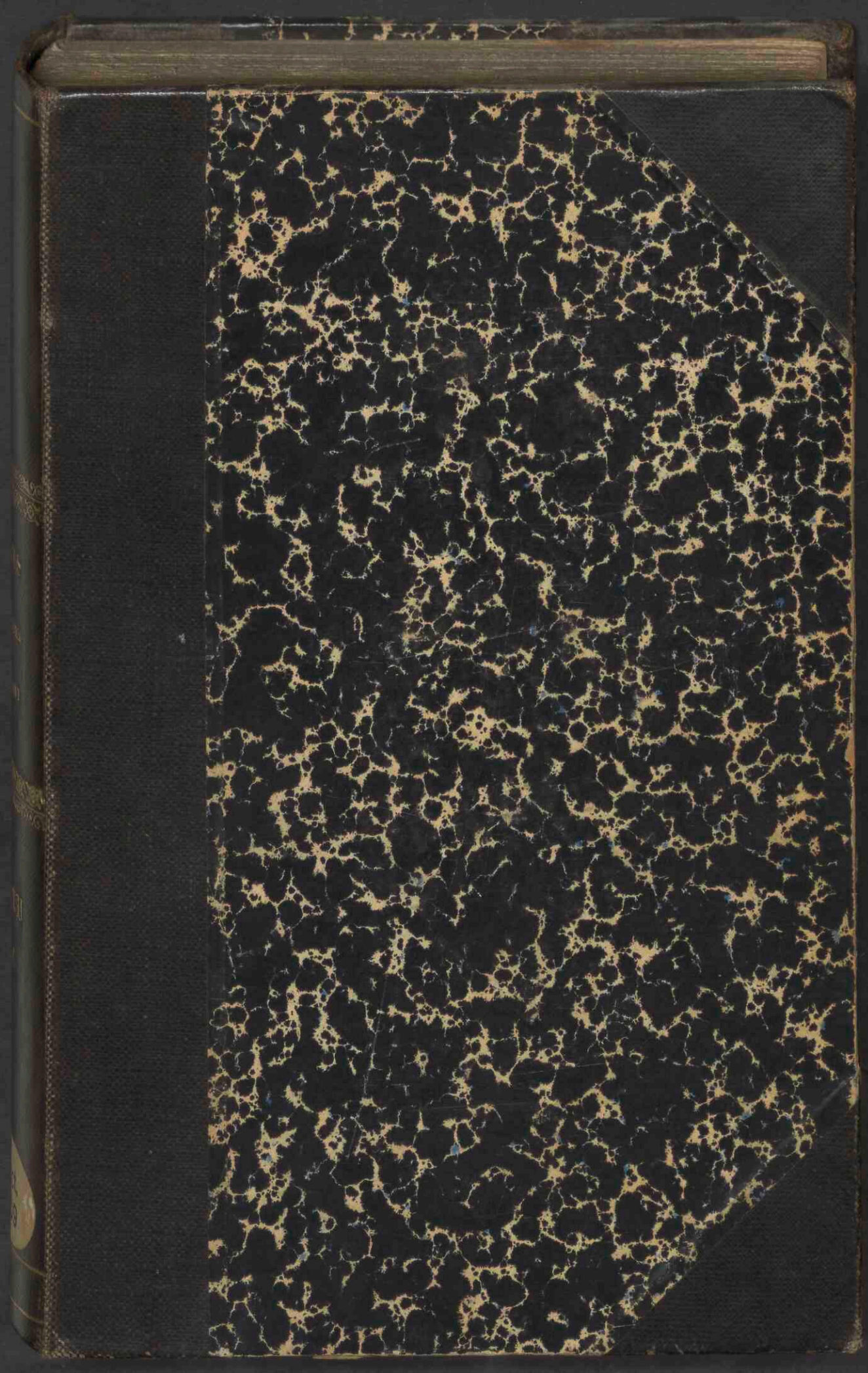




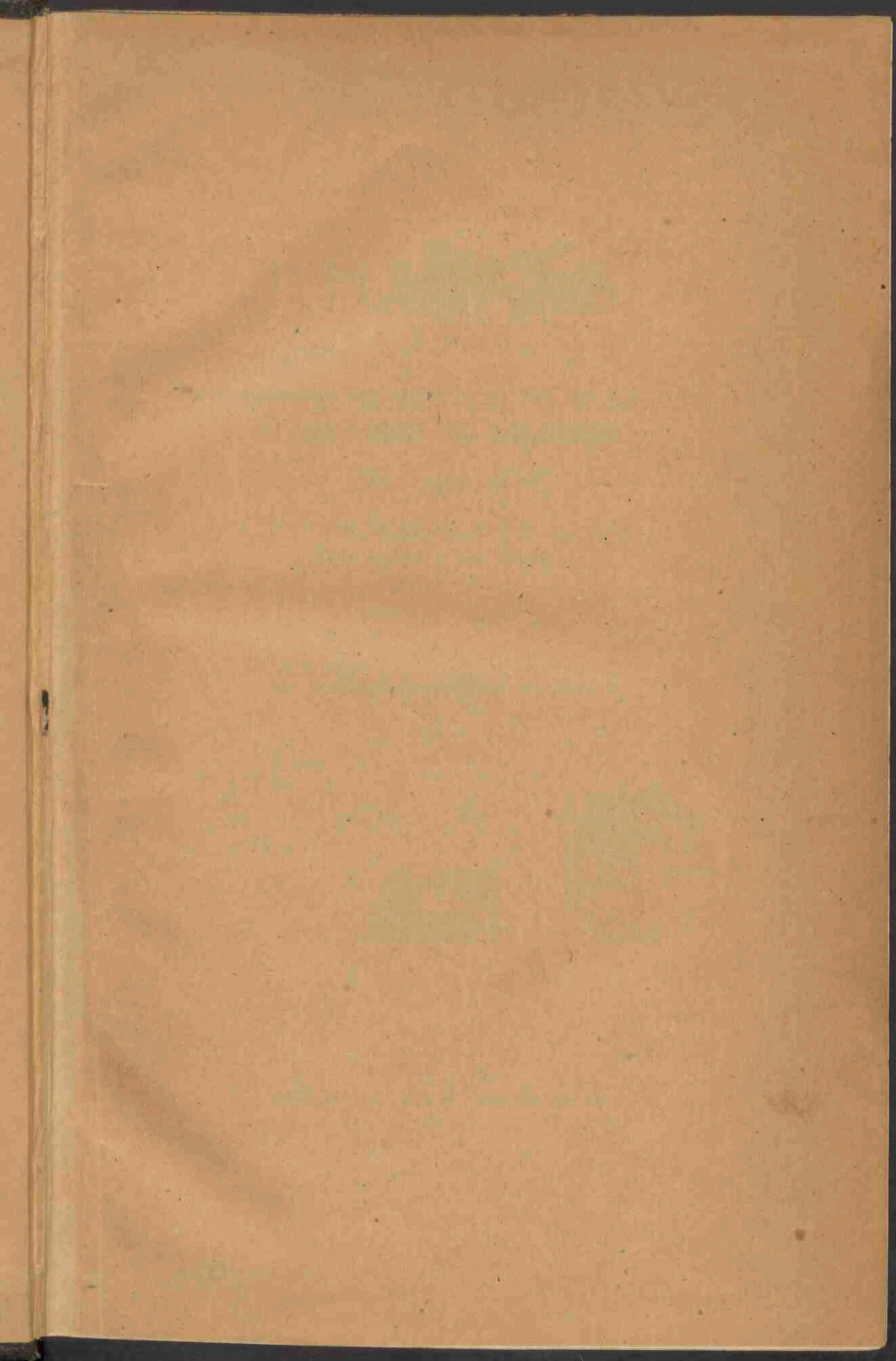
# **Themis : regtskundig tijdschrift : verzameling van bijdragen tot de kennis van het publiek- en privaatrecht.**

<https://hdl.handle.net/1874/452331>

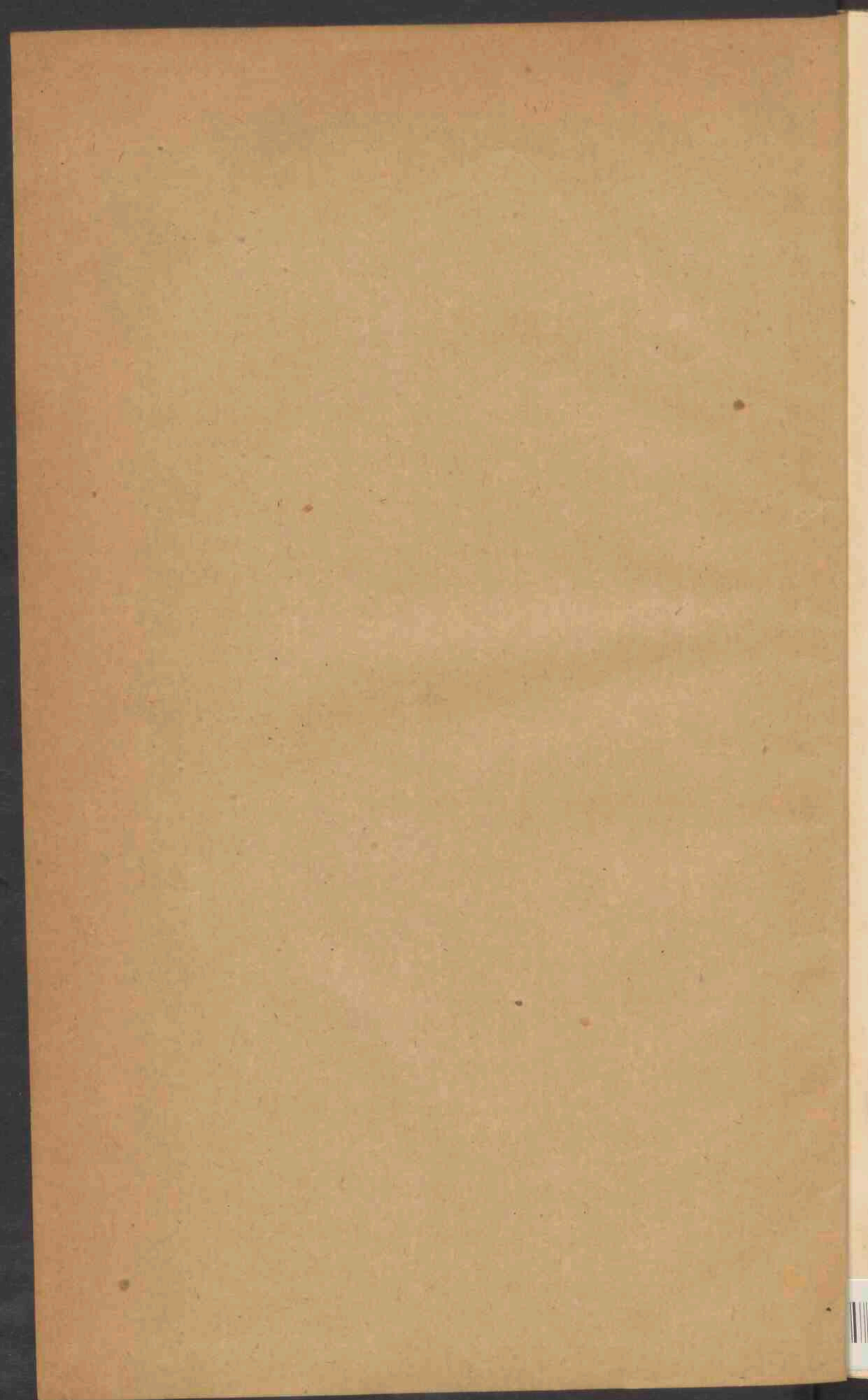




~~V.V~~ N°  
Kast ~~26~~, P1F







*L. oct. 5007*

# THEMIS

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

onder redactie van

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

TWEE-EN-TACHTIGSTE DEEL

□ 1921 □



's-Gravenhage  
BOEKH. VH. GEBR. BELINFANTE  
1921

RIJKSUNIVERSITEIT UTRECHT



0341 2172



# THEMIS

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

## MEDEARBEIDERS

- Dr. S. J. L. VAN AALLEN Jr, advocaat en procureur, Rotterdam.
- Dr. A. ANEMA, hoogleeraar aan de Vrije Universiteit te Amsterdam, Zandvoort
- Dr. J. Baron D'AULNIS DE BOUTOUILL, oud-hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit, Utrecht.
- Dr. C. BAKE, oud-secretaris van den Raad van State, 's-Gravenhage.
- Dr. Joh. J. BELINFANTE, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
- Dr. A. J. E. A. BIK, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
- Dr. J. B. BREUKELMAN, referendaris bij den Raad van State, 's-Gravenhage.
- Dr. S. G. CANES, lid van de Arrondissements-Rechtbank, Rotterdam.
- Dr. W. L. A. COLLARD, administrateur bij het Departement van Justitie, 's-Gravenhage.
- Dr. L. M. ROLLIN COUQUERQUE, oud-Gouvernements-Secretaris van Suriname, administrateur bij het Departement van Koloniën, 's-Gravenhage.
- Jhr. Dr. RH. FEITH, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Dr. R. A. FOCKEMA, oud-president van het Gerechtshof te Leeuwarden, Basn.
- Jhr. Dr. J. J. GOKINGA, vice-president van het Gerechtshof, Arnhem.
- Dr. S. GRATAMA, vice-president van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Dr. TH. HEEMSKERK, Minister van Justitie, oud-lid van den Raad van State, 's-Gravenhage.
- Dr. C. J. HEEMSKERK, 's-Gravenhage.
- Dr. H. VAN DER HOEVEN, oud-hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Leiden, Zundert.
- Dr. ED. JACOBSON, advocaat en procureur, Rotterdam.
- Dr. D. JOSEPHUS JITTA, oud-hoogleeraar, lid van den Raad van State, 's-Gravenhage.
- J. G. KLAASSEN, Bewaarder der Hypotheken en van het Kadaster, Eindhoven.
- Dr. PH. KLEINTJES, hoogleeraar aan de gemeente-Universiteit, Amsterdam.
- Dr. J. VAN KUYK, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
- Dr. P. W. A. COBT VAN DER LINDEN, Minister van Staat, lid van den Raad van State, oud-Minister van Binnenlandsche Zaken, 's-Gravenhage.
- E. J. DE LEEUW, Inspecteur van Financiën Nederl.-Indië.
- Jhr. Dr. B. C. DE SAVORNIN LOHMAN, hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit, Utrecht.
- Dr. J. DE LODTER, oud-hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Utrecht, Hilversum.
- Jhr. Dr. A. J. RETHAAN MACARÉ, oud-advocaat-generaal bij den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
- Dr. A. J. MARX, lid van de Arr.-Rechtbank, Almelo.
- Dr. J. C. NABER, hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit, Utrecht.
- Dr. J. DOMELA NIEUWENHUIS, oud-hoogleeraar aan de Rijks-universiteit te Groningen, 's-Gravenhage.
- Dr. P. POLVLIET, lid van het Gerechtshof, 's-Gravenhage.
- Dr. G. VAN SLOOTEN Az., voorzitter van den Krijgsraad, 's-Gravenhage.
- Dr. F. W. J. G. SNIGDER VAN WISSENKERKE, president van den Oetroofraad en directeur van het Bureau voor den industrieelen eigendom, 's-Gravenhage.
- Dr. J. M. VAN STIPRIAAN LUISCIUS, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
- Dr. M. W. F. TREUB, oud-Minister, 's-Gravenhage.
- Dr. H. Vos, advocaat, Leiden.



MEMORANDUM

1. The purpose of this memorandum is to provide information regarding the proposed changes to the existing policy on [illegible].

2. The proposed changes are based on the findings of the [illegible] study conducted in [illegible].

3. The changes are intended to [illegible] the current policy and to [illegible] the [illegible] of the [illegible].

4. The proposed changes are [illegible] and [illegible] to the [illegible] of the [illegible].

5. The changes are [illegible] and [illegible] to the [illegible] of the [illegible].

6. The changes are [illegible] and [illegible] to the [illegible] of the [illegible].

7. The changes are [illegible] and [illegible] to the [illegible] of the [illegible].

8. The changes are [illegible] and [illegible] to the [illegible] of the [illegible].

9. The changes are [illegible] and [illegible] to the [illegible] of the [illegible].

10. The changes are [illegible] and [illegible] to the [illegible] of the [illegible].

11. The changes are [illegible] and [illegible] to the [illegible] of the [illegible].

12. The changes are [illegible] and [illegible] to the [illegible] of the [illegible].

13. The changes are [illegible] and [illegible] to the [illegible] of the [illegible].

14. The changes are [illegible] and [illegible] to the [illegible] of the [illegible].

15. The changes are [illegible] and [illegible] to the [illegible] of the [illegible].

16. The changes are [illegible] and [illegible] to the [illegible] of the [illegible].

17. The changes are [illegible] and [illegible] to the [illegible] of the [illegible].

18. The changes are [illegible] and [illegible] to the [illegible] of the [illegible].

19. The changes are [illegible] and [illegible] to the [illegible] of the [illegible].

20. The changes are [illegible] and [illegible] to the [illegible] of the [illegible].

# INHOUD

	Bladz.
<i>Octrooien</i> , door W. MOORREES, civiel-ingenieur, lid van den Octrooiraad, 's-Gravenhage . . . . .	1
<i>Drieërlei gewoonterecht</i> , door Dr. R. P. CLEVERINGA PZN, rechter-plaatsvervanger, Leeuwarden. . . . .	32
<i>De exceptie en het middel van niet-ontvankelijkheid in het Nederlandsch procesrecht</i> , door Dr. C. C. TIELEMAN, Griffier van het Kantongerecht, Gorinchem . . . . .	61
<i>De nieuwe Diplomatieke en Consulaire Reglementen</i> , door Dr. J. B. BREUKELMAN, referendaris bij den Raad van State, te 's-Gravenhage . . . . .	155
<i>De redaktie van artt. 153 bis en 155 in het Regeerings-ontwerp Grondwetsherziening</i> (Bijl. 1920—1921 no. 451, W. 10699, 10701), door Dr. L. VAN PRAAG, te 's-Gravenhage . . . . .	178
<i>Eenige opmerkingen omtrent de Wet van 28 Juli 1920 (Staatsblad No. 609), houdende nadere voorzieningen tot bestrijding van revolutionnaire woelingen</i> , door Jhr. Dr. O. Q. VAN SWINDEREN Oud-president van de Arr.-Rechtbank te Groningen . . . . .	181
<i>Strekking en werking van art. 1230 B. W.</i> , door Dr. J. EGGENS, te Utrecht . . . . .	207
<i>Eenige beschouwingen over den plicht tot waarheid spreken van getuigen in civielrechtelijke gedingen</i> , door Dr. A. J. MARX, rechter in de Arr.-Rechtbank te Almelo . . . . .	233
<i>Het dwalingsprobleem in het Strafrecht</i> , door Dr. P. M. TRAPMAN, Advocaat en Procureur, te Leiden . . . . .	245 en 360
<i>De Rechtspersoon</i> door wijlen Mr. J. A. LEVY . . . . .	297
<i>De grondslag der beslissingen van het Permanente Hof van Internationale Justitie</i> , door Prof. Dr. J. H. W. VERZIJL, te Utrecht . . . . .	334
<i>De jurisprudentie betreffende de bevoegdheid der rechterlijke macht ter zake van de vorderingen tot teruggaaf van het naar publiek recht verschuldigd betaalde, tot schadevergoeding wegens onrechtmatige bestuursdaad, en tot vergoeding van uitgaven, door eischer gedaan bij het verrichten van datgene, waartoe gedaagde naar publiek recht verplicht was</i> , door Dr. L. VAN PRAAG, te 's-Gravenhage . . . . .	382



- Diplomatie en Democratie*, door Mr. D. P. D. FABIUS ('s-Gravenhage, MARTINUS NIJHOFF, 1920); — beoordeeld door Jhr. Dr. B. C. DE SAVORNIN LOHMAN, hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit, Utrecht . . . . . 107
- Dr. KARL STRUPP, *Das völkerrechtliche Delikt* (Berlin, Stuttgart, Leipzig 1920); — beoordeeld door Dr. J. DE LOUTER, oud-hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Utrecht, Hilversum . 116
- Mr. Dr. J. P. A. FRANÇOIS, *Duikboot en Volkenrecht* (Academisch proefschrift, 375 blz, Leiden 1919 ('s-Gravenhage, MART. NIJHOFF)); — beoordeeld door Dr. J. H. W. VERZIJL, hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit, Utrecht . . . . . 125
- Rechtsbedeeling onder de inlanders en daarmee gelijkgestelde personen in Ned.-Indië* door Mr. W. A. P. F. L. WINCKEL, tweede herziene uitgaaf ('s-Gravenhage, MARTINUS NIJHOFF, 1920); — aangekondigd door Dr. PH. KLEINTJES, hoogleeraar aan de gemeente-Universiteit, Amsterdam . . . . . 138
- J. J. VAN GEUNS, *De terugwerkende kracht van strafwetsveranderingen. Beschouwingen naar aanleiding van art. 1, lid 2, W. v. Sr.* (Leiden 1919); — beoordeeld door Dr. D. SIMONS, hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit, Utrecht . . . . . 140
- Inleiding tot de Rechtswetenschap* door Mr. J. VAN KAN, hoogleeraar te Leiden (Haarlem, DE ERVEN F. BOHN, 1920); — aangekondigd door C. S. . . . . 144
- Partikuliere rechtspraak* (Antwoord op een vraag in «Arbitrale Rechtspraak». Verbeteringen en aanvullingen), door Dr. L. VAN PRAAG, 's-Gravenhage. . . . . 148
- Dr. HEINRICH LAMMASCH, *Völkermord oder Völkerbund?* (Haag, MARTINUS NIJHOFF, 1920); — beoordeeld door Dr. J. PH. SUIJLING, hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit, Utrecht . . 151
- «*Leden-contracten*», door A. E. RIBBIUS PELETIER (Academisch Proefschrift, Utrecht, 1920); — beoordeeld door Dr. G. J. VAN BRAKEL, plaatsvervangend lid v. d. Octrooiraad te 's-Gravenhage 267
- W. N. DINGER, *Het zakelijk karakter van het recht van den eersten koper* (Acad. proefschr., Utrecht, 1919); — beoordeeld door Dr. J. A. F. VAN ASPEREN, rechter in de Arr.-Rechtbank te 's-Gravenhage . . . . . 271
- E. W. CATZ, *Bemiddelende rechtstoepassing bij de nakoming van overeenkomsten* (Ac. Proefschrift, verdedigd te Groningen, den 25 September 1920); — beoordeeld door Dr. S. J. M. VAN GEUNS, advocaat-generaal bij het Gerechtshof te Amsterdam . 277

- Het Nederlandsch Belastingrecht*, onder hoofdleiding van Prof. Mr. J. PH. SUIJLING no. 2. De wetten op de Vermogensbelasting en de Verdedigingsbelasting I, door P. J. A. ADRIANI, inspecteur der Registratie en Domeinen te Maastricht (*Zwolle*, W. E. J. TJEENK WILLINK, 1921); — beoordeeld door C. S. . . . . 283
- Verklarend Handwoordenboek der Nederlandsche taal (tevens vreemde woordentolk) vooral ten dienste van het onderwijs*, door M. J. KOENEN met medewerking van Dr. J. ENDEPOLS, (Dertiende vermeerderde druk, bij J. B. WOLTERS U. M. Groningen, Den Haag); — beoordeeld door C. S. . . . . 295
- Overeenkomsten in strijd met de goede zeden*, door C. J. J. M. PETIT. Acad. proefschrift, Leiden 1920; — beoordeeld door Dr. G. J. VAN BRAKEL, plaatsverv. lid v. d. Octrooiraad, te 's-Gravenhage . . . . . 430
- J. FRIMA, *Het strafproces in de Ommelanden tusschen Eems en Lauwers van 1602 tot 1749*. Acad. proefschrift, op 5 Juli 1920 tegen de bedenkingen der rechtsgeleerde faculteit van de Rijks-Universiteit te Groningen verdedigd; — beoordeeld door Dr. L. M. ROLLIN COUQUERQUE, oud-Gouvernements-Secretaris van Suriname, administrateur bij het Departement van Koloniën, te 's-Gravenhage . . . . . 437
- A. L. M. VAN BERCKEL, *Het rechtskarakter der huur van onroerend goed volgens hedendaagsch Nederlandsch recht*. — Academisch proefschrift, Amsterdam 1920; — beoordeeld door Dr. H. W. M. VAN HELTEN, Rechter in de Arr.-Rechtbank, te Rotterdam. . . . . 444
- Bewijslast en bewijswaardeering*. Proefschrift van M. L. KAN, verdedigd op 8 Febr. 1921 aan de Universiteit te Amsterdam; — beoordeeld door Prof. Dr. A. ANEMA, Hoogleraar aan de Vrije Universiteit te Amsterdam. . . . . 450
- Aanteekeningen op het notariaat*, door Jhr. A. H. VAN DER DOES DE BIJE, notaris te Soerabaja. — 's-Gravenhage, Boekh. vh. GEBR. BELINFANTE 1920; — beoordeeld door B. J. DE LEEUW, Inspecteur van Financiën Nederl.-Indië . . . . . 453
- Het ambt van den rechter*, door Mr. G. VAN SLOOTEN, President van den Krijgsraad te 's-Gravenhage — A. W. SIJTHOFF's Uitgevers-maatschappij, Leiden 1921; — beoordeeld door C. S. . . . . 459



# THEMIS

---

## LXXXIIste deel — EERSTE STUK

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

---

### Octrooien

#### A. *De octrooieerbare uitvinding*

Octrooi, d. w. z. een bijzonder en nauwkeurig omschreven recht, dat den houder met uitsluiting van anderen toekomt, wordt enkel verleend op een voortbrengsel of op een werkwijze. De eischen, aan welke een voortbrengsel of een werkwijze moet voldoen, wil zulk een uitsluitend recht daarop verkregen worden, zijn neergelegd in de eerste drie artikelen van de Octrooiwet 1910, *Staatsblad* n<sup>o</sup>. 313.

Uit het onderstaande betoog moge de beteekenis van die voorschriften blijken.

De menschelijke geest voelt een onweerstaanbaren aandrang tot het voortdurend scheppen van iets nieuws. Al naarmate zijn aanleg beweegt zich daartoe de gedachte op letterkundig, wetenschappelijk, artistiek of industrieel gebied. Wordt door het nader uitwerken daarvan iets geschapen en openbaar gemaakt, dat nieuw is, dan wordt daarop wettelijk bescherming verleend. Op dit oogenblik is bij ons te lande die bescherming nog



slechts geregeld in de Auteurswet 1912 en in de bovengenoemde Octrooiwet.

Voert het uitwerken van de innerlijke voorstelling tot een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, dan gelden voor de bescherming de voorschriften van de eerstgenoemde wet; heeft de gedachte zich daarentegen bewogen op het gebied van de nijverheid en leidt het uitwerken tot een praktisch resultaat, dan gelden daarvoor de regelen van de in de tweede plaats genoemde.

Het gebied, waarmede de menselijke geest zich voor het oogenblik bezig hield, beslist derhalve over den aard van de bescherming en men is gewend ter zake, hoewel niet in overeenstemming met de draagwijdte van de daartoe in het leven geroepen wettelijke bepalingen, te spreken van intellectueelen- en van industrieelen eigendom.

Het verschil tusschen deze beide bestaat in wezen daarin, dat bij den intellectueelen eigendom de bescherming betreft de innerlijke voorstelling, die de auteur zich gevormd heeft, terwijl bij den industrieelen eigendom het praktische resultaat zelve beschermd wordt.

Iedere gedachte moet tot uiting komen, wil zij zich aan anderen openbaren. Dit kan geschieden zoowel in abstracten als in concreten vorm. In ieder geval moet de uiting zintuigelijk waarneembaar zijn.

Hoewel het voor een ieder zonder meer duidelijk zal zijn, dat een gedachte, welke in een abstracten vorm geuit wordt, zich niet bewogen heeft op het gebied van de nijverheid, zoo schijnt het minder begrijpelijk te zijn, dat waarlijk niet altijd, wanneer de uiting in concreten vorm geschiedt, de gedachte zich wel met dat gebied bezig hield.

Uit de gedachte zich in een concreten vorm, dan krijgt men te doen òf met een voortbrengsel òf met een met voortbrengselen uitgevoerde werkwijze.

Doch een gevel, een roman, een schilderij, een standbeeld, hoewel voortbrengselen en het kruisen van planten of dieren, het oculeeren, het enten, het masseeren, hoewel werkwijzen, zijn desniettemin uitingen van gedachten, welke zich zeer zeker niet bewogen op industrieel gebied.

Het auteursrecht op een gevel verschaft den ontwerper niet zoozeer het uitsluitend recht tot verveelvoudiging van dien gevel als afsluitmuur van een gebouw, doch beschermt de daarin tot uitdrukking gebrachte geestelijke voorstelling. De bouwmeester tracht in den gevel de bestemming van het gebouw uit te drukken. Dienaangaande heeft hij een persoonlijke opvatting. Het is deze opvatting, welke door het auteursrecht beschermd wordt. Feitelijk wordt derhalve de persoonlijkheid van den ontwerper beschermd en al geschiedt dit in zijn stoffelijke schepping, die schepping draagt zijn persoonlijk stempel. Dat werk bezit een bepaalden stijl, is uit een bepaalde school of volgens een bepaalde richting; dat van den volgeling kan slechter of beter zijn dan dat van den meester, het is er nimmer aan gelijk, al wordt hetzelfde motief uitgewerkt.

Niet aldus bij den industrieelen eigendom. Deze bezit geen bepaalden stijl, is niet uit een bepaalde school of volgens een bepaalde richting. De persoonlijkheid van den schepper treedt geheel op den achtergrond en is niet meer aan het werk te herkennen. Heeft hij zich een voorstelling gevormd omtrent de een of andere verrichting en is hij bij het uitwerken van de gedachte gekomen tot een in een bepaalden tak van de techniek praktisch bruikbaar resultaat, dan wordt niet zelden aan een ander bescherming verleend voor de toepassing in een anderen tak, wanneer n.l. de eerstbedoelde uitvinding hier te lande niet geötrooieerd is.

Door een intellectueele schepping wordt bovendien iets

verkregen, waarvan de uitwerking niet volkomen in de macht ligt van den auteur en niet met absolute juistheid en zekerheid kan worden voorspeld. Behalve van des menschen wil is de uitwerking afhankelijk van omstandigheden, over welke de auteur geen macht heeft. Men denke slechts aan enten, oculeeren, masseeren enz.

Bij een industriele schepping moet, wil er octrooi verleend worden, de openbaring van zoodanigen aard zijn, dat de uitvinding daaruit door een deskundige kan worden begrepen en aan de hand daarvan kan worden toegepast. De natuurwetten maken dan, dat de uitwerking onveranderlijk dezelfde is.

*Uit bovenstaande volgt, dat niet het verkrijgen van een resultaat, zelfs niet van een stoffelijk resultaat, bewijst, dat een gedachte zich bewogen heeft op industrieel gebied.*

Daartoe moet volgens den in het octrooirecht aangenomen regel verkregen zijn „een technisch effect”.

Onder „een technisch effect” wordt dan verstaan de resultante van een of meerdere werktuigelijke (mechanische) verrichtingen, scheikundige reacties of natuurkundige werkingen, doch in elk van deze gevallen enkel zulk een effect, dat onfeilbaar en uitsluitend optreedt overeenkomstig des menschen wil en dat dus in aard en graad in elk bijzonder geval steeds onveranderlijk is.

Bij voortbrengselen is dat technische effect het uitvloeisel van de constructie. Deze heeft, wat men in het octrooirecht noemt een functie. Door die functie is het voortbrengsel in statischen toestand in staat weerstand te bieden aan de daarop inwerkende krachten (brug, kap, flesch). In dynamischen toestand, d. w. z. bij het hanteeren (van een gereedschap) of het ingangbrengen (van een werktuig, machine of toestel), is die functie datgene, dat het voortbrengsel verricht op andere voortbrengselen (waartoe ook stoffen behooren) en dat het



uitvloeisel is van de verdeeling van de stof in het gehanteerde voortbrengsel (mes, hamer, vork), of is zij het resultaat van de werktuigelijke verrichtingen, welke de hoofdonderdeelen van het werktuig, de machine of het toestel — na het ingangbrengen — door de constructieve samenstelling op elkander uitoefenen.

Bij werkwijzen is het technische effect het uitvloeisel van de scheikundige reacties of de physische werkingen, welke de daarbij gebezigde ingrediënten op elkander uitoefenen, dan wel de resultante van de werktuigelijke verrichtingen der daarbij gebruikte voortbrengselen op elkander.

Dat technische effect wordt verkregen door het onder bepaalde omstandigheden doen optreden van een enkele natuurkracht, of door het op elkander doen inwerken van meerdere natuurkrachten, welke in een bepaalde groepeeringswijze ten opzichte van elkander optreden.

Onder natuurkrachten verstaat men in het algemeen de oorzaken, welke een verandering teweeg brengen in den toestand der lichamen. Het wezen dezer krachten is echter nog onbekend. Velen vermeenen, dat zij kunnen worden teruggebracht tot bepaalde bewegingstoestanden van de stof. Anderen vermoeden, dat er slechts één oerkracht is, welke in verschillende omstandigheden op verschillende wijzen optreedt. Zij uiten zich b.v. als osmose, diffusie, adhaesie, cohaesie, affiniteit, zwaartekracht, warmte, licht, veerkracht, inertie, magnetisme, rollende wrijving, sleepende wrijving, electriciteit, capillaire kracht, torsie, vibratie, oscillatie, absorptie, katalyse, enz. Vermoedelijk zijn ons ettelijke vormen nog onbekend.

Is het gebied maatstaf voor den aard der bescherming, het bovenomschreven technische effect is criterium, of de gedachte geleid heeft tot een uitkomst op het gebied van de nijverheid. Men heeft zich eenvoudig de vraag



te stellen: is er een werktuigelijke verrichting, een scheikundige reactie of een physische werking opgewekt en is die volkomen afhankelijk gemaakt van den mensche-lijken wil?

Van voortbrengselen behorende tot den intellectueelen eigendom, b.v. een roman, een partituur, een schilderij, een standbeeld zegt men in het dagelijksche leven niet, dat zij zijn uitgevonden. Dit zegt men echter wel van de werkwijzen behorende tot dien eigendom, b.v. van een boekhoudmethode, een wijze van plaatsbepaling, een manier van masseeren, oculeeren, enten.

In de Octrooiwet is het begrip uitvinding niet begrensd en daarom ware het rationeeler geweest het tegenwoordige art. 3 daarvan op de eerste plaats te zetten. Volkomen kan dan ook beaamd worden, hetgeen Prof. Mr. W. L. P. A. MOLENGRAAFF schreef in zijn recensie over het proefschrift van den heer J. C. TH. RESIUS getiteld „Uitvinding, uitvinder en octrooi”, welke recensie opgenomen is in het *Rechtsgeleerd Magazijn* 1914 op blz. 422 onderaan, n.l.: „Wij stellen hier tegenover: dat de Octrooi-raad iedere uitvinding in de eerste plaats aan art. 3 heeft te toetsen, omdat dit artikel — noodzakelijk in het in de wet aangenomen stelsel; het begrip uitvinding niet te begrenzen — beslist over de vatbaarheid van een uitvinding voor octrooiverleening, behoudens het in het art. 2 omschreven vereischte der nieuwheid”.

Noch de persoonlijke staat van den uitvinder, noch die van dengene, die de uitvinding toepast, is maatstaf bij de beoordeeling. *Criterion is derhalve niet, dat de nijverheid het voortbrengsel vervaardigt of de werkwijze ten uitvoer legt.* Een uit gips gegoten fantaisie-borstbeeld is een nijverheidsproduct; toch is het niet octrooieerbaar, omdat het niet in staat is een technisch effect op te wekken. Gebruikt men het als presse-papier, dan zou het

als zoodanig geoctrooieerd moeten worden. Evenmin en om dezelfde reden zijn octrooieerbaar nijverheidsproducten als munten, penningen, ridderorden, gravures, lithografieën, tegeltableaux, e tutti quanti. Wel zijn de werkwijzen tot vervaardiging daarvan octrooieerbaar, omdat daàrbij technische effecten optreden. Het Taylorstelsel daarentegen wordt door de nijverheid toegepast uitsluitend ten bate van de nijverheid en toch is dat stelsel niet octrooieerbaar; niet omdat het een stelsel is, want dat staat nergens in de Octrooiwet aangegeven, doch omdat de uitvinding niet strekt tot verkrijging van eenige uitkomst op het gebied van de nijverheid. Er wordt n.l. niet verkregen een technisch effect, d. w. z. desbewust een onfeilbare, onveranderlijke, van te voren bepaalde werktuigelijke verrichting, scheikundige reactie of physische werking. Het is een werkwijze doch een niet-octrooieerbare. Een Aanvraagafdeeling van den Octrooiraad weigerde eens octrooi te verleenen voor een werkwijze, daarin bestaande, dat tijdens de voorstelling een film ontregend werd, door dien te doen strijken over een kussen, dat gedrenkt was met een onbrandbare en sterk vervluchtigbare vloeistof. Zij vermeende, dat degene, die de werkwijze toepaste, n.l. de bioscoophouder, niet kon gerekend worden een industrieel te zijn. De Algemeene Vergadering verleende octrooi, omdat er een uitkomst verkregen was op het gebied van de nijverheid. Die uitspraak was juist, want er werd door de werkwijze een technisch effect opgewekt. Dat technische effect bestond uit de natuurkundige werking, dat tijdens de vertooning de strepen van den zoogenaamd verregenden film opgevuld werden met de vloeistof en daardoor onzichtbaar waren.

Is het meergenoemde technische effect niet aanwezig, dan is er geen octrooieerbare uitvinding gedaan. Het ont-

breken kan het gevolg daarvan zijn, dat bij het uitwerken van een gedachte, welke zich bewoog op industrieel gebied, een of meerdere natuurwetten miskend werden, dan wel de ontwerper door een fout in de teekening op een dwaalspoor gebracht werd. Het ontbreken is altijd het gevolg, wanneer de gedachte zich niet bewoog op het gebied van de nijverheid en de ontwerper geen technisch effect beoogde.

Zoo is de plattegrond van een gebouw niet octrooieerbaar; de gedachte, welke er toe leidde, bewoog zich niet op industrieel gebied; de bouwmeester beoogde geen technisch effect; zijn gedachte richtte zich op schoonheid, comfort of enkel op nuttigheid, b.v. ter verzekering van een gemakkelijke circulatie en toegankelijkheid tusschen en van die vertrekken enz. Nog veel meer dan een gevel draagt de indeeling van een gebouw het stempel van de persoonlijkheid des ontwerpers. Een plattegrond is dan ook in technischen zin genomen niet een constructie. Een constructie is een organisme, samengesteld uit onderdeelen, tusschen welke een werktuigelijk of organisch verband bestaat. Een plattegrond is niet anders dan een combinatie of groepeerings van los tegen elkander gezette ruimten, die natuurlijk geen werktuigelijke verrichting (functie) op elkander uitoefenen. Zoo zegt KOHLER in zijn bekende werk, dat een voortbrengsel bestaande uit een potlood met een aan het eene uiteinde bevestigd stuk gomelastiek niet octrooieerbaar is, doch bescherming zou kunnen ontvangen als „Gebrauchsmuster”, indien het nieuw was. Toch is er een technisch effect, doch gevraagd wordt de combinatie en het technische effect van de combinatie ontbreekt. Het potlood schrijft niet beter of anders, omdat er aan het andere uiteinde een vlakgom bevestigd is en het vlakgom radeert niet beter of anders, omdat er aan het andere



uiteinde een potlood vastzit. Is het technische effect van het potlood *a* en het technische effect van het vlakgom *b*, dan is het technische effect van de combinatie *a + b* en het technische effect moest meer of anders zijn, wil er een combinatie-technisch effect wezen en het voortbrengsel octrooierbaar zijn. Hetzelfde is het geval met de combinatie van ruimten, die men een plattegrond noemt. Het *technische* effect van de combinatie ontbreekt.

*Daarentegen beperkt de Octrooiwet de vatbaarheid voor octrooi volstrekt niet tot enkel roerende goederen en is wel een gebouw octrooierbaar.* Een gebouw is een constructie, d.w.z. een samenstelling van onderdeelen, tusschen welke een organisch verband bestaat, dat uit de verticale doorsneden blijkt. Er zijn b.v. hallen voor luchtschepen ge-octrooieerd; uit de doorsneden van de kap- en deur-constructies blijkt het technische effect. Ook zijn er b.v. gebouwen voor panorama's, schouwspelen enz. ge-octrooieerd, bij welke door de constructie voldaan is aan eischen van perspectief en acoustiek. Bij al deze levert echter de plattegrond omtrent de geschiktheid als luchtschepenhal, panorama, schouwburg enz. slechts zeer onvoldoende uitsluitel.

In geen enkel ander land van Europa is dan ook ooit octrooi verleend op den plattegrond van een gebouw.

Heeft het voortbrengsel of de werkwijze, waarop octrooi wordt aangevraagd, het hierboven meermalen omschreven technische effect, of leidt de gedachte vanzelfsprekend daartoe, is derhalve voldaan aan den eisch neergelegd in art. 3 van de Octrooiwet, dan dient te worden nagegaan, of het wettelijke kenmerk van nieuwhed aanwezig is. Terecht zegt Prof. Mr. W. L. P. A. MOLENGRAAFF in het hierboven aangehaalde, dat het vereischte der nieuwhed opgenomen is in art. 2 van de Octrooiwet; indien men n.l. voor het woord „vereischte” leest „kenmerk.”



In overeenstemming met andere octrooiwetgevingen is voor het voldoen aan dat kenmerk een negatief criterium gesteld. Dit is geschied om praktische redenen. Het verkrijgen van octrooi is een recht en mag niet afhankelijk zijn van een gunst. Doch de aanvrager kan bezwaarlijk bewijzen, dat de gedachte, het voortbrengsel of de werkwijze nieuw is. Daarom is den Octrooiraad de bewijslast opgelegd van de niet-octrooieerbaarheid op grond van de niet-nieuwheid en nog een hierna te noemen reden.

In tegenstelling met b.v. de Britsche, Duitse, Oostenrijksche en Amerikaansche octrooiwet is in navolging van b.v. de Fransche, Zweedsche en Turksche het begrip in absoluten zin genomen.

Zij, die zulks ontkennen, gronden hunne afwijkende opvatting op een zinsnede in de Memorie van Toelichting luidende: „Bij de op deze gronden voorgestelde regeling zal de Octrooiraad volkomen vrij zijn in de keuze van de omstandigheden, waaruit hij meent te kunnen afleiden, dat de uitvinding te bekend is, om voor nieuw te worden gehouden.” Leest men echter met aandacht het geheele betoog, waarvan deze zinsnede het slot is, dan bespeurt men, dat die vrijheid bedoeld is in strengen zin tegenover den aanvrager. De Minister wilde niet strenge bepalingen voor den Octrooiraad in het leven roepen; hij wilde dien niet aan banden leggen. Volgens zijn betoog moet de Octrooiraad b.v. zelfs het recht hebben, een bekendheid op Honoloeloe aan te merken als schadelijk voor de nieuwheid. Irrationeel is dat geenszins. Daar ter plaatse kan een voorname tak van industrie beoefend worden, welke ook elders inheemsch is, zoodat aangenomen mag worden, dat van technische tijdschriften of dagbladen etc., welke daar uitgegeven worden en waarin dat onderwerp behandeld is, ook elders kennis kan zijn genomen.

De op de bovenaangehaalde zinsnede volgende begint

met de woorden: „De vrijheid aan den Octrooiraad en ook aan den rechter gelaten”. Dientengevolge heeft die vrijheid een zeer bedenkelijke zijde; niet wat de afwijzing van een octrooiaanvraag betreft, doch wel wat aangaat de verleening. Zij doet afbreuk aan de rechtskracht van menig Nederlandsch octrooi, waarbij de nieuwhed enkel getoetst werd aan Duitsche, Britsche en Fransche octrooischriften en aan de vakliteratuur.

Bovendien blijkt in het wetsartikel zelve nergens van eenige beperking noch in tijd, noch in wijze, noch in plaats. In Frankrijk heeft vóór de verleening geen materieel onderzoek plaats. Bij ons legt het artikel praktisch een zoo goed als onuitvoerbare taak op de schouders van den Octrooiraad en slechts zeer onvoldoende wordt die verlicht door de medewerking van industriele zijde, waartoe de tervisielegging werd ingesteld. In Frankrijk wordt bij een octrooirechtelijk rechtsgeding, dat gewoonlijk het gevolg is van een vermeende inbreuk, door den gedaagde een concreet geval aangebracht, dat de niet-nieuwhed moet bewijzen. Het zoeken van een dusdanig concreet geval door den Octrooiraad kost echter menigmaal veel te veel tijd. Dit heeft geleid tot een opvatting omtrent de draagwijdte van dit artikel, die geen steun vindt noch in de wordingsgeschiedenis van de wet noch in de redactie van het artikel zelf en die de rechtskracht van ons octrooi ten zeerste verzwakt.

Verbetering kan alleen aangebracht worden door wijziging van het artikel.

Het gevolg van het onderzoek kan zijn dat blijkt, dat het voortbrengsel of de werkwijze nieuw is dan wel niet meer nieuw.

Zelfs in dit laatste geval kan het voortbrengsel of de werkwijze nog octrooieerbaar zijn. De beslissing ter zake geeft in laatste instantie art. 1 van de Octrooiwet.

De kracht van dit artikel ligt opgesloten in het woord „uitgevonden”. De meeste octrooiwetgevingen stellen dezen eisch; de Amerikaansche in dezelfde bewoordingen: „who has invented”; slechts de Britsche niet. Deze laatste had dan ook oorspronkelijk de bedoeling de binnenlandsche nijverheid vooruit te brengen door invoer van elders bekende werktuigen en werkwijzen. In het „Statute of monopolies” (1623) stond dan ook „new manufactures within this realm”. Wel volgde daarachter „to the true and first inventor and inventors”, doch nog tot op het huidige oogenblik kan men dat zijn „by communication from abroad” en is enkel de binnenlandsche bekendheid schadelijk voor de nieuwhed. In andere wetgevingen staat evenals in de onze vóór de uitdrukking „uitvinding” of „uitgevonden” het woord „nieuw” zonder meer, hetgeen, de beteekenis van het begrip uitvinding in aanmerking genomen, een pleonasme is. Men heeft daardoor willen uitdrukken, dat het nieuw moest zijn in objectieven en niet in subjectieven zin. Zulks volgt echter niet uit het woord „nieuw” zonder meer, doch ligt implicite opgesloten in het begrip „uitvinding”. Uitvinden beteekent in de beschaafde spreektaal „iets scheppen, dat in objectieven zin genomen nieuw is”. Zulks kan niet anders dan letterlijk worden opgevat; verzwakt men dit begrip om praktische redenen, dan krijgt men een wettelijke fictie. Aangezien ons wetsartikel 2 geen fictie scheidt, doch het begrip nieuwhed in absoluten zin opvat, is het woord „nieuw” in art. 1 volkomen misplaatst.

Bovendien is de nieuwhed geen wettelijk vereischte voor het octrooieeren van een voortbrengsel of een werkwijze. Zeer dikwijls wordt niet slechts bij ons doch ook elders de toepassing van een bekend voortbrengsel of van een bekende werkwijze in een anderen tak van industrie geoctrooieerd. Bijomstandigheden, welke nog



nader zullen worden aangegeven, moeten dit dan rechtvaardigen.

In het algemeen denkt iedereen bij een uitvinding aan iets verdienstelijks. Daarom ligt naast „nieuwheid” in het begrip uitvinding opgesloten een „vooruitgang”. Indien er dan ook geen vooruitgang behoefde te zijn, zou het doen van een uitvinding veel gemakkelijker wezen. Men kan b.v. een werkwijze door eenvoudige middelen samengestelder maken, zonder het technische effect te wijzigen. Hiertoe behoeft men geen scheppingsvermogen te bezitten.

De vereischte vooruitgang behoeft echter niet technisch te wezen, doch kan ook economisch zijn. Dat wil zeggen, het technische effect kan volkomen hetzelfde zijn als het tot dusver bereikte. Wanneer het op goedkoopere of snellere wijze kan verkregen worden, kan het daartoe dienende middel voor octrooiverleening in aanmerking komen. In een enkel geval kan zelfs het verkregen technische effect geringer of slechter zijn dan het bekende; octrooiverleening is zelfs dan niet uitgesloten, wanneer slechts een economisch voordeel bereikt is. Een gloeikousje van mindere lichtsterkte werd geoctrooieerd, omdat het veel duurzamer was.

Weliswaar wordt dan octrooi verleend uit economische overweging, doch men verlieze niet uit het oog, dat de gedachte zich bezig hield met een technisch effect; zij beoogde een snellere of goedkoopere verkrijging van dat effect en bewoog zich derhalve op het gebied van de nijverheid. Een economisch voordeel bij iets, dat geen technisch effect heeft, is nimmer octrooieerbaar.

Zelfs kan de gedachte op zich zelve octrooieerbaar zijn. Dit is o. a. het geval wanneer, zoodra de gedachte openbaar is, de doorsnee-vakman het daartoe benodigde middel ontwerpen kan. Een tijdlang was het gebruikelijk,



bij het verstuiven van kwik de kwikmassa door daarin snel rondwentelende roerpennen in heftige beroering te brengen. Iemand kwam op de gedachte, dat verstuiven op snellere en goedkoopere wijze te bereiken, door de snel in het rond draaiende roerpennen niet in de zware kwikmassa te dompelen, doch als roeispanen over de oppervlakte te doen scheren. Deze gedachte geuit zijnde, kan iedere doorsnee-vakman een behoorlijk werkende constructie bedenken. Het verdienstelijke lag hier in de gedachte en niet in de constructieve verwezenlijking.

Doch behalve nieuwhed en vooruitgang omvat het begrip uitvinding een derde element, n.l. het al of niet voor de hand liggen.

De techniek schrijdt geleidelijk vooruit. Zulk een vooruitgang te octrooieeren, is vrijwel doelloos. Dat het desniettemin geschiedt, wreekt zich zelf. Het geoctrooieerde is in korten tijd achterhaald en overvleugeld; na drie jaren wordt van de grootste helft de jaarcijns niet meer betaald.

De octrooieerbare uitvinding brengt daarentegen de techniek met groote sprongen vooruit; zij is niet het voor den vakman voor de hand liggende gevolg van al het voorgaand bekend geworden; zij vervolgt niet den betreden weg, doch opent nieuwe banen. Het door haar verkregen technische effect is, den stand der techniek in aanmerking genomen, onverwacht.

Men zij bij deze beoordeeling echter uiterst voorzichtig en late haar over aan hen, die in die speciale groep van de techniek vakman zijn. De beoordeeling of iets voor de hand ligt, is geen gevoelskwestie, doch een zaak van positief weten en kunnen, al is en blijft zij subjectief en al kunnen daaromtrent de meeningen verschillen. De niet-technicus is allicht geneigd te zeggen: dat is eenvoudig logisch en volstrekt niet verrassend. De begrippen

„voor de hand liggend” en „logisch” dekken echter elkaar in de techniek niet. De niet-technicus is van meening, dat de techniek niet anders dan logisch beoefend wordt. De uitvinders bewijzen maar al te vaak, dat zulks niet altijd het geval is.

Wanneer een in den een of anderen tak van de techniek gebezigd middel toegepast wordt in een anderen tak, wanneer het derhalve gaat om de nieuwe toepassing van een bekend voortbrengsel of een bekende werkwijze, dan wordt de kwestie een zeer moeilijke. Er zijn dan verschillende zaken te overwegen.

Ten eerste. Is er op het bekende voortbrengsel of de bekende werkwijze een Nederlandsch octrooi verleend, dat nog rechtskracht heeft, dan kan er natuurlijk niet nogmaals octrooi op verleend worden. Het middel zelf is beschermd en niet het daarop aangebrachte etikette. Ingevolge art. 30 van de Octrooiwet geeft een octrooi den houder het uitsluitend recht tot de vervaardiging of toepassing en tot het gebruik. Met dit laatste wordt bedoeld het gebruik, dat er, zonder er iets aan te veranderen, van kan worden gemaakt. Iets, dat als vóórheen hier geoctrooieerd is, kan niet nogmaals geoctrooieerd worden als gereedschap voor het openmaken van sigarenkistjes. Met de bekendheid wordt in het voorbeeld er een bedoeld, welke niet voortspuit uit een nog in Nederland van kracht zijnd octrooi, doch de bekendheid is van gemeengoed, of van een in het buitenland verleend octrooi.

Ten tweede. Is er genoegzame analogie tusschen de verrichtingen in den eenen en den anderen tak van de techniek, om te kunnen concluderen, dat de nieuwe toepassing een voor de hand liggende is, dan wel is het verschil zoo groot, dat er scheppingsvermogen noodig was, om tot de nieuwe toepassing te komen?

Ten derde. Waren aan de toepassing vroeger, toen de techniek nog niet zoo ver gevorderd was, onoverkomelijke bezwaren verbonden, welke door de geleidelijke voortschrijding opgeheven zijn, of was zulks niet het geval?

Ten vierde. Is het technische effect van het bekende middel in den anderen tak van industrie het gewone en was dat te verwachten, of bleek het middel in het nieuwe samenstel van verrichtingen een meer dan gewone uitwerking te hebben?

Van een of meer dezer bijomstandigheden hangt de al- of niet-octrooierbaarheid af.

Uit al het vorenstaande mag het volgende worden afgeleid.

Het is onjuist, dat in art. 3 van de Octrooiwet de eisch van vooruitgang is neergelegd. Het artikel bepaalt, dat enkel die uitvinding voor octrooiverleening vatbaar is, waarbij de gedachte zich bezig hield met het gebied van de nijverheid. Volgens den aangenomen regel is zulks het geval, zoodra er bij het uitwerken een technisch effect wordt opgewekt, d.w.z. zulk een werktuigelijke verrichting, scheikundige reactie of physische werking, als geheel onderworpen is aan den menschelijken wil. Dat technische effect wordt geschapen door het doen optreden onder bepaalde omstandigheden van een enkele natuurkracht, of door in een bepaalde groepeeringsverschillende natuurkrachten op elkaar te doen inwerken.

Het is ook onjuist, dat bekendheid een onoverkomelijk bezwaar is voor de verleening van octrooi op een voortbrengsel of een werkwijze. In art. 2 van de Octrooiwet is enkel het kenmerk aangegeven, aan hetwelk men ziet, of het een of ander middel van openbare bekendheid is. Slechts kan toegegeven worden, dat, zoo de niet-nieuwheid niet gebleken is, de kans op octrooiverleening veel grooter is. Daar het artikel omtrent de nieuwheid geen



wettelijke fictie schept, kan het gevoegelijk worden gemist.

In art. 1 van de Octrooiwet is het woord „nieuw” in verband met de gangbare opvatting van het begrip „uitvinding” een pleonasme. Een bekend voortbrengsel kan niet worden uitgevonden. Wordt in het hiervoren behandelde geval octrooi verleend, dan is de uitvinding de nieuwe toepassing. Het is derhalve onjuist, dat enkel de constructieve verwezenlijking of de stoffelijke uitvoering octrooieerbaar is; ook de gedachte zelve is zulks en wel in twee gevallen, n.l. de gedachte betrof de nieuwe toepassing, of was een zoodanige, dat de verwezenlijking lag binnen het bereik van den doorsnee-vakman. Het art. 1 is dan ook onvolledig. De eisch van nieuwheid is weliswaar opgesloten in het woord „uitgevonden”, doch is slechts in verband gebracht met een voortbrengsel, een werkwijze of een verbetering daarvan en niet met een toepassing.

In het begrip uitvinding zijn drie elementen vervat, n.l. de nieuwheid, de vooruitgang en het niet voor de hand liggen.

In de verleeningsprocedure is de gang van zaken de volgende. Men gaat na, of de gedachte zich bezig heeft gehouden met een technisch effect en of het uitwerken van de gedachte geleid heeft tot een praktisch resultaat. Vervolgens gaat men zoo goed mogelijk na, of dat resultaat in absoluten zin nieuw is. Wanneer dat het geval is, gaat men na, of dat resultaat in eenig opzicht, technisch of economisch, beter is dan tot dusver in de techniek werd verkregen. Ten slotte gaat men na, of dat resultaat verkregen is met niet voor de hand liggende middelen. Blijkt het resultaat niet nieuw te zijn, dan gaat men na, of de gedachte zelve nieuw was en of bijomstandigheden haar stempelen tot een uitvindingsgedachte.

Zondert men de uitvindingen uit, welke zich niet bezig

hielden met een technisch effect, dan blijkt, dat de eischen voor de octrooieerbaarheid de drie elementen zijn, welke vervat zijn in de ook in onze spreektaal gangbare opvatting van het begrip uitvinding, hierboven aangegeven.

Houdt men die drie elementen van het begrip uitvinding in gedachte, dan kan men de octrooieerbare uitvinding definieeren als volgt.

Een octrooieerbare uitvinding is een uitvinding, welke een technisch effect beoogde, n.l. een uitsluitend van den menschelijken wil afhankelijk gemaakte werktuigelijke verrichting, scheikundige reactie of physische werking, in het leven geroepen door één bepaalde natuurkracht dan wel door een bepaalde groepeerings van natuurkrachten, en welke geleid heeft tot een praktisch resultaat.

Al naarmate de omstandigheden is dan octrooieerbaar òf de gedachte zelve, òf de verwezenlijking in een voortbrengsel of in een werkwijze.

Er is geen uitvinding, indien er niet is nieuwhed, in casu van voortbrengsel, werkwijze of toepassing daarvan; dan wel vooruitgang, in casu in technisch of in economisch opzicht; dan wel een en ander het gevolg is van voor de hand liggende middelen.

Het spreekt wel vanzelf, dat de bovengegevene definitie niet opgaat voor wetgevingen, waarin omtrent het begrip „niewhede” een wettelijke fictie is geschapen. Zij zou dan als volgt moeten luiden.

Een octrooibare uitvinding is een gedachte, welke een technisch effect beoogde, n.l. een uitsluitend van den menschelijken wil afhankelijk gemaakte werktuigelijke verrichting, scheikundige reactie of physische werking, in het leven geroepen door één bepaalde natuurkracht dan wel door een bepaalde groepeerings van natuurkrachten, en welke geleid heeft tot een praktisch resultaat, dat aan de wettelijke fictie van nieuwhede voldoet, dan wel enkel

op zich zelve dienovereenkomstig nieuw is, doch in elk geval een schrede voorwaarts is op het gebied van het technisch-kunnen.

Betrekkelijk de Britsche octrooiwet kan dan het allerlaatste zinsdeel vervallen.

Door het meermalen uitvoerig omschreven technische effect tot criterium te stellen, is het gebied van de nijverheid voldoende verruimd. Waar bij landbouw, mijnbouw enz. een technisch effect wordt opgewekt, daar ligt dat deel van die bedrijven op het in de wet bedoelde gebied van de nijverheid.

#### B. *De niet-octrooieerbare uitvinding*

Behalve de uitvindingen, welke zich niet bezig hielden met een technisch effect, zooals dat in het octrooirecht wordt opgevat, zijn niet octrooieerbaar de zoogenaamde stoffen alsmede die voortbrengselen en werkwijzen, welke zelve of welker doel in strijd zijn met de wetten, de openbare orde of de goede zeden.

De vraag is nu derhalve in de eerste plaats: welke voortbrengselen zijn in octrooirechtelijken zin stoffen? Stoffen toch zijn ook voortbrengselen; men verstaat daaronder al het stoffelijke, zinnelijke en wel in tegenstelling met geest, het geestelijke, bovenzinnelijke. In het algemeen verstaat men onder stof al hetgeen ruimte inneemt en onder het bereik der zinnen valt. In het bijzonder rekent men daartoe echter de deelbare zelfstandigheid, die allerlei gedaanten kan aannemen. Men onderscheidt levende, doode, bewerkte en onbewerkte stof.

De hierboven gestelde vraag is niet gemakkelijk te beantwoorden. Het is geheel willekeurig, dat onze Octrooiwet alle stoffen van de octrooiverleening uitsluit; in



sommige wetgevingen, zooals de Fransche en Duitsche, kunnen bepaalde stoffen octrooi verkrijgen; in weer andere zooals de Britsche en Amerikaansche zijn alle stoffen octrooieerbaar. Het verschil tusschen een voortbrengsel en een stof kan derhalve niet daarin gelegen zijn, dat het eerste wel aan de eischen van octrooieerbaarheid kan voldoen en de tweede niet; anders zouden stoffen in geen enkel land octrooieerbaar kunnen zijn.

Het hierop betrekking hebbende artikel luidt in onze Octrooiwet: Indien voor een werkwijze tot bereiding eener stof of voor een verbetering van een zoodanige werkwijze octrooi is verleend, strekt dit zich uit tot die stof, mits volgens die werkwijze of met toepassing van die verbetering bereid. Voor een stof op zich zelve wordt geen octrooi verleend.

De woorden „bereiding” en „bereid” in de eerste zinsnede van het artikel zouden mogen doen vermoeden, dat onze Octrooiwet slechts die stoffen op het oog heeft, welke verkregen zijn langs physischen, chemischen, of physisch-chemischen weg. Dan zou echter in de tweede zinsnede hebben moeten staan: Voor een *bereide* stof op zich zelve wordt geen octrooi verleend. Stoffen worden n.l. ook *vervaardigd* en wel langs mechanischen weg, b.v. laken enz.

Was het de bedoeling van het artikel enkel de bereide stoffen uit te sluiten, dan zou niet tijdens de beraadslaging gevraagd zijn of linoleum een stof was in den zin van de wet. De constante praktijk van den Octrooiraad wijst dan ook uit, dat bij ons geen enkele stof octrooieerbaar is.

Daar in de Octrooiwet de definitie van een stof ontbreekt, moet in de eerste plaats worden nagegaan, wat men in het dagelijksche leven daaronder verstaat.

Men stuit dan echter dadelijk op dit bezwaar, dat bijna geen woord in onze taal zooveel beteekenissen heeft als

juist het woord stof. De Franschen onderscheiden poussière, poudre, étoffe en matière, doch gaan ook daarbij nog niet ver genoeg. Meestal wordt onder poussière verstaan zeer fijn poeder van aarde, doch ook de geringheid, de nietigheid en soms het overblijfsel van den mensch na zijn dood. Poudre is andere fijn verdeelde stof dan aarde, doch wordt ook wel voor de overige beteekenissen van poussière gebezigd. Gewoonlijk beteekent étoffe weefsel, doch het woord wordt ook gebruikt voor stof in ruimer zin en ook voor alliages. Matière geeft het algemeene begrip aan doch ook datgene, waarvan iets gemaakt is. Matière première is dan de ruwe stof, het nog onbewerkte natuurvoortbrengsel, dat de kunst moet bewerken; doch ook in algemeener zin elk bestanddeel in de samenstelling van een lichaam.

Wat een onbewerkt natuurvoortbrengsel is, behoeft niet te worden aangeduid; het is op zich zelf niet octrooieerbaar, omdat het niet kan worden uitgevonden, doch enkel kan worden ontdekt. Hier behoeven slechts behandeld te worden de bewerkte stoffen en daar geen enkele stof bij ons octrooieerbaar is, dient de vraag beantwoord te worden: hoelang blijft een bewerkte stof een stof en wanneer wordt zij een octrooieerbaar voortbrengsel?

Stoffen kunnen, zooals hiervoren gezegd is, worden bereid dan wel vervaardigd. De bereiding geschiedt door chemische reactie, natuurkundige werking of langs physisch-chemischen weg. De vervaardiging geschiedt op mechanische wijze.

Onder scheikundige reactie is te verstaan eene werking, waarbij het innerlijke wezen van de gebruikte stoffen verandert, die stoffen in elkaar opgaan en een verbinding vormen met een eigen innerlijk wezen, zoodat de verkregen samengestelde stof homogeen is.

Bij een natuurkundige werking daarentegen ondergaat het innerlijke wezen van de gebruikte stoffen geen verandering; de stoffen gaan niet in elkaar op, vormen geen verbinding doch een mengsel en de verkregen samengestelde stof is niet homogeen.

Homogeen beteekent dan, dat de stof in ieder deel hoe klein ook van dezelfde gesteldheid is.

Daar het spraakgebruik ons geen houvast biedt voor de beantwoording van de vraag, dient wel te worden nagegaan, of de wordingsgeschiedenis van de wet ons eenig licht verschaffen kan.

Toen den Minister tijdens de beraadslaging in de Tweede Kamer gevraagd werd, wat onder een stof zou worden verstaan, gaf hij onder meer het volgende antwoord:

„Wij hebben gezocht naar een begrip, dat praktisch kon worden toegepast. Wanneer de geachte afgevaardigde heeft gevraagd: wat bedoelt gij met stof? dan is mijn antwoord daarop dit: datgene wat niet in een voorwerp aan een vorm gebonden is, dus ook niet een verzameling van voorwerpen aan een vorm gebonden, maar een materie, die men zou kunnen noemen: voor praktische doeleinden homogeen. De materie, waarover het hier gaat, moet voor praktische doeleinden, natuurlijk niet voor wetenschappelijk onderzoek, in al haar deelen van dezelfde samenstelling zijn. Die stof is een compositum, maar hare samenstelling behoeft niet tot stand gebracht te zijn door chemische reacties, noch behoeft zij naar de regelen der chemie homogeen te worden geacht, maar zij moet naar hoeveelheid worden gemeten en in iedere hoeveelheid beschouwd worden als van dezelfde samenstelling; ook bij dit laatste weer niet een hoeveelheid, die wetenschappelijk denkbaar, maar een die in de nijverheid bruikbaar is. Als wij die definitie behouden, dan kunnen wij er praktisch komen”.



In deze uitspraak treft men twee criteria aan; ten eerste de stof moet niet in een voorwerp aan een vorm gebonden zijn, ten tweede zij behoeft niet absoluut homogeen te wezen, doch moet in iedere praktisch bruikbare hoeveelheid van dezelfde samenstelling zijn.

Het tweede criterium kan onvoorwaardelijk worden aanvaard; stoffen blijven stoffen, zoolang zij in een praktisch bruikbare hoeveelheid genomen geacht kunnen worden homogeen te zijn.

Het eerste criterium moet echter niet in absoluten zin worden opgevat; anders waren enkel gassen, vloeistoffen en vormelooze massa's stoffen in den zin der wet. Alsdan had de Minister niet zulk een omhaal van woorden behoeven te bezigen en had hij zich niet behoeven te onttrekken aan de beantwoording van de vraag, of linoleum zal worden aangemerkt als een stof. Wat men in het dagelijksche leven verstaat onder linoleum, kan men zich moeilijk voorstellen als een vormelooze massa.

Deze critiek berust op de volgende overwegingen.

Zooals in het voorafgaande omtrent de octrooieerbare uitvinding uiteengezet werd, moet — wil er octrooi kunnen worden verleend — de gedachte gericht zijn geweest op een technisch effect, d. w. z. een werktuigelijke verrichting, scheikundige reactie of physische werking, welke in alle opzichten onderworpen is aan den menschelijken wil.

Dit moet aldus worden opgevat, dat voortbrengselen enkel een werktuigelijke verrichting in het leven kunnen roepen, doch bij de tenuitvoerlegging van een werkwijze zoowel scheikundige reacties en natuurkundige werkingen als werktuigelijke verrichtingen kunnen optreden.

Met dit laatste wordt niet bedoeld, dat voortbrengselen, bepaaldelijk werktuigen, machines en toestellen, een werkwijze uitvoeren, want een werkwijze is een handelingen-

reeks en kan derhalve enkel door den mensch verricht worden, doch dat bij handenarbeid behalve scheikundige reacties en physische werkingen ook werktuigelijke verrichtingen tot stand kunnen komen.

Wij zijn dan dezen stap verder gekomen, dat een voortbrengsel, wanneer het een scheikundige reactie of natuurkundige werking uitoefent, geen voortbrengsel is in den zin van de Octrooiwet. Voortbrengselen hebben dat, wat men in het octrooirecht noemt een functie (werktuigelijke verrichting); stoffen hebben eigenschappen. Een voortbrengsel kan wel een uitwerking hebben, die analoog is aan een physische werking; men kan, door den stamper in een vijzel te hanteeren, iets fijn verdeelen, doch dit is een werktuigelijke verrichting en natuurkundige werkingen ontstaan slechts door de inwerking van een stof op een andere, waarbij dan mengingen, ontmengingen en verdeelingen kunnen optreden.

Wanneer derhalve een voortbrengsel niet heeft, wat men in het octrooirecht noemt een functie, dan is dat geen voortbrengsel meer in den zin van de Octrooiwet, doch is het een stof. Daaruit volgt dan, dat voedings-, genot- en geneesmiddelen in octrooirechtelijken zin stoffen zijn. Daarbij is het onverschillig, of en in welken vorm zij gebonden zijn. Kinine heeft dezelfde uitwerking, of men haar inneemt in poeder- dan wel in bolvorm.

De functie spuit voort uit de constructie; de eigenschap uit de geaardheid.

De constructie nu kan op haar beurt voortspruiten uit de verdeeling van de stof in het voortbrengsel. Een vlak stuk staal is geen mes; de stof moet zoodanig verdeeld zijn, dat aan de eene zijde een snijkant ontstaat. De vereeniging van een stuk hout en een stuk ijzer is dan eerst een hamer, wanneer de stoffen op een zeer bepaalde wijze in het voorwerp verdeeld zijn. De hout-

stof moet meer in lengte- dan in breedte- of dikte-richting aangebracht zijn, wil er een bruikbare steel tot stand komen. De ijzerstof moet zoodanig verdeeld zijn, dat er een geschikte slagkop ontstaat. De hoeveelheid dient zoodanig gekozen te worden, dat het zwaartepunt zoo ver mogelijk verwijderd is van het aanvateinde van den steel; het moment is dan het grootste. Een tandrad dankt zijn geschiktheid als zoodanig aan de wijze, waarop de stof daarin verdeeld is. Een spijker, een schroefbout, een moer dito.

Alle enkelvoudige voortbrengselen, welke door de bepaalde verdeeling van de stof een functie hebben, noemt men in de techniek organen. Door een bepaalde vereeniging van zulke organen ontstaat het organisch verband, dat de eindresultante van de verschillende werktuigelijke verrichtingen opwekt.

Wil men een werktuigelijke verrichting in het leven roepen, dan heeft men natuurlijk ook rekening te houden met de geaardheid van de stof, waarvan het voortbrengsel gemaakt wordt. Van was kan men geen veer maken. Die geaardheid heeft ook invloed op de grootte van de werktuigelijke verrichting; een hamer met een ijzeren kop maakt een krachtiger slag mogelijk dan een met een even grooten houten kop. Ten slotte heeft die geaardheid invloed op de duurzaamheid enz.

Bij elk voortbrengsel trekt men partij van de eigenschap der stof, waarvan het gemaakt is, doch eerst de bepaalde verdeeling van die stof scheidt het voortbrengsel.

Eerst zagen wij, dat alle gassen, vloeistoffen en vormelooze massa's stoffen zijn. Daarna zagen wij, dat voortbrengselen, welke geen werktuigelijke verrichting opwekken, ook stoffen zijn. Tenslotte zagen wij, dat die functie het gevolg is van de bijzondere verdeeling van de stof in het voortbrengsel.



Daaruit volgt dan dat, als de stof in een voortbrengsel niet op een bijzondere wijze verdeeld is, dat voortbrengsel in octrooirechtelijken zin een stof is.

Mag men echter dit criterium in absoluten zin opvatten? Blijkbaar niet, want dan zou een kininepil, of een vel papier, een lap laken, waarin de stof op een bepaalde wijze verdeeld is, een voortbrengsel zijn.

Een functie is het gevolg van een constructie en een constructie is het gevolg van een bepaalde verdeling van de stof in het voortbrengsel, doch omgekeerd heeft niet elke verdeling van de stof tot resultaat een functie.

Zulks hangt af van de bestemming. Is die bestemming een werktuigelijke verrichting, dan is er een voortbrengsel geschapen.

Doch nu komen de grensgevallen en daarmede de moeilijkheden.

Is, om een voorbeeld te noemen, de bestemming van linoleum een werktuigelijke verrichting?

Voortbrengselen worden gebezigd in statischen en in dynamischen toestand. In het eerste gedeelte van dit opstel, dat handelt over de octrooieerbare uitvinding, werd gezegd, dat een voortbrengsel in statischen toestand door zijn constructie weerstand kan bieden aan de daarop inwerkende krachten. Doch heeft linoleum een constructie, heeft het niet veeleer een geaardheid? Heeft linoleum een functie, of heeft het veeleer een eigenschap? Biedt het aan slijtage beter weerstand dan een rieten mat door zijn constructie of door zijn geaardheid? Natuurlijk door zijn geaardheid. Wil men het een constructie toekennen, in zooverre de stof er op een bepaalde wijze in verdeeld is, dan heeft het die constructie met de rieten mat gemeen. Overigens staat het in constructie achter bij die rieten mat, welke door samenvlechting verkregen is.

Deze opvatting van het begrip constructie sluit zich aan de beteekenis aan, welke daaraan in het spraakgebruik wordt toegekend. Constructies ontstaan door vereeniging van organen, samenstellingen door vereeniging van stoffen. Nu heeft een orgaan volgens de hiervoor gegevene definitie weliswaar ook reeds een constructie, doch een stof heeft enkel geaardheid. Door de bepaalde verdeeling van de stof kan een constructie in engeren zin, een orgaan, ontstaan; door de vereeniging van organen ontstaat een constructie in ruimeren zin.

De eigenlijke bestemming van kurkzeil en van gevlochten riet is niet zoozeer een werktuigelijke verrichting doch meer een natuurkundige werking. Al is in gevlochten riet de stof op een bepaalde wijze verdeeld en al zou men zelfs kunnen zeggen, dat het geconstrueerd is, toch is de bestemming niet een functie.

Evenmin is functie de bestemming van papier, linnen, fluweel enz. Het is wel geen matière première, het ruwe onbewerkte natuurvoortbrengsel, doch het is toch matière, waarvan iets kan gemaakt worden. Het is in het bijzonder, zooals reeds in de inleiding werd aangegeven, de deelbare zelfstandigheid, die allerlei gedaanten kan aannemen en dan tot bestemming krijgt een functie, tot welker intensiviteit de eigenschap van de stof bijdraagt, doch welk voortbrengsel, wil het aan zijne bestemming blijven voldoen, niet meer deelbaar is.

Een rieten mand, een flesch, een papieren doos, een tasch van kurkzeil, leder of zeildoek is een voortbrengsel en als zoodanig ondeelbaar. Het in het dagelijksche leven praktisch bruikbare deel van een rol linoleum kan nog als bekleeding dienen.

Voortbrengselen worden niet gekenmerkt door hun eigenschappen, nuttigheid, bruikbaarheid, fraaiheid, doch door hun functie. Stoffen worden gekenmerkt door hun

eigenschappen, door hun geaardheid, en hebben geen functie.

Een bepleistering is een stof; de muur is bekleed met een stof, niet met een voortbrengsel; evengoed als de verf op een deur stof blijft.

Een wegbekleding kan ook een stof zijn. Is die bekleeding van grind, cement of asfalt, dan ontbreekt het organisch verband. In praktisch nog bruikbare maat willekeurig verdeeld, blijft het nog bekleeding. Dit is niet het geval, wanneer de bekleeding bestaat uit in verband aangebrachte steenen, houten blokken enz. Zoodra het verband verbroken wordt, houdt de werktuigelijke verrichting op.

