderingen), maar *toestanden*, meer of
 „minder iets blijvends hebbend; mitsdien, kan het ge-
 „volg voorafgegaan zijn, door een onbepaalde lengte van
 „duur, bij gebreke van de gebeurtenis, welke vereischt
 „werd om den noodigen samenloop van voorwaarden te
 „voltooien; terwijl, zoo spoedig als deze gebeurtenis, het
 „eten van de spijs, plaats grijpt, geene andere oorzaak

„afgewart wordt, maar het gevolg, onmiddellijk, zich
 „voordoet; en vandaar wordt de schijn gewekt van eene
 „meer onmiddellijke en nauwer samenhang, tusschen het
 „gevolg en deze eene voorafgaande zaak, dan tusschen
 „het gevolg en de overige voorwaarden. Maar, ofschoon
 „wij het geschikt vinden mogen, den naam van oorzaak
 „te geven aan die eene voorwaarde, wier vervulling het
 „verhaal voltooit, en het gevolg zonder verder opont-
 „houd doet ontstaan, heeft deze voorwaarde niet een
 „nauwer betrekking tot het gevolg, dan met eene der
 „andere voorwaarden het geval is. Het ontstaan van het
 „gevolg vereischte, dat allen te gader moesten *bestaan*,
 „onmiddellijk vooraf, maar niet, dat zij allen te gader
 „moesten *beginnen* te bestaan, onmiddellijk vooraf. De
 „aanwijzing van de oorzaak is onvolledig, tenzij wij, op
 „eene of andere wijze, rekening houden met al de voor-
 „waarden. Iemand neemt kwikzilver in, gaat uit en vat
 „kou. Wij zeggen, misschien, dat de oorzaak van zijn
 „kou vatten was, dat hij zich blootstelde aan de lucht.
 „Het is echter duidelijk, dat het innemen van kwik een
 „noodwendige voorwaarde moge geweest zijn van het
 „kou vatten, en schoon het gebruik medebrengen moge,
 „te zeggen, dat de oorzaak van zijne ongesteldheid was,
 „dat hij aan de lucht zich blootstelde, is het klaar, dat
 „wij, om nauwkeurig te zijn behooren te zeggen, dat de
 „oorzaak was, het zich blootstellen aan de lucht, terwijl
 „men onder den invloed van kwik zich bevindt.

„Indien wij niet, nauwkeurigheid beoogend, opsommen
 „al de voorwaarden, geschiedt dit alleen, omdat enkelen
 „daarvan, in de meeste gevallen, begrepen zullen worden,
 „al worden zij niet uitgedrukt, of omdat, voor ons doel,
 „zij, zonder schade, over het hoofd gezien mogen worden.

„Bijvoorbeeld, wanneer wij zeggen, de oorzaak van
 „iemand's dood was, dat zijn voet, terwijl hij op een ladder

„klom, uitglijpte, slaan wij over, als een zaak, onnoodig
 „te vermelden, de omstandigheid van zijn gewicht, ofschoon
 „het een even onvermijdelijke voorwaarde is van het
 „gevolg, dat plaats gegrepen heeft. Wanneer wij zeggen,
 „dat de toestemming der Kroon tot een ontwerp, dit tot
 „wet maakt, meenen wij, dat de toestemming, die nooit
 „gegeven wordt, tenzij al de overige voorwaarden zijn
 „vervuld, de slotsom is van die voorwaarden, ofschoon
 „niemand, thans haar beschouwt als de voornaamste.
 „Wanneer het besluit eener wetgevende vergadering teweeg-
 „gebracht is, door de beslissende stem van den voorzitter,
 „zeggen wij somtijds, dat deze enkele persoon de oorzaak
 „was van al de gevolgen, die uit den maatregel voort-
 „vloeien. Desniettemin onderstellen wij, in werkelijkheid,
 „niet, dat zijne enkele stem meer heeft bijgedragen tot
 „de slotsom, dan die van eenig ander persoon, die beves-
 „tigend stemde; maar voor het beoogde doel, namelijk
 „den klemtoon te leggen op zijne individueele verant-
 „woordelijkheid, is het aandeel, dat eenig ander persoon
 „in het voorval had, niet van aanbelang.

„In al deze voorwaarden, was het feit, dat men opluis-
 „terde met den naam van oorzaak, de eene voorwaarde
 „welke, het laatst, in het leven trad. Men meene evenwel
 „niet, dat, gebruikt men dien term, deze of eenige andere
 „regel steeds gevolgd wordt. Niets is beter bij machte
 „aan te toonen, de ontstentenis van eenigen wetenschap-
 „pelijken grond, voor de onderscheiding, tusschen de
 „oorzaak van een verschijnsel, en zijne voorwaarden, dan
 „de willekeurige wijze, waarop wij, uit de voorwaarden,
 „die kiezen, welke het ons behaagt, als oorzaak, aan te
 „duiden. Hoe talrijk de voorwaarden ook zijn mogen, er
 „is nauwelijks eene harer, welke niet, overeenkomstig
 „het belang van het gesprek, dat wij bezig zijn te voeren,
 „die schijnbare voorkeur genieten zal. Dit zal blijken,

„wanneer men ontleedt de voorwaarden van een of ander „gemeenzaam verschijnsel.

„Neem aan, een steen, in het water geworpen, valt op „den bodem. Welke zijn de voorwaarden dezer gebeur- „tenis? In de eerste plaats, moet er zijn een steen en „water, en de steen moet in het water geworpen zijn ; „deze onderstellingen echter maken deel uit, van de be- „schrijving van het verschijnsel zelf, ze tevens op te „nemen, onder de voorwaarden, zoude eene verkeerde „tautologie zijn ; deze klasse van voorwaarden hebben „dan ook nooit den naam van oorzaak ontvangen, be- „halve van de volgelingen van ARISTOTELES, door wien, „zij genoemd werden de *zakelijke oorzaak, causa materialis*.

„De volgende voorwaarde is : er moet eene aarde zijn ; „en dienvolgens wordt vaak gezegd, dat het vallen van „een steen veroorzaakt is, door de aarde, of door een „macht of eigenschap van de aarde, of een kracht uit- „geoeffend door de aarde, al hetgeen, voetstoots, zijn zuivere „middelen om te zeggen, dat het veroorzaakt is, door de „aarde, of ten slotte, de aantrekking der aarde ; hetgeen „eveneens slechts is een technische wijze van uitdrukking, „dat de aarde de beweging veroorzaakt, met de bijge- „voegde bijzonderheid, dat de beweging is naar de aarde, „hetgeen niet is een kenmerk van de oorzaak, maar van „het gevolg.

„Komen wij nu tot eene andere voorwaarde. Het is „niet voldoende, dat de aarde bestaat ; het voorwerp moet „zijn binnen zoodanigen afstand van haar, dat de aan- „trekking der aarde het overwicht heeft, boven die van „een ander voorwerp. Mitsdien, mogen wij zeggen, en de „uitdrukking zou onbetwistbaar nauwkeurig zijn, dat de „oorzaak van het vallen van den steen is, dat hij is, *binnen „de sfeer*, van de aantrekking der aarde.

„Laat ons verwijlen, bij een andere voorwaarde. De

„steen is, in het water, gedompeld ; mitsdien, is het eene
 „voorwaarde voor zijn bereiken van den grond, dat zijne
 „specifieke zwaarte overtreft die van het omgevende vocht,
 „of in andere woorden, dat hij in gewicht overtreft een
 „gelijk volume van water. Mitsdien, zou iemand onbetwist-
 „baar nauwkeurig spreken, wanneer hij zeide, dat de
 „oorzaak van het gaan van den steen naar den bodem
 „is, dat hij, in specifieke zwaarte, overtreft het vocht, waarin
 „hij gedompeld is.

„Het blijkt ons mitsdien, dat onverschillig welke voor-
 „waarde van het verschijnsel, op hare beurt, genomen
 „kan worden, en met gelijk recht, in het gemeene spraak-
 „gebruik, maar met gelijk onrecht, in wetenschappelijke
 „uiting, kan worden aangeduid, als ware zij de geheele
 „oorzaak. En in de practijk, wordt, gemeenlijk, de oorzaak
 „geheeten, die bijzondere voorwaarde, wier aandeel in
 „die zaak, oppervlakkig, het meest in het oog springt,
 „of bij welke, als vereischte voor de voortbrenging van
 „het gevolg, wij, op een gegeven oogenblik, den meesten
 „nadruk leggen. Zoo groot is de macht dezer laatste be-
 „schouwing, dat zij soms ons er toe leidt, den naam van
 „oorzaak te geven zelfs aan eene van de negatieve voor-
 „waarden.

„Wij zeggen, bijvoorbeeld : het leger werd verrast,
 „omdat de schildwacht niet op zijn post was. Naardien
 „echter de afwezigheid van de schildwacht niet datgene
 „was, wat den vijand in het leven riep, of de soldaten
 „in slaap bracht, hoe kon dit veroorzaken, dat zij verrast
 „werden? Al hetgeen men werkelijk meent, is, dat de
 „gebeurtenis niet zou hebben plaats gegrepen, indien de
 „schildwacht zijn plicht gedaan had. Dat hij niet op zijn
 „post was, bracht de oorzaak niet teweeg, maar was de
 „eenvoudige ontstentenis van eene verhinderende oorzaak.
 „Die afwezigheid was enkel gelijkwaardig met het niet-

„bestaan der oorzaak. Van niets, van een zuivere ont-
 „kennis, kunnen geenerlei gevolgtrekkingen ontstaan.
 „Alle gevolgen zijn verbonden, door de causaliteitswet,
 „met zeker aantal *positieve* voorwaarden; wel is waar, is
 „het altoos een vereischte, dat negatieve er bij komen.
 „Met andere woorden, ieder feit of verschijnsel, dat een
 „begin heeft, ontstaat onvermijdelijk, wanneer eene of
 „andere vereeniging van positieve feiten bestaat, mits
 „zekere andere positieve feiten niet bestaan.

„Er is, ongetwijfeld, een strekking (welke ons eerste
 „voorbeeld, dat van den dood ten gevolge van het nut-
 „tigen van zekere spijs, voldoende opheldert) om het
 „denkbeeld van veroorzaking te verbinden met de naast
 „voorafgaande *gebeurtenis*, eer dan met eenen der vooraf-
 „gaande *toestanden*, of blijvende feiten, die eveneens voor-
 „waarden van het verschijnsel mochten zijn; de reden
 „daarvan is, dat de gebeurtenis niet enkel bestaat, maar
 „begint te bestaan, onmiddellijk vooraf, terwijl de andere
 „voorwaarden, gedurende een onbepaalden tijd, vooraf
 „kunnen hebben bestaan. En deze strekking toont zich,
 „zeer klaar, in de verschillende logische ficties, waartoe
 „de toevlucht genomen wordt, zelfs door wetenschappelijke
 „personen, ten einde te vermijden de noodzakelijkheid
 „om den naam van oorzaak te geven aan eene of andere
 „zaak, welke bestaan heeft, voor een onbepaalden tijds-
 „duur, vóór het gevolg.

„Alzoo, liever dan te zeggen, dat de aarde veroorzaakt
 „den val van lichamen, schrijven zij dien toe aan een
 „*kracht*, door de aarde uitgeoefend, of eene *aantrekking*
 „door de aarde, abstracties, welke zij zich kunnen voor-
 „stellen als uitgeput, door iedere poging, en dienvolgens
 „samenstellende, ieder opvolgend oogenblik, een nieuw
 „feit, gelijktijdig met, of enkel onmiddellijk voorafgaande
 „het gevolg.

„In zooverre als het komen der omstandigheid, welke
 „de verzameling voorwaarden voltooit, is een verandering
 „of gebeurtenis, volgt daaruit, dat een gebeurtenis altoos
 „is het voorafgaande, in naaste schijnbare nabijheid tot
 „het gevolg. Dit nu moge teweegbrengen de illusie,
 „welke ons geneigd maakt de naastbijzijnde gebeurtenis
 „te beschouwen, als verkeerende, meer bijzonder, in de
 „stelling van een oorzaak, dan een van de voorafgaande
 „toestanden.

„Maar zelfs deze bijzonderheid, van te zijn, in de nadere
 „nabijheid, tot het gevolg, dan eenige andere van de
 „voorwaarden, is, zooals wij reeds gezien hebben, ver
 „van noodzakelijk te zijn voor het gewone begrip van
 „een oorzaak; met welk begrip, integendeel, onverschillig
 „welke van de voorwaarden, laat het zijn positieve of
 „negatieve. doet de gelegenheid zich voor, gevonden
 „wordt volkomen overeen te stemmen.

„De oorzaak, alzoo, wijsgeerig gesproken, is de totale
 „som van de voorwaarden, positieve en negatieve, bijeen
 „gevoegd; het geheel van de gebeurlijkheden, in iedere
 „richting, waarop, is het verwerkelijkt, het gevolg onver
 „mijdelijk volgt. De negatieve voorwaarden echter van
 „eenig verschijnsel, welke bijzonderlijk op te sommen
 „gemeenlijk zeer breedspakig zou zijn, kunnen allen
 „worden saamgevat onder één hoofd, namelijk de ont
 „stentenis van verhinderende of tegenwerkende oorzaken.

„Het gepaste dezer wijze van uitdrukking kan hoofd
 „zakelijk gegrond worden op het feit, dat de gevolgen
 „van eene of andere oorzaak, tegenwerkende een andere
 „oorzaak, in de meeste gevallen, met strikte wetenschap
 „pelijke nauwkeurigheid, mogen beschouwd worden als
 „een zuivere uitbreiding van de, haar in eigendom toe
 „komende en afgescheiden, gevolgen.

„Indien de zwaartekracht vertraagt de beweging naar

„boven van een geworpen voorwerp, en buigt in een
 „parabolische lijn, volbrengt zij, aldus handelend, het-
 „zelfde soort van gevolg en zelfs (gelijk de wiskunstenaars
 „weten) dezelfde hoeveelheid van gevolg, als zij doet, in
 „hare gewone werking, veroorzakend den val van licha-
 „men, die eenvoudig zijn beroofd van hun steunpunt.
 „Wanneer een alkali-oplossing, vermengd met een zuur,
 „de zuurheid daarvan vernietigt, en voorkomt, dat het
 „plantenblauw maakt, is het omdat het specifiek gevolg
 „van alkali is, met het zuur zich te vereenigen, en een
 „samenstelling te vormen van geheel verschillende hoe-
 „danigheid. Deze eigenschap, welke oorzaken van allerlei
 „aard bezitten, om te voorkomen de gevolgen van andere
 „oorzaken, uit kracht (voor het meerendeel) van dezelfde
 „wetten, ingevolge welke zij hare eigene teweegbrengen,
 „stelt ons in staat, door het algemeene axioma te stellen,
 „dat alle oorzaken onderling, in hare gevolgen, kunnen
 „worden tegengewerkt, geheel en al af te zien van de
 „beschouwing van negatieve voorwaarden en het begrip
 „van oorzaak te beperken tot de verzameling van posi-
 „tieve voorwaarden van het verschijnsel. Dan wordt één
 „negatieve voorwaarde gestadig aangenomen, welke, in
 „alle gevallen dezelfde is (namelijk de afwezigheid van
 „tegenwerkende oorzaken), hetgeen voldoende is, naast de
 „som van de positieve voorwaarden, om rekenschap te
 „geven van het gansche stel omstandigheden, waarvan
 „het verschijnsel afhankelijk is.”

Hetgeen MILL, hier, op zuiver logische gronden be-
 toogt, is van heel wat verder dan enkel logische strek-
 king (1). Indien voor een bepaald gevolg, een bepaald

(1) Ik doel niet op het misbruik, dat er van gemaakt wordt, waarvan men, bij M. VERWORN, *Kausale und konditionale Weltanschauung*, Jena 1912, een afschikkend voorbeeld vinden kan. Hem is het te doen om uit het conditionisme munt te slaan voor zijn materialisme. Hij

stel voorwaarden moet hebben medegewerkt, valt het begrip: oorzaak weg, naardien er niet de minste reden is om, uit dat stel, eene, als zoodanig, aan te wijzen, zijn derhalve al die voorwaarden te gader gelijkwaardig, dan is het onzeker, welke daarvan ten langen leste dan toch zoo beslissend was, dat, op rekening van haar, het gevolg kan worden gesteld. Mitsdien, valt, door en met de gelijkwaardigheid der voorwaarden, ook de verantwoordelijkheid van dengene, die de beslissende voorwaarde in het leven riep. Hetgeen niets meer of minder zeggen wil, dan dat wij dengene niet mogen straffen, die — een moord doet!

Deze moeilijkheid trachtte v. BURI te ondervangen (Ueber Causalität und deren Verantwortung, Leipzig 1873), door het verschil tusschen oorzaak en voorwaarde weg te vagen.

v. KRIES (Vierteljahrschrift f. wissenschaftliche Philosophie XII, blz. 400) geeft van diens, o. a. door een niet geringere dan LISZT overgenomen leer, de navolgende samenvatting: „Met betrekking tot de causaliteit van een enkel „voorval, kan alleen gevraagd worden, of het gevolg, ontbrak het voorval, desniettemin zich voorgedaan had, „of niet. Causaalsamenhang tusschen handeling en gevolg

begint dan ook met eene uitweiding over het eerste, welke in hoofdzaak de meening van MILL weergeeft. Zoover gekomen, is hij in een handomdraaien gereed en kan aan het opruimen gaan. Het empirisme levert hem niet enkel de verschijnselen (phenomen), maar het wezen der dingen. Van LEIBNITZ, die, in een oordeel over LOCKE, schreef: nihil est in intellectu, quod non fuerit in sensu, *nisi ipse intellectus* schijnt hij nooit vernomen te hebben. Over KANT's grensbegrip (noumenon): «Ding an sich» springt hij luchtigjes heen. De verhouding van ziel en lichaam lost hij op, door verwijzing naar gangliencellen enz. Dat soortgelijke praatjes, in dit geval, afkomstig van een physioloog te Bonn, nog den drukinkt waard bevonden worden, is wonderbaarlijk.

„bestaat dan, wanneer de handeling niet weggedacht
 „worden kan, „zonder dat wegvallen moest, het zich voor-
 „doen van het ontstane gevolg”. Onmogelijk echter is het,
 „in objectieven zin, uit te voeren eene afweging der be-
 „teekenis, welke de enkele factoren, voor het gevolg, gehad
 „hebben; met name, kan niet worden vastgesteld, hoe-
 „veel wellicht de eene of de andere tot de verwerkelijking
 „van het gevolg hebben bijgedragen”.

Men herleze deze laatste zinsnede, want zij werpt m. e. geheel de theorie omver.

Indien gij het gansche complex van voorwaarden gelijkwaardig noemen moet, kunt gij eene, voor het gevolg, beslissende niet aanwijzen, staat het dus niet aan u, eene, uit het verband, te grijpen en oorzaak te heeten. Allerm minst staat het aan u, uit hoofde van die zoogenaamde oorzaak, te straffen. Geruststellend, moge LISZT zeggen: valt deze handeling, dan valt dit gevolg, ik vraag: is het ernst met de gelijkwaardigheid der voorwaarden, ja of neen? Zoo ja, hetgeen ex hypothesi, het geval is, dan is die, welke veroorzaakt, u onbekend, terwijl gij, straffende, haar als bekend onderstelt. Zoo neen, dan verkeeren wij buiten het gebied der vooronderstelling, hetgeen, ex hypothesi, het geval niet is.

Het conditionisme behoeft derhalve correctie, welke, mijns bedunkens — en tot nader order, gelijk vanzelf spreekt — aangebracht is door G. HEIM, *Ursache und Bedingung. Widerlegung des Konditionalismus und Aufbau der Kausalitätslehre auf der Mechanik* (Leipzig 1913), waarvan ik de hoofdlijnen ga aanwijzen.

Bewust en met opzet kiest hij partij tegen VERWORN, zooeven vermeld, volgens wien, de causaliteitsleer oppervlakkig, onjuist, schadelijk is, terwijl de wetenschappelijke wereldbeschouwing volkomen opgaat, in het conditionisme.

In de eerste plaats, berust deze uitspraak op miskenning der causaliteitsleer (4).

Deze beweert niet, gelijk voorgewend wordt, dat ieder voorval afhankelijk is van eene enkele oorzaak. Ook zij is onophoudelijk bezig na te vorschen de overige causale momenten, zoodat het verwijt, haar gedaan, ten eenenmale ongegrond is. WUNDT, sprekende van oorzaak, in het enkelvoud, zegt desniettemin: „De som der voorwaarden „is, voor iedere gebeurtenis, gelijk aan den oneindigen „causaalsamenhang der dingen” (5). Van WUNDT is tevens afkomstig de opmerking: „de oorzaak is het engere, de „voorwaarde, het ruimere begrip” (6, n. 1).

Onjuist verder is, in het conditionisme, de leer der *gelijkwaardigheid der voorwaarden*. Men heeft scherp te onderscheiden, tusschen *gelijkwaardigheid* en *noodzakelijkheid*. De eerste is relatief, vatbaar voor gradatie en afmeting. De tweede daarentegen is een absoluut begrip.

Spreekt men van eene *voorwaarde*, dan ligt, in dit woord zelf, hare *noodzakelijkheid*. Wordt deze noodzakelijkheid nader getoetst, dan kan het alleen de vraag zijn, of zij beteekent *onvervangbaarheid*. Ware dit het geval dan zou de grondstelling nopens aequivalentie der voorwaarden eene tegenstrijdigheid behelzen; zij zou zeggen:

1. Er bestaan gelijkwaardige voorwaarden.
 2. Geen enkele voorwaarde kan vervangen worden.
- Dit is tegenstrijdig, omdat gelijke waarden steeds vervangen worden kunnen.

Ten duidelijkste blijkt dit, in de *Mechanica*. Men kan een kogel op een hellend vlak naar boven trekken, door spierkracht, door een gewicht, door een gespannen veer, door eene machine, waarin waterdamp, gas, electriciteit. „Mitsdien, kan de factor, die de beweging van den kogel „bewerkt, er de voorwaarde van is, voorgesteld worden „door zeer verschillende lichamen en energieën, zonder

„dat het voorval, daarbij, een verandering ondergaat” (11).

Uit de leer der gelijkwaardigheid der voorwaarden, vloeit rechtstreeks voort, — gelijk wij bij MILL zagen, — de leer, dat oorzaak en voorwaarden niet te scheiden zijn.

Ware dit het geval, dan kon men van geen enkel voorval de oorzaak bepalen. Oorzaak ware alsdan, gelijk WUNDT het uitdrukt: de oneindige causaalsamenhang der dingen d. w. z. het heelal. Of wel, zoodanig getal van voorwaarden als men, om ze overzienbaar te maken, uit de, in het oneindige voortlopende voorwaarden, afzondert.

Zoodanige handelwijze heeft, wetenschappelijk, niet de minste beteekenis. De wetenschap toch, voorzoover zij niet tot enkele beschrijving zich bepalen wil, stelt zich tot taak de enkele zaken met elkander te verbinden, en wederom uit elkander af te leiden.

Sterft een patiënt aan influenza, dan geeft de medicus, als doodsoorzaak, op: influenza. Ging hij naar het conditionisme te werk, hij had kunnen opgeven: het zwakke hart van den patiënt, kortom de gansche constellatie der voorwaarden, die zijn einde teweegbrachten.

Wat men echter weten wil, is, welke doodsoorzaken, onder veelvuldige voorwaarden, altoos opnieuw, zich voordeden. Zoo trok de aandacht de hooge mortaliteit, ingevolge tuberculose, bij steenhouwers of mijnarbeiders, waardoor men tot bepaalde slotsommen kwam. Hieruit blijkt de noodzakelijkheid, om uit tallooze voorwaarden ééne als oorzaak aan te wijzen.

Desniettemin, bestaat er, op dit punt, eene beschamende verwarring. vooral beklaagd, door de juristen „van wie „men eene klare begripsbepaling der voorwaarden het „eerst verwachten zou” (27). Soms, gaat men geheel willekeurig te werk, door eene of andere voorwaarde aan te wijzen, of wel, men spreekt van „eigenlijke” oorzaken, als waren er oneigenlijke.

„Het ergst schijnt de onklaarheid, in de rechtsweten-
 „schap, te zijn, terwijl men b.v. vaak, zoo niet meestal,
 „een laten, een plichtverzuim, derhalve iets negatiefs, tot
 „oorzaak van natuurverschijnselen maakt, waarbij dan
 „nog de vermenging met de stelling van den toereiken-
 „den grond aan het civielrecht veel te stellen geeft. Men
 „is deswege zoover gekomen, het philisofeeren, als voor
 „de rechtskennis gevaarlijk voor te stellen!” (20).

De eigenlijke causaliteitsleer kan, in enkele korte stel-
 lingen, worden saamgevat:

„Alle gebeuren is arbeid.

„Voorwaarden zijn de dingen, waarvan een arbeid
 „afhangt.

„Oorzaak is eene zaak, die arbeid verricht.

„Gevolg is de verschijning van eenen arbeid.

„Voorwaarden zijn (buiten de oorzaak) dingen, waarop
 „arbeid verricht wordt (bearbeide zaken).

„Middelbare voorwaarden zijn dingen, welke den toestand
 „van gindsche zaken en dingen teweeggebracht hebben
 „(vóóroorzaken en vóórvoorwaarden)” (25).

Ten einde te begrijpen, wat onder: *ding* te verstaan
 zij, houde men in het oog, dat, als zoodanig, op te vatten
 zij, hetgeen, als *eigenschap*, pleegt te worden aangeduid.
 Immers, zoodanige eigenschappen (volume, gewicht, dicht-
 heid, elasticiteit, vorm, warmte enz.) hebben niet een zelf-
 standig bestaan, maar maken *het ding*, voorzoover het,
 voor ons, kenbaar is. Zij kunnen derhalve worden *ver-
 zakelijkt*, naardien, veranderen de eigenschappen, ook het
 ding verandert. Hetzelfde geldt voor ruimte en tijd.
 Door middel dezer verzakelijking, zegge men: „Voorwaarde
 „is een ding van zeker volume, elasticiteit, temperatuur,
 „afstand. Hetzelfde geldt, natuurlijk, van de oorzaak, die,
 „immers in ruimeren zin, ook eene voorwaarde is” (24).

Hetzelfde geldt, voor personen. „Voorzeker, kunnen

„ook personen oorzaken en voorwaarden zijn. Ziet men „scherp toe, dan blijkt, dat, bij hen meestal, zoo niet „altoos, deelen des lichaams, alzoo wederom dingen, „(zaken) in aanmerking komen. Zeer vaak, verricht immers „een deel van het lichaam arbeid op andere deelen „daarvan, b.v. trekt zich iemand omhoog aan een „rek” (28).

Het navolgende voorbeeld dient, tot toelichting der grondstelling. „Wanneer ik een voorwerp van den grond, „in de hoogte, hef, dan verrichten mijne *spieren* eenen „arbeid. Dezen zijn alzoo de *oorzaak* daarvan. *Gevolg is „de verschijning van dezen arbeid, namelijk de plaatsveran- „dering van het voorwerp. Voorwaarden zijn de dingen, „waarop de arbeid gedaan wordt*, in de eerste plaats, de „arm en het voorwerp. Daarboven echter, bevindt zich een „*luchtlaag* van zekere zwaarte. Deze moet ik, naar boven, „verschuiven, alzoo, ook op haar, arbeid verrichten. „Daartoe, is eene, zij het ook geringe, inspanning van „krachten noodig. Heeft deze niet plaats, dan zal het „voorwerp, dienovereenkomstig, minder hoog geheven „worden. De arbeid, het voorval is, mitsdien, volstrekt „van den arm, het opgeheven voorwerp en van de „lucht, daar de zwaarte van deze dingen overwonnen „worden moet, afhankelijk, *de witsluitende oorzaak zijn „echter de arbeidende spieren”* (28).

Ook tot nauwlettende ontleding, nopen de begripsbepalingen. „Beschouwen wij het geval, dat twee loco- „motieven op elkaar inloopen en vernielen. Waar is de „oorzaak van het vernielen der beide dingen? Het samen- „stooten, antwoordt men. Alzoo wederom ééne oorzaak, „voor twee gevolgen. Ook dit antwoord is onjuist. Een „locomotief heeft de andere vernield, *eene heeft op de „andere werktuiglijken arbeid gedaan*, alzoo hebben wij „wederom, voor ieder gevolg, ééne oorzaak” (31).

Tegen de leer van MILL, als zou, uit het geheele stel van voorwaarden, niet ééne, als bijzondere oorzaak, kunnen worden aangewezen, pleit nog *het standvastige van de hoedanigheid des gevolg*.

„Op een wandeling, komen wij voorbij een groot veld. „Bont door elkaar, zien wij, daar, talrijke planten. Hier, „wast een groep boekweit, daar, rogge, daar, garst. Daar- „tusschen, bloeien blauwe korenbloemen, roode maan- „bloemen, rondom, staat een menigte van verschillende „soorten van boomen. Dit alles wast op denzelfden bodem, „die allerwege dezelfde zouten, dezelfde vochtigheid, dezelfde „warmte heeft, met dezelfde helderheid verlicht ze de zon.

„*Zij bevinden zich alzoo alle, onder dezelfde voorwaarden.* „Wat is nu de oorzaak, vragen wij, dat hier, deze of gene „boom, daar, een blauwe, ginds, een roode bloem, verder, „gewas van zoodanigen, of van anderen aard zich ont- „wikkeld heeft. Wij weten het, de verschillende *zaad-* „*korrels zijn de oorzaken telkenreis, of behelzen ze voor het* „*minst.* Want de menschen hebben de ervaring gemaakt, „dat telkenreis, wanneer zij een bepaalden zaadkorrel, in „de aarde, plantten, ook telkenreis, dezelfde soort van plant „ontstond. *De standvastigheid van de hoedanigheid van den arbeid deed derhalve: de menschen het causale verband tusschen zaad en plant erkennen*” (39).

Dezelfde standvastigheid maakt, dat wij aan de kleur van den klank, aan het geluid van den toon, zonder het te zien, het instrument herkennen, een fluit van een viool onderscheiden. Bij den stijl van kunstenaars, bij het handschrift van personen, is hetzelfde verschijnsel in het spel. Wij herkennen „de hand”, al is er geschreven met inkt, met potlood, met griffel, op papier, linnen of steen. Alzoo, wordt, in al deze gevallen, de oorzaak zeer gemakkelijk aangeduid en scherp gescheiden, van de, toch telkenreis verschillende, voorwaarden.

Met betrekking tot de quantitatieve verhouding van oorzaak en gevolg, valt in het oog te houden, *de evenredigheid* van de eene, tot het andere. De regel, *causa aequat effectum*, die *gelijkheid* van oorzaak en gevolg stelt, is even onjuist, als het volksgeloof: kleine oorzaken, groote gevolgen.

Wat het eerste betreft: „Tot ieder gevolg behoort „een overeenkomstige groote oorzaak. Geen enkel persoon „en geene enkele zaak kan een arbeid verrichten zonder „overeenkomstige krachtsinspanning” (45).

Het tweede is niets dan beeldspraak. „Een steen raakte „los, hoog boven in de vierde verdieping, bij een venster. „Een teere kinderhand raakt er aan, de steen valt naar „beneden, en breekt een voorbijganger den schedel. Hij „blijft dood liggen. Men ziet den ongelukkige, denkt aan „de zedelijke en stoffelijke gevolgen, voor de nagelatenen, „de gemeente, den Staat, herinnert zich de zwakke „kinderhand, en roept uit: kleine oorzaken, groote „gevolgen.

„Een anderen keer, maakt een reuzensterke man, met „onbeschrijfelijke moeite, een rotsblok los. Het valt op „eene, vlak er onder staande, kist en blijft, zonder ze „merkbaar te beschadigen, er op liggen. Nu zegt men „wel: groote oorzaken, in het geheel geen gevolg” (47).

Beide keeren, was er eenvoudig strenge evenredigheid tusschen oorzaak en gevolg.

Het kind deed niets, dan het zwaartepunt van den steen opheffen. De aantrekkingskracht der aarde deed hem vallen. Noch deze, noch het kind verbrijzelde den schedel. Dat deed het mathematisch nauwkeurig aanwijsbare arbeidsvermogen van den steen. Omgekeerd, had het rotsblok, vanwege de geringe valhoogte, slechts weinig energie, derhalve gering arbeidsvermogen, slechts genoeg om het hout van de kist te schaven.

In de causaliteitsleer, valt eene dwaling te bestrijden, die, van oudsher, verwarring heeft gesticht.

„Een deel der lieden namelijk, dat het zooeven beschreven ongeluk heeft gezien, laat wellicht, aldus, zich uit: noch het kind, noch de steen zijn de oorzaak van het ongeluk, zij kunnen het immers niet helpen; de oorzaak bestaat, enkel, in de omstandigheid, dat de huiseigenaar den steen niet weder bevestigd heeft, hem alleen treft de schuld. Ééne lijn met deze lieden trekken wellicht de nabestaanden van den overledene, en maken tegen den huiseigenaar eene rechtsvordering aanhangig, wegens dooden uit onvoorzichtigheid en schadevergoeding. Mogelijk is, dat de rechter te hunner gunste vonnis wijst.

„Daarmede, zou de vroeger vastgestelde causaalsamenhang te niet gedaan zijn, door vereenzelviging der beide begrippen:

oorzaak en schuld.

„Had een krachtige man den steen in de hand gehad, en daarmede iemand den schedel stuk geslagen, dan had hij dien arbeid verricht en ware derhalve daarvan de oorzaak. Aan den anderen kant, ware hij blijkbaar ook de schuldige. *Beide begrippen kunnen alzoo, in één persoon, zich vereenigen.*

„Bij het bovengemeld ongeval echter, had de huiseigenaar zich niet verroerd. Misschien, heeft hij het huis van iemand gekocht en wel op een tijdstip, dat de steen reeds losgeraakt en, sedert, door den regen, volkomen los geworden was. Desniettemin, wordt hij, wegens onvoorzichtigen doodslag, civiliter en strafrechtelijk veroordeeld (1). Het was zijn plicht den steen wederom te

(1) Gedoeld wordt, hier, op de aansprakelijkheid *ex lege*, vastgesteld in § 836 van het Duitsche Burgerlijk Wetboek, in *beginsel* overeenkomend met ons art. 1405 B. W. Het Duitsche Wetboek doet de

„doen bevestigen en daardoor het ongeluk te verhoeden. „Dit heeft hij nagelaten, alzoo draagt hij de schuld. *Het „begrip schuld ligt alzoo, hier, geheel naast de causaliteit*” (50). Bewijst de eigenaar, dat hij, van het gevaar voor ongelukken, niets kon weten, dan zal hij vrij uitgaan. Weet een man niet, dat hij, venerisch, besmet is en draagt hij de ziekte over, op eene vrouw, dan ligt ook daarin noch opzet noch nalatigheid. In dit geval, is iemand de oorzaak, doch niet de schuld van een schade (1).

„Uit dit alles volgt, dat *de vraag naar de oorzaak, van „die naar de schuld gescheiden moet worden*. Reeds daarin „ligt een principieel verschil, dat de schuld nooit betrokken worden kan op een zaak, maar altoos op een „persoon. Men heeft derhalve te letten op

„*de persoon als oorzaak*” (50).

„Hier, is nu de beschouwing wederom gekomen tot de „plaats, waarvan de causaliteit, als een door ervaring „verkregen beginsel, blijkbaar haren uitgang genomen „heeft.

„*De mensch erkende zich allereerst zelf als bewerker, als „oorzaak* der menigvuldige veranderingen aan zijn eigen „lichaam en in de omgeving daarvan, namelijk van de „bewegingen zijner ledematen en van de, daardoor „wederom teweeggebrachte, beweging der dingen. De ver- „anderingen, welke hij de dingen deed ondergaan, *noemde*

aansprakelijkheid des huiseigenaars voortduren, een jaar, nadat hij van 't bezit zich ontdeed. Of, krachtens ons art. 1405, toepasselijk worden zou art. 307 Strafw. schijnt mij uiterst betwistbaar, op grond van het — in den tekst — volgend betoog.

(1) Naar ons recht, zal onbekendheid met het gevaar, wél in het geval der besmettelijke ziekte, niet, in dat des huiseigenaars disculpeeren. Het eerste namelijk is een species van art. 1401 B. W. dat schuld *eischt*. Het tweede is ex art. 1405 absoluut, omdat het schuld buiten rekening laat,

„*hij arbeid*, het vermogen, waarmede hij dien uitvoerde,
 „noemde hij *arbeidskracht of kracht* kortweg. Hij zag, dat
 „deze, niet bij alle medemenschen, gelijk was.

„Hij bemerkte duidelijk, dat hij des te meer kracht
 „toepassen moest, naarmate de, te verwachten, arbeid
 „grooter was, dat alzo *gene evenredig was aan dezen*. De
 „grootte van den arbeid beoordeelde hij, zeker ook reeds,
 „naar *de toegepaste kracht en naar den weg*, welken hij
 „den last had gesleept, alzo geheel als de hedendaagsche
 „werktuigkunde.

„Zeker, wist de oorspronkelijke mensch reeds, alvorens
 „de causaliteit hem verscheen, als algemeene logische
 „eisch, *de oorzaak zeer wel van de voorwaarden te onder-*
 „*scheiden, zijne arbeidende ledematen, van de dingen, welke*
 „*hij bearbeide*.

„Eenmaal, had hij een lichten, een andermaal, een
 „zwaren steen op te heffen, nu eens, hem op den platten
 „grond, dan weer, hem den berg op te bewegen, soms,
 „had hij, met veel moeite, een boomstam naar het strand
 „te slepen, dan, zag hij hem na een lichten stoot op het
 „water wegzweemmen. Hij bemerkte alzo, dat hij zijnen
 „arbeid, onder de menigvuldigste voorwaarden, verrichtte.

„Altoos echter, ondervond en gevoelde hij, tegenover de
 „bewogen, weerstrevende, bearbeide dingen, klaar en duidelijk,
 „zich zelf, zijne ledematen, als het bewegende, scheppende,
 „arbeidende, als de oorzaak.

„Toen de mensch ontwaard had, dat ook de dieren de
 „dingen bewegen, dat de bliksem, gelijk hijzelf, met den
 „bijl, den boom slijt, verder, dat de magneet een stuk
 „ijzer naar zich trekt, dat alzo ook andere wezens *en de*
 „*dingen arbeid doen*, was het een volmaakt logische ge-
 „dachtengang, dat hij hun ook bekwaamheid om te
 „arbeiten, *kracht toeschreef*, en, in hen, eveneens *oorzaken*
 „*der, om hem heen gebeurende, veranderingen erkende*” (51).

Eene bijzondere en ver reikende beteekenis heeft de arbeidsverrichting bij den persoon. In de keten der causaliteit, speelt namelijk *de wil* een rol.

„De wil, als oorzaak, speelt, in het leven der menschheid, „een rol van onmetelijke draagkracht, in het bijzonder „in de *Ethica* en in de *Rechtswetenschap*. Straf- gelijk „civielrecht eischen, ter veroordeeling, respectievelijk tot „de geldigheid van rechtshandelingen, volstrekt *de vrije „wilsbepaling*. — Het is duidelijk, dat de leer van het „conditionisme, als ware de wilshandeling slechte eene „voorwaarde, gelijk de overigen, en zelfs met dezen gelijk- „waardig, hier, in theorie en practijk, verwarring zonder „voorbeeld stichten moet” (52).

Desniettemin, behoeft, ter begripsbepaling, niet te worden gezegd: oorzaak is een persoon of eene zaak, die arbeid verricht. Men kan den arbeid steeds herleiden tot lichaamsdeelen (spieren, hersens), alzoo tot dingen. Ook is de vrije wil, als hoogste toppunt des persoons, niet van ééne beteekenis, noch onbestreden.

De vraag:

Is de oorzaak eene zaak, of eene gebeurtenis? moet in eerstgemelden zin beantwoord worden, hoezeer een niet geringere dan WUNDT haar, in laatstgemelden zin, beslist. Een voorbeeld maakt dit duidelijk:

„Ik omvat een voorwerp. Eene plaatsverandering mijner „vingers geschiedt; dat is een werking, een arbeid, welken „de aan mijne vingers bevestigde buigspieren verrichten, „waarvan zij alzoo de oorzaak zijn. Ik hef het voorwerp „op. Wederom, een plaatsverandering, eene werking, waar- „van de oorzaak mijne arbeidende armspieren zijn. Nu „strekken de spieren, aan de tegengestelde zijde der hand, „de vingers uit; nogmaals, eene oorzaak en werking. En „nu het voorwerp, dat ik aan zichzelf heb overgelaten? „Overeenkomstig het traagheidsbeginsel, zou het, op die plaats,

„*eeuwig blijven liggen, wanneer niet eene andere kracht meer op hem werkte.* Maar wij zien, dat het, wederom, zich beweegt, zelfs in de tegengestelde richting, wederom, naar de aarde toe. Hadden wij, vroeger, dit niet beleefd, wij zouden, in de grootste verbazing, geraken. Immers, er moet een nieuwe kracht op hem gewerkt, een nieuwe oorzaak dit gevolg teweeggebracht hebben. Dat is de aarde, die op het voorwerp arbeid verricht en het, naar haar middelpunt heen, beweegt. De wetenschap heeft derhalve volkomen gelijk, wanneer zij de aarde, met haar aantrekkingskracht, als oorzaak van den val der voorwerpen aanduidt. De aarde is niet de algemeene „permanente voorwaarde”, maar de oorzaak, bij iederen val (54).

„*Hetgeen wij voorvallen, gebeurtenissen noemen, zijn niet, oorzaken, maar allegader, gevolgen. De oorzaak is veeleer eene zaak, wel is waar niet eene zaak zonder meer, maar eene zaak, die arbeid verricht. Gevolg is de verschijning van dezen arbeid*” (55).

Men behoeft, voor deze eenvoudige begripsbepalingen, slechts, onbevangen, de ervaring te raadplegen, die, door afwisselende theorieën, van de wijs is gebracht. Wij hebben om haar te begrijpen, slechts terug te keeren tot de begrippen der meest fundamenteele natuurwetenschap: de werktuigkunde.

Met de theorie, als zou de oorzaak eene gebeurtenis zijn, valt niets aan te vangen. Verschillende gebeurtenissen kunnen geleid hebben tot aantrekking van het ijzer, door den magneet. Het ijzer kan, voor den magneet, geworpen worden, de wind kan het, door een geopend venster, doen vallen, een kat kan het een en het ander weggestooten hebben. Louter, — ex hypothesi, — veelvuldige oorzaken van hetzelfde gevolg. Louter gebeurtenissen, die met de oorzaak niets hebben uit te staan. „De oorzaak en de logische grond daarvoor ligt alleen, in den magneet, die

„met arbeidsvermogen is toegerust en dien arbeid verricht” (56).

Dezelfde theorie werkt ook de ongerijmdheid in de hand, als hadden kleine oorzaken groote gevolgen. „Een „brandende lucifer valt, in een vat kruit, — eerste gebeurtenis. Onder vreeselijk gekraak, stort het gebouw in — „tweede gebeurtenis. Mitsdien, heeft het vallen van den „lucifer, in het vat kruit, deze geweldige werking gehad, „dezen ontzaglijken arbeid verricht. Onwillekeurig, wordt, „hier, iedereen genoopt tot verzakelijking: namelijk, in „plaats van: „het vallen van den lucifer” te zeggen: „de „vallende lucifer”” (57).

Eèn gevolg kan verscheidene oorzaken hebben.

„Trekken drie paarden een wagen, dan hebben wij drie „oorzaken der beweging. Hoe echter, wanneer ik twee dezer „paarden, achter den wagen, span, zoodat hij achteruit „gaat? Nu, ook dan is de toedracht klaar. De beweging van „den wagen wordt alleen teweeggebracht, door deze „beide paarden, alzoo zijn er *twee oorzaken*. Het vóór den „wagen gespannen paard is niet meer oorzaak der be- „weging, maar wordt bewogen, doordien, ook daarop, de „beide anderen arbeid moeten doen” (58).

Men heeft, hier, slechts hetzelfde grondbeginsel in het oog te houden. „Altoos, wanneer men eene zaak heeft „die arbeid verricht, heeft men ook eene oorzaak” (58).

Onderscheidene oorzaken vallen ook aan te wijzen, bij psychische voorvallen. Wanneer wij een concert hooren, wekken de vele instrumenten allerlei toongewaarwordingen, doch slechts *één gevoel*.

Samenvattend, worden de navolgende voordeelen van den stelregel: „oorzaak is eene zaak die arbeid verricht” opgesomd:

„1. *Het wezen der oorzaak, als teweegbrengend, scheppend*

„moment is, zoo goed mogelijk, uitgedrukt. Namelijk, niet „slechts, in den zin van enkel werken zonder gevolg, „gelijk b.v. de aarde op een gesteund voorwerp werkt, „zonder het van de plaats te brengen, maar de nadruk „wordt gelegd op eene werkelijke verrichting, eene be- „weging of overige, physische, chemische of van welken „aard ook, *verandering*. Dit juist is, hetgeen het begrip: „werking, in de causale beteekenis, eischt. Niet altoos, „wanneer gewerkt, wel echter *telkenreis, wanneer arbeid „verricht wordt, heeft gevolg, in dezen zin, plaats*. Dienvolgens, „is arbeid en gevolg synoniem.

„2. Door bedoelde bepaling, is de oorzaak scherp geschei- „den van de overige, de voorwaarden, in engeren zin, namelijk, „de dingen, waarop arbeid verricht wordt.

„3. Mystische uitdrukkingen, gelijk gebeurtenis, relatie, „kracht, en ook het van metaphysica niet vrije energie- „begrip komen, in de bepalingen, niet vóór. Zij behelzen „enkel, hetgeen, in de aanschouwing, gegeven is: dingen en „voorvallen.

„4. De causaliteitsbegrippen zijn, wederom, in overeenstem- „ming gebracht met de oorspronkelijke eenvoudige ervaring, „welke ze het eerst heeft geschapen. Zij verschijnen der- „halve in hun natuurlijk gewaad, en kunnen, van de „meest ruchttere ervaring wederom begrepen worden. — De „waarheid is eenvoudig.

„5. De begrippen der causaliteit zijn saamgesmolten, met „die, van de meest eenvoudige en meest vaste natuurwetenschap, „de werktuigkunde, die, als de grondslag van alle ervarings- „wetenschap, geldt.

„6. Het begrip: arbeid is, voor ieder, gemeenzaam en laat „zich, op al het gebeuren, overbrengen”.

Het voorafgaand betoog heeft, op mij, door zijn even scherpe als klare en eenvoudige afbakening van de causaliteit, niet geringen indruk gemaakt. Deze mag even-

wel niet verder gaan, dan de bevoegdheid tot oordeelen reikt. Vooral nu, met name WUNDT, nu en dan, bestreden wordt, is voorzichtigheid geboden. De nevelen, die het causaliteitsbegrip omgeven, zijn, ook in de practische toepassing der rechtswetenschap, eene bron van groote, vaak onoplosbare moeilijkheden. Des te grooter ware de verdienste, eens de hand gelegd te hebben op een standaard, een maatstaf, niet slechts voor den jurist, maar voor de wetenschap, als zoodanig, bruikbaar. Is dit, hier, geschied? Ik zal mij wel wachten, ook maar een persoonlijk oordeel te uiten, dat verder gaat, dan eene, zeer stellig onderstreepte voorloopige, instemming. Dit moet wel, nu bij de werktuigkunde ter school is gegaan, zoodat ieder leek te haren aanzien, genoodzaakt is incompetentie ratione materiae, te pleiten. Derhalve, wie het beter weet, moet het maar zeggen.

J. A. LEVY.

De Duitse Richtertag te Berlijn in 1913 (1).

Den 12den en 13den September van dit jaar werd te Berlijn gehouden de derde vergadering van den voor eenige jaren opgerichten Duitschen Rechterbond.

De samenkomst begon met korte toespraken van eenige zoogenaamde „Hohe Herren”, die als gasten de vergadering bijwoonden.

Onder dezen vertolkte Kammergerichtspräsident Dr. HEINROTH den indruk, welke indertijd werd gewekt door de oprichting van den bond. Hij zeide, dat in een tijd, die zich het verwijt moet laten welgevallen: „quaerenda „primum pecunia, deinde veritas”, iedere „Vereinsbildung” de verdenking op zich laadt, dat het is te doen om de bevordering van materieele belangen. De duistere profeten waren echter hier gebleken valsche profeten te zijn. Het schip was gestuurd in goede richting tot bevordering van goede rechtspraak en tot medewerking aan de ontwikkeling van het recht.

Namens den Pruisischen Minister van Justitie zeide de onderstaatssecretaris Excellentie Dr. MÜGEL o. a. het volgende:

„Voor de „Justizverwaltung” moest van bijzondere waarde zijn de kennis van de ervaringen, de stemming en de gedachten der rechters, die midden in en tegelijk boven het rechtsleven staan”.

(1) D. J. Z. = Deutsche Juristenzeitung.

D. R. Z. = Deutsche Richterzeitung.

Bij volle erkenning van de groote waarde van eene juristenvereeniging, die alle rechtsgeleerde elementen in zich opneemt, valt toch de belangrijke beteekenis van eene daarnaast bestaande afzonderlijke vereeniging van rechters in het oog. De leden van een bond van rechters zijn vereenigd door gelijksoortige ervaringen. Hunne gedachtenwisseling in korte samenkomsten wordt daardoor vergemakkelijkt.

Het komt mij voor, dat de Deutsche Rechterbund gedurende zijn kort bestaan reeds een werkelijk succes mag worden genoemd en dat de vriendelijke woorden te Berlijn door de „Hohe Herren” gesproken, niet behoeven te worden gequalificeerd als ijdele complimenten (1).

Alvorens in te gaan op het onderwerp van civiel procesrecht, hetwelk in de vergadering werd besproken, vraag ik de aandacht voor eenige algemeene opmerkingen, die zich naar aanleiding van de discussiën der laatste jaren in den Richterbund naar voren dringen.

De rechterlijke macht tegenover de wetgeving.

De vertegenwoordiger van het Pruisisch Ministerie van Justitie — wij zagen het boven — wees op de bijzondere beteekenis van de ervaringen der rechters. Was dit mede een antwoord op klachten, die zich vroeger in den boezem der vereeniging hadden laten hooren? Men klaagde

(1) In Oostenrijk heeft men de «Vereinigung Oesterreicher Richter» (opgericht 1907).

Deze vereeniging heeft verschillende wetsontwerpen opgesteld en over ontwerpen adviezen uitgebracht. Zij streeft naar verheffing van het peil van geschiktheid van de rechters. Prof. VON NEUMANN schrijft over deze vereeniging (D. J. Z. XVII, blz. 1028): «Der Richter-stand, der so viele Jahre stumm bei seite stand, hat nun auch «seinen Organ».

namelijk op den Richtertag te Dresden, dat de rechterlijke macht te zeer verstoken was van invloed op de wetgeving.

Men kan over den invloed van den rechter op de wetgeving niet spreken, zonder te waarschuwen tegen een misverstand. Er is namelijk in Duitschland eene beweging, die den rechter eenvoudig als wetgever wenschte te betitelen en hem bevoegd wil verklaren de taak van den wetgever in vollen omvang over te nemen. Deze beweging vindt geen gehoor in de kringen van de rechterlijke macht. Wel erkent men, dat de rechter door zijn rechtspraak mede is orgaan voor rechtsvorming. Aan de wetsbepalingen wordt door de rechterlijke macht voor een groot deel leven ingeblazen. Daarbij is dus de rechter met den wetgever orgaan van rechtsvorming en hij is mede orgaan voor rechtsvorming bij het ontstaan van gewoonterecht, dat zijn gebied in Duitschland niet — als ten onzent — door een voorschrift, als art. 3 der wet houdende algemeene bepalingen, ziet beperkt.

Streng dient te worden onderscheiden tusschen rechtsvorming en wetgeving. Door de rechtsvorming, die van den rechter uitgaat, als wetgeving te betitelen, veroorzaakt men eene zeer schadelijke verwarring van begrippen.

De Deutsche Rechterbond vordert voor de rechterlijke macht geene bevoegdheid tot wetgeving op in den zin der vrijrechtsmannen, maar in zijn midden doen zich luide stemmen hooren, die een invloed eischen op de wetgeving, zooals wij die in technischen zin verstaan. Daarmee wordt verlangd een terugtreden tot oude toestanden. Ik heb er in vroegere geschriften aan herinnerd, hoe in Friesland het Provinciaal Hof het initiatief nam tot hervorming van het burgerlijk recht. De Statenvergadering beschouwde zich niet als een zaal met „wetgevers”, die ten taak hadden aard en strekking der nieuwe bepalingen te doorgronden, maar als een door-

gangshuis, waar werd gezorgd, dat men zich in goede richting bewoog en waar men zich verzekerde, dat beproefde en deskundige krachten de nieuwe voorstellen hadden geformuleerd (1).

Gaat men naar het Frankrijk van den grooten NAPOLEON, zoo ziet men, dat de consul en later de keizer steeds het advies inwon van de colleges en van de mannen, die leefden in de onderwerpen, die werden ter hand genomen. Het ontwerp Code Civil werd om advies gezonden aan het Hof van Cassatie en de Hoven van Appèl (die waarschijnlijk den raad inwonen van de rechtbanken). Toen de regeling der boedelscheiding aan de orde kwam, werd het ontwerp in handen gesteld van de notarissen en NAPOLEON persoonlijk hield eene merkwaardige bespreking met de voornaamste vertegenwoordigers van het notariaat.

Het raadplegen van de rechtscolleges, het inwinnen van informaties ter plaatse, waar men op eenig gebied ondervinding heeft, is in den nieuweren tijd in onbruik geraakt. Men houdt meer en meer op de krachten te putten, waar zij zich in natuurlijke groei ontwikkelen. Wij leven in een tijd, die, de natuurlijke bronnen voorbijgaande, met groote kosten kunstmatige kweekplaatsen tracht in het leven te roepen, kweekplaatsen, waarin de levenwekkende bacteriën en de gezonde beweegkrachten dikwijls ten eenenmale ontbreken.

Wij zijn ver verwijderd van den tijd der republiek,

(1) De volksvertegenwoordiging van den tegenwoordigen tijd transformeert zich meer en meer in eene vergadering van «wetgevers». Dit moge een tijdelijk ziekteproces blijken. Vruchtbare wetgeving is alleen mogelijk als de vertegenwoordiging zich terugtrekt, als zij de wetgeving en rechtsvorming overlaat aan andere organen, terwijl de vertegenwoordiging in hoofdzaak controleert en bestaat uit mannen, die, op allerlei gebied werkzaam, slechts een deel van hun tijd aan het Kamerlidmaatschap besteden.

toen het Hof van Friesland op zijn gebied een soort van Raad van State vormde en voordrachten deed aan de Regeering, of van den tijd van NAPOLEON, toen men prijs stelde op het oordeel van de rechtscolleges ten aanzien van ontwerpen van wetgeving. Men is er ten onzent aan gewoon, dat geen advies wordt gevraagd, of wordt begeerd (1). Men is het daardoor meer en meer moede geworden zijne gedachten over kwesties van rechts-hervorming te laten gaan. De Staat beschikt daardoor niet over noodige en nuttige adviezen en evenmin in voldoende mate over personen, die, benoemd in eene Staatscommissie, de geschiktheid bezitten om voorstellen tot wetswijziging te ontwerpen. Al heeft men een keur van bekwame mannen, zij zijn niet voorbereid op de taak, waartoe zij eventueel worden geroepen, en het werk, dat zij met groote inspanning en ijver verrichten, is noodzakelijk verre inferieur aan hetgeen zij zouden kunnen leveren, wanneer zij geweten hadden, dat medewerking tot wets-hervorming een taak was van de rechterlijke macht.

Wanneer men in den tegenwoordigen tijd met nieuwe wetten herhaaldelijk treurige ondervindingen opdoet, dan

(1) De Hoven brachten indertijd op verzoek van Minister NELISSEN advies uit over de samenstelling der Kamers. Toen kort daarna diens opvolger — Minister REGOUT — een voorstel daaromtrent indiende, verzekerde zijne Excellentie, daarover geïnterpelleerd, in de Eerste Kamer, dat de Hoven nooit advies hadden uitgebracht. Eerst later is het Zijne Excellentie gelukt deze adviezen van zijne ambtenaren in handen te krijgen.

Onlangs is betoogd, dat de Ministeries meer en meer moeten worden observatoria van wetgeving, stofverzamelaars. Dit verzamelen is intusschen nutteloos, wanneer het zelfs aan het Hoofd van het Departement niet gelukt van de meest belangrijke en zeer recente stof inzage te krijgen, wanneer hij het indienen van een ontwerp overweegt.

is dit grootendeels het gevolg van de omstandigheid, dat men zijn licht niet zoekt daar, waar het te vinden is. In de kringen van onze Nederlandsche rechterlijke macht wint meer en meer de overtuiging veld, dat van hare zijde geen licht wordt begeerd en dat het volstrekt nutteloos is zijn stem te doen hooren. Wanneer sommigen nog van eenig optimisme blijk geven, wanneer zij iets publiceeren van eigen gevoelen of van de ondervinding in een ruimen kring van ambtgenooten, zoo wordt zulk optreden in ons midden met schouderophalen begroet. Ook thans weer hoort men van alle zijden in gesprekken bezwaren opperen tegen het ontwerp Wetboek van Strafvordering (van de Staatscommissie), terwijl ongeveer niemand uit de staande of zittende magistratuur de pen op wil vatten om de vruchten van zijne ervaring te publiceeren.

Het kan zijn nut hebben er op te wijzen, dat bij onze Oostelijke naburen sterk naar voren treedt de overtuiging, dat de rechterlijke macht door hare ervaring, door „haar „staan midden in en tegelijk boven het rechtsleven” (woorden van den Pruisischen Staatssecretaris van Justitie) beschikt over vele gegevens, die aan anderen niet worden geopenbaard.

Zeer juist werd daarop in de Berlijnsche vergadering gewezen door Oberlandsgerichtsrath HUSSONG (D. R. Z. 1913, blz. 755), die deze periode van zijn betoog eindigde met de volgende woorden: „Wir müssen die Klagen erkennen, wir müssen sie formulieren, wir sind dazu da Vorschläge zur Abhilfe zu machen”.

De Nederlandsche regeeringen van de laatste halve eeuw hebben door haar optreden de overtuiging gevestigd, dat door haar het standpunt van den Duitschen Oberlandsgerichtsrath niet wordt gedeeld. Waar zoo menigmaal geluisterd is naar den Duitschen nabuur, wanneer het

beter zoude zijn geweest de ooren te sluiten, daar moge deze klank van over de grenzen eindelijk tot Den Haag doordringen, zoodat van regeeringswege aan de rechterlijke macht als plicht worde opgedragen de taak, die zij te Berlijn voor zich vindiceert (1).

Het recht der werkelijkheid.

Tal van schrijvers in binnen- en buitenland wijzen ons met aandrang naar het levende recht als de bron, waaruit de rechter moet putten, naar dat samenstel van regelen — niet in wetten vastgelegd — hetwelk men in de verschillende maatschappelijke kringen kent en als norm voor zijne handelingen observeert. Met anderen heb ik dikwijls ongeloofig het hoofd geschud over die ongeschreven ordening, die gegroeid uit natuurlijke kracht, aan den ijverigen waarnemer noodzakelijk in het oog valt. Elke sommatie om voor ons, blinden, het gordijn op te lichten en ons een kijkje te gunnen op die onbekende wereld, bleef steeds onbeantwoord. De juichtonen over zooveel schoons verstomden echter niet, de champagnestemming hield aan en wij ongeloofigen stelden ten slotte de vraag of de feestvreugde niet vereischte, dat men de blinden sloot en geen kennis nam van hetgeen buiten het studeervertrek voorviel.

De „Rechtsfremdheit“ van het volk.

De Reichsgerichtsrath Dr. LOBE staat blijkbaar aan mijne zijde en verkeert op dit gebied niet in champagnestemming. Hij klaagde in de Berlijnsche vergadering

(1) Men bedenke vooral, dat de meest gegronde opmerkingen over onderwerpen van wetgeving dikwijls zullen komen van de zijde, waarvan men die allermint verwacht, van mannen, die nooit als schrijvers optreden en die voor benoeming in eene Commissie niet in het oog vallen, maar die toch gaarne advies uïtbrengen, wanneer dit tot hun ambtstaak behoort.

over de „Rechtsfremdheit” van het Duitsche volk. In aansluiting daaraan zeide Amtsgerichtsath KADE (blz. 706 D. R. Z. II) dat het eindelijk eens moet blijken tegenover de beweerde Weltfremdheit der rechters hoeveel grooter, hoe oneindig veel grooter is „die Rechtsfremdheit des Volkes” (Lebhafter Beifall).

Het is zeker niet te verwonderen, wanneer de mannen van de practijk weinig bemerken van het „in het volk levende recht” en vrijwel eenstemmig de klacht over de Rechtsfremdheit steunen. Terecht wees Dr. LOBE er op hoe gecompliceerd de verhoudingen worden en hoe moeilijk het wordt om zelfs op het terrein van zijne bijzondere levenstaak de wettelijke bepalingen te kennen. En wat geldt ten aanzien van wettelijke bepalingen, is niet minder waar ten opzichte van gebruiken, die steeds minder duidelijk naar voren treden en steeds minder gemakkelijk erkenning vinden. Zeer zeker op het gebied van het contractenrecht ontbreekt het niet geheel aan gewoonten, die volgens Duitsch en Nederlandsch recht erkenning vorderen (1) (art. 1375 B. W.), doch de ontwikkeling van dit gewoonterecht wordt, althans ten onzent, weinig bevorderd en zelfs zij, die juichen over het recht der werkelijkheid, hebben zich tot nu toe weinig beijverd om ons de bestaande gebruiken voor oogen te stellen.

De toenemende „Rechtsfremdheit” is een zeer natuurlijk ziekteproces, een steeds meer dreigend gevaar voor staat en maatschappij.

Vraagt men hoe het komt, dat men thans meer dan vroeger ongezonde toestanden aantreft, dan wil ik daarop een kort antwoord geven, hoofdzakelijk met het oog op het Noorden van ons vaderland. In Friesland had men

(1) Men denke daarbij aan het reglement op de effectenhandel te Amsterdam, aan het reglement van de vereeniging van bloembollenhandelaars, enz.

tijdens de republiek in de elf steden schepenrechtbanken en in de dertig grietenijen nedergerechten. Een zeer talrijk personeel was belast met rechtspraak en vooral ook met minnelijke schikkingen. Natuurlijk waren die honderd of meer personen, die op dit gebied een rol speelden, allermint een corps van bekwame juristen. Zij gaven dikwijls zeer vreemde beslissingen. Intusschen een zekere dosis primitieve rechtskennis (ook voor de bestaande gewoonten) werd op deze wijze in ruimen kring verspreid. Wij hooren J. D. MEYER klagen over de onvoldoende kennis van de schepenrechtbanken in Holland. Na een oppervlakkige rechtsstudie zaten jongelui uit de regeerings-geslachten eenige jaren in de schepenrechtbank om spoedig tot meer begeerde ambten te worden geroepen. Men kan gerust aannemen, dat de schepenrechtspraak gebrekkig was (ook v. BYNKERSHOEK zegt dit), doch dit neemt niet weg, dat ook door die Rechtbanken eenige fundamenteele kennis werd verspreid en wel in zeer ruimen kring, omdat een zoo groot aantal personen gedurende slechts eenige jaren oefening had in de rechtspraak.

In Friesland concentreerde de rechtspraak van het nedergerecht zich hoofdzakelijk in den grietman (voor moeilijke zaken met een advocaat uit Lecuwarden als pensionaris).

Na de opheffing van de nedergerechten bleef men loopen naar den grietman, met verzoek om geschillen bij te leggen.

Dit alles behoort tot het verleden.

Terwijl het talrijk personeel, hetwelk een primitieve rechtskennis verspreidde, is weggevallen, is terzelfder tijd het maatschappelijk en economisch leven gecompliceerder geworden. Tevens verplaatst men zich oneindig meer dan vroeger. De zwervende elementen van de bevolking brengen in streken, waar vroeger vaste traditiën heerschten,

nieuwe begrippen, nieuwe opvattingen mede, waardoor verwarring ontstaat.

Ook de nu zoo weinig talrijke rechterlijke macht is hoofdzakelijk een zwervend personeel geworden, voor een groot deel vreemdeling in de plaats van hun werkzaamheid, niet — als vroeger — van kind af vertrouwd met de plaatselijke toestanden en gebruiken.

De „Rechtsfremdheit” des volks, waarover de Duitschers klagen, is een zeer natuurlijk verschijnsel. Men ziet dat verschijnsel daar thans onder de oogen, juicht niet over de rijke bron van levend recht en vaste gewoonten, die men in het volksleven kan constateeren, doch tracht naar middelen om levend recht en vaste gewoonten te produceeren. O. a. door de „Rechtsauskunftstellen”, die thans ook in ons Vaderland ingang beginnen te vinden.

De vrijrechtsbeweging.

Laat ons nog aanstippen, dat in de Berlijnsche vergadering even werd herinnerd aan het besluit van den Richtertag van 1911, toen met algemeene stemmen de vrijrechtsbeweging werd gewraakt. Een beweging, waarvan Prof. KOHLER te Berlijn een der aanvoorders is. Een beweging, die wij als een studeerkamerstandpunt kunnen beschouwen, dat op de practijk weinig vat heeft, maar wel — naar mijne meening — door het wekken van reactie de goede practijk bederft. Zoo kunnen we in rechterlijke vonnissen ten onzent herhaaldelijk lezen, dat gewoontes geen wetsbepalingen mogen buiten werking stellen. Dit ter gelegenheid van een beroep op gewoonten in het contractrecht, die volgens art. 1375 rechtsbron zijn.

Opgeschrikt door de vrijrechtsmannen plegen vele rechters in strijd met de woorden en met het systeem van onze wetgeving het gewoonterecht terug te dringen van het

gebied, waar het van ouds heerschappij moet voeren. Ook zien velen niet in, dat het taak en plicht is van den rechter om ingeval van eene leemte in de wet eene beslissing te geven, waardoor de rechtsorde wordt gehandhaafd. Dit kwam uit in de zaak van de beschikking van het Hof te Leeuwarden, waarbij werd gelast de inschrijving van een vonnis van echtscheiding in de registers van den burgerlijken stand van de laatst gemeene woonplaats, in een geval, waarin geen woonplaats van den man was te vinden (1).

De Oostenrijksche „Vortermín” of „Erste Tagessatzung”.

Thans vraag ik de aandacht van den lezer voor een punt, dat bij de inleiding van Reichsgerichtsraith Dr. LOBE en bij de discussies in hooge mate op den voorgrond trad en hetwelk in het bijzonder mijne aandacht boeide, omdat ik met studie en verhandeling mij reeds vroeger op vermeld gebied had bewogen.

In Oostenrijk heeft men in de burgerlijke procedure de zoogenaamde „Vortermín” of „Erste Tagessatzung”. Men verschijnt in den aanvang bij een lid van de Rechtbank en het hangt van omstandigheden af of de procedure al dan niet tot het college doordringt. De Duitschers wilden aanvankelijk niets weten van die Erste Tagessatzung van Oostenrijk. Ik meen dat het bij gelegenheid van de vergadering van de Deutsche juristen-vereeninging te Weenen was (1912), dat Oostenrijksche rechtsgeleerden hunne verwondering te kennen gaven,

(1) Ten onrechte zagen sommigen strijd tusschen dit arrest en een paar arresten van den Hoogen Raad.

In de gevallen, waarover ons hoogste rechtscollege had te beslissen, was er wel een plaats, waar de inschrijving volgens de wet moest geschieden. De inschrijving was daar geschied en daarmee was aan het vonnis van echtscheiding rechtsgevolg verzekerd.

dat men in Deutschland de voordeelen van het Oostenrijksche stelsel niet erkende. Misschien heeft de gedachtenwisseling te Weenen bijgedragen tot een frontverandering van onze Deutsche naburen. Althans de Deutsche Richtertag bleek tot het Oostenrijksche stelsel bekeerd. Niet dat men een kopie van het Oostenrijksche wetboek wenschte. Integendeel, de inleider verdedigde andere middelen voor de behandeling van verstekzaken en van zaken, waar de stellingen van den eischer niet werden tegengesproken. Al deze bijzonderheden laat ik rusten.

De hoofdzaak is, dat men zich — zij het dan beperkt tot „geëigneten Fällen” — verklaarde voor eene voorprocedure bij den unus judex, eene procedure, die ook weer niet geheel overeenstemde met hetgeen men in Oostenrijk kent. Men wenscht een voorbereiding van de zaak door den unus judex mogelijk te maken, eene voorbereiding, die gepaard gaat met de bevoegdheid van den rechter om enkele praeparatoire beslissingen te nemen en met het recht van partijen om de eindbeslissing aan den unus judex op te dragen.

De inleider Dr. LOBE zeide o. a. : „Ein Kollegium ist, „das hat die Erfahrung gezeigt, zu eingehenden tatsächlichen Erörterungen so schlecht wie möglich geëignet”.

Het is daarom, dat men zich verklaarde voor eene voorbereiding, waarbij het hooren van partijen, het onderzoeken van bewijsstukken, het hooren van getuigen en deskundigen aan den unus judex kan worden opgedragen. Deze had dan alles te praeparereen en daarna zoude de zaak voor het college worden gebracht. Natuurlijk met de hoop, dat partijen de afdoening aan een unus judex zouden opdragen.

Bij de bespreking trad telkens op den voorgrond de wensch, dat de rechter nader zoude worden gebracht tot

de partijen, dat hem meer direkte kijk zoude worden gegeven op de werkelijke levensverhoudingen. Hiermee treedt men zeer zeker in vele landen terug tot oude toestanden, die zonder twijfel groote voordeelen hebben opgeleverd. Wanneer ik van mijn huis de straat oversteek en mij begeef in het door PHILIPS II voor het Hof van Friesland gestichte kanselarijgebouw, zoo vind ik daar wel geordend talrijke dossiers van de Raadsheeren van het met Februari 1811 door NAPOLEON I opgeheven Hof van Friesland. Men ziet hoe huiselijk partijen of hunne vertegenwoordigers voor den Raadsheer verschenen, hoe het gelukte tal van zaken in enkele oogenblikken tot een bevredigend einde te brengen, hoe in andere zaken op practische wijze een nader onderzoek werd ingesteld, met het gevolg, dat in weinige weken alles definitief werd geregeld, terwijl in gevallen, waarin de zaak niet door den Raadsheer kon worden afgedaan, partijen naar de terechtzitting werden verwezen. Van een en ander kan de daarin belangstellende lezer eenige voorstelling krijgen door kennis te nemen van mijn opstel in *Themis* 1910 (blz. 1 enz).

Het is hier alleen te doen om bespreking van het hoofdpunt: het eerst verschijnen voor den unus judex. Alle bijzonderheden laat ik dus terzijde, als het verschil van bevoegdheden van den unus judex in verschillende tijden en verschillende landen. Ook het verschil tusschen de Oostenrijksche Erste Tagessatzung en de voorstellen van het lid van het Deutsche Rijksgerecht. Alleen wil ik er op wijzen, dat mij — en daarbij vind ik sprekers van de Berlijnsche vergadering aan mijne zijde — de regeling van Dr. LOBE wat gecompliceerd toeschijnt. De spreker wilde de verstekzaken en de zaken, waarin geen tegenpraak werd gevoerd, langs anderen weg afdoen. Dit is

allicht minder practisch, vooral wat betreft de zaken, waarbij het aan tegenspraak ontbreekt, omdat zich o. a. de vraag kan voordoen, of er al dan niet tegenspraak bestaat.

Overigens geeft het brengen ook van deze zaken voor den unus iudex niet zooveel verzwaring van arbeid, terwijl het hem het voorrecht geeft van door het zien van meer gevallen den blik op de practijk te verruimen.

Het verschijnen voor den unus iudex biedt de gelegenheid tot opheffing van velerlei misverstand, en tot het treffen van velerlei minnelijke schikkingen. Nu is het laatste zonder twijfel soms ook te bereiken door aan den President der Rechtbank de bevoegdheid te verleenen, om, zoo hij de mogelijkheid van schikking voorziet, het voor zich verschijnen van partijen te gelasten. Intusschen zal de ondervinding waarschijnlijk leeren, dat men uit het lezen van eene dagvaarding bezwaarlijk tot schifting van de gevallen kan komen, zal men ondervinden, dat dikwijls schikking mogelijk is, terwijl men dit uit de overgelegde papieren niet zoude hebben gedacht.

De Commissie uit de Juristenvereniging spreekt in de toelichting van haar ontwerp (blz. 91) over de min gunstige ervaring van de Oostenrijksche regeling, welke den rechter tot het opdringen van schikkingen brengt. Over die ervaring kan ik niet oordeelen. Zonder twijfel echter is het verkeerd den rechter zulk opdringen voor te schrijven. Hij moet volkomen vrij zijn om naar omstandigheden al dan niet met een voorstel tot schikking voor den dag te komen. Ook in het algemeen moet hem eene zeer groote vrijheid worden gelaten om zijne houding aan te passen aan de behoeften van de practijk (1).

(1) Het ontwerp van den vrijzinnig-democratischen bond schrijft voor, dat het proces tot aan de mondelinge behandeling wordt gevoerd voor een lid der Rechtbank als rechter-commissaris (art. 44).

Wanneer men ten tijde van het oude Friesche Hof bespeurt, hoe telkens partijen na eene korte conferentie bij den Raadsheer samen bevredigd diens huis verlaten, dan is dit gedeeltelijk toe te schrijven aan de omstandigheid, dat zij dadelijk bij begin van hun geschil voor den rechter verschijnen. Er is niet eerst een tijd verlopen, waarin eene vijandige gezindheid is aangekweekt of versterkt en — dit vooral niet te vergeten — er zijn geen kosten gemaakt. Tal van beproefde schikkingen — ieder rechter weet dit — stuiten af op de gemaakte kosten.

Lezing van de dossiers van het oude Friesche Hof leidt nog tot eene andere opmerking. Bij verschil over hunne verhoudingen worden tal van zaken geschikt door advocaten, procureurs of notarissen. Bij sommige menschen ontbreekt echter voldoende vertrouwen in die Heeren. Tot schikking zijn zij dan dikwijls niet bereid en tot procederen ontbreekt hun ook de gezindheid. De zaken blijven dan soms jarenlang slepende tot schade van de economische verhoudingen en van gezonde familierelaties. Wanneer de weg tot den rechter eenvoudiger en onkostbaar is, zouden zij zich allicht tot dezen wenden. Althans voor den vroegeren Frieschen Raadsheer ziet men herhaaldelijk personen verschijnen, die blijkbaar in de omstandigheden hebben verkeerd, dat zij meer zochten naar een beproefd raadsman om den weg te wijzen, dan naar een rechter om geschillen te beslissen.

In Duitschland is het eene aansluiting aan de ontwikkeling der practijk, welke voor den unus iudex eene belangrijke plaats opeischt. Men kent daar reeds in de gewone processen voor de Rechtbank den rapporteur (Berichterstatter), die onder contrôle van de medeleden van het college in hoofdzaak het geding alleen afdoet.

In een gesprek met een Duitsch ambtenaar vernam ik, dat aan eene groote Rechtbank, waaraan hij verbonden was geweest, in elke procedure door den President een rapporteur werd benoemd (1). Deze rapporteur werd door de advocaten als de hoofdman beschouwd en de andere leden van het college werden minder parlementair betiteld als de „Beischläfer”. Het bleek mij, dat die „Beischläfer” toch allerminst figuranten waren, maar eene zeer nuttige functie vervulden. Wel bespaarde het veel tijd, dat men slechts in de helft van de zaken hoofdman was (de President was nooit rapporteur). De bijslaper was niet, als de rapporteur, geroepen, minitieuus in alle bijzonderheden af te dalen, maar was meer controleur, met dien verstande, dat hij zijne secondaire functie onmiddellijk terzijde schoof, zoodra hij bemerkte, dat de rapporteur niet goed in de zaken doordrong of een onjuisten blik had op het geding.

Het vonnis wordt gesteld door den rapporteur en ter contrôle gelezen door den President, die eventueel zijne aanmerkingen maakt en alleen dan het concept in het volle college brengt, wanneer er tusschen hem en den rapporteur verschil van gevoelen blijft bestaan.

Na deze mededeelingen van den Duitschen ambtenaar zocht ik naar eene wetsbepaling, die de benoeming van den rapporteur voorschreef. Toen ik den Duitscher op het ontbreken van zulk eene bepaling opmerkzaam maakte,

(1) De invoering van den rapporteur ongeveer op Duitschen voet werd in *W. v. h. R.* no. 8711 verdedigd door Jhr. Mr. J. W. QUINTUS, thans raadsheer te 's-Gravenhage. Aan deze stem uit de practijk — waarvan geen notitie is genomen — mocht wel aandacht zijn geschonken. De heer QUINTUS moet zich zeer verdienstelijk hebben gemaakt bij de opruiming van achterstand als lid van de Rechtbank te Haarlem. De bijzondere omstandigheden, waaronder hij heeft gewerkt, maakten hem tot oordeelen in deze zaak zeer bevoegd.

verwees hij mij naar § 68 van het Duitsche Gerichtsverfassungsgesetz, hetwelk den President de bevoegdheid geeft om de werkzaamheden te verdeelen onder de leden van het college. Aan deze bepaling meent de President het recht tot benoeming van een rapporteur te mogen ontleenen.

Op den rechterdag te Berlijn zeide een van de Heeren, dat de getuigenverhooren in civiele zaken in strijd met de wet worden gehouden voor een rechter-commissaris. Wanneer dus naar den wensch der Duitsche rechters de wet mocht worden gewijzigd, wanneer de instructie van de zaak mocht worden onttrokken aan de colleges (welke volgens het lid van het Rijksgerechtshof Dr. LOBE voor de taak niet berekend zijn) en mocht worden overgebracht naar een rapporteur uit het college, dan zoude daarmee slechts zijn doorgetrokken een lijn, waarlangs onze Duitsche naburen' zich feitelijk reeds hebben bewogen (1). Het zoude zijn het volledig sanctioneeren van

(1) Het «Vorverfahren vor dem Einzelrichter» is in de practijk reeds ingevoerd, door gebruikmaking van voorschriften van de Zivilprozessordnung, welke tot ander doel bestemd waren. Oberlandgerichtsath Dr. MATTHIESSEN stelt voor reeds nu — binnen de grenzen van het mogelijke — de voorbehandeling in te voeren (D. J. Z. XVIII, blz. 1405). Prof. HEINSHEIMER te Heidelberg betoogt in het *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht* VIII, blz. 50 (1914), dat men door wetswijziging den tegenwoordigen anonymen Berichter-statter moet maken tot «Sachrichter». Het proces eischt volgens hem verdeling in twee stadia: stofverzameling en beslissing. Het geschilpunt blijkt dikwijls allerminst uit de dagvaarding. Men vordert betaling van den koop prijs van een huis. Antwoord: «het huis is nog met hypotheek bezwaard» of «gij hebt mij door bedrog tot het sluiten der overeenkomst gebracht». Onder leiding van den «Sachrichter» wil de professor het geschilpunt doen vaststellen en de stof doen verzamelen (overleggen van stukken, hooren van getuigen). Daarna

een naar de behoeften der practijk ontstane gezonde gewoonte.

Wanneer men den unus iudex zoo op den voorgrond stelt, waarom brengt men dan niet liever de eerste instantie in alle zaken aan den kantonrechter? Deze vraag werd ook in de Berlijnsche vergadering gesteld.

Op deze vraag werd niet ingegaan. Vermoedelijk omdat men, in overeenstemming met hetgeen daarover door Mr. S. VAN HOUTEN bij ons te lande is betoogd, den kantonrechter ongeschikt achtte en omdat men het groote nut van de „Beischläfer” erkende, ook wanneer die eerst in een later stadium ten tooneele traden.

Zeer zeker hebben de Duitschers volkomen gelijk, wanneer zij — behalve in de zoogenaamde bagatelzaken — de rechtspraak aan een lid van het college en niet aan den kantonrechter willen opdragen. Ofschoon ik vele kantonrechters heb gekend, in wier handen iedere rechtspraak volkomen veilig zoude zijn, is in het algemeen de kantonrechter tot een zoo ruime en belangrijke taak minder geschikt dan een lid van een college.

Men heeft in het college een leerschool, welke de kantonrechter mist. Ook al treedt de individueele werkzaamheid naar het verlangen van de Deutsche rechters meer op den voorgrond, het blijft steeds een werken onder contrôle, een werken onder verplichting van vóór

beslissing door het college, waarbij de «Sachrichter» als lid van de Kamer rapporteert.

De hoogleeraar beweert, dat in Duitschland de behoefte der practijk reeds leidt tot verdeeling van het proces in twee stadia. Stofverzameling bij de Rechtbank, en eerst bij het Hof het dieper ingaan op de geschilpunten. Mocht dit zoo zijn, dan staat men voor groot verlies aan tijd en geld en voor nuttelooze verspilling van arbeidskracht.

de uitspraak rekenschap af te leggen aan vakmannen. Is een ongeschikt persoon tot kantonrechter benoemd, dan krijgt men een onafgebroken reeks van slechte vonnissen. Hoe echter met een lid van het college? Mijn Duitscher zeide mij, dat hij zulk een gebrekkig exemplaar in een college had bijgewoond. Zijne aanwezigheid in het college was natuurlijk hinderlijk, doch meer voor de ambtgenooten dan voor de justitiabelen. De vonnissen van den prulrechter werden eenvoudig door den President ingrijpend gecorrigeerd of overgemaakt en zorgvuldig werd gewaakt, dat de meer belangrijke en moeilijke zaken uitsluitend in handen werden gesteld van meer bekwame leden van het college.

Wanneer ik me met volle overtuiging schaar aan de zijde van de te Berlijn vergaderde rechters, dan doe ik dit ook in de verwachting, dat het door de Duitschers voorgestane systeem zal brengen betere rechters en een verbeterend gehalte van justitiabelen (1).

Betere rechters.

Het is van de grootste beteekenis, dat de rechter voortdurend in rechtstreeksche aanraking komt met partijen; dat hij hunne verschillen zooveel mogelijk vertrouwelijk met hen bespreekt (2). Eerst daardoor zal het hem

(1) Hier wordt niet verder ingegaan op de vraag over de omschrijving van bevoegdheden van den rechter-commissaris. Ook als men hem minder toevertrouwt dan de Duitschers beoogen, behoudt hij groote beteekenis door zijne rechtstreeksche voeling met de justitiabelen en door de hem geboden gelegenheid om tijdig voorstellen tot schikking te doen.

(2) Men doet verkeerd in alle gevallen verschijning van partijen te gelasten. De omstandigheden moeten leeren, in hoeverre hunne persoonlijke tegenwoordigheid gewenscht is.

mogelijk zijn eene klare duidelijke voorstelling te krijgen van de werkelijke verhoudingen, van de eischen van de practijk en van het rechtsleven. Eerst daardoor zal hij de noodzaak gevoelen om aard en wezen van de wet, van het recht en van de maatschappelijke gewoonten (de Verkehrs-sitte) grondig in zich op te nemen. De goede rechter wordt dus door de omstandigheden opgevoerd tot een hooger peil. De slechte rechter daarentegen wordt een minder gevaarlijk man en wordt meer dan thans uit de gelederen verwijderd. Men is namelijk door de in Duitschland voorgestelde werkwijze genoopt persoonlijk voor het voetlicht te treden. Is men nu voor zijn taak in het geheel niet berekend, dan is men minder geneigd zulk een taak op zich te nemen en komt men er eerder toe om een anderen werkkring te zoeken, zoodra het blijkt, dat men zich in zijne geschiktheid voor het ambt heeft bedrogen.

Betere justitiabelen.

De onmiddellijke omgang met den rechter moet noodzakelijk invloed hebben op partijen. Met verwarde begrippen en ontstemd gemoed besluit men licht tot een proces, hetwelk in vele gevallen dadelijk zoude worden ingetrokken, zoo men van den rechter eenige opheldering kreeg en tot kalmte werd aangemaand. En zoo men wenscht te blijven procederen, brengt men de zaak allicht terug tot meer bescheiden proporties, op grond van beter inzicht en kalmer stemming.

Het is buiten twijfel, dat goede advocaten ook thans vele zaken bevredigend weten te schikken of in omvang te reduceeren. Toch beschikken zij tegenover twistenden niet over den invloed, welke bij een goed rechter uit den aard van zijn ambt voortvloeit. Nadere bestudeering van de dossiers uit den tijd van de republiek en tot 1811

zouden waarschijnlijk de overtuiging ten aanzien van den invloed van den rechter versterken.

De Deutsche rapporteur (Berichterstatter).

Kent Oostenrijk de „Erste Tagessatzung”, de Deutsche wet doet ons zien een door de commissie van de Nederlandsche Juristenvereeniging als voorbereidende procedure betiteld vóórproces (blz. 92 Ontwerp Procesrecht). Eene voorbereidende procedure, bij ons bekend bij de vordering tot rekening en verantwoording. Deze moet noodzakelijk voor een rechter-commissaris worden afgelegd. Door zijne bemiddeling is schikking of beperking van het geding mogelijk en op zijn rapport dienen ten slotte de overblijvende twistpunten te worden beslecht. Nu eischt de tegenwoordige tijd meer vrijheid op voor den rechter en in verband daarmee werd in Duitschland aan den rechter de algemeene bevoegdheid toegekend om in de gevallen, waarin hem dit wenschelijk voorkwam de zaak voor de eindafdoening te stellen in handen van een rechter-commissaris. Wij hebben hier dus niet de boven besproken in het college werkende rapporteur (met de steeds naast hem zittende Beischläfer), maar den uit het college benoemden rapporteur, die tijdelijk geheel zelfstandig tegenover partijen optreedt, die meer huiselijk besprekingen voert, die de zaak tracht te schikken of de twistpunten te beperken om ten slotte het zooveel mogelijk in omvang gereduceerde proces ter afdoening weer voor het college te brengen.

Voornamelijk op grond van de door Deutsche procureurs uitgebrachte adviezen meent de commissie uit onze Juristenvereeniging hier het voorbeeld van onze naburen niet te moeten volgen. Bij lezing van de brieven dier procureurs baart deze conclusie eenige verwondering. O. a. schrijft procureur BRANDT uit Hamburg: „Immerhin

„betrachte ich die Anordnung unseres Gesetzes nicht „allein als praktisch, sondern in einer feilich nich all zu „grossen Anzahl von Fällen als *unentbehrlich*“ (blz. 224).

Wanneer het middel door de rechtbanken niet in vele gevallen wordt gebruikt, bespeurt men dat bij de colleges de neiging ontbreekt om langs dezen weg de zaken slepende te houden, dat de weg alleen wordt ingeslagen, wanneer de belangen der rechtzoekenden er door gebaat worden.

Op den Richtertag te Berlijn sprak Landgerichts Direktor Dr. HILDEBRAND van Brunswijk (D. R. Z. blz. 749) de volgende woorden over het voorbereitende Verfahren in Rechnungssachen :

„das erst neuerdings immer mehr als vorzügliches „Mittel, umfangreicher Prozesse Herr zu werden, erkannt „und benutzt worden ist, das auch der Oesterreichische „Prozess fast wortgetreu übernommen hat. Es wird „darauf ankommen *diesen Ansatz fort zu entwickeln*“.

Het komt mij voor dat men zich na deze woorden bezwaarlijk op de ondervinding in Duitschland kan beroepen om de instelling te wraken en dat het bovendien niet gewenscht is het instituut eventueel tot enkele met name te noemen procedures te beperken, omdat reeds onze naburen ondervinden, dat de rijke schakeering van het economisch verkeer op dit gebied den rechter dikwijls stelt voor gevallen, die door den wetgever niet kunnen worden voorzien (1).

(1) Nadat het bovenstaande was geschreven, vind ik in de *Deutsche Juristenzeitung* van 1 December 1913 een stuk van Oberlandgerichtsrath Dr. MATTHIESSEN, waarin deze zegt, dat het voorbereitendes Verfahren von § 348 in de practijk is «nicht beliebt».

Het blijkt dat dit slaat op de wijze van regeling, de omvangrijke «Protokollierungszwang». Men heeft (althans hier of daar in Duitschland) met gebruikmaking van andere bepalingen der wet gelegenheid gevonden om de zaak te behouden en aan de bezwaren van de wijze van regeling te ontkomen.

De Reichsgerichtsrath Dr. LOBE stelde voorop, dat het recht niet, zooals onkundigen soms meenen, uitsluitend wordt verwezenlijkt door uitspraken van den rechter; dat het integendeel hoofdzakelijk leeft doordat de burgers zich vrijwillig onderwerpen aan de normen, b.v. door naar „Treu und Glauben” hun contractverplichtingen na te komen.

In aansluiting aan de woorden van Dr. LOBE zeide Landgerichtsdirektor Dr. HILDEBRAND: de inleider heeft het proces vergeleken met de behandeling van een ziektegeval. Men kan zeggen, dat de oude medische wetenschap artsnijwetenschap was, maar dat zij zich thans heeft ontwikkeld tot hygiëne. *Dazu soll auch der Process entwickelt und ausgestattet werden* (blz. 746 D. R. 2 V).

Zal aan dien eisch van de Duitsche Heeren worden voldaan, dan moet de juridische dokter een man zijn geheel vertrouwd met levensomstandigheden en levensgewoonten van de bevolking. Onze tegenwoordige Nederlandsche rechter mist daartoe de geschiktheid. Hij is veel beter in staat om een rechtskwestie bevredigend op te lossen, dan om invloed te oefenen op een gezonde leefwijze. Daartoe behoort grondige bekendheid met de levensgewoonten, met de „Verkehrssitte” met het spraakgebruik der bevolking. Ik heb als kantonrechter indertijd ondervonden hoeveel inspanning het kost om de justitiabelen met hunne verdeeldheden, klachten en bezwaren eenigermate te begrijpen. In het kanton Ommen bestonden voor den nieuweling allerlei oorzaken tot misverstand, b.v. reeds in het spraakgebruik: de vrouw werd in den regel als *hij* betiteld, de schuldeischer werd schuldenaar genoemd, misschien omdat bij deze bijbelvaste bevolking dit woord meer op den voorgrond treedt. Een eenvoudig man ten platten lande veronderstelt steeds uwe bekendheid met de gewoonten van zijne plaats en

zelfs dikwijls eene bekendheid met de persoonlijke omstandigheden van bepaalde individuen. Het duurt zekeren tijd, alvorens men eenigermate met de bestaande gebruiken bekend is en nog langer, alvorens de stedeling gedachtengang en spreekwijze van de bevolking begrijpt (1).

De Friesche raadsheer van vorige eeuwen beschikte wel steeds over de kennis en het inzicht, die boven zijn aangegeven. De tegenwoordige rechter staat tegenover dit alles in den regel als een vreemdeling en wanneer de Duitsche rechters te Berlijn de klacht over hunne „Weltfremdheit” van zich wilden schuiven, zoo ben ik niet overtuigd, dat zij daarbij van een geheel juist inzicht deden blijken.

De Nederlandsche rechter is zonder twijfel — vergeleken bij zijn voorganger in vroeger eeuwen — „weltfremd”.

In de groote rechtbanken op en neer wandelende van de handelskamer naar de strafkamer, van daar naar de gewone civiele kamer, om vervolgens weer twee jaren als rechter-commissaris met een geheel verschillende functie belast te zijn, is hij niet de man, die op eenig gebied gelegenheid heeft tot het verkrijgen van eene grondige kennis.

Bij de kleine rechtbanken is het beter, omdat men daar veelal tegelijk zoowel in straf- als in civiele kamer zitting heeft. Men klaagt echter, dat de groote vermeerdering van werkzaamheden zooveel beslag op den tijd legt, dat men gelegenheid mist om met ruimen blik rond te kijken. Men voelt zich gedrongen zich te beperken tot hetgeen strikt noodig is voor het afdoen der zaken.

Zal er verbetering komen, zal de rechter meer dan

(1) Bij behoud van de tegenwoordige werkwijze is het gevaarlijk den rechter de bevoegdheid te geven uit de *houding* der partijen ter zitting gevolgtrekkingen af te leiden (blz. 88. Procesrecht Juristenvereniging).

thans invloed oefenen op het rechtsleven, zal hij worden de hygiënist, die een gezonde levenswijze bevordert, dan zijn daartoe verschillende maatregelen noodig.

Op één dier maatregelen werd boven aan de hand van Dr. LOBE bijzonder de aandacht gevestigd. Op de voorbehandeling, op het herstellen van een rechtstreeksche en vertrouwelijke betrekking tusschen rechter en volk.

Wanneer Dr. LOBE er op wees, hoe moeilijk het in onzen gecompliceerden tijd is om zelfs een beperkt terrein te overzien, dan meen ik, dat hij daarmee een argument aangeeft voor hetgeen door mij vroeger is betoogd, voor het instituut van den rechter-commissaris voor bijzondere zaken (*Themis* 1910). Slechts daardoor zal men kunnen bereiken, dat één man het rechtsleven, de bestaande gebruiken, de behoeften van het verkeer ten volle overziet; dat hij daaromtrent zijne ambtgenooten voorlicht; dat onder zijne leiding zich vormt een goede *usus fori*. Alleen een man, zóó ten volle met alles vertrouwd, kan zijn een hygiënist, die eene gezonde levenswijze bevordert en die de regelen tot het scheppen van gezonde rechts-toestanden! weet aan te geven.

Vóór honderd jaar schreef VON SAVIGNY: „Vor allem „ist es die Sache des Staats zu sorgen dass es der inneren „rechtsbildenden Kraft nicht an zwechmässig ingerichteten Organen fehle“.

De „rechtsbildende Kraft“, waarop VON SAVIGNY doelt, zal ook in ons vaderland niet ontbreken. Deze kracht echter mist de doelmatig ingerichte organen en het is daardoor, dat de verborgen kracht zich onvoldoende ontwikkelt of afsterft.

N A S C H R I F T.

De Minister van Justitie heeft in zijn antwoord op het afdeelingenverslag der Tweede Kamer te kennen gegeven, dat hij voornemens is tot herziening onzer wetgeving een beroep te doen op de vaste medewerking van mannen, niet aan het departement verbonden.

Naar aanleiding daarvan wil ik in herinnering brengen de rectorale oratie van Prof. J. A. FRUIN te Utrecht van 1866: de privati iuris nostri codicibus assidue corrigendis et supplendis.

Prof. FRUIN betoogt (blz. 32), dat er aan onze instellingen iets ontbreekt, waardoor wij onmachtig zijn tot wetgeving op het door hem besproken gebied. De Minister — zegt hij — overstelpt met allerlei bezigheden, is niet in staat voldoende het initiatief te nemen tot wetsherziening. Wanneer hij niets anders te doen had, dan zou het hiervoor vereischte werk hem geheel in beslag nemen en zelfs zou één man, zich uitsluitend hierop concentreerende, nauwelijks in staat zijn aan de eischen te voldoen. Bovendien worden voor het ambt van Minister van Justitie andere eischen gesteld, dan de geschiktheid om als herziener van het burgerlijk recht op te treden.

Ook wordt men Minister met het oog op de meerderheid van partijen in de Kamer en heeft men in de Staten-Generaal allicht oppositie van partijtegenstanders. Prof. FRUIN wenschte een afzonderlijk college voor wetgeving, met een buiten de partijen staand Minister als president. Hij wenscht de wetsherziening onafhankelijk te maken van de partijgeschillen.

De ondervinding in Pruisen met een afzonderlijk Ministerie van Wetgeving is niet gunstig geweest. Toen VON SAVIGNY aan het hoofd van dit departement stond, had hij te lijden van voortdurende animositeit van de

zijde van zijn collega, den Minister van Justitie of van diens ambtenaren.

Tegenwoordig verdedigt men van verschillende zijde de instelling van een college tot voorbereiding van wetten in het algemeen, dus niet beperkt tot herziening van burgerlijk recht, handelsrecht enz. Zulk een college zoude waarschijnlijk slechts bescheiden diensten kunnen bewijzen ten aanzien van de techniek van wetgeving. De stofverzameling en verwerking zoude toch van elders moeten komen. Men kan nu eenmaal niet krijgen de algemeene kwaliteit van „wetgever”, omdat het onmogelijk is voldoende kennis en inzicht te hebben op allerlei zoo geheel verschillend gebied.

Het plan van Minister ORT kan leiden tot eene verzeenlijking van de hoofdgedachte van Prof. FRUIN. Er kunnen zich onder leiding van den Minister en met bijstand van ministeriële ambtenaren vormen blijvende commissies voor burgerlijk recht, voor handelsrecht enz. Commissies, die niet aftreden met de wisseling van ministeries, die wetsontwerpen opstellen en door een regeeringscommissaris in de Staten-Generaal verdedigen. De Minister blijft dan wel geheel verantwoordelijk voor de indiening der ontwerpen, maar is niet verplicht zich met de onderwerpen zoo vertrouwd te maken, dat hij de verdediging in de Kamers op zich kan nemen.

Ten aanzien van sommige ontwerpen zal het verschil maken of b.v. een Rooms-Katholiek, dan wel een man als Mr. VAN HOUTEN hoofd is van het departement (echtscheiding). De meeste onderwerpen liggen echter geheel of grotendeels buiten de lijn der politieke geschillen en kunnen — zooals Prof. FRUIN terecht inzag — beter behandeld worden, wanneer de afloop der behan-

deling niet wordt beschouwd als een succes of een échec van den Minister, die tot eene bepaalde partij behoort.

Zoodra het den Minister geoorloofd is bij de wetsherziening wat meer ter zijde te treden, zoodra de Minister moet inzien, dat het landsbelang zijn meer ter zijde treden op dit gebied vordert, zal noodzakelijk de herziening van onze wetboeken van de wisseling der ministeries minder schade ondervinden.

Het bovenstaande was geschreven in November en aangevuld in December 1913. Nu het geen plaats kon vinden in het eerste nummer van *Themis* en wij intusschen reeds Maart 1914 schrijven, zij het mij vergund naar aanleiding van het sedert gesprokene en geschrevene nog een en ander hieraan toe te voegen.

De Welt en Rechtsfremdheit kwam ook ter sprake bij de begrooting van Justitie in de Tweede Kamer. De Rechterlijke Macht werd door verschillende sprekers (vooral door Mr. TER SPILL) hevig aangevallen. De Minister trad tot hare verdediging op; betoogde, dat er geen ambt is, dat in dezelfde mate als het ambt van rechter een ruimen blik geeft op allerlei maatschappelijke omstandigheden; dat hij, Minister, heeft gezien, hoe de rechters er naar streven, zich in te denken in alle feiten en verhoudingen; dat de rechters niet zijn zoo welfremd als was beweerd; dat integendeel de rechterlijke ambtenaren voldoende op de hoogte zijn.

Op grond van 35-jarige ervaring kan ik in hoofdzaak de woorden van den Minister onderschrijven. Echter niet geheel. De rechters zijn zeker niet zoo „welfremd”, als men dikwijls beweert, in den regel veel minder welfremd

dan andere klassen der bevolking. Toch is het niet te verwonderen, dat die meerderheid der rechterlijke macht allerminst steeds in het oog valt. Iedere klasse der bevolking (handel, industrie, landbouw, enz.) kent grondig het terrein, waarop zij zich dagelijks beweegt en is op dit eigen gebied in feitenkennis beter gewapend dan de rechterlijke macht. Doch iedere klasse der bevolking is in den regel op het besproken punt de mindere tegenover de rechterlijke macht, zoodra zij treedt buiten het dikwijls zeer nauw begrensde terrein van de dagelijksche werkzaamheid. En dit is zeer natuurlijk. Door den aard van zijn werkkring is men niet, als de rechterlijke macht, geroepen om telkens op nieuw en geheel vreemd terrein onderzoekingen in te stellen.

Wanneer de Minister getuigt, dat hij heeft gezien in welke mate rechters trachten zich van alles op de hoogte te stellen, zoo is deze observatie zeker niet het gevolg van de toevallige omstandigheid, dat Z. E. juist alleen met de betere elementen uit het corps in aanraking is geweest. Het is intusschen begrijpelijk, dat bij het publiek deze indruk omtrent de rechterlijke macht niet in dezelfde mate naar voren treedt. Er wordt heel wat kennis omtrent maatschappelijke verhoudingen verzameld, zonder dat men de gelegenheid verkrijgt van deze kennis gebruik te maken.

Onder de advocaten zijn er ook, die soms aan een bedenkelijke mate van Weltfremdheit lijden en die daardoor verzuimen in de civiele processen die feiten aan te voeren, welke juist in rechten de grootste beteekenis hebben. Wordt dan een proces verloren, dan wijt de partij het aan den rechter en weet niet, hoe soms de rechter gedrukt is geweest onder de lijdelijkheid, die de wet hem oplegt.

Ik kan niet de tevredenheid met het bestaande zoo

ver uitstrekken, dat ik met den Minister instem, waar deze betoogt, dat de rechterlijke macht *voldoende* op de hoogte is. Wanneer ik nu en dan de pen heb opgevat om in rechtsgeleerde tijdschriften het een en ander te publiceeren, dan is juist een der drijfveeren van mijn schrijven geweest: de vaste overtuiging, dat de rechterlijke macht *niet voldoende* op de hoogte is. Den belangstellenden lezer kan ik daaromtrent verwijzen naar vorige geschriften (1). Ook naar de hier voorafgaande bladzijden.

Het volmaakte is niet bereikbaar. Wij behoeven echter niet op zoo grooten afstand van het volmaakte te blijven, als thans het geval is. Een veranderde samenstelling en een veranderde werkwijze kan het peil der ambtenaren tot groote hoogte opvoeren.

Mr. TER SPILL sprak over de bewering van de regeering, dat zij zeer nauwkeurige inlichtingen krijgt over de sollicitanten. Ik behoor tot hen, die mede geroepen worden door de regeering om inlichtingen te verschaffen en tracht mijn verplichting daarbij zoo goed mogelijk na te komen. Helaas is het dikwijls bijna onmogelijk voldoende gegevens voor een gegrond oordeel te krijgen. Wat weet men b.v. in den regel van de geschiktheid van een substituut-griffier voor de civiele rechtspraak? Gewoonlijk ongeveer niets. In de informaties, die men daarover verkrijgt, leest men veelal ongeveer het volgende: „Ofschoon Mr. X. met het civiele niet in het bijzonder „zich heeft beziggehouden” (d. i. hij heeft er nooit iets aan gedaan) „vertrouw ik, dat hij — zoo hij tot civiele „rechtspraak wordt geroepen — zal blijken een goede „kracht in een college te zijn”. Een vertrouwen, dat helaas ook nog al eens wordt teleurgesteld en dat mij

(1) O.a. Mr. R. A. FOCKEMA: «de beteekenis van F. K. von SAVIGNY van den tegenwoordigentijd» blz. 43 en v. (Onze Eeuw 1913, spoedig afzonderlijk verkrijgbaar).

aanleiding was, om herhaaldelijk — naar ik meen steeds aan doovemansooren — te betoogen, dat de substituut-griffier op dit gebied aan het werk moest worden gezet en aan den tand gevoeld; dat hij moest worden de zelfstandige adsistent, die den rechter behulpzaam is, zooals Mr. TER SPILL betoogde.

Door Mr. TER SPILL werd ook gewezen op de „Gerichtsfucht” van den handel, op de steeds zich uitbreidende gewoonte van verplichte arbitrage, geboren uit wantrouwen in de rechterlijke macht. Hij wees op de arbitrage bij tabakshandel, effectenhandel, veemen, graanhandel.

Nu zal zonder twijfel de arbitrage in vele gevallen bij de meest voortreffelijk georganiseerde rechterlijke macht reden van bestaan behouden. Aan Mr. TER SPILL kan echter worden toegegeven, dat ook een gebrek bij de rechterlijke macht thans tot arbitrage van vele geschillen moet drijven. De rechter wordt meest geheel onvoorbereid tot civiele rechtspraak geroepen en wandelt dan voortdurend op en neer tusschen de verschillende Kamers. Welk een verschil met Engeland, waar men in de High Court of Justice heeft de verschillende divisions, b.v. voor erfrecht, voor zeerecht, enz.

Het is te begrijpen, dat een handels- of zeerechtadvocaat, ook al staat hij tegenover uitnemende mannen, een vreemden indruk krijgt van een college, dat misschien op zeker oogenblik is samengesteld uit rechters, die nooit iets met handels- of zeerecht hebben te maken gehad. Hoezeer de rechters zich inspannen, zij hebben eenigen tijd noodig om op een bepaald terrein wegwijs te worden en wanneer zij daarin eenigermate zijn geslaagd, worden zij allicht weer aan de speciale taak onttrokken en tot geheel ander werk geroepen. Ik heb in vroegere geschriften hierop gewezen en ik blijf van oordeel, dat verbetering alleszins mogelijk is.

De Weltfremdheit en Rechtsfremdheit is een algemeen verschijnsel, waaraan tot op zekere hoogte, behalve het groote publiek, ook lijdt de rechter, de advocaat en het personeel met het ontwerpen van wetten belast. Terecht betoogde dezer dagen Prof. KRABBE (*N. R. C.* 27 Febr. 1914, Ochtendblad B) dat de kwaal ten aanzien van den wetgever alleen kan overwonnen worden, wanneer hij gaat staan midden in de practijk. Wat geldt van den wetgever, geldt ook van den rechter, ook van den advocaat. Men moet echter, Prof. KRABBE volgende, den nadruk leggen op het woord *staan*. Zich vluchtig voortbewegende, onder den steeds wisselenden indruk van met dag en uur verschillende omgeving, komt men niet tot een doorgronden en begrijpen. Een zekere veelzijdigheid is wenschelijk, doch er moet steeds ook een terrein zijn, waarop men zich bijzonder thuis voelt, waartoe men telkens terugkeert. Op dit terrein kan men, binnen de grenzen van het mogelijke, alles overzien, op dit terrein kan men krijgen de hoogere visie, waaraan de wetgever en de rechter, die leiding zal geven aan de rechtsvorming, behoefte heeft.

R. A. FOCKEMA.

Wetsontwerp tot wijziging van art. 276 B. W.

In de Memorie van Toelichting tot dit ontwerp wordt betoogd, dat een vaste jurisprudentie aanneemt, dat een vonnis van echtscheiding vervalt, wanneer het niet binnen zes maanden is ingeschreven in de registers van den burgerlijken stand. Daar nu die inschrijving moet geschieden in de registers van de woonplaats van partijen, waaronder volgens de wet is te verstaan de woonplaats van den man, zoude de man slechts voor zes maanden zijne woonplaats naar het buitenland hebben over te brengen om de kracht van het vonnis onherroepelijk te doen vervallen. Immers bij gebreke van een woonplaats van den man zoude de mogelijkheid van inschrijving van het vonnis zijn uitgesloten.

Nu zegt de Memorie van Toelichting woordelijk o. a. het volgende:

„Ten einde der vrouw tegemoet te komen, is in de rechtspraak wel eens aangenomen, dat in geval van kwaadwillige verlating de inschrijving behoorde plaats te hebben in de registers van den burgerlijken stand van de laatst gemeene woonplaats van partijen. Het is de vraag of deze opvatting strikt genomen wel in overeenstemming is met de wet; zij werd door den Hoogen Raad in een arrest van jongen datum (14 Maart 1913, *W.* 9487) niet gevolgd.”

Verwezen wordt naar de beschikking van het Gerechtshof te Leeuwarden van 2 October 1913 (*W.* 1913) als een voorbeeld van jurisprudentie, waarbij is aangenomen, dat

in geval van kwaadwillige verlating de inschrijving behoorde te geschieden in de registers van den burgerlijken stand van de laatst gemeene woonplaats van partijen.

Hier heerscht ten aanzien van de beschikking van het Hof te Leeuwarden een misverstand. Er is reden dit misverstand op te helderen te meer omdat dezelfde vergissing is begaan door de Redactie van het *Weekblad van het Recht* (9535) en door andere bladen, terwijl, voor zoover mij bekend is, alleen de *Nieuwe Rotterdamsche Courant* van de zaak de juiste voorstelling heeft gegeven.

In de procedure, welke door het arrest van den Hoogen Raad van 14 Maart 1913 (W. 9487) werd beëindigd, was echtscheiding uitgesproken ter zake van kwaadwillige verlating door den man. De echtgenooten hadden samen gewoond te Amsterdam, de man had zich, nadat hij zijn vrouw had verlaten, gevestigd te Koudekerke. Het vonnis van echtscheiding was ingeschreven ter woonplaatse van den man, in de registers van Koudekerke. Er was dus geen sprake van dat het vonnis van echtscheiding zoude kunnen vervallen. De vrouw echter wenschte inschrijving van het vonnis *behalve* te Koudekerke *ook* te Amsterdam.

Zeer juist werd m. i. door den Hoogen Raad beslist, dat dit niet kon worden gelast. De plaats van inschrijving immers was door de wet aangewezen. De inschrijving was daar geschied. Er was geenerlei reden om in strijd met de wet bovendien inschrijving op *een tweede plaats* te bevelen.

Het Leeuwarder Hof stond tegenover een geheel verschillend geval.

Niet als bij de *Amsterdamsche casuspositie* bestond er een woonplaats van den man, waar de inschrijving

kon geschieden en geschied was. Integendeel, er was geen woonplaats van den man te vinden. Wanneer men zich dus hield aan den eisch dat alleen ter woonplaatse van den man inschrijving mocht geschieden, zoo was men zeker dat de kracht van het vonnis van echtscheiding zoude vervallen en dat ter zelfde zake niet opnieuw echtscheiding zoude mogen worden gevorderd (art. 276 B. W.).

Wat was tegenover deze kwestie het standpunt van het Leeuwarder Gerechtshof?

Het stelt voorop dat in bepaalde gevallen bestaat een recht op het verkrijgen van echtscheiding. Verder dat de wet in de uitwerking van de middelen tot verzekering van dit recht onvolledig is geweest.

Het Hof acht het taak van den rechter de onvolledigheid aan te vullen. Daartoe gelast het het doen van de inschrijving aan den ambtenaar van den burgerlijken stand der laatst gemeene woonplaats. En wel als de plaats die daartoe bij de leemte der wet duidelijk naar voren treedt, omdat ook die plaats beslissend is ter bepaling van de Rechtbank, waar de eisch moet worden ingesteld.

Het is zeker zeer wenschelijk, om de bestaande onzekerheid in dit geval door wetswijziging op te heffen.

Het is echter ook wenschelijk, dat omtrent de beteekenis van het Leeuwarder arrest geen dwaling blijft voortleven. Wanneer de Memorie van Toelichting zegt, dat sommige jurisprudentie aanneemt dat de inschrijving in geval van kwaadwillige verlating moet plaats hebben ter laatst gemeene woonplaats, dan heerscht er dwaling, zoo voor die jurisprudentie ook naar de Leeuwarder beschikking wordt verwezen.

In de meeste gevallen van kwaadwillige verlating is er — als bij het arrest van den Hoogen Raad — een woonplaats van den man en dan staat men niet voor de casuspositie — om met de Leeuwarder beschikking te spreken — „dat nergens inschrijving kon geschieden”.

De Leeuwarder beschikking zegt niet: „in geval van kwaadwillige verlating moet inschrijving geschieden in de registers van de laatst gemeene woonplaats”

doch: „in geval van kwaadwillige verlating, *wanneer geen woonplaats van den man is te vinden*, moet toch ergens inschrijving geschieden en als de meest rationeele plaats daarvoor wordt dan aangewezen de laatst gemeene woonplaats”.

Het is op zich zelf van weinig beteekenis of men in misverstand verkeert over de jurisprudentie van het Hof te Leeuwarden en ik zal mij allerm minst geroepen voelen om in het algemeen het woord te nemen om misverstand op dit gebied op te heffen.

Hier geldt het echter een geheel principiële kwestie ten aanzien van de taak van den rechter.

Het kan telkens voorkomen, dat de wet een duidelijk gebod stelt, dat zij met volkomen helderheid een recht toekent, dat zij echter — ziende op het meest normale geval — onvolledig is in de middelen tot verzekering van kracht aan haar gebod, in aanwijzing van de wegen, waarlangs de rechthebbende het hem toegekende recht tot werkelijkheid kan doen worden.

De wetgever kan in de uitwerking falen, doordat hij het terrein niet voldoende overziet.

Het kan ook voorkomen dat hem niets is ontgaan, doch dat verandering van maatschappelijke toestanden later de oorspronkelijk uitnemende regeling onvolledig maakt.

De vraag is nu: Welke is de taak van den rechter tegenover hetgeen oorspronkelijk onvolledig was of tegenover hetgeen door gewijzigde omstandigheden onvolledig werd? Moet hij werkeloos toezien? Moet hij er in berusten dat hetgeen de rechtsorde eischt en hetgeen de wet met stelligheid heeft gewild, wordt buiten effect gesteld? Of moet hij in de onvolledigheid van de wet zelfstandig voorzien?

Het is voor het laatste standpunt dat het Leeuwarder Hof heeft partij gekozen. Daarin en daarin alleen ligt de principieele beteekenis van zijne beschikking.

De Memorie van Toelichting zegt:

„Het is echter de vraag *of deze* opvatting strikt genomen, wel in overeenstemming is met de wet; zij werd door den Hoogen Raad in een arrest van jongen datum niet gevolgd”.

Uit het bovenstaande blijkt dat „*deze opvatting*”, waarvan de Memorie spreekt, niet is de opvatting van het Gerechtshof te Leeuwarden. Er kan ook allerm minst sprake zijn van een al of niet deelen van de Leeuwarder opvatting door het geciteerde arrest van den Hoogen Raad, omdat dit arrest het Leeuwarder standpunt niet bespreekt.

Het zou zeker wenschelijk zijn de stem van den Hoogen Raad over het Leeuwarder standpunt te hooren. Uit de bestaande jurisprudentie valt moeilijk op te maken hoe die stem zoude klinken.

De omstandigheid dat de Hooge Raad uitsluitend oordeelt over schennis der wet, brengt mede dat ons hoogste rechtscollege veelal buiten gelegenheid is zijn gevoelen op het besproken gebied uit te spreken.

Stel het Leeuwarder geval. De ambtenaar van den

Burgerlijken Stand van Haskerland weigert het vonnis van echtscheiding in te schrijven. De vrouw komt tegen een beschikking, waarbij de ambtenaar in het gelijk is gesteld, in cassatie, wat zal zij aanvoeren? Schending van art. 276 B. W.?

De ambtenaar van Haskerland is in dit artikel niet aangewezen tot het doen van de inschrijving.

Voert men nu aan: de ambtenaar is wel niet aangewezen in dit geval, doch dit belet niet dat het gebiedend voorschrift dat inschrijving moet plaats hebben, behoort te worden gehandhaafd; het antwoord van den Hoogen Raad zal allicht zijn: hier is geen verkeerde toepassing of schending der wet (art. 99 R. O.). Er is alleen sprake van rechtsschennis, omdat niet wordt beweerd dat de wet de inschrijving in Haskerland beveelt, doch integendeel, dat de wet onvolledig is en op een bepaald punt zwijgt; er wordt beweerd dat de rechter verplicht zoude zijn het ontbrekende aan te vullen.

Nu bestaat over de grenzen van de taak van den Hoogen Raad, als rechter in cassatie, strijd.

Prof. VAN BONEVAL FAURE o. a. keurt het af dat de Hooge Raad zich niet bevoegd achtte over vragen van analogische toepassing der wet te oordeelen.

Ik treed niet in de vraag of de Hooge Raad zich in een geval als het besprokene — waar het niet geldt een duidelijk gebod en ook niet analogie — heeft te onthouden. Ik constateer alleen de mogelijkheid of de waarschijnlijkheid, dat de Hooge Raad zich feitelijk onbevoegd zal verklaren door te zeggen, dat hier niet is een geval van schending der wet; dat ons hoogste rechtscollege niet als deel van de wet zal beschouwen de aanvulling van een leemte, welke het stelsel der wet noodzakelijk eischt.

Ik eindig met de aandacht van de mannen van de wetenschap en van de practijk te vragen voor de kwestie of de rechter al dan niet geroepen is in leemte van de wet te voorzien.

Daarbij is geen sprake van ter zijde stellen van de wet, van zoogenaamde vrije rechtshanteering. In een oordeel over deze vraagstukken behoeft men bij de besproken kwestie niet te treden.

De vraag: hoe te handelen, wanneer de wet onvolledig is? hoe te handelen wanneer hare strekking buiten twijfel valt, doch de uitwerking de strekking niet tot haar recht doet komen? Deze vraag heeft een zelfstandige beteekenis.

Leeuwarden, 4 April 1914.

R. A. FOCKEMA.

De rechtspositie der Elevator-Ondernemingen.

DOOR

MR. A. J. MARX,

Advocaat en Procureur te Rotterdam.

De jurist onzer dagen geniet het twijfelachtig voorrecht zich telkens geplaatst te zien voor nieuwe verkeersvormen en wordt daardoor herhaaldelijk genoopt te bedenken, hoe die nieuwe verkeersvormen kunnen worden aangepast aan het oude systeem onzer wettelijke bepalingen, wier makers uitteraard van al dit nieuwe geen voorstelling hadden.

Dat deze aanpassing van nieuw aan oud niet gemakkelijk is en veelal tot resultaten voert, die het a priori aanwezige verlangen naar billijkheid niet geheel kunnen bevredigen, spreekt vanzelf.

Bij zulke pogingen tot aanpassing zal het vaak voorkomen, dat eene voor de hand liggende constructie van den nieuwen verkeersvorm wettelijke consequentiën ten gevolge heeft, die uit sociaal oogpunt geheel en al onaannemelijk zijn. Dan moet een andere vorm gezocht en gevonden worden, die juridisch wellicht meer gewrongen is, maar aan den anderen kant waarborgen biedt, dat geen schrijnende ongerechtigheden er de gevolgen van kunnen zijn.

Wat van nature feilloos is, behoeft niet gewrongen te worden. Wanneer men met iets gewrongens genoeg wil nemen, heeft men reeds te voren afstand gedaan van alle aanspraken op volmaaktheid. Volmaaktheid in juridische structuur in casu.

Men heeft haar opgeofferd aan een hooger beginsel, ter wille van de zegepraal des Rechts, dat los van alle wetsvoorschrift in ons leeft en dat in elk sociaal verschijnsel zich ten troon wil verheven zien.

Kon dit laatste aldus geschieden, dat steeds met bekwamen spoed eene wetswijziging of wetsaanvulling werd tot stand gebracht, wij zouden het met vreugde begroeten. Doch de wegen des wetgevers zijn lang en intusschen groeit en bloeit het onkruid van het onrecht welig omhoog, zoo er geen krachten aan het werk worden gesteld, die de bestaande voorschriften, desnoods ten koste der juridische logica, zóó plooiën, dat er bovenal rechtvaardigheid heersche.

Alom is zulk wringen en plooiën noodig. Hier zij het beproefd ten opzichte van het elevator-vraagstuk, dat, tegelijk met de machines, die tot zijn ontstaan aanleiding gaven, nu in de haven van Rotterdam zijn intrede heeft gedaan.

Voor dengene, die niet in onze havenstad woont en wellicht slechts oppervlakkig weet, wat onder een graan-elevator te verstaan is, zij hier deze vernuftige machine en hare werking kortelijk omschreven.

De samenstelling van een graan-elevator, die ten doel heeft het over zee aangevoerde graan uit zeeboot of zeeschip over te brengen in lichter of rijnaak voor de reëxpeditie bestemd, berust in hoofdzaak op het principe van de luchtpomp.

Op een zwaar gebouwde ponton bevindt zich eene hoog opgaande ijzerconstructie, bekroond met een kokervormigen toren, welke in zijn hoogste punt uitmondt in eene ronde buis, die zich ombuigt en verticaal naar beneden zich uitstrekt tot de machinekamer in het inwendige van de ponton.

Deze buis van beduidenden omvang staat in de machinekamer in verbinding met zuig-luchtpompen van groote

capaciteit, in werking gebracht door een stoommachine van krachtigen bouw.

Aan den bovenvermelden kokervormigen toren zijn voorts nog bevestigd beweegbare slangen, die door middel van eene hijschinrichting en uithangende boomen kunnen worden gesteld in de ruimen van de stoomboot, ter lossing aangewezen.

Nadat de elevator langs zijde van de stoomboot is gemeerd, worden deze beweegbare slangen in de stoombootruimen neergelaten, alwaar zij zich door de zwaarte, mede van de zware ijzeren mondstukken, waarmede de slangen zijn voorzien, in de graanlading ingraven.

De stoommachine en de daarmede verbonden zuig-
luchtpompen worden alsnu in werking gesteld, waardoor in den toren alras een luchtledige ruimte ontstaat. Door de drukking van de lucht op het graan wordt dit door de in de graanlading neergelaten buizen opgedreven tot in den toren.

Door een vernuftig samenstel van sluizen, — de „clou” der moeielijkheden, wier technische uitschakeling den ingenieurs bij de vervaardiging der graan-elevators het meeste hoofdbreken en de fabriek, die de eerste machines vervaardigde, schatten gelds heeft gekost, — wordt voorkomen, dat het opgezogen graan dringt in de buis, die met de luchtpomp in verbinding staat.

Zoodra het graan zich in den toren heeft verzameld, valt het alweder door een samenstel van sluizen en kleppen, terug in een grooten bak, welke zich onder den toren in den ijzeren opbouw bevindt en welke bak geplaatst is op een bascule ter weging van het graan bestemd.

Na weging wordt het graan ten tweede male uitgestort door een koker in het rijnschip of de lichter, vanwege den rechthebbende op het geloste graan, ter ontvangstname langs zijde van den elevator gesteld.

De meeste der in onze haven werkende graan-elevators zijn slechts ingericht tot het afleveren van gestort, d. w. z. in hoopen oopenliggend, *niet* in zakken gepakt, graan; op enkele machines is evenwel eene inrichting aangebracht, die het mogelijk maakt gelijktijdig met het overwerken van gestort graan ook een gedeelte langs automatischen weg af te wegen in zakken en aldus „gezakt” uit te leveren.

In verband met gedachtengangen, die later aan de orde zullen gesteld worden, zij alreeds nu er de aandacht op gevestigd, dat de bewerking der overlading van graan uit zeeboot in lichter of schip blijkens het bovenvermelde dus *kan*, doch niet *moet* samengaan met de twee andere: het wegen en het zakken van het graan.

Het is nu meer bepaaldelijk de manipulatie van het overwerken van graan door middel van den drijvenden graan-elevator uit zeeboot in rijnaak of lichter, waarbij zich herhaaldelijk de moeielijkheden voordoen, welke straks ter sprake zullen komen.

Voordat de elevators in het havenbedrijf hun intrede deden behoorden al de daarmede nu verrichte werkzaamheden tot het terrein van den handenarbeid.

Bootwerkers waren het, die uit het scheepsruim, gewoonlijk door middel van mandjes en een hijschinrichting bevestigd aan de mastvormige hefboomen, die de meeste zeebooten bezitten, de lading aan dek brachten tot boven de reeling van het schip. Slechts deze werkzaamheid, als eerste lid van het bedrijf: graanoverlading, behoorde tot het gebied der verplichtingen van de reederij.

Eene tweede categorie van bootwerkers stond dan aan dek gereed om het vanwege de reederij uit het ruim naar boven gebrachte graan in ontvangst te nemen, te doen wegen en uit te storten in de scheepsruimte, tot verdere opname van het graan bestemd. Dit is het tweede

deel van de graanoverlading, behoorende tot de verplichtingen der rechthebbenden op het aangebrachte graan. Die tweede categorie van bootwerkers stond dan ook in dienst van den rechthebbende op het graan, dat juist overboord werd gewerkt, resp. van den vertegenwoordiger van dien rechthebbende.

Tot goed begrip van al wat volgt, zij er nu reeds dadelijk met grooten nadruk op gewezen, dat de ontvanger of rechthebbende wel kan zijn identiek met den cognossementhouder, maar dit volstrekt niet noodzakelijk is. De cognossementhouder is als regel een importeur, die reeds vóór de aankomst van het goed het in kleinere partijen dóórverkocht heeft. De koopers daarvan komen dan met hunne vervoermiddelen aan de zeeboot om zelve, als rechthebbenden op het hun verkochte ladingsonderdeel, dit te ontvangen. Een rechtsband tusschen hen als zoodanig en de reederij bestaat er niet.

Na deze uitweiding keeren we terug tot de beschrijving van den toestand, gelijk hij vroeger was.

Was er niemand vanwege den rechthebbende komen opdagen, dan werd het graan — gelijk nu nog het geval is — ongewogen in kapiteinslichter overgeladen, waaruit het dan later door den in verzuim zijnden rechthebbende tegen bijbetaling der door diens wanpraestatie veroorzaakte extrakosten, kon worden overgenomen.

Evenwel was dit niet tijdig verschijnen van den gerechtigde uitzondering; in de meeste gevallen was hij of zijn gemachtigde wel degelijk rechte-tijdig met scheepsruimte ter plaatse, om het graan op te vragen.

Zeker was ook toenmaals in geval van geschil de machtige eenheid der reederij veelal sterker dan de veelheid der vaak op zichzelf kleine rechthebbenden, maar in één opzicht konden de laatsten toch gerust zijn: degeen, die voor elk hunner optrad, hield ten volle hunne zijde, stelde

zich geheel en onomwonden op ontvanger's standpunt.

Een en ander is nu anders geworden, sinds de elevator in de plaats van den handenarbeid getreden is. Immers, het werk der reederij is ingekrompen tot vrijwel nihil, het werk harer bootwerkers is geheel overgenomen door de elevator-onderneming. Anderzijds is de werkzaamheid van de ontvangers in hoofdzaak beperkt tot het zich-melden en in ontvangstnemen van het graan in het gestelde schip. De rest doet al weer de elevator-onderneming.

Wij mogen dus het volgende constateeren: Het lossings- en overladingswerk, vroeger de arbeid van twee wel onderscheiden groepen, is nu samengesmolten tot één reeks van machinale bewerkingen, verricht door één machine toebehoorende aan ééne onderneming, van welke bewerkingen iedere enkele in zich zelf ééne ondeelbare eenheid is.

Maar nog immer zijn er telkens twee partijen bij de lossing en overlading betrokken, en dus kan het niet anders of de elevator-onderneming staat in eene contractueele betrekking tot telkens twee partijen tegelijk.

Zoo in het algemeen is dit geen bezwaar, doch men lette wel op de concrete bijzonderheden.

Eenerzijds is er ééne groote debitrice der elevator-onderneming: de reederij, anderzijds in enkele gevallen hetzelfde, doch dit is uitzondering. Regel is een groot aantal, elk op zich zelf kleine, d. w. z. op een klein gedeelte der lading rechthebbende, ontvangers.

Dus: ééne groote debitrice tegenover vele kleine, die ieder op zich zelf staan.

Voorts heeft de reederij de vrijheid zich naar verkiezing door eene elevator-onderneming te laten bedienen of niet. Zoo zij die hulp verlangt is zij vrij onder de bestaande ondernemingen eene keuze te doen, diegene

te nemen, welke haar het goedkoopst bedienen wil of uit anderen hoofde begeerlijk toeschijnt.

Heel anders staan de ontvangers hier tegenover. Hun is *geene keuze* gelaten. De handeling van lossing en overlading toch, het werd reeds hierboven opgemerkt, is ééne eenheid geworden; wie lost uit zeeboot, laadt vanzelf ook in schip. Ergo: de keuze der reederij *bindt* de ontvangers. *Nolentes volentes* komen zij in eene contractueele verhouding tot de elevator-onderneming, door de reederij met de lossing belast. Hare diensten *moeten* zij aannemen, haar ook — let wel — *betalen*. Want de elevator-ondernemingen bedienen de ontvangers niet voor niets.

Zoo ziet de tegelijk gevormde dubbele contractband der elevator-onderneming, eenerzijds met de reederij, anderzijds met den ontvanger, er in concreto uit en wie gevoelt nu niet, welke groote bezwaren er aan dien toestand verbonden zijn?

Wie begrijpt niet, dat die bezwaren zich feitelijk in den grofsten vorm voordoen, waar eene lossing voor eene bepaalde reederij veelal niet op zich zelf staat, maar dikwijls slechts een schakel is in een doorlopend contract tusschen reederij en elevator-onderneming, krachtens hetwelk de laatste alle booten dier reederij ter behandeling krijgt, welke de haven aandoen?

Ook deze nuanceering komt voor, dat de elevator niet contracteert met de reederij zelve, doch met haren stuwadoor, welke tegenover haar het lossingswerk aangenomen heeft. Dan is de stuwadoor de groote cliënt, die wellicht alle door hem bediende booten aan de elevator-onderneming geeft. Op hem is echter van de zijde der ontvangers geen verhaal mogelijk, want hij is naar buiten slechts werktuig der reederij.

Wel is de man, die vroeger vol en geheel de belangen der ontvangers tegen de reederij verdedigde, de factor,

niet weg. Maar grootendeels is hij toch vervangen door de elevator-onderneming. Niet meer de factor, doch de elevator-onderneming, is nu de leidster van het werk voor de ontvangers. Vroeger beval hij te handelen, nu moet hij beleefd vragen, dat de elevator-onderneming handele en men kan het menschelijkerwijze haar niet kwalijk nemen, zoo zij zonder den feitelijk ontbrekenden dwang van de andere zijde, hare groote vrijwillige cliënte: de reederij of den stuwadoor, meer bevoordeelt dan de kleine gedwongen klanten-ontvangers. Onrecht evenwel blijft dit en derhalve moet er getracht worden, den anderzijds ontbrekenden dwang te doen ontstaan door eene rechtsconstructie, die de verantwoordelijkheid der elevator-onderneming tegenover de ontvangers scherp vaststelt.

Tot nu toe is zulks niet geschied, hoewel het herhaaldelijk gebleken is, dat er belangenstrijd tusschen reederij en ontvangers is, ook op het gebied der lossing. Men bedenke b.v. dat de reederij in hooge mate gediend is met vlugge lossing, daar onnoodige ligdagen eene dubbele schade voor de reederij beteekenen, eenerzijds, omdat het liggen geld kost, anderzijds omdat het niet-varen winstderving is. De elevator-onderneming moet dus vlug lossen, maar mag dit niet zóó vlug doen, dat zij in kapiteinslichter werkt goederen, wier rechthebbende met scheepsruimte tijdig op het lossingsterrein aanwezig is, doch wien niet de tijd gelaten wordt onder den uitstortkoker te verhalen resp. te meren.

In dit en dergelijke gevallen — de practicus kan ze opsommen — hebben de elevator-ondernemingen zich tot nu toe door niets gedrongen gevoeld, de belangen der ontvangers te behartigen en dan ook, zooals te verwachten was, steeds een standpunt ingenomen, dat er op berekend is, den reederijen het leven zoo gemakkelijk

mogelijk te maken, doch den ontvangers een gevoel geeft volkomen overgeleverd te zijn aan de willekeur der tegenpartij.

Bovendien is dit standpunt ongelukkigerwijze zóó, dat er juridisch nog wel iets voor — zij het dan ook tevens veel tegen — te zeggen is, gelijk het dan ook inderdaad in een vonnis van het kantongerecht van Rotterdam, d.d. 2 Oct. 1912 reeds als het juiste aanvaard is (1).

Deze opvatting, waardoor de reederijen alsmede de elevator-ondernemingen zich zoo veilig gevoelen, is de volgende :

De elevator-onderneming — aldus de geest van de uitspraak van den kantonrechter — is niets meer dan eene domme-kracht, belast met de lossing van graan of wat het anders moge zijn. Zij staat onder de bevelen der reederij of wie haar vertegenwoordigt, d. i. de kapitein, de stuwadoor, of de cargadoor. Deze lastgever zegt haar aan welke ontvangers de verschillende in de zeeboot aangebrachte partijen moeten uitgeleverd worden, en zij heeft te gehoorzamen, blindelings en zonder vragen. Doet iemand bij het lossen den ontvangers onrecht aan, dan is het de reederij en slechts van deze kan schade gereclameerd worden, nimmer echter van de dood-onschuldige elevator-onderneming.

Welnu, zal men zeggen, pak dan de reederij aan.

Gaarne, antwoorden wij, als wij ze maar pakken kunnen. Is het eene Nederlandsche reederij, die hier te lande haar domicilie heeft, dan gaat zulks gemakkelijk genoeg, doch hoe moet men tegenover eene buitenlandsche reederij handelen? Het schip aan den ketting! Een schoon advies, maar in werkelijkheid is de zeeboot gewoonlijk

(1) Zie de publicatie daarvan in de Mededeelingen van den Bond van Nederlandsche Graan en Zaad-Importeurs te Rotterdam, onder redactie van Mr. V. VAN PESKI, van December 1912, No. 18.

al lang de haven uitgestoomd en goed en wel op zee, alvorens de ontvanger, die menigmaal niet te Rotterdam, doch in het binnen- of buitenland woont, van zijn factor of expediteur het wedervaren onrecht vernomen heeft. Zulk vernemen immers en het order geven tot scheepsbeslag is niet het werk van een oogenblik. Integendeel! Daar moet juridisch advies worden genomen, daar moet bovenal gewikt worden het alhoewel absoluut misschien groote belang van den ontvanger, in zijne misschien toch relatief geringe beteekenis tegenover de hooëe kosten van een dergelijk scheepsbeslag en meer nog tegenover de toch altijd bestaande kans op verlies van het daarop volgende proces en de kosten daarvan, niet slechts de gewone, doch ook de buitengewone, die door het onrechtmatig beslag veroorzaakt zijn. En deze zijn niet gering, want één ligdag van een zeeboot kan dengene, die hem veroorzaakte, reeds duur te staan komen. En één is er toch allicht, zelfs wanneer er cautie gesteld en het beslag daarop feitelijk opgeheven wordt.

Is het te verwonderen, dat vaak de vogel alreeds gevlogen zal zijn, wanneer ten slotte het besluit tot den duren rechtsmaatregel genomen is? Ja zelfs: Is het niet heel begrijpelijk, dat als resultaat van al die overwegingen een besluit tot den eenig mogelijken rechtsmaatregel *niet* genomen wordt?

Men stelle zich tot goed begrip van dit laatste nog eens voor al de bovenvermelde kosten als het misloopt! Men bedenke daarbij, dat de kans daarop niet zoo heel gering is, gegeven de overhaasting, die er zelfs na een beraad van eenige dagen feitelijk nog bestaat. Want maar heel zelden zal er gelegenheid genoeg zijn geweest tot de anders aan eene procedure meestal voorafgaande onderhandelingen, slechts zelden zal het „audi et alteram partem” genoegzame toepassing gevonden hebben. Onder

den indruk van het oogenblik, half-doordacht en half-klaar zal er moeten gehandeld worden. En dan last not least: de ingeroeste afkeer van processen, bij de meeste kooplieden heerschend! Menigeen speculeert gaarne op zijn eigen gebied, maar op dat van anderen is hij ijselijk voorzichtig. Grove termijnzaken, best! Maar in rechten een mogelijk grooter verlies riskeeren om een anders zekeren kleinen „strop” te ontloopen, dat kunnen de meeste graanhandelaren niet van zich verkrijgen.

Meestal willen zij dus niet procedeeren en het onrecht vindt geen tegenstand, de vreemde reederijen, veelal met behulp der cargadoors, stuwadoors en elevator-ondernemingen, blijven doorgaan den handel te tyraniseeren.

Maar beslag onder den cargadoor, die hier voor de vreemde reederijen de vrachten ontvangt? Ook dit is schoone theorie, want in de praktijk is het feit bemerkbaar, dat de cargadoors steeds met verbazingwekkende vlugheid aan hunne reederijen remise zenden op rekening der nog vast te stellen saldi in conto corrent ten aanzien van de boot in quaestie. En waarom zou die gedienschtigheid kleiner worden, zoodra er een vuiltje aan de lucht is?

* * *

Zoo is er dan praktisch veelal niemand, op wien de ontvanger verhaal heeft. Vrage: kan hij het niet zoeken bij de elevator-onderneming.

Voor velerlei ongerechtigheden, n.l. voor alle, die niet op de eigenlijke lossing betrekking hebben, is dat niet mogelijk, daar de elevator-onderneming daar immers geheel buiten staat. Komt men echter op het terrein der lossing, dan mag men zeggen, dat de ontvanger niet weerloos is tegen de willekeur der elevator-ondernemingen.

Laat ons dan eens nagaan, door welke constructie er voor den ontvanger, ter zake van geschillen, die juist

bij de lossing en inontvangstname kunnen rijzen, verhaal op de elevator-ondernemingen mogelijk is.

Is inderdaad het door hen ingenomen standpunt onbetwistbaar juist? Moet de ontvanger in erkenning zijner machteloosheid zuchtend blijven berusten? Het is gelukkig verre van dien!

De lezer bedenke vóór alles, dat de elevator-onderneming zich gerechtigd acht van den ontvanger voor hare praestaties jegens hem betaling te vorderen. Dat zou nu misschien kunnen zijn wegens het wegen en het opzakken der granen, niet bepaaldelijk wegens het lossen. Onverdachte vrienden van de eene of andere elevator-onderneming hebben inderdaad getracht dit denkbeeld ingang te doen vinden. Maar het gaat niet op!

Want ook zonder voorafgaande weging en zonder voorafgaande zakking, namelijk bij *ongewogen* overlading in cargadoorslichter, vinden de elevator-ondernemingen er niets onbehoorlijks in, betaling te eischen van den kapitein, resp. diens vertegenwoordiger, den cargadoor, boven het door hem verschuldigde lossingstarief, juist van hetgeen anders aan den ontvanger berekend wordt voor *gewogen* aflevering.

Hetgeen de elevator-onderneming aan den ontvanger berekent is dus wel degelijk eene belooning wegens het afleveren van het graan.

Nu zal echter toch wel niemand in ernst durven volhouden, dat enkel het *feit*, dat er in eenig geval aflevering aan den ontvanger geschiedt, een recht op betaling wettigt.

Men zou dan aan de elevator-onderneming eene belooning toekennen, omdat de bevelen der reederij tot aflevering aan de betreffende ontvangers worden opgevolgd, of hoogstens, omdat de elevator-onderneming wel zoo goed wil zijn het graan niet in het water te werpen,

doch de vriendelijkheid heeft er voor te zorgen, dat het uitgestort wordt in de bergruimte door den ontvanger gesteld en langs zijde gereed liggend ter ontvangst.

Eene belooning dus, omdat de elevator-onderneming te rechter plaatse het graan heeft doen uitstorten!

Toch is dit de consequentie, waartoe de opvatting der elevator-ondernemingen alsmede het geciteerde vonnis, in verband met de feiten voert. Als dommekracht der reederij lossen de elevator-ondernemingen het graan voor haar, geven het af, zonder vragen, eenvoudig aan wien de reederij wil. De ontvanger heeft gelaten af te wachten, of het der reederij zal believen, door middel van den elevator, het graan genadiglijk in zijn lichter te doen uitstorten. Dan eindelijk bij het vallen van het graan, begint de elevator ook voor den ontvanger te werken en strijkt de elevator-onderneming een willekeurig door haar vastgesteld tarief op, omdat zij het graan in de gestelde ruimte heeft uitgestort.

* * *

De gevolgtrekkingen uit deze leer toonen aan, dat zij onhoudbaar is. Veeleer is de waarheid deze: de elevator-onderneming wordt door den ontvanger betaald, omdat zij geacht moet worden, ook voor hem ernstig werk te verrichten, *plichten* op zich te hebben genomen.

Wat vroeger de bootwerkers deden, of degene, die hen in dienst nam en alsdan als zelfstandig ondernemer voor den ontvanger het werk op de rivier bezorgde, dat doet nu voor een zeer groot gedeelte de elevator-onderneming. Dit werk begint op het moment, dat het voor een bepaalden ontvanger bestemde gedeelte der lading door de reederij voor lossing vrijgegeven is, het eindigt dan, wanneer de laatste hoeveelheid graan voor dien ontvanger in diens scheepsruimte is uitgestort.

Dit laatste verdient nog eenige toelichting. Daartoe zij allereerst nog eens meer in bijzonderheden gewezen op de werkzaamheden van den elevator voor de reederij, resp. den stuwadoor, die weer lasthebber der reederij is.

De elevator-onderneming bezorgt de lossing en wel absoluut zelfstandig. Wel is er iemand vanwege de reederij of haar gemachtigde, den stuwadoor, aan boord om toe te zien, dat alles correct gaat, maar met de lossing op zich zelf heeft die persoon niets te maken. Het is niet de kapitein, van welken men zich theoretisch zou kunnen voorstellen, dat hij, op het dek staande, de leiding van het lossingswerk in handen heeft. Evenmin is het de eerste officier. Beide heeren gaan aan den wal en het commando berust bij een jongere kracht, die den kapitein of eerste officier vervangt en zich met de zaken, welke met de lossing verband houden, niet inlaat.

Zulks doet in zekeren zin wel de ondergeschikte van den stuwadoor: de kras of scheepscontroleur, die zich aan boord bevindt, de aan de cognossementhouders tegen zecognossement verstrekte en aan boord in te leveren aankomstbriefjes inspecteert en in ontvangst neemt, kortom als tusschenpersoon tusschen cargadoor-lasthebber van kapitein en reederij en den baas der elevator-onderneming fungeert.

Met de eigenlijke lossing echter bemoeit zich ook de kras-scheepscontroleur niet. Dit is het territorium van den baas der elevator-onderneming. Uiteraard raken de gebieden dier beide personen elkander ergens.

Het is van gewicht na te gaan, waar zulks het geval is, en dan bevinden wij, dat de kras-scheepscontroleur heeft te weten, ten opzichte van welke gedeelten der lading de betreffende ontvangers resp. de oorspronkelijke geconsigneerden, aan hunne verplichtingen, vóór de feitelijke lossing te vervullen, hebben voldaan, waarna hij de

partijen, die te dezen opzichte in orde zijn, aan den baas van den elevator vrij geeft, opdat deze er nu verder mede handele, gelijk het behoort.

Van dit oogenblik af is het de elevatorbaas, die de leiding heeft. Verdere ruggespraak met den kras-scheepscontroleur is logisch niet verdedigbaar; elk is een vreemde op des anderen gebied, met name kan de kras-scheepscontroleur aan boord zijnde niet beoordeelen, wat er aan de andere zijde van den elevator geschiedt en of de ontvanger, met scheepsruimte aan de andere zijde van den elevator liggende, doet, wat hij te doen heeft. Hij kan daar meestal enkel over oordeelen van hooren zeggen, zelden iets zekers van afweten en mist in ieder geval de gelegenheid de tegenpartij aan de andere zijde van den elevator te hooren.

De reederij en de stuwadoor hebben dus, na geconstateerd te hebben, dat de aan de eigenlijke lossing voorafgaande verplichtingen vervuld zijn, die lossing zelve aan het beleid en het inzicht der elevator-ondernemingen toevertrouwd. Eene heel ruime opdracht, niet in details omschreven, sterker, welke niet in details kan omschreven worden. De elevator moet lossen en uitleveren aan de rechthebbenden, die zich als zoodanig behoorlijk en tijdig hebben aangemeld.

Of zij zich tijdig aanmelden langs zijde van den elevator, dat beoordeelt de reederij niet, kan zij niet beoordeelen, en wij mogen zelfs verder gaan — mag zij niet beoordeelen, althans niet in dien zin, dat op grond van die beoordeeling een bevel aan de elevator-onderneming zou kunnen worden gegeven, dat deze laatste bindt. Hier toch begint de gezagssfeer van den ontvanger, die op het lossingsterrein verschenen is ten ure, dat hij zulks noodig kan oordeelen.

A priori, door met het lossen te beginnen en haar

bekenden wil, van de ontvangers loon te beuren, heeft de elevator-onderneming zich bereid verklaard voor de ontvangers, die zich melden, te zullen zorgen. Zij heeft door hare houding te kennen gegeven, dat zij de aan haar ten behoeve der ontvangers vrijgegeven partijen zal uitleveren. Volgens die intentie heeft zij te handelen. Geen bevelen der reederij kunnen naast die aanvaarde verplichting tot uitlevering meer stand houden. De reederij, de kapitein, de stuwadoor, zij mogen bescheidenlijk opmerken, dat huns inziens de ontvanger niet aan zijne verplichtingen met betrekking tot de inontvangstname voldoet, het staat aan de elevator-onderneming zelfstandig te onderzoeken of dit juist is en of zij te doen heeft, wat reederij, kapitein of stuwadoor van haar wenschen.

Hierop komt het dus neer: ten opzichte van de reederij is de elevator-onderneming verplicht het schip te lossen en de ten behoeve der ontvangers vrijgegeven partijen aan die rechthebbenden, die hunne verplichtingen *bij* ontvangst nakomen, uit te leveren. Aan deze laatsten, de ontvangers, is zij dus verbonden tot daadwerkelijke levering der betreffende lading. Wie al dan niet zijne verplichtingen bij de ontvangst nakomt, dat heeft de elevator-onderneming vrij te beoordeelen.

Zóó, en enkel zóó, zijn de beide gelijktijdig naast elkaar bestaande rechtsbanden, waardoor de elevator-onderneming verbonden is, eenerzijds aan de reederij, anderzijds aan de ontvangers, vereenigbaar. Zoo ook alleen volgen zij logisch uit den feitelijken toestand.

* * *

Hoe zullen wij nu deze verhoudingen noemen? Liefst, dunkt ons: aanneming van werk. Zijn zij dit niet, dan zoude het lastgeving zijn, maar tegen deze laatste opvatting spreekt de ruimte der opdracht, het gebrek aan

detaillering, welke beide bij de lastgeving wel mogelijk zijn, doch blijkens vele wetsvoorschriften toch niet dermate in haar wezen liggen als het bij de aanneming van werk het geval is.

De lezer denke aan het wetsvoorschrift, waarbij gezegd is, dat algemeene lastgeving slechts op beheers-, niet op beschikkingsdaden betrekking heeft. Hij denke ook eens aan die uiting van den praktischen geest des handels, die dezen er toe bracht, het instituut des commissionairs te vormen, die alhoewel een soort lasthebber, zich daardoor toch van den gewonen onderscheidt, dat hij zelfstandig naar buiten optreedt. Men gevoele het: het verschijnsel moet door het wezen worden gedekt, geen gewoon lasthebberschap, dan waar de activiteit des lastgevers nog voelbaar is. In casu rust die activiteit volkomen en is er een heele taak, niet in al hare onderdeelen tevoren omschrijfbaar, op de schouders der elevator-onderneming gelegd. Zelfstandig eindelijk heeft zij die taak te vervullen, ergo: aanneming!

Wil men hier evenwel toch lastgeving aanvaarden, dan zij toch bedacht dat die der reederij zoo ruim omschreven moet zijn, dat die der ontvangers daarbij past, zonder tegenstrijdigheid. Ergo: lossing en uitlevering aan de bij de lossing hunnen plicht doende rechthebbenden, gelijk boven reeds gezegd werd.

Krachtens die aannemings- of lastgevings-overeenkomst moet de elevator-onderneming zich enkel en alleen houden aan die algemeene taak, die ze vóór den aanvang der lossing, misschien niet eens ter zake van een bepaalde boot, op zich genomen heeft. Die taak laat haar vrij in elk geval te beslissen en te doen wat zij dienstig vindt. Een naast die algemeene taak staand, daarboven uitgaand bevel van den kapitein, reederij, stuwadoor of wien dan ook, kan niet geduld worden, daar het zou

kunnen strijden met de verbintenis jegens den ontvanger.

Iedereen beseft, dat de elevator-onderneming door die groote, haar van weerszijden gegeven vrijheid tijdens de lossing met een soort rechterschap is toegerust en nog wel een met het weinig begeerlijk gevolg, dat zij voor den werkelijken rechter ter verantwoording zal kunnen geroepen worden wegens haar eventueel onjuist oordeel.

Geen benijdenswaardige positie, zal menigeen zeggen. Inderdaad, er ligt schijnbaar iets in, dat de elevator-onderneming maakt tot stootblok tusschen tegenstrijdige belangen. Toch is het in werkelijkheid niet zoo erg.

In de eerste plaats is het niets als de eenvoudige consequentie der dubbele contractverhouding, waarin de elevator-onderneming nu eenmaal door haar werk en haren wil (betaling door de ontvangers) gebracht wordt. Voorts echter zijn de geschillen, die zij „berecht” steeds van onderling zeer gelijksoortige natuur. Wat nu de ervaring leert omtrent leekerechters, die steeds dezelfde soort zaken aan hun oordeel onderworpen zien, is stellig van zoodanig bevredigenden aard, dat we ons niet behoeven voor te stellen, dat die taak haar zwaar zal vallen.

Het rechterschap der elevator-onderneming is tenslotte niet anders dan dit, dat ze binnen de sfeer der lossingswerkzaamheden van geval tot geval geroepen zal zijn, uit te maken, in wiens belang zij op elk moment zal hebben werkzaam te zijn. Dit hangt weer af van de beantwoording der vraag, of de ontvanger, wiens lading in den bovenvermelden zin door de reederij is vrijgegeven, op het oogenblik, dat de lossing resp. uitstorting der voor hem bestemde lading beginnen kan, al dan niet in verzuim is ten opzichte van zijne alsdan bestaande verplichtingen.

Dit blijkt gemakkelijk genoeg. Is de ontvanger aan-

wezig dan heeft de elevator-onderneming geen verontschuldiging, zoo zij hem zijne partij niet uitlevert of hem niet voldoende tijd laat zijne scheepsruimte onder den uitstortkoker der machine te meeren. Is de ontvanger niet aanwezig, dan is hij ipso facto in verzuim.

De lezer beseft het, dat de taak der elevator-onderneming in hare qualiteit van rechter tusschen beide partijen heel eenvoudig is. Hoofdzaak is, dat zij gevoele, tegenover beide partijen gelijkelijk gebonden te zijn, dat zij wete, dat het hare plicht is beider tegenstrijdige belangen zonder bevoordeeling van de eene boven de andere partij te behartigen en elk het hare te geven, en dat zij den wil hebbe daarnaar te handelen. Wil zij dit, dan kan zij het ook.

Al moge het niet ontkend kunnen worden, dat de elevator-onderneming aansprakelijk kan worden gesteld voor fouten in haar „rechterschap” begaan, veel meer dan theorie is het niet. In de weinige gevallen, dat het inderdaad eens tot eene veroordeeling van de elevator-onderneming zou komen, zal zij bijna steeds hare schade kunnen verhalen op de ten onrechte bevoordeelde partij. Zoo niet, nu, dan mag wel worden aangenomen, dat zij in hare eenvoudige taak door gebrek aan beleid of oplettendheid is te kort geschoten en daarvan alsdan terecht de gevolgen te dragen heeft.

Wellicht zal de elevator-onderneming bij onwil van de reederij, zoo zij daarmede in directe relatie staat, een proces in het buitenland te voeren hebben, doch wat maakt dit uit voor een dergelijk machtig instituut? Vaak zal de noodzakelijkheid tot het nemen van dergelijke maatregelen voor de elevator-onderneming niet geboren worden, zeker veel minder dan voor den ontvanger, die van de reederij iets te reklameeren heeft.

De reden ligt voor de hand. De elevator-ondernemingen

toch hebben tengevolge van haar beroep er spoedig kennis van, wanneer er een boot van dezelfde reederij in een der Nederlandsche havens binnenloopt en kunnen dan haar slag slaan. Eén beslag voor wellicht diverse claims tegen dezelfde reederij en één proces tot waarde-verklaring voor den Nederlandschen rechter.

Zulke handigheden zijn voor den ontvanger in het binnen- of buitenland, zelfs als hij er de kosten en het risico voor over heeft, practisch zeer moeilijk, zoo niet onmogelijk.

Hoe vaak zal het voorts tot een afwikkeling der moeilijkheden hier te lande komen! Immers, de reederij heeft toch gewoonlijk zelve aan de in haren naam gepleegde ongerechtigheden weinig of geen schuld en roept, door de elevator-onderneming met een proces bedreigd, harerzijds den Nederlandschen cargadoor of stuwadoor ter verantwoording. Deze zal het veelal meer in zijn belang vinden de zaak met de elevator-onderneming te schikken, dan zich wegens zijne vergripen te zien veroordeeld. Dit laatste toch komt den cargadoor nog duurder te staan en hij waagt er de verbinding met de buitenlandsche reederij aan.

* * *

Het hier boven aangevoerde moge volstaan om den lezer er van te doordringen, dat wij inderdaad niet komen tot al te drukkende gevolgen voor de elevator-ondernemingen, wanneer wij de nu heerschende leer van enkele aansprakelijkheid der reederij tegenover de ontvangers der lading (1) laten vallen om haar te vervangen door die van den dubbelen contractband tusschen, eenerzijds de

(1) Eene leer, die voorzoover die ontvangers niet ook cognossementhouders zijn, meer dan zwak is.

elevator-onderneming en reederij, en anderzijds elevator-onderneming en ontvanger.

De daarmee geschapen mogelijkheid van eene actie des ontvangers tegen de elevator-onderneming, op grond van onvoldoende waarneming der door haar jegens hem, tegen de gevorderde betaling, op zich genomen taak, is het gezonde rechtscorrelaat van de feitelijk bestaande zelfstandige werkzaamheid der elevator-onderneming. Wie zelfstandig optreedt, moet ook, daarna met derden in contact komend, dien derden in rechte vat op zich geven, — cf. de commissionnair — met name dan, als hij zich door die derden zijne praestaties jegens hen laat betalen.

De rechter, die het tegenwoordige beginsel handhaaft, maakt den valschen schijn tot heerscher en miskent de eischen der werkelijkheid; dit alles zeer zeker niet ter breideling van het onrecht, dat juist in zuiver commercieele handelingen, d. w. z. in die uit winstbejag en vrij van ethische motieven begaan, zoo licht tot uiting komt.

De tegenwoordige leer stempelt den ontvanger praktisch tot een machteloze. Is het dan te verwonderen, dat de elevator-ondernemingen het met hare plichten jegens hem zoo nauw niet nemen, te meer wanneer daardoor het haren grooten klanten, den reederijen en stuwadoors, aangenaam gemaakt wordt en bovendien hare eigen belangen, gelegen in de vlugst mogelijke lossing ter bereiking van het maximum der met iedere harer machines te bereiken overladings-capaciteit, pecuniair machtig gediend worden.

Want niet alleen der reederijen is veel aan snelle „Despatch” gelegen doch voor alles genieten ook de elevator-ondernemingen daarvan niet te onderschatten voordeelen,

Naast het belangrijke profijt eener vlugge lossing voor de reederij, het schoonste reclame-middel voor een zeehaven, staat het groote eigenbelang der elevator-ondernemingen terwijl *tegenover* de som dier *beide* machtige belangen de ontvanger als minste der broederen noodzakelijkerwijze het af *moet* leggen, zoo hem niet het middel in de handen gegeven wordt zijne rechten langs gemakkelijken weg vol te doen gelden.

Afwijking van dezen eisch van recht en billijkheid *moet* verwaarloozing zoo niet kneveling der belangen van de ontvangers in de hand werken; ten zeerste is het dan ook te betreuren, dat bij het alreeds gewezen, boven geciteerde vonnis van den kantonrechter, met de belangen der ontvangers ten opzichte van de in alle opzichten sterkere dubbele tegenpartij geen rekening is gehouden.

Zooals de verhoudingen nu liggen leidt alles er toe, dat grootere en kleinere ongerechtigheden ten opzichte der ontvangers aan de orde van den dag zullen komen, te vermijden is zulks alléén, wanneer de „*manus ministrae*” der reederijen zelve aansprakelijk worden voor hare daden.

De nu bestaande toestand wordt het best gekarakteriseerd als eene gedwongen heffing zonder tegenpraestatie; zulks moge in de Middeleeuwen mogelijk zijn geweest, in onze tijden van grootere vrijheid en niet bloot theoretische liefde voor recht en billijkheid, hebben zulke atavismen uitgediend en moeten de resten daarvan zoo snel mogelijk verdwijnen.

Dit *kan* geschieden, wanneer het daarheen geleid wordt, dat de elevator-onderneming zich jegens den ontvanger gebonden heeft te achten en de contractueele band, tusschen ontvanger en elevator-onderneming, door den rechter wordt erkend.

Het is eigenlijk onnoodig nog uitdrukkelijk er op te wijzen, dat de gewenschte nieuwe rechtsverhouding tusschen ontvanger en elevator-onderneming geenszins te niet doet den steeds erkenden rechtsband tusschen cognossementhouder en reederij. Nog steeds moet de reederij resp. de kapitein maatregelen nemen, dat de vervoerde goederen in handen van den cognossementhouder of diens gemachtigde geraken en mag zij van de haar opgelegde plichten bij cognossement omschreven niet afwijken, zonder zich bloot te stellen aan eene actie van den cognossementhouder tegen haar.

Begaat echter de elevator-onderneming tijdens hare werkzaamheid voor den ontvanger eene ongerechtigheid, dan kan en mag daarvoor de reederij niet worden aangegrepen doch moet deze handeling beschouwd worden als eene wanpraestatie van de elevator-onderneming, waarvoor zij en zij alleen verantwoordelijk is. De ontvanger moet dan te dien opzichte eene actie tegen de elevator-onderneming instellen, niet derhalve tegen de reederij, want deze heeft in het onderhavige geval hare plicht niet verzuimd. Door de waar vrij te geven aan den elevator, tot uitlevering aan den rechthebbende en nadat dan verder het eerste deel der elevator-beweging — de uitlading — is afgelopen, is de reederij van alles af.

Anders wordt dit begrijpelijkerwijze als de elevator-onderneming een verzuim pleegt tijdens het moment, dat hare werkzaamheden ten volle kunnen worden beschouwd als vallend onder het ressort der reederij. Dan treedt de aansprakelijkheid van laatstgenoemde jegens den geconsigneerde in kracht, daarnaast allicht ook eene aansprakelijkheid der elevator-onderneming jegens de reederij ex contractu en jegens den geconsigneerde of den ontvanger uit onrechtmatige daad.

Eene vraag, waarover te twisten valt, is deze, of de reederij, door den geconsigneerde in rechten aangesproken wegens een verzuim der elevator-onderneming in *haren* dienst werkzaam, zich te harer bevrijding zou kunnen beroepen op ontbrekende „culpa in eligendo”.

Waar het lossen door middel van elevators voor granen en zaden is geworden tot gewoonte, en het recht tot die lossingswijze in den regel uitdrukkelijk, of door eene algemeene clause (as quick as steamer can deliver) bij chertepartij of cognossement, is vastgelegd, schijnt daar werkelijk alles voor te zeggen.

Is dit inderdaad zoo, dan is zulks eene vingerwijzing temeer voor de zelfstandige stelling der elevator-ondernemingen en eene bredere rechtvaardiging van het hier verdedigde standpunt volgens hetwelk deze ondernemingen zelve verbonden moeten zijn tegenover al diegenen, die gebruik maken van hare diensten en daarvoor aan haar betaling doen.

* * *

Hiermede is, naar schrijver dezes hoopt, de rechtspositie der elevator-ondernemingen van een genoegzaam aantal zijden bezien. Het is wel aan geen twijfel onderhevig, dat er aanleiding bestaan zal tot kritiek ten aanzien van het hier betoogde. Waarom ook niet? Hoofdzaak is niet, dat de in dit artikel voorgedragen opvatting ingang vinde, doch veeleer, dat algemeen worde beaamd het niet te ontkennen feit, dat de tot nu toe geldende leer tot consequenties voert, die onbillijkheden ten gevolge hebben.

Wordt dit laatste maar levendig beseft, dan zullen zij, die geroepen zijn te rechten, wel de middelen — alias constructies — vinden, om ook in dezen de eischen der billijkheid te bevredigen.

Moge het boven ontwikkelde daartoe den stoot gegeven hebben.

Ik mag niet eindigen zonder een woord van oprechte erkentelijkheid aan den Heer P. H. VISMANS, graanfactor te Rotterdam, die mij de technische uiteenzetting van de inrichting en werkwijze der elevators gaf en aan wien ik waardevolle bijzonderheden omtrent de praktijk op het hier behandelde gebied te danken heb.

De wisselconventie en haar invloed op onze wetgeving.

Heel wat arbeid is noodig geweest, voordat in den zomer van 1912 de definitieve tekst dezer conventie werd vastgesteld.

Gelijk Mr. ASSER in de sluitingszitting der conferentie van 1912 mededeelde, had in den winter van 1907 Dr. KRIEGE, de Duitsche afgevaardigde, bij een bezoek ten zijnent het denkbeeld geopperd om een conferentie in Den Haag bijeen te roepen ten einde eenheid in het wisselrecht te brengen. Het gevolg van dit bezoek was ten slotte, dat op 2 September 1908 door onze regeering een circulaire aan alle mogendheden werd toegezonden om hen uit te noodigen tot deelneming aan zulk een conferentie te Den Haag.

39 Staten namen de uitnoodiging aan. Zij ontvingen als leidraad voor de behandeling een reeks van vraagpunten, door de Nederlandsche Regeering of eigenlijk Mr. ASSER opgesteld en reeds in November 1908 hun toegezonden.

Uit de antwoorden, waarvan sommige — die van Duitschland, Hongarije en België — zelfs van een vóór-ontwerp vergezeld waren, bleek (zoo dit nog noodig ware), dat de meeningen zeer sterk uiteenliepen.

Op 23 Juni 1910 kwam de conferentie te Den Haag bijeen; 35 Staten waren hier vertegenwoordigd.

Om de behandeling te vergemakkelijken, verdeelde de conferentie zich in vijf afdeelingen, zooals onze Tweede Kamer dit doet bij het onderzoek der wetsvoorstellen,

een speciale commissie voor het onderzoek van kwesties van internationaal privaatrechtelijken aard, en een Centraal Comité, gevormd door den voorzitter der conferentie, de voorzitters en de rapporteurs zoowel van de vijf secties als van de commissie voor het internationaal privaatrecht. Dit Centraal Comité moest dan de definitieve redactie ontwerpen.

Den 23 Juli ging de conferentie uiteen na vaststelling van een vóór-ontwerp van een conventie en van een wet, welke aan de Staten zouden worden toegezonden ter nadere beschouwing.

15 Juni 1912 kwam de conferentie ten tweeden male bijeen en den 23 Juli d. a. v. werd eindelijk, zooals zij heet: la convention sur l'unification du droit relatif à la lettre de change et au billet à ordre door de gevolmachtigden van 30 Staten onderteekend.

Van de oorspronkelijke deelnemers hadden Engeland, de Vereenigde Staten, Costa-Rica, Servië de onderteekening geweigerd; daarentegen waren Roumenië en Guatamala, op de eerste conferentie afwezig, nog toegetreden.

De Staten, welke de conventie voorloopig onderteekend hebben, zijn: Duitschland, Argentinië, België, Brazilië, Bulgarije, Chili, China, Denemarken, Frankrijk, Griekenland, Hongarije, Italië, Japan, Luxemburg, Mexico, Montenegro, Nederland, Noorwegen, Nicaragua, Oostenrijk, Paragua, Portugal, Roumenië, Rusland, Salvador, Siam, Spanje, Turkije, Zweden, Zwitserland.

In hoeverre nu de conventie bekrachtigd zal worden, is een vraag, die moeilijk te beantwoorden is.

Niet slechts, dat de bestaande regeling van menigen Staat ingrijpend veranderd wordt: de nieuwe voorschriften moeten ook worden aangepast aan wat van de nationale wet in stand gelaten wordt. Invoering der conventie zonder nauwkeurige herziening der nationale wet zal

wel bijkans overal onmogelijk zijn — in ieder geval bij ons.

En het lijdt geen twijfel, of alleen deze omstandigheid zal de invoering belangrijk vertragen.

Het tractaat bestaat uit de eigenlijke conventie en uit een daarmede verbonden reglement. Bij de conventie verbinden de staten zich om dit reglement: de wisselregeling in te voeren. Gelijk art. 1 der Conv. bepaalt: Les Etats contractants s'engagent à introduire dans leurs territoires respectifs, soit dans le texte original, soit dans leurs langues nationales, le Règlement ci-annexé concernant la lettre de change et le billet à ordre, qui devra entrer en vigueur en même temps que la présente Convention.

In de benaming van het vóór-ontwerp is in de tweede conferentie een kleine verandering gekomen.

Het woord: wet als titel der wisselregeling werd vervangen door het woord: reglement. Dit geschiedde op verzoek van Zwitserland. Daar is n.l. het referendum wel op de invoering van een wet, maar niet op die van een tractaat toepasselijk. Nu was de Zwitsersche Regeering bevreesd, dat bij handhaving der benaming van wet het tractaat aan een referendum onderworpen zou worden. En dit wilde ze vermijden.

Trouwens, met de terminologie van onze Grondwet verdroeg zich het vóór-ontwerp evenmin, waar bij ons tractaat naast wet wordt gesteld en een wet niet voor de bekrachtiging van art. 59 der Grondwet vatbaar is.

Ook al is misschien strikt genomen de bekrachtiging van het tractaat door de Staten-Generaal niet noodig, omdat het tractaat slechts een *verplichting* tot invoering van het reglement inhoudt, het is duidelijk, dat de Regeering toch de bekrachtiging van de Staten-Generaal

zal vragen, aangezien zij anders tegenover het buitenland in groote moeilijkheden zou geraken.

Want voor de invoering van het reglement zelf heeft ze zeer zeker de medewerking der Staten-Generaal noodig.

Hoe zal nu die invoering moeten geschieden?

Zal inlassching in het wetboek mogelijk zijn of is de vorm van een afzonderlijke wet noodig? Zoo op het oog zou men tot het laatste besluiten: het woord reglement wijst op iets afgeronds, iets op zich zelf staande. Het is echter anders. Een afzonderlijk artikel (23) der conventie verplicht de Staten: *ne pas changer l'ordre des articles*. In de oorspronkelijke redactie volgde hier nog: *et, autant que possible, le numérotage des articles*. Dit laatste is later geschrapt. De nummering mag dus in ieder geval gewijzigd worden, waardoor het nu mogelijk wordt het reglement in een code in te voegen. En terecht verklaarde de Commissie voor het Internationaal Privaatrecht, dat de eisch tot behoud der aangenomen orde: *n'empêchera pas de intercaler des dispositions réglant des points laissés à la discrétion de chaque législateur*.

Eenigszins moeilijk hiermede te rijmen schijnt een verwerping van een amendement der Hongaarsche delegatie.

Deze had voorgesteld aan het eerste artikel, waarbij de Staten zich verbinden om het reglement in te voeren, de volgende alinea toe te voegen: *sans préjudice des dispositions de la loi, chaque Etat contractant à la faculté de la compléter sous les rapports qui n'y sont réglés*.

Men vond dit te gevaarlijk, hoewel de delegatie nog uitdrukkelijk verklaarde, dat de toevoegingen niet in strijd zouden mogen zijn met den tekst der wet.

Men moet dit nu aldus opvatten, dat, tenzij de conventie het toestaat, aan de bepalingen zelve niets veranderd mag worden en hetgeen het reglement eenmaal naar zich getrokken heeft, onveranderd moet aanvaard

worden. Zal nu het reglement bij ons als afzonderlijke wet moeten worden uitgevaardigd, zoo is nog tweeërlei regeling mogelijk. De conventie veroorlooft den afzonderlijken Staten van verschillende voorschriften af te wijken en ook wel verbintenissen te regelen, niet rechtstreeks voortvloeiende uit den wissel, maar daarmede in verband staande. Nu kan men dus de desbetreffende artikelen van het reglement wijzigen en nieuwe er aan toevoegen of wel dit alles in een afzonderlijke wet opnemen. Voor de practijk lijkt mij het eerste verkieslijker.

De conventie is als het ware de veiligheidsklep. Waar de eisch van eenvormigheid den Staten te machtig kon worden, staat het hun vrij zich aan dien eisch te onttrekken.