Doch dit zijn grensgevallen. De onpartijdigheid gebiedt te vermelden, dat de meeningen omtrent de al of niet octrooieerbaarheid van linoleum en andere bekleedingen als bepleisteringen, wegbekleedingen enz. bij den Octrooi-raad verdeeld zijn.

De kwestie heeft een praktische zijde. Octrooien op werkwijzen hebben een geringere rechtskracht dan die op een voortbrengsel. Volgens het artikel strekt het octrooi op de bereidingswijze zich uit tot de op die wijze bereide stof; bij de werkwijze ter vervaardiging echter niet. Is op de bereidingswijze van een stof octrooi verleend, dan kan weliswaar op een andere bereidingswijze eveneens octrooi verkregen worden, doch de stof verkregen door een bepaalde werkwijze is ten minste beschermd. Is er echter overeenkomstig de aanvraag op de wijze van vervaardiging van een stof hier octrooi verleend, dan kan het elders vervaardigd en hier ingevoerd worden. Zulks is geen inbreuk op het octrooi voor de werkwijze. Daarom zal men steeds trachten in zoo'n geval octrooi op het voortbrengsel zelf te krijgen. Niet alleen is men dan gevrijwaard tegen straffeloozen invoer, doch art. 30



van de Octrooiwet waarborgt door zulk een octrooi een uitsluitend recht op de vervaardiging, waarvan de wijze door niets beperkt is.

Het is dus van veel belang, of iets aangemerkt wordt als een voortbrengsel dan wel als een stof. In het eerste geval kan een octrooi verkregen worden met grootere rechtskracht dan in het tweede.

Wij hebben echter gezien, dat èn de bewoordingen van het artikel èn het spraakgebruik èn de wordingsgeschiedenis van de wet ons in den steek laten bij de afdoende beantwoording van de vraag, hoelang een bewerkte stof nog stof blijft en wanneer het een voortbrengsel wordt in den zin van de wet; de meeningen blijven derhalve vrij.

De voorgaande uiteenzettingen kunnen samengevat worden in de volgende definities.

Stoffen in octrooirechtelijken zin zijn de ruwe en die bewerkte, welker bestemming is het verwekken van een scheikundige of physische werking. Ze zijn gekenmerkt door de eigenschap van deelbaarheid en door hun geaardheid (samenstelling, gesteldheid).

Voortbrengselen in octrooirechtelijken zin zijn die bewerkte stoffen in vasten vorm, welker bestemming is het verwekken van een werktuigelijke verrichting. Zij zijn gekenmerkt door de eigenschap van ondeelbaarheid en door hun constructie, in engeren of ruimeren zin.

Tusschen deze beide soorten kunnen bewerkte stoffen in vasten vorm voorkomen, omtrent welker bestemming in elk bijzonder geval zal beslist moeten worden, of die is een scheikundige of physische werking dan wel een werktuigelijke verrichting. Zij zijn gekenmerkt door de eigenschap van deelbaarheid, doch bovendien zoowel door hun geaardheid als door hun constructie, dit laatste opgevat in engeren zin.

Een stuk verf, cement, een stuk lijm, beton, kalk, O.-I. inkt (niet slechts in vloeibaren doch ook in vasten vorm), mortel, rubber, een stuk vlakgom is in octrooi-rechtelijken zin een stof, doch volgens mij ook linoleum, een cementen bepleistering, een verflaag, een betonnen bevoering, een asfalten bekleeding. Een bestrating of wegbekleeding van in verband aangebrachte steenen, hout- of steenblokken is een voortbrengsel; de constructie is overwegend; vervalt bij de verdeling het verband, dan vervalt ook de functie. Hetzelfde is ook het geval met gewapend beton; niet alleen is het een constructie, doch die constructie, de wapening, wordt direct ingericht naar het doel, den fundeeringspaal, den balk, het gewelf, de buis enz. Gewapend beton op zich zelve wordt niet vervaardigd en is dan ook „als Ding an sich” in den handel niet verkrijgbaar.

Door mijn opvatting worden de rechten van den octrooihouder niet verkort. Men behoeft niet bevreesd te zijn, dat een terrazzovloer in het buitenland zal worden gemaakt en kant en klaar hier zal worden ingevoerd; door het octrooi op de werkwijze is de houder voldoende beschermd. Rest slechts, dat het ontdekken van een onwettige navolging van een werkwijze moeilijker is dan van een onwettige vervaardiging van een voortbrengsel.

Bovendien geef ik toe, dat het geen bewijs is voor de juistheid van mijn opvatting. Ik heb er alleen mede willen aantoonen, dat mijn opvatting niet leidt tot een overwegend praktisch bezwaar. En naar mijn bescheiden meening is de tegenovergestelde opvatting technisch niet juist.

Niet minder moeilijk is de beantwoording van de vraag welke voortbrengselen of werkwijzen in wezen of in doel in strijd zijn met de wetten, de openbare orde of de goede zeden. Wel is uit de bepaling te begrijpen, dat de aard of

de bestemming noodzakelijk zal moeten leiden tot een overtreding; dat er misbruik van kan worden gemaakt is geen criterium. Zoo kan er met een vuurwapen in het wilde worden geschoten, doch dat is geen noodzakelijk uitvloeisel van den aard of de bestemming.

Komt men echter in de praktijk tot een concreet geval van toepassing, dan merkt men eerst hoe lastig het is.

Van een Gebrauchsmuster is mij bekend, dat in Duitschland de bescherming daarop ingevolge een analoge bepaling in de wetgeving geweigerd werd. De beschikking in extenso lezende, achtte ik de overweging juist.

Wat strijd is met de openbare orde, is nog steeds niet in een voor alle gevallen geldende definitie aangegeven; men verstaat er soms meer onder dan de orde in het openbaar.

Goede zeden is geen vaststaand begrip.

Het schijnt mij dan ook een hopelooze zaak een zelfs maar eenigszins praktisch bruikbare definitie te geven, welke als houvast zou kunnen dienen voor de toepassing van het wetsartikel.

Persoonlijk zou ik mij daarbij laten leiden door mijn ethisch gevoel, het onderscheid n.l. dat ik persoonlijk voel tusschen goed en kwaad.

's-Gravenhage, Augustus 1920

W. MOORREES  
*Civiel-Ingenieur*



### Drieërlei gewoonterecht

---

Het is er verre van, dat in de materie van het beklemrecht zich reeds voor alle gevallen vaste regels hebben gevormd, die in de practijk algemeene toepassing vinden. De toestand is sinds 1838, toen de wetgever er maar van afzag uit de op dat stuk heerschende rechtsregels een codificatie samen te stellen en er zich toe bepaalde één algemeene, vrij mystieke formule te scheppen (1654 B. W.), nog niet noemenswaard veranderd (1). Uit een eenvoudige casuspositie, hieronder ter sprake gebracht, moge dit nog eens worden aangetoond (2).

De buiten eenige gemeenschap van goederen gehuwde echtelieden A. en B. staan respectievelijk als meier en meiersche eener beklemming bij den landeigenaar te boek.

---

(1) Dat desniettenstaande het aantal processen de laatste jaren aanmerkelijk is geslonken, is zeker toe te schrijven aan het feit, dat partijen er meer en meer de voorkeur aan geven een schikking te treffen. Wij tellen sinds 1892 tot en met 1918 slechts 7 rechterlijke beslissingen, waaronder twee in appèl, tegen 30, waaronder 9 in appèl en 1 in cassatie in de zeven en twintiger jaren vóór 1892. Vgl. FONTEIN, Rechterlijke Uitspraken over het Groninger Beklemrecht van 1861—1892.

(2) Een typisch staaltje levert ook — en dat nog wel over een fundamenteel punt — het op twee wijzen geserveerde ontwerp van de Commissie uit de Prov. Staten, ingesteld in het jaar 1878, in het eene waarvan de meier als eigenaar, de oorspronkelijke landeigenaar als een soort renteheffer wordt beschouwd, terwijl in het andere volgens de gangbare opvatting de meier een zakelijk gebruiksrecht op een anders grond heeft, welke in eigendom toebehoort aan den gene, die de huur ontvangt. Vgl. GRATAMA, Het Beklemrecht in zijn geschiedkundige ontwikkeling, blz. 324.

A., die de beklemming van zijne ouders heeft geërfd en wiens vrouw later na zijn trouwen is te boek gesteld, overlijdt; zijn uit het huwelijk met B. geboren zoon C., die de eenige wettige erfgenaam is, wenscht nog bij het leven zijner moeder ingeboekt te worden en de vraag doet zich voor: wat is thans rechtens ten opzichte van deze inboeking, tevens met het oog op de verschuldigde geschenken.

Men zou zich de volgende drie antwoorden kunnen voorstellen:

1°. *Er is hier een geval van overdracht onder de levenden aanwezig.*

Van de twee te boek staande meiers is er een overleden. De langstlevende alsnog te boek staande meier is thans de eenige tot het landgebruik gerechtigde en zal nu een ander als meier in casu de erfgenaam C. moeten ingeboekt worden, dan heeft er overdracht onder de levenden plaats met dien verstande, dat de langstlevende echtgenoot tegen afgaand geschenk kan worden uitgeoekt en de nieuwe meier tegen aangaand geschenk ingeboekt.

Deze opvatting is gegrond op de leer, dat de inboeking bij den eigenaar het recht van den meier als zoodanig doet ontstaan. Men kan als het ware twee verschillende normen onderscheiden, welke den loop van het recht van beklemming besturen (1): een *civielrechtelijke*, volgens welke het recht overgaat in overeenstemming met de gewone beginselen van het civielrecht en uitsluitend betreft de verhouding tusschen den meier en zijn opvolger en een *beklemrechtelijke*, die, zooals gewoonlijk gezegd wordt (2), het verband legt tusschen den meier en landeigenaar. Alleen met den ingeboekte heeft deze laatste

(1) GOCKINGA, Brieven over het recht van beklemming, 1864, blz. 63, 80, 83, 103 en 122.

(2) In navolging van FEITH, Handboekje, 1848, blz. 31.

te maken. Civielrechtelijk moge het recht door overdracht onder de levenden of bij versterf verkregen worden, om die verkrijging te perfecteren is in elk geval noodig de inboeking bij den eigenaar en eerst daardoor wordt de gebruiker tot meier in beklemrechtelijken zin verheven. De mogelijkheid is daardoor niet uitgesloten, dat beide normen niet steeds gelijke werking hebben en dat volgens civielrechtelijke beginselen, zooals ook hier, waar is aangenomen, dat de langstlevende echtgenoot overigens geen recht op de beklemming kan doen gelden, het recht vererft, terwijl volgens beklemrechtelijke beginselen een overdracht onder de levenden plaats vindt.

Voor de hierboven geschetste zienswijze kan de verklaring worden gevonden in de geschiedenis van het beklemrecht.

Oorspronkelijk was het genotsrecht van den huurder aan de persoon van den gebruiker gebonden, kon dit recht dus niet zonder meer door hem bij zijn leven aan anderen worden overgedragen (1) en evenmin bij zijn dood, in het algemeen op zijne erfgenamen overgaan (2). Daarvoor was noodig de toestemming van den landeigenaar, ter verkrijging waarvan dan aan dezen bij wijze van contra-prestatie een extra-bijdrage z.g. geschenk, berekend naar den door partijen vastgestelden huurprijs,

(1) Een uitzondering is gemaakt in het Ommelander Landrecht 1601, voor «wat verhuurt is over de 6 jaren (dewijle men dat holdet voor een aert van pacht)», hetgeen dus gelijkstond met erfpacht en overdraagbaar was (Boek IV, art. 39), eveneens in het Oldambster Landrecht 1618 voor «wat over 9 jaren ende op menschen levent verhuurt is» (Boek IV, art. 115), hetgeen volgens art. 116 «een aert van pacht heeft». Het Selwerder Landrecht 1673 (Boek IV, art. 45) en het Groninger Stadsrecht 1702 (Verhuyringe van huysen, off Hoven ende Landen: art. 12) maakten deze uitzondering niet.

(2) Vgl. FOCKEMA ANDREAE, Het Oud-Ned. Burgerlijk Recht, dl. 1, blz. 357.



werd betaald. Beider belang, zoowel van den eigenaar als van den meier, van den eersten, om niet bij de beëindiging der rechtsbetrekking genoodzaakt te worden de door den meier op het land geplaatste en dezen in eigendom toebehoorende behuizing, over te nemen, van den tweeden, om zich en zijne nakomelingen het gebruik van het land duurzaam te verzekeren en dus gaande in dezelfde richting, bevorderden niet alleen de voortdoring der rechtsbetrekking, doch hadden tevens ten gevolge, dat spoedig, nog in de 17e eeuw (1) de meier als regel over zijn genotsrecht mocht beschikken zonder toestemming van den eigenaar, waarvoor dan als regel een door den meier te betalen geschenk was in de plaats getreden. Ook het aan het Germaansche recht ontleende denkbeeld van de gezamende hand om als subject van het meierrecht te beschouwen des meiers huisgezin als eenheid, droeg er toe bij de rechtsbetrekking bij zijn dood te bestendigen; immers viel de meier als hoofd van het gezin weg, de kinderen of een van de kinderen, die reeds deel uitmaakten van die eenheid, traden eenvoudig als nieuwe vertegenwoordigers daarvan voor hem in de plaats en zookwam het, dat men langen tijd dezen overgang niet als een vererving beschouwde (2). Pas in het begin der 18e eeuw (3) is dit regel geworden en spoedig volgde toen ook de

(1) In de artt. 45, 46 en 47 van de Instructie van den Rentmeester van 1632 (FEITH 1, 248/249) voor de onder behuizing bekleemde landen, wordt voor het laatst met zooveel woorden de eisch van toestemming voor overdracht gesteld en dat op straffe van verlies van het landgebruik.

(2) Zooals HAMAKER (W. P. N. R. n°. 1371, blz. 172) het uitdrukt: er was overgang van het beheer, niet van het recht.

(3) De Staatsresolutie van 4 April 1711 (FEITH 1, 438) spreekt van «een plaetse, vervallende op kinderen» en de daaraan voorafgaande Consideratien van de Gecommden (FEITH 1, 433) van «succedeeren in het gebruyck van haer ouders landen».

vererving in de opgaande linie en in de zijlinie. In het licht van datzelfde denkbeeld was ook het trouwen van een meier of meiersche een versterking van zijn of haar positie, want van af dat oogenblik werd een enkel persoon vervangen door een huisgezin, waarvan de echtgenoot voortaan deel uitmaakte (1) en waarin ook de eventueel geboren kinderen als zoodanig later hunne rechten zouden kunnen doen gelden. Ook hier werd de gunstverleening een recht van den meier, de toestemming verviel en als regel was een geschenk verschuldigd (2).

Zoo was aan alle kanten het recht van den meier hecht en stevig geworden ten koste van den eigenaar, die daartegenover voor dat verlies zich vaste geschenken bij zekere eventualiteiten zag toegekend.

Zoolang nu het recht niet tot vast (3), altoosdurend (4), onopzegbaar (5) en vererfelijk was uitgegroeid, werd de medewerking van den landeigenaar in de bovengenoemde gevallen daadwerkelijk verkregen door de inboeking van den nieuwen meier bij den eigenaar, zulks tegen betaling van geschenk. Gene verkreeg derhalve het recht bij de inboeking en zoo ontstond de opvatting, dat de inboeking het recht verschafte.

(1) Bij hertrouwen werd in de gezamende hand een nieuw lid opgenomen.

(2) Vgl. GRATAMA o.c. Hoofdstuk II en VI.

(3) «Vast» betreft oorspronkelijk de onveranderlijkheid der huur, vgl. FEITH 1, 488 (art. 2 modelcontract); ook wel opgevat als onopzegbaar; vgl. arrest Hof Groningen d.d. 11 September 1860 bij Oudeman, Regterlijke Uitspraken, blz. 75.

(4) «Altoosdurend» beteekent: niet gebonden aan een bepaalden termijn.

(5) Feitelijk was dit al het geval met de zesjarige beklemmingen bij den aanvang van het provinciaal beheer aan het einde van de 16e eeuw (vgl. FEITH 1, blz. 8: Resolutie van 15 December 1595), rechtens stond het wel vast na het bekende revisieproces van raadsheer VAN HOORN tegen ABEL DERKS kinderen (1787).

Man en vrouw nu, die beiden als meiers waren ingeboekt, waren met betrekking tot den eigenaar, gelijkelijk tot het landgebruik gerechtigd; stierf een van beiden, de langstlevende stond voortaan bij den eigenaar als gerechtigde bekend. Deze had dan geen recht bij het leven van de langstlevende een verervingsgeschenk te vorderen, omdat van vererving van het recht, zoolang een nog levende meier te boek stond, van beklemrechtelijk standpunt geen sprake kon zijn en evenmin mocht hij de langstlevende van het land verdrijven (1).

Wilde dus in het boven gegeven voorbeeld (2) de langstlevende echtgenoot zich door een nieuwen meier laten vervangen, dan moesten de geschenken op de overdracht staande, worden betaald. Deze bedragen, zooals bekend, twee jaar huur (art. 5 modelcontract), in den regel ook, als de nieuwe meier getrouwd is, omdat dan man en vrouw gewoonlijk te zamen bij de acte van overdracht compareeren en waar deze beiden in het beklemrecht als één beschouwd worden (3), slechts één aangaand geschenk behoeft betaald te worden. Het kan

(1) Vgl. Instructie Rentmeester t. a. p. art. 44: de landen zullen pas bij utmininge den meestbiedenden verhandelt worden, indien de gebrukeren so verstarven, dat noch kinderen, noch olderen, noch man ofte vrouw nablijft en Staatsresolutie 26 Februari 1664 (FEITH 1, 366) sub 1: collectieve inboeking der kinderen in geval «beyde man ende vrouw, verstarven zijnde» en «na versterff van beyde olderen». Dit gevoelen schijnt ook neergelegd in de artt. 3018, 3020 en 3032, Ontwerp 1816 (VOORDEIN V, 256), indien men ten minste onder «gemeen maken» aan de hand van art. 3016 enkel kan verstaan: het doen stellen van het recht op naam van zich zelve en zijn echtgenoot.

(2) Evenzeer zal dit gelden, wanneer de erfgenamen in onverdeeldeid de beklemming verkoopen en een derde — niet erfgenaam — als koper ingeboekt wordt, vgl. het geval Lutjegast bij FEITH, Handboekje, blz. 34, Civielrechtelijk is er dan ook geen vererving.

(3) Vgl. een geval bij FEITH, Handboekje, blz. 9.



echter ook wel voorkomen, dat dit laatste ongewenscht is met het oog op de vermogensrechtelijke verhouding der echtgenooten, of wel onmogelijk is, ingeval bijvoorbeeld een onverdeeldheid gescheiden wordt, waartoe de andere echtgenoot niet medegerechtigd is. De vraag doet zich dan voor, of nog een trouwgeschenk moet betaald worden. Al naarmate men deze vraag ontkenkend (1) of bevestigend wenscht te beantwoorden, zal dus twee jaar of drie jaar huur aan den eigenaar verschuldigd zijn.

Moet nu in het bovenbedoelde geval in verband met art. 671 B. W. nog een aparte acte voor de overdracht van moeder aan zoon worden opgemaakt? Partijen zullen daarop met het oog op de daaraan verbonden fiscale kosten begrijpelijkerwijze weinig gesteld zijn. Aanvaardt men echter eenmaal de scheiding tusschen een civielrechtelijken en beklemrechtelijken overgang, dan schijnt het een onafwijsbare consequentie dien eisch niet te stellen. Deed men dat wel, dan ging men de regels van het civiele recht weer toepassen op iets, wat men juist een uitsluitend beklemrechtelijk karakter wilde geven. De titel, het schriftelijk stuk, is eventueel noodig voor de civielrechtelijke verkrijging, uit beklemrechtelijk oogpunt d. i. vis à vis den eigenaar kan volstaan worden met de inboeking, terwijl, zoolang nog een levende meier te boek

(1) Aldus geschied door de Rechtbank te Groningen bij vonnis van 6 December 1946. W. v. h. R. n°. 40052, N. J. 1947, 296 en W. P. N. R. n°. 2485. Partijen waren het er over eens, dat een geval van overdracht onder de levenden aanwezig was. Volgens het vonnis was de beklemming door den langstlevenden ouder en de kinderen aangekocht, zoodat de vrouw van den nieuwen meier, aan wien de beklemming bij scheiding was toebedeeld, niet tot de deelgenooten behoorde. Nu de onverdeeldheid derhalve niet door overlijden van den gerechtigde was ontstaan, kon bijgevolg na scheiding niet van vererving de rede zijn. Evenmin beklemrechtelijk, zoolang de langstlevende ouder nog te boek stond.

staat, er slechts van overdracht kan gesproken worden en daarnaar (1) derhalve de geschenken moeten vastgesteld worden. In het gegeven voorbeeld kan B. civielrechtelijk ook geen recht aan C. overdragen, daar laatstgenoemde immers zijn recht aan A. ontleent (2).

Zelfs van civielrechtelijk standpunt beschouwd is het niet juist aan te nemen, dat de eigenaar steeds de vertooning van een titel van den meier kan vorderen (3).

(1) Uit de bewering van FEITH (Handboekje blz. 33/34), dat de akte van verkoop (geval te Ten Boer) der beklemming met betrekking tot den eigenaar alleen het beloop der geschenken aanduidt, leide men niet af, dat als regel de civielrechtelijke overgang het aantal geschenken bepaalt. Uit talrijke andere voorbeelden bij FEITH blijkt immers het tegendeel. (Vgl. het geval van Vrouwe BOTNIA even tevoren en het geval te Lutjegast even daarna behandeld). De verschuldigheid der geschenken regardeert de verhouding van meier tot eigenaar, betreft den beklemrechtelijken kant.

(2) Iets anders is het, wanneer geen levende meier meer te boek staat en civielrecht (in casu vererving) en beklemrecht hand aan hand gaan, (vgl. vonnis Rechtbank Appingadam dd. 11 Mei 1876, W. v. h. R. no. 3989, FONTEIN o. c. blz. 67). Een ongehuwde kinderlooze meier had over de beklemming bij testament beschikt, hetgeen de beklembrief niet toestond, zoodat de beschikking ongeldig was. Het recht vererfde derhalve bij zijn dood op zijn gehuwden broeder, den eenigen erfgenaam ab intestato; de testamentaire erfgenaam vorderde daarop inboeking bij den eigenaar tegen betaling van geschenken cas vererving zijlinie en huwelijk (3 jaar huur) en cas overdracht (2 jaar huur); terecht achtte de Rechtbank een acte noodig voor de overdracht van den gehuwden broeder op den testamentairen erfgenaam; van civielrechtelijk standpunt immers was de beklemming nog slechts tot den ab intestato erfgenaam gekomen.

(3) Het arrest Hof Leeuwarden, d.d. 14 Maart 1877, W. v. h. R. n°. 4137, FONTEIN o. c., blz. 63, leert als beklemrechtelijken regel, dat de kooper van een beklemming onder vertoon van zijn titel de inboeking heeft te provooceren. Minder juist schijnt ons daarom het door FONTEIN aan het hoofd van dat arrest (o. c. blz. 55) in het algemeen gestelde, dat de eigenaar bij inboeking vertooning van den titel kan vorderen.

Is bijv. de nieuwe meier, op wien het recht van beklemming is overgegaan, de eenige erfgenaam (ons geval) of wel hebben meerderjarige erfgenamen de nalatenschap, waaronder de beklemming, ingevolge art. 1115 B. W. mondeling (1) verdeeld, dan zal een schriftelijke aankomst-titel van den nieuwen gerechtigde niet gevergd kunnen worden. De eigenaar (2) zal echter in die gevallen de contrôle op het recht niet behoeven te ontberen, doch genoeg moeten nemen met een onderzoek op het kadaster (3).

Evenmin is de bewering te onderschrijven, dat de te boek te stellen meier steeds naar burgerlijk recht tot de beklemming gerechtigd moet zijn. Art. 7 van het modelcontract scheidt reeds aanstonds een uitzondering. Volgens die bepaling toch moet ook de aanhuwende echtgenoot, die civielrechtelijk op de beklemming geenerlei aanspraak kan maken, als meier of meiersche ingeboekt worden. Aangezien dit artikel zooals vanzelf spreekt, in de practijk veelvuldige toepassing vindt, wordt reeds daardoor aan bedoelde bewering groote kracht ontnomen (4).

(1) Het woord «acte» in dit artikel beteekent volgens de meeste Hollandsche schrijvers «handeling», niet «geschrift». Vgl. ASSER-MEYERS, blz. 295, KLAASSEN, blz. 400 en de daar aangehaalde schrijvers.

(2) Dat de eigenaar volgens FEITH (Handboekje blz. 36) steeds een onderzoek naar den titel van het gebruik van den meier mag instellen, zal zeker niemand betwisten.

(3) In het geval van eenig erfgenaam verkrijgt de hypotheekbewaarder zijne gegevens van de registratie, welke op haar beurt ze aan de successiememories ontleent; bij de mondelinge verdeling zullen de erfgenamen, ten einde de opnaamstelling gedaan te krijgen, een schriftelijke verklaring van de toescheiding der onroerende goederen aan den bewaarder moeten ter hand stellen.

(4) Of GRATAMA (o. c. blz. 239) derhalve aan GOCKINGA deze bewering terecht toeschrijft, is voor twijfel vatbaar; op de door GRATAMA geciteerde plaats van GOCKINGA (Tijdschrift van het Nederlandsch



Anders is het gesteld met de gevallen van vererving en van overdracht onder de levenden van het recht; de koper en erfgenaam moeten dan in overeenstemming met en op grond van de civielrechtelijke beginselen het recht hebben verkregen. Derhalve zal dit ook gelden van de in de onverdeeldheid verblijvende communicanderen (art. 8 modelcontract) die te zamen mede-erfgenamen zijnde civielrechtelijk als mede-eigenaren (1) van de beklemming moeten worden aangemerkt, zonder evenwel in dit geval op grond van de ondeelbaarheid van het recht over een onverdeeld aandeel te kunnen beschikken.

De fictie van art. 1129 B. W. kan immers niet vóór de scheiding ingeroepen worden (2) en na de scheiding zal de collectieve inboeking door een individueele, nml. van het bij scheiding uitgewezene kind, moeten worden vervangen. Overlijden alle deelgenooten op één na zonder descendenten na te laten (3), dan moet de overblijvende, op wien het geheele recht van beklemming door

---

Regt., dl. IV, blz. 163) behandelt de laatste het speciaal geval van een voorkind van een meiersche, buiten elke gemeenschap gehuwd geweest met den overleden meier, aan wien de beklemming civielrechtelijk toebehoorde. Ook elders in een opstel van GOCKINGA (Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving, Nieuwe Reeks, dl. III, 1877, blz. 254) gold het hetzelfde geval. Daarbij komt, dat ook volgens GOCKINGA de langstlevende echtgenoot, ook al is zij civielrechtelijk niet tot de beklemming gerechtigd, niet van het land te verdrijven is. (Brieven, blz. 58, 80, 83 en 122).

(1) ASSER-MEYERS, blz. 275.

(2) ASSER-MEYERS, blz. 320.

(3) Descendenten moeten geacht worden de plaats van den overledene in de gezamende hand in te nemen. Vgl. Staatsresolutie van 22 December 1623, FEITH 1, 181: de beklemming vervalt pas aan de Provincie, indien ouders sterven, zonder kinderen of kintskinderen na te laten; HEUSLER, Institutionen I, blz. 242 en 243 en FOCKEMA ANDREAE, Verslagen der Kon. Academie, Afd. Letterkunde, 1887, blz. 23.

aanwas (1) is overgegaan, met name ingeboekt worden. De onverdeeldheid is dan verdwenen en de scheiding overbodig, zoodat art. 1129 B. W. al evenmin toepassing vindt.

2°. *Er is vervroegde vererving.*

Deze opvatting wordt bij FEITH aangetroffen (2) en op historische gronden verdedigd. In de Staatsresoluties van 22 December 1623 (3), 16 December 1636 (4) en 4 April 1711 (5) werd bij de bepaling der verschuldigde geschenken ter gelegenheid van overdracht verschil gemaakt of zulks geschiedde aan des meiers „kinderen ofte kints-kinderen” (conjuncte personen) dan wel aan vreemde personen. In het eerste geval behoefde als regel slechts de helft betaald te worden van het geschenk, verschuldigd bij overdracht aan vreemden. Boven (6) is reeds opgemerkt, dat pas aan het begin der 18e eeuw het denkbeeld van overgang van het recht van ouders op kinderen door vererving ingang vond en voordien niet tusschen overgang bij dood of bij leven werd onderscheiden.

De oorzaak daarvan moest worden gezocht in den invloed van het begrip van de gezamende hand, hetwelk tevens volgens GRATAMA (7) de verklaring levert voor de ten aanzien van overdracht van ouders op kinderen in bedoelde resoluties voorgeschreven halveering der

---

(1) HAMAKER, W. P. N. R. n°. 1373, blz. 193; GRATAMA, Tijdschrift Privaatrecht, Notariaat en Fiscaalrecht, 5de jaargang, 1904: Het jongste feit in de geschiedkundige ontwikkeling van het beklemrecht, blz. 158; FEITH, Handboekje, blz. 27.

(2) Handboekje, blz. 30—31.

(3) FEITH 1, 179.

(4) FEITH 1, 301.

(5) FEITH 1, 438.

(6) Blz. 35.

(7) O. c. blz. 223.

geschenken. Immers daarbij kon eigenlijk nooit sprake zijn van inboeking van nieuwe gerechtigden, omdat de kinderen, die als nieuwe meiers zouden worden ingeboekt, reeds in de eenheid van het huisgezin als gezamende hand waren begrepen. Pas bij de Resolutie van 26 Februari 1698 (1) en de bekende van 4 April 1711, zooeven genoemd, trad het begrip vererving naar voren en werd gesproken van een beklemming, vervallende op de kinderen in plaats van tot nu toe overdragende op de kinderen. In FEITH's opsomming der Resoluties was derhalve die van 4 April 1711 minder op haar plaats, doch kon daar gereedelijk de Resolutie van 6 Maart 1656 (2) bijgevoegd worden, welke eveneens spreekt van het overdragen van een plaats op „kinderen ofte andere descendenten”.

Naar het oordeel van FEITH, die een practische oplossing voor de halveering geeft, kan de in de door hem aangehaalde Resoluties bedoelde overdracht eenigermate beschouwd worden als een vervroegde vererving of als een vroeger treden van het kind in het bezit van zijn erfgoed en wel bij het leven zijner ouders. Uit het laatste blijkt wel, dat FEITH het begrip overdracht in die Resoluties uitsluitend opvat als een overdracht onder de levenden. Derhalve erkennend, dat hier eigenlijk, nu nog beide ouders of een van hen als levende meier te boek staat, alleen een overdracht onder de levenden kan plaats grijpen, neemt men, ten einde de beoogde vermindering der geschenken te bewerkstelligen, zijn toevlucht tot de fictie, dat de langstlevende of beide ouders reeds zijn overleden. Er is derhalve eenige nuanceering tusschen de verklaringen van FEITH en GRATAMA voor de bewuste

---

(1) FEITH 1, 426.

(2) FEITH 1, 346.



halveering en wel in dier voege, dat bij den eerste het afgaand en bij den tweede het aangaand geschenk komt te vervallen; doch het resultaat is natuurlijk hetzelfde; door de kinderen behoeft slechts de helft der geschenken betaald te worden.

Het hangt er bij deze beschouwing nu nog maar van af, hoever de werking van de bedoelde fictie gaat; geldt zij alleen bij de bepaling der verschuldigde geschenken, dan zal zeker de nog levende te boek staande ouder moeten worden uitgeoekt, omdat in wezen een overdracht onder de levenden, beklemrechtelijk gesproken, blijft bestaan, zoolang niet de fictie daaraan dat karakter ontnemt; zal zij echter den geheelen beklemrechtelijken overgang moeten beheerschen, dan vervalt ook de uitboeking van de nog levende ouder, omdat deze geacht wordt reeds te zijn overleden. In dit laatste geval is er geen verschil met een gewone vererving (1). Aangezien nu FETH spreekt van een vervroegde vererving, in bedoelde Resoluties een eigenlijke overdracht onder de levenden ziet en zeker niet van hem verwacht mag worden, dat hij meer dan noodzakelijk ter bereiking van het doel, van de onder 1 behandelde leer, welke ook de zijne is, zal afwijken, mag worden aangenomen, dat in zijn stelsel de bedoelde uitboeking gehandhaafd blijft.

In verband met deze beschouwing zijn dus de op vererving staande geschenken verschuldigd en deze bedragen 1 jaar huur (art. 6 modelcontract) en bij getrouwd zijn 2 jaar huur (art. 7, lid 2 modelcontract).

(1) Ten minste uiterlijk voor ons geval, overigens mag zij daarmede niet vereenzelvigd worden; zij is beperkt tot overgang aan descendenten, niet aan andere bloedverwanten, tijdens het leven der ouders of van een van beide; de gewone vererving daartegen is, zooals hieronder nader zal blijken, aanwezig, zoodra hij, die naar civielrechtelijke beginselen als meier aangemerkt wordt, overlijdt.

3°. *Wij hebben te doen met een zuivere vererving.*

Het standpunt, dat thans volgt en waarin zich de nieuwste geschiedenis van het beklemrecht weerspiegelt, staat lijnrecht tegenover dat sub 1. Het sluit namelijk aan bij den tijd, dat het recht van beklemming aan den kant van den meier zich in zijn volle kracht heeft ontplooid en zijne lotgevallen, zooals GRATAMA, de vader (1) dier leer, het uitdrukt, geheel zijn onttrokken aan den wil van den landeigenaar. De nieuwe meier verkrijgt het recht van zijn voorganger, zonder dat de eigenaar daar eenigen invloed op kan uitoefenen. Zijn toestemming voor het optreden van een nieuwen gerechtigde is niet vereischt en de inboeking door den eigenaar, welke vroeger diende om zijne medewerking te constateeren en dus nog een noodzakelijk element vormde bij de verkrijging van het recht, is thans in beteekenis teruggebracht tot een quitantie voor de betaalde geschenken (2). Er is evenals voor andere zakelijke vermogensbestanddeelen slechts één wijze van eigendomsverkrijging en wel volgens de gewone beginselen van het civiele recht en de aldus gerechtigde verkrijger is tevens de in beklemrechtelijken zin gerechtigde meier. Slechts rust op hem de verplichting tot betaling der verschuldigde geschenken. Hier is derhalve het Leitmotiv: niet de ingeboekte is meier, maar de meier moet ingeboekt zijn; dat wil dus zeggen: hij moet

(1) TONCKENS (Rechtsgeleerd Magazijn, 1884, blz. 579) kan als pionier dezer leer beschouwd worden.

(2) FOCKEMA ANDREAE, o. c. blz 355—356, onderscheidt nog een periode, waarin de overdracht van het recht wel al geschiedde buiten toestemming van den landeigenaar, doch nog door enkel contract zonder bekendmaking tegenover derden, waaronder de eigenaar; gedurende dien tijd bleef de verplichting van overboeking bestaan, zulks ten dienste van kennisgeving der overdracht aan den eigenaar. Deze verplichting verviel, toen voor de overdracht maatregelen werden voorgeschreven, als die bij overgang van onroerend goed.

de geschenken betaald hebben. Deze houden slechts de herinnering levendig aan den destijds door de eigenaren en meiers gevoerden strijd en vormen de buit, daarin door de eigenaren hunnerzijds tegenover de door de meiers verworven uitbreiding van hun recht behaald. Zoo zal dus in dezen gedachtengang de overdracht van het recht na de levering perfect zijn, ook al overlijdt de nieuwe meier vóór de inboeking, d.i. de betaling der op de overdracht staande geschenken, omdat hij dan reeds een verkregen recht op de beklemming heeft, dat bij zijn dood op zijn erfgenamen overgaat. De alsnog op de overdracht verschuldigde geschenken moeten door de erfgenamen betaald worden, die tevens of liever van wie een van hen als meier dan zal hebben op te treden met verplichting tot betaling van het verervingsgeschenk. Volgens de opvatting sub 1 was in dat geval de verkrijger voor de inboeking nog geen meier geworden in beklemrechtelijken zin en zou derhalve bij zijn overlijden geen recht op zijn erfgenamen overgaan. Was daarentegen de verkooper vóór de uitboeking en na de levering overleden, dan was het recht evenzeer bij hem gebleven en op zijn erfgenamen vererfd (1). Door de uitboeking immers werd de oude meier eerst uit het rechtsverband met betrekking tot den eigenaar ontslagen en kon een nieuwe meier als gerechtigde worden ingeboekt. Bij de nieuwe leer daarentegen heeft ook de uitboeking, die alleen bij overdracht kan voorkomen, slechts de beteekenis van een quitantie,

(1) Vgl. FEITH, Handboekje, blz. 32 en 33; volgens hem heeft de eigenaar in geval de verkooper vóór de overboeking overlijdt, recht op geschenk cas erfrecht en cas overdracht; een nieuwe acte van overdracht van de erfgenamen van den verkooper op den kooper schijnt overbodig; civielrechtelijk heeft de verkooper reeds aan den kooper geleverd; beklemrechtelijk gaat het dus langs een omweg over de erfgenamen van den verkooper heen.



namelijk dat de eigenaar het afgaand geschenk van den meier heeft ontvangen.

In ons geval is dus de erfgenaam C., op wien het recht van beklemming was vererfd, verplicht het geschenk op de vererving te betalen en kon hij daarvoor worden ingeboekt, d. i. gequitteerd. De moeder daarentegen, hoewel als langstlevende ouder nog bij den eigenaar te boek staande, was in geen enkel opzicht, ook niet met betrekking tot den eigenaar, tot de beklemming gerechtigd. Hare inboeking bewees alleen, dat het huwelijksgeschenk indertijd betaald was, doch hare uitboeking had, nu zij ten opzichte van de beklemming geen enkel recht bezat, geen zin.

De verschuldigde geschenken bedragen evenals boven sub 2, ook hier 1 jaar huur en bij getrouwd zijn van den erfgenaam 2 jaar huur.

Het valt zeker niet te ontkennen, dat tegen elk der drie hierboven weergegeven opvattingen bezwaren zijn te berde te brengen. Zoo treft reeds dadelijk het ongerijmde in *de eerste opvatting*, welke den loop van het beklemrecht laat regelen naar tweeërlei maatstaf, waardoor het ontstaan van een tegenstrijdige rechtsfiguur wordt bevorderd. Boven zagen wij dan ook een overgang, welke eensdeels als overdracht, anderdeels als vererving moest bestempeld worden (1). Het komt nog beter uit, als verondersteld wordt, dat de

(1) In eenzelfde geval, behoudens dan dat de echtgenooten in gemeenschap van goederen gehuwd waren, besliste de Kantonrechter te Winschoten bij vonnis van 18 December 1897, P. v. J. 1898, n°. 57. Na het overlijden van den man, was bij scheiding tusschen de moeder en kinderen het recht aan een der zoons toegewezen. De eigenaar eischte voor diens inboeking de geschenken op overdracht; de zoon wilde slechts het verervingsgeschenk betalen. De Kantonrechter stelde den eigenaar in het gelijk en overwoog, dat tijdens het leven van de langstlevende echtgenoot, die alsdan uitsluitend gerechtigd is,

erfgenaam C. zich niet dadelijk als meier wenscht te laten inboeken en dus de moeder bij den eigenaar te boek blijft staan, waarvan het gevolg is, dat deze laatste in beklemrechtelijken zin meiersche is en de zoon volgens het civielrecht eigenaar der beklemming, op wien immers het recht is vererfd. Een dergelijke toestand is onaannemelijk (1) en tevens ongeoorloofd, nu naar algemeen vaststaande beginselen het recht ondeelbaar is en derhalve niet twee verschillende personen als gerechtigden, zij het ook ieder naar verschillende beginselen, kunnen optreden.

Het onbevredigende moge ook nog blijken uit het volgende voorbeeld, dat aan FEITH (2) ontleend is. De reeds overleden grootouders van den gehuwden tegenwoordigen landgebruiker stonden nog bij den eigenaar

geen sprake kan zijn van vererving op de kinderen, welke eerst intreedt na overlijden van beide ouders. Beklemrechtelijk gesproken komt dit juist voor: de moeder, zoolang zij alleen ingeboekt bleef, was meiersche; de zoon had echter civielrechtelijk reeds de beklemming bij scheiding gekregen.

Vgl. GRATAMA, Tijdschrift voor Privaatrecht, Notariaat en Fiscaalrecht, 2e jaargang 1901: De jongste jurisprudentie inzake beklemrecht, blz. 37.

(1) Er is derhalve naar civielrecht wel een overgang, beklemrechtelijk heeft geen verandering in de persoon van de gerechtigde plaats. Dit geschiedt ook, als van de beide te boek staande echtgenooten de een bij testament ten behoeve van den ander over de beklemming beschikt. Bij den dood van den eerste behoeft dan geen geschenk meer betaald te worden, omdat de legataris reeds is ingeboekt en dus gerechtigd. Had de erflater evenwel de inboeking van zijn echtgenoot verzuimd, dan was er, daar na zijn dood niemand meer te boek stond, vererving. Het ontduiken van het eene huwelijks-geschenk wreekte zich dus later door de verschuldigdheid der geschenken op vererving en overdracht, indien het recht aan den legataris werd geleverd. In tegenstelling met GRATAMA (o. c. blz. 299, noot 3) schijnt ons dus FEITH (Handboekje, blz. 8 en 9) op dit punt niet onduidelijk.

(2) Handboekje, blz. 28—29.

te boek, terwijl diens ouders, van wie de moeder indertijd de plaats uit haar ouderlijke nalatenschap had bekomen en met haar man gebruikt, reeds waren overleden. Nu kon hier, gelet op den beklemrechtelijken regel, dat een doode niet als meier kan worden ingeboekt, niet meer, zooals FEITH aangaf, een verervingsgeschenk voor den overgang van grootouders op moeder gevorderd worden, omdat deze laatste reeds was overleden. Integendeel, in het systeem van FEITH, die blijkbaar voor de consequenties zijner eigen leer terugdeinsde, was de moeder bij gebreke van inboeking nimmer in beklemrechtelijken zin gerechtigd geweest en kon dit ook niet meer worden, zoodat derhalve de kleinzoon als erfgenaam met zijn vrouw ingeboekt diende te worden, tegen geschenk van een jaar huur cas vererving en een jaar huur cas huwelijk (1). Het verervingsgeschenk voor de moeder moest dus den eigenaar eigenlijk ontgaan, hoewel het recht op haar was vererfd en door haar uitgeoefend en op haar zoon was overgegaan. Indien dus het toeval wil, dat een erfgenaam komt te overlijden, alvorens te zijn ingeboekt, dan brengt het stelsel, streng doorgevoerd, mede, dat het verervingsgeschenk voor den eigenaar onherroepelijk is verloren gegaan. Ongetwijfeld mag dit onbillijk genoemd worden (2).

Heeft dan ook eenmaal het recht van den meier zich tot een gewoon zakelijk recht opgewerkt, waarover deze

(1) FEITH komt dus tot drie geschenken; echter is niet duidelijk, waarom door hem dan niet evenzeer aan art. 7 modelcontract gederogerd wordt, zoodat voor den echtgenoot van de moeder ook nog een huwelijksgeschenk verschuldigd was. Hij had immers de plaats ook mede gebruikt.

(2) Omgekeerd is het even onbillijk, indien bij overlijden van den verkooper na levering aan den koper, doch vóór de inboeking, van dezen de eigenaar recht zou krijgen op geschenken cas vererving en cas overdracht; vgl. hierboven blz. 46.



naar eigen goedvinden kan beschikken en dat evenals andere vermogensbestanddeelen bij zijn dood op de erfgenamen overgaat, dan doet het zonderling aan, het recht van een eventueelen opvolger afhankelijk te stellen van de inboeking, dus aan die zelfstandigheid wederom te gaan tornen. Het zakelijk recht werkt na overschrijving tegen iedereen, dus ook tegenover den landeigenaar en daaruit volgt, dat een inboeking (1) als vereischte voor de verkrijging (2) van het recht daarmee in strijd is.

Overigens verdraagt zich deze opvatting zeer goed met de bedongen voorwaarden, hetgeen niet behoeft te verwonderen, nu de meeste beklembrieven het modelcontract van FEITH (3) bijna ongewijzigd hebben overgenomen en deze de oude leer geheel was toegedaan. Met zoovele woorden staat het er wel niet in te lezen, doch de bepalingen betreffende overdracht en vererving laten ruimte ten dezen zoowel een civielrechtelijk als beklemrechtelijk standpunt in te nemen (4). Kiest men het laatste, dan eischt de consequentie, dat in art. 8 (communiekinderen),

(1) Men bedenke, dat ook de feitelijke toestand reeds in zooverre met dien van vroeger verschilt, dat toen de inboeking geschiedde in het zoogenaamde staatboek van de provincie, welk boek bij de *eigenares* berustte, terwijl dit tegenwoordig plaats vindt in het z.g. huurboekje, dat de *meier* onder zich houdt.

(2) Een soort tusschenopvatting van DIEPHUIS (dl. 7, blz. 85), dat de meier zonder inboeking het recht wel verkrijgt, doch eerst na inboeking de bevoegdheid tot uitoefening van dat recht en door TONCKENS (R. M. 1884, blz. 582) als «juridieke onmogelijkheid» gebrandmerkt, wordt hier buiten beschouwing gelaten. Zij schijnt ook neergelegd in een vonnis van de Rechtbank te Winschoten, d.d. 13 Januari 1909 (W. v. h. R. n°. 8951).

(3) Handboekje, blz. 79—82.

(4) Vgl. bijv. art. 1 met art. 6. Uit art. 7, dat bij overlijden vóór de inboeking het geschenk doet vervallen, volgt, dat de inboeking meer is dan een kwijting; deze laatste kan immers wel na den dood gegeven worden, het recht van landgebruik niet meer.

wanneer bijvoorbeeld in plaats van de deelgenooten de bij scheiding tusschen hen uitgewezene wordt ingeboekt, een overdracht onder de levenden wordt gezien, omdat immers nog twee of meer levende meiers, zij het ook niet individueel aangeduid, te boek staan (1) en zulks niettegenstaande ingevolge art. 1129 B. W. naar civiel-rechtelijke beginselen slechts aan onmiddellijke erfopvolging kan gedacht worden. Echter bij de toepassing in de practijk vertoont de leer, „geen recht zonder inboeking”, niet in alle opzichten de noodige vastheid: men licht er nu en dan de hand mede (2), gelijk ook FERTH niet afkeerig was te doen (3) en de bewering, dat er van de zijde der landeigenaren alleen met de leer geschermd wordt om de betaling der verschuldigde geschenken te bespoedigen, schijnt niet geheel bezijden de waarheid.

Intusschen al moge men op grond van dit gebrek aan strenge doorvoering de leer *in het algemeen* niet aanvaarden, dit geeft nog niet het recht de oogen te sluiten voor de gevallen, waarin zij toepassing vindt.

Wat nu *de tweede opvatting* betreft, het mag voorzeker niet onredelijk genoemd worden, dat de kinderen, op wie inkomstig het recht van hunne ouders bij vererving toch zal overgaan, bij verkrijging daarvan nog tijdens het leven van deze laatsten, slechts het geschenk op de vererving hebben te betalen. De moeilijkheid bestaat echter

(1) Dit verklaart tevens, dat in dit geval van overdracht, in afwijking met art. 5 slechts 1 jaar huur als geschenk behoeft betaald te worden, nu eigenlijk geen inboeking, doch slechts uitboeking te pas komt.

(2) Gewoonlijk wordt in de practijk, in geval bij overdracht de nieuwe meier voor de inboeking overlijdt, de doode verkrijger alsnog ingeboekt en daarop zijn erfgenaam.

(3) Vgl. het geval, vermeld in Handboekje, blz. 28—29, hierboven besproken op blz. 49.

hierin, zooals FEITH reeds zelf opmerkt (1), dat de tegenwoordige klembrieven slechts één wijze van overdracht kennen en niet onderscheiden tusschen overdracht aan kinderen en aan vreemden en deze moeilijkheid wordt zeker practisch niet geheel ondervangen door er, gelijk FEITH doet, op te wijzen, „dat dit onderscheid meestal ook van geen geldelijk belang is voor beide partijen, omdat het kind, aan hetwelk eene boerderij door de ouders wordt overgedragen, schier altijd òf reeds gehuwd is òf staat te huwen, in welk geval er toch twee jaar landhuur tot geschenk moet betaald worden”. Immers dat de ouders bij voorkeur aan getrouwde kinderen een plaats overdragen en dan bij hen gaan inwonen, is zeker een argument, dat voor den tegenwoordigen tijd weinig overtuigend is, nu de meiers lang niet allen meer landgebruikers zijn.

Bovendien moet dan nog worden aangevoerd, dat, voorzooverre het kind reeds gehuwd is, de echtelieden althans bij overdracht onder de levenden als één persoon hadden beschouwd kunnen worden (2), zoodat het geschenk deswege niet verdubbeld behoefde te worden. In de door FEITH aangehaalde Staatsresoluties is daarvan dan ook niets te vinden (3).

En mocht het kind na de overdracht huwen, dan wordt een trouwgeschenk betaald buiten eenig verband met die overdracht en kan men dat geschenk dus bezwaarlijk bij de overdracht gaan meetellen.

(1) Handboekje, blz. 30.

(2) Gaat dit bezwaarlijk, dan is het juist de vraag, of niet 3 geschenken verschuldigd zijn. Vgl. hierboven blz. 38 en noot 4 aldaar.

(3) De verdubbeling wordt wel aangetroffen in de Staatsresolutie van 12 Aug. 1630 (FEITH 1, blz. 220). Over het algemeen zijn de Staatsresoluties op dit punt niet eenstemmig, zoodat het trekken van een bepaalde conclusie gevaarlijk is.



Het beginselbezwaar blijft echter bestaan, dat de beklembrief zich tegen de bedoelde fictie verzet in verband èn met art. 5, dat overdracht aanneemt tusschen levende personen èn met art. 6, dat geen gefingeerd overlijden kent (1). Eindelijk nog zal, als de geheele overgang in beklemrechtelijken zin als vererving beschouwd wordt (2), dus niet alleen met het oog op de geschenken, er strijd

(1) Deze moeilijkheid kan ontweken worden door opneming van een speciale bepaling in den beklembrief. Zoo ontmoet men wel eens de navolgende clauseule:

Ingeval de langstlevende der te boek staande echtgenooten en de krachtens erfrecht of huwelijksgemeenschap tot de beklemming medegerechtigden, tot scheiding daarvan overgaan en de beklemming geheel aan een dier medegerechtigden (niet de langstlevende) wordt toegescheiden, zijn verschuldigd de geschenken, die verschuldigd zouden zijn als de langstlevende ook reeds was overleden. Deze bepaling geldt ook, als de te boek staande langstlevende echtgenoot niet tot de beklemming is medegerechtigd en de gezamenlijke gerechtigden tot scheiding overgaan.

Hierbij worde alleen aangeteekend:

dat de clauseule dus toepassing mist bij een onverdeeldheid, ontstaan anders dan door erfrecht of huwelijksgemeenschap (bijv. bij aankoop door langstlevende ouder en kinderen, als de oorspronkelijk te boek gestelde ouder later door de bij scheiding uitgewezene vervangen wordt) en bij optreden van een enig erfgenaam (ons voorbeeld) en ook bij overdracht aan kinderen tijdens het leven van beide ouders of van den langstlevenden ouder, als deze uitsluitend gerechtigd is tot de beklemming;

dat zij niet is beperkt tot het optreden van descendenten als deelgenooten;

In tweeërlei opzicht wijkt zij derhalve af van de oude Staatsresoluties (zie blz. 42 en 43 hierboven): eenerzijds geldt zij niet bij overdracht onder de levenden, anderzijds is zij niet beperkt tot de descendenten;

dat blijkbaar alleen met het oog op de verschuldigdheid van de geschenken verondersteld wordt, dat de langstlevende ouder reeds is overleden, waaruit zoude volgen, dat deze nog dient te worden uitgeoekt. Dit schijnt echter in de practijk niet te gebeuren.

(2) Vgl. hierboven blz. 44.

ontstaan met art. 8, omdat dan bij gebreke van uitboeking der in werkelijkheid nog levende meier, voortaan twee meiers te boek zullen staan.

*De derde opvatting*, het bleek reeds boven, is gebaseerd op de geschiedkundige ontwikkeling van het beklemrecht. Naar het oordeel van GRATAMA (1) moet de rechtstoepassing van de leer „geen recht zonder inboeking” verworpen worden, omdat een regel van meer dan 200 jaar niet *zonder meer* wederom als geldig kan worden aangenomen, waar het blijkt, dat hij gedurende zulk een tijdsverloop buiten werking is geweest. Is intusschen de rechtstoestand een zoodanige geworden dat die regel daarin in het geheel niet meer past (2), dan is er geen sprake meer van rechtstoepassing, maar van rechtsverkrachting.

Tot zoover de geleerde schrijver. Toegegeven nu, dat die leer reeds vroeger buiten werking is gesteld en niet meer in den rechtstoestand past, is dan de conclusie ook zonder eenige bedenking?

Allereerst schept het feit, dat de meeste titels het modelcontract van FEITH sinds een 70-tal jaren onveranderd hebben aanvaard en nog steeds aanvaarden, zeker een vermoeden ten voordeele van de oude leer, dat deze zich vooralsnog in theorie en practijk handhaaft, doch daarnaast moet niet uit het oog worden verloren, dat in art. 1654 B. W. naast de bedongen voorwaarden, aan de „eigen bepalingen” een rechtscheppende kracht is toegekend en het er derhalve op aan komt wat te dien opzichte als gewoonterecht wordt gehuldigd, afgescheiden van een historische ontwikkelings-

(1) O. c. blz. 243.

(2) Het betoog is bekend. Oorspronkelijk diende de inboeking om de toestemming van den eigenaar te verkrijgen, waarvoor dan geschenk betaald werd; toen de toestemming verviel en de betaling alleen bleef, kon die inboeking slechts de beteekenis hebben van een kwijting voor die betaling.

lijn, hoe markant deze zich ook moge afteekenen. GRATAMA zelf wijst in zijn voor het beklemrecht onmisbaar werk den weg en onderscheidt bij de behandeling van art. 1654 B.W. tusschen bepalingen, voortvloeiende uit aard en wezen van het beklemrecht en gewoonterechtelijke bepalingen (1). Welnu, niet alleen de aard van het recht zelf of zooals het ding op zich zelf zich aan ons vertoont in zijn ontwikkelingsgang, maar ook de rechtsovertuiging, welke bij hen, die met het instituut in aanraking komen, wordt aangetroffen, zullen bijgevolg dat recht moeten beheerschen. Staat deze rechtsovertuiging op den bodem der oude leer geworteld, al is het niet steeds met even groote gestrengheid, dan zal derhalve aan die heerschende rechtsopvatting op grond van een geschiedkundigen ontwikkelingsgang geen rechtsgeldigheid kunnen worden ontzegd. Particulieren mogen misschien niet gelijk een deskundig wetgever de juiste en passende rechtsbegrippen weten te vormen, in verband met de historische gegevens, het is desniettemin de in art. 1654 B.W. neergelegde wensch des wetgevers hunne rechtsovertuiging te eerbiedigen. De oude regel wordt dan niet „zonder meer”, gelijk GRATAMA zegt, als geldig aangenomen, doch geschiedt dit krachtens en geschraagd door een heerschend gewoonterecht en onder die omstandigheden kan de qualificatie „rechtsverkrachting” dan ook niet billijk heeten.

GRATAMA gaat echter nog veel verder. Volgens art. 5 van het modelcontract is de eigenaar „in geen geval verplicht om den af- en aangaanden meier anders (2) uit- en in te boeken, dan gelijktijdig en onder ontvang der beide geschenken”. Een maatregel klaarblijkelijk

(1) O. c. blz. 25, 26, 28 en 33.

(2) In de practijk verschijnt de nieuwe meier gewoonlijk met het huurboekje van zijn voorganger bij den eigenaar en betaalt de achterstallige huur en de beide geschenken op de overdracht.



getroffen in het belang van den eigenaar, die niet met gedeeltelijke betaling genoeg behoeft te nemen en niet gedwongen kan worden den ouden meier te ontslaan (1) zonder een nieuwen op te nemen.

Naar het oordeel van GRATAMA echter (2) zal in verband met zijn beschouwing omtrent de beteekenis der in- en uitboeking, waardoor bedoeld belang voor den eigenaar is vervallen, dezen naar rechte geen dwangmiddel tot die gelijktijdigheid van uit- en inboeking ten dienste staan, omdat de nieuwe meier bij betaling van het aangaand geschenk tegenover den eigenaar onvoorwaardelijk recht op inboeking heeft, d. w. z. van hem daarvoor kwijting (3) te ontvangen. Het bedoeld artikel kent echter den eigenaar dat recht wel toe en maakt deel uit van de bedongen voorwaarden; de grondwet der beklemming, welke bepalingen als behoorlijk gepubliceerd, tegenover iedereen, die tot de beklemming toetreedt, gelding hebben. Door GRATAMA wordt dus op grond van de historische ontwikkeling deze bepaling der bedongen voorwaarden maar doodleuk op zij gezet. Waar blijft de rechtszekerheid? Is dit soms rechtstoepassing? In alle bescheidenheid, het begint nu waarlijk naar rechtsverkrachting te rieken!

Aan den anderen kant echter — en het is te merkwaardig om het niet op te merken — ziet ook GRATAMA er geen bezwaar in op zijn beurt den zoo hooggeprezen ontwikkelingsgang aan banden te leggen en de beslissing te laten aan een uit de geschiedenis opgedolven argument,

(1) Waardoor hij zijn vorderingsrecht tegen dezen verliest; vgl. Handboekje, blz. 18.

(2) O. c. blz. 232—235.

(3) Deze kwijting behoeft volgens GRATAMA (o. c. blz. 234) niet juist te geschieden door inboeking in het huurboekje, doch kan ook op andere wijze plaats vinden. Anders FOCKEMA ANDREAE (o. c. blz. 356, noot 3), die o.i. terecht de aantekening in het huurboekje als een eisch van gewoonterecht aanmerkt.

zulks niettegenstaande juist diezelfde ontwikkeling dat argument reeds lang ontgroeid scheen. Wij doelen op de testamentaire vererving van het recht, welke bevoegdheid volgens GRATAMA (1), bij niet uitdrukkelijk beding in den beklembrief, niet kan worden aangenomen, omdat zij strijdig moet geacht worden met den aard van het recht, dat zijn oorsprong vond in den band van het huisgezin, de gezamende hand. Mr. M. POLAK wees er reeds op (2), dat deze bevoegdheid, behoudens dan het geval, dat de beklembrief uitdrukkelijk van vererving op de ab intestato bloedverwanten (art. 1 modelcontract) spreekt, en dus de testamentaire vererving niet buiten dezen kring kan gaan, in 't algemeen moet worden toegestaan, op grond van de bedoeling van de partijen en den aard der overeenkomst, indien het recht volgens de bedongen voorwaarden in de drie liniën kan vererven en ook LAND is van oordeel (3), dat juist de ontwikkeling haar medebrengt, wanneer eenmaal de bevoegdheid tot overdracht ook onder de levenden als regel geldt en ook door onzen wetgever blijkens art. 1210, 6° B. W. erkend wordt.

Inderdaad het feit, dat het recht ook in de opgaande en zijlinie vererft, bewijst zeker reeds, dat het begrip gezamendehand op den achtergrond is geraakt en een beroep daarop kan derhalve thans weinig gewicht in de schaal leggen.

Beschouwt men nu de vraag van zuiver practisch standpunt, dan blijkt, dat zij in vele gevallen het belang van den eigenaar niet raakt. Ter verduidelijking volge een geval, dat niet lang geleden in de practijk zich voordeed. Een grootvader, wiens echtgenoot mede als

(1) O. c. blz. 215, 216 en 269.

(2) Tijdschrift Privaatrecht, Notariaat en Fiscaalrecht, 6e jaargang 1906, blz. 18.

(3) II, blz. 336, noot 2.

meiersche was ingeboekt en nog bij zijn dood leefde, had de hem toebehoorende beklemming aan zijn kleinzoon, wiens ouders nog leefden, bij testament gelegateerd, hoewel de beklembrief geen bepaling over testamentaire vererving inhield. Twee mogelijkheden bestonden er toen (1). Was de eigenaar niet ongenegen over het civielrechtelijk bezwaar heen te stappen en den legataris, in die qualiteit erkennende, als meier in te boeken, dan was ook beklemrechtelijk de zaak in orde, mits de overgang als overdracht van grootmoeder op kleinzoon beschouwd werd. Of wel de eigenaar weigerde zijne medewerking, doch de erfgenamen konden dan in elk geval, zoo zij den wensch des erfaters wilden eerbiedigen, eenvoudig de beklemming overdragen aan den kleinzoon. Ook dan was er beklemrechtelijk overgang (2) van grootmoeder op kleinzoon, immers zoolang de grootmoeder nog te boek stond, waren de erfgenamen niet verplicht zich te laten inboeken. Voor den eigenaar (3) kwam het dus op hetzelfde neer, in beide gevallen (4) had hij recht

(1) Er wordt daarbij van de veronderstelling uitgegaan, dat de legitimarissen geen belang hebben zich tegen de beschikking te verzetten.

(2) Althans bij de sub 1 geschetste zienswijze; naar die sub 3 is er, in verband met de gebruikelijke opvatting, dat de legataris slechts een vorderingsrecht tegen de erfgenamen heeft (ASSER-MEYERS, blz. 360, § 9 A) in beide gevallen vererving en overdracht, dus 3 geschenken (GRATAMA o. c. blz. 269).

(3) Voor den meier maakt het eenig verschil met het oog op de Successiewet; het percentage (art. 65) van het kleinkind-legataris is iets hooger dan dat van het begiftigde kind. In het eerste geval is een acte van afgifte van het legaat (Land III, blz. 128-9), in het tweede geval een acte van overdracht van ouders aan kind noodig. Ook deze laatste acte is vrij van evenredig recht van overdracht (artikel 101<sup>n</sup>, Registratiewet). In het tweede geval is er nog sprake van door de erfgenamen te betalen successierechten.

(4) Zijn belang is ook afwezig, wanneer de eene echtgenoot de beklemming aan den langstlevende te boek gestelde legateert, vgl. hierboven blz. 48, noot 1; is er beklemrechtelijk vererving, dan zal



op de geschenken op overdracht (1). De uitbreiding van het recht van den meier tot een gewoon zakelijk recht verschafte de gelegenheid het doel des erflaters langs een omweg te bereiken en het mag dan ook zeker ondoelmatig heeten de bevoegdheid tot testamentaire beschikking in die gevallen te betwisten. Integendeel juist met het oog op den ontwikkelingsgang lag het voor de hand haar te erkennen! (2)

Ten slotte zij er nog op gewezen, dat ook bij deze laatste opvatting, art. 8 van het modelcontract in het gedrang komt, volgens welk artikel, zooals bekend, slechts inboeking van één persoon als regel wordt mogelijk geacht.

In het door ons gestelde geval nu wordt de erfgenaam ingeboekt, terwijl tevens de langstlevende echtgenoot nog te boek stond. Van hare uitkeering kon hier immers bij zuivere vererving, welke zonder betaling van afgaand geschenk plaats heeft, niet de rede zijn.

Intusschen, hoe men over bovenstaande opvattingen moge denken, alle drie hebben zij in de practijk ingang gevonden en handhaven zich als gewoonterecht, zoodat zich hier dus het merkwaardige verschijnsel voordoet, dat zich drieërlei gewoonterecht voor dit geval openbaart.

Niet alleen, dat de eigenaar zich niet gerechtigd acht inboeking en geschenk te vorderen, zoolang de langst-

---

het veelal voor den eigenaar voordeeliger zijn den bij testament bevoordeelde als meier in te boeken, omdat dan zeker de hogere bij testamentaire vererving gebruikelijke geschenken zullen worden betaald.

(1) Bij gebreke van medewerking liep hij nog de niet denkbeeldige kans, geen enkel geschenk te ontvangen, als de erfgenamen den wil des erflaters niet doorzetten. De grootmoeder stond immers nog te boek.

(2) Mr. J. J. GOCKINGA schreef reeds in 1898 (R. M. 1898, blz. 133), dat de geldigheid van testamentaire overgang vrij algemeen werd aangenomen.

levende echtgenoot nog leeft, doch bij teboekstelling van een nieuwen meier wordt deze overgang als overdracht onder de levenden beschouwd. Daarnaast wordt in een dergelijken overgang een vererving gezien, terwijl daarbij somtijds geen, somtijds wel een uitboeking van den langstlevenden ouder plaats vindt. Dit laatste zal dan het verschilpunt vormen tusschen de tweede en derde opvatting. Ja, het komt zelfs bij de tweede opvatting wel eens voor, dat ook de overleden ouder zoo noodig uitgeboekt wordt. Hieruit spreekt ook nog het op den voorgrond gestelde karakter van den overgang als overdracht. Bij de derde opvatting mist de uitboeking alle beteekenis; immers waar zij slechts betalingsbewijs is, komt zij bij vererving niet te pas (1).

In de practijk heerscht derhalve geen eenstemmigheid en al mogen nu de bovenstaande opvattingen en de daaraan verbonden wijzen van overboeking numeriek niet volkomen gelijk staan, dit neemt niet weg, dat voorloopig aan alle drie kracht van gewoonterecht moet worden toegekend. Welke van de drie inkomstig de leiding zal gaan nemen, de tijd moet het leeren. Aan de nieuwste geschiedenis schijnt om haar practischen eenvoud — hoezeer daardoor ook, om met HAMAKER te spreken, de geur van de geheimzinnigheid van het beklemrecht zal verloren gaan — een groote levenskans beschoren, al zal daarbij noodwendig een wijziging van het modelcontract moeten gepaard gaan. Voorshands geldt echter nog het woord van den dichter: Es eifre jeder seiner unbestochenen von Vorurteilen freien Liebe nach!

*Leeuwarden, Maart 1920*

R. P. CLEVERINGA PZN.

(1) Er worde niet uit het oog verloren, dat, wanneer geen verschil bestaat tusschen het aantal geschenken, zooals bij de tweede en derde opvatting, het practisch belang van de verschillende opvattingen gering zal zijn.

## **De exceptie en het middel van niet-ontvankelijkheid in het Nederlandsche procesrecht**

DOOR

Mr. C. C. TIELEMAN

*Griffier van het Kantongerecht te Gorinchem*

Om te komen tot een juiste omschrijving van hetgeen naar ons recht onder een rechtsvordering verstaan moet worden is het niet voldoende dat men de wet raadpleegt. Weliswaar wordt in art. 5 Rv., welk artikel voorschrijft wat een exploit van dagvaarding — de meest gebruikelijke vorm waarin een rechtsvordering wordt ingediend — moet behelzen als derde bestanddeel van de dagvaarding genoemd „de middelen en het onderwerp van den eisch met een duidelijke en bepaalde conclusie”, doch die woorden zijn allerminst duidelijk. De vragen wat te verstaan onder de middelen, wat te verstaan onder het onderwerp van den eisch worden door de schrijvers niet met eenstemmigheid beantwoord. Beter dan zich te begeben in abstracte beschouwingen omtrent de beteekenis dier woorden, doet men met na te gaan hoe in de praktijk een rechtsvordering er uitziet om langs den weg van inductie te komen tot de vaststelling van het begrip rechtsvordering. Doet men dit dan merkt men op dat bijna iedere rechtsvordering twee bestanddeelen bevat, van welke men het eerste den grondslag van de rechtsvordering of het gestelde, het tweede het ingeroepen rechtsgevolg of het gevorderde kan noemen. Bij iedere rechtsvordering toch vraagt hij die haar instelt, de eischer, den rechter om hem, tegen wien hij haar instelt, den gedaagde, op zekeren grond tot het doen van een praestatie te veroordeelen. Nemen wij eens het geval dat iemand tegen een ander een rechtsvordering instelt tot vergoeding van schade hem door een onrechtmatige daad veroorzaakt, dan zal men in de dagvaarding, waarbij die rechtsvordering wordt ingesteld, na hetgeen zij krachtens art. 5, nos. 1 en 2 Rv. moet behelzen, vinden een omschrijving van de onrechtmatige daad, de daardoor veroorzaakte schade en een verzoek aan den rechter om den gedaagde op grond daarvan te veroordeelen den eischer die schade te vergoeden.



De onrechtmatige daad en de daardoor veroorzaakte schade vormen den grondslag van de rechtsvordering (fundamentum petendi) of het gestelde (positum), het verzoek van den eischer om den gedaagde te veroordeelen de schade te vergoeden, waarin opgesloten ligt een beroep op eischers recht op schadevergoeding, het gevorderde (petitum). In dit geval is de grondslag der rechtsvordering of het gestelde zuiver feitelijk. Dit is echter niet altijd het geval. Het komt zeer dikwijls voor dat de eischer als grondslag zijner rechtsvordering behalve zekere feiten een hem toekomend recht stelt. Nemen wij bv. het geval dat iemand tegen een ander een rechtsvordering instelt tot het verkrijgen van vergoeding van schade, die deze hem veroorzaakt heeft door zijn eigendomsrecht te schenden. De grondslag der rechtsvordering zal dan naast een feitelijk bestanddeel (de handeling van den gedaagde waarbij deze eischers eigendomsrecht schond en de daardoor veroorzaakte schade) een juridisch bestanddeel (eischers eigendomsrecht) bevatten.

Zal dus de eischer bij het instellen eener rechtsvordering steeds een feit of feiten stellen, het is zeer goed mogelijk dat hij daarnaast een hem toekomend recht stelt in verband waarmede het feitelijk gestelde het verzoek tot veroordeeling van den gedaagde rechtvaardigt. De handeling van den gedaagde levert dan niet op zich zelf, doch slechts in zooverre eischers recht daardoor is geschonden voor dezen laatste een recht op schadevergoeding op. Beantwoorden wij thans de vraag wat verstaat de rechtspraktijk onder een rechtsvordering, dan meenen wij te mogen zeggen een aan den rechter gericht verzoek, waarbij de eischer op grond van een bepaald feit of feiten, hetzij op zich zelf, hetzij in verband met een hem toekomend recht tegenover den gedaagde een zeker rechtsgevolg voor zich inroept.

De gedaagde zal zich tegen een rechtvordering kunnen verweren door de juistheid van haar grondslag te ontkennen; een zoodanig verweer onmiddellijk tegen den grondslag der rechtsvordering gericht noemt men een verweer ten principale. Komt nu de grondslag der rechtsvordering voor zoover zij ter rechtvaardiging van het ingeroepen rechtsgevolg in het geding noodig is, niet vast te staan, dan ontzegt den rechter den eischer zijn rechtsvordering.

Uit de zooeven gegeven omschrijving van hetgeen wij onder een rechtsvordering verstaan volgt reeds, dat de eischer tusschen het door hem gestelde en het ingeroepen rechtsgevolg een verband onderstelt. Hij roept het rechtsgevolg immers in *op grond van* het gestelde; de rechter zal slechts het ingeroepen rechtsgevolg kunnen erkennen, d.w.z. de ingestelde rechtsvordering toewijzen, indien het veronderstelde verband bestaat, indien m.a.w. het objectieve recht aan het gestelde het in-

geroepen rechtsgevolg verbindt. Het verband tusschen het gestelde en het ingeroepen rechtsgevolg behoeft de eischer naar algemeen aangenomen wordt niet aan te toonen. Bestaat het verband niet, rechtvaardigt het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg niet, de rechter mag het ingeroepen rechtsgevolg niet toewijzen, onverschillig of de gedaagde hem op het ontbreken van dat verband al of niet heeft opmerkzaam gemaakt. De rechter is ambtshalve verplicht, zooals men dit pleegt uit te drukken, het gestelde aan het objectieve recht te toetsen, om na te gaan of het gestelde het op grond daarvan ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt (1). Deze verplichting des rechters leidt men af uit art. 48 Rv. dat bepaalt: de rechters moeten bij hun beraadslagingen van ambtswege de rechtsgronden aanvullen, welke niet door partijen mochten zijn aangevoerd. Nemen wij het geval dat in een geding de gedaagde het door den eischer gestelde als juist erkent, doch bij zijn verweer ontkent, dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt, dan zal hij wel niet nalaten die ontkenning met argumenten te staven, evenmin als de eischer in gebreke zal blijven daartegenover te betoogen dat het gestelde wel degelijk het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt. Bij het geven nu van zijn beslissing is de rechter niet aan de argumentatie van partijen gebonden; mocht de partij die volgens hem gelijk heeft verzuimd hebben een argument aan te voeren of zelfs in het geheel geen argument aangevoerd hebben, de rechter is verplicht bij de motiveering van zijn beslissing dit verzuim te herstellen.

De argumenten die partijen tot staving of ter bestrijding van de juistheid der bewering dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg oplevert kunnen aanvoeren zijn dus redeneeringen, rechtsbeschouwingen. In het geval dat wij stellen zijn dus rechtsgronden redeneeringen, rechtsbeschouwingen om aan te toonen dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg al of niet rechtvaardigt. Dit is naar wij meenen ook de opvatting die in de praktijk algemeen gehuldigd wordt.

De bewering van den gedaagde dat de rechter de tegen hem ingestelde rechtsvordering niet kan toewijzen, omdat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg niet rechtvaardigt, noemt men een middel van niet-ontvankelijkheid of exceptie; in overeenstemming daarmede verklaart de rechter die een rechtsvordering niet kan toewijzen omdat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg niet rechtvaardigt den eischer in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk. Het kan dus evengoed voorkomen dat de rechter den eischer ambtshalve in zijn

(1) Zie arresten van den Hoogen Raad van 27 Maart 1914, *W.* 9638; van 1 Mei 1914, *W.* 9668; van 17 Maart 1916, *W.* 9956; van 14 April 1916, *W.* 9991.



rechtsvordering niet-ontvankelijk verklaart, omdat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg niet rechtvaardigt, als dat de rechter de niet-ontvankelijkheid uitspreekt, nadat de gedaagde het daartoe strekkende middel van niet-ontvankelijkheid heeft aangewend, d. w. z. ontkend heeft dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt.

In de praktijk beschouwt men de verweermiddelen *tibi non competit haec actio contra me* (met den nadruk op *me*) en *tibi non competit haec actio* (met den nadruk op *tibi*) als middelen van niet-ontvankelijkheid en reket ze tot het exceptieve verweer; acht de rechter ze gegrond dan verklaart hij den eischer in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk. Nemen deze beide rechtsmiddelen van niet-ontvankelijkheid naast het middel van niet-ontvankelijkheid, bestaande in de ontkenning door den gedaagde dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt een eigen plaats in, in het stelsel der praktijk? De identiteit van een rechtsverhouding wordt niet alleen bepaald door haar inhoud, doch ook door haar subjecten. Wanneer iemand ter zake van geleend geld f 100.— van A te vorderen heeft, dan is dit een geheel andere rechtsverhouding dan die krachtens welke hij evenzeer ter zake van geleend geld f 100.— van B te vorderen heeft. De inhoud van een rechtsverhouding is van haar subjecten niet te scheiden; samen vormen de inhoud en de subjecten de geheele rechtsverhouding. Wanneer iemand meent dat op grond van een bepaald feit A verplicht is hem f 100.— te betalen en A daartoe door hem aangesproken zich verweert met te zeggen: ik erken het door den eischer gestelde feit, doch niet ik, B is op grond daarvan verplicht den eischer f 100.— te betalen, dan ontkent hij dat uit het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg voortvloeit. Verweert de gedaagde zich met te zeggen: ik erken het door den eischer gestelde feit, doch daaruit vloeit niet voor hem, doch voor B het recht voort om van mij f 100.— te vorderen, dan ontkent hij dat uit het door den eischer gestelde het door hem ingeroepen rechtsgevolg voortvloeit. De middelen van niet-ontvankelijkheid *tibi non competit haec actio contra me* en *tibi non competit haec actio* zijn dus beide bijzondere vormen van het middel van niet-ontvankelijkheid bestaande in een ontkenning dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt.