Onnoodig te zeggen, dat de conventie de waarde van het reglement verzwakt en dat wel in bedenkelijk groote mate. Niet minder dan 14 artikelen waren noodig, om al de uitzonderingen op te sommen, door de opneming waarvan de kracht der conventie kan worden verzwakt.

Intusschen zij reeds aanstonds hierop gewezen, dat, al is aan de afzonderlijke Staten toegestaan de uitzonderingen te treffen, daarmede nog niet gezegd is, dat alle Staten van deze bevoegdheid gebruik zullen maken. In hoofdzaak betreffen de bepalingen der conventie concessies aan het Fransche en aan het Duitsche systeem, wanneer deze al te zeer met elkander in botsing komen, zoodat nu eens de landen, waar het Duitsche wisselrecht inheemsch is, dan weer de landen der code gebruik zullen maken van de bepalingen der conventie, en alzoo toch zeker altijd in een zeker complex Staten uniforme regelingen gehandhaafd zullen blijven.

Hoe minder nu van de bevoegdheid, in de conventie aan de Staten verleend, gebruik gemaakt wordt, hoe gunstiger het resultaat der conferentie.

Waar het wisselrecht meer een als het ware technisch of wil men liever „neutraal” recht is en geheel anders dan bij het familierecht de invloed van nationale zeden niet tot principieele beletselen behoeft te leiden, is het te hopen, dat ook ons land zoo min mogelijk van de rechten der conventie gebruik zal maken.

Is het wenschelijk om het reglement in den Franschen of in den Nederlandschen tekst in te voeren?

Voor beide is wat te zeggen. Want al schijnt de Nederlandsche tekst te verkiesen, dit brengt gevaar mee. Gesteld toch, dat de Nederlandsche vertaling niet volkomen juist is, zoo zal bij een proces in den vreemde de rechter met onze onjuiste vertaling geen rekening houden. Er is slechts één internationaal wisselreglement en gelijk voor den Nederlandschen rechter zijn wetstekst identiek wordt geacht met het reglement, zoo is dit ook voor den vreemden rechter. Mocht hieruit schade voortspruiten, zoo dient de Staat deze te dragen. Maar in de practijk zal van verhaal weinig inkomen. De moeilijkheid is te vermijden door gebruik van de Fransche taal. Maar de last voor handel en nijverheid, die hiervan weer het gevolg zou zijn, lijkt mij te groot.

Het reglement, dus de uniforme regeling van den wisselbrief, bestaat uit 80 artikelen, in twee titels ondergebracht. De eerste titel handelt over den wisselbrief en is in 13 hoofdstukken verdeeld, welke te zamen 76 artikelen tellen.

Van deze dertien hoofdstukken behandelen twaalf den wisselbrief zelf met de daaruit ontstane verbintenissen; het laatste hoofdstuk draagt den titel: des conflicts de lois en bevat een drietal artikelen, die in tegenstelling met de overige artikelen, niet zelve uniforme voorschriften vaststellen, maar bepalen van welk der aangesloten Staten

de wet in zekere gevallen bij uitsluiting den toestand beheerscht.

De volgorde van het reglement overnemende, zal ik nu nagaan, in hoeverre dit onze wisselwet wijzigt. Onder wijzigen versta ik dan zoowel het veranderen van bestaande voorschriften door nieuwe van anderen aard als het aanvullen, waar overeenkomstige bepalingen ten onzent ontbreken.

Echter komt het mij wenschelijk voor om vooraf te bespreken het dertiende hoofdstuk, hetwelk enkele regels vaststelt, die niet van speciaal wisselrechtelijken aard zijn.

De drie artikelen van het dertiende hoofdstuk wijzen aan, welke staatswet in een bepaald geval, waarbij twijfel kan ontstaan, van toepassing is. Men gevoelt hier den invloed van Mr. ASSER. Volgens zijn schets hebben alleen dergelijke bepalingen, als dit hoofdstuk bevat, recht op den naam van internationaal privaatrecht: al wat verder in het reglement staat, moet nationaal recht zijn. Om dit mogelijk te maken, diende de gewrongen afscheiding van het reglement van de conventie. De nationale wetgever vindt nu slechts een ontwerp gereed en eerst door een persoonlijke daad van hem wordt dit ontwerp nationaal recht. Alsof van nationaal recht sprake kan zijn, wanneer de wetgever geen andere keus heeft dan om goed te keuren, wat anderen hebben samengesteld. In werkelijkheid zijn al deze privaatrechtelijke regels van het reglement op internationale wijze gevormd; het is uitdrukkelijk de bedoeling geweest een zelfde regeling voor alle Staten te scheppen. Is dit niet internationaal? De werkelijkheid gaat boven ASSER's definitie uit en zij is het, die steun verleent aan de opvatting van hen, die meenen, dat internationaal privaatrecht een loot van denzelfden stam is als het

internationaal publiekrecht en beide thuis behooren in een hoogere, überstaatliche, orde (1).

Veel staat er in dit dertiende hoofdstuk niet.

Eerst wordt vastgesteld, dat de bekwaamheid van iemand om zich wisselrechtelijk te verbinden, wordt geregeld door zijne nationale wet, geheel in de lijn met de overheerschende opvatting op het grootste gedeelte van het continent en met de gewone interpretatie der artt. 6 en 9 A. B.

Maar aanstonds maakt de conventie hierop een uitzondering, en wijzigt daarmede onze wetgeving, door te verklaren, dat ook al is iemand onbekwaam naar zijn nationale wet, hij zich desniettemin geldig verbonden heeft, wanneer zijn verbintenis ontstaan is op het grondgebied van den Staat, volgens wiens wetgeving hij wel bekwaam geweest zou zijn. Dit is o. a. ook de regel in het Duitsche wisselrecht. Volgens het reglement is dus de wisselrechtelijke verbintenis van een Spanjaard, die 22 jaar is, op ons grondgebied aangegaan, van kracht, hoewel de Spaansche wet de minderjarigheid eerst op 23-jarigen leeftijd doet eindigen.

Betreffende de minderjarigheid is dit echter van minder belang. De dupe van deze bepaling kan slechts de minderjarige worden, die zelf de verbintenis heeft aangegaan.

Van meer beteekenis wordt de bepaling, wanneer men denkt aan de in gemeenschap van goederen gehuwde vrouw, die nu b.v. geld zou kunnen opnemen, waarvoor de man aansprakelijk wordt, tegen het aangaan van een wisselrechtelijke verbintenis in een land, dat de rechten der vrouw ten dezen gelijk maakt aan die van den man, zooals b.v. veelal het geval is in de landen, die het Duitsche stelsel aanvaard hebben.

(1) In overeenstemming hiermede is de wijze, waarop de tractaten van aanvaring en van hulp- en bergloon zijn tot stand gebracht.

Maar aanstonds komt art. 18 der conventie de kracht hiervan gedeeltelijk verzwakken door aan ieder der Staten het vermogen te verleen om de verbintenissen, door een zijner onderdanen in het buitenland aangegaan, welke slechts op grond van art. 74, al. 2 van kracht zouden zijn, niet te erkennen. Een concessie dus — zij het een zeer onvolledige — aan de voorstanders van het nationaliteitsbeginsel: want voor niet-nationalen blijft toch steeds het nieuwe voorschrift van kracht. Waar het voorschrift ver buiten het eigenlijke wisselrecht gaat en ernstige gevolgen kan hebben, is het voor ons wel wenschelijk om het voorbehoud te maken.

Een tweede artikel verklaart, dat de vorm van een wisselrechtelijke verbintenis geregeld wordt door de wet van den Staat, op wiens grondgebied de verbintenis is aangegaan. De regel: *locis regit actum* wordt hier overeenkomstig ons recht en AssER's opvatting, gelijk zij in zijn schets te lezen staat, imperatief toegepast. Het voorschrift is in het algemeen niet overbodig, omdat de conventie-staten zich verplichten het nieuwe wisselrecht toe te passen op alle wissels, onverschillig of deze afkomstig zijn uit Staten, die al of niet buiten het verdrag staan en voorts omdat de uniforme regeling van het wisselformulier een enkele uitzondering mag lijden, n.l. voor zoover deze betreft het niet opvolgen van een gebod, krachtens hetwelk in het wisselformulier uitdrukkelijk het woord: wissel moet worden vermeld. Hierover later. Ook de wijze, waarop men de handteekening van iemand, die niet schrijven kan, vervangen moet, wordt in overeenstemming met den regel door de locale wet voorgeschreven. Maar dan moet steeds van de wilsverklaring door een authentieke verklaring op het wisselformulier blijken (art. 3 Conv.). Onze wet zwijgt hierover.

De vraag, waar de wisselverbintenis moet geacht

worden te zijn aangegaan, wordt in de conventie niet besproken. Onze jurisprudentie past hier steeds de *lex loci contractus* toe en zal dit ook kunnen blijven doen.

Eindelijk bepaalt het laatste artikel van het dertiende hoofdstuk, dat de vorm en de termijnen van het protest, zoomede de vorm der andere acten, noodzakelijk voor de bewaring van rechten in zake den wissel, geregeld worden door de wetten van den Staat, op wiens grondgebied het protest moet worden uitgebracht of de acte moet worden gepasseerd. Ook hier dus de regel: *locus regit actum*.

Wat de termijnen betreft, dit slaat niet zoozeer op de uren, gedurende men wel protesteeren mag (reeds begrepen onder den vorm) als op het aantal dagen. Want de conventie laat hier toe, dat de afzonderlijke Staten van den algemeenen regel afwijken (art. 10 Conv.) en bovendien geldt dit voorschrift natuurlijk ook weer in het verkeer met landen, buiten de conventie staande.

Uit hetgeen medegedeeld is, moge blijken, dat het dertiende hoofdstuk behalve dan de inbreuk op het nationaliteitsbeginsel betreffende het statutum personale, het bestaande recht niet verandert en zijn beteekenis ontleent aan de omstandigheid, dat niet in alle Staten wetsconflicten op de wijze, als het reglement voorschrijft, plegen opgelost te worden.

Geenszins kan ditzelfde gezegd worden van het eerste hoofdstuk, handelend over *het ontstaan en den vorm van den wisselbrief*.

Ons formulier wordt hier aanmerkelijk gewijzigd.

Allereerst schrappt het reglement natuurlijk de woorden: waarde genoten of waarde in rekening, als overbodig. Evenmin wordt de verouderde eisch gehandhaafd, dat de betaling in een andere plaats moet geschieden.

Om den wissel endossabel te maken, zijn voortaan de de woorden: of order niet meer noodzakelijk. De wissel wordt altijd endossabel, tenzij de trekker dit verbiedt. Daarentegen moet nu voortaan een wisselbrief uitdrukkelijk als zoodanig worden aangediend, en wel in dezelfde taal, dus bij ons moet voortaan het woord: wissel of wisselbrief op het formulier voorkomen.

Een navolging derhalve van de Duitsche bepaling, in de landen van den Code en in Engeland en Amerika niet gebruikelijk. Vooral van Engelsche zijde kwam tegen dit voorschrift, needles and vexatious genoemd, krachtig verzet.

Achtte Deutschland de Wechselklausel — m. i. terecht — volstrekt noodzakelijk als „Warnungszeichen für unerfahrene Personen”, Engeland meende, dat de wet zich alleen met the substance and intention of an instrument te bemoeien had: „no object is gained by insisting on „verbal forms”, hetgeen juist zou zijn, wanneer de Engelsche regeling van het wisselrecht in het reglement was overgenomen.

Aan beide stelsels gaf de conferentie op voorstel van Zwitserland iets toe.

Aan het gebod kan ieder der Staten zich onttrekken, mits uitdrukkelijk voorschrijvend, dat wisselbrieven, die de benaming missen, dan de aanwijzing moeten bevatten, dat zij aan order gesteld zijn.

Het reglement kent ook als geldig: wissels, niet slechts aan den order gesteld, maar ook die, welke op den trekker zelf getrokken zijn. De vraag, in hoeverre deze naar de fijne onderscheiding van *Kist*, thans als orderbriefjes te beschouwen zijn, verliest nu haar beteekenis.

De overige vereischten van onze wet blijven oogenschijnlijk alle gehandhaaft. Want uit art. 2 van het reglement blijkt dat het ontbreken van sommige ver-

eischen niet tot nietigheid leidt, maar deze vereischen dan toch in een bepaalden zin worden geacht aanwezig te zijn: aldus wordt wederom een wijziging in onze wetgeving aangebracht.

Verzuimt men n.l. den vervalddag aan te wijzen, zoo verklaart het reglement, dat de wisselbrief op zicht betaalbaar is. Ontbreekt de plaats van betaling, zoo geldt als zoodanig de plaats aangegeven bij den naam van den betrokkene, welke plaats tevens als diens domicilie beschouwd wordt. Is de wissel niet „uit een plaats gedagteekend”, zoo geldt als plaats van trekking de plaats, vermeld bij den naam van den trekker.

Volledigheidshalve zij nog vermeld, dat het reglement het recht om den wissel voor rekening van een derde te trekken of aan een woonplaats van een derde betaalbaar te stellen erkent.

Ons wisselformulier wordt derhalve door het reglement belangrijk vereenvoudigd, zij het dan behoudens de inlassching van de Wechselklausel. Maar vergis ik mij niet, zoo is bij ons toch reeds veelal gewoonte op het wisselformulier te plaatsen: Ued. gelieve te betalen op dezen mijnen wisselbrief enz.

Het reglement vult het eerste hoofdstuk verder aan met verschillende artikelen betreffende de beteekenis van eenige bijvoegingen, de oplossing van eenige tegenstrijdigheden en de rechtskracht van de handteekeningen op het formulier voorkomende, deels aanvullingen, deels veranderingen onzer voorschriften.

De trekker mag n.l. bedingen, dat de te betalen geldsom rente zal dragen, natuurlijk alleen in een wisselbrief betaalbaar op zicht of eenigen tijd na zicht (anders had de trekker de wisselsom met het van te voren te berekenen bedrag aan rente eenvoudig kunnen verhoogen).

Wordt de rentevoet niet aangewezen, zoo wordt 5 pCt. berekend.

Hiermede wordt het gebruik om in overzeesche wissels rente te eischen gesanctioneerd. M. i. laat onze wetgeving dit thans niet toe, omdat art. 100 W. v. K. eischt, dat de wissel een daarin uitgedrukte geldsom moet bevatten, dus een vast bedrag (zie echter MOLENGRAAFF II, blz. 240).

Het reglement erkent de clause: zonder obligo, sans garantie, maar alleen voor zoover dit betreft de acceptatie; een dergelijke clause ten opzichte van de betaling wordt geacht niet geschreven te zijn; zij maakt dus den wissel niet nietig. Hiermede is een aanvulling gegeven aan onze wetgeving en tegelijk een einde gemaakt aan de verschillende regelingen en opvattingen in andere landen.

Verskil in opvatting bleek ook ter conferentie. Oordeelde b.v. het Centraal Comité, dat de trekker zich niet aan de betaling mocht kunnen onttrekken, omdat dit une obligation essentielle was, zoo meende België in zijn goed gedocumenteerd antwoord op de vragen der Nederlandsche Regeering o. a. dat men niet kan zeggen, qu'elle (n.l. de clause van den trekker) soit contraire à l'essence ou à la nature de la lettre de change. Elle rentre, dès lors, d'après les principes généraux du droit dans le domain de la liberté des conventions.

In Duitschland is de clause waarbij de betaling niet gegarandeerd wordt alleen toegestaan aan een endossant; voegt de trekker haar in, zoo oordeelt de jurisprudentie, dat zij den wisselbrief nietig maakt.

In de landen van den Code de Commerce wordt bij het zwijgen der wet deze clause zelfs ten behoeve van den trekker als rechtsgeldig erkend, mits deze fonds bezorgd heeft, terwijl de Engelsch-Amerikaansche wetgeving haar volledig toelaat.

Bij ons zou ik met KIST van meening zijn (II, blz. 111), dat de clause, door een endossant gebruikt, rechtsgeldig is.

Ook ten opzichte van den trekker acht ik haar geldig. Maar dan zal zij vrijwel alle kracht aan het papier ontnemen, daar dan tevens alle endossanten bevrijd zijn en dus slechts de betrokkene, zoo hij accepteert, de eenige aansprakelijke is (KIST II, blz. 224).

Het aan den trekker toegekende recht om zich aan de garantie der acceptatie te onttrekken, staat weer in verband met een ander recht van hem, waarover eveneens op de Conferentie groot verschil van meening was, n.l. het recht om den wisselbrief „inacceptable” te maken, de acceptatie te verbieden, voor zoover het niet betreft een wissel, betaalbaar een bepaalden tijd na zicht (Regl. art. 21).

De toekenning van dit recht geschiedde vooral ten bate van leveranciers, die, op hetgeen zij van hun klanten te vorderen hadden, voorschot wilden nemen. Uit vrees dat dezen door een verzoek tot acceptatie geraakt zouden worden en hem dan de klandizie zouden opzeggen, zou anders een leverancier een wisselbrief niet op hen durven trekken. En het afstaan van onbetaalde kwitanties of rekeningen aan den geldschieter, gelijk bij ons wel eens pleegt te geschieden, heeft zijn eigenaardige bezwaren: cessie moet, wil zij gelden, bij afzonderlijke acte geschieden en de oorspronkelijke schuldeischer verliest dan zijn recht; reeds dit is voldoende om het instituut onbruikbaar te maken. Het verbod van aanbieding ter acceptatie lijkt mij zeer nuttig en vooral, wanneer ook bij ons het crediet aan den „handeldrijvenden middenstand” beter georganiseerd wordt en de winkeliers op zulke wissels van de banken voorschot kunnen krijgen. Daarbij moet het publiek dan tevens aangaande deze wijze van het afbetalen zijner

schulden ingelicht en daarmede vertrouwd gemaakt worden. Zoo komt men weer een stapje nader tot vereenvoudiging van het vooral bij ons nog veel te omslachtige betalingsverkeer.

Eenigszins in verband hiermede staat een derde clause, n.l. die „zonder kosten”. Deze ontheft den trekker van de betaling der protestkosten, maar doet daarmede geenszins de verplichting of het recht tot aanbieding ter acceptatie vervallen.

Over deze clause zoomede over een andere in het reglement genoemd, n.l. die betreffende de geldsoort, waarin moet worden uitbetaald, later meer.

Gelijk ik boven zeide, geeft het reglement in het eerste hoofdstuk ook de oplossing van eenige tegenstrijdigheden, waarover ons W. v. K. zwijgt.

Zoo bepaalt art. 6 dat, wanneer het bedrag der geldsom geheel in letters en in cijfers geschreven is, bij verschil hiertusschen alleen met het voluit geschreven bedrag moet gerekend worden. Wanneer hetzij het formulier een meermalen voluit geschreven bedrag aangeeft, hetzij de in cijfers uitgedrukte wisselsom meermalen is herhaald, zoo is de wissel slechts voor het geringste bedrag, dat aangegeven is, geldig. Uit de redactie van art. 6 volgt, dat dit laatste voorschrift slechts subsidair geldt, dus alleen wanneer de wisselbrief een van beide schrijfwijzen bevat. Stel nu, dat op een wisselbrief in cijfers geschreven staat f 116.— en f 106.— en in letters honderd zestien en honderd zestig gulden dan worden eerst beide cijferopgaven geëcarteerd en vervolgens naar analogie het geringste der in letters geschreven bedragen, dus honderd zestien gulden als de waarde genomen. Hierdoor wordt in ons recht ten dezen, volgens welke het geringste bedrag geldt, tenzij blijkt, dat er een vergissing is begaan (B. W. art. 1916; of ook art. 1379 B. W.), een verandering gebracht.

Aangaande de rechtskracht van handteekeningen bevat het eerste hoofdstuk een tweetal bepalingen, daarmee nog geenszins deze materie volledig regelend.

Art. 7 verklaart, dat, wanneer de wisselbrief een handteekening inhoudt van iemand, die onbekwaam is, om zich te verbinden, de verbintenissen der andere onderteekenaars van kracht blijven. Deze bepaling is in volkomen overeenstemming met die van art. 6, dat hetzelfde vaststelt, wanneereen handteekening, onverschillig van wien, valsch is.

De tweede bepaling stelt dengene, die als gemachtigde van een ander zijn handteekening op den wissel stelt, wisselrechtelijk geheel aansprakelijk, onverschillig of hij een beperkter of in het geheel geen volmacht bezat. Vinden wij deze tweede bepaling in de bestaande wetgeving terug, de eerste berust op een beginsel, hetwelk ten eenenmale los van ons systeem is, voorzoover dit zich houdt aan de leer van het wisselcontract. Dit grondbeginsel, waaraan het reglement steeds vasthoudt, luidt, zooals het Centraal Comité schreef: *toutes les obligations dé-coulant de la lettre de change sont indépendantes.* Iedere verbintenis put haar kracht uit zich zelve. Hierdoor wordt in belangrijke mate het bestaande recht veranderd. Zoo vervalt reeds aanstonds b.v. een bepaling als vervat in art. 102 W. v. K. Of nu de handteekening van een onbekwame zelf niet geldig is, daarover laat het artikel zich terecht niet uit. Dit is krachtens art. 74 een aanlegenschap, uitsluitend ter beoordeeling der nationale wet, zoodat in deze de algemeene beginselen van ons burgerlijk recht van toepassing blijven (behoudens de reeds boven besproken uitzondering).

Het is wellicht niet onbelangrijk hier nog mede te deelen, dat in de conferentie langdurige strijd gevoerd is over de vraag, of de trekker en later ook de endossant den wissel betaalbaar aan toonder mocht stellen. Vooral

door Oostenrijk werd dit denkbeeld, in het Avant-projet reeds verwezenlijkt, met kracht bestreden op grond, dat aldus gemakkelijk een imitatie-bankpapier kon worden geschapen tot schade van de wettelijk geregelde papier-circulatie en dus ook van het Staatscrediet. Hiertegen kwam de verdediging vooral van de zijde van Engeland, waar dergelijk papier geoorloofd is. Engeland betoogde, dat de vrees voor Oostenrijk niet ter zake was, daar het gebruik van het blanco-endorsement denzelfden invloed had en de practijk in Engeland tot geen nadeelige gevolgen had geleid.

De argumentatie was echter vrij zwak; in tegenstelling met het endorsement aan toonder kan het blanco-endorsement steeds en onmiddellijk door een invulling van een bepaalden naam zijn beteekenis verliezen, terwijl de practijk in het commercieel zoo ontwikkeld land nog geen afdoend voorbeeld voor andere landen is.

Men mag wel aannemen, dat dit laatste van invloed is geweest. Immers in Engeland speelt het bankpapier lang niet de gewichtige rol van het Oostenrijksch papier met zijn gedwongen koers.

Engeland wilde ook de erkenning van wissels in blanco getrokken, waarbij de trekker dus nog niet bestaat. Na acceptatie kunnen zulke wissels zeer goed circuleeren. Maar de meerderheid in de conferentie beaamde de meer besliste dan afdoende verklaring van den afgevaardigde FISCHEL: Ce ne sont pas des lettres de change.

Deze beslissing was echter noodzakelijk, waar reeds den trekker verboden was zich aan de garantie van de betaling te onttrekken.

Zoo vereenvoudigt en verruimt het eerste hoofdstuk dus ons wisselformulier in belangrijke mate en wijzigt tevens een grondbeginsel van ons recht door de zelfstandigheid van elke verbintenis volledig te erkennen.

Het tweede hoofdstuk van het reglement handelt over *het endossement*. Niet minder zijn de wijzigingen, zoowel veranderingen als aanvullingen, door dit hoofdstuk in de bestaande regeling te brengen, en wat den vorm en wat het wezen betreft.

Vooreerst de vorm. Men weet reeds, dat ook al staat in het wisselformulier achter den naam van den nemer niet „aan order”, de wissel volgens het reglement toch endossabel is en om dit te voorkomen uitdrukkelijk een clause b.v.: niet aan order moet worden ingelascht. Op zijn beurt kan nu de endossant op dergelijke wijze verdere endossementen verbieden; hebben deze desondanks plaats, zoo is slechts hijzelf niet aansprakelijk, zonder dat aan de geldigheid der andere endossementen iets wordt afgedaan.

Bij ons geeft de wet geen duidelijk antwoord op de vraag of een endossant, door het endossement niet aan order te stellen, den omloop van den wissel kan stuiten. Uit art. 135 volgt m. i., dat dit mogelijk is. (Anders KRIST II, blz. 114.) Behalve het vereischte van de handteekening zijn door het Reglement verder aangaande den vorm geen positieve voorschriften gegeven. Slechts is bepaald, dat het blanco-endossement op de rugzijde (bij ons niet noodzakelijk) van den wissel of van het verlengstuk moet worden geplaatst (dit tot voorkoming van verwarring met de acceptatie, die mag bestaan uit de enkele handteekening rechts op den wissel gesteld, en met alle andere soorten van endossementen).

Dagteekening en waarde-erkenning zijn dus niet meer noodig.

Door deze wijziging vervalt de in onze wet gemaakte onderscheiding tusschen volledige en onvolledige endossementen. Gelukkig een bron van moeilijkheden minder.

Het reglement bepaalt alleen in het algemeen, dat de vorm „pur et simple” moet zijn. In verband hiermede

staan de voorschriften van negatieve aard. Het reglement verbiedt dan om het endossement aan eenige voorwaarde ongeschikt te maken: toute condition à laquelle il est ordonné est réputée non écrite. Als voorbeeld werd bij de beraadslaging genoemd: si le bénéficiaire délivrera p. ex. des marchandises à telle date.

Onze wet zwijgt hierover. Maar dit geeft geen reden om aan te nemen, dat elke voorwaarde bij ons verboden is. Dit zal m. i. alleen dan het geval zijn, wanneer zulk een voorwaarde het wezen van het endossement aantast. Maar in ieder geval kan thans de bijvoeging van een voorwaarde een ander gevolg hebben dan het reglement wil. Immers de rechter kan thans of het endossement daarvoor als nietig beschouwen of de voorwaarde eerbiedigen. Het reglement verbiedt verder een wissel gedeeltelijk te endosseeren. Het gedeeltelijk endossement is nietig, heet het in art. 11. Maar daar gedeeltelijk endossement nooit tot eigendomsoverdracht van den wissel kan leiden, kenmerk van het endossement volgens art. 133 W. v. K., zal reeds thans zulk een endossement nietig zijn en mag de bepaling van het reglement als een verduidelijking aangemerkt worden.

Dat het endossement aan toonder ook verboden blijft, is reeds vermeld.

Het reglement brengt ook door rechtstreeksche bepalingen betreffende zijn wezen in onze wetgeving verandering. Reeds is opgemerkt, dat het reglement breekt met het beginsel van onze wet, volgens hetwelk een valsch endossement alle daarop volgende endossementen doet vervallen.

Een valsche handteekening doet aan de waarde der overige niets af, zegt art. 68 van het reglement.

In denzelfden geest bepaalt art. 15, dat als rechtmatige houder wordt beschouwd degene, die zijn recht afleidt

uit een onderbroken reeks endossementen. Bevindt zich daaronder een blanco-endossement, zoo wordt de onder-teekenaar van het volgende endossement aangemerkt als degene, die den wissel door middel van het blanco-endossement gekregen heeft.

En aan duidelijkheid niets te wenschen overlatende is de tweede alinea van art. 15, welke den houder, wiens wissel er rechtmatig uitziet, het recht toekent om de afgifte te weigeren aan dengene, uit wiens bezit de wissel door welke gebeurtenis ook (b.v. diefstal, onwettige overdracht) is geraakt, tenzij bij den houder kwade trouw of grove schuld aanwezig is, d. w. z. dat hij wist of althans heel goed kon weten, dat het met de overdracht van den wissel niet in den haak was.

Het beginsel aan deze bepaling ten grondslag liggende, is terug te vinden in ons art. 2014 B. W. Maar slechts van den in blanco geëndosseerden wissel zou wellicht het feitelijke bezit reeds als volkomen titel kunnen gelden (W. v. K. art. 136).

Geheel in overeenstemming met dit door het reglement gevolgde Deutsche stelsel verklaart art. 39: Il (n.l. de betrokkene) est obligé de vérifier la régularité de la suite des endossements, mais non la signature des endosseurs.

Het behoeft wel geen betoog, dat dit stelsel van groot voordeel is, omdat het de zekerheid in het internationaal verkeer bevordert. Door het breken met de bepalingen aangaande de wettigheid der verschillende handteekeningen der endossanten (W. v. K. artt. 137, 164, 166) zal voortaan iemand, die te goeder trouw een wissel koopt, waarop ook een in Nederland aangegaan endossement voorkomt, niet meer de dupe kunnen worden van later ontdekte valsheid, terwijl ook trekker of acceptant niet meer de kans loopen van dubbel te moeten

betalen. Voor den eisch van het verkeer moesten de juridische bezwaren wijken (1).

Anders dan onze wet, neemt het reglement onder zijn bepalingen uitdrukkelijk den algemeen aanvaardden regel op, volgens welken de *exceptiones ex persona indossantis* niet toegelaten worden, echter met een enkele uitzondering: *à moins que la transmission n'ait eu lieu à la suite d'une entente frauduleuse*.

Deze uitzondering maakt inbreuk op het beginsel, dat elke verbintenis van den wissel op zich zelf staat. Heel wat moeite heeft het gekost en heel wat overleg is noodig geweest, alvorens het zestiende artikel van het reglement zijn definitieve redactie ontving.

Eerst werd opgesomd, welke excepties wel toelaatbaar waren, maar over de vraag, of het opgesomde aantal limitatief was, ontstond zulk een verdeeldheid, dat men maar overging tot de negatieve redactie, waarbij aanvankelijk de *mauvais foi* als criterium werd genoemd. Japan had hiertegen bezwaar; zijn wetgeving kent geen onderscheid tusschen *mauvais foi* en *faute lourde*.

Maar vooral woog het argument, dat deze eisch onbillijkheid schiep, wanneer n.l. alleen bij den endossant de kwade trouw aanwezig was. Daar nu het geval uitgesloten scheen, dat alleen de houder zich zou schuldig maken aan kwade trouw om de excepties tegen den endossant niet te doen gelden, zoo heeft men bepaald, dat bij beide partijen, zoowel bij den laatsten endossant als bij den houder, kwade trouw aanwezig moest zijn en zoo kwam men tot den term: *entente frauduleuse*.

Onze wet kent een dergelijke bepaling niet. Hier zou misschien art. 1373 of 1377 B. W. dienst kunnen doen, maar met twijfelachtig resultaat.

(1) ASSER, De Scandinavische wisselwet, blz. 24.

Het is verstandig, dat men de opsomming der excepties, die de schuldenaar heeft, weglief. Immers men begon met daaronder te rangschikken de excepties, die den schuldenaar rechtstreeks tegen den schuldeischer toekomen.

Welke die excepties zijn, werd natuurlijk niet nader omschreven. Dit moet wel overgelaten worden aan de nationale wet. Aldus verviel dus reeds aanstonds het limitatieve karakter en daarmede het nut van het artikel. Men weet, dat nog steeds bij ons niet vaststaat, welke de excepties volgens Nederlandsch recht zijn. Dit hangt weer samen met het karakter, dat men aan den wissel toekent. Acht men dit formeel zooals KIST, dan is het aantal excepties veel geringer dan wanneer men als MOLENGRAAFF den wissel slechts beschouwt als de bevestiging eener bestaande verbintenis. De jurisprudentie in dezen is zich zelf niet altijd gelijk gebleven. (Zie W. 9353.)

Zou onze wetgever eindelijk eens eenige zekerheid in dezen willen geven? Er zijn veel processen te vermijden, indien de wet aan bekende controversen een einde wil maken. En als het geven van nauwkeurige regels te moeilijk is, laat men dan uitdrukkelijk verklaren, dat de rechter het vermogen heeft om wisselverbintenissen, welke dienen moeten ter bevestiging van ongeoorloofde handelingen, nietig te verklaren, zonder natuurlijk aan de rechten van derden, te goeder trouw verkregen, te mogen schaden.

Onzeker in ons recht is ook het antwoord op de vraag: wat is de rechtskracht van endossementen na den vervaldag aangebracht? Art. 139 W. v. K. geeft geen rechtstreeksch antwoord. KIST meent, dat zulk een endossement de rechtskracht van cessie heeft. Maar hij moet dan het woord: „afzonderlijk”, in art. 139 vrijwel wegwerken.

De jurisprudentie is verdeeld. Het reglement verklaart nu zulk een endossement duidelijk als cessie met wijziging tevens van den fatalen termijn. Niet meer tot het tijdstip, waarop de vervaldag verstreken is, maar tot dat, waarop het protest is uitgebracht of mogen uitgebracht worden, kan voortaan geldig geëndosseerd worden.

De rechtskracht van een endossement kan door invoeging van clausules gewijzigd worden. Onze wet betracht in dezen volkomen stilzwijgendheid. En dit geeft aanleiding tot twijfel, in hoeverre clausules bij ons geoorloofd zijn. „In het algemeen”, zegt KIST (II, blz. 111), „zoude ik aan de wisselschuldnaars de bevoegdheid niet willen ontzeggen om hunne verbintenissen door in den wissel „gevoegde bedingen of clausules te wijzigen en te beperken. „Hij, die met zoodanige beperkte verbintenis geen ge„noegen neemt, behoeft den wissel niet aan te nemen”. Dit lijkt mij het juiste standpunt mits met inachtneming van het voorbehoud van art. 11 van het reglement, volgens hetwelk een endossement niet aan een voorwaarde ondergeschikt mag worden.

Het reglement regelt den invloed van een viertal clausules. Vooreerst de clausule: zonder obligo, sans garantie. Door deze verklaring onttrekt zich de endossant aan zijn verplichting tot mogelijke vergoeding: bij wanbetaling b.v. is de schade niet op hem te verhalen. Aan de rechten tegenover de anderen garanten doet dit echter niets af. Of deze clausule met goeden uitslag in onze wet mag worden aangewend, wordt betwijfeld. Hier geeft dus het reglement in ieder geval een aanvullend voorschrift (Zie hierboven bl. 400).

Verbiedt een endossant een verder endosseeren, zoo vervallen daarmede geenszins de verdere endossementen, alleen is hij dan evenals bij de vorige clausule van elke garantie bevrijd.

Krachtens de clause: „valeur en recouvrement”, „pour encaissement”, „pour procuration”, dus het procura-endorsement, mag de houder alle rechten, hem uit den wissel toekomende, uitoefenen; hij mag, tenzij hem dit uitdrukkelijk verboden is, den wissel ook verder endorseeren, maar dan opnieuw procura.

Daar de latere houder slechts de lasthebber is, kunnen degenen, die tot betaling verplicht zijn, tegen hem slechts die excepties doen gelden, welke zij konden aanvoeren tegen den endossant-lastgever.

Uit de omstandigheid, dat de geëndosseerde den wissel opnieuw procura mag endorseeren, volgt m. i., dat de oorspronkelijke endossant-lastgever slechts rekenschap van den uitgevoerden last kan eischen van den laatsten houder. Wilde hij zijn recht op den eersten lasthebber behouden, zoo had hij verder endorsement moeten verbieden. Ook hier weer een belangrijke verbetering, die een eind maakt aan de bestaande onzekerheid. (Zie *KIST* II, blz. 134.) Over een derde gebruikelijke clause, den endossant zoowel als den trekker toegekend: die zonder kosten, zonder protest, wordt ook thans nog niet gehandeld.

Een vierde, in onze wet geheel en naar ik meen in onzen handel ook vrij onbekende clause, is in het reglement ook vooral met het oog op de Fransche practijk ingelascht, n.l. de clause: valeur en garantie, valeur en gage.

Door het gebruik van deze of dergelijke clauses houdt de endossant zijn eigendomsrecht van de straks te innen wisselsom. De geëndosseerde kan nu wel den wissel verder endorseeren, maar alleen procura.

Er wordt hierdoor een pandovereenkomst geschapen. De geëndosseerde wordt de pandhouder van het wisselbedrag of liever recht op het wisselbedrag, als pand hem door den endossant-pandgever gegeven. Toch is hier

aanmerkelijk verschil. Immers het betreft hier een innerlijke aangelegenheid tusschen endossant en geëndosseerde. Naar buiten treedt deze geheel zelfstandig op. Hieruit volgt, dat hij zijn eigen recht uitoefent en dus de excepties, die tegen zijn pandgever konden opgeworpen worden, hem niet deren. Bij gewone verpanding van een recht daarentegen heeft de pandhouder niet meer recht dan de pandgever.

Dat de geëndosseerde, le créancier gagiste, nu den wissel verder alleen procura mag endosseeren, is noodzakelijk, omdat zijn endossant anders aan zijn verpanding niet veel zou hebben. Toch geeft dit moeilijkheden. Gesteld, dat de geëndosseerde-pandhouder wegens het niet voldoen der verplichtingen het recht verkrijgt om zijn pand te gelde te maken vóór den vervaldag, zoo zal niemand den wissel willen koopen, daar elke nieuwe houder den wissel slechts procura aan hem geëndosseerd kan krijgen.

Noodzakelijk is, dat in dit geval de oorspronkelijke pandgever gedwongen kan worden de clause: „valeur en garantie” door te schrappen. Dit is verder in het reglement niet geregeld, maar overgelaten aan de nationale wetgevingen. Onze wet voorziet in een dergelijk geval niet en bij invoering van het reglement zal onze wetgever wel gebruik maken van de bevoegdheid, hem in art. 18 der conventie verleend, om de clause, wanneer zij op zijn gebied op een wissel is gesteld, als niet geschreven te beschouwen, waardoor dan tevens art. 1198 B. W. kan gehandhaafd blijven. Onder de bestaande regeling zou een dergelijke clause, wanneer men de redeneering door KIST bij de proc. clause toepast hier navolgt, tot onvolledigheid van het endossement moeten leiden, waardoor art. 135 W. v. K. in actie komt. De geëndosseerde kan dan den wissel, mits aan order

geëndosseerd, gewoon verder endosseeren, waardoor het pandrecht verloren gaat en de oorspronkelijke endossant-pandgever slechts een actie tot schadevergoeding tegen den geëndosseerde overhoudt.

Resumeerend blijkt dus, dat het reglement verandert:

- a. den vorm van het endossement;
- b. de rechtskracht van het endossement door:
 1. de geldigheid van endossementen, een valsch endossement opvolgend, in het algemeen te erkennen, waar onze wet nietigheid decreteert;
 2. endossementen ook na den vervalddag, mits vóór het protest of het vervallen van den termijn voor het protest, toe te laten en anders ze als cessie te beschouwen;
 - c. de wettigheid van verschillende clausules vast te stellen.

Het reglement wijdt een volgend hoofdstuk aan *de acceptatie*. In tegenstelling hiermede behandelt onze wet in een zelfde afdeeling te zamen de acceptatie, de acceptatie ter eere en het aval. Laat men nu de bepalingen op deze beide laatste onderwerpen betrekking hebbende ter zijde, zoo blijkt bij vergelijking tusschen het reglement en onze wet, dat ook hier talrijke veranderingen worden aangebracht.

In hoofdzaak zijn de voorschriften hier van formeelen aard.

De acceptatie moet zoowel volgens reglement als onze wet op den wisselbrief gesteld worden; zij moet voortaan door het woord geaccepteerd of een gelijkwaardige uitdrukking kenbaar gemaakt en ondertekend worden; de enkele handteekening is ook voldoende, *wanneer deze rechts op den wisselbrief wordt aangebracht. Onze wet is niet zoo nauwkeurig: mits de acceptatie duidelijk gesteld en ondertekend wordt (art. 115 W. v. K.), laat zij den betrokkene in de keuze zijner woorden vrij.

Volgens KRIST (II, blz. 150) is de simpele handteekening ook bij ons voldoende. M. i. ten onrechte. De wet eischt een onderteekening d. w. z. een handteekening onder een zeker iets, een verklaring. De jurisprudentie is verdeeld.

Dit alles geldt natuurlijk niet den wisselbrief, betaalbaar eenigen tijd na zicht. Hier moet de acceptatie gedagteekend zijn. Als nu deze dagteekening ontbreekt?

Bekend is de ongelukkige bepaling onzer wet, volgens welke de houder den termijn, die anders tusschen acceptatie en vervaldag moest verlopen, nu mag doen aanvangen bij den dag der trekking.

Hierin brengt het reglement een zeer noodige verbetering. Eerst wordt aan den houder den raad gegeven van het verzuim in een protest melding te maken, ten einde zijn regresrecht te kunnen uitoefenen (art. 24). Doet hij dit niet, zoo wordt de acceptatie geacht gegeven te zijn op den laatsten dag van den termijn, welke het reglement of anders de overeenkomst van partijen voorschrijft voor de aanbieding van wissels, betaalbaar op een bepaalden tijd na zicht (art. 34).

Op te merken is nog, dat bij wissels, betaalbaar een bepaalden tijd na zicht, de aanbieder kan eischen, dat de acceptatie gedagteekend wordt op den dag der aanbieding, wanneer de betrokkene b. v. den volgenden dag tot acceptatie zou overgaan. Onze wet kent dit recht niet.

Evenals het endossement moet de acceptatie pur et simple zijn, alleen is het geoorloofd voor een gedeelte te accepteeren.

Elke andere beperking — aldus het reglement — staat gelijk met weigering om te accepteeren.

Tot zoover correspondeert hiermede vrijwel art. 120 W. v. K.

Maar nu staat in hetzelfde art. 25: *Toutefois, l'accepteur est tenu dans les termes de son acceptation.* De betrokkene moet zich dus, aan hetgeen door hem geschreven is, houden.

In onze wet is een dergelijke toevoeging niet te vinden. Derhalve is zulk een acceptatie bij ons nietig, want anders zou de bepaling onzer wet: de acceptatie mag niet onder een voorwaarde geschieden, geen zin hebben.

De acceptant van een gedomicilieerden wissel moet, wanneer niet reeds een derde is aangewezen, krachtens het reglement in de acceptatie aangeven, wie te betalen heeft. Doet hij dit niet, zoo moet hij zelf in de plaats, die voor de betaling aangewezen is, betalen. Uit art. 180 W. v. K. blijkt dat ons recht de verplichte plaatsvervangning niet kent: de houder zal n.l. te zijner tijd het recht hebben om aan het postkantoor of anders den burgemeester te doen protesteeren. Hetzelfde artikel kent evenmin den betrokkene, wanneer de wisselbrief te zijner woonplaatsse betaalbaar is gesteld, het recht toe om dan bij de acceptatie een adres in dezelfde plaats op te geven, waar het bedrag zal worden uitbetaald. Het reglement geeft hiertoe wèl de bevoegdheid, een gemak voor den handel en particulieren, die nu voor de betaling naar den bankier kunnen verwijzen en dus tevens een bevordering van het giro-verkeer.

De acceptatie wordt, gelijk vanzelf spreekt, eerst verleend na aanbieding. Evenwel kan de acceptatie noch volgens het reglement, noch volgens onze wet rauwelijs worden afgedwongen. Onze wet geeft den betrokkene een bedenktijd van 24 uur. Minder nauwkeurig zegt het reglement, dat de betrokkene een tweede aanbieding op den volgenden dag kan eischen. Staat het dan aan den aanbieder vrij het tijdstip te bepalen? Zoo ja, dan kan de bedenktijd voor den betrokkene van aanmerkelijk geringer duur dan 24 uur worden.

Een tweede verschil bestaat hierin, dat blijkens de bewoordingen van art. 112 W. v. K. bij ons de betrokkene de afgifte kan eischen, hetgeen het reglement niet toelaat,

Is de acceptatie eenmaal gegeven, zoo mag volgens onze wet (art. 119 W. v. K.) de betrokkene zijn acceptatie niet meer doorhalen. Al doet hij zulks, zoo blijft zij toch van kracht. Het reglement kent hem wel dit recht toe, mits hij den wisselbrief nog in zijn bezit had of hij reeds schriftelijk aan den houder of aan eenigen onder-^{niet}teekenaar, wien ook, had medegedeeld, dat hij geaccepteerd had. Ook hier is het reglement weer soepeler dan onze wet. Niet te ontkennen is echter, dat de verschillende veranderingen in de wijze, waarop thans de acceptatie gevraagd en verleend mag worden, bij invoering van het reglement gemakkelijk verwarrend kunnen werken.

Is de gelegenheid van doorhalen voorbij, zoo wordt de acceptatie onherroepelijk. „Tenzij” — en hier is onze wet aan het woord — „de houder bedriegelijke middelen hadde in het werk gesteld om de acceptatie te verkrijgen”. Over den omvang van de beteekenis dezer uitzondering bestaat verschil van gevoelen (MOLENGRAAFF II, blz. 261; LEON op art. 119 W. v. K.).

Van meer belang is de vraag, of zij nog blijft gelden, daar het reglement soortgelijke bepalingen niet bevat. M. i. niet, wanneer men de uitlegging volgt, die MOLENGRAAFF aan art. 119 geeft; zij is in strijd met den regel, dat *exceptiones ex persona indossantis* niet worden toegelaten. Want door zijn acceptatie verbindt de acceptant zich niet alleen tegenover dengene, die houder was, toen de acceptatie gegeven werd, maar ook tegenover diens opvolger, die op het tijdstip der betaling de houder van den wissel is.

Pleegt *deze* houder — en hij is de persoon, die volgens KIST (II, bl. 161) in art. 119 bedoeld wordt — tegenover den betrokkene bedrog, zoo zal deze de *exceptio doli* kunnen doen gelden, maar dan alleen tegen den bedrigger, niet tegenover anderen.

Door de acceptatie ontstaat de verplichting tot betaling, aldus het natuurlijk gevolg (art. 27 reglement; 144 W. v. K.). Bij weigering heeft de houder een wisselactie tegen den acceptant. Bekend is, dat onze wet deze wisselactie niet toekent aan den trekker, maar dezen slechts een actie geeft tot schadevergoeding, eventueel ook tot verantwoording van het fonds. In een volgende editie van Kist's handelsrecht zal het pleidooi om deze uitzondering te doen vervallen wellicht niet meer noodig zijn. Want het reglement kent nu de wisselactie ook aan den trekker toe: „le porteur, même s'il est le tireur”, zooals het in art. 27 vermeld staat.

Te bespreken resten nog een tweetal vragen. Voor- eerst: in hoeverre is de betrokkene tot de acceptatie verplicht? In het reglement wordt hierover gezwegen. Wel kwam deze vraag bij de beraadslaging ter sprake. De Belgische afgevaardigde wees er toen op, dat in België de schuldenaar in handelszaken steeds tot acceptatie verplicht is. In het Comité de Révision werd toen een verklaring afgelegd, dat dit een aangelegenheid betreft, die buiten de conventie blijft en dus in de nationale wet thuis behoort.

Deze verklaring is juist. Het geldt hier geen wisselrechtelijke verbintenis zelve, maar de verplichting om zulk een verbintenis aan te gaan. Met het eigenlijke wisselrecht, gelijk de conferentie tot taak had om te regelen, heeft dit niets te maken.

Onze wet wijdt aan deze verplichting artt. 113 en 114 W. v. K., welke dus in de nieuwe regeling overgenomen kunnen worden.

Is het antwoord op de eerste vraag eenvoudig, meer ingewikkeld is de beantwoording van de tweede vraag: in hoeverre is de houder verplicht de acceptatie al dan niet te vragen?

Het spreekt vanzelf, dat aanbieding ter acceptatie van wissels betaalbaar eenigen tijd na zicht volstrekt noodzakelijk is, ook al zou de trekker den wissel inacceptabel verklaard hebben. Deze verklaring moet dan als niet geschreven aangemerkt worden, al staat dit niet uitdrukkelijk voorgeschreven. Uit art. 21 van het Regl. is dit zeer wel af te leiden. In plaats van verschillende termijnen binnen welke art. 116 W. v. K. den houder gebiedt de acceptatie van zulke wissels te vragen, bepaalt het reglement een algemeenen termijn van zes maanden, die door den trekker zoowel verlengd als verkort, door den endossant alleen verkort mag worden. Overigens geeft onze wet in dezen geen voorschriften. Het reglement nu kent vooreerst den trekker het recht toe om in den wisselbrief de aanbieding ter acceptatie te eischen. Omgekeerd kan hij behalve voor wissels betaalbaar een bepaalden tijd na zicht en voor gedomicilieerde wissels (dit laatste om knoeierijen te voorkomen), gelijk wij boven zagen, de aanbieding ter acceptatie verbieden.

Dat hij ook een aanbieding vóór een bepaalden datum kan verbieden, spreekt eigenlijk vanzelf. (Regl. art. 21). Ook de endossant kan de aanbieding voorschrijven, voor zoover de wissel door den trekker niet acceptabel is gemaakt.

Welke zijn nu de gevolgen, indien de houder het gebod om op een bepaalden dag ter acceptatie te doen presentereen niet opvolgt?

Hierop geeft art. 52 het antwoord.

Ging het overtreden gebod van den trekker uit, zoo zijn, behalve de acceptant, alle wisselrechtelijk verbondenen van hun verplichting bevrijd, tenzij de trekker uitdrukkelijk verklaard had geen garantie voor de acceptatie op zich te nemen. Was het gebod door een endossant op den wissel gesteld, zoo is alleen deze — dus niet ook

zijn opvolgers — van zijn verplichting ontslagen, krachtens het in het reglement aanvaarde beginsel, dat een endossant aan het karakter van een wissel zooals dat door trekker is aangegeven, alleen ten eigen voordeele afbreuk kan doen. Den houder blijft dan soms de actie tegen den acceptant over.

Wanneer n.l. de trekker de aanbieding ter acceptatie van een wissel betaalbaar op zicht gebiedend voorschrijft, zonder een bepaalden termijn te noemen, zoo moet de aanbieding binnen den reglementairen termijn van zes maanden plaats hebben. Mogelijk blijft nu te late aanbieding gevolgd door acceptatie. Maar ten opzichte van alle schuldpligten behalve de acceptant is het recht van den houder verwerkt.

Hiermede zou art. 109 W. v. K. vervallen, ware het niet, dat het reglement de regeling der speciale rechten van den houder op het fonds aan den nationalen wetgever overliet (Conv. art. 14). Dienovereenkomstig is ook aan dit artikel het voortbestaan mogelijk.

Resumeerend blijkt dus dat van de acceptatie, zooals deze thans geregeld is, door het reglement wordt gewijzigd:

a. de vorm, en wel in:

1. het formulier, hetwelk in het algemeen nader gepreciseerd en, waar het betreft de enkele handteekening rechts op formulier, vereenvoudigd wordt;

2. de wijze van aanbieding, welke volgens het reglement tweemaal geëischt kan worden, hier dus een verandering;

3. den termijn van beraad: deze wordt tot den volgenden dag verlengd, dus eveneens een verandering;

4. de wijze van acceptatie: de houder wordt niet meer verplicht tot afgifte, een verandering;

5. het doorhalen der gegeven acceptie, volgens het reglement onder zekere omstandigheden goorloofd, een verandering;

b. de rechtskracht, doordat:

1. de houder bij non-betaling de wisselactie krijgt, ook al is hij de trekker, een verandering;

2. bij onvolledige acceptatie van I. wissels betaalbaar eenigen tijd na zicht de termijn van acceptatie veranderd wordt; II. gedomicilieerde wissels, wanneer de naam van den derden betaler ontbreekt, in zijn plaats de acceptant wordt gesteld, hier een verandering;

3. bij voorwaardelijke acceptatie de betrokkene diens-overeenkomstig verbonden wordt, hier een verandering;

4. het onttrekken aan de gevolgen der acceptatie wegens bedriegelijke middelen van den houder in het algemeen niet meer toegestaan wordt, hier een verandering.

Van aanvullenden aard zijn de bepalingen betreffende het door den acceptant bij een ander betaalbaar stellen van den wissel en de clausules over al of niet verplichting tot aanbieding ter acceptatie.

Het hoofdstuk van het reglement, handelend over *het aval*, bevat slechts twee artikelen, die zich evenals zoovele andere met onze bestaande regeling niet verdragen.

Vooreerst kent het reglement alleen het aval op den wissel of zijn verlengstuk geplaatst, maar wanneer de nationale wet zulks verlangt, wordt het aval bij afzonderlijk geschrift, gelijk bij ons het geval is, toegelaten.

Onze wet omschrijft niet, hoe het aval gesteld moet worden. Het reglement bepaalt, dat het enkel plaatsen van de handteekening rechts op den wissel of diens verlengstuk voldoende is, tenzij de avalist dezelfde persoon als de trekker of betrokkene is. In dat geval moet hij, ter vermijding van verwarring, de woorden „goed voor aval” of een dergelijke uitdrukking boven zijn handteekening plaatsen.

Tot aval geven is dus ook hij bevoegd, wiens hand-

teekening reeds op den wissel voorkomt. Maar dan zal de wisselverbintenis van dengene, ten wiens behoefte het aval gegeven wordt, op eenigerlei wijze versterkt dienen te worden, aangezien het aval anders niets beduidt, daar het geen bijzondere garantie inhoudt. Een bepaling, die dit uitdrukkelijk te kennen gaf, werd in de conventie niet opgenomen. Men vond — terecht — dit als van zelf sprekend.

Het zelfstandig karakter van de verbintenis van den avalist wordt in het reglement op duidelijker wijze dan in onze wet erkend. Evenwel maakt het reglement één uitzondering. Is n.l. de verbintenis van dengene, ten wiens behoefte aval verleend wordt, nietig tengevolge van een vormgebrek, zoo is ook de avalist van zijn verplichting ontslagen. Als voorbeeld noemde men bij de beraadslaging een endossement aan toonder. Dit is nietig, dus ook het aval. Was daarentegen het endossement valsch of de endossant onbekwaam, zoo blijft het aval van waarde, hier is toch de avalist niet door den uiterlijken vorm misleid: een bepaling, in het kader van de formalistische opvatting van den wissel wel passend, maar waarvan de billijkheid mij ontgaat. Ons art. 132 W. v. K. wijst eerder op het tegenovergestelde. (Verg. echter MOLENGRAAFF, II, 265).

Een belangrijke afwijking van onze wetgeving is de toekenning van de wisselactie door het reglement als regresrecht aan den avalist op dengene, wiens verbintenis hij gegarandeerd heeft. Bij ons bemoeit het wisselrecht zich met de onderlinge verhouding dier beiden niet en beschouwt deze dus van gewoon burgerrechtelijken aard. (Een vonnis als van de Amsterdamsche rechtbank, zie LEON ad art. 133, no. 7, wordt dan derhalve onmogelijk.)

Aan de regeling van den *vervaldag* wijdt het reglement

een volgend hoofdstuk en brengt hier verschillende wijzigingen in hoofdzaak van aanvullenden en technischen aard aan, voor de practijk van groot gewicht.

Het kan gebeuren, dat bij wissels betaalbaar eenigen tijd na zicht of op een bepaalden datum de wijze, waarop de tijdsbepaling is aangegeven, tot verschillende opvattingen aanleiding kan geven. Het reglement geeft nu authentieke interpretaties, die men in onze wet te vergeefs zoekt.

Wordt b.v. een termijn in een of meer maanden aangegeven, zoo geldt als vervalddag de corresponderende datum in de maand, in welke betaald moet worden en voegt art. 35 er nauwkeurig bij: ontbreekt een corresponderende datum, zoo wordt als vervalddag de laatste dag van de maand beschouwd.

Staat op den wissel als termijn aangegeven: het begin, het midden, het eind van de maand, zoo wordt dit: de 1ste, 15de en laatste dag van de maand; de termen: acht en veertien dagen (quinze jours) zijn naar het volle cijfer te berekenen.

Het kan ook gebeuren, dat er verschil is tusschen den kalender van de plaats der trekking en die der betaling. Bij een wissel op een bepaalden aangewezen dag betaalbaar, wordt dan overeenkomstig de *lex loci executionis*, de dag gerekend naar den kalender van de plaats van betaling. Maar is de wissel betaalbaar gesteld een zekeren tijd na dato, zoo wordt de dag van uitgifte van den wissel herleid eveneens volgens den kalender van de plaats van betaling. Hier zijn mogelijke theoretische bezwaren voor de eischen der practijk op zijde geschoven. Evenwel mogen partijen bij clause van deze regelen afwijken.

Anders dan ons wetboek behandelt het reglement *de*

betaling in een afzonderlijk — het zesde — hoofdstuk.

Al aanstonds verklaart het reglement uitdrukkelijk, dat de houder den wissel moet aanbieden hetzij op den betaaldag, hetzij op een der twee volgende dagen en kent den houder daardoor een tweetal respijtdagen toe.

Onze wet geeft geen rechtstreeksche aanwijzing. Maar uit het feit, dat bij ons de wissel eerst den volgenden dag mag geprotesteerd worden en dat protesteeren nog een betaling vragen inhoudt, volgt dus, dat de houder thans een respijtdag heeft. Anders dan bij ons ontzegt het reglement elk uitstel aan den betrokkene, daar ook reeds op den vervalddag protest mag worden opgemaakt.

(Feitelijk is ons art. 149 W. v. K. niet geheel juist, want de wisselbrief bij ons is evengoed betaalbaar op den dag na den vervalddag.)

Volgens de conventie (art. 7) mag nu de nationale wet voorschrijven, dat de verplichte presentatie op den eigen betaaldag moet plaats hebben. Maar niet inachtneming van zulk een voorschrift kan het recht om op een der twee volgende dagen de presentatie te doen plaats hebben, niet verwerken: de houder staat echter aan een actie tot schadevergoeding bloot. Zoo is ook het voorschrift van den Code en de nauwkeurigheid in het handelsverkeer wordt er door verhoogd. Maar daar de practijk bij ons anders dan in Frankrijk is, zal vermoedelijk van de bepaling in de conventie geen gebruik gemaakt worden.

Volgens het reglement moet de betaling geschieden tegen afgifte van den wissel; bij ons alleen verplicht, ingeval de wissel geaccepteerd was.

Gedeeltelijke betaling blijft toegestaan, te vroege betaling kan evenals thans geweigerd worden en geschiedt geheel voor risico van den betrokkene. Maar ingrijpende verandering brengt het reglement in het beginsel van

onze wet (art. 164), volgens hetwelk degeen, die op tijd betaalt, wordt vermoed deugdelijk gekweten te zijn. Bij ons dus slechts een vermoeden, hetwelk voor tegenbewijs moet wijken. Het reglement daarentegen verklaart de betaling geldig zonder meer, wanneer niet de betaler une fraude ou une faute lourde begaan heeft. En als zoodanig geldt het niet nakomen zijner verplichting om de regelmatigheid der endossementen te onderzoeken. De echtheid der handteekeningen behoeft hij daarbij intusschen niet na te gaan. Wat echter verder fraude of lour de faute is, zal door de jurisprudentie van elk land afzonderlijk uitgemaakt worden. Het is duidelijk, dat door deze bepaling de rechtszekerheid en de betrouwbaarheid van den wissel verhoogd wordt, doordat de kans van den betrokkene om dubbel te moeten betalen aanzienlijk verminderd is. Zij was van Fransche zijde voorgesteld als eenvoudig te zijn een verduidelijking van den bestaanden regel, vervat in art. 145 der Code en art. 164 W. v. K. (Doc. I 1912, blz. 177) — in werkelijkheid is zij meer dan dit.

Dat bij verschil in muntstandaard het bedrag berekend moet worden overeenkomstig de *lex loci executionis* is zoowel in het reglement als in onze wet (art. 156) voorgeschreven.

Eenigszins overbodig verklaart het reglement, dat deze regel ook geldt, wanneer de benaming der munten bij overigens verschil in standaard overeenstemt, gelijk b.v. het geval is met de Oostenrijksche en Zweedsche kronen, de Luxemburgsche en Belgische franken. Het reglement stelt ook in beginsel vast, dat, wordt de wissel niet op den vervaldag aangeboden, degene, die betalen moet, het bedrag bij de bevoegde autoriteit deponeeren mag voor risico van den houder. Wil dit artikel eenige practische waarde verkrijgen, zoo moeten bij ons de bepalingen

betreffende het storten van gelden in de consignatiekas gewijzigd worden.

Zoo blijkt dan hier het reglement in ons recht een verandering m.i. ook een verbetering te brengen door de aansprakelijkheid voor de richtigheid der betaling te beperken.

Het zevende hoofdstuk regelt *het regres* bij weigering van acceptatie en betaling.

De bepalingen, in dit hoofdstuk vervat, betreffen artikelen over de zesde en zevende afdeeling van den derden titel onzer wet verdeeld. Bijna geen dezer artikelen kan van toepassing blijven.

Allereerst stelt het reglement den tijd vast, waarop de vergoeding kan worden gevraagd. Dit kan n.l. geschieden :

1°. à l'échéance en 2°. même avant l'échéance. Het woord *échéance* is niet hetzelfde als *le jour de l'échéance*. Want, wij zagen het reeds, de houder heeft het recht nog twee dagen na den verval dag de betaling te vragen en kan daardoor zijn regresrecht later doen aanvangen. Vandaar dat het reglement achter à l'échéance, voegt: *si le payement n'a pas eu lieu*.

Ook onze wet kent de mogelijkheid om vergoeding te vragen vóór den verval dag. Maar in art. 155 en 178 W. v. K. wordt alleen bij faillissement van den betrokkene of den acceptant aan den houder dit recht gegeven, mits 1°. de houder doet protesteeren van non-betaling; 2°. degene, die tot vergoeding aangesproken wordt, er niet den voorkeur aan geeft om borg te stellen en daardoor de betaling te verschuiven tot den verval dag.

Het reglement breidt hier het recht van den houder belangrijk uit, want met het faillissement van den betrokkene, al dan niet acceptant, wordt gelijkgesteld het faillissement van den trekker van een wissel,

die niet acceptabel is. Dit is billijk. Omdat de houder niet de acceptatie van den betrokkene mag vragen, mist hij de gelegenheid om zich bij faillissement van den trekker eenige zekerheid te verschaffen, dat hij nog een tweeden debiteur bezit. Bleek dan de betrokkene op den vervaldag ongeneigd om te betalen, zoo zou de houder hiervan de dupe kunnen worden, waar misschien dan reeds het vermogen van den trekker onder diens schuldeischers was verdeeld. Op het voorstel van Oostenrijk om in het algemeen bij faillissement van den trekker de wisselsom direct opvorderbaar te verklaren, ging men niet in.

Voorts wordt het vervroegd regresrecht niet slechts toegekend bij faillissement van den betrokkene, maar evenzeer wanneer deze ook zonder rechtelijk vonnis heeft opgehouden te betalen — b.v. wanneer een bank verklaart haar betalingen te staken, of wel gerechtelijke inbeslagneming zijner goederen vruchteloos is gebleven.

Deze tweede uitbreiding geldt echter niet ook den trekker van een niet-acceptabelen wissel.

Het reglement brengt verandering in de termijnen voor het uitbrengen van een protest. Bij ons moet het protest van non-betaling den dag na den vervaldag worden uitgebracht; het reglement geeft den houder drie dagen de keus n.l. den vervaldag en beide volgende dagen. Wordt van non-acceptatie geprotesteerd, zoo geeft het reglement het recht daartoe nog een dag na de presentatie, waarvoor twee dagen zijn uitgetrokken; mogelijk is dus dat het protest ook hier op den derden dag wordt uitgebracht. Aangezien de wijze van protesteeren volgens de nationale wet geregeld blijft, kan dus de termijn van betaling en acceptatie bij ons feitelijk een dag langer duren dan het reglement voorschrijft, omdat hier het opmaken van het protest steeds een aanbieden inhoudt.

Bij faillissement van den trekker van een non-acceptabelen wissel zou het opmaken van het protest overbodig zijn; het vonnis van faillietverklaring is een voldoende titel. Daarom mag het protest in dit geval achterwege gelaten worden.

Eveneens brengt het reglement verandering in de termijnen der notificatie van het protest. Thans moet de houder binnen vijf dagen na de uitbrenging aan zijn voorganger, wanneer deze in dezelfde gemeente woont, het protest doen beteekenen; anders moet hij hem uiterlijk binnen zes dagen een afschrift van het protest per post toezenden. Hetzelfde geldt voor den endossant, die zijn voorganger te waarschuwen heeft.

In plaats dezer verouderde regeling bepaalt het reglement, dat de houder binnen vier dagen na het protest of — betref het een wissel, waarop de clause: 'zonder kosten — na de aanbieding, kennis moet geven aan zijn endossant en aan den trekker.

Zijn endossant moet het bericht verder verzenden binnen twee dagen, maar daarbij de namen dergenen, die reeds bericht gegeven hebben, bijvoegen.

Hoe het bericht gezonden wordt, moet ieder voor zich weten, mits hij de verzending wete te bewijzen. Een aangeteekende brief is echter voldoende en met de doorzending van den niet-betaalden of niet-geaccepteerden wissel kan worden volstaan.

De eventueele schadevergoeding bij verzuim wordt door het reglement beperkt tot het bedrag van den wissel. Het Fransche stelsel straft de nalatigheid met verlies van het vorderingsrecht. Gelukkig is dit in het reglement niet overgenomen.

Aan wien kan nu de vergoeding worden gevraagd?

Dezelfde personen, welke ons wetboek aanwijst, zijn tot vergoeding verplicht.

Maar overeenkomstig het beginsel, dat elke verbintenis op zich zelf staat, ontslaat het reglement geenszins van zijn verplichting dengene, die later ondertekend heeft dan hij, die tot het geven der vergoeding wordt aangesproken. De beide laatste alinea's van art. 186 verliezen dus hun kracht, waarmede ook eindelijk Nederland den algemeenen regel zal hebben aanvaard.

Het bedrag der vergoeding wordt door het reglement iets meer gepreciseerd.

De interest zal n.l. vijf procent bedragen en een droit de commission (dus niet slechts onze provisie van den bankier en makelaar) wordt vastgesteld op $\frac{1}{6}$ % van de hoofdsom, tenzij partijen dit verminderen. Bij een herwissel, die door een endossant op zicht getrokken moet worden, zal deze het bedrag mogen regelen naar den koers van een zichtwissel, getrokken uit de plaats zijner inwoning op die, waar zijn garant woont, zoodat hij dus alle kosten vergoed zal krijgen. Dat is billijker dan de bepaling van ons art. 189, waar hij niet de plaats zijner inwoning, maar die waarheen hij den wissel destijds gezonden heeft, voor de berekening van het wisselbedrag als uitgangspunt mag nemen.

Nog een tweede onbillijkheid van onze wet wordt door het reglement ondervangen. Degene, die gerembourseerd heeft, zal het door hem betaalde bedrag in zijn geheel kunnen terugvorderen, ook wanneer hij zich daartoe van een herwissel bedient. Ons wetboek verbiedt echter het opmaken van een nieuwe retourrekening door den endossant, die betaald heeft; grondslag voor den door hem te trekken herwissel blijft het bedrag van den oorspronkelijken wissel. Motief hiervan was, dat men den trekker niet de gevolgen van de omzwervingen van den wissel had willen doen ondervinden. Maar zuiverder

meent het reglement, dat als de trekker een wissel aan order trekt, hij alle gevolgen daarvan moet dragen. De vorm van den herwissel wordt zeer vereenvoudigd, doordat hij als een gewone wissel mag worden getrokken. Aan de voor het verkeer lastige voorschriften onzer wet wordt aldus een eind gemaakt. Billijk is ook de bepaling van het reglement, dat, wanneer vóór den verval dag vergoeding gevraagd wordt, het wisselbedrag verminderd moet worden met een disconto, ter keuze van den schuldeischer te berekenen naar het officieele disconto van de Bank, of dat naar de beurs in de plaats zijner inwoning. De Bank zal wel zijn de circulatiebank en als het beursdisconto lager is, zal de schuldeischer dit kunnen verkiezen. (Zie WESTERMAN, *Economist* 1907, deel II.)

Al heeft degene, die gerembourseerd heeft het recht om zijn verhaal te zoeken bij al zijn mede-garanten, het reglement staat hem toe behalve zijn eigen endossement ook die van allen, die op hem volgen door te slaan en aldus den wissel terug te brengen tot den omvang, dien het stuk had op het oogenblik, dat hij de eigenaar werd.

Van aanvullenden aard is de regeling van de clause „zonder kosten”. Overeenkomstig Duitsch recht moet wel worden gepresenteerd, maar heeft de houder, die bij niet-betaling regres neemt, een vermoeden, dat de presentatie geschied is en berust de bewijslast van het tegenovergestelde op dengene, die het betwist.

Stelt de trekker de clause op den wissel, dan geldt zij onbeperkt; gaat zij van een endossant uit, zoo heeft zij slechts tegenover dezen beteekenis en zal dus de houder, wil hij op anderen verhaal zoeken, steeds protest dienen te doen uitbrengen.

Over de gevolgen die zulk een clause thans bij ons heeft, bestaat natuurlijk geen eenstemmig gevoelen (MOLENGRAAFF II blz. 270).

Buitengewoon moeilijk is het geweest om een bevredigende regeling te vinden voor het geval de houder verzuimde de termijnen voor presentatie en protest met betrekking tot de acceptatie in acht te nemen.

Scherp stonden hier tegenover elkaar de opvattingen der Fransche en Duitsche delegaties. Wilde de eerste de gevolgen van het verzuim hiertoe beperken dat de houder zijn regresrechten kon uitoefenen, maar den vervaldag moest afwachten en eerst dan eventueel tegen zijn voorgangers kon ageeren, de Duitschers wilden hier strengere maatregelen nemen en den houder alle rechten eens en voorgoed ontnemen.

Ten slotte heeft men aan beide partijen zooveel mogelijk toegegeven. Dit is begrijpelijker, waar beide wezen op de vaste gewoonte in hun land; de Franschen, dat de trekker de verplichting van de presentatie ter acceptatie gewoonlijk alleen voorschrijft, omdat hij zekerheid wil hebben, dat op zijn zending door den betrokkene geen aanmerking gemaakt wordt, zonder dat hij daarvan zijn eigen verplichting afhankelijk stelt; de Duitschers, dat dit wel geschikt is voor wissels in het nationale verkeer, maar dat juist bij internationale wissels de bankiers er groot belang bij hebben om de zekerheid der door hen geëndosseerde wissels door de handteekening van den betrokkene te versterken.

Zoo bepaalt dan nu het reglement gelijk reeds vroeger vermeld werd (blz. 417) dat als regel de houder, die de aanbieding ter acceptatie niet tijdig doet plaats hebben, al zijn rechten verliest, tenzij uit de formuleering van den wissel blijkt, dat de trekker slechts bedoeld heeft om zich aan de garantie der acceptatie dus niet der betaling te onttrekken. Ons recht, dat een dergelijk streng voorschrift slechts kent in de gevallen van art. 116 W. v. K., wordt dus verscherpt.

Op de positie van den trekker werd eveneens boven gewezen.

Ook in de gevolgen van overmacht, waardoor de houder belet wordt aan zijn verplichtingen te voldoen, geeft het reglement andere voorschriften dan onze wet. Ook hier een transactie tusschen twee opvattingen. Sommigen meenden, dat, wanneer een geval van overmacht zich voordeed, de houder onmiddellijk zijn garanten moest aanspreken; anderen, dat hij diende te wachten, tot de overmacht voorbij was. Het reglement schrijft nu voor, dat als regel de houder heeft te wachten tot de overmacht niet meer bestaat, maar dat hij, wanneer de overmacht van af den vervalldag gedurende dertig dagen bestaan heeft, onmiddellijk regres mag, oefenen zonder eenige presentatie of protest. Onze verplichting, dat steeds aangeboden en geprotesteerd moet worden, vervalt dus. Wat nu overal als overmacht zal gelden, staat niet vast. Ook hier openbaarde zich diepgaand verschil in opvatting tusschen de Fransche delegatie, die van geen enkele beperking van het begrip overmacht wilde weten, en de Duitschers en Hongaren, die juist zoo eng mogelijk het begrip wilden beperken tot zoodanige gevallen, die slechts algemeen als overmacht gelden. Volgens hen moet men zoo min mogelijk aan het formeele karakter van den wissel afbreuk doen; toegegeven mag worden, dat de zekerheid van den wissel als internationaal betaalmiddel hier meer gebaat wordt door het strenge recht dan door de billijkheid te betrachten. Als uiterste concessie werd nu door de Duitschers en Hongaren toegestaan, dat het alleen de zuiver (purement) persoonlijke gevallen van overmacht zijn, die niet bevrijdend kunnen werken. Zoodat dus b.v. een spoorwegongeluk aan meer personen tegelijk overkomen wel, het getroffen worden van den enkelen houder door den bliksem niet als overmacht zal gelden.

De regeling is verre van afdoende nauwkeurigheid en geconstateerd moet worden, dat hier weinig eenheid verkregen werd. Het Comité van Revisie somde verschillende gevallen op, die voor verschillende berechting vatbaar blijven (Actes 1912, I, blz. 97). Ook de vraag of een wettelijk moratorium in andere Staten erkend moet worden, heeft de conferentie ter zijde geschoven.

In het reglement volgt nu de behandeling der *interventie*.

Tusschen een noodadres en een interventie maakt het reglement geen onderscheid. Bij ons staat dit niet vast. (MOLENGRAAFF II blz. 263). Anders dan ons recht verplicht het reglement den houder niet tot de acceptatie door een interveniënt: het Duitsche en Engelsch-Amerikaansche systeem. Maar wanneer de houder zulk een acceptatie aanvaardt, zoo verliest hij daarmede al zijn regresrechten, die hij anders vóór den vervaldag kon uitoefenen. Want door de aanneming der interventie brengt hij veranderingen in de solvabiliteit van den wissel, die zijn voorgangers niet behoeven te dulden. Dientengevolge verdwijnt ons art. 128, dat de houder in het bezit van al zijn rechten laat. Dit vloeit voort uit het systeem van het reglement, dat bij non-acceptatie den garant niet toestaat om met het stellen van een borg te volstaan (Actes 1910, blz. 86, 87). Een uitvloeisel van dit stelsel is ook de bepaling in het reglement volgens welke degene, ter wiens eere geïntervenieerd is, evenals al zijn garanten het recht heeft desnietteenstaande tegen overmaking van het vereischte bedrag den geprotesteerden wissel op te eischen.

Het systeem is eenvoudig: in een rangregeling, zooals er een in ons wetboek eenigszins ingewikkeld is vastgesteld, behoeft de houder zich niet te verdiepen, ingeval zich verschillende personen aanbieden om de eere-acceptatie te doen.

tatie te teekenen. Eveneens om moeite te besparen, eischt het reglement niet, dat steeds eerst van non-acceptatie geprotesteerd moet worden alvorens men ter eere kan accepteren. Men denke aan het geval, dat de betrokkene failleert.

Natuurlijk is de houder wel verplicht de *betaling* ter eere te aanvaarden en, gelijk als bij ons, moet hij de betaling afvragen aan den acceptant ter eere en aan de noodadressen. In de rangregeling komt dan een vereenvoudiging, de houder moet steeds dat adres aanspreken, hetwelk de meeste personen bevrijdt. Bij verzuim heeft hij op hen, die daardoor zouden bevrijd geweest zijn, geen verhaal. Gelijk ook thans regel is, bevrijdt de betaling ter eere van een endossant degenen, die op hem volgen en treedt de betaler ter eere in de rechten van hem ten wiens behoefte hij betaalt. Evenwel met één beperking. Hij mag den wissel niet verder endosseeren. (Men weet, dat dit in het reglement anders nog na den vervalddag mogelijk is). Want hij is niet door een endossant zelf eigenaar van den wissel geworden; hij mag geen meerder voordeel hebben dan de subrogatie om zijn betaling terug te krijgen — aldus de motiveering dezer bepaling in het Luxemburgsche rapport.

Het reglement geeft in het volgend hoofdstuk eenige bepalingen betreffende het geval, dat er *meer dan een exemplaar* van den wisselbrief of wel *afschriften* worden uitgegeven.

De conferentie heeft bij meerderheid van stemmen het voorstel der Hongaarsche delegatie om het uitgeven van meer dan een exemplaar facultatief te stellen verworpen, omdat er zooveel risico aan verbonden is, en zij het recht om meer exemplaren te eischen niet slechts aan den nemer maar aan elken houder toegekend. Alle endos-

santen zijn dan tot medewerking verplicht. Het reglement stelt geen sanctie op die verplichting, welke dus in een schadevergoeding bij niet-nakoming wordt omgezet.

De betaling van een der genummerde exemplaren zal bevrijdend werken, ook zonder uitdrukkelijke vermelding der *clausula cassatoria*, gelijk onze wet deze in art. 160 eischt. Voorts geeft het reglement een voorschrift van aanvullenden aard door te bepalen, dat, wanneer een endossant de verschillende exemplaren naar verschillende personen endosseert, deze allen, zoomede-hij zelf, aansprakelijk zijn, ingeval de houder geen betaling ontvangt, omdat de wissels alreeds aan een anderen houder betaald zijn. Dit is niet meer dan billijk, daar anders onrechtvaardige verrijking van de voorgangers van den laatsten houder zou plaats vinden.

Er staat echter niet bij, op welke wijze zij aansprakelijk zijn. De een zal den ander kunnen aanspreken, maar tenslotte zal de endossant, bij wien de splitsing begint, degene zijn, die niet op anderen verbaal kan uitoefenen.

Het komt herhaaldelijk voor, dat een der exemplaren naar den betrokkene ter acceptatie wordt toegezonden en in dien tusschentijd een ander exemplaar verhandeld wordt. Natuurlijk is dan de betrokkene of een ander, in wiens bezit diens exemplaar komt, verplicht het af te staan aan den rechtmatigen houder van het andere exemplaar. Maar wanneer hij dit nu weigert?

Dan moet volgens het reglement de houder eerst door middel van een protest constateeren, dat aan zijn verzoek om afgifte van het ter acceptatie gezonden exemplaar niet voldaan is en voorts de acceptatie of betaling op een ander exemplaar niet kon verkregen worden.

Kon hij n.l. de acceptatie op een ander exemplaar verkrijgen, dan mocht hij veilig zich van de weigering niets aantrekken volgens den regel: *qui accepte paye.*

Wat nu de wisselcopieën betreft, zoo schrijft het reglement voor, dat de oorspronkelijke endossanten op de copie verplicht zijn tot regres aan den houder, wanneer deze blijkens een protest niet geslaagd is om het origineel van den gene, die dit in bewaring heeft, terug te krijgen. Aangezien nu de endossementen op de copie overigens van dezelfde beteekenis zijn als die op het origineel (art. 66 Regl.), zal dus de houder zijn regres niet vóór den vervaldag kunnen uitoefenen. Volgens KIST zou dit thans wel het geval zijn (II, blz. 94).

Het tiende hoofdstuk der conventie handelt over *valscheden* en *veranderingen*.

Daar iedere verbintenis volgens de opvatting van het reglement geheel op zich zelf staat, volgt hieruit, dat de valscheid, in een onderteekening aan de waarde der overige onderteekeningen niets afdoet. „Zelfs in die van den trekker of van den acceptant”, zegt art. 68 nog eens apart en overbodig. De al of niet echtheid der handteekeningen dezer beide laatsten doet toch aan de zelfstandigheid der verbintenis van de endossanten om den houder te waarborgen niets af.

Dat ingeval van verandering in den tekst van den wissel degenen, die bij den oorspronkelijken tekst geteekend hebben, dienovereenkomstig verbonden zijn, gelijk zij, die zich bij den nieuwen tekst verbonden hebben, zich hieraan moeten houden, spreekt wel vanzelf.

Aanvankelijk was ook voorgesteld om de gevolgen van het verlies te regelen. Maar er deed zich zooveel verschil van gevoelen voor, dat men niet tot een resultaat kon komen en deze aangelegenheid dus aan de nationale wet werd overgelaten.

Wanneer nu het reglement bij ons wordt ingevoerd,

is het wel zaak om ook de twee artt. 163 en 203, over den vermisten wissel handelende, te herzien. Niemand zal zeggen, dat onze bestaande regeling tot rechts-onzekerheid zal leiden en dit is een groot voordeel. Daartegenover staat, dat degene, die den wissel verliest, meestal zijn rechten volslagen mede verliezen zal. Dit is niet billijk, vooral wanneer vaststaat, dat verlies vernietiging van het exemplaar in zich sluit, b.v. bij brand.

Intusschen, wil men tot regeling overgaan, zoo zal dit niet zoo gemakkelijk zijn, in verband met het door het reglement steeds aanvaarde beginsel, dat elke houder een zelfstandige verbintenis heeft.

In de termijnen van *verjaring* komt door het elfde hoofdstuk al evenzeer verandering. Onze termijn van tien jaren, voor de verjaring voorgeschreven, wordt aanzienlijk ingekort. De acties tegen den acceptant vervallen voortaan na drie jaren; die van den houder tegen den trekker en endossant reeds na een jaar; die van de endossanten onderling en tegen den trekker na zes maanden. De acties, welke dan te niet gaan, omschrijft het reglement als „résultant de la lettre de change” (zie art. 70 Rgl.; de redactie van dit artikel is niet geheel juist). Dit zijn alleen de wisselsacties in engen zin. Want uitdrukkelijk is in de conventie bepaald — er is reeds meermalen op gewezen —, dat de regeling van het verschaffen van provisie en al wat daarmede in verband staat, buiten het reglement om aan de nationale wetten ter regeling is overgelaten. De voorwaarde, in onze wet den trekker gesteld, wil hij van den korten termijn profiteren, n.l. dat hij fonds bezorgd heeft, vervalt dus wél. Stuiting en schorsing der verjaring blijven als tot heden door de nationale wet geregeld. Slechts schrijft het reglement voor, dat onder-

breking der verjaring alleen tegenover dengene, tegen wien de verjaring liep, gevolgen heeft.

Nog een verschil is op te merken aangaande het begin der verjaring. De actie van den houder tegen trekker en endossanten begint volgens het Reglement te verjaren van af den dag, waarop geprotesteerd is, of van dien van den vervaltijd, wanneer de wissel de clause bevatte: zonder kosten.

Nog eenige *voorschriften van algemeenen aard* geeft het reglement in een tweetal bepalingen van het voorlaatste hoofdstuk van den eersten titel. Wanneer n.l. een bepaalde handeling op een wettelijken feestdag zou moeten geschieden, komt daarvoor in de plaats de eerstvolgende werkdag (anders art. 112 en onvolledig art. 154 W. v. K.). Vallen zulke dagen tusschentijds in een bepaalden termijn, zoo rekenen ze mede. Ook verklaart het reglement nog, dat voor de berekening van den duur der termijnen de eerste dag niet medetelt.

In een tweeden titel worden nog vier artikelen aan het orderbiljet gewijd.

Onze wet heeft oogenschijnlijk het orderbiljet geheel willen scheiden van den wissel, het reglement erkent ook in de uiterlijke indeeling de innige verwantschap tusschen wissel en orderbiljet. Het reglement gaat van het beginsel uit, dat de wissel en het orderbiljet eigenlijk één zijn, de onderteekenaar hier in de plaats van den acceptant treedt en dientengevolge alleen de bepalingen, die betrekking hebben op den acceptant, moeten uitgeschakeld worden.

Was dit aanvankelijk in algemeene bewoordingen geredigeerd, de definitieve redactie somt nu nauwkeurig op, welke artikelen van het wisselrecht ook voor het orderbiljet zullen gelden, maar moest daarbij toch hand-

haven het voorbehoud: „en tant qu'elles (les dispositions) ne sont pas incompatibles avec la nature de ce titre”. Het rapport der commissie wijst b.v. er op, dat wel in het algemeen de voorschriften aangaande het regresrecht op het orderbiljet kunnen toegepast worden, maar niet wanneer een regresrecht gegeven wordt voor weigering der acceptatie, omdat in een orderbiljet van acceptatie geen sprake kan zijn.

Welke de kenmerken van een orderbiljet zijn, worden door het reglement volledig opgesomd. Ook hier verdwijnt natuurlijk de waarde-erkenning. Bij onvolledigheid gelden soortgelijke bepalingen als voor gebreken in het wisselformulier zijn voorgeschreven.

De nemer moet een ander zijn dan de trekker, een orderbiljet aan den order van den trekker kent het reglement zoomin als onze wet.

Moet eerst een bepaalden tijd na zicht betaald worden, zoo is de houder verplicht een gedateerd visa af te vragen en bij weigering te doen protesteeren.

Vrijwel alle artikelen van het reglement zijn van toepassing met uitzondering dan, gelijk reeds gezegd is, van die, welke in verband staan met de acceptatie, terwijl ook niet van toepassing zijn de voorschriften, betreffende de uitgifte van den wissel in meer dan een exemplaar. Dit spreekt voor zich zelf. In het reglement worden nu ook de verhouding tusschen nemer en onderteekenaar en de eigenaardigheden van het gedomicilieerde orderbiljet door een enkele verwijzing geregeld, hetgeen thans niet het geval is.

Zoo is dan een vergelijkend overzicht gegeven van de nieuwe Wisselwet.

Haar invoering zal van de bestaande voorschriften weinig in stand houden, mede hieruit te verklaren, dat

men hier niet fragmentarisch, maar in het generaal heeft willen regelen.

Het nieuwe reglement biedt groote voordeelen boven de bestaande regeling en reeds daarom zal de invoering te loven zijn. Al zullen misschien hier en daar nationale gebruiken moeten worden opgeofferd, reeds het feit alleen, dat onze wetgever thans zoo gemakkelijk in staat gesteld wordt een moderne regeling van het wisselrecht te verkrijgen, zal de bezwaren opheffen.

Te meer, waar met het toenemend nationaal verkeer een eenvormige regeling in dezen van het grootste belang is.

Groote voordeelen biedt het reglement, zeide ik. Het geeft aan het wisselformulier een eenvoudiger en elastischer karakter, zoomede aan de formuleering van endossement, acceptatie, aval: een gemak voor den trekker, den endossant, den acceptant, den avalist en een gelegenheid voor chicanes minder.

Het verduidelijkt, verbetert tal van de bestaande bepalingen, vult haar onvolledigheid aan en ruimt verouderde voorschriften op. Zoo worden de voornaamste clausules behandeld; de termijn van art. 115 W. v. K. wordt verbeterd; ons onvolledig endossement vervalt, dank zij de eenvoudige formuleering en de nietigheid der voorwaarden, waaraan een endossant zijn endossement ondergeschikt zou maken; de erkenning in het reglement, dat elke verbintenis zelfstandig is, maakt een einde aan de indeeling der garanten in voor- en namannen (behalve dan bij het regres door den uitgewonnen endossant en bij de interventie), zoomede aan de ongunstige positie van den opvolger van een valschen endossant; de notificatie van het protest, het regresrecht van den houder worden als het ware „bijgewerkt”.

Ik geef hier slechts verschillende voorbeelden; boven is dit alles in extenso nagegaan.

Onmiskenaar staat het reglement onder Duitschen invloed; het is continentaal recht. Engelsche en Amerikaansche opvattingen hebben weinig ingang gevonden. Daardoor is aan den wisselverbintenissen een streng karakter gelaten en aan billijkheidsbetrachtingen niet veel eer bewezen. Men denke aan het geval, dat overmacht den houder belet heeft tijdig den wissel te doen aanbieden. Hoe ontzaglijk veel moeite is er niet toe noodig geweest, om Duitschland tot de concessie te bewegen, dat niet uitsluitend een feit van algemeenen aard als zoodanig mag worden aangemerkt. Men denke aan het strenge regresrecht bij weigering van acceptatie, aan het recht om elke interventie ter acceptatie, zij moge een interventie ter eere of een noodadres zijn, te weigeren.

Duitsch is ook de eisch, dat in het formulier het woord wissel moet voorkomen. Maar wij zagen, hoe deze eisch te ontgaan is.

Over het wezen van den wissel, over de vraag, of hetgeen, wat achter den wissel staat, van invloed op het engere wisselrecht mag zijn, is ook nu nog geen antwoord gegeven. Voor zoover men te dicht in de buurt hiervan kwam, verklaarde de conventie, dat dit maar door den nationalen wetgever geregeld moest worden. Zoo werd radicaal alles, wat met de fondsbezorging in verband staat, uit het reglement gebannen. Geen wonder. Want reeds over technische kwesties waren de gemoederen ten zeerste verdeeld en het is ook bij deze gelegenheid weer in de eerste plaats aan het onnavolgbare talent van wijlen Mr. ASSER te danken, dat ten slotte nog tot stand gebracht is, wat het reglement geeft.

Hoe veel te grooter zou de oneenigheid zijn, als men zich met de zoeven genoemde vraag ging inlaten!

Zoo blijft dan het bestaande verschil in opvatting in dezen voortleven, en te erger, ook in onze eigen natio-

nale wetgeving. Reeds vroeger werd hierop gewezen (blz. 408).

Dat de wetgever, wanneer hij het nieuwe reglement invoert, zich niet aan de taak onttrekke om hierin zekerheid te scheppen.

Maar dat hij zich in ieder geval haaste!

Den Haag, Najaar 1913. M. J. VAN DER FLIER.

**Het bewijs van op zich zelf erkende feiten in
verband met de onsplitsbare bekentenis**

DOOR

Mr. T. BINNERTS,

Advocaat te Leeuwarden.

Aan ieder, die zich bezighoudt met de practijk van ons recht, is het bekend, dat ten aanzien van de hoofdbeginselen, die de civiele procedure beheerschen, moeilijk naast de onsplitsbare bekentenis een tweede instituut kan worden gesteld, dat voor niet-juristen in dezelfde mate onbegrijpelijk is.

De ervaring van schrijver dezes is ten minste, dat de eerbied voor onze rechtsbedeeling nu niet bepaald verhoogd wordt bij procedeerende ontwikkelde leeken, wanneer zij hooren, dat eenig feit, hoewel onbetwist, toch onder bepaalde omstandigheden nog behoort bewezen te worden! Ware dit op zich zelf al reeds ernstig genoeg om eene herziening van ons procesrecht, in ruimen zin genomen, noodzakelijk te doen zijn, des te eerder is het dit nog, waar dit ééne punt niet op zich zelf staat, doch naar mijn oordeel slechts de noodzakelijke consequentie is van eene verouderde bewijsleer.

Dit nog eens weer in het licht te stellen is het hoofd-doel van de volgende regelen.

In mijn postulaat ligt reeds opgesloten, dat ik voor ons positieve recht het onsplitsbaar aveu bepaald noodig acht, en tevens dat alleen een vrijere bewijstheorie, tot

wet verheven, ons van deze ware „juristerij” kan bevrijden.

Vooral ook op grond van het besluit der Nederlandsche Juristenvereniging, op 29 Juni 1907 te Groningen genomen, strekkende tot het door een door haar bestuur te benoemen commissie doen samenstellen van een geheel ontwerp, regelende het burgerlijk proces in eersten aanleg, mag ik wel als eene communis opinio van de juristen vooropstellen, dat ons procesrecht „uit den tijd” is, voornamelijk wegens zijn te sterk doorgevoerd formalisme, hoezeer dit onder een vroeger regime juist weer de toen hoogst bereikbare waarborgen voor een goede rechtspraak ongetwijfeld heeft verschafft. Gelukkig kunnen in het tegenwoordige, voor ons land althans, deze waarborgen worden teruggevonden in den onafhankelijken en bekwamen rechter, te meer nu een meer dan vroeger invloedrijke publieke opinie meerdere contrôle op de rechtspraak uitoefent.

Gold het zoeken naar een meer materieele waarheid al eerder ten aanzien van het strafrecht, als dieper ingrijpende in de levensbelangen der ingezetenen, waarin alléén bij de klachtdelicten de persoonlijke belangen der menschen een overwegende rol spelen, en ook min of meer ten aanzien van die civiele procedures, waarbij het algemeen belang in meer dan gewone mate is betrokken, thans zal dus ook in het eigenlijke civielrechtelijk proces eene ontwikkeling kunnen worden tegemoet gezien, waarbij door het overboord werpen van veel formalisme meer dan tot dusver de materieele waarheid zal kunnen worden aan het licht gebracht. Natuurlijk voorzoover de aard van het zuivere civiele recht als rakende de private belangen der burgers dit toelaat; want partijen moeten de volle vrijheid behouden over de vraag, of ze hun geschil beslecht willen zien, en zoo ja in hoeverre,

en ook ten allen tijde tijdens het proces bevoegd blijven daarover vrijelijk te beschikken. Daarom zal ook bij een andere procesregeling de lijdelijkheid des rechters in zoover moeten behouden blijven. Doch wanneer eene der partijen wenscht, dat hun geschil zal worden beslist, dan behoort de rechter toegerust te worden met al die middelen, welke tot eene beslissing naar de waarheid kunnen leiden, al zal uit den aard der zaak ook bij de keuze der bewijsmiddelen de civiele rechter *als regel* rekening hebben te houden met de door partijen zelf te kennen gegeven wenschen. Nooit toch mag in zaken van dezen aard het proces worden een inquisitie door den rechter op eigen houtje gevoerd naar allerlei met het geschil in eenig verband te brengen particuliere aangelegenheden van partijen!

Dat minder formalisme ten aanzien der dagvaarding gewenscht is, dat niet langer de getuigenissen van ten minste twee getuigen noodig geacht worden, en dat het hooren der partijen persoonlijk niet meer als bij uitzondering behoort plaats te hebben, dit alles, en nog veel meer, zijn belangrijke stappen in de goede richting, ongetwijfeld door de groote meerderheid onzer juristen noodig geacht.

Het lijdt dan m. i. ook geen twijfel, of „im Groszen und Allgemeinen” zal het door de vorengenoemde Commissie uit de Nederlandsche Juristenvereeniging samengestelde ontwerp van wet met instemming zijn begroet, al zal ongetwijfeld evenmin als elders het volmaakte bereikt zijn. Waar overigens de cry: „sneller recht” voor het Oostenrijksche procesrecht had doen zien, zoodat meer het Gerichtsverfahren dan wel de bewijstheorie onder hare lens viel, spreekt het wel vanzelf, dat zij ten aanzien van de *bewijsleer* voor een goed deel kon overnemen het resultaat, waartoe het werk der Staatscommissie tot herziening van de eerste zes Titels van

het vierde Boek van het Burgerlijk Wetboek, ingesteld bij Koninklijk Besluit van 25 October 1899, heeft mogen leiden. Op blz. 88 van bedoeld ontwerp der Juristen-vereening lezen we dan ook: „De regeling van het „bewijs hangt zóó nauw met gang en inrichting van „het geheele proces samen, dat de Commissie vreesde „haar opdracht onvolledig te vervullen, indien zij deze „materie in haar ontwerp niet opnam. Trouwens de „wenschelijkheid van een vrijer bewijsrecht is sindslang „algemeen erkend. Reden te over èn om de stof niet „ongeregeld te laten, èn om aansluiting te zoeken bij „het Nader Gewijzigd Regeeringsontwerp op het Bewijs „van 1907.

„In niet onbelangrijke opzichten meende intusschen „de Commissie van dit ontwerp te moeten afwijken; „namelijk dan, wanneer de bijzondere aard van het nieuw „ontworpen procesrecht overneming van het voorgestelde „niet toeliet. Zoo moest, om ééne dezer consequenties „hier te vermelden, de bijzondere beteekenis van de „onsplitsbare bekentenis wegvallen bij een proces, dat „den rechter met het onderzoek naar de waarheid belast „en hem zelfs veroorlooft uit de *houding* der partijen „ter zitting zoodanige gevolgtrekkingen af te leiden als „hij juist acht”. Enz.

Naar het oordeel dier Commissie zal dus in het proces der toekomst „de bijzondere beteekenis” van de onsplitsbare bekentenis behooren weg te vallen. In haar ontwerp wordt dan ook noch van de bekentenis, noch van de onsplitsbare bekentenis gesproken. Waar volgens art. 203 de bewijslevering aan geen bepaald middel gebonden is, zal dus de rechter geheel vrij zijn, hetgeen uitdrukkelijk in art. 205 aldus uitgesproken wordt: „De waardeering „der bewijskracht van elk als bewijs gebezigd middel is aan „den rechter overgelaten”, enz.

De vraag zou nu weliswaar kunnen worden gesteld, of in verband met de kwestie, in hoever een bekentenis een bewijsmiddel is dan wel enkel haar invloed op den omvang der litisconstatie heeft, dit art. 205 eigenlijk wel de bekentenis omvat, temeer omdat men daarbij toch moeilijk van een „als bewijs *gebezigd* middel” kan spreken, doch bij gebreke van eenige bepaling in het ontwerp omtrent de bekentenis moet wel worden aangenomen, dat de — zij het tamelijk onvoldoend uitgedrukte — bedoeling is ook hieromtrent *alles* aan „das freie Ermessen” des rechters over te laten. Ook de vorenaangehaalde toelichting wijst hierop.

Voordat we de vraag stellen, of het van de Commissie goed gezien geacht moet worden, dat *niets* is geregeld omtrent de onsplitsbaarheid, moet mij de opmerking van het hart, dat het mij in het algemeen niet wenschelijk voorkomt allerlei punten, die zeer goed *kunnen* geregeld worden, aan den rechter over te laten, omdat op die wijze de rechtszekerheid niet wordt gediend. Het schijnt trouwens ook, dat een reactie tegen de al te groote ruimte, aan het „rechtsgevoel” toegekend, bezig is zich te ontwikkelen. Het geschrift van Mr. N. DE BENEDICTY, „Recht en Rechtsgevoel”, een critische beschouwing over den huidige stand der Rechtsphilosophie zal ongetwijfeld wel door velen met instemming zijn gelezen.

Gold dit reeds van het niet noemen van de bekentenis, ook de gevolgen van de kracht van gewijsde eener civiele uitspraak, in tegenstelling met die van een strafvonnis, zijn niet geregeld. Juist waar het hier oude kwesties betreft, zou het niet van wijze voorzienigheid getuigen, als de wetgever omtrent dit alles niet zijn inzicht deed blijken. Dergelijke struisvogelpolitiek zou de vrucht van heel wat studie en geleerdheid in de waagschaal stellen, daar het behoud hiervan geheel zou afhangen van

's rechters motiveering der vonnissen en de al of niet te dezen aanzien daaruit op te bouwen jurisprudentie (1).

Eigenlijk is hiermede ook reeds ontkennend beantwoord het boven gestelde vraagpunt, of het goed gezien is van de Commissie om geheel te vermijden eenige uitspraak omtrent de al of niet splitsbaarheid van bekentenissen. Immers, zoo ooit dan hebben we hier een *zeer oude vraag*, die van verschillende zijden steeds is gezien. In welke mate dit het geval is gevoelt men het beste, wanneer men de hoofdartikelen in het *Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie* 1902, nos. 1710, 1711 en 1712, naziet, waarin Prof. HAMAKER de litteratuur over het onderwerp en de verschillende opvattingen op zeer bevattelijke wijze heeft belicht. Welnu, een dergelijke strijdvraag mag een wetgever, die rekening heeft te houden met de rechtsgeschiedenis van zijn land, niet eenvoudig doodzwijgen (2). Niet onwaarschijnlijk zou het gevolg hiervan zijn, dat de meest onberekenbare rechterlijke uitspraken zouden verschijnen, waartoe min of meer de tamelijk dubbelzinnige toelichting zoude medewerken. Want, zoo kan men terecht vragen, *waarom* moet de bijzondere betekenis van de onsplitsbare bekentenis wegvallen in het ontwerp? Dat de rechter met het onderzoek naar de waarheid belast is, en de houding van partijen ter zitting invloed kan uitoefenen, geldt toch ook thans! En dit zijn de éénige in de toelichting aangevoerde gronden! Maar bovendien, wat verstaat men onder: het wegvallen

(1) PAUL SCHOLTEN komt, zij het op andere gronden, tot dezelfde conclusie ten aanzien van de bekentenis voor het bewijsontwerp der Staatscommissie. Zie *W. v. P., N. en R.* 1906, blz. 359.

(2) In *W. v. P., N. en R.* no. 1910 wenscht SCHOLTEN ook ter wille van de rechtszekerheid, dat de wetgever niet hierover zwijgt, daar schrijver de onsplitsbaarheid wenscht te zien atgeschafte en bij het stilzwijgen der wet vreest voor het vervallen in de oude sleur.

van de bijzondere beteekenis der onsplitsbare bekentenis? Bedoelde men, dat dit geheele begrip moest wegvallen? Indien wel, waarom zeide men het dan niet? Niet de beteekenis, maar de *bijzondere* beteekenis moet wegvallen, ook aldus kan men deze orakelspreuk opvatten, maar dan blijft in het midden, welke bijzondere beteekenis is bedoeld.

Van tweeën één: of de Commissie is niet geheel eenstemmig geweest over de juiste waardeering van deze vraag en hare oplossing, en meende nu de kwestie aldus te moeten ontzeilen; of wel, zij heeft onvoldoende de gevolgen van hare regeling, of liever niet-regeling, voor de practijk des rechts nagegaan.

Waar wij aantoonen, hoezeer het noodig is, dat over een dergelijke eerbiedwaardige vraag de wetgever zich uitspreke, in welke richting dan ook, en voorts dat allerlei onzekerheid het gevolg zou zijn van de ontworpen bepalingen, behoudt dus o. i. ook voor bedoeld ontwerp de vraag zelve hare volle beteekenis.

Wel mag uit de toespeling in de toelichting op de *vrijere* bewijsleer worden afgeleid, dat de Commissie zeker *verband* heeft beseft tusschen de vraag van de onsplitsbaarheid en de vigeerende bewijsregeling. Doch ik waag het te betwijfelen, of zij zich wel volkomen rekenschap heeft gegeven van den practischen invloed der voorgestelde veranderingen ten aanzien van dit vraagstuk. Want gesteld al, dat hare interne bedoeling met „het wegvallen der *bijzondere* beteekenis” is geweest de *geclausuleerde* bekentenis niet meer als zoodanig te accepteren, dan blijft immers nog de *gequalificeerde* bekentenis! Moet nu de *vrijere* bewijsleer ook deze ten offer doen vallen?

Wij kunnen hieromtrent zelfs de bedoeling niet gissen! En toch is dit een punt van zeer verreichende gevolgen!

Ik verwijs hier naar *W. v. P., N. en R.* 1902, blz. 494, waar Prof. HAMAKER de noodzakelijkheid der onsplitsbaarheid van deze bekentenis aandringt met een beroep op bijna alle wetgevingen, behalve de Deutsche Civilprocessordnung (1). Hieruit blijkt de noodzakelijkheid van partij kiezen hetzij in den eenen, hetzij in den anderen zin. De wetgever, en niet de rechter, moet toch uitmaken, of een gedaagde, die zich tegenover een geposeerde onvoorwaardelijke koopovereenkomst beroept op een opschortende voorwaarde, deze al of niet heeft te bewijzen (2). Aansluiting bij die meeste wetgevingen ligt hier m.i. voor de hand, op grond dat de grondslagen

(1) Uit deze aanhaling volgt, dat PAUL SCHOLTEN l. c. no. 1907 enkel op grond van de hierna te behandelen uitlatingen van HAMAKER in *Rechtsgel. Mag.* 1906 zich te sterk uitdrukt, als hij dezen naast LEVY noemt als de mannen van groote autoriteit, die handhaving van het instituut der onsplitsbaarheid *absoluut afkeuren*.

(2) Van de opvatting van het begrip «bekentenis» in art. 1961 B. W., 2e lid, n.l. als in den zin van de «bekentenis als volledig bewijsmiddel» dan wel als «verklaring», is het afhankelijk, of men deze gevallen niet of wel onder de leer der onsplitsbaarheid brengt. Blijkens de latere jurisprudentie — zie Rechtbank Utrecht 19 Oct. 1910 (*W. v. h. R.* no. 9178) en Rechtbank Maastricht 5 Dec. 1912 (*W. v. h. R.* no. 9454) — neigt men naar de eerste opvatting, volgens welke dus de leer der onsplitsbaarheid tot de geclausuleerde bekentenis feitelijk wordt teruggebracht. Immers al gaat het in deze gevallen om eene erkenning van de geposeerde overeenkomst doch met toevoeging van eene voorwaarde, ditzelfde zal hebben te gelden bij een geschil over het bedrag der koopsom. Steeds kan men dan spreken van absolute ontkenning van de gestelde overeenkomst, op welken grond de eischer met het bewijs wordt belast. Het betreft dus een woordenstrijd zonder practische verschillen. Wij zullen dan ook voor deze gevallen blijven spreken, volgens de meest gangbare opvatting in de litteratuur, van gequalificeerde bekentenissen, als zoodanig onsplitsbaar en den eischer met het bewijs belastende.

Verklaart de andere opvatting mogelijk het standpunt van de Commissie der Juristenvereniging?

van een vordering door den eischer moeten bewezen worden, opdat zij zal kunnen worden toegewezen, daar deze toewijzing *verandering* in den rechtstoestand brengt (1). Deze gedachte ligt ook aan art. 1902 B. W. en aan art. 201 Ontwerp-Commissie ten grondslag, zonder dat nochtans art. 1961 B. W. daarnaast overbodig is, en zonder dat ook naast dit art. 201 de regeling van de al of niet splitsbaarheid tot eene overbodige luxe kan worden verklaard. Wat dit laatste betreft worde nog opgemerkt, dat bedoeld art. 201 enkel spreekt van het *bewijs van feiten*, waaraan een rechtsgevolg is verbonden, terwijl de leer der bekentenis in den grond der zaak neerkomt op eene *verdeeling van bewijslast*. Hieromtrent nu, ten aanzien van een zoo ingrijpend punt, den rechter algeheele vrijheid te laten, heeft niet den minsten zin, en opent den weg voor willekeur en groote rechtsonzekerheid. De justiciabelen moeten zich toch vóór den aanvang eener procedure *zooveel mogelijk* kunnen vergewissen, hoe de loop der zaak zal zijn ingeval van eene ontkenning van de grondslagen der vordering. Kan dit niet op een dergelijk hoofdpunt, dan is dit alweer een voordeel voor de brutalen, daar het een nadeel is voor hen, die behoorlijk zich rekenschap geven van hunne daden, alvorens een proces te beginnen.

Behalve om de reeds aangevoerde reden, ontleend aan de historie van ons procesrecht, moet m.i. dus ook reeds op zichzelf worden verworpen de opvatting, dat omtrent de verdeeling van den bewijslast in het algemeen en in het bijzonder omtrent dit hoofdpunt van den rechtsstrijd zou kunnen worden volstaan met een algemeen voorschrift als in het Oostenrijksche procesrecht, waarbij dit alles

(1) Mr. A. ANEMA vergelijkt in ASSER's Handleiding enz. deel V, blz. 69 terecht dezen regel met de bezitsbescherming.

aan het „Ermessen” van den rechter wordt overgelaten. PAUL SCHOLTEN in *W. v. P., N. en R.* no. 1910 zou niettemin deze bepaling voor ons recht willen overnemen enkel om te voorkomen, dat door eenig rechter de tegenwoordige leer der onplitsbaarheid nog zou worden toegepast in het moderne procesrecht der toekomst (zie noot 2, blz. 444).

Deze schrijver laat daaraan voorafgaan eene beschouwing omtrent den bewijslast.

Hij spreekt liever van „bewijsrisico” dan van „bewijslast”, omdat laatstgenoemde uitdrukking z. i. den rechter te passief voorstelt. Tegen de ook in de practijk gebruikelijke uitdrukking „bewijsrisico” zal wel niemand bezwaar hebben, integendeel! Er blijkt duidelijk uit, van hoe groot gewicht deze kwestie is, en dat steeds in ieder geschil de rechter zich *ter dege* rekenschap heeft te geven, wie van de partijen dat risico heeft te dragen. Daarvan toch, evenals bij het stellen van materieelrechtelijke vragen omtrent het dragen van eenig risico, b.v. bij koop en verkoop of verzekering, kan *zeer* veel afhangen voor partijen!

Wat is nu in den grond der zaak dat risico anders dan het *witgangspunt*, dat de rechter bij zijne redeneering neemt? Natuurlijk hangt iedere logische of dialectische conclusie geheel af van het punt van uitgang. De meest paradoxe uitspraak kan volkomen logisch en aannemelijk beredeneerd schijnen, en toch zal door nauwkeurig onderzoek daarvan blijken, dat slechts een of meer schakels, hoe verscholen soms onder een of andere dubbelzinnige uitdrukking, dat zonderlinge resultaat teweegbrachten. Welnu, dit geldt ook voor den arbeid des rechters! Maar volgt dan hieruit reeds niet, dat zoo'n punt van uitgang niet aan de opvatting des rechters mag worden overgelaten, tenzij dit bepaald noodzakelijk is. Het door

SCHOLTEN aangehaalde voorbeeld nu is m.i. volstrekt niet overtuigend voor die noodzakelijkheid. Het is het geval van een beroep op betaling van een spoorkaartje, dat gewoonlijk slechts volgens de verkeersregelen niet anders dan tegen contante betaling afgegeven wordt. Om deze reden meent de schrijver, dat men den spoorweg-ondernemer zal moeten belasten met het bewijs van de bijzondere omstandigheid, die zoodanige afgifte zonder betaling tot gevolg had. Hoezeer ik volkomen dit bewijsbeginsel, dat de *uitzondering* moet worden bewezen, in het algemeen kan beamen, toch is het volstrekt niet *noodig* om practisch tot ditzelfde bevredigend resultaat te komen, dat de rechter in zijn redeneering een *afwijkend uitgangspunt* heeft. Want wanneer hij zegt: „de houder van het spoorkaartje moet de betaling bewijzen”, dan kan hetzelfde resultaat worden bereikt door op grond van de *verkeers-usance* als bewezen aan te nemen dat de houder werkelijk betaalde, terwijl dan de spoorwegexploitant tegenbewijs te leveren heeft. Waar vooral in een modern procesrecht aan gewoonten van het verkeer een *ruimere bewijskracht* ongetwijfeld moet worden toegekend, zal dus voor soortgelijke gevallen een *ander* punt van *uitgang* door den rechter behooren te worden opgezocht,

Het groote voordeel tegenover het altijd willekeurige, gelegen in het geheel vrij kiezen van een uitgangspunt — het hoofdmoment voor het resultaat —, is bovendien, dat beter dan in de leer van SCHOLTEN kan worden uiteengehouden wat het punt van uitgang voor den rechter is geweest en wat als bewijsgrond heeft dienst gedaan. Men vergete toch niet, dat naast een dergelijk sprekend voorbeeld gemakkelijk gevallen zijn te stellen, waarbij minder van een onbetwistbare gewoonte de rede is, terwijl toch in dat bepaalde geval een gebleken antecedent zou kunnen medewerken tot de constructie van het bewijs,

al of niet door andere bewijsmiddelen aangevuld. Men gevoelt onmiddellijk, voor welke dilemma's in SCHOLTEN'S systeem dan de rechter kan komen nog voordat hij zijn redeneering aanvangt!

In *W. v. P., N. en R.* no. 1909 noemt SCHOLTEN het geval dat zich in de jurisprudentie heeft voorgedaan betreffende den bewijslast bij de actie tot schadevergoeding door een veldwachter ingesteld tegen een officier, die des veldwachters hond doodschoot. De vraag was n.l., of de veldwachter moest bewijzen, dat de hond *niet* op het erf van den officier was geschoten, of wel de officier dat op zijn erf het feit was bedreven. SCHOLTEN meent, dat volgens het moderne procesrecht niet meer, zooals volgens het nu geldende de Hooge Raad besliste, de veldwachter te bewijzen moet hebben dat negatieve feit, als zijnde dit eene uitzondering, waarop de officier zich had beroepen, zoodat volgens de nieuwe leer laatstgenoemde de aanwezigheid van dit uitzonderingsgeval had moeten bewijzen. De vraag mag echter worden gesteld, of bij wederzijdsch ontbreken van bewijsmateriaal eene veroordeeling van den officier billijker geacht moet worden dan een ontzegging van den eisch aan den veldwachter. En is er wèl bewijsmateriaal, dan zal het wel tamelijk onverschillig zijn *wie* heeft te bewijzen, omdat dan ook de *plaats*, waarop het dier is geschoten, zal komen vast te staan, zoodat daarna is te beslissen, of dan wat de regel genoemd wordt of wel wat als uitzondering is betiteld moet worden toegepast. M. i. leert dit voorbeeld juist, dat de hoofdverdeeling van het bewijsrisico *niet* samenhangt met de vraag, wat is regel en wat is uitzondering, maar dat het zwaartepunt moet blijven, dat degeen die verandering in eenigen rechtstoestand wenscht, of erkenning van een betwisten rechtstoestand, positief daartoe overtuigende gronden moet aanvoeren, en dat bij gebreke daar-

van zoodanige vordering moet worden afgewezen (1).

In het strafrecht vinden we ditzelfde terug in den regel, dat de schuld door het Openbaar Ministerie moet worden bewezen, en dat niet aan den beklaagde het bewijs van zijn onschuld mag worden opgelegd.

Hier dus ook niet de allesbeheerschende vraag, die van regel of uitzondering. Nu zegge men niet, dat het overwegen van het publiek belang bij het strafrecht medebrengt een dergelijk principieel verschil te maken, want dan vraag ik, of er ook niet civiele procedures zijn, waarbij het publiek belang medespreekt, en verder waar voor deze vraag en bij de toepassing der bewuste theorie dan de grens wel ligt. Trouwens het beginsel van het moderne civiele procesrecht is juist, dat het publiek belang medebrengt het vaststellen van de materieele waarheid, voorzoover en zooveel mogelijk met de middelen als partijen dit verlangen. Om deze redenen meen ik, dat wel degelijk beroep op het strafproces gedaan mag worden ten betooge, dat de verdeeling van het bewijsrisico niet wordt beheerscht door de vraag van regel en uitzondering, al zal zeker in vele gevallen de toepassing van dit principe practisch parallel kunnen gaan met een goede regeling van den bewijslast, gelijk het voorbeeld van het spoorkaartje enz. aantoont.

(1) Zie ASSER's Handleiding enz., deel V, blz. 75, alwaar Mr. ANEMA met instemming aanhaalt de meening van Mr. GRÜNEBAUM, dat art. 1902 B. W. terecht wil, dat *allereerst* de eischer zijn posita zal bewijzen, behoudens dat de jurisprudentie somtijds de vrijheid neemt ter voorkoming van doctrinaire toepassing daarvan af te wijken. Naar mijn oordeel moet het alweer aan het onbevredigende van onze bewijsleer toegeschreven worden, als van dezen hoofdregel in sommige gevallen moest worden afgeweken, zoodat ook dit niet de onjuistheid daarvan bewijzen kan. Op blz. 69 noemt m.i. Mr. ANEMA terecht de billijkheid en niet de logica als grond van art. 1902 B.W.

Is — na dit uitstapje op het gebied van de verdeeling van den bewijslast — uit hetgeen daaraan voorafging, de conclusie te trekken, dat, hoezeer bij ons vraagstuk het op één lijn stellen der verschillende *vormen* van onsplitsbaarheid uit den booze is, de wetgever zich van dit instituut nauwgezet rekenschap zal hebben te geven (ook bij de invoering eener vrijere bewijsleer), dan volgt daaruit tegelijkertijd ook, dat de leer van de onsplitsbaarheid ook voor het proces der toekomst niets van hare actualiteit heeft ingeboet, en de wetgever niet op de wijze, zooals van verschillende zijden is voorgesteld, zijn impotentie ten aanzien van dit vraagstuk mag doen blijken door alles maar weer aan den rechter over te laten! Ik kan me dan ook volstrekt niet vereenigen met het oordeel van PAUL SCHOLTEN (l. c. blz. 366), dat het verhoor van partijen, wjl het een onderzoek der partijverklaringen onderstelt, aan het instituut der onsplitsbaarheid iets kan veranderen. Immers ieder, die de practijk kent, weet, dat ook thans reeds zoodanig onderzoek plaats heeft, zij het in geringeren omvang. Ik kan dus in geenen deele inzien, dat de instelling der onsplitsbaarheid dat onderzoek uitsluit, daar bedoeld instituut slechts kan leiden tot eene verandering in de *richting* van het onderzoek wegens zijn invloed op het uitgangspunt daarvan. Het loont dus m. i. de moeite, niettegenstaande de veronachtzaming er van door de Commissie van de Juristenvereëning, den stand van het vraagstuk nader in oogenschouw te nemen.

Allereerst hebben we dan de practijk, neergelegd in de jurisprudentie, éénige kenbron van ons positief recht ten opzichte van een zoo bij uitstek praktische rechtsvraag. Immers de wetgever, de splitsing eener bekentenis ongeoorloofd verklarende, liet de uitlegging dezer begrippen en de wijze van toepassing op de gevallen van het

rechtsleven aan den rechter over. Geen wonder dan ook, dat de jurisprudentie heel wat schommelingen vertoont, voordat haar compas stabiel is geworden.

Om ons tot hoofdzaken te bepalen een enkele greep! Op 22 October 1881 besliste de Rechtbank te Rotterdam (zie *W. v. h. R.* no. 4714), dat *splitsing* van bekentenis *mogelijk* is, wanneer daaraan feiten worden toegevoegd, waarvan het bewijs *volgens den algemeenen regel* zoude rusten op hem, die ze stelt.

Met een kleine wijziging van motiveering zegt de Rechtbank te Amsterdam op 1 Mei 1894 (*Paleis van Justitie* 1895, no. 33), dat *niet een deel der bekentenis* vormt het positum van een *nieuwe overeenkomst*, waarbij de betaling is opgeschort, zijnde dit een *zelfstandige grond van verweer*.

Hierbij sluit zich aan de niet-gemotiveerde uitspraak van de Rechtbank te 's-Gravenhage van 28 Juni 1889 (*W. v. h. R.* no. 5885), leggende het bewijs van de *nadere overeenkomst* betreffende het terugnemen van goederen op den gedaagde, die zich onsplitsbaar daarop na de erkenning der levering had beroepen.

Daartegenover staat uit ongeveer denzelfden tijd het vonnis van de Rechtbank te Rotterdam van 20 Mei 1891 (*W. v. h. R.* no. 6165), in welke procedure naast de erkenning het litigieuse voorwerp te hebben besteld onsplitsbaar beroep was gedaan op de *afbestelling*. De Rechtbank overwoog, dat de toegevoegde daadzaak tengevolge moest hebben gehad opheffing van de gesloten overeenkomst, en nam de onsplitsbaarheid aan.

Daarentegen staat de plaatsvervangende kantonrechter te Amsterdam Mr. LOD. BOAS in zijn vonnis van 29 September 1908 (*W. v. h. R.* no. 8792), aan de zijde van de eerstgenoemde jurisprudentie, in de jaren toen deze gold als weergevende een voor de practijk overwonnen standpunt.

Het betrof nog wel het eenvoudige en academische

geval van beroep op betaling, welk beroep niettegenstaande het onsplitsbaar aan de erkenning was toegevoegd als *zuiver exceptief* werd geoordeeld, zoodat met beroep op art. 1902 B. W. de bewijslast van de betaling op gedaagde moest rusten. Het vonnis gaf uiting aan de door dien rechtsgeleerde met klem verdedigde afwijzing van de onsplitsbaarheid der z. g. geclausuleerde bekentenis.

Hoezeer dit overigens voor de rechtspraak toenmaals een overwonnen standpunt was, blijkt a fortiori het meest overtuigend uit de arresten van den Hoogen Raad van 13 Juni 1902 (*W. v. h. R. no. 7793*) en 12 April 1907, (*W. v. h. R. no. 8529*), waarna tegenover voorafgaande beslissingen van lagere rechters in verschillenden zin als vaste jurisprudente geldt, dat beroep op compensatie onsplitsbaar kan worden gedaan. Immers wanneer een beroep op het bestaan van een tegenvordering, die in het geheel niets heeft uit te staan met het door een eischer gevorderde, niettemin dezen kan belasten met het bewijs van overigens op zich zelf erkende posita, volgt daaruit vanzelf, dat ook het mindere moet gelden en beroep op betaling, nadere overeenkomst enz. onsplitsbaar kan worden gedaan met dienovereenkomstige gevolgen.

Overwonnen is dan ook het tusschenstandpunt, door de Rechtbank te Rotterdam 18 Maart 1895 (*W. v. h. R. no. 6643*) ingenomen, bij welk vonnis niet onsplitsbaar is verklaard de bekentenis met daaraan toegevoegd beroep op compensatie, uit overweging, dat daartoe de toegevoegde verwerping *zoodanigen samenhang met het erkende moet hebben, dat het erkende feit zijne kracht en beteekenis daardoor verliest of een bestaande schuld daardoor te niet gaat*. Deze samenhang, dit verband met de vordering is geen vereischte voor het beroep op het onsplitsbaar *aveu* volgens de huidige rechtspraak.

Aan het genoemde eerste arrest van den Hoogen Raad van 13 Juni 1902 danken we de opmerkingen van Prof. HAMAKER in het *W. v. P. N. en R.* nos. 1710—12, waarin een uitgebreide opgave van jurisprudentie is te vinden, en waarin o. a. melding gemaakt wordt van het arrest van den H. R. van 5 Mei 1899 *W. v. h. R.* no. 7275. Hierbij was namelijk gesanctioneerd een beslissing van het Hof te Amsterdam, waarbij nog splitsing van de bekentenis met toevoeging van een beroep op compensatie had plaats gevonden. Mogelijk achtte de geleerde schrijver het, dat de Hooge Raad tot deze beslissing werd geleid door de omstandigheid, dat tevens *in reconventie* beroep op compensatie was gedaan, en daarbij was gebleken dat de tegenvordering niet kon worden bewezen. Het zal toen den Hoogen Raad tegen de borst gestuit hebben gedaagde te laten profiteren van een beroep op een onbewezen tegenvordering, oordeelt de schrijver.

Hoe dit zij, van af 1902 geldt het compensatieberoep volgens onzen hoogsten rechter voor onsplitsbaar, en is op dit punt de rechtsonzekerheid vrijwel weggenomen.

Overigens zullen we niet in beoordeeling treden van de in deze artikelen door HAMAKER gemaakte onderscheiding der rechterlijke uitspraken over deze materie in drie stelsels, daar dit te ver zou voeren als buiten ons bestek liggende, terwijl het practisch nut dier onderscheiding m. i. gering is.

Doch dat de Hooge Raad eischt het voortvloeien van de juridische mogelijkheid van compensatie uit de ter bevrijding toegevoegde daadzaken behoeft m. i. in geen deele als een bijzonder principieel kenmerk van een bepaald stelsel te worden opgevat, gelijk Prof. HAMAKER doet. Immers zal toch steeds bij ieder beroep op het onsplitsbaar zijn eener bekentenis de rechter zich reenschap hebben te geven van het bevrijdend karakter der

bijvoeging. En waar nu de bijgevoegde feiten dit karakter missen, omdat de vereischten door de wet voor compensatie gesteld — de liquiditeit en eischbaarheid — ontbreken, zal toch terecht met de door een gedaagde zelf aan zijn feiten gegeven *qualificatie* als hem naar zijn meening recht gevende op compensatie geen rekening kunnen worden gehouden. Ditzelfde geldt b.v. ook bij het stellen van feiten door een gedaagde als „betaling” gequalificeerd, hoewel er ten hoogste een in betaling geven enkel met eene niet gestelde medewerking van den schuldeischer uit ware te distilleeren; of bij het stellen van feiten, die een nadere overeenkomst volgens gedaagde zouden beteekenen, hoewel ze in werkelijkheid enkel een daad van uitvoering betreffen.

Een andere opmerking betreffende deze artikelen van de hand van Prof. HAMAKER houdt verband met de kern van het leerstuk der onsplitsbare bekentenis, in het derde artikel behandeld. Daar toch meent die schrijver de groote strijdvraag, of al of niet terecht de geclausuleerde bekentenis, waaronder in ruimeren zin ook het beroep op compensatie is gebracht, onsplitsbaar geacht wordt, te kunnen terugbrengen tot een woordenstrijd, een spraakverwarring. DIEPHUIS, LAND en de Fransche juristen zouden ze als een „gewijzigde schuldigerkenning”, FAURE en de Duitsche juristen als een „gewijzigd *aveu*” opvatten; zonder inconsequentie zou men zich met beide partijen eens kunnen verklaren, hetgeen de schrijver doet. Alles zou aankomen op het begrip *bekentenis*, hetzij in den zin, waarin de schriftelijke schuldtekentenis er eene is, hetzij in den zin waarin men in het strafproces van eene bekentenis spreekt.

De eerste moet natuurlijk genomen worden precies zooals ze luidt zonder éenige verandering; de andere beteekent, dat de rechter ook de toegevoegde feiten

in aanmerking dient te nemen bij zijne beslissing.

De verschillende meeningen over het begrip „bekentenis” met de aanhaling der voornaamste commentatoren vindt men bijeen in de dissertatie van Mr. L. STADIG, „De jurisprudentie op de bekendenis in het burgerlijk geding, 1856—1905”. Na lezing dezer bonte verzameling valt het moeilijk de verzuchting te onderdrukken: waartoe die woordenstrijd? Want de zaak zelf is toch eenvoudig genoeg! Een „bekentenis” in technischen zin als waarvan in artt. 1962 en 1963 B. W. de rede is, is de verklaring van den gedaagde door dezen **bedoeld** als middel om den rechtstrijd te beperken, en dient dus niet als „bewijsmiddel” in engeren rechtskundigen zin te worden opgevat. Al het andere, dat ook wel bekendenis in ruimeren zin genoemd wordt, is de uitlating of verklaring van den gedaagde zelf, en dus als bij uitstek van gewicht voor de samenstelling van het bewijs, wanneer de gedaagde de vordering tegenspreekt. Zoowel de gerechtelijke bekendenis als de niet als zoodanig bedoelde uitlating of verklaring kan hetzij een of meer onderdeelen van de grondslagen der actie, hetzij al die grondslagen betreffen. De functie van den Romeinschen praetor, het vaststellen der „formula”, zal derhalve onze rechter hebben uit te oefenen, alvorens den arbeid van den judex: het onderzoek, de instructie van de geschilpunten, te openen, teneinde omtrent het bewijs uitspraak te kunnen doen. Is er een volledige bekendenis omtrent al de posita, dan is 's rechters éenige werkzaamheid het constateeren, dat er geen geschil meer te berechten is, en het toewijzen der vordering indien op de wet gegrond; betreft de „bekentenis” slechts een deel der posita, dan dient dit op gelijke wijze geconstateerd en tevens vastgesteld, welke punten bewijs behoeven, alvorens tot toewijzing te kunnen komen. En is er geen „bekentenis”, dan worde geconstateerd, dat

eischer het bewijs in vollen omvang heeft te leveren, waartoe eventueel dienst kan doen, hetgeen gedaagde zelf al of niet in de procedure heeft medegedeeld. 't Is dus *altijd* min of meer een zaak van uitlegging en opvatting van beweringen van een gedaagde, waarbij dus de gewone schakeeringen van formeele en meer materiele interpretatie te voorschijn zullen komen.

M. i. voert bovenstaande aanduiding van de verschillende opvatting der commentatoren reeds tot de conclusie, dat in stede van een woordenstrijd een *principieel* verschil van opvatting omtrent den *aard* der civiele procedure ten grondslag ligt aan die verschillende opvatting omtrent de beteekenis van de bekentenis en van de onsplitsbaarheid, van welke verschillende opvatting de kern waarschijnlijk reeds in het oude Romeinsche proces wortelt, in de twee stadia van het proces, dat bij den praetor en dat bij den judex, „in jure” en „in iudicio” genoemd. Dat het bij de later in het leven geroepen „*condictiones*” minder formeel toeging dan bij den ouden vorm van procesrecht is bekend genoeg. 't Is als 't ware ons gewoon civielrecht tegenover het handelsrecht!

Het is ook weer in anderen vorm het verschil tusschen het *jus constitutum* en het *jus constituendum*, het thans verouderde formeele procesrecht, en een modern procesrecht op Oostenrijksche leest geschoeid, waarin een onderzoek der materiele waarheid, voorzoover in *civilibus* oirbaar en bereikbaar, het doel der procedure is, terwijl het thans in ons procesrecht eer een onderzoek naar de formeele waarheid kan worden genoemd.

Boven reeds waagde ik het echter te betwijfelen, of het juist gezien zou zijn van den voorstander van een minder formeel, en dus modern procesrecht, als zoodanig

zonder meer zich te verklaren als tegenstander van de onsplitsbaarheid, ja zelfs van het geheele vraagstuk door dit als „oud roest” te verwaarloozen, als hebbende ten hoogste nog historische beteekenis.

HAMAKER's oplossing heeft hemzelf waarschijnlijk ook niet meer geheel bevredigd, zooals kan blijken uit zijn artikel in het *Rechtsgeleerd Magazijn* 1906, alwaar hij op blz. 4 en 6 opmerkt, dat de „ratio” der onsplitsbaarheid van de geclausuleerde bekentenis „nu niet precies voor de hand ligt”, en deze eene „zonderlinge ook in de landen waar zij bestaat zooveel en zoo krachtig bestredene instelling” noemt. Immers iemand, die zich met beide partijen eens verklaart, kan niet op *deze* wijze het standpunt van die beide partijen aanvallen zonder zelf eerst zijn oude meening vaarwel te hebben gezegd. Waarschijnlijk heeft de opvatting, dat een moderner procesrecht deze consequentie medebrengen moet, evenals we boven voor de Commissie van de Juristenvereening aannamen, tot deze ontwikkeling van standpunt gevoerd.

De — als het ware psychologische — verklaring door HAMAKER in het laatst geciteerd artikel op blz. 4 gegeven, na herinnerd te hebben aan zijne vroegere — hiervoren behandelde — hypothese over de beteekenis van het begrip „bekentenis”, is ten slotte merkwaardig genoeg om ze nader te beschouwen. Hij meent, dat men tot de onsplitsbaarheid van de geclausuleerde bekentenis wel gekomen kan zijn door een *te ver* gedreven eerbiediging van de vrijheid des gedaagde om niet te bekennen; òf door de redeneering, dat de gedaagde, die niets behoeft los te laten en met een eenvoudige ontkenning kan volstaan, ook bevoegd moet zijn het mindere te doen en geclausuleerd te bekennen; òf dat men zich kan hebben afgevraagd wat ten slotte het kleinste nadeel is door de erkenning der onsplitsbaarheid de geclausu-

leerde bekentenissen, of door de niet-erkenning daarvan de absolute ontkenningen, in de hand te werken.

Ik meen, dat hierin *geen* afdoende verklaring kan liggen, want ten eerste komt in werkelijkheid een *te zeer* eerbiedigen van de vrijheid om niet te bekennen neer op het belasten van eischer met het bewijs in gevallen waarin op den gedaagde de bewijslast zou *moeten* rusten. Doch het is juist de vraag, die verklaring behoeft, *waarom* in dergelijke gevallen van geclausuleerde bekentenis op eischer dan wel op gedaagde de bewijslast respectievelijk van de erkende of toegevoegde feiten moet rusten, zoodat m. i. deze „verklaring” niet anders is dan eene omzetting van de vraag. Wat betreft de beide andere supposities, waarbij wordt uitgegaan van dezelfde vrijheid van een gedaagde om in een bepaald geval òf niets te erkennen òf slechts geclausuleerd te erkennen, worde opgemerkt, dat hierin in zoover m. i. alleen een verklaring kan liggen, dat de geclausuleerde erkenning ongetwijfeld dikwijls een *meer ontwikkelde vorm* geacht moet worden van eene ontkenning van de verschuldigdheid van het gevorderde.

Een starre ontkenning hiervan zonder toelichting zal dan ook meermalen achteraf blijken bedoeld te zijn als een onsplitsbaar *aveu* van een grooter of kleiner deel van de geposeerde feiten. Doch wanneer dit blijkt in dier voege, dat de eischer het bewijs levert van de onbetrouwbaarheid eener ontkenning van een gedaagde op belangrijke punten, zal daardoor in de meeste gevallen de gedaagde wel zoozeer de nadeelen ondervinden, dat hij in betere conditie zelfs ware, wanneer hij rondweg de feiten volledig had medegedeeld bij het niet bestaan van de geheele instelling der onsplitsbare bekentenis. Meestal bovendien bestaat er wel éénige rechtsband tusschen partijen, zoodat een absolute enkele ontkenning

betrekkelijk zelden kan voorkomen. Ik voor mij kan dus moeilijk gelooven, dat men zelfs in ons tegenwoordig proces zeer bevreesd voor het in de hand werken van absolute ontkenningen had behoeven te zijn.

Wil men derhalve eene verklaring van de geclausuleerde bekentenis, dan kan die m. i. geen andere zijn dan dat zij in verband met gronden van billijkheid een verdere *ontwikkeling* is dan eene absolute *ontkenning* van het *gevorderde* (het petitum), waarnaast ten opzichte van de daarvoor aangevoerde *gronden* (de posita) deels of geheel een tegemoetkomende houding wordt aangenomen. Deze ontwikkeling is m. i. zeer natuurlijk naast de algemeen als noodzakelijk erkende onsplitsbaarheid van de gequalificeerde bekentenis; het is ten slotte ook alweer een vraag van *meer* of *minder*.

Hoezeer toch de lezingen van de partijen, wat de *conclusie* betreft mogen uiteenloopen, enkele der beweringen (posita) zullen toch dikwijls volkomen gelijkkluidend zijn, al is het b. v. slechts de datum, waarop het gesprek heeft plaats gehad, dat de grondslag der vordering uitmaakt, waaromtrent overigens tusschen partijen de meest mogelijke verschilpunten bestaan.

Aan de andere pool staat dan als andere uiterste na de hierboven geschetste ontwikkeling de algeheele erkenning dier posita met daarnaast een beroep op feiten, die totaal niets met de geposeerde uitstaande hebben, doch recht op compensatie zouden geven.

M. i. is dus deze ontwikkeling te danken niet alleen aan de door HAMAKER uitgesproken utiliteitsgedachte, n. l. die aan de *gevolgen* van een ruimere of minder ruime leer, doch in verband daarmede aan de logica, dat eene ontkenning blijft eene ontkenning, hoeveel of hoe weinig bij het onsplitsbaar *aveu* daarvan ook worde teruggenomen.

Deze logica, en hare gevolgen, dat meermalen iets moet worden bewezen wat *eigenlijk* op zich zelf niet het geschil tusschen partijen uitmaakt, passen geheel in ons formeele bewijssysteem, zoodat het zuivere willekeur zou zijn ergens een grens te trekken.

Hierboven reeds maakte ik de opmerking, dat de leer der bekentenis in den grond der zaak neerkomt op een verdeeling van bewijslast. Ik meen thans tevens te hebben aangetoond, dat de leer van de onsplitsbaarheid der bekentenis, bij welke bewijstheorie ook, hare groote *fundamenteele* beteekenis behoudt bij de uitlegging van de gevolgen eener ontkenning met toevoeging van bevrijdende omstandigheden, en voorts, dat, indien werkelijk deze omstandigheden van bevrijdenden aard zijn, die onsplitsbaarheid logisch behoort te gelden (1).

Thans echter behooren we na te gaan den invloed van eene vrijere bewijsleer op dit vraagstuk in de *practijk* van het recht, waardoor dan tevens zal blijken, dat de strijd tusschen voor- en tegenstanders van de onsplitsbaarheid op *ander* terrein moet worden overgebracht, en dit dan zoo mogelijk tot vermindering van strijd kan leiden.

Alleen in dezen zin zou ik wellicht de Pythische uitspraak van de Commissie der Juristenvereeniging, dat de „bijzondere beteekenis” van de onsplitsbare bekentenis „wegvalt” bij een moderner procesrecht, dan ten slotte nog kunnen bijvallen. Doch we dienen ons dan tevens bewust te worden, dat dit zelfde ook van alle andere proces-

(1) Ik kan hier nog verwijzen naar het artikel van Jhr. Mr. W. H. DE SAVORNIN LÖHMAN, «De bewijslast in het burgerlijk geding», *Rechtsgeleerd Magazijn* 1904. Op blz. 93 spreekt schrijver ook als zijn oordeel uit, dat de onsplitsbaarheid verband houdt met het grondbeginsel van art. 1902 B. W. en niet met een door MOLTZER ondersteld zwijgrecht van den gedaagde.

sueele vraagstukken geldt, wanneer wij ons een meer ideale wet met een idealen rechter denken!

We moeten dan ons allereerst een goede voorstelling vormen van het practische verschil van eene zeer formeele en eene meer vrije bewijsleer voor het burgerlijk proces. Natuurlijk zal bij beide het streven van den rechter voorop staan om „recht” te doen, en zooveel mogelijk de billijkheid te laten zegevieren. Is er nu echter een belemmering in de wet, in welk opzicht ook, welke medebrengt, dat niet *volkomen* klaarheid kan worden gebracht op eenig punt, naar 's rechters oordeel gewichtig voor de vraag, wie van de partijen gelijk heeft volgens de toepasselijke wetsvoorschriften, dan kan het wel niet anders, of allerlei niet te controleeren indrukken zullen deze lacunes dikwijls aanvullen, waardoor dan ten slotte de balans naar de eene of andere zijde zal overslaan.

Al zal ditzelfde ook onvermijdelijk zijn bij de uitlegging van het materieele recht, waardoor kan worden verklaard, hoe *eenzelfde* rechtscollege somtijds, en *verschillende* rechtscolleges zeer dikwijls, *eenzelfde wetsbepaling* verschillend uitleggen in verband met het te berechten geval, dit behoort — in beginsel althans — in het geheel niet mogelijk te zijn bij toepassing der regelen, volgens welke moet worden onderzocht, welke *feitelijke* grondslagen het geschil moeten beheerschen.

Toch is dit het geval bij onze formeele bewijsleer met hare adoratie voor het schriftelijk bewijs, hare strenge eischen voor het getuigenbewijs, enz. Daardoor kàn de rechter er toe komen op nog spitsvondiger formeelen grond het geheele geschrift, dat weinig sympathiek was, uit te schakelen, of het getuigenbewijs overbodig te verklaren.

Zoo heb ik het wel zien gebeuren, om bij ons onderwerp te blijven, dat de toevoeging van het *aveu niet*

bevrijdend werd genoemd in het vonnis, dank zij een interpretatie, die meer spitsvondig dan juridisch mocht heeten.

Waar nu een meer vrije bewijsleer die belemmeringen grootendeels kan wegnemen, zullen die niet te controleeren momenten, die ieder jurist van de practijk als bestaande zal moeten erkennen, ook in vele gevallen worden gesupprimeerd. Ongetwijfeld zal dit een beter bevredigende rechtspraak bevorderen, hoezeer onder het tegenwoordige regime het gesignaleerde euvel dikwijls als noodzakelijk tegenwicht tegenover een te formeel recht behoort te worden aangemerkt, en als zoodanig van meer menschenkennis kan blijk geven dan een ook wel voorkomende automatische en dogmatische toepassing der betreffende wetsbepalingen. Het toeval, thans derhalve meermalen een groote rol spelende bij de *grootte* vragen over bewijs en bewijslast, zal m. i. dus bij vrijer beweging van den rechter worden teruggedrongen, en, voorzoover het als in alle zaken van het menschelijk leven een rol zal blijven vervullen, nog slechts invloed behouden op *minder* voorname punten van het proces dan bij de thans geldende regeling.

En, om op een niet zoo direct verwachte consequentie hiervan te wijzen, en tevens om nu dadelijk nog even terug te komen op mijn evengenoemd voorbeeld, langs dezen weg komen we voorts tot de slotsom, dat de grootere ruimte van beweging des rechters bij de vrijere bewijsleer met veel minder bezwaar dan thans recht kan doen wedervaren aan de *bedoeling* — als ontkenning van eischers *posita* — van een verweer met bevrijdende bijvoeging, ook al moge op den *vorm* waarin, en de wijze waarop deze is weergegeven aanmerking zijn te maken. Ditzelfde geldt *mutatis mutandis* natuurlijk geheel ook van de uitlegging van een verweer, waarbij niet uit-

drukkelijk is *gezegd*, dat het bedoeld is als onsplitsbaar. De neiging bestaat ongetwijfeld bij den rechter alsdan ten nadeele van den gedaagde te beslissen uit zekere antipathie tegen de onsplitsbaarheid. (Zie o. a. Rechtbank Utrecht 9 Nov. 1910 (*W. v. h. R.* no. 9099) en Rechtbank Rotterdam 17 October 1892 (*W. v. h. R.* no. 6283)).

Hieruit volgt voorts, dat — hoe paradoxaal dit ook moge klinken — juist bij een vrijere bewijsleer in gevallen als evenbedoeld eerst *in volle consequentie* de toepassing van de onsplitsbaarheid van bekentenissen zal mogelijk worden.

Van hooger plan gezien nu is de bovengeschetste ontwikkeling van- en strijd tegen het instituut der onsplitsbaarheid m. i. niets anders dan het uitvloeisel van het eeuwig onverzoenlijke antagonisme tusschen de belangen van den eischer en die van den gedaagde in het proces onder vigueur eener *onvoldoende* bewijsregeling (1).

Het is natuurlijk, dat onder deze omstandigheden de verschillende opvattingen steeds tot *zeer ingrijpende* gevolgen voor het resultaat der rechtspraak moeten leiden, en dat resultaat dan ook *steeds* onvoldoende en onbevredigend moest blijven, zoodat in dien zin gezegd zou kunnen worden, dat voor beide standpunten evenveel of even weinig te zeggen valt. In dien zin alleen dus valt m. i. van enkel een „woordenstrijd” te spreken; *mogelijk* heeft HAMAKER deze zelfde gedachte voor den geest gezwefd

(1) Vandaar ook dat DE SAVORNIN LOHMAN l. c. wijst op het door de voorstanders van de afschaffing van het instituut der onsplitsbaarheid eenzijdig gedaan beroep op des eischers rechten, waartegenover hij stelt dat er ook nog eerlijke gedaagden zijn. Vandaar dat PAUL SCHOLTEN l. c. tracht te ontzenuwen het beroep van de tegenstanders van die afschaffing op het vertrouwen, dat gedaagde in eischer kan hebben gesteld.

bij zijn bovengeschetst verzoenend standpunt. Steeds dus moet onder de geldende bewijsregeling het resultaat der rechtspraak in het algemeen zekere onbevredigdheden achterlaten, maar in het bijzonder zal dit gelden in die procedures, waarvan al dadelijk de *hoofdvragen* zijn verbonden aan eene niemand volkomen bevredigende en natuurlijk even dikwijls wel als niet billijk werkende leer, gelijk die der onsplitsbaarheid. Het voor niet-juristen vooral bovendien zoo onbegrijpelijke en dwaze gevolg, tot uitgangspunt voor onze beschouwingen genomen, n.l. dat op zich zelf erkende feiten in vollen ernst te bewijzen kunnen worden opgelegd, strijdt zoozeer tegen het *gezond verstand*, dat daarin voor velen een volledig tegenwicht kan liggen tegen de *door de logica* en *billijkheid* geboden uitbreiding van het instituut tot *iedere* ontkenning met bevrijdende toevoeging van welken aard dan ook.

Zonder dat we overigens natuurlijk in ons bestek de leer van de verdeling van den bewijslast verder kunnen behandelen, het voornaamste leerstuk op het gebied van procesrecht en bewijsleer, moet hier nog eens worden herhaald, dat in den grond der zaak de leer der onsplitsbaarheid van dien stam een loot is. Wordt door een onsplitsbare bijvoeging de bewijslast niet op eischer gewenteld? En zou bijv. zonder de onsplitsbaarheid de gedaagde niet den bewijslast hebben van de voorwaarde, onder welke volgens hem de gestelde overeenkomst is aangegaan?

Een juist gevoel voor de verdeling van den bewijslast in de oneindig talloze schakeeringen, waarin deze vraag zich in *civilibus* voordoet, is het groote geheim voor een bevredigende rechtspraak! (1)

(1) Zie ook Mr. ANEMA in ASSER's Handleiding deel V, blz. 69, dat billijkheid en niet logica de grond is van art. 1902 B.W.

Een eerste voorwaarde echter daarvoor is m. i., dat men zich goed doordringe van den plicht *volkomen* recht te laten wedervaren aan de *tegenspraak* van feiten of stellingen, en niet gemak- of billijkheidshalve er toe over te gaan deze als *erkenning* uit te leggen. *Hier* geldt vooral het „*jus suum cuique*”!

Wordt men door een bewijsleer tot zoodanig handelen somtijds gedrongen, dan is dit de sterkste veroordeeling dier leer!

Gelijk we boven hebben gezien, is dit practisch bij ons meermalen het geval, ongetwijfeld bijna altijd wel, wanneer het daardoor mogelijk wordt aan de consequentie van de onplitsbaarheid, het bewijs van op zich zelf erkende feiten, te ontkomen. Deze consequentie zoozeer strijdende met het gezond verstand voert bovendien tot allerlei excepties tegen die leer! Zoo bijv. werd onlangs beslist, bij een arrest van het Gerechtshof te Leeuwarden (1),

dat in het gegeven geval *niet* onplitsbaar is het als zoodanig gedaan beroep op de exceptio plurium concubentium bij de alimentatie-actie, door den „verwekker” ingeroepen na ontkenning van het vaderschap. Hoewel de Rechtbank te Groningen deze consequentie streng doorvoerde, zelfs voor zoo'n sprekend geval, waarbij de rechter niet zuiver civielrechtelijk een geschil moet beslechten doch meer als staatsorgaan het ontstaan of bestaan van rechten moet constateeren (2), werd het — en terecht! — den hoogerem rechter blijkbaar toch te machtig een op zich zelf erkende vleeschelijke gemeen-

(1) Voorzoover mij bekend is dit arrest, d.d. 18 Juni 1913, niet in eenige verzameling opgenomen.

(2) Zie ook Mr. J. A. VAN HAMEL «Het onderzoek naar het vaderschap», blz. 26: «Evenmin als in strafzaken mag hier het oordeel «op uitsluitend *formeele* waarheid berusten, doch moet op de *materieele* feiten worden gelet».

schap nog eens in optima forma te doen bewijzen, òf het te zien gebeuren, dat bij gebreke van genoegzaam bewijs *daarvan* de actie zoude stranden.

Dat het Hof in de *formuleering* der toevoeging een gelukkige aanleiding kon vinden voor de splitsing, verandert naar mijn oordeel niets aan deze beschouwing, en levert tevens een voorbeeld te meer van interpretatie tegen de bedoeling van een gedaagde, waarover op blz. 464 en 465 is gesproken. Immers de bekentenis bij den Kantonrechter afgelegd luidde: „dat toen in 't laatst „van October of begin November d. a. v. de verkeerung „met haar werd afgebroken, zij hem mededeelde, dat hij „eerlijk vrij van haar was, en voorts, dat hij *ontkende* „dat het kind van hem was, *omdat* een zekere Horst „hem verklaard had — nog gisteren —, dat deze her- „haaldelijk met genoemd meisje vleeschelijke gemeenschap „had gehad”. Op grond nu, dat niet *met zooveel woorden* is gesteld, dat deze laatste gemeenschap *in het conceptie-tijdperk* plaats had, is deze toevoeging niet bevrijdend verklaard, en aan den verwekker het bewijs dier exceptie opgelegd! Indien echter het gemis van evenbedoeld positum werkelijk zoo ernstig ware opgevat als het hier schijnt, waardoor ook redresseering er van in het eigenlijke proces — indien al mogelijk geschied — uitgesloten kon zijn geoordeeld, zou de exceptie zelf tevens niet-ontvankelijk zijn geweest, en het bewijs er van dus niet zijn opgelegd!

Indien iets, dan is zoo'n voorbeeld wel in staat te doen beseffen, dat „there is some thing rotting in the State”!

De éénige vraag is maar: waar zit de rotte plek? In het instituut der onsplitsbaarheid als zoodanig, zoodat dit behoort te worden uitgeworpen, òf in het gevolg, dat op zich zelf erkende feiten nog eens moeten worden bewezen?

Ik geloof alléén in het laatste! Maar zal iemand mij misschien tegemoet voeren, dan is daarmede immers de bekentenis gesplitst! Ja en neen!

Ja, waar de bijvoeging bestaat uit een beroep op eenig geheel zelfstandig gefundeerd recht, bij de geclausuleerde bekentenis in ruimen zin.

Neen, wanneer de bijvoeging een onderdeel vormt van de gestelde feiten, in zoover alleen dat hare juistheid de door den eischer daarop gebouwde rechten doet vervallen, althans wijzigen: derhalve de gequalificeerde bekentenis in ruimen zin, dus ook iedere ontkenning met een bijvoeging, welke op het petitum influenceert.

Of wil men dit toch splitsing *noemen*, wanneer de eischer, een onvoorwaardelijke koop-overeenkomst moettende bewijzen doordat de gedaagde een voorwaardelijke koop-overeenkomst stelde, niet meer zijn kracht behoeft in te spannen om het juiste tijdstip der overeenkomst te doen vaststellen? Ik geloof, dat zelfs bij het thans geldende systeem, ook al zou de datum in het bewijsthema zijn opgenomen en geen het minste schijntje van bewijs daarvan aanwezig zijn, als al het andere bewezen is, de rechter bij zijn eindvonnis zal overwegen, dat eigenlijk *daarover* geen geschil bestaat. Niettemin zal men niet licht in zoo'n geval van splitsing spreken.

Naar mijn meening zal dus ook in dit opzicht de theorie geheel in overeenstemming met de practijk kunnen komen door de invoering eener meer moderne bewijisleer (1).

Ik hecht weinig aan den *naam*, en zal op zich zelf het vrij onverschillig achten, of men dus bij gequalificeerde bekentenissen wil spreken van splitsing door geen

(1) Naar het schijnt in gelijken zin oordeelt ook PAUL SCHOLTEN l. c. blz. 379 voor een soortgelijk voorbeeld.

bewijs te verlangen voorzoover partijen samengaan, waarover ze geen geschil hebben. Mits men maar goed in het oog houde, dat de **kern** der zaak is: *de verdeling van den bewijslast*, dus geen beschouwing over de beteekenis van het begrip „bekentenis”, zooals gewoonlijk wordt geleerd, en voorts dat om deze reden ons art. 1961 B. W. als *beginsel* behoort behouden te blijven, zij het met eenige andere omschrijving in verband met de meer beperkte toepassing der „onsplitsbaarheid”.

Richtsnoer voor den rechter moet dat beginsel blijven, en zoodanig richtsnoer behoort in de wet te zijn vastgelegd, gelijk wij in den aanvang betoogden.

Het moet zelfs niet *mogelijk* zijn, dat een jurisprudentie zich vorme, waarbij wordt aangenomen, dat om bij ons evengenoemd voorbeeld te blijven de *gedaagde* moet bewijzen de voorwaarde waaronder hij stelt gecontracteerd te hebben, in stede van de *eischer* de onvoorwaardelijke overeenkomst. „Das freie Ermessen” werd dan losbandigheid!

Ook al zou men geen vrees koesteren voor *zulk* een rechtspraak, dan verlieze men niet uit het oog, dat de gevallen der practijk vaak heel wat ingewikkelder zijn, en zich in allerlei vormen ten aanzien van de beweringen der partijen deze moeilijkheden onophoudelijk voordoen, zoodat het niet altijd met den eersten oogopslag te onderkennen valt, of de rechter wel met juistheid dit beginsel heeft toegepast, waardoor contrôle zeer wordt bemoeilijkt. Bovendien moet worden gekozen tusschen het stelsel van SCHOLTEN, die onbeperkt de theorie van de verdeling van bewijslast volgens de onderscheiding in regel en uitzondering wil toegepast zien, en het stelsel, dat in art. 1902 B. W. is belichaamd en waarvan art. 1961 B. W. de consequentie is. Daarbij komt, dat algeheel afschaffen van de bepaling van art. 1961 B. W. in den

geest als door de Commissie uit de Juristenvergadering gewenscht wordt geacht, groot misverstand kan wekken omtrent de bedoelingen des wetgevers ten aanzien van deze hoofdpunten bij de verdeling van den bewijslast. De vrees is dunkt mij niet denkbeeldig, dat een reactie tegen deze beginselen zich zou kunnen voordoen, welke niet zoo gemakkelijk de kop ware in te drukken, juist omdat dat „freie Ermessen” betrekkelijk weinig contrôle toelaat!

Komen wij na deze uitweiding nog even nader terug op de splitsing der geclausuleerde bekentenis, zooals deze aannemelijk, en ook gewenscht, is bij een vrijere bewijsleer. Wij vragen dan allereerst: welke is dan toch de reden, waarom bij meer vrijheid van bewijs ook practisch zonder bezwaar in deze gevallen de splitsbaarheid kan worden aangenomen?

Het antwoord ligt voor de hand! Want de groote belemmeringen aan het bewijs naar de werkelijke waarheid in den weg gelegd dwongen er wel toe volgens regelen van logica het antwoord van een gedaagde als een sacramenteel stuk op te vatten, te meer waar in het vigeerende systeem aan het geschrift verreweg de voor naamste plaats bij het bewijs wordt ingeruimd.

Maar vooral ook de *gevolgen* van dat formalisme b.v. voor den betaler, die in evengoed vertrouwen als waarin de handeling zelf plaats had, zonder bewijs te vragen, zich van zijne verplichting heeft gekweten. Wegens de beperktheid der bewijsmiddelen werd hij tien tegen één in de onmogelijkheid gesteld te bewijzen, en dus tegen alle billijkheid in veroordeeld, wanneer de splitsing werd toegepast. Wanneer echter de eischer voor soortgelijke bewijsmoeilijkheid werd geplaatst, was deze kleine bewijskans voor hem weggelegd. Gelukte het dezen bij toeval het bewijs der overeenkomst wèl te leveren, dan eerst

had gedaagde de betaling te bewijzen en was de beurt aan hem op de fortuin te hopen. Een ten onrechte afgewezen vordering is bovendien niet zoo stuitend als een ten onrechte uitgesproken veroordeeling! M. i. wordt — afgescheiden van juridische logica — op deze wijze zeer goed begrijpelijk, hoe onder het tegenwoordige formeele recht de onsplitsbaarheid der bekentenis zich wel *moest* uitbreiden tot de geclausuleerde, zonder dat we moeten spreken van een *te zeer* eerbiedigen van de vrijheid om niet te bekennen, gelijk HAMAKER als verklaring hiervoor meende te mogen onderstellen.

In het algemeen mag ongetwijfeld de geldende leer m. i. minder onbillijk heeten dan de omgekeerde zoude zijn.

Zijn echter de grootste slagboomen van het bewijs uit den weg geruimd, dan behoeft bij de verdeeling van den bewijslast niet meer gerekend te worden met de onbillijke gevolgen van dat bewijssysteem en behoort zuiver te gelden de vraag, op welke partij de bewijslast drukt.

Waar nu echter rondom de leer der onsplitsbaarheid in de rechtsgeleerdheid van alle tijden en landen tevens het best is ontwikkeld een goede beschouwing over de behoorlijke verdeeling van den bewijslast, behoudt juist dat leerstuk en ook die wetenschap de volle waarde voor de toekomst, nadat door een betere bewijsleer de formeel logische en min of meer kunstmatige toepassing dier leer zal zijn verdwenen, en zal zijn verkregen een betere waarborg om zooveel mogelijk de materieele waarheid te benaderen.

Dat het hoogste goed op het spel staat, wanneer het gaat om een goede rechtspraak, worde hierbij *steeds* in het oog gehouden! Het behoeft echter wel geen betoog, dat ook een vrijere bewijsleer hiervoor het volmaakte niet zal kunnen brengen. Voorzover dit nog noodig ware, wordt dit geïllustreerd door hetgeen we kunnen

opmerken op het gebied van ons strafproces, alwaar dat onderzoek naar de materieele waarheid, en op grond van de wetsvoorschriften en ingevolge de daarop steunende practijk, meer volkomen tot zijn recht kan komen.

Het valt niet te ontkennen, dat wel eens vonnissen worden geveld op bewijsgronden, die goed beschouwd weinig meer zijn dan de innerlijke convictie des rechters. Meestal worden die vonnissen verklaard door de persoonlijkheid van den beklaagde, b.v. wanneer deze talrijke veroordeelingen achter den rug heeft. Al zal wellicht in *zulke* gevallen zelden worden misgetast, en al kunnen we ons in dit opzicht dus gerustgesteld rekenen, toch blijft dit als methode hoogst gevaarlijk voor de waardigheid van de rechtspraak.

De vraag zou kunnen worden gesteld, of niet die noodzakelijkheid, om op slechts een schijn van bewijs te veroordeelen, wijst op onvoldoende recherchediensten onzer politie, en onvoldoende geschooldheid voor haar gewichtige taak. Hoelang reeds heeft het geduurd, voordat in ons land een *begin* is gemaakt met het onderzoek van vingerafdrukken (systeem BERTILLON), de dactyloscopie, en de daarmede samenhangende poroscopie en de anthropometrie, met de africhting van politiehonden, enz.!

En wat is in den grond der zaak zeer dikwijls dat genoegen nemen met een schijntje van wettig bewijs, getrokken uit een z.g. aanwijzing en aangevuld door de innerlijke convictie, anders dan eene omkeering van den bewijslast? Laat de beklaagde dan maar zoo'n aanwijzing ontzenuwen, zoo is de gedachtengang. Wordt dan echter niet te veel uit het oog verloren, dat het orgaan van den Staat het bewijs van schuld moet leveren, niet de beklaagde het bewijs van onschuld?

Al zal in een bepaald geval hierover mogelijk wel zonder veel grond zijn geklaagd, toch geloof ik, dat de

klacht van een onzer meest gezaghebbende pleiters in strafzaken van onlangs over het herhaaldelijk splitsen van bekentenissen van beklaagden volkomen gefundeerd is. Vooral in strafzaken brengt de waardigheid des rechts mede, dat het beter is een eisch ten onrechte af te wijzen dan een beklaagde ten onrechte te veroordeelen!

We zien derhalve mede door vergelijking met de strafrechtspleging, hoezeer het ook bij een bewijsleer, die onderzoek naar de materieele waarheid zich ten doel stelt, noodzakelijk blijft de leer der onsplitsbaarheid en de daarmede innig verbonden leer der verdeeling van bewijslast, — volgens het adagium: „actori incumbit probatio” enz., en het: „Actore non probante absolvitur reus”, als uiterste consequentie *op zich zelf* weinig bevredigend, — als grondslagen van een goede rechtspraak op waarde te blijven stellen niet alleen, maar zooveel als mogelijk door éene regeling in de wet te doen blijken. Gaat men dus redeneeren, dat dergelijke beginselen hunne bijzondere beteekenis verliezen door de vrijere bewijsleer, dan moet dit beslist als een belangrijke stap *achteruit* worden beschouwd!

Een voorname oorzaak, waardoor we zoo weinig weten van de juiste werking der vrijere bewijsleer in strafzaken ten aanzien van bedoelde beginselen, is ongetwijfeld de in strijd met den geest der wet hoogst gebrekkige motivering der strafvonnissen. Immers hierdoor onttrekt zich aan het publiek in vele gevallen de gedachtengang des rechters in raadkamer gevolgd. Een dadelijk gevolg is dan, dat de schakel tusschen het volk en zijn rechters verslapt in die mate, dat men van „Weltfremdheit” den rechter in 'slands vergaderzaal bij de behandeling der Justitiebegrooting heeft beticht, terwijl het verwijt van „klassejustitie” moet worden aangehoord, zonder dat met een beroep op de vonnissen dit kan worden bestreden.

Ook is m.i. een gevolg het telkens opduiken van den wensch naar leekenrechtspraak, speciaal ook in den handel, die al in historische tijden „maling aan de juristerij” heeft gehad naast een meer open oog voor de realiteit dan de andere klassen van staatsburgers. Is dit alles reeds een niet te onderschatten nadeel, een nog veel grooter nadeel kan geacht worden het gemis van de gelegenheid tot critiek in die gevallen, waarin die redeneering in werkelijkheid foutief is geweest en heeft gezondigd tegen die beginselen! Moge bij een nieuwe wet op de Strafvordering of bij een urgent te achten wetswijziging dan ook in dit euvel worden voorzien, gelijk elders reeds door ons werd bepleit (1).

Ook ligt hierin een les voor het civiele- en handelsprocesrecht der toekomst, n.l. dat de rechtspraak ook bij vrijere bewijsregeling en de toevoeging van meerdere bewijsmiddelen zich niet late verleiden tot een zoodanige vereenvoudiging der vonnissen, dat enkel een opsomming der verschillende gebezigde bewijsmiddelen de thans gebruikelijke overwegingen vervange. Vooral omdat ongetwijfeld uit de keuze der bewijsmiddelen en de aan ieder der gebezigde argumenten ontleende beschouwingen belangrijk meer dan thans uit de vonnissen de *persoonlijkheid* des rechters zal spreken, schijnt het gevaar niet denkbeeldig, dat de rechter de neiging zal hebben zijn gedachtengang te verbergen, gelijk dit thans feitelijk veelal geschiedt tengevolge van het voor niet-ingewijden onbegrijpelijk formeele der civiele rechtspraak in al hare onderdeelen. Bovendien moet niet worden vergeten, dat voor den ingewijde juist het formeele de taak van recht spreken niet onbelangrijk kan vergemakkelijken, al klinkt dit eenigszins paradoxaal, al ware het slechts, dat eventueele

(1) Zie mijne ingezonden bijdrage in *W. v. h. R.* no. 9553.

dwalingen of fouten in negen van de tien gevallen zullen kunnen worden teruggebracht op een afwijkende opvatting van eenig formeel voorschrift, waardoor en de verantwoordelijkheid op den wetgever terugvalt en tevens de fout of dwaling, hoe ernstig misschien ook, enkel voor den ingewijde in vollen omvang begrijpelijk wordt.

Dit alles verandert bij het wegnemen van dat formalisme; des rechters taak wordt daardoor in zekeren zin *verzwaard!* Overweging verdient het dus, met de onderzinking van het strafproces voor oogen, tevens bij de invoering eener vrijere bewijsleer in het civiel proces de bepalingen omtrent de materiele motiveering der vonnissen krachtig te bevestigen.

Resumeerende meen ik te hebben aangetoond:

1°. dat het niet noodig is bij een meer moderne procedure het zonderlinge te behouden, dat op zich zelf door een gedaagde toegegeven feiten door den eischer moeten worden bewezen;

2°. dat het echter niet juist is gezien, dat met verwijdering van deze abnormaliteit tevens de leer der onsplitsbaarheid der bekentenis als antiquiteit voor de bewijsleer zou moeten worden beschouwd;

3°. dat dit instituut wortelt in — en een belangrijk deel uitmaakt van — het vraagstuk van de verdeling van den bewijslast;

4°. dat in beginsel handhaving van dat instituut noodzakelijk blijft, en, zij het ook op andere wijze dan thans, in de wet behoort te worden uitgedrukt.

Wanneer op de voren uiteengezette wijze de rechter aldus wordt toegerust, bestaan de noodige waarborgen voor meer bevreemdende beslissingen in gevallen van alsdan gesplitste geclausuleerde bekentenissen. Om nogmaals het academische voorbeeld van de betaling te nemen, zal iedere aanwijzing — in de houding des eischers bijv.

gelegen — den rechter kunnen leiden tot het aannemen van het bewijs der betaling.

Ook zal m. i. ongetwijfeld de geheele situatie van het geval daartoe èn moreel èn juridisch mogen bijdragen. Zoo b.v. de omstandigheid, dat beide partijen *gelijkelijk* zonder bewijzen te vragen hebben gehandeld, en dat de ruiterlijke erkenning van de onder vier oogen gesloten overeenkomst onder de verder aanwezige omstandigheden de betrouwbaarheid van de houding van den gedaagde in het proces versterkt.

Dikwijls immers gaat het in het strafproces aldus, waarbij nog wel vaak meer ingrijpende belangen der justiciabelen zijn betrokken dan in welk civiel geding ook.

En wanneer de practijk in dit opzicht onbevredigend mocht blijken tengevolge van 's rechters lijdelijkheid in civilibus, zou bovendien desnoods te overwegen zijn een bepaling voor gevallen van wederkeerig vertrouwen der partijen, dat bij het bestaan van de bepaalde convictie des rechters, dat de betaling b.v. wèl is geschied, en onder voorwaarde van deze uitdrukkelijke motiveering, en dus als uitzondering, deze alléén *als summier bewijs* voldoende zou zijn. Het resultaat is dan te vergelijken met een z.g. *half bewijs* van een alibi door een beklagde in het strafproces ingeroepen, in welk geval een voorzichtig rechter zeker het „in dubiis pro reo” zal laten gelden, vooral wanneer hij door welke omstandigheid ook den indruk krijgt, dat beklagdes beroep wel eens gegrond kon zijn!

Hoe echter de uitslag moge zijn voor dien onderstelden gedaagde, zooveel is wel zeker, dat als op dergelijke wijze het voor en tegen behoorlijk tegen elkander in het vonnis is opgewogen, als waarborg dat de rechter zich voldoende rekenschap van zijn gedachtengang heeft gegeven, dan ook voor de *beide* partijen *als rechtspraak*

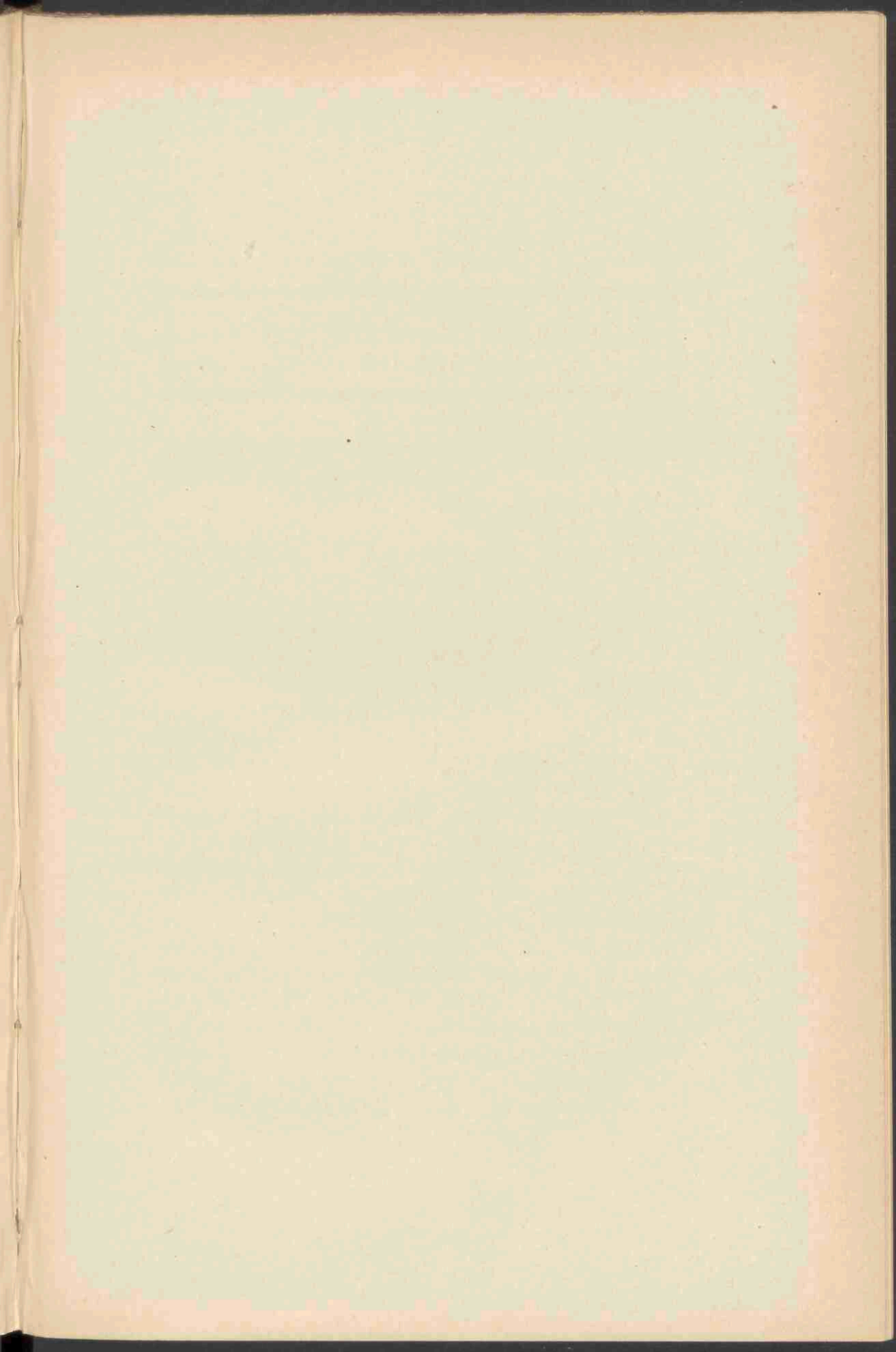
een betere en meer bevredigende oplossing zal zijn verkregen dan thans bij de leer der onsplitsbaarheid. Deze toch geeft zooals we zagen den gedaagde een grootere kans dan hij zelf wel ooit zal hebben bevroed, of biedt bij de omgekeerde leer voor den gedaagde dikwijls zoo onbillijk weinig kansen op bewijslevering, terwijl bij elk dezer oplossingen in *werkelijkheid* geen geschil is *berecht* „als door vroede mannen naar billijkheid en goede trouw”, gelijk de formule voor scheidslieden veelal luidt, maar meer als het ware troeven zijn uitgespeeld! (1).