De gedaagde kan de juistheid van het gestelde erkennende en toegevende dat dit op zich zelf beschouwd het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt, de rechtsvordering bestrijden door zich te beroepen op een hem toekomend recht dat de toewijzing der rechtsvordering in den weg staat, omdat dat recht het ontstaan van het ingeroepen rechtsgevolg verhinderd heeft. De eischer heeft om een voorbeeld te geven tegen den gedaagde een rechtsvordering ingesteld, waarbij hij vraagt



om vergoeding van schade, die deze hem veroorzaakt heeft door over een hem in eigendom toebehoorend land te loopen. De gedaagde erkent alles wat de eischer stelt; hij geeft zelfs toe dat hij op grond van het gestelde op zich zelf beschouwd jegens den eischer tot vergoeding van de daardoor ontstane schade verplicht zou zijn, doch hij ontkent nochtans die verplichting op grond van een hem als eigenaar van een aangrenzend land toekomend recht van overpad op het land van den eischer, krachtens welk recht hij bevoegd is over eischers land te loopen in de richting zooals hij dit deed. Het beroep van den gedaagde op een hem toekomend recht dat de toewijzing van de rechtsvordering verhindert noemt men de romeinschrechtelijke exceptie. Een dergelijk verweer rekent men dan ook tot het exceptieve verweer of tot de middelen van niet-ontvankelijkheid. Acht de rechter een dergelijk exceptief verweer van den gedaagde gegrond dan verklaart hij den eischer in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk.

De gedaagde kan de rechtsvordering bestrijden door zich te beroepen op een feit, dat of het ingeroepen rechtsgevolg verhinderd heeft te ontstaan of het ontstane rechtsgevolg wederom heeft opgeheven. Van het eerste geval ontleenen wij aan FAURE (Dl. I, pag. 310) het volgende voorbeeld. De rechtsvordering tot uitkeering eener erfenis wordt door een erfgenaam krachtens testament ingesteld. Hij brengt een akte voor welke in den vorm volkomen geldig is; ook ontbreekt niets aan zijn bekwaamheid. De gedaagde bestrijdt echter de rechtsvordering met te beweren dat de erflater toen hij het testament maakte niet *compos mentis* was, zoodat het testament nietig is en de eischer daaraan geen recht kan ontleenen. Nu een voorbeeld van een geval, waarin de gedaagde zich beroept op een feit dat het ontstane rechtsgevolg dat de eischer voor zich inroept, heeft opgeheven.

De eischer stelt een rechtsvordering tegen den gedaagde in tot betaling van door hem aan den gedaagde verkochte en geleverde goederen; de gedaagde erkent de gestelde koopovereenkomst alsmede de levering der verkochte goederen; hij geeft ook toe dat hij op grond van het gestelde op zich zelf beschouwd tot betaling van de gevorderde som verplicht zou zijn, doch hij bestrijdt nochtans de rechtsvordering met te beweren dat hij de van hem gevorderde koopsom reeds aan den eischer heeft betaald. Een dergelijk verweer dat men de gequalificeerde of betrekkelijke ontkening noemt rekent men ook tot het exceptieve verweer of de middelen van niet-ontvankelijkheid. Kan de rechter tengevolge van een zoodanig verweer de rechtsvordering niet toewijzen, dan verklaart hij den eischer in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk.

Tegenover dit soort van verweer (de romeinschrechtelijke

exceptie en de betrekkelijke ontkenning) waarbij de gedaagde de rechtsvordering bestrijdt met het beroep op een recht of een feit, staat de rechter geheel anders dan tegenover het verweer, waarbij de gedaagde rechtsgronden aanvoert om aan te toonen dat het bij de rechtsvordering gestelde het ingeroepen rechtsgevolg niet rechtvaardigt. Is toch de rechter bij het geven zijner beslissing verplicht om de rechtsgronden die de gedaagde verzuimde aan te voeren, aan te vullen, het is hem verboden rekening te houden met het bestaan van een den gedaagde toekomend recht of een feit, hoezeer dit de toewijzing der rechtsvordering zou kunnen verhinderen, wanneer de gedaagde zich daarop niet heeft beroepen. Dat de rechter in het algemeen bij het geven zijner beslissing geen rekening mag houden met het bestaan van rechten en feiten, waarop partijen zich niet beroepen hebben, staat weliswaar niet met zoovele woorden in de wet te lezen, doch volgt uit de regeling van het geding in het algemeen. Een van de grondbeginselen toch die aan die regeling ten grondslag liggen is de lijdelijkheid des rechters. Volgens dit beginsel kan niet alleen nooit iemand door den rechter gedwongen worden tot het instellen van een rechtsvordering, doch bepalen, wanneer er eenmaal een rechtsvordering is ingesteld, de partijen den omvang van den strijd. De eischer vordert zooveel of zoo weinig als hij verkiest en is ook vrij in de keuze van de rechten en de feiten, die hij als grondslag van zijn rechtsvordering zal stellen, de rechter is bij het geven zijner beslissing gebonden aan het door den eischer gestelde en het rechtsgevolg dat deze daarbij voor zich inroept. Hij mag aan het gestelde geen nieuwe rechten of feiten toevoegen, noch meer toewijzen dan gevorderd is. Evenzoo is de gedaagde vrij om zich tegen een tegen hem ingestelde rechtsvordering al of niet te verweren; doet hij zulks dan mag hij dit doen zooals hij zelf verkiest. Beroept hij zich niet op een hem toekomend recht of op een feit dat de toewijzing der rechtsvordering zou kunnen verhinderen, de rechter mag bij het geven zijner beslissing daarmede geen rekening houden, ook al ware hij toevallig met het bestaan van dat recht of dat feit bekend. De romeinschrechtelijke exceptie en de gequalificeerde ontkenning zijn dus rechtsmiddelen die de rechter nooit ambtshalve mag toepassen.

Behalve op de reeds genoemde kan de gedaagde zich nog op verschillende andere manieren verweren. Hij kan b.v. beweren dat de rechter de ingestelde rechtsvordering niet mag toewijzen, omdat de eischer in het geding een procesueel voorschrift schond. Men onderscheidt processuele voorschriften van openbare orde en van regelend recht. Heeft de eischer in het geding een procesueel voorschrift van openbare orde geschonden dan verklaart de rechter hem



ambtshalve in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk, schond hij een processueel voorschrift van regelend recht, dan doet de rechter dit slechts wanneer de gedaagde zich daarop beroept. Het verweer van den gedaagde bestaande in de bewering dat de eischer in het geding een processueel voorschrift schond rekent men tot het exceptieve verweer of de middelen van niet-ontvankelijkheid. De rechter moet dit middel ambtshalve toepassen of slechts wanneer de gedaagde het aanwendt, al naarmate het geschonden processueele voorschrift al of niet van openbare orde is.

De gedaagde kan zich verweren met te beweren dat de eischer bij het instellen der rechtsvordering d.w.z. bij het uitbrengen der dagvaarding de door de wet voorgeschreven formaliteiten en termijnen niet in acht nam. Hij werpt dan, zooals men dit uitdrukt de exceptie van nietigheid van dagvaarding op. Acht de rechter dit verweer gegrond dan verklaart hij de dagvaarding nietig. De dagvaarding wordt slechts ambtshalve door den rechter nietig verklaard, wanneer de gedaagde daarop in rechte niet verschijnt.

De gedaagde kan zich verweren met te beweren dat de rechter de rechtsvordering niet kan toewijzen omdat een formaliteit, die aan het instellen der rechtsvordering had dienen vooraf te gaan niet heeft plaats gehad of niet is gesteld. Men denke b.v. aan het geval dat de curator in een faillissement als zoodanig een rechtsvordering instelt, zonder te stellen dat hij daartoe door den rechter-commissaris is gemachtigd en de gedaagde zich bij zijn verweer op het ontbreken of op het niet-gesteld-zijn dier machtiging beroept. In beide gevallen noemt men dit verweer een middel van niet-ontvankelijkheid en rekent het tot het exceptieve verweer. Is hetgeen de gedaagde beweert juist dan zal de rechter den eischer in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk verklaren. De praktijk stelt dus de formaliteiten, die aan het instellen eener rechtsvordering dienen vooraf te gaan met de feiten, waaraan het objectieve recht het ingeroepen rechtsgevolg verbindt op één lijn, in zooverre zij zoowel de bewering van den gedaagde dat een formaliteit, die aan het instellen der rechtsvordering had dienen vooraf te gaan, niet is geschied of niet is gesteld als de bewering dat naast het reeds gestelde nog een ander feit had moeten gesteld worden om het ingeroepen rechtsgevolg te rechtvaardigen, beide een middel van niet-ontvankelijkheid noemt; zij maakt onderscheid in zooverre zij de ontkenning van een gestelde formaliteit als een

(1) De ontkenning dat de vereischte ingebrekestelling heeft plaats gehad beschouwt men echter als een verweer ten principale. De ingebrekestelling beschouwt men zeker als een feit, waardoor het ingeroepen rechtsgevolg eerst ontstaat.



middel van niet-ontvankelijkheid beschouwt en de ontkenning van een gesteld feit, waaruit het ingeroepen rechtsgevolg zou moeten voortvloeien als een verweer ten principale.

De gedaagde kan zich verweren met te beweren, dat de eischer de hoedanigheid niet bezit, waarin hij de rechtsvordering heeft ingesteld (1). Nemen wij b.v. het geval dat iemand als voogd van een minderjarige een rechtsvordering instelt en de gedaagde zich verweert met te beweren, dat de eischer de door hem aangenomen hoedanigheid van voogd niet bezit, dan noemt men dit verweer een middel van niet-ontvankelijkheid en rekent het tot het exceptieve verweer; acht de rechter dit verweer juist dan verklaart hij den eischer in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk.

De gedaagde kan zich ook nog verweren met te beweren dat de rechter niet bevoegd is van de ingestelde rechtsvordering kennis te nemen. Het is mogelijk dat hij den rechter betrekkelijk of volstrekt onbevoegd acht. In beide gevallen zegt men dat hij de exceptie van onbevoegdheid opwerpt. Is de rechter volstrekt onbevoegd dan verklaart hij zich ambtshalve onbevoegd, is hij betrekkelijk onbevoegd dan verklaart hij zich slechts onbevoegd wanneer de gedaagde zich op zijn onbevoegdheid beroept.

Het is echter ook mogelijk dat de gedaagde zich verweert met te beweren dat de rechter in het algemeen, dus ook de administratieve rechter, niet bevoegd is van de ingestelde rechtsvordering kennis te nemen: 1°. omdat de ingestelde rechtsvordering reeds bij een onherroepelijke beslissing berecht is; 2°. omdat krachtens een tusschen partijen bestaand beding of overeenkomst de kennisname der ingestelde rechtsvordering aan een ander persoon of college dan de rechter is opgedragen. In het eerste geval zegt men dat de gedaagde de exceptie van gewijsde zaak opwerpt; deze exceptie stelt men met een middel van niet-ontvankelijkheid gelijk, in zooverre men, indien zij opgaat, den eischer in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk verklaart; in het tweede geval zegt men dat de gedaagde een middel van niet-ontvankelijkheid aanwendt; acht de rechter het verweer gegrond dan verklaart hij den eischer in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk (vgl. arresten H. R. d.d. 19 Januari 1917, W. 10194 en d.d. 26 April 1918, W. 10275, N. J. 1918 blz. 587).

Alle verweermiddelen die niet bestaan in de ontkenning van het door den eischer gestelde — onder het gestelde niet

(1) Dit verweermiddel is wel te onderscheiden van de verweermiddelen *tibi non competit haec actio contra me* en *tibi non competit haec actio*, (zie blz. 64), al worden deze beide soorten van verweermiddelen dikwijls met dezelfde uitdrukking, *disqualificatoire exceptie*, aangeduid.

begrepen de formaliteiten die aan het instellen der rechtsvordering soms dienen vooraf te gaan — rekent men tot het exceptief verweer; alle die verweermiddelen noemt men — de exceptie van onbevoegdheid en van nietigheid van dagvaarding daargelaten — middelen van niet-ontvankelijkheid, die wanneer zij met succes worden aangewend tengevolge hebben dat de eischer in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk wordt verklaard.

In het stelsel van de praktijk hangen dus de onderscheiding tusschen verweer ten principale en exceptief verweer en die tusschen ontzegging der rechtsvordering en eischers niet-ontvankelijkverklaring in dien zin samen dat verweer ten principale steeds gericht is op de ontzegging der rechtsvordering, terwijl het exceptief verweer — de excepties van onbevoegdheid en van nietigheid van dagvaarding daargelaten — steeds gericht is op eischers niet-ontvankelijkverklaring. De middelen van niet-ontvankelijkheid die de praktijk kent zijn dus: 1°. de ontkenning door den gedaagde dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt; 2°. een beroep van den gedaagde op een hem toekomend recht of feit dat de toewijzing der rechtsvordering in den weg staat; 3°. de bewering van den gedaagde dat de eischer een processueel voorschrift schond; 4°. de bewering van den gedaagde dat een formaliteit die aan het instellen der rechtsvordering dient vooraf te gaan niet is gesteld of niet is verricht; 5°. de ontkenning door den gedaagde dat de eischer de hoedanigheid, waarin hij de rechtsvordering instelde, bezit.

Evenals de rechtsvordering zelve pleegt men de exceptie van onbevoegdheid, de exceptie van nietigheid van dagvaarding en de middelen van niet-ontvankelijkheid rechtsmiddelen te noemen. Als regel neemt men aan dat de rechter een rechtsmiddel slechts mag toepassen, wanneer hij door een der partijen wordt aangewend. Ten aanzien van de rechtsvordering zelve is die regel volstrekt, wat betreft de rechtsmiddelen die de gedaagde tegen een tegen hem ingestelde rechtsvordering kan aanwenden lijdt die regel uitzondering voor zoover die rechtsmiddelen aan de openbare orde ontleend zijn. Zoo zal de rechter zich ambtshalve onbevoegd moeten verklaren, wanneer hij zich volstrekt onbevoegd acht van de rechtsvordering kennis te nemen (art. 156 Rv.) en zal hij den eischer ambtshalve in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk moeten verklaren, wanneer deze in het geding een processueel voorschrift van openbare orde schond.

Men stelt rechtsmiddelen tegenover rechtsgronden. De beteekenis dezer onderscheiding ziet men niet alleen hierin dat een rechtsmiddel in den regel niet ambtshalve door den rechter mag worden toegepast, terwijl hij met het bestaan van niet aangevoerde rechtsgronden rekening moet houden,



doch ook daarin dat een aangewend rechtsmiddel niet aangevuld mag, onvolledig aangevoerde rechtsgronden daartegen ambtshalve aangevuld moeten worden.

Uit het vorenstaande blijkt naar wij meenen genoegzaam dat het van groot praktisch belang kan zijn of een door den gedaagde gevoerd verweer is het aanvoeren van rechtsgronden, dan wel het aanwenden van een rechtsmiddel. Men kan zich van deze door wetenschap en praktijk gemaakte onderscheiding moeilijk voldoende rekenschap geven. Een rechtsgrond is, wij zeiden het reeds, steeds een redeneering of rechtsbeschouwing, die b.v. aangevoerd kan worden om aan te toonen, dat het bij een rechtsvordering gestelde het ingeroepen rechtsgevolg al of niet oplevert. Men houde echter in het oog dat men een rechtsgrond ook kan aanvoeren om aan te toonen dat een recht of een feit, waarop de gedaagde zich beroept, de toewijzing van een rechtsvordering al of niet in den weg staat, dat de eischer bij het instellen eener rechtsvordering een processueel voorschrift al of niet in acht nam, dat de rechter al of niet bevoegd is om van een bij hem ingestelde rechtsvordering kennis te nemen. Behalve de rechtsvordering zelve kan men ieder tegen haar aangewend rechtsmiddel met rechtsgronden staven en bestrijden. Het aanvoeren van rechtsgronden kan dus nooit het aanwenden van een rechtsmiddel zijn; het aanvoeren van rechtsgronden onderstelt steeds een rechtsmiddel, hetzij dan de rechtsvordering zelve, hetzij dan enig daartegen aangewend verweermiddel.

Toch heeft de praktijk en ook de wetenschap niet altijd consequent aan de tegenstelling tusschen rechtsgrond en rechtsmiddel vastgehouden. Men verloochende die tegenstelling — het zal den opmerkzamen lezer niet ontgaan zijn — door de gemotiveerde ontkenning door den gedaagde dat het bij de rechtsvordering gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt, een verweer dus bestaande in het aanvoeren van rechtsgronden ten betooge dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg niet rechtvaardigt, een middel van niet-ontvankelijkheid te noemen en de eischer, zoo men het verweer juist achtte, in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk te verklaren. Zoo moest men in moeilijkheden komen; zoo moest het beginsel, dat een rechtsmiddel door den rechter in het algemeen slechts mag worden toegepast, wanneer het door partijen is aangewend, in botsing komen met het beginsel dat de rechter ambtshalve verplicht is de rechtsgronden aan te vullen, welke niet door de partijen mochten zijn aangevoerd en den daaruit voortvloeienden regel dat de rechter ambtshalve verplicht is het gestelde aan het objectieve recht te toetsen. Want gesteld toch dat de gedaagde nalaat er op te wijzen dat het bij de rechtsvordering gestelde het ingeroepen rechtsgevolg niet rechtvaardigt en dus geen middel van niet-



ontvankelijkheid aanwendt, dan kan de rechter toch ingevolge zijn verplichting om het gestelde aan het objectieve recht te toetsen de rechtsvordering niet toewijzen. Hij verklaart dan den gedaagde in zijn rechtsvordering ambtshalve niet-ontvankelijk; het ambtshalve constateeren van den rechter dat het bij de rechtsvordering gestelde het ingeroepen rechtsgevolg niet rechtvaardigt, noemt men dan het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden. Zoo komt men in de noodzakelijkheid om de ontkenning dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg door den gedaagde gedaan het aanwenden van een middel van niet-ontvankelijkheid, door den rechter ambtshalve gedaan het aanvullen van rechtsgronden te noemen.

Laten wij met eenige concrete voorbeelden aantoonen dat dit in werkelijkheid het geval is. Eerst geven wij een voorbeeld van een geval, waarin de Hooge Raad duidelijk te kennen geeft, dat hij de ontkenning van den gedaagde dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt als een middel van niet-ontvankelijkheid beschouwt om daarna eenige gevallen te beschrijven, waarin de Hooge Raad die ontkenning ambtshalve door den rechter verricht het aanvullen van rechtsgronden noemt.

Op 18 Maart 1914 had iemand vijf nog niet afgekalfde koeien gekocht, elke koe voor den prijs van f 285.—; de koeien moesten hem door den verkooper worden geleverd na afkalving. Een dier koeien die na afkalving op 6 April 1914 werd geleverd en op 9 April d.a.v. door den kooper werd betaald bleek te lijden aan croupeuse longontsteking; waaraan zij den volgenden dag stierf. De kooper beschouwde de longontsteking als een verborgen gebrek, dat reeds tijdens de levering op 6 April 1914 bestaan had en vorderde op dien grond den koopprijs van de koe verminderd met hetgeen het gestorven dier had opgebracht van den verkooper terug. Deze verweerde zich tegen deze rechtsvordering met te beweren dat de eischer slechts had gesteld dat het verborgen gebrek bestond tijdens de levering aan hem op 6 April 1914, niet — wat volgens hem voor een rechtsvordering wegens verborgen gebrek noodig zou zijn geweest — dat het reeds aanwezig was op 18 Maart 1914, den dag waarop tusschen partijen de koopovereenkomst was aangegaan. Hij meende toch dat de koe onmiddellijk na het sluiten der overeenkomst op 18 Maart 1914 voor rekening van den kooper (eischer) was gekomen en dat deze om in zijn rechtsvordering te kunnen slagen had moeten stellen dat op dien dag het beweerde gebrek reeds bestaan had; hij ontkende dus dat het bij de rechtsvordering gestelde het ingeroepen rechtsgevolg (zijn verplichting om den koopprijs aan den eischer terug te betalen) rechtvaardigde. De kooper beweerde hiertegenover dat het hier gold een koopovereenkomst onder

opschortende voorwaarde en dat daarom de koe volgens art. 1300 B. W. tot de vervulling der voorwaarde voor rekening van den verkooper was gebleven. Het beding dat de koe na afkalving moest worden geleverd beschouwde de kooper dus als een opschortende voorwaarde. De rechtbank, die deze zaak te berechten had, stelde den kooper in het gelijk en droeg hem op het door hem gestelde, dat de gedaagde ontkend had, door getuigen te bewijzen. De verkooper (gedaagde) ging van deze beslissing in cassatie, als grief tegen het door de Rechtbank gewezen vonnis aanvoerende dat de Rechtbank het beding dat de koe na afkalving geleverd moest worden ten onrechte als een opschortende voorwaarde had beschouwd, dat het inderdaad de bepaling van een termijn was en dat derhalve van het oogenblik af, waarop de overeenkomst tusschen partijen gesloten was, de koe voor rekening van den kooper was gekomen. De Hooge Raad van meening dat het bedoelde beding inderdaad de bepaling van een termijn en niet een opschortende voorwaarde was stelde bij arrest van 24 Maart 1916, *W.* 9972 den verkooper in het gelijk, overwegende „dat de Rechtbank *het door den gedaagde* (den verkooper) *opgeworpen middel van niet-ontvankelijkheid* (1) dus niet met een beroep op art. 1300 B. W., hetwelk hier toepassing mist, had mogen terzijde stellen”. De bewering van den gedaagde dat het bij de rechtsvordering gestelde het ingeroepen rechtsgevolg niet rechtvaardigt, beschouwde de Hooge Raad dus als een middel van niet-ontvankelijkheid.

Nu eenige gevallen, waarin de Hooge Raad het ambtshalve constateeren van den rechter dat het bij een rechtsvordering gestelde het ingeroepen rechtsgevolg niet rechtvaardigt, aanvullen van rechtsgronden noemt.

De eischeres had tegen den gedaagde voor de Rechtbank te Alkmaar een rechtsvordering ingesteld, daarbij stellende dat zij is eigenares van een perceel vast goed, huis, schuur en erf; dat de gedaagde een gedeelte van haar erf heeft gebruikt om daarover te gaan en van een ander gedeelte van haar erf heeft gebruik gemaakt voor het vervoer van kool en andere producten; dat haar erf ten zuiden begrensd wordt door dat van gedaagde; dat beide erven behalve voor zoover de muur betreft van gedaagdes woning niet zijn gescheiden en vorderde op grond van een en ander gedaagdes veroordeeling om 1°. de door hem gebruikte grond van eischeres te ontruimen en te harer beschikking te stellen, 2°. over te gaan tot de afscheiding van hun erven bij gemeene kosten. De gedaagde bestreed deze rechtsvordering met te beweren dat hij door verjaring eigenaar was geworden van een door hem omschreven gedeelte van de bedoelde

(1) Wij cursiveeren.



strook gronds, terwijl een ander gedeelte daarvan hetzij door verjaring gemeenschappelijk eigendom is geworden, hetzij een buurweg of voetpad. De Rechtbank ontzegde de eischeres haar rechtsvorderingen bij vonnis van 2 Maart 1911 op grond dat zij haar eigendom van het opgevorderde gedeelte van het erf niet had bewezen. Van dit vonnis ging de eischeres in hooger beroep. Het Hof te Amsterdam vernietigde het vonnis der Rechtbank zonder de door de appellante aangevoerde grief te onderzoeken en verklaarde haar ambtshalve niet-ontvankelijk in haar eisch overwegende: „dat eischeres wel heeft gesteld feiten, waaruit voortvloeit dat de gedaagde inbreuk heeft gemaakt op haar eigendomsrecht, maar dat zij niet heeft gesteld, dat geïntimeerde-gedaagde houder is van de zaak, waarop zij haar eigendomsrecht doet gelden, noch zoodanige feiten heeft aangevoerd waaruit volgt dat de detentie van die zaak bij geïntimeerde berust, en art. 629 B. W. een eigenaar een rechtsvordering tot opvordering van zijn eigendom slechts toekent tegen den houder der hem toebehoorende zaak”. De eischeresse-appellante ging van dit arrest in cassatie als eenig middel stellende: schending, immers verkeerde toepassing van de artt. 5, sub 3, 48, 59, 94, 141, 353 Rv. j<sup>o</sup>, artt. 629 en 2014 B.W. De eerste grief in dit middel neergelegd was dat het Hof ambtshalve de ontvankelijkheid der rechtsvordering had onderzocht en daardoor art. 48 Rv. had geschonden. De Hooge Raad, het cassatieberoep bij arrest van 1 Mei 1914, W. 9668 verwerpende, overwoog hieromtrent: „dat 's Hof's beslissing op den ambtshalve aangevoerden grond, dat de eischeres bij de inleidende dagvaarding wel feiten heeft gesteld waaruit voortvloeit dat de gedaagde inbreuk heeft gemaakt op haar beweerd eigendomsrecht, doch zij niet heeft gesteld, dat de gedaagde houder is van de zaak, waarop zij haar eigendomsrecht doet gelden, noch heeft aangevoerd zoodanige feiten, waaruit volgt dat de detentie van de zaak bij den gedaagde berust; dat de eischeres op deze middelen van eisch geen rechtsvordering kon bouwen tot *opvordering* van de zaak, waarvan zij beweert eigenares te zijn, omdat art. 629 B. W. aan den eigenaar een zoodanige vordering slechts toekent tegen den houder der hem toebehoorende zaak, zoodat zij niet-ontvankelijk is in haar daartoe strekkenden eisch en de daaraan verbonden vordering tot afscheiding van de eigendommen van partijen; dat de eischer hiertegen in de eerste plaats heeft aangevoerd, dat 's Hof's voormelde beslissing is gegeven hoewel door den gedaagde geen middel van niet-ontvankelijkheid, noch van nietigheid van dagvaarding was voorgedragen, maar deze grief niet tot cassatie kan leiden; dat immers het Hof in zijn voormelde overweging slechts heeft onderzocht of de bij de dagvaarding gestelde grond-



slagen van den eisch de daarop berustende vordering des eischers rechtvaardigen en na daarbij te hebben bevonden op gronden aan de wet ontleend, dat dit niet het geval was, ambtshalve de niet-ontvankelijkheid der vordering, waartoe door den gedaagde in het algemeen was geconcludeerd heeft uitgesproken, waardoor het Hof niet een niet-aangevoerd rechtsmiddel heeft toegepast, maar slechts rechtsgronden heeft aangevuld, zooals art. 48 Rv. aan den rechter voorschrijft ambtshalve te doen".

Men ziet hier dus duidelijk dat de Hooge Raad de ontkenning dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt ambtshalve door den rechter gedaan het aanvullen van rechtsgronden noemt. Wij achten deze beslissing juist, in zoverre daarbij is uitgemaakt dat de rechter ambtshalve verplicht is het gestelde aan het objectieve recht te toetsen om na te gaan of het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg oplevert en dat hij dit ambtshalve doende bij een negatief resultaat rechtsgronden aanvult, die de gedaagde verzuimde aan te voeren; wij achten deze beslissing echter in strijd met 's Hoogen Raads jurisprudentie, volgens welke die ontkenning door den gedaagde gedaan het aanwenden van een middel van niet-ontvankelijkheid is. Is de ontkenning dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt door den rechter ambtshalve gedaan, zooals de Hooge Raad zelf zegt, het aanvullen van rechtsgronden, dan moet die ontkenning door den gedaagde gedaan noodzakelijkerwijs het aanvoeren van rechtsgronden zijn.

Een ander voorbeeld van een geval, waarbij de Hooge Raad uitmaakt dat de ambtshalve ontkenning van den rechter dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt het aanvullen van rechtsgronden is.

De directeur der onderlinge verzekeringsmaatschappij voor paarden en rundvee „Almelo" te Stad-Almelo, tevens gemeenteraadslid dier gemeente, S. genaamd, sluit met een zekeren V. een overeenkomst, waarbij V. zich verbond om indien hij benoemd werd tot gemeente-veearts van Stad- en Ambt-Almelo en tot adviseur der maatschappij „Almelo" te zullen betalen jaarlijks aan een derde (de weduwe van zijn overleden patroon) f 500.— gedurende haar leven of zoo lang zij niet hertrouwd, waartegenover S. zich verbond om V. aan te stellen tot adviseur der „Almelo" tot een salaris van f 250.— per jaar en, zooveel als in zijn vermogen was te bevorderen dat V. als gemeente-veearts werd aangesteld en in de praktijk van zijn voormaligen patroon C. ingeleid. S. voldeed aan al zijn verplichtingen en V. werd respectievelijk op 15 en 16 November 1908 benoemd tot gemeente-veearts van Stad- en Ambt-Almelo en tot adviseur der „Almelo". De weduwe C. verklaarde met woord en daad van dit beding te haren

behoefte te willen gebruik maken en zoo ontstond volgens die overeenkomst dus voor V. na 17 November 1908 de verplichting om haar jaarlijks f 500.— te betalen. V. betaalde te dier zake in het geheel slechts f 200.— en was haar mitsdien op 17 November 1911 f 1300.— verschuldigd. Door de weduwe C. tot betaling dier f 1300.— aangesproken erkende de gedaagde V. het bestaan dier overeenkomst alsmede zijn benoeming tot gemeente-veearts en tot adviseur der „Almelo”, doch bestreed niettemin de rechtsvordering met de bewering dat de gestelde overeenkomst geen oorzaak heeft en dus krachteloos is als zijnde in strijd met de goede zeden en de openbare orde, vermits S. lid van den Raad der gemeente Stad-Almelo, daarbij zich verbond ter bevordering van particuliere belangen om stappen te doen opdat de gemeenteraad van Almelo den gedaagde zou benoemen in een gemeentelijke bezoldigde betrekking, ook al mochten er meer sollicitanten zijn. De rechtbank te Almelo wees de eischeres haar vordering toe. De gedaagde voorzag zich in hooger beroep. Hij voerde daartegen meerdere grieven aan doch herhaalde zijn evengenoemd verweer niet.

Het Hof verklaarde de overeenkomst, waarop de eischeres haar rechtsvordering steunde in strijd met de openbare orde en de goede zeden en beschouwde haar op dien grond als niet bestaande en krachteloos, vernietigde het vonnis van de Rechtbank en verklaarde de eischeres niet-ontvankelijk in haar rechtsvordering. Tegen deze beslissing kwam de eischeres op in cassatie, wegens schending of verkeerde toepassing van de artt. 1356, 1371, 1372, 1373 B. W. art 14 der wet van 15 Mei 1829, *Stbl.* n°. 28, artt. 48 en 334 Rv. omdat het Hof van oordeel was dat de appèlrechter ambtshalve heeft te onderzoeken of de overeenkomst naar aanleiding waarvan partijen procederen strijdt met de openbare orde of de goede zeden.

De Hooge Raad verwierp dit beroep overwegende dat deze grief . . . niet tot cassatie kon leiden daar het Hof hierbij slechts de onbetwiste overeenkomst in verband met daarbij mede vaststaande feiten heeft getoetst aan de voorschriften der wet en daarbij bevindende dat die wetsvoorschriften aan de aldus gebleken overeenkomst rechtsgevolg ontzegden, op dien grond aan haar verbindende kracht heeft ontzegd, waardoor het Hof niet een rechtsmiddel, maar uitsluitend de rechtsgronden heeft aangevuld, zooals art. 48 Rv. den rechter voorschrijft van ambtswege, dat is onafhankelijk van de houding van partijen te doen.”

Evenals het Hof erkent dus de Hooge Raad de juistheid van den regel dat de rechter ambtshalve verplicht is het bij de rechtsvordering gestelde aan het objectieve recht te toetsen om na te gaan of het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg



rechtvaardigt. Het Hof ging immers ambtshalve na of het gestelde, de tusschen partijen gemaakte afspraak een verbin-  
tenis scheppende overeenkomst is. Zoowel het Hof als de  
Hooge Raad beschouwde dit onderzoek, dat tot een negatief  
resultaat leidde, niet als de toepassing van een rechtsmiddel,  
doch als het aanvullen van rechtsgronden, die de gedaagde  
in dit geval slechts in hooger beroep, verzuimd had aan te  
voeren. Wij achten het arrest juist in zoover het het ambts-  
halve constateeren van den rechter dat het gestelde het  
ingeroepen rechtsgevolg niet rechtvaardigt, als het aanvullen  
van rechtsgronden beschouwt, maar wij achten daarmede  
onvereenigbaar de door den Hoogen Raad gehuldigde leer  
dat die ontkenning door den gedaagde gedaan het aanwenden  
van een middel van niet-ontvankelijkheid is.

Het stelsel der praktijk is dus in zooverre met zich zelf  
in strijd als daarin het ambtshalve constateeren door den  
rechter dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg niet  
rechtvaardigt het aanvullen van rechtsgronden, diezelfde  
ontkenning door den gedaagde gedaan het aanwenden van  
een middel van niet-ontvankelijkheid heet. Te meer treedt  
dit aan het licht wanneer men bedenkt dat daarmede de  
tegenstelling tusschen rechtsmiddelen en rechtsgronden,  
waarvan de praktijk uitgaat, verloochend wordt. Doch behalve  
met zich zelf is het stelsel der praktijk ook in strijd met de  
terminologie der wet in zoover het de ontkenning van den  
gedaagde dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg recht-  
vaardigt een middel van niet-ontvankelijkheid noemt; terwijl  
uit art. 48 Rv. duidelijk volgt dat de wet dit het aanvoeren  
van rechtsgronden noemt.

Leggen wij ons thans de vraag voor: is het stelsel der  
praktijk — afgezien dat daarin de ontkenning van den  
gedaagde dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg recht-  
vaardigt een middel van niet-ontvankelijkheid wordt ge-  
noemd — het stelsel der wet? Is het m. a. w. in overeen-  
stemming met de wet dat onder het verweer ten principale  
slechts wordt verstaan de ontkenning door den gedaagde  
van het gestelde en dat slechts, wanneer het gestelde in het  
geding niet komt vast te staan, ontzegging der rechtsvor-  
dering volgt, terwijl alle andere soorten van verweer worden  
gerekend tot het exceptief verweer en dat, zoo daardoor de  
rechtsvordering niet toegewezen kan worden, de eischer —  
wanneer de rechter zich niet onbevoegd of de dagvaarding  
nietig verklaart — in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk  
verklaard wordt? De wet zegt nergens wat zij onder verweer  
ten principale en exceptief verstaat, evenmin geeft zij ant-  
woord op de vraag hoe de rechter de beslissingen, die hij



naar aanleiding van de bij hem ingediende rechtsvorderingen geeft, moet onderscheiden.

Een bepaling als van art. 216 van het Wetboek van Strafvordering kent ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet; men zoekt in de wet tevergeefs naar een antwoord op de vraag, in welk geval de rechter den eischer zijn rechtsvordering moet ontzeggen en in welk geval hem daarin niet-ontvankelijk verklaren. Is de rechter, nu hij bij zijn antwoord op de vraag aan geen wettelijke bepaling is gebonden in dien zin vrij dat ieder antwoord op die vraag juist is? Wij meenen van niet. Hij is daarbij gebonden aan de gegeven rechtsbegrippen, hij moet de aard en het wezen der rechtsvordering en de wijzen waarop men haar bestrijden kan onderzoeken om te weten te komen of er bij niet-toewijzing grond is voor onderscheid te maken tusschen ontzegging en niet-ontvankelijk-verklaring. Heeft de rechter dit gedaan? Is hij er in geslaagd een onderscheiding met een onbedriegelijk criterium uit den aard der gegeven rechtsbegrippen voortvloeiend te maken, waaraan een duidelijk aanwijsbaar verschil in rechtsgevolgen verbonden is? Wij meenen die vraag in ontkennenden zin te moeten beantwoorden.

Het bezwaar dat wij tegen het stelsel der praktijk hebben is van zeer principieelen aard, het zondigt naar onze meening tegen een der meest elementaire beginselen der rechtswetenschap; het miskent ten eenenmale den algemeen als juist erkenden grondregel dat geen juridische onderscheiding geoorloofd is, waaraan geen verschil in rechtsgevolgen is verbonden. Wat betreft de onderscheiding tusschen verweer ten principale en exceptief verweer kan men weliswaar zeggen dat verweer ten principale op de ontzegging der rechtsvordering gericht is, en exceptief verweer in het algemeen op de niet-ontvankelijkverklaring, doch geen mensch is in staat te zeggen welk verschil in rechtsgevolgen het met zich brengt of den eischer zijn rechtsvordering is ontzegt of dat hij daarin niet-ontvankelijk is verklaard. Hiermede is de onderscheiding tusschen de ontzegging der rechtsvordering en de niet-ontvankelijkverklaring en die tusschen verweer ten principale en exceptief verweer, in den zin waarin de praktijk die onderscheidingen maakt, afdoende veroordeeld. Wij zeggen opzettelijk „in den zin waarin de praktijk die onderscheidingen maakt”, want zooals wij zullen zien hebben beide onderscheidingen reden van bestaan, mits men de scheidingslijn tusschen verweer ten principale en exceptief verweer en tusschen ontzegging en niet-ontvankelijkverklaring anders trekt, dan men zulks in de praktijk doet.

Laten wij nagaan of de gevallen waarin de rechter de rechtsvordering niet toewijst een feitelijk verschil vertoonen waaraan een verschil in rechtsgevolgen is verbonden. Vinden

wij een dergelijk verschil dan hebben wij daarmede tevens gevonden een criterium waarnaar de verweermiddelen in het algemeen in twee hoofdgroepen verdeeld kunnen worden.

Wijst de rechter een rechtsvordering niet toe, omdat het daarbij gestelde in het geding niet is komen vast te staan, dan zegt hij met andere woorden tot den eischer: het door u gestelde bestaat voor zoover mij bekend is niet; ik kan u dus het rechtsgevolg dat u op grond daarvan voor u inroept niet toekennen. De rechter heeft dan het in de rechtsvordering vervatte verzoek beantwoord; hij heeft beslist dat het ingeroepen rechtsgevolg niet bestaat.

Wanneer nu in een geding het door den eischer bij de rechtsvordering gestelde wel komt vast te staan, doch de rechter de rechtsvordering niet toewijst, omdat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg niet rechtvaardigt, dan zegt de rechter met andere woorden tot den eischer, het door u gestelde is weliswaar in het geding komen vast te staan, doch het door u op grond daarvan ingeroepen rechtsgevolg kan ik u niet toekennen omdat het objectieve recht dat daaraan niet verbindt. De rechter heeft dan het in de rechtsvordering vervatte verzoek beantwoord en wel in dien zin dat het door den eischer ingeroepen rechtsgevolg niet bestaat.

Wanneer in een geding het door den eischer gestelde komt vast te staan en het objectieve recht daaraan het rechtsgevolg verbindt dat de eischer voor zich inroept, doch de rechter de rechtsvordering niet toewijst, omdat de gedaagde zich beroepen heeft op een hem toekomend recht dat in het geding kwam vast te staan en de toewijzing der rechtsvordering verhindert, dan zegt de rechter tot den eischer hetgeen gij stelde kwam in het geding vast te staan, op zich zelf beschouwd levert dit het rechtsgevolg op dat gij op grond daarvan voor u inroept, doch het recht waarop de gedaagde zich beriep en welks bestaan in dit geding kwam vast te staan verhinderde dat het door u ingeroepen rechtsgevolg ontstond. De rechter heeft dan het in de rechtsvordering vervatte verzoek beantwoord en beslist dat het ingeroepen rechtsgevolg niet bestaat. Hetzelfde is het geval, wanneer de rechtsvordering door den rechter niet toegewezen kan worden omdat de gedaagde zich beroept op een feit dat in het geding komt vast te staan, en dat het ingeroepen rechtsgevolg heeft verhindert te ontstaan of zoo het ontstaan mocht zijn, heeft opgeheven.

Wanneer men nu de reden nagaat waarom de rechter in de hier gestelde gevallen de rechtsvordering niet toewijst, dan ziet men dat die reden in den grond der zaak steeds dezelfde is nl. het niet-bestaan van het ingeroepen rechtsgevolg.

Welnu in alle gevallen waarin de rechter een rechts-



vordering afwijst, op grond dat het door den eischer daarbij ingeroepen rechtsgevolg niet bestaat is die afwijzing definitief of zooals men pleegt uit te drukken finaal.

Behalve het niet-bestaan van het ingeroepen rechtsgevolg kunnen er nog andere redenen zijn waarom de rechter een rechtsvordering finaal afwijst. Dit is het geval wanneer de rechter van oordeel is dat de ingestelde rechtsvordering reeds bij een onherroepelijk geworden gerechtelijke beslissing berecht is of dat krachtens een tusschen partijen bestaande overeenkomst de kennisname van de rechtsvordering aan een ander persoon of college dan de rechter is opgedragen. Wijst een rechter een rechtsvordering af omdat deze naar zijn oordeel bij een onherroepelijke gerechtelijke beslissing reeds is berecht dan zegt hij met andere woorden: ik acht mij evenmin als iedere andere rechter gerechtigd nu er eenmaal een beslissing is gegeven, de rechtsvordering nogmaals te berechten; wijst de rechter de rechtsvordering af, omdat naar zijn oordeel slechts een ander persoon of college dan de rechter gerechtigd is van haar kennis te nemen, dan zegt hij weer met andere woorden tot den eischer: ik acht mij evenmin als iedere andere rechter gerechtigd, nu de beslissing daarvan aan een ander is opgedragen, de rechtsvordering te berechten. In beide gevallen wordt dus de rechtsvordering afgewezen, en wel finaal, omdat de rechter in het algemeen niet bevoegd is er van kennis te nemen. De redenen waarom een rechtsvordering finaal wordt afgewezen laten zich dus terugbrengen tot twee; de eerste is dat het ingeroepen rechtsgevolg niet bestaat; de tweede dat de rechter in het algemeen (niet een bepaalde rechter) bevoegd is van haar kennis te nemen.

Naast de tot dusver besproken gevallen bestaat een reeks van gevallen, waarin de rechter, hoewel hij de rechter in het algemeen bevoegd acht van haar kennis te nemen, de rechtsvordering niet toewijst zonder te beslissen of het ingeroepen rechtsgevolg al of niet bestaat. De redenen, waarom de rechter niet tot de beantwoording dier vraag komt kunnen bij voorbeeld zijn: 1°. dat de eischer vòòr, hetzij bij, hetzij nà het instellen der rechtsvordering een processueel voorschrift schond; 2°. dat de eischer de hoedanigheid mist, waarin hij de rechtsvordering instelde; 3°. dat de eischer de rechtsvordering instelde bij een bepaalden rechter, die niet bevoegd is van haar kennis te nemen.

In deze gevallen heeft geen finale afwijzing plaats. Dezelfde rechtsvordering kan immers opnieuw ingesteld worden; ingeval sub 1°. nadat de door de wet voorgeschreven formaliteit is verricht, of met inachtneming van de voorgeschreven formaliteiten; ingeval sub 2°. door een ander die de vereischte hoedanigheid bezit; ingeval sub 3°. door denzelfde bij een anderen bevoegden rechter.



Zegt men nu met ons, dat in de gevallen waarin de rechter de rechtsvordering finaal afwijst, de rechtsvordering wordt ontzegt, en in de gevallen, waarin geen finale afwijzing plaats heeft, dat hij den eischer in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk verklaart, dan maakt men een onderscheiding, die niet slechts gegrond is op een wezenlijk feitelijk verschil, doch waaraan tevens een verschil in rechtsgevolgen is verbonden. Ontzegt wordt dus een rechtsvordering wanneer de rechter haar finaal afwijst; finale afwijzing heeft plaats, wanneer de rechter van oordeel is dat het bij de rechtsvordering ingeroepen rechtsgevolg niet bestaat of dat de rechter in het algemeen, ook de administratieve rechter, niet bevoegd is van haar kennis te nemen; in alle andere gevallen van niet-toewijzing wordt de eischer in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk verklaard.

Hiermede hebben wij tevens een criterium gevonden voor de verdeling van alle verweermiddelen in twee hoofdgroepen; is het verweer gericht op de ontzegging der rechtsvordering dan noemen wij het een verweer ten principale, is het gericht op de niet-ontvankelijkverklaring dan noemen wij het een middel van niet-ontvankelijkheid. Wij stellen dus niet zooals in de praktijk geschiedt, verweer ten principale tegenover exceptief verweer, doch verweer ten principale tegenover de middelen van niet-ontvankelijkheid.

Wanneer wij nu alle gevallen, waarin een verdediging ten principale gevoerd wordt aan een nauwkeurig onderzoek onderwerpen, dan zien wij weer dat het verweer ten principale in twee soorten onderverdeeld kan worden, n.l. in die waarin het verweer louter negatief is en in die waarin dit niet het geval is. Louter negatief is het verweer ten principale wanneer de gedaagde zich verweert met te ontkennen dat het gestelde waar is of dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt; niet louter negatief is het verweer ten principale wanneer de gedaagde zich verweert met een beroep op een recht of op een feit, waarvan hij het rechtsgevolg voor zich inroept. Is het verweer niet louter negatief dan noemen wij het exceptief. In een beroep door den gedaagde op een feit kan een ontkenning van den feitlijken grondslag der rechtsvordering gelegen zijn, wanneer dat feit met de feiten die eischer stelde onvereinigbaar is.

Dit is b.v. het geval, wanneer de eischer een rechtsvordering tot ontbinding van een wederkeerige overeenkomst instellende als grondslag van zijn rechtsvordering stelt de overeenkomst en de niet-nakoming door den gedaagde en de gedaagde zich verweert met een beroep op het feit dat hij de gestelde overeenkomst wel nakwam. In dat beroep is dan een ontkenning gelegen van het feit der niet-nakoming, dat de eischer onder

meer als grondslag van zijn rechtsvordering stelde (1). Omdat dit verweer ten principale niet louter negatief is, is het exceptief. Onder exceptief verweer verstaan wij dus dat gedeelte van het verweer ten principale dat bestaat in een beroep op een recht of een feit, onverschillig of daarin een ontkenning van den grondslag der rechtsvordering is gelegen. In ons stelsel is derhalve het exceptieve verweer een onderdeel van het verweer ten principale en is ieder exceptief verweer naar zijn aard een verweer ten principale. Deze onderscheiding van het verweer ten principale in exceptief verweer en verweer dat niet exceptief is, heeft beteekenis met het oog op den bewijslast. Is het verweer ten principale louter negatief dan zal daaruit voor den gedaagde nooit eenige bewijslast voortvloeien. Is het verweer exceptief d.w.z. beroept de gedaagde zich op een recht of op een feit dat, zoo het in het geding komt vast te staan, tot de ontzegging der rechtsvordering moet leiden, dan zal hij het bestaan van dat recht of dat feit hebben te bewijzen. Zoo zal de gedaagde, wanneer hij zich verweert met een beroep op een onherroepelijke beslissing waarbij de rechtsvordering reeds is berecht of op een overeenkomst met den eischer gesloten krachtens welke de kennisname van de rechtsvordering aan een ander persoon of college dan de rechter is opgedragen, het bestaan dier beslissing of dier overeenkomst bij ontkenning door den eischer hebben te bewijzen. Het verschil in rechtsgevolgen verbonden aan deze onderscheiding van het verweer ten principale in twee soorten vindt men in het Romeinsche recht reeds uitgedrukt in den rechtsregel *excipiendo reus fit actor*. Geeft men aan de uitdrukking exceptie of exceptief verweer de door ons daaraan gegeven beperkte beteekenis dan geldt die rechtsregel ook voor ons recht.

Het verweer in het algemeen onderscheiden wij dus in verweer ten principale, d.w.z. verweer dat op de ontzegging der rechtsvordering is gericht en in verweer dat op de niet-ontvankelijkverklaring gericht is; het verweer ten principale verdeelen wij weer onder in verweer ten principale dat louter negatief is en dat waarbij de gedaagde zich beroept op een recht of een feit.

Ter voorkoming van begripsverwarring zullen wij thans de begrippen, waaruit het stelsel der praktijk met die waaruit ons stelsel is opgebouwd met elkaar vergelijken.

(1) In het algemeen beschouwt men dit verweer als een volstrekte en niet als een betrekkelijke ontkenning en rekent het derhalve niet tot het exceptieve verweer. Dit heeft het o. i. ongewenschte gevolg dat op den eischer de last van het bewijs der niet-nakoming komt te rusten. Wij stellen ons voor hierop bij een andere gelegenheid uitvoeriger terug te komen.



In de praktijk ontzegt de rechter een rechtsvordering, wanneer het gestelde, waaruit het ingeroepen rechtsgevolg zou kunnen voortvloeien in het geding niet komt vast te staan. In ons stelsel wordt een rechtsvordering ontzegt, wanneer de rechter om welke reden dan ook de rechtsvordering finaal afwijst, hetzij omdat het ingeroepen rechtsgevolg niet bestaat, hetzij omdat hij den rechter in het algemeen niet bevoegd acht van de rechtsvordering kennis te nemen. Wanneer men nu in aanmerking neemt dat het ingeroepen rechtsgevolg niet bestaat: 1°. wanneer het gestelde waaruit het ingeroepen rechtsgevolg zou kunnen voortvloeien, in het geding niet is komen vast te staan; 2°. wanneer het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg niet rechtvaardigt; 3°. wanneer een den gedaagde toekomend recht het ingeroepen rechtsgevolg verhinderd heeft te ontstaan; 4°. wanneer een feit het ingeroepen rechtsgevolg heeft verhinderd te ontstaan of het ontstane rechtsgevolg wederom heeft opgeheven en wij den rechter in het algemeen niet bevoegd achten van een rechtsvordering kennis te nemen, wanneer die rechtsvordering reeds bij een onherroepelijke beslissing is berecht of er een beding of overeenkomst tusschen partijen bestaat waarbij de kennisname aan een ander persoon of college dan de rechter is opgedragen, dan ziet men licht in dat wij het begrip ontzegging in veel ruimeren zin opvatten dan de praktijk zulks doet. In de gevallen sub 2°, 3°. en 4°. genoemd, alsmede wanneer naar onze opvatting de rechter in het algemeen niet bevoegd is van de rechtsvordering kennis te nemen wordt de eischer in de praktijk in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk verklaard, terwijl in ons stelsel hem in die gevallen zijn rechtsvordering zou worden ontzegt. In overeenstemming daarmede is het begrip niet-ontvankelijkheid in de praktijk ruimer dan in ons stelsel, in zooverre wij den eischer slechts dan in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk verklaard willen hebben, wanneer de rechter de rechtsvordering niet toewijst zonder haar finaal af te wijzen, daarentegen enger in zooverre de gevallen, waarin de praktijk spreekt van onbevoegdverklaring of nietigverklaring van dagvaarding, wij ook van niet-ontvankelijkverklaring spreken. In ons stelsel omvat de onderscheiding tusschen ontzegging en niet-ontvankelijkverklaring alle gevallen van niet-toewijzing, en zijn de onbevoegdverklaring des rechters en de nietigverklaring der dagvaarding, die in het stelsel der praktijk een zelfstandige plaats innemen, bijzondere vormen van niet-ontvankelijkverklaring.

In overeenstemming met onze ruimere opvatting van het begrip ontzegging is in ons stelsel het begrip verweer ten principale zooveel ruimer dan in het stelsel der praktijk. In de praktijk begrijpt men slechts onder verweer ten principale



de ontkenning van de juistheid van den grondslag van de rechtsvordering en beschouwt men ieder verweer dat niet rechtstreeks tegen den grondslag der rechtsvordering gericht is als exceptief. Wij daarentegen verstaan onder verweer ten principale ieder verweer waarin een ontkenning van het bestaan van het ingeroepen rechtsgevolg ligt opgesloten of waarbij beweerd wordt dat de rechter in het algemeen niet bevoegd is van de rechtsvordering kennis te nemen, korter gezegd ieder verweer dat op de finale afwijzing der rechtsvordering gericht is. Een verweer ten principale voert dus de gedaagde: 1<sup>o</sup>. die het bestaan van het gestelde ontkent; 2<sup>o</sup>. die ontkent dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg oplevert; 3<sup>o</sup>. die zich beroept op een hem toekomend recht dat het ingeroepen rechtsgevolg heeft verhinderd te ontstaan; 4<sup>o</sup>. die zich beroept op een feit dat het ingeroepen rechtsgevolg heeft verhinderd te ontstaan, of het rechtsgevolg, dat bestaan heeft, weer heeft opgeheven; 5<sup>o</sup>. die zich beroept op een beslissing waarbij de rechtsvordering reeds onherroepelijk is berecht; 6<sup>o</sup>. op een tusschen partijen bestaande overeenkomst waarbij de kennisname van de rechtsvordering aan een ander persoon of college dan den rechter is opgedragen. In de gevallen sub 3<sup>o</sup>., 4<sup>o</sup>., 5<sup>o</sup>. en 6<sup>o</sup>., waarin men kan zeggen dat de gedaagde zich verweert met een beroep op een hem toekomend recht of op een feit ten einde de rechtsvordering finaal te doen afwijzen is het verweer ten principale exceptief. Ons begrip exceptie of exceptief verweer is dus in tweeërlei opzicht enger dan dat der praktijk; ten eerste rekenen wij daaronder niet gedaagdes ontkenning dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt, ten tweede de verweermiddelen, die niet op de finale afwijzing der rechtsvordering gericht zijn en volgens ons alleen recht op den naam van middelen van niet-ontvankelijkheid hebben. Tot de middelen van niet-ontvankelijkheid rekenen wij dus o.a. wat in de praktijk genoemd wordt de exceptie van onbevoegdheid en nietigheid van dagvaarding, de ontkenning van den gedaagde dat de eischer de hoedanigheid bezit, waarin hij de rechtsvordering heeft ingesteld, de ontkenning dat er een formaliteit is verricht, die aan het instellen der rechtsvordering dient vooraf te gaan, de bewering dat de eischer in het geding een processueel voorschrift heeft geschonden.

Het criterium der onderscheiding tusschen verweer ten principale en een middel van niet-ontvankelijkheid, is dus niet daarin gelegen — het zij hier ten allen overvloedige gezegd — dat de gedaagde in het eene geval de rechter wijst op een omstandigheid, waarmede de rechter ook zonder dat verweer rekening zou moeten houden en in het andere geval op een omstandigheid, waarmede de rechter slechts rekening mag houden omdat de gedaagde hem daarop wees. De vraag

of de rechter met een omstandigheid, die de toewijzing eener rechtsvordering kan verhinderen ambtshalve rekening moet houden of niet, heeft met de onderscheiding tusschen verweer ten principale en middel van niet-ontvankelijkheid in den door ons aangegeven zin niets te maken. Beweert immers de gedaagde dat het bij een rechtsvordering gestelde het ingeroepen rechtsgevolg niet rechtvaardigt of beroept hij zich op een recht dat de toewijzing der rechtsvordering in den weg staat, dan voert hij in beide gevallen een verweer ten principale en niettemin zou de rechter in het eerste geval met die omstandigheid ook ambtshalve rekening moeten houden en in het tweede geval slechts, omdat de gedaagde er zich op beriep. Aan den anderen kant kan het voorkomen dat de rechter met een verweer dat op de niet-ontvankelijkverklaring der rechtsvordering gericht is, bestaat in een beroep op een omstandigheid, waarmede de rechter ook ambtshalve (zonder dat beroep) rekening moet houden, terwijl het evengoed mogelijk is dat de rechter met de omstandigheid, waarbij hem bij een op niet-ontvankelijkverklaring gericht verweer is gewezen, slechts rekening mag houden omdat de gedaagde hem daarop wees. Bestaat gedaagdes verweer b.v. hierin dat de eischer in het geding een processueel voorschrift schond, dan wendt hij een middel van niet-ontvankelijkheid aan, onverschillig of de beweerde schending een processueel voorschrift van openbare orde dan wel van regelend recht betreft, en toch zal de rechter in het eerste geval met die schending, indien zij heeft plaats gehad, ook ambtshalve, in het tweede geval slechts, omdat gedaagde er zich op beriep, rekening moeten houden.

Kortom even goed als een rechtsvordering zoowel ambtshalve als alleen ten gevolge van een daartoe strekkend verweer ontzegt kan worden, kan de eischer zoowel ambtshalve als tengevolge van een daartoe strekkend verweer in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk verklaard worden. Wanneer dus een rechtsvordering ontzegt is volgt daar geenszins uit dat een verweer ten principale is gevoerd, evenmin als het zeker is dat een middel van niet-ontvankelijkheid is aangewend, wanneer de eischer in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk is verklaard. Wanneer echter een rechtsvordering niet toegewezen kan worden ten gevolge van een verweer ten principale moet zij ontzegt worden, kan zij niet toegewezen worden tengevolge van een aangewend middel van niet-ontvankelijkheid, moet de eischer niet-ontvankelijk verklaard worden.

In het stelsel van de praktijk waarin de uitdrukkingen exceptie en middel van niet-ontvankelijkheid in dezelfde beteekens door elkaar gebruikt worden leeren deze uitdrukkingen ons niets omtrent de vraag of daarmede is be-



doeld een verweer dat gericht is op de finale afwijzing der rechtsvordering of niet. Wij zullen echter trachten aan te toonen dat men in de praktijk de toepassing van den regel *excipiendo reus fit actor* heeft beperkt tot die excepties, die op de finale afwijzing der rechtsvordering gericht zijn, tot het exceptieve verweer dus in den beperkten zin, waarin wij dit woord opvatten.

Wanneer de exceptie of het middel van niet-ontvankelijkheid bestaat in de ontkenning door den gedaagde dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt kan daaruit nooit of te nimmer voor een der partijen eenige bewijslast voortvloeien en wel om de eenvoudige reden dat met dat verweer geen feit ontkend en ook geen feit aangevoerd wordt. De gewoonte om gedaagdes ontkenning dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt tot het exceptieve verweer te rekenen kan dus met betrekking tot de toepassing van den regel *excipiendo reus fit actor* geenerlei moeilijkheid geven. Anders is het geval ten aanzien van de gewoonte om b.v. de bewering van den gedaagde dat de eischer de hoedanigheid, waarin hij de rechtsvordering instelt, niet bezit tot het exceptieve verweer te rekenen. Een voorbeeld zal dit duidelijk maken.

Het geval deed zich voor dat de gedaagde in een geding zich verweerde met te ontkennen dat de eischer de hoedanigheid bezat, waarin deze hem aansprak. Nu zou dus volgens de opvatting dat dit een exceptief verweer is in verband met den regel *excipiendo reus fit actor* op den gedaagde de last van het bijna onmogelijke negatieve bewijs rusten, dat de eischer de gestelde hoedanigheid niet bezat en dat terwijl de eischer wellicht zonder veel moeite in staat was de ontkende hoedanigheid te bewijzen. Dit zou — ieder ziet het in — te ongerijmd zijn. De rechtbank te Nijmegen, die het voorbeschreven geval te beslissen had redde zich uit de moeilijkheid door zich te beroepen op den regel *affirmanti incumbit probatio non neganti*. Zij overwoog toch, „dat ofschoon in den regel de last van het bewijs zijner stelling op den excipient moet rusten, die regel echter uit den aard der zaak uitzondering moet lijden wanneer gelijk in casu deszelfs toepassing den excipient tot het leveren van een negatief bewijs zoude verplichten” (1). De theorie van den bloot affirmatieven bewijslast, waarvan de *affirmanti incumbit probatio non neganti* de uitdrukking is, is echter geheel verouderd en mag in het algemeen beschouwd worden als door de wetenschap losgelaten. (Zie ASSER-ANNEMA dl. V, blz. 4 en volgende; DIJKSTRA, „De Jurisprudentie op den bewijslast”, blz. 6 en

(1) Vonnis van de Rechtbank te Nijmegen van 21 November 1840, W. 1091.



volgende). Zoo ontging dus de Rechtbank te Nijmegen de consequentie van de onjuiste opvatting dat de ontkenning door den gedaagde dat de eischer de door hem gestelde hoedanigheid bezit een exceptie is waarop de regel excipiendo reus fit actor van toepassing is door zich te beroepen op een rechtsregel die ons recht niet kent. Door zich te beroepen op een niet bestaanden rechtsregel weet zij de toepassing van den regel excipiendo reus fit actor ten aanzien van een verweer dat ten onrechte als exceptief beschouwd wordt uit te schakelen; door een gewrongen redeneering weet zij een aan deze onjuiste opvatting noodzakelijk verbonden gevolg te ontgaan; zij had haar doel kunnen bereiken zonder zich te beroepen op een niet bestaanden rechtsregel en zonder zich schuldig te maken aan een gewrongen redeneering door te overwegen, dat het door den gedaagde gevoerd verweer geen exceptie in den eigenlijken zin des woords is en dat de rechtsregel excipiendo reus fit actor ten deze uit den aard der zaak toepassing mist (1).

Meer nog dan bij de toepassing van den regel excipiendo reus fit actor komt bij de toepassing van de voorschriften van artt. 141, lid 2 en 348, lid 2 Rv. duidelijk aan het licht dat de praktijk de door haar gemaakte grondonderscheiding van het verweer in verweer ten principale en exceptief verweer verloochent en een groot deel van hetgeen zij exceptief verweer noemt feitelijk tot het verweer ten principale rekent; zij doet dat door de excepties of wat voor haar hetzelfde is de middelen van niet-ontvankelijkheid te onderscheiden in peremptoire excepties of excepties die een verdediging ten principale opleveren en die waarbij zulks niet het geval is. Tot de peremptoire excepties of peremptoire middelen van niet-ontvankelijkheid rekent zij de zoodanige die op een finale afwijzing der rechtsvordering gericht zijn; dit zijn dus b.v. het verweer van den gedaagde bestaande in een ontkenning dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt, de romeinschrechtelijke excepties en de betreffelijke ontkenning. Men kan dus zeggen dat in de praktijk, behalve de ontkenning van den gedaagde dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt, die verweermiddelen peremptoire excepties genoemd worden, die wij alleen den naam van exceptie waardig keuren en dat die verweermiddelen, die excepties zonder meer genoemd worden, in ons stelsel middelen van niet-ontvankelijkheid zijn. Laat men de ontkenning van den gedaagde dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt buiten beschouwing,

(1) In denzelfden zin Mr. GRÜNEBAUM, Het karakter van den bewijslast in het burgerlijk geding. Ac. proefschrift Amsterdam 1904, blz. 112.

dan kan men zeggen dat men in de praktijk onder benaming van peremptoire excepties en excepties die niet peremptoir zijn de door ons voorgestane onderscheiding tusschen excepties en middelen van niet-ontvankelijkheid maakt.

Art. 141, lid 2 Rv. schrijft voor: hij (de gedaagde in eersten aanleg) is gehouden alle exceptiën en zijn antwoord ten principale te gelijk voor te dragen, op straffe van verval van de niet voorgedragene exceptiën, en, indien niet ten principale geantwoord is van het recht om zulks te doen. Hield nu de praktijk consequent vast aan de vooropgestelde onderscheiding tusschen verweer ten principale en exceptief verweer, dan zou het den gedaagde, ook al heeft hij bij zijn antwoord een verweer ten principale gevoerd, niet geoorloofd om bij conclusie van dupliek alsnog een verweer te voeren dat volgens de opvatting van de praktijk exceptief is. Die consequentie heeft de praktijk niet aangedurfd. Voert een gedaagde bij conclusie van antwoord een verweer dat volgens de opvatting der praktijk exceptief op de finale afwijzing der rechtsvordering gericht is, dan zal het hem geoorloofd zijn om bij conclusie van dupliek ieder verweer exceptief of niet te voeren, mits dit verweer slechts op de finale afwijzing der rechtsvordering gericht is. Met een voorbeeld zullen wij dit nader toelichten.

Iemand werd in rechte aangesproken omdat hij een orderbiljet dat hem ter betaling was aangeboden niet betaald had. Bij zijn antwoord verdedigde hij zich o.a. met te beweren dat de eischeres als zijnde geen houdster van het gelibelleerde orderbiljet in haar rechtsvordering niet-ontvankelijk is. Bij conclusie van dupliek verdedigde hij zich bovendien nog met de bewering dat hij krachtens art. 167 W. v. K. j<sup>o</sup>. 209 van dat wetboek niet tot betaling verplicht was, omdat het orderbiljet toen het hem ter betaling gepresenteerd werd en het voor non-betaling werd gepresenteerd niet voorzien was van een behoorlijke quitantie. Dit laatste verweer is, van het standpunt der praktijk gezien, exceptief. De gedaagde ontkent immers dat uit het door den eischer gestelde zijn verplichting zou voortvloeien. De rechtbank die de rechtsvordering te berechten had, stelde dit verweer als tardief ter zijde. Zij hield dus consequent vast aan de onderscheiding tusschen verweer ten principale en exceptief verweer, zooals de praktijk die maakt. De gedaagde ging van het vonnis der Rechtbank in hooger beroep. Als grief voerde zij o.a. aan dat de Rechtbank ten onrechte het door haar bij conclusie van dupliek gevoerde verweer als tardief had ter zijde gesteld. Het Gerechtshof te 's-Gravenhage dat in hooger beroep recht deed achtte deze grief gegrond; bij haar arrest van 9 Juni 1910 W. 9063 overwoog zij: „dat art. 141 Rv. bepaalt dat de verweerder bij conclusie van antwoord gehouden is alle excepties en zijn antwoord ten



principale tegelijk voor te dragen op straffe van verval der niet voorgedragen excepties, en indien niet ten principale is geantwoord, van het recht om zulks te doen, waaruit alzoo volgt, dat wel op straffe van verval alle excepties tegelijk moeten worden voorgedragen, doch, dat, wanneer slechts ten principale geantwoord is, de principale verdediging met nieuwe weren mag worden aangevuld; dat appellant bij conclusie van antwoord in eersten aanleg onder andere tegen de ingestelde vordering heeft aangevoerd, dat geïntimeerde, oorspronkelijk eischeres, als zijnde geene houdster van het gelibelleerde orderbiljet, in hare vordering niet-ontvankelijk is; dat dit exceptief verweer, mocht het gegrond worden bevonden de niet-ontvankelijkheid der ingestelde vordering (1) zou met zich brengen en dus als een peremptoire moet worden aangemerkt, welke naar het oordeel van het Hof, een weer van rechten is die een verdediging ten principale oplevert;

dat de wetgever blijkens het in art. 348 Rv. bepaalde onder weren van rechten, die een verdediging ten principale opleveren, ook begrijpt het recht om ten principale te antwoorden, en dus ruimte laat om daarnaast het bestaan van weren aan te nemen die mede een verdediging ten principale opleveren; dat het Hof nu het van oordeel is dat gezegde peremptoire exceptie, zulk een weer van rechten is, zoodat, waar de wetgever in art. 141 toelaat, wanneer ten principale geantwoord is, dat verweer bij een latere conclusie met nieuwe weren aan te vullen, dit ook moet worden aangenomen als een andere weer is gevoerd, die een verdediging ten principale oplevert, in casu de meer genoemde peremptoire exceptie; dat het dus aan appellant vrijstond bij conclusie van dupliek zijn bij conclusie van antwoord voorgestelde niet-ontvankelijkheid der vordering aan te vullen met het middel in het verweer opgenomen, dat de Rechtbank ten onrechte als tardief heeft terzijde gesteld".

Het Hof beschouwt dus het door den gedaagde in eersten aanleg bij conclusie van antwoord en dupliek gevoerd verweer als exceptief doch tevens als een verweer ten principale of althans als een daarmede op één lijn te stellen verweer dat een verdediging ten principale oplevert. In werkelijkheid stelt het dus niet verweer ten principale tegenover exceptief verweer, doch verweer ten principale in den zin van verweer dat op de finale afwijzing der rechtsvordering gericht is tegenover verweer, dat niet op de finale afwijzing

(1) Men ziet dus dat in dit geval de ontkenning van den gedaagde dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt volgens de opvatting van het Hof een exceptief verweer is, dat tot niet-ontvankelijkheid der rechtsvordering moet leiden.



der rechtsvordering gericht is; het is daarbij genoodzaakt de excepties te onderscheiden in peremptoire en niet-peremptoire.

Art. 348, 2e lid Rv. bepaalt dat in hooger beroep de oorspronkelijke verweerder (gedaagde in eersten aanleg) nieuwe weren van rechten een verdediging ten principale opleverende kan inbrengen, tenzij dezelve in het geding ter eerster instantie gedekt zijn. Een verweer dat geen verweer ten principale is of geen verdediging ten principale oplevert kan dus nooit in hooger beroep voor het eerst gevoerd worden, een verweer dat ten principale is of dat een verdediging ten principale oplevert wel, mits het niet in het geding ter eerster instantie gedekt is. Dit laatste wil zeggen dat de oorspronkelijke verweerder in hooger beroep ook geen nieuwe weer ten principale of een verdediging ten principale opleverende mag voeren, indien hij daardoor in strijd zou komen met de houding, die hij in eersten aanleg heeft aangenomen. Verder bepaalt art. 348, lid 2 Rv. nog uitdrukkelijk dat onder gedekt zijn niet is begrepen het geval, dat het recht om ten principale te antwoorden ingevolge art. 141 Rv. vervallen is. Heeft dus de gedaagde ter eerster instantie zich niet ten principale verdedigd, dan is dit op zichzelf geen beletsel om het alsnog in hooger beroep te doen.

Geven wij eerst een paar voorbeelden van de toepassing van dit wetsvoorschrift, waarbij men de ontkenning van den gedaagde dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt, hoewel men dit als een exceptief verweer blijft beschouwen, tot het verweer ten principale weet terug te brengen. Zooals wij zien zullen doet hierbij de uitdrukking „peremptoire exceptie” dienst.

In een geding over een aanvaring beweerde een der appellanten (oorspronkelijk verweerder) voor het eerst in hooger beroep, dat de Rechtbank, die in eersten aanleg recht had gedaan, de rechtsvordering niet-ontvankelijk had moeten verklaren, omdat de eerste geïntimeerde (oorspronkelijk eischeres) hoofdelijk veroordeeling had gevraagd, zoowel van het gesleepte schip „Rheinstejn II” als van de sleepboot „Everdina”, ofschoon volgens het in dit geval toepasselijke art. 251 Code de Commerce Belge er geen sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid, wanneer de aanvaring te wijten is aan een „faute commune”. In dit verweer ligt dus opgesloten een ontkenning door den gedaagde dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg (de hoofdelijke aansprakelijkheid van de verweersters) oplevert. Volgens de opvatting van de praktijk is dit verweer dus een middel van niet-ontvankelijkheid of exceptie. Ware het Hof te 's-Gravenhage, dat de rechtsvordering in hooger beroep berechtte aan die opvatting getrouw gebleven, het had moeten beslissen dat een dergelijk verweer niet voor het eerst in hooger beroep ge-

voegd kan worden. Dit zou echter dit ongewenschte gevolg hebben, dat een verweer, hoewel het gericht is op de finale afwijzing der rechtsvordering, niet voor het eerst in hooger beroep gevoerd kan worden. Om hier aan te ontkomen bedient het Hof zich van het begrip *peremptoire exceptie* of wel *exceptie*, die een verweer ten principale oplevert. Het Hof overwoog toch in zijn arrest van 17 December 1917 W. 10249: „dat de eerste geïntimeerde heeft betoogd, dat appellanten dit verweer niet voor het eerst in hooger beroep kunnen doen, als zijnde in strijd met het bepaalde bij art. 141 Rv., doch ten onrechte daar dit verweer inhoudt een *peremptoire exceptie*, waardoor indien zij gegrond werd bevonden de vordering *finaal* zou moeten worden afgewezen, en dus een *dusdanige exceptie* is gelijk te stellen met een *verdediging ten principale*, die blijkens art. 348 Rv. door den oorspronkelijk verweerder ook voor het eerst in hooger beroep kan worden aangevoerd (1), mits zij in eerste instantie niet zij gedekt, hetgeen blijkens de uitdrukkelijke bepaling van dat artikel niet mag worden aangenomen enkel op grond dat volgens art. 141 Rv. het recht om het middel van verweer in eersten aanleg voor te dragen was vervallen”.

In naam dus slechts blijft het Hof vasthouden aan de opvatting dat de ontkenning van den gedaagde dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt een *exceptie* of middel van niet-ontvankelijkheid is, *inderdaad* rekent zij dit tot een verweer ten principale. Het verloochent dus de onderscheiding tusschen verweer ten principale (in den zin van ontkenning van het gestelde) en *exceptief* verweer (in den zin van verweer dat niet tegen den grondslag der rechtsvordering is gericht) en stelt er de onderscheiding tusschen verweer dat op de finale afwijzing der rechtsvordering is gericht en verweer, waarbij dit niet het geval is, voor in de plaats.

In de Spaansche wateren bij Bilbao had een aanvaring plaats gehad tusschen een Duitsch stoomschip „Hammonia”, waarvan W. KUNSTMAN de reeder en eigenaar was en een Spaansche stoomboot van de Maatschappij „Compania Naviera Vascongada” gevestigd te Bilbao. Deze gebeurtenis gaf aanleiding tot een geding voor de Rechtbank te Middelburg omdat de reeder en eigenaar van de „Hammonia”, die meende gerechtigd te zijn om ter zake van die aanvaring schadevergoeding van de Spaansche maatschappij te vorderen na bekomen verlov van den president van de Rechtbank binnen het arrondissement Middelburg conservatoir beslag op het Spaansche schip legde. De rechtbank verklaarde de eischer in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk op grond

(1) Wij cursiveeren.



dat ten deze toepasselijk zou zijn art. 885 van het Spaansche Wetboek van Koophandel dat voor de ontvankelijkheid van een rechtsvordering als die door den eischer ingesteld een tijdig protest van de zijde van de aangevarene noodzakelijk maakt en zoodanig protest in casu niet is geschied. De Rechtbank deed zulks zonder dat de gedaagde (de Spaansche maatschappij) zich op het ontbreken van een tijdig protest had beroepen. De eischer ging van dit vonnis in hooger beroep. Als tweede grief voerde hij tegen het vonnis aan dat de Rechtbank de niet-ontvankelijkheid wegens ontijdig protest niet had mogen uitspreken, omdat de geïntimeerde niet had gesteld, dat niet tijdig was geprotesteerd en de niet-ontvankelijkverklaring op dien grond niet was gevraagd. De geïntimeerde beriep zich nu voor het eerst op het ontbreken van het tijdig protest en de appellant ontkende dat dit verweer in dezen stand van het geding nog toelaatbaar is. Het Hof te 's-Gravenhage achtte de door den appellant aangevoerde grief gegrond; het beschouwde het beroep op het ontbreken van een tijdig protest als een middel van niet-ontvankelijkheid, dat nu het door den geïntimeerde als gedaagde in eersten aanleg niet was aangewend, door de Rechtbank niet ambtshalve had mogen worden toegepast, „zoodat de Rechtbank door desniettemin op dien grond de niet-ontvankelijkheid uit te spreken, in strijd met het in art. 48 Rv. neergelegde beginsel van 's rechters lijdelijkheid, ambtshalve heeft aangevuld, niet een rechtsgrond, maar een rechtsmiddel”. Het Hof was het echter niet eens met den appellant wat betreft diens meening dat op het beroep van den geïntimeerde op het ontbreken van tijdig protest voor het eerst in hooger beroep gedaan, geen acht mocht worden geslagen. Het Hof overwoog dienaangaande „dat bedoelde weer als bij gegrondbevinding tot definitieve afwijzing van den eisch leidende, en als alzoo opleverende een verdediging ten principale, valt onder de bij art 348 2<sup>o</sup> lid Rv. in hooger beroep toegelaten nieuwe wren (1);

dat wel volgens art. 141, 2<sup>o</sup> lid van datzelfde wetboek alle niet reeds in eersten aanleg tegelijk met het antwoord ten principale voorgedragen exceptiën voorgoed zijn vervallen; maar waar eensdeels de wet het begrip dier exceptiën niet omschrijft, en anderdeels art. 348 onder de daar vermelde wren een verdediging ten principale opleverende, blijkbaar ook andere begrijpt dan het vervolgens afzonderlijk genoemde recht om ten principale te antwoorden, onder bedoelde wren geene andere kunnen worden verstaan dan de zoogenaamde peremptoire exceptiën, die door wetenschap en rechtspraak steeds zijn gelijkgesteld met en behandeld als een verdediging ten principale en die alzoo geacht moeten worden onder de exceptiën bedoeld in art. 141 niet te zijn begrepen;

(1) Wij cursiveeren.



dat bij een andere opvatting art. 348 met betrekking tot het daar bepaalde omtrent weren, niet behoorende tot het recht om ten principale te antwoorden allen zin zou missen; terwijl bij de hier gehuldigde art. 141 ten aanzien van alle andere exceptiën dan de zoogenaamde peremptoire exceptiën hare beteekenis behoudt”.

De appellant ging van dit vonnis in cassatie. Als middel van cassatie voerde hij aan schending of verkeerde toepassing van de art. 141 Rv., tweede zinsnede en art. 348 Rv., tweede zinsnede omdat het Hof bij het beklagde arrest had aangenomen, dat een weer die volgens de beslissing van het arrest is een exceptief verweermiddel en wel een rechtsmiddel dat niet ambtshalve mocht worden aangevuld, desniettegenstaande niet is begrepen onder de exceptiën bedoeld in art. 141 Rv., die volgens de bepaling van dit artikel voorgoed zijn vervallen en dus in het geding ter eerster instantie zijn gedekt, indien zij niet tegelijk met het antwoord ten principale zijn voorgedragen. Bij zijn arrest van 6 Mei 1904, W. 8063 verwierp de Hooge Raad het cassatieberoep overwegende: „dat de hier toegepaste verwerking strekkende om de ingediende vordering finaal te doen afwijzen om redenen uit de zaak zelve geput behoort tot de peremptoire exceptiën, die, gelijk bij het bestreden arrest, terecht werd verstaan door wetenschap en rechtspraak om hare gevolgen steeds zijn gelijkgesteld met en behandeld als een verdediging ten principale (1), dat dus nu in art. 141 Rv. aan het door den verweerder bij zijn conclusie van verwerking niet antwoorden ten principale is verbonden de straf van verval van zijn recht om zulks in eersten aanleg te doen, dit ook raakt een door hem niet voorgestelde peremptoire exceptie — evenzoo, waar art. 348 Rv. den oorspronkelijken verweerder de bevoegdheid geeft om in appèl nieuwe weren een verdediging ten principale opleverende, in te brengen, dit ook geldt voor eene gelijk hier in eersten aanleg niet voorgestelde peremptoire exceptie, mits dit middel van verweer, met verdediging ten principale tegelijk te stellen, niet in het geding ter eerster instantie is gedekt, wat, volgens de uitdrukkelijke bepaling van laatstgenoemd artikel niet mag worden aangenomen, enkel, omdat volgens art. 141 Rv. het recht om dit middel van verweer in eersten aanleg voor te dragen vervallen was”.

Onverschillig of men het beroep van den gedaagde voor het eerst in hooger beroep gedaan op het ontbreken van tijdig protest met het Hof en den Hoogen Raad als exceptief verweer beschouwt of niet, men zal moeten toegeven dat beide rechtscolleges in hun overwegingen ieder verweermiddel, dus ook een exceptie, dat gericht is op de finale afwijzing

(1) Wij cursiveeren.

der rechtsvordering gericht is met verweer ten principale op één lijn stellen; zij beide verloochenen dus de onderscheiding tusschen verweer ten principale en exceptief verweer door in werkelijkheid verweer dat op de finale afwijzing der rechtsvordering gericht is (door ons verweer ten principale genoemd) tegenover verweer te stellen dat niet op de finale afwijzing gericht is.

Geven wij nu een voorbeeld van het geval waarin een werkelijke exceptie door middel van de uitdrukking *peremptoire exceptie* tot het domein van het verweer ten principale wordt teruggebracht. Een gedaagde beriep zich voor de Rechtbank te 's-Gravenhage in hooger beroep recht doende voor het eerst op zijn minderjarigheid om aan te toonen dat het rechtsgevolg, dat de eischer voor zich inriep, nooit was ontstaan. Dit verweer van den gedaagde was dus exceptief (een betrekkelijke ontkenning); hij beriep zich toch op een omstandigheid, die, aangenomen dat de grondslag van de rechtsvordering juist is, haar toewijzing in den weg staat. Ook volgens de opvatting van de praktijk is dit verweer dus exceptief. Voerde de Rechtbank die opvatting consequent door, zij zou moeten oordeelen dat zij op een dergelijk verweer voor het eerst in hooger beroep gevoerd, geen acht mag slaan. Dit zou echter tot het ongewenschte gevolg leiden dat op een verweer dat gericht is op de finale afwijzing der rechtsvordering, een verweer dat in zich sluit de ontkenning dat het ingeroepen rechtsgevolg bestaat, geen acht geslagen mag worden. De uitdrukking *peremptoire exceptie* brengt echter uitreding; zij doet dienst om het ongewenschte gevolg te vermijden. De Rechtbank toch overwoog in haar vonnis van 27 Juni 1879 W. 4412 „dat het beroep op minderjarigheid in art. 1858 B. W. in overeenstemming met art. 1490 B. W. een exceptie genoemd gerekend moet worden te behooren tot de *peremptoire exceptiën* daar zij de strekking heeft de ingestelde vordering geheel en al te doen afwijzen, op grond dat de verbintenis, waarop men zich tegenover de minderjarige beroept nooit heeft bestaan (1); dat dan ook in zooverre de exceptie in den zin van art. 348 Rv. eene verdediging ten principale oplevert en derhalve in hooger beroep voor het eerst voorgesteld kan worden, indien zij ten minste in het geding ter eersten instantie is gedekt”.

Een ander voorbeeld van hetzelfde geval. Wanneer een met de rechtsvordering tot echtscheiding aangesproken echtgenoot zich verweert met een beroep op verzoening, dan voert hij zonder twijfel een verweer, dat zoowel in het stelsel der praktijk, als in het door ons verdedigde, exceptief heet. De gedaagde toch beroept zich op een feit dat, aangenomen dat

(1) Wij cursiveeren.



het door den eischer gestelde in alle opzichten juist is, het op grond daarvan ingeroepen rechtsgevolg (de ontbinding van het huwelijk) weer opheft (zie art. 271 B. W.). In het stelsel der praktijk, dat uitgaat van een principieele tegenstelling tusschen verweer ten principale en exceptief verweer is een beroep op verzoening dus geen verweer ten principale, een verweer dus dat in hooger beroep niet voor het eerst gevoerd mag worden. Dit zou weer tot het ongewenschte gevolg leiden dat op een verweer dat gericht is op de finale afwijzing der rechtsvordering in hooger beroep voor het eerst gevoerd geen acht geslagen mag worden. Het Gerechtshof te Amsterdam, waarvoor in hooger beroep bij de behandeling van een rechtsvordering tot echtscheiding voor het eerst een beroep op verzoening door de appellante (oorspronkelijk gedaagde) werd gedaan, weerlegde de bewering van den geïntimeerde (oorspronkelijk eischer) dat in deze instantie een beroep op verzoening niet voor het eerst kon worden gedaan met de woorden „dat de verzoening het recht om echtscheiding te vorderen doet vervallen en alzoo het beroep daarop een verweer ten principale oplevert tegen de ingestelde vordering” (1) — zoodat appellante oorspronkelijk verweester, bevoegd is om in hooger beroep deze nieuwe weer in te brengen” (zie arrest van 4 April 1913, W. 9531). Men ziet het Hof maakt hier geen gebruik van de uitdrukkingen peremptoire exceptie of exceptie die een verdediging ten principale oplevert, het zegt kortweg verzoening doet het recht om echtscheiding te vorderen vervallen, een beroep daarop levert derhalve een verweer ten principale op.

Wij zullen nu een voorbeeld geven van een geval waarin een verweer van den gedaagde, dat volgens de opvatting der praktijk een exceptie of wat van haar standpunt bezien hetzelfde is een middel van niet-ontvankelijkheid is, volgens ons een middel van niet-ontvankelijkheid (wel te onderscheiden van een exceptie) is, wordt beschouwd als een exceptief verweer dat niet voor het eerst in hooger beroep gevoerd kan worden.

Een curator van een boedel verkeerende in staat van kenlijk onvermogen stelt te zamen met een voogd bij voorraad tegen een notaris een rechtsvordering in tot rekening en verantwoording. De Rechtbank te Middelburg wijst de rechtsvordering toe; de notaris gaat in hooger beroep en beweert nu voor het eerst dat de betrekking van voogd bij voorraad aan den tweeden geïntimeerde is opgedragen in strijd met de bepalingen van art. 414 B. W. (oud), zoodat de benoeming niet geldig is. Het verweer van den notaris voor het eerst in hooger beroep gevoerd komt dus hier op

(1) Wij cursiveeren.



neer dat een van de twee oorspronkelijk eischers de hoedanigheid niet bezit, waarin hij de rechtsvordering instelt. Volgens het door ons verdedigde stelsel is dit verweer gericht op de niet-ontvankelijkverklaring van de rechtsvordering, omdat er geen ontkenning is in gelegen dat het door de eischers ingeroepen rechtsgevolg bestaat, noch dat de rechter in het algemeen niet bevoegd is van de rechtsvordering kennis te nemen, dus geen verdediging ten principale.

Het Hof te 's-Gravenhage komt tot dezelfde conclusie, doch langs een geheel anderen weg, het overweegt: dat de appellant dus voorstelt de exceptie, dat de oorspronkelijk tweede eischer, nu tweede geïntimeerde, de hoedanigheid niet bezit, welke hij zich toeschrijft; dat hij in de exceptie, die hij in eersten aanleg niet heeft voorgesteld is niet-ontvankelijk, dat toch deze nieuwe weer van den appellant geen verdediging ten principale oplevert, maar is een exceptieve verwerping, die blijkens art. 348 Rv. niet voor het eerst in hooger beroep kan worden ingebracht (zie arrest van 15 Juni 1885, *W.* 5277). In het kort komt de gedachtengang van het Hof dus hierop neer, het verweer van den appellant is exceptief, dus niet een verweer ten principale en het kan daarom niet voor het eerst in hooger beroep gevoerd worden. Het Hof gaat dus uit van de gedachte dat art. 348 Rv. verweer ten principale tegenover exceptief verweer stelt, en trekt daaruit de voor de hand liggende conclusie dat nu in het onderhavige geval een exceptief verweer voor ligt, daarop voor het eerst in hooger beroep gevoerd geen acht geslagen mag worden. Men ziet dat het Hof getrouw blijft aan de opvatting dat er een principieele tegenstelling is tusschen verweer ten principale en exceptief verweer bestaat. Het Hof kon ten deze ook gemakkelijk deze opvatting huldigen, omdat zij tot geenerlei ongewenscht rechtsgevolg kon leiden. Wij betwijfelen echter of het Hof even consequent geweest zou zijn, indien de appellant (oorspronkelijk verweerder) in hooger beroep voor het eerst de rechtsvordering bestreden had met de bewering dat hij de gevorderde rekening en verantwoording reeds had afgelegd. Het Hof zou dan zonder twijfel beslist hebben dat dit exceptieve verweer als op de finale afwijzing der vordering gericht een verdediging ten principale oplevert of een peremptoire exceptie is en daarom voor 't eerst in hooger beroep gevoerd mag worden.

De appellant legde zich niet bij de beslissing van het Hof neer, doch teekende beroep in cassatie aan o.a. wegens schending en verkeerde toepassing van art. 348 Rv. Bij arrest van 19 Februari 1886, *W.* 5269 verwierp de Hooge Raad dit cassatie beroep overwegende: „dat dit middel gericht is tegen de door het Hof uitgesproken niet-ontvankelijkverklaring van den eischer in cassatie, toen appellant, in de door hem eerst

in hooger beroep voorgestelde exceptie door welke niet-ontvankelijkverklaring in de eerste plaats art. 348 Rv. zoude zijn geschonden; dat die exceptie blijkens de eerste overweging in rechten van het bestreden arrest bestond in de bewering dat de geïntimeerden, nu verweerders in cassatie, niet bevoegd waren om te vorderen dat aan hen gezamenlijk zoude worden gedaan rekening en verantwoording, daar de betrekking van voogd bij voorraad aan den tweeden geïntimeerde is opgedragen in strijd met de bepalingen van art. 414 B. W; *dat die bewering zelfs al ware zij gegrond niet zoude opleveren eene verdediging ten principale omdat zij gegrond bevonden zijnde, de vordering zelve niet zoude vernietigen, maar alleen dezen vertegenwoordiger der eischende minderjarigen tot het instellen der vordering maken onbevoegd, terwijl de vordering zelve zoude blijven in haar geheel* (1).

Wij geven thans eenige gevallen, waarin werd uitgemaakt dat de bewering van den gedaagde dat de rechter in het algemeen niet bevoegd is van de ingestelde rechtsvordering kennis te nemen, omdat de kennisname daarvan aan anderen is opgedragen, wordt beschouwd als een verweer een verdediging ten principale opleverende.

Een commissionair had opdracht gekregen om te Liverpool een termijnzaak in tarwe te verrichten overeenkomstig de conditiën van de termijnmarkt aldaar; volgens deze opdracht moest de partij tarwe in Maart 1913 worden geleverd; daar zijn lastgever hem hiertoe niet in staat stelde kocht hij op 31 Maart 1913 een gelijke partij tot dekking en vorderde het prijsverschil met commissie van zijn lastgever, die dit niet goedschiks wenschte te geven, in rechte. De Rechtbank te Amsterdam, bij wie de rechtsvordering was ingesteld, gelastte bij vonnis van 23 Maart 1914 een verhoor op vraagpunten van den gedaagde, hetwelk op 18 Mei 1914 werd gehouden; na verdere wisseling van conclusies besliste de rechtbank bij vonnis van 1 Februari 1915, dat uit de conclusiën van den gedaagde, uit de door hem bij het verhoor op vraagpunten gegeven antwoorden, uit den tusschen partijen vaststaanden inhoud van een brief en dien van art. 16 sectie C van het Reglement voor de Liverpoolsche termijnmarkt moet worden afgeleid, dat alle de door den eischer gestelde feiten zijn komen vast te staan met uitzondering van het feit dat de eischer op 31 Maart 1913 op de termijnmarkt te Liverpool door tusschenkomst van een makelaar heeft gekocht een load tarwe 5000 cental tegen den prijs van 8 sh. 9d. per cental, welk feit den eischer werd opgelegd te bewijzen. Van dit vonnis kwam de gedaagde in hooger beroep bij het Gerechtshof te Amsterdam. Als tweede grief voerde hij tegen het

(1) Wij cursiveeren.



vonnis der Rechtbank aan, dat indien de Bye Laws (het Reglement voor de Liverpoolische termijnmarkt) op de handelingen van partijen toepasselijk waren, de Rechtbank ook art. 17 toepasselijk had moeten verklaren, volgens hetwelk geschillen voortvloeiende uit de daar bedoelde handels-transactiën beslist worden door scheidsrechters. De geïntimeerde voerde hiertegenover aan dat dit middel niet meer in appèl kon worden opgeworpen. Het Hof was van andere zienswijze; het overwoog toch: „dat het hier weliswaar niet geldt een middel van onbevoegdheid uit hoofde van het onderwerp des geschils, dat, ingevolge art. 156 Rv. zelfs ambtshalve zou moeten worden toegepast, aangezien, volgens het onderwerp van dit geschil, in verband met art. 53 j<sup>o</sup>. 69 R. O. Rechtbank en Hof bevoegd zijn er kennis van te nemen, doch het een middel van niet-ontvankelijkheid betreft, daar partijen zouden zijn overeengekomen de zaak, althans een der strijdvragen, die hen verdeeld houdt, niet bij den rechter, maar bij scheidsrechters, aanhangig te maken; *dat een zoodanige peremptoire exceptie waardoor de zaak finaal wordt afgewezen op één lijn is te stellen met de bij art. 348 Rv., 2e lid bedoelde nieuwe wesen van rechten een verdediging ten principale opleverende* (1). (Zie arrest van het Hof te Amsterdam van 6 Maart 1916, W. 10022).

Twee partijen hadden een koopovereenkomst gesloten, waarbij was bepaald dat elk geschil, dat uit die overeenkomst voortkwam, zou beslist worden door Belgische rechtbanken. De verkoper leverde, doch de koper betaalde niet. De verkoper daagde nu den koper voor de Handelsrechtbank te Brussel en verkreeg een vonnis, waarbij de koper tot betalen veroordeeld werd. Dit vonnis ging in kracht van gewijsde. De verkoper stelde nu tegen den reeds veroordeelde, die intusschen van Brussel naar 's Gravenhage was verhuisd met voorbijgang van het in kracht van gewijsde gegaan vonnis een rechtsvordering tot betaling in tegen den koper voor de Rechtbank te 's Gravenhage, waarbij hij behalve de koopovereenkomst o. a. ook stelde het beding daarbij gemaakt, krachtens hetwelk alle geschillen uit de koopovereenkomst voortvloeiende zouden worden beslist door Belgische rechtbanken en het in kracht van gewijsde gegaan vonnis van de Handelsrechtbank te Brussel, waarbij de koper tot betaling was veroordeeld. Nadat de rechtsvordering bij verstek door de Rechtbank was toegewezen, kwam de gedaagde in verzet bij een exploit, waarbij hij vorderde nietigverklaring der inleidende dagvaarding op grond dat deze was uitgebracht op de wijze voorgeschreven ten aanzien van gedaagden, die geen bekende woon- of verblijfplaats

(1) Wij cursiveeren.



binnen het Koninkrijk hebben, terwijl hij ten tijde der betee-  
kening woonplaats had te 's-Gravenhage, dan wel niet-ont-  
vankelijkverklaring, immers ontzegging van den eisch, op  
grond dat hij het gevorderde niet schuldig is. De Rechtbank  
vernietigde hierop haar bij verstek gewezen vonnis en ver-  
klaarde de inleidende dagvaarding nietig. De eischeres ging  
in hooger beroep bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage. De  
geïntimeerde beriep zich nu voor het eerst op de onbevoegd-  
heid van de Rechtbanken. Het Hof verklaarde de Recht-  
bank onbevoegd van de ingestelde rechtsvordering kennis te  
nemen. De eischer (verkooper) kwam tegen deze beslissing  
in cassatie op. Als tweede grief voerde hij tegen het door  
het Hof gewezen arrest aan dat het door den geïntimeerde  
in hooger beroep gedaan beroep op de onbevoegdheid van de  
Rechtbank, als zijnde een betrekkelijke onbevoegdheid was  
gedekt. De Hooge Raad oordeelde deze grief ongegrond over-  
wegende dat „het door van Vliet (kooper, oorspronkelijk  
verweerder) in appèl gedaan beroep op de bepaling dat de  
geschillen zullen worden berecht door de Belgische Recht-  
banken, niet strekte — en ook niet strekken kon — om te  
betoogen, dat waar de bepalingen der wet op de R. O. en  
van het W. v. B. R. de Rechtbank te 's-Gravenhage van  
kennisneming van dit geschil zou zijn uitgesloten, maar  
om aan te toonen dat die eigen bepalingen der door par-  
tijen gesloten overeenkomst aan toewijzing der vordering,  
zooals zij was ingesteld, in den weg stonden; dat dit beroep  
door het Hof minder juist als een beroep op de onbevoegd-  
heid der Rechtbank betiteld, inderdaad is een middel  
van niet-ontvankelijkheid, gelijk ook de uitspraak van het  
Hof, blijkens de daarvoor aangevoerde gronden in werkelijk-  
heid is een niet-ontvankelijkverklaring van den eisch; dat  
daarbij dus geen sprake kon zijn van schending der in het  
middel aangehaalde artikelen, die op de rechtelijke bevoegd-  
heid betrekking hebben; dat voorts ook al zou moeten  
worden aangenomen dat de verweerder voor het eerst in appèl  
op meer bedoeld beding beroep had gedaan en dat de rechter  
nu het bij dagvaarding mede was gesteld, daarmede ook niet  
ambtshalve rekening had moeten houden, in elk geval op  
*die weer, als opleverende een verdediging ten principale*, door  
het Hof zonder schending van art. 348 Rv. kon worden  
acht geslagen.

(Zie arrest H. R. d.d. 26 April 1918 W. 10275 en N. J.  
1918, blz. 587.)

Het laat geen twijfel dat de praktijk bij de toepassing van  
de voorschriften van artt. 141, lid 2 en 348, lid 2 Rv. de  
beantwoording der vraag of een gevoerd verweer als een  
verweer ten principale beschouwd moet worden of niet heeft  
laten afhangen van de omstandigheid of het verweer al of

niet op de finale afwijzing der rechtsvordering gericht is. Paradoxaal zich uitdrukkende zou men kunnen zeggen dat men in de praktijk slechts in theorie exceptief verweer tegenover verweer ten principale stelt, doch in werkelijkheid verweer dat op de finale afwijzing der rechtsvordering gericht is als verweer ten principale tegenover verweer dat niet gericht is op de finale afwijzing der rechtsvordering. Dus doende nam men een stuk van het theoretisch als exceptief beschouwd verweer om het onder den naam van peremptoire exceptie bij het verweer ten principale te voegen. Zoo heeten in de praktijk — laat men het verweer bestaande in een ontkenning van den gedaagde dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg een oogenblik buiten beschouwing — peremptoire excepties de zoodanige die wij alleen den naam van excepties waardig keuren en zijn de overige excepties verweermiddelen, die wij alleen met den naam van middel van niet-ontvankelijkheid zouden willen aanduiden. Bij de toepassing van de voorschriften van artt. 141, lid 2 en 348, lid 2 Rv. laat men de tegenstelling tusschen verweer ten principale en exceptief verweer los door wat men exceptief verweer noemt, al naar gelang het op de finale afwijzing der rechtsvordering gericht is of niet te onderscheiden in peremptoire excepties, excepties die een verdediging ten principale opleveren, peremptoire middelen van niet-ontvankelijkheid eenerzijds van excepties en middelen van niet-ontvankelijkheid zonder meer anderzijds. Zoo maakt men dus in werkelijkheid de door ons voorgestane onderscheiding der verweermiddelen in excepties en middelen van niet-ontvankelijkheid.

Men zou wellicht geneigd zijn ons tegemoet te voeren: „uw betoog dat de ontkenning door den gedaagde dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt, en dat de exceptie in den door u aangegeven beperkten zin tot het verweer ten principale behoort en dat de excepties derhalve van de overige verweermiddelen, die u middelen van niet-ontvankelijkheid belooft te noemen onderscheiden moeten worden, staat gelijk met het intrappen van een deur die openstaat, nu men toch in de praktijk de ontkenning dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt en de excepties in den door u aangegeven zin tot het verweer ten principale rekent en, al is het onder een andere benaming excepties van middelen van niet-ontvankelijkheid onderscheidt”.

Ons antwoord daarop is: in de praktijk bracht men de ontkenning van den gedaagde dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt en de excepties, die gericht zijn op de finale afwijzing der rechtsvordering, langs een omweg van gewrongen redeneering en inconsequentie tot het verweer



ten principale, en maakte men de door ons voorgestane onderscheiding tusschen excepties en middelen van niet-ontvankelijkheid slechts noodgedrongen. Men deed onbewust, hetgeen wij zouden willen dat men opzettelijk recht op zijn doel afgaande zou doen; de praktijk zou dan beter te begrijpen en minder aanleiding tot rechtsonzekerheid geven. Men lette toch eens op de uitdrukking „een exceptie een verdediging ten principale opleverende”; in het stelsel der praktijk dat heet te berusten op een principieele tegenstelling tusschen verweer ten principale en exceptief verweer is die uitdrukking een zuivere *contradictio in terminis* in het stelsel door ons voorgestaan een *pléonasme*. Wij zullen er de praktijk niet hard over vallen dat zij ook verweermiddelen, die niet op de finale afwijzing der rechtsvordering zijn gericht excepties noemt en zoo genoodzaakt is de excepties te onderscheiden in peremptoire excepties en excepties die niet peremptoir zijn. Het laat toch geen twijfel of tijdens het totstandkomen van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering gaf de heerschende opvatting aan de uitdrukking exceptie een zoo ruime beteekenis, dat daaronder ook begrepen werden die verweermiddelen, die niet op de finale afwijzing der rechtsvordering gericht zijn. Bovendien zijn er waren er wetsbepalingen (1) aan te wijzen waaruit volgt dat die opvatting in de wet is overgegaan. Onze bezwaren tegen de praktijk zijn andere. In de eerste plaats veroordeelen wij het dat men de ontkenning door den gedaagde dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt, beschouwt als een middel van niet-ontvankelijkheid en als zoodanig tot het exceptieve verweer rekent, omdat die praktijk een der voornaamste oorzaken is van de verwording en misvorming die ons burgerlijk geding heeft ondergaan. Men raadplege hierover het artikel van MEIJERS getiteld: „De invloed der praktijk op de vorming van het Nederlandsch procesrecht” voorkomende in het tijdschrift voor rechtsgeschiedenis, dl. I, blz. 143. Die praktijk is met geen woord te verdedigen. Ja er is zelfs een deugdelijk argument aan de geschiedenis ontleend aan te voeren voor haar onjuistheid. Dat toch ten tijde van het totstandkomen van ons wetboek van burgerlijke rechtsvordering de ontkenning door den gedaagde dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt, beschouwd werd als een verweer ten principale dat op de ontzegging der rechtsvordering gericht is, blijkt uit art. 3271, Ontwerp 1820 dat o.a. bepaalt: Tot ontzegging van den eisch kan geconcludeerd worden . . . . op grond dat schoon de feiten en omstandigheden mogten waarachtig zijn, nogtans daaruit geene wettige rechtsvordering voortspruit”

(1) Artt. 94, 156, 159 lid 2 (oud) 160 sub 3o. (oud) 324 sub 3o. Rv.



in verband met art. 3270 van hetzelfde ontwerp dat inhoudt: Verdediging ten principale heeft plaats, wanneer de verweerder begeert dat de eisch der wederpartij zal *ontzegt worden*'.

Naast dit bezwaar, hoe ernstig ook, bestaat nog een ander bezwaar tegen de praktijk dat uit een wetenschappelijk oogpunt zeker niet minder ernstig is. Wij schreven zoo straks dat men in de praktijk slechts in theorie de onderscheiding maakt tusschen verweer ten principale (verweer dat tegen den grondslag der rechtsvordering is gericht) en exceptief verweer (dat niet tegen den grondslag der rechtsvordering is gericht). Als iedere paradox is deze ook slechts gedeeltelijk waar. Heeft men toch bij de toepassing van de voorschriften van art. 141, lid 2 en art. 348, lid 2 Rv. verweer dat op de finale afwijzing der rechtsvordering gericht is als verweer ten principale gesteld tegenover verweer dat niet op de finale afwijzing der rechtsvordering gericht is, bij de beantwoording der vraag of een rechtsvordering ontzegt dan wel de eischer daarin niet-ontvankelijk verklaard moet worden stelt men weer verweer ten principale tegenover exceptief verweer. Wijst men een rechtsvordering niet toe, omdat haar grondslag in het geding niet is komen vast te staan en de gedaagde derhalve een tegen den grondslag der rechtsvordering gericht verweer heeft gevoerd dan ontzegt men de rechtsvordering, in alle andere gevallen verklaart men de eischer niet-ontvankelijk. Dit is niet consequent.

Nu men bij de toepassing van art. 141, lid 2 en art. 348, lid 2 Rv. tot het verweer ten principale rekende ieder verweer dat op de finale afwijzing der rechtsvordering gericht is, had men ook de rechtsvordering die finaal afgewezen wordt moeten ontzeggen, om in gevallen waarin de afwijzing niet finaal is, den eischer in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk te verklaren. Men had dan een logische samenhang gebracht tusschen de onderscheiding van verweer ten principale en verweer dat niet ten principale is en de onderscheiding tusschen het ontzeggen der rechtsvordering en eischers niet-ontvankelijkverklaring daarin; de rechter zou dan de rechtsvordering hebben ontzegt, wanneer hij haar finaal afwees, hij zou den eischer in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk verklaard hebben, wanneer hij haar, zonder haar finaal afte wijzen, niet toevees; aan de onderscheiding tusschen ontzeggings der rechtsvordering en eischers niet-ontvankelijkverklaring daarin zou dan een wezenlijk verschil in rechtsgevolgen zijn verbonden. Nu men dit niet deed kwam men op twee gedachten te hinken die met elkaar in onverzoeenlijken strijd zijn.

Stelt men toch bij de toepassing van de voorschriften van art. 141, lid 2 en art. 348, lid 2 Rv. verweer ten principale in den zin van verweer dat op de finale afwijzing der

rechtsvordering is gericht tegenover verweer waarbij dit niet het geval is, bij de beantwoording der vraag of een rechtsvordering ontzegd dan wel de eischer daarin niet-ontvankelijk verklaard moet worden stelt men verweer ten principale tegenover exceptief verweer.

Zoo doende gebruikte men het woord ten principale in twee beteekenissen, doch wat erger is, zoo maakte men een onderscheiding tusschen het ontzeggen eener rechtsvordering en eischers niet-ontvankelijkverklaring daarin, die geen enkel verschil van rechtsgevolgen met zich brengt; zoo zondigde men tegen een der meest elementaire beginselen der rechtswetenschap die iedere onderscheiding, waaraan geen verschil in rechtsgevolgen is verbonden verbiedt. In de bestaande praktijk leert het feit dat den eischer in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk is verklaard niets omtrent de vraag of daarmee zijn rechtsvordering finaal is afgewezen of niet. Bij niet-ontvankelijkverklaring is zoowel het een als het andere mogelijk. Behalve ongerijmd is de praktijk in strijd met de geschiedenis.

Dat men ten tijde van het totstandkomen van ons wetboek de tegenstelling tusschen verweer ten principale en exceptief verweer als een alle verweermiddelen omvattende onderscheiding niet kende blijkt ook uit de oorspronkelijke redactie van art. 348, lid 2 R.v. Daarin komen de volgende woorden voor: zullende echter de oorspronkelijke verweerder nieuwe exceptiën kunnen inbrengen, mits dezelve een verdediging ten principale opleveren enz. (1). Hetzelfde volgt ook uit art. 3274 ontwerp 1820; Peremptoire exceptiën, de gansche zaak in geschil betreffende, kunnen ook ten principale tot ontzegging van den eisch worden ingeroepen. Te duidelijker komt dit uit wanneer men dit artikel vergelijkt met het reeds geciteerde art. 3270. Ook volgt uit het laatste artikel dat volgens de toenmalige opvatting een rechtsvordering ontzegd moest worden, wanneer de rechter haar ten gevolge van een verweer ten principale (dat mogelijk exceptief is) niet kon toewijzen.

De fout van de praktijk bestaat hierin dat zij, nadat zij eenmaal in de omstandigheid dat een verweer al of niet op de finale afwijzing der rechtsvordering gericht kan zijn een zeer bruikbaar criterium gevonden had om uit te maken of een verweer al of niet ten principale is verzuimd op den ingeslagen weg voort te gaan door in overeenstemming daarmee de gevallen van afwijzing der rechtsvordering te onderscheiden in ontzegging en niet-ontvankelijkverklaring al naar gelang die afwijzing al of niet finaal is. Ook de wetgever

(1) G. WITTEWAAL. *Themis* 1920. Verdediging ten principale blz. 342.



gaat ten deze niet geheel vrij uit. Behalve dat hij de fout beging met de uitdrukking *exceptie* in zoo ruime beteekenis te gebruiken dat daaronder ook vallen die verweermiddelen die wij middelen van niet-ontvankelijkheid noemen had hij duidelijker kunnen doen uitkomen dat hij verweer ten principale stelt tegenover verweer dat niet ten principale is en dat verweer ten principale en exceptief verweer geen tegenstelling vormen; dat in zijn systeem exceptief verweer even goed verweer ten principale kan zijn als niet. Had hij dat gedaan de praktijk die bij de toepassing van de voorschriften van art. 141, lid 2 en art. 348, lid 2 Rv. onder verweer ten principale zoo te recht rekent ieder verweer dat op de finale afwijzing der rechtsvordering is gericht, zou waarschijnlijk als logische consequentie daarvan bij de beantwoording der vraag of een rechtsvordering moet worden ontzegd of de eischer daarin niet-ontvankelijk moet worden verklaard, zich niet hebben laten beïnvloeden door de onjuiste tegenstelling tusschen verweer ten principale en exceptief verweer. De wetgever van 1896 droeg er het zijne toe bij om de praktijk in het verkeerde spoor te houden. Weliswaar was het zijne bedoeling in deze materie alles bij het oude te laten, doch zoowel uit de geschiedenis (1) als uit het voorschrift van art. 141, lid 2 Rv. zelve blijkt dat hij verweer ten principale en exceptief verweer als twee hoofdsorten van verweermiddelen beschouwde. Zoo zou men niet zonder recht kunnen beweren dat er strijd bestaat tusschen het voorschrift van art. 141, lid 2 Rv. en art. 348, lid 2 Rv., daar het eerste voorschrift uitgaat van een tegenstelling tusschen verweer ten principale en exceptief verweer, terwijl het tweede de mogelijkheid open laat dat exceptief verweer tevens ten principale is. Het is natuurlijk overbodig te zeggen dat wij, die er in deze studie steeds op uit waren om te betoogen dat de tegenstelling tusschen verweer ten principale en exceptief verweer onjuist is, ons in dezen strijd zonder aarzeling scharen aan de zijde van het voorschrift van art. 348, lid 2 Rv.

Een enkel woord ter voorkoming van misverstand, waartoe de uitdrukking *finale* afwijzing der rechtsvordering mogelijk aanleiding geeft. Men stelt dikwijls de *peremptoire* excepties tegenover de *dilatoire*, onder *dilatoire* excepties niet slechts verstaande het beroep van den gedaagde op een wetsbepaling, waarbij hem voor een bepaald geval recht op beraad is toegekend, doch b.v. een verweer hierin bestaande dat het ingeroepen rechtsgevolg nog niet bestaat.

Zoo noemt men bv. het beroep van den gedaagde, wanneer hij op grond van geleend geld wordt aangesproken, op een

(1) HARTOGH en COSMAN, blz.58.

termijn, dien de eischer hem toestond het opwerpen van een dilatoire exceptie. Eveneens spreekt men van een dilatoire exceptie, wanneer de houder van een goed door den eigenaar tot afgifte in rechte aangesproken, zich verweert met een beroep op een huurovereenkomst met den eigenaar gesloten, krachtens welke hij gerechtigd is het opgevorderde goed nog eenigen tijd onder zich te houden. Naar wij meenen is de onderscheiding tusschen peremptoire en dilatoire excepties in boven aangegeven zin uiterst oppervlakkig. Zij geeft slechts aanleiding tot verwarring, daar zij er toe leidt dat verweermiddelen, die naar hun aard tot het verweer ten principale behooren, daartoe niet gerekend worden. Bij de beantwoording der vraag of een exceptie peremptoir is of niet m. a. w. of een verweermiddel een exceptie is in den beperkten zin waarin wij dit woord opvatten, moet men nagaan of zij een ontkenning van het bestaan van het rechtsgevolg *op het tijdstip, waarop zij wordt opgeworpen* in zich sluit. Wanneer de gedaagde op grond van geleend geld in rechte aangesproken zich beroept op een termijn dien den eischer hem toestond, dan beweert hij m. a. w. dat de verplichting tot terugbetaling nog niet bestaat, hij ontkent daarmede het rechtsgevolg dat de eischer tegen hem inriep. Wanneer de houder van een goed door den eigenaar tot afgifte in rechte aangesproken, zich beroept op een huurovereenkomst met den eigenaar gesloten, krachtens welke hij gerechtigd is het goed nog eenigen tijd onder zich te houden, dan ligt in dat verweer een ontkenning van zijn verplichting tot afgifte opgesloten, een ontkenning dus van het bestaan van het ingeroepen rechtsgevolg. Wanneer de rechter in beide gevallen de rechtsvordering op grond van het door den gedaagde gevoerde verweer niet kan toewijzen, moet hij de rechtsvordering *ontzeggen*; hij beslist dan immers dat het ingeroepen rechtsgevolg niet bestaat en over de vraag of het later mogelijk ontstaan zal is zijn oordeel niet gevraagd.

Ten slotte een enkel woord over het jus constituendum.

De tegenwoordige gang en duur van het geding bevredigt geen mensch. Wij maken hier niet uit, wie daaraan de grootste schuld heeft de wetgever of de praktijk. Vaststaat dat beiden te kort schoten. Het is zaak na te gaan wat hiervan de oorzaak is. Slechts door die weg te nemen is een duurzame verbetering mogelijk. Maakt men een nieuwe regeling zonder de fouten der tegenwoordige praktijk onmogelijk te maken het gevaar is groot dat de praktijk haar ouden weg, hoe zeer deze kronkelt, blijft volgen. Groot toch is de macht der traditie, groot vooral is haar macht wanneer zij op wanbegrip steunt. Een meer vaste leiding, die de praktijk behoedt van den rechten weg af te dwalen, is noodig. Om die leiding te geven is een grondige kennis der processuele begrippen



onontbeerlijk. De wetgever met zoodanige kennis toegerust, schrikke er niet voor terug die begrippen scherp omlijnd in de wet vast te leggen. Dit is mogelijk, zonder dat hij daarbij in schoolsche leerstelling verval.

In de eerste plaats is noodig dat de vraag welke beslissingen de rechter op een bij hem ingestelde rechtsvordering kan geven in de wet categorisch wordt beantwoord; den rechter diene bv. gezegd — de ondervinding heeft het geleerd — in welke gevallen hij de rechtsvordering moet ontzeggen en in welke gevallen den eischer daarin niet-ontvankelijk verklaren; door een dier vragen in negatieven vorm te beantwoorden kan men voorkomen dat men onvolledig is. Legt men zich die vraag voor en zoekt men ernstig naar een antwoord dan zal men inzien dat de lijn die de begrippen ontzegging en niet-ontvankelijkverklaring scheidt, anders dient getrokken te worden dan in de praktijk gedaan wordt. Het criterium zoeke men in den aard der afwijzing, is deze finaal, de rechtsvordering worde ontzegt is zij niet-finaal, de eischer worde in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk verklaard. In overeenstemming hiermede onderscheide men het verweer naar gelang het op de ontzegging dan wel op de niet-ontvankelijk verklaring is gericht; in het eerste geval spreke men van verweer ten principale in het tweede van een middel van niet-ontvankelijkheid. Deze onderscheiding kan zijn nut hebben met het oog op de beantwoording der vraag welk verweer in iederen stand van het geding en welk verweer onmiddellijk bij het antwoord gevoerd moet worden. Het zou wellicht aanbeveling verdienen te bepalen dat het verweer ten principale in iederen stand van het geding gevoerd mag worden en dat een middel van niet-ontvankelijkheid slechts bij het antwoord mag worden aangewend. Zoo voorkomt men dat de gedaagde door achteraf nieuwe middelen van niet-ontvankelijkheid aan te wenden het geding onnoodig rekt, terwijl de waarborg blijft bestaan dat de rechtelijke beslissing zooveel als mogelijk is met de werkelijkheid overeenkomt.

Het bewijs ten principale verdeele men onder in verweer dat louter negatief is nl. de ontkenning dat het gestelde bestaat of het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt en dat niet louter negatief is en derhalve bestaat in een beroep op een recht of een feit dat de toewijzing der rechtsvordering in den weg staat. Men noeme dit laatste exceptief verweer. De onderscheiding van het verweer ten principale in verweer dat exceptief en niet-exceptief is heeft zijn beteekenis met het oog op den bewijslast. Men houde daarbij in het oog dat er een essentieel verschil bestaat tusschen een exceptie en een middel van niet-ontvankelijkheid. Het exceptief verweer toch is een onderdeel van het verweer ten principale dat principieel tegenover het middel van niet-ontvankelijkheid wordt ge-

steld. Het goed uit elkaar houden van een exceptie en een middel van niet-ontvankelijkheid heeft behalve met het oog op de procesorde ook belang in verband met den bewijslast. Men vergete toch niet dat de verdeeling van den bewijslast bij het verweer ten principale een andere is als bij het aanwenden van een middel van niet-ontvankelijkheid. Werpt de gedaagde een exceptie op dan zal krachtens de ook voor ons recht geldende regel *excipiendo reus fit actor* (art. 1902 B. W.) de last van het bewijs van het recht of het feit, waarop hij zich beroept, bij ontkenning door den eischer, op hem rusten, terwijl wanneer hij een middel van niet-ontvankelijkheid aanwendt het zeer goed mogelijk is dat daaruit niet voor hem, doch voor den eischer een bewijslast voortvloeit. Men denke toch aan het geval dat de gedaagde zich verweert met zich te beroepen op de omstandigheid dat de eischer de hoedanigheid niet bezit, waarin hij de rechtsvordering instelde, of dat een door de wet voorgeschreven formaliteit vóór het indienen der rechtsvordering niet heeft plaats gehad. In deze gevallen zal de gedaagde niet hebben te bewijzen, dat de eischer de gestelde hoedanigheid niet bezit of dat de voorgeschreven formaliteit niet is verricht, doch zal de eischer zijn hoedanigheid of het verricht zijn der voorgeschreven formaliteit hebben te bewijzen, en dit niet krachtens den regel *affirmanti incumbit probatio non neganti* doch om den eenvoudigen reden dat de regel *excipiendo reus fit actor* slechts van toepassing is op een exceptie en niet op een daarvan wel te onderscheiden middel van niet-ontvankelijkheid.



*Democratie en Diplomatie*, door Mr. D. P. D. FABIUS. —  
's-Gravenhage, MARTINUS NIJHOFF, 1920.

Het belangrijke geschrift dat voor ons ligt, van de vruchtbare pen van Mr. FABIUS, opgesteld naar aanleiding van de bekende verhandeling van Mr. STRUYCKEN over de buitenlandsche betrekkingen, geeft meer dan de titel zou doen vermoeden. Het grootste gedeelte is — het is waar — gewijd aan een bespreking van het buitenlandsch beleid in verband met de theoretische onderstellingen en de praktische voordeelingen der „democratie”. Doch vooraf gaat een vrij uitvoerige principieele behandeling van het vraagstuk van de verhouding tusschen Kroon en Staten-Generaal in het algemeen, die zeker als rakende het uitgangspunt zelve van den schrijver niet het minst op belangstelling aanspraak maakt.

Het ligt daarom voor de hand, dat hetgeen hieromtrent wordt geleerd in de voornaamste plaats onze aandacht vraagt. Het gaat hier om niet minder dan het algemeen karakter onzer staatsinrichting. Het standpunt van Mr. STRUYCKEN, dat in zijn bovenbedoeld geschrift slechts incidenteel ter sprake komt, is van elders voldoende bekend. Democraat van beginsel verheugt hij er zich over, dat ook ten onzent het parlementaire stelsel, die vorm der democratie, die zijn bijzondere voorliefde heeft, zich heeft ontwikkeld en hij ziet in de regelen, die de functioneering van het systeem beheerschen niet eenvoudig den neerslag van feitelijke machtsverhoudingen, zelfs niet alleen normen met slechts zedelijk bindende kracht, doch normen van recht in den volsten zin des woords. Vandaar zijn ergernis als hetzij door de politieke partijen — gelijk in 1913 — hetzij door de regeering — als door het vorige kabinet — z.i. in strijd met die regelen wordt gehandeld. Immers getuigt dat volgens hem niet alleen van verkeerd staatsmansbeleid maar ook van gebrek aan eerbied voor ons constitutioneel recht.

Zien wij goed, dan zijn er bij hem dus twee zaken in het geding, eenerzijds een principieele voorkeur, anderzijds een bepaalde waardeering van zekere feitelijke machtsverhoudingen. Beide behooren onderscheiden te worden. Ook hij die niet van oordeel is dat de hoogste macht in den staat in beginsel behoort te berusten bij de kiezersmassa, zou van meening kunnen zijn, dat ten onzent het parlementaire stelsel rechtskarakter heeft gekregen, gelijk ook omgekeerd denkbaar is, dat men het staats theoretisch uitgangspunt van Mr. STRUYCKEN aanvaardt, maar zijn positiefrechtelijke waardeering onzer

constitutie verwerpt. Mogelijk is natuurlijk ook, dat men èn theoretisch uitgangspunt èn positiefrechtelijke waardeering onzer constitutie onjuist acht. Dat laatste is met Mr. FABIUS het geval.

Dat de onvermoeide bestrijder van de democratie, die den moed heeft telkens en telkens weer de onvereinigbaarheid der democratie — tenzij men het woord van zijn eigenlijke beteekenis ontdoet — met de anti-revolutionaire beginselen aan te toonen, ook ditmaal zich niet onbetuigd laat, spreekt vanzelf en moet o. i. worden toegejuicht. Toch is misschien van nog meer onmiddellijk praktische beteekenis hetgeen door hem omtrent de positiefrechtelijke staatsordering in het midden wordt gebracht.

In het kort komt zijn beschouwing hierop neer. Kroon en Volksvertegenwoordiging staan niet als vijandige machten tegenover elkaar, zoodat versterking der Kroon zou beteekenen verzwakking der volksvertegenwoordiging en omgekeerd. Eerder heeft men met een harmonische verbinding te doen. Principieel is het terrein der bemoeienis van het Parlement even ruim te meten als dat der Regeering, al heeft ieder op zijne wijze op dat terrein te arbeiden. Een verbinding intusschen, die beider zelfstandigheid niet uitsluit. De raadslieden der Kroon zullen eigen denkbeelden, niet die der kiezers of van de meerderheid der Staten-Generaal hebben te verwezenlijken, en ook de leden der Staten-Generaal hebben voor eigen denkbeelden, niet voor die der kiezers te staan. Daarnaast staat dan het volk — niet te verwarren met het „pays légal” — dat een eigen zedelijke verantwoordelijkheid draagt. Intusschen is het wenschelijk en „normaal”, dat een ministerie op een vaste meerderheid in de Staten-Generaal steunt, daar het alleen dan regeerkracht kan ontwikkelen en ligt het in de rede, dat de leden der Staten-Generaal moeilijk een zetel zouden kunnen innemen, indien hun denkbeelden geen instemming vonden onder de kiezers. Bij deze constructie meent de schrijver, dat op geen bestanddeel van het „fijn raderwerk” der constitutioneele monarchie „eenzijdige druk” wordt gelegd en dat „de lenigheid welke deze staatsvorm in hare toepassing gedooft” ongerept blijft. Dat laatste zou verloren gaan als men „de verschillende wijzen, waarop de constitutioneele monarchie zich naar gelang van landen en tijden vertoont, als zoovele rechtsformatiën construeert” (p. 13).

Tot zoover de schrijver. Zien wij wel, dan ontkent Mr. FABIUS niet het feitelijk bestaan van het parlementaire systeem en heeft hij daartegen op zichzelf geen bezwaar. Immers hij acht het „normaal” dat een Kabinet op een vaste meerderheid steunt, omdat het anders „bezwaarlijk regeerkracht kan ontwikkelen”. Blijkbaar omdat anders geen vaste meerderheid belang heeft bij het voortbestaan van het



Kabinet en het dus steeds bevreesd moet zijn voor toevallige vijandige combinaties. Hetgeen intusschen onderstelt een macht van het parlement die — men denke aan de gewezen Duitsche monarchieën, waar wel terdege regeermacht zonder vaste parlementaire meerderheid werd ontwikkeld — volstrekt niet in den aard der zaak ligt. M. a. w. Mr. FABIUS beschrijft, naar ons voorkomt, evenals zijn collega STRUYCKEN, een bepaalde modificatie van de constitutioneele monarchie en wel een modificatie, [waarbij wel degelijk bijzondere nadruk wordt gelegd op één der elementen. Alleen maar, dat parlementaire overwicht — door Mr. FABIUS o. i. terecht heel wat minder geaccentueerd dan door Mr. STRUYCKEN — wordt bij de juridische constructie uitgebannen.

De kwestie of dit terecht geschiedt laten wij terzijde. Zij is waarlijk niet met één woord te beantwoorden: het onlangs verschenen uiterst belangrijke proefschrift van KAHN over de politieke stelregels is er het bewijs van. Alleen zouden wij in bescheidenheid willen vragen of het argument waarmede het standpunt-STRUYCKEN bestreden wordt de kern der kwestie wel raakt. Indien men de verschillende modificaties van de constitutioneele monarchie in functie als zoovele rechtsformatiën construeert, verliest deze staatsvorm zijn lenigheid. Aldus Mr. FABIUS, M. a. w.: men moet die juridische constructie niet maken, omdat daardoor de constitutioneele monarchie zou ophouden een goede staatsvorm te zijn. Wij vermoeden, dat Mr. STRUYCKEN zou antwoorden: „dat is wel mogelijk, maar dat kan ik niet helpen, dat moet gij aan de politici die den toestand dien ik rechtskundig waardeer hebben doen geboren worden verwijten; als wetenschappelijk man toets ik de door mij opgemerkte regelen van staatkundige praktijk aan het m. i. juiste rechtsbegrip en kom nu tot de conclusie, dat het rechtsregels zijn; het kan zijn dat ik mij vergis, dat mijn rechtsbegrip niet juist, of mijn waarneming van de staatkundige verschijnselen onzuiver is, doch dan moet gij dat aantoonen; of het resultaat waartoe ik kom met uw of mijn staatsideaal harmonieert behoort ons beiden onverschillig te laten”. Wordt niet hier door Mr. FABIUS — wij vragen slechts — een wetenschappelijk betoog gerefuteerd met een utilistische redeneering?

Hoe men overigens over dit punt moge denken, in elk geval is o. i. terecht door Mr. FABIUS de veelal gangbare ook door Mr. STRUYCKEN gebezigde formule gewraakt, dat het Kabinet is „orgaan” van de parlementaire meerderheid. Dichter bij de waarheid — daargelaten dan de rechtskundige waardeering van het verschijnsel — staat de voorzigtiger uitdrukking „dat het parlementaire stelsel eene Regeering waarborgt in overeenstemming met de in de Volksverteenwoordiging beleden staatkundige beginselen” (STRUYCKEN,

p. 8). Deze formulering toch laat plaats voor de ook door STRUYCKEN (l. c. p. 23) erkende „zelfstandigheid van oordeel” van Regeering en Kamer beide, hetgeen licht miskend wordt als men de Regeering „orgaan” van de parlementsmeerderheid noemt.

Ook nog op een ander punt maakt Mr. FABIUS met reden bezwaar tegen door Mr. STRUYCKEN gegeven voorstelling van de verhouding tusschen Kroon en Staten-Generaal.

Men kan — gelijk wij boven opmerkten — twisten over het rechtskarakter van verschillende regelen van parlementaire praktijk. Maar naarmate men meer geneigd is dat rechtskarakter te aanvaarden wordt het gevaar grooter, in de beschrijving van de rechtsverhouding tusschen de voornaamste autoriteiten in den staat, die nauwkeurigheid van onderscheiding te verwaarloozen, die den jurist behoort te kenmerken. Omdat men dan zoo licht de uiteraard min of meer vage „politieke” termen zonder nadere bepaling in zijn „rechtskundige” beschrijving overneemt en daardoor aanleiding geeft tot verwarring bij zichzelf of bij den lezer.

Zelfs Mr. STRUYCKEN heeft, dunkt ons, dat gevaar niet altijd weten te vermijden. De grondwet spreekt — zoo beoogt hij — alleen van verantwoordelijkheid der Ministers voor de uitoefening der bestuursmacht, weet niets van een verantwoordelijkheid deswege van de Staten-Generaal. Toch zijn de Staten-Generaal ook daarvoor verantwoordelijk, maar dat is een gevolg van het buiten de grondwet om tot rechtsinstituut gegroeide parlementaire stelsel, waardoor een „gedeelde”, „gezamenlijke” of liever een „éénheid” van verantwoordelijkheid van Regeering en parlementaire meerderheid is ontstaan. Nu is het inderdaad in het parlementaire spraakgebruik niet ongewoon van „verantwoordelijkheid” der parlementaire meerderheid of „medeverantwoordelijkheid” van het parlement voor het staatsbeleid als gevolg van het parlementaire stelsel, te spreken. Maar men scheidt toch verwarring, wanneer men met Mr. STRUYCKEN deze verantwoordelijkheid in één adem noemt met de ministerieele verantwoordelijkheid van art. 54 der grondwet.

Met groote helderheid wijst Mr. FABIUS op het onzuivere van deze uitdrukkingwijze. Ook hij erkent een verantwoordelijkheid der Staten-Generaal en wel „voor den ganschen gang des bestuurs” (p. 15) doch dat is een geheel andersoortige dan die welke art. 54 op het oog heeft. Daar toch is sprake van staatsrechtelijke verantwoordelijkheid van de eene staatsrechtelijke autoriteit (de ministers) tegenover de andere (de S.-G.). Spreekt men daarentegen van verantwoordelijkheid der volksvertegenwoordiging, dan wordt — volgens Mr. FABIUS — bedoeld „dat zij een zedelijk-politieke schuld op zich laadt voor alle verkeerdheid, die zij gedooft, hoezeer zij haar beletten of stuiten kon en kan van



staatsrechtelijke verantwoordelijkheid tegenover een andere autoriteit geen sprake zijn". In dienzelfden zin is ook de Kroon verantwoordelijk, zijn de Ministers het afgezien van art. 54 der grondwet, ja kan men zelfs spreken van een verantwoordelijkheid des volks en van ieder lid daarvan.

Ons dunkt dat Mr. STRUYCKEN moeilijk zal kunnen tegen spreken, dat hij ten onrechte de verantwoordelijkheid der Staten-Generaal in één verband heeft genoemd met de z.g. ministerieele verantwoordelijkheid. Hij moet iets anders hebben bedoeld dan hij strikt genomen heeft gezegd. De vraag is dan: wat heeft hij willen uitdrukken?

Naar ons toeschijnt toch nog wat anders dan Mr. FABIVS onder verantwoordelijkheid der Staten-Generaal verstaat. Deze verantwoordelijkheid die even goed op de Kroon en zelfs op het volk rust heeft niets met de onderlinge machtsverhouding der staatsrechtelijke autoriteiten te maken en is ook alleen van zedelijken aard. Mr. STRUYCKEN bedoelt echter een verantwoordelijkheid der Staten-Generaal, die wél met een dergelijke machtsverhouding te maken heeft, immers eerst door het parlementaire stelsel heet te zijn ontstaan en die wel degelijk een staatsrechtelijke beteekenis heeft, waar Mr. STRUYCKEN in dat stelsel een rechtsinstituut ziet. In hoeverre zou nu — in Mr. STRUYCKEN's gedachtengang — de groei van het parlementarisme tot gevolg kunnen hebben gehad een staatsrechtelijke verantwoordelijkheid van het parlement? Wellicht heeft Mr. S. het volgende bedoeld.

Eertijds bestond er in staatsrechtelijken zin alleen een verantwoordelijkheidsband tusschen Regeering en Parlement: de Regeering was voor goed beleid aan het Parlement verantwoordelijk. Thans hebben de kiezers „recht" op uitvoering van het Regeeringsprogram door de „vertrouwensmannen" van de parlementaire meerderheid en die parlementaire meerderheid heeft niet slechts de macht maar ook het „recht" en de „plicht" er voor te zorgen, dat er een Regeering aan het bewind is, die naar den uitslag der stembus bestuurt. In zooverre is thans het Parlement staatsrechtelijk tegenover de kiezers verantwoordelijk voor het regeeringsbeleid. Maar een verantwoordelijkheid, die het deelt met het kabinet. Want ook dat kabinet is aan de kiezers voor dat beleid verantwoordelijk. Immers wordt van de zijde van Mr. STRUYCKEN steeds geleerd, dat de Regeering zich onmiddellijk naar den uitslag der periodieke, zoowel als der ontbindingsverkiezing te richten heeft en geen conflict met de Kamer heeft af te wachten: bij de verkiezingen toch komt het kabinet „for the country", dan geeft de „political sovereign" zijn uitspraak (1).

(1) LOWELL, *The Government of England II*, p. 459 vergelijkt „the electorate" met een jury en de partijen in het parlement met de advocaten die van weerszijden ten overstaan van de jury de gedragingen van het kabinet becritiseeren.

Daarnaast blijft dan bestaan de verantwoordelijkheid van art. 54 in den praegnanten zin, die daaraan in het parlementaire stelsel toekomt. In dien zin verstaan — geheel daargelaten de juistheid van het betoog zelf dat wij niet gaarne onvoorwaardelijk voor onze rekening zouden nemen — heeft de ook o.i. minder juist geformuleerde opmerking van Mr. STRUYCKEN redelijken zin.

Tot zoover Mr. FABUS wat het meer principieele gedeelte gedeelte van zijn betoog aangaat. Inzake de praktische postulaten bestaat tusschen beide geleerden veel minder verschil. Ook Mr. FABUS wenscht meerdere deelname van het Parlement aan het beheer der buitenlandsche betrekkingen, al stelt hij dezen eisch „geheel onafhankelijk van alle democratisch apparaat” (p. 2.). Inderdaad laat zich zeer wel buiten de theorie van democratie en — al dan niet gemoderniseerde — volkssoevereiniteit om, de wenschelijkheid betoogen van toenemenden parlementairen- en volksinvloed. Immers komt juist daardoor, gelijk de schrijver opmerkt, de constitutioneele monarchie tot de rijkste ontplooiing en wijst ook ons nationaal verleden in verband met onzen volksaard in deze richting (p. 19).

Vermeerdering van parlementaire contrôle en invloed wordt dus evenzeer door Prof. FABUS als door Prof. STRUYCKEN begeerd. Hetgeen niet zeggen wil, dat tusschen beiden, wat de bijzonderheden betreft, altijd overeenstemming bestaat. Vandaar dat ook het verdere geschrift van den geleerden schrijver, naast een aanvullend, een kritisch karakter draagt.

Aanvullend bv. als hij met een beroep op „*Démocratie et politique étrangère*” van JOSEPH BARTHÉLEMY de geringe belangstelling der „democratie” in buitenlandsche zaken niet slechts in allerlei ook door Mr. S. genoemde oorzaken, doch ook in den aard der democratie zelve zoekt. Een argument dat Mr. FABUS leidt tot de conclusie, dat „democratisering van buitenlandsch beleid. . . . eigenlijk zou wezen een onbereikbaar iets, een innerlijke tegenspraak” (p. 25) en dat dus wel zeer klemmend moet zijn, als een democraat als BARTHÉLEMY het zelf aanvoert. Maar een argument, dat dan ook zeer voor de hand ligt, waar het volk geneigd is vooral te letten op onmiddellijke, tastbare, liefst „sociale” resultaten en dus geen geduld heeft te luisteren naar voorlichting over het buitenlandsch beleid, waarvan het niet zoo gemakkelijk inziet, dat het met zijn onmiddellijke belangen verband houdt. Inderdaad is van de „democratie” in dezen geen wezenlijke verbetering te wachten is en gaan wij gaarne met Mr. FABUS accoord, als hij in dit opzicht, meer dan van de democratie, heil verwacht van „de doorwerking van het calvinistisch (waarom niet „christelijk”) beginsel”, dat ernst maakt met de verheerlijking Gods op alle levensterrein en dus tot verruiming van de sfeer der belangstelling prikkelt (p. 25).



Aanvullend ook, als de schrijver de bedenkingen van Mr. S. tegen de algemeenheid der leuze, die afschaffing der geheime diplomatie eischt, onderstreept. Maar waar de laatste slechts bij wijze van uitzondering het goed recht eener geheime diplomatie wil erkennen en vóór alles een pleidooi levert voor zoo groot mogelijke openbaarheid, vindt omgekeerd het geheim der diplomatie — natuurlijk niet „noodelooze geheimzinnigheid” — in Mr. FABIVS een overtuigd verdediger (1). En het is weer merkwaardig, dat hij zich daarbij beroepen kan op den democraat BARTHÉLEMY, hoewel deze erkennen moet dat „la démocratie réclame comme un de ces principes fondamentaux la publicité”, die is „un hommage à la souveraineté du peuple”. Zoo ver gaat zelfs deze schrijver — en ook hierin volgt hem Mr. FABIVS, terwijl Mr. STRUYCKEN het tegendeel verdedigt — dat hij ook niet zonder meer alle geheime tractaten wil afschaffen. Misschien is deze kwestie thans voor ons land als lid van den Volkenbond, tenminste ten aanzien van de overige leden, een zuiver academische geworden. Indien wij althans uit art. 18 van het Volkenbondsverdrag mogen afleiden, dat geheime verdragen voortaan alle volkenrechtelijke kracht zullen missen (2). Het zou zeker van

(1) Wij zouden in dit verband nog willen herinneren aan het gevoelen van BISMARCK. Op 3 Dec. 1850 wenschte de Pruisische Landdag, nog wel volgens B. «als die mindeste Forderung» in zake vertrouwelijkheid der Regeering aangaande het buitenlandsch beleid, te vernemen het «Maximum über welches die Regierung beim Abschlusse mit Fremden Mächten nicht hinaus will». Waarop B. «in einem einfachen und gemeinverständlichen Vergleich» de diplomatie vergelijkt met een «Pferdehandel» waarbij kooper en verkooper ook niet aan een derde «und vielleicht einen sehr geschwätzigen Dritten» meedeelen den maximumprijs waartoe zij gaan, resp. den minimumprijs, waarvoor zij laten willen; indien toch de tegenpartij het te weten zou komen, zou «sein Minimum sofort das Maximum und sein Maximum das Minimum des anderen sein». — Zelfs kan het staatsbelang volgens B. vorderen, dat de gezant niet alles, wat hem bekend is aan den vorst meedeelt. Zie Gedanken u. Erinnerungen II (Neue Ausgabe 1905) p. 263: «Ich habe mich für berechtigt gehalten, aus Petersburg und Paris Dinge, die zu Hause nur zwecklos verstümmen konnten oder sich lediglich zu satirischen Darstellungen eigneten, zu verschweigen und, als ich Minister war, dergleichen allerhöchsten Orts nicht vorzulegen».

(2) Terwijl wij dit schrijven heeft deze quaestie ook voor Nederland praktisch belang gekregen doordat België en Frankrijk kans hebben gezien dit artikel in dien zin «uit te leggen», dat zij daardoor niet worden verplicht hun onderling gesloten militaire overeenkomst ter publicatie aan het secretariaat van den volkenbond op te zenden.

Geschiedt dat niet, dan illustreert deze houding van verdedigers van de heiligheid der verdragen wel duidelijk de juistheid van het betoog van Mr. FABIVS (p. 57—61) dat de «democratie» niet den minsten waarborg geeft voor trouw aan het gegeven woord.

veel belang zijn het oordeel van Prof. FABIUS over dit punt te vernemen.

Maar ook al zouden geheime verdragen zijn verboden, daarnaast blijft nog de mogelijkheid bestaan van geheime afspraken in anderen vorm tot stand gekomen. Prof. FABIUS en prof. STRUYCKEN, gelijk alle schrijvers over dit onderwerp, wijzen op deze moeilijkheid. Hoeveel beteekenis dergelijke afspraken kunnen hebben, heeft de oorlog bewezen: men denke aan de militaire en navale „consultation” tusschen Engeland en Frankrijk, waaruit in de eerste dagen van den oorlog door de leidende staatslieden van Engeland de moreele verplichting Frankrijk bij te staan werd afgeleid (1). Al zou het dunkt ons zeker de beteekenis van dergelijke afspraken verzwakken, indien de grondwet uitdrukkelijk vaststelde, dat alleen een openbaar, langs wettigen weg tot stand gekomen tractaat den staat kan verbinden.

Ook met het postulaat alle verdragen aan de goedkeuring der Staten-Generaal te onderwerpen kan de schrijver zich niet zonder reserve vereenigen. In elk geval verwerpt hij de motiveering dat het democratische beginsel een dergelijke medewerking vordert, omdat hij aan het beginsel geen gezag toekent. Doch evenals Mr. S., die grondwetswijziging in dezen zin voorstaat, oordeelt hij ze van weinig praktisch belang.

Van even weinig praktisch gewicht als dien anderen eisch ook door Mr. STRUYCKEN gesteld, dat oorlogsverklaring de goedkeuring der Staten-Generaal zou behoeven. Met Mr. S. acht hij het geval dat onzerzijds tot oorlogsverklaring wordt overgegaan, weinig waarschijnlijk. Dat trouwens het oorlogsgevaar zou verminderen door volk en parlement meer in de leiding der zaken te betrekken, berust op de volkomen onbewezen onderstelling dat de volken uiteraard minder oorlogszuchtig zouden zijn dan hun regeeringen (2).

(1) Volgens MOREL («Truth and the War» 1916) heeft Engeland wegens deze «unwritten bond», niet wegens de schending der Belgische neutraliteit zijn onzijdigheid opgegeven. Zie de data bij MOREL l. c. p. 229. Een «unwritten bond» die volgens Lord LANDSDOWNE immers inhield «obligations not less sacred, because they are not embodied in a signed and sealed document» (geciteerd MOREL l. c. p. 295).

(2) Met blijkbare instemming haalt Mr. FABIUS op dit punt het gevoelen van Mr. OPPENHEIM aan. Ter nadere adstructie van wat OPPENHEIM omtrent de oorlogszuchtigheid der volken en de vreedelievendheid der regeeringen na het incident Agadir meedeelt, zij nog verwezen naar het Fransche Geelboek 1914, I, waar in een nota aan Minister PICHON van 30 Juli 1913, opgemaakt naar aanleiding van diplomatieke en consulaire rapporten, wordt betoogd, dat «l'opinion publique» in Duitschland in 1914 «était favorable à la guerre», maar dat o. a. «la volonté pacifique de l'Empereur et du Chancelier» den oorlog hebben tegengehouden.



Daarentegen kan van groote beteekenis worden de instelling van een commissie van buitenlandsche zaken. Over de wenschelijkheid van een dergelijke commissie laat de S. zich, nu wij hier met een „chose jugée” te maken hebben, niet uit. In tegenstelling met sommigen acht hij de nieuwe instelling niet inconstitutioneel. Wel oppert hij, en met reden, bedenking tegen het doodvonnis dat Mr. S. voor den Minister gereed heeft, die aan de commissie geen geheimen zou willen toevertrouwen, welke hij in 's lands belang voor de geheele Kamer meent te moeten verzwijgen. Tenminste indien de Minister wegens zijn interpretatie van de grondwet daartegen bezwaar maakt zou het op ongerechtvaardigden dwang neerkomen, indien de Kamer op dat punt een conflict zou uitlokken.

Tenslotte houdt de schrijver zich nog bezig allereerst met den eisch tot democratisering van het diplomatieke corps en verder met twee niet door Mr. STRUYCKEN aangevoerde punten, het door de „democratie” op den voorgrond gestelde nationaliteitsbeginsel en het — daarmede niet identieke — zelfbesturingsrecht der volken, alsmede met het vraagstuk, wat van de democratie te wachten is inzake de trouw aan het bij tractaat gegeven woord.

Ten aanzien van de samenstelling van het diplomatieke corps kiest Mr. S. zeer beslist partij voor recruteering uit andere bevolkingsgroepen, terwijl Mr. FABUS verschillende argumenten aanvoert ter verdediging van de bestaande praktijk. De hieraan gewijde bladzijden zullen zeker veel tegenspraak uitlokken, maar verdienen ernstige overweging. Daargelaten of men zich met alles kan vereenigen, wat hier wordt aangevoerd, in elk geval wordt hier op verschillende zijden van het vraagstuk de aandacht gevestigd, die gevaar loopen in onzen democratischen tijd al te zeer in het duister te blijven.

De ons toegemeten ruimte laat niet toe nog meer uit het belangrijke geschrift naar voren te brengen. Moge het, vooral in verband met de komende grondwetsherziening, de belangstelling verwerven, die het verdient.

Dr. KARL STRUPP, *Das völkerrechtliche Delikt.*  
Berlin, Stuttgart, Leipzig. 1920.

Een tijd van oorlog is niet gunstig voor de beoefening der wetenschap, allermint voor die van het Volkenrecht. Bleek dit in den aanvang der 19de eeuw tijdens NAPOLEONS wereldwingelandij, ook het thans afgesloten tijdperk van den wereldoorlog levert daarvan het bewijs. Geen wonder voorwaar! De welige opbloei der volkenrechts-literatuur tengevolge der beide vredesconferentiën van 1899 en 1907, welke alom de hoop hadden gewekt op een tijd van rustigen vooruitgang en toenemende welvaart, werd in 1914 plotseling gestuit door de uitbarsting van een krijg tusschen de toongevende mogendheden van Europa, welke eerlang de gansche beschaafde wereld beheerschte en ook de weinige overgebleven onzijdige Staten in zijn noodlottigen maalstroom dreigde mede te slepen.

Heeft een samenloop van omstandigheden dit laatste gevaar afgewend, niettemin heeft het ontzettend gebeuren allerwege vreedzame wetenschappelijke werkzaamheid verlamd of afgeschrikt. De verschrikkingen van den oorlog vermeesterden alle geesten en de enkele onbevungen schrijvers, die na een oogenblikkelijke verbijstering in de duisternis van den nacht langzamerhand de schemering van een nieuwen morgen meenden te ontwaren, vonden geen gehoor, ja ternauwernood eene plaats voor de openbaarmaking hunner denkbeelden. De zeldzame uitzonderingen nemen niet weg, dat de politieke sym- en antipathieën voor of tegen deze of gene der machtige oorlogspartijen zelfs in de onzijdige landen elk onpartijdig onderzoek verdrongen en tevens alle opgewektheid verdreven om zich bezig te houden met de beoefening eener wetenschap, die immers totaal fiasco had gemaakt en het best zou doen stilzwijgend en schaamrood het tot dusver bezet gebied te ontruimen. Dat dit geen verwondering noch ergernis kan wekken, ligt voor de hand en wordt alleen bevestigd door de ervaring der vorige eeuw.

Thans is de vrede gesloten; al laten de gevolgen daarvan nog veel te wenschen en al belet wederkeerige verbittering nog veelszins vruchtbare samenwerking, toch vertoonen zich aan den onbenevelden blik van den belangstellenden waarnemer onmiskenbare teekenen van herleving en wederopbouw. Tot deze laatste behoort in zekeren zin ook de verschijning



van nieuwe wetenschappelijke boeken en de voortzetting van vroeger aangevangen vervolgw werken. Onder de laatstgenoemde komt een eereplaats toe aan het breed opgezet handboek van het Volkenrecht onder leiding van Prof. Dr. F. STIER-SOMLO, dat door Prof. Dr. HEILBORN werd aangevangen in 1912, door geleerden als Dr. PH. ZORN uit Bonn, Dr. H. LAMMASCH en Dr. HOLD v. FERNECK uit Weenen en Dr. H. WEHBERG uit Düsseldorf tot in den aanvang van den wereldoorlog werd vervolgd, doch sedert 1915 onderbroken en eerst in het begin van 1920 is voortgezet door den schier gelijktijdigen arbeid van Dr. STRUPP en van Dr. ZORN over het Deutsche Gezantschaps- en Consulair recht. Ik stel mij voor de aandacht der lezers van *Themis* eenige oogenblikken te vestigen op de monographie van Dr. STRUPP: „Das völkerrechtliche Delikt”, eene stof, welke, hoezeer van volkenrechtelijk gehalte, niettemin in nauw verband staat met ander rechtsgebied, inzonderheid met dat van het strafrecht.

De streng methodische en rijk gedocumenteerde verhandeling van Dr. STRUPP is verdeeld in vier hoofdstukken en beslaat ruim 200 bladzijden. Na eene korte inleiding, waarin vooral wordt gewezen op de fragmentarische en daarom onvoldoende behandeling der gekozen stof en de daaruit voortvloeiende verwaarloozing van menig gewichtig onderdeel, worden achtereenvolgens het karakter van het volkenrechtelijk delict, de aansprakelijkheid van den Staat, de uitsluiting der wederrechtelijkheid en de rechtsgevolgen van het delict uiteengezet.

De schrijver, die zich door vroegere uitgaven van bronnen groote verdiensten verwierf en van zeldzame belezenheid blijk geeft, heeft ook ditmaal gebruik gemaakt van de in talrijke algemeene handboeken verspreide fragmenten, maar meer in het bijzonder den Berlijnschen hoogleeraar TRIEPEL gevolgd en de paden betreden, gebaad door Prof. ANZITOTTI uit Rome, den Amerikaan BORCHARD en vooral de nog later verschenen monographie van SCHÖN: „Die völkerrechtliche Haftung des Staates aus unerlaubten Handlungen”, 1917, waarin aan dit onderwerp het eerst eene plaats in de algemeene leer der internationale rechten en plichten is aangewezen; een en ander intusschen zonder zijn zelfstandig oordeel ergens prijs te geven.

Ondanks zijne klacht over gebrekkige behandeling erkent schrijver volmondig, dat alle schrijvers met zeldzame uitzondering de aansprakelijkheid van den Staat voor onrechtmatige handelingen zijner organen erkennen als een logisch gevolg van den rechtsgrond, waarop het Volkenrecht rust: het in den ruimsten zin opgevat: „pacta sunt servanda”. Onrechtmatig acht schrijver alleen datgeen wat strijdt met

het stellig recht, onverschillig of dit uit gewoonte of verdrag is ontstaan: „nulla injuria sine jure”.

Het onrecht kan zoowel in doen als in laten bestaan, m. a. w. positief en negatief optreden, en openbaart zich volstrekt niet alleen in stoffelijk nadeel. Volkenrechtelijke delicten kunnen alleen worden begaan door en jegens souvereine Staten of uitdrukkelijk erkende partijen in een burgeroorlog. Daarbij komt niet de theoretische rechtsbevoegdheid, die in het privaatrecht op den voorgrond treedt, maar de feitelijke handelingsbevoegdheid in aanmerking; schrijver noemt dit de uitsluitende vatbaarheid van den Staat om delicts-subject of -object te zijn. Voor alle handelingen en verzuimen zijner ambtenaren — immers alleen door zijn organen kan de Staat handelen — zoowel binnen als buiten de grenzen hunner bevoegdheid, is de Staat rechtstreeks en zonder voorbehoud aansprakelijk.

Slechts ten opzichte van handelingen welke geheel en al buiten den aan een bepaald orgaan opgedragen werkkring vallen of wel elk publiek karakter missen, rust op den Staat geen andere aansprakelijkheid, dan die voor de wederrechtelijke handelingen zijner onderdanen als privaatspersonen, namelijk voor zijn eigen maatregelen om deze te voorkomen of te onderdrukken.

Zijne aansprakelijkheid ontstaat namelijk niet uit de *schuld*, welke door de onrechtmatige handeling of verzuim op hem zou zijn geladen, doch uitsluitend uit de *gevolgen*, welke uit de genoemde handeling of verzuim voortvloeien; zij is eene *Erfolgs-geen Schuldhaftung*, welke laatste alleen ontvankelijk is, ingeval zijne organen binnen de grenzen hunner bevoegdheid opzettelijk hebben verzuimd datgene te doen waartoe zij volkenrechtelijk verplicht waren. Hier wijkt STRUPP af van ANZROTTI, die met reden het schuldelement in de aansprakelijkheid van den Staat zonder voorbehoud verwerpt en ontmoet hij de uiterst netelige vraag naar den graad van voorzorg, welchen een Staat moet in acht nemen om vrij te zijn van schuldig verzuim.