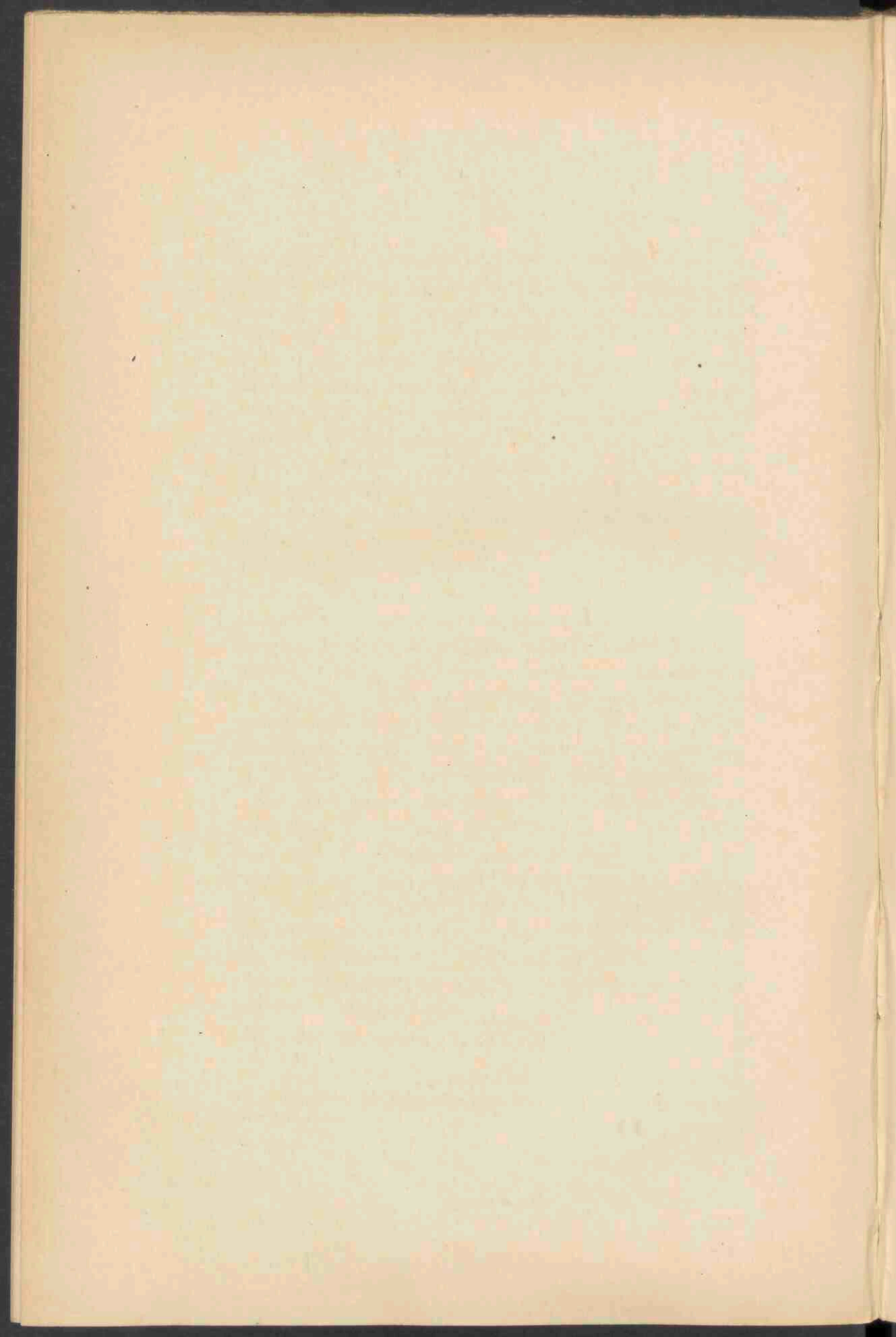
Ik ben mij volkomen bewust verre van volledig mijn onderwerp te hebben behandeld, in het bijzonder ook de daarmede in verband staande vraagstukken slechts in enkele hoofdpunten te hebben beschouwd. Doch waar zelfs de gelegenheid mij zoude ontbreken het te mijner beschikking zijnde, deels aangehaalde materiaal volledig te verwerken, mag ik niet aan een volledig onderzoek zelfs denken. Toch kan het misschien zijn nut hebben het vorenstaande te publiceeren om den strijd en de groote meeningsverschillen over de betreffende onderwerpen zoo mogelijk tot kleinere proportiën terug te brengen.

Met den wensch ten slotte, dat spoedig eene nieuwe bewijsregeling, openende de gelegenheid tot beter onderzoek naar de materieele waarheid, gelijk wij dat verstaan, tot wet moge worden verheven, spreek ik de hoop uit te hebben aangetoond, dat daardoor alleen een eind kan worden gemaakt aan de ongewenschte consequentie van het geldende procesrecht, dat op zich zelf erkende feiten nog eens moeten worden bewezen met al de daaraan verbonden gevolgen.

Leeuwarden, December 1913.

(1) In het *W. v. P., N. en R.* 1906 noemt PAUL SCHOLTEN op blz. 366 het civiel proces van thans «een voor een leek onbegrijpelijke comédie», «een schaakspel gelijk».





Mr. Focco Bernardus Coninck Liefsting

6 Oct. 1827—17 Nov. 1913.

„Wie CONINCK LIEFSTING heeft gekend, heeft hem „bewonderd en geëerbiedigd om zijn groote kennis, zijn „omvangrijke belesenheid, zijn helder en groot verstand . . . „C. L. deed met zijn hoog voorhoofd, zijn schranderen „blik, zijn rustig en magistraal optreden denken aan de „voorstelling, die wij ons maken van die hoogstaande „romeinsche juristen, wier regels ons regt nog beheerschen „en met wier geschriften LIEFSTING zoo zeldzaam goed „vertrouwd was.”

Al is niet minder voortreffelijk, dan HAVERMAN hem met de teekenstift heeft uitgebeeld in den jaargang 1901 van *Woord en Beeld*, LIEFSTING als jurist geteekend in deze enkele regels van Jhr. Mr. A. J. RETHAAN MACARÉ, toen deze op 26 Juni l.l. de vergadering 1914 der Nederlandsche Juristenvereniging opende, vul ik dat portret parlé aan met nog eenen trek, omdat de spreker dien trek niet vermogt aan te brengen. Want nimmer zat hij met LIEFSTING in de raadkamer, en jarenlang heb ik dat voorregt gehad. Welnu: ook dáár deed het uitbrengen van zijn advies denken aan eenen Papiniaan of Ulpiaan, rustig en magistraal *respondeerend*. Respondeerend omdat LIEFSTING, als president der raadkamer het laatst zijn gevoelen mededeelend, uitteraard tevens zich uitliet over hetgeen de (toen zes) voorafgaande votanten in het midden hadden gebracht. Was onder hen verschil geweest, hetzij van betoog, hetzij van slotsom, dan wêerlegde hij wat

hem in de gronden onjuist aangevoerd scheen en ondernam het versterken van wat hij terecht aangevoerd oordeelde; was er geen verschil geweest, dan deed hij natuurlijk alleen het laatste, altoos in afgewogen bijna guttatim voortgebragte woorden. Maar immer met zoo veel nieuws, klemmends en pittigs, dat het mij klonk als respondeeren door eene sommiteit uit Rome — zelfs al had ik ten slotte mij buiten staat gevoeld te buigen voor het groote gezag van dezen president.

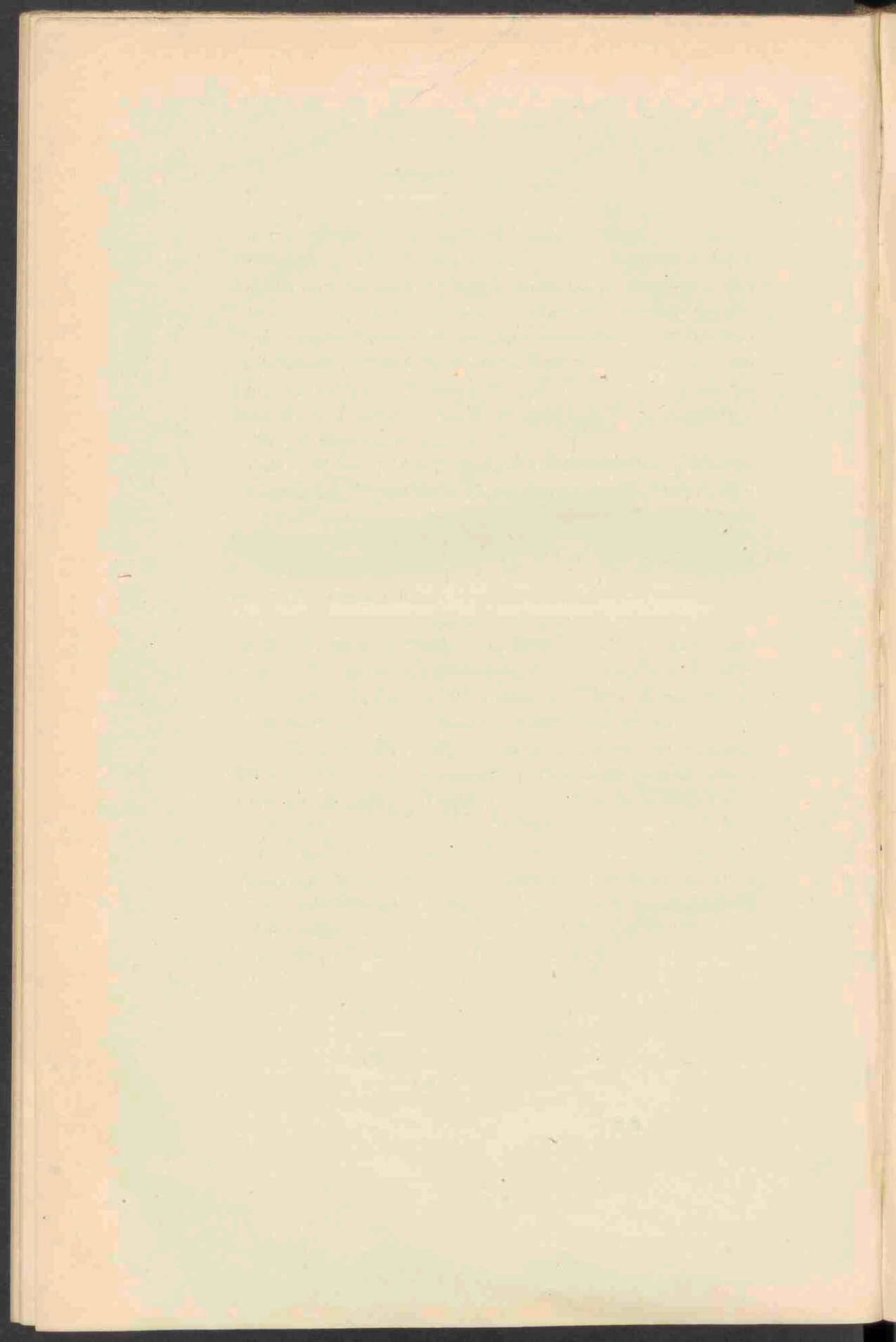
Aan *Themis* past voorwaar een kort woord van nagedachtenis te wijden aan dezen grooten jurist, omdat hij het tijdschrift ruim heeft bedeed met het beste wat door hem wetenschappelijk is gewrocht. Want zijn in 1890 verschenen „Algemeene beginselen van de leer der regts-„geldigheid van verbindtenissen uit overeenkomst” zijn slechts de uitwerking, eene vermeerderde en verbeterde editie als het ware, van studiën over de romeinsche conditiën, van 1861 af verschenen in het tijdschrift, dat buitendien met tal van bijdragen door hem is verrijkt; ja zeldzamerwijs heeft *Themis* zelfs zijdelings wetenschappelijke waardevermeerdering aan LIEFSTING te danken gehad, door uit te lokken polemisch optreden van eenen jurist minstens even groot. Want in 1870 zijn aan *Themis* te beurt gevallen de merkwaardige artikelen van zijnen en mijnen vriend JAN KAPPEYNE VAN DE COPPELLO over Bezit, en die opstellen hebben tot oorsprong gehad LIEFSTING's andere standaardwerk, dat over Bezit, welks historische beschouwingen KAPPEYNE niet onwêersproken kon laten.

Aan mij, den nu oudsten medewerker van het tijdschrift, is *Themis* dat gedachteniswoord komen vragen en dat geef ik nu, ofschoon ik al tweemaal in het openbaar van LIEFSTING heb gewaagd en, toen de Redactie mij aanzocht, nog elders in de schuld voor een levens-

berigt van hem geraakt was. Maar te gewagen, iterum atque iterum, van eenen man als hij, die hoog stond in nog iets beters dan kennis, namelijk in karakter en in opvatting zoowel als praktijk van het leven, verdriet niet ligt; allerminst wanneer men, gelijk ik, diens vriendschap heeft mogen verwerven en tot de allerlaatste dagen van zijn lange leven behouden. Wel echter dringt dat iterum iterumque tot bekorting, en daarom thans nog slechts dit. In één opzigt heeft C. L. mij teleurgesteld, want onvervuld is gebleven de wensch dien ik, op 3 Nov. 1908 mijzelven als president van den Hoogen Raad installeerend, aan de kenschets van mijnen ambtsvoorganger toevoegde: dat de intrede in het otium cum dignitate hem zou verlokken om aan de regtsgeleerde wereld nogmaals eene vrucht van zijne wetenschap te bieden. Doch bovenal hemzelve is dat eene groote teleurstelling geweest: immers nog vóór het einde des jaars heeft de staat zijner gezondheid hem den daartoe vereischten arbeid onmogelijk gemaakt. En als hij mij zijn leedwezen daarover uitsprak moest ik helaas erkennen, dat na den 81en jaardag zijn zenuwgestel nog wel een gesprek over belangrijke zaken toeliet, doch grootere spanning niet. *Peace* moest het voortaan voor hem wezen, doch tot zijn einde *peace with honour*.

„Peace with honour”, dit is het opschrift waarmede in prentverbeelding de grafzerk van BENJAMIN DISRAELI, Earl of Beaconsfield, door het staatkundige Grootbrittanië is geërd; Peace with Honour zij de gedachtenisspreuk, waaronder het regtsgeleerde Nederland de heugenis aan CONINCK LIEFSTING als' eersten magistraat van Nederland en buitengewonen man van wetenschap nog lange jaren bewaart.

A. P. TH. EYSSSELL.



THEMIS

LXXVste deel — VIERDE STUK

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

Provinciale Wetgeving in de jaren 1814—1848.

(Mededeelingen uit de Notulen van het Provinciaal bestuur van Holland en Noordholland) (1)

DOOR

Mr. F. G. SCHALKWIJK,

Hoofdcornities ter Provinciale Griffie van Noordholland.

„Zonder een bedrijvig lokaal en provinciaal burgerregt, mist de werking van het Staatsburgerregt haren grondslag”, aldus THORBECKE (2).

(1) In dit opstel worden, wanneer het tegendeel niet blijkt, onder «Staten» verstaan de Provinciale Staten; Not. P. S. beteekent: Notulen der Provinciale Staten; Not. G. S.: Notulen der Gedeputeerde Staten (van Noordholland). Tot beter verstand van het volgende, herinnere men zich ten aanzien van de organisatie van de provincie Holland onder de Grondwetten van 1814 en 1815 overigens het volgende:

Noord- en Zuidholland — sedert 1807 gescheiden — werden in 1814 weder samengevoegd. Intusschen bleef een interne scheiding bestaan en kende men een «landschap» Noord- en Zuidholland.

Volgens art. 4 van het Souverein besluit d.d. 20 April 1814

(2) Aanteekening, 2^{de} uitgave, 2^{de} deel, blz. 78.

Is deze meening van Neerland's grooten staatsman juist, dan houdt men, bij alle waardeering voor de tee-

(Bijv. *St.* 1813—14 A, blz. 99) waren de grenzen van Noordholland die van het voormalig departement Amstelland, de grenzen van Zuidholland die van het voormalig Maasland (beide departementen ingesteld bij de wet van 13 April 1807). Art. 93 der Grondwet 1814 en art. 153 der Grondwet 1815 lieten de mogelijkheid open, dat voor Holland twee colleges van Gedeputeerde Staten werden benoemd.

In het Kon. besluit d.d. 26 Augustus 1814, krachtens art. 74 der Grondwet vastgestelde «Reglement omtrent de samenstelling van de Staten der provincie Holland» (Bijv. *St.* 1813—1814 B, blz. 576) werd (zie art. 37) nog slechts hypothetisch over een dubbel uitvoerend college gesproken: de Staten hadden zich over dat punt nog niet uitgesproken. Een voorstel aan den Koning, om hiertoe over te gaan, behoorde tot de eerste werkzaamheden van de nieuwe Staten (Not. P. S. 1814, blz. 6). Het nieuwe Reglement op de samenstelling der Staten van 2 April 1817 (Bijv. *St.* 1817 A, blz. 314) regelde in art. 54 het dubbele college definitief. Beide colleges bestonden uit 9 leden.

Het zuidelijke college resideerde in den Haag, het noordelijke in Haarlem.

Er was voorts een Gouverneur voor elk deel der provincie; eveneens twee griffiers, door den Koning te benoemen. De Staten der provincie vergaderden beurtelings in Den Haag en in Haarlem, onder voorzitterschap van den Gouverneur en met bijstand van den Griffier van het landschap, waar de zitting gehouden werd. De Gouverneur van het andere gedeelte fungeerde als vice-voorzitter. Elk deel van het provinciaal bestuur had zijn eigen administratie en eigen griffie en leidde zijn eigen leven zonder anders dan in noodzaak met den ander overleg te plegen en zonder dat de competentie van de beide organen afdoende geregeld was.

Deze, tot allerlei moeite en omslag leidende toestand hield in 1840 met de volkomen scheiding der beide landschappen op. De verschillende organieke bepalingen voor de provincie — thans vervat in de Provinciale wet — waren destijds, behalve over de Grondwet, verdeeld over de reglementen, betreffende de samenstelling der Staten, over die, bepalende de wijze waarop het gezag en de magt der Provinciale Staten wordt geoefend (art. 152 der Grondwet 1815) en over de reglementen van orde. (Een en ander als regel te vinden in het Bijvoegsel tot het

kenen van opbloeiende provinciale politiezorg in de laatste tijden, niettemin zijn hart vast voor het lot van ons staatsgebouw, dat dan blijkbaar een deel mist van de zuilen, waarop het heet te rusten.

Aan locale belangstelling bestaat geen gebrek en de huishouding van den Staat lijdt eerder onder te veel dan onder te weinig bemoeienis van de zijde der regeerden. Maar de provincie?

Staatsburgerlijke belangstelling is zelden a priori; zij wordt meestal eerst opgewekt, wanneer de werkzaamheid der gemeenschap zich voelbaar maakt in der burgers beurs of door beperking hunner vrijheid. Geringe provinciale belangstelling wijst dan ook terug op weinig krachtige provinciale werkzaamheid, ondanks de illusies die een verbeterde wetgeving in 1850 ongetwijfeld heeft opgewekt.

Doch hoe stond het daarvoor, tusschen 1814 en 1848?

Men weet hoe de Grondwetten van 1814 (1) en 1815 (2) aanknoopende bij de Staatsregelingen van 1801 (3) en 1805 (4) vooral wat de autonomie betreft, den Provincialen Staten een bijna onbeperkt terrein hadden toegekend voor hun werkzaamheid.

Ten aanzien van de regeling van de provinciale huishouding stond in 1815 voorop — men herinnere het zich — dat aan de Staten geheel en al werd overgelaten de beschikking en beslissing van alles wat tot de gewone inwendige politie en oeconomie behoorde.

Staatsblad, de «Handleiding tot de kennis van het Nederlandsch Staatsbestuur» of in de gedrukte Staten-notulen van Holland.)

(1) Art. 88.

(2) Art. 146.

(3) Art. 74, nader uitgewerkt in de reglementen der verschillende departementen. (Zie bijv. art. 29 van het Reglement voor Holland).

(4) Art. 62, benevens het Algemeen Reglement voor de Departementale besturen van 1805.

Onder goedkeuring van den Koning, was het hun vergund de reglementen en ordonnantiën te maken, als zij voor het algemeen provinciaal belang noodig oordeelden.

Wat is hiervan geworden?

BUYS verklaart kort en krachtig, dat, ondanks de algemeene overeenstemming bij het ontwerpen der constitutie van 1814—15 omtrent de groote waarde van provinciale zelfstandigheid „geen beginsel uit de Grondwet van 1814 zoo volkomen schipbreuk (heeft) geleden als juist dit” (1).

Op dit punt heerscht roerende eenstemmigheid tusschen het driemanschap THORBECKE (2), BUYS (3) en den commentator onzer Provinciale Wet, Mr. VAN LEEUWEN (4).

De oorzaak dezer staatsrechtelijke teleurstelling?

Zij ligt in een aanklacht, door THORBECKE uitgesproken, niet tegen de bestaande wettelijke voorschriften, doch tegen de gevolgde regeeringspraktijk.

Letter en geest der Grondwet — aldus ongeveer luidt het requisitoir (5) — hebben geen schuld: zij waarborgen den Staten bijna volle vrijheid.

Maar de sterke centralisatiegeest van den Franschen tijd is niet over ons gegaan zonder sporen achter te laten. De centrale regeering doet, ook na de vrijwording van Frankrijk's overheersching allerlei, wat inderdaad tot de taak van de Provinciale overheid behoort en regelt tal van onderwerpen, wier behandeling inderdaad veeleer op den weg van den provincialen wetgever zou hebben gelegen.

(1) BUYS, Grondwet, II, blz. 79.

(2) Aanteekening, II, blz. 93 vlg.

(3) Alsvoren, blz. 79 vlg.

(4) Mr. H. J. VAN LEEUWEN, de Provinciale Wet, blz. 4 vlg.

(5) Aanteekening, II, l. c.

En de Provinciale overheid? Het wordt niet uitdrukkelijk gezegd: maar men verstaat, dat zij zich blijkbaar niet verzet; dat zij doet alsof zij deze usurpatie der Regeering als vanzelf sprekend beschouwt, zich bescheiden terug trekt en de Regeering laat begaan.

Van een „treurig provinciaal regeeringsstelsel” (1) spreekt BUYS.

En THORBECKE zegt het in zijn taal aldus: „De uitbreiding, welke de provinciale regeermagt volgens „art. 144 zal erlangen, hangt natuurlijk af van de „meerdere of mindere werkkraft der Staten; maar „inzonderheid ook, ja in de eerste plaats van de houding „der algemeene wetgeving en des algemeenen gouvernements jegens de provincie. Indien beide zoo handelen, „alsof de provinciewetgever kon worden gemist; indien „zij onder hunne zorg zamentrekken 't geen aan „provinciaal bestel kon voorbehouden blijven; wat zullen „de Staten doen?” (2).

De verkeerde plooi in de praktijk van het provinciaal bestuur, vooral in de verhouding tot het centrale gouvernement, beperkte dan ook haar gevolgen niet tot het weinige gewicht der onderwerpen, welke de Staten binnen hun bemoeiing trokken, doch bleek uit den vorm bovenal.

De Staten stellen de reglementen vast, de Koning keurt goed of af. Aldus wil het de Grondwet.

Gedeeltelijke goedkeuring kent de Grondwet niet, evenmin de bevoegdheid van den Koning om zelf te verordenen.

Ook te dien opzichte is er volgens THORBECKE zwaar gezondigd.

(1) Buys, alsvoren, blz. 82.

(2) Aanteekening II, blz. 93.

„Tusschen de verklaarde grondwettige beginselen” — aldus THORBECKE's grief tegen den vorm der provinciale wetgeving zijner dagen (1) — „tusschen de verklaarde „grondwettige beginselen en de praktijk is nog een groote „afstand. Zeer gewigtige verordeningen zijn beraamd en „voorgesteld niet door de Staten, maar vanwege de „Kroon; bij voorbeeld de reglementen, daar artikel 6 „der Grondwet van 1815 van handelde, of die, „waarvan artikel 150 [de Grondwet van 1848] spreekt. „Anders is het onverklaarbaar, dat zoowel gene regle- „menten, als deze, goedgekeurd bij koninklijk besluit van „22 Junij 1817, alom woordelijk overeenstemmen. In „andere werd vanwege de Kroon vóór de goedkeuring „ingelascht of veranderd. Soms zijn, schoon er bij uitstel „niet het minste gevaar was, de reglementen niet door „de volle Statenvergadering, maar door de Gedeputeerde „Staten gemaakt, goedgekeurd en in werking gebragt; „nù eens onder voorbehoud van den plicht om de eerst- „volgende algemeene vergadering in de gelegenheid te „stellen, hare bedenkingen aan den Koning mede te „deelen, die dan naar bevind van zaken zou beschikken; „dan eens, zooals het schijnt, zonder dat voorbehoud. „Somwijlen keurde de Kroon gedeeltelijk of met uit- „zondering goed, zoodat het goedgekeurde deel zou „verbinden.”

Is deze schildering van een blijkbaar al te bemoeizieke Regeering, die niets liever wil dan de provinciale autonomie kleineren, het centraal gezag versterken ten koste van provinciaal leven, inderdaad voor het tijdvak, waarover THORBECKE schreef, geheel juist? Het moet zoo zijn. Voor wien het *αυτος εφη* niet voldoende is, herinnere zich uit onze staatkundige geschiedenis o. m. hoe de

(1) Aanteekening, II, blz. 97, 95 vlg.

bekende Koninklijke boodschap van 1829 (1), waarmede den Staten-Generaal het ontwerp van wet werd aangeboden „wegens de drukpers”, ten aanzien van de attributen der Provinciale Staten een uitdrukkelijke erkenning inhield van hun belangrijkheid en van hunne rechten, herinnere zich ook het bekende Koninklijk Besluit van 1 Maart 1831 (2), waarbij o. m. wordt bepaald, dat „van nu voortaan”, „aan de Staten der provincien, de „uitvoering der wetten, opgenoemd in artikel 145 der „Grondwet en anderen, te dien einde aan hen toe te „zenden, zoomede het algemeene bestier der inwendige „administratie en huishouding derzelver provincie „worde opgedragen en toevertrouwd in al de uitgestrekt- „heid, welke de bepalingen der Grondwet en andere wetten, „maar eenigszins toelaten”.

In deze stukken alleen reeds vinden wij „reum confidentem”.

(1) LIPMAN, Constitutioneel archief, 1ste verz., blz. 124 vlg.

(2) Zie over genoemd Kon. besluit o. a. THORBECKE, Aanteekening II, blz. 86 vlg., ook blz. 83 en 93. Het Kon. besluit kwam ook in de Staten van Holland ter sprake, naar aanleiding van een voorstel van Mr. N. J. A. C. HOFFMANN, om de Staten te doen onderzoeken «of en welke maatregelen door die vergadering genomen zouden kunnen worden, ten einde de weldadige oogmerken van Zijne Majesteit . . . te verwezenlijken». De commissie uit de Staten, die over dat voorstel had te rapporteeren, deelde mede, dat de beide Gouverneurs haar op verzoek om inlichting hadden bericht, dat zij reeds bij herhaling over dit onderwerp met de hoofden der Departementen van Algemeen Bestuur hadden gecorrespondeerd en gunstig uitzicht koesterden, dat de bekende weldadige oogmerken van Z. M. zouden worden verwezenlijkt. In deze omstandigheden achtte men het «min voegzaam», dat in deze aangelegenheid thans nog iets vanwege de Staten werd gedaan en bepaalde men er zich toe, om de Gouverneurs te verzoeken om den Ministers bekend te maken met het groote belang, dat de Staten van Holland er in stelden, «dat aan het belangrijk en vaderlijk besluit van 1 Maart 1831 spoedig gevolg worde gegeven».

Zie Not. P. S. 1831, blz. 468; 1832, blz. 159 en 174 vlg.

Dit alles, hoe zwaarwichtig het moge lijken, neemt ten slotte niet weg, dat toen ik THORBECKE's genoemde boutade toetste aan hetgeen tusschen 1814 en 1848, blijkens de notulen der Provinciale Staten van Holland en na 1840 van Noordholland, in die gewesten op wetgevend gebied is omgegaan, de uitkomsten van mijn onderzoek niet geheel overeenstemden met hetgeen ik mocht verwachten. Slechts zelden stuitte ik op uitingen van een despotisch Gouvernement, hetwelk er op uit is om het provinciaal bestuur te verdrukken; veeleer vond ik een Regeering die, althans aanvankelijk, voor het heilzame der provinciale bemoeiingen het volle oog had, en een Staten-college, zich zijn macht bewust en er evenzeer van doordrongen, dat het provinciaal welzijn door goede verordeningen gebaat kan zijn.

Blijft de uitslag veelal onder het pogen, dan valt dit voor een niet gering deel hieraan toe te schrijven, dat er andere omstandigheden waren, die ten slotte een gelukkige ontplooiing der provinciale politiezorg in den weg hebben gestaan.

Het volgende beperkt zich voornamelijk tot de pathologie van de provinciale wetgeving; tot die verordeningen die vooral in den vorm het ziektebeeld vertoonen door THORBECKE beschreven; het betreft een onderzoek hetwelk ik instelde, met het doel om na te gaan of mijn diagnose dezelfde zou zijn.

Voor een conclusie, die voor alle gewesten gelijkelijk geldt, leent zich de uitslag van dat onderzoek natuurlijk niet. Het bepaalde zich immers slechts tot één provincie, zij het ook de gewichtigste, tot Holland.

Men zoeke trouwens in het volgende niet meer dan een bescheiden bijdrage tot de kennis van de praktijk van het Provinciaal Bestuur tusschen 1814 en 1848, een tijdvak, dat in den regel meer verguisd dan gekend wordt.

Voor den beoefenaar van het staatsrecht, die op afwisseling gesteld is, moet het tusschen de jaren 1798 en 1815 een aangename tijd zijn geweest. Zevenmaal heeft men gedurende dien tijd van staatsregeling als van van kleeven verwisseld en nauwelijks had men zich in het eene stel eenigermate ingeleefd of een nieuwe staatsregeling met nieuwe beginselen vroeg de aandacht en van de bewindvoerders de kunst om de staatsmachine naar ander tempo te regelen.

Kende de unitaristische staatsregeling van 1798 geen provinciën met wetgevende macht, de foederalistische van 1801 daarentegen gaf aan de departementale besturen een macht tot beschikking over alles, wat tot de gewone inwendige politie, oeconomie en finantiën van het departement behoorde, die aan de vroegere glorierijke souvereiniteit kon herinneren en de grondslag werd voor de latere ontwikkeling van de provinciale autonomie (1). De Staatsregeling van 1805 weifelde in hetgeen zij den departementalen besturen geven of onthouden zou (2), doch het Algemeen Reglement voor de departementale besturen van 1805 verklaarde zich voor het reeds geldende, ruime stelsel.

De regering van Koning **LODEWIJK** in 1806 herleidt

(1) Zie art. 71 der Staatsregeling van 1801, nader uitgewerkt in het departementaal Reglement krachtens art. 63 (voor Holland, dat van 29 April 1802). De bevoegdheden volgens dit Reglement aan het Departementaal bestuur toegekend zijn overeenkomstig het grondwettig stelsel zeer ruim en getuigen ook daar van groote zucht tot decentralisatie. O. a. was aan dit bestuur een deel van de justitieele organisatie opgedragen; zie bijv. artt. 127 vlg. van het Reglement voor Holland.

(2) Zie artt. 62 vlg. der Staatsregeling. Art. 14 van het Reglement geeft aan het Departementaal bestuur de directie en het toezicht over de inwendige politie en oeconomie, benevens de verzorging van het justitiewezen.

dan echter de autonome departementen tot de bijna zuiver administratieve lichamen van weleer (1). En wat er nog van de aloude glorie overbleef, verdween onder Frankrijks drukkend prefektenstelsel.

Doch na den nacht daagde het licht en met de wedergeboorte van Holland, deed in 1814 opnieuw de provinciale autonomie in de Grondwet haar intrede (2), een blijde boodschap, die in 1815 in bijna gelijklopende woorden werd herhaald (3). Provinciaal burgerschap en zelfstandig provinciaal leven schenen thans een waarheid te zullen kunnen worden. Niet dat de bevoegdheden van 1801 en 1805 voor Holland zonder vrucht waren gebleven: van de wetgevende macht, den departementen geschonken, was inderdaad gebruik gemaakt. Doch het grondwettelijk systeem had den tijd gemist om door te werken (4).

(1) Art. 62 der constitutie, uitgewerkt in de wetten van 13 April 1807 en het decreet van 29 April 1807, waarbij de uitvoering van wetten e. d. werd opgedragen aan een Landdrost, bijgestaan door assessoren. Art. 17 van eerstgenoemde wet gaf echter aan den Landdrost met assessoren het recht om reglementen van politie aan de Regeering voor te dragen. Uit kracht daarvan is in 1807 ontstaan het bekende huishoudelijk schoolreglement van Holland, ter uitvoering van de Wet op het Lager Onderwijs van 3 April 1806, welk reglement eerst is vervallen bij de Wet op het Lager Onderwijs van 1857. Zie het verslag der Commissie uit de Staten van Noordholland, benoemd op voorstel van Mr. G. DE VRIES Az., tot een onderzoek naar de provinciale verordeningen van dat gewest (Not. P. S. 1851, blz. 100 vlg.), grootendeels ook opgenomen in de voorrede van Mr. G. DE VRIES Az. op zijn werkje «De provinciale verordeningen van Noord-Holland» (Haarlem 1852).

(2) Art. 88.

(3) Art. 146.

(4) O. m. werd tusschen 1802 en 1806 door het Departementaal bestuur voor Holland vastgesteld een reglement, betreffende de organisatie van het bestuur en van het regtswezen, een reglement op

Thans, in 1814, schenen de velden wit om te oogsten. Er was lust tot scheppen en doen, zoowel bij de provinciale autoriteiten als bij de Regeering.

Onder de provinciale autoriteiten, waren het voornamelijk de Commissies van Landbouw (1), die door hare voorstellen blijk gaven de voordeelen van provinciale regeling inderdaad te beseffen.

Het is de Noordhollandsche Commissie bijv., die de aandacht van de Gedeputeerden van dat Gewest vestigt op het toenemend stelen van houtgewas en op de schade voor den landbouw, aangebracht door sommige vogelsoorten en die provinciale reglementen op dat stuk bepleit, niettegenstaande het laatste punt reeds geregeld was bij een wet van 25 Mei 1808 (2). In beide gevallen geven Gedeputeerde Staten aan den geoeffenden aandrang gehoor en houden zich met het ontwerpen van provinciale reglementen bezig, die alleen daarom geen kracht van wet verkrijgen, wjl de Regeering gegronde praktische

de jagt, één op de uitoefening van al de takken van de geneeskunde, bepalingen betreffende tijdelijke voorzieningen tegen besmettelijke ziekten, voorschriften op de strandvonderij, een verbod van ontgroenpartijen aan de Leidsche Academie, een publicatie betreffende redding van drenkelingen, tegen het afsteken van vuurwerk, bepalingen, die trouwens voor een deel minder de autonomie, dan wel de medewerking aan de uitvoering van wetten betroffen (zie voornoemd verslag der Statencommissie).

(1) Er was een commissie voor Noordholland en één voor Zuidholland. De commissies van landbouw werden gereorganiseerd in 1818 (zie Kon. besluit d.d. 26 Juni 1818, Bijv. *St.* 1818, B, blz. 906.

(2) Zie het verslag der Noordhollandsche Commissie over 1814, bijlage van Not. G. S. 23 Febr. 1815, no. 15. Op het stuk van schadelijk gevogelte bestond nog een Placaat van de Staten van Holland en Westfriesland d.d. 12 October 1656; betreffende het stelen van houtgewas o.a. een wet van 25 Mei 1808.

en theoretische bedenkingen oppert, die van verdere behandeling doen afzien (1).

Het is dezelfde Commissie van Landbouw, die een reglement concipieert omtrent het keuren van springstieren (2). En ongeveer terzelfder tijd vraagt de Minister van Binnenlandsche Zaken aan Gedeputeerde Staten advies of een dergelijk reglement voor Noordholland nuttig en noodig wordt geoordeeld en zoo ja, om alsdan zulk een reglement te ontwerpen (3). En ook deze „invitatie” van den Minister mag te eer de aandacht vragen, wijl de keuring van springstieren reeds was geregeld in een — zij het nog niet ingevoerde — wet van 12 December 1809. Inderdaad een voorbeeld van vertrouwen in het werk der provinciale overheid. Trouwens, overeenkomstig geschiedde ten aanzien van de regeling van de paardenfokkerij. Hier vraagt de Secretaris van Staat voor de Binnenlandsche Zaken, d.d. 15 Februari 1815, de consideratie van Gedeputeerde Staten van Noordholland over de vraag of het belang der paardenfokkerij vordert, dat daaromtrent een afzonderlijk provinciaal reglement worde ingevoerd (4); en dat ook hier, waar deze materie al geregeld was bij de wet van 17 April 1810.

Toen ten aanzien van de keuring van het botervaatwerk door de Regeering in overweging was gegeven om op dit stuk een provinciaal reglement te maken, tot tijd en wijle een wet op de maten en gewichten dit onderwerp

(1) Not. G. S. 23 Febr. 1815, no. 15; Not. G. S. 16 Maart 1815, no. 2 (met bijl. brief van den Minister v. Binn. Zaken d.d. 13 Maart 1815, no. 52); Not. P. S. 1815, blz. 45 vlg., 61 vlg.

(2) Not. P. S. 1816, blz. 85; Not. G. S. 14 Sept. 1815, no. 7.

(3) Brief d.d. 5 Sept. 1815, no. 56a; Not. G. S. 14 Sept. 1815, no. 7.

(4) Not. P. S. 1815, blz. 44.

voor het geheele Rijk zou hebben geregeld, waren het ditmaal de Staten die, zij het op aannemelijke gronden, den Minister betoogden, dat een dergelijk reglement op het oogenblik geen aanbeveling verdiende (1).

En het is wederom de Secretaris van Staat voor de Binnenlandsche Zaken, die zich, naar aanleiding van de klachten over beurtschippersbedrijf, tot de Staten wendt met de vraag of het niet gepast zoude zijn om een algemeen provinciaal reglement te ontwerpen betreffende het laden en vervoeren van goederen (2).

Wanneer ten slotte het voorstel van den Minister geen verdere gevolgen heeft, dan ligt dat hierin, dat de Staten van oordeel zijn, dat het verkeer der beurtschippers, dikwijls tusschen verschillende gewesten, zich minder wel tot provinciale regeling leent. En het zijn dan de Staten, die den Minister in overweging geven om de bepalingen op het laden en vervoeren van goederen niet provinciaal maar algemeen, d. i. bij wet of besluit voor het geheele Rijk vast te stellen. De rollen zijn hier omgekeerd! (3)

Aan den roes van het oogenblik behoefde men toen nog bij de Regeering blijkbaar niet te denken. In 1824 b.v. vraagt de Minister van Binnenlandsche Zaken of het reglement op de zandverstuivingen in Drenthe, ook mogelijk in Zuidholland navolging zou verdienen. Doch men stuurt den Minister naar huis, met de boodschap, dat in Zuidholland de zandverstuivingen van geheel anderen aard zijn (4).

(1) Not. P. S. 1816, blz. 224. Later — in 1818 — is een provinciaal reglement «op het branden en de tarra der Hollandsche botervaten» vastgesteld.

(2) Not. P. S. 1815, blz. 66.

(3) Not. P. S. 1816, blz. 152, 219 vlg.

(4) Not. P. S. 1824, blz. 68, 141.

Wat men der regeering van WILLEM I later ook moge verwijten, voor de eerste tijden na 1814 was er in Holland voor de klacht, dat de provinciale autonomie door tegenwerking van het centraal gouvernement, niet tot haar recht recht kwam, ja verdrukt werd door een haar vijandig streven van een nog altijd niet van Fransche smetten bevrijd stelsel van centralisatie, geen plaats.

Doch hoe met THORBECKE'S grief, — men herinnere zich zijn tirade — dat zeer gewichtige provinciale verordeningen zijn beraamd en voorgesteld door den Koning, in plaats van door de Staten, dat door de Kroon alweer in reglementen vóór de goedkeuring is ingelascht en veranderd, dat verordeningen niet door de volle Statenvergadering zijn gemaakt, doch door Gedeputeerde Staten en niettemin door den Koning zijn goedgekeurd? dat sommige verordeningen slechts gedeeltelijk zijn goedgekeurd of met uitzonderingen? Is dit alles voor Holland waar en heeft men hier althans te doen met de uitingen van een centrale regeering, zoo al niet belust op provinciale bemoeiing in de kiem te verstikken, dan toch bereid om elk, desnoods onwettig besluit en streven te steunen, ten einde eigen macht te sterken ten koste van de provincie? Inderdaad, naar onze opvattingen is er gezondigd, *intra muros et extra*, d. w. z. door het Provinciaal bestuur zoowel als door de Regeering.

Maar vrijspraak op vele punten staat geschreven o. a. in het boek, dat handelt over de voorbereiding van tal van provinciale verordeningen, maar dat tevens den roman behelst van een ongelukkig huwelijksleven tusschen de „kwelijk gepaarde” landschappen Noord- en Zuidholland, wier dagelijksche omgang te moeilijker was, wijl slecht geregelde huwelijksche voorwaarden eerder geschillen opriepen dan beslechtten.

Ik meen een en ander niet beter te kunnen illustreeren

dan door thans allereerst in haar geheel de lijdensgeschiedenis mede te deelen van een ontwerp-reglement „tot weering van het schurft der schapen”, die als goed staal te beschouwen is van de moeilijkheden, die tal van andere reglementen in Holland te doorworstelen hadden.

Wanneer men weet, dat ook in het begin van de 19^{de} eeuw de schapenteelt vooral in Westfriesland en Texel, gelijk ook nu, zeer belangrijk was, dat de handel bedreigd werd door het voortdurend heerschen van het z.g. rotkreupel en dat plaatselijke keuren onmachtig bleken om de steeds voortgaande besmetting te stuiten, dan is het begrijpelijk, dat de Commissie van Landbouw voor Noordholland de hulp inriep van de hoogere, d. i. de provinciale overheid om in dezen de noodige bepalingen vast te stellen om den bedreigden veestapel van ondergang te redden (1).

Maar het waren echter niet de Provinciale Staten, die thans — zooals men verwachten zou — de noodige reglementaire voorschriften vaststelden, doch inderdaad — THORBECKE's grief is hier niet zonder grond — Gedeputeerde Staten en wel die van Noordholland alleen, die een concept-reglement en „voorzieningen tot het weeren van het schurft, kreupel en andere besmettelijke ziekten onder de schapen in Noordholland”, ingevolge art. 88 der Grondwet in Januari 1815 — dus nog onder vigueur van de Grondwet van 1814 — aan den Souvereinen Vorst ter goedkeuring toezonden (2).

Welk antwoord zij op dit ongrondwettig voorstel te wachten hebben, bleek echter al spoedig. Immers omstreeks terzelfder tijd zonden — alweer, niet de Provinciale Staten, doch Gedeputeerden van Noordholland, zonder

(1) Not. P. S. 1816, blz. 164.

(2) Not. G. S. 26 Jan. 1815, no. 15.

medekennis van hun zuidelijke ambtgenooten — aan den Koning ter goedkeuring twee door hen vastgestelde reglementen, één tegen het stelen van hout en één tegen het vermenigvuldigen van schadelijk gevogelte (1) waarover ik al eerder sprak (2). Ontwikkelde de Minister van Binnenlandsche Zaken (3) tegen beide reglementen voor- eerst — naar ik mededeelde — enkele bezwaren van praktischen aard, aan het slot van de ministerieele missive — in cauda venenum — konden Gedeputeerde Staten bovendien hun vonnis lezen over het arresteeren van reglementen door hun college in plaats van door de Provinciale Staten: „Alvorens te eindigen — aldus de Minister — „vinde ik mij verplicht U Weled. Gr. Achtbr. op „te merken, dat het mij zo uit de gesprekken van Z. K. „Hoogheid, als uit de gemanifesteerde denkwijze van den „Raad van State, ter gelegenheid eener onlangs met mij „gehoudene conferentie over het door U Weled. Gr. Achtbr. „geproponeerd Reglement tot weering van het schurft „der schapen, gebleeken is, dat het proponeeren van dier- „gelijke Reglementen over het algemeen beschouwd word „niet door de Gedeputeerde Staten van één der beide „Afdeelingen van Holland voor het gedeelte, dat onder „hun administratie is, maar alleen door de Staten zelve „voor de geheele Provintie te kunnen geschieden, en dat „mitsdien de Gedeputeerde Staten voor zooverre dezelve „eenige Reglementen van dien aart mogten nodig achten, „den inhoud daarvan bij de gewoonen Jaarlijksche Ver- „gadering der Staten tot een object van overweging „behooren te maken”.

Duidelijker en stelliger kon de Regeering niet opkomen voor het recht der Provinciale Staten en van een simpele

(1) Not. G. S. 23 Febr. 1815, no. 15.

(2) Zie blz. 492.

(3) Brief van 13 Maart 1815, no. 52 (Not. G. S. 16 Maart 1815, no. 2).

bureaukwestie was hier allerm minst sprake: Minister, Raad van State, ja zelfs de Koning (1) kwam er aan te pas.

Maar Gedeputeerde Staten lieten de zaak er niet bij zitten en beten van zich af. In hun schrijven van 23 Maart 1815, no. 21, antwoorden Gedeputeerde Staten — niet heel duidelijk trouwens — dat het hun, zonder eenigszins tekort te willen doen aan de bedenkingen van den Raad van State, veel minder nog aan die van Z. M. den Koning, is voorgekomen, „dat geen onderscheid van deze of dergelijke reglementen van politie bij „de Grondwet gemaakt is, maar dat het maken van alle „Reglementen van Politie volgens art. 88 van de Grondwet (2), onder speciale approbatie van Zijne Majesteit „behoort aan de Staten en bijgevolg bij absentie van „dezelfen aan Gedeputeerde Staten van de Provinciën en „dat als de [door ons] betwiste stelling doorging, de „Gedeputeerde Staten van alle de andere Provinciën, „welken onverdeeld zijn, maatregelen van Politie zouden „kunnen nemen, en dat alleen de Gedeputeerde Staaten „van Holland, omdat dezelfen in twee afdeelingen zijn „gescheiden, dit vermogen zouden missen, tot merkelyk „nadeel der Ingezetenen, daar in een geval als het onder „havige, waarin eene spoedige stuiting van een zeer be-

(1) «Koninklijke Hoogheid» was echter de titel van den *Erfprins* (art. 17 van de Grondwet 1814). Maar de Koning was blijkbaar bedoeld. Aldus vatten Ged. Staten het althans op (zie hun hiervolgend schrijven).

(2) Het noemen van art. 88 der Grondwet, waar aan «gemelde Staten» geheel en al wordt overgelaten de beschikking en beslissing van alles wat tot de inwendige politie en oeconomie behoort, was geen uitvinding voor het moment. Immers reeds de commissie uit Ged. Staten, die rapport uitbracht over het voorstel van de Commissie van Landbouw tot het maken van een provinciaal reglement, herinnert in zake de bevoegdheid aan gemeld grondwetsartikel. (Not. G. S. 26 Januari 1815, no. 15.)

„smettelijke en voor den Landbouw allernadeeligste kwaal
 „vereischt wordt, geen hulp zoude kunnen worden aan-
 „gebracht, als na verloop van eenige maanden, hetwelk
 „nimmer de bedoeling van de Grondwet kan zijn, volgens
 „welke” — dit is vooral lang niet duidelijk — „aan elk deel
 „der Maatschappij gelijke regten worden toegekend”.

Op deze en dergelijke gronden verzoeken Gedeputeerde
 Staten om het door hen vastgestelde Reglement alsnog
 te willen goedkeuren.

Ik schreef vorenstaanden passus bijna geheel over, niet
 omdat deze een volkomen helder inzicht geeft in de
 staatsrechtelijke opvatting van Gedeputeerden betreffende
 de competentieverdeeling tusschen hun College en de
 Provinciale Staten, maar omdat ook uit dezen brief blijkt,
 dat Gedeputeerde Staten zich inderdaad een systeem
 hadden gevormd, waarnaar zij zich wetgevende macht
 meenden te kunnen toekennen en waarop zij zich konden
 beroepen, wanneer de omstandigheden het verkieslijk
 maakten om de medewerking van de volle Statenver-
 gadering uit te sluiten (1).

(1) Het was in het algemeen wel de bedoeling, dat Ged. Staten voor
 een deel de taak van de Provinciale Staten zouden overnemen, wan-
 neer deze niet bijeen waren. Doch de competentieverdeeling was
 onduidelijk afgebakend; zoo bepaalde art. 2 van het «concept-
 Reglement van werkzaamheden voor de Edel Groot Achtbare Staten
 of Gedeputeerde Staten der provincie Holland», krachtens art. 75
 der Grondwet van 1814 (Not. P. S. 1815, blz. 38 vlg.): «Aan gemelde
 Staten of Gedeputeerde Staten wordt, volgens artikel 88 der Grondwet,
 geheel en al overgelaten, de beschikking en beslissing van alles, wat
 tot de inwendige gewone Policie en Oeconomie der Provincie behoort.
 Gelijk zij zoo hieromtrent, als . . . , bevoegd zijn zoodanige Ordon-
 nanten en Reglementen, als zij ten meeste nutte der Ingezetenen
 oorbaar achten, behoudens de Grondwet aan de goedkeuring van
 Zijne Majesteit onderwerpen»

Scherper komt de bevoegdheid van Gedeputeerde Staten tot het

Gedeputeerden hadden met hun verdediging echter geen veine: nauwelijks was de brief de deur der Provinciale Griffie uit, of men ontving — de stukken hadden elkander blijkbaar gekruist — het Koninklijk besluit d.d. 25 Maart 1815, no. 164, waarbij de goedkeuring aan het door Gedeputeerden vastgestelde Reglement onthouden werd (1).

Onverwacht kwam dit stuk niet; doch naar de woorden van den brief, die de bui had aangekondigd, had men krachtiger geluid verwacht.

Helderder dan de verdediging van Gedeputeerden, is het daarover gevallen vonnis niet: het Koninklijk besluit grondde zich allereerst op bezwaren, ontleend aan de mindere doelmatigheid der „voorgedragene mesures”; eerst het slotstuk bevat de staatsrechtelijke bedenking: „dat het eindelijk ook niet boven alle bedenking is” — aldus het Besluit — „dat de bevoegdheid tot het vaststellen „van Reglementen van politie en oeconomie, bij art. 88

maken van reglementen e. d. uit in de artt. 24 en 25 van het op 5 Juli 1816 opnieuw vastgestelde Reglement van werkzaamheden, luidende: art. 24: «In het algemeen wordt aan de Staten of Gedeputeerde Staten overgelaten de beschikking en beslissing van alles wat tot de gewone inwendige Politie en Oeconomie behoort. Art. 25: Wanneer zij oordeelen, dat een Reglement of Ordonnancie voor het algemeen belang der Provincie nuttig of noodig is, dragen zij hetzelfde ter goedkeuring aan den Koning voor».

In verband daarmee bepaalde het tweede lid van art. 31: «Bij iedere gewone bijeenkomst der Staten doen de Gedeputeerde Staten van Noord- en Zuid-Holland verslag van alle zoodanige algemeene maatregelen of verordeningen, als door dezelve, gedurende de afwezigheid der Staten zullen zijn daargesteld of voorgedragen. (Not. P. S. 1816, blz. 166 vlg.) Hier werden dus Ged. Staten gemaakt tot wetgever van de Provincie. Bedoeld Reglement trad echter nimmer in werking en het later geldende reglement van 1818 huldigde een meer grondwettig systeem.

(1) Bijl. van Not. G. S. 6 April 1815, no. 1.

„aan de Provinciale Staten opgedragen, zich zoo verre
 „zoude kunnen uitstrekken, dat ook aangrenzende Provin-
 „tien of Landschappen door de bepalingen van zodanige
 „Reglementen, zouden kunnen worden verplicht; welke
 „bedenking in het voorhanden zijnde geval te meer in
 „aanmerking komt, naar mate het gedane voorstel her-
 „komstig is van een gedeelte der Provinciale Staten, zonder
 „door de Staten der andere afdeeling van die Provincie
 „mede te zijn goedgekeurd”.

Deze overweging moet m. i. op misverstand berusten: het Reglement was immers niet vastgesteld door de Noordhollandsche leden der Statenvergadering, zooals het Koninklijk besluit doet vermoeden, doch door Gedeputeerde Staten; bovendien bepaalde het Reglement zich uitdrukkelijk tot Noordholland.

Het kon inderdaad de vraag zijn of Gedeputeerden hier bevoegd waren, of zij bevoegd waren bovendien tot het vaststellen van een reglement alleen voor Noordholland, ja zelfs of de Provinciale Staten zich tot een deel van het gewest konden beperken bij het vaststellen van wetgevende bepalingen.

Maar wanneer het Koninklijk besluit zich grondde op het feit, dat het Reglement in kwestie zou zijn vastgesteld door een deel der wetgevende vergadering, dan was dit waarschijnlijk een dwaling, die zeker onverklaarbaar zou zijn, wanneer staatsrechtelijke onnauwkeurigheden toen ter tijde niet schering en inslag waren geweest (1).

(1) Ik heb althans geen enkele aanwijzing gevonden, dat het bedoelde Reglement door een deel der Statenvergadering was vastgesteld. Uit Not. G. S. 26 Januari 1815, no. 15 blijkt daarvan niets. Trouwens, de verdediging van Gedeputeerde Staten in het aangehaalde schrijven, d.d. 23 Maart 1815, no. 21 is geheel gericht op het feit, dat de vaststelling van het Reglement door hen is geschied. Het geval, in het K. B. bedoeld, heb ik bij het doorlezen van de verschillende notulen der Staten van Holland niet aangetroffen.

In dit geval gelukkig: want het was waarlijk niet noodig om de moeilijkheden betreffende de competentieregels in het tweeslachtige Holland te vermeerderen.

Voelde het Koninklijk besluit, dat het zich op zwak terrein bevond? Zeker is het, dat de Regeering een slag om den arm hield, de goedkeuring wel weigerde, maar met bijvoeging, dat de geheele zaak werd aangehouden „totdat na de approbatie der Reglementen voor de Staten „der Provintien en Landschappen bij art. 77 (1) der „Grondwet gevorderd, aangaande de strekking der be- „voegdheid van de Provintiale Staten, ten aanzien van „de Reglementen van Politie en oeconomie en de werking „daarvan ook in andere Provintien of Landschappen „definitieve bepalingen zullen zijn gemaakt”.

Vermoedelijk had de Regeering de zaak nog niet bekeken onder het licht, hetwelk Gedeputeerden daarop lieten vallen, doch gevoelde men in Den Haag, dat men hier stond voor ongedachte conflicten, voortspruitende uit de gebrekkige regeling van het bestuur der provincie Holland.

Dat de Regeering zich voornam om dit punt in de organieke reglementen nader te bezien, getuigde van een juist inzicht in de bron der oprijzende moeilijkheden (2).

(1) Bedoeld is blijkbaar art. 75: «De werkzaamheden der Staten worden, behoudens de voorschriften daaromtrent bij deze Grondwet vastgesteld, geregeld door zoodanige bepalingen als zij noodig oordeelen en door den Souvereinen Vorst, in geval van goedkeuring bekrachtigd worden. Zij maken hun eerste werk van het ontwerpen dezer reglementen».

(2) Het was echter eerst in 1818 bij het Reglement, krachtens art. 152 der Grondwet (van 1815), «betreffende de wijze, waarop het gezag en de magt aan de Provinciale Staten bij en tengevolge van deze grondwet gegeven, wordt geoefend» (in het vervolg zoo noodig aan te duiden als het «Gezagsreglement»), dat een nadere compe-

Was voor het oogenblik de zaak der schapenziekten van de baan (1), de Commissie van Landbouw in Noordholland begreep, dat, deliberante senatu, de Noordhollandsche schapen te gronde zouden gaan en wendde zich andermaal tot Gedeputeerden van dat kwartier om hulp (2).

En haar woord sloeg in: overtuigd van het belang der zaak, greep het College andermaal naar de pen, doch het richtte zich ook thans niet tot de Provinciale Staten om van hen de vaststelling te vragen van de bepalingen, waartoe de Minister het uitvoerend gezag niet bevoegd had gehouden, doch nu rechtstreeks tot den Koning, niet in een brief, doch bij plechtig adres.

Nu de nood dringt, thans moet het hooge woord er uit. Niet langer wordt, om de vaststelling van regle-

tentieregeling werd geschapen tusschen Gedeputeerde Staten en Provinciale Staten, echter zonder een uitdrukkelijke, zoo hoog noodige bepaling betreffende een juiste afbakening van de bevoegdheden van Noorder- en Zuiderkwartier.

Ten opzichte o. m. van de algemeene reglementen, bepaalde art. 35 van het genoemde organieke reglement, dat daaromtrent de deliberatiën bleven aan de algemeene vergadering, waarnevens — en dit voorschrift is van belang — art. 36 Ged. Staten echter bevoegd verklaarde om, wanneer de Staten niet vergaderd zijn, te doen wat anders der Staten is, onder gehoudenheid echter om van het verrichte kennis te geven aan de algemeene vergadering. Betreffende de totstandkoming van het Gezagsreglement, zie hierna blz. 533 vlg. Voor den tekst van dit Reglement c.f. o. m. Handleiding tot de kennis van het Staatsrecht, deel III, blz. 638 vlg.

(1) Op 13 April 1815 (bijl. van Not. G. S. 20 April 1815, no. 2) deelde de Minister nog mede — waarschijnlijk als antwoord op het te laat ontvangen verweer van Gedeputeerden — dat de onthouding der goedkeuring niet enkel was geschied op staatsrechtelijke gronden, doch tevens om redenen, ontleend aan den aard der zaak. De mededeeling was overbodig, wijl het K. B. op dit punt voor zich zelf sprak,

(2) Not. P. S. 1816, blz. 164

menten door Gedeputeerden in plaats van door de Provinciale Staten te rechtvaardigen een beroep gedaan op staatsrechtelijke beschouwingen, niet langer gewezen op de „gelijke regten van elk deel der maatschappij”, e. d. „Sire” (1) — heet het thans en het is een beken-
 tenis — „Sire! maatregelen ter bevordering van de landbouw, wij hebben deze steeds gaarne bevorderd, vooral op aanbeveling van de Commissie van Landbouw. Haar voordrachten, „wij zijn niet in gebreke gebleven die „te brengen ter deliberatie van de algemeene vergadering „der Staten van Holland, maar het is ons gebleken, dat „de belangen van het Noordelijk en het Zuidelijk gedeelte „van Holland niet altijd dezelfde zijn, zoodat maatregelen, „welke voor algemeen nuttig in Noord-Holland gehouden, „niet zelden voor minder noodig, ja schadelijk voor Zuid- „Holland geacht worden, hetwelk dan ook tengevolge „gehad heeft, dat onderscheiden, naar ons inzien nuttige „inrichtingen achterwege gebleven zijn, omdat dezelve „niet voor geheel Holland konden daargesteld worden. En „dit geeft ons gelegenheid om eerbiedig onder het oog „van U. M. te brengen, de bezwaren, die wij meenen daarin „te bestaan, dat onderscheide van onze voordragten worden „gerenvoeyerd aan de deliberatiën van de Algemeene „Vergadering der Staten van Holland.

„Immers” — ik volg hier nog den tekst — „daar sommige „locale maatregelen meer noodig worden geoordeeld voor „het eene, dan voor het andere gedeelte van Holland, „veroorzaakt zulks eene vertraging, waaraan geen andere „Provincien van het Rijk onderworpen zijn, terwijl de „Algemeene Vergadering der Staten van Holland minder „met de bijzondere omstandigheden van een bijzonder „gedeelte der Provincie bekend, ook naar ons inziens,

(1) Not. P. S. 1816, blz. 162.

„minder in staat is om die bijzondere belangen gade te slaan en te beoordeelen.”

Gedeputeerden achten maatregelen in het belang der schapenteelt in Noordholland, niet echter voor Zuidholland, dringend noodig.

Liefst zouden zij dan ook nu zien, dat het door hen ontworpen reglement althans provisioneel werd goedgekeurd (1); wellicht echter geeft de Koning de voorkeur aan bepalingen voor het geheele Rijk. Mocht Z. M. ook dit niet gewenscht achten, dan verzoeken Gedeputeerden om hen te machtigen om een bijzonder Reglement, daartoe zooveel noodig gewijzigd naar de gemaakte opmerkingen voor Noordholland (2) ter approbatie aan te bieden.

Inderdaad, het was een noodkreet, die aan het hart van het Noordelijk College ontsnapte. Het antwoord? Het is kostelijk nuchter en een staaltje van ambtelijken humor. Het bestaat in het volgende briefje d.d. 5 Juli 1816 van den Minister ROËLL aan de Provinciale Staten (3):

„Ik heb de eer UEd. Gr. Achtb., ter voldoening aan „de intentie van Z. M., hiernevens toe te zenden een „door de Gedeputeerde Staten van Noordholland voorge- „dragen Reglement, houdende verordeningen tot wering „van het schurft der schapen, welk stuk Z. M. tot een „onderwerp van deliberatie bij de thans bijeengekomen „Vergadering van UEd. Gr. Achtb. wenscht gemaakt te „zien, ten einde hetzelfde door UEd. Gr. Achtb., indien „dezelve daartoe termen vinden, hetzij voor de geheele „Provincie, hetzij voor het Noordelijk deel van dezelve „onder zoodanige veranderingen of wijzigingen, als UEd.

(1) Gelijk geschiedde met het Reglement voor Noordholland, betrekkelijk het keuren en springen der stieren. Zie hierna.

(2) De spatieering komt voor in den tekst van de minuut.

(3) Not. P. S. 1816, blz. 161 vlg.

„Gr. Achtb. raadzaam zullen oordeelen, nader zoude „kunnen worden voorgedragen”.

En als bijlage bevat dit briefje . . . het adres van Gedeputeerden van Noordholland aan den Koning, waarin zij zoo heerlijk en, naar zij dachten, zoo ongestoord, kwaad hadden gesproken zoowel van Hun Ed. Gr. Achtbaren als van hun Zuidelijke collega's!

Mij dunkt, waarvan men hier de Regeering ook beschuldigen mocht — misschien van weinig liefde voor de Noordhollandsche schapen, die door uitstel leden —, zeker niet van geringschatting van de volle regeermacht der Provinciale Staten!

Intusschen, niet alleen, dat van eenige ontstemming uiterlijk niets blijkt, — hetzij bij de volle Vergadering, hetzij bij Gedeputeerden uit Zuidholland (de notulen behelzen echter geen discussies, slechts bloote voorstellen en besluiten) maar het verloop der zaak is thans ook weer gansch anders dan men verwacht zou hebben.

De brief van den Minister wordt in handen gesteld van een Statencommissie op 5 Juli 1816 (1), die reeds den volgenden dag — men werkte inderdaad niet langzaam — verslag uitbracht. De Commissie (2) acht voor alles maatregelen tegen het toenemend kwaad der schapenziekten noodig, en is *dus* van gevoelen dat de Ged. Staten der beide Kwartieren, vanwege de Staten behooren te worden verzocht, „om de beide Commissiën „van Landbouw te inviteren, zich over deze belangrijke „materie onderling te verstaan en daaromtrent aan de „H.H. Ged. Staten van ieder Kwartier zoodanige voor- „slagen te doen, hetzij van partiële, hetzij van algemeene „maatregelen als zij nuttig en noodzakelijk zullen oordeelen,

(1) Not. P. S. 1816, blz. 161.

(2) Not. P. S. 1816, blz. 225 vlg.

„ten einde alsdan door *H.H. Ged. Staten* (1) de noodige „Reglementen zouden kunnen worden geformeerd en aan „*Z. M. voorgedragen*” (1).

Verzetten zich de Staten tegen deze conclusie om het maken der reglementen aan hun competentie te onttrekken en op te dragen aan Gedeputeerden?

Allerminst: conform de conclusie wordt besloten, en van dat besluit mededeeling gedaan aan den Minister, niet twijfelende — naar men schrijft — „of dit door ons geresolveerde zal de goedkeuring des Konings wegdragen”, en de Staten verzoeken *Z. Exc.* derhalve, hetzelfde ten dien einde aan Hoogstdenzelve kenbaar te willen maken (2).

Ook de Staten zijn dus thans van meening, dat in spoedeischnende gevallen de wetgevende macht kan worden overgedragen. Voor een College, dat als regel slechts eenmaal per jaar bijeenkwam (3), ongetwijfeld een wenschelijke gedragslijn. Doch hoe haar te rijmen met de Grondwet, nu een bepaling als die van art. 36 van het Gezagsreglement nog niet van toepassing was?

En de Koning? plaatst die zijn theorie, dat de wetgevende macht inderdaad aan de volle Vergadering toekomt, thans niet alleen, zooals vroeger tegenover Gedeputeerden, maar nu ook tegenover de Staten, voor wier praerogatieven *Z. M.* eens zoo krachtig op kwam?

Het mocht wat! Want op 7 Augustus 1816 (4) komt het bericht dat *Z. M.* „het ten dezen door de Heeren Staten geresolveerde goedkeurt”.

Het woord was thans dus weer aan Gedeputeerden,

(1) Cursiveering van mij.

(2) Not. P. S. 1816, blz. 225, 226.

(3) Art. 139 der Grondwet van 1815.

(4) Brief van 7 Augustus 1816, no. 15 (Not. G. S. 15 Augustus 1816, no. 11).

met dit verschil echter, dat Noordholland thans niet meer op eigen gelegenheid te werk mocht gaan, doch met zijn Zuidelijke bureu benevens met de Zuidelijke Commissie van Landbouw overleg had te plegen. De gevolgen bleven niet uit! De beide Commissiën van Landbouw bleken eensgezind genoeg en maakten een concept-reglement (1) — thans echter voor de geheele provincie — en boden dit aan de beide Colleges van Gedeputeerden aan. Kon Noordholland zich in hoofdzaak met dit concept vereenigen, Zuidholland maakt ook thans elke samenwerking onmogelijk door het opperen van een berg van bezwaren, zoowel tegen het beginsel eener provinciale verordening, als tegen de wijze waarop dit in de artikelen is uitgewerkt (2). In Noordholland gevoelt men dan ook den klaarblijkelijken onwil en dat overeenstemming uitgesloten is. Het ziet geen anderen uitweg, dan om de zaak opnieuw bij de Staten te brengen, om deze een beslissing te doen nemen. Dit is het eenige waarin ook Zuidholland treden kan (3).

Maar ondertusschen schrijven wij 1817 en is ondanks het gekibbel tusschen Noord en Zuid de besmetting onder de schapen geen duimbreed teruggedrongen.

De Staten zoeken voor de beslechting der echtelijke geschillen heil bij een Commissie (4). De Commissie (5)

(1) Not. P. S. 1817, blz. 308 vlg.

(2) Not. P. S. 1817, blz. 311, brief van Ged. Staten van Zuidholland d.d. 8 April 1817, no. 1316/6 (Not. G. S. 24 April 1817, no. 4). De opmerkingen van Zuidholland schijnen over het algemeen wel wat gezocht; bedenkingen worden gemaakt, op zichzelf niet onjuist, doch zonder dat voldoende blijkt van den wil om een oplossing te vinden.

(3) Brief van Ged. Staten van Zuidholland, d.d. 1 Juli 1817, no. 1316/10 (Not. G. S. 3 Juli 1817, no. 41).

(4) Not. P. S. 1817, blz. 311.

(5) Zie haar rapport Not. P. S. 1817, blz. 354, 355.

echter huivert om in deze rixa amantium te beslissen; wat haar echter verwondert is niet, dat Noord en Zuid verschillen, wel dat er zoo weinig overeenstemming is tusschen Gedeputeerden van het Zuiderkwartier en de Zuidelijke Commissie van Landbouw (1).

Zij durft in ieder geval bij dezen stand van zaken niet adviseeren om het concept-reglement dadelijk voor de heele provincie in werking te brengen, maar geeft in overweging, om, met het oog op het spoedeischende van het geval voor Noordholland den Koning voor te stellen om het concept, als Reglement voor Noordholland te arresteeren en in werking te brengen.

Na discussie wordt thans (2) door de volle vergadering het concept-reglement vastgesteld voor Noordholland alleen en daarna aan de goedkeuring onderworpen. Wat Zuidholland betreft, worden Gedeputeerden van dit deel uitgenoodigd om nader met de Zuidelijke Commissie van Landbouw in overleg te treden, om deze zaak een volgend maal nog eens in de algemeene vergadering te kunnen doen behandelen.

Dank zij de tusschenkomst van den Minister is dus thans staatsrechtelijk een zuivere toestand verkregen. Voor Gedeputeerde Staten van Noordholland is thans de algemeene vergadering der Provinciale Staten getreden op de plaats, die haar naar de Grondwet toekomt!

Maar ook nu nog breekt voor den Noordhollandschen schapen- en wolhandel het heil niet aan.

De Minister van Binnenlandsche Zaken komt nu met

(1) Waarschijnlijk was dit een bedekte wijze om als haar oordeel uit te spreken, dat men de opmerkingen van Zuidholland over het algemeen gezocht oordeelde, al laat men er op volgen dat de bedenkingen van Zuidholland, «even gegrond als gewichtig zijn».

(2) Not. P. S. 1817, blz. 356. Het trekt de aandacht, dat in de notulen hier een kort resumé van de discussie voorkomt.

tal van bezwaren tegen den inhoud der verordening aan (1); de Regeering blijkt bovendien bezig te zijn om zelf voor het geheele land geldende bepalingen te be-ramen.

Zij heeft bij de gevoerde correspondentie dan de on-voorzichtigheid om aan Gedeputeerde Staten van Noord-holland in overweging te geven dat zij aan het slot van het Reglement een bepaling zullen toevoegen in dezen geest: „onverminderd de algemeene wetten en verordeningen, „die ten aanzien van de ziekten van het vee, door het „Gouvernement nader mogten daargesteld worden”. Een wijziging van het Reglement door Gedeputeerden, aan-bevolen door den Minister! Het College van Noordholland moet zich wel verkneukeld hebben van plezier, toen zij aldus het hoogste gezag kon betrappen op de fout, waarvoor dit Gedeputeerden zoo vaak op de vingers had getikt. En het moet wel met echt menschelijk leedver-maak zijn geweest, dat Gedeputeerden aan den Minister hieromtrent terugschreven (2): „Wat betreft de clause, „welke U.E. zoude verlangen, dat aan het slot van het „Reglement werde bijgevoegd, observeeren wij U.E., dat „het concept-reglement door de algemeene vergadering „der Staten van Holland voorgedragen zijnde, wij het „regt niet hebben, hetzelve te altereren ofte ampliëren”. Wilde de Minister een dergelijke clause, dan kon Z. E. deze er ten slotte bijvoegen, terwijl bovendien het reglement toch zou vervallen, wanneer een algemeene wet in het onderwerp voorziet.

Doch ook in 1818 ving men waarschijnlijk meer vliegen met honing dan met azijn; en juiste opmer-

(1) Brief van den Min. van Binn. Zaken, d.d. 20 September 1817 (Not. G. S. 25 September 1817, no. 18, 23 October 1817, no. 21; Not. P. S. 1818, blz. 40 vlg.).

(2) Not. G. S. 23 October 1817, no. 21.

kingen hadden reeds toen blijkbaar niet het effect, dat zij de verhoudingen verbeterden.

De zaken gingen dan ook slecht: de Minister kwam met nieuwe bezwaren, Zuidholland berichtte intusschen, dat het bleef bij zijn inzicht, dat in de geheele materie het best werd voorzien door keuren van gemeenten en heemraadschappen (1). In deze omstandigheden stelden Gedeputeerden van Noordholland de Staten opnieuw in kennis met de voortdurende moeilijkheden, die aan de inwerkingtreding van het vastgestelde, doch nog niet goedgekeurde reglement in den weg stonden.

De Staten onderzochten de zaak en konden niet ontkennen, dat er in de bezwaren van de zijde der Regeering veel gegronds was (2).

Moedeloos waarschijnlijk en met weinig hoop beziel, dat er nog iets van het Reglement zou terecht komen, wist men niet beter te doen, dan dit Reglement maar te abandonneeren en den Minister te verzoeken om de aanhangige *algemeene* maatregelen tegen de besmettelijke veeziekten zooveel mogelijk te bespoedigen; terwijl men anderzijds thans zich aan Zuidholland gewonnen gaf, door Gedeputeerden van beide kwartieren te verzoeken om na te gaan in hoeverre met de bestaande of nog te maken keuren van gemeenten en heemraadschappen voor het oogenblik het kwaad te stuiten zou zijn (3).

Dit was het roemloos einde van de pogingen om door provinciale bepalingen een eind te maken aan de schurft en het rotkreupel van het befaamde Noordhollandsche schaap!

Ik heb dit geenszins blij-eindend treurspel gemeend te

(1) Not. P. S. 1818, blz. 40.

(2) Not. P. S. 1818, blz. 41, 60—62.

(3) l. c. blz. 61, 62.

moeten schrijven to the bitter end: ook uitvoerig, om een juist beeld te geven van de moeilijkheden en bezwaren, die toen ter tijde aan de voorbereiding van sommige provinciale reglementen in Holland vooraf plachten te gaan. En al was de uitslag niet altijd zoo teleurstellend, een vlotte behandeling bij het beramen van maatregelen, die Noord- en Zuidholland te zamen aangingen, lukte slechts zelden.

Maar ook hier heeft elke lijdensgeschiedenis haar eigen karakter.

Zoo kwam een ontwerp-reglement, „omtrent de springstieren en het keuren derzelve in Noordholland” in 1815 dadelijk in behandeling bij de Staten, doordat de Commissie van Landbouw zich blijkbaar met haar voorstel rechtstreeks tot de algemeene vergadering wendde (1).

Er was echter een Commissie uit de Staten noodig om er aan te herinneren, dat ook Zuidholland wel in deze zaak gekend mocht worden (2). Om echter niet te veel tijd te verliezen werd toen — 3 Juli 1815 — besloten om het reglement maar alvast te arresteeren en het te beschouwen als een ook voor Zuidholland geldend reglement, wanneer later blijken mocht, dat ook dit gewest zich met de verschillende bepalingen kon vereenigen. Mocht Zuidholland zwarigheid maken, dan zouden Gedeputeerden van dit kwartier in de eerstvolgende algemeene vergadering daarvan rapport doen (3).

Bepaald onregelmatig was deze manier van doen niet: de Staten waren in de zaak gekend, het Reglement zou alleen dan ter goedkeuring worden opgezonden, wanneer Zuidholland meeging. Machtiging tot wijziging van het Reglement was niet gegeven.

(1) Not. P. S. 1815, blz. 44.

(2) I. c. blz. 54.

(3) I. c. blz. 59, 60.

Kort daarop ontvangen Gedeputeerden van beide gewesten een schrijven van den Minister van Binnenlandsche Zaken (1), d.d. 5 September 1815, waarbij Z. E. mededeelt, dat hij de bestaande wet van 12 December 1809 op de keur van stieren, niet voor toepassing geschikt acht en de voorkeur geeft aan provinciale reglementen. Gedeputeerden worden mitsdien uitgenoodigd om het concept van zoodanig reglement „gewijzigd na de bijzondere kwaliteiten en behoeften van het rundvee in dezelve Provintie” te ontwerpen en aan het Departement in te zenden ter goedkeuring.

Dat Gedeputeerden hierbij de Staten konden voorbijgaan, stond niet uitdrukkelijk in dezen brief te lezen; wel veeleer, dat het Reglement niet voor geheel Holland behoefde te worden vastgesteld.

Voor Noordholland was dit niet voor doovemansooren gesproken.

Gedeputeerden van dit Kwartier (2), waarschijnlijk reeds wetende, althans voorziende, dat Zuidholland weder een spaak in het wiel zou steken (3), schrijven aan den Minister dadelijk terug hoe ten aanzien van bepalingen op de keuring van stieren de toestand op het oogenblik is en hoe zij bovendien tot nu toe steeds gemeend hebben, tot een dergelijk reglement „niet afzonderlijk voor Noordholland, maar voor de geheele Provintie van Holland „zoude behoren geïntroduceerd te worden”. Nu Gedeputeerden echter ontwaren, dat deze opvatting toch ten slotte niet die des Ministers is, meenen zij niet beter te kunnen doen, dan het destijds door de Commissie

(1) Not. P. S. 1816, blz. 84—90; Not. G. S. 14 Sept. 1815, no. 7.

(2) Not. G. S. 14 Sept. 1815, no. 7.

(3) Officieel doen Ged. Staten van Zuidholland van hun weigering tot medewerking eerst mededeeling aan de Staten bij brief van 23 Sept. 1815, no. 1424. (Not. P. S. 1816, blz. 90.)

van Landbouw ontworpen, en door de Staten voorwaardelijk vastgestelde, reglement ter goedkeuring in te zenden (1).

Maar ook voor het vervolg wenschen Gedeputeerden hun gedragslijn te zien vastgesteld en zij nemen de gelegenheid te baat „om de noodzakelijkheid te doen „gevoelen, dat ook in het vervolg omtrent andere „objecten van algemeen belang voor de beide gedeelten „van Holland afzonderlijke Reglementen worden daar- „gesteld, daar (Z. Ex.) zal ontwaart hebben, hoezeer de „gecombineerde deliberatien van afzonderlijke collegien „tot vertraging en uitgestelde besluiten aanleiding geven, „welke zwarigheden nog vermeerderd worden, wanneer „die objecten ter deliberatie van de algemeene vergadering „der Staten moeten gebragt worden, die slechts éénmaal „in het jaar vergaderen”.

Gedeputeerden schrijven nu maar tegelijkertijd aan hun Zuidelijke Collega's dat zij, van Zuidholland nu onafhankelijk, thans maar verder hun eigen gang zijn gegaan (2).

De jacht op eigen gelegenheid was voor Noordholland niet geheel onvoordeelig: anders dan bij de schapen, kwamen Gedeputeerden thans in zake de stierenkeuring niet met leege weitasch bij de Staten. Immers: de Koning had thans, bij besluit, d.d. 7 Januari 1816 (3) het door

(1) Gedeputeerden voegden hierbij, dat zij in de veronderstelling van een tegenovergestelde zienswijze van den Minister, het concept-reglement ter tafel van de algemeene vergadering hadden gebracht. Doch de vraag of een reglement mocht worden vastgesteld door Ged. Staten, dan wel door de Staten, heeft niet te maken met de vraag, of *de Staten* een reglement mochten vaststellen, hetwelk alleen voor een deel der Provincie zou gelden.

(2) Not. G. S. 14 September 1815, no. 7.

(3) Not. P. S. 1816, blz. 86.

Gedeputeerden van Noordholland ingezonden reglement „provisioneel geapprobeerd”, met last echter om dit reglement in de eerstvolgende algemeene vergadering der Staten ter tafel te brengen „ten einde gelegenheid „worde gegeven om de daarbij voorkomende bepalingen „te overwegen, met vrijlating om hunne bedenkingen op „hetzelve aan onze nadere beoordeeling te onderwerpen”.

Zoo men ziet, ook thans is het de Koning, die Gedeputeerden beleefd aan de rechten der Staten herinnert. Doch vanwaar thans die milde beslissing om het, nog niet door de Staten vastgestelde reglement toch reeds voorloopig goed te keuren? Ik vermoed, wyl de Minister achteraf zal hebben ingezien, dat zijn schrijven, d.d. 5 September 1815, wel aanleiding gaf tot de veronderstelling, dat Gedeputeerde Staten in dezen de algemeene vergadering konden passeeren en hij de voorkeur gaf aan een voorloopige goedkeuring boven een onaangenaam twistgeschrijf, waarbij het Departement niet zoo heel sterk zou staan. Overigens had de Minister het Reglement met eenig recht dadelijk kunnen goedkeuren: al was het voorwaardelijk, de *Staten* hadden het niettemin vastgesteld: het nader hooren van Zuidholland sloeg alleen op de mogelijkheid, dat het Reglement ook voor dit gewest zou gelden. En de kans dat Zuidholland zou meewerken, was voorgoed verkeken: het enkele feit, dat men in Noordholland op reglementaire bepalingen ter verkrijging van beter fokvee gesteld was, was voor Zuidholland op zich zelf waarschijnlijk al genoeg om aldaar een bijzonderen afkeer te toonen voor „al wat naar dwang zweemt voor landbouw en veeteelt”, terwijl immers „niets dezelve „meer doet bloeyen dan vrijheid en veiligheid op eigen „grond (1)”.

(1) Not. P. S. 1816, blz. 90. De volledigheid gebiedt te erkennen, dat Zuidholland zich er tevens op beroept, dat men zich aldaar

Het Reglement voor Noordholland komt intusschen opnieuw bij de Staten ter tafel; en toen Zuidholland nog éénmaal onverbiddelijk bleef, werd het partiëele reglement vastgesteld en naar Den Haag opgezonden, met verzoek echter om het reglement provisioneel goed te keuren voor den tijd van vijf jaren, vermits in dien tijd zal kunnen blijken of het nut voldoende gebleken is en of in Zuidholland in dien tijd wellicht de behoefte is gevoeld aan de bepalingen, die thans Noordholland alleen deelachtig is (1).

Toen Zuidholland ook na verloop van tijd niet tot inkeer was gekomen, werd het reglement in 1823 finaal „gearresteerd”, beter, goedgekeurd (2) (3).

Van springstieren tot zwanen, ce n'est qu'un pas. Het

meer toelegt op zuivelverkrijging dan op het aanfokken van «zwaar of mooi vee».

Ook de Commissie uit de Staten acht een reglement voor Zuidholland niet noodig, wegens de geringe veeteelt aldaar.

Zuidholland bleef ook later in zijn weigering consequent. Zie Not. P. S. 1822, blz. 149 en 209 vlg.

(1) Not. P. S. 1816, blz. 221—223.

(2) Not. P. S. 1823, blz. 296 vlg.

(3) In 1848 (Not. P. S. 1848, blz. 90) wordt door Ged. Staten een nieuw reglement op de keur der springstieren voorgesteld, o. a. op grond, dat het bestaande reglement niet door de Staten is vastgesteld, zoodat de wettigheid en de bindende kracht daarvan niet vast zoude staan. M. i. is er ten slotte — naar uit het medegedeelde blijkt — geen reden om deze smet te werpen op de geboorte van het reglement.