In het tweede hoofdstuk, waarin de leer van de aansprakelijkheid van den Staat in zijne bestanddeelen wordt ontleed, verklaart schrijver op zeer verdienstelijke wijze, dat en waarom zij onmiddellijk alle staatsorganen, — d.w.z. wetgevende, rechterlijke en besturende of uitvoerende macht — gelijkelijk treft. Inderdaad is dit een logisch gevolg van de verhouding tusschen het volkenrecht, dat internationaal betrekkingen regelt, en het nationaal recht als dat van een enkelen Staat. Volkenrechtelijk is het volkomen onverschillig, welk staatsorgaan het delict heeft gepleegd. De Staat is derhalve aansprakelijk voor landswetten, die het volkenrecht schenden, evenals voor het achterwege laten van wetten door het volken-



recht gevorderd. Dat ook voor rechterlijke vonnissen in strijd met het volkenrecht gewezen de Staat aansprakelijk is, wordt uitvoerig en uitnemend betoogd; niet slechts bij rechtsweigering of -vervalsching (*déni de justice*), doch ook voor den inhoud der vonnissen en andere rechtshandelingen. Ten onrechte bestrijdt schrijver hier ANZITOTTI, die den rechter ook zonder meer gebonden acht door internationale verdragen en gewoonten (blz. 73) en stelt hij den Staat juist verantwoordelijk voor zijn verzuim om den rechter daartoe uitdrukkelijk te verplichten. Daar de verbindende kracht van het volkenrecht ook zonder afzonderlijk staatsbevel eene vraag betreft van inwendig staatsrecht, waarop hier niet nader kan worden ingegaan, verhindert zijne afwijkende meening niet eene juiste slotsom (blz. 80).

Terecht beweert hij daarentegen, dat het delict in casu reeds ontstaat bij de eerste uitspraak en dat eene hoogere instantie alleen den eisch opschort. De aansprakelijkheid van den Staat voor zijn administratieve ambtenaren strekt zich uit van den hoogsten trap of het staatshoofd tot den laagsten ambtenaar, omvat zoowel militaire als civiele landsdienaren en evenzeer de handelingen van zijne onderdeelen en onderhoorigheden, al zijn deze ook met zelfbestuur of autonomie bekleed. De aansprakelijkheid van de facto regeeringen vangt eerst aan op het oogenblik, dat zij in het bezit der feitelijke macht zijn geraakt. In strijd met de leer, door BRUSA en FAUCHILLE (1898 en 1900) in het *Inst. de Droit Intern.* verdedigd, stelt STRUPP den Staat niet aansprakelijk voor de schade door zijn organen toegebracht aan privaat-personen bij het onderdrukken van oproer en opstand, omdat de Staat daardoor op zich zelf geen volkenrechtsregel overtreedt.

Is de Staat door de wederrechtelijke handelingen van privaat-personen indirect voor de gevolgen aansprakelijk, dan is hij tegenover vreemdelingen tot geen andere of meerdere vergoedingen der aangerichte schade gehouden dan tot die, welke hij, meer op billijkheids- dan rechtsgronden, aan zijn eigen onderdanen verleent; voor een onderscheid tusschen beide groepen van benadeelden ziet hij volkomen terecht geen reden.

De *objecten* eindelijk, waartegen het volkenrechtelijk delict kan zijn gericht, zijn de hoofdbestanddeelen, die den Staat samenstellen: zijn gebied, zijn volk of onderdanen, zijn gezag, waarbij weder niet mag worden vergeten, dat hier niet alleen stoffelijke belangen in aanmerking komen, maar niet minder de eer van den Staat en de aan zijn symbolen verschuldigde achting.

Kan ik mij tot zoover in hoofdzaak met schrijvers beschouwingen en conclusiën vereenigen, anders is dit met de tweede helft van zijn arbeid, waarin hij met VON LISZT over de

uitsluiting der wederrechtelijkheid en mitsdien van de aansprakelijkheid van den Staat spreekt. Het komt mij zelfs voor, dat de ruime opvatting der uitzondering het belang van den regel en diens gevolge van de eerste helft van zijn boek bedenkelijk verzwakt, zoo niet ontzenuwt.

Schrijver onderscheidt twee redenen van uitsluiting: *noodstand* en *représailles* en betoogt m. i. met recht, dat de noodweer in het strafrecht als oogenblikkelijke zelfverdediging tegen een feitlijken aanslag in het volkenrecht nagenoeg geheel wordt vervangen door de représaille tot afwering van een reeds ondergaan onrecht. Hierdoor ontgaat hij de lastige grenscheiding tusschen noodweer en nooddwang.

De verwerping, althans verwaarloozing, van de exceptie van nooddwang, m. a. w. van het bestaan van een bepaald gevaar of dreigenden aanslag, welke volgens SCHÖN algemeen wordt aangenomen, maar niettemin door nagenoeg alle West-Europeesche, inzonderheid Fransche schrijvers schier eenparig wordt afgewezen, wijt schrijver, behalve aan een onvoldoende ontwikkeling van het nationaal recht, aan principiëelen afkeer van een noodrecht, dat het normaal recht ontwricht, en aan een overspanning van het grondrecht van zelfbehoud, subsidiair ook aan de bekende clause „*rebus sic stantibus*” in het verdragsrecht, waardoor een noodrecht overbodig schijnt. Nu is het m. i. volkomen waar, dat men met een beroep op het recht en den plicht van zelfbehoud evengoed zich aan normale rechtsregelen kan onttrekken als op grond van een vermeend noodrecht, dat de aansprakelijkheid van den Staat uitsluit; doch het is niet minder waar, dat: 1°. zelfbehoud een vrij wat enger begrensde begrip uitdrukt, zooals schrijver trouwens zelf terloops toegeeft (blz. 130), dan de noodstand, zooals hij dien opvat en daaronder zoo goed als elk gevaar voor eenig staatsbelang begrijpt; 2°. dat de leer van het zelfbehoud nooit kan leiden tot de ongerijmde gevolgtrekkingen uit het begrip van noodstand getrokken, dat de Staat, tegenover wien de noodstand wordt ingeroepen en toegepast, zijnerzijds verplicht is het gepleegde onrecht als een rechtmatige daad te erkennen, waartegen verzet is verboden.

Toegepast op den Duitschen inval in België in Augustus 1914, spreekt deze theorie niet alleen Duitschland volkomen vrij, maar laadt zij zelfs de moreele verantwoordelijkheid zoowel als de juridische aansprakelijkheid voor alle daaruit gesproten rampen op de schouders van België, dat door zijn verzet zijn volkenrechtsplicht zou hebben geschonden. Eene voorstelling, die tot zulke resultaten leidt, veroordeelt zichzelf; zij druicht in tegen het meest-elementair en algemeen rechtsbewustzijn.

Met eene scherpzinnigheid, welke de grenzen der spitsvon-



digheid bedenkelijk nadert, onderscheidt schrijver de verschillende wijzen. waarop de rechtsorde een noodrecht kan erkennen: *a.* door stilzwijgen; *b.* door de gevolgen af te snijden van een in naam van den noodstand gepleegd onrecht; *c.* door uitdrukkelijke erkenning; *d.* door toevoeging van den plicht der wederpartij om zich daartegen niet te verzetten. Desniettemin erkent schrijver noode, dat verdragen en gemeene afspraken, door de Duitsche wetenschap Vereenbaringen genoemd, geen opheldering geven over het rechtskarakter der rechtsovertredingen krachtens noodrecht. Daarentegen meent hij dit te mogen afleiden uit een aantal historische feiten, welke m. i. als even zooveel vergrijpen tegen het volkenrecht moeten worden gebrandmerkt (blz. 139 vlg.). Inderdaad kent schrijver hier geen anderen maatstaf om de ongeoorloofde onrechtmatige daad van eene handeling uit nooddwang te onderscheiden dan het beweerd belang van den Staat of de staten, die zich de handeling veroorloofden. Toch leidt hij daaruit niet alleen het bestaan van een positief gewoontenoodrecht af, maar kent hij daaraan als oorspronkelijk recht zelfs den voorrang toe, met verwerping van de leer van HEILBORN en anderen, die van geen sterker of zwakker rechten in het volkenrecht willen weten; immers *lex specialis derogat legi generali*: de uitzondering primeert den regel.

Logisch wordt daaruit afgeleid, dat de norm, die de noodhandeling als onrecht ziet, moet zwichten voor het sterkere recht daartegenover en de uitoefening hiervan lijdelijk moet dulden. Deze plicht der lijdelijkheid vindt zijne natuurlijke grenzen in het gelijk noodrecht van den Staat, tegen wien de noodhandeling is gericht. Schrijver eindigt hiermede zijn fraaie beschouwingen zonder in te zien, dat hij aldus belandt bij een *circulus vitiosus*, die practisch neerkomt op een altijd stroomende bron van onrecht en geweld.

Na eene nieuwe en fijne onderscheiding tusschen den Staat, tegen wien de noodhandeling is gericht, en een tweeden, uit wiens machtsfeer het gevaar ontstaat — Angriffsobject en Gefahrensubject — welke den grondslag vormt voor de stelling, dat ook een Staat, van wien geen gevaar te duchten is, het slachtoffer eener noodhandeling kan zijn — men denke wederom aan België — gaat schrijver over tot een onderzoek der voorwaarden, waarvan de uitoefening van het noodrecht afhangt. Natuurlijk wordt deze alleen gerechtvaardigd door gevaar voor de hoogste staatsgoederen of zoogenaamde levensbelangen, waarvan weder eene reeks historische feiten eenig denkbeeld moet geven (bl. 153 vlg.), zonder dat een maatstaf tot waardeering wordt aangewend of aangeduid. Vervolgens leert schrijver op het voetspoor eener nota van den Amerikaanschen Staatssecretaris WEBSTER van 1842, dat het gevaar reeds aanwezig of onmiddellijk dreigend en over-

stelpend moet zijn en bovendien langs geen anderen weg kan worden afgewend.

De principieele bezwaren van ABRIGO CAVAGLIERI en talloos velen vóór en na hem tegen een staatsnoodrecht op grond van het volslagen gemis van een objectieven maatstaf van beoordeeling van den aard en de maat van het gevaar, dus van de voorwaarden voor zijn bestaan, weet schrijver niet anders te weerleggen dan door eene herinnering aan het privaatrecht, waar ook een sterk subjectief element wordt aangetroffen, en eene erkenning aan de veel grooter bandeloosheid van den Staat als volkenrechtelijk persoon, alsof niet juist aller streven was en moest zijn ook den Staat aan de heerschappij des rechts te onderwerpen.

Op grond van het bekende „*Lege non distinguente nec nostrum est distinguere*” past schrijver hetzelfde noodrecht toe in den oorlog als in den vrede. Toch mag niet worden aangenomen, dat het bestaan van den oorlogstoestand op zichzelf zulk een noodrecht wettigt, tenzij uit de omstandigheden blijkt, dat het den tegenstander niet alleen om de overwinning en de onderwerping van den vijandelijken wil, maar veeleer om zijne volkomen vernietiging te doen is.

Wijselfijk onthoudt schrijver zich van een nader onderzoek der kenmerken van dit voornemen en zwijgt hij eveneens over de ongegrondheid van het verschil in schatting der belangen, welke bedreiging eene noodhandeling rechtvaardigt. Overigens verwerpt hij gelukkig eene Kriegsraison, tenzij krachtens uitdrukkelijke erkenning.

Aan de *représailles*, als rechtsverzaking wel te onderscheiden van de retorsie als rechtsaanwending — meer nog van noodweer in engen zin en van oorlog — kent schrijver eene zelfstandige plaats toe in de leer van de uitsluiting der wederrechtelijkheid van op zich zelf onrechtmatige handelingen. Het *représaille*recht wordt door de meeste schrijvers erkend, hetzij als bloote bevoegdheid, hetzij als volledige rechtsplicht, waaraan de wederpartij zich heeft te onderwerpen, zonder dat echter daaraan de noodige aandacht te beurt valt. Schrijver geeft de voorkeur aan de eerste opvatting en leert, dat *représailles* alleen geoorloofd zijn aan een Staat als vergelding na een vooraf door een anderen Staat jegens hem gepleegd onrecht. Overigens kent het *représaille*recht geen grenzen en behoeven de *représaille*-maatregelen geenszins evenredig te zijn aan het geleden onrecht. Aldus was de verscherpte duikbootoorlog van 1917 een *représaille*-maatregel jegens den vijand wegens geschonden oorlogsrecht, jegens onzijdigen wegens geschonden neutraliteitsrecht (blz. 188). De middelen of vormen van *représaille* zijn dientengevolge zeer verschillend en vertoonen zich somtijds in de zelfstandige figuren van het embargo en de vredesblokkade.



De rechtsgevolgen der aansprakelijkheid van den Staat zijn grootendeels afhankelijk van het subjectief oordeel van den Staat, die het onrecht onderging, voorzoover zij namelijk niet zijn opgedragen aan de uitspraak van een scheidsgerecht. Teruggave in natura of herstel in den vroegeren toestand, schadeloosstelling ook voor onstoffelijke nadeelen, genoegdoening, worden achtereenvolgens stelselmatig besproken en consequent alleen door en jegens souvereine Staten geoorloofd verklaard. Vermelding verdient nog alleen, dat volgens schrijver, ook een Staat wegens een volkenrechtsdelict strafbaar kan worden gesteld. Als voorbeeld wijst hij op de *strafbepalingen* (penalties) in dl. VII van het Vredesverdrag van Versailles, in tegenstelling tot de *vergoedingen* (reparations) in dl. VIII, waaronder de toestemming tot de terechthouding des Keizers en de uitlevering van officieren wegens schennis van het oorlogsrecht (art. 227—230).

Komen wij na dit min of meer critisch overzicht van den hoofdinhoud ten slotte tot een oordeel over het geheele werk, dan mogen de groote verdiensten daarvan niet worden miskend of onderschat. Het is de vrucht van echt Duitsche vlijt en degelijkheid. De rijke inhoud is stelselmatig verwerkt en logisch gerangschikt; het verband van den gedachtengang en de ijzeren consequentie der gevolgtrekkingen verdienen oprechte waardeering; de slotsommen, waarin schrijver de resultaten van zijn onderzoek samenvat, zijn volledig en weloverwogen op gevaar af van ingewikkeld en duister te worden. Voorts heeft schrijver eene juiste opvatting van de kenmerken en grenzen van het volkenrecht en waarschuwt hij herhaaldelijk tegen vermenging met bestanddeelen aan het privaats- of strafrecht, of wel aan het inwendig staatsrecht ontleend (o.a. blz. 3, 33, 55).

Hiertegenover staan gebreken, die meer den vorm dan den inhoud raken. De kennismaking stelt vrij hooge eischen van geduld en inspanning aan den aandachtigen lezer. De tekst, die zich onderscheidt door lange zinnen en vreemde of ongewone woorden en woordverbindingen, wordt onophoudelijk onderbroken door eindelooze tusschenzinnen en ontelbare noten, welke de gespannen aandacht afleiden. Zij vermoeien en ergeren bovendien den lezer, doordien zij hem telkens dwingen tot herhaalde raadpleging van hetgeen hij reeds niet zonder moeite had ontleed en verstaan. Inderdaad telt het boek menige bladzijde, bijna geheel door noten met kleiner letter ingenomen, die meermalen terugslaan op den tekst eener vroegere bladzijde. Het zou niet moeilijk zijn een en ander door voorbeelden te staven; doch ik acht dit onnoodig en onheusch jegens den schrijver, die blijkbaar streefde naar gedrongenheid gepaard met volledigheid. Bij een enkele der ingewikkelde en schier onvertaaltbare begripsbepalingen, die

der represaille, verontschuldigt hij zelf deze eigenaardigheid in eene noot (blz. 199).

De hoofdzak is intusschen geheel iets anders. De verdiensten van schrijvers ernstige poging om aan een verwaarloosd onderdeel van het volkenrecht de juiste plaats aan te wijzen en de noodige aandacht te verzekeren, worden in de schaduw gesteld door de gevaarlijke zucht om de ongehoorde feiten en ongeëvenaarde maatregelen gedurende den nauwelijks geëindigten wereldoorlog wetenschappelijk te rechtvaardigen door eene theorie van den noodstand in het volkenrecht te planten, welke het geheele volkenrecht op losse schroeven stelt en daaraan zoo goed als alle practische waarde ontleent. Wat baat eene zorgvuldige ontleiding van het volkenrechtelijk delict, indien het beroep op een dreigend gevaar, waarvan aard en graad nagenoeg onbepaald aan het oordeel van den betrokkene zelve worden overgelaten, hem van zijne duurste verplichtingen ontslaat en op de meest teugellooze willekeur aanspraak geeft? Wat beteekent de oogenschijnlijke afwijzing van een onbepaalde *raison de guerre*, indien men tegelijkertijd den Staat gerechtigd acht elk vermeend onrecht te vergelden door represaille-maatregelen, die elke maat overschrijden en geheel onevenredig mogen zijn aan het geleden onrecht? Schrijver ziet blijkbaar niet in, dat hij onbewust de bijl legt aan den wortel van het volkenrecht en een wapenmagazijn opent voor zijne belagers en bespotters.

Een burger van een klein maar onzijdig gebleven land, wellicht alleen dientengevolge evenmin verblind als versaagd, mag het daarom een neteligen plicht maar ook een kostbaar voorrecht achten, te waarschuwen tegen leerstellingen, die uit onzuivere kiemen ontsproten en door spitsvondigheden gevoed, de fundamenteen der rechtsorde ondermijnen, haar gezonden groei belemmeren en de hoop op de eindelijke zegepraal van het recht over geweld en willekeur voorgoed afsnijden.

J. DE LOUWER.



Mr. Dr. J. P. A. FRANÇOIS, *Duikboot en Volkenrecht*.  
— Academisch proefschrift, 375 blz., Leiden, 1919;  
's-Gravenhage, MART. NIJHOFF.

Met bijzondere belangstelling heb ik dit academisch proefschrift indertijd gelezen en onlangs voor deze bespreking herlezen, nu de loop der wereldgebeurtenissen aan de obsessie van den Duitschen duikbootoorlog gelukkig voorgoed een einde heeft gemaakt. Voor de juridieke beoordeeling van den zeeoorlog der afgelopen jaren is het geschrift van blijvende waarde, niet alleen omdat de schrijver voortdurend getrouw blijft aan zijn streven naar waarlijk wetenschappelijke objectiviteit — een goed, waaraan het der wetenschap vooral van de oorlogvoerende landen op dit gebied zoo jammerlijk heeft ontbroken —, maar ook omdat hij van alle behandelde kwesties overal de kern tracht bloot te leggen en van de oppervlakte der feiten tot hun juridischen ondergrond tracht door te dringen. Aan dit laatste streven is het te danken, dat het boek verre uitgaat boven eene eenvoudige behandeling van de rechtstreeks op de duikboot betrekking hebbende vraagstukken en gansche onderdeelen van het zeeoorlogsrecht, wellicht zelfs méér dan het eigenlijke onderzoek vordert, ook buiten rechtstreeksch verband met het nieuwe oorlogsmiddel in eene diepgaande behandeling betreft. Het zijn m. i. zelfs de beste gedeelten van den arbeid, waarin de schrijver zijne algemeene theoretische beschouwingen over deze materies, als contrabande- en blokkade-recht, visitatie- en vernielingsrecht, ten beste geeft.

In een vijftal hoofdstukken biedt de schrijver een vrijwel volledig overzicht over het optreden van de duikboot en over de verschillende rechtsvragen, menigmaal van uiterst neteligen aard, waartoe dat optreden aanleiding heeft gegeven. Na een kort verhaal over uitvinding en geleidelijke verbetering van het nieuwe vaartuig (hoofdstuk I) behandelt de schrijver afzonderlijk het gebruik ervan als wapen tegen den *vijand*, hoofdzakelijk bij de uitoefening van het eeuwenoude buitrecht ter zee (hoofdstuk II), en de aanwending van dit oorlogsvaartuig tegen *neutralen* bij de uitoefening van het even oude prijsrecht, door de oorlogvoerenden (hoofdstuk III). Daarna volgt (in hoofdstuk IV) eene behandeling van de rechtsvragen, welke de duikboot heeft doen rijzen met betrekking tot het neutraliteitsrecht in den engeren zin, waarin dit samenvalt

met de rechtsstof, welke de XIIIe Conventie van 1907 beoogt te regelen, terwijl ten slotte (in hoofdstuk V) enkele beschouwingen worden gewijd aan de handelsduikboot.

Schrijver begint in eene korte inleiding met de bestrijding van twee tegenovergestelde, „uiterste” standpunten, waarvan het eene de duikboot, evenals andere nieuwe oorlogsmiddelen, aan de regelen van het stellig recht gebonden acht, zoolang niet de oude regelen door algemeene overeenstemming der Staten gewijzigd zijn, en waarvan het andere, het Deutsche, haar aan geenerlei volkenrechtelijke beperkingen onderworpen acht, omdat van rechtsverplichtingen en rechtsschendingen geen sprake kan zijn dáár, waar zich nog in het geheel geen recht heeft kunnen ontwikkelen. „Beide (standpunten) lijden aan dezelfde fout: dat zij buiten de geformuleerde positieve rechtsregelen een volkenrechtelijk vacuum aannemen” (blz. 3); en daarom kan „het rechtsregime der duikboot, niet slechts voor de toekomst maar ook voor het heden, slechts gevonden worden door, rekening houdende met het speciale karakter van dit oorlogsmiddel, erop toe te passen de beginselen welke aan de normen, voor de overige vaartuigen gesteld, ten grondslag liggen” (blz. 4).

Over de onaannemelijkheid van het tweede, het Deutsche, standpunt (dat echter ook in Duitschland gelukkig volstrekt niet algemeen aanvaard werd) zijn de schrijver van het proefschrift en de steller dezer regelen het volmaakt eens; minder gemakkelijk schijnt het, over het eerste standpunt tot overeenstemming te geraken. Gedeeltelijk is dit meeningsverschil een verschil over woorden; gedeeltelijk echter grijpt het dieper en raakt het de grondopvattingen, over het wezen van het internationaal recht niet alleen, maar over dat van alle recht. Dat hier inderdaad gedeeltelijk van een verschil over woorden sprake is, volgt wel hieruit, dat de steller dezer regelen, die met den Duitscher REHM als representant van de eerste richting wordt aangevoerd, niettemin de stelling van Mr. F. — het tusschenstandpunt formuleerende — onder zekere voorwaarden volkomen kan onderschrijven. Welke jurist, die het met de taak der rechtswetenschap ernstig neemt, zal bij de geformuleerde regelen blijven staan en *niet* trachten door te dringen tot de beginselen, die daaraan ten grondslag liggen? En welke jurist zal met het speciale karakter van oorlogsmiddelen niet evenzeer rekening willen houden als met het speciale karakter van bepaalde privaatrechtelijke overeenkomsten of staatsrechtelijke instellingen? De strijd, door den schrijver in zijne inleiding aangebonden, schijnt mij daarom ten deele een spiegelgevecht, althans eene voorloopige schermutseling, waarvan de ernst eerst kan bevestigd worden, wanneer men het verder verloop nauwlettend gadeslaat. Eerst dan blijkt, dat het meeningsverschil andere



zwaartepunten heeft dan uit de vooropgezette formuleringen af te leiden valt en dat reeds de eerste termen en begrippen, waarmede geopereerd wordt, als „volkenrechtelijke vacua”, „positieve rechtsregelen” en „(rechts)beginselen”, andere beteekenis en inhoud hebben, al naar gelang van het theoretisch standpunt van den onderzoeker.

Evenals alle recht, is ook het Volkenrecht product van eene lange historische ontwikkeling, welke hare afsluiting nog niet heeft gevonden en, zoolang er menschenlijke en internationale verhoudingen te regelen zullen zijn, ook nimmer zal vinden. Van de vergankelijkheid van zijn inhoud getuigt wellicht geen tijdvak der geschiedenis sterker dan het heden: onder de drijfkracht van machten, waarvan de menschheid zich slechts ten deele bewust wordt, vervormt zich het recht met de vervorming van de maatschappij, waarvan het neerslag en norm is beide. Telkens weder, en ook nu, modelleeren de staten in nieuwe gewoonten en nieuwe verdragen de ruwe grondstof der rechtsopvattingen om die vast te leggen in duurzame vormen, maar niet alleen ons, toeschouwers, doch ook den grooten in de wereldpolitiek moet het daarbij wel te moede zijn, gelijk aan HORATIUS bij het peinzen over den voorbijvlietenden stroom: „at ille labitur ac labetur in omne volubilis aevum”.

Het volkenrecht is dus een historisch verschijnsel, aan ononderbroken vervorming onderhevig, dat wij hebben te aanvaarden als een objectief gegeven, met al zijn onvolkomenheden, zijn leemten, zijn op vele punten nog zoo laag gerechtigheidsgehalte. Tegenover dit gegeven heeft de rechtswetenschap hare, altijd tweeledige, taak. Aan den éénen kant: zoo nauwkeurig mogelijk vaststellen, welke regelen den stelligen rechtsinhoud uitmaken; den regel blootleggen daar waar schijnbaar eene leemte bestaat, maar ook: de leemte aanwijzen daar waar géén regel bestaat; aantoonen, welke overwegingen van utiliteit, welke ethische gedachten, welke politieke tendenzen aan deze stellige regelen-complexen feitelijk ten grondslag liggen, dus: de historisch geworden regels uiteenleggen in hunne grondgedachten en motieven. — Aan den anderen kant: die grondgedachten en motieven zelve naar alle zijden toetsen op hun gehalte aan rechtvaardigheid en doelmatigheid; het gebrekkige van den bestaanden grondslag aangeven, nieuwe zuiverder grondgedachten formuleeren en de consequenties daarvan trekken voor eene verbetering van de erkende stellige regelen, dus: strijden voor de totstandkoming „eines richtigeren Rechtes”.

Met deze beschouwing van het volkenrecht als een naar tijd, en in beperkter mate ook naar plaats, verschillend maatschappelijk verschijnsel en met de daarop gegronde opvatting van de taak der volkenrechtswetenschap zijn — ik weet

het — nog lang niet allen het eens. Op *principieel* tegenovergesteld standpunt plaatste zich o.a. J. KOHLER in zijn, in het voorjaar van 1918 verschenen, nieuwe werk over „die Grundlagen des Völkerrechts”, een boek, ook door Mr. F. aangehaald en scherp, doch volkomen terecht, veroordeeld als „monument van aan razernij grenzend Duitsch chauvinisme” (blz. 210). Deze schrijver formuleert thans, na eene schijnbaar definitieve verwerping van het standpunt van het natuurrecht door de volkenrechtswetenschap, opnieuw zijn credo in een modern natuurrecht, gedoopt met den echt-Duitschen naam „Kulturrecht”: „Aus (dem) Intellektualismus der Hegelschen Lehre ergibt sich von selbst der Satz, dass es ein Naturrecht geben müsse, aber allerdings nicht ein Naturrecht für alle Zeiten, sondern ein Naturrecht nach Massgabe der modernen Kultur”. En met dit „moderne natuurrecht” is het KOHLER volle ernst: dit recht is niet slechts een complex van hoogste beginselen, waarnaar het stellig recht zich heeft te richten, of de rechtswijsgeerige ondergrond ervan; neen, het is het eenige ware volkenrecht, dat er zijn kan: „Es fragt sich, ob das Naturrecht sich in die Praxis zu versetzen und so ausgeprägte Rechtssätze zu geben vermag, dass sie den Erfordernissen des Kulturlebens genügen können, oder ob dieses Naturrecht sich nicht auf gewisse Präliminarien beschränken muss, aus denen heraus die praktische Gestaltungskraft des bildenden Geistes erst ein brauchbares Recht zu schaffen vermag... Auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechtes ist das Naturrecht nicht in der Lage, sämtliche Probleme zu lösen, weil das bürgerliche Leben eine solche Menge von Alternativregulierungen zulässt, die das Naturrecht zur Wahl stellt,... dass es unmöglich ist, die Sache rechtlich so zu durchdringen, dass eine rationelle Festlegung die Sache erledigt.... Anders im Völkerrecht. Das Völkerrecht schreibt in grossen Zügen, es ist ein Recht al fresco, ein Recht, bei dem Postulate und Ausführungen sich so ziemlich decken... Ein derartiges Völkerrecht müssen wir schaffen; und die Ideen hierzu sollen in diesem Werke gegeben werden” (blz. 4, 5).

Van deze dwaalleer is ook Mr. F. geen aanhanger. Naast de principieele opvatting van KOHLER treft men echter in de volkenrechtelijke literatuur nog in eindelooze variaties theorieën aan, die tot op zekere hoogte *praktisch* een zelfden weg bewandeld willen zien, in zooverre zij, ter aanvulling van ontwijfelbare leemten in het stellig recht of zelfs tegen het stellig recht in, rechtstreeks regelen willen afleiden uit zoogenaamde volkenrechtelijke beginselen en aldus de rechtsstof van het, allerminst gesloten, systeem des volkenrechts direct willen aanvullen, afronden en zelfs corrigeeren vanuit een „natuurrecht”, dat zij zeggen te verwerpen. Sommigen passen die methode bewust en op voor een ieder tastbare,



niet verholde, wijze toe; anderen volgen dezen weg minder bewust of trachten zich door theoretische verweermiddelen reeds bij voorbaat tegen critiek in de bedoelde richting te beschutten. Tot de laatste groep behoort, naar mijne overtuiging, ook de schrijver van dit proefschrift. Met alle waardeering voor de uitstekende hoedanigheden van zijn werk, voor de treffende betoogen, waarmede hij oude kwesties vaak in nieuw licht weet te stellen, en voor de scherppinnige critiek, waaraan hij oude regels en nieuwe denkbeelden onderwerpt, geloof ik toch, dat de schrijver in zijn algemeen opzet niet steeds op den rechten weg is, doordat hij de beide boven aangegeven zijden van de taak der wetenschap vaak niet voldoende uiteenhoudt, dientengevolge voor recht wil laten doorgaan, wat, hoe aannemelijk het ook moge zijn uit redelijk oogpunt, niettemin nog geen recht is, of, omgekeerd, aan stellige regelen het rechtskarakter ontzegt uit subjectieve overwegingen van billijkheid of doelmatigheid. Ik moet dit bezwaar met enkele voorbeelden toelichten.

De schrijver onderzoekt herhaaldelijk, waartoe een Staat „krachtens algemeene volkenrechtelijke beginselen” — of eene gelijkwaardige uitdrukking — bevoegd of verplicht is (vgl. o.a. blz. 57, 133, 296). Meestal doet dit onderzoek zich voor als een onderzoek van andere orde, naast en tegenover de voorafgegane behandeling van dezelfde kwestie uit andere oogpunten. Een enkele maal (blz. 57) dient de beschouwing „uit algemeen volkenrechtelijk oogpunt” uitdrukkelijk als tegenstelling tot die „van het standpunt der soevereiniteit”; wat de daarmede gepaard gaande onverwachte uitval tegen deze laatste bedoelt en welke de zin dezer „tegenstelling” is, ontgaat mij; zij is of in het geheel geen, of eene volkomen onjuiste tegenstelling, met het wezen van het volkenrecht in volstrekten strijd. Meestal echter is de tegenoverelkaarstelling van de beide beschouwingswijzen sprekender en zuiverder: eerst wordt nagegaan, hoe de gedragslijn der Staten, de inhoud der (prijs)reglementen of de internationaalrechtelijke jurisprudentie geweest zijn, ook welke meening of meeningen de auteurs toegedaan zijn, — daarna wordt gepeild naar de „rechtsbeginselen”. In dit laatste nu en in de geheele grondidee van deze tegenstelling ligt het cardinale punt. Het onderzoek naar de „algemeene volkenrechtelijke beginselen” is volkomen gerechtvaardigd, wanneer het beoogt de grondgedachten op te sporen, die in het *stellig recht* zijn neergelegd, m.a.w. wanneer het niet een tegenstelling, maar een aanvulling is van het voorafgegane onderzoek naar den inhoud en de strekking der uit de statenpraktijk afgeleide stellige regelen. Het is eveneens volkomen gerechtvaardigd, wanneer het beoogt om, *afgescheiden* van het positieve recht, de juiste principes bloot te leggen, waarnaar dat recht

behoorde hervormd te worden. Verschillende malen evenwel laten de bewoordingen in het onzekere, wat de schrijver zich ten doel stelt: nu eens schijnt in eenzelfde betoog het eerste, dan weer het tweede zijn oogmerk te zijn. Verschillende malen ook wekt de schrijver zeer sterk den indruk, dat hij geen van beide bedoelt, doch dat hij op een derde resultaat aanstuurt, n.l. uit het onderzoek naar de *juiste rechtsbeginselen* te besluiten tot een overeenkomstigen inhoud van de *stellige rechtsregelen*, — de conclusie, welke ik boven als niet-geoorloofd wraakte. En deze indruk wordt méér dan een eenvoudige indruk, wanneer men ziet, dat de schrijver in zijn betoog over de „algemeene volkenrechtelijke beginselen” komt tot de constructie van een rechtsplicht of eene bevoegdheid, welke de Staten zelven uitdrukkelijk hebben *verworpen*. Dit spreekt o.a. sterk bij de behandeling van de in de theorie zeer betwiste vraag, of neutrale Staten verplicht, zoo neen, of zij bevoegd zijn, de eenvoudige doorgang van de oorlogsschepen van belligerenten door hunne kustzee te verbieden (blz. 287 en vlg.). De schrijver begint na eene korte aanduiding van den theoretischen strijd over het rechtskarakter van het gezag over de kustzee, met achter-eenvolgens te bespreken het standpunt der mogedheden op de 2e Vredesconferentie, het gevoelen van het Institut de Droit International, de opinies der schrijvers en de praktijk der Staten. Uit wat hij daaromtrent aanvoert, is met volstrekte stelligheid te concluderen tot de *ongegronde*heid van de meening, dat de Staten eenige rechtsverplichting zouden aanvaarden of aanvaard hebben tot het *verbieden* van de bedoelde doorgang. Integendeel, art. 10 van de Zeeonzijdigheidsconventie van 1907 (n<sup>o</sup>. XIII), door ongeveer veertig Staten der wereld onderteekend, verklaart, als eenstemmig resultaat van moeilijke beraadslagingen, uitdrukkelijk: „La neutralité d'une Puissance n'est pas compromise par le simple passage dans ses eaux territoriales des navires de guerre et des prises des belligérants.” Doch nu komt onverwacht, na dit overtuigende materiaal, op blz. 296 de eenigszins verrassende vraag: „Is *krachtens algemeene volkenrechtelijke beginselen* de onzijdige Staat verplicht de „simple passage” door de territoriale wateren aan de oorlogsschepen der belligerenten te verbieden?” en deze vraag wordt bevestigend beantwoord! Welke beginselen heeft de schrijver hier op het oog: die, waardoor de Staten zich bij de handhaving hunner neutraliteit feitelijk plegen te laten leiden, of wel die, waardoor de schrijver wenschte dat zij zich in den vervolg lieten leiden?

Bedoelt de schrijver het eerste, dan staat tegenover zijne bewering de eensgezinde houding van bijkans alle beschaafde Staten; bedoelt hij het tweede, dan spreekt hij over eischen der toekomstige rechtsvorming. In de beide onderstellingen



heeft het begrip „algemeene volkenrechtelijke beginselen” een geheel verschillenden inhoud. In elk geval werkt deze term, hier evenals elders in het boek, verwarrend, vooral wanneer ook het betoog verder niet duidelijk maakt, of de schrijver argumenteert naar stellig of naar de eischen van een meer redelijk recht. Na het voorafgegaan betoog begint men te lezen in de begrijpelijke veronderstelling, dat de schrijver verder afstapt van den huidige ontwikkelingstoestand van het stellig volkenrecht en zijn oog op eene gewenschte toekomst richt. Maar in die veronderstelling wordt men terstond weer geschokt, wanneer men, onmiddellijk na de boven geproduceerde vraag, den schrijver hoort argumenteeren: „Door erop te wijzen, dat door zoodanig verbod (n.l. van doorvaart) het meest afdoende vijandelijkheden tusschen de belligerenten binnen dit gebied worden voorkomen en den oorlogvoerenden de grootste zekerheid wordt geboden, dat deze wateren niet tot operatiebasis van den tegenstander zullen strekken, kan niet het recht — laat staan de verplichting — tot het verbod worden gemotiveerd. Want hij, wien verplichtingen worden opgelegd, heeft nog niet de onbepaalde keuze in de middelen om het gestelde doel te bereiken; hij moet ook bij de keuze dier middelen blijven binnen de grens der hem volkenrechtelijk toekomstige bevoegdheden . . . enz.” Hoe nu? Moet het „richtige Recht” zich aan de tijdelijke geboden van het positieve recht laten gelegen liggen; staat de schrijver aan de gebrekkige stellige regelen toe, zijn juister toekomstrecht te verknoeien? Heeft hij dus toch weer het stellige recht op het oog en wil hij dus aan de statengemeenschap aantoonen, dat zij hun eigen neutraliteitsrecht verkeerd begrijpen en toepassen?

Met het betoog, dat de schrijver verder laat volgen, zal hij dan — vrees ik — bij die Staten weinig kracht van overtuiging ontwikkelen. De parallel met het verbod van doortocht van troepen te land gaat, bij de volstreckte verscheidenheid van de verhoudingen in land- en zeeoorlog, in het geheel niet op, en bovendien: heeft niet juist deze oorlog het eigenaardig geval te zien gegeven van een, door de oorlogvoerenden ten slotte niet gewraakten, hoewel m.i. uit rechtsoogpunt uiterst bedenkelijken, „passage inoffensief” van oorlogvoerende, i.c. de uit België terugtrekkende Duitsche troepen, door neutraal Limburg? Verder is het beroep op het feit, dat bij niet-uitvaardiging van een doorvaartverbod speciaal Nederland een gevaarlijken verbindingsweg zou hebben geopend voor de vaart van Duitsche oorlogsbodems langs de Nederlandsche naar de Vlaamsche kust, allerminst geschikt om een *algemeene verplichting* der Staten tot het verbieden van de doorvaart op te gronden. Integendeel, dat beroep pleit m. i. veel sterker vóór de juistheid van de, naar stellig recht alléén aan-

nemelijke leer, dat de Staten *niet* verplicht, maar met het oog op allerlei internationale complicaties en op de behoeften van eigen defensie ongetwijfeld wel *bevoegd* zijn hun „territoire te sluiten”. Daaraan verandert m. i. ook het beroep op het in zijn algemeenheid onaannemelijke dogma van de onveranderlijkheid van een in een oorlog eenmaal aanvaard neutraliteitsrégime niets.

Het verschil in methodologisch standpunt wordt verder helder belicht door eene vergelijking van de mogelijke opvattingen met betrekking tot het al of niet bestaan van een stelligen rechtsregel, die het vernielen van neutrale prijzen zou toelaten, — een andere brandende kwestie van zeeoorlogsrecht (blz. 114 en vlg.; 214).

Zooals men weet, heeft de Nederlandsche Regeering, van het eerste geval van vernietiging van een Nederlandsch schip af, tegen dit optreden geprotesteerd, omdat daarin een schending van het stellig volkenrecht gelegen zou zijn. Mr. F. acht deze Nederlandsche stelling onjuist. Om dit aannemelijk te maken, neemt de schrijver zijn aanloop in een onderzoek naar den rechtsgrond van het contrabanderecht, dat — historisch aanwijsbaar — op twee gedachten hinkt, n.l. eenerzijds op de gedachte, dat het vervoer van contrabande naar den vijand een delict is, dat straf verdient, en anderzijds op de gedachte, dat het niet meer dan eene riskante daad is, waartegen de in zijn belangen benadeelde belligerent bevoegd is repressief op te treden. De schrijver verwerpt het delicts-standpunt en redeneert dus vanuit het repressiebeginsel (vgl. de vraagstelling op blz. 115). Naar zijne boven reeds besproken methode bestrijdt schrijver vervolgens eerst de zienswijze, dat de vernietiging van neutrale schepen een schending is van het positieve recht; hij acht die zienswijze nòch door de oudere prijsrechtspraak en prijsreglementen, nòch door de praktijk, nòch door de schrijvers, nòch door de ter Londensche Zeerechtconferentie door de mogendheden aangenomen houding gerechtvaardigd. Intusschen moet hij toegeven: dat de vernielingspraktijk ten aanzien van neutrale prijzen eerst uit den jongsten tijd dateert (Russisch-Japansche oorlog) en toen van meerdere zijden verzet heeft ontmoet; dat reeds tijdens den Krimoorlog de Engelsche prijsrechter deze vernieling niet zou hebben goedgekeurd; dat enkele prijsreglementen het recht niet toekenden; dat de auteurs zeer verdeeld zijn en het Institut het recht verwierp, en tenslotte, dat in Londen (1909) vier van de negen zee-mogendheden een neutrale prijs niet vernield wilden zien, n.l. Engeland, Nederland, Oostenrijk-Hongarije en Japan. Aan zijne conclusie ten aanzien van het stellig recht, dat n.l. vernietiging van neutrale prijzen daarmee niet in strijd is, voegt schrijver dan een nader betoog toe over de toelaat-



baarheid van de vernieling met het oog op „de volkenrechtelijke grondbeginselen”, in dit verband vermoedelijk identiek met het „richtige Recht”.

Wanneer ik mijn gevoelen tegenover de conclusies van den schrijver mag stellen — evenals de Engelsch-Amerikaansche en de overige continentale auteurs, zijn ook de weinige Nederlandsche schrijvers over deze strijdvrage verdeeld —, dan zou de redeneering als volgt zijn.

Reeds de algemeen als stellig recht erkende regelen van het contrabanderecht hinken ontwijfelbaar en met volle bewustheid der Staten op twee gedachten, die ieder hare betrekkelijke rechtswaarde hebben; onder die omstandigheden is het gevaarlijk en niet logisch, eene strijdvrage uit dit rechtsgebied uitsluitend uit één dier beide grondgedachten te willen oplossen. De statenpraktijk bewijst onomstootelijk, dat een algemeen erkend gewoonterecht op het punt van vernieling van neutrale prijzen niet tot ontwikkeling is gekomen: zelfs in het einde van de 19de eeuw kwam vernietiging feitelijk nog niet voor en toen de belligerenten er voor het eerst toe overgingen, teekenden enkele Staten terstond in stelligen vorm verzet aan. Wat men dus alleen kan zeggen, is dit, dat zich een praktijk aan het ontwikkelen is en dat tusschen diegene onder de Staten, welke die praktijk gevolgd of erin berust hebben, de regel, die bij uitzondering vernieling toelaat, een bindende gewoonterechtsregel is geworden. Overigens dient aan dien regel bindende kracht nog immer te worden onzeggd. Wij zouden hier kunnen spreken van een volkenrechtelijk vacuum, in dezen zin n.l., dat op dit punt nog géén *algemeene*, alle Staten gelijkelijk bindende rechtsregel tot ontwikkeling is gekomen, — niet in dien zin, dat er ook tusschen bepaalde Staten geen stellig recht zou bestaan. Dat stellig recht is er wel, doch het moet erkend worden in den, voor het volkenrecht zeer gebruikelijken verschijningsvorm van naast elkaar gelegen afwijkende partieele gewoonterechtskringen, waarvan de eene, de oudere, den vernietigingsregel *niet*, doch de andere, de jongere, dien *wel* erkent. M. a. w.: zou Engeland in een oorlog bijv. met Japan een Nederlandsche prijs vernielen, dan zou dit ontwijfelbaar onrecht zijn, omdat Engeland en Nederland beiden het vernielingsrecht verwerpen; ging daarentegen Frankrijk in een oorlog, bijv. met Duitschland, over tot vernietiging van een Russische prijs, dan zou die daad even ontwijfelbaar rechtmatig zijn, omdat Frankrijk en Rusland beiden het recht tot vernietiging van neutrale prijzen erkennen; dat in de gestelde gevallen de wederpartij van den vernielenden belligerent dezelfde opvatting is toegedaan, heeft voor de kwestie m. i. geen beteekenis, omdat het hier gaat om eene rechtsverhouding tusschen den prijsmakenden en den neutralen

Staat. Wordt ten slotte, bij botsing tusschen de beide kringen, een schip onder de vlag van een Staat van den eersten gewoonterechtskring, bijv. Nederland, vernield door een oorlogschip onder de vlag van een Staat, behoorende tot den tweeden kring, dan is deze daad wederom onrecht, omdat de laatstbedoelde Staat zich tegenover den eerstbedoelden nog niet kan beroepen op den jongeren regel van gewoonterecht, dien hijzelf wel, doch de wederpartij nog niet heeft aanvaard. Daarom, en trouwens om vele andere redenen, was m. i. de vernieling bijv. van de *Medea* door een Duitsche duikboot inderdaad onrechtmatig. Op deze wijze alleen geeft men, naar mijne overtuiging, het stellig volkenrecht juist weer: het is niet over de geheele wereld gelijk en gelijkvormig; wie hier nivelleeren wil, vervalscht het beeld. Wat ten opzichte van het tractatenrecht door geen auteur zal worden ontkend, n.l. dat daar eene eindelooze verscheidenheid van recht bestaat, moet op denzelfden grond ook voor het gewoonterecht worden aangenomen. Deze onvolkomenheid van het volkenrecht zou eerst dan opgeheven worden, indien de Staten hetzij rechtstreeks hunne verhoudingen eenvormig regelden, hetzij de beslissing van alle dubieuze rechtsvragen vrijwillig opdroegen aan een internationaal hof, dat naar eigen inzicht den meest rechtvaardigen of meest redelijken regel met bindend gezag aan de Staten kon opleggen, zooals in 1907 tevergeefs beproefd is met betrekking tot de internationale prijsrechtspraak en zooals thans opnieuw zal beproefd worden met het permanente hof van internationale justitie. In dit laatste geval zou het internationale tribunaal op analoge wijze aan den geleidelijken uitbouw van een vast volkeren-gewoonterecht gaan medewerken als de nationale rechters gedaan hebben in de eeuwen, toen het recht nog niet opgeteekend was, en zooals de common law onder de hand der Angelsaksische rechters nog dagelijks verder bewerkt wordt. Tot zoolang zal men in den onvoldragen staat van het internationale recht als in een niet weg te theoretiseeren feit moeten berusten en, om der wille van de waarheid van het beeld, zich van fantasieën over een algemeen volkenrecht hebben te onthouden.

Dit sluit echter niet uit, dat wie aldus het internationaal recht beschouwt, niettemin denzelfden moeilijken weg moet bewandelen als de schrijver van dit proefschrift; ook hij zal de redelijkheid van de onderling afwijkende gewoonte- en geschreven rechtsregelen moeten onderzoeken, tusschen die alle telkens eene keuze moeten doen of — praktischer wellicht — een aannemelijk compromis moeten zoeken en aldus den weg moeten banen voor de toekomstige rechtsontwikkeling. Doch deze resultaten van onderzoek als recht voor te stellen, zou zelfbedrog zijn.



En bij dat onderzoek zij men vooral niet al te logisch. De starre begrippendienst der Duitsche wetenschap is in het volkenrecht al even ondeugdelijk als de eindeloze casuïstiek der Engelsche rechtspraktijk. Beide hebben in dezen oorlog tot de meest ongerijmde conclusies geleid en de neutralen aan de grofste willekeur overgeleverd; voor het resultaat is het daarbij vrij onverschillig, of men uit het „begrip” van de vrijheid der zee met zekeren Duitscher concludeert tot de onbeperkte vrijheid der oorlogvoerenden tot het strooien van de doodverspreidende mijnen, of wel met de Engelsche prijs-hoven in elk nieuw geval weer nieuwe aanleiding vindt om voor dat geval op den geldenden regel inbreuk te maken en aldus steeds verder langs het hellende vlak van de willekeur af te glijden. De schrijver bewandelt m. i. hier over het algemeen den gulden middenweg: terwijl hij vasthoudt aan algemeene grondgedachten, waarschuwt hij bijv. tegelijkertijd, op blz. 103 en 104, terecht tegen de neiging van velen om de neutraliteitsregelen van het stellig volkenrecht uit een vooropgesteld „neutraliteitsbegrip” te willen verklaren, in plaats van, met HOLD VON FERNECK, de neutraliteit eenvoudig op te vatten als „eine Abstraktion aus den tatsächlich geltenden geschichtlich entwickelten Rechten und Pflichten der Neutralen”. Natuurlijk zal men daarbij echter in het oog moeten houden, dat het aldus verkregen historische, niet-aprioristische, neutraliteitsbegrip zelf weder zal kunnen worden gebezigd als bron tot afleiding van nieuwe regelen door analogie.

Op de vele andere belangrijke rechtskwesties, welke de schrijver aanroert en beantwoordt, kan ik hier niet ingaan. Uit het groote aantal, waarbij de schrijver m. i. tot het eenig juiste antwoord komt, wil ik echter, om het belang der zaak, nog de volgende vermelden. Terecht handhaaft de schrijver voor het stellig recht de ook door onze regeering als ontwijfelbaar aangenomen bevoegdheid van handelsvaartuigen om zich tegen prijsmaking door vijandelijke oorlogsschepen te verweren (blz. 40) en het daaruit voortvloeiende recht tot bewapening. Terecht ook bestrijdt de schrijver de bewering, dat op neutrale Staten de *rechtsplicht* zou rusten om bewapende koopvaarders op denzelfden voet te behandelen als oorlogsschepen en dus eventueel uit hunne territoriale wateren te weren; de Nederlandscheregeering heeft dit standpunt aanvankelijk ingenomen, maar is daarvan te juister tijd teruggekomen door eene gelukkige zwenking naar de stelling, dat neutrale Staten *bevoegd* zijn aan bewapende handelsschepen den toegang te ontzeggen (blz. 48 v.; 53 v.). Dat de schrijver de Duitsche „Tauchbootspërre”, de befaamde instelling van eene vernietigingszône, „volslagen onrechtmatig” acht (blz. 212 v.), spreekt voor iederen onbevooroordeelden

beschouwer vanzelf: „tot het verlichte standpunt van KOHLER: „Die Behauptung, dass die Tauchbootsperrre mit ihren Folgen völkerrechtswidrig sei, ist eine Wilsonsche Lächerlichkeit“ schijnt het volkenrecht voorloopig nog niet toe!” (blz. 264). Daartoe zal het gelukkig ook nooit meer komen.

Dat zoowel de dogmatische grondgedachten van den schrijver, als het uiterst onzekere van den stelligen rechtsinhoud hem ook tot vele conclusies hebben geleid, waarvan de juistheid zeer betwistbaar is, kan m.i. geen verwondering wekken. Tot deze conclusies reken ik o.a. de op subjectieve redeneeringen gebaseerde, maar tegen een zeer oud ontwijfelbaar gewoonterecht ingaande bewering van den schrijver (blz. 63 v.), dat tegenover vijandelijke handelsvaartuigen geen visitatieplicht, tegenover bewapende handelsschepen zelfs geen sommatieplicht zou bestaan; ook van Duitsche zijde begint het wederrechtelijke van het nalaten van „Anhaltung und Durchsuchung” reeds meer te worden erkend. Over de vernieling van neutrale prijzen en den „passage inoffensif” van belligerente oorlogsschepen sprak ik boven reeds en zoo zouden er meerdere onderwerpen te noemen zijn.

Ik onthoud mij daarvan echter, om ten slotte nog op enkele bijzondere verdiensten van het boek van Mr. F. te wijzen.

Herhaaldelijk wordt de lezer getroffen door de daarin voorkomende scherpzinnige betoogen van principieelen aard, meerendeels met betrekking tot de vermoedelijke toekomstige ontwikkeling van het zeeoorlogs- en zeeneutraliteitsrecht, in verband met de verschillende belangen, welke bij elk bijzonder onderdeel betrokken zijn. Men sla b.v. de blz. 136 en vlg. op, om den schrijver te volgen in zijn betoog over de afweging van de belangen van oorlogvoerenden en neutralen, of blz. 308, om zijn bezwaar te vernemen tegen al te logischen opbouw van een rechtssysteem uit eenzijdige grondgedachten. Toch komt hier m.i. de schrijver wel eens met zijn eigen theorieën in strijd. Zoo waarschuwt hij op blz. 103 v. zeer terecht tegen de neiging van velen om de neutraliteitsregelen alleen door de belangen der belligerenten, ja zelfs door die van slechts één groep daarvan, te doen bepalen; desniettegenstaande stelt hij op blz. 137 v. bij de behandeling van het vernielingsvraagstuk de belangen van „de neutralen” achter — naar hij zegt — bij die van „de oorlogvoerenden”, dat is echter in werkelijkheid bij die van slechts één bepaalde groep van oorlogvoerenden, terwijl hij bovendien de belangen der „neutralen” bij niet-vernieling van neutrale scheepsruimte zóó eng opvat, dat volkomen gezwegen wordt over het, vooral in een oorlog als de juist beëindigde, toch alles overwegende belang van alle neutrale landen en de geheele wereld bij een energiek optreden tegen verdere misdadige vermindering van



de wereldtonnenmaat door het in den grond boren van de onmisbare scheepsruimte. Tegenover zulke kardinale belangen, die de schrijver stilzwijgend voorbijgaat, zinkt het belang van sommige Staten bij een, in de praktijk aan geen perken te binden, duikbootoorlogvoering weg.

Ook des schrijvers historische onderzoekingen zijn de aandacht ten volle waard, zoo o.m. waar hij den strijd aanbindt tegen enkele der vele legenden, die in de literatuur over het volkenrecht onsterfelijk dreigen te worden. Ik noem in het bijzonder Mr. F.'s uiteenzettingen omtrent Holland's houding in zake blokkade in de 16e en de 17e eeuw (blz. 173 en vlg.) en omtrent de oudere gewoonten op het stuk van uitlevering of werping van contrabande (blz. 159 en vlg.).

Het geheele proefschrift met zijn rijken inhoud geeft blijk van een volkomen meesterschap over de stof, ook over de literatuur, en van een zeer zelfstandig critisch oordeel, dat gunstig afsteekt bij de armzalige logica en de stuurlooze betoogen, waarmede wij in de oorlogsjaren zoowel van Entente, als van Centrale zijde zijn overstroemd.

*Utrecht*, 30 Juni 1920

J. H. W. VERZIJL

*Rechtsbedeeling onder de inlanders en daarmede  
gelijkgestelde personen in Ned.-Indië* door Mr. W.  
A. P. F. L. WINCKEL. — Tweede herziene uitgaaf,  
's-Gravenhage, MARTINUS NIJHOFF, 1920.

Met de aankondiging van dit werk, hetwelk op uitnemende wijze de inlandsche strafvordering voor Java en Madoera en de rechtsbedeeling van het landgerecht aldaar behandelt, kan ik met het oog op de uitsluitend indische rechtsstof in dit tijdschrift zeer kort zijn.

Volgens het „voorwoord” van het in 1913 verschenen werk van Prof. Mr. J. H. CARPENTIER ALTING „Grondslagen der rechtsbedeeling in Nederlandsch-Indië” zoude toen binnen enkele maanden het door dezen hoogleeraar bewerkte eerste deel der geheel nieuwe uitgaaf van WINCKEL's bekend werk het licht kunnen zien. Tot groote teleurstelling van velen is daarvan door onvoorziene omstandigheden niets kunnen komen. Des te aangenamer was de verrassing, toen de door den oorspronkelijken auteur overnieuw bewerkte uitgaaf van het in 1884/7 verschenen werk, aangevuld met een nieuw stuk betreffende het landgerecht, de indische rechtsliteratuur kwam verrijken.

De voortreffelijke hoedanigheden van de eerste uitgaaf, die vooral bestaan in helderheid van voorstellingswijze, duidelijkheid van uiteenzetting en eenvoud van uitdrukking, sieren ook deze tweede uitgaaf. WINCKEL's boek zal dan ook tevens met vrucht geraadpleegd kunnen worden door niet-rechtskundige bestuursambtenaren, aan wie rechtspraak is opgedragen.

Dit werk is in hoofdzaak met het oog op de practijk der rechtsbedeeling geschreven. Vandaar dat formules, bruikbaar voor de motiveering van strafvonnissen, die volgens den schrijver aan de strenge eischen der wet voldoen, daarin niet misplaatst zijn (blz. 266, 267). Door de jarenlange ervaring van den auteur, die van de laagste sport op de ambtelijke ladder der rechterlijke macht in Indië opgeklimmen is tot de hoogste, het presidentschap van het Hooggerechtshof, was de bewerking van deze stof in goede handen.

Mr. WINCKEL spaart in dezen arbeid critiek niet; met een enkel woord kan hij terloops een pakkende opmerking maken. Zoo bijv., waar hij even tusschen haakjes er op wijst, dat de



directeur van justitie slechts adviseur is der regeering „al matigt hij zich allerlei macht aan, zoodat hij zelfs gewoon is van den gelijkstandigen Proc.-Gen. bij renvooi konsideratiën en advies te vorderen, wat allerminst steunt op de bep. van het Regl. op de R. O., eenig richtsnoer te dezen!” (blz. 43).

De rijke inhoud van WINCKEL's werk geeft vanzelf den lezer hier en daar aanleiding tot critiek. Hierop wil ik te dezer plaatse niet ingaan. Maar een opmerking kan ik niet achterwege laten naar aanleiding van den titel van het hier aangekondigde boek. Deze titel lijkt mij in tweeërlei opzicht niet in overeenstemming met den inhoud. Vooreerst: het hoofdschrift beperkt de te behandelen stof tot de rechtsbedeeling onder de inlanders en de met hen gelijkgestelde personen, terwijl toch ook de rechtsbedeeling van het landgerecht, die tevens europeanen omvat, behandeld wordt. De ondertitel, de procedure van het landgerecht vermeldende, is dan ook te dien aanzien met den hoofdtitel moeilijk in overeenstemming te brengen. Ten andere: niet de rechtsbedeeling in heel Ned.-Indië, maar enkel die van Java en Madoera vindt in dit werk bespreking. Gaarne had ik verder in het opschrift in plaats van het woordje „daarmede” een andere uitdrukking gezien. Het gebruik van dit woord is in dit verband niet aan te bevelen. Het doet denken aan een uitdrukkingwijze van drie kwart eeuw terug.

Dat dit voortreffelijke werk zijn weg zal vinden, lijdt voor mij geen twijfel. Er is groote behoefte aan zulk een vertrouwden raadsman.

*Groningen*

PH. KLEINTJES

J. J. VAN GEUNS, *De terugwerkende kracht van strafwetsveranderingen. Beschouwingen naar aanleiding van art. 1, lid 2, W. v. Sr.* — Leiden 1919.

Een met verstandig inzicht geschreven proefschrift, waarin de aan de orde komende vragen eenvoudig en duidelijk worden behandeld. De schrijver wijdt zijn Eerste Hoofdstuk onder den titel „Algemeene Beschouwingen” aan het in de bepaling van art. 1, lid 2 Swb. aanvaarde beginsel, bespreekt de opvatting van hen, die aan de nieuwe strafwet steeds terugwerkende kracht willen toekennen ten aanzien van onder de vroegere begane strafbare feiten, daarna met een enkel woord de leer van de nooit-terugwerking en kiest daarna zelf partij voor de toepassing der gunstigste bepaling, echter met deze beperking, eene beperking die voor het latere gedeelte van het proefschrift van veel beteekenis blijkt, dat indien de nieuwe wet niet het aanzijn dankt aan veranderinge strafrechtsovertuiging, niet deze wet, maar de wet geldende ten tijde van het plegen van het feit wordt toegepast. Opmerking verdient, dat deze door den schrijver gemaakte beperking in onze wet niet voorkomt, wat hij trouwens later zelf erkent, en ook in de toelichting op de gestelde bepaling niet is te vinden.

Op de beschouwing over het beginsel van art. 1 lid 2 volgen enkele opmerkingen over de terugwerking ten aanzien van reeds in kracht van gewijsde gegane vonnissen — eene terugwerking in ons recht niet erkend, zoodat bij ons slechts het instituut der gratie hulp kan verschaffen — en daarna als „tusschenstuk”, eene vergelijking tusschen de tegenwoordige bepaling en die van art. 52 van de wet op den overgang. Zoodanig „tusschenstuk” is weinig fraai. De schrijver schijnt de mededeeling van hetgeen daarin is opgenomen noodig te hebben geoordeeld ter inleiding van zijn volgend hoofdstuk. Hij zou dan beter gedaan hebben het als inleiding in dit hoofdstuk eene plaats te geven. Mijns inziens zouden de bladz. 35—37 zonder bezwaar kunnen zijn weggebleven.

Het tweede hoofdstuk, door den schrijver zelf als het „interpretatieve” aangeduid, is ongetwijfeld het belangrijkste van het proefschrift. De schrijver behandelt daarin de uitlegging van het tweede lid van art. 1 en staat voornamelijk stil bij de beteekenis, welke aan de woorden „verandering in de



wetgeving" moet worden toegekend. Hij onderscheidt daarbij de formeele en de materiele opvatting en bij deze laatste weer de onbeperkt en de beperkt materiele. Naar de materiele opvatting kan ook eene verandering, die niet den tekst der strafbepaling zelf betreft, in aanmerking komen hetzij omdat men „verandering in de wetgeving" opvat in de beteekenis van verandering ook buiten de strafwetgeving zelf, hetzij omdat men ook aan die veranderingen in de wetgeving invloed toekent, die tot verandering in den inhoud der strafbepaling leiden. De beperkt materiele opvatting zou dan deze zijn, waarbij aan eene verandering buiten den tekst der strafwet slechts dan terugwerkende kracht wordt toegekend, wanneer de wetgever tot de nieuwe wet werd geleid door verandering van strafrechtsovertuiging. De onbeperkt materiele opvatting maakt deze begrenzing niet.

Uit de verdere beschouwingen van den schrijver blijkt, dat de naam „onbeperkt materieel" eigenlijk onjuist is, want de verschillende schrijvers, die deze aldus gekenmerkte opvatting zouden huldigen, hebben allen beproefd op de eene of andere wijze eene scheiding te maken tusschen gevallen, die wel als verandering van wetgeving in aanmerking moeten komen, en andere, die niet als zoodanig mogen gelden. Juist al die pogingen hebben MAYER in zijn „Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts", blz. 29, noot 22, tot de uitspraak geleid: „Im ganzen zeigt sich eine kaum zu überbietende Unsicherheit". Natuurlijk heeft dit dezen schrijver niet verhinderd zijnerzijds eene andere formule op te stellen, volgens welke slechts dan van verandering in de wetgeving mag worden gesproken, wanneer daardoor eene andere beteekenis wordt toegekend aan een „Merkmal der abstrakten Strafbestimmung", niet wanneer slechts „eine relevante Eigenschaft des konkreten Vorgangs" gewijzigd wordt. Deze tegenstelling wordt door den heer VAN GEUNS niet bijzonder behandeld, wel bespreekt hij de opvattingen van KOHLRAUSCH, KÄCKELL en NOYON en geeft verschillende gronden aan, waarom hij deze als minder juist en minder doeltreffend aanmerkt. Zijn eigen uitlegging van den term „verandering in de wetgeving" is in overeenstemming met de reeds boven medegedeelde meening, dat alleen bij verandering van rechtsovertuiging van den wetgever, zich uitende in aantasting van het strafwaardig karakter van het gepleegde feit, aan verandering van wetgeving mag worden gedacht doch dat, zoodra van zoodanige aantasting blijkt, ook wijziging in andere bepalingen dan in de eigenlijke strafbepaling in aanmerking mag komen.

Bij de toelichting van die opvatting bestrijdt de schrijver nader de door hem als de formeele aangeduide meening, welke alleen waarde wil toekennen aan verandering in de

strafwetgeving zelf. Mijnerzijds ben ik niet overtuigd van de onjuistheid van die meening en wel vooral daarom, omdat aanvaardt men haar niet, men verplicht is zijn toevlucht te nemen tot onderscheidingen, die weinig houvast geven en die, naar de schrijver op blz. 44 zelf erkent, toch eigenlijk, waar de wet zelf geen restrictie maakt, wettelijken grondslag missen. Dit is, naar ik reeds opmerkte, met het door den heer VAN GEUNS zelf gestelde criterium evenzeer het geval. Bovendien ook dit criterium geeft al even weinig zekerheid als de andere, waarin de verschillende door den heer VAN GEUNS bestreden schrijvers de beperking hebben gezocht. Ook dit wordt eigenlijk door den heer VAN GEUNS zelf toegegeven, als hij er op wijst hoe in sommige gevallen groote meening-strijd heerscht over de vraag, of aan verandering eener „niet-strafwet” ten grondslag ligt een veranderde strafrechtsovertuiging. Als voorbeeld behandelt de schrijver de verplaatsing van de meerderjarigheidsgrens in verband met art. 250 Swb. Hij zelf wil hierbij wel eene veranderde strafrechtsovertuiging aannemen en betoogt, dat nu de wetgever in dat artikel niet een bepaalde leeftijdsgrens heeft genoemd, doch den term „minderjarige” gebruikt, hij zich bij voorbaat bij de beoordeeling van de meerderjarigheidsvraag door den burgerlijken wetgever heeft neergelegd. Deze laatste opmerking is op zichzelf juist doch volgt daaruit nu, dat van eene andere strafrechtelijke overtuiging van den wetgever mag worden gesproken? Bij de wijziging van art. 385 B. W. werd in de allereerste plaats de aandacht gevestigd op verschillende voordeelen, welke aan de verplaatsing van de meerderjarigheidsgrens zouden zijn verbonden (DE VRIES en VAN TRICHT, I, blz. 59 en blz. 66) en slechts in de tweede plaats betoogd, dat die verlaging zonder bedenking kon worden aanvaard, omdat jongelieden van 21 jaar zonder bezwaar als volwassenen zouden kunnen worden beschouwd. Van eene overtuiging, dat de door art. 250 ook aan personen tusschen 21 en 23 jaar gegeven bescherming niet meer vereischt werd, was niets te bespeuren. Door het in art. 250 gelegde verband met de minderjarigheid zou met de wijziging van art. 385 B. W. vanzelf de toepasselijkheid van de strafbepaling verandering ondergaan, doch men neemt bij den wetgever een bij hem niet bestaan hebbend, een althans niet tot zijn bewustzijn gekomen inzicht aan, door hier van verandering in de strafrechtsovertuiging, van aantasting van het strafwaardig karakter van het tot dusver strafbaar gestelde feit te spreken. Om zijn doel te bereiken moet de schrijver met eene hypothese werken, waaraan de werkelijkheid vreemd is.

Na de hier kortelijk behandelde algemeene beschouwingen van den schrijver bespreekt hij verschillende bij de recht-



spraak besliste gevallen en staat daarna nog even stil bij de quaestie, of in het niet meer gelden van een voor een vooraf bepaalden tijd vastgestelde wet verandering van wetgeving mag worden gezien. De daarbij door hem verdedigde meening, welke ook mij de juiste voorkomt, is dat wanneer de wetgever met het oog op bijzondere omstandigheden wettelijke voorzieningen heeft getroffen van tijdelijken aard, handelingen tijdens het gelden van de wetgeving gepleegd, ook na hare opheffing strafbaar blijven. Het kan natuurlijk zijn, dat in de niet-handhaving van de wet na verloop van den vooraf bepaalden tijd de bedoeling van den wetgever uitgesproken ligt, dat de vroeger strafbaar gestelde feiten hun strafwaardig karakter verloren hebben. In dat geval kan van een straffen terzake van die feiten geen sprake meer zijn. Het ligt voor de hand, dat ook de heer VAN GEUNS eene dergelijke conclusie als de juiste erkent. Zij is geheel in overeenstemming met het door hem verdedigde beginsel. Met dit beginsel mag m.i. in dit geval worden gerekend, omdat slechts op die wijze bij het vervallen van tijdelijke strafbepalingen eene juiste oplossing van de te beslissen vraag kan worden verkregen. Bij de meer algemeene vraag omtrent het al dan niet in rekening brengen van niet-strafwettelijke wijzigingen bestaat aan dit hulpmiddel geen behoefte.

De laatste afdeelingen van het proefschrift zijn gewijd aan de „Tusschenwet”, aan de beteekenis van „de gunstigste bepalingen”, aan de werking van de bepaling bij de behandeling in hogere instantiën. Vooral bij de vraag wat onder de gunstigste bepalingen moet worden verstaan, heeft de schrijver zich zeer beperkt; hij verwijst daaromtrent, wat betreft meer bijzondere vragen, naar de geschriften van anderen. Met betrekking tot het in de laatste plaats behandelde veroorloof ik mij ten slotte nog eene enkele opmerking. In overeenstemming met de meest gangbare opinie wil de schrijver bij de cassatie aan de latere wet geen invloed toekennen en wel omdat er van schending der wet geen sprake kan zijn, indien de rechter de eenige wet, die hij kan toepassen, heeft toegepast. Is dit argument echter wel iets meer dan eene *petitio principii*? Indien tijdens de behandeling in cassatie de nieuwe wet van toepassing is, moet de uitspraak aan de nieuwe wet getoetst worden en vernietigd worden, wanneer zij met die wet in strijd is. Of de rechter al dan niet met die wet heeft kunnen rekening houden is daarbij onverschillig. Er wordt niet gecasseerd omdat de rechter de wet *geschonden heeft*, doch omdat door de uitspraak de wet *geschonden is*. Het onderscheid schijnt specieus doch heeft toch werkelijk goeden zin.

Utrecht, November 1920.

D. SIMONS.

*Inleiding tot de Rechtswetenschap* door Mr. J.  
VAN KAN, hoogleeraar te Leiden. — Haarlem,  
de Erven F. BOHN, 1920.

Bovenvermeld werk is uitgegeven in de Volksuniversiteits-Bibliotheek en wanneer men op den omslag de blijkbaar van den uitgever afkomstige mededeeling leest, dat de daarin verschijnende werken zijn „populair in den goeden zin van het woord” en „door haar oriënteerend karakter voor studeerenden onmisbaar” dan waagt men niet zonder schroom om het aan te kondigen. En dit te eer, wanneer men den titel leest.

Immers men vermoedt, dat met de inleiding tot de rechtswetenschap bedoeld is een handboek van rechtsencyclopaedie en zoo ooit het geven van een goeden, werkelijk wetenschappelijke arbeid niet gemakkelijk is, dan is het in deze materie. In een kort bestek, want uitvoerig mag men niet zijn, moet zeer veel worden besproken, tal van grondbeginselen der verschillende onderdeelen der rechtsgeleerdheid moeten worden aangevoerd, het meest gewichtige mag niet ter zijde worden gelaten, op tal van punten waar volstrekt geen *communis opinio* bestaat moet — want dit eischt de lezer — partij worden gekozen, en al mag, ja moet, men natuurlijk aanstippen, dat wat als juist geleerd wordt daarom nog niet door een ieder als juist wordt erkend, voor een onpartijdig uiteenzetten der verschillende zienswijzen om die dan objectief te beoordeelen ontbreekt weder tijd en ruimte. En toch moet wetenschappelijke arbeid worden geleverd en mag geen werk worden gegeven in het genre der handleidingen voor staatsrecht of economie op Hoogere Burgerscholen in gebruik, die hoe uitbundig ook dikwerf in paedagogische bladen geprezen een echt wetenschappelijk karakter maar al te zeer plagen te ontberen. De taak is zóó moeilijk, dat het alleszins begrijpelijk is, dat ofschoon sedert tal van jaren rechtsencyclopaedie aan onze universiteiten wordt gedoceerd een goed handboek tot dusverre ontbrak.

Voorziet nu het werkje van Prof. VAN KAN in deze leemte? Indertijd heeft op het terrein der theologische wetenschap



Dr. KUYPER een werk geschreven waarin soortgelijke klippen werden ontzeild. Maar dit werk was niet alleen veel omvangrijker, het was ook geheel anders opgezet en bedoeld dan wat prof. VAN KAN ons thans heeft gegeven. Dat deze laatste in het ontgaan der vele boven aangestipte moeilijkheden zou zijn geslaagd zou ik niet durven beweren, maar niet ieder heeft de genialiteit, die de onlangs overleden geleerde bezat en die hem de Koninklijke Academie van Wetenschappen nimmer heeft kunnen vergeven. Intusschen de arbeid van den Leidschen hoogleraar heeft zonder twijfel verdiensten, al is zij meer eene encyclopaedie van het recht dan van de rechtswetenschap. Vermoedelijk opzettelijk, met het oog op de lezers die de uitgever wenschte.

In 240 vlot geschreven bladzijden worden achtereenvolgens behandeld de taak der rechtsorde, het burgerlijk recht, handelsrecht en procesrecht, strafrecht, staatsrecht, volkenrecht, internationaal privaatrecht, kerkelijk recht en andere rechtsgroepen waaraan zich dan aansluiten een drietal hoofdstukken over de herkomst der rechtsnormen, het streven der rechtsorde en het recht. Ten slotte ontvangt men eene opgave van litteratuur en een register.

Over het algemeen is de schrijver duidelijk en wanneer men soms onvolledigheid meent te kunnen constateeren, dan zal de oorzaak zeker grootendeels liggen aan gebrek aan ruimte. En waar ik wel wil bekennen, dat ik het in den vorigen jaargang van *Themis* aangekondigde werk van Mr. DUNSTÉE, die een overzicht gaf van het privaatrecht met heel wat meer genoegen heb gelezen dan de pennevrucht van Prof. VAN KAN, daar gebiedt de eerlijkheid om te erkennen, dat wat deze laatste wilde bereiken veel omvangrijker en moeilijker was. In het laatste gedeelte van het werk, waar de auteur over meer ruimte beschikkende zich meer kon geven, stijgt het wetenschappelijk peil in niet geringe mate en is wat opgemerkt wordt — men kan het er niet mede eens zijn maar dit doet niet ter zake — zeker de aandacht waard.

Het minst gelukkig lijken mij de hoofdstukken, waar het staats- en volkenrecht worden behandeld. Niet alleen vindt men hier duidelijke sporen van een jurare in verba facultatis, maar nog meer dan elders komt hier uit, dat de auteur het zich niet recht kan voorstellen, dat men op grond van eene eerlijke overtuiging het niet met hem eens is. Dit is dunkt mij een gebrek.

Jammer is het afgescheiden hiervan, dat het werkje ont sierd wordt door onnauwkeurigheden, die hadden kunnen worden vermeden.

Soms bestaan deze enkel in schijn en zijn een gevolg van schrijvers stijl. Zoo bijv. de verzekering op blz 82, dat het strafrecht streeft naar de meeste zelfbeperking. Men denkt

onwillekeurig aan de jammerklachten die de hoofdredacteur van het *Weekblad van het Recht* telkens doet hooren en die Sint Bureaucratius beantwoordt met het stoppen van een nieuw watje in zijn eerwaardige ooren. Het blijkt echter al spoedig, dat de auteur niet het strafrecht op het oog heeft, zooals het is, maar zooals het zou moeten zijn. En wanneer men zich op dit standpunt plaatst zal zelfs Sint Bureaucratius, die voor zijn onaandoenlijkheid ook wel redenen heeft het met den schrijver eens zijn.

Evenmin zal men het m. i. den auteur kunnen euvel duiden, wanneer hij na betoogd te hebben, dat soms bij uitzondering vergripen tegen de zedelijke orde als overtredingen strafbaar worden gesteld, verwijst naar de artt. 452 en 456 van het Wetboek van Strafrecht.

Slaat men die artikelen in FRUIN'S Nederlandsche wetboeken op dan stuit men op het woord „vervallen”. Maar niet ieder, ook niet ieder hoogleeraar, heeft steeds de laatste editie dezer dure uitgave die de praticus zich zuchtend aanschafft bij de hand.

Er zijn echter onnauwkeurigheden die niet door den beugel kunnen en om mij tot het historisch terrein te bepalen wijs ik op twee.