Dit is waarschijnlijk ook het oordeel van de meergenoemde Commissie uit de Staten, die — ingesteld op voordracht van het bekende Statenlid Mr. G. DE VRIES AZN. — de intrekking van het stierenreglement alleen bepleit op doelmatigheidsoverwegingen, vooral omdat «geen verordening den nijveren man aan banden mag leggen». (Not. P. S. 1851, blz. 109). De intrekking volgde daarop in 1852 (Not. P. S. 1852, blz. 4).

nadeel door dezen koning der vogels toegebracht aan landerijen, is en was in West-Friesland steeds oud zeer (1). En toen men — ten onrechte — ten plattelande in de meening verkeerde, dat de bestaande keuren door de Jachtwet van 1814 vervallen waren, riep men de hulp in van Gedeputeerden van Noordholland tot het maken van een generaal reglement.

Na alle vermaningen, die men op dit stuk al van de Regeering ontvangen had, dacht men, ook nu in 1817, er nog niet aan om de Provinciale Staten in de vaststelling van dat reglement te kennen, ook al wist men, dat het enkele feit, dat de verordening zich tot Noordholland zou beperken, allerminst reden mocht zijn om de Staten voorbij te gaan. Deze vraag wordt althans in het vrij uitvoerige rapport van de Commissie uit Gedeputeerden, die hun ambtgenooten van voorlichting dienen, niet besproken. Wel deze — zij was nieuw — of dit reglement, vast te stellen dus door Gedeputeerden, wel aan de goedkeuring van den Koning onderworpen was, een vraag die wellicht daarom gesteld kan worden, omdat art. 146 der Grondwet (1815) spreekt van „zoodanige reglementen en ordonnantien, als zij voor het *algemeen* provinciaal belang noodig oordeelen”, die aan de goedkeuring van den Koning te onderwerpen zijn. En dit reglement immers zou zich bepalen, in naam tot Noordholland, inderdaad slechts tot Westfriesland.

Intusschen, de meerderheid der Commissie achtte de zaak toch weinig twijfelachtig (2), en in ieder geval beter

(1) Not. P. S. 1817, blz. 314; Not. G. S. 13 Februari 1817, no. 31.

(2) «1° Omdat deze maatregel, schoon thans maar voor het belang «van een gedeelte van de Provincie noodig geoordeeld wordende, «binnenkort voor het algemeen belang noodig kan geoordeeld worden, «wanneer namentlijk in het overige gedeelte van de Provincie zwanen «gehouden worden;

om, in dubio, de sanctie van Z. M. te vragen „als zich, door dit na te laten aan reproches bloot te stellen”.

Aldus geschiedde, en dat nog wel, hoezeer ook thans weder de Staten gepasseerd werden, zonder blikken of blozen, onder aanhaling van art. 146 der Grondwet (1).

Doch, de „reproches” bleven op dit punt ook nu niet uit: het bevel uit Den Haag luidde ook thans weder, dat het reglement in de eerstvolgende vergadering der Provinciale Staten ter tafel moest worden gebracht (2).

Het geschilpunt was langzamerhand allerminst nieuw meer, maar Gedeputeerden trekken wederom, met benijdenswaardige frischheid tegen den Minister ten strijde, als werd de zaak voor de eerste maal behandeld (3). Er was alleen in zoover verschil, als Minister ROËLL door Minister DE CONINGH was opgevolgd. En men had de hoop gekoesterd, dat deze intrede op dit punt een nieuwe

«2° omdat het geen temporeire, maar eene voortdurende maatregel is, daar de geest van art. 146 van de Grondwet ten duidelijkste «schijnt te willen, dat de Staten wel de algeheele beschikking en «beslissing van alles hebben wat tot de gewone inwendige politie «en oeconomie behoort en dus dat zij in voorkomende gevallen alle «orders kunnen stellen en partieele tijdelijke maatregelen kunnen «nemen, welke zij noodig oordeelen zonder daartoe de sanctie van «Z. M. behoeft te worden gevraagd, volgens het eerste gedeelte van «het artikel. Maar dat zij, zoodra het op het maken van generale, «op den duur werkende reglementen en ordonnantien aankomt, de- «zelve alvorens aan de goedkeuring van den Koning moeten onder- «werpen» (Not. G. S. 13 Februari 1817, no. 31).

(1) Op art. 36 van het Gezagsreglement kon men zich nog niet met vrucht beroepen: het werd immers eerst enkele maanden later door den Koning vastgesteld. Het was trouwens twijfelachtig of men hier te doen had met een spoedeischend geval.

(2) Brief van den Minister van Binnenl. Zaken, d.d. 25 April 1817, no. 40; zie Not. G. S. 1 Mei 1817, no. 16; Not. P. S. 1817, blz. 315.

(3) Not. G. S. 1 Mei 1817, no. 16.

lente en een nieuw geluid zou beteekenen. Gedeputeerden halen nu ook weer de oude paarden van stal: hoe Holland thans bij andere provinciën ten achter is, hoe veel ongerief het geeft om steeds te wachten op de bijeenkomst der Staten, eenmaal per jaar. Men ziet hoe diep de zaak zat en de Edele Grootachtbare Heeren worden thans inderdaad boos: zij „bidden” Zijn Excellentie om tot andere gedachten te komen, maar, — blijft zij verstokt — „dan zullen Gedeputeerden niet kunnen besluiten om dit of een ander soortgelijk reglement” — het moest nu maar in eens rond staan — „van hunnentwege te onderwerpen aan het oordeel” — hier maakt boosheid schramper — aan het oordeel van een vijftigtal leden, welke met de locale belangen van Noordholland geheel onbekend zijn. Wil Z. M. het Reglement dan toch aan de Staten renvoyeeren, het zij zoo, doch dan zullen Gedeputeerden „onder eerbiedige gehoorzaming, het lot „daarvan tijdelijk wenschen te blijven aanzien”.

Bijna — hoe vreemd het ook moge klinken — bijna hebben Gedeputeerden met dit ietwat mokkerige, ja zelfs eenigzins opstandige briefje, waarlijk nog succes. Want: de Minister althans was gezwicht en had het Reglement ter goedkeuring aan den Koning voorgedragen. Maar Z. M. hield voet bij stuk en liet zich door booze gezichten niet van de wijs brengen: en de Minister kan niet anders doen, dan Gedeputeerden in kennis stellen van het Koninklijk verlangen, dat het Reglement in de, trouwens ophanden zijnde, algemeene vergadering der Staten worde gebracht (1). Gedeputeerden zijn thans zoo goed niet, of zij voldoen aan 's Konings wensch. Een Commissie uit de Staten rapporteert, de Staten vinden

(1) Brief van den Min. v. Binnenl. Zaken d.d. 24 Juni 1817, no. 32. Not. G. S. 3 Juli 1817, no. 22.

geen bezwaren en op 10 Juli 1817 wordt het Reglement aan de goedkeuring onderworpen, die daarop in 1818 volgt (1).

Is in de Staten alles in pais en vree afgeloopen? zonder aanmerkingen van of op het vijftigtal incompetent verklaarde leden? De notulen vermelden achter het rapport der Commissie niets anders dan het lakonieke: „waarop gedelibereerd zijnde”. Verbergen deze drie woorden huiselijk twisten? De notulaire Sphinx antwoordt niet en zal ook dit geheim wel altijd blijven bewaren.

Wanneer ik thans van het Westfriesche zwaneneuvel overspring op de paardenfokkerij, vermeld ik thans niet de histoire intime, die voorafging aan de vaststelling van het reglement te dier zake van 1818. Het zou een eentonig verhaal worden om nogmaals mede te deelen — wat een ieder thans wel kan bevroeden — dat de Regeering de beide Colleges van Gedeputeerden er aan herinnerde, dat het reglement inderdaad door de Staten behoorde te worden vastgesteld (2), dat, toen dit verzuimd werd, het wederom de Minister was, die er opstond, dat de volle vergadering in deze zaak zou worden gekend (3); dat Zuidholland, prat op vrijheid, ook thans liever geen reglement binnen zijn grenspalen zag (4), en

(1) Not. P. S. 1817, blz. 344 vlg., 1818, blz. 37.

(2) Brief van den Min. v. Binnenl. Zaken d.d. 44 April 1815, no. 38. Not. G. S. 27 April 1815, no. 6.

(3) Alsvoren d.d. 5 Mei 1817, no. 83; Not. G. S. 22 Mei 1817, no. 17; Not. P. S. 1817, blz. 311, 313, 314.

(4) Not. P. S. 1816, blz. 90. Hoe weinig de argumenten van Zuidholland au sérieux genomen werden, blijkt wel uit het rapport der Statencommissie over het concept-reglement, waarin (Not. P. S. 1820, blz. 367 onder no. 6^o) te dien aanzien overwogen werd: „dat de argumenten, dat er geen bijzonder ras van hollandsche paarden bestaat, — dat dergelijke verordeningen in het Zuidelijk gedeelte van de provincie onnoodig of onuitvoerlijk zijn — en dat alle be-

dat het ten slotte de Staten waren, die, van ruimer blik, een reglement voor de geheele provincie vaststelden (1).

Liever verhaal ik thans, hoe luttele jaren later de rollen omgekeerd zijn en het niet langer de Regeering is, die als een ridder opkomt voor de verdrukte rechten der Staten, doch dat het thans de Staten zijn, die tegen de Regeering — en niet zonder succes — den strijd aanbinden, wanneer deze de bevoegdheden dier vergadering bedreigt.

De vaststelling van het reglement van 1818 voor de bevordering der paardenfokkerij in Holland was ten opzichte van verschillende geschilpunten slechts een wapenstilstand, geen vrede.

De vijandelijkheden werden spoedig daarna heropend, waarbij het belangrijkste punt dit was of men het beginsel van dekking alleen door gekeurde hengsten ook zou handhaven ten opzichte van eigenaren bij wien hengst en merrie in één hand vereenigd waren. Men zag hier vooral strijd met het eigendomsrecht. Maar in 1820 werd ten slotte dit principe in een gewijzigd reglement neergelegd (2).

Doch thans maakte de Regeering tegen goedkeuring bezwaar, d. w. z., niet als vroeger de Minister van Binnenlandsche Zaken, doch de Minister van het Publiek Onderwijs, de Nationale Nijverheid en de Koloniën, bij

„palingen deswegens te maken de vrijheid der ingezetenen zoude benadeelen, zonder aan derzelve nijverheid voordeel te brengen, of te veel bewijzen, of wel hunnen oorsprong vinden in eene anderszins loffelijke, maar alhier verkeerd geapliceerde zuinigheid, en eene al te groote gehechtheid aan oude gebruiken, misschien ook aan eene te ver getrokkene nauwgezetheid“.

(1) Not. P. S. 1817, blz. 324.

(2) Not P. S. 1820, blz. 366 vlg.

wien het onderwerp der paardenfokkerij was overgebracht (1).

Had men aan dit Departement minder gevoel voor staatsrechtelijke bevoegdheid? Zeker is het opvallend, dat de Minister zich met zijn bezwaren niet dadelijk wendt tot de Staten, doch tot den Gouverneur van Noorden tot dien van Zuidholland en dat wel, in een brief (2), die zooal niet van geringe kennis, dan toch zeker van geringe achting voor staatsrechtelijke verhoudingen blijkt geeft. De Minister — naar het scheen — had het reglement aan den Koning ter goedkeuring aangeboden „met eenige geringe wijzigingen”, waartoe hij ongetwijfeld niet bevoegd was. Doch de Koning had den Raad van State gehoord, die tal van opmerkingen had en een nieuw reglement aan den Koning voorgesteld had. „Het komt „mij echter voor” — aldus thans de Minister aan den „Gouverneur — „dat eenige van deze veranderingen te „wezenlijk zijn, dan dat ik vrijheid zoude vinden, die „aan 's Konings goedkeuring voor te leggen, zonder „bepaaldelijk te weten of en in hoeverre het gevoelen „der belanghebbenden daarmede overeenstemt, daar ik „niet gaarne de hand zoude leenen tot een maatregel, „welke reeds dadelijk bij de toepassing een bron van „ongenoegen en klagten zoude kunnen zijn. Aan den „anderen kant zoude het, naar mijn inzien, geene „houding hebben dit onderwerp, nadat hetzelfde bij den Raad „van State en dus, als het ware, in hoogste ressort behandeld is, aan een nieuw examen, hetzij van de „Provinciale Staten of derzelver Gedeputeerden, hetzij „van de Kommissie van Landbouw te onderwerpen.” De Minister vraagt daarom confidentieel het gevoelen van

(1) Not. P. S. 1821, blz. 40 vlg.

(2) Brief van 15 Februari 1821, no. 6_n.

den Gouverneur, onder mededeeling van nog eenige veranderingen, die de Minister van plan is om op eigene gelegenheid in het Reglement aan te brengen.

De Gouverneurs schijnen in deze opdracht weinig smaak te hebben gehad. Zooveel is in ieder geval zeker, dat de Minister er ten slotte toekomt om door tusschenkomst van den Gouverneur de zaak weder bij de Staten ahangig te maken, onder mededeeling, dat hij, Minister, een nieuw reglement heeft doen concipieeren „waarin „zooveel mogelijk al de voorgestelde wijzigingen zijn opgenomen en in een gepast verband gebragt” (1).

Aldus scheen de zaak heel onschuldig: enkele redactie-veranderingen, ziedaar alles! Maar wat bleek toen de zaak door een Commissie uit de Staten onderzocht werd? Niet „eenige wijzigingen welke bij hetzelfde zouden zijn opgenomen en in een gepast verband gebragt”, doch: een nieuw reglement, voor het grootste gedeelte gebaseerd op het oude, verlaten principe, dat het aan eigenaars van springhengsten zoude vrijstaan, om deze, schoon niet gekeurd, tot dekking hunner eigen merries te gebruiken (2).

De zaak werd — en terecht — in de Staten slecht opgenomen. De notulen maken melding van „lange discussiën” (3), waarbij men bleef staan op het eenmaal aangenomen beginsel van algemeene keuring en men overwoog: (4)

„dat dat principe, in het door den heer Minister overgelegde concept-reglement voorkomende, niet met het „tevoren door de vergadering geuite gevoelen overeenstemmende, dan ook niet vatbaar schijnt om door deze „vergadering aangenomen te kunnen worden;

(1) Not. P. S. 1824, blz. 40 vlg.

(2) Not. P. S. 1824, blz. 109 vlg.

(3) L. c. blz. 111.

(4) L. c.

„dat . . . dan ook het de vergadering verkieslijker voor-
 „kwam, geen reglement op de paardenfokkerij te hebben,
 „dan een ondoelmatig reglement;

„dat eindelijk art. 146 der Grondwet aan *de Staten*
 „het maken van alle reglementen, als zij voor het algemeen
 „provinciaal belang noodig oordeelen, opgedragen hebbende
 „en de initiative daarvan alzoo bij H. E. G. A. thuis-
 „behoorende, het minder geraden oordeelen, een reglement
 „te helpen arresteeren, hetwelk, behalve het reeds hiervoor
 „vermelde, niet uit haren boezem is voortgekomen”.

Op grond van dit alles wordt den Minister, door tusschen-
 komst van den Gouverneur te verstaan gegeven, dat
 H. E. G. A. bezwaar maken om zich met het opgedrongen
 reglement te vereenigen en zij verzoeken om alsnog het
 door hen voorgedragen reglement goed te keuren (1).

De Minister, die in dezen waarlijk niet le beau rôle
 had gespeeld, koos ten slotte na langdurigen bedenktijd
 eieren voor zijn geld: de goedkeuring volgde althans
 in 1822 (2).

Ik meende deze episode niet aan de vergetelheid te
 mogen prijsgeven: vooral ad notam voor hen, die niet
 alleen in het Gouvernement zagen den belager der
 provinciale autonomie, maar ook in het provinciaal
 bestuur het lam, dat zich zonder verweer laat slachten.

Dat althans de Staten van Holland, wanneer het nijpt,
 van zich af wisten te bijten, haec fabula docet!

Maar is het dan niet als een slag in het aangezicht
 dier Staten, wanneer in hun bijeenkomst van 1 Juli
 1828 (3) door den President mededeeling wordt gedaan

(1) L. c.

(2) Not. P. S. 1822, blz. 154; de tekst van het Reglement op blz.
 155 vlg.

(3) Not. P. S. 1828, blz. 93 vlg.

van een Koninklijk Besluit, d.d. 5 November 1827, no. 45, waarbij art. 3 van het Reglement op de paardenfokkerij — waarin juist was neergelegd het beginsel van algemeene keuring, zonder uitzondering dus te maken voor dekking van eigen merries door eigen hengsten — wordt ingetrokken en waarbij een nieuwe bepaling wordt vastgesteld, daarmede lijnrecht in strijd? Om dan nog niet te spreken van het staatsrechtelijk vreemde, dat een bepaling uit een provinciaal reglement niet alleen wordt ingetrokken door den Koning, doch dat deze zelfstandig een nieuwe bepaling daarvoor in de plaats stelt, als ware hij provinciale wetgever in plaats van de Staten!

Heeft men hier een uiting te zien van zeker groeiend gouvernementeel despotisme, ook tegenover provinciale besturen, hetwelk zich in deze dagen vooral begon te vertoonen en hetwelk ten slotte uitliep op het koninklijk „*pecavi*”, uitgesproken in het meergemeld besluit van 1831?

De zaak ziet er inderdaad voor de Regeering leelijk uit. Doch zij valt bij nadere beschouwing mede. Wat was er gebeurd? Bij K. B. d.d. 2 Juni 1826 was een uitvoerig reglement vastgesteld voor 's Rijks stoeterijen (1), waarvan art. 43 — aangehaald in den considerans van het hier gewraakte K. B., d.d. 5 November 1827 — bepaalde, dat een eigenaar bevoegd is, zijn eigen merries door zijn eigen hengst te doen dekken en art. 387, dat zoodanige provinciale bepalingen, welke daarmede strijdig waren, dienovereenkomstig zullen worden gewijzigd.

De beide Commissies van Landbouw, met deze voorschriften bekend geworden, stonden dadelijk op de achterste beenen; zij wendden zich tot de Gouverneurs der beide gewesten om door hun tusschenkomst veran-

(1) Bijv. Staatsblad XIII, 4, 133.

dering te brengen in die voorschriften van het Rijksreglement, waardoor aan het groote beginsel der provinciale verordening thans de bodem werd ingeslagen (1). De Minister — thans weder die van Binnenlandsche Zaken —, over deze zaak aangevallen, hoort zijn ambtgenoot van Oorlog, onder wien de Rijksstoeterijen ressorteeren. En wat blijkt? immers dit, dat men bij het ontwerpen van het Rijksreglement het provinciaal reglement van Holland niet had geraadpleegd, doch de bepalingen had overgenomen uit een reglement, dat één der andere provincies, waar men een dergelijke bepaling, als die waaromtrent strijd bestond, niet kende. Het was er dus verre van dat men zich tegen Holland te weer had willen stellen: men had slechts in onwetendheid gezondigd. Doch, nu de fout eenmaal begaan was, ging

(1) Zie voor de gevoerde briefwisseling o. m.:

Brief v. d. Minister v. Binnenl. Z. aan Gouverneur v. Noordholland, d.d. 23 Februari 1827, no. 8 [reg. no. 257].

Gouverneur N.-H. aan Commissie v. Landbouw N.-H. 1 Maart 1827, 257/2662.

Gouverneur N. H. aan Commissie v. Landbouw N. H. 2 Maart 1827 257/2723.

Commissie v. Landbouw N.-H. aan Gouverneur N.-H. 10 Maart 1827.

Gouverneur N.-H. aan Min. v. Binnenl. Z. 6 April 1827, 257/4521.

Min. v. Binnenl. Z. aan Gouverneur N.-H. 17 Mei 1827, no. 10.

Gouverneur N.-H. aan Commissie v. Landbouw N.-H. 22 Mei 1827, 257/6624.

Commissie v. Landbouw N.-H. aan Gouverneur N.-H. 23 Juni 1827, no. 191.

Gouverneur Zuidholland aan Gouverneur N.-H. 1 Juni 1827, no. 2827, 26/11322, met bijlage v. d. Commissie v. Landbouw Z.-H. aan Gouverneur Z.-H. d.d. 5 Februari 1827, no. 235/652.

Gouverneur N.-H. aan Gouverneur Z.-H. 27 Juni 1827, 257/8370.

Ged. St. Z.-H. aan Gouverneur N.-H. 29 Juni 1827, 1367/6.

Min. v. Binnenl. Z. aan Gouverneur N.-H. 14 Nov. 1827, no. 106 nationale nijverheid met bijlage K. B. d.d. 5 Nov. 1827.

het moeilijk om haar dadelijk te herstellen, trachtte men haar dus goed te praten (1), beriep zich aan het Departement van Oorlog op het recht van den eigendom en wilde de zaak voorloopig maar eens aanzien: een zoo kort geleden vastgesteld Rijksreglement nu maar dadelijk weder te wijzigen, was wat al te dwaas; de ervaring zou uitspraak moeten doen.

Doch de Commissies van Landbouw lieten de zaak er niet bij zitten: opnieuw betoogden zij het nut van het Hollandsche systeem, er aan herinnerend met hoeveel moeite dat beginsel veroverd was en hoe de Koning daaraan ten slotte zijn goedkeuring had verleend, na rijp beraad en na alle mogelijke autoriteiten te hebben geraadpleegd.

Wie de administratie kent, begrijpt hoe men aan het Departement waarschijnlijk met de zaak verlegen zat. En het is waarschijnlijk na lang beraad geweest, dat men eindelijk het Koninklijk Besluit bevorderde, waarbij het provinciaal reglement ter zijde werd gesteld ter wille van het Rijksreglement, niet echter, zonder den vorm te verzachten en een slag om den arm te houden. Want de nieuwe, gewraakte bepaling werd door den Koning slechts vastgesteld „bij voorloopige intrekking” van art. 3 van het provinciaal reglement „en in afwachting van zoodanige nadere beschikking, als ons nader, bij onderzinking, meer doelmatig mogt voorkomen”.

Olie op de golven, althans in de Staten werd het Koninklijk Besluit zonder verdere discussie, voor notificatie aangenomen (2).

(1) Zie brief Min. v. Binnenl. Z. aan de Gouverneurs dd. 17 Mei 1817 no. 10 (nationale nijverheid).

(2) Not. P. S. 1828, blz. 94. De strijd tusschen provinciaal bestuur en Regeering over het al of niet wenschelijke van een verbod tot dekking van eigen merries met eigen hengsten werd hervat in 1845,

Ik meen er mij ontslagen van te mogen rekenen om alle verdere lotgevallen van het reglement op de paardenfokkerij op den voet te volgen, zij het ook, dat het de aandacht trekt, dat nog meer dan één wijziging in dit Reglement is gebracht door den Koning en op voordracht, d. w. z. met voorbijgang van Provinciale Staten, zonder dat thans blijkt, dat de Regeering overeenkomstig haar vroeger standpunt, de voordrachten van Gedeputeerde Staten naar de algemeene vergadering terug wijst.

Toch is dit punt waarschijnlijk niet over het hoofd gezien en is de vraag of deze wijze van handelen regelmatig was, wel behandeld. Althans, toen bij de voorbereiding van de wijziging van art. 9 van het Reglement, door Gedeputeerden in 1836 aan den Minister geschreven werd, dat er hunnerzijds geen bezwaar bestond tegen aanvulling van dat artikel en dat deze door hen gewenscht werd, behelsde het schrijven aan den Minister oorspronkelijk de volgende zinsnede: „Eindelijk meenen wij nog te moeten „opmerken, dat, indien soms de vraag mogt ontstaan of

naar aanleiding van een nieuw ontwerp op het houden van springhengsten, waarin het onbeperkte verbod tot dekking door ongekeurde hengsten was opgenomen (Not. P. S. 1845, blz. 72 vlg.), waarbij het opvalt, dat de Minister de opmerking maakt, dat een dergelijke bepaling door den Koning, op advies van den Raad van State bij besluit van 5 November 1827, no. 45, is vernietigd, als strijdig met het begrip van eigendomsrecht. Men zal gezien hebben, dat deze mededeeling onjuist was: er was geen sprake van een vernietigingsbesluit.

Aandacht verdient daar het uitgebrachte verslag door de Commissie uit de Staten als flink van toon en goed gemotiveerd wat de bevoegdheid van de Staten betreft tot beperking van den eigendom (Not. P. S. 1845, blz. 123 vlg.).

De Staten geven niet toe, doch de Koning volhardt eveneens, onder overlegging van het advies van den Raad van State (Not. P. S. 1845, blz. 125; 1846, blz. 92 vlg.).

De zaak werd ten slotte aangehouden, wijl een wetsontwerp op dit stuk op komende wegen was (Not. P. S. 1846, blz. 131 vlg.).

„Gedeputeerde Staten van de beide deelen der Provincie
 „Holland, de bevoegdheid hebben om amplitiën of altera-
 „tien voor te dragen in op voordracht van de Algemeene
 „Provinciale Staten goedgekeurde reglementen, wij die
 „vraag toestemmend zouden moeten beantwoorden, ver-
 „mits art. 36 van het door den Koning bij besluit van
 „den 22 Juli 1817 La. B. en 16 Februari 1818, no. 20
 „goedgekeurde reglement, bepalande de wijze, waarop het
 „gezag en de magt door de Staten van Holland wordt
 „(uit)geoefend, daartoe aan derzelve Gedeputeerden de
 „bevoegdheid geeft, onder gehoudenheid om daarvan nader
 „aan H. E. G. A. kennis te geven” (1).

Het eigenaardige echter is, dat deze passus in de minuut weder is doorgehaald. Omdat men de zaak toch tenslotte wel dubieus vond en men maar liever geen controversen opwierp? Of omdat men meende, dat deze bevoegdheid in verband met het aangehaalde Reglement wel geen nadere vermelding behoefde? Ik vermoed het laatste.

Het is overigens mijn bedoeling niet om ten aanzien van alle verordeningen en reglementen voor Holland geldende, na te gaan of wellicht op hun geboorte een smet rust en zoo ja, om waar mogelijk, te trachten hen in hun goeden naam te herstellen.

(1) Not. G. S. 21 Juli 1836, no. 27. De wijziging van art. 9 van het Reglement geschiedde bij K. B. d.d. 26 Augustus 1836, no. 26 (Not. P. S. 1837, blz. 26 vlg.), d.w.z. de Koning vulde het Reglement aan op voordracht van Gedeputeerde Staten. Regelmatiger ware het geweest, wanneer de Koning een besluit van Gedeputeerden had goedgekeurd. Zoo ook in K. B. d.d. 14 September 1837, no. 28 (Not. P. S. 1838 blz. 201 vlg.), genomen na briefwisseling met en op voordracht van Gedeputeerde Staten tot wijziging van een tweetal artikelen van het Reglement.

Eenigszins dwaas doet het overigens aan, dat beide Kon. Besluiten zijn genomen op voordracht van den Minister van *Buitenlandsche Zaken*.

Wel zij het vergund om tot slot nog na te gaan de totstandkoming van een tweetal reglementen, t. w. het Reglement op de uitoefening der groote of zoutharing-visscherij en die van het Reglement, krachtens art. 152 der Grondwet (van 1815), betreffende de wijze, waarop het gezag en de magt wordt geoefend.

Ik kies deze beide reglementen daarom, omdat daarvan in THORBECKE'S Aanteekening uitdrukkelijk melding wordt gemaakt, wat het visscherijreglement betreft, als een voorbeeld van een reglement, hetwelk door Gedeputeerden is gemaakt in plaats van door de Provinciale Staten en door den Koning goedgekeurd onder voorbehoud van den plicht om de eerstvolgende algemeene vergadering der Provinciale Staten in de gelegenheid te stellen om hare bedenkingen aan den Koning mede te deelen (1) en wat het reglement aangaat „waarvan art. 150 spreekt”, als een illustratie, hoezeer gewichtige verordeningen zijn be-raamd en voorgesteld niet door de Staten, maar vanwege de Kroon (2).

Om met de visscherij te beginnen, de voorstelling in de Aanteekening gegeven als zouden de reglementen betrekkelijk de groote visscherij niet door de Provinciale Staten zijn vastgesteld, werd door THORBECKE ongetwijfeld ontleend aan het Koninklijk besluit van 31 December 1822, no. 40 (3), waarbij gesproken werd van reglementen, door Gedeputeerde Staten van Noord- en Zuidholland „ontworpen” en waarin die reglementen onder voorbehoud van nadere bekrachtiging door de Staten werden goedgekeurd.

Voor zoover ik heb kunnen nagaan is de voorstelling van zaken, die dit K. B. geeft, althans voor het reglement

(1) Aanteekening II, blz. 97, 99, eerste noot.

(2) L. c. blz. 97.

(3) Zie dit K. B. Not. P. S. 1823, blz. 305. bijv. *Staatsblad* 1822, II, blz. 1018 vlg.

op de groote visscherij niet juist. De hierin bedoelde reglementen — ik herinner er aan — waren geen uitvloeisel van der Staten autonomie, doch van de wet van 22 Maart 1818, St. no. 15 op de groote visscherij, waarbij aan de Provinciale Staten de regeling van tal van onderwerpen werd opgedragen, zoo ten aanzien van de uitoefening van de groote of pekelharingvisscherij als van de kleine of verschharingvisscherij.

De materie was moeilijk en het werd 1820 eer Gedeputeerden aan de Provinciale Staten een concept-reglement konden aanbieden betreffende de groote visscherij (1). De Commissie uit de Staten had tal van bezwaren (2). Toch werd het Reglement door de Staten vastgesteld (3), met bepaling echter, dat een afschrift van het rapport van de Commissie zou gegeven worden aan de beide colleges van Gedeputeerde Staten „ten einde zoo spoedig „mogelijk tot het nader redigeeren van de daarbij vermelde reglementen en van de geleidende missive aan „Z. E. den Minister voor het publieke onderwijs, de „nationale nijverheid en de koloniën over te gaan” (4). M. a. w. er werd aan Gedeputeerden opgedragen om nog eenigē geringe wijzigingen aan te brengen en het reglement daarna ter goedkeuring op te zenden.

Dit geschiedde (5); doch de Minister had opmerkingen (6)

(1) Not. P. S. 1820, blz. 247 vlg.

(2) Not. P. S. 1820, blz. 371 vlg.

(3) Not. P. S. 1820, blz. 378.

(4) Not. P. S. 1820, blz. 418.

(5) Not. P. S. 1821, blz. 26 vlg., alwaar ook de brief is medegedeeld, waarbij de opzending ter goedkeuring plaats vond; de datum van dien brief is 19 April 1821, no. 34. De mededeeling aan de Staten geschiedde waarschijnlijk krachtens art. 36 van het Reglement ex art. 150 Grondwet (1815).

(6) Waarschijnlijk medegedeeld bij brief van 13 Juni 1821 (Not. G. S. 30 Mei 1822, no. 1).

en de goedkeuring volgde niet dadelijk, doch eerst nadat Gedeputeerden verandering in het reglement hadden aangebracht.

Er is echter geen reden, om hieromtrent thans te concludereen, dat men in casu heeft te doen met een door Gedeputeerden „ontworpen” in den zin van „vastgesteld” reglement.

Het reglement was inderdaad bij de Staten geweest en wanneer Gedeputeerden later nog enkele wijzigingen aanbrachten, geschiedde dit deels met machtiging van de Staten, deels — want de zaak had inderdaad haast — krachtens de bevoegdheid, toegekend bij art. 36 van het Gezagsreglement.

Intusschen, met het reglement op de uitoefening der verscharing en de kustvisscherij stond de zaak eenigszins anders.

Toen eenmaal door de Staten was uitgemaakt, dat de regeling van de kustvisscherij geheel afzonderlijk zou blijven van die der groote visscherij (1), werd door het plenum tevens beslist, dat deze visscherij „volgens een „daartoe door Gedeputeerde Staten in de beide gedeelten „der provincie te concipieeren en aan Z. M. ter goedkeuring aan te bieden reglement, zal worden uitgeoefend en bestierd”.

Het bleek mij niet, waarom de Staten in dit geval afstand deden van hun bevoegdheid om dit reglement zelf vast te stellen. Waarschijnlijk geschiedde dit spoedshalve en wederom krachtens de bekende bevoegdheid aan Gedeputeerde Staten bij het Gezagsreglement toegekend, krachtens welk reglement dan ook waarschijnlijk door hen de mededeeling aan de Staten geschiedde van den inhoud van het ter goedkeuring ingezonden reglement

(1) Not. P. S. 1820, blz 418.

en van den brief, waarbij zulks geschiedde „namens deze vergadering”, t. w. de Staten (1).

Doch iets anders is het zeker, wanneer Gedeputeerden op eigen gezag en buiten de Staten om, tot het vaststellen van reglementen overgaan, iets anders, wanneer dit geschiedt, niet alleen met voorkennis, doch zelfs met uitdrukkelijke machtiging der Staten.

Is deze praktijk dan wellicht niet in alle opzichten verkieslijk, bedenkelijk is zij in ieder geval niet. Hoe dit zij, het zal erkend dienen te worden, dat ten aanzien van dit Reglement bij de goedkeuring niet geheel ten onrechte gesproken werd van een door Gedeputeerden „ontworpen” reglement en dat er hier — niet echter ten opzichte van het reglement betreffende de groote visscherij — eenige aanleiding bestond om dit reglement alsnog door de Staten te doen sanctioneeren.

Hoe weinig deze trouwens de toezending voelden als een staatsrechtelijke terechtwijzing, blijkt wel hieruit, dat men aan den Koning terugschreef, dat men zich zeer geveleid achtte door de uitnoodiging van den Koning om opnieuw te mogen adviseeren (2) en dat men Z. M. hartelijk dankte „voor deze nieuwe proeve van deszelfs „bezorgdheid voor de goede reussite van dezen zoo be„langrijken tak van nationale nijverheid”, ja, de Commissie die de Staten adviseerde, was zelfs „gevoelig aangedaan” (3).

Deze aandoening moge de verhouding tusschen Staten en Regeering in dezen wellicht niet juist weergeven, van geprikkeldheid jegens Gedeputeerden gaf zij voorzeker geen blijk en men mag dus aannemen, dat deze geheel in den geest der Staten hadden gehandeld. De zaak was dus au fond volkomen in orde.

(1) Not. P. S. 1821, blz. 29 vlg.

(2) Not. P. S. 1823, blz. 340.

(3) Not. P. S. 1823, blz. 339 vlg.

Ten slotte, het reglement, „waarvan art. 150 (1) der Grondwet spreekt”, het reglement betreffende het gezag en de magt, door den Koning vastgesteld, in plaats van door de Staten.

Theoretisch staat deze zaak er ongetwijfeld niet mooi voor: uitdrukkelijk zegt het Grondwetsartikel, dat de wijze en magt wordt geregeld bij zoodanige reglementen, als *door de Staten der Provinciën* gemaakt, en door den Koning goedgekeurd worden. Is het hier de Koning die zich gezag aanmatigt en de Staten kortweg ter zijde heeft gesteld?

Ook hier blijkt de zaak onschuldiger dan zij er uit ziet. Art. 75 der Grondwet van 1814 bepaalde, dat de werkzaamheden der Staten geregeld worden door zoodanige bepalingen, als zij noodig oordeelen en door den Souvereinen Vorst, in geval van goedkeuring, bekrachtigd worden. Zij — de Staten — maken hun eerste werk van het ontwerpen dezer reglementen.

Deze grondwettelijke wenk was inderdaad juist gezien: de bedoelde reglementen hadden de rol te vervullen, die later door de Provinciale Wet zou worden overgenomen. Een organieke regeling als deze kon en mocht niet langer dan strikt noodig uitblijven. Als trouwe Staten zette men zich dan ook met bekwamen spoed aan het werk (2). Doch, wanneer Gedeputeerden op 1 Juli 1815 (3) ter tafel brengen een concept-reglement van werkzaamheden „voor de Edelgrootachtbare Staten of Gedeputeerde Staten der

(1) Art. 152 volgens de Grondwet van 1815, art. 150 volgens die van 1840.

(2) In de vergadering van 23 September 1814 — laatste dag van de eerste zitting van de nieuwe Staten van Holland — wordt aan Gedeputeerden het ontwerpen van het bestelde reglement opgedragen. Not. P. S. 1814, blz. 16.

(3) Not. P. S. 1815, blz. 38 vlg.

provincie Holland", loopt het gezag van de Grondwet van 1814 al weer ten einde en komt die van 1815 met nieuwe bepalingen in het zicht. In den brief, waarbij het inmiddels door de Staten vastgestelde reglement aan den Koning ter sanctie werd toegezonden (1), erkende men dan ook ruitelijk, dat dit stuk, ook met het oog op de komende Grondwet, „hoogst onvolledig" is en behoudt men zich voor om later op dit voorloopige reglement terug te komen. Aldus geschiedt (2) en op 5 Juli 1816 wordt een nieuw reglement voorgesteld, hetwelk van het vorige echter slechts weinig verschilde (3).

Doch in plaats van de goedkeuring, ontvangen de Staten thans van den Minister van Binnenlandsche Zaken een brief (4), waarbij wordt medegedeeld, dat de Koning intusschen zelf maar een reglement heeft vastgesteld, onder mededeeling daaromtrent, dat het stuk der Staten, waarbij minder de *uitoefening* der verschillende attributen wordt geregeld, dan wel de verschillende competenties zelf — hetgeen de bedoeling der Grondwet niet was — niet dan van verre was gevolgd.

Maar bovendien wenschte de Koning voor alles, dat dit voorschrift der Grondwet nog voor de ophanden zijnde zitting der Staten — die van 1817 — werd uitgevoerd. „*In deze zucht tot bespoediging* — aldus schrijft de Minister uitdrukkelijk — *(is) alleen de rede te zoeken, waarom er van UEd. Aichtbare geen nader project heeft kunnen gevraagd*

(1) Not. P. S. 1815, blz. 67 vlg.

(2) Nadat intusschen door den Minister van Binnenlandsche Zaken nog tweemaal tot spoed was gemaand, hetgeen een bijeenkomst van de beide colleges van Gedeputeerden te Hillegom tot gevolg had. Not. P. S. 1815, blz. 91; Not. G. S. 25 Januari 1816, no. 1 en 28 Maart 1816, no. 5.

(3) Not. P. S. 1816, blz. 165 vlg.

(4) D.d. 30 Juni 1817 (Not. P. S. 1817, blz. 240).

worden" (1). Hebben de Staten echter opmerkingen, dan zal de Minister die gaarne tegemoet zien.

Wijze houding van den Minister! Want mocht de bedoeling van art. 152 der Grondwet wellicht niet duidelijk zijn, veilig kon toch worden aangenomen, dat in ieder geval het reglement, zooals dat door de Staten was vastgesteld, aan die bedoeling niet voldeed, althans de inhoud was te weinig helder, vooral te weinig systematisch, dan dat het voor de praktijk dienstig kon zijn.

Maar bovendien en vooral: men kon inderdaad op een zoo belangrijk organiek reglement niet langer wachten. De nieuwe huishouding van den Nederlandschen Staat behoorde nu eindelijk eens op orde te komen. Er moest aangepakt worden.

De haastige spoed had echter ook hier wel eenige nadeelen. Waarschijnlijk had men aan het Departement naar één model gewerkt en ten aanzien van Holland over het hoofd gezien, dat de administratie daar een dubbele was, zoodat enkele voorschriften met dien toestand overeen moesten worden gebracht (2).

Men onthoudt den Minister deze bedenkingen niet (3), waarop de Minister zijnerzijds weder antwoord (4).

De gemaakte opmerkingen leidden echter voor een deel tot wijziging van het Reglement. En indien men op het beleid van het Departement thans een aanmerking zou willen maken, dan zou het deze kunnen zijn, dat, nu de gelegenheid daar was om het Reglement thans nog door de Staten te doen vaststellen, de Minister ten slotte volstond met het toezenden van exemplaren van het thans definitief door den Koning vastgestelde Reglement.

(1) Cursiveering in den tekst.

(2) Zie Not. P. S. 1817, blz. 320 vlg.

(3) L. c.

(4) Not. P. S. 1818, blz. 16 vlg.

Men wilde blijkbaar, dat ook deze zaak nu eindelijk haar beslag kreeg, op welke wijze ook. Een slechte theorie misschien, doch inderdaad een goede praktijk! Voor THORBECKE mocht er zeer zeker geen reden bestaan om althans hier over het gebeurde al te zeer te klagen. Terecht immers had hij aan de kaak gesteld het verouderde stelsel van de Grondwet, waarbij aan provinciale reglementen werd overgelaten om de algemeene beginselen dier Grondwet, ten aanzien van den werkring der Staten te ontwikkelen en aan te vullen (1).

Zoo ooit, dan was deze taak — gelijk dan later ook geschieden zou bij de Provinciale Wet — voor den algemeenen wetgever als geschapen.

Aan den werkzamen, voortvarenden zin van de Regeering dankte men het althans dat er — zij het bij Koninklijk Besluit in plaats van in een wet, naar het karakter der materie eischte — thans, doordat de reglementen voor de verschillende provincies naar één model werden ontworpen, eenheid was gebracht in de regeling van een onderwerp, hetwelk minder dan elk ander voor verscheidenheid bij de uitwerking vatbaar was.

Is het, — zoo mag men ten slotte vragen — is het inderdaad verwonderlijk, dat ook in andere gevallen zoowel Ged. Staten als de Regeering neiging vertoonden om weleens de oogen te sluiten voor het feit, dat de Grondwet de verordenende bevoegdheid gaf aan de Provinciale Staten alleen?

Aan voortvarendheid ontbrak het den Hollandschen Statenleden in het algemeen niet; over belangrijke aangelegenheden werden meermalen, binnen enkele dagen, tijdens de zitting, doorwrochte rapporten uitgebracht. Doch hoe is vlotte afdoening, liever, hoe is afdoening

(1) Aanteekening II, blz. 112 vlg.

van zaken nog mogelijk met een college, dat als regel slechts éénmaal per jaar bijeenkomt? Een dergelijke regeling eischt een veiligheidsklep. Men vindt ze in het reeds genoemde art. 36 van het Gezagsreglement, waarbij Ged. Staten bevoegd worden verklaard om ook algemeene reglementen van inwendige politie vast te stellen, wanneer de zaak geen uitstel kan lijden. Is het wonder, dat van deze bepaling met milde hand waarschijnlijk gebruik werd gemaakt, bijv. als de Regeering bedenking oppert omtrent een vastgesteld reglement en Ged. Staten kunnen nagaan, dat zij in de wijze van beantwoording handelen in den geest der vergadering? Voor onzen tijd kan een dergelijke praktijk wellicht te gemoedelijk schijnen; doch toenmaals zag men minder nauw. Zij gaf overigens aanleiding tot en was deels een uitvloeisel van zekere staatsrechtelijke slordigheid, die een kenner van ons publiek recht als THORBECKE inderdaad soms mocht doen gruwen. Doch deze fijngevoeligheid deelde hij waarschijnlijk met slechts enkelen. Men kende over het algemeen ons staatsrecht weinig, wijl de nog slechts zwak op den voorgrond tredende medezeggenschap van den burger in het bestuur van het land een grondige beoefening van dat deel der rechtswetenschap over het algemeen niet vorderde.

Die staatsrechtelijke slordigheid, in competentiebepaling, in wijze van uitdrukken, men ontmoet haar bij de bestudeering van het provinciaal recht voor 1848 bijna overal. Aan afwijkingen van het normale recht hechte men derhalve niet al te veel gewicht.

Ook hier geldt, wat DE BOSCH KEMPER (1) schreef over tal van informaliteiten in het algemeen staatsrecht na

(1) DE BOSCH KEMPER, Staatkundige geschiedenis tot 1830, blz. 434 vlg.

1814: „Dergelijke inconstitutioneële handelingen werden er meer gepleegd, echter volkomen te goeder trouw, misschien alle onwetend en zonder dat zij door iemand toen werden opgemerkt”.

Bij de bestudeering van de oudere notulen van het Provinciaal Bestuur van Holland, is ook deze indruk zeer sterk de mijne geweest.

Van meer belang voor een juiste beoordeeling van de toenmalige verhouding tusschen de Regeering en Gewestelijk bestuur in zake provinciale wetgeving, is ongetwijfeld ook de in dien tijd vaak gehuldigde, van onze huidige opvattingen afwijkende, zienswijze omtrent de beteekenis van het Koninklijk goedkeuringsrecht op provinciale verordeningen en reglementen (1).

Men herinnere zich daaromtrent THORBECKE's latere uitspraak:

„De monarchie van den Staat repeteert zich in de „provincie, met dit onderscheid, dat in den Staat de „Koning, in de provincie de provinciale vertegenwoordiging het initiatief heeft”.

HOGENDORP was eveneens deze meening toegedaan; ook voor hem is de Koning in de provincie medewetgever van maatregelen waartoe de voordrachten van de Staten uitgaan.

Het doet er weinig toe of deze opvatting juist was. Van meer belang is het hier, dat zij toentertijde waarschijnlijk de algemeen gangbare was.

Zij verklaart een terminologie bij de behandeling van provinciale reglementen, die slechts zelden den indruk maakt, dat de Staten zich Souverein gevoelen op hun gebied behoudens de noodzakelijke, in de Koninklijke goedkeuring gelegen, machtiging om de vastgestelde verordeningen in werking te doen treden, doch veeleer, dat

(1) Zie omtrent het volgende: Buys, Grondwet II, blz. 88 vlg.

zij den Koning als provincialen wetgever beschouwen, die handelt op hun initiatief en die op hun „voordracht” reglementen vaststelt.

Het behoeft geen betoog, dat een dergelijke staatsrechtelijke opvatting een groote mate van inschikkelijkheid jegens de Regeering met zich brengt en zij doet er het hare toe om lichter te denken over verschillende informaliteiten bij de vaststelling van reglementen begaan, waaraan THORBECKE zich zoo heftig stootte.

Doch de teleurstelling over de geringe vruchten der gewestelijke autonomie? Teleurstelling is steeds het gevolg van te hoog gestelde verwachtingen. De vraag is: wat heeft men verwacht, dat men teleurgesteld is? Zeker is het, dat voor Holland de provinciale wetgeving omvangrijker zou zijn geweest bij betere verhouding tusschen Noord en Zuid of wanneer in 1814 de volledige scheiding der beide deelen ware gehandhaafd (1).

(1) Voor Holland en Noordholland hebben over het tijdvak 1814—1848 de volgende verordeningen, waarbij aan ingezetenen verplichtingen werden opgelegd, gegolden:

1°. het huishoudelijk schoolreglement voor Holland van 5 Maart 1807, met bijbehorende klassificatie der scholen voor de kleinere steden en plaatsen der provincie;

2°. reglement op het houden van zwanen (1818);

3°. reglement op de keur der springstieren (1822);

“ voor de bevordering der paardenfokkerij (1822);

“ op de uitoefening der groote of zoutharingvisscherij (1826);

“ op het vervaardigen en den ijk der botervaten (1831);

“ op de begraafplaatsen en het begraven van lijken (1832);

“ op het verwerken van den hennep (1834);

“ op het rapen van eyeren (1842);

“ op de beveiliging van de kunstmatige beplanting der duinen en woeste gronden (1842);

“ op het visschen naar oesters met ijzeren korbegels (1843);

Was men elkander ontwend? Zaten er nog oude veeten? Zou een betere huwelijkswetgeving de goede verhouding tusschen de beide echtgenooten hebben bevorderd? Wat hiervan zij, zonder twijfel heeft in ieder geval incompatibilité d'humeur aan een vruchtbaar samenleven in den weg gestaan; en evenals voor Noord- en Zuid-Nederland, was in 1840 de scheiding van Noord- en Zuidholland voor beide partijen een gelukkige oplossing.

't Is op 22 December 1840, dat voor het eerst in Haarlem niet meer de oude en roemruchte Statenvergadering van Holland bijeenkomt, maar in haar plaats de Provinciale Staten van Noordholland. Met gelukkig gekozen woorden opent de gouverneur van Noordholland de zitting en herdenkt niet zonder weemoed de welwillendheid en de vriendschap van de Zuidelijke leden ondervonden; ook bij verschil van belangen is onderlinge waardeering mogelijk.

Maar deze gemoedelijke stemming verhindert den voorzitter niet om de voordeelen van een afzonderlijk voortbestaan van beide deelen helder in te zien:

„Liever — aldus de Voorzitter (1) — liever willen wij „doen opmerken, dat deze scheiding in meerdere opzichten „en bepaaldelijk ten aanzien van het huishoudelijk bestuur, „wezentlijke voordeelen aanbiedt. Immers, niettegenstaande „de groote overeenkomst, welke tusschen de twee deelen „van het oude Holland bestaat, is er echter altijd, met

- reglement nopens de toepassing van de kadastrale meting op de invordering van dijk- en polderlasten (1843);
- „ op de verveningen en ontgrondingen voor sommige gemeenten in Noordholland (1846);
- „ op de uitoefening der kleine of verschharing- en kustvisscherij (1848).

Zie overigens hieromtrent nader de notulen P. S. en het boekje over de Noordhollandsche verordeningen genoemd in noot 1 op blz. 490.

(1) Not. P. S. van Noordholland 1840, blz. 2 vlg.

„opzigt tot lokale gesteldheid, behoeften en belangen,
 „zooveel verscheidenheid, dat meermalen de moeilijkheid
 „zich heeft doen gevoelen, om door dezelfde bepalingen en
 „*dezelfde reglementen* (1) aan aller wensch te voldoen; het
 „gevolg hiervan heeft moeten zijn, dat sommige gewenschte
 „maatregelen niet konden ingevoerd en dat andere, min
 „volledig, konden in werking gebragt worden. Bijzonder
 „heeft eenige onvolmaaktheid der vroegere vereeniging zich
 „ook geopenbaard in de zaak der geldmiddelen, omdat
 „de verplichtingen, behoeften en hulpmiddelen ook hier
 „geenszins dezelfde, maar dikwijls wezentlijk verschillend
 „waren (2).

„Thans Edel GrootAchtbare Heeren, nu de scheiding
 „beslist is en Zuid- en Noordholland ieder een afzonderlijk
 „en zelfstandig bestuur hebben verkregen, mogen wij met
 „welgevallen een nieuw tijdperk tegemoet treden, waarin
 „de te nemen maatregelen geheel en al zonder te groote
 „inschikkelijkheid voor vrienden en naburen in overeen-
 „stemming zullen kunnen worden gebragt met het eigen-
 „aardige van plaatselijke en gewestelijke belangen en
 „behoefte.”

In ambtelijke taal beteekenden deze woorden een even
 hartsgrondig als begrijpelijk „endlich allein”.

F. G. SCHALKWIJK.

(1) Cursiveering van mij.

(2) Overigens was vooral het ontbreken van een Provinciaal Ge-
 rechtshof in Noordholland (dat voor Holland was te 's-Gravenhage
 gevestigd) één der voornaamste argumenten voor de scheiding.

De Handelshoogeschool.

De geestdrift bij de oprichting van een handelshoogeschool te Rotterdam is, indertijd, slechts met een zeer zwak golfje over mij gekomen. Dit kan, voor wien het interesseert, verklaard worden, deels uit de gebrekkige ontwikkeling van mijn lokaal-patriotisme, deels uit de nawerking van den koudwaterstraal der ontzuivering, waarmede, voor vele jaren, de handelspraktijk mij opwachtte, toen ik, leerling van beroemde mannen, na langen tijd van bijzonder onderricht en studie, met de kroon der voortreffelijkheid op het hoofd, het kantoor van eene middelmatige credietinstelling binnenstapte. Evenwel, in den na de oprichting verloopende tijd van verschillende zijden beziggehouden met geschriften over wetgevingskunst, en in oogenblikken van mijnering trachtende het gelezene en geleerde zijn plaats te geven in dat bijzondere deel van het recht, waartoe de omstandigheden mij telkens terugvoeren, heb ik mijne belangstelling in deze hoogeschool stadig zien groeien. Na de betuigingen van de vele verliefden op-het-eerste-gezicht, komen de regels, tot het schrijven waarvan ik mij thans zet, als een biljet van een meer bezadigd en bedachtzaam minnaar, waarin de ernst van zijne bedoelingen moge doorstralen ook in de vraag, die hij stellen wil aangaande zekere toekomstplannen van het voorwerp zijner wassende genegenheid.

Hoe het kwam, dat ik van het onderwerp der wet-

geving geraakte op dat van eene instelling voor hooger handelsonderwijs, zal ik moeten verklaren door een wederopstelling van de gedachtenreeks, die van het eene tot het andere voerde. Punt van uitgang was het Wetboek van Koophandel, voorwerp van zorg voor den wetgever, voorwerp van studie en kritiek voor den rechtsgeleerde. Gevraagd werd, of de bijzondere eischen, te stellen aan een in de tegenwoordige omstandigheden passende handelswet, en de in vele opzichten bevoorrechte positie van een handelshoogeschool, gevestigd op een plaats, waar de bij den handel betrokken belangen zoo veelvuldig contact hebben, niet met elkaar in verband moeten worden gebracht. Indien ten onzent behoefte bestaat aan nieuwere handelswetten, en indien deze moeten rusten op de resultaten van een bijzondere vóórstudie van de praktijk, behoort er dan geen profijt te worden getrokken van de omstandigheid, dat zich een groep van wetenschappelijke mannen heeft gevormd, die nauwere aanraking met het handelsleven hebben of kunnen verkrijgen, dan gegund is aan de personen, die zich tot nu toe met de voorbereiding van voor den handel bestemde bepalingen hebben bemoeid?

Men ziet, van deze zijde beschouwd, hangt eene hoogere waardeering van de genoemde instelling af van twee „indiens”, van de beantwoording van twee vooruitgeschoven vraagpunten. Daarom is het maar goed, dat de oprichting niet heeft moeten wachten op personen, die eerst de slotsom dezer overwegingen van deels wijsgeerigen, deels staatkundigen aard wilden opmaken, vóórdat zij tot een besluit konden komen. Het initiatief zou dan waarschijnlijk het lot van Saguntum niet zijn ontgaan. Mocht evenwel, na de daad der oprichting, blijken, dat daarmede tevens belangen zijn gediend, die, ofschoon zij niet zóó voor de hand liggen als degene, die men het

allereerst wilde dienen, daarbij toch zeker niet achterstaan, dan wordt daardoor zoowel de oprichting meer dan voorheen gerechtvaardigd als het voortbestaan beter verzekerd. Hierin ligt dan tevens de verontschuldiging voor de vrijmoedigheid, waarmede ik, trachtende mij staande te houden op de schouders van ouderen, aan de in ander verband veelbesproken „indiens” een kleine hoeveelheid wit papier heb ten offer gebracht.

Slechts weinige bladzijden wil ik hieraan wijden; maar wat zou er niet aan kunnen worden besteed, indien de uiterste beperking niet van meet-af aan werd opgelegd! Reeds de eerste stap naar de oplossing van de eerste vraag: of er nieuwe handelswetten noodig zijn, — brengt ons op het kermisterrein, waarheen de mode van het oogenblik iederen juridischen meedoener heeft heengelokt, en waar nu wel alles, wat omtrent wetgeving in het algemeen aan zin en onzin viel te bedenken, door welbespraakte lokvogels voor de verschillende tenten en kramen wordt uitgegalmd. Zijn er in 't geheel wel wetten noodig, laat staan handelswetten? Dit lijkt wel, wanneer wij weer tot ons zelf komen, de gedaante van den op ons neergedaalden twijfel aan alles.

Ik schaam mij bijna voor mijn ouderwetsche denkbeelden, maar ik moet ze bij het bespreken van zulke vragen omtrent beginselen wel bekennen.

Voor mij is het recht nog, zooals ik dat leerde, het samenstel van regelen, die volgens de uitgesproken overtuiging van een gemeenschap bestemd zijn om de uiterlijke verhoudingen van hare leden op eene van hun individueelen wil onafhankelijke wijze te beheerschen. Dit recht nu neemt een uiterlijk waarneembaren vorm aan door de wet, de gewoonte, en door de rechtspraak.

Van tijd tot tijd neemt een van deze drie vormen den voorrang boven de anderen. Meestal was het bij den

wetgever, waar de knobbel van den eigenwaan het meest gedijde, en aldus geschiedde het in de tijden der codificatie. Zij, die zich toen zetten aan het griffelen der Tafelen, meenden daarin ongeveer alles te kunnen opnemen. De gewoonte ging naar de tweede, de rechtspraak naar de derde plaats. Voor het Nederlandsch privaatrecht zie ik deze orde aangegeven in artt. 11, 3 en 13 A. B. In het algemeen geldt de wet, daarnaast de gewoonte op de haar door de wet aangewezen plaats; vindt men geen van beiden, dan beslist de rechter wat recht is. Men moet hierbij in het oog houden, dat het gebied, waar de rechter zelfstandig optreedt, kleiner is dan het wel schijnt. Immers, geplaatst voor een stilzwijgen èn van de wet èn van de gewoonte, waarnaar de wet verwijst, zal hij meestal rechtspreken volgens een gewoonte, waarnaar de wet niet verwijst, d. w. z. dat ook hier niet hij, maar de gewoonte „regt geeft”.

De geschiedenis heeft in haar kringloop de toestanden aldus gewijzigd, dat de wet van hare eereplaats een weinig is afgezakt, gewoonte en rechtspraak naar voren konden dringen.

Voor al is dit geschied waar het gold hetgeen wij volgens de traditie ons handelsrecht noemen.

De wet, die oorspronkelijk geen kwaad stuk werk vertoonde, geeft reeds vele jaren lang op allerlei gebied geen gezond, levend recht meer. Men vrage maar eens het oordeel van onze bankiers, reeders, accountants, administrateurs, trustees, verzekeraars, effectenhandelaars, reizigers, pakhuismeesters. Men spreekt tegenwoordig veel van de kwalen der wetten. Wellicht zijn deze niet minder talrijk dan de krankheden des vleesches, en wie op het legislatief kerkhof de grafschriften vermag te ontcijferen, kan daar nog menige belangwekkende vondst doen. Wat de kwaal van ons wetboek betreft, deze is niet zoozeer,

dat het kwam in directen strijd met de behoeften van een totaal veranderd handelsleven van den modernen tijd — al bleef het ook hiervan niet vrij —, als wel dat het daarmee in steeds toenemende mate de aanraking verloor; dat de feiten en omstandigheden, met het oog waarop het werd gegeven, hoe langer hoe minder zich voordeden, terwijl daarnaast daarbovenuit een geheel nieuw economisch samenstel werd gebouwd, waarvan zijn makers niet hadden durven droomen. Het wetboek is geworden als een molen, die telkens in het leege maalt, als een motor, waarvan de drijfriemen haperen; een machine, die niet meer gebezigd kan worden voor het werk van den tegenwoordigen tijd, en waarvan het eene deel na het andere gaat stilstaan, vastroest en verteert.

In de taal van de wet uitgedrukt: het aantal gelegenheden, waarbij de rechter het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid van de wet zou kunnen voorwenden, is zeer aanzienlijk vergroot.

Heerscht hier dus een gedeeltelijke wetteloosheid, men kan in den tijd, waarin wij leven, toch niet spreken van een daaraan evenredige rechteloosheid. Reeds van buiten gezien vertoont het handelsverkeer een mate van zekerheid en stiptheid, die het gunstig doet afsteken bij den harrewar, die zoo menig ander door de wet meer vertroeteld gedeelte van de menschelijke betrekkingen te zien geeft. Hier moeten dus de buitenwettelijke rechtsvormen naar voren zijn gekomen.

Wie hier het meest heeft gedaan, de gewoonte of de rechter, kan eigenlijk geen punt van discussie uitmaken. De beteekenis van de rechtspraak is door haar kampioenen sterk overdreven. Het is niet zonder reden, dat de magistratuur zoo weinig gedanst heeft bij de muziek van LEVY en de zijnen. Wie, zooals maar al te vaak geschiedt,

na gedurende twee jaar in de strafkamer zijn kennis van het privaatrecht te hebben zien verbleeken, bovendien nog twee jaar lang als rechter-commissaris de kans heeft gehad om schade en schande op te loopen, maar niet om iets te leeren, zal als handelsrechter meer behoefte hebben aan onderwijs in de elementaire begrippen van het bestaand recht, dan zich geroepen gevoelen om nieuw recht te vormen. En wanneer men nauwkeurig toeziet bemerkt men spoedig, dat in de gevallen, geschreven op het credit van den rechter, niet zoozeer regelen zijn gegeven, waarnaar het verkeer zich zal hebben te richten, dan wel is berust bij voorschriften, naar welke de handel zich reeds langen tijd placht te gedragen.

De waarheid is, dat het recht, waar de wet zweeg, in verreweg de meeste gevallen zich uit in de gewoonte, opgevat in ruimen zin, dat wil dus zeggen: gewoonte in technischen zin, omgeven door usances, gevestigde opvattingen, gebruiken, aangenomen fatsoensbegrippen, modellen en andere leden van de groote familie der navolging. Waar de wet niet meer bruikbaar was, is hier met den nuchteren praktischen blik en den flair voor de handigste oplossing van een concreet geval, aan het geheele volk eigen, een voor de onmiddellijke behoeften tamelijk voldoende orde bewaard en geschapen op het gebied van rekening-courant, scheepshypotheek, vennootschappen, pakhuisceelen, obligaties, beurshandel, vervoer, termijnhandel, verzekeringscondities, en tientallen van andere onderwerpen. De feitelijke toestand is zelfs zóó, dat de gewoonte niet alleen naast, maar ook over de wet heen is gegroeid, dat wij, tot onze theoretische ontsteltenis, gewoonte met aan de wet derogeerende kracht moeten constateeren, en dat ook hier quod fieri non debet factum valet.

Nu rijst de vraag of deze toestand zoo blijven mag,

en wanneer deze ontkennend mocht worden beantwoord, dan doet zich deze tweede vraag voor: indien wij de hand vaardig maken ter verbetering, zullen wij dan bedacht zijn op overheersching van den rechter, van de gewoonte, of van de wet?

De toestand mag zeer stellig niet zoo blijven. Wij verkeerden aan alle zijden in de meest onaangename onzekerheid. De gewoonte vulde aan maar niet volledig en in menig geval op een wijze, die juridisch bedenkelijk was, die slechts geduld, niet erkend werd. En de rechter, zooals wij dien thans bezitten, is naar mijn overtuiging niet de ware man om daar, waar zelfs geen gewoonte is gevestigd, van af een hoogere verdieping der wijsheid met vaste hand door het verkeer de richtlijnen te trekken en den uitgeslapen handelsman de wet te stellen buiten iedere contrôle, zelfs van cassatie.

Maar wat dan?

Bij een poging tot beantwoording van deze vraag moet men tweërlei vooropstellen. In de eerste plaats, dat wij daarbij rekening dienen te houden met werkelijkheden en niet met hersenschimmen; dat wil zeggen: dat wij niet mogen werken met den idealen rechter of met den super-wetgever of met de gewoonte uit de nieuwste apotheesen, doch met het bereikbare. In de tweede plaats, dat het oordeel van de werkelijke belanghebbenden den doorslag moet geven.

Beschouwen we nu de toekomstige positie van den rechter, dan moeten wij beginnen met onderscheid te maken tusschen wetsuitlegging en het vormen van recht. In het tot onzinnige proporties opgeblazen misverstand betreffende de vrije uitlegging, wil men maar niet hooren naar de reeds zoo vaak geuite opmerking, dat het slechts kan gaan om iets meer of minder. De stem der justiciabelen, voorzoover men die in de meeningen, door de dagblad-

pers verkondigd, mag beluisteren, heeft, dunkt mij, duidelijk genoeg gezegd, wat ik zou willen uitdrukken door er aan te herinneren, dat de spreuk „*optimus iudex qui minimum sibi relinquit*” steeds werd vergezeld door deze twee anderen: „*lex semper intendit quod convenit rationi*”, en „*qui haeret in litera haeret in cortice*”.

De vraag, waarom het hier gaat, n.l. of men in de toekomst meer plaats moet opeischen voor wat ik zoo vrij ben te noemen rechterlijk recht, is door de belanghebbenden beantwoord door de ook hier te lande opgemerkte steeds toenemende verwijdering tusschen den handel en den rechter. Men late daarom den iudex op dit gebied in zijn tegenwoordige rol van noodhulp, neme hem niet in vasten dienst.

Iets moeilijker is de keus tusschen wet en gewoonte.

De strijd wordt gewoonlijk gevoerd door partijen vergaderd onder de leuzen Rechtszekerheid en Rechtsbuigzaamheid. Theoretisch is deze strijd niet te beslechten.

Beperkt men de vraag tot het handelsrecht, dan moet men wel aannemen, dat de beslissing een compromis dient te worden, en wel dit: dat zooveel mogelijk het recht in de wet zal worden opgenomen, mits de wet de bestaande gewoonte eerbiedigt en hare verdere ontwikkeling niet belemmert.

Want hieraan kan men niet voorbij: de handel wil zijn eenmaal aangenomen gedrageregeling, resultaat van het verkeer zelf, vredesverdrag tusschen vele tegenover elkaar geplaatste groepen, behouden. Waar ook maar éénige kans bestond, dat de rechter dat samenstel niet zou eerbiedigen, werd het bij scheidslieden tijdelijk of blijvend in veiligheid gebracht. En ook de houding van den handel tegenover den wetgever bewees dit herhaaldelijk. Want wanneer een enkele maal de orde werd

verbroken, krach en schandaal weerklonken, huiselijke twisten uitbarstten, dan is er, zeker, wel om den wetgever geroepen. Maar wanneer deze het voorbehoud niet had verstaan, bemerkte hij al spoedig, dat hij als de Pruisen in het land kwam. Wat hij wilde aanbieden uit eigen kraam: staatstoezicht, nietigheden *ex tunc*, den rechter als zedemeester, overdenkingen van departements-ambtenaren, dat alles was blijkbaar geenszins het verlangde. Men wilde wel orde in huis, maar wenschte er toch de baas te blijven; men wilde wel reparaties en schoonmaak, maar geen verhuizing.

Onder dit voorbehoud wil men evenwel wetten. Een duidelijke wetstext heeft nergens meer vrienden dan in den handel, en ik houd het Wetboek van Koophandel nog voor het verreweg 't meest geraadpleegde. En men is zich het onvolkômene van de gewoonte zeer bewust. Men ziet zeer goed, dat al hetgeen gegroeid is in de open plekken, waar het wetboek niet reikte, al hetgeen de oude ruïne heeft overwoekerd en bedolven, een tamelijk wilde vegetatie is, waarin zeker ook wel eens mag worden gesnoeid en gewied. Aan zich zelf overgelaten heeft de grond hier veel nuttigs en fraais doen opschieten, maar daarnaast had ook onkruid alle vrijheid van voortplanting. Voorzeker is vrijheid gelaten aan het zich ontwikkelen van recht, maar tevens is er weinig gedaan tegen het opschieten van onrecht, in de gedaante van misbruiken, die de door de leidende geesten in het leven geroepen regeling van het bedrijf met verstoring bedreigen. Is het al waar, dat wij in deze tijden van vooruitgang daarvan nog niet veel bemerken, even waar is het, dat 't niet aangaat den wetgever werkeloos te laten zitten bij den altijd onbetrouwbaren dam der omstandigheden, die een dreigende overstroming van onrecht nog tegenhoudt, wanneer, door de conditiën van het getij, de peilschaal der terecht-

zittingen nog geen gevaarlijke stijging aanduidt. Er is soms betrekkelijk weinig toe noodig om storingen in handel en bedrijf te veroorzaken, met de daaraan verbonden verzwakking van het moreel. En in zulk geval zijn het alleen de stevig in den grond geheide palen der wetsartikelen, die in staat zijn de overstroming te keeren, en niet de publieke opinie, niet de gelegenheids-jurisprudentie, niet de particuliere reglementen, opvattingen, gebruiken en gewoonten, dikwijls spoedig verlaten, indien men er heil in ziet met het getij de bakens te verplaatsen. Dan behooren er, zoo al geen wetboeken, dan toch wetten te zijn.

Men ziet dan ook, dat in Engeland, waar men zoo op het gewoonterecht gesteld heet te zijn, juist op het gebied, dat wij aan het handelsrecht hebben toegewezen, de elders nog weinig beschreven gewoonte in statutes wordt vastgelegd. Men denke b.v. aan de wetten betreffende sale of goods, books evidence, partnership, companies, mercantile agents, carriers, canal & railway traffic, bills of exchange, life insurance, merchant shipping, bills of lading, marine insurance, merchandise & trade marks, etc. etc.

Waarschijnlijk zal men reeds de opmerking hebben gemaakt, dat ik maar gewaag van handelsrecht, alsof HARTOGH en MOLENGRAAFF nooit geschreven en gesproken hadden. Op de vraag, of de dan te maken wetten *handelswetten* moeten zijn, kan ik inderdaad niet het kategorische en voor de studie van het levende handelsrecht noodlottige antwoord geven, dat de traditie bijna onaantastbaar heeft gemaakt. Ik ben ook zoo vrij te betwijfelen of de practische gevolgen van de ontkenning, die wij zien in de eenheid van het pandrecht en het faillissement, wel zoo bijzonder gelukkig zijn. Mij komt het nog voor, dat de stelling, dat wanneer wij het

burgerlijk recht op moderne wijze inrichten, de handel daarmee ook heeft verkregen wat hij noodig heeft, bestaande afstanden miskent. In werkelijkheid is de handel, opgevat als een zeer reëel, doch beter begrepen dan omschreven complex van bedrijvige personen, altijd een pionier, die de overige maatschappij op menig rechtsgebied een heel eind vooruitgaat. Wanneer reeds geruimen tijd de handel op eenigen vooruitgeschoven post zich gemakkelijk had ingericht, kwamen ook de anderen zoover, dat de regels, voor het handelsverkeer geschapen, op hunne verhoudingen konden worden toegepast. De naam „koopman” moet gegeven zijn in den tijd, toen men nog ruilde. En zoo zal het wel altijd blijven. De wijzen van levering in den effecten- of goederenhandel, zooals die thans in zwang zijn, zou men op den verkoop van niet-koopmanschappen niet willen toepassen. Toch zal de tijd komen, waarin gelachen wordt om de omslachtigheid van de tegenwoordige regeling, doch op dat oogenblik zijn de wegen van den handel weer veel verder gebaad.

Er zal aan den legislatieven molen altijd veel koren worden aangevoerd, dat wel geschikt is voor de consumptie van den handel, maar nog niet bruikbaar is als volksvoedsel. Doch daarom mag de molenaar den koopman geen gebrek laten lijden.

Dit wil niet zeggen, dat, wanneer aan de behoeften van den handel door de wetgever tijdig is voldaan, de aldus ontstane wettelijke voorschriften ook met jaloerschheid voor den koopman moeten worden gereserveerd. Integendeel, zoodra dit mogelijk en wenschelijk is, moeten deze bepalingen algemeen gemaakt worden. En het kan daarom zeer juist zijn, wanneer, zooals in den laatsten tijd voorkomt, een regeling, die tot dusver alleen voor den handel gold, voor het geheele publiek wordt opengesteld. Men

moet echter niet denken, dat dit de voorbode is van een ideaaltoestand, waarin het geheele handelsrecht door het burgerlijk recht zal zijn ingeslokt. Dat de handelswet terrein verloren heeft, is zeker, doch dit komt vooral hierdoor, dat de wetgever wel bezig is geweest met stukken van haar grondgebied af te nemen, maar nalatig is gebleven in het afbakenen en in kaart brengen van het intusschen nieuw verworvene. Met de regeling van onderwerpen als: de handelsinzet, de publiciteit van het vermogen, de veempapieren, is de wetgever reeds achterstallig, maar voorshands is zulk een regeling alleen nog slechts voor den handel van belang, en zij is bestemd om het gebied van het geschreven handelsrecht aan de verste zijde te vergrooten, ter vergoeding van hetgeen daarvan kan worden genomen aan de naaste zijde der vennootschappen, verzekeringen, wissels, intermediair.

Tusschen handelswetgeving en algemeene burgerlijke wetgeving, zie ik dus niet een principieel, maar meer een chronologisch verschil, en de vraag, of de nu noodzakelijke nieuwe wetten nog of niet meer alleen voor den handel moeten gelden, zal voor iedere wet telkens afzonderlijk moeten worden beantwoord.

Bij zulk een opvatting van de verhouding tusschen handelsgewoonte en handelswet kan de rol van den wetgever slechts een zeer bescheiden zijn. Hij is blijkbaar volstrekt niet de leidsman, die den handel de richting aangeeft, waarlangs deze zijn tocht naar de onbekende toekomst zal voortzetten. Wanneer hij, zooals hier, een tijdlang zijn aldus opgevatte taak laat liggen, dan ziet men niettemin het verkeer zelfbewust zijn eigen gang gaan. Het eenige dat de wetgever dan doen kan, is zich voort te spoeden langs den weg, waarop hij is achtergebleven, en te trachten de maatschappij weer in te halen. Hij kan zich besparen de illusie, dat hij de regelen, waarnaar het verkeer zich

gedragen wil, kan vervangen door zelfbedachte, daarvan afwijkende voorschriften. Hetgeen langzamerhand in de hoofden is opgekomen en zich in de gemoederen heeft vastgezet, hetgeen gedragen wordt door het bewustzijn, dat het niet anders mag en kan, dat alles werpt met onweerstaanbaarheid alle banden van zich af. De taak van den wetgever op den weg waarlangs het handelsleven gaat, is niet die van het commando, maar hij is veeleer de commissaris van orde, die aan de bestaande marschregels kracht bijzet. Zijn bezigheid bepaalt zich inderdaad meer tot de erkenning van bestaande regelen, dan dat zij mede omvat de vaststelling van nieuwe voorschriften.

Deze bescheiden rol nu was in vroegere tijden, toen de koopman, regeerder van onze groote steden, tevens de handelswetgever kon zijn, een vrij gemakkelijke. De wetgever, ordonnantie- en keurmaker, kende van nabij belang en rang, gebruik en misbruik, wist ze te schiften, te schragen en te beperken. Deze tijden zijn veranderd. De koopman regeert niet meer, en niet hij is de wetgever, doch veel meer de arbeider, de dominé en de onderwijzer. Voor dezen wetgever lijkt de taak hoe bescheiden zij zich ook laat aanzien, zeer zwaar.

Niet bekend met de in de wet te ordenen stof, zal hij als eerste werkzaamheid moeten aanvatten de observatie, en zal er dus op uit moeten zijn zich in het bezit te stellen van een zoo volledig mogelijke verzameling van de concrete gebruiken, opvattingen en gewoonten van het moderne zakenleven.

Dit is echter niet alles.

Gesteld men ware zoover gekomen, dan zou de wetgevende arbeid kunnen leiden tot weinig anders dan tot het vaststellen van een costuumboek, of zooals men dat ook wel noemde, van een spiegel — tegenwoordig zou

men beter kunnen spreken van een photographie — waarin men tot in bijzonderheden nauwkeurig zou kunnen zien, wat tegenwoordig bij voorkomende gelegenheden moet worden gedaan of nagelaten. Intusschen, dit wordt niet verlangd. Een zoodanig product van wetgeving zou, in stede van het levend recht op den troon te plaatsen, het metterdaad in het mausoleum bijzetten. De wet zal moeten geven een fundament voor een paleis, niet de muren van een gevangenis. Zij zal moeten formuleeren beginselen.

De volgende werkzaamheid van den wetgever is derhalve eene van studie. Na den verzamelaar komt de geleerde, de man der wetenschap.

Wetgeving en wetenschap, mogen deze beiden nog in één adem worden genoemd? Wanneer daaraan ooit getwijfeld is, dan is het zeker op den huidigen dag. Ziet men niet hoe sommigen in arren moede den wetgever de Engelsche wetten ten voorbeeld stellen, omdat deze, zooals zij beweren, de verdienste bezitten van onlogisch te zijn? Wordt hem niet van verschillende zijden geraden uitsluitend empirisch te werk te gaan? Zeggen anderen niet, dat hij, die de wet stelt, reeds tevreden kan zijn, wanneer hij in den volkstoon den volkswaan weet op te schrijven? Lezen wij niet, dat de wetgever geen hooger ideaal behoeft na te streven, dan naar zijn eerlijk inzicht orde te scheppen in de casusposities, die het toeval van den dag hem voorlegt?

Wat mij betreft, ik zie niet in, waarom al deze twijfel en moedeloosheid. Wetenschappelijke behandeling van de voorhanden rechtstof, vóór verwerking tot wet, brengt niets anders mede dan de gewone taak, die aan iederen beschouwer van verschijnselen in de samenleving is opgelegd en meestal zonder morren wordt gedragen. Ook hier moet men datgene, waarvan het bestaan is vastgesteld,

trachten te begrijpen als ontstaan. Ook hier zal in de massa overeenkomst en verschil moeten worden gewogen om te komen tot groepeerings en dieper inzicht. Waar men elders de wet zoekt, delft men hier naar den rechtsregel. Is dit werkelijk een arbeid, die meer vergt dan menschelijke krachten?

Ik zou meenen, dat de wetenschappelijke beschouwing van de natuur in hare bovenmenschelijkheid heel wat meer vrees moest inboezemen dan die van het recht, dat, al kan men het ook voor een deel als natuurproduct opvatten, toch altijd in hoofdzaak blijft een maaksel van het mensdom zelf.

Wat het handelsrecht in het bijzonder aangaat, het opsporen van den rechtsregel zal meestal samenvallen met de onderkenning van de machtspositie der verschillende belangen. Ook waar het recht in wording is. Meestal groeit er ergens in het verborgene een of ander belang, dat, langzamerhand in kracht toenemende, op allerlei gebied, waar het met andere in botsing komt, eerbiediging vraagt en tracht af te dwingen. Hier ontstaan dan verkeersregelen. Die contactpunten vertoonen zich, al naar het toeval der zakenbeweging heeft gewild, in de meest uiteenliggende deelen van een ongeordende rechtsmassa. Doch allen zijn zij verbonden aan dat omhoogstrevend belang. Niet een poging om op ieder punt van wrijving een gladde regeling te polijsten brengt hier de oplossing, want onophoudelijk zullen nieuwe uitingen van dezelfde kracht op geheel onverwachte plaatsen zich blijven voordoen. Slechts opsporing van het belang waar het om gaat, brengt ons nader tot een afdoende regeling.

Ik denk, om een voorbeeld te noemen, aan de vele, afzonderlijk staande verschijnselen in het levensverzekeringbedrijf, usances wijzende op een wassenden invloed van de polishouders, tengevolge waarvan de uiterlijke

gedaanten van onderlinge en niet-onderlinge maatschappijen naderen tot groote gelijkenis. Niet de regeling van al deze uiterlijkheden, ook niet die van enkele bevoegdheden van den verzekerde, vraagt hier in de eerste plaats de aandacht van den wetgever, maar wèl de kern van dit alles, het groeiende bewustzijn, dat een rechtsband moet blijven bestaan tusschen de polishouders en het uit hunne spaarpenningen saamgegaarde vermogen der onderneming, in welken vorm ook deze gegoten zij.

Men hoort tegenwoordig veel spreken over de *kunst* van wetgeven. Eigenlijk zou ook zulk een opvatting van dit werk een streven naar dergelijke resultaten ten gevolge moeten hebben. Om bij een eenmaal gebruikt beeld te blijven! Kunst is het niet, wanneer met een zoo scherp mogelijk genomen photographie de gelijkenis wordt gezocht in wedergave van ieder plooitje, ieder haartje, maar het is kunst, in krachtig opgezette hoofdtrekken het wezen zelf uit te drukken en zóó doende een innerlijk juist beeld te geven ook voor tijden, wanneer vele kleine trekken zijn verscherpt, vervaagd of uitgewischt.

Maar ook met deze wetenschappelijke behandeling zijn we er nog niet. Wij zouden gevaar loopen van te komen tot een wet bestaande uit een verzameling van kernspreuken, en wij werken voor het practische leven en niet voor een museum van afgetrokken begrippen. Het komt er thans op aan het ontlede op te bouwen tot een harmonisch geheel. En het is duidelijk, dat de verschillende gevonden gronddenkbeelden niet aan elkaar passen als de stukjes van een mozaiek; zij grijpen over elkaar heen, het een dient aan het andere tot steun, sommigen zullen als het ware op derden moeten worden geënt. Het denkbeeld, dat de kleine koopman behoefte heeft aan een bijzonder geregelde beperkte aansprakelijkheid, kan slechts worden beschouwd als een onderdeel;

de eisch, dat grenzen moeten worden gesteld aan de combinatie van rechtspersoonlijke vennootschappen, zal voor een groot deel worden gedekt door dezen andere, dat er een limiet behoort te zijn van de opeenhooping van functies bij één persoon. Nauwkeurig moet opnieuw de waarde worden bepaald van het beginsel, dat men niet méér aan de zee behoeft te verliezen dan men aan haar heeft toevertrouwd.

Komt dus na den verzamelaar de man der wetenschap, na dezen komt de staatsman.

Ik heb gezegd, dat op het gebied van het handelsrecht de taak van den wetgever is een bescheidene, maar tevens moeilijke. Voor het betoog van het moeilijke zijn deze laatste uiteenzettingen stellig voldoende.

De vraag zal nu wel moeten worden gedaan, of de krachten van den wetgever zoover reiken.

Wat de taak der observatie betreft, wij hebben thans ook van officieele zijde vernomen, dat de wetgever voor de richtige vervulling daarvan bijstand behoort te zoeken.

Uitgezonderd die gevallen, waarin de wetenschappelijke bewerking van de rechtsstof feitelijk in handen was van een rechtsgeleerde van erkende bekwaamheid, hebben ons de wetten en wetsontwerpen van den lateren tijd geen hoogen dunk gegeven van de bevoegdheid der wetgevende organen ten onzent om de juridische abstractie helder herleidend door te zetten. Dit komt uit door de gedaante van de wet, die meestal nog de onbeholpen vormen van den min of meer beredeneerden catalogus of van de biographie vertoont. De verzamelstaten van casuïstiek staan tot de op wetenschappelijke gronden gestelde wet als de woordenlijst staat tot de spraakkunst, en de collectie van biographieën verhoudt zich tot beginselmatige wetgeving als CORNELIUS NEPOS, zaliger, tot de moderne geschiedkunde. Ook komt dit uit door de

lengte. Beginselmatige wetgeving kan altijd kort zijn. Behoort dit niet altijd te zijn. In het algemeen moet, gelijk ieder, die iets te zeggen heeft, ook de wetgever rekening houden met zijn gehoor. Richt hij zich tot de massa, zooals bij de regeling van het burgerlijk personenrecht, het strafrecht, het kiesrecht, dan moet hij zich voor oogen houden, dat vier vijfden van zijn publiek tot de slecht ontwikkelden behoort. Zelfs kan het, in zulke gevallen, wel eens goed zijn, wanneer ook Mr. PIET LUT het woord vraagt. Doch de handelswetgever heeft een, wat het intellect betreft, uitgelezen publiek, waarvoor hij bovendien een van te voren reeds grootendeels bekend onderwerp bespreekt. Hier komt het dus minder aan op uiteenzetting dan op samenvatting, en wijdloopigheid teekent verwardheid.

Omtrent het derde, politieke, gedeelte van den taak des wetgevers, heb ik mijn meening reeds gezegd. De juiste volvoering hiervan kan men moeielijk verwachten van organen, waarin de handel zoo weinig stem heeft. Was eertijds de leiding van 's lands zaak stellig te veel in commerciële handen, thans is zij dat te weinig, en de teekenen des tijds wijzen er niet op, dat hierin spoedig een verandering zal komen.

Het zijn deze overwegingen, die mij gebracht hebben voor de deur van de Handelshoogeschool.

Ik zonder hiervan uit, wat ik meende te mogen opmerken omtrent het meer politieke gedeelte van het werk der wetgeving. Des te meer drong mij hetgeen daaraan moest voorafgaan.

Immers hetgeen van verschillende zijden is voorgesteld ter verlichting en gedeeltelijke overneming van het den wetgever niet handzame werk, blijft slechts ten halve afdoende.

Nemen wij in de eerste plaats de verzameling van de te ordenen rechtsstof in nadere beschouwing. Voorgesteld is dit werk te verbinden aan het departement van justitie, aan een officieele commissie, aan de universiteiten.

Het komt mij voor, dat hoeveel nut een dergelijke opdracht moge stichten op elk ander gebied, zij bij de bestudeering van den handel geen succes zal hebben. Het departement blijft buiten persoonlijke aanraking met zijn object van onderzoek, en kan slechts trachten een altijd gebrekkige papieren brug te spannen. Het heeft te kampen met een wantrouwen aan zijn eerlijke bedoelingen, omdat de officieele belangstelling tot dusver gewoonlijk een sterken fiscaal bijmaak had. Het moet zijn kennis van af het nulpunt trachten op te voeren en zal, waar voor den ingewijde geen twijfel mogelijk is, soms langen tijd moeten aarzelen tusschen den knol en den citroen.

Deze bezwaren gelden voor een deel ook tegen een officieele commissie. Hierbij komt, dat wij nu wel hebben geleerd, dat een officieele commissie zeer moeielijk juist saam te stellen is, dat het gezamenlijk werk — voor ieder lid een bijbaantje — zelden op hoog peil komt, dat bij een werk van langen adem de onvermijdelijke personeelswisseling telkens de verkregen resultaten in gevaar brengt, en dat waar men, zooals hier, belanghebbenden niet zal kunnen voorbijgaan, de werkzaamheid groote kans loopt de noodige objectiviteit te verliezen.

De universiteiten. Men vergeet, dat het werk praktisch op de schouders van een of twee mannen zou neerkomen, en men overschat hunne faciliteiten. Nog zeer onlangs vernam ik van een onzer meest bekende professoren, dat hij na zóóveel jaren van studie, bij de bespreking van de opvattingen van de praktijk, dikwijls niet verder kon komen dan de vraag, of er wel een handelsgebruik bestond, en dat het hem reeds buitengewoon veel moeite had gekost

om een positief antwoord te krijgen omtrent de juiste beteekenis van één clause: aflading voor een zekeren datum. Er is ook voorgesteld den doctorandi als proefschriftopgave een soort van reportage op te dragen. Ik heb daaromtrent persoonlijke ondervindingen, en die zijn niet bemoedigend. En ik vrees voor het uitblijven van een voldoende aanbod van werkkrachten.

Waar het geldt de wetenschappelijke verwerking van eenmaal saamgebracht materiaal, daar zou ongetwijfeld het werk veilig aan de universiteiten kunnen worden overgelaten.

Maar men gevoelt, dat de meest gelukkige oplossing is een persoon of instelling te vinden, die zowel de observatie als de analyse kan verrichten.

En nu lijdt het geen twijfel, dat wij groote rechtsgeleerden bezitten aan wie dit gerust kan worden toevertrouwd. Het zijn er niet velen, maar zij zijn welbekend en ik behoef hunne namen niet te noemen. Maar ook ik zou deze mannen niet durven wegroepen van het werk, waaraan zij thans bezig zijn. Bovendien vind ik, dat het gewone werk in de maatschappij, waartoe toch ook het instandhouden van het wettelijk recht behoort, in het algemeen zóó moet worden geregeld, dat het ook door gewone menschen kan worden gedaan. Er is dan meer kans, dat het regelmatig en goed wordt verricht, dan wanneer men telkens wachten moet op den zeldzamen uitstekenden geest, waarop van alle kanten beslag wordt gelegd.

Thans zou ik aan de Handelshoogeschool willen vragen: vat gij de kneep?

Er bestaat, naar ik durf vermoeden, voor deze instelling een unieke gelegenheid tot het verrichten van de noodige observatie. In de eerste plaats, omdat vele leeraren een groote schat van persoonlijke practische ondervinding bezitten. In de tweede plaats, omdat de school een schep-

ping is van den handel zelf, en daarom met dezen de intiemste betrekkingen heeft, veel meer dan een door de regeering van land of stad bestuurde academie. Het zal er den handel aan gelegen moeten zijn, dat hare leeraren de goede usances, opvattingen en al wat daarbij behoort, leeren kennen en propageeren. In de derde plaats, omdat zij is gevestigd in een stad, waar men handel en verkeer niet kan ontloopen; waar men, zelfs zijns ondanks, de zichtbare en onzichtbare krachten, die overal de zaken drijven, gevoelen moet; waar ieder uit den tijd geraakt begrip, dat elders nog kans van bestaan mocht hebben, aanstonds ridicul is; waar, in één woord, het ware studiemateriaal op straat voor het grijpen ligt.

Aan die hoogeschool werken ook rechtsgeleerden. Hunne toekomstplannen ken ik niet, doch ik mag aannemen, dat zij de begeerte voelen van een arbeid te verrichten, die tegelijkertijd wetenschappelijk is en praktische waarde heeft. En ik zou het betreuren, wanneer deze begeerte ook hen weer mocht drijven tot het uitgeven van och, zoo weinig welkome inleidingen, handboeken en commentaren, waarin het Wetboek van Koophandel wordt gecondenseerd, ontleed of aangelengd. Ik stel mij zoo voor, dat ieder die over een wet doceerend geschreven heeft, tegenstander wordt van nieuwigheden, die de moeizaam gevulde deelen naar den bazar van goedkoope boeken doen verhuizen. Daarom vraag ik, zoo spoedig reeds, hun aandacht voor een werk, dat zich niet richt naar het afstervend verleden, maar naar de groeiende toekomst.

Geeft aan Nederland de wetenschappelijk geordende bouwstoffen voor zijn nieuwe handelswetten.

G. VAN SLOOTEN AZN.

**Opmerkingen omtrent de beteekenis der spreuk
„le mort saisit le vif” in het Nederlandsche recht**

DOOR

MR. C. O. SEGERS.

I.

Onder de weinige onderwerpen waaromtrent tusschen de beoefenaars van het Nederlandsche recht tot dusverre vrij wel eenstemmigheid heerschte behoorde de beantwoording der vraag welke beteekenis te hechten is aan den bekenden rechtsregel „le mort saisit le vif”. Verschil van meening mocht bestaan over den oorsprong van den regel — de een zocht dien in het germaansche recht, terwijl een ander dacht aan eene uiting van de in de tweede helft der middeneeuwen steeds veldwinnende reactie tegen het feudale recht, — vrij algemeen was men het er toch over eens, dat *jure nostro* de erfgenaam door het enkele feit van het overlijden van den erfgenaam in de rechten en verplichtingen van den overledene, voor zooverre die door diens overlijden niet te niet waren gegaan, met één woord in diens nalatenschap opvolgde.

Het is waar door Prof. HAMAKER mocht de leer zijn verkondigd, dat eerst door de aanvaarding de activa en passiva eener nalatenschap overgaan (1), deze soms al te oorspronkelijke geleerde stond op dit punt vrij wel alleen. Intusschen is thans door Prof. MEYERS in zijn *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk recht*, deel IV Erfrecht, blz. 222 en vlg. aan de artt. 880 en

(1) *W. v. P. N. en R.* no. 1464.

1002 B. W. eene beteekenis gegeven, die van de communis opinio geheel afwijkt.

Onmiddellijk met het overlijden van den erflater zouden wel diens activa, ook zonder dat eenige daad van aanvaarding is verricht, op de erfgenamen overgaan, maar met de schulden zou dit geenszins het geval zijn.

Deze gaan eerst over door de aanvaarding (art. 1146 B. W.), vóór die aanvaarding hebben schuldeischers van den overledene en legatarissen wél een recht van verhaal op de nalatenschap, maar niet op de erfgenamen.

Niet alleen nu, dat deze leer de letter der wet voor zich zoude hebben, zij zoude ook op historische gronden de juiste zijn. In tegenstelling toch met wat in Zuid-Nederland rechtens was, zou men in den Code Civil aan de rechtsspreuk „le mort saisit le vif” een veel te ruime beteekenis hebben gehecht. Onze wet zou echter de verdienste hebben om de spreuk door beperking van den onmiddellijken overgang tot de activa weder hare juiste grenzen te hebben hergeven.

Bij de beteekenis die men — en terecht — aan het werk van dezen hoogleeraar hecht schijnt het gerechtvaardigd de juistheid dezer zienswijze na te gaan. De omstandigheid, dat Mr. BORRET dit in Februari (1913) in eene in de nummers 387—389 van het *Weekblad voor het Notariaat* opgenomen voordracht reeds gedaan heeft, brengt hierin geen wijziging. Daargelaten toch, dat de argumenten van den heer BORRET mij niet altijd even gelukkig voorkomen, een zoo gewichtige vraag mag wel eens meer dan eenmaal onder de oogen worden gezien. Slechts zal ik, tot mijn leedwezen, eenigszins breedvoerig moeten zijn en ik hoop, dat de geleerde schrijver, die zelf in zijn antwoord aan Mr. BORRET erkent, dat hij verwacht heeft dat zijn betoog tegenspraak zal uitlokken, ditmaal niet, ironisch of niet ironisch, zal spreken van

een berg van geleerdheid (1). Waar de hoogleeraar zich op de historie beroept zal deze moeten worden nagegaan. En nu heeft een historisch betoog, trouwens dit geldt ook voor ieder ander betoog, alleen dan waarde, wanneer men tot staving van hetgeen men beweert ook bewijspplaatsen aanvoert. Desniettemin zal ik trachten zoo kort mogelijk te zijn, en daarom hoezeer noode de geheele materie der boedelscheiding ter zijde laten.

Men moet trouwens niet vergeten dat eene stelling, in enkele zinnen uiteengezet, soms niet dan door een betoog van ettelijke bladzijden kan worden ontzenuwd.

Waar het Romeinsche recht ook hier op de ontwikkeling van het onze zulk een grooten invloed heeft uitgeoefend zal een kort overzicht daarvan niet kunnen uitblijven.

Zooals men weet heeft men hier naast het erfrecht van het oude *jus civile* het door den praetor geschapene.

Waar echter volgens het praetorische erfrecht alleen hij, die dit begeert, eene *bonorum possessio* kan verkrijgen, is dit in het civiele recht anders. De nalatenschap kan ten deel vallen aan hen, die dit verlangen, *heredes voluntarii*, maar evengoed aan hen, die verplicht zijn als erfgenaam op te treden, *heredes necessarij*.

Tot de laatste categorie nu behoorden in de eerste plaats de *heredes necessarij* in 'engeren zin — zij die bij het overlijden onder de *dominica potestas* of het *mancipium* van den erflater stonden en in diens testament tegelijk met hunne vrijlating tot erfgenaam werden ingesteld en de *heredes sui* namelijk zij, die tijdens het overlijden van den erflater in diens macht stonden, de *filius familias* en zijne kinderen, de *uxor in manu* of zij, die, wanneer zij op het oogenblik van het overlijden niet alleen gecon-

(1) Weekblad van Privaatrecht, Notarisambt en Registratie, no. 2259.

ecipieerd maär ook reeds geboren waren, de posthumi, onder zijn macht gestaan zouden hebben.

Deze erfgenamen nu — de heredes *necessarii* in engeren zin ontleenden hun erfrecht steeds aan het testament van den erflater, terwijl het voor de *sui* onverschillig was of zij ab intestato dan wel krachtens testament erfgenaam waren — traden in de rechten en verplichtingen van den overledene, natuurlijk voorzooverre deze voor overgang vatbaar waren, door het enkele feit van het overlijden van den erflater. Van eene aanvaarding of verwerping der nalatenschap was geen sprake, ipso jure, uit kracht der wet, en uit kracht der wet alleen, trad de erfgenaam in de vermogenspersoonlijkheid van den overledene.

Geheel anders was de toestand bij de heredes voluntarii. Daartoe behoorden de agnaten en gentiles en zij, die zonder tot de *sui* en heredes *necessarii* in engeren zin te behooren, bij testament tot de erfopvolging waren geroepen.

In tegenstelling met hetgeen bij het voorhanden zijn van heredes *sui* het geval was, kan men hier met recht spreken van het openvallen der nalatenschap, van eene „hereditas delata”. De erfopvolging heeft geenszins onmiddellijk plaats, doch de tot de nalatenschap geroepenen hebben een persoonlijk niet op hunne erfgenamen overgaand recht om de opengevallen nalatenschap, de hereditas jacens, te aanvaarden

Oudtijds geschiedde dit, althans zeer waarschijnlijk, waar het bij testament ingestelde erfgenamen gold, door eene plechtige verklaring, de *cretio*; later kwam daarvoor de *aditio hereditatis*, de uitdrukkelijke, zij het ook niet op formeele wijze geuite, wilsuiving, dat men inderdaad erfgenaam wilde zijn, voor in de plaats. Ten slotte nam men genoegen met de *pro herede gestio*, met elke handeling waaruit de wil om als erfgenaam op te treden voldoende kan worden afgeleid.

Maar steeds was hij, die tot de nalatenschap geroepen was, zoolang hij nog niet aanvaard had, geen erfgenaam in den waren zin van het woord; niet alleen was hij nog steeds tot verwerping bevoegd, eerst door de aanvaarding neemt bij de verplichtingen, die op den erfgenaam rusten, op zich (1).

(1) Schijnt de scherpe onderscheiding tusschen heredes voluntarii en sui et necessarii in het latere recht weinig gemotiveerd, in den ouden stadstaat, toen Rome nog slechts de machtigste stad van Latium was, was daarvoor alle aanleiding. Men heeft gedacht aan de buitengewone beteekenis der patria potestas, doch ik geloof dat PAULUS libro II ad Sab. l 41. D. 28.2 der waarheid meer nabij komt, wanneer hij denkt aan een niet meer rechtens, maar toch nog in moribus bestaand familie-eigendom. In suis heredibus evidentius apparet continuationem domini eorum perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo heredes existimantur . . . Itaque post mortem patris non hereditatem . . . percipere videntur sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur; hac e causa licet non sint heredes instituti domini sunt, nec obstat quod licet eos exheredare quos et occidere licebat. Het is dezelfde gedachte door FUSTEL DE COULANGES Cité antique, pag. 85, ontwikkeld. «Pour ce faire une idée vraie de l'hérédité chez les anciens, il ne faut pas se figurer une fortune qui passe d'une main dans une autre. La fortune est immobile, comme le foyer et le tombeau auxquels elle est attachée. C'est l'homme qui passe, c'est l'homme à même que la famille découle ses générations, qui arrive à son terme marquée pour continuer le culte et prendre le soin du domaine».

Het begrip familie was echter bij de Romeinen enger dan bij de Germanen en oorspronkelijk beperkt tot hen, die onder de potestas van denzelfden pater familias stonden. Al had de huisvader ook beheer en beschikking, het vermogen behoorde daarom niet aan hem alleen. Het is alsof PAULUS gevoelt, dat men hem zal tegenwerpen, dat een mede-eigendom van familieleden, wier recht men door hen te onterven tot niets kan terugbrengen, zeer weinig beteekent, waar hij er op wijst, dat dit recht van onterving niet veel beteekent in vergelijking met het recht van den vader om zijne kinderen te dooden. De groote macht van het hoofd van het gezin sluit het bestaan van

Is echter eenmaal de nalatenschap aanvaard, dan is de positie van den heres voluntarius geheel gelijk aan die van den heres suus. Hij verwerft alle rechten van den overledene en treedt in al diens verplichtingen.

de huisgemeenschap de domus-familiaque nog niet uit. Trouwens van het recht om te onterven — om van het recht om te dooden niet te spreken — kon slechts om afdoende redenen gebruik gemaakt worden; voor het testamentum in calatis comitiis was, oudtijds althans, zeer waarschijnlijk de toestemming der medeburgers noodig.

Nu verandert dit in den loop der tijden, het vermogen is niet meer een substraat der huisgemeenschap maar klampt zich aan het individu vast, de nalatenschap omvat een res-incorporalis, een eenheid het „universum jus quod defunctus habuit”, het erfrecht ab intestato -- het woord wijst er op — verkrijgt een subsidair karakter, maar het conservatief karakter der Romeinen verhinderde hen om daaruit de zeer zeker mogelijke consequentiën te trekken. Dat men vasthield aan hetgeen nu eenmaal rechtens was zal wellicht ook een gevolg zijn geweest van de omstandigheid, dat het Grieksche recht wel niet hetzelfde maar een soortgelijk onderscheid maakte als het Romeinsche. — Cf. LUDOVIC BEAUCHET, Histoire du droit privé de la république Athénienne III, blz. 590 en vlg.

Dat men onmiddellijken overgang van rechten niet aannam bij de heredes voluntarii, die niet tot de familie in engeren zin behoorden, vindt zijn oorzaak vermoedelijk in de omstandigheid, dat het steeds als een verplichting van de erfgenamen is beschouwd om de schulden van den overledene te voldoen en om voor de sacra privata te zorgen. Dat de heredes sui die verplichtingen hadden te voldoen sprak, wanneer men er aan denkt, dat hier het hoofd der familie slechts plaats had gemaakt voor een opvolger, vanzelf; bij een ander, verder verwijderd bloedverwant, of zelfs geen bloedverwant, is dit geenszins het geval. Hem moet tijd worden gelaten om te overwegen of hij die verplichtingen op zich wilde nemen. Antwoordde hij bevestigend, zoo gaf hij dit door de aanvaarding — men denke aan de *cretio* — te kennen. Tot zoolang bleef alles in *suspensio*, men sprak van de *hereditas jacens*.

De omstandigheid, dat sinds de IIIde eeuw vóór Chr. Rome een staat is geworden, waar het kapitalisme in al zijne consequentiën is aanvaard, heeft er toe geleid, dat de gedachte der *hereditas jacens*

Slechts voor het bezit — vermoedelijk het gevolg der omstandigheid, dat het bezit geen recht in den eigenlijken zin van het woord was — bestaat eene uitzondering. Adita hereditate — leert JAVOLENUS, l 23 D. 41. 2. — omnia quaedam ad nos transeunt possessio nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet.

En dit gold zóó voor heredes necessarii als voluntarii, eene apprehensio possessionis was noodig onverschillig, of men de zaak zelf dan wel door tusschenkomst van een derde in zijn macht had (1).

Nu wordt wel aangenomen 1^o. dat het bezit door den dood van den erfflater niet ophoudt te bestaan, zoolang niet eene apprehensio door een ander erfgenaam of derde heeft plaats gegrepen; 2^o. dat men eenmaal in het bezit getreden zijnde, dat van zijn voorganger bij het zijne mag voegen (2) en 3^o. dat de gebreken, die aan het bezit van den overledene kleefden, ook op dat der erfgenamen overgingen (3), voorschriften die men ter wille der behoeften

wortel heeft kunnen schieten. In een kapitalistische maatschappij, waar ieder vermogend man en activa en pasiva heeft, is het noodzakelijk, dat het recht duidelijk bepaalt, wat rechtens is bij den dood van den schuldenaar. De constructie der hereditas jacens nu maakt, dat men zonder bezwaar de opvolging in de verplichtingen van den overledene door den erfgenaam afhankelijk kan doen zijn van de aanvaarding. Voorzeker, zoolang niet aanvaard is, is er een provisoire toestand. Maar voor de schuldeischers, die zich aan de hereditas jacens konden houden, maakte dit geen groot bezwaar.

(1) L. 30 D. 41. 2. PAULUS titro XV ad Sabinum. Quod per colonum possideo, heres meus, nisi ipse nactus possessionem non poterit possidere, retinere enim animo possessionem possumus adipisci non possumus.

(2) L. 30 D. 45 PAULUS libro III ad Edictum.

(3) L. 11 C. VII 32. Vicia possessionem a majoribus contracta perdurant, et successorem auctoris sui culpa comitatur.

van het verkeer wel heeft moeten aannemen, doch die allen in het systeem minder passen.

Het is echter opmerkelijk, dat men den eisch der apprehensio door den erfgenaam zelfs op den duur niet heeft laten vallen, eerst in de middeleeuwen, toen men meer en meer de possessio als een recht ging beschouwen leek die ongemotiveerd.

Van het praetorisch erfrecht valt niet veel te zeggen. Evenmin als de praetor een wet kon maken, kon hij iemand de qualiteit van erfgenaam, heres, verleenen. Maar evenals hij door zijn actiën te verleenen in werkelijkheid recht schiep, zoo bracht hij door iemand de bonorum possessio te verleenen dien in het bezit der nalatenschap. De aldus begunstigde mocht geen erfgenaam zijn, loco heredis optredende trad hij in alle rechten en verplichtingen van den overledene, die niet door diens dood te niet waren gegaan.

Feitelijk was hij een erfgenaam en wel een heres voluntarius, immers de bonorum possessio werd slechts op aanvraag verkregen. Steeds spreken de bronnen van bonorum possessionem agnoscere en petere. En nu moge men in den lateren tijd dit verzoek niet meer tot den praetor zelf hebben behoeven te richten en kon men volstaan met eene verklaring bij een magistraat met imperium mixtum en ten slotte zelfs bij nog lagere ambtenaren, steeds is noodig eene daad van hem, die erven wil, waardoor hij zijn wil om erfgenaam te zijn uit. Met andere woorden, steeds is noodig eene aditio hereditatis en voor heredes necessarii is er dus geen plaats (1).

(1) Het is zeker opmerkelijk, dat het verschil tusschen hereditas en bonorum possessio in het Justiniaansche recht nog niet verdwenen was. Cf. ZACHARIAE VON LINGENHAL, *Geschichte des griechisch Römischen Rechts* III. Aufl. blz. 188 en vlg. De *Ecloga* kent het onderscheid echter niet meer en in de *Basiliken*, die het in Byzan-

Nu is het intusschen steeds een van de eigenaardigheden van het Romeinsche erfrecht geweest — zòò van het jus civile àls van het praetorische recht — dat men zich duidelijk bewust is geweest, dat *erfopvolging* — in tegenstelling van de verkrijging langs den weg van het legaat — is een opvolging in universitatem. Niet de enkele activa en passiva, maar het vermogenscomplex gaat op de erfgenamen over. Zij nemen de plaats in van den overledene unam quodammodo esse personam heredis et ejus qui in eam transmissit hereditatem — Novella 48 pr. Hieruit nu volgt consequent, dat wat voor de activa geldt ook voor de passiva moet gelden en vandaar, dat de schulden hetzij dan ipso jure hetzij door de aanvaarding op dezelfde wijze als de activa op de erfgenamen overgaan. De schulden van den overledene worden de schulden van den erfgenaam.

Het is dan ook volkomen natuurlijk en begrijpelijk, dat hij voor die schulden aansprakelijk is òòk met zijn eigen vermogen of juister ook met het vermogen, dat hij het zijne mocht noemen, vóór hij erfgenaam was. Maar en dit vergete men niet, ofschoon het volkomen natuurlijk was, noodzakelijk is het niet. Het is geen essentiale der persoonlijke verbintenis, dat zij executabel is op het *geheele* vermogen van den debiteur. Slechts, wanneer beide vermogens, dat van den overledene en dat van den erfgenaam zòò doorengemengd zijn, dat scheiding onmogelijk is geworden, *eischt* de praktijk, dat nu ook de erfgenaam onbeperkt aansprakelijk is.

Men kan die onbeperkte aansprakelijkheid ook zonder

tium in de laatste helft der IXde eeuw opnieuw ingevoerde Justiniaansche recht wedergeven, vindt men het al evenmin. Voor het gerecipieerde Romeinsche recht vergelijkte men ARNDTS, Pand. § 508,1 en WINPSCHIED, Pand. § 532.

zulk eene vermenging aannemen en men deed het, maar bepaald noodzakelijk is het niet (1).

En vandaar dat men uitzonderingen op den regel toeliet, toen de behoeften van het verkeer dit wenschelijk maakten.

Het kan toch moeilijk betwist worden, dat de vermenging van de vermogens van erfgenaam en erfflater ongewenschte gevolgen kan hebben. Voor den erfgenaam — ik kom hierop terug — maar ook voor de schuldeischers van den overledene, die voor een solieden debiteur wiens activa zijne schulden verre overtreffen een volkomen insolventen debiteur in de plaats kunnen krijgen voor wien de activa der nalatenschap geen meerdere beteekenis hebben dan een druppel in een emmer.

Vandaar dat de praetor eerst den schuldeischer van den overledene, later ook de legatarissen te hulp kwam door hun, zoo zij dit verlangden, de *separatio bonorum* toe te staan (2).

Hierdoor werd de vermenging van de vermogens van erfflater en erfgenaam tegengegaan en kregen de schuldeischers van den overledene het recht hunne pretentiën — met uitsluiting van de crediteuren van den erfgenaam — op den boedel te verhalen. Maar dit nam niet weg, dat de erfgenaam toch hun schuldenaar werd of liever bleef,

(1) Vandaar, dat het *beneficium inventarii* ingevoerd is kunnen worden zonder op het grondbeginsel van het Rom. erfrecht, de persoonlijke aansprakelijkheid van den erfgenaam, inbreuk te maken.

En vandaar bijv. dat in *Portugal* het Burgerlijk Wetboek van 1 Juli 1867 kan bepalen (zie de Fransche vertaling van DUBOIS) in art. 2014: «Les héritiers succèdent à tous les droits et à toutes les obligations de leur auteur, qui ne leur étaient pas exclusivement personnelles et sauf les exceptions établies par la loi et le de cujus» en niettemin in art. 2019: «L'héritier n'est pas tenu des charges au delà des forces de la succession».

(2) L. 1. pr. D. 42,6, en L. 6 D. 42,6.

zoodat zij zich, wanneer zij hunne pretentiën niet op den boedel konden verhalen, tot hem konden wenden. Eerst later is aangenomen, dat hij, die *separatio bonorum* verlangt, daardoor tevens afstand doet van zijn recht om zijne vordering tegen den erflater ook op het vermogen van den erfgenaam te verhalen (1).

Maar ook voor de erfgenamen kan de verplichting om de schulden van den overledene te voldoen bezwarend zijn, wanneer, zooals in de laatste eeuwen der republiek voorkwam, er wel vele activa maar nog meerdere passiva aanwezig waren.

Met hen had de praetor echter minder medelijden. Dit laat zich gereedelijk verklaren, immers de heredes voluntarii konden nalaten te aanvaarden of door duidelijk te kennen te geven, dat zij niet aanvaarden wilden, verwerpen. Nu was dit bij de heredes necessarii niet het geval, maar, voor zoover men te doen had met heredes necessarii in engeren zin, was het erfgenaamschap de prijs waarvoor zij hun vrijheid kochten.

Bij de heredes sui was dit nu wel niet het geval, maar men had hier te doen met nauwe bloedverwanten op wie als erfgenaam de verplichting rustte om voor de sacra

(1) PAPINIUS libro XXVII Quaestionum l. 3 D. 42.6 geeft den crediteuren nog het recht zich aan den erfgenaam te houden, wanneer zij hunne pretentiën niet op den boedel van den overledene kunnen verhalen. Intusschen stelt hij hen dan achter bij de schuldeischers van den erfgenaam, die nu hunnerzijds hunne pretentiën op diens vermogen bij voorrang verhalen. ULPIANUS libro XIV ad Ed. l. 1 § 2 D. h. t. en PAULUS libro XIII Quaest. l. 5 D. h. t. nemen echter aan dat schuldeischers, die de *separatio bonorum* hebben gevraagd, zich nu ook uitsluitend aan de nalatenschap hebben te houden. Juridisch lijkt mij de opvatting van PAPINIUS juist. Zie ook WINDSCHEID III, § 607, noot 10, BRINZ III, § 398, noot 15; DERNBURG Pandecten § 170, noot 1.

privata te zorgen. Die verplichting trad hier geheel op den voorgrond, terwijl het waarschijnlijk is, dat insolvente nalatenschappen in den tijd der oude republiek betrekkelijk zeldzaam voorkwamen. Daarenboven kon de erfflater de sui bij testament tot erfgenaam instellen onder voorwaarde dat zij erfgenaam wilden wezen, terwijl dan een slaaf als heres substitutus — en necessarius — werd ingesteld voor het geval de voorwaarde niet vervuld werd.

Later veranderde dit, de onverschilligheid op religieus gebied deed aan de instandhouding van den familie-eeredienst minder waarde hechten, insolvente nalatenschappen kwamen meer en meer voor. Nu is de praetor ook te hulp gekomen — reeds ten tijde van CICERO bestond het instituut — en heeft hij den sui het beneficium abstinendi gegeven, waardoor deze, rechte niet maar re vera wèl, met de heredes voluntarii werden gelijkgesteld.

Intusschen een bezwaar was en bleef het, vooral voor erfgenamen, die geen huisgenooten van den overledene waren geweest, dat het moeilijk was zich een juist beeld te vormen van den stand der nalatenschap alvorens men zich omtrent de aanvaarding moest uitspreken.

Hier is men nu den erfgenamen te hulp gekomen door hem, die dit verlangde een spatium deliberandi te verleenen, waarin hij den staat van den boedel kon nagaan en zich had te uiten of hij de nalatenschap al dan niet aanvaardde dan wel verwierp. Liet men dit na, dan werd men sedert JUSTINIANUS — vroeger gold het tegenovergestelde — geacht de nalatenschap te hebben aanvaard (1).

Ongetwijfeld heeft het jus deliberandi zijn bezwaren —

(1) Over het verband tusschen het jus deliberandi en het recht der crediteuren der nalatenschap om het faillissement — sit venia verbo — daarvan aan te vragen DERNBURG, Pand. III, § 164.

het voornaamste bezwaar is wel dat men van den tijd, dat men zich beraadt gebruik kan maken om goederen der nalatenschap te verduisteren en vervolgens de nalatenschap verwerpt — maar men heeft er toch eeuwenlang mede kunnen volstaan en eerst JUSTINIANUS heeft de mogelijkheid van aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving ingevoerd (1).

Daardoor werd verkregen, dat geen voorzichtig erfgenaam door het aanvaarden eener nalatenschap schade kon lijden, maar aan de grondgedachte van het Romeinsche recht dat door aanvaarding — erkenning van het recht van erfgenaamschap door den erfgenaam — de opvolging in de vermogenspersoonlijkheid van den overledene plaats greep, zijn bezittingen bezittingen van den erfgenaam werden, zijn schulden diens schulden, is daardoor geen inbreuk gemaakt.

Immers houdt, wanneer tijdig een boedelbeschrijving is opgemaakt, de erfgenaam *niet* op persoonlijk aansprakelijk te zijn en wordt den crediteuren niet bloot het recht verschaft om zich op de activa der nalatenschap te verhalen; neen, de erfgenaam is voor de schulden van den overledene aansprakelijk, maar slechts tot het beloop der activa „ut in tantum creditoribus hereditariis teneantur „in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant” L. 12 & 4 C. VI. 30.

Niet het Romeinsche recht maar het in Duitschland gerecipieerde Romeinsche recht „das gemeine Recht” nam onder den invloed van het Germaansche recht aan, dat de erfgenaam niet *pro viribus hereditatis* maar *cum viribus hereditatis* aansprakelijk was (2).

(1) Over het recht van restitutio in integrum bij aanvaarding eener insolvente nalatenschap § 6 I. II. 19.

(2) Zie DERNBURG Deutsches Erbrecht (1905) blz. 24. In zijn Pandekten schrijft hij, naar aanleiding van de invoering van het

Is echter deze beperkte aansprakelijkheid van den erfgenaam een grondbeginsel van het oude Duitsche recht?

Ter bevordering der duidelijkheid zij het geoorloofd achtereenvolgens na te gaan: 1°. in hoeverre in het Germaansche recht de erfgenaam aansprakelijk is voor de schulden van den erflater en 2°. of deze aansprakelijkheid het gevolg is van de bloote omstandigheid, dat men erfgenaam is dan wel van eene handeling van dien erfgenaam, de aanvaarding der nalatenschap.

Slaat men het jongste werk van GIERKE op, dan krijgt men den indruk, dat het antwoord op de eerste vraag niet moeilijk is. Het is alsof men met eene uitgemaakte zaak te doen heeft (1). In werkelijkheid is echter de zaak volstrekt niet uitgemaakt en maakt integendeel de omstandigheid, dat de meeste leges barbarorum zeer weinig licht verspreiden, eene beslissing uiterst moeilijk. Slechts enkele dier leges toch laten zich over de zaak uit en wat zij geven zijn slechts „aanwijzingen” die, ook al neemt men ze „in onderling verband en samenhang”, niet zoo-

beneficium inventarii «Hierdurch näherte sich das jüngste Römische Erbrecht in merkwürdiger Weise dem älteren Deutschen Rechte im welchem der Gedanke überwog, dasz der Erbe den Erbschaftsgläubigern nur mit dem Nachlass verpflichtet sei». Naderen is echter niet hetzelfde als bereiken.

(1) GIERKE, Schuld und Haftung im älteren Deutschen Recht (1910, blz. 91). Nach dem aus den meisten Volksrechten erhellenden und in den späteren Quellen durchweg festgehaltenen Prinzip des Germanischen Rechtes haftet der Erbe für die Schulden des Erblassers *nur* mit dem Nachlass. Vereinzelt steht die Auffassung der *lex Ribuariorum*, wonach der Erbe, so bald er etwas aus der Erbschaft angenommen hat mit dem eigenen Vermögen haftet.

veel kracht hebben, dat men er met zekerheid eene conclusie uit kan trekken.

De *lex Burgundionum* zegt al zeer weinig en het Longobardische recht bevestigt niet de stelling van GIERKE (1) (2).

(1) *Lex Burgundionum* LXV. 1. Si que mulier vidua filios habens, si et illa et filii sui cessionem de bonis mariti qui defunctus est fecerint, nullam ex debito ipsius repetitionem aut calumniam patiantur. 2. Si certe praesumpserint hereditatem debitum paternum solvant. Derhalve afstand van de vaderlijke nalatenschap bevrijdt, maar dat, waar niet verworpen is, slechts aansprakelijkheid bestaat tot het beloop van hetgeen aanwezig is, staat nergens. Het is mogelijk, zelfs waarschijnlijk, maar de uitspraak van HUBER, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts* IV, blz. 259. Die Haftung des Hausvermögens ist hier deutlich zur Grundlage des Verhältnisz genommen, lijkt mij toch te ver gaande.

(2) Wanneer men in het *Edictum Rotharis* leest: Si contigerit homini post datum fidejussorem de sacramento et sacramentales nominatos mori et filios dimiserit, posteaque ille, qui causam querit, pulsaverit filios dicendo, quia quicquid pater per wadium et fidejussorem obligavit, filii complere debent, tunc necesse est filiis, quamvis minorem virtutem habeant a patre quam pater aut per sacramentum negare quod pater eorum non promiserit aut certe quod spondit adimpleant, zoo vindt men daarin zeer zeker eene aansprakelijkheid der erfgenamen erkend maar nergens wordt gezegd, dat deze niet zou gaan „ultra vires hereditatis”. Nu is het waar, dat hier alleen sprake is van filii, maar de glossator (expositio) laat niet na om mede te deelen, dat bij andere erfgenamen hetzelfde gold. Quamquam lex citata de aliis heredibus nisi de filiis non jubeat, usu tamen exempla ejus de ceteris ut de filiis debemur intelligere. Met den erfgenaam staat gelijk, die het vermogen bij wege van schenking, de Longobardische vorm van testering „gairéthinx”, heeft verkregen.

Het Edict van Koning LUITPRAND wijkt van dat van ROTHARIS niet af. Zoo leest men in hoofdstuk 16: ipsa cautionem devitor et heredes ejus persolvant, zegt c. 18. et debita patris vel sua persolvat en geeft c. 19. — ut intra decem et octo annos non sit legitimus homo res suas alienandum excepto si pater eius debitum dimiserit, habeat potestatem una cum notitia principis terre istius, tantum de rebus suis dandum, quantum ipsum debitum fuerit, ut ei maior damnietas

Daarentegen schijnt het *Westgotische* recht de onbeperkte aansprakelijkheid van het Romeinsche recht *niet* gekend te hebben, maar zelfs al moest men die aannemen, dan zou dit bij den sterken invloed, dien het Romeinsche recht op het Westgothische heeft gehad, nog niet veel voor het oud-Germaansche bewijzen. Onwillekeurig is men echter geneigd om, waar men later zeer duidelijk beperkte aansprakelijkheid van den erfgenaam als recht ziet erkend, te veronderstellen, dat *ook* het oude recht ten tijde der leges barbarorum deze en niet de onbeperkte aansprakelijkheid van het Romeinsche recht gekend zal hebben (1).

propter onera solidorum ad crescat — de aansprakelijkheid van den zoon om de schulden van den vader te betalen niet onduidelijk te kennen. Ultra vires hereditatis? Volgens den glossator, den schrijver van het liber Papiensis, die echter ettelijke eeuwen later leefdet zeer zeker. Sciendum est quoque quod si heredes inventarium fecerint ut lex Romana in Novellis precipit quod ex delicto illius mortui, tantum solummodo tenentur quantum ex ejus successione habuerint. Beperkte aansprakelijkheid dus, maar daarvoor is noodig, dat een inventaris opgemaakt is, hetgeen — de schrijver verwijst er zelf naar — uit het Romeinsch-Byzantijnsch recht was overgenomen. Intusschen kende het Longobardische recht, zooals het ten tijde van ROTHARIS en LUITPRAND gold, geen executie wegens persoonlijke schulden op onroerende goederen. Waar men nu niet kon executeeren op de immobilia van den erflater kon men dit evenmin op die van den zoon-erfgenaam. Maar daarom was deze toch debiteur — en blijkt uit het bovenaangehaald c. 19 van het Edict van LUITPRAND dat het verstandig kon zijn om door vervreemding van onroerende goederen zich in staat te stellen de schuld te betalen. Na de verovering van Noord-Italië door de Franken wordt ook executie op onroerende goederen mogelijk. Nu krijgt echter de aanvaarding onder beneficie van inventaris meer beteekenis, wijl men daardoor de schuldeischers verhindert zich op de onroerende goederen van den erfgenaam te verhalen.

(1) Dat een erfgenaam de nalatenschap kan verwerpen of juistert zich van alle aansprakelijkheid bevrijden door de erfenis aan de

Zelfs wanneer men in de *lex Ribuariorum* tit. 67, § 1, waar aan Romeinschen invloed moeilijk te denken valt, leest: „Si quis moriens debitosus, aut testamenta ven-
„ditionis seu traditionis aliqua fecerit si filios aut filias
„non reliquerit, quicumque de parentibus suis, quantum
„unus solidus valet, in hereditatem acceperit, vel cui
„weregildus eius, si interfectus fuisset legitime obve-
„niebat omne debitum per ipsum solvi iudicatur et

schuldeischers af te staan staat vast. L. V. 6. 6. Si autem quodcumque defunctus reliquit et majus est quod petitur quam quod reliquisse videtur, si filii ejus aut propinqui aut qui ejus possident bona noluerint, pro reatu eius vel delicto satisfacere de rebus a defuncto dimissis non morentur petenti facere cessionem. Wat echter is rechtens, zoo geen cessie gedaan is? In de geciteerde wet leest men, quod si defunctus ille filios non reliquerit facultatem suam suis libertis aut quibuscunque personis dinoscitur contulisse: ipsi liberti vel aliae personae iuxta quod possident de rebus defuncti quae defunctus debuit vel commisit, insistente iudice, cogantur exsolvere. Dus aansprakelijkheid, maar bloot «juxta quod possident». Voor filii geldt echter, nam si filios reliquerit et ipsi procul dubio cogendi sunt illa supplere unde auctor eorum debitor aut praesumptor convincitur extitisse. De verplichting tot supplere wordt dus aangenomen, maar nu volgt de boven geciteerde plaats omtrent het recht om afstand te doen.

Waar STOBBE in 1862 — Ueber das Eintreten der Erben in den obligatorischen Verhältnisse des Erblassers nach Deutschen Rechte. Jahrbuch des gemeinen Deutschen Rechts blz. 293 en vlgg. eene onbeperkte aansprakelijkheid der zonen aannam een leer door LEWIS, Die Succession der Erben in die Obligationen der Erblassers (1864) gedeeld is men in de latere litteratuur op deze meening teruggekomen. Zie o. a. STOBBE zelf, Handbuch des Deutschen Privatrechts V, blz. 49 en vooral SALEILLES, De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession, blz. 10 en vlgg. L. VII tit. V § 8 maakt geen onderscheid tusschen de verschillende heredes van welke gezegd wordt compellendi sunt petenti persolvere edoch si noluerint heredes satisfacere pro autorem, de id saltim, quod ex rebus ejus possident cogendi sunt causidico facere cessionem.

„omne factum ejus idoneare studeat aut culpam incurrat”, dan volgt daaruit nog geenszins de volle aansprakelijkheid van den erfgenaam in diens geheele vermogen (1).

Eén zaak toch mag men niet uit het oog verliezen: namelijk, dat in het Germaansche recht aan deze zijde der Alpen in de eerste helft der middeleeuwen een Naturalwirtschaft heerschte, welke slechts een weinig ontwikkeld zuiver verbintenissenrecht kende. Eenerzijds hebben de delictsverbintenissen eerst langzamerhand een streng persoonlijk karakter verkregen, anderzijds hebben de obligationes ex contractu eerst in den loop der tijden aan beteekenis gewonnen.

Waar daarenboven het onroerend vermogen van een schuldenaar — ook tengevolge van het Gesamt-eigenthum — niet voor persoonlijke schulden in beslag genomen kan worden ligt het voor de hand, dat men tegenover erfgenamen niet meer recht kunnende uitoefenen dan tegen den overledene voor diens persoonlijke, niet zakelijke, schulden ook slechts verhaal kent op

(1) Wel zou men deze bij oppervlakkige lezing van den tekst willen aannemen maar wat HEUSLER, Institutionen II, blz. 543 schrijft is niet niet weg te cijferen: «Das omne debitum», zoo leert hij, «bezieht sich nur auf die Wergeldschuld und heisst nicht: alle Schulden sondern die ganze Wergeldschuld . . . Es handelt sich also nicht um ein allgemeines Erbrechtprinzip der Schuldenhaftung. Ich paraphasiere diesen Titel nun so. Hinterlässt der Todtschläger Kinder, so müssen diese jedenfalls (gemäsz tit. 12) die Wergeldschuld zahlen, sie mögen die Erbschaft antreten oder nicht. Sterbt er kinderlos, so zahlt die Schuld derjenige welcher die Liegenschaft übernimmt (analog dem tit. 31 der lex Angl.) Hat der Todtschläger schon bei Lebzeiten die Liegenschaft per testamentum venditionis s. tradicionis veräußert um die Schuld wenigstens theilweise zu decken, tritt der in die Schuld ein der auch noch so geringen Nachlasz an sich nimmt und im Nothfalle derjenige an den das Wergeld gefallen wäre bei Todschlag des Erblassers.»

roerend vermogen. Op dat van den overledene alleen of op dat van erfflater en erfgenaam te zamen?

Waar de Romeinsche gedachte van eene werkelijke erfopvolging per universitatem veld had gewonnen besliste men in eerstgemelden zin, gelijk in Noord-Italië m. i. het geval was, anders echter in het meer zuivere Duitsche recht.

Dit laatste kent geen erfrecht in den zin, dat de erfgenaam opvolgt in de vermogenspersoonlijkheid in toto van den overledene. Men volgt niet op in het vermogen maar men verkrijgt vermogensbestanddeelen, de een de onroerende goederen, de ander de wapenen, een derde de kleederen. Die Nachfolge findet nicht statt, gelijk HUBER het zoo juist uitdrukt (1) als Eintritt in die Gesamtheit der Rechte der Person des Verstorbenen, die Persönlichkeit des Erblassers erfuhr im solchen Sinne keine Fortsetzung, wie ja überhaupt die Persönlichkeit in ihrer Bedeutung ganz hinter Familie und Genossenschaft zurück tritt. Die Nachfolge glich weit mehr desjenigen in ein Amt. Vooral bij ongehuwden heeft de dood niet tengevolge, dat een plaats openkomt, die door een ander wordt ingenomen, maar veeleer heeft het uitvallen van een der condomini tengevolge, dat de andere medegerechtigden opschuiven.

Dat nu een goed waarop een last drukte niet dan met dien last werd verkregen achtte men, in den regel althans, vanzelf sprekend; dat zuiver persoonlijke verplichtingen niet met den dood te niet gingen, was zoo vanzelf sprekend *niet*, al was het alleen, omdat het op geld waardeerbaar zijn, dat in onze maatschappij een kenmerk is van bijkans iedere obligatoire verplichting, toen geenszins steeds aanwezig was.

(1) HUBER op cit. blz. 668.

Toch wordt meer en meer de aansprakelijkheid aangenomen maar dan als uitdrukking der gedachte liggende in de spreuk „bona non intelliguntur nisi deducto aere „alieno” (1).

Vandaar wel eene aansprakelijkheid der erfgenamen maar eene, die niet verder gaat dan tot het bedrag dat werkelijk werd verkregen, alleen voor die schulden die op den erfgenaam overgaan en aanvankelijk alleen op de roerende goederen der nalatenschap te verhalen.

Dit is het standpunt, dat de *Sachsenspiegel* inneemt in de bekende plaats van Boek I, 6, § 2. Sve so dat erve nimt, die sal door recht die scult gelden also vern als it erve geweret an varender have. Dieve noch dobelspel n'is he nicht plichtich to gelden; noch neue scult, wande he wederstadinge unving oder burge was worden.

Geenszins dus aansprakelijkheid voor alle schulden en alleen, voorzoverre roerende goederen zijn verkregen, maar tot op dat bedrag dan ook aansprakelijkheid.

Nu liet zich deze beperking tot roerende goederen niet volhouden. Waar de beteekenis van het alodium en het individueel eigendomsrecht daarop in de steden en van de steden weder naar buiten toeneemt zal eveneens als in het Frankische recht, waar reeds vrij vroeg ook het onroerend goed voor andere dan zakelijke lasten kon worden aangesproken, die restrictie verdwijnen (2).

(1) Deze gedachte vindt men terug in de van veel later tijd dateerende uitspraak van het schepenboek van *Brünn* *creditores propinquissimi sunt heredes* of der *Gelter* ist der nächst Erb (Landrecht von Stiermarken) n. 174, waarmede men niet wil zeggen dat de schuldeischers erfgenaam zijn, maar veeleer, dat zij uit de nalatenschap bevredigd moeten worden vóór een erfgenaam iets verkrijgt.

(2) Waar van het familie-eigendomsrecht nog als restant was gebleven dat men een onroerend goed niet dan met toestemming der

Reeds de *Deutschen* en *Schwabenspiegel* stellen die beperking niet meer. Maar wel blijft op den voorgrond staan, dat men niet gehouden is. Unde ist er tot, die erben suln es tun von dem Gute dasz sie geerbet hat. . . . und ist da Gutes nicht, so sint die Erben ledic (1).

Als regel gold inderdaad STOBBE's uitspraak. „Die „Erbenhaftung war nur eine Sachhaftung mit dem „Rechte sich durch Abtretung des Nachlasses an die „Gläubiger zu befreien”, maar het is een regel met vele uitzonderingen.

Niet alleen, dat men den erfgenaam, nu het onroerend goed eene op geld waardeerbare waarde gaat krijgen tot voor de waarde van dat goed aansprakelijk gaat stellen, in de laatste helft der middeleeuwen komt men tot de solutie, dat de erfgenaam voor de schulden van den overleden ook boven hetgeen hij ontving aansprakelijk is. De opkomende Geldwirtschaft voert hiertoe en wanneer men in vele *Zwitsersche* rechtsboeken leest „wer erbt der zahlt” dan is dit op te vatten in den zin dien men vindt wedergegeven in art. 343 van het Stadrecht van Freiburg daaraan gehecht met de woorden Welcher den Pfenning erbt der soll auch das Pfund gelten (2).

Zoo was dan in vele plaatsen het terrein gereed ge-

familie mocht vervreemden is het logisch, dat men ook niet toelaat, dat men dit goed indirect aan de bloedverwanten ontnemt door schulden te maken, die dan op het goed verhaald kunnen worden. — Zie GENGLER, *Privatrecht* § 183. — Op den duur eischen echter de behoeften van het verkeer, dat men dit moet toelaten.

Interessant is hetgeen STOBBE hieromtrent mededeelt in zijn artikel in Jaargang 1862, blz. 336 van het Jahrbuch des gemeinen Deutschen Rechts.

(1) *Schwabenspiegel* no. 20.

(2) Zie hieromtrent HUBER op cit. blz. 671.

maakt om de onbeperkte aansprakelijkheid van het Romeinsche recht bij de receptie ingang te doen vinden.

Wat het *jus scriptum* bepaalde was somtijds reeds rechtens en de dogmatische constructie, dat de erfgenaam opvolgt in de vermogenspersoonlijkheid van den overledene kan bij de juristen wortel schieten zonder veel strijd met het werkelijk bestaande recht.

Slechts worde niet vergeten, dat geenszins overal deze onbeperkte aansprakelijkheid is erkend, dat dikwerf het Duitsche recht, ook al ingevolge den invloed der ambtelijke liquidatie — waarover beneden — die *niet* kent. Regel is dan dat de erfgenaam slechts aansprakelijk is tot op het bedrag, dat hij verkrijgt en dat de schuldeischers hunne pretentiën op den boedel mogen verhalen boven legatarissen (1).

Nog lastiger dan zich een juist beeld te vormen van de aansprakelijkheid der erfgenamen voor de schulden van den overledene is de beantwoording der vraag of in het Germaansche recht de erfgenaam tot voldoening der schulden van den overledene gehouden is *in dat* en *omdat* hij diens nalatenschap aanvaard heeft, dan wel of deze verplichting evenals bij de heredes sui van het Romeinsche recht reeds uit het zijn van erfgenaam voortvloeit. Dat bij deze laatste opvatting het recht tot verwerping nog geenszins behoeft uitgesloten te zijn bewijst reeds het Romeinsche recht.

De bronnen verspreiden weinig licht (2). Wanneer

(1) Zoo was de erfgenaam in het *Algemeene Pruisische Landrecht* aansprakelijk met de nalatenschap. De persoonlijke aansprakelijkheid trad eerst in, wanneer men niet binnen den bij de wet gestelden termijn een volledige inventaris had opgemaakt en ter griffie gedeponoord.

(2) Speciaal de oud-Hollandsche, die nagenoeg allen uit een later stadium zijn dan de eerste helft der middeleeuwen. — Zie FOCKEMA ANDREAE Oud-Nederl. Recht blz. 348.

in de bovenaangehaalde plaats van het *Westgothisch* recht gesproken wordt van „*proprii qui facultatem eius adierint*” krijgt men zeker den indruk, dat sprake is van lieden die een handeling hebben verricht waaruit hun wil om erfgenaam te zijn blijkt en denzelfden indruk geeft de navolgende plaats uit het *Hamburger* recht van 1273. I. 19, „So wie sijn erve upnymt de sal de schult gelten”, maar daaruit volgt nog niet, dat hij, die niet aanvaard heeft, *niet* aansprakelijk is. En nog minder dat voor den overgang der activa, speciaal van het bezit — om aldus, al is het niet juist, gemakshalve de gewere te noemen — eene bepaalde gemanifesteerde wilsuiting van den erfgenaam, de *apprehensio possessionis*, vereischt zou zijn.

Waar men den erfgenaam de goederen der nalatenschap onthoudt en hem den toegang tot den boedel ontzegt en hij daarom de hulp der overheid inroept om in het bezit daarvan te geraken of, gelijk in ons oud-vaderlandsch recht regel was, eene inleiding in het erfhuis plaats greep, verliest de vraag beteekenis. Immers iemand, die zich laat inleiden, geeft duidelijk bewijs van zijn wil om erfgenaam te zijn, verricht een handeling, die in later eeuwen den juristen het gemakkelijk maakte de *aditio hereditatis* van het Romeinsche recht als noodzakelijk en tevens reeds ingevoerd voor te stellen.

Nu valt het niet te ontkennen, dat de rechtsontwikkeling vooral dààr in deze richting geweest is, waar men voorzichtigheidshalve ook dàn eene inleiding placht te doen plaats grijpen, ook al werd het erfrecht van den erfgenaam op zich zelf niet betwist.

Maar zelfs in Holland, was die inleiding door de stedelijke overheid toch niet een absoluut vereischte en werd deze dikwerf nagelaten, waar kinderen met een overledene hadden samengewoond en diens boedel reeds in hun macht hadden.

Hier leidt nu de gedachte, dat het erfrecht op den familie-eigendom steunt, veel meer tot het aannemen van overgang ipso jure dan tot het Romeinsche systeem der *aditio hereditatis*.

Men vindt dan ook in de oudere rechtsbronnen nergens met zooveel woorden den eisch gesteld, dat de erfgenaam zich moet uiten, dat hij moet aanvaarden en zich in het bezit der goederen moet stellen, maar nergens is aan den anderen kant gezegd, dat dit niet noodig was.

Men behoefde echter niet te zeggen, wat als vanzelf sprekend werd aangenomen (1).

Later toen men hetgeen in het volksrecht gold ook in het op andere beginselen rustende leenrecht wilde invoeren, toen men daar de investituur wilde uitschakelen en daartegen van de zijde der leenheeren verzet ontstond, was er reden zich uit te spreken en dan ziet men ook uitspraken als „*mortuus revertit vivum*”, „*le mort saisit le vif*”, „de „dode ervet den levende” telkens in de rechtsbronnen vermeld (2).

Geldt nu hetzelfde beginsel ook voor den overgang der schulden?

De vraag is van groot practisch gewicht, toen men in de tweede helft der middeneeuwen meer en meer ging

(1) HUBER, *System und Geschichte der Schweizerischen Privatrechts* IV, blz. 669.

(2) In Noord-Duitschland vindt men de spreuk het eerst in een van 1448 dateerend Holsteinsch Gödingswishum. Het Saksisch leenrecht Cap. 6, § 1 geeft ze weder in de woorden: De vader erft uppen sone die gewere des gudes mit sament deme gude, pater hereditat in filium possessionem sicut beneficium. GENGLER, *Privatrecht* 1892, blz. 664; HEUSLER, *Institutionen* II, blz. 560; KROM, *Oud-Nederl. Erfhuisrecht* blz. 5 en vlgg.; COSACK, *Das Recht des Besitzes*; SCHRÖDER, *Rechtsgeschichte* blz. 322.

aannemen, dat de erfgenamen voor die schulden ook in eigen vermogen aansprakelijk waren.

Dàâr, waar de overheid de liquidatie der nalatenschappen ter hand had genomen en men aannam, dat de erfgenaam niet verder aansprakelijk was dan tot het bedrag dat hij erfde, was de moeilijkheid niet groot. Immers niet tot den erfgenaam, tot de liquideerende overheid wendden zich de schuldeischers van den overledene, deze voldeed hun uit de activa en den erfgenaam werd het batig slot ter hand gesteld.

Maar anders is de zaak, waar men zich aan de erfgenamen had te houden en van hen de voldoening der schulden moest erlangen.

Het recht om de nalatenschap te verwerpen wordt bijna overal erkend maar waar men in ettelijke streken aannam, dat wie *niet* verwierp aansprakelijk was, werd elders om de aansprakelijkheid aan te nemen eene aanvaarding gevorderd, die echter al zeer spoedig werd aangenomen (1). Men moest zich van alle bemoeienis met den boedel strikt onthouden, wilde men niet gecenseerd worden aanvaard te hebben.

(1) De in sommige stadrechten gestelde eisch van uitdrukkelijke verwerping wijst op een overgang ipso jure. Zie HUBER op. cit. blz. 669 die interessante voorbeelden van den rechtstoestand in verschillende Zwitsersche streken geeft. Cf. ook FOCKEMA ANDREAE, Oud-Nederl. Burgerlijk Recht I, blz. 348 en vlg.

Opmerkelijk is het, dat men in *Neuchatel* tot de conclusie kwam, dat althans de kinderen de schulden der ouders hadden te betalen en zich van die verplichting niet konden ontslaan. Nog de Points de Coutumes van 1782 bepalende «les enfants sont obligés de payer «les dettes de leur pères et aieuls» maakten hen tot werkelijke heredes necessarii. Eerst in 1850 is dit veranderd. Men heeft wel eens gedacht aan invloed van het Romeinsche recht, maar ten onrechte daar dit immers het jus abstinendi voor de sui heredes kende. Zie HUBER op cit. blz. 670 en HEUSLER, Institutionen II, blz. 572.

Natuurlijk dat dààr, waar het laatste stelsel, dat der aanvaarding, ingang vond, de juristen de beginselen van het Romeinsche recht, gelijk dit voor de heredes voluntairi gold, gemakkelijk ingang konden doen vinden en dit verklaart m. i. mede de receptie van het Romeinsche recht hier te lande.

Edoch, het is niet ons oud-Hollandsch recht geweest, dat in ons burgerlijk recht is gecodificeerd en waar het thans hier te lande geldend recht ontleend is aan den Code Civil zal voor een kort overzicht van het Fransche recht een oogenblik de aandacht moeten worden gevraagd.

Ook van het middeneeuwsch Fransche recht is het niet gemakkelijk zich op dit punt een juist beeld te vormen.

Waar men anders in het recht van den toch hoofdzakelijk Franschen ridderstaat in *Palestina* zulke gewichtige aanwijzingen kan vinden is hier de Italiaansch-Romeinsche invloed op het Jeruzalemsche recht zóó sterk geweest, dat dit recht als bron van vergelijking geen waarde meer heeft (1).

Wij moeten ons bepalen tot de Fransche rechtsbronnen, die hier geen helder water leveren.

GLANVILLA, de bekende schrijver over het Anglo-Normandische recht in de XII^{de} eeuw, acht den erfgenaam

(1) De Assises de la Cour des Bourgeois c. 193 bepaalden: Et puis comande la raison que celuy qui a reques les choses dou mort est tenus de payer toute la dette que le mort deveit, encores soit que la chose dou mort qu'il a reques ne vailent tant come ce qu'il deveit. Ni ne peut retraire par dreit, qu'il ne paie la dette, puisqu'il a juré la parenté et a reques les choses dou mort. Car si est raison par dreit et par l'assise du reiaume de Jeruzalem qui a primum antequam ipse intrasset in hereditatem debuit deliberare si intraret, quia post aditum hereditatis omnimodo oportebit creditoribus.

verplicht om de schulden van den erfflater te voldoen, ook al zijn de roerende goederen der nalatenschap niet voldoende om de schulden te betalen (1).

Het Engelsche recht van dien tijd kent echter nog niet de mogelijkheid van executie van onroerend goed ter voldoening van persoonlijke schulden van den debiteur en de vraag van den omvang der aansprakelijkheid had daarom veel meer practische beteekenis in *Frankrijk*, toen daar ten tijde van den Heiligen *LODEWIJK* die mogelijkheid, zij het ook slechts subsidiair, wèl werd aangenomen. In de XIII^{de} eeuw, toen trouwens de Naturalwirtschaft reeds voor een, zij het ook geenszins volkomen, Geldwirtschaft plaats had gemaakt, was als regel de geheele nalatenschap van den overledene voor diens persoonlijke schulden aansprakelijk, des dat de schuldeischers hunne pretentiën eerst op de biens meubles, dan op de acquets immeubles en eindelijk in de laatste plaats op het familiegoed „les propres” mochten verhalen „car si li meubles et li acquetz ne povent paier detes et torfès, il convient que li héritages y gueure (2).

De erfgenaam is — dit is niet twijfelachtig — verplicht tot betaling van de schulden van den overledene, maar is die verplichting onbeperkt, ook ultra vires hereditatis?

Gold hier hetzelfde recht als in Duitschland, waar men langen tijd van zulk een verplichting als „reine Römerei” niets wilde weten?

Met zekerheid is hierop geen antwoord te geven en wanneer men met *SALEILLES* de vraag ontkennend beantwoordt, zal men toch moeten toestemmen, dat *BEAUMANOIR*

(1) *GLANVILLA* Lib. VII. C. 8. 2.

(2) *BEAUMANOIR* Coutumes de Beauvoisis XII 6. LIV 4.

lang niet zoo duidelijk en beslist zich uitlaat als de Sachsen of Schwabenspiegel (1).

Vermoedelijk wordt de omstandigheid dat de rechtsbronnen zich niet duidelijk uitlaten verklaard door het feit, dat dank zij de groote ontwikkeling, die het instituut der testamentsexecuteele verkreeg het practisch belang der zaak al evenmin groot was als dààr in Duitschland, waar de stedelijke overheid voor de liquidatie der nalatenschappen zorg droeg (2).

(1) SALEILLES, De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession, blz. 22 en 23, ontzegt den schuldeischers van den erflater het recht ook de onroerende goederen van den erfgenaam aan te tasten. Eigenlijk zou deze niet verder aansprakelijk zijn dan tot het bedrag dat hij heeft verkregen. — BEAUMANOIR VII, 8, mais les detes à lor devancier sont ils tenez a toutes paier, puisqu'il se sont fait hoir combien qu'il en avait porté — doch, waar het roerende goederen betreft, zou, wijl de mobilia van erflater en erfgenaam spoedig dooreengemengd zijn, dit beginsel niet doorgevoerd zijn.

(2) Dank zij den invloed der Kerk, was het gewoonte geworden, dat iemand met eenig vermogen niet stierf zonder iets voor zijn zieleheil gedaan te hebben en wel in den regel door een testament te maken waarin eene beschikking voorkwam. Ten einde nu zeker te zijn, dat deze beschikkingen ook inderdaad ten uitvoer werden gelegd, placht men in de XIIIde eeuw een testamentsexecuteur te benoemen. Deze zorgde nu niet alleen voor de uitbetaling der legaten, maar ook voor de liquidatie der nalatenschap. Vandaar, dat hij in het bezit gesteld werd der activa, de zoogenaamde saisine verkreeg en dat hij uit hetgeen hij op deze wijze onder zich had ook de schuldeischers voldeed, ofschoon hij persoonlijk uit eigen beurs daartoe niet verplicht was. BEAUMANOIR XII, 31. De crediteuren wendden zich tot hem en het batig slot der nalatenschap keerde hij aan de erfgenamen uit. Het ligt voor de hand, dat wanneer er geen batig slot was, de nalatenschap werd verworpen en vandaar, dat in een recht waar de testamentsexecuteele sterk ontwikkeld is, er een streven bestaat het recht der erfgenamen te gaan beschouwen als eene pretentie op het batig saldo na liquidatie. Die gedachte is de Romeinsche opvatting der opvolging in de vermogenspersoonlijkheid van den overledene allerminst gunstig. Na de XIIIde eeuw verliest in Frankrijk de

Nu heeft in het latere recht de testamentsexecuteele weder aan terrein verloren, het komt weder meer veelvuldig voor, dat de erfgenamen zelf de nalatenschap liquideeren, alleen het begrip nalatenschap als geheel was ook het middeneeuwsch Fransch recht vreemd. — De sterke ontwikkeling van het leenrecht met zijne speciale regeling voor de erfopvolging in de leenen was die gedachte niet gunstig geweest. Nu verandert dit sedert het leenrecht een meer privaatrechtelijk karakter gaat vertoonen, maar nu krijgt ook de vraag wie de schulden van den erflater had te voldoen meer beteekenis. Zoolang toch de schulden voornamelijk het karakter droegen van feodale, althans van zakelijke, lasten, rustende op of verbonden aan het bezit van bepaalde onroerende goederen, leverde de vraag wie deze had te voldoen geen groote moeilijkheden op. Maar moeilijker werd het toen de persoonlijke schulden die men als roerende goederen beschouwde aan beteekenis wonnen en vooral werden de bezwaren groot, toen de erkenning van het hypotheekrecht ten gevolge had, dat persoonlijke schuldvorderingen tevens een zakelijk karakter verkregen.

Nu kon men niet meer volstaan met eene regeling, die de verplichting om de schulden te betalen bloot aan de erfgenamen der roerende goederen, der biens meubles

testamentsexecuteele weder aan terrein. In Engeland is de rechtsontwikkeling anders geweest. Ieder testament moet de benoeming van een testamentsexecuteur inhouden, bij gebreke waarvan het Hoog-gerechtshof een benoemt. Die executeur liquideert de nalatenschap, betaalt schuldeischers en legatarissen en keert ten slotte het batig saldo aan de erfgenamen uit, die dan ook principieel slechts tot het beloop der nalatenschap — cum viribus hereditatis, die echter, gelijk gezegd, niet door hen wordt beheerd, tenzij bij erfopvolging ab intestato, — aansprakelijk zijn. Cf. GLASSON, Histoire du droit et des Institutions d'Angleterre VI, blz. 160, 266 en vlg.

oplegde (1). Immers men kon niet meer toelaten, dat crediteuren van een op zich zelf volstrekt niet insolventen debiteur, die bij diens leven — zij het ook slechts subsidiair — op diens onroerende goederen hunne pretentiën hadden kunnen verhalen na diens dood dat recht zouden missen en zich uitsluitend hadden te houden aan den héritier des biens meubles, die dikwerf, zoo er vele schulden in eene nalatenschap waren ontbrak, omdat hij, die tot dit gedeelte der nalatenschap gerechtigd was, die nalatenschap had verworpen (2).

Op den duur kon eene althans subsidiaire aansprakelijkheid ook van de erfgenamen der onroerende familiegoederen — les propres — niet uitblijven en men vindt deze dan ook in de Coutume van Anjou en van Maine van 1411 aangenomen, doch alleen voor dat bedrag dat zij als erfgenaam verkregen (3).

Edoch, men ging verder.

In de eerste plaats verdween de bepaling, dat men als erfgenaam der propres slechts aansprakelijk was tot op het bedrag — de geldwaarde — der propres die men erfde, in de tweede plaats maakt de subsidiaire aansprakelijkheid plaats voor eene rechtstreeksche, eerst alleen tegenover derden en met erkenning van een recht van verhaal op den erfgenaam der roerende goederen, later zonder deze restrictie (4).

(1) *Etablissements de Saint Louis* I Ch. 10. *Coutumes d'Anjou et du Maine* van 1385, ed. BEAUTEMPS-BEAUPRÉ. Et si ainsi estoit que le pere mourust sans faire partie à ses enfans et il n'eust fame toutes les meubles seraient à l'aisné, mais il rendroit et acquitteroit toutes les debtes de son père et l'aumosne.

(2) LIGER, *Les coutumes d'Anjou et du Maine selon les rubriques du Code*, 177.

(3) *Coutume d'Anjou et du Maine*, F, ed. BEAUTEMPS-BEAUPRÉ (1411) no. 160.

(4) In de coutume van *Sens* kan men deze ontwikkeling duidelijk nagaan. Art. 71 der oude coutume luidde: Si aucuns père, mère ou

De invloed der juristen, bijna allen vol bewondering voor het Romeinsche recht, is hier duidelijk zichtbaar, en men vindt die ook terug, waar het de oplossing der vraag geldt, hoe die aansprakelijkheid der erfgenamen geregeld moet worden.

Men kan namelijk ieder erfgenaam pro parte virili aansprakelijk achten, behoudens dan het recht van verrekening en verhaal tusschen de erfgenamen onderling, het systeem dat te *Parijs* gold vóór de afkondiging der Coutume, maar men kan ook eene aansprakelijkheid der erfgenamen aannemen pro rata parte, in evenredigheid van hetgeen ieder ontving; eene solutie, die bijv. de coutume van *Vermandois* had aangenomen.

Het is dit laatste stelsel, ontegenzeggelijk het meest juiste, dat ten slotte het pleit heeft gewonnen (1).

autres parents sont héritiers d'aucuns d'eux dont les uns prennent les meubles et les autres les héritages, ceux qui prennent les meubles et dettes actives sont tenus payer les dettes passives et personnelles; mais quant ils ne seront solvables on aura recours contre les héritiers des propres. Dit stelsel — het subsidiaire verhaal — is het wat LOYSEL in zijn *Institutes coutumières de la France* IV, v. 13 noemt «l'ancienne coutume de la plupart du royaume». In de nieuwe coutume van 1555 vindt men reeds een ander systeem. L'héritier mobilier est tenu personnellement de payer les dettes personnelles du défunt; et néanmoins sera permis au créancier s'adresser contre son débiteur soit héritier mobilier, immobilier ou autre, sauf audit héritier immobilier son recours contre ledit mobilier.

De nieuwe coutume van *Sens* is van betrekkelijk ouden datum, ware er ± 1600 weder een nieuwe editie geweest, zoo zou men daarin wellicht nog verder gegaan zijn.

(1) Voor het oude Parijsche recht zie men de *Coutumes notoires au Chatelet* nos. 18 en 86 en de *Grand Coutumier de France* II, no. 40. Het nieuwe systeem vindt men in de Coutume van 1580.

Art. 332. Les héritiers d'un défunt en pareil degré tant en meubles qu'immeubles sont tenus personnellement de payer et acquitter les dettes de la succession, chacun pour telle part et portion qu'ils sont

Was dus het resultaat der rechtsontwikkeling dat in talrijke coutumes alle erfgenamen tot betaling der persoonlijke

héritiers d'iceluy défunt, quant ils succèdent également. — Art 333. Toutesfois s'ils sont détenteurs d'héritages qui aient appartenu au défunt lesquels aient été obligés et hypothequés à la dette par ledit défunt, chacun des héritiers est tenu de paier le tout sauf son recours contre ses créanciers. — Art. 334. Et quant ils succèdent les uns aux meubles, acquêts et conquêts, les autres aux propres: ou qu'ils sont donataires ou légataires universels, ils sont tenus entre eux contribuer au paiement des dettes, chacun pour telle part ou portion qu'ils en amendent. En quoi ne sont compris les aînés en ligne directe, lesquels ne sont tenus des dettes personnelles en plus que les autres héritiers pour le regard de leur dite aînesse.

Het zou te ver gaan, ook maar in het kort na te gaan in hoeverre de légataire universel — die in het Noorden van Frankrijk, waar de testamentaire erfgenaam niet bekend was, veelvuldig voorkwam — tot betaling der schulden was gehouden. In tegenstelling met de bestaande praktijk werd deze verplichting — men had immers met een legaat te doen — door de Romanisten, en ook door DUMOULIN, ontkend. Zelfs waar de coutume zulk eene aansprakelijkheid wel aannam, verhinderde dit hem niet eene tegenovergestelde meening te verdedigen. Wanneer bijv. de coutume van *Amiens* van 1507 in art. 38 bepaalt: *Quiconque appréhende à titre universel le total ou partie des biens meubles de quelque trépassé, il se charge et est poursuivable de toutes les dettes* schrijft MOLENAEUS in een noot «*Scilicet titulo successionis. Secus si jure legati etiam omnium «mobiliū, quia est titulus particularis.»* Het Fransche recht had de zaak niet in dien zin beslist, in het gebied van het droit écrit had men een legaat van alle of van een evenredig deel der meubles niet beschouwd als eene verkrijging titulo singulari, maar men liet dien legataris «*loco heredis*» zijn deel in de schulden dragen en achtte het mogelijk, dat hij daarom werd aangesproken. Het gevolg van de leer van DUMOULIN was daarentegen, dat de verplichting tot betaling der schulden uitsluitend kwam te rusten op de héritiers réservataires, de erfgenamen van het niet beschikbaar gedeelte der biens propres. Dat door zulk eene solutie het instituut der réserve coutumière, de oud-Fransche legitieme portie, geheel werd ontzenuwd kon een man als MOLENAEUS bitter weinig schelen, maar anders dachten de practici. Bij arrest van 1562 prononcé en robes rouges besliste het

schulden van den erfflater waren gehouden, thans behoort te worden nagegaan of die verplichting ontstond door het enkele feit dat men als erfgenaam tot de nalatenschap geroepen was, dan wel door de aanvaarding. Waar de bekende regula juris „*le mort saisit le vif*” op dit punt in de ontwikkeling van het recht grooten invloed heeft gehad, zal daarop de aandacht zijn te vestigen (1).

Parijsche parlement, dat hij aan wien «les meubles, les acquets et «un quint des propres» dus het beschikbaar gedeelte der nalatenschap was gelegateerd pro rato emolumenti in de schulden van den overledene had te dragen. Een arrest van 27 April 1564 was in denzelfden geest.

Intusschen was er toch tusschen erfgenaam en legataris onder algemeenen titel dit groote verschil, dat de laatste *geen* erfgenaam was, dat men zijn verplichting tot betaling der schulden dus niet kon afleiden uit den Romeinschen regel *heres personam defuncti sustinet*, die met de receptie van het Romeinsche recht ook in Noord-Frankrijk ingang had gevonden. Zijn aansprakelijkheid werd afgeleid uit «bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno» waaruit nooit meer kon volgen dan aansprakelijkheid tot op het bedrag dat men verkrijgt. In de praktijk was het gewoonte, dat een legataris onder algemeenen titel steeds een inventaris deed opmaken. Feitelijk was het verschil tusschen hem en een erfgenaam, die onder voorrecht van boedelbeschrijving had aanvaard, voor een leek dus niet zichtbaar.

(1) Hierboven is reeds de vraag besproken in hoeverre in het oude volksrecht aanvaarding vereischt was om als erfgenaam te kunnen optreden. De vraag droeg nog een zuiver juridisch karakter. Toen echter de erfelijkheid der leenen werd aangenomen, kreeg zij ook een politieke beteekenis. Vrijwel gold algemeen, dat de vassal-erfgenaam den leenheer hulde en manschap (*foy et homage*) moest betoonen en een geschenk (relief) aanbieden, maar hetwist was of de leenheer den vassal in het bezit van het leen moest stellen of bij iederen overgang van het leen bij overlijden de zoogenaamde investituur vereischt was. Niet overal gold hetzelfde, gelijk niet overal de erfelijkheid der leenen zich op dezelfde wijze heeft ontwikkeld. Een feit is echter, dat de vasallen er naar streefden om althans, wanneer hunne kinderen hen opvolgden, eene nieuwe investituur

Oorspronkelijk een uitdrukking waarmede men een beginsel van het oude volksrecht in het op dit punt van

onnoodig te doen zijn. Op dit punt is het recht van het Koninkrijk *Jerusalem* leerzaam, omdat men daar te doen heeft met den feodalen staat par excellence. De investituur is daar regel — *Livre de Jean d'Idelin* Ch. 151, 153, 154, maar een uitzondering is gemaakt voor een zoon of dochter, se il est d'aage a fié aveir en la saisine de cet fié, quant le père ou la mère en muert saisi et tenant come dou sien sans ce qu'il mesprent ver le seignor d'aucune chose; porcequ'il est usage en cest reiaume que li fiz ou la fille demore en la saisine et en la teneur de ce quei leur père ou leur mère meurt saisi et tenant come dou sien. Dat dit niet alleen voor leengoed geldt blijkt uit het *Abrégé du livre des assises de la cour des Bourgeois* I Ch. 54.

In het Anglo-Normandische recht, zooals dit door GLANVILLA is uiteengezet, wordt de verplichting om zich door den leenheer in het bezit te doen stellen ook voor andere erfgenamen, die reeds in het bezit zijn, niet meer gevorderd. GLANVILLA IX c. 1. 4. Wel is men verplicht tot het aanbieden van foy et hommage en het betalen van het verschuldigde droit de relief. De *Grand Coutumier de Normandie* ch. 25 stelde zich op geen ander standpunt en al vindt men de later zoo bekende spreuk «le mort saisit le vif» noch bij BEAUMANOIR noch bij PIERRE DE FONTAINES geciteerd, wat zij als rechtens geldende voorstellen is daarmede niet in strijd. Het eerst vindt men de spreuk in een uitspraak van 1259 in de *Olim*, opgenomen blz. 452. «Per consuetudinem terre mortuus debet vivum saisire» en spoedig daarop ziet men haar in een Orléansche coutume van de XIIIde eeuw waaruit ze weder is overgenomen in de *Etablissements de Saint Louis* II, 4.

Et li usages d'Orlenois si est, que li mort saisist le vif et que il doit avoir saisine, se autres ne se tret avant qui ait plus grant droit en la chose que cil. VIOLLET in zijn noten op de *Etablissements* IV, blz. 213 veronderstelt, dat de Orleansche juristen der XIIIde eeuw, bekend om hun vaardigheid om in een brocard de droit een geheel systeem te formuleeren, hier hun talent hebben getoond. Zeker is het, dat de spreuk eenmaal geuit veel weerklank vond en in bijkans alle coutumes van *Noord-Frankrijk* werd teruggevonden. Maar reeds lang voordat men in de *Parijsche* coutume van 1510 — art. 132 — las «En la prévoté et vicomté de Paris le mort saisist le vif son hoir» vindt men haar bij gezaghebbende schrijvers. Zoo bij

geheel andere beginselen uitgaande feodale recht ingang wilde doen vinden, een regel waarmede men te kennen wilde geven, dat bij overlijden van den erfflater de investituur van het feudum wel achterwege kon blijven, wijl reeds de overledene den erfgenaam in het bezit daarvan had gesteld, werd zij langzamerhand de uitdrukking der gedachte, die trouwens aan het oude recht niet vreemd was — dat de activa eener nalatenschap krachtens het

DESMARÈS, Décisions 236 en in de *Coutumes notoires au chatelèt* § 53 in den *Grand Coutumier de France* II, Ch. 31. L'hoir se peut dire incontinent après la mort en possession et saisine des biens du trespasé dont il se dit hoir, terwijl men haar niet alleen buiten *Frankrijk* in *Vlaanderen*, *Braband*, in een enkele *Geldersche* costum, in *Savoie* en de *Fransche Comté* terugvindt, maar ook in eene van de XIVde eeuw dateerende coutume van *Bordeaux* en in geheel *Zuid-Frankrijk*. Wellicht zou het succes minder groot geweest zijn, wanneer men zich bewust geweest was, dat het Romeinsche recht een geheel ander standpunt innam. — Maar dit was niet het geval. De glossatoren door te onderscheiden tusschen de possessio civilis en naturalis hadden in het specifiek Romeinsche karakter van het bezit reeds een bres geschoten, de postglossatoren met hun possessio civilissima maakten een erfelijk bezit zonder apprehensio door den erfgenaam eerst recht mogelijk en het Statuut van *Modena* waaraan BALDUS moet hebben medegewerkt bepaalt: Fili et heredes intelligantur ipso jure possidere bona defuncti, quia defunctus tenebat tempore mortis ac si statim eo mortuo corporalem heres apprehendisset possessionem.

Nu heeft men nog niet dadelijk de conclusie getrokken, dat waar geen investituur behoefde plaats te grijpen, ook voor de voldoening van een droit de relief geen aanleiding was, doch in de XVIde eeuw trokken de der feodaliteit vijandig gezinde juristen, inzonderheid DUMOULIN, die conclusie wel. Wanneer men gelijk hij in zijne commentarii in consuetudinem Borboniensem § 299 gaat schrijven: Insuper nota quod virtus et effectus illius consuetudinis nihil aliud est quam continuatio possessionis a moriente in eius heredem et sic non est nova nec alia sed omnino et dentice eadem ipsa possessio ligt de vraag voor de hand, waarom een overgangsrecht te heffen, waar alles hetzelfde is gebleven.

recht van erfgenaamschap en daardoor alleen zonder dat eene uitdrukkelijke of stilzwijgende aanvaarding noodig was door den erfgenaam werden verkregen (1).

Vandaar, dat de Romeinsche transmissiones niet noodig waren, dat men het als vanzelf sprekende beschouwde, dat een opengevallen nalatenschap bij overlijden van een erfgenaam weder op diens erfgenaam overging, ook al had deze niet aanvaard.

Op dit punt was er dus gelijkstelling met de heredes sui van het Romeinsche recht. Was deze gelijkstelling echter volkomen? Gold zij ook voor de passiva?

Was men evenals de heres suus ipso jure tot betaling der schulden gehouden zonder dat aanvaarding der nalatenschap noodig was?

En was men zelfs, gelijk in het oud-Romeinsche recht, gedwongen om tegen zijn wil als erfgenaam op te treden?

Beide vragen dekken elkander niet en op de laatste is het antwoord zelfs zeer gemakkelijk. Het recht toch eene nalatenschap te verwerpen werd algemeen erkend en vond zijne uitdrukking in de aloude spreuk „*Il n'est héritier qui ne veut*”. Tot soluties als die waartoe men in *Neuchâtel* was gekomen kwam men in *Frankrijk* niet.

Edoch al kan niemand gedwongen worden om tegen zijn zin erfgenaam te zijn, daarom kan wel als recht worden aangenomen, dat, evenals een erfgenaam ipso jure in het bezit treedt der activa, ook zonder aanvaarding de passiva zonder meer op hem overgaan behoudens dan het recht om te verwerpen.

(1) Zie de mededeeling in de noten op de *Etablissements de Saint Louis* van VIOLLET IV, p. 214 van een onbekend jurist uit de XIVde eeuw. *Consuetudo generalis qua mortuus saisit vivum locum habet tam in directa linea quam in transversali, tam in mobilibus quam in immobilibus, taliter quod post mortem decedentis bona censentur succedentis et eius partem respiciunt.*

In een recht waar het begrip „nalatenschap” vreemd is geworden, is zulk eene solutie echter volstrekt niet noodig; evenzeer als voor de opvolging in de feuda andere voorschriften kunnen gelden als in die der allodia is — het is hierboven reeds meermalen opgemerkt — eene distinctie op dit punt tusschen activa en passiva mogelijk.

Maar toen de gedachte der eenheid der nalatenschap veld won zou het toch alleszins logisch geweest zijn, dat men wat, dank zij den populaireren regel „le mort saisit le vif” voor de activa gold, ook voor de passiva had doen gelden. De erfgenamen zouden dan op een lijn zijn gesteld met de heredes sui van het Romeinsche recht behoudens hun recht om te verwerpen.

Een enkele coutume komt tot deze oplossing (1) doch de juristen der XVIde eeuw wilden haar *niet*. Gedachtig aan de spreuk „Il n'est héritier, qui ne veut” kwamen zij tot de conclusie, dat volgens het Fransche recht alle erfgenamen heredes voluntarii waren. Nu verkregen deze jure Romano de nalatenschap door eene aditio hereditatis Atqui ergo, was deze ook jure Gallico noodig (2).

(1) *Coutume de la Marche*, art. 256. Aucun est recevable de soi dire n'être héritier d'aucun, s'il ne répudie et renonce expressément à la succession.

(2) TIRAQUELLUS. Tractatus le mort saisit le vif. Declaratio II. Verum in ea sum sententia ut nisi filius aut alius proximus se inmiscuerit haereditati vel aliter se heredem declaraverit non cogendum tamquam haerodem solvere creditoribus. Nullus enim nostris moribus Gallicanis haeres est, nisi qui haeres esse vult ita enim vel dicere solumus, il n'est héritier qui ne veut. Huncque illud fit uit creditori incumbat onus probandi filium esse haerodem quod scilicet se immiscuerit, non filio quod abstinerit Cf. *Coutume de Normandie* 43. L'héritier présomptif encore qu' il n'ait par renoncé à la succession n'est pas censé héritier, s'il n'en a fait acte ou pris la qualité. Hoe gevaarlijk dit opereeren met rechtspreuken is bewijst FURGOLE. Des testaments VIII sect. 1, 2,

Het is begrijpelijk dat bij het groote gezag van het Romeinsche recht en van TIRAQUEAU, den verdediger dezer leer, deze zienswijze langen tijd de heerschende is geweest. LEBRUN gaat in zijn bekend werk over het erfrecht nog met haar mede (1).

Maar op den duur bleek toch deze argumentatie tegen de krachtige daartegen aangevoerde argumenten niet bestand.

Gelijk reeds werd opgemerkt volgt uit den regel, dat niemand tegen zijn wil erfgenaam behoeft te zijn, nog niet, dat de uit het erfgenaamschap voortspruitende verplichtingen eerst op den erfgenaam drukken, wanneer hij te kennen heeft gegeven inderdaad erfgenaam te willen zijn.

Zeer zeker is het voorts waar, dat de regel „le mort saisit le vif” op zich zelf noch rechten geeft noch verplichtingen oplegt. Maar waar men uit dien regel gaat afleiden, dat het recht van erfgenaamschap medebrengt, dat men zonder eenige handeling of wilsuïting in alle rechten van den overledene treedt, voorzooverre die voor overgang vatbaar zijn, waar men aan de „saisine” eene politieke beteekenis is gaan hechten en niet onderscheidt tusschen het recht van erfgenaamschap en het recht om erfgenaam te worden, daar vraagt men zich af waarom nu, waar het de *verplichtingen* van den erfgenaam geldt, niet hetzelfde mag worden aangenomen,

die juist op soortgelijken grond kan komen tot het denkbeeld dat in Frankrijk de erfgenamen steeds heredes sui zijn. En France tous les héritiers sont considérés de la même manière; on les regarde tous comme des héritiers siens, parceque les étrangers comme les descendants sont saisis de plein droit et qu'ils transmettent la succession dès le moment qu'elle est ouverte, eux étant vivants, sans qu'ils aient accepté avant leur mort et cela en vertu de la règle «le mort saisit le vif».