Zoo schijnt mij de mededeeling, dat het met de rechtsontwikkeling in het oostelijk deel van het voormalige imperium Romanum uit zou zijn geweest met den dood van JUSTINIANUS niet juist. Men mag de rechtsontwikkeling in het Byzantijnsche keizerrijk niet negeeren, al heeft deze op het jus Romanum dat in Midden- en Zuid-Europa gerecipieerd is geen invloed gehad. En zoo verbaast men zich wel een weinig over de mededeeling, dat Hongarije tot 1867 geen staat geweest zou zijn, doch eerst toen een staat zou zijn geworden. Daarover dachten de Hongaarsche notabelen, toen zij in 1741 MARIA THERESIA in Preszburg als „rex noster” toejuichten, anders en met recht. De periode van den Oostenrijkschen eenheidsstaat na 1848 is toch niet meer dan eene episode.

Over het algemeen trok het mijne aandacht, dat de hooggeleerde schrijver niet veel op heeft met het thans grootendeels overleden geslacht van rechtsgeleerden die van 1860—1900 den boventoon hebben gevoerd. Of daarvoor reden is? Ik betwijfel het, want al ben ik het met den auteur op tal van punten eens en zou ik van ettelijke meeningen die deze juristen hebben verdedigd, de juistheid willen betwijfelen, het is m. i. toch niet te ontkennen, dat de tweede helft der negentiende eeuw hier te lande voor de rechtswetenschap en rechtsontwikkeling een tijdvak van bloei is geweest, dat zoo spoedig niet zal terugkeeren.

De uitgever heeft er voor gezorgd, dat men bij het werk een overzicht vindt van beoordeelingen in tijdschriften en



couranten van vroeger verschenen deelen der Volksuniversiteits-Bibliotheek. Het oordeel is gunstig, de lof soms uitbundig.

Zoo fraai lijkt mij de „Inleiding tot de rechtswetenschap” niet, al is het een arbeid die vooral studenten in de rechtsgeleerdheid in het begin van hun studie van nut kan zijn.

En waar ik onlangs las, dat het werk „van geheel anderen aard dan SUYLING's boek in opzet en bewerking niet minder „meesterlijk zou zijn” daar zou ik dit oordeel niet gaarne onderschrijven. Tusschen het peil van het werk van SUYLING en van dit werkje is, naar het mij voorkomt, nog al eenig verschil.

C. S.

*Partikuliere rechtspraak* (Antwoord op een vraag  
in „Arbitrale Rechtspraak”. Verbeteringen en  
aanvullingen.)

Hoe, vraagt de Redaktie der *Arbitrale Rechtspraak* in haar no. 24, blz. 6, stelt Mr. VAN PRAAG zich het onderzoek voor van scheidslieden naar eigen bevoegdheid bij ontkenning van het bestaan eener overeenkomst met beding van arbitrage? Zij, wier uitspraak wordt ingeroepen, kunnen in dat geval immers geen bevelen geven ten behoeve der bewijslevering, die noodig mocht zijn voor het onderzoek naar hun competentie. Mijn antwoord is vrij eenvoudig. Al kunnen er wel eens gevallen voorkomen, waarin de bevoegdheidskwestie niet met afdoende zekerheid is uit te maken zonder de macht tot het toepassen van dwangmiddelen ter wille van de bewijslevering, daaruit het besluit te trekken dat het onderzoek naar de competentie van arbiters hun in het algemeen niet geoorloofd is, dus ook niet in de meerderheid der gevallen, waarin zonder bevelen als door de Redaktie bedoeld, zekerheid kan worden verkregen, is noch logisch, noch wenschelijk.

Voor het overige is zulk een besluit, beperkt tot de boven aangeduide uitzonderingsgevallen, zonder wettelijke basis evenmin noodig als aannemelijk. Komt hij wien het geschil wordt voorgelegd, tot de slotsom dat de overeenkomst niet voldoende is bewezen, dan heeft hij zich onbevoegd te verklaren. Wel kan hij daarin mistasten, en is de kans daarop grooter dan het geval zou zijn als hij een bewijslevering mocht bevelen.

En ook kan het gebeuren dat hij zich ten onrechte bevoegd acht, doordat hij in een gegeven geval ten onrechte uit de houding der partij die, door hem uitgenoodigd mede te werken tot de noodige bewijslevering, dit weigert, concludeert dat haar ontkenning der overeenkomst niet moet worden aanvaard (een conclusie die somtijds ook weer juist kan zijn). Doordat echter het oordeel der rechterlijke macht over de bevoegdheidskwestie dat van den als scheidsmann ingeroepene kan corrigeeren, is de moeilijkheid, waarop de Redaktie der *Arbitrale Rechtspraak* de aandacht vestigt, niet onoverkomelijk. En het zou niet aangaan te beweren dat het beter zou zijn, indien de rechterlijke macht alleen steeds over de bevoegdheid van den scheidsmann had te beslissen.



Bij uitzondering is dit minder omslachtig, in den regel is het andersom.

Na dus de vraag der Redaktie te hebben beantwoord, bied ik hierbij Mr. NOLÉN mijn verontschuldiging aan dat ik, zooals hij opmerkt, in *Themis* 1920, blz 325, noot 179, hem een onjuist verwijt heb gedaan. Het blijkt mij thans dat ik verkeerdelijk het woord „kan” in den vierden regel van het door Mr. N. in W. 10396 gezegde, heb opgevat als ziende op een feitelijk kunnen, terwijl ik uit hetgeen hij laat volgen had moeten opmaken dat hij „kan” heeft gebezigd in de beteekenis van „mag”.

(Geen bezwaar echter kan ik ontdekken in hetgeen de Redaktie t.a.p. ten slotte zegt over het gevolg van het stelsel, dat ik aangaande de compensatie heb verdedigd. Arbiters, zoo voert zij aan, zouden dan b.v. ook hebben te onderzoeken een tegenvordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad. Indien hier met „tegevordering” is bedoeld de schuld-vordering, dan zou ik willen vragen: wat nood? Is het bezwaar misschien dit, dat partijen aan zoo iets niet hebben gedacht, toen arbitrage werd bedongen? Maar overeenkomsten hebben wel eens meer door partijen niet voorziene gevolgen. Ook bij een compromissoir beding is dat niet te vermijden. Mocht echter met „tegevordering” zijn bedoeld een eisch in recon-ventie, dan heeft de Redaktie over het hoofd gezien dat ook in mijn stelsel arbiters zich onbevoegd moeten verklaren tot kennisneming van deze vordering, al kunnen zij, indien de houding van partij het veroorlooft, op een exceptie van schuld-vergelijking, steunend op dezelfde schuld-vordering, wèl recht doen. Het praktische verschil tusschen het eene en het andere komt het duidelijkst uit in het geval dat in reconventie een hooger bedrag wordt gevorderd dan in conventie.

Een tegenstander van het door mij omtrent de compensatie gezegde zou geneigd kunnen zijn bondgenooten te zoeken in Deutsche schrijvers op dit punt. Deze echter laten zich leiden door de bij ons ontbrekende bepaling van § 322, lid 2 der Deutsche Z. P. O., en daarom kan men voor ons recht zich op hen niet beroepen.

Nu de Redaktie der *Arbitrale Rechtspraak* mij door het stellen harer vraag heeft doen terugkomen op het vroeger behandelde onderwerp, grijp ik dit tevens aan om ten behoeve van degenen die zich er voor interesseeren de sedert verschenen jurisprudentie mede te deelen en tevens een verbetering aan te geven in het Naschrift (*Themis* 1920, blz. 335—336), waar ik mij niet ondubbelzinnig genoeg heb uitgedrukt. Op blz. 335 midden sprak ik van „De opvatting, die mogelijkheid van executie als onmisbaar vereischte stelt”. Bedoeld is de *juridieke* mogelijkheid. Zoo had ik ook in dezelfde zinsnede moeten spreken van de zienswijze dat de juridieke mogelijkheid (het

geoorloofde) van dwang behoort tot het wezen van het positieve recht. Verder staat er in den daaropvolgenden zin tweemaal „afdwingbaarheid”. Te lezen is den eersten keer: genoemde juridieke mogelijkheid van dwang, den tweeden keer: die mogelijkheid. En op blz. 336, regel 2 v. b. ware achter „die dwang” in te voegen: of de juridieke mogelijkheid daartoe. Tot deze verbeteringen in redaktie bracht mij de lektuur van J. v. KAN, *Inleiding tot de Rechtswetenschap*, 1920, blz. 6—9, op wiens daar verdedigd standpunt ik overigens ook nu mij niet kan stellen. Uit blz. 124—125, 128—129 t.a.p. kan men zien hoe het leidt tot feitelijke ontkenning der bestaanbaarheid van volkenrecht, zoolang de Staten niet een met machtsmiddelen toegerust gezag boven zich hebben. Ik blijf er bij dat zoowel deze ontkenning als de gedachte waaruit zij voortspruit, onjuist zijn, maar wil hier dat niet ontvouwen, noch de rijke volkenrechtelijke literatuur daaromtrent aanhalen.

De blz. 162—163 en 165 v. o. van het genoemde werk van v. KAN zijn te voegen bij de door mij in *Themis* 1919, blz. 431 in noot 1 geciteerde literatuur; ANEMA's nota bij het voorstel van 1920 der Staatscommissie van 1918 tot grondwetsherziening (opgenomen in *W.* 10642, blz. 1) bij noot 126, *Themis* 1920, blz. 176 v. o. Wat de sedert verschenen jurisprudentie betreft, bij noot 50 (*Themis* 1919, blz. 472) vgl. nog Hof Amsterdam, 15 Maart 1920, *W.* 10605, *N. J.* 1920, blz. 1081. Bij noot 96 (*Themis* 1920, blz. 30, al. 2) vgl. de zaak, berecht door Rb. Rotterdam, 21 Juni 1920, *W.* 10643. Bij noot 98 (t.a.p. blz. 33) vgl. het bij noot 161 te vermelden arrest Hof Amsterdam van 28 Juni 1920. Bij noot 161 (blz. 309) voeg achter „44—45”: *Anders* Hof Amsterdam, 28 Juni 1920, *W.* 10632. Bij noot 177 (blz. 323) vgl. I<sup>o</sup>. Hof Amsterdam, 15 Maart 1920 (boven vermeld) en naar aanleiding van dit arrest Red. in *Arbitrale Rechtspraak* 2 n<sup>o</sup>. 22, blz. 6, kol. 3, waarbij, zie VERSTEGE, aldaar n<sup>o</sup>. 24, blz. 6, en II<sup>o</sup>. Pres. Rb. 's-Hertogenbosch, 28 Juli 1920, *N. J.* 1920, blz. 1116.

L. VAN PRAAG

's-Gravenhage, 10 December 1920



Dr. HEINRICH LAMMASCH, *Völkermord oder Völkerbund?* — Haag, MARTINUS NIJHOFF, 1920.

Toen HEINRICH LAMMASCH den 6den Januari 1920 overleed, ontviel aan de vredesbeweging een overtuigd en vurig strijder. Een goed deel van zijn werkzaam leven heeft hij aan de verbreding en de verdieping van pacifistische ideeën gegeven. In dit boekje formuleerde hij zijn laatste gedachten omtrent de vreedzame oplossing van geschillen tusschen Staten. Tot de volken richt hij daarin den oproep om verdraagzaamheid te betrachten en in gemeen overleg tot hun gemeenschappelijk welzijn te arbeiden. Als hij aan het slot de taak bespreekt, die de naties te vervullen hebben, opdat zij niet bedrogen worden in de verwachtingen, door den Volkenbond opgewekt, bindt hij haar op het hart aan ieder het zijne te geven, de gemoederen voor den geest van verzoening te winnen, en wetenschap en opvoeding in dienst van dit hooge doel te stellen.

De menschen behooren naar Christus' gebod te leven.

Zoo sprak de Kerk reeds sinds eeuwen. En tal van pacifisten hebben, naar de mate en den aard van hun talent, gepoogd met zalving of met spot en satire de ongezeglijke stervelingen tot hun leer te bekeeren. Tot heden was het al vergeefs. Of LAMMASCH' leekepreek meer zal uitwerken? De nijpende zorg voor het dagelijksch brood gaat voor de liefde tot den naaste. En het omvangrijke apparaat, dat volgens LAMMASCH den vrede feitelijk moet verzekeren, bezit zoo weinig stevigheid, dat het bij de eerste de beste ernstige beproeving uiteen dreigt te vallen.

Niets is zeker gemakkelijker dan scheidsgerechten of verzoeningsraden in te stellen, geroepen tusschen Staten rechts- of belangenconflicten te beslechten. Een verplichting om zich van oorlogvoering te onthouden, kan in meer of minder ruimen omvang ook zeer wel aan de mogendheden worden opgelegd. De Staten kunnen eveneens gehouden worden verklaard vredebrekers met oeconomische of militaire middelen tot de orde te roepen. Dat alles doen ook inderdaad — mag het ook wezen in verre van onberispelijken vorm — het volkenbondsverdrag en de daarop berustende besluiten van de vergadering te Genève. Zoolang zij niet op de proef gesteld worden, maken dergelijke regelingen ook een lang niet slechten indruk. Maar of zij levenskracht bezitten, of zij

geëerbiedigd zullen worden, als het beslissend uur harer toepassing slaat, behoort te worden afgewacht. Haar gezag valt met het gezag van den Volkenbond. Die niet onder bepaald gelukkige omstandigheden ineengezette Staten-unie moet nog bewijzen minder aan anemie te lijden dan hare ontijdig ten grave gedaalde voorloopster, de Heilige Alliantie.

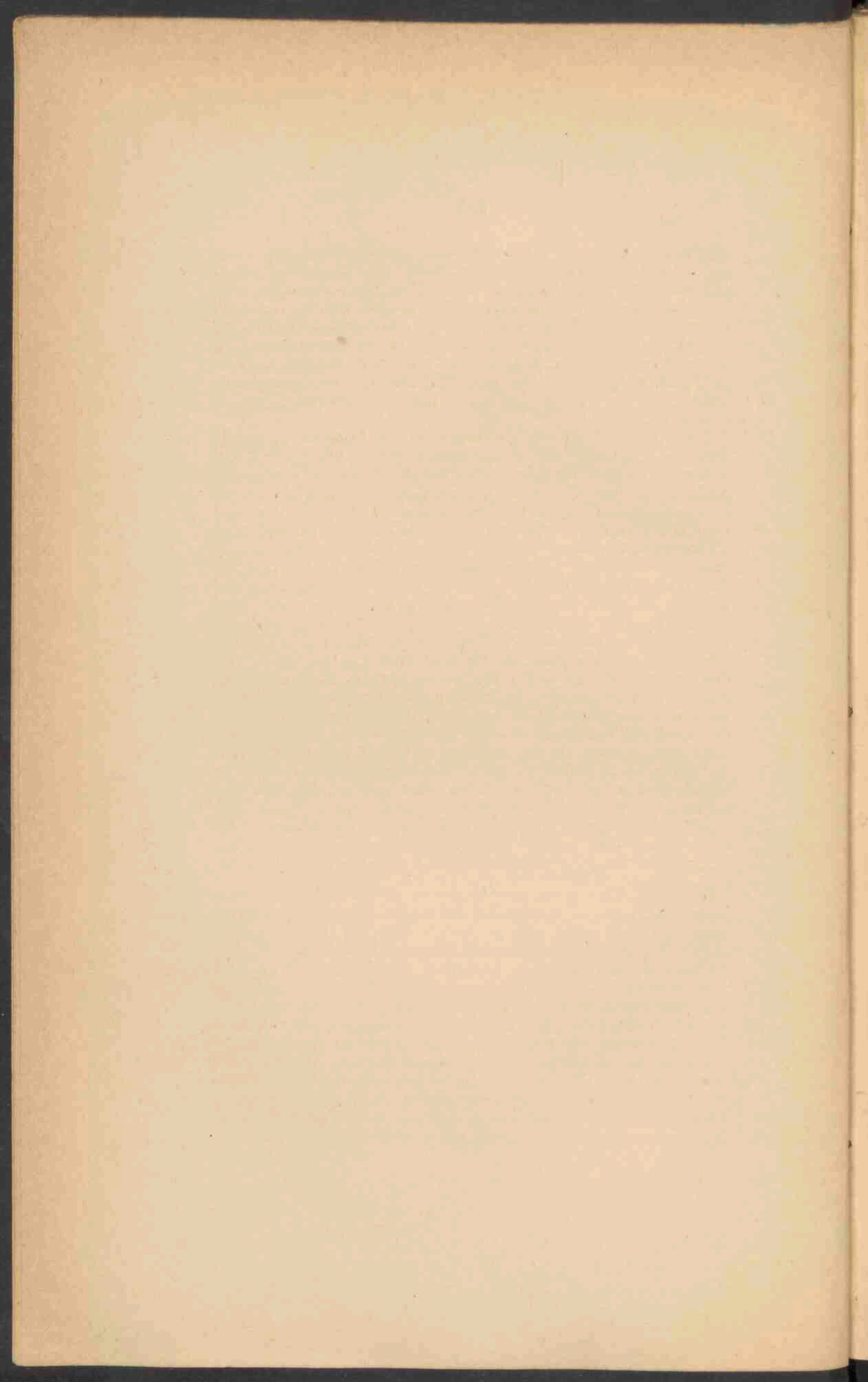
Tengevolge van de afwezigheid van de Vereenigde Staten vertoont het nieuwe verbond voorloopig nog een breuk. Zullen verder, als ook Duitschland eenmaal in de vergaderzaal is gezeteld, de leiders van de volkengemeenschap kunnen voorkomen, dat tusschen hare leden niet voor effening vatbare tegenstellingen ontstaan? Zal Zuid-Amerika zich blijven vergenoegen met de bescheiden rol die het in den Volkenbond is toebedeeld? Zullen de groote mogendheden van West-Europa den toon blijven aangeven? Zullen Duitschland en de Vereenigde Staten elkander niet te eeniger tijd over den oceaan heen de hand reiken? Zullen ook Engeland en Frankrijk zich niet van elkander verwijderen? En zullen de Vereenigde Staten en Japan inzien, dat zij elkander vroeger steeds hebben misverstaan? Zal verschil van ras ophouden een oorzaak van wrijving te zijn? Welke verrassingen bereidt de Russische sphinx ons misschien nog niet? Men doet verstandig zich van voorspellingen te onthouden. In de internationale politiek behoeft men trouwens wonderen niet voor uitgesloten te achten. Voor het oogenblik dient men zich echter naar de feiten te richten. Die zijn lang niet beoedigend.

Japan besteedt de helft van zijn budget aan militaire uitgaven. België roept in 1921 — wij zijn bescheiden met onze ruim 10.000 recruten — een lichter van meer dan honderd duizend man op. Frankrijk onderhoudt een machtig leger. Engeland getroost zich nog steeds zware uitgaven voor zijn vloot. Zelfs de Vereenigde Staten schuwen geen kostbare offers voor dit doel. De groote mogendheden maken wel aanstalten om over de beperking van de wapeningen te gaan praten. Dat stemt zeker tot blijdschap. Indien die besprekingen echter gevoerd worden in den geest, dien de *Times* voor Engeland als den heerschenden kenschetst (*N. Rott. Cour.* 27 Dec. Ochtendbl. C.), indien zij gedragen worden door de gedachte, dat „het geheele politieke en sociale systeem hetzelfde gebleven is”, zullen de betrokken machten zich wel hoeden hare militaire middelen zoo te verzwakken, dat zij in geval van nood niet langer ter afdoende beveiliging van het nationaal bestaan zouden kunnen strekken. De mogendheden van den tweeden of derden rang, die zich reeds veroorloofd hebben hare weermachten in te krimpen en daaraan de allernoodigste hulpmiddelen te onthouden, hebben in ieder geval het onzekere succes van een toekomstige ontwapenings-



conferentie al lang verdisconteerd. Daarom heeft een Staat als Nederland, wien de beperktheid van zijn grondgebied niet vergunt, na een aanval, achteraf op zijn onbezet territoir het tekort aan militaire outilleering aan te vullen, reeds bij voorraad zijn volslagen weerloosheid aanvaard. De bevolking schijnt zich in het minst niet daarover te verontrusten. In haren hartgrondigen afkeer van oorlog gevoelt zij niet de geringste neiging om de mogelijkheid van een gewapende bedreiging in den kring harer politieke overwegingen te betrekken.

Maar keeren wij tot de brochure van LAMMASCH terug! Aan de krachten, die voorshands nog de werkelijkheid beheerschen, wijdt hij nauwelijks aandacht. Gelijk zoo menig pacifist, die op zijn studeerkamer den vrede aan de wereld dicteert, vergeet hij dientengevolge zelfs de vraag, die hem voor alles interesseerde, zuiver te stellen. Völkermord oder Völkerbund? doopte hij zijn geschrift. Alsof de Staten ooit tusschen doodslag of aaneensluiting vrij te kiezen hadden. Niet omdat zij den oorlog begeeren, maar omdat zij hem niet kunnen ontgaan, storten de volken zich in de ellenden van eenen krijg. De drang tot verbetering van hare oeconomische positie, die in alle naties leeft, plaatst ze tegenover elkander. De welvaart van den een is vaak niet dan ten koste van den voorspoed van den ander te verwerven. Dan ontbrandt een strijd. Om oorlogen te kunnen voorkomen zou de Volkenbond dus een toestand in het leven dienen te roepen, waarin de bloei van een Staat nimmer op verlies voor concurrenten neer zou komen. Is hij daartoe in staat? Als de schrijver die vraag op redelijke gronden bevestigend had vermogen te beantwoorden, zou zijn brochure meer geweest zijn dan een in haar genre zeer verdienstelijke bijdrage tot de reeds ontzaglijke pacifistische propaganda-litteratuur, die in haar kruisvaart tegen den oorlog de menschheid slechts omtrent het onafwendbaar lot van enkel tot vredesdoeleinden georganiseerde Staten misleidt.





# THEMIS



## LXXXIIste deel — TWEEDE—DERDE STUK

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

### De nieuwe Diplomatieke en Consulaire Reglementen

DOOR

Mr. Dr. J. B. BREUKELMAN

In de laatste maanden van 1920 zijn nieuwe consulaire en diplomatieke reglementen in het leven geroepen, waaromtrent het wel van belang schijnt, een enkel woord in het midden te brengen.

#### I

#### Het Diplomatiek Reglement

Dit Reglement, opgenomen in *Staatsblad* n°. 796 van 1920, strekt ter vervanging van dat van 1912 (*Stbl.* n°. 239).

Ofschoon de nota van toelichting, die dit Reglement vergezelt, niet publiek is gemaakt — dit geschiedt toch alleen in hoogst zeldzame gevallen (1) — kan men uit de vergelijking van het nieuwe Reglement met het thans ingetrokkene in hoofdzaak wel nagaan, welke redenen den Minister van

(1) Het ware ook van belang te weten of de Commissie voor de diplomatieke examens over deze wijziging van het Reglement gehoord is en *hoe* haar advies luidt.

Buitenlandsche Zaken genoopt hebben een verandering in de bestaande regeling aan te brengen. Het tot nog toe bestaande was een wijziging van het Reglement, vastgesteld bij Koninklijk Besluit van 1881 (*Stbl.* n°. 153) en daaraan lag het denkbeeld ten grondslag om de toetreding tot de diplomatieke carrière aanlokkelijk te maken. Intuschen, dit denkbeeld is niet verwezenlijkt en het aantal jongelieden, dat in den diplomatieken dienst trad, is niet toenomen. Soms werd over een en ander in de Volksvertegenwoordiging van gedachten gewisseld. De laatste maal geschiedde dat bij de begrooting voor 1918, toen in het Voorloopig Verslag der Tweede Kamer over Hoofdstuk III de opmerking werd gemaakt, dat bij het examen voor den diplomatieken dienst de kennis der commercieele en economische aangelegenheden meer op den voorgrond moest treden. Men wilde een wijziging der opleiding in de richting van een algemeen wetenschappelijke ontwikkeling, waarbij zich eenige praktische diplomatieke opleiding zou behooren aan te sluiten. In zijn antwoord wees Minister LOUDON er op, dat met den gewijzigden economischen toestand ernstig rekening gehouden is bij het vaststellen der exameneischen; dit blijkt trouwens uit de vergelijking van het examenreglement van 1895 met dat van 1915 (1).

Minister LOUDON heeft geen gelegenheid meer gehad veranderingen aan te brengen, maar zijn opvolger, Jhr. VAN KARNEBEEK, heeft de zaak ter hand genomen en een nieuw Reglement het licht doen zien, dat in *Stbl.* n°. 796 van dit jaar is opgenomen.

In hoofdzaak beoogt dit nieuwe Reglement drie belangrijke wijzigingen aan te brengen.

Uitgaande van het denkbeeld, dat de diplomatieke

(1) *Staatscourant* n°. 75 van 1915.



carrière voor meer gegadigden behoort open te staan dan tot dusver het geval was, strekt vooreerst het nieuwe Reglement om voor de financieele regeling, die voor een goede recruteering van diplomatieke ambtenaren een beletsel bleek te zijn, een andere in de plaats te stellen, die door toekenning van verblijfsvergoedingen, ook voor minder bemiddelde personen dan die tot nog toe daarin waren opgenomen, het intreden in de carrière mogelijk moet maken; in de tweede plaats tot herziening van de in het Reglement vastgestelde bezoldigingen der diplomatieke ambtenaren, in verband met de algemeene verbetering van de jaarwedden van alle rijksambtenaren en in de derde plaats tot opheffing van het attachés-examen, waarvoor dan een zoogenaamd onderzoek der candidaten in de plaats komt (1). Tevens is van deze gelegenheid gebruik gemaakt om eenige andere verbeteringen in het Reglement van 1912 aan te brengen, waarvan de ondervinding de wenschelijkheid heeft aangetoond. Een [der belangrijkste is wel, dat bij de rangen in art. 2 voor de hoofden van zendingen de titels van *Minister-resident* en *zaakgelastigde* zijn weggevallen, en een splitsing gemaakt is in *Buitengewone Gezanten en Gevolmachtigde Ministers* der eerste en der tweede klasse.

Terwijl dus in het Eerste Hoofdstuk over de rangen der diplomatieke ambtenaren, hunne benoeming, bevordering, terbeschikkingstelling en ontslag wordt gehandeld, vindt men in het tweede hunne bezoldiging en verblijfsvergoeding geregeld en wel verhoogd. Zoo begint een gezantschapsattaché nu met *f* 2500, een bedrag, dat tot *f* 3500 kan gaan; een secretaris 2e klasse met *f* 4000,

(1) Dit onderzoek wordt ingevolge art. 6, overeenkomstig een door de Kroon goedgekeurd Reglement, ingesteld door een commissie van vijf leden. Voor gezantschapssecretaris 2e klasse blijft nog een bepaald examen vereischt (art. 7).

dat tot *f* 5000 kan gaan. De wedde der gezantschapssecretarissen 1e klasse bedraagt *f* 4800 tot *f* 6300; van de gezantschapsraden *f* 6000 tot *f* 7800. De hoofden van zendingen krijgen *f* 8000 tot *f* 12000. Daarnaast staan nu nog verblijfsvergoedingen, ook voor lagere ambtenaren bij de legatiën, als kanselier, welke alle voor elken post door den Minister worden bepaald. Uit de loopende begrooting blijkt dat deze tamelijk hoog kunnen zijn. Zoo krijgt de gezant te Washington *f* 50.000, en de kanselier aldaar *f* 6000; de gezant te Berlijn *f* 30.600; te Parijs *f* 34.200, te Athene *f* 16.000, te Londen *f* 40.000 (1).

Volledigheidshalve zij nog medegedeeld, dat hoofdstuk III handelt over: „Van afwezigheid en verlof”; hoofdstuk IV over: „Reiskosten en Kosten van vestiging”; hoofdstuk V: „Van het disponibiteitstractement”, en hoofdstuk VI: „Van den diplomatieken dienst”, o. a. de eedsaflegging. In het Reglement is veel aan den Minister overgelaten, wat misschien wel niet anders kan.

De vraag rijst nu in hoever van deze wijzigingen — aangenomen dat zij aanbevelenswaardig zijn — succes is te wachten. Het is zeker te hopen dat zich nu meer jongelieden voor den diplomatieken dienst zullen aanbieden, maar een andere vraag is of niet door deze maatregelen de waarborgen minder zijn geworden, dat men inderdaad geschoolde diplomaten krijgt. Wel kan toegegeven worden, dat de financieele vooruitzichten der candidaat-diplomaten verbeterd zijn, maar zijn deze *zoodanig* verbeterd, dat de candidaten thans zonder noemenswaard fortuin in de carrière kunnen treden en ons land in den vreemde vertegenwoordigen zooals behoort? De practijk zal op deze vraag een antwoord moeten geven.

(1) Vergelijkt den «Uitgewerkte en Toelichtende Staat behorende bij de raming van kosten voor het Departement van Buitenlandsche Zaken voor het dienstjaar 1921», blz. 8 en 9.



In de tweede plaats: is de opheffing van het attaché's-examen goed te keuren? De redeneering is hoogstwaarschijnlijk deze: de dienst eischt meer diplomaten dan zich beschikbaar stellen, geschikte jongelui zien tegen het examen op. Welnu, benoemen we ze dan na een bepaald *onderzoek*, geen examen. Voldoen ze niet, dan gaan ze er later toch uit.

Nu zou daartegen kunnen worden aangevoerd, dat het attaché's-examen toch altijd een waarborg is dat de candidaten die kennis bezitten, die hun in de diplomatieke carrière te pas komt. Alleen, men make het examen niet te zwaar om gegadigden af te schrikken. Alles hangt nu af van de wijze, waarop het onderzoek geregeld wordt, maar de bedoeling schijnt wel te zijn, dat de Minister de vrije hand behoudt, zoodat bijzondere overwegingen ook hier den doorslag kunnen geven.

Hier komt men nu wel van het eene uiterste in het andere.

Men denke toch niet te licht over de economische eischen, welke in het bijzonder na 1913, ook op het eerste, het attaché's-examen, van de candidaten gevorderd werden.

Op het attaché's-examen van 1914 moesten de candidaten een opstel maken over de vraag, wat uit onze handelspolitiek te leeren is ter beoordeeling van den economischen toestand van ons land, en werd mondeling gevraagd over den economischen toestand van Nederlandsch-Indië, uitvoerartikelen en eenige handelsverdragen (1). Bij het in het voorjaar van 1917 gehouden examen werd gehandeld over de textielnijverheid, de ijzer- en ertsindustrie, de looistoffen en de geschiedenis van eenige stoomvaartlijnen (Rotterdamsche Lloyd, Java—China—Japan-lijn).

(1) Vgl. *Stert.* 1914, n°. 128 (bijlage 39).

Op de secretaris-examens, dit zij nog in het voorbijgaan herinnerd, waren de eischen natuurlijk nog moeilijker. Zoo werd, om enkele voorbeelden te noemen, op het secretaris-examen van 1911 een opstel opgegeven over de ontwikkeling van de groote nijverheid, in verband met *cartels* en *trusts*, en werd de candidaat mondeling ondervraagd zoowel over en naar aanleiding van het gemaakte opstel, als over de algemeene tariefwetgeving en de suikerquaestie. In 1915 kwamen de crisis van 1873, de Deutsche tariefpolitiek, de Amerikaansche tariefwetgeving, de Indische tarieven, de Nederlandsche uitvoerverboden en de goudquaestie ter sprake.

Er is nog iets; door de thans aangebrachte wijziging bestaat de kans, dat alhoewel het Reglement geen bepaald onderscheid maakt, de gepromoveerden boven degenen die geen academisch examen hebben afgelegd, de voorkeur zullen hebben. En dit ware te betreuren. Die algemeene ontwikkeling en menschenkennis, die men beweert, dat bij de gestudeerden wordt aange troffen, is toch dikwijls een wassen neus. Hoe dikwijls gebeurt het niet, dat een „studeerende” geen colleges loopt, maar elders vertoeft dan in de akademiestad en per slot met moeite zijn examen doet. Zou zoo'n persoon staan boven iemand, die met zorg en liefde de vakken van het diplomatiek examen — dat men nu afschaft — beoefent en bestudeert zonder bij een universiteit ingeschreven te zijn en zonder academische examens te doen? De vraag stellen is haar ontkennend beantwoorden. Een oud-voorzitter van de diplomatieke examencommissie heeft steller dezès meermalen verklaard, dat bij een aantal examens de ongepromoveerden dikwijls veel beter beslagen ten ijs kwamen dan de gepromoveerden. Trouwens, de tegenwoordige Minister zal zelf moeten erkennen, dat onder de ongepromoveerde diplomaten uitstekende krachten zijn.



Hier vergunne men mij nog een opmerking. De vraag, die het hier geldt of ook diplomaten onder ongepromoveerden gerecruteerd behooren te worden, is bij de behandeling der begroting van Hoofdstuk III voor het dienstjaar 1906 ter sprake gekomen. In het Voorloopig Verslag leest men dat: „het de aandacht had getrokken, dat in den laatsten tijd onder hen die in den diplomatieken dienst zijn getreden of willen treden, velen worden gevonden, die den graad van Doctor in de Staatswetenschap niet bezitten” (1). Sommige leden betreurden dit, omdat zij niet gaarne bij onze diplomatieke ambtenaren de waarborgen voor een ontwikkeling misten, die een academische loopbaan kan bieden. Anderen echter meenden, dat voor de loopbaan praktische geschiktheid niet minder zwaar behoort te wegen, dan een doctorale titel. Daarenboven merkten deze leden (en terecht) op, dat de eischen voor de diplomatieke examens niet gering zijn, ja in zekere opzichten zwaarder dan die voor de academische examens, zoodat het bij aanstaande diplomaten, die geen academische opleiding hebben genoten, aan waarborgen voor kunde niet ontbreekt. In de practijk is trouwens wel gebleken, dat er onder de diplomaten, die geen doctoralen titel bezitten, zeer goede krachten schuilen (2).

In de M. v. A. beaamde de Minister de eerste opmerking en voegde er bij, dat hij in beginsel is voor recru-teering van diplomaten uit gepromoveerden. Hij was van oordeel, dat de omstandigheid, dat zich zoo weinig jongelui beschikbaar stellen, te wijten is aan zekeren schroom om zich aan een loopbaan te wijden, waarvoor het o.a. beslist noodig is de moderne talen,

(1) Waarom wordt hier alleen genoemd doctor in de *Staatswetenschap*? Men bedoelt blijkbaar ook *doctor in de rechtswetenschap*.

(2) Voorloopig Verslag van Hoofdstuk III, 1905—06. St. 2, blz. 11.

en inzonderheid het Fransch, correct te schrijven en uitnemend te spreken. „Voorzoover van hem afhangt”, voegde de minister er bij, „zal de ondergeteekende het aan bekwame en flinke jongelieden, die zich aan den diplomatieken dienst zouden wenschen te wijden, gaarne zoo gemakkelijk mogelijk maken om de eerste moeilijkheden te overwinnen” (1).

Bij het schriftelijk debat had de Minister dus wel van een voorkeur voor gepromoveerden blijk gegeven, al wilde hij de ongepromoveerden niet geheel uitsluiten.

Bij de openbare beraadslaging gaf echter de Minister op hem gedane vragen te kennen, dat hij er *bezwaar* tegen zou hebben een regeling te treffen, welke de diplomatieke loopbaan *uitsluitend* voor jongelieden die gestudeerd hadden, voorbeheld. „Zoodoende” zoo zeide hij o. a., „zou op een gegeven oogenblik de toevoer van nieuwe krachten al te zeer beperkt kunnen worden en zulks zou bijzonder bedenkelijk zijn, waar er, zooals thans, bepaald gebrek aan personeel zich doet gevoelen”. Hij deelde nog mede, dat hij had onderzocht of jongelieden uit den handelsstand, zoons van voornamen kooplieden te Amsterdam en te Rotterdam geneigd zouden zijn in diplomatieken dienst te treden. Sommige dezer jongelieden zouden wegens hun bekendheid met de belangen van handel, nijverheid en verkeer zeer zeker een goede aanwinst hebben kunnen zijn voor ons corps diplomatique, maar ook deze pogingen bleven zonder gunstigen uitslag.

De volgende Ministers hebben evenmin bezwaar gemaakt om ongepromoveerde candidaten tot het attachés-examen toe te laten.

---

(1) Memorie van Antwoord Hoofdstuk III, 1905—06, blz. 18.



Daarom, hoe jammer het moge zijn, dat het attaché's-examen tot het verleden behoort, het zou dubbel jammer wezen, wanneer daarvan het gevolg ware, dat voortaan de gepromoveerden *per se* den voorrang zouden hebben. Zeker, het hangt alles van den Minister af; maar wanneer men weet, dat het zelfs onder vigeur van het besluit van 1881, — hetwelk, behoudens natuurlijk de examen-eischen, evenmin onderscheid maakte tusschen gepromoveerden en ongepromoveerden — is voorgekomen, dat een Minister weigerde ongepromoveerde kandidaten examen te laten doen, omdat zij *quasi* geen algemeene ontwikkeling genoeg hadden, en dat die Minister met heel veel moeite is overreed geworden om na één jaar de vergunning toch te geven, waardoor zij *een geheel* jaar hadden verloren, dan schijnt bovenstaande vrees toch niet geheel illusoir.

Nog een andere opmerking over de examens vinde hier een plaats.

In afwijking van de consulaire examens, die in het straks te noemen bij algemeenen maatregel vastgesteld Consulair Reglement — *Stbl.* 1920 n<sup>o</sup>. 818 — zijn geregeld, vindt men dergelijke regeling, wat de diplomaten aangaat, niet in het Diplomatiek Reglement, maar in een afzonderlijk besluit, dat geen algemeene maatregel is en in de *Staatscourant* is opgenomen. Trouwens, dit is niet de eerste maal; de diplomatieke examens waren evenmin in de algemeene maatregelen van 1881 en 1912 opgenomen. Welke reden hiervoor bestaat is onbekend. Mij dunkt de regeling in het Consulaire Reglement verdient verre de voorkeur al was het alleen maar daarom, omdat daardoor het belangrijke voorschrift van de openbaarheid in een algemeenen maatregel wordt vastgelegd.

Wel komt in het na te noemen Diplomatiek Examenreglement in art. 9 de bepaling voor, dat het mondeling

examen in het openbaar wordt afgenomen — a contrario volgt daaruit, dat het schriftelijk examen *niet* in het openbaar gehouden zal worden — bij het examen voor den Consularen dienst wordt, zooals uit art. 6 van het Reglement blijkt, geen onderscheid tusschen beide gedeelten gemaakt — maar gevraagd kan worden: bestaat er niet een grooter waarborg, wanneer, zooals bij het laatstgenoemd Reglement, een dergelijke bepaling in een algemeenen maatregel is opgenomen?

Het zou zeker de voorkeur verdiend hebben om ook in het jongste Diplomatiek Reglement deze openbaarheid — en dan evenals in het Consulaire Reglement — voor te schrijven.

Nog een enkele opmerking over het genoemd Diplomatiek Examenreglement, hetwelk dat, opgenomen in *Stert.* n<sup>o</sup>. 75 van 1915, heeft vervangen.

Vooreerst rijst de vraag of niet het z.g. „onderzoek”, dat het attaché's-examen heeft vervangen, iets vollediger had kunnen zijn.

Wat toch de kandidaten betreft, die een doctoralen graad hebben verworven, deze moeten bij dat onderzoek o.a. blijk geven van *grondige kennis* der Nederlandsche en Fransche talen, *kennis* van de Engelsche en Hoogduitsche talen en van vaardigheid in het stellen in de Nederlandsche en Fransche talen. Mijn groot bezwaar is hier, dat de *diplomatieke geschiedenis* weer in de verdrukking komt, of eigenlijk wordt uitgeschakeld. De gepromoveerde in de rechts- of staatswetenschap behoeft geen bewijs te leveren *iets* van de algemeene staatkundige historie te weten, zelfs niet van de vaderlandsche geschiedenis. Dit lijkt wel wat kras, vooral wanneer men in aanmerking neemt dat in andere landen de geschiedenis, ook in dit stadium der opleiding, als een der hoofdvakken wordt beschouwd (1).

(1) In België bijv. Vgl. *Guide politique des agents politiques du Ministère des Affaires Étrangères en Belgique* par le baron GARCIA DE LA VIGA (4e editie) blz. 210.



Dat klemt te meer wanneer men in aanmerking neemt, dat de leemte zoo gevoeld werd, dat in 1915 voor het attaché's-examen de kennis der *geschiedenis verplichtend* is gesteld, zelfs voor gepromoveerden. Dit was daarom noodig geacht, omdat vroeger bij het af te leggen *secretaris-examen* — waar ook thans nog kennis der internationale geschiedenis van af 1815, vereischt wordt — te dikwijls bleek, dat de kandidaten niet op de hoogte waren van hetgeen vóór 1815 voor belangrijks was gebeurd.

Moet thans de staatkundige geschiedenis van vóór 1815 genegeerd worden? Dit is zeer te betreuren.

Hetzelfde bezwaar geldt voor de ongepromoveerden (1).

Ten tweede trekt het de aandacht, dat in art. 2, 2e lid sub c, waar gehandeld wordt over het onderzoek van de ongepromoveerde kandidaten, in één adem gesproken wordt van „de hoofdzaken van de staathuishoudkunde en van het volkenrecht”.

Hier gaat men weér op eens van het eene uiterste op het andere over; terwijl vroeger het attaché's-examen, wat de economische eischen aangaat, hoe langer hoe lastiger werd — wellicht niet ten onrechte — wordt thans bij het onderzoek het oude stelsel verlaten en gevorderd, dat de candidaat *alleen* de *hoofdzaken* van de staathuishoudkunde kent? Is het nu verstandig om — want daarop komt het waarschijnlijk neêr — de zware economische eischen voor het secretaris-examen te bewaren en zich hier tevreden te stellen met de *hoofdzaken* der staathuishoudkunde, zonder zelfs te zeggen, hoever men hierin kan gaan?

(1) Trouwens men zal de geschiedenis niet geheel kunnen veronachtzamen, daar het examen (onderzoek) in het volkenrecht aangeleiding kan geven den candidaat eenige vragen over algemeene geschiedenis te doen en bij dat in de staatsinrichting van Nederland en zijn koloniën kan de Nederlandsche parlementaire geschiedenis ter sprake komen.

Een gelijke opmerking geldt, en nog in meerdere mate, het *volkenrecht*. Gaat 't inderdaad aan om van een aanstaand attaché slechts te eischen de *hoofdzaken* van het volkenrecht? Vergeet men niet, dat toepassing van het volkenrecht de hoofdtak van den diplomaat behoort te zijn, evenals de bevordering van handel en nijverheid de hoofdtak van den consul!

Dit weegt te meer, daar voor het *secretaris-examen* geëischt wordt: het *volkenrecht* in verband met *volkenrechtelijke quaestiën*, waarbij men dus terecht van de onderstelling uitgaat, dat de candidaat *grondig* onderlegd is in 't volkenrecht, wat bij het eerste onderzoek niet kan blijken. Hetzelfde geldt voor de gepromoveerde candidaten; het ware zeker wenschelijk, dat deze ook in het volkenrecht *onderzocht* werden; alleen kan worden aangenomen, dat de doctor in de staatswetenschap *grondig* op de hoogte van de beginselen van het volkenrecht is.

Wat het secretaris-examen betreft het volgende. Het programma is vrijwel hetzelfde gebleven als dat hetwelk men in de *Staatscourant* van 1915 vindt; alleen treft het, dat het aan duidelijkheid *niet* heeft gewonnen. Bij vergelijking van beide programma's is dat van 1920 veel korter, maar moet daar uit worden opgemaakt, dat, wat in het laatste programma is weggelaten, niet meer zal worden gevorderd?

Waarom bijvoorbeeld geschrapt de zinsnede in het Reglement van 1915 sub *a* van art. 4, 1e lid, dat bekendheid met de literatuur en kennis der internationale geschiedenis geëischt wordt? Zoo men iets van een aanstaand diplomaat kan vergen, dan is het wel, dat hij eenigszins op de hoogte zij van de bronnen — staatsstukken, tractaten, oranje- en andere boeken, mémoires — der internationale geschiedenis. Denk u een diplomaat,



die nooit van de *Mémoires* van Metternich, Talleyrand, Nesselrode heeft gehoord, aan wien het raadplegen van een Hollandsch *Oranjeboek* of een Engelsch *Blue-book* geheel vreemd is?

Daarom is het te betreuren, dat bovenbedoelde phrase in het nieuwe reglement is geschrapt.

Ook art. 4 sub *e* — art. 7 sub *e* nieuw — is zeer bekort, en heeft evenmin aan duidelijkheid gewonnen. Blijkbaar bedoelt men hetzelfde als wat er stond, maar waarom dan het programma niet behouden?

Het sub *e*, 1 bepaalde: „De economische ontwikkeling van Nederland en zijn koloniën na 1850” is nieuw, maar *mutatis mutandis* overgenomen uit het, sinds voor een „onderzoek” plaats gemaakt hebbend, attaché's-examen. Het onder *e*, 2 bepaalde komt overeen met wat onder 1 in 1915 bepaald was; onder *e*, 3 met onder *e*, 3<sup>o</sup> van 1915; het laatste is echter uitvoeriger want daar is sprake van: *actueële vraagstukken op het gebied van landbouw, nijverheid, bankwezen, handel en verkeer*, terwijl thans alleen sprake is van economische vraagstukken en tariefregelingen die met die ontwikkeling verband houden.

Het bepaalde onder 2 van art. 4 sub *e* luidde in 1915: „de tariefpolitiek; inzonderheid die in Europa en van de Vereenigde Staten van Amerika, de koloniale politiek, meer bijzonder die van Nederland”.

De tariefpolitiek kan men nu mogelijk in het nieuwe Reglement wel rekenen te vallen onder art. 7, sub *e*, onder 3, waar van *tariefregelingen* gesproken wordt, maar de koloniale politiek schijnt vergeten, wat een grooter leemte is, tenzij ze mogelijk onder 1 wordt gerekend te behooren. Hierbij bedenke men intusschen, dat het eerste nummer overgenomen is uit het toen voor attaché's geldend examen (vergelijk artt. 2 en 3 van het Reglement van 1915) en in het volgend artikel (art. 4 sub *e*, 2<sup>o</sup>) van

de koloniale politiek, maar alleen voor het secretaris-examen) sprake was.

Ook moge worden opgemerkt, dat in art. 4, sub e, 4<sup>o</sup>. van het Reglement van 1915 de kennis geëischt werd van de „bepalingen in Nederlandsche wetten en tractaten, welke met het bovenstaande verband houden”. Het woord *wetten* is toen zelfs voor het eerst in het Reglement opgenomen; dat van 1912 sprak alleen van *tractaten*. Misschien neemt de ontwerper van het nieuwe Reglement aan, dat deze bepaling toch nog geldt en onder 1, 2 of 3 valt, maar ze volgt er niet uit en het ware wellicht beter geweest ze als vierde punt onder e weër op te nemen.

De bevoegdheid aan de commissie gegeven om den candidaat, bij overigens voldoende examen in een of twee vakken een herexamen aftenemen, is blijkens art. 10 gehandhaafd. In het thans ingetrokken besluit werd nog uitdrukkeijk gezegd, dat onder deze vakken ook behoorden de vreemde talen en in het bijzonder de Fransche taal. Men achtte deze bijvoeging, die trouwens vanzelf spreekt, blijkbaar overbodig.

Aan het slot van het besluit van 1920 (art. 12) wordt nog een voorschrift aangetroffen over het verslag der commissie aan den Minister van Buitenlandsche Zaken (1). Dit, zoo zegt het besluit, moet zóó zijn ingericht, dat het kan strekken tot maatstaf ter onderlinge vergelijking van de bekwaamheid der candidaten bij het gehouden examen. In het oude Reglement (art. 11) was nog achter het woord *examen* gevoegd de uitdrukking: *alsmede bij voorafgegane en volgende examens*. De vraag rijst waarom deze zinsnede geschrapt is.

Doch dit daargelaten zij nog herinnerd, dat er altijd twee verslagen hebben bestaan, een voor den Minister en

(1) Eenzelfde bepaling komt ook voor in art. 6, sub 8 van het Consulaire Reglement.



een voor publicatie bestemd. Het eerste was veel uitvoeriger, behelsde mede een beoordeeling van den persoon van den diplomaat en was dus allerminst voor openbaarmaking geschikt.

Blijkbaar bedoelt het Reglement in art. 12, laatste lid dit verslag, maar is nu daardoor het publiceeren verboden van een verslag van het gehouden examen, met als bijlage de schriftelijke eischen die gesteld zijn (1), zooals dat in de laatste jaren, geheel ongeregeld weliswaar, heeft plaats gehad. Zoo ja, dan ware het te betreuren; daarvoor is de tijd te democratisch. Het ware echter niet kwaad geweest, wanneer uitdrukkelijk in het besluit ware voorgeschreven, dat publicatie regelmatig na elk examen zal geschieden.

## II

### *Het Consulair Reglement*

In *Staatsblad* n<sup>o</sup>. 818 van 1920 vindt men een nieuw Consulair Reglement afgedrukt, dat ook wel de aandacht verdient. Spiksplinternieuw is het eigenlijk niet, want het behelst dezelfde beginselen als in het ingetrokken besluit van 1918 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 524) werden gevonden, en ook zijn de veranderingen niet ingrijpend. Trouwens, in afwijking van andere regelingen verheugt zich het Consulair Reglement wel in de belangstelling van de regeering, zooals uit hetgeen volgt zal blijken.

Het eerste Consulair Reglement dagteekent van 1874 en is vastgesteld bij Koninklijk besluit van 27 Juni van dat jaar, te vinden in *Stbl.* n<sup>o</sup>. 74. Dit besluit is nog herhaaldelijk gewijzigd en ingetrokken bij besluit van 4 Augustus 1906 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 215), houdende Reglement op de inrichting van den Consularen dienst. Dit heeft

(1) Zooals men o.a. een kan vinden in de *Staatscourant* n<sup>o</sup>. 128 van 1914.

echter geen lang leven gehad en is door een nieuw vervangen in 1911, dat op zijn beurt is vervangen door dat van 1918, waarvoor nu het bovengenoemde is in de plaats getreden. Evenals dat bestaat het uit drie hoofdstukken met één overgangsbepaling en twee slotbepalingen. De drie hoofdstukken hebben successievelijk tot titel: „Van de bezoldigde consulaire ambtenaren”, „Van de onbezoldigde consulaire ambtenaren” en „Bepalingen voor alle consulaire ambtenaren gemeen”.

De beginselen zijn dezelfde als, nadat een daarvoor in het leven geroepen commissie gehoord was, in 1911 zijn vastgesteld.

De wijziging in 1918 bedoelde alleen maar de toekenning van een ruimer bevoegdheid aan den Minister van Buitenlandsche Zaken om personen voor benoeming tot consul aan de Kroon voor te dragen.

Immers reeds van oudsher kent men twee soorten van consulaire ambtenaren: namelijk *bezoldigde*, de z.g. *consules missi* en de *onbezoldigde*, *consules electi* en gold als regel, dat aan de bezoldigde consuls een bijzondere opleiding was voorgeschreven. In het algemeen wordt als regel aangenomen, dat tot aspirant-vice-consul alleen benoemd kunnen worden zij, die als candidaat voor den consulaire dienst zijn aangewezen en met goed gevolg het examen voor den consulaire dienst hebben afgelegd. Tot vice-consul kunnen alleen benoemd worden zij, die drie jaren als aspirant-vice-consul hebben gediend (1), terwijl tot consul of consul-generaal benoembaar zijn zij, die de rangen van aspirant-vice-consul of vice-consul hebben doorlopen.

Derhalve bestaan er tegenwoordig twee examens voor de opleiding van consular ambtenaar, waarvan het eerste,

(1) Verlenging van dien termijn is in sommige gevallen mogelijk. Vgl. art. 8 jucto. 4 C. R.



geregeld in art. 3, sub 3 van het Consulair Reglement, vergelijkend is. De candidaat moet blijk geven van vaardigheid om in goed schriftelijk Nederlandsch een zakelijke uiteenzetting of beschrijving te leveren, om dat Nederlandsch behoorlijk te kunnen lezen en zich daarvan rekenschap te geven, alsmede om Fransch, Duitsch en Engelsch proza goed te vertalen in het Nederlandsch en zich van die vreemde talen practisch, mondeling en schriftelijk te kunnen bedienen. Verder worden ze nog geëxamineerd in: beginselen der handelskennis, eenige kennis van handelszaken, van boekhouden, van handelsaardrijkskunde, van handelsgeschiedenis, van de Staatsinstellingen van Nederland en Koloniën en wordt geëischt bekendheid met de grondbeginselen der Staathuishoudkunde. Het examen, dat niet publiek is, kan mondeling of schriftelijk zijn.

Heeft het examen een gunstig verloop, dan wordt de candidaat binnen een maand door den Minister van Buitenlandsche Zaken als candidaat voor den consulairen dienst aangewezen en moet hij binnen twee jaar — behoudens verlenging wegens studie of practisch werkzaam zijn in handel en industrie — het zoogenaamd examen voor den consulairen dienst afleggen. Dit examen omvat de talen Nederlandsch, Fransch, Engelsch, Duitsch — ook andere talen strekken tot aanbeveling — en dan de rechtsvakken (privaatrecht, speciaal Boek I—III B. W. en de wet houdende algemeene bepalingen, voornaamste bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, handelsrecht vooral *zeerecht*, hoofdzaken van het volkenrecht, strekking der voornaamste handelsverdragen, verplichtingen van de Nederlandsche consulaire ambtenaren en de voornaamste bepalingen van strafrecht en strafvordering) en handelsvakken (grootte handels- en verkeerswegen, nieuwe handelsgeschiedenis, toestand

van handel en nijverheid, wijze van voortbrenging van de voornaamste Nederlandsche en koloniale artikelen, inrichting der Nederlandsche scheepvaart- en handelsstatistiek).

Van het examen in sommige vakken kan de candidaat vrijgesteld worden door het bezit van een doctoralen graad aan een Nederlandsche Universiteit of de Nederlandsche Handelshoogeschool. Zoo wordt bijv. krachtens art. 5, 2<sup>o</sup>. een doctor in de rechtswetenschap bij het examen voor den consulairen dienst vrijgesteld van het examen in het *burgerlijk recht*, de *burgerlijke rechtsvordering*, het *strafrecht* en de *strafvordering* en een doctor in de Staatswetenschap van het examen in het *volkenrecht*.

Wat bovengenoemde examens aangaat, vergunne men mij nog het volgende.

Aanvankelijk — bij het besluit van 1875 — was één examen voorgeschreven, later — in 1884 — heeft men begrepen, dat degelijker opleiding voor de steeds meer en meer beteekenende betrekking van consul een voorstudie eischte, dus werden twee examens ingesteld, een zoogenaamd leerling-consul- en een vice-consul-examen. In 1906 heeft men — te kwader ure — het zwaartepunt weer willen overbrengen naar het vice-consul-examen door het leerling-consul-examen van een aantal vakken te ontlasten en deze te voegen bij het tweede examen, waardoor het eerste een soort ontwikkelingsonderzoek werd en het tweede een *te* groot aantal vakken bevatte, wat vooral bij de examens van 1906 bleek. In 1911 ging het niet wel aan het oude leerling-consul-examen in eere te herstellen, maar begreep men toch het tweede examen, sinds 1906 genoemd: examen voor den consulairen dienst, te moeten ontlasten van eenige vakken, o.a. Staatshuishoudkunde, Staatsinrichting, handelsgeographie, boekhouden en handelsrekenen, en achtte men het beter die



over te brengen naar het onderzoek voor candidaat-consul. Dit is zoo gebleven in 1918 en 1920.

Deze bepalingen worden in het nieuwe besluit niet gewijzigd. Aangeteekend kan hier worden dat, wanneer het Consulaire Reglement iets later ware vastgesteld, hoogstwaarschijnlijk andere wijzigingen daarin zouden zijn aangebracht. Immers, na de inwerkingtreding van de wijziging in de wet op het Hooger onderwijs — *Stbl.* n°. 10 van 1920 — zal ook in de rechtsgeleerde faculteit (evenals in de andere faculteiten) slechts van één doctoraat, — dat wel in de rechtsgeleerdheid — sprake zijn, in verband waarmee het Academisch Statuut, vastgesteld bij Kon. Besluit van 27 April 1877, (*Stbl.* n°. 87), een algeheele verandering zal moeten ondergaan, die ongetwijfeld invloed zal uitoefenen op de vrijstellingen, waarvan boven sprake was. Het staat derhalve vast, dat wijziging van het Academisch Statuut opnieuw een verandering in het Consulair Reglement zal noodig maken.

Wanneer eenmaal het examen met goed gevolg is afgelegd, wordt de candidaat binnen drie maanden tot aspirant-vice-consul aangesteld; drie jaar daarna kan hij tot vice-consul, weder vijf jaar daarna tot consul, en weder vijf jaar later tot consul-generaal worden bevorderd. In art. 12 is ook het geval voorzien, dat aan een consul-generaal een diplomatieke titel kan verleend worden voor den tijd, gedurende welken hij een bepaalde post vervult; dat kan ook gebeuren, wanneer aan een consulair ambtenaar — deze behoeft dan nog geen consul-generaal te zijn — een bepaalde zending wordt opgedragen.

Terwijl dus een examen voor een beroepsconsul hoofdzak is, heeft de uitbreiding, die het consulair corps in den laatsten tijd onderging, het noodzakelijk gemaakt, dat niet de weg wordt afgesneden, om ook buiten het

examen nieuw bloed in het corps te brengen; het kan toch voorkomen, dat het oog der regeering valt op personen, die uitstekend geschikt zouden zijn voor de consulaire loopbaan, doch die men geen examen kan laten doen of die er tegen op zien zich te laten examineeren. Toch kan het van belang zijn deze als bezoldigde consuls aan den Staatsdienst te verbinden. De waarborg, dien de regeering gemeend heeft te moeten eischen voor de benoeming van deze personen is gelegen in het advies der commissie voor het consulaire examen. Deze commissie heeft, wat deze aangelegenheid aangaat, tot taak den Minister te adviseeren, of deze personen voldoende kennis en ervaring bezitten om *zonder het afleggen van examens* in den consulaire dienst te worden toegelaten. In dien geest is art. 2 van het Reglement van 1911 in 1918 aangevuld en als zoodanig overgegaan in het Reglement van 1920.

In het eerste hoofdstuk zijn uitvoerig geregeld de examens, waarover boven, de werkzaamheden en de bezoldiging der consuls.

De belangrijkste wijziging welke laatstelijk in het Consulair Reglement is gebracht, houdt verband met dit laatste punt, de verhooging van salarissen en verblijfsvergoedingen. Trouwens, het was niet te ontkennen, dat de tractementen dezer ambtenaren veel te laag waren, wat te meer klemt nu door het Bezoldigingsbesluit 1920 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 37) de tractementen van alle Rijksambtenaren verhoogd zijn. Toen nu bij het besluit van 1920, (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 796) de wedden der diplomatieke ambtenaren meer in overeenstemming met die der overige ambtenaren waren gebracht, kon het niet anders of ook de tractementen der consulaire ambtenaren moesten volgen. Dit nu is geschied door *Stbl.* n<sup>o</sup>. 818 van dit jaar; trouwens bij het Reglement van 1918 hadden sommige consulaire tractementen ook al een verhooging ondergaan.



Vergelijkt men nu het tegenwoordige Reglement met dat van 1918, dan blijkt o.a. het volgende. De aspirant-vice-consuls genoten onder het oude besluit een bezoldiging van *f* 1500 per jaar; thans van *f* 2500, telken jare verhoogd met *f* 250 totdat het tractement *f* 3250 bedraagt. De vice-consuls hadden vroeger een bezoldiging van *f* 2000, dat kon worden *f* 3000, terwijl deze ambtenaren volgens het tegenwoordig besluit zullen hebben *f* 3750 tot *f* 4500; zoo de consuls vroeger *f* 3000 tot *f* 5000, thans *f* 4800 tot *f* 6000; de consuls-generaal vroeger *f* 5000 tot *f* 7000, thans *f* 6000 tot *f* 8500.

Ook is de vergoeding der kosten van vestiging aanmerkelijk grooter geworden. Bij definitieve plaatsing aan het hoofd van een post wordt thans ter vergoeding der vestigingskosten toegekend voor consuls-generaal ten hoogste *f* 6000, vroeger *f* 4500; voor consuls ten hoogste *f* 4500, vroeger *f* 3500 en voor vice-consuls ten hoogste *f* 3500, vroeger *f* 2500.

In het tweede lid van het artikel, waar deze bepaling voorkomt, was nog het voorschrift opgenomen, dat aan aspirant-vice-consuls bij uitzending naar overzeesche gewesten voor kosten van uitrusting ten hoogste *f* 1500 kon worden toegekend, wanneer het te voorzien was dat hunne uitzending ten minste drie jaar zal duren. In het tegenwoordig Reglement is deze bepaling in dien zin gewijzigd, dat de Kroon zich voorbehoudt in elk voorkomend geval te bepalen of en in hoeverre een vergoeding voor kosten van uitrusting zal worden toegekend aan den consulairen ambtenaar, die niet definitief aan het hoofd van een post wordt geplaatst, een voorschrift, hetwelk meer met de praktijk rekening houdt.

De andere bepalingen betreffende de verloven, de terbeschikkingstelling, zijn vrijwel ongewijzigd uit het besluit van 1918 overgenomen. Daarin trekt nog de

aandacht art. 27, bepalende, dat de bezoldigde consulaire ambtenaren geen handel mogen drijven, noch beheerend vennoot of agent eener handelsvennootschap onder een firma of bestuurder, commissaris of agent van een andere vennootschap mogen zijn.

Hoofdstuk II handelt over de onbezoldigde consulaire ambtenaren, die den titel hebben van consulaire-agent, vice-consul, consul en consul-generaal; voor benoeming, schorsing en ontslag wordt naar het Eerste Hoofdstuk verwezen.

In art. 35 is rekening gehouden met de omstandigheid, dat sinds de totstandkoming van de wet van 17 Juni 1918 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 376) de uitdrukking: *consulaat-rechten* voor *kanselarijrechten* heeft plaats gemaakt, als genoten wordend door de onbezoldigde consulaire ambtenaren (1).

Hoofdstuk III eindelijk bevat bepalingen aan alle consulaire ambtenaren gemeen. Daartoe behooren o. a. de eedsaflegging, machtiging om een consulaire betrekking van een andere mogendheid te aanvaarden, aanwijzing van het ressort, de verhouding tot de diplomatieke ambtenaren, enz.

Volledigheidshalve zij hier nog aangeteekend, dat ook de beide tolken-reglementen, vastgesteld het eerste bij besluit van 13 Juli 1909 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 268) voor den tolken-

(1) Volgens deze wet zijn *Kanselarijrechten* verschuldigd door alle personen of zedelijke lichamen te wier behoefte bepaalde werkzaamheden worden verricht. In hoofdstuk II zijn de rechten opgesomd die de consulaire ambtenaren kunnen heffen. (Zie daarbij de wijzigingswet tot herstel van een misstelling *Stbl.* n<sup>o</sup>. 603 van 1918). Nog zij opgemerkt, dat in *één geval* ook diplomatieke ambtenaren dergelijke kanselarijrechten kunnen heffen, namelijk die diplomatieke ambtenaren, op wier standplaats geen Nederlandsch consulaire ambtenaar is gevestigd, alsmede wanneer de Minister hen mocht belasten met het beheer van een consulaire post en zij de in de wet van 1918 genoemde werkzaamheden verrichten (art. 19).



dienst bij de Gezantschappen en Consulaten in Turkije, met inbegrip van Egypte, in Marokko en in Perzië, en het tweede bij besluit van 4 Juni 1910, (*Stbl.* n°. 156) voor den tolkendienst bij de Gezantschappen en Consulaten in China en in Japan, gewijzigd zijn bij besluit van 1 December 1920 (*Stbl.* n<sup>os</sup>. 836 en 835), en dat ook deze wijziging in het bijzonder de bezoldigingen dezer tolken betreft. Zoo is de toelage bij de opleiding dezer personen verhoogd van *f* 1000 tot *f* 1500; zoo bedraagt de aanvangsjaarwedde van adjunct-tolken *f* 4000, een bedrag dat tot *f* 5000 verhoogd kan worden; die der tolken tweede klasse *f* 4800 tot *f* 6000, die der tolken eerste klasse *f* 5500 tot *f* 9000. Al deze en andere veranderingen zullen geacht worden op 1 Januari 1920 in werking te zijn getreden.

**De redaktie van artt. 153<sup>bis</sup> en 155 in het  
Regeerings-ontwerp Grondwetsherziening**  
(Bijl. 1920—1921 no. 451, W. 10699, 10701)

DOOR

Mr. L. VAN PRAAG  
*te 's-Gravenhage*

De Regeering die in haar genoemd ontwerp artt. 153 en 154 Grw. ongemoeid laat, stelt voor achter art. 153 in te lasschen een nieuw art. 153<sup>bis</sup>, luidende: De wet kan bepalen, dat door haar aan te wijzen burgerlijke gedingen worden berecht door niet tot de rechterlijke macht behoorende colleges of personen. En aan art. 155 wil zij een zinsnede toevoegen van dezen inhoud: De wet kan bepalen, dat aan de berechting van door haar aan te wijzen burgerlijke- of strafgedingen wordt deelgenomen door niet tot de rechterlijke macht behoorende personen. In de Memorie van Toelichting zegt de Regeering dat de bedoeling is van art. 153<sup>bis</sup> om het mogelijk te maken aan de leeken-rechtspraak bij de arbeids-wetgeving een ruime plaats toe te kennen, en van art. 155 om aan het leeken-element een plaats in te ruimen.

De vraag, of verwezenlijking dier bedoeling gewenscht is, wil ik hier niet behandelen. Enkel over de redaktie der bepalingen veroorloof ik mij twee opmerkingen ten beste te geven.

Wordt de door de Regeering voor art. 153<sup>bis</sup> voorgelagen redaktie wet, dan verliest art. 153 zijn reden van bestaan. De wet kan dan immers — het al of niet waarschijnlijke daarvan doet principieel niet ter zake — haar aanwijzing zóó ruim maken dat alle geschillen over



burgerlijke rechten worden gebracht bij wien zij verkiest, dus ook, indien zij dat zou willen, bij de administratie. En dat laatste te verhoeden is juist het doel van art. 153. Daarom zal, als men den in dit artikel gelegen waarborg wenscht te behouden, en toch wil meegaan met de gedachte der Regeering, een andere redaktie voor art. 153*bis* moeten worden gezocht, die doet uitkomen dat de ambtenaren der publiekrechtelijke lichamen en hun administratieve colleges zullen zijn uitgesloten van de berechting der in art. 153 bedoelde gedingen. In art. 155 zou dan een gelijke redaktie kunnen worden gevolgd als in het dus gewijzigde art. 153*bis*, al verliest art. 153 zijn reden van bestaan niet bij den nu door de Regeering voor art. 155 voorgeslagen tekst.

Ten tweede enkele regels over de uitdrukking „burgerlijke” gedingen in de beide nieuw ontworpen bepalingen. Zij doet denken aan vroegere voorstellen, strekkende om dit woord of den term „burgerrechtelijke” in art. 153 op te nemen (1). Echter schijnt uit art. 155 naar het ontwerp der Regeering te mogen worden opgemaakt dat daar de „burgerlijke” gedingen enkel een tegenstelling vormen tot de strafgedingen. En dan zal voor art. 153*bis* wel hetzelfde zijn aan te nemen. Tusschen art. 153 en de nieuwe bepalingen is er een verschil in strekking. Art. 153 geeft aan welke gedingen niet mogen worden gebracht bij een andere macht in den Staat dan de rechterlijke macht. Art. 153*bis* geeft zelf geen enkele aanwijzing van bevoegdheid tot kennismeming, doch laat dit geheel over aan de wet. Wel moet de aanwijzing der gewone wet „burgerlijke” gedingen betreffen, doch als men meent dat dit woord „burgerlijke” niet te kennen geeft dat bedoeld zijn geheel dezelfde gedingen als die in art. 153

(1) Vgl. met elkaar de ontwerpen der Staatcommissies van 1884 en 1905, gevolgd door die van 1910 en door de Regeering in 1913.

omschreven, ontstaat er hierdoor geen bepaalde disharmonie tusschen deze twee artikelen. En dit zal kunnen worden aangevoerd tegen hen die, zooals te verwachten is, een argument zullen willen vinden in het nieuwe art. 153*bis* bij behoud van het woord „burgerlijke” om te concludeeren dat, al moest men art. 153 tot dusver uitleggen gelijk de Hooge Raad heeft gedaan, die beteekenis implicite zal zijn gewijzigd door art. 153*bis*, als uitzondering op art. 153, waarop het onmiddellijk volgt. Wel kan men tegen deze argumentatie nog tegenwerpen, dat art. 153*bis* zeer goed slechts een gedeeltelijke uitzondering op art. 153 kan zijn, nl. enkel in zoover als gedingen over burgerlijke rechten ook zijn burgerlijke gedingen, terwijl toch deze twee begrippen niet identiek behoeven te zijn. Maar het is gewenscht de kwestie af te snijden. M. i. verdient de bestaande redactie van art. 153 de voorkeur boven die der vroegere ontwerpen tot herziening van die bepaling. Dat te motiveeren zou een grooter uitweiding noodig maken dan in dit verband op haar plaats ware. In het *Rechtsgeleerd Magazijn* kom ik daarop weldra terug. Hier bepaal ik mij er toe geheel in het algemeen te wijzen op de controversen, die in Duitschland § 13 van het Gerichtsverfassungsgesetz heeft doen ontstaan, welk artikel in redactie gelijkenis vertoont met die der zooeven bedoelde ontwerpen tot herziening van ons art. 153. Ik zou dan ook niet willen aanbevelen art. 153 te veranderen, doch veeleer voorslaan art. 153*bis* (en art. 155) te doen aansluiten in redactie aan die van art. 153, door b.v. te spreken van gedingen, in art. 153 bedoeld, — in art. 155 met de bijvoeging: of strafgedingen.

P. S. Nadat deze bijdrage reeds was gezet, verscheen de bestrijding van art. 153*bis* in W. 10704.



**Eenige opmerkingen omtrent de Wet van  
28 Juli 1920 (Staatsblad No. 609), houdende  
nadere voorzieningen tot bestrijding  
van revolutionaire woelingen**

DOOR

JHR. MR. O. Q. VAN SWINDEREN

Deze wet luidt als volgt:

Artikel 1. In art. 4, n<sup>o</sup>. 1 van het Wetboek van Strafrecht wordt onmiddellijk vóór het cijfer „105” ingelascht: „97a” onder n<sup>o</sup>. 1 (1).

Art. 2. Art. 79 van het Wetboek van Strafrecht wordt gelezen als volgt: „Aanslag tot een feit bestaat, zoodra het voornemen des daders zich door een begin van uitvoering, in den zin van art. 45, heeft geopenbaard” (2).

Art. 3. Na art. 80 van het Wetboek van Strafrecht wordt een nieuw artikel 80*bis* ingelascht, luidende als volgt:

„Onder omwenteling wordt verstaan het vernietigen of op onwettige wijze veranderen van den grondwettigen regeeringsvorm of de orde van troonopvolging” (3).

Art. 4. Art. 96 van het Wetboek van Strafrecht wordt gelezen als volgt:

„De samenspanning tot een der in de artt. 92—95

---

(1) Art. 4 luidt: De Nederlandsche strafwet is toepasselijk op ieder die zich buiten het rijk in Europa schuldig maakt:

1<sup>o</sup>. aan een der in de artt. 92—96, 105 en 108—110 omschreven misdrijven.

(2) Art. 79 luidt: Aanslag bestaat zoodra eene strafbare poging tot het voorgenomen feit aanwezig is.

(3) Art. 80 luidt: Samenspanning bestaat zoodra twee of meer personen overeengekomen zijn om het misdrijf te plegen.

omschreven misdrijven wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaren. Dezelfde straf is toepasselijk op hem die, met het oogmerk om een der in de artt. 92—95 omschreven misdrijven voor te bereiden of te bevorderen:

1°. een ander tracht te bewegen om het misdrijf te doen plegen of mede te plegen, om daarbij behulpzaam te zijn of om daartoe gelegenheid, middelen of inlichtingen te verschaffen;

2°. gelegenheid, middelen of inlichtingen tot het plegen van het misdrijf zich of anderen tracht te verschaffen;

3°. voorwerpen voorhanden heeft waarvan hij wist dat zij bestemd zijn tot het plegen van het misdrijf;

4°. plannen voor de uitvoering van het misdrijf, welke bestemd zijn om aan anderen te worden medegedeeld, in gereedheid brengt of onder zich heeft;

5°. eenigen maatregel van regeeringswege genomen om de uitvoering van het misdrijf te voorkomen of te onderdrukken, tracht te beletten, te belemmeren of te verijdelen.

De voorwerpen, in het voorgaande lid, onder n°. 3 bedoeld, kunnen worden verbeurd verklaard.

Niet strafbaar is hij, van wien blijkt, dat zijn oogmerk enkel gericht is op het voorbereiden of bevorderen van staatkundige veranderingen in algemeenen zin" (1).

Art. 5. Na art. 97 van het Wetboek van Strafrecht wordt een nieuw artikel 97a ingelascht, luidende als volgt:

„Met gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaren wordt gestraft:

1°. hij, die met een in het buitenland gevestigd persoon of lichaam in verstandhouding treedt, met het oogmerk om een zoodanig persoon of lichaam tot het verschaffen van steun aan het voorbereiden, bevorderen

(1) Art. 96 luidt: De samenspanning tot een der in de artt. 92—95 omschreven misdrijven wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaren.



of teweegbrengen van omwenteling te bewegen, om een zoodanig persoon of lichaam in het daartoe opgevatte voornemen te versterken of aan een zoodanig persoon of lichaam daarbij hulp toe te zeggen of te verleenen of om omwenteling voor te bereiden, te bevorderen of teweeg te brengen;

2°. hij, die eenig voorwerp invoert, dat geschikt is tot het verschaffen van stoffelijken steun aan het voorbereiden, bevorderen of teweegbrengen van omwenteling, indien hij weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat het daartoe bestemd is;

3°. hij, die eenig voorwerp onder zich heeft of tot onderwerp eener overeenkomst maakt, dat geschikt is tot het verschaffen van stoffelijken steun aan het voorbereiden, bevorderen of teweegbrengen van omwenteling, indien hij weet, of ernstige reden heeft om te vermoeden, dat het daartoe bestemd is en dat het voorwerp of eenig ander voorwerp, waarvoor het in de plaats is getreden, hetzij met die bestemming is ingevoerd, hetzij door of vanwege een in het buitenland gevestigd persoon of lichaam daartoe is bestemd.

De voorwerpen waarmede, of met betrekking tot welke de in het voorgaande lid onder 2° en 3° omschreven misdrijven zijn begaan, kunnen worden verbeurd verklaard (1).

---

(1) Art. 97 luidt: Hij die met eene buitenlandsche mogendheid in verstandhouding treedt, met het oogmerk om haar tot het plegen van vijandelijkheden of het voeren van oorlog tegen den Staat te bewegen, haar in het daartoe opgewekte voornemen te versterken, haar daarbij hulp toe te zeggen of bij de voorbereiding hulp te verleenen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren.

Indien de vijandelijkheden worden gepleegd of de oorlog uitbreekt, wordt levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren opgelegd.

Art. 6. Art. 131 van het Wetboek van Strafrecht wordt gelezen als volgt:

„Hij die, mondeling of bij geschrifte, in het openbaar tot eenig strafbaar feit of tot gewelddadig optreden tegen het openbaar gezag opruit, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaren of geldboete van ten hoogste drie honderd gulden” (1).

Art. 7. De aanhef van artikel 132 van het Wetboek van Strafrecht tot en met de woorden „met het oogmerk” wordt gelezen als volgt:

„Hij die een geschrift waarin tot eenig strafbaar feit of het gewelddadig optreden tegen het openbaar gezag wordt opgeruid, met het oogmerk” (2).

*Art. 132 1e lid nieuwe wet.*

Art. 132, 1e lid, luidt in zijn gewijzigden vorm aldus: Hij die een geschrift, waarin tot eenig strafbaar feit of tot gewelddadig optreden tegen het openbaar gezag wordt opgeruid, met het oogmerk om aan den opruienden inhoud ruchtbaarheid te geven of de ruchtbaarheid daarvan te vermeederen, verspreidt, openlijk ten toon stelt of aanslaat, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van ten hoogste drie honderd gulden (3).

(1) Art. 131 luidt: Hij die in het openbaar, mondeling of bij geschrifte, tot eenig strafbaar feit opruit, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaren of geldboete van ten hoogste drie honderd gulden.

(2) Art. 132, 1<sup>o</sup>. luidt: Hij, die een geschrift, waarin tot eenig strafbaar feit wordt opgeruid, met het oogmerk om aan den opruienden inhoud ruchtbaarheid te geven of de ruchtbaarheid daarvan te vermeederen, verspreidt, openlijk ten toon stelt of aanslaat, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van ten hoogste drie honderd gulden.

(3) Ten einde het overzicht gemakkelijk te maken en den lezer de moeite te besparen om het Wetboek van Strafrecht ter vergelijking



Art. 8. De in artikel 8 van het Wetboek van Strafvordering bedoelde ambtenaren zijn te allen tijde bevoegd ter inbeslagneming de uitlevering te vorderen van al hetgeen kan dienen tot bewijs of redelijkerwijs vermoed kan worden bestemd te zijn geweest of gediend te hebben tot het begaan van eenig in de artikelen 92—96 en 97a van het Wetboek van Strafrecht omschreven misdrijf.

Zij hebben te allen tijde vrijen toegang tot alle plaatsen, waar redelijkerwijs vermoed kan worden, dat een zoodanig strafbaar feit wordt begaan. Wordt hun de toegang geweigerd, dan verschaffen zij zich dien desnoods met inroeping van den sterken arm.

Is de plaats tevens eene woning of alleen door eene woning toegankelijk, dan treden zij deze tegen den wil des bewoners niet binnen dan op bijzonder schriftelijken last van den burgemeester en in tegenwoordigheid, hetzij van dien burgemeester, hetzij van den kantonrechter, hetzij van een commissaris van politie.

Van dit binnentreden wordt door hen procesverbaal opgemaakt, dat binnen tweemaal vierentwintig uren aan den ingezetene, wiens woning is binnengetreden, in afschrift wordt medegedeeld.

Art. 9. Deze wet treedt in werking met ingang van den dag harer afkondiging (1).

met de aangebrachte wijzigingen ter hand te nemen, heb ik in de vorenstaande bladzijden in noten aangegeven, welke strafbepalingen omtrent de in de nieuwe wet opgenomen strafbare feiten, voor zoover die tot dusver strafbaar waren, volgens de bestaande strafwet golden.

Met dezelfde bedoeling heb ik ook den gewijzigden tekst van art. 132, 1<sup>o</sup>. lid volledig medegedeeld.

(1) Voor nadere bijzonderheden betreffende de in deze wet ter sprake komende onderwerpen, verwijs ik naar mijn uitgebreid werk, getiteld: *Esquisse du droit pénal actuel dans les Pays-Bas et à l'étranger*, Groningue, Bruxelles, Paris, Berlin, Londres, 1891, T. I., blz. 58 357 et 358 et 1894, T. III, blz. 315, 126 et 127.

*Reden waarom ik dit opstel schreef*

Hoewel uit het opschrift, boven deze bladzijden geplaatst, reeds volgt, dat ik niet voornemens ben de geschiedenis dezer Wet te behandelen, noch een commentaar op haar te leveren, is het toch noodzakelijk de vraag onder de oogen te zien, of er voldoende reden bestond om dit opstel te schrijven. Velen toch zullen zich de vraag stellen en den twijfel opperen of de opmerkingen, welke ik in de volgende bladzijden zal maken, niet achterwege hadden kunnen blijven, omdat over deze Wet, zoowel schriftelijk als mondeling, reeds zoo uitvoerig gehandeld is. Ik meen op de gestelde vraag een bevestigend antwoord te kunnen geven en den geopperden twijfel te kunnen wegnemen door op te merken, dat ik omtrent deze Wet een en ander denk in het midden te brengen, waarover tot dusver werd gezwegen of waarop niet voldoende de aandacht gevestigd werd. Voor zoover dat mogelijk is, zal ik er naar streven om herhalingen te vermijden, doch voor de volledigheid van mijn betoog zal het noodzakelijk zijn, hier en daar een greep te doen uit hetgeen vóór de totstandkoming dezer Wet is voorgevallen, met name over hetgeen vóór haar totstandkoming over haar is geschreven en gezegd.

*Noodzakelijkheid der invoering dezer wetsbepalingen*

Over de noodzakelijkheid der invoering van de voorgestelde, thans met eenige wijzigingen in de Wet opgenomen bepalingen, wensch ik een en ander in het midden te brengen, alvorens tot de bespreking der wetsartikelen over te gaan.

Nauwelijks was het wetsontwerp ter algemeene kennis gekomen, of daartegen verhief zich een geweldig geschetter.



Ik weet geen juister Nederlandsch woord om den toon waarin en de wijze waarop de strijd tegen dit wetsontwerp werd gevoerd te kenschetsen. Men las er allerlei in wat er niet in stond. Dat velen wat over het wetsontwerp werd gezegd en geschreven als juist aannamen vindt zijn verklaring in het feit, dat de kenmerken ook van onzen tijd zijn onkunde en oppervlakkigheid.

*Verzet tegen het wetsontwerp*

Het verzet tegen het wetsontwerp ging vooral uit van de omwentelingsgezinde partijen of juister gezegd van hare leiders, socialisten, communisten en anarchisten, wier stelsels gegrond zijn op omwenteling en die haar willen tot stand brengen, zoodra daarvoor zich eene gunstige gelegenheid biedt, zoodra er kans van slagen is. Zij spreken het trouwens herhaaldelijk uit, dat de tegenwoordige inrichting van Staat en maatschappij door eene andere moet worden vervangen. Zij wenschen eene omverwerping van de bestaande orde van zaken, van den bestaanden rechtstoestand.

Al wat door hen wordt te berde gebracht is slechts eene herhaling van hetgeen reeds sedert eene lange reeks van jaren door hen is verkondigd en meermalen op afdoende wijze werd wederlegd.

Zij gaan maar steeds voort met te beweren, dat aan handenarbeid de eereplaats, de eenige plaats toekomt, dat zij die aan handenarbeid zich wijden het gezag in handen moeten hebben en derhalve onze kapitalistische maatschappij moet worden vernietigd.

Zooveel beweringen, zooveel dwalingen.

Immers wij zijn allen arbeiders, in geestelijk-stoffelijken zin of in stoffelijk-geestelijken zin, wat in den aard der zaak ligt, omdat die beide elementen in den mensch

vereenigd zijn. Alleen dieren zijn tot zuiver stoffelijken arbeid in staat.

Maar er is meer. In Nederland zijn allen gelijk voor de wet. Te onzent bestaan dus geene standen, rangen en klassen. Er is alleen verschil in beroep, in betrekking, in verstand, in aanleg, in ontwikkeling, in maatschappelijke stelling en in vermogen.

Het Nederlandsche recht sluit derhalve den klassenstrijd uit, en toch wordt onder dien naam voortdurend een strijd gevoerd. De leiders van dien strijd vinden veel bijval, omdat zij allerlei beloften doen, omdat zij een aanknoopingspunt vinden in de hebzucht, de ontevredenheid, in één woord de zelfzucht der oppervlakkige menschen, die tot zelfstandig oordeelen niet in staat zijn.

Tot welke practische gevolgen de stellingen der omwentelingsgezinden leiden is herhaaldelijk bewezen in den loop der geschiedenis. Ik wijs slechts kortheidshalve op de Commune te Parijs in 1871 en op het hedendaagsche Rusland. Op de commune ga ik niet verder in, maar bepaal mij tot Rusland.

Het schrikbewind in Rusland kwam door geweld tot stand; het handhaaft zich door geweld; het deinst voor geene misdaad terug; het vernietigt zijne tegenstanders en eigent zich hunne eigendommen toe. Het is door de zoogenaamde arbeiders op het kussen gekomen en woedt nu tegen dezen even goed als tegen anderen. Het is al weder een sterk bewijs voor de oppervlakkigheid van onzen tijd, dat zij niet inzien, dat de zoogenaamde leiders hunne grootste vijanden zijn, die niets doen dan ontevredenheid zaaien, ten einde zelf de macht in handen te krijgen en hen dan zoo zij dat voor zich zelven gewenscht achten, vernietigen, berooven en als slaven behandelen.

Nog twee punten in het voorbijgaan.

De invoering van den achturigen arbeidsdag is prac-



tisch onuitvoerbaar en leidt tot achteruitgang der welvaart en van de nijverheid, wat bewezen wordt door het feit, dat daartegen nu reeds o. a. bij ons te lande en in Engeland, zoowel werkgevers als werknemers zich verzetten.

En dan de socialisatie, bedrieg ik mij niet, het nieuwste mode-artikel, is even onbruikbaar voor de practijk als de achturige arbeidsdag, waarvoor het bewijs is geleverd in Hongarije, waar dit stelsel reeds is mislukt (1).

De grondfout van al die dwalingen is gelegen in het feit, dat men in zijne oppervlakkigheid niet inziet of in zijn eigen tijdelijk, stoffelijk belang niet wil inzien, dat afdoende verbetering, natuurlijk voor zoover die hier op aarde kan worden tot stand gebracht, alleen te verwachten is van verandering, omzetting van den mensch en niet van verandering der omstandigheden. Men kent de geschiedenis niet, die dit daghelder aantoonst en heeft alle rechtsbesef verloren.

*Noodzakelijkheid der wetswijzigingen, volgens den  
minister van justitie*

Wie wèl van de noodzakelijkheid der wetswijzigingen, die ik thans bespreek, overtuigd was, alsmede dat voor hare invoering het juiste tijdstip gekomen was, dat was onze hoogstbekwame Minister van Justitie Mr. TH. HEEMSKERK, wiens oordeel ten slotte de zege verwierf.

Zonder vrees voor tegenspraak kan worden beweerd, dat eene regeering, de betrokken minister eigenlijk de eenig bevoegde personen zijn om te beoordeelen of op een gegeven tijdstip aanvullingen en wijzigingen eener wet noodig zijn, omdat zij alleen volkomen op de hoogte van den toestand zijn en over alle gegevens beschikken.

De genoemde minister had het noodzakelijk geacht om

(1) Verg. *De dictatuur van het proletariaat in Hongarije*, door KARL HUSZAR, voor Nederland bewerkt en met toelichting voorzien door Mr. H. SCHAAPVELD, Roermond, 1921.

de bepalingen van het Wetboek van Strafrecht aan te vullen, welke strekken ter beteugeling van aanslagen tegen de inwendige veiligheid van den Staat en hij wees er met name op, dat volgens het oordeel van een gezaghebbend persoon op dit gebied, den hoogstgeplaatsten ambtenaar van het Openbaar Ministerie te onzent, Mr. T. J. NOYON, procureur-generaal bij den Hoogen Raad, de aanslag ondernomen met het oogmerk om den grondwettigen regeeringsvorm of de orde der troonopvolging te vernietigen of op onwettige wijze te veranderen, hier te lande straffeloos kan worden gepleegd, behoudens dan het geval dat de aanslag gelukt.

De minister deed ter aanbeveling van zijn voorstel zeer terecht een beroep op Rusland, omdat het daar te lande gevestigd schrikbewind geene pogingen ontziet om in alle landen eene omwenteling te bewerken.

#### *Beteekenis van sommige uitdrukkingen*

Wanneer men de verschillende strafwetgevingen nagaat, dan treft men daarin zonder uitzondering, bedrieg ik mij niet, eene lijst aan omtrent de „Beteekenis van sommige in die wetten voorkomende uitdrukkingen”. Ook in ons Strafwetboek komt eene dergelijke lijst voor in B. I., B. IX. De wet, waarover ik thans handel, heeft dit voorbeeld gevolgd en in de artt. 2 en 3 de beteekenis aangegeven der woorden „aanslag” en „omwenteling”. Nu is de vraag bij mij gerezen of dit stelsel aanbeveling verdient. Die vraag is tot dusver, voor zoover mij bekend, door niemand gesteld en toch acht ik haar van zooveel gewicht, dat ik heb getracht daarop een bevredigend antwoord te vinden. Ik ben hieromtrent na rijpe overweging tot het volgende resultaat gekomen.

Men zal hier dienen te onderscheiden. Zulk een lijst



kan niet worden gemist in de wetten en rechten van Engelschen oorsprong, met name in die van Groot-Brittanje en van de Vereenigde Staten van Noord-Amerika, omdat de Engelsche rechtstermen niet slechts taalkundig, maar ook historisch moeten worden verklaard en men van hen, die met de rechtspraak belast zijn niet mag verwachten noch kan vorderen, dat zij op de hoogte zijn van de rechtsgeschiedenis van af eeuwen her tot nu toe.

In de landen daarentegen behoorende tot het vasteland van Europa en dus ook in Nederland is de toestand gansch anders. Immers de in die landen geldende strafwetten zijn van betrekkelijk jeugdige dagteekening, zoodat daarbij de historische verklaring is uitgesloten en alleen de taalkundige in aanmerking komt. In die landen blijkt de taalkundige beteekenis voldoende, moet althans voldoende blijken uit de woorden der wet, die vooral op strafrechtelijk gebied duidelijk moeten zijn en uit de memorie van toelichting. Het is niet de taak van den wetgever om de taalkundige beteekenis der wetsbepalingen vast te stellen, maar de uitlegging daarvan is aan den rechter opgedragen. Diensvolgens behooren in onze strafwet geene algemeene bepalingen omtrent de beteekenis van sommige uitdrukkingen te worden opgenomen, maar moet alles volledig worden voorgeschreven in de betrokken artikelen.

#### *Leerstuk der poging*

Het zal wel niet worden betwist, dat het leerstuk der poging een der moeilijkste onderwerpen is op strafrechtelijk gebied. Het is dan ook niet te verwonderen, dat over dat onderwerp, naar aanleiding van art. 2 der wet eene zeer breedvoerige mondelinge en schriftelijke gedachtenwisseling heeft plaats gehad.

Ten einde het juiste licht op dit leerstuk te kunnen

doen vallen en de meest mogelijke kortheid te kunnen betrachten, is het noodzakelijk, dat ik mijne opvatting omtrent dit leerstuk, dat ik herhaaldelijk historisch en critisch behandeld heb, hier ter plaatse uiteenzette, vooral omdat mijne opvatting in zeer vele opzichten verschilt van die van anderen, in wetenschappelijke geschriften en wetten nedergelegd (1).

Mijne opvatting betreffende het leerstuk der poging tot misdrijf verdient aanbeveling op grond van hare eenvoudigheid en omdat zij alle moeilijkheden, welke zich op dit terrein hebben voorgedaan of kunnen voordoen uitsluit. Zij voldoet derhalve, en dat is de hoofdzaak, aan de eischen der practijk.

Maar zij verschilt van de leer der schrijvers over het strafrecht op het vasteland van Europa en van die in de daar geldende wetten nedergelegd, terwijl zij de beginselen huldigt, welke ten grondslag liggen aan het hedendaagsche Engelsche strafrecht en aan dat der Vereenigde Staten van Noord-Amerika. Wanneer men mijn stelsel aanvaardt, dan kan men de dikwijls zoo verwarde betoogen der geleerden missen, welke dit onderwerp hebben behandeld, terwijl men dan tevens rekening houdt met wat de practijk recht heeft te vorderen. Het bijzondere geval beslist in dezen alles, omdat de verschillende gevallen, die zich hebben voorgedaan, die zich voordoen en die zich voordoen zullen bewijzen dat het onmogelijk is om een algemeenen regel te stellen, die alle gevallen omvat.

Het voltooide misdrijf en de poging zijn beide samengesteld uit een objectief en subjectief element, met welke

(1) Ik verwijs hieromtrent naar de volgende geschriften van mijne hand: *Beschouwingen over het leerstuk der poging tot misdrijf*, Arnhem, 1870 en *Esquisse du droit pénal actuel dans les Pays-Bas et à l'étranger*, T. I., blz. 183—209.



beide rekening moet worden gehouden. Uit hetgeen zich verwezenlijkt heeft, uit het objectief element moet men opmaken de schuld, het subjectief element, met name waar het de poging geldt, den wil, het oogmerk, als uitgangspunt nemende wat zich verwezenlijkt heeft.

Wanneer men rekening houdt met hetgeen ik tot dusver heb aangevoerd, en dat behoort men te doen, dan komt mij de volgende bepaling of omschrijving der poging tot misdrijf de juiste voor.

*Onder poging wordt verstaan elke opzettelijke, verwijderde aanranding van een bepaald recht, met het oogmerk om dat recht zelf te schenden, welke zich niet kan voordoen bij die voorbereidende handelingen, welke zelve strafbaar zijn als bijzondere misdrijven (crimina sui generis) of waarbij het oogenblik van het voltooide misdrijf wordt vooruitgeschoven.*

*Opzettelijk.*

Het karakter van de poging eischt, dat men willens en wetens gehandeld hebbe. De wil is een wezenlijk bestanddeel van de poging. Poging is uitgesloten bij niet willens en wetens gepleegde misdrijven.

*Elke.*

Natuurlijk voor zoover die verwijderde aanranding niet valt in de termen van eene der beide genoemde uitzonderingen.

*Verwijderde aanranding.*

In tegenstelling tot het voltooide misdrijf, dat eene rechtstreeksche, eene onmiddellijke aanranding vordert.

*Bepaald recht.*

Dit moet in dezen zin worden opgevat, dat hetgeen zich verwezenlijkt heeft aantoon, welk recht de dader heeft willen schenden, b.v. of hij heeft willen stelen, moorden, niet in dien zin, dat in elk bijzonder geval het bewijs zoude moeten zijn geleverd, welk voorwerp hij heeft willen stelen, welken persoon hij heeft willen vermoorden.

In elk geval moet vaststaan, dat hij zich arglistig een aan een ander toebehoorend goed heeft willen toeëigenen, dat hij een mensch heeft willen vermoorden.

*Volgens het recht of de wet.*

Dit omvat derhalve het strafrecht, voor zoover het rechtskracht bezit, maar niet in wetten of wetboeken is opgenomen, waarin met name Engeland als voorbeeld kan worden aangevoerd en het strafrecht, in wetten of wetboeken vervat, zooals b.v. op het vasteland van Europa.

*Het oogmerk om het recht zelf te schenden.*

Uit hetgeen zich verwezenlijkt heeft moet worden besloten tot hetgeen gewild is. De wil van den dader moet gericht zijn op het schenden van een bepaald recht en daarvan moet het bewijs worden geleverd. Die wil moet worden afgeleid uit hetgeen heeft plaats gehad. Zoo zal b.v. als poging tot manslag of moord moeten worden beschouwd het geval, dat eene vrouw aan haren slapenden echtgenoot met een mes een steek in den hals toebrengt, doch de toegebrachte steek den dood niet ten gevolge heeft gehad.

*Poging is uitgesloten bij voorbereidende handelingen, die zelve als bijzondere misdrijven strafbaar zijn (crimina sui generis).*

B.v. in gevallen van omwenteling, oproer, hoogverraad.

*Poging is uitgesloten bij die voorbereidende handelingen, waarbij het oogenblik van het voltooide misdrijf wordt vooruitgeschoven.*

B. v. waar sprake is van valsche munt, valscheid in geschrifte. De voorbereidende handelingen, die bij de meeste misdrijven als poging moeten worden beschouwd, leveren in de genoemde uitzonderingsgevallen dus reeds het voltooide misdrijf op.

Behoudens deze uitzonderingen, welke de aard der zaak medebrengt, moet de poging in het algemeen straf-



baar worden gesteld. Daar er geen wezenlijk verschil bestaat tusschen strafbare feiten derhalve bij al die feiten en dus in de strafwetgevingen, die geene onderscheiding tusschen die feiten maken, zooals b.v. het Zweedsche Strafvetboek, en in die, welke eene tweeledige onderscheiding aannemen, misdrijven en overtredingen, zooals b.v. het Nederlandsche Strafvetboek of wel eene drieledige, misdaden, wanbedrijven en overtredingen, zooals b.v. het Fransche Strafvetboek.

Naar mijn inzien is het eerste standpunt het eenig juiste. Immers het Zweedsche Strafvetboek, dat elke onderscheiding verwerpt, heeft toch even goed de bevoegdheid van de verschillende rechtscollages erkend, die natuurlijk in eene andere wet is geregeld en de omschrijving van de bevoegdheid der verschillende rechtscollages is toch één der gronden, en niet de minst gewichtige, dier onderscheidingen.

Er is geen wezenlijk verschil tusschen de verschillende strafbare feiten. Immers dezelfde graden van schuld kunnen zich niet slechts voordoen, maar doen zich voor, onverschillig of men die al dan niet splitst. Er bestaat dan ook geen afdoende grond om b.v. bij misdaden en sommige wanbedrijven en niet bij overtredingen de poging strafbaar te stellen. Onverschillig van welk strafbaar feit er sprake zij in een aan des rechters oordeel onderworpen geval, er zal nimmer eene veroordeeling volgen, zoo de schuld des daders niet bewezen is, wanneer het subjectief element ontbreekt, gelijk b.v. in geval van krankzinnigheid.

De poging moet lichter worden gestraft dan het voltooide misdrijf, omdat zij eene minder ernstige rechtschennis bevat. Ik weet wel, dat men beweert, dat er uitzonderingen zijn, waarin de poging een ernstiger karakter draagt dan het voltooide misdrijf, maar behalve

dat eene uitzondering, zoo men althans meent dat die in dit geval kan voorkomen, wat ik ontken, den regel bevestigt, vervalt dit bezwaar in elk geval, wanneer de poging algemeen strafbaar wordt gesteld. Trouwens, heden ten dage erkent ieder deskundige, dat de poging lichter moet worden gestraft dan het voltooide misdrijf.

Vrijwillig afzien van de poging behoort dan alleen straffeloos te zijn, als zich nog niets heeft verwezenlijkt. Is dit wel het geval, dan moet naar de omstandigheden in elk bijzonder geval worden beslist, of hetgeen zich heeft verwezenlijkt als poging of als voltooid misdrijf moet worden beschouwd, of het derhalve een misdrijf betreft, waarbij poging kan voorkomen of een, waarbij zij uitgesloten is.

Eene poging kan onmogelijk zijn om het voorwerp, b.v. als iemand een ander wil doodschieten, maar deze reeds overleden was toen het schot viel, of wegens de middelen, b.v. als iemand op een ander een ongeladen geweer aanlegt. In beide gevallen moet straffeloosheid intreden, omdat zich niets heeft verwezenlijkt.

Eene onderscheiding tusschen absoluut en betrekkelijk onmogelijke voorwerpen en middelen is verwerpelijk, omdat in elk bijzonder geval het bewijs geleverd werd, dat het voorwerp of middel absoluut onmogelijk was, daar immers het misdrijf niet werd voltooid.

En toch, al moge er in een dergelijk geval nimmer van poging sprake kunnen zijn, toch is het mogelijk dat er een of ander recht geschonden is en dat die rechtsschennis straf verdient. Laat ik het gezegde met een voorbeeld toelichten. A schiet op B, het schot gaat af, maar de patroon was ongeladen of reeds uitgeschoten of hij schiet op een lijk; in beide gevallen was het onmogelijk dat het voornemen van A om een mensch te doden of te vermoorden verwezenlijkt werd; hij kan



dus niet veroordeeld worden wegens poging tot manslag of moord, maar, zoo het feit is voorgevallen op eene plaats, waar eene wet of een reglement verbiedt met vuurwapenen te verschijnen of die af te schieten, dan is hij te dier zake strafbaar.

De onderscheidingen tusschen voorbereidende handelingen en handelingen van uitvoering; tusschen voorbereidende handelingen en begin van uitvoering; tusschen voltooide en onvoltooide poging, tusschen poging en mislukt misdrijf, waarover boekdeelen zijn vol geschreven, zijn alle verwerpelijk, omdat op het terrein der rechtsspraak de eenige vraag, die beantwoord moet worden, deze is: welk besluit moet worden getrokken uit hetgeen zich verwezenlijkt heeft, bewijst hetgeen heeft plaats gehad den wil des daders om het in elk bijzonder geval ter sprake komende bepaalde misdrijf te plegen? Wanneer men de poging van uit dit eenig juiste en praktische standpunt beschouwt, dan loopt men geen gevaar, dat handelingen, die straf verdienen en welke men onmogelijk kan voorzien of vooraf omschrijven, straffeloos blijven; dan vermijdt men alle zóó moeilijke en veelal onoplosbare vragen, waartoe de uitdrukking „begin van uitvoering” aanleiding heeft gegeven; alle moeilijkheden, om het oogenblik te bepalen, vanaf hetwelk eene straf gerechtvaardigd is; dan snijdt men alle spitsvondige redeneeringen af. Men onthoude zich toch van onvruchtbare pogingen om te handhaven, wat van uit een praktisch standpunt beschouwd onhoudbaar is gebleken. Geene leer kan juist zijn, hoe geleerd zij dan ook moge schijnen, die niet voldoet aan hetgeen de practijk het recht heeft te vorderen. Wanneer ik alles samenvat, dan meen ik het recht te hebben om vol te houden, dat de practijk hier beslissen moet en dat alle omtrent dit onderwerp verkondigde leerstellingen alleen eenige waarde hebben,

voor zoover zij voor practische toepassing vatbaar zijn.

Eene bepaling of omschrijving van de poging is in een strafwetboek niet op hare plaats.

De beslissing ligt op het gebied van het strafproces, van de practijk. De rechter heeft te beslissen over de vraag, wat ter terechtzitting bewezen is; uit hetgeen bewezen is moet hij besluiten of in elk gegeven geval aan eene poging of aan een voltooid misdrijf moet worden gedacht; hij moet uit het objectieve tot het subjectieve besluiten, uit hetgeen verwezenlijkt is tot de mate van schuld. Ik kan op dit punt hier niet verder ingaan en merk dus in het voorbijgaan op, dat mijne opvatting op dit punt geheel overeenkomt met die van wijlen den hoogleeraar Dr. R. E. JOHN.

Nu men eenmaal, zij het dan ook te onrechte, in onze strafwet eene bepaling of omschrijving van de poging had opgenomen, had men ook eene bepaling of omschrijving van het voltooide misdrijf moeten geven.

Hoewel er reeds meer dan 50 jaren zijn verlopen, sedert mijn eerste geschrift omtrent het leerstuk der poging tot misdrijf het licht zag en het reeds 30 jaren geleden is, sedert ik dit onderwerp weder uitvoerig behandeld heb, blijft mijn bij die gelegenheden gevoerd betoog onverzwakt en op den tegenwoordigen tijd van toepassing, omdat het, voor zoover ik weet, nimmer bestreden is, nog veel minder wederlegd (1). Wel werd het door dezen en gene met instemming begroet en door schrijvers hier te lande, maar vooral in het buitenland zeer waardeerend besproken, maar geen enkel wetgever op het vasteland van Europa heeft zich er om bekommerd, zoo hij er al kennis van heeft genomen, wat ik betwijfel.

Ik kan mij voorstellen, al deel ik die meening niet,

---

(1) Deze geschriften heb ik hierboven in een noot vermeld.



dat men van oordeel is, dat eene bepaling of eene omschrijving der poging tot misdrijf in een strafwetboek moet worden opgenomen, maar dan had men de door mij aanbevolene behooren te volgen, die men in mijne bovenvermelde geschriften had kunnen vinden en niet die, welke gegeven werd in art. 45 1e lid van het Wetboek van Strafrecht (1).

Art. 79 van het Wetboek van Strafrecht sloot zich blijkbaar aan bij art. 45 van dat Wetboek, dat de poging tot misdrijf strafbaar verklaarde, wanneer het voornemen des daders zich door een begin van uitvoering had geopenbaard en de uitvoering alleen tengevolge van omstandigheden van zijnen wil onafhankelijk niet was voltooid door voor te schrijven, dat aanslag bestaat, zoodra eene strafbare poging tot het voorgenomen feit aanwezig is.

Art. 2 der wet heeft art. 79 aldus gewijzigd, dat het thans luidt: Aanslag tot een feit bestaat, zoodra het voornemen des daders zich door een begin van uitvoering, in den zin van art. 45, heeft geopenbaard.

Dit artikel heeft tot eene breedvoerige schriftelijke en mondelinge gedachtenwisseling aanleiding gegeven, waarvan de inhoud niet aan den omvang beantwoordt en waarbij geen enkel nieuw argument is aangevoerd, geen enkel nieuw gezichtspunt is geopend, maar waarbij de oude twistvragen weder eens naar voren zijn gebracht. Dit was een gevolg van het feit, dat men art. 45 ongewijzigd had gelaten en tusschen dat artikel en art. 79 een nauw verband had gelegd.

---

(1) Art. 45, 1<sup>o</sup>. lid luidt: Poging tot misdrijf is strafbaar, wanneer het voornemen des daders zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard en de uitvoering alleen ten gevolge van omstandigheden van zijnen wil onafhankelijk niet is voltooid.

De oplossing is allerminst bevredigend. Vooreerst is de uitdrukking „begin van uitvoering” verwerpelijk, gelijk ik hierboven uitvoerig heb aangetoond en in de tweede plaats doet het niets ter zake waardoor de uitvoering van het misdrijf niet is voltooid, maar of zij niet is voltooid.

Maar men heeft nu eenmaal art. 45 ongewijzigd gelaten en daarmee moet dus worden gerekend, maar ook dan acht ik art. 79 verwerpelijk, zoowel in zijn ongewijzigden als in zijn gewijzigden vorm en dan acht ik de nieuwe redactie nog slechter dan de oude, omdat er geen aanslag kan bestaan, die niet op eenig feit is gericht en omdat onze wet bij de poging geen ander begin van uitvoering kent, dan die in art. 45 omschreven.

Maar er is meer. De geheele gedachtenwisseling over de poging had achterwege kunnen blijven, want wij bevinden ons hier op een terrein, waarvan de poging is uitgesloten, namelijk op dat der bijzondere misdrijven. Dat blijkt zonneklaar uit B. II T. I van het Wetboek van Strafrecht, waar in meer dan één artikel de aanslag als zoodanig wordt strafbaar gesteld.

Had men het woord „aanslag” willen omschrijven of bepalen, dan had men op de taalkundige beteekenis behooren te letten en b.v. de volgende omschrijving kunnen kiezen: „Onder aanslag wordt verstaan het in gereedheid brengen of voorbereiden van een plan ondernomen met het oogmerk” enz.

Nog zij opgemerkt, dat een aanslag door één persoon kan geschieden, terwijl voor samenspanning altijd twee of meer personen gevorderd worden.

Ik merk, alvorens verder te gaan, nog op dat bij deze wet bijzondere zelfstandige misdrijven zijn strafbaar gesteld.

Art. 3 bevat de nieuwe bepaling, dat onder omwenteling



wordt verstaan het vernietigen of op onwettige wijze veranderen van den grondwettigen regeeringsvorm of de orde van troonopvolging.

Dit artikel geeft mij aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Terecht wordt hier het woord „omwenteling” gebezigd omdat in eene Nederlandsche wet Nederlandsche woorden en uitdrukkingen moeten worden gebezigd en het gebruik van vreemde woorden alleen gerechtvaardigd is, als zij burgerrecht in onze taal hebben verkregen of als er geen Nederlandsch woord bestaat, dat de beteekenis van den te bezigen term duidelijk wedergeeft. Het is zeer te betreuren, dat men, hoewel in de wet zelve van omwenteling gewagende, echter in het opschrift boven de wet van „revolutionnaire woelingen” spreekt, terwijl men had moeten zeggen „omwentelingsgezinde woelingen” of „woelingen, door omwentelingsgezinden veroorzaakt of verwekt”.

De redactie van dit artikel is blijkbaar gekozen in overeenstemming met die van artikel 94 van het Wetboek van Strafrecht. Diensondanks is zij niet juist, want omwenteling beteekent taalkundig gewelddadige omverwerping der bestaande orde van zaken. Dit omvat alles.

De wet had even goed kunnen zeggen: de feiten in artikel 94 vermeld worden als omwenteling beschouwd, want hierop komt het toch eigenlijk neder. De wetgever ontging op die wijze de moeilijkheid om een nieuw artikel in de wet op te nemen. Wanneer hij de taalkundige beteekenis van het woord „omwenteling” had gehuldigd, wat hij had behooren te doen, dan had hij, omdat het hier het meest omvattend begin gold, een nieuw artikel moeten toevoegen aan art. 92, het eerste artikel van B. II T. I. *Misdrijven tegen de veiligheid van den staat*, ongeveer van dezen inhoud:

De aanslag ondernomen met het oogmerk om de bestaande orde van zaken op gewelddadige wijze omver te werpen, wordt gestraft met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren.

Hoogstwaarschijnlijk heeft de wetgever niet gedacht aan hetgeen ik omtrent art. 3 der wet heb in het midden gebracht, anders zoude daarvan wel iets zijn gebleken.

Art. 4 bevat eene gewijzigde lezing van art. 96 van het Wetboek van Strafrecht. Het begint met de woorden van dat artikel over te nemen en bepaalt vervolgens straf tegen eenige feiten, die zich reeds in de practijk hebben voorgedaan of zich vermoedelijk zullen, althans kunnen voordoen. Het zijn alle voorbereidende handelingen, die als bijzondere, zelfstandige misdrijven worden beschouwd. Ik beschouw deze bepalingen als belangrijke verbeteringen en, daar de bepalingen zeer duidelijk zijn, acht ik het niet noodig daarbij langer stil te staan.

De slotbepaling van art. 4 luidt: Niet strafbaar is hij, van wien blijkt, dat zijn oogmerk niet gericht is op het voorbereiden of bevorderen van staatkundige veranderingen in algemeenen zin.

Deze bepaling ontsiert de wet. Zij is geheel overbodig. Immers volgens de bepalingen van dit artikel is alleen strafbaar hij, die zich schuldig maakt aan een der vermelde feiten. Het is derhalve onmogelijk, dat eene vervolging wordt ingesteld en eene veroordeeling uitgesproken ter zake der in die slotbepaling bedoelde feiten. Bovendien heeft men hier geheel uit het oog verloren, dat in eene strafwet alleen bij uitzondering behoort te worden vermeld, dat een of ander feit niet strafbaar is. Twee voorbeelden mogen dit duidelijk maken.

Een krankzinnige, die een feit pleegt, bij de wet strafbaar gesteld, is niet strafbaar, omdat het subjectieve element van het misdrijf, de schuld ontbreekt. Iemand pleegt,



ter wettige zelfverdediging een feit, bij de wet strafbaar gesteld. Hij is niet strafbaar, omdat hier geen schuld is, omdat hier bijzondere omstandigheden tot recht maken wat in den regel onrecht is.

Tegen het maximum der straf in dit artikel heeft men bezwaar gemaakt. Dit bezwaar acht ik geheel ongegrond. Afgezien van de vraag, die mij voorkomt van minder gewicht te zijn, of dit maximum te hoog is in verhouding tot de maxima, op andere misdrijven gesteld, dient men niet te vergeten, dat onze strafwet een algemeen minimum van straf bevat en de rechter dus, waar het gevangenisstraf geldt, één dag kan opleggen en te weten, wat aan ieder, die op de hoogte van het strafproces is, bekend is, dat de rechter bijna nimmer het maximum der gevangenisstraf toepast.

De bijzondere, zelfstandige misdrijven, in het bij art. 5 der wet in een nieuw art. 97a omschreven, hebben alle op omwenteling betrekking. Aanleiding tot het vaststellen dier bepalingen gaven feiten, die zich in de praktijk hebben voorgedaan en waarop naar mijn oordeel terecht straf is gesteld. Terwijl vroeger alleen de verstandhouding met eene buitenlandsche mogendheid in de termen der strafwet viel, zal voortaan terecht ook strafbaar zijn het in verstandhouding treden met een in het buitenland gevestigd persoon of lichaam.

Men heeft ook de vraag gesteld of het wel geoorloofd was voorwerpen, die niet aan den dader toebehoorden, verbeurd te verklaren. Dat is echter niet de vraag, maar alleen, of met een voorwerp of met betrekking tot een voorwerp een der in dit artikel bedoelde misdrijven is gepleegd. Vrees voor onrechtvaardige toepassing is bovendien uitgesloten, omdat de verbeurdverklaring facultatief, niet imperatief is.

De nieuwe redactie van de artt. 131 en 132, in de artt. 6 en 7 der wet opgenomen, waarbij opruiing tot

gewelddadig optreden tegen het openbaar gezag wordt strafbaar gesteld, acht ik eene belangrijke en noodzakelijke aanvulling van de bepalingen op dit punt van het Wetboek van Strafrecht.

Omtrent de wijziging van art. 8 van het Wetboek van Strafvordering in art. 8 der wet valt alleen op te merken, dat zij noodzakelijk was ten einde zich de uitvoering der wet te verzekeren.

Zijn de feiten, op welke deze wet straf heeft bepaald, inderdaad als misdrijven te beschouwen? Ik beantwoord die vraag bevestigend, omdat de nadeelige indruk, door die feiten gemaakt, noch stoffelijk, noch geldelijk, maar alleen geestelijk te schatten is en dus noch door herstel in den vorigen toestand, noch door schadevergoeding, maar alleen door straf is weg te nemen (1).

#### *Wantrouwen in de rechterlijke macht*

Nog ééne vraag ten slotte, die beantwoording eischt.

Bestaat er eenige grond voor het bij de behandeling dezer Wet herhaaldelijk uitgesproken wantrouwen in de rechterlijke macht?

Ik ben gedurende meer dan 42 jaren lid der rechterlijke macht geweest, achtereenvolgens bij de rechtbanken te Arnhem, te Almelo en te Groningen en heb gedurende dien tijd de betrekkingen vervuld van substituut-griffier, rechter, vice-president en president. Ik ben dus zeer stellig bevoegd en in staat om een beslist oordeel uit te spreken. En dan kan ik op grond mijner ervaring verklaren, dat de rechterlijke macht in Nederland de zaken, die aan

---

(1) Dit onderwerp is door mij uitvoerig behandeld, in mijne *Esquisse du droit pénal actuel dans les Pays-Bas et à l'étranger*, T. I., blz. 89—408.



haar oordeel worden onderworpen, met groote nauwgezetheid onderzocht; dat zij zeer angstvallig is, waar het in strafzaken de vraag geldt of het bewijs van het te laste gelegde geleverd is; dat dientengevolge dikwijls personen, van wier schuld men overtuigd is, worden vrijgesproken; dat veroordeelingen tot zware straffen tot de uitzonderingen behooren en dat, waar de Wet dat toelaat, dikwijls geldboeten worden opgelegd.

Allerminst is er grond voor dat wantrouwen, waar het de toepassing dezer Wet geldt. Immers juist waar het de feiten betreft, bij deze Wet strafbaar gesteld, staat het vast, dat geen ambtenaar van het Openbaar Ministerie in Nederland eene vervolging zal instellen, tenzij hij van eene veroordeeling zeker zij.

Ook het wantrouwen tegen de burgemeesters, in hunne hoedanigheid van hulpofficieren van justitie uitgesproken mist elken grond, omdat, wat ieder, die op de hoogte der zaak is, weet, die ambtenaren in twijfelachtige gevallen altijd in overleg handelen met het parket.

Welke redenen kunnen er nu zijn, die tot verklaring van dat ongegronde wantrouwen en van het verzet tegen deze Wet kunnen strekken?

Drie, bedrieg ik mij niet: ten eerste de vrees, dat men zelf nog eens met den strafrechter in aanraking zal komen; ten tweede de wensch om te kunnen laten en doen wat men wil, zoo vrij te zijn, gelijk men wel eens zegt, als vroeger de Schotten in Frankrijk waren en ten derde schromelijke onkunde. Mij komt het voor, dat onkunde de hoofdreden is. Iedereen meent van alles verstand te hebben en de moeilijke kunst van wetgeving te verstaan.

Grenzenlooze oppervlakkigheid kan alleen het verzet tegen deze Wet verklaren, tenzij men denke aan kwade trouw, maar deze mag niet verondersteld, doch moet beezen worden.

*Slotopmerking*

Ik eindig met den wensch, dat mijne opmerkingen over deze Wet, voor wier totstandkoming aan onzen tegenwoordigen Minister van Justitie hulde moet worden gebracht, er iets toe mogen bijdragen om hare belangrijkheid, haar gewicht beter te doen beseffen.



## **Strekking en werking van art. 1230 B. W.**

DOOR

Mr. J. EGGENS

---

### I

De belangrijkste vraag, waartoe dit artikel in de praktijk heeft aanleiding gegeven: of hij, die tengevolge van verkoop krachtens art. 1223, 2de lid, B. W., eigenaar is geworden van het verhypothekerde goed, het in den regel gemaakte beding — meer of minder streng en uitgebreid geformuleerd, doch kortweg genaamd: — van niet verhuren, tegen den huurder mag inroepen, en dien huurder tot ontruiming kan noodzaken, wordt door jurisprudentie en litteratuur nu eens bevestigend, dan weer ontkennend beantwoord, en voor beide oplossingen worden de meest verschillende gronden aangevoerd.

De oorzaak hiervan is niet moeilijk te vinden: de wetgever heeft „de leer der nulliteiten in het burgerlijk recht” — om met VAN HAMEL te spreken (1) — niet systematisch behandeld; hij had er blijkbaar geen erg heldere voorstelling van, en heeft bij de meeste onderwerpen, waar hij eene handeling hare normale gevolgen, of een deel daarvan, wilde doen missen, zich tevreden gesteld met te bepalen, dat de handeling „nietig”, „van rechtswege nietig” was, dat „de nietigheid daarvan kan worden ingeroepen” — of iets dergelijks — zonder uit te maken, wat de gevolgen dier afkeuring zouden zijn,

---

(1) J. A. VAN HAMEL, De leer der nulliteiten in het burgerlijk recht, Ac. Prfschrift, A'dam 1902.

wie zich op die nietigheid zou kunnen beroepen, en hoe dit beroep zou moeten worden gedaan.

Hoewel art. 1230 niet uitdrukkelijk van nietigheid spreekt, zal wel niet worden betwist, dat we ook hier met eene „nulliteit” te doen hebben in den zin der wet, en ook in dit geval betracht de wet de uiterste soberheid, door alleen te bepalen, dat het bedoelde beding niet alleen verbindend is tusschen de partijen, maar ook tegen den huurder kan worden ingeroepen door den schuldeischer, die zoodanig beding op de openbare registers zal hebben doen aanteekenen, welk laatste natuurlijk in de praktijk altijd geschiedt.

Ik ben het met VAN HAMEL (1) eens, dat we er niet erg rouwig over behoeven te zijn, dat de wet ons eene aparte, systematische behandeling der nietigheden onthouden heeft, daar deze, geabstraheerd van het bijzondere geval, allicht dogmatisch ware uitgevallen, zoodat niet-bestaan, het ontbreken van alle gevolgen der handeling, als de kenmerkende werking van iedere nietigheidsbepaling zou zijn aangeduid. Ook dan zou de natuur wel sterker gebleken zijn dan de leer, en zou, in de bijzondere gevallen, de algemeene regel wel zijn verzacht, maar deze regel zou in de wet staan, en den uitlegger beletten in die verzachting iets anders dan uitzondering te zien.

Thans zijn we niet gebonden aan dien abstracten, absoluten nietigheids-regel, want in de — schaarsche — gevallen, dat de wet de gevolgen eener nulliteit behandelt, blijkt, dat, ook al gaat zij van eene van rechtswege intredende nietigheid uit, soms meer, soms minder — maar toch altijd eenige — gevolgen van de afgekeurde handeling worden erkend en gesanctionneerd, zoodat we

(1) Aangeh. w. blz. 26 en 27.



nu ook de niet uitgewerkte gevallen daarmede op één lijn mogen stellen, en ons mogen afvragen, in hoeverre ook daar de handeling, in verband met de meerdere of mindere beperktheid van strekking van den nietigheidsregel, hare normale gevolgen kan hebben.

Dat de werking der nietigheidsbepalingen moet worden getoetst aan en beperkt naar hare strekking in ieder bijzonder geval, is overtuigend aangetoond door VAN HAMEL in zijn aangehaald proefschrift (1), en hiervan ga ik dan ook uit bij de beantwoording van de vraag, in den aanvang van dit opstel gesteld. Vooraf zullen echter kortelijk dienen te worden behandeld de aard van het hypotheekrecht en de beteekenis en de strekking van het verhuringsverbod. Nadat de gevolgen van overtreding van dit verbod zijn vastgesteld, zullen deze worden getoetst aan de werking van soortgelijke nulliteiten als de hier uitgesprokene bij verwante rechten. Daarbij zullen dan tevens eenige andere kwesties — alle min of meer met de hoofdvraag samenhangende — aan de orde komen.

## II

Het recht van hypotheek is een zakelijk recht op eens anders bepaalde — daartoe uitdrukkelijk verbonden — onroerende zaak, strekkende om daarop de voldoening eener schuld bij voorrang te verhalen (2).

Hypotheek is dus een zakelijk zekerheidsrecht, dat eener-

(1) Zie SCHOLTEN in zijne bewerking van ASSER'S Handleiding, 5de druk, Hz. 69 en 70, die overigens — evenals ik — VAN HAMEL'S opvatting, dat alle nulliteit eigenlijk vernietigbaarheid zou zijn, onjuist acht, welke opvatting ook door G. A. E. B. MEIJER in zijn proefschrift 'Het karakter der Pauliana naar Nederlandsch recht' wordt bestreken.

(2) Definitie van ASSER—SCHOLTEN.

zijds ten behoeve van den hypotheekhouder eene uitzondering doet ontstaan op den regel van art. 1177 B. W., en dezen hypotheekhouder dus een voorrang geeft bij concursus creditorum, anderzijds ook buiten dien concursus beteekenis heeft, — dank zij zijn zakelijk karakter en de bij onroerend goed in onze wet streng doorgevoerde mogelijkheid van handhaving daarvan tegenover derden — daar de crediteur zich door zijn recht een waarborg heeft verschafft, om het verbonden goed, *zooals het hem werd verbonden*, te allen tijde en wat er ook geschiede, te kunnen uitwinnen tot verhaal van zijne vordering.

Het hypotheekrecht neemt dus onder de *in het B. W.* behandelde jura in re aliena op onroerend goed eene geheel bijzondere plaats in; — de overige rechten geven den gerechtigde recht op genot, en dus op heerschappij, meestal (1) met uitsluiting van ieder ander, ook van den eigenaar; — het hypotheekrecht daarentegen geeft nooit recht op genot, laat dit volledig bij den eigenaar, of bij dengeen aan wien deze het wil afstaan; de hypotheekhouder heeft zich alleen de mogelijkheid geschapen — en dit is hem dan ook voldoende — om, als zijne vordering opeischbaar wordt, over het goed te kunnen beschikken, en dus *een ander* de heerschappij daarvan te verschaffen, in ruil voor den aan hem — hypotheekhouder — af te dragen koopprijs, waarmede hij zijne vordering verrekent. Zal dus de enkele daad van heerschappij door den eigenaar een inbreuk vormen op eens anders vóór dien verkregen genotsrecht, een inbreuk, die de gerechtigde, dank zij het zakelijke van zijn recht, niet behoeft te gedoogen, — den hypotheekhouder gaan deze daden

(1) Niet bij erfdienstbaarheden, en ook niet bij de *areallasten*, doch ik laat deze, ook verder, als voor mijn betoog niet van belang, ter zijde.



alleen aan, indien en voor zooverre hij daardoor in het door hem onder zekere omstandigheden geldend te maken recht van vervreemding, en verhaal uit de opbrengst, wordt geschaad. Als dit laatste echter juist is, dat ook den hypotheekhouder die daden kunnen aangaan, dan drukte ik me niet geheel zuiver uit door te zeggen, dat de eigenaar *volledig* tot genot bevoegd blijft, en ik gebruikte die formule dan ook alleen om de tegenstelling van de principale genots- (en dus den eigenaar genotontnemende) rechten tot het accessoire zekerheids- (en dus bloot vervreemdings-) recht van den hypotheekhouder scherp te doen uitkomen.

En dat het voorgaande juist is, blijkt, dunkt me, voldoende uit de wet. De eigenaar is — in beginsel — de eenige, wien het recht toekomt van zijne zaak het vrije genot te hebben, en daarover op de volstrekste wijze te beschikken (art. 625 B. W.), waarin zelfs het recht van *misbruik* ligt opgesloten. De gerechtigden tot een jus in re aliena (1) zijn allen in hun optreden beperkt door hunne verhouding tot den eigenaar.

Zie voor erfdienstbaarheden artt. 738, 740 B. W.; voor opstal 758, 759; voor erfpacht 767, 768, 771, 778, 780, 781; voor vruchtgebruik 803, 812 en volgende, 829 en volgende; voor gebruik en bewoning 865. Uit al die artikelen blijkt, dat deze gerechtigden tegenover den eigenaar de verplichtingen „van een goed huisvader” hebben in acht te nemen.

Doch ook voor den eigenaar geldt die vrijheid alleen *in beginsel*, zooals reeds uit art. 625 blijkt. Van de beperkingen, wier mogelijkheid dit artikel veronderstelt — en die van publiek- en privaatrechtelijken aard kunnen

(1) De bezitter wordt volgens de artt. 604 1<sup>o</sup>. en 605 1<sup>o</sup>. als eigenaar aangemerkt.

zijn, den *eigendom* objectief (burenrecht) en den *eigenaar* subjectief (*jura in re aliena*) kunnen binden, met en tegendiens wil kunnen ontstaan, — kunnen hier slechts enkele, uit het hypotheekrecht voortvloeiende, worden behandeld; doch voor alle geldt de opmerking, dat zij steeds moeten worden getoetst aan- en beperkt tot het redelijk belang van hem of hen, te wiens of wier behoefte zij zijn gesteld.

## III

De hypotheekhouder heeft er belang bij, dat het verbonden goed zijn volle waarde als verhaalsobject behoudt; bloot toevallige vermindering dier waarde moet hij zich getroosten (a contrario ex artt. 1251 en 1261 B. W.), zooals vermeerdering (echter ook die *door toedoen* van den schuldenaar) te zijnen voordeele komt (art. 1211 B. W.), doch handelingen van den schuldenaar, vermindering ten gevolge hebbende, behoeft hij niet te gedoogen (1). Uit de artt. 1251 en 1261 B. W. — of liever uit algemeene beginselen, zooals die in deze artikelen zijn neergelegd, — meen ik te mogen concludeeren, dat bij feitelijk wanbeheer van het bezwaarde goed door den eigenaar, door iemand van zijnentwege, of door een lateren verkrijger of zakelijk gerechtigde, niet alleen de schuldeischer eene vordering tot schadevergoeding heeft tegen den schuldenaar (waaraan hij, daar deze vordering van persoonlijken aard is, nevens zijne hoofdvordering niet veel hebben zal) (2) en tegen den lateren verkrijger of gerechtigde, doch ook dat de hypothecaire vordering dientengevolge opeischbaar zal worden (art. 1307 B. W.), wat

(1) Vergelijk hiervoor en ook voor het eerstvolgende ASSER—SCHOLTEN II, 5de druk, blz. 412 vlg.

(2) De mogelijkheid van hypotheekverleening door een derde verwaarloos ik hier en verder.



trouwens wel altijd gestipuleerd zal zijn. Overigens zal tegen hetgeen eenmaal feitelijk geschied is, niet veel te doen zijn.

De schuldenaar kan echter ook den hypotheekhouder benadeelen door aan anderen zakelijke of persoonlijke rechten ten aanzien van het verbonden goed te verleen. In het verleen van zakelijke rechten zal wel altijd een daad van beschikking zijn te zien, en voor zoover men daaraan mocht twifelen, b.v. bij het verleen van een servituut in ruil voor een als tegenpraestatie bedongen soortgelijk recht, zal in het systeem van onze wet (art. 1250 B. W.) toch gelden wat hierna voor beschikkingsdaden wordt gezegd. Het verleen van persoonlijke rechten zal practisch wel alleen bestaan in verhuren, waarover straks, en ook overigens (1) wel altijd onder beheerdaden moeten worden begrepen. Daarvoor geldt het hiervóór gezegde over eigen feitelijke daden van den eigenaar, met deze uitbreiding, dat, waar het hier betreft handelingen met of ten behoeve van derden, art. 1377 B. W. hier eventueel toepassing zal kunnen vinden (art. 1230, 2de lid). Ook bij cessie van huurpenningen, die m. i. niet kan worden gebracht onder het beding van art. 1230, waarbij de schuldenaar in zijne bevoegdheid wordt beperkt ten aanzien van de wijze, waarop hij het goed kan verhuren, zal alleen art. 1377 B. W. tegen den huurder kunnen baten, en het nu en dan wel gemaakt beding van nietigheid der cessie illusoir zijn, tenzij men mocht aannemen, dat reeds door de opneming van dit beding in het borderel — in het algemeen: door publicatie op de daarvoor aangewezen plaats — werking tegenover derden te verkrijgen is.

Wat zakelijke rechten betreft is eenerzijds de meening

---

(1) Mogelijk zou b.v. zijn verleen van het recht van bruikleen.

verkondigd, dat de eigenaar na de verkrijging van een hypotheekrecht, volkomen bevoegd blijft deze (althans erfdienstbaarheden) op het verbonden goed te vestigen, die ook bij verkoop door den hypothecairen crediteur blijven bestaan (1); anderzijds, dat hij dit recht volkomen verliest (2).

De waarheid ligt ook hier weer in het midden: zoolang de feitelijke heerschappij over het goed op behoorlijke wijze wordt gevoerd, heeft de crediteur, — die geenerlei genotsrecht heeft, — er niet mee te maken, door wien die heerschappij wordt uitgeoefend, tenzij hij anders heeft bedongen, of zijne vordering om andere redenen opeischbaar wordt; want dan moet hij zijn vervreemdingsrecht onbeperkt kunnen uitoefenen.

Dat verhypothekering niet een absoluut verbod tot het daarna vestigen van zakelijke rechten meebrengt, blijkt implicite uit art. 846 B. W., dat bedoelt en erkent een vruchtgebruik, gevestigd na het hypotheekrecht, en uit de artikelen van de vierde afdeeling van den 20sten titel, die de mogelijkheid en dus ook de geldigheid van „derde bezit” erkennen. Doch tevens blijkt uit deze artikelen (3), speciaal uit de artt. 1242 en 1243, dat de schuldeischer het recht van dien derden bezitter eenvoudig negeeren kan, en kan executeeren

(1) DIEPHUIS, Ned. Burg. Recht, deel III, blz. 539 vlg., die dit alleen zegt bij zijne behandeling der erfdienstbaarheden, doch het blijkbaar ook wil laten gelden bij andere zakelijke rechten.

(2) J. C. F. MEIJER. De verhouding tusschen hypotheek en later gevestigde zakelijke rechten. Acad. Prfschrift, A'dam 1884.

(3) Reeds D. VAN DER GOOT, De verhouding tusschen hypotheek en later gevestigde zakelijke rechten, Acad. Prfschrift, Groningen 1880, doet een beroep op art. 846, doch stelt de zaak noodeloos ingewikkeld en bovendien onjuist voor, door bij verkoop van eene stilzwijgende ontbindende voorwaarde te spreken.



alsof het goed nog aan zijn schuldenaar toebehoorde, daar dit laatste artikel hem het recht geeft, het verbonden goed, na bevel aan den schuldenaar, zonder meer, (vooral: *zonder te behoeven op te treden tegen den derden bezitter tot ontkenning van diens recht*), in beslag te nemen en te doen verkoopen. (Zie ook art. 493 R.v.).

Hier zijn we dus toe aan de werking der nulliteit, welk woord ik tot dusverre gelukkig kon vermijden te noemen, op het voetspoor der wet, die hier niet eerst eene nietigheid heeft *uitgesproken*, doch heeft volstaan met hare gevolgen te *regelen*, door eensdeels stilzwijgend de volkomen geldigheid van het derde bezit te erkennen, aan den anderen kant den hypothecairen crediteur — als hij tot executie overgaat — volkomen negatie daarvan toe te staan. De verdere omschrijving en uitwerking dezer nietigheid wil ik echter liever laten rusten, tot ik heb aangetoond, dat de regeling der vierde afdeeling ook toepasselijk is bij de vestiging van jura in re aliena en ook bij verhuur in strijd met het beding van art. 1230.

Voor de zakelijke rechten spreekt de toepasselijkheid dier afdeeling eigenlijk vanzelf: de vestiging daarvan vormt immers, zij het in mindere mate dan overdracht van eigendom, een daad van beschikking, en men zou ook de bezitters dier rechten „derde bezitters” van het goed kunnen noemen, al heeft de wet in de vierde afdeeling blijkbaar alleen aan bezit als eigenaar en niet als zakelijk gerechtigde gedacht. Voorts deed ik reeds een beroep op art. 846, en wil dit ten slotte nog doen op art. 1209 en, uit de reeds genoemde artikelen van de vierde afdeeling, speciaal op 1245.

HUMMEL (1) geeft op het voetspoor van eene Duitse wet, eene oplossing, die misschien jure constituendo de meest

(1) Prfschrift Leiden 1886.

eenvoudige en billijke zou zijn (1). Volgens hem zou de hypotheekhouder het goed te koop kunnen bieden, eerst met alle zakelijke rechten, die er na de hypotheek op mochten verleend zijn. Zoo dan geen voldoende bod werd gedaan, zou hij successievelijk de het laatst verleende zakelijke rechten mogen schrappen, en dan het goed, daarvan bevrijd, weder te koop mogen aanbieden, totdat eindelijk het bedrag toereikend zou zijn, om hem, hypotheekhouder, zijn verhaal mogelijk te maken. Uit de vermelde artikelen blijkt echter, dunkt me, duidelijk, dat deze solutie niet alleen praeter legem, maar ook contra legem is. En eveneens blijkt er uit, dat de executeerende hypotheekhouder niet eerst behoeft aan te toonen, dat het goed, ten gevolge der vestiging van latere zakelijke rechten, niet meer voldoende waarde bezit als verhaals-object. Alleen in één geval laat de wet het omgekeerde toe: als de derde bezitter van een gedeelte der verbonden goederen bewijst, dat de schuldenaar zelf nog voldoende voor dezelfde schuld verbonden goederen bezit (art. 1244 B. W.). Maar zoodra het betreft één goed, waarvan „een of meerdere gedeelten tot derde bezitters mogten zijn overgegaan”, houdt ook deze bevoegdheid op. Zou voor een goed, waarop een of meerdere zakelijke rechten gelegd zijn, wat anders gelden?

## IV

En nu het beding van 1230.

De exploitatie van een goed, dat men niet zelf gebruikt, bestaat vrijwel uitsluitend in verhuring, waarin eene

(1) Daar dan nog verder zou zijn doorgevoerd het beginsel, dat de eigenaar alleen in zijne beschikkingsbevoegdheid wordt beperkt, voor zoover hij daardoor het recht van den hypotheekhouder benadeelt (eene nog meer *relatieve* nietigheid dus).



zuivere beheersdaad is te zien, en waarop — zonder de bepaling van het eerste lid van art. 1230 — het hiervóór omtrent die beheersdaden in verband met het recht van den hypotheekhouder gezegde, in het algemeen toepasselijk zou zijn. In het algemeen, — want op dit beginsel wordt ingewerkt door art. 1612 B. W. dat het recht van den huurder wel niet tot zakelijk recht verheven, maar het toch eenige zakelijke werking verleend heeft.

Dit artikel eischt immers, evenals of huur een zakelijk recht ware, eerbiediging van het eerst gevestigde huurrecht door den lateren verkrijger of zakelijk gerechtigde (1), welke laatste ook hier weer — althans wat het genotsrecht van den huurder betreft — volkomen kan worden genegeerd). En het zou dan ook de vraag zijn, als de wetgever art. 1230 B. W. niet had opgenomen, of op art. 1612 niet met vrucht een beroep zou kunnen worden gedaan om te beweren, dat de executeerende hypotheekhouder, evenals later gevestigde zakelijke rechten, ook het persoonlijk recht van huur met zijne zakelijke werking zou kunnen negeeren.

Terecht heeft in ieder geval de wetgever gemeend op grond van dit tweeslachtige karakter van het huurrecht, daarvoor eene afzonderlijke regeling te moeten geven. Daarom mag men als gevolg van deze regeling aannemen, dat als niet het beding van 1230 is gemaakt, verhuring als beheersdaad moet worden beschouwd, en door den hypotheekhouder moet worden geëerbiedigd (2), doch eveneens, dat, als wèl dit beding is gemaakt, en aange- teekend op de registers, en daardoor tot deel van het

(1) Dat art. 1612 bij elke vervreemding geldt, wordt algemeen aangenomen; ook te dezer plaatse meen ik daarmede vestiging van zakelijke rechten op één lijn te mogen stellen.

(2) Tenzij het 2de lid van het artikel toepassing vindt, en behoudens eventueel zijn recht op schadevergoeding (zie hiervóór).

zakelijk recht gestempeld (1) — dus practisch *altijd* — de hypotheekhouder het latere huurrecht op denzelfden voet als een later gevestigd zakelijk recht kan behandelen en dit dus bij vervreemding eenvoudig kan negeeren.

## V

Ik ben in het voorafgaande met opzet niet uitgegaan van eene aprioristische onderscheiding der soorten van nietigheid. Ik kon dat hier te eerder nalaten, wijl de wet in een soortgelijk geval, als het door mij behandelde, in het door art. 1242 B. W. geregelde, eene eenvoudige oplossing heeft gegeven, zonder zich om de soort der nietigheid te bekommeren.

Gelukkig, want of den wetgever een algemeen systeem gelukt ware, tegelijk zoo duidelijk, en zoo soepel, dat ieder nietigheidsgeval, met zijn telkens andere uitwerking eischende gevolgen, daarin hadde gepast, lijkt mij hoogst twijfelachtig. Ten slotte meende ik ook dáárom van onderop te moeten beginnen, en de nietigheidssoorten eerst aan het slot van mijn betoog, alleen ter verkrijging van een overzicht, bij soortgelijke figuren, als de hier behandelde, te moeten aanroeren, omdat, naar mijne overtuiging, de wetgever zich ook art. 1230 niet heeft gedacht als onderdeel van een bepaald systeem. Voor die opvatting pleit toch vooral het feit, dat het artikel — evenals het beruchte 1223 — eerst later in de wet is ingelascht.

Immers eerst na herhaalden aandrang (2) heeft de

(1) Deze zakelijke werking van het beding wordt tegenwoordig vrijwel algemeen aangenomen ten aanzien van derde bezitters, evenals die van de onherroepelijke volmacht van art. 1223, 2de lid, B. W.

(2) Zie VOORDUIN IV, blz. 568 vlg.; ook L. W. VAN KLEFFENS, over de bedingen bij hypotheek, enz. Acad. Prfschrift, Groningen 1861, blz. 75 vlg.



regeering het tegenwoordige artikel voorgesteld, of liever eene bijna gelijkkluidende redactie, want in plaats van de woorden „tegen den huurder kunnen worden ingeroepen” stond er eerst „aan den huurder kunnen worden tegen-  
geworpen”. Deze verandering is aangebracht om duidelijk te doen uitkomen, dat beroep op het beding zoowel bij actie als bij exceptie zou mogelijk zijn. Meer dan de *mogelijkheid* van actief optreden door den schuldeischer is dus niet bedoeld, — volgens mij dus niet meer dan de mogelijkheid van het vragen eener sententia mere declaratoria (1) — en uitdrukkelijk heeft men exceptief verweer willen toelaten; wel wordt gezegd, dat dit inroepen kan geschieden door den schuldeischer, maar de beteekenis van die beperking wordt duidelijk uit de memorie van toelichting: „het (d.i. het beding) geldt alleen ten behoeve van *dien* schuldeischer”, „dien” kapitaal gedrukt (2), waarmede dus alleen werd te kennen gegeven, dat de wetgever door deze redactie er voor wilde waken, dat andere schuldeischers zouden trachten munt uit het beding te slaan, maar waaruit niet mag worden afgeleid, dat de wetgever bewust het beroep op het beding tot den „schuldeischer persoonlijk” heeft willen beperken.

Uit de memorie van toelichting en uit de behandeling

(1) Neemt men met mij aan, dat alleen de koper ontruiming kan vragen (zoo klaarblijkelijk Rb. Dordrecht in haar vonnis van 2 Februari 1916, W. 10122, N. J. 1916, blz. 537, dat zooveel stof heeft doen opwaaien in W. P. N. R. nos. 2491, 2498, 2502 en 2508), dan zal het ook alleen deze zijn, die zich bij exceptie op het beding kan beroepen — eene positie, waarin de hypotheekhouder dit naar deze opvatting zou kunnen doen, kan ik mij ten minste niet voorstellen. Trouwens actief optreden van dezen heeft alleen dan eenig belang, wanneer hij bang is, dat bewijsmiddelen zullen te loor gaan, b.v. dat de koper later niet meer zou kunnen slagen in het bewijs, dat eene geantidateerde huur was aangegaan na de vestiging der hypotheek.

(2) VAN KLEFFENS a. w., blz. 83 en 84.

van het artikel blijkt duidelijk, dat men alleen bewust heeft gewild: bescherming van den hypotheekhouder, die tot verkoop overgaat, zonder dat deze uitdrukkelijk eene actie tot vernietiging van de in strijd met zijn beding aangegane huur zou behoeven in te stellen. Meer heeft men zich niet voor oogen gesteld, en meer dan ook niet geregeld, en de strekking van de bepaling wordt totaal miskend, door aan te nemen, eenerzijds, dat ook anders dan met het oog op verkoop door den hypotheekhouder de geldigheid der huur kan worden betwist, anderzijds, dat alleen de hypotheekhouder, dus vóór den verkoop, 't zij eischende of verwerende, *maar dan toch altijd in een geding*, dit zou kunnen doen, daar hij dan in al die gevallen, dat hij van een huur, strijdig met zijn beding, niet wist, en niet kón weten, niet zou worden beschermd. Wanneer we zien, hoe na eene honderdjarige ervaring de wetgever zich nog steeds dikwijls onnauwkeurig en duister uitdrukt — vooral bij wijzigingen, aangebracht in een bestaand ontwerp, — dan lijkt het me verstandig bij de interpretatie der wet de regelen omtrent de uitlegging der overeenkomsten niet uit het oog te verliezen, uit welke laatste blijkt, dat de wetgever wijselijk zich bewust was van de onvolkomenheid der menschelijke uitdrukkingsmiddelen (1).

Wel zal natuurlijk de hypotheekhouder van zijn wil om de verboden huur niet te eerbiedigen moeten doen blijken, want als hij die eerbiediging wél wil, staat niets de geldigheid dier huur in den weg, daar het verbod alleen in zijn belang is geschreven, evenals dan ook, wanneer de verkoop niet doorgaat, doordat de debiteur betaalt, de huur volkomen geldig zal zijn. Maar zooals in het geval van art. 1243 de wet dien wil voldoende tot

(1) De artt. 1378 vlg. B. W. illustreeren zelve deze onvolkomenheid vrij duidelijk.



uiting gekomen acht door een beslag, alsof er geen derde bezitter ware, doordat dus de hypotheekhouder het goed aanbiedt „in vrij genot te aanvaarden bij het betalen der kooppenningen”, zoo zal ook hier — en ook bij later gevestigde zakelijke rechten — die wil op geheel dezelfde wijze voldoende duidelijk tot uiting komen; alleen zal het hier dan wel luiden: „vrij van huur” — of „vrij van zakelijke rechten — te aanvaarden”, enz. (1) en dank zij dit eenvoudige beroep wordt het goed vrij van huur enz. verkocht, en kan dus de koper den huurder tot ont-ruiming noodzaken (2). (Art. 1354 B. W. zal, als men behalve de logica dezer constructie nog eene uitdrukke-lijke wetsbepaling wil, hier toepassing kunnen vinden, daar de hypotheekhouder krachtens eigen recht — al of niet aan den eigenaar ontleend (zie hierna onder VI) — verkoopt, en dus den eigendom overdraagt „zooals deze tegenover hem bestaat”, gelijk SCHOLTEN het zeer juist uitdrukt [3].) En hetzelfde beginsel zal gelden, als

(1) Het lijkt mij twijfelachtig, of de uitspraak van de rechtbank te Utrecht van 11 Januari 1911, W. 9185, waarin ligt opgesloten, dat de hypotheekhouder niet gebonden is aan de in de aankondiging van den openbaren verkoop door den notaris voorkomende mededeeling, dat het perceel verhuurd is voor X gulden per jaar tot 1 Mei 1911, wel juist is, want al moge men aannemen, dat de notaris bij het redigee-ren en publiceeren der veilingsbedingen niet handelt als lasthebber van zijnen opdrachtgever, maar dat hij ook daarbij handelt als ambtenaar, hij is toch de vertegenwoordiger van dien opdrachtgever, en bindt dezen daarom voor alle handelingen, binnen den kring zijner vertegenwoordigingsbevoegdheid verricht.

(2) Wil men altijd een vonnis, dat de nietigheid constateert, dan zal dat nu te pas komen, als de koper de revindicatie instelt, en de huurder zijn huuracte in het geding brengt (eerst na den verkoop is er iemand, die — als gerechtigd tot het genot — er belang bij heeft, den feitelijken toestand in overeenstemming te doen brengen met den rechtstoestand).

(3) a. w. blz. 416.

de eigenaar in zijn verhuurrecht wordt beperkt op een der andere wijzen, in art. 1230 vermeld, die ik tot dusverre niet uitdrukkelijk noemde, en die niet zooveel zullen voorkomen, daar de crediteur — de sterkste der beide partijen — zijne macht zal doen gelden zoover hij kan en dus bij de acte verhuur zonder zijne toestemming kortweg zal uitsluiten. Maar als het geval zich voordoet, zal de hypotheekhouder eveneens kunnen voorbijgaan eene huur „op andere wijze” gesloten, of voor zoover zij was aangegaan voor langeren termijn (1), dan den eigenaar was toegestaan. En indien vooruitbetaling van huurpenningen verboden is, zal hij kunnen verkoopen: „verhuurd voor X gulden per jaar, te betalen halfjaarlijks op 1 Januari en 1 Juli”, waardoor de vooruitbetaling te zijnen aanzien als niet geschied zal zijn te beschouwen, en de koper op den eersten vervaldag zijne kwitantie zal mogen presenteerden.

## VI

Nu zal men het voorafgaande misschien willen aannemen, als de hypotheekhouder op de gewone wijze, — of liever, dank zij het altijd gemaakte beding van art. 1223, 2de lid, ongewone wijze, — executeert (2).

Doch geldt het gezegde nu ook, als volgens het 2de lid van art. 1223 wordt verkocht?

(1) . Zoo, zij het op anderen grond, Rb. 's-Hertogenbosch 30 Maart 1917, W. 10200, N. J. 1917, blz. 4154.

(2) Hoe op art. 535 Rv. een beroep voor het tegendeel kan worden gedaan, zooals wel is geschied, (VAN KLEFFENS, Acad. Prfschrift, blz. 82 en 83), is mij niet duidelijk, daar dit artikel — tegenovergesteld beginsel aan dat van art. 576 Rv. — alleen in herinnering brengt den regel van art. 639 B. W., die toch ook niet zal beletten, dat de geëxecuteerde volgens het 2de lid van art. 529 Rv. tot ont ruiming kan worden genoodzaakt, al is die geëxecuteerde de derde bezitter van art. 1243 B. W. of de vruchtgebruiker van art. 846 B. W.



Veelal heet de vaste jurisprudentie van den H. R. omtrent dit artikel een bezwaar, al heeft men, gevoelende dat de koper móést worden geholpen, eene vernuftige redeneering uitgedacht om hem uit den brand te helpen. Men acht immers wel den koper krachtens art. 1438<sup>2</sup>, B. W. gesubrogeerd in het recht van den hypotheekhouder, om zich op het verhuringsverbod te beroepen.

Dat dit artikel echter niet voor dergelijke hulpverleeningen is geschreven, is, dunkt me, voldoende duidelijk aangetoond door SCHOLTEN (1) en ook vroeger reeds door anderen betoogd. En op denzelfden grond zal m. i. ook het door A. VAN DER VALK in *W. P. N. R.* n<sup>o</sup>. 2502 voorgestelde middel van contractueele subrogatie van den koper door den hypotheekhouder bij de kwijting der kooppenningen, niet kunnen baten.

Maar, naar ik meen, hebben we een dergelijke gekunstelde constructie niet noodig, om, ook in de lijn, door den H. R. getrokken, tot eene goede oplossing te komen. Want al is in de verleening der bevoegdheid tot vervreemden eene volmacht, eene procuratio te zien, ook de H. R. erkent dat dit is eene procuratio *in rem suam*, ten eigen behoefte, waardoor zij, naar herhaaldelijk is beslist, een geheel ander karakter krijgt, dan de gewone, welke laatste ik alleen naar den *vorm* hier aanwezig acht (2).

---

(1) a. w. blz. 415 en 416.

(2) Vergelijk Mrs. HARTOGH en COSMAN, de Wet van 7 Juli 1896, blz. 162: «Wij mogen den strijd ten onzent gevoerd over het rechtskarakter, hetwelk aan de onherroepelijke volmacht moet worden toegekend, als bekend veronderstellen. Maar zelfs indien men medegaat met het door den Hoogen Raad gehuldigde stelsel, dat «die machtiging in zoverre den aard van lastgeving heeft, dat de hypothecaire schuldeischer, hoezeer handelende in zijn eigen belang, zulks niet doet als eigenaar, maar krachtens een recht, aan den eigenaar ontleend, en

Ook art. 1223, lid 2 is — evenals 1230 — eerst later in de wet opgenomen. Ook hier is een beginsel gesteld, dat niet nader is uitgewerkt, en dat om historische redenen een zoo onduidelijke formulering heeft gekregen, maar ook hier is duidelijk de bedoeling: den hypotheekhouder te ontheffen van de verplichting beslag te moeten gaan leggen, waar zijn recht (behalve dat het voorrang geeft) eigenlijk niets anders dan een beslagsrecht is, en hernieuwd beslag dus niets anders dan eene overbodige formaliteit zou wezen. Ik zou dan ook verder willen gaan dan de gewone opvatting doet, — wellicht ook verder dan de H. R., hoewel ik meen, dat dit bij zijne constructie niet noodig is, — die alleen dan de gewone volmachtsgevolgen verwerpt, als deze ongerijmd zouden worden, maar deze overigens aanvaardt (1), en zoodoende hinkt op twee gedachten. Volgens mij gelden hier in het algemeen de gewone regelen van executie, ook dus art. 529 2e lid Rechtsvordering, en, waar verder de gewone executant niet tot feitelijke levering en vrijwaring gehouden is — wat ik hier niet nader kan toelichten — zal men voor dezen verkoop hetzelfde moeten aannemen.

## VII

Ongezocht kwamen reeds ter sprake de meest nabij liggende van de hiervoor bedoelde verwante figuren: de

mitsdien als vertegenwoordiger van dezen» (arr. H. R. 8 Juni 1894, W. 6510) — dan nog heeft die machtiging een zóó eigensardig karakter, dat de schuldeischer zijn recht uitoefent onafhankelijk van den rechtstoestand, waarin de schuldenaar zich na het verleenen der hypotheek, op het tijdstip, waarop van haar wordt gebruik gemaakt, mocht bevinden. Die machtiging eindigt n.l. door curateele noch faillissement, evenmin door het huwelijk der schuldenaresse, zelfs niet door den dood van den lastgever.»