(1) Traité des successions III Ch. 1. 36.

eene oplossing die althans dit voor heeft dat zij practisch is (1).

LOYSEL is zeker het spoor bijster, wanneer hij in zijne *Institutes Coutumières* het doet voorkomen alsof de regel: „Il n'est héritier qui ne veut” eene uitzondering is op „le mort saisit le vif” en wanneer BRODEAU de bekende commentator op de Parijsche coutume naar aanleiding van laatstgenoemde regula juris schrijft: Toutes actions et obligations actives et passives passent en la personne de l'héritier lequel représente le defunt succède en ses droits et en est censé et réputé une même personne identificeert hij ten onrechte deze spreuk met de gedachte van het erfgenaamschap zoo juist weergegeven in het „heres personam defuncti sustinet”. Edoch het is toch zeer begrijpelijk, dat men tot zulke uitspraken komt, wanneer men voor de meer negatieve beteekenis van den regel — het niet vereischt zijn der aanvaarding om den

(1) Niet alleen wordt den schuldeischers de moeilijkheid van het bewijs dat de erfgenaam ook werkelijk aanvaard heeft ontnomen — dat een erfgenaam, die verworpen heeft, dit gedaan heeft is steeds zeer gemakkelijk te bewijzen — maar men voorkomt ook de moeilijkheid dat de erfgenaam stil zit, niets doet en zich niet uitlaat. Bij het Chatelet te Parijs — zie BOURJON. *Droit commun de la France* I, blz. 906 — nam men aan, dat wanneer na het overlijden de termijnen van 3 maanden (voor inventarisatie) en 40 dagen (voor beraad) voorbij waren men de erfgenamen in rechte kon aanspreken tot betaling der schulden van den erflater, behoudens echter ook dan nog het recht van deze om te verwerpen. Telle est la jurisprudence du Chatelet, sous la limitation qui suit; en effet l'expiration de ces délais n'est pas fatale, ils peuvent toujours, pourvu que les choses soient entières renoncer — Cf. echter MERLIN. *Répertoire Héritier* Sect II, § II.

De verplichting om zich uit te laten wordt erkend in art. 278 der *Coutume van Poitou*. «Nul n'est héritier qui ne veut et est tenu de renoncer ni faire autre déclaration s'il n'était ajourné pour déclarer s'il se veut porter héritier ou non».

overgang van rechten te kunnen aannemen — een meer positieve in de plaats gaat schuiven.

Is men eenmaal zòdver en is men dank zij den invloed van het Romeinsche recht weder de nalatenschap gaan beschouwen als een eenheid, een complex van rechten en verplichtingen, dan moet men als het ware wel komen tot de leer door POTHIER in zijn *Traité des Successions* Ch. III sec. II uiteengezet: „Cette saisine”, zoo schrijft deze auteur, „consiste en ce que tous les droits du „défunt, toutes ses obligations dès l’instant de sa mort „passent de sa personne en celle de ses héritiers, qui „deviennent en conséquence dès cet instant, chacun pour „la part dont ils sont héritiers, sans qu’il intervienne rien „de leur part propriétaires de toutes les choses dont le „défunt était propriétaire, créanciers de tout dont il „était créancier, débiteurs de tout dont il était débiteur, „ont dès cet instant le droit d’ intenter toutes les actions „que le défunt aurait eu droit d’ intenter et sont sujets „à toutes celles auxquelles le défunt aurait été sujet.”

Nu vond POTHIER zeker niet algemeene instemming (1), ja hij is soms op andere plaatsen zelf wel eens weifelend of inderdaad uit den regel „le mort saint le rif” deze conclusie moest worden getrokken, maar het is toch deze opvatting, die op het einde der XVIIIde eeuw de heerschende was.

En het is deze zienswijze die de ontwerpers van den Code Civil huldigden.

Zij het vergund dit in een volgende aflevering van dit Tijdschrift nader uiteen te zetten.

's-Gravenhage, September 1913.

(1) Zoo betoogt FERRIÈRES in zijn commentaar op de Parijsche coutume ad artt. 316 en 318, dat men vóór de aanvaarding der nalatenschap slechts met een héritier présomptif te doen zou hebben, maar de boven reeds vermelde leer van FURGOLE vond ook instemming.

**Aanteekeningen bij het Rapport van de commissie
uit de balies over het ontwerp-
strafvordering (1).**

I.

Strevende naar de *verzoening* tusschen de tegenstrijdige belangen van de vervolging eenerzijds en de verdediging anderzijds, had ons ontwerp-strafvordering te kiezen tusschen twee wijzen, waarop die verzoening kan plaats hebben. Het kon, door wantrouwen tegenover *beide* partijen geleid, zoo zuinig mogelijk zijn met de toekenning van rechten en bevoegdheden, zoowel aan de vervolging als aan de verdediging niet meer geven dan strikt noodzakelijk is. Het kon ook den *anderen* weg inslaan, en bij de bedoelde toekenning ruim en mild te werk gaan. Ons ontwerp heeft dezen laatsten weg gekozen, van oordeel dat alleen op deze wijze eene krachtige repressie is te verkrijgen en toch kan worden verzekerd, dat de individueele rechten niet meer dan noodig worden aangetast (2).

Onder hen, die zich met deze keuze kunnen vereenigen,

(1) Het rapport werd uitgebracht door de Heeren Mrs. JOS. VAN RAALTE, L. S. G. DE HARTOG, J. M. VAN HETTINGA, TROMP, S. W. HOLLEMAN, J. PLANTENGA en J. R. H. VAN SCHAİK, afgevaardigden van de balies te Rotterdam, Amsterdam, Leeuwarden, Den Bosch, Den Haag en Arnhem, en opgesteld als Nota aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

(2) Memorie van Toelichting van de Staatcommissie, Inleiding, § 3 (De hoofdbeginselen van het Ontwerp), blz. 16 vlg.

zal natuurlijk verschil van meening bestaan over de vraag, aan welke toekenning of uitbreiding van bevoegdheden, die ten aanzien van de vervolging òf die ten aanzien van de verdediging, op dit oogenblik voor ons land de *grootste* behoefte bestaat. Om volkomen voor hare taak in het strafproces berekend te zijn, dienen beide „machten” beter te worden uitgerust. Aan welke zijde spreekt nu die eisch het luidst? Wanneer m. i. het antwoord moet luiden: aan de zijde van de verdediging, dan wordt dit antwoord door drieërlei overweging bepaald.

Vooreerst mag worden opgemerkt, dat ten aanzien van de *vervolging* de practijk toestanden in het leven heeft geroepen, welke geduld werden al was de *wettigheid* daarvan niet boven allen twijfel verheven (men denke aan de veelbesproken politiebewaring!), terwijl ten aanzien van de *verdediging* angstvallig werd gevraagd naar eene uitdrukkelijke toekenning van bevoegdheden. Bovendien kan eene onbevangen taxeeering van de sterkte der beide partijen in het strafproces niet anders dan tot deze conclusie leiden, dat 't voor den verdachte niet zelden uiterst moeilijk is om tegenover het in den loop van het geding zorgvuldig verzameld bewijsmateriaal datgene naar voren te brengen wat aan *zijne* positie kan ten goede komen, en dat er, met hoeveel nauwgezetheid en streven naar objectiviteit het vóóronderzoek ook plaats hebbe, het gevaar van eenzijdigheid, van een zich te veel bewegen in ééne bepaalde richting, blijft bestaan. Mijne overtuiging, dat dan ook met name de positie van den verdachte versterking noodig heeft, eene overtuiging gegrond op eene langdurige ervaring van de procedure in eersten aanleg, vond bevestiging in wat eene korte ervaring ten aanzien van de procedure in hooger beroep, gedurende welke 't mij gegeven was

in de gewenschte richting werkzaam te zijn, mij leerde. — En eindelijk — ook deze overweging moge hier eene plaats vinden — zijn 't niet het minst enkele zeer belangrijke gevallen van behandeling van strafzaken in *revisie* geweest, welke juist in den laatsten tijd het wenschelijke van het nóg hooger opvoeren van de eischen van eene deugdelijke strafrechtspraak, ook in het belang van den beklaagde, zijn komen aantoonen.

Het is om deze redenen, dat het rapport der baliecommissie mijne bijzondere belangstelling heeft opgewekt en het daarin uitgedrukt streven m. i. als heilzaam moet worden beschouwd. De commissie heeft de aan het wetsontwerp ten grondslag liggende beginselen als uitgangspunt aanvaard en bedenkingen geopperd tegen de wijze, waarop sommige van die beginselen in het ontwerp zijn ontwikkeld. Zij heeft een stuk werk geleverd, hetwelk de aandacht en de overdenking van onzen wetgever alleszins verdient; zij heeft verlangens geuit, waarvan de vervulling m. i. ten aanzien van verscheidene punten aan het ontwerp ten goede zou komen.

Bij enkele van die verlangens willen wij thans stilstaan. Duidelijkheidshalve bepalen wij eerst de aandacht bij het vóóronderzoek, daarna bij de terechtzitting, om ten slotte nog een woord te wijden aan de toevoeging van een raadsman.

II.

HET VÓÖRONDERZOEK.

Hier is vooreerst aan de orde de tegenwoordigheid van den raadsman bij het verhoor van den verdachte. Over het optreden zelf van den advocaat in het gerechtelijk vóóronderzoek worde te dezer plaatse niet uitgeweid. Het zal er toe bijdragen om het peil onzer strafrechtspraak

te verhoogen, verdient om deze reden onvoorwaardelijk toejuiching, en zal — straks bij de behandeling van het ontwerp in het parlement — niet stuiten op belangrijken tegenstand. Wij spreken dus hier alleen over het bijwonen door den raadsman van het verhoor van den verdachte. In artikel 189 wordt door de Regeering — in eene iets scherpere formulering dan de staatscommissie deed — een recht van den raadsman om het verhoor van zijn cliënt bij te wonen in 't algemeen erkend: de bevoegdheid wordt verleend, voorzooverre het belang van het onderzoek dit naar het oordeel van den rechter-commissaris niet verbiedt. Hiertegen nu heeft de balie-commissie bezwaar. Zij wijst er op, dat door het gemaakte voorbehoud de bevoegdheid van den raadsman in hooge mate wordt beperkt, betreurt 't dat het „van een louter subjectieve opvatting van den rechter-commissaris, van zijn persoonlijk gevoelen omtrent de balie en haren arbeid” zal afhangen, of de raadsman het verhoor van zijn cliënt zal mogen bijwonen, en vreest als gevolg van het gemaakte voorbehoud de mogelijkheid van rechterlijke willekeur, althans den schijn daarvan. In tegenstelling tot het verhoor van *getuigen en deskundigen*, waarbij het belang van het onderzoek zich inderdaad tegen de aanwezigheid van den raadsman kan verzetten, wil zij dus ten aanzien van het verhoor van den *verdachte* elke beperking laten vervallen.

Het wil mij voorkomen, dat tegen de verwezenlijking van dit desideratum der commissie geen overwegend bezwaar bestaat. Mèt haar ben ik van oordeel, dat — ook met het oog op de bescheiden rol, die aan den raadsman in het kabinet van den rechter-commissaris is toebedeeld — vrees voor „de aanwezigheid van ongewenschte elementen of inmenging te ongelegener tijdstip” hier niet den doorslag mag geven; terwijl ook het tweede, in de Memorie van

Toelichting gebezigde argument, dat de onbeperkte bevoegdheid voor den nauwgezette raadsman een „ondragelijke last” zou kunnen worden, m. i. niet van groote beteekenis is. Ik cijfer deze bedenkingen niet weg en erken volkomen, dat de onbeperkte bevoegdheid eene enkele maal gevaar voor het onderzoek zou *kunnen* opleveren, maar zou geneigd zijn terwille van het beginsel over dit bezwaar heen te stappen. — Subsidiair (voor het geval de verbodsbevoegdheid van den rechter-commissaris gehandhaafd blijft) zou het denkbeeld overweging verdienen om, wanneer de rechter-commissaris bezwaar heeft tegen de aanwezigheid van den raadsman bij een bepaald verhoor, de *Rechtbank* te doen beslissen, hetzij dat alsdan deze op verzoek van den rechter-commissaris kunne bevelen, dat het verhoor buiten tegenwoordigheid van den raadsman zal plaats hebben (1), hetzij dat alsdan aan den raadsman de gelegenheid worde geopend om de gegrondheid van de weigering van den rechter-commissaris aan het oordeel der *Rechtbank* te onderwerpen. *Tegen* dit subsidiaire stelsel kan intusschen als argument worden aangevoerd de omslag en het tijdverlies, noodwendig aan de tusschenkomst van de *Rechtbank* verbonden.

(1) In het over het ontwerp aan de Tweede Kamer gericht adres van de Orde van Advocaten te Utrecht wordt voorgesteld artikel 189 aldus te lezen :

De raadsman kan de verhooren geheel of gedeeltelijk bijwonen, waartoe hij telkens wordt opgeroepen, en heeft de bevoegdheid den rechter-commissaris in of buiten tegenwoordigheid van den te verhooren persoon de vragen op te geven, welke hij wenscht dat gedaan zullen worden.

De *Rechtbank* kan op verzoek van den rechter-commissaris of op de vordering van het Openbaar Ministerie, na den raadsman te hebben gehoord althans te hebben opgeroepen, in het belang van het onderzoek bevelen, dat één, meerdere of alle verhooren buiten tegenwoordigheid van den raadsman zullen plaats hebben.

Meer *stellig* is mijn oordeel over een tweede punt, ten aanzien waarvan de commissie slechts te *loven* heeft maar hetwelk toch niet onbestreden is, de quaestie n.l. van het vrije mondeling en schriftelijk verkeer (overleg) tusschen den beklaagde, die in voorloopige hechtenis is, en diens raadsman. Zooals te verwachten was, juicht de balie-commissie het toe, dat dit vrije verkeer zoo volstrekt mogelijk door het ontwerp wordt verzekerd; zij aarzelt niet dat recht te qualificeeren als „de eenige bevoegdheid, die vóór het onderzoek ter terechtzitting aan den raadsman onbeperkt door het ontwerp wordt toegekend” (blz. 7).

Er bestaat m. i. alle grond om ten deze met het ontwerp mede te gaan en het bedoelde recht *geheel onbeperkt* te handhaven. Niemand voorzeker zal de bedenkingen, daartegen door Mr. L. CH. BESIER het vorige jaar in het *Weekblad van het Recht* (no. 9495) aangevoerd, van geringe beteekenis achten; niemand zal ontkennen, dat — waar natuurlijk ook onder de balie minder gunstige elementen worden aangetroffen — hier inderdaad een *gevaar* dreigt, en van het onbeperkt recht van verkeer tusschen raadsman en preventief-gedetineerde misbruik kan worden gemaakt ten nadeele van het onderzoek van „de waarheid”. En toch mogen die bedenkingen niet zóó zwaar wegen, dat zij ertoe zouden leiden het beginsel zelf in zijne volstrektheid prijs te geven. Is dat beginsel *rechtvaardig*, omdat er geen redelijke grond bestaat om ten aanzien van het verkeer met zijn raadsman den van zijne vrijheid beroofden beklaagde van ongunstiger conditie te doen zijn dan hem die van de vrijheid geniet, dan houde de wetgever dit beginsel hoog en late daarop, ook met de wetenschap dat de toepassing eene zeer enkele maal tot een ongewenscht resultaat zal leiden, geene inbreuk toe. Door — zooals de geëerde schrijver in het *Weekblad* in overweging geeft — de oplossing van de

quaestie te zoeken in de medewerking van den rechter-commissaris (in dien zin dat deze tegenwoordig zou zijn bij het mondeling overleg en kennis zou nemen van de correspondentie), zou men het heilzaam beginsel in bedenkelijke mate verzwakken. De wetgever zij hier dus mild! Hij toone vertrouwen in de balie! Hij verminderde *niet* de waarde van het groote goed, hetwelk hij thans gaat schenken en waardoor aan de „stuitende rechtsongelijkheid tusschen den gevangen en den vrijen man” (woorden van Mr. A. A. DE PINTO) finaal een einde zal worden gemaakt (1).

Wij komen thans tot een punt, niet enkel van groot gewicht maar tevens van eigenaardige moeilijkheid, n.l. het *deskundigenonderzoek*. Onnoodig zal 't zijn op de groote beteekenis van dit onderwerp de aandacht te vestigen. Ook hier te lande kwam het meermalen, in deze of gene geruchtmakende strafzaak, de algemeene belangstelling opeischen. Op het onvoldoende van den bij ons bestaanden toestand werd herhaaldelijk gewezen. Alle reden is er dus om aan het punt onze bijzondere aandacht te wijden.

De balie-commissie acht de regeling van het deskundigenonderzoek, zooals die in het ontwerp is nedergelegd, niet afdoende. Er aan herinnerende, dat in artikel 236 aan den door den verdachte aangewezen deskundige alleen wordt toegestaan bij het onderzoek

(1) Bij het nazien als Officier van Justitie van de correspondentie van de preventief-gedetineerden meende ik het meest milde standpunt te moeten innemen en nagenoeg nimmer een brief te moeten terughouden. In een geheel *ander* opzicht kan het nazien van die correspondentie aan het O. M. van nut zijn, in zooverre het O. M. daardoor iets leert kennen van de levensomstandigheden, den gemoedstoestand, het wezen van den beklaagde, die straks zal terechtstaan, factoren welke voor het bepalen van de straf van zulk gewicht zijn.

van den door den rechter-commissaris benoemden deskundige tegenwoordig te zijn en daarbij de noodige aanwijzingen te doen en opmerkingen te maken, maar *niet* om zelf de hand uit de mouw te steken, zelf eene proef te verrichten, wijst zij erop, dat vele gevallen denkbaar zijn, waarin aan een zelfstandig optreden van dien deskundige geen enkel gevaar is verbonden. Zij wil dan ook aan den door den verdachte aangewezen deskundige de bevoegdheid tot zelfstandig optreden zien toegekend, „wanneer de rechter-commissaris oordeelt, dat, desnoods met inachtneming van door hem voor te schrijven waarborgen, het belang van het onderzoek zich daartegen niet verzet” (blz. 12).

Deze wensch van de commissie heeft m. i. aanspraak op zeer ernstige overweging. Wel zegt de Memorie van Toelichting op artikel 236, dat het niet aangaat aan den „deskundige van den verdachte” gelijke rechten als aan den gewonen deskundige toe te kennen, en wil zij aan den eerste slechts eene controleerende, toeziende functie geschonken zien, maar 't wil mij bescheidenlijk toeschijnen, dat het ten gunste van dit standpunt geleverd betoog niet overtuigend is en dat in ieder geval het verschil tusschen beide deskundigen te scherp wordt geaccentueerd. Niet ten onrechte wordt de positie van den door den verdachte aangewezen deskundige door het *Weekblad van het Recht* „volkomen onbevredigend” (1) genoemd, terwijl m. i. de Memorie van Toelichting in gebreke is gebleven de noodwendigheid daarvan aan te toonen. In dit opzicht dient dan ook naar verbetering van het door Staatscommissie en Regeering voorgestelde te worden gestreefd, opdat — in den geest van het nieuwe Belgische ontwerp — de „deskundige van den verdachte” meer gelijkwaardig

(1) *W. v. h. R.* no. 9646, «Deskundig onderzoek in strafzaken».

aan den „deskundige van den rechter-commissaris” worde en er althans sprake kunne zijn van een gemeenschappelijk onderzoek van beiden.

Het werken in deze richting zal met te meer gerustheid en vertrouwen kunnen plaats hebben, wanneer de grootere belangstelling, waarin in den laatsten tijd de deskundige en het deskundigen-onderzoek zich bij ons hebben mogen verheugen, tot krachtiger ingrijpen van het overheidsgezag zal hebben geleid. De *werkelijkheid* is 't ons komen vertellen, dat op dit gebied een aanmerkelijk tekort is, dat niet zelden als deskundige in het strafgeding optreedt een man der wetenschap, die voor zijne taak — zulke eigenaardige eischen stellende — niet berekend is, zoodat bij het onderzoek fouten begaan worden, welke in den verderen loop van het proces niet meer te herstellen zijn, een bewijsmateriaal wordt verkregen dat later — misschien nog tijdig, misschien te laat — zal blijken *ondeugdelijk* te zijn, en de rechter òf gevaar loopt ten onrechte aan dat ondeugdelijk materiaal vertrouwen te schenken òf gedwongen wordt eene uitspraak te geven, welke nòch hemzelve nòch het rechtsgevoel bevredigt. Het is *hier*, bij deze „aanteekeningen”, niet de plaats om op dit onderwerp, waarvan de beteekenis meermalen werd in het licht gesteld en waarvan de hoofdlijnen meermalen in de juridische pers getrokken werden, dieper in te gaan. Slechts deze gedachte worde uitgesproken, dat het onderwerp dringend behoefte heeft aan regeling en voorziening, en dat — ook al komt 't niet tot de instelling van de officieele gerechtelijke geneeskundigen, zooals het bekende Koninklijk Besluit van 1818 deze ten opzichte van de schouwingen in het leven riep — tusschenkomst van Regeeringswege hetzij door het treffen van eene regeling op wettelijken grondslag hetzij door aanwijzing van de mannen der wetenschap, die als des-

kundigen in aanmerking komen, geraden is. Is zoodoende een bevredigende toestand geschapen, dan zal er te minder bezwaar bestaan om aan den hierboven weêrgegeven wensch der balie-commissie tegemoet te komen.

Een laatste punt, hoewel niet van overwegend belang, mag toch gewichtig genoeg worden geacht om hier te worden aangestipt. Het betreft de door het ontwerp geopende mogelijkheid van de woordelijke inschriftstelling van bepaalde verklaringen, afgelegd hetzij in raadkamer hetzij op de terechtzitting. Onze commissie (blz. 13) herinnert aan de hierop betrekking hebbende artikelen 27 en 319, en vraagt, waarom voor het gerechtelijk vóóronderzoek een zoodanig voorschrift ontbreekt. Op grond van ambtelijke ervaring meen ik mij bij het in die vraag uitgedrukt verlangen te mogen aansluiten. In den lateren stand van het geding kan 't er op aan komen zoo precies mogelijk te weten, wèlke verklaring in het vóóronderzoek is afgelegd, opdat elke twijfel worde afgesneden over de vraag, of — bij het vaak zeer inspannend werk, dat de rechter-commissaris in zijn kabinet verricht — misschien de afgelegde verklaring niet geheel zuiver is weêrgegeven. Als middel om dien twijfel te voorkomen, heeft ook in het vóóronderzoek een gelijksoortig voorschrift als voor de behandeling in raadkamer en de behandeling op de terechtzitting is ontworpen, recht van bestaan.

III.

DE TERECHTZITTING.

Beginnen wij met eene „quaestie”, die dezen naam ternauwernood verdient, iets, schijnbaar van zoo ondergeschikt belang dat het veilig in deze beschouwingen zou kunnen worden gemist, en tóch — bij nadere overweging — niet zonder beteekenis. Elders had ik onlangs

gelegenheid op die beteekenis te wijzen. Thans geeft het rapport der commissie mij aanleiding om op de zaak terug te komen. Moet ter terechtzitting het Openbaar Ministerie de plaats aan de tafel der rechters, zooals hier te lande gebruikelijk is, blijven behouden? Die plaatsing acht de commissie oneigenaardig en verkeerd. Zij aarzelt niet van een *misstand* te spreken, niet wel vereenigbaar met het accusatoir beginsel, hetwelk het onderzoek ter terechtzitting beheerscht, en vraagt dus, dat aan het O. M. eene afzonderlijke plaats worde aangewezen. Hoe moet onze houding zijn tegenover dit voorstel? Grond om zich daarover warm te maken is er m. i. niet. Maar wèl is het feit merkwaardig, dat uit de wereld daarbuiten, d. w. z. buiten de magistratuur zelve, meermalen stemmen in deze richting zijn opgegaan. Wèl stemt 't tot nadenken, wanneer wij in eene dagblad-beschouwing over het ontwerp-strafvordering, tot het beste behoorende wat daarover geschreven werd, de in ons land bestaande onverschilligheid voor de rechtspleging bovenal zien toegeschreven aan het idee „dat openbaar ministerie en rechterlijke macht te zamen dezelfde rol spelen, elkaar in alles de hand boven 't hoofd houden” (1). Indien inderdaad onze justitie dezen *indruk* maakt op de publieke opinie, dan kan zij zich niet met een schouder-ophalen daarvan afmaken. Zij heeft alsdan zich dit aan te trekken, zich vóór oogen te houden, hoe noodlottig een dergelijke indruk op het vertrouwen in de rechtspraak werkt, en die middelen te overdenken, welke, zonder de rechtspraak zelve te schaden, ertoe kunnen leiden om dien indruk weg te nemen. Dáárom is dan ook het desideratum van de commissie niet zonder beteekenis, en zou

(1) «Het ontwerp-strafvordering» I, door DECEMBRIUS (*Het Vaderland*, Tweede Avondblad van 12 September 1913).

de inwilliging daarvan althans dezerzijds niet stuiten op eenig verzet.

Geldt 't hier toch in ieder geval een punt van ondergeschikt belang, van het nu volgende kan de beteekenis moeilijk worden overschat. Men zou het kunnen noemen: de getuige à décharge. Ook hier heeft de practijk van de terechtzitting, in het algemeen de practijk van het strafgeding, ons iets te zeggen. Zij komt 't ons altijd weêr in herinnering brengen, hoe ontzettend moeilijk 't voor den rechter vaak is, over het schuldig of niet-schuldig te beslissen, den weg te vinden te midden van al die uiteenlopende verklaringen, al die aanwijzingen in verschillende richting, al die tegenstrijdige indrukken en vermoedens. Zij stelt ons deze vraag: komt in ons strafproces de *verdediging* in den meest ruimen en algemeenen zin, en komt in het bijzonder de *getuige* van de *verdediging* voldoende tot haar (zijn) recht? Inderdaad raken wij met deze vraag het hart van ons strafproces. Eene korte beschouwing daarover zij ons dus veroorloofd.

Wij vinden daarvoor een uitgangspunt in wat de commissie op blz. 15 opmerkt over het „stelsel van ondervraging der zoogenaamde getuigen à décharge”, hierin bestaande dat die ondervraging op dezelfde wijze geschiedt als die van de getuigen à charge. Hiertegenover verdedigt de commissie een ander stelsel, waarin de getuige à décharge *eerst* door den verdachte of althans door diens raadsman wordt ondervraagd, behoudens natuurlijk het recht van den voorzitter om in te grijpen, wanneer deze meent, dat de ondervraging geschiedt op eene wijze, die in strijd is met het belang van het onderzoek. Het zij ons vergund het terrein van onze beschouwing iets ruimer te nemen, en dit uit te breiden in den

boven aangeduiden zin. En dan zouden wij ons antwoord op de gestelde vraag als volgt willen formuleeren.

Ieder, die met de practijk van onze strafrechtspraak bekend is en weet wat er op de zittingen omgaat, kent de eigenaardige positie, waarin de van de zijde van den beklagde voorgebrachte getuige verkeert. Zeker! ook de getuige „à charge” wordt lang niet onvoorwaardelijk geloofd; ook hij wordt vaak aan den tand gevoeld; ook hem wordt voorgehouden, wat zijne verklaring ongeloofwaardig zou kunnen maken. Maar tóch verkeert de getuige à décharge over 't algemeen in ongunstiger conditie en is er eene neiging om hem te beschouwen als de macht, bestemd om het goed in elkander gezet, met zorg overwogen „plan de campagne” van de *vervolging* te kwader ure in de war te sturen. Tegen deze opvatting nu, verklaarbaar en tot zekere hoogte verschoonbaar, hebben wij krachtig ons te verzetten, in het belang van het onpartijdig onderzoek zelf, in het belang van het zoeken naar de waarheid.

Waarom?

Vooreerst, omdat, juist waar de *vervolging* geschiedt naar een voorafgemaakt plan, waar het vóóronderzoek uit den aard der zaak zich beweegt in eene zekere richting, er — ook bij alle streven naar objectiviteit — gevaar bestaat voor eenzijdigheid, in dien zin dat aan wat in eene *andere* richting zich beweegt, niet de noodige aandacht wordt geschonken en dit dus niet volkomen tot zijn recht komt. Zóó kan 't gebeuren, dat later, soms veel later, als bij toeval, naar voren treedt wat *eerst* onbeduidend, niet ter zake dienende, scheen en *thans* over de zaak een gansch ander licht doet opgaan. Zóó kan 't gebeuren, dat op het laatste oogenblik een getuige verschijnt, tot nu toe verborgen gebleven, misschien zich schuil hebbende gehouden uit vrees of afkeer om zich

in de zaak te mengen en als getuige te verschijnen, wiens opgave onverwacht een nieuw gezichtspunt komt openen. Men bedenke, dat 't voor den beklagde zooveel moeilijker is dan voor het Openbaar Ministerie om zijn bewijs te verzamelen en zijne verdediging voor te bereiden, waar hij niet over die machtige hulpmiddelen beschikt, welke aan de vervolging ten dienste staan. Tegenover den uitstekend voorbereiden aanval van de zijde van het *gezag* staat de *éénling* in zijne verdediging, in zijn pogen om wat hij mededeelt en beweert *waar* te maken (en wat toch immers WAAR KAN ZIJN), niet zelden hulpeloos en machteloos. Houdt men zulks in 't oog, dan zal men den getuige à décharge in een ander licht gaan beschouwen en de mogelijkheid inzien, dat zijne verklaring ertoe bijdrage om dichter bij de waarheid te komen, misschien om eene rechterlijke dwaling te voorkomen.

Maar bovendien nog om eene zeer bijzondere reden. Wij hebben het oog op die gevallen, waarin de getuige à décharge wordt voorgebracht *niet* om geheel nieuwe feiten — buiten het door het gehouden onderzoek bijgebracht bewijs — te doen vaststellen, maar om twijfel te wekken aan de geloofwaardigheid van eene door een getuige à charge afgelegde verklaring, *rechtstreeks* dus als 't ware tegen den *aanval*. Zulk een getuige vooral schijnt in eene ongunstige conditie te verkeerem. En tóch heeft de rechter ook naar hem aandachtig te luisteren! Reeds beginnen de merkwaardige en opzienbarende conclusies, welke de experimenteele psychologie ten aanzien van de *getuigenis* is komen vaststellen, ook tot de rechtszaal door te dringen. De rechter gaat 't gevoelen, dat — afgescheiden van de niet zeldzame gevallen, dat de getuige opzettelijk de waarheid verdraait — er gevallen zijn, waarin de verklaring van den geheel te goeder

trouw verklarenden getuige *volkomen onbetrouwbaar* is, en waarin hij (rechter) dus, op die verklaring steunende, gevaar zou loopen ernstig mis te tasten. Al meer en meer gaat het vraagstuk van de getuigeverklaring ons strafproces beheerschen. Het leert ons de noodzakelijkheid, in sommige uitzonderingsgevallen, van een *psychiatrisch* onderzoek van den getuige. Het leert ons de toelaatbaarheid van *psychologische* voorlichting aan den rechter door een deskundige ten aanzien van een speciaal punt. En daarnaast komt het in 't algemeen dezen eisch aan den rechter stellen, dat hij voortdurend op zijne hoede zij tegen die getuigeverklaringen, welke òf in zichzelf reden geven tot twijfel òf welker kracht van elders aan het wankelen wordt gebracht. Wat volgt hieruit? Aan den éénen kant, dat ook tegenover de verklaring van den getuige à décharge die behoedzaamheid plicht is. Aan den anderen kant, dat de rechter de verklaring van den getuige à décharge, welke gericht is tegen de betrouwbaarheid van die van den getuige à charge, niet a priori mag verwerpen. Eene dergelijke verklaring, waardoor twijfel gewekt wordt aan de waarde van het op dat oogenblik verkregen bewijs, *kan* heilzaam zijn, in zoverre zij aan den rechter de vraag opdringt, of die waarde voldoende is om eene veroordeeling te rechtvaardigen.

Nog eene opmerking, rakende in 't algemeen de moeilijkheid om een getuige te „ontdekken”. In zijn bekend opstel „De beteekenis der psychiatrie voor de strafrecht-spraak” (1) erkent Dr. M. J. VAN ERP TAALMAN KIP (op blz. 88) de mogelijkheid, dat juist vele minderwaardige personen, en dus zeker in 't algemeen niet de

(1) «De Papendrechtsche strafzaak en de psychiater». Twee opstellen; 1911.

meest betrouwbare getuigen, minder zouden opzien tegen een eventueel psychiatrisch onderzoek, *evenals zij tegen het optreden als getuigen als zoodanig ook al minder opzien dan vele anderen*. Let hierop wel! Het zijn onder de getuigen niet de minste elementen, die in het donker blijven, huiverig voor of afkeerig van de atmosfeer der gerechtszaal. Moeite kost 't vaak hun tegenzin om als getuige aldaar te verschijnen te overwinnen. Ook daarom is eene humane wijze van ondervraging van de getuigen ter terechtzitting — zóó dat zij zich op hun gemak gevoelen en inderdaad mededeelen wat zij op hun hart hebben — eene zaak van groot belang. Niet 't minst in *dit* opzicht openbaart zich het moeilijk en delicaat karakter van het praesidium in strafzaken.

Wij willen van dit gedeelte van het rapport niet afstappen zonder — natuurlijk! — onze volkomen instemming te hebben betuigd met den uitgesproken wensch, dat in de rechtszaal aan den *verdediger* eene *plaats* worde gegeven in de onmiddellijke nabijheid van zijn cliënt, en met het betoog, dat voor den rechter van groot belang is de *memorie*, resumeerende de aangevoerde verdedigingsgronden en door den verdediger na afloop van het pleidooi aan de rechtbank te overhandigen.

IV.

Het zij ons vergund deze aantekeningen te eindigen met een woord over de *critiek*, door de commissie gericht tegen de *dubbele voorwaarde*, door het wetsontwerp gesteld aan de toevoeging van een raadsman in het vóór-onderzoek aan den in voorloopige hechtenis zijnden verdachte: verzoek om een raadsman door den verdachte, en gestaafd onvermogen.

Met deze critiek zou ik mij moeilijk kunnen vereenigen.

Wat den laatstgenoemden eisch aangaat, dien van het

gestaafd onvermogen van den verdachte, moet de waarde van de daartegen aangevoerde argumenten tot zekere hoogte worden erkend. Toch zullen m. i. die bezwaren niet overwegend blijken te zijn en zal met name het bezwaar, ontleend aan „het onvermijdelijke tijdverlies, dat met het aanvragen, het staven van het onvermogen, het wikken en wegen gemoeid gaat”, in de practijk tot zeer geringe afmetingen zijn terug te brengen. Natuurlijk hangt zulks grootendeels af van eene loyale medewerking van de betrokken autoriteiten, van dien „goeden wil”, zonder welken elke — hoe zorgvuldig ook geregelde — proceshervorming ijdel werk is. Maar ook hier, evenals elders, mag op die medewerking met vertrouwen worden gerekend.

Nòg steviger staat m. i. de eerstgenoemde eisch, die van het *verzoek* om een raadsman door den verdachte zelve, een eisch volkomen redelijk en dan ook volstrekt te handhaven.

De gedachtengang van de commissie is deze, dat het belang van den verdachte en van de strafzaak zelve in het geheele strafgeding de tegenwoordigheid van een advocaat eischt, welke eisch dan pas wijken moet, wanneer de verdachte zelf een raadsman *niet begeert*. Toevoeging dus van den raadsman, onafhankelijk van den daartoe kenbaar gemaakten wensch van den verdachte! Geeft *dan*, na door den advocaat zelve te zijn ingelicht, de verdachte de voorkeur aan een procedure zonder rechtsgeleerden bijstand, dan alleen blijve deze achterwege. „De ongevraagde, ambtshalve, toevoeging van een raadsman is een rechtvaardig middel van rechtshulp, dat den verdachte in volle mate toekomt tegenover de op hem toegepaste, in het algemeen belang noodzakelijk geoordeelde vrijheidsbeneming.”

Het verdient de aandacht, dat de commissie den ver-

dediger wil doen terugtreden, indien de verdachte die verdediging niet begeert. Zij gaat dus niet zóóver, dat zij de verdediging maakt tot een essentieel element van het strafgeding (evenals de *vervolging* dit naar ons geldend recht is), tot eene zaak zóó van algemeen belang, door de rechtsorde gevorderd, dat zij volstrekt noodzakelijk is.

Welnu, in dit — m. i. terecht door de commissie gehuldigd — systeem mag de eisch van het kenbaar gemaakt *verlangen* van de zijde van den verdachte om een raadsman te hebben als logisch worden beschouwd. Het argument, dat een vrij en juist oordeel op dit punt niet verwacht kan worden van den verdachte „die den invloed der hechtenis fysiek en psychisch ondergaat” verliest veel van zijne waarde door het voorschrift van art. 41, hetwelk beoogt om te verzekeren, dat de verdachte ten spoedigste worde ingelicht omtrent zijne bevoegdheid tot het verzoeken van een raadsman. Wel spreekt de commissie van het gevaar, dat, waar menig rechterlijk ambtenaar den raadsman zooveel mogelijk uit het strafproces zou willen weren „de wijze, waarop de verdachte omtrent zijn recht om toevoeging van een raadsman te vragen wordt ingelicht, den verdachte van het doen van zulk een verzoek afschrikt of afhoudt”, maar deze vrees schijnt mij zeer overdreven. Misschien ben ik op dit punt te idealistisch; maar mij is 't ondenkbaar, dat, indien de wetgever door nieuwe voorschriften het zijne ertoe bijdraagt om het peil onzer strafrechtspraak te verhoogen, van de zijde der magistratuur zelve de in het leven doorwerkende kracht van die voorschriften zou worden belemmerd.

Ook hier mag gerekend worden op eene „loyale medewerking” van de betrokken autoriteit, d. w. z. op eene objectieve, niet-tendentieuze wijze om den verdachte met zijne bevoegdheid in kennis te stellen. Gebeurt dit in

werkelijkheid, dan zal men — ook bij volkomen erkenning van den invloed, dien in 't algemeen de preventieve hechtenis op den gemoedstoestand en het vermogen tot oordeelen van den verdachte uitoefent — mogen verwachten, dat deze eene beslissing zal kunnen nemen, welke als eene vrije keuze is te beschouwen.

Op dezen grond heeft dus in 't bijzonder de voorwaarde, dat het verzoek door den verdachte worde gedaan, alle reden van bestaan.

V.

Ook *buiten* de behandeling in eersten aanleg bevat het rapport eenige opmerkingen, welke althans der kennisgeving en overdenking waard zijn. Ten aanzien van de procedure in *hooger beroep* moge worden genoemd de tegen het wetsontwerp gerichte bestrijding, voor zooverre dit het partieel appèl niet meer toelaat, eene bestrijding waarvoor ik veel gevoel en welke hierop gegrond is, dat de *nieuwe* regeling voor den verdachte zeer onbillijk zal wezen en dat de in de Memorie van Toelichting tegen het partieel appèl aangevoerde praktische bezwaren van weinig belang en gemakkelijk uit den weg te ruimen zijn. Ten aanzien van de *cassatie*-procedure komt in aanmerking het oordeel der commissie, dat de thans bestaande en door het ontwerp gehandhaafde termijn van drie dagen voor het aantekenen van cassatie te kort is, een oordeel, waartegenover m. i. gesteld mag worden, dat van eenig belangrijk bezwaar tegen dien termijn in de practijk niet gebleken is, en hetwelk ik dus aarzelen zou te onderschrijven; en voorts de vraag, of gehandhaafd moet blijven de bestaande toestand, dat de raadsman niet het recht heeft om na de conclusie van het Openbaar Ministerie bij den Hoogen Raad

nogmaals het woord te voeren, een toestand, van welks bedenkelijkheid het rapport — opeischende ook voor de cassatie-procedure het beginsel, dat den beklaagde het laatste woord toekomt — mij niet heeft overtuigd. Op deze en andere punten intusschen worde — waar voor ons de behandeling in eersten aanleg de hoofdzaak is — niet ingegaan; en met eene algemeene opmerking, die hoofdzaak betreffende, moge dit opstel worden besloten.

Ongetwijfeld heeft de commissie met het samenstellen van haar duidelijk en scherp geformuleerd rapport een nuttig werk verricht. Het is zoo goed, dat er uit de wereld van de balie, evenals uit die van de magistratuur, stemmen opgaan, welke 't aan den wetgever, die gereed staat eene zóó diep in het leven van het individu en het leven van de gemeenschap ingrijpende materie te herzien, komen zeggen, hoe gedacht wordt over ons hedendaagsch strafproces en over de thans voorgestelde regeling daarvan. Alleen reeds de uitnemende wijze, waarop hier te lande door Staatscommissie en Regeering de zaak is voorbereid, geeft aan haren arbeid aanspraak op eene dergelijke belangstelling.

Aan schrijver dezes is die arbeid van Staatscommissie en Regeering vooral sympathiek, omdat daardoor het uitzicht wordt geopend, dat het peil onzer strafrechtspraak zal rijzen. En het rapport der balie-commissie, ook daarnaar krachtig strevende, mocht wegens die algemeene strekking — ook bij verschil van inzicht ten aanzien van enkele onderdeelen — op zijne instemming rekenen. Bedriegen de teekenen niet, dan zullen de nieuwere denkbeelden, belichaamd in het ontwerp, niet op grooten tegenstand stuiten en zullen zij hun weg vinden naar het Staatsblad en naar het werkelijke leven. Wel is waar hoort men hier en daar bedenkingen opperen tegen de voorgestelde „nieuwigheden”, de vrees uitspreken, dat

deze oorzaak zullen zijn, dat meer worde gelet op de belangen van den schuldige dan op het belang van eene goede justitie. Maar tegenover die vrees, dat wantrouwen, staat, vast en onwrikbaar, *deze gedachte*, dat krachtiger nog dan tot nu toe moet worden gewaakt tegen de mogelijkheid dat *onrecht* geschiede in naam van het gezag, ernstiger nog moet worden getracht om de waarborgen tegen de veroordeeling van een *onschuldige* zoo hoog mogelijk op te voeren. Het allengs meer doordringen van die gedachte kan m. i. niet anders dan heilzaam zijn. Onze strafrechtspraak omhoog voerende, zal zij daardoor tevens aan ons land en ons volk ten goede komen.

den Bosch, October 1914.

S. J. M. VAN GEÛNS.

Mr. CORNELIA M. BEAUJON. *Die
Mitarbeit der Frau bei der Polizei;*
Haag, 1912.

Na geruimen tijd te hebben rondgezworven, is het werk van Mejuffrouw BEAUJON weder bij onze redactie aangeland. Arme zwerver, wat zal nu uw lot zijn? Opgeborgen te worden in het redactioneel archief uit overweging, dat thans — na twee jaren — 't te laat is om in *dit* tijdschrift nog te gaan aankondigen wat reeds elders met waardeering besproken werd? Of om tóch nog te worden binnengeleid bij het rechtsgeleerd publiek, opdat *Themis* niet het verwijt kunne treffen geene aandacht te hebben geschonken aan wat stellig aandacht verdient? De redactie heeft tot dit laatste besloten. Zij meent, dat 't voor eene aankondiging ook nu nog niet te laat is, omdat het door schrijfster behandelde vraagstuk, hetwelk in Duitschland vooral aan de orde is, voor ons land — sedert de verschijning van het geschrift — nog niets van zijne actualiteit verloren heeft.

Behalve eene inleiding en een aantal bijlagen en tabellen (behelzende het resultaat van de onderzoekingen, door schrijfster in een aantal — hoofdzakelijk Duitsche — steden ingesteld) bevat het geschrift zes hoofdstukken. Het eerste hoofdstuk schetst de taak van de politie in den hedendaagschen Staat, eene taak die geroepen is zich op een ruimer terrein te gaan bewegen naarmate de Staatswerkzaamheid zelve zich uitbreidt (die Polizei-Idee wächst mit dem Staatsbegriffe mit, blz. 19), en schetst in 't algemeen het aandeel, dat in

dit moderne politiewezen aan de vrouw toekomt. De drie volgende hoofdstukken handelen dan achtereenvolgens over de vrouw en de gerechtelijke politie, de vrouw en de administratieve politie, de vrouw en de sociale politie. Het vijfde hoofdstuk dringt door tot het fundament van het door Schr. gekozen onderwerp, de kernvraag, of tót bereiking van het gewenschte doel het absoluut noodzakelijk is, dat de vrouw bepaald zij *politiebeampte*, en — bij toestemmende beantwoording van die vraag — de wijze waarop de eisch kan worden vervuld, dat de vrouw, politiebeampte zijnde, het volkomen vertrouwen geniete, hetwelk zij — juist bij de verwezenlijking van de *moderne* politie-idee — noodig heeft. Het laatste hoofdstuk komt dan enkele onderdeelen van het vraagstuk aan de orde stellen, zooals de *plaats* der vrouw in de politie-hierarchie, de quaestie van de *bezoldiging*, de eischen, aan de vervulling van het ambt te stellen en in verband daarmede de *opleiding* daartoe, om ten slotte de hoofdgedachte van het werk samen te vatten in deze twee zinnen: „Das ganze Institut der weiblichen Polizei ist jetzt noch in einem Uebergangsstadium, aus welchem erst allmählig die Behörden sich zur durchgeführten Ausgestaltung eines weiblichen Polizeidienstes durchzuringen haben werden. Etwas dazu beizutragen, dass auf diesem Gebiet einerseits die Interessen der Frau, und andererseits diejenigen der Gemeinschaft gefördert werden, das war es, was ich mit dieser Schrift habe erreichen wollen”.

Zijne waarde ontleent het boek aan het door Schr. gekozen onderwerp, hetwelk is van eene wordende actualiteit en in zijn verband zoowel tot het vrouwenvraagstuk als tot het veelzijdig en netelig politievraagstuk belangwekkend mag worden genoemd, en daarnevens aan de onderzoekingen, die Schr. in het buitenland

instelde en die in het geschrift, naast de theorie, ook de practijk tot haar recht doen komen. De bewerking is grondig, de indeeling systematisch, de uiteenzetting duidelijk. Over een paar punten veroorloof ik mij eene opmerking. Zoo zou ik een vraagteeken willen zetten bij de volgende uitspraak, waarin ten aanzien van de door Schr. krachtig voorgestane bijzondere „Fürsorgeabteilung” van de politie eene vergelijking wordt getrokken tusschen den mannelijken en de vrouwelijke politiebeampte: „Auch wenn die Frau erkannt Polizeibeamtin ist, und daher alle Rechte und Pflichten einer solchen hat, auch dann wird sie mehr Vertrauen einflößen, und dadurch besser helfen können” (blz. 37). Zoo hadden de verspreid voorkomende opmerkingen over de eigenschappen van de *vrouw* m. i. aan waarde gewonnen, wanneer niet was volstaan met wat zou kunnen worden genoemd de „algemeene beschouwingen”, maar in 't bijzonder aandacht was besteed aan wat de hedendaagsche wetenschappelijke *psychologie der vrouw* ons in dit opzicht is komen leeren. Ook had men omtrent het bekende en voor het door Schr. behandelde onderwerp gewichtige Mainzer proces (1911—1912) gaarne iets meer vernomen dan wat de uitvoerige noot op blz. 76—77 vermeldt; ook met vermijding van het zuiver-sensationeele had Schr. hieraan een en ander kunnen ontleenen, hetwelk als illustratie van hare, meer abstracte, uiteenzettingen op zijne plaats was geweest.

Wat nu de hoofdvraag aangaat, welke het geheele onderwerp — het aandeel van de vrouw in de politie, d. w. z. de politie der toekomst — beheerscht, dezerzijds mag niet worden verheeld, dat ook na Schr.'s talentvol pleidooi een ernstig dubium blijft bestaan en de vraag gewettigd is, of voor ons land de slotsom van dat pleidooi wel eene geheel bevredigende zal blijken

te zijn. De groote moeilijkheid, welke zich hier voordoet, voelt Mej. BEAUJON uitstekend: op blz. 73 spreekt zij van „eine ausserordentlich wichtige Hauptfrage”, op blz. 74 van een dilemma, zoo gewichtig, dat eene oplossing *moet* worden gevonden. De *moeilijkheid* is deze, dat, wil de politie hare moderne taak van „hulpbetoon” richtig vervullen, zij moet hebben het *volle vertrouwen* van den persoon, die de hulp behoeft, en hieraan in den weg staat de omstandigheid, dat de politiebeambte, kennis krijgende van gepleegde strafbare feiten, daaraan gevolg heeft te geven. De *oplossing*, door Schr. voorgestaan, is deze, dat de Fürsorgerbeamtin worde ontheven van den plicht tot aangifte van een ter harer kennis gebracht strafbaar feit, en aan haar de volstreckte vrijheid worde geschonken om in het belang van haren „patiënt” alles te doen en te laten, wat haar het beste en nuttigste toeschijnt. In onmiddellijk verband met deze moeilijkheid staat die andere, dat de vrees bij het publiek voor „de politie” zoo groot is, dat volgens de in Deutschland opgedane ervaring reeds het woord „Pölizei-Assistentin” ’t bijwijlen voor de beambte onmogelijk maakt datgene te bereiken, wat zij bereiken wil, een bezwaar, waaraan o. a. op deze manier is tegemoet te komen, dat de beambte eventueel haren titel „achterbaks houdt” en zich aan den betrokken persoon slechts als „Fürsorgerin” bekend maakt.

Mij dunkt, hiermede is de hand gelegd op de wondplek in de ontworpen toekomstregeling. Men acht uitbreiding van het terrein, waarop de politie zich beweegt, noodig in het algemeen belang. Men wil, door de grenzen van dat terrein uit te zetten ver buiten het gebied van de hedendaagsche politie, het bewustzijn versterken, dat de politie eene heilzame macht ten goede is in den tegenwoordigen Staat, en daarmede tevens haar aanzien

verhoogen. Maar tevens is men er diep van doordrongen, dat in onze samenleving de opvattingen omtrent karakter en aard van de politie zoodanig zijn ingeroest, dat reeds hierdoor de bedoelde evolutie ernstig wordt bedreigd.

Het zal stellig heel wat moeite kosten, zoo al niet onmogelijk blijken, om uit deze „impasse” te geraken. En *dit voor oogen houdende*, zal menigeen, met volledige erkenning van de bezwaren, door Schr. op blz. 86—90 aangevoerd tegen het systeem van vertegenwoordigers van sociale en philanthropische vereenigingen, *niet tot de politie behoorende* maar naast haar staande en met haar hand aan hand samenwerkende — tòch ten slotte dit tweeslachtig systeem verkiezen boven de aanstelling van werkelijke „Polizeibeamtinnen”. Het is dan *niet* eenig bezwaar, ontleend aan de positie der vrouw, hetwelk bij die keuze den doorslag geeft, maar het bezwaar, ontleend aan het verdwijnen van „de vrije kracht” als zoodanig en haar opgaan in het staatsgezag.

Men zie in het hier gemaakte voorbehoud allerminst een bewijs van mindere waardeering voor de politie. Men kan de beteekenis van de politie voor de hedendaagsche samenleving eene zeer groote achten; men kan met lof gewagen van de goede eigenschappen, welke bij onze politie in 't algemeen worden aangetroffen, en aan de politie een „goed hart” toedragen, en tòch aarzelen met de verreikende conclusie van onze schrijfster mede te gaan. Het gaat hier nòch om de waardeering van eene bestaande organisatie nòch om de waardeering van de individuen, die te zamen deze vormen. Het gaat hier enkel om een stelsel. Welnu! dit politiestelsel heeft eigenaardigheden, welke aan den ontwikkelingsgang, zooals Schr. zich dien denkt, in den weg staan en, althans in de naaste toekomst, dien ontwikkelingsgang zullen tegenhouden.

Al zijn dus de idealen van Mej. BEAUJON naar mijne overtuiging niet voor verwezenlijking vatbaar, toch heeft haar arbeid ongetwijfeld beteekenis. Voor het heden zullen hare beschouwingen en wenken aan den arbeid van de vrouw op politiegebied zeker ten goede komen. En voor de toekomst heeft haar pionierswerk deze waarde, dat het de aandacht heeft gevraagd voor nieuwe vraagstukken en de behandeling daarvan deugdelijk heeft voorbereid.

v. G.

**De verhouding tusschen het Ministerie van Justitie
en de rechterlijke macht in Duitschland ten
aanzien van justitieele wetgeving.**

Naar aanleiding van den Duitschen Richtertag van 1913 schreef ik in *Themis* 1914, blz. 323 en v., dat de rechterlijke macht in Duitschland als noodzakelijk onderdeel van haar taak opvoert invloed op de wetgeving.

Ik citeerde eenige woorden van den Kammergerichtspresident Dr. HEINROTH, een der „Hohe Herren”, die bij den aanvang der vergadering het woord voerden. Een gelukkig gesternte bracht mij even voor den oorlog op de Zwitschersche bergen in gezelschap met dezen hoogen ambtenaar. De mededeelingen van Dr. HEINROTH wierpen voor mij een nieuw licht op de in Duitschland bestaande toestanden. Ik geef daarom een kort verslag van hetgeen ik vernam door den voornoemden President.

Den meesten lezers van *Themis* zal het bekend zijn, dat in Duitschland rechtscolleges bestaan, onder den naam Landgericht en Oberlandgericht met bevoegdheden ongeveer corresponderende met die van de Rechtbank en het Gerechtshof in Nederland. Nu heeft het Oberlandgericht te Berlijn, bij afwijking van de algemeene terminologie, een bijzonderen naam en heet Kammergericht. Het heeft voor civiele zaken een ressort bijna even bevolkt als ons Vaderland (5 millioen inwoners) en is in strafzaken het eenige Hof van appèl voor geheel Pruisen. Dit belangrijk rechtscollege telt 156 leden. De president, Exc. Dr. HEINROTH, is de hoogste rechterlijke ambtenaar van Pruisen.

De President neemt aan de rechtspraak in den regel geen deel en is belast met allerlei bemoeiingen, waarvan hier slechts één ter sprake wordt gebracht. Hij is regeeringsadviseur voor de justitieele wetgeving. Alle ontwerpen op dit gebied worden om advies in zijne handen gesteld. In den regel wordt aan de geheele rechterlijke macht van zijn ressort gelegenheid gegeven om haar gevoelen kenbaar te maken.

De President laat zijne gedachten over alles gaan, doch hij beschikt niet over den tijd om zelf adviezen aan de regeering op te stellen. Met het bestudeeren van de onderwerpen van wetgeving en van de verschillende ingekomen adviezen zijn in den regel belast drie leden van het Kammergericht die daarvoor al hun tijd noodig hebben en dus van andere werkzaamheden zijn ontheven. Door hen worden na bespreking met den President en onder diens contrôle de adviezen opgesteld.

Wanneer nu de rechterbond verlangt gehoord te worden, zoo is dit niet, omdat de rechterlijke macht door de regeering wordt voorbijgegaan, doch omdat niet alle stemmen tot het Ministerie doordringen. Het groote pak adviezen, dat bij den Kammergerichtspresident of den Oberlandgerichtspresident kan inkomen, wordt — als ik het wel begreep — niet doorgezonden. Om het Ministerie niet met stof te overstelpen, wordt in één advies samengevat al wat den President met zijn raadsliden wenschelijk voorkomt. Nu brengt de schifting en resumeering noodzakelijk mee, dat veel wordt ter zijde gesteld. De rechterbond wordt uit den aard der zaak het orgaan, waarlangs dit ter zijde gestelde, voor zoover het aan de meerderheid van de leden van den bond belangrijk toeschijnt, ter kennis van de regeering wordt gebracht.

Men verschilt in Duitschland van gevoelen ten aanzien van de al dan niet wenschelijkheid van een adviseerend

optreden van den rechterbond naast de officieele raadgevers. De gesprekken met president HEINROTH en met prof. KARL BINDING, dien ik tegelijkertijd ontmoette, vestigen bij mij den indruk dat het vrijwel is Pruisen tegen Duitschland. Een Pruisisch ambtenaar is geneigd te zwijgen, wanneer uit zijn corps aan een officieele vertegenwoordiging het woord is gegeven. Buiten Pruisen — vooral in Zuid-Duitschland — acht men het natuurlijk, dat men onderling overlegt en medespreekt, wanneer men van oordeel is, dat belangrijke gezichtspunten niet ter kennis van de regeering worden gebracht.

Over de werking van het Duitsche stelsel van inwinnen van adviezen kan ik allerminst oordeelen. Men mag intusschen wel aannemen, dat de werking gunstig is. Aan de rechterlijke ambtenaren wordt door hun nauwe aanraking met het rechtsleven veel geopenbaard, hetwelk aan den professor of aan den ministerieelen ambtenaar ontsnapt.

Ik stelde aan president HEINROTH de vraag: Geeft de rechterlijke macht alleen advies, wanneer haar gevoelen over eenig onderwerp door de regeering wordt gevraagd? Of laat zij ook haar stem bij het Ministerie hooren, zoodra zij ziet dat eenige wetsvoorziening noodig is, waaraan het Departement van Justitie niet denkt? Het antwoord was zeer beslist, dat ook in het laatste geval door den Kammergerichtspresident een voorstel aan den Minister wordt gedaan, dat ook initiatief door hem wordt genomen.

Ik heb in vroegere geschriften in het licht gesteld hoe bij ons te lande ten tijde der republiek ten aanzien van justitieele wetgeving werd gehandeld als nu in Duitschland, hoe ook onder NAPOLEON I deze handelwijze werd gevolgd.

Sedert 1813 is in Nederland met dit stelsel gebroken

tot groote schade voor ons vaderland, tot nadeel van de werkkraft, werklust en opgewektheid van de rechterlijke macht.

Met het benoemen van leden van de rechterlijke macht in commissies voor wetsontwerpen is de schade allerminst af te wenden. Men doet met benoeming van leden in zulke commissies vrijwel een greep in den blinde. Een opmerking van prof. KARL BINDING versterkte mij weer in deze meening. Prof. BINDING zeide mij, dat een man van zoo groote verdienste en geleerdheid als prof. WINDSCHEID indertijd vrijwel onbruikbaar was gebleken in de commissie tot ontwerpen van het Duitsche Burgerlijk Wetboek. Herhaaldelijk was gebleken hoe minder in het oog vallende personen voor de taak veel beter waren berekend.

Ten slotte wil ik er op wijzen dat de beste leden van de rechterlijke macht zich alleen dan in hun volle waarde kunnen ontwikkelen, wanneer hun steeds de mogelijkheid voor oogen staat om invloed te oefenen op de wetgeving. Eerst daardoor voelen zij dat hunne krachten ten volle ten nutte van den Staat werkzaam kunnen zijn. De meest geschikte elementen voor een taak bij de wetgeving komen bij het Duitsche stelsel tot een natuurlijke ontwikkeling, terwijl eventueel slapende talenten in ons vaderland allicht afsterven. Een orgaan, hetwelk niet wordt gebruikt, verliest zijn kracht.

Voor zoover ten onzent toch eenigen hun kracht in de besproken richting mochten blijven ontwikkelen, treden die uitverkorenen niet helder aan het licht. Bij het Duitsche stelsel zullen de op dit gebied bevoorrechten dikwijls de woordvoerders worden in de colleges, terwijl zij in de hoven allicht de mannen worden, op wie de President beslag legt tot het formuleeren van de adviezen.

R. A. FOCKEMA.

**De statistiek van het gevangeniswezen over
het jaar 1912.**

Bevolking (Staat I). Uit de vrije maatschappij werden in den loop van het jaar 1912 in de gevangnissen en huizen van bewaring opgenomen 26 741 personen, 24 941 mannen en 1800 vrouwen, zijnde 904 personen *minder*, 800 mannen en 104 vrouwen, dan in het voorafgaande jaar.

Uit deze categorie namen de *gewone strafgevangnissen* op 4554 mannen (73 *minder* dan in 1911) en 330 vrouwen (18 *meer*); en de *huizen van bewaring* 20 387 mannen (726 *minder*) en 1470 vrouwen (122 *minder*). In de bijzondere strafgevangnissen werd geen enkele uit de vrije maatschappij opgenomen.

In de *Rijkswerkinrichtingen* werden geplaatst 972 personen, namelijk 934 mannen en 38 vrouwen, zijnde 445 personen *minder*, namelijk 464 mannen, maar 19 vrouwen *meer*, dan in 1911.

Van de uit de vrije maatschappij nieuw opgenomenen in de *huizen van bewaring* waren: *principaal veroordeeld* 3898 mannen en 327 vrouwen (535 mannen *meer* en 35 vrouwen *minder*) uitmakende 19,3 pCt. (16,4 pCt. in 1911) van de totale bevolking der strafinrichtingen; *subsidiar veroordeeld* 10 966 mannen en 764 vrouwen (916 mannen en 142 vrouwen *minder*), of 53,7 pCt. tegen 56,4 pCt. in het voorafgaande jaar; 69 gegijzelden; 55 disciplinair gestraften (verlofgangers der Marine, enz.); 4280 in *preventieve* hechtenis gestelden (4021 mannen en

259 vrouwen) zijnde 19,6 pCt. van het geheel tegen 21,2 pCt. in 1911. Bij deze in de Inleiding voorkomende opgave wordt de aantekening gevonden, welke reeds in het voorafgaand jaarverslag voorkwam (1), dat sommige verschillen in de cijfers aanleiding geven tot twijfel, of de sedert 1911 nieuwe groep van „in preventieve hechtenis geplaatsten”, vermeerderd met de sedert 1911 nieuwe groep „overige opgenomen” wel geheel vergelijkbaar is met de vroegere groep „niet-veroordeelden”.

Gedurende 1912 *verlieten voorgoed* de strafgestichten: 29 294 personen (27 424 mannen en 1870 vrouwen). Van hen waren 607 (561 mannen en 46 vrouwen) vreemdelingen, die over de grenzen werden gebracht, terwijl van 28 687 (26 863 mannen en 1824 vrouwen) de straf tijd, de preventieve hechtenis enz. was verstreken. Verder overleden er 54 mannen en 2 vrouwen. *Voorwaardelijk ontslagen* werden 13 personen van de 100 die daarvoor in aanmerking kwamen. De invrijheidstelling behoefde ten opzichte van geen enkele herroepen te worden.

In de verschillende gestichten waren *aanwezig* op 31 December 1912, dus niet medegerekend zij, die in een ziekenhuis of in een krankzinnigengesticht verblijf hielden, 4695 personen namelijk 4501 mannen en 194 vrouwen, zijnde 128 *minder* (150 mannen *minder* en 22 vrouwen *meer*) dan op dien zelfden datum in 1911; eene verhouding tot de bevolking van het Rijk van 0,81 per duizend tegen 0,82 in het voorafgaande jaar.

Van deze personen, op 31 Dec. 1912 aanwezig, bevonden zich: in de *bijzondere strafgevangnissen* 248 mannen en 14 vrouwen (21 mannen en 6 vrouwen *meer*); in de *gewone strafgevangnissen* 1897 mannen en 97 vrouwen (37 mannen *minder* en 30 vrouwen *meer*); in de *huizen*

(1) Zie *Themis* 1914, blz. 237.

van *bewaring* 315 *veroordeelde* mannen en 16 vrouwen, 548 *niet-veroordeelde* mannen en 29 vrouwen en 1 *ge-gijzelde*; in de Rijkswerkinrichtingen 1492 mannen en 38 vrouwen (55 mannen *minder* en 6 vrouwen *meer*).

De totale bevolking, die gedurende den loop van het verslagjaar in de strafgestichten aanwezig is geweest, bedroeg 36 237, van wie 34 058 mannen (1635 *minder*) en 2179 vrouwen (60 *minder* dan in 1911).

Deze opgave komt voor in tabel II, aanwijzende de bevolking in de gestichten aanwezig geweest en hoe zij was verdeeld over de lokalen.

Staat IV, bevattende gegevens betreffende het gedrag der bevolking, geeft de plaatsing van de bevolking der strafinrichtingen op, waaruit blijkt, dat zonder de 2592 in de Rijkswerkinrichtingen mede te rekenen, in cellen geplaatst waren 14 271 en in gemeenschap 19 527 personen.

Het totaal op dezen staat van de in de cel en in gemeenschap geplaatsten geeft 153 personen meer aan dan het totaal van het aantal aanwezig geweest zijnde. Er zijn nl. van de cel naar de gemeenschap verplaatst 14 veroordeelden in de bijzondere gevangenissen en, wegens plaatsgebrek, 139 veroordeelden in de huizen van bewaring in de arrondissementshoofdplaatsen.

In de *bijzondere strafgevangenissen* waren 123 (120 mannen en 3 vrouwen) en 277 (262 mannen en 15 vrouwen) in de cel geplaatst. In de *gewone strafgevangenissen* waren 9039 mannen en 531 vrouwen in de cel en 80 mannen en 14 vrouwen in gemeenschap.

In de *huizen van bewaring* waren van de *veroordeelden* 483 in de cel en 17 845 in gemeenschap; van de *niet-veroordeelden* respectievelijk 4094 en 1297.

Eene opgave van het aantal tot celstraf veroordeelden, die wegens ongeschiktheid tot eenzame opsluiting in

gemeenschap geplaatst werden en van hen, die op eigen verzoek in afzondering werden geplaatst, terwijl zij voor opsluiting in gemeenschap waren aangewezen, wordt niet afzonderlijk gegeven.

Met hunne moeders werden opgenomen in de strafgestichten 107 kinderen. Er hadden 7 geboorten plaats. De werkelijke verblijfdagen in de gezamenlijke gestichten bedroegen 1 671 585, zijnde 58 287 *minder* dan in 1911.

Gezondheidstoestand (Staten IX en X). Van de bevolking der gestichten kwam 6,5 pCt. n.l. 2187 mannen en 186 vrouwen, te zamen 2373 personen, onder geneeskundige behandeling, tegen 8,8 pCt. in 1911.

Er werden 48 mannen en 2 vrouwen naar een ziekenhuis en 66 mannen en 2 vrouwen naar een krankzinnigengesticht overgebracht. Als vermoedelijke oorzaak der krankzinnigheid wordt 4 malen opgegeven het verblijf in de gevangenis.

Van de overledenen behoorden 31 mannen en 1 vrouw tot de bevolking der Rijkswerkinrichtingen.

3 zelfmoorden hadden er plaats en 13 pogingen tot zelfmoord.

Onder de ziekten telt, evenals in het voorafgaande jaar, die van huid- en celweefsel de meeste lijdens, namelijk 407; die der spijsverteringsorganen 318. Er waren 130 lijdens aan zielsziekten en 59 tuberculose-lijdens (tegen 118 in 1911), van wie 22 in de gewone strafgevangenis en 18 in de Rijkswerkinrichtingen.

Onderwijs (Staat III). Van de bevolking der strafinrichtingen, die in den loop van 1912 is aanwezig geweest, zijn om verschillende redenen als: te kort verblijf, hooge ouderdom, doortrekken, enz. 32 637 personen *niet* tot het onderwijs toegelaten. De reden tot niet-toelating

was bij 20 460 of 56,5 pCt. te kort verblijf, bij 3724 of 10,3 pCt. gevorderde leeftijd, bij 1878 of 5,2 pCt. reeds genoegzaam ontvangen onderricht.

Tot het onderwijs werden *toegelaten* 3600 personen, uitmakende 9,9 pCt. der totale gestichtsbevolking.

Van de tot het onderwijs toegelatenen konden 181 niet, 2233 wel *lezen*; 226 niet, 2188 wel *schrijven*; 732 niet, 1682 wel *rekenen*.

Van de in den loop van het jaar ontslagenen, die tot het onderwijs waren toegelaten, konden 1835 goed, 508 gebrekkig en 45 in het geheel niet *lezen*; *schrijven* respectievelijk 1590, 742 en 56; *rekenen* 1183, 1031 en 174.

Meer uitgebreid onderwijs werd gegeven aan 188 personen en vakonderwijs aan 270, van wie aan 98 tot aanvulling van hunne vakkennis.

De gezamenlijke boekerijen telden 36 773 nummers.

Gedrag (Staat IV). In den loop van het verslagjaar werden van de 14 271 in de cel geplaatsten 1264 of 8,9 pCt. gestraft en van de 22 119 in gemeenschap opgesloten 558 of 2,5 pCt.

Van de in de cel geplaatsten, die gestraft werden, behoorden 366 mannen en 8 vrouwen tot de *onveroordeelden* en 881 mannen en 9 vrouwen tot de *veroordeelden*.

Van de in gemeenschap geplaatsten, die straf ondergingen, waren 22 mannen en 1 vrouw nog *onveroordeeld* en 518 mannen en 17 vrouwen *veroordeeld*. Van hen behoorden 384 mannen en 5 vrouwen tot de verpleegden in de werkinrichtingen.

Het vergrijp, dat nog steeds het meest plaats vindt, is de poging tot verboden verstandhouding. Over 1912 kwam het 795 malen voor, waarvan 1 maal in de Rijkswerkinrichtingen. Dan volgt verstoring der orde 427 malen, waaronder 57 malen in de Rijkswerkinrichtingen;

vernieling of beschadiging 336 malen, 18 in de Rijkswerkinrichtingen; insubordinatie 266 malen (107).

In de Rijkswerkinrichtingen werd 30 malen gewelddadigheid gepleegd, zijnde tweemaal zooveel als in de andere strafgestichten te zamen.

Uit de gezamenlijke gevangenissen ontsnapten 3 personen, van wie 2, en 125 uit de Rijkswerkinrichtingen, van wie 110 werden teruggebracht.

Strafbare feiten werden in den loop van het verslagjaar niet gepleegd, ook niet in de Rijkswerkinrichtingen.

De disciplinaire straf van plaatsing in eene volstrekt donkere strafcel werd slechts 5 malen toegepast, waarvan 1 maal in Veenhuizen.

De meest voorkomende straf is die van uitsluitend water en broodvoeding, die in 1318 gevallen werd toegepast in de gevangenissen en in 119 in de Rijkswerkinrichtingen. Daar evenwel wordt zij opgelegd ter verzwarening van de straf van plaatsing in eene gewone strafcel.

De straf van plaatsing in eene strafcel met water en brood is nog in één kolom (32) vereenigd met die van sluiting in de boeien en met de gevallen waarin beide straffen als één worden opgelegd. Zij is 486 malen toegepast in de gevangenissen en 57 malen in de Rijkswerkinrichtingen en wel uitsluitend te Hoorn. Er werden daarheen verplaatst tot straf 14 mannen uit Veenhuizen.

Lijfstraf, die opgelegd kan worden alleen in de strafgevangenis te Leeuwarden, werd ook dit jaar niet toegepast en is sedert de wet van 14 April 1886 (*Stbl. n. 62*), die haar mogelijk maakte, nog nimmer opgelegd.

Arbeid (Staten V, VI, VII 1ste gedeelte). De *verplichte* arbeidsdagen bedroegen 1 410 204 zijnde 37 825 minder dan in het voorafgaande jaar. Het aantal *feitelijke* werkdagen was 1 280 300 of 39 706^s minder.

Niet gewerkt werd: wegens ziekte of lichaamsgebreken 55 822 dagen uitmakende 4 pCt. van de verplichte arbeidsdagen, tegen 4,1 pCt. in 1911; wegens gebrek aan werk 2803 dagen of 0,2 pCt., tegen 0,1 pCt. in 1911. Toch blijft dit cijfer, zegt de Inleiding, in vergelijking met vroegere jaren nog zeer laag; in 1904 was het 5 pCt. en in 1905 en 1907 7 pCt.

Van het aantal werkdagen werd aan arbeid voor het Rijk besteed 75 pCt. en aan arbeid voor particulieren 24,9 pCt.

Arbeidsloozen (Staat VII 2^{de} gedeelte). In de gezamenlijke gestichten werd aan arbeidsloon verdiend f 145 902,44 uitmakende een gemiddeld loon van 11,5 centen per arbeidsdag, tegen 12 centen in 1911.

Voor de bijzondere strafgevangenen bedroeg dat loon 12 centen of 3 centen *minder* dan in het voorafgaande jaar; voor de gewone strafgevangenen 10 centen, één cent *minder*; voor de huizen van bewaring in de arrondissementen-hoofdplaatsen 6 centen, één cent *minder*; voor de kleine huizen van bewaring 3 centen of 2 centen *meer*.

Voor de Rijkswerkinrichtingen was voornoemd loon 16 centen of één cent *meer* dan in het voorafgaande jaar.

Voor uitgaanskas werd van het verdiende loon afgezonderd eene som van f 55 087,26 en voor zakgeld bestemd f 90 815,18.

Volgens de Inleiding geven deze bedragen, vermeerderd met het bedrag, dat reeds bij den aanvang van het jaar aanwezig was en met hetgeen uit anderen hoofde als tegoed werd geboekt, bijv. gelden op den gevangene bij zijne opneming bevonden, een totaal bedrag aan uitgaanskas van f 120 032,07 en aan zakgeld van f 118 137,29⁵.

Gijzeling (Staat XI). Op 1 Januari 1912 bevonden zich in gijzeling wegens schulden 3 mannen. In den loop van het jaar werden in gijzeling gezet 68 mannen en 1 vrouw of 13 mannen *meer* en 1 vrouw *minder* dan in het voorafgaande jaar. 71 personen namelijk 70 mannen en 1 vrouw werden uit de gijzeling ontslagen, van wie 13 reeds op den dag zelven van de ingijzelingstelling en 5 op den dag na hunne opneming. De duur der gijzeling was voor 14 personen twee tot vijf dagen; voor 20 zes tot veertien dagen; voor 11 vijftien tot dertig dagen; voor 2 drie tot zes maanden; voor 1 een tot twee jaren (te Rotterdam).

Geheele betaling of inbewaargeving van het verschuldigde (art. 596, no. 2 en 609 B. Rv.) kwam 27 malen voor als reden van het ontslag, 29 malen faillissement en 1 maal gedeeltelijke betaling.

De gijzeling wegens handelsschulden maakte 87 pCt. uit van het aantal gevallen. Wegens burgerlijke schulden werd slechts 2,9 pCt. gegijzeld.

Bij de toepassing der gijzeling was de schuld in 9 gevallen beneden een bedrag van 50 gulden, in 16 gevallen 50 tot 100 gulden, in 27 gevallen 100 tot 200 gulden, in 2 gevallen 5000 tot 10.000 gulden.

Kosten. De kosten voor de bevolking en het plaatselijk beheer, zoomede voor gewoon onderhoud der gebouwen en het meubilair bedroegen over 1911 f 2 332 587, zijnde f 26 954 *minder* dan over 1910. De baten zijn f 161 006 *minder* geweest, zoodat de netto kosten f 134 052 *hooger* waren dan in het voorafgaande jaar en eene som bereikten van f 1 499 152.

H. Z.

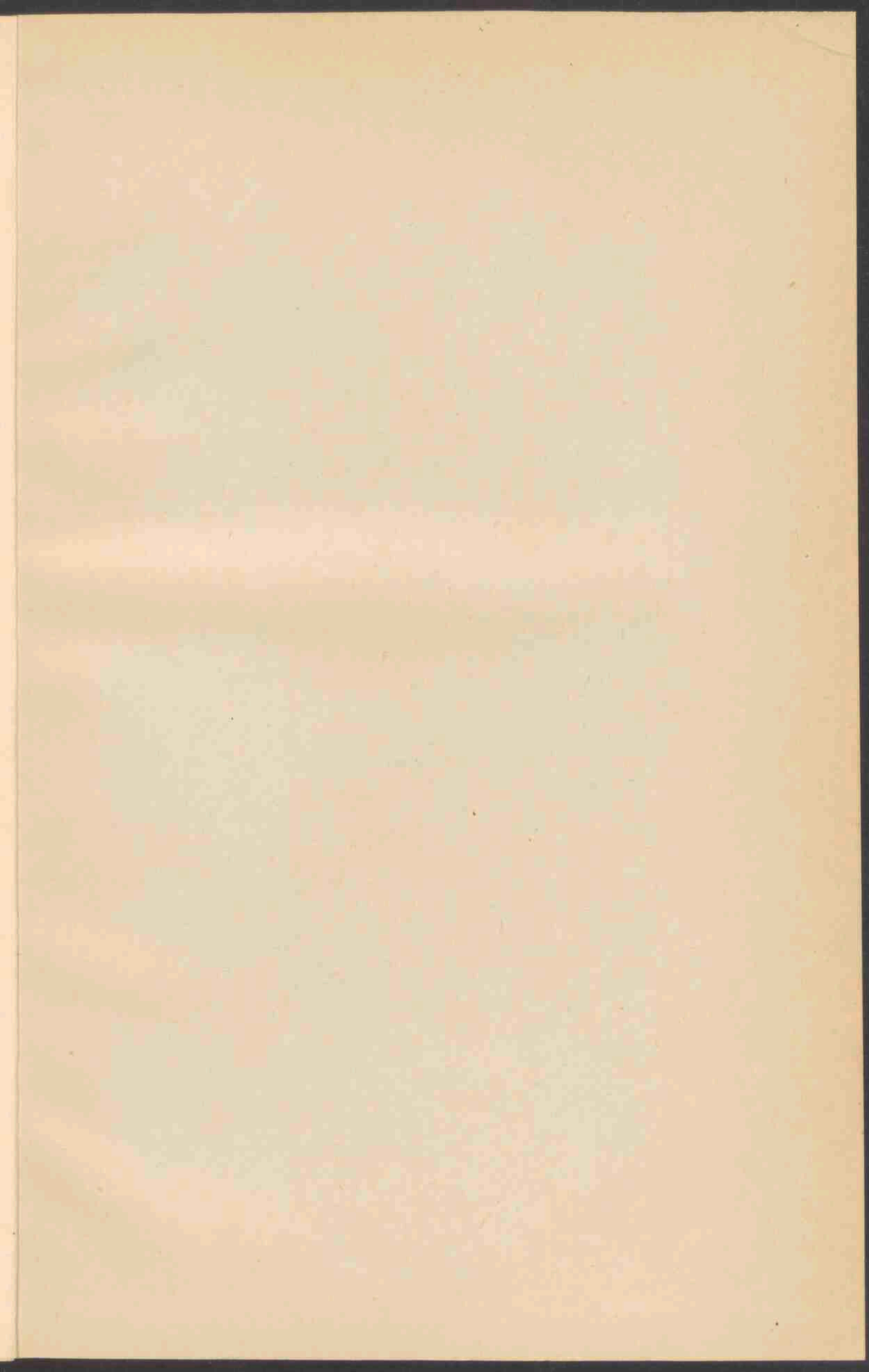
Leuensch boekenfonds.

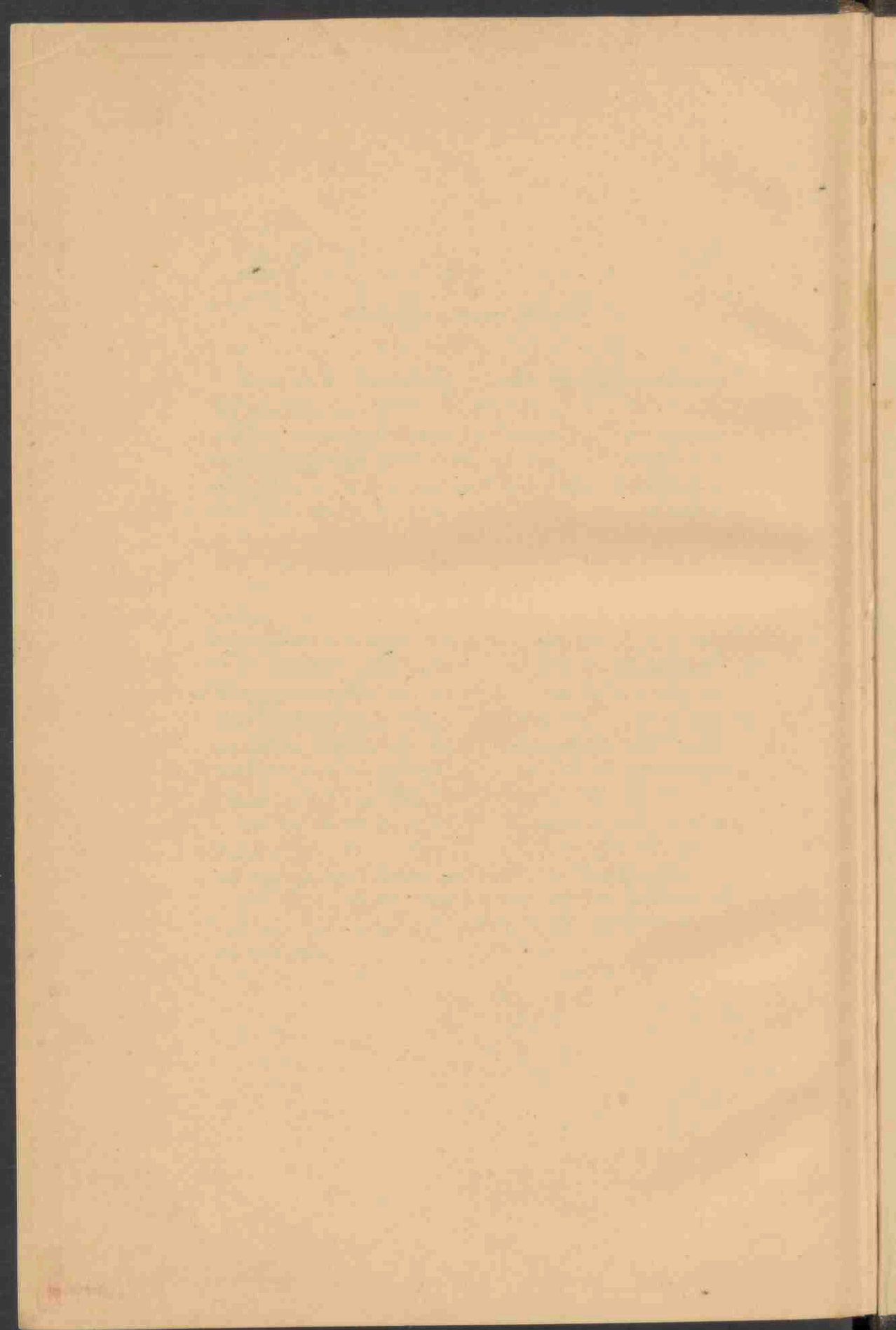
Nu de oude Academiestad Leuven door een zoo wreed lot getroffen en daarbij de Bibliotheek door brand vernield is, noodigen de ondergeteekenden alle Nederlanders en Nederlandsche instellingen van Wetenschap en Kunst uit, mede te werken tot de hernieuwing dier boekerij door zich reeds nu bereid te verklaren, na den oorlog boeken uit hunne eigen bibliotheken en exemplaren der door hen geschreven of uitgegeven werken af te staan.

Opgaven van wat men beschikbaar wenscht te stellen worden ingewacht bij den 1sten Secretaris (Dr. M. P. ROOSEBOOM te 's-Gravenhage, 125 Laan van N. O.-Indië) Deze opgaven zullen worden verwerkt in een systematischen catalogus, die het Bestuur der Bibliotheek zal worden aangeboden. Daarna zullen de voor de Bibliotheek aanvaarde boekwerken door de ondergeteekenden van de eigenaars worden opgevraagd en naar Leuven opgezonden. Opzending van boeken reeds thans is ongewenscht.

Ook gelden tot bevordering van dit plan zullen gaarne worden aanvaard door den Penningmeester (Mr. M. I. DUPARC, 's-Gravenhage, 77 Van Blankenburgstraat).

Het ligt in de bedoeling tot vorming van sub-comités voor het bovenomschreven doel in de neutrale staten over te gaan.





F. H. DANNER
BOEKBINDERIJ
UTRECHT