(1) Zie b.v. voor eene ontruimingskwestie Hof 's-Hertogenbosch 16 October 1917, W. 10226; N. J. 1918, blz. 358.



beslagen, die van hypotheek hoofdzakelijk alleen hierin verschillen, dat ze gelegd kunnen worden buiten en tegen den wil van den debiteur, en vooral daarin, dat er bij de beslagen, — speciaal bij executoriaal beslag, dat eigenlijk al een begin van executie is — veel meer kans is, dat tot executie zal worden overgegaan, dan bij hypotheek. De hypotheekschuld wordt gewoonlijk toch vrijwillig gekweten. In ieder geval volgt de executie bij beslag altijd binnen korten termijn, bij hypotheek daarentegen dikwijls eerst geruimen tijd na de vestiging van het recht.

Dit laatste zal dan ook wel mede de reden zijn, dat in het 4de lid van art. 505 Rv. verhuuren met vervreemden en hypothekeeren op één lijn wordt gesteld, terwijl art. 1230 deze gelijkstelling alleen door uitdrukkelijk beding mogelijk maakt. Maar overigens is deze bepaling van geheel dezelfde strekking als art. 1230. Niet zoo duidelijk is hier die strekking, als in art. 1243 B. W. weergegeven, daar de wetgever hier halverwege is blijven staan, zooals hij ginds halverwege is begonnen, hier alleen den regel stelt, die ginds wordt verondersteld, en daarom alleen uitgewerkt. Maar duidelijker dan in art. 1230 (immers negatief geformuleerd) staat hier hetzelfde beginsel in de nieuwe redactie van het 4de lid van art. 505, dat de executant later verleende rechten eenvoudig kan negeeren, zooals dit uitdrukkelijk stond vermeld in de slotwoorden van art. 692 C. de Pr. C., waaraan art. 505 is ontleend, en dat luidt: „La partie saisie ne peut, à compter du jour de la dénonciation à elle faite de la saisie, aliéner les immeubles, à peine de nullité et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer (1).

(1) Dit artikel bewijst, dat reeds de Fransche wet niet altijd een vonnis van nietigverklaring noodig achtte, en dat VAN HAMEL's, vrijwel zonder motiveering gegeven, bewering, dat een dergelijk vonnis — zij dit dan ook altijd slechts een declaratoir — wel altijd noodig zou zijn (a. w. blz. 41) onjuist is. De onjuistheid dezer opvatting wordt ook aangetoond door Mr. G. A. E. B. MEIJER, a. w. blz. 30 vlg.

Nu zal men mij willen tegenvoeren, dat onze wetgever is afgeweken van zijn voorbeeld, en dat naar de meest gehuldigde opvatting met deze afwijking juist werd bedoeld rechterlijke tusschenkomst noodzakelijk te maken. Als dat zoo is, dan geschiedde dit, en nam men de woorden „ten nadeele van den inbeslaglegger” op, omdat men niet elke beschikkingsdaad met nietigheid wilde treffen, maar alleen die, waarvan bewezen werd, dat zij den beslaglegger benadeelde (1), en in dit beginsel heeft rechterlijke tusschenkomst zin. Evenwel dit is, naar we gezien hebben, niet het beginsel van art. 1230, zoodat het 4de lid van art. 505 Rv., zooals dit oorspronkelijk luidde, naar deze opvatting niet tegen mijne meening pleit, maar eenvoudig geen basis tot vergelijking met onze kwestie biedt.

In ieder geval blijkt uit dit artikel — ook uit het vijfde lid, dat geheel dezelfde strekking heeft als het vierde — wel zeer duidelijk, hoe gevaarlijk de wetgever deed, door van deze zijde de zaak aan te vatten, daar eerst in 1896, toen het artikel in overeenstemming werd gebracht met de artt. 23 en 35 der F.w., eene redactie werd gevonden, voldoende duidelijk om — althans in de jurisprudentie — het zwijgen op te leggen aan de oppositie zoowel tegen de werking van rechtswege als tegen de slechts relatieve werking der nietigheid.

### VIII

Over deze relatieve nietigheid in verband met andere nietigheden dan nu nog een enkel woord, dat — ik herhaal het — ook daarom kort kan zijn, wijl het er voor mijn onderwerp niet op aankomt, of mijne beschou-

(1) OUDEMANS, Het Wetb. van B. Rv. II § 83, n°. 1, HARTOGH en COSMAN, a. w. blz. 157.



wing in het volgende juist is. Ik merkte immers reeds op, dat de wet de regeling van de beschikkingsonbevoegdheid van den eigenaar van verhypothekerd goed in een geheel analoog geval als het mijne (art. 1242 vlg. B. W.) ook niet beschouwd heeft als deel van een grooter geheel, zoodat de beschouwing van dat geheel ook niet van invloed mag zijn op onze opvatting — waar het op aankomt — van de gevolgen der in het speciale geval van art. 1230 behandelde nietigheid, maar behoort te worden getoetst aan deze geheel analoge regeling.

De door mij behandelde nietigheden zijn alle gevolg van de beschikkingsonbevoegdheid van den schuldenaar, en het ligt voor de hand, dat *beschikkingsonbevoegdheid* andere gevolgen moet hebben, dan *handelingsonbevoegdheid*; bij de eerste zit de nietigheid meer in de beschikking, bij de laatste in de handeling. En wanneer we bij de laatste niet te doen hebben met eene nietigheid, die in het algemeen belang werd geschreven, is daar beroep op de nietigheid alleen mogelijk door een der handelende partijen, of haren vertegenwoordiger (b.v. art. 1367 B. W.). Dit laatste is m. i. een nog grooter en nog scherper verschil: wanneer een meerderjarig gewordenen zich op de nietigheid eener door hem tijdens zijne minderjarigheid aangegane overeenkomst beroept, wordt daardoor de handeling met hare gevolgen nietig, ook, en juist, tusschen partijen. Een beroep op de nietigheid, bij beschikkingsonbevoegdheid, door derden gedaan, — en alleen door dezen mogelijk — kan den band tusschen de handelende partijen niet doorsnijden. Die band gaat hen, derden, niet aan (artt. 1351, 1354, 1376 B. W.); alleen de normale gevolgen der handeling zullen door hun beroep *te hunnen opzichte* niet intreden. Men is echter naar mijne opvatting te ver gegaan, door, enkel op dit laatste verschil lettende, te zeggen, dat beschikkings-

onbevoegdheid *alleen* nietigheid der beschikking met zich brengt, doch de geldigheid der daaraan ten grondslag liggende handeling *in het geheel* niet raakt, zoodat men dan bij beschikkingsonbevoegdheid zelfs in 't geheel niet van nietigheid spreken wil. Men heeft daarbij ook weer te veel gegeneraliseerd, en is te veel uitgegaan van een bepaald soort beschikkingsonbevoegdheid, dat in den bekenden regel van art. 1507 zijn neerslag heeft gevonden. Want voor beschikking over eens anders goed gaat de onderscheiding volkomen op: den eigenaar, over wiens (in verband met de bepaling van art. 2014: *onroerend*) goed door een ander beschikt wordt, kan die beschikking niet deren; zij heeft geen gevolg, dank zij den regel van art. 639 B. W. Maar het obligatoire contract is volkomen geldig (artt. 1370, 1527 vlg. B. W.) (1); den eigenaar gaat dit contract niets aan. Bij roerend goed zullen dan ook, dank zij genoemd art. 2014, èn handeling, èn beschikking volkomen geldig zijn.

Hoe langer hoe meer is men dit gaan inzien; het laatst is het, naar ik meen, betoogd door SULLING (2), maar de juistheid van hetgeen deze daaruit laat voortvloeien, dat ook bij de Pauliana-handelingen hetzelfde zou gelden, lijkt mij twijfelachtig. Hier hebben we ook wel met beschikkingsonbevoegdheid te doen, maar met onbevoegdheid om te beschikken over *eigen* rechten; over anderer rechten kan men niet beschikken, bij de Pauliana *màg* men het niet over eigen, en, waar ik in het algemeen best mag beloven, iemand eens anders eigendom

(1) Ook art. 2000, 1ste lid, B. W. is hiervoor een argument: de verkrijger zal zijn «titel» dikwijls tegenwerpen juist aan den vroegeren eigenaar, die zich dus niet op de nietigheid daarvan te zijnen aanzien kan beroepen.

(2) Inleiding tot het burgerlijk recht, blz. 187.



te zullen verschaffen (1), daar mag ik niet toezeggen mijn eigendom ten nadeele mijner schuldeischers te zullen overdragen.

(1) Vgl. Rb. Leeuwarden, 3 April 1919, W. 10547, N. J. 1920, blz. 521, en daartegenover dezelfde Rb. 18 Maart 1920, W. 10547, N. J. 1920, blz. 523. Het eerste vonnis verklaart geldig de overeenkomst, waarbij A. aan B. belooft C's paard te zullen leveren, daar «art. 1507 B. W. . . . op een geval als het onderhavige bezwaarlijk kan slaan»; het tweede verklaart nietig, volgens 1507, de overeenkomst, waarbij A. aan B. zijn (A's) huis verkoopt, welk huis achteraf blijkt aan C. te hebben toebehoord op het oogenblik van den verkoop. Zonderling, dat B. kan ageeren uit contract, als A. eerlijk is geweest, maar dat een oneerlijke A. eigen oneerlijkheid kan tegenwerpen. B. wil in beide gevallen hetzelfde: n.l. levering, of — als dit onmogelijk blijkt — schadevergoeding, en in beide gevallen is A. hiertoe verplicht (art. 1510 en vlg. B. W.). Juister dan ook Rb. 's-Gravenhage, 6 Februari 1917, W. P. N. B. n°. 2493, beslissende, dat art. 1507 niet geschreven is voor het obligatoire, maar alleen voor het zakelijke contract, immers voor die koopovereenkomst, «die wil zijn rechtstittel van eigendoms-overgang in den zin van art. 639 B. W. en dus, waar het, gelijk hier, geldt verkoop van onroerend goed, bestemd is om door overschrijving in de bij art. 671 B. W. gemelde registers den eigendom van het verkochte goed van den verkooper te doen overgaan op den koper, doch aan die bestemming niet kan voldoen, omdat de verkooper geen eigenaar is en dus niet gerechtigd over den eigendom te beschikken». Ik meen echter, dat met «rechtstittel» in art. 639 wordt aangeduid, of althans *mede* wordt aangeduid, het «rechtsfeit, dat de verplichting tot levering scheidt», in casu het obligatoire contract (ASSER—SCHOLTEN, blz. 112 vlg.), en dat dus ook de oplossing van deze rechtbank nog niet geheel zuiver is. Zoowel het obligatoire, als het zakelijke contract is geldig, het laatste — en daarmede tevens het eerste, dat als oorzaak daarvan dient — omdat de koper in de «zakelijke acte van transport» den «wettigen titel» (die hier dus eene andere beteekenis heeft dan in art. 639) van art. 2000 B. W. heeft. De artt. 639 en 671 stellen vier vereischten voor eigendoms-overdracht: 1°. een obligatoir contract (of een ander rechtsfeit); 2°. een zakelijk contract; 3°. overschrijving van de acte, die dit laatste inhoudt, in de registers (de levering) en ten slotte, dat die levering moet uitgaan van den rechthebbende. En

Heeft de beschikking door den beschikkingsonbevoegde in 't geheel geen gevolgen ten aanzien van het goed, zoodat elkeen er eenvoudig van kan uitgaan, dat het goed nog van den eigenaar is, bij de Pauliana gaat het goed wel in eigendom over, en een beroep — op welke wijze dan ook — is noodig, om het latente gebrek aan het licht te doen treden, een beroep, dat alleen door den schuldeischer kan worden gedaan. Dat bij de Pauliana ook de obligatoire handeling niet volkomen geldig is, blijkt dan ook uit de wet: art. 1377 volgt als eene uitzondering op den regel van 1376, dat overeenkomsten derden in het algemeen niet aangaan, en als de wet dus den schuldeischer in 1377 een beroep op de nietigheid der *handeling* toestaat, bedoelt zij speciaal de obligatoire; alleen ten gevolge van het gebrek daarin zal ook de zakelijke werking ontbreken.

Ware het niet zoo, ware de obligatoire overeenkomst *geheel* geldig — dat wil dus zeggen ook tegenover den schuldeischer — dan zou deze zich ook moeten laten welgevalen, dat degeen, met wien de schuldenaar handelde, eene actie tot levering tegen dezen instelde, en — als reële executie hier mogelijk is — zich deze ook zag toewijzen. Deze consequentie wil men natuurlijk niet aangaan, en men zou het daarom niets anders dan woordenspel kunnen noemen (1), of men zeggen wil: de handeling is ten opzichte van den crediteur nietig, of: de handeling is geldig, maar heeft te zijnen opzichte geen gevolgen, als hij dat niet wil, wanneer dit verschil in voorstelling verder geen practische gevolgen had;

---

art. 1507 is m. i. niets anders, dan eene herhaling van het laatste vereischte: het contract — zoowel het obligatoire als het zakelijke — moge geldig zijn, het heeft geen *zaaksgevolg*, als het niet afkomt van den rechthebbende.

(1) In dezen geest dan ook Mr. G. A. E. B. MEIJER, a. w. blz. 39, 40.



maar er bestaat gevaar, dat dit wel het geval is, niet hier bij art. 1377 B. W., maar wel bij de regeling, waarvan het artikel als aanvulling dient: de beslagen (1), en wel speciaal bij het faillissementsbeslag (2).

Wanneer ook daar de beschikkingsonbevoegdheid alleen de beschikking aantast, kan de geldigheid van verkoop door den failliet van een stuk roerend goed, tot zijn boedel behoorende, door den curator niet worden betwist, — de verkrijger kan er zich immers dan op beroepen te goeder trouw krachtens titel — die dan volkomen geldig is — verkregen te hebben, en is dan, ook bij de meest beperkte opvatting van art. 2014 B. W. veilig, eene conclusie, die noch billijk, noch in overeenstemming is met de woorden of de strekking van artt. 23 en 24 Faillissementswet.

Waar ik ook het hypotheekrecht als een soort beslag heb beschouwd, ligt het voor de hand, dat ik ook daarvoor tot relatieve nietigheid der handeling besluit; van groot belang is deze conclusie echter hier niet: het betreft hier onroerend goed, dus zal de hypotheekhouder, ook als men alleen nietigheid der *beschikking* te zijnen opzichte aanneemt, even sterk staan.

## IX

Ik meen dus ten slotte tot deze samenvatting te mogen komen: verhuring in strijd met het beding van art. 1230 B. W. is relatief nietig, wat zeggen wil, geldig, voor zooverre zij niet in strijd is met de belangen van den hypotheekhouder, en deze zich daarop niet beroept; hij kan dit

(1) Terecht beschouwt SULLING de artt. 1377 B. W. en 42 vlg. F. w. als terugwerkingen van het beslag.

(2) Bij de beslagen werkt de beschikkingsonbevoegdheid na de aantekening in de registers (zonder publicatie is er geen zakelijk beslagsrecht en ook geen hypotheek mogelijk, in tegenstelling met andere zakelijke rechten), — bij faillissement reeds na het vonnis.

doen, door bij declaratoir deze nietigheid te doen uitspreken. Noodig is dit echter niet en het heeft ook geenerlei gevolgen, met name niet dat de huurder hetzij door den hypotheekhouder, hetzij door den verhuurder (1) tot ontruiming zou kunnen worden genoodzaakt. Voldoende, maar ook noodig is, dat de hypotheekhouder, bij zijne executie, waaronder ten deze verkoop volgens art. 1223, 2e lid, B. W. begrepen is, van zijn wil doet blijken, om hetgeen in strijd met zijn beding is geschied, niet te erkennen. Dientengevolge behoeft ook de koper dit niet te doen, en kan hij den huurder c.q. tot ontruiming noodzaken, of vooruit betaalde huurpenningen, als niet betaald, innen naar plaatselijk gebruik. Ook kan hij echter de huur gestand doen, daar nooit de huurder zich op de nietigheid kan beroepen. Eene actie tot feitelijke levering heeft de koper noch tegen den hypotheekhouder, noch tegen den geëxecuteerde. De huurder heeft eene actie tot vrijwaring en kan hebben eene actie tot schadevergoeding tegen zijn verhuurder, daar, ook na beroep op het beding, de huurovereenkomst tusschen hen geldig blijft.

*Utrecht, September 1920*

---

(1) Als de posita van gedaagde in het vonnis der Rb. te 's Gravenhage van 20 Januari 1920 (N. J. 1920, blz. 347) dienaangaande juist zijn, was het doel dier procedure, dat de verhuurders gebruik zouden maken van de nietigverklaring (door hen blijkbaar als «vernietiging» beschouwd) der huur op verzoek van den hypotheekhouder om hun huurder tot ontruiming te dwingen. Of zij dit doel bereikt hebben? Terecht besliste de Rechtbank, dat de huurder de schriftelijke toestemming van den hypotheekhouder tot de verhuring moet bewijzen; de Rb. Dordrecht had bij haar vermeld vonnis van 2 Februari 1916 het tegendeel aangenomen, waartegen Mr. F. G. RENS in *W. P. N. R.* n°. 2508.

Ook werd terecht uitgemaakt, dat het beding eveneens verhuring van een gedeelte van een perceel treft.



**Eenige beschouwingen over den plicht tot  
waarheid spreken van getuigen in  
civielrechtelijke gedingen**

Wie gedurende de laatste jaren met eenige belangstelling de jurisprudentie ten aanzien der wraking in burgerlijke zaken gevolgd heeft, zal wel hebben bemerkt, dat een beroep op dit instituut onder onze rechtsprekenden niet bepaald gaarne gezien is. Waar eene verwijderde mogelijkheid bestond, om de toepasselijkheid van art. 1950 B. W. weg te interpreteeren en op die mogelijkheid werd gewezen, geschiedde zulks meestal met niet gering succes. Krachtiger en principieeler nog dan vele der lagere colleges heeft juist de H. R. in deze richting gewerkt en met name door zijne vernuftige onderscheidingen tusschen belang bij den afloop van het geding en belang bij de verklaring alsmede tusschen vaststaand belang en waarschijnlijk of mogelijk belang, er toe bijgedragen, dat personen als getuigen worden gehoord, wier onbevangenheid en betrouwbaarheid minst genomen twijfelachtig moeten worden genoemd en in elk geval bij hen als groep, afgezien van persoonlijke, bijzonder gunstige eigenschappen, welke de wet buiten beschouwing laat, niet hoog zijn aan te slaan. De ietwat zeer krasse werking dier jurisprudentie is nu in den allerjongsten tijd weer wat verzacht, doordat vrij gemakkelijk een zedelijk belang bij den afloop van het geding wordt aangenomen. Nochtans zal wel niemand gelooven, dat de grens tusschen wraakbaar en onwraakbaar onder de heerschende jurisprudentie met die tusschen betrouwbaar en onbetrouwbaar identisch is. Men denke maar eens aan hen, die zich ten opzichte van eene der partijen in soortgelijke positie bevinden als

hare wederpartij, voor wie zij als getuigen opkomen of aan de moeder, die in de actie ex art. 344a B. W. als getuige optreedt. Den medeplichtige aan overspel mogen we er nu gelukkig niet meer bij noemen.

Zoo niettemin deze strooming tot uitschakeling van het wraken veld wint, zal het wel zijn, omdat, waar het ten slotte toch aan den rechter staat, de waarde der getuigenverklaringen te beoordeelen, er weinig aantrekkelijks in gezien wordt, mogelijke lichtbronnen der waarheid niet te ontsteken, enkel uit vrees, dat ze wellicht valsch licht zouden kunnen geven.

Natuurlijk is dit standpunt zeer verdedigbaar. Inderdaad toch kan door het wraken kostbaar bewijsmateriaal zonder noodzaak verloren gaan. Zoo b.v. de getuigenis van personen, wier belang slechts bij een min of meer beperkt onderdeel van den rechtsstrijd betrokken is en die nu, ingevolge de wraking, als getuigen worden geweerd, ook buiten die sfeer, waarbinnen men aan partijdigheid mag denken.

Dan, ook kunnen bij ruime opvatting van art. 1950 B. W., personen als getuigen komen te vervallen, die weliswaar een belang zouden kunnen hebben bij eene verklaring in bepaalden zin, doch die bekend zijn of den indruk wekken, het zeer nauw met de waarheid te nemen. Eindelijk ook gaan dan die weinigen als getuigen verloren, die, zonder nu bepaaldelijk in het algemeen zeer hoog te staan, hun geweten niet willen belasten met de verzwijging of verkeerde voorstelling van een feit, dat hen zelf of personen, welke hun ter harte gaan, compromitteert. Zulke vlagen van zedelijken moed komen inderdaad wel eens voor.

De vraag dient echter te worden gesteld, of de voordeelen, gelegen in de mogelijkheid, dat personen, als zooeven aangeduid, kunnen worden gehoord, zoo groot



zijn, dat ze het daaruit onvermijdelijk voortvloeiende hooren van alle mogelijke andere, minder waarheidlievende belanghebbenden (waaronder dan ook te begrijpen zijn zij, die ter wille van eenen in den bloede of door symphatie nabestaande tot meened zouden kunnen komen) rechtvaardigen, gezien de bezwaren, die er tegenover staan. Want inderdaad die bezwaren zijn niet gering en gelden m. i. zelfs ook tegenover tal van personen, wier wraking zelfs bij de ruimste opvatting der betreffende wetsbepalingen tegenwoordig onmogelijk is.

Laat ons toch bedenken, dat die belanghebbende getuigen zijn — menschen en dat het onredelijk is, van hen te eischen, nu eens niet eenvoudig, dat zij blijven binnen de grenzen van het normaal maatschappelijke, maar dat ze zich verre daarboven verheffen, door zeer ten bezware van hen zelve of personen, die hun lang niet onverschillig zijn, getuigenis af te leggen. Evenmin als men van een beklagde in een strafbeding in redelijkheid mag verlangen, dat hij bekent, is het oirbaar, te eischen, dat zulk een getuige waarheid spreekt.

In hoeverre mag worden geëischt, dat een getuige met de waarheid voor den dag komt, dan, als hij zich zelf of een ander aan wiens welvaren hem zeer veel gelegen is, er door in moeilijkheden brengt, hangt van omstandigheden af. Het is een quaestie van meer of minder. Waar die grens tusschen redelijk en onredelijk verlangen naar ware getuigenis ligt, is dus theoretisch niet te zeggen. Zeker is het echter m. i., dat bij de tegenwoordige opvatting van den H. R. van vele getuigen meer wordt gevorderd dan redelijk is, meer ook dan naar het stelsel onzer wet zelve, breed opgevat, kan worden verlangd. Immers past bij een bewijssystem in foro penali, dat de pijnbank verfoeit, niet in foro civili

een stelsel, waarin de waarheid moet worden gesproken bijna tot elken prijs.

Dat is eene anomalie, die niet verdedigbaar is, doch ook afgezien daarvan, kan het wel niet anders, dan dat dit dringen naar waarheid verkeerde gevolgen moet hebben, gelijk alles, wat geen rekening houdt met de menschelijke natuur.

Het is niet te veel gezegd, zoo men beweert, dat het kunstmatig wegwerken der wrakingsgronden, gelijk we dit nu telkens zien, is, zoo al niet een dwingen, dan toch een dringen tot meined. Onttrokken aan dien drang zijn slechts die niet zoo heel weinigen, die een voor hen zeer nadeelige of pijnlijke verklaring moeten afleggen, welke ook al van elders nagenoeg vaststaat. Voor deze personen, wier verhoor eene min of meer onnoodige plagerij is en daarom liefst worde vermeden of tot het minimum beperkt, is de meined eene vermetelheid, waaraan ze zich, behoudens straks te bespreken uitzonderingen, uit hoofde der dreigende gevangenisstraf, niet gaarne wagen.

Er zijn anderen — heel weinigen —, die bedoelden drang wel zullen gevoelen, doch hem zegevierend weerstaan. Dit zijn de zedelijke heroën en voorts zij, bij wie de godsdienstige overtuiging zoo echt of de godsdienstige vrees zoo groot is, dat ze daartegenover het lijden dezer aarde voor eene betrekkelijke kleinigheid houden. Onnoodig te zeggen, dat zedelijke heroën geen maatstaf zijn voor wat rechtens behoort te wezen, en dat het een misbruik maken van den godsdienstigen zin is, zoo men hem benut tot het verkrijgen van verklaringen, die men van een normaal mensch overigens in redelijkheid niet mag verwachten en dus in zedelijkheid hem ook niet mag afdwingen.

Blijft dan tegenover die weinigen eene groote menigte belanghebbende getuigen, welke, — zonder daardoor ook



maar in het minst slechter te zijn dan die velen hunner medeburgers, wien het toevallig bespaard wordt, onder de meerbedoelde moeilijke omstandigheden verklaringen in rechte af te moeten leggen — worden gedrongen tot meened en welke dien drang — natuurlijk — niet weerstaan.

Vrees voor straf zal hieraan vrijwel niets veranderen. Immers weten we, hoe weinig vervolgingen en dus ook bestraffingen wegens meened er jaarlijks plaats hebben. En wie zijn dan nog de vervolgd en gestraften? Allereerst eenige heel onhandigen, die verklaringen afleggen, welke bewijsbaar in strijd met de waarheid zijn. Zulke personen zijn, het zij terloops opgemerkt, juist al door hun onhandigheid niet heel gevaarlijk.

Maar dan zijn er nog anderen, ik zou willen zeggen, de hogere meenedigen. Men denke b.v. aan hen, wier gevoelens tegenover een der partijen gelijk zijn aan die, welke de Wet vermoedelijk veronderstelt bij bloedverwanten, wier wraking is toegelaten, wien het verschooningsrecht toekomt of die in het geheel niet mogen worden gehoord. Dit zijn dus personen, die hetzij uit liefde tot eene der partijen, hetzij uit zekeren eerbied voor haar, in geen geval in haar nadeel getuigen willen. Een zedelijk nog hooger te stellen gevoel, dat allicht in dezelfde richting werkt, is de bijzondere *objectieve* waarde, die men een partij toekent. Zoo iemand wegens eene kleinigheid van zijn verheven standpunt neer te rukken, stuit menig- een tegen de borst en ook daardoor wordt meened verklaarbaar. Voorts kunnen er, geheel afgezien van genegenheid of waardeering voor eene der partijen, derden zijn, die door de waarheid erg in het gedrang kunnen komen en wien een getuige dat om hem zwaarwichtig toeschijnende redenen gaarne bespaart. Tenslotte zij hier dan nog gewezen op het bestaan van verhoudingen, bij

wier bestendinging of te niet gaan de getuige zelve geen belang heeft, doch die voor anderen van de grootste beteekenis zijn. Gesteld nu, dat een getuige inziet, dat eene door hem mede te deelen waarheid eene omwenteling in zoo'n verhouding zou kunnen te weeg brengen, waarbij het levensgeluk van een aantal, hem overigens persoonlijk niet nastaaende, menschen of de goede naam van eene z. i. schoone of nuttige instelling in gevaar zou komen, is het dan niet begrijpelijk, zoo hij die waarheid verzwijgt, ook als hij daardoor tot een meened komt! De wetgever heeft misschien het min of meer gerechtvaardigde van dit standpunt gevoeld, waar hij toestond zich uit hoofde van de omstandigheden bedoeld bij art. 1946<sup>3</sup> B. W. te versooneen, doch is begrijpelijkerwijs bij de daar genoemde groep personen blijven staan, hoewel menigeen ook buiten ambt of beroep kennis kan dragen van omstandigheden, wier ruimere bekendheid veel meer ellende dan geluk zou veroorzaken.

Het is wel eene zeer eigenaardige soort van meenedigen, die in de laatst voorafgaande regelen zijn opgesomd. Of dat, wat ze doen, zedelijk of onzedelijk heeft te heeten, is niet zoo gemakkelijk uit te maken. Het zal van de omstandigheden afhangen, dunkt me. Velen onder hen zullen echter zeker den plicht tot getuigen naar waarheid niet gering hebben geschat, doch slechts — en zeker soms op zeer verdedigbare gronden — hebben gevoeld, dat daartegenover nog hooger plichten kunnen staan, daargelaten dan, of er nu in casu naar het oordeel des rechters zoo'n hoogere plicht aanwezig was. Het is duidelijk, dat, wie zoo denkt, wie dus, a. h. w. uit beginsel tot meened komt, daarin lichtelijk zal volharden, ook al is het gevaar van op de onwaarheid te worden betrappt, zeer groot. Zoo zullen dan juist deze meenedigen naast de onhandigen het gemakkelijkst aan de strafvervolgting ten offer vallen.



Wellicht is dat nog niet onverdiend, maar stellig ligt er veel tragisch in, en tot op zekere hoogte is het toch ook niet billijk, nu daar tegenover de gewone, door lagere motieven gedreven belanghebbenden, handelend naar hunne gewoon menschelijke natuur, rustig en bijna steeds ongestraft meeneden blijven doen. Zeker evenwel is dat laatste allerminst onbedenklijk. Het publiek toch is geen scherpe onderscheider. Groot belang en klein belang zijn niet twee duidelijk omlijnde begrippen, wier grenzen de gemeene man — zoo iemand al — kent of voelt. Stellig ook zal deze gemeene man zich niet telkens afvragen, of het waarheid-spreken is al dan niet boven menschelijke kracht. Maar wel zal hij in de vele gevallen, waarin de gelegenheid zich voordoet, hooren of vernemen, dat de rechter aan getuigen vragen stelt, waarop iets anders dan de waarheid wordt geantwoord. En waarom zou hij dan ter wille eener kleine belooning, als vrienden-dienst, ja zelfs ook maar gedreven door eene uit onbepaalde vrees voortkomende gereserveerdheid, of uit gemakzucht, dat voorbeeld niet gaarne volgen? Wel is er, ook nu van den eed het godsdienstig karakter door zeer velen niet, of niet sterk meer wordt gevoeld, eene volksovertuiging, volgens welke het groot onrecht is in foro te liegen. Doch deze volksovertuiging kan, nu, gelijk gezegd, haar de godsdienstige rugsteun ontvalt, zeer gemakkelijk stelselmatig worden vernietigd. En die vernietiging heeft plaats, als men de wrakingsbepalingen — naar de heerschende richting — te eng opvat en daardoor het liegen in rechte tot een gewoon verschijnsel maakt. Het is daarom, dat m. i. die enge opvatting trots de voordeelen, die zij biedt, geen steun verdient, zoolang de juist vermelde gevaarlijke werking niet door eenig doeltreffend middel wordt uitgeschakeld.

Zelfs nog verder zou ik willen gaan en beweren, dat

ook nog bij ruime opvatting der meerbedoelde bepalingen, het gevaar niet denkbeeldig is, dat van een getuige bovenmenselijke eerlijkheid wordt gevorderd.

Vrage dan: Is er geen middenweg, zoolang er geen wetswijziging is, die de voordeelen van het zoo onbeperkt mogelijk hooren vereenigt met waarborgen tegen eedsmisbruik en verlangen naar bovenmenselijke en soms onzedelijke waarheidsliefde? Geen afdoende zou ik meenen. Veel zou echter al worden bereikt, zoo de procureurs, door de wrakingsbepalingen nu dan feitelijk vrijwel niet beperkt, daartegenover het zich tot taak stelden, geen getuigen voor te brengen, die slechts moeten worden gehoord over punten ten aanzien waarvan men hen onvrij zou kunnen noemen, en zich bij het uitvragen der voorgebrachte getuigen te beperken tot dat, wat zonder al te veel bezwaar naar waarheid kan worden beantwoord.

Uiteraard kan de verhoorende rechter bij grensoverschrijdingen nog wel een eene waarschuwende stem doen hooren en b.v. opmerken, dat zekere vraag reeds van elders beantwoording gevonden heeft of dat er reeds vermoedens zijn bijgebracht die tot beantwoording kunnen leiden. Een andere maal zal hij integendeel kunnen zeggen, dat het punt nog geheel onbewezen is en van den onderhavigen getuige toch menschelijkerwijs niet kan worden verwacht, dat hij een antwoord geeft, waarbij hij in materieelen of zedelijken zin zich zelf of een nastaaende in hooge mate zal benadeelen. Een goed begrijpend procureur zal door zoo'n opmerking beamen, dat de rechter van den getuige niet verwacht, de waarheid te zullen hooren en hem derhalve ook op het onderhavige punt niet onvoorwaardelijk geloof zal schenken, en dus zal die procureur niet op beantwoording der vraag blijven aandringen.

Een vrij groote dosis tact en menschenkennis zal wel



noodig zijn, om in deze dingen het juiste spoor te houden. De rechter zal hebben te onderscheiden tusschen vermoedelijk groote en kleine mate van belang, tusschen meerdere of mindere kans op voor- of nadeel. Niet ieder nog zoo klein belang tast de betrouwbaarheid aan, niet iedere kans op voor- of nadeel wordt geteld. Waar de grenzen zijn, is door geen algemeenen regel te zeggen, doch behoeft ook niet te worden gezegd, want het gaat er hier immers niet om, geformuleerde, laat staan principiele beslissingen te geven, maar het verhoor te leiden zoodanig, dat het tot eene beslissing over wraking niet komt of althans, na verwerping der voorgestelde wraking, het uitvragen wordt ingetoomd.

De lijdelijkheid van den rechter verbiedt hem onder het nu nog bestaande stelsel natuurlijk tegenover den drang van den procureur te blijven weigeren, eene bepaalde vraag te stellen. Moet hij 't dan doen met het te vreezen gevolg, dat het tot een meened komt, dan is er, zoo die inderdaad eens bewezen kon worden, allereerst nog eene wijze toepassing van het opportunitieitsbeginsel om bestraffing te voorkomen.

Het is moeilijk na te gaan, of de zegeningen van het opportunitieitsbeginsel juist op het gebied van den meened zich zeer bemerkbaar hebben gemaakt. Ik vrees van niet. Ieder mensch is geneigd, eigen werkzaamheid belangrijk te vinden en dienovereenkomstig delicten, welke het welslagen dier werkzaamheid belemmeren, zwaar op te nemen. Zoo zal dan wellicht de meenedige, die zich a. h. w. aan de rechtspraak zelve vergrijpt, bij het O. M. niet op veel tegemoetkoming moeten rekenen.

Toch is het onjuist, ten dezen een anderen maatstaf aan te leggen dan bij andere delicten. Hierbij gelijk anders zal in de eerste plaats moeten worden gevraagd, of, afgezien van de omstandigheid, dat de daad nu

eenmaal onder een delictsomschrijving valt, ze ook strafwaardig is, d. w. z. de dader, toen hij ze bedreef, onder de grens van normale maatschappelijke gezindheid wegzonk. Te straffen, omdat de dader geen zedelijkheidsathleet is, gaat niet aan. Dat behoeft eigenlijk geen betoog en vindt voor onze strafwet in de artt. 40 en 41 Swb. onmiskenbare uiting. Niet, dat ik zou willen beweren, dat deze artikelen voor gevallen, als hier bedoeld, geschreven zijn, doch wel in dien zin, dat aan beide bepalingen één ongeschreven beginsel ten grondslag ligt, dat ook voor den afgedrongen meineed geldt, nl.: dat geen straf behoort te worden opgelegd, zoolang niet is gebleken, dat de dader ter zake van de hem te laste gelegde gedraging minder dan normaal sociaal plichtsbefef heeft ontwikkeld.

Het is niet de vraag, of de dader toont in zeker opzicht niet vrij te wezen van anti-sociale neigingen, doch of hij in gemeld opzicht slechter is dan de groote massa (cf. art. 346 van het ontwerp Wetboek Strafvordering, dat zijn onderscheidt tusschen strafbaarheid van het feit en van den dader).

Zoo ooit, dan is er dus juist hier voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel alle grond. Aanmoediging tot meineed is er niet van te vreezen; daarvoor komt meineed als bewijsbaar delict, althans bij een ingrijpen van den rechter, als hierboven aangestipt, te weinig voor; daarvoor draagt ook iedere meineed een te zelfstandig karakter, dat eerst uit een uitvoerig en op zich zelf al pijnlijk vooronderzoek kan blijken. Wie zoo'n vooronderzoek heeft medegemaakt, zal zeker niet denken, dat iedere meineed straffeloos zal blijven en een dōrdringen van dit waandenkbeeld onder het publiek zal allerminst van hem uitgaan.

Wil het O. M. vervolging, dan is het m. i. niet in



strijd met de wet, in een passend geval uit hoofde van het hierboven bedoeld ongeschreven beginsel een ontslag van rechtsvervolging uit te spreken. Doch zullen velen dit durven? Wellicht zal het boven reeds eenmaal genoemde art. 346 van het nieuwe Wb. van Strafv. na deszelfs invoering er menigmaal toe leiden. Zoo niet, dan zal het na geleverd bewijs evenals nu tot gevangenisstraf komen, en vrijwel zonder uitzonderingen tot onvoorwaardelijk opgelegde; althans kan ik niet inzien, hoe men bij meened gemakkelijk zou kunnen besluiten tot eene voorwaardelijke strafoplegging, ten ware men — ten onrechte — daarin mocht zien eene straf voor hen, die naar 's rechters overtuiging eigenlijk vrij uit moeten gaan.

Blijft gratieverleening, die, hoewel dan bij gebreke van een den rechter tijdens de uitspraak van het vonnis onbekend novum, eigenlijk hier niet op haar plaats, ter vermijding van al te ruw recht, nog dankbaar moet worden aanvaard.

Komt het eenmaal tot wetswijziging, dan ware het misschien de aangewezen weg, het hooren van getuigen vrijwel zonder uitzondering mogelijk te maken, hunne beëdiging echter niet aan het verhoor te doen voorafgaan, doch er op te doen volgen en het dan aan den rechter over te laten, of hij hetzij heel hunne verklaring, hetzij bepaalde door hem te noemen, in het proces-verbaal aan te duiden onderdeelen er van, onbeëdigd wil laten. Richtsnoer bij het stellen dier uitzonderingen behoort dan zijn, te dat van den getuige menschelijkerwijze niet kan worden verwacht, dat hij op de uitgezonderde punten eene verklaring aflegt, afwijkende van hetgeen hij heeft gezegd, ook al zoude dat niet de volle waarheid zijn. Natuurlijk moet — wordt dit eenmaal wet — des rechters streven er gedurende het verhoor ernstig op gericht wezen, geen vragen te stellen, wier beant-

woording waarschijnlijk onbeëdigd behoort te blijven.

Aldus behoudt de getuige eenen lichten prikkel tot het spreken der waarheid, waardoor die in twijfelachtige gevallen nog wel eens aan het licht kan komen. Bevrijd echter zullen we dan zijn van het civilistisch correlaat der pijnbank, waarop we nu zoo menigmaal een getuige zien schroeven, om aldus een waarheid aan hem te ontlokken, die wellicht zijn leven of dat van een ander kan verwoesten. Geen belang is absoluut, onder alle omstandigheden, te stellen boven alle mogelijke andere en het belang eener partij in eene civielrechtelijke procedure, ja zelfs dat der gemeenschap in eene strafrechtelijke, maakt daarop geen uitzondering.

Een nieuwe regeling van ons Burgerlijk Procesrecht schijnt in zicht. Het bovenstaande zij hun, die aan hare wording hebben mede te werken bescheidenlijk ter overweging aanbevolen.

A. J. MARX

---

N. B. Na inzending van dit opstel verscheen het Ontwerp tot vaststelling van een wetboek van burgerlijke rechtsvordering der Staatscommissie van 4 November 1911. Het hierhoven betoogde zal — hoop ik — niettemin van nut zijn: 1° voor den tijd, dat we de zegeningen der nieuwe procesorde nog niet deelachtig zijn, en 2° om de regeling der toekomst nog meer dan het Ontwerp te doen beantwoorden aan het vereischte, dat ook de plicht tot waarheidspreken in rechte binnen redelijke grenzen worde teruggebracht.



## Het dwalingsprobleem in het Strafrecht

DOOR

MR. P. M. TRAPMAN

*Advocaat en Procureur te Leiden*

### I

Wie de zeer uitgebreide Duitsche literatuur over vragen van dogmatischen aard op strafrechtelijk terrein vergelijkt met het weinige, dat in de Nederlandsche taal het licht zag, moet een zeer scherpe tegenstelling opmerken. Bij onze Oostelijke naburen een uitvoerige behandeling, die zich in allerlei dikwerf onbeteekenende détails verdiept, ja vaak daarin verborgen gaat, en daartegenover ten onzent een aantal geschriften over enkele belangrijke leerstukken van het algemeene deel, klein in getal en veelal dissertaties. Een veeg teeken; het bewijst, hoe spoedig veler belangstelling in wat voor het rechtsleven toch van zoo eminent gewicht is, verflauwde en de studiezijn is opgewekt voor wat meer onmiddellijk het sociale leven raakt, veelal ook slechts schijnt te raken.

Langen tijd heeft ook het schuldprobleem over dit gebrek aan belangstelling kunnen klagen en eerst in de laatste jaren is een kentering ingetreden. Toch is de achterstand bij lange na niet ingehaald en zijn er nog verschillende hoofdvragen, die zich met de uit den aard der zaak summiere behandeling in de handboeken van VAN HAMEL en SIMONS moeten tevreden stellen, en overigens voor den Nederlandschen criminalist onbetreden terrein zijn gebleven. Ik noem hier meer speciaal het

dwalingsprobleem en de leer der culpa. Het spreekt van zelf, dat zij in de jongste studiën op het terrein van het schuldprobleem niet onvermeld bleven, maar verder kwam men tot dusverre niet. Toch zijn beide vraagstukken een afzonderlijke behandeling overwaard.

Mijn dissertatie bracht mij in voortdurende aanraking met de dwalingsleer en het zal daarom geen verwondering baren, dat zich daarop mijn belangstelling heeft gericht. Ik wil echter mijn arbeid niet dan met een *captatio benevolentiae* aanvangen. De dwalingsleer wordt in Duitschland niet ten onrechte het moeilijkste probleem van het algemeene deel genoemd. Dat ik desondanks dit onderwerp heb gekozen, is — ik zou haast zeggen — niet uit vrijen wil geschied. Prof. SIMONS schrijft in zijn laatste artikel in het Tijdschrift voor Strafrecht: „Komt men met het probleem van schuld en verantwoordelijkheid in aanraking, dan laat het ons niet meer los”; de juistheid van die uitspraak beaam ik ten volle.

Een onderzoek op dit gebied heeft ongetwijfeld veel aantrekkelijks. Wie het karakter en den invloed der dwaling op strafrechtelijk terrein bestudeert, ziet zich geplaatst voor een theoretisch en practisch uitermate belangrijke kwestie. Vooreerst theoretisch; de beantwoording is van de grootste beteekenis voor de constructie van het algemeene deel (verhouding der schuldvormen, karakter der rechtvaardigingsgronden enz.). Maar ook voor de practijk is eene goede oplossing van het dwalingsprobleem van eminent gewicht, of beter juist voor de practijk. Van het standpunt, dat de wetgever ten aanzien van de dwaling inneemt, zal in concreto de beantwoording van de vraag der al of niet strafbaarheid afhangen. Zal de wetgever een verkeerd inzicht in de feitelijke verhoudingen excuseren? Zal de dader in dwaling mogen verkeeren over een regel van positief recht? Ziedaar de populaire formu-



leering, waardoor men misschien het groote praktische belang het duidelijkst voelt. Men denke eens aan art. 1 der Wet houdende Algemeene Bepalingen en aan den niet te vervullen plicht den onderdanen opgelegd om alle rechtsregels met nauwkeurigheid te kennen. En wie die taak voor het zoogenaamde vredesstrafrecht niet geheel onvervulbaar acht, hale zich slechts voor den geest de chaotische massa van geboden en verboden der oorlogswetgeving. Hoe gemakkelijk was hier dwaling mogelijk en hoe vaak zal hier gedwaald zijn.

Ongetwijfeld wordt de aantrekkelijkheid van het leerstuk nog op andere wijze verhoogd. Wie de dwalingsleer bestudeert, ziet zich onmiddellijk geplaatst in een meer dan rijke literatuur, die het toch reeds zoo omvangrijke vraagstuk van alle zijden heeft gezien. Een literatuur, die zich op het oogenblik bovendien in een eigenaardig stadium bevindt. Twee groote groepen van strafrechtsgeleerden in heftigen strijd. Eenerzijds de klassieke leer van het Reichsgericht — om ze zoo in het kort aan te duiden — langzamerhand al meer en meer terrein verliezend en in den aftocht; en aan den anderen kant in wetenschap en wetgeving aan de winnende hand de moderne dogmatici met den grooten KARL BINDING aan het hoofd en bijna unaniem de jongere criminalisten als zijne volgelingen.

Een merkwaardig moment dus; alleszins uitlokkend tot onderzoek. Een onderzoek, dat zich juist om dien modernen strijd van opvattingen tot een zuiver dogmatische beschouwing mag beperken.

Geen historie dus. Welke opvatting de Romeinsche rechtsgeleerden of latere geslachten van glossatoren en postglossatoren over het dwalingsprobleem hebben gehuldigd, dit alles is wel zeer interressant om na te gaan, maar het is thans wel de algemeene opinie, dat men op

deze wijze geen veilige basis voor zijne beschouwingen krijgt. De schuldleer van die vroegere tijden verkeerde in zulk een rudimentairen toestand, dat zij als bewijs voor de juistheid van hedendaagsche opvattingen vrijwel waardeloos is. Ik bepaal mij derhalve tot het heden.

Hierboven wees ik er op, dat in de dwalingsliteratuur twee groote partijen tegenover elkaar staan, de voor- en tegenstanders van de leer van het Reichsgericht. Wie zich de oplossing der dwaling tot taak heeft gesteld, moet allereerst de beteekenis van die theorie onderzoeken. Stemt hij er mede in, dan is verder onderzoek overbodig; komt hij tot verwerping, dan verkrijgt hij wellicht door zijn bestrijding resultaten, die voor de constructie van eigen opvatting van groote beteekenis zijn.

De leer van het Reichsgericht komt in het kort hierop neer: zij gaat uit van de onderscheiding van de dwaling in feitelijke dwaling en rechtsdwaling. Over den invloed aan deze soorten toe te kennen, maakt zij het zich niet moeilijk. Zich beroepende op wat in het Romeinsche recht gold, kent zij aan de feitelijke dwaling onder alle omstandigheden den invloed toe het opzet uit te sluiten en daarmee tevens iedere schuld. Voor de rechtsdwaling heeft men het Romeinsche voorbeeld niet gevolgd. Men had hier de keuze uit drie mogelijkheden; allereerst kon men aan de rechtsdwaling iederen invloed ontzeggen en ze voor irrelevant verklaren; vervolgens was het mogelijk de rechtsdwaling evenals de feitelijke dwaling te behandelen, dus daaraan den grootst mogelijke invloed toe te kennen; ten derde was een compromis tusschen deze beide uitersten te bereiken en dat wel op verschillende wijzen. Men kon onderscheiden naar gelang van de personen, die dwalen, ongeveer zooals het Romeinsche recht deed, dat dwaling van vrouwen in het algemeen voor relevant verklaarde; of men kon een verdeeling



maken van de strafbare feiten en bij sommige aan de dwaling wel invloed toekennen en bij andere (b.v. misdrijven tegen de veiligheid van den staat) niet; en tenslotte kon men de soort van dwaling in aanmerking nemen en aldus een bevredigende oplossing trachten te bereiken.

Het laatste is beproefd. Men kwam — en dit is de kern van de leer van het Reichsgericht -- tot eene onderscheiding van de rechtsdwaling in strafrechtelijke dwaling en niet strafrechtelijke dwaling, dus dwaling over regels van burgerlijk recht, staatsrecht enz. De niet strafrechtelijke dwaling stelde men met de feitelijke gelijk — derhalve sluit ze het opzet uit — en de strafrechtelijke dwaling werd irrelevant verklaard.

Aldus in groote trekken de leer van het Reichsgericht.

Hoe en wanneer ze ontstaan is, valt niet met zekerheid vast te stellen. Zooals gezegd, steunt ze op het Romeinsche recht, meer speciaal op l. 9 pr. D. 22, 6: „Regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere facti vero ignorantiam non nocere”. Nadere motiveering ontbreekt. Evenals PAULUS in l. 1. decreeteert, dat er is rechtsdwaling en feitelijke dwaling, neemt de theorie van het Reichsgericht zulks zonder verder onderzoek aan.

Voor de onderscheiding der rechtsdwaling in strafrechtelijke en niet strafrechtelijke rechtsdwaling ontbreekt zelfs die klassieke steun. Zij dateert pas uit de 19de eeuw en wordt voor het eerst gevonden bij LUDEN in zijn „Handbuch des Deutschen gemeinen und partikularen Strafrechts”. Verschillende andere auteurs nemen ze met geringe wijziging over en in de jaren 1880—1900 is zij algemeen als juist aanvaard.

Het merkwaardige is, dat noch de oudste schrijvers, noch de meer moderne auteurs het noodig geoordeeld hebben deze splitsing in de rechtsdwaling op behoorlijke

wijze te motiveeren; te merkwaardiger, omdat men juist tegenover de ernstige en veelvuldige bestrijding een hechte op vaste grondslagen gebouwde verdediging zou verwachten. In plaats daarvan volstaan nagenoeg alle auteurs met de simpele constateering, dat de niet strafrechtelijke rechtsdwaling met feitelijke dwaling moet worden gelijkgesteld. Deze bewering is werkelijk niet zulk een axioma, dat zij geen bewijs zou behoeven, en waar de tegenstanders voortdurend scherpe kritiek op de jurisprudentie van het Reichsgericht hebben uitgeoefend en op de onhoudbaarheid der theorie hebben gewezen, krijgt dit stilzwijgen des te meer beteekenis.

HEINEMANN (1) een der meest moderne aanhangers van het Reichsgericht, negeert eenvoudig iedere tegenspraak: „dass ein solcher Rechtsirrtum dem thatsächlichen gleich zu achten sei ist im wesentlichen unbestritten”. LUCAS (2) is al even gerust en meent, dat de klassieke leer voor het huidige recht geen bewijs behoeft. Een schijn van argumentatie vind ik bij KLEE (3), maar ook slechts een schijn. Hij meent, dat men gedwongen wordt om rechtsdwaling in den zin van het strafrecht en rechtsdwaling over niet strafrechtelijke normen te onderscheiden. Vanwaar die dwang, zal men vragen en KLEE antwoordt: „Aus der Natur des strafrechtlichen Vorsatzes ergiebt sich diese Einschränkung von selbst”. Als begrijpt hij, dat zijn lezers met deze uitspraak niet ten volle tevreden zijn, onthalt hij hen op tal van voorbeelden en concludeert daaruit: „derartige Fälle zeigen deutlich die Wesensgleichheit des ausserstrafrechtlichen mit dem thatsächlichen Irrtum”.

Een andere passage in zijn werk is al evenmin be-

(1) Die Bindungsche Schuldlehre (blz. 132);

(2) Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte (blz. 89);

(3) Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz (blz. 31);



vredigend (4). Hij meent, dat wij dan mogen spreken van een niet strafrechtelijke rechtsdwaling, die met een feitelijke moet worden gelijkgesteld, wanneer de dwaling is: „entsprungen aus einer vom Strafrecht anerkannten rechtlichen Sphäre, wenn er, kurz gesagt, rechtlich fundiert ist”.

Ik geloof, dat deze verklaring ons niet veel verder brengt. Het verschil in behandeling tusschen de niet strafrechtelijke en de strafrechtelijke rechtsdwaling wordt er geenszins door verklaard. Bovendien komen wij voor de nieuwe kwestie: wanneer is eene dwaling „rechtlich fundiert”? Voor die vraag geeft KLEE geen oplossing.

Tevergeefs zocht ik ook eene overtuigende verdediging bij BERNER (5).

Bij zijn onderzoek naar de beteekenis van par. 59 van het Strafgesetzbuch meent hij, dat, wanneer de dader dwaalt over niet strafrechtelijke bepalingen, het opzet uitgesloten is, omdat wil en daad elkaar niet dekken.

Dit argument kan natuurlijk alleen waarde hebben, indien vaststaat, dat bij iedere strafrechtsdwaling wil en daad elkaar wèl dekken en het opzet nimmer wordt uitgesloten. Met die kwestie laat BERNER zich echter niet in, maar juist daarom mist zijne bewijsvoering iedere waarde.

Eenigszins verrassend heeft het Reichs-Gericht een verdediger gevonden in BASEDOW (6). De bestrijding berust volgens hem op een verkeerd begripen van de uitdrukking „Thatirrtum”. Hiermede wordt niet enkel bedoeld de dwaling over datgene, wat buiten het recht ook kan bestaan maar zulk een dwaling kan wel degelijk juridische elementen bevatten. De uitdrukking wil slechts zeggen:

(4) Blz. 35;

(5) Lehrbuch des deutschen Strafrechtes (blz. 121);

(6) Die strafrechtliche Verschuldung, ein Willensvorgang mit dem Bewusstsein einer Normwidrigkeit des Handlungserfolges (blz. 100 e. v.);

dwaling omtrent het bijzonder delictsbegrip d.i. het complex van gebeurtenissen en toestanden, dat bij de beoordeeling van een bepaald geval als gegeven wordt beschouwd.

BASEDOW verschilt hierin met de vorige auteurs, dat hij niet spreekt van feitelijke dwaling en van niet strafrechtelijke rechtsdwaling, doch alleen van „Thatirrtum”.

Dit is echter een verschil in terminologie zonder zake-lijke beteekenis. Ik wil hem het recht tot een dusdanige uitbreiding van het begrip der feitelijke dwaling niet betwisten, al blijft er zoo voor de rechtsdwaling niet veel terrein over. Toch geloof ik niet, dat BASEDOW op deze wijze de moeilijkheden heeft opgelost, want tot dat bijzonder delictsbegrip kunnen evenzeer strafrechtelijke momenten behooren. Hij zou in dat geval geen opzet mogen aannemen.

Het laatste argument, dat de voorstanders van de leer van het Reichsgericht aanvoeren, acht ik evenmin voldoende. Men stelt, dat dwaling over het strafrecht irrelevant moet zijn, omdat het strafrecht het bolwerk is voor alle andere gedeelten van het recht.

Ik geef gaarne toe, dat in het strafrecht de sanctie voor talloze voorschriften van het privaatrecht en staatsrecht gevonden wordt, maar is het niet zonderling, dat men wel zou mogen dwalen over wat beschermd wordt doch niet over de bescherming? Het is toch van grooter belang, dat de norm wordt gekend en nageleefd, dan dat men weet, wat bij overtreding zal geschieden. Niet ten onrechte kan men beweren, dat men zoo per argumentum a maiore tot een irrelevant verklaren van iedere rechtsdwaling moet komen.

Meer argumenten ter verdediging van de leer van het Reichsgericht biedt de literatuur niet. Onbetwistbaar rustte op HEINEMANN c. s. de taak de juistheid te be-



wijzen van de door hen gemaakte, tot dusverre in de dogmatiek onbekende scheiding. Dit geldt te meer, waar deze theorie den steun van het positieve recht geheel moet missen. Nergens wordt ook maar een aanduiding gegeven, die deze splitsing zou kunnen rechtvaardigen. Nu kan men zijn standpunt wel met doelmatigheidsargumenten verdedigen en beweren, dat de regel „error juris nocet” strikt doorgevoerd tot onhoudbare onbillikheden leidt — want wie een voorwerp medenam in de verkeerde meening daarvan eigenaar te zijn, zou als dief moeten worden gestraft — doch de doelmatigheid is geen wetgever en het ware misschien beter eerst eens de juistheid van dezen regel te onderzoeken.

Naar mijne meening moesten de aanhangers van het Reichsgericht in hun bewijslevering tekort schieten. Het is hier niet de plaats op de verhouding van het strafrecht tot de andere gedeelten van het recht in bijzonderheden in te gaan. Ik wil slechts dit opmerken, dat het formeele kenmerk van plaatsing van een rechtsvoorschrift in het strafwetboek geen geschikt criterium vormt om materieele verschillen tusschen strafrechtelijke en niet strafrechtelijke normen te rechtvaardigen. Of een regel in civiel recht of strafrecht is opgenomen, is vaak zuiver willekeur; soms beslissen ook redenen van wetstechnischen aard; zelden of nooit beslist het karakter van den rechtsregel. Is het niet zonderling, dat de dader wel straffeloos over de eigen richting mag dwalen, omdat het Duitsche Burgerlijk Recht deze materie regelt, terwijl hij bij dwaling over den omvang van het begrip noodweer tevergeefs een beroep op die dwaling doet? Een deugdelijk motief voor dit verschil te geven lijkt mij onmogelijk.

Doch laat ik eens een oogenblik aannemen, dat in theorie de juistheid van deze onderscheiding vaststaat,

dan nog meen ik, dat zij als basis voor een dwalingsleer absoluut ondeugdelijk is. Men zal moeten toegeven, dat, wil men het al of niet relevante der dwaling doen afhangen van de omstandigheid, of zij voorschriften van den burgerlijken- dan wel van den strafwetgever betreft, het noodzakelijk is, dat in het algemeen het handelend individu tusschen regels van burgerlijk recht en strafrecht onderscheidt. Dit is echter niet het geval. Geen leek weet met nauwkeurigheid te zeggen, in welke wet een bepaalde rechtsregel is opgenomen. Hij is gewoonlijk zoo blij, dat hij het voorschrift kent, dat de plaats hem al heel weinig interesseert. Onder die omstandigheden lijkt het mij onmogelijk op het verschil in plaatsing een dwalingstheorie te baseeren.

Afgezien van deze bezwaren stuit de leer van het Reichsgericht in de practijk op onoverkomelijke moeilijkheden (7).

Want hoe moet worden gehandeld in die gevallen, waarin de dader heeft gedwaald over een begrip, dat

(7) De resultaten, waartoe dit hoogste rechtscollege komt, zijn allerverrassendst. Hij, die dwaalt over het bestanddeel «vreemde zaak» maakt zich niet schuldig aan een doleus delict; eene dwaling over eens anders auteursrecht is daarentegen irrelevant. Hij, die dwaalt over het begrip «koopman», kan zich niet met succes op die dwaling beroepen, want volgens het Reichsgericht «befand er sich lediglich in Rechtsunkenntnis über Einführung Geltung und richtiges Verständnis der Gebote des Handelsgesetzbuches»; dus weer een ander criterium. Merkwaardigerwijze verklaart het College in eene andere zaak eene dwaling over het bestanddeel «ambtenaar» voor relevant, hoewel in het Duitsche strafwethoek eene definitie van dit begrip is opgenomen. Zoo wordt in eene andere beslissing aan eene dwaling over een tuchtrecht geen invloed toegekend, hoewel het strafwethoek daarover zwijgt. Hierover uitvoerig: Kahn, *der ausserstrafrechtliche Rechtsirrtum* blz. 1 e. v., 33 e. v.; Kohlrausch, *Irrtum und Schuld-begriff*, blz. 118 e. v.; VON HIPPEL, *Vergleichende Darstellung, Allgemeiner Teil III*, blz. 549 e. v.



zoowel strafrechtelijk als b.v. civielrechtelijk is? Moet men deze dwaling opvatten als een strafrechtelijke en derhalve van het standpunt uitgaan, dat door het opnemen van dit begrip de strafwet het tot een strafrechtelijk heeft verklaard? Doch zoo zou men iedere rechtsdwaling tot eene strafrechtelijke dwaling proclameeren en het adagium „error juris nocet”, voor welker gestrengheid men juist compensatie zoekt, vierde weer hoogtij.

De tweede en laatste mogelijkheid is, dat men deze dwaling als eene niet strafrechtelijke beschouwt en ze dus met eene feitelijke dwaling gelijk stelt. Maar dan zie ik niet in, waarom ten aanzien van een strafrechtelijk begrip met een overeenstemmend begrip in het burgerlijk recht wel mag worden gedwaald en daarentegen bij een strafrechtelijk begrip zonder meer iedere dwaling irrelevant zou moeten zijn. Die overeenstemming is toch zonder beteekenis. Wie zulks betwijfelt en aan dit voorbestaan in andere gedeelten van het recht gewicht hecht, staat onder den invloed van BINDING'S normentheorie; hij zal allermint op de instemming van HEINEMANN, LUCAS en KLEE mogen rekenen.

Tot dusverre richtte ik mijne bestrijding tegen de klassieke leer als op zichzelf staande theorie. Men zal het foutieve in de splitsing der rechtsdwaling des te gereeder beseffen, wanneer men ze beschouwt als logische consequentie van vroegere strafrechtelijke opvattingen.

De kern ervan is: aan het strafrecht wordt een afzonderlijke plaats toegekend en de onderdaan staat tegenover dit strafrecht geheel anders dan tegenover andere rechtsregels.

Het is niet moeilijk het verband te constateeren met natuurrechtelijke opvattingen, welke aan de strafwet absolute beteekenis gaven. Ook de invloed der psychologische dwangtheorie is te bespeuren. De dader wordt

zuiver en alleen tegenover de strafwet geplaatst, die hij behoort te kennen en daarom verondersteld wordt te kennen.

Hierbij komt nog, dat de staatsrechtelijke opvattingen zich in eene richting hadden ontwikkeld, die niet anders dan gunstig voor eene scheiding der rechtsdwaling kon zijn. De leer van den absoluten staat beschouwde het niet kennen van den staatswil als minachting van de autoriteit des wetgevers en de bevelen van dit hoogste gezag moesten onvoorwaardelijk worden nageleefd, ook al . . . . . werden ze niet gekend. Eerbied en vrees gaan dikwijls samen en hoe hooger men den vereerden staatswil plaatste, hoe angstiger men was, dat de autoriteit van dien wil in aanzien en beteekenis zou dalen. De staat moest straffen uit „Selbsterhaltungstrieb”. Een niet straffen, wanneer de dader de strafwet in onkunde overtrad, ware „Gefährdung der Staatsinteressen, der Existenz des Staates”.

Het is onnoodig op dit alles in bijzonderheden in te gaan. De psychologische dwangtheorie is al vaak genoeg en met succes bestreden. Voorzoover de natuurrechtsleer aan de strafwet absolute beteekenis gaf, heeft zij ook aanvallen genoeg ondervonden. Wat tenslotte betreft den invloed van de theorie van den absoluten staat op de dwalingsleer, zij het mij vergund te verwijzen naar hetgeen ik elders (8) ter weerlegging van deze argumentatie heb aangevoerd. In ieder geval rechtvaardigt men zoo niet de begeerde scheiding in de rechtsdwaling; hoogstens kan men de noodzakelijkheid van verschillende behandeling van rechtsdwaling en feitelijke dwaling bepleiten.

Het heeft mij vaak verwonderd, dat de theorie van het Reichsgericht ondanks de vrijwel algeheele afwezig-

(8) Proefschrift, Hoofdstuk I, par. 1.



heid van behoorlijke argumenten zoolang heeft kunnen standhouden.

Ik geloof, dat dit aldus te verklaren is. Ongetwijfeld is deze leer bij de eerste kennismaking van groote bekooring. Zij is eenvoudig en daardoor gemakkelijk te begrijpen. Zij pretendeert den steun van de klassieke rechtsopvattingen, ook al weer een eigenschap, die haar bij den oppervlakkigen beoordeelaar in den smaak doet vallen. Doch de voornaamste reden, waarom men zoo hardnekkig aan deze theorie heeft vastgehouden, is.... dat men geen andere oplossing had.

Eenmaal aangenomen de eeuwenoude onderscheiding van de dwaling in feitelijke en rechtsdwaling en eenmaal aangenomen, dat de feitelijke dwaling het opzet uitsluit, moest men toch een of anderen tusschenweg zoeken. Anders zou men tot een irrelevant verklaren van iedere rechtsdwaling moeten komen, wat een onhoudbare consequentie is. Ze bleef heerschen par faute de mieux.

Ik geloof, dat deze overweging voor de oplossing der dwalingsleer hoogst waardevol is. Wij hebben niet enkel het negatieve resultaat bereikt, dat vaststaat, dat de theorie van het Reichsgericht niet juist is en dat wij een andere oplossing behoeven, maar het moet thans duidelijk zijn, dat de oplossing van de dwalingsleer niet kan steunen op de klassieke verdeeling der dwaling in feitelijke en rechtsdwaling en het relevant verklaren van de eerste en het geen beteekenis toekennen aan de laatste. Wie de leer van het Reichsgericht verwerpt, moet komen tot een geheel nieuwen opbouw der dwalingsleer zonder gebruikmaking van de oude fundamenten.

## II

Wat is dwaling?

Dwaling is verkeerde voorstelling. Men meent A. te zien wandelen en het is B.; men neemt eene verkeerde

parapluie mede naar huis of zet eens anders hoed op, allemaal dwalingsgevallen. Op zichzelf bezit het begrip dwaling niets specifieks juridisch. Men kan over alles dwalen en op de meest verschillende wijzen.

Dwaling is een negatief begrip. Immers het hebben van eene verkeerde voorstelling beteekent het niet hebben van de juiste voorstelling. Dat men A. meent te zien wandelen, beteekent, dat men niet weet, dat B. daar wandelt; dat men meent zijn eigen regenscherm mee naar huis te nemen, wil zeggen, dat men niet weet, dat men met een anders parapluie is vertrokken. Men heeft niet de juiste voorstelling van de werkelijkheid.

Wanneer is de dwaling voor den criminalist van beteekenis?

Natuurlijk niet, zoolang ze zuiver intern blijft. Cogitationis nemo poenam patitur. Men dwale in gedachten, waarover men wil. Eerst wanneer de dwaling in eene handeling is omgezet, wordt ze voor het strafrecht object van onderzoek.

Doch niet alleen is noodig, dat eene handeling aanwezig is. Wil voor het strafrecht de vraag naar de dwaling rijzen, dan moet die dwaling hebben geleid tot eene door den strafwetgever verboden handeling. Men kan een glas wijn drinken en denken, dat het limonade is, of een vlieg doodslaan in de meening een mug te treffen, dat zijn allemaal irrelevante gedragingen. Hieronder behoort ook het z.g.n. putatieve delict. Men denkt een delict te plegen, doch de handeling is volmaakt geoorloofd.

Wij zagen, dat dwaling is een negatief begrip. De aanwezigheid van [de onjuiste voorstelling beteekent de afwezigheid van de juiste. Deze simpele constateering is, naar ik meen, de sleutel voor de oplossing van het strafrechtelijk dwalingsprobleem.



Gegeven is eene gedraging, die alle objectieve bestanddeelen van een bepaald strafbaar feit bezit. Nu kan de strafrechter — na vaststelling der toerekeningsvatbaarheid — de te stellen vraag naar de subjectieve elementen op tweeërlei wijze formuleeren, hetzij positief door te vragen: had de dader de juiste voorstelling; hetzij negatief door te vragen: welke verkeerde voorstelling had de dader?

Het is duidelijk, welke formulering het meest vruchtbaar is. Voor het strafrecht komt het erop aan, dat de juiste voorstelling er is. Wat er wel is, als die juiste voorstelling ontbreekt, is van secundair belang. Of er een onjuiste voorstelling is, of totaal geen voorstelling, doet er niets toe. Onkunde en dwaling beteekenen beide, dat de juiste voorstelling er niet is en daarom kan men beide gelijkelijk behandelen. A fortiori is evenmin van primair gewicht van welken aard de dwaling is en waarover de verkeerde voorstelling bestaat.

Het dwalingsprobleem is dus de negatieve formulering van een positief probleem.

Van welk positief probleem?

De moderne criminalisten beantwoorden deze vraag in verschillenden zin. De overgrootste meerderheid beschouwt met FRANK de dwalingsleer als de negatieve zijde van de opzetleer. De minderheid ziet het dwalingsprobleem als de negatieve formulering van het schuldprobleem.

Ik geloof, dat de laatste opvatting de juiste is en hoop dit straks aan te toonen. Om de lectuur niet te bemoeilijken, ga ik hier niet verder op deze kwestie in. Haar oplossing is in dit stadium zonder belang. Het gaat er thans om te onderzoeken, of eene scheiding moet worden gemaakt in de bestanddeelen, welke door het bewustzijn van den dader moeten worden omvat. Opzet en schuldprobleem zijn als zoodanig geen tegenstellingen, doch beteekenen alleen een verschil van geaardheid in psychische

relatie tusschen dader en daad, zoodat de relatie zelf eerst moet vaststaan.

Wanneer de studie van het dwalingsbegrip positief beteekent de leer van het opzet of de leer van de schuld, dan volgt daaruit, dat een zelfstandig onderzoek van de dwaling in het strafrecht onmogelijk is. De constructie en inhoud der schuld- of opzetleer bepaalt de plaats en waarde der dwaling. Hieruit volgt, dat iedere scheiding in de dwaling slechts dan juist kan zijn, wanneer zij, positief geformuleerd, ook aan de subjectieve zijde van het strafbare feit kan worden gemaakt.

Wordt — en die vraag is beslissend voor de juistheid der scheiding in feitelijke en rechtsdwaling — bij de schuld- of opzetleer tusschen feitelijke en juridische momenten onderscheiden? Voor de duidelijkheid en met het oog op het doel van mijn onderzoek laat ik deze vraag aan de constructie der schuldleer vooraf gaan.

Het eigenaardige is, dat geen criminalist zal aarzelen deze vraag ontkennend te beantwoorden. De algemeene opvatting is, dat voor opzet noodig is de wil om te verwezenlijken de verschillende bijzondere bestanddeelen van een bepaald strafbaar feit en voor de schuld in het algemeen is men met een mogelijkheidsbewustzijn tevreden. Niemand trekt hier de scheiding tusschen feitelijke en juridische elementen. Des te verwonderlijker is het echter, dat de diverse auteurs, wanneer zij bij de dwalingsleer zijn gekomen, wèl die verdeeling maken.

Met dit beroep op de literatuur is de onjuistheid van de scheiding in feitelijke en juridische bestanddeelen echter niet afdoende bewezen. De mogelijkheid is niet uitgesloten, dat men ook aan de subjectieve zijde van het strafbare feit bij schuld- en opzetleer de tegenstelling feit en rechtsregel moest maken en dat men daar nog niet tot een juist inzicht als bij de dwalingsleer is gekomen.



Is de scheiding tusschen feitelijke en juridische bestanddeelen juist? Ik kan deze vraag ook algemeener stellen en aldus formuleeren: moet men voor het menschelijk bewustzijn tusschen het zintuigelijk waarneembare en het niet zintuigelijk waarneembare onderscheiden?

Ik geloof, dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord. Voor den handelenden mensch heeft die onderscheiding weinig of geen waarde. Zuiver zintuigelijke waarnemingen doen wij niet, of althans in zeer geringe mate. Wij zien een „vrek”, geven aan een „bedelaar”, beledigen een „ambtenaar”, alles niet voor waarneming zonder meer vatbaar. Aan de voorstelling „vrek”, „bedelaar” en „ambtenaar” verbinden wij een aantal ervaringen van den meest verschillenden aard en als wij vragen, wat wij in werkelijkheid van dien vrek, bedelaar of ambtenaar zien, dan is dat in alle gevallen precies hetzelfde. Wij zien een mensch met alle uitwendige fysieke kenmerken van zijn ras, de uitwendige kenmerken van zijn kleeding enz. maar deze waarneming verschaft ons niet, wat wij onder deze begrippen tot eene eenheid hebben saamgevat.

Het zintuigelijk waarneembare vervult in onze samenleving slechts een ondergeschikte rol. Wij leven niet in een wereld van bloot zintuigelijk waarneembaar gebeuren. Ons handelen wordt dan ook niet bepaald door het zintuigelijk waargenomene, maar wij handelen op grond van begrippen en gedachtenassociaties van geheel anderen aard en op geheel verschillende, dikwijls zeer gecompliceerde wijze ontstaan. Wij zien de handelingen slechts vanuit het ons interesseerende gezichtspunt.

Ten duidelijkste blijkt dit uit de m. i. alleen juiste logische causaliteits-theorie. Wanneer wij een rij van voorwaarden of beter een oneindige rij van rijen van voorwaarden bezitten en wij vragen dan naar de oorzaak

van een concrete gebeurtenis, dan komen wij met het zuiver mechanische onderzoek nimmer tot resultaten. Het wordt een eindeloos teruggaan in het verleden, zonder rust of steunpunt. De vraag naar de oorzaak kunnen wij slechts vruchtbaar opwerpen, wanneer wij ons een zeker doel voor oogen stellen en weten waarvan en waarvoor wij de verklaring zoeken. Wij moeten ons stellen op een bepaald standpunt, uitgaan van eene bepaalde opvatting. Al naarmate wij de gebeurtenis, waarvan wij de oorzaak naspeuren, anders opvatten, naar die mate zal de oorzaak eene andere zijn. Alles is betrekkelijk in de hoogste mate. Iedere verschijning van de buitenwereld heeft een oneindig aantal eigenschappen en ieder dezer eigenschappen kan weer op meer concrete of meer abstracte wijze worden opgevat. Daarom kunnen wij nimmer een geheel volledig beeld van eene verschijning verkrijgen; er zijn  $n$  opvattingen en  $n$  standpunten mogelijk. Zooveel begripscomplexen, zooveel mogelijkheden van beschouwing.

Wat blijkt hieruit? Dat eene onderscheiding tusschen het feitelijke en het niet feitelijke niet alleen hoogst willekeurig, maar tevens onjuist is; een zuiver zintuigelijke waarneming bestaat niet voor het menschelijk bewustzijn. Wij zien steeds de „Dingen für Uns”. Altijd moet men zich op een of ander standpunt gesteld hebben en geen beschouwing geschiedt volmaakt kleurloos en is waarneming zonder meer.

Het bestek van dit artikel laat niet toe dieper op dit alles in te gaan. Men gevoelt, hoe belangrijk de hier slechts zeer vluchtig behandelde kwestie is en hoe nauw het vraagstuk van een mechanisch of psychologisch handelingsbegrip en meer algemeen het probleem van het willen hiermede verbonden zijn.

Het doel van mijn onderzoek meen ik echter te hebben bereikt. In het voorstellingsleven van het handelend



individu is geen scheiding tusschen het feitelijke en niet feitelijke, maar steeds draagt de voorstelling een bepaald karakter. Wat wij z.g.n. „zien” gebeuren, wordt niet door de zintuigelijke waarneming bepaald. Er is geen zuiver feitelijke beoordeeling, er is geen zuiver feitelijke daad.

Voor de rechtswetenschap is dit inzicht van eminent belang. Wanneer de scheiding tusschen het zintuigelijk waarneembare en het niet zintuigelijk waarneembare onjuist is, volgt daaruit, dat ook de scheiding tusschen feit en recht niet mag worden gemaakt.

Want wat is een strafbaar feit? Niets anders dan een gebeuren bezien uit juridisch standpunt, beoordeeld door het begrippencomplex, wat wij recht noemen. Het voert als zoodanig geenerlei reëeler bestaan dan een „weldaad” (ethiek) of een „zonde” (religie). Alle kunnen een even weinig reëel bestaan hebben.

De dader, die een strafbaar feit pleegt, moet de rede-neering vooruit hebben gevoerd, die wij hierboven als slotredeneering bij de causaliteitsleer benutten. Wil hij zijn daad zien, zooals het recht dit verlangt, dan moet hij de verschillende bestanddeelen onder juridisch relevant gezichtspunt hebben beschouwd. Hij moet aan het bestanddeel „mensch” de bijzondere eigenschap „ambtenaar” hebben toegekend en door zijne begrippenassociatie tot het juiste inzicht van de waarde en beteekenis der verschillende bestanddeelen als zoodanig en als eenheid zijn gekomen. De zintuigelijke waarneming kan hem de kennis van de strafrechtelijke beteekenis van zijne gedraging niet verschaffen. Dezelfde materiele handeling kan irrelevant en een delict zijn. Eerst als hij een juist inzicht heeft in de verschillende juridische eigenschappen, kan hij zijne handeling als geheel op juiste wijze waardeeren.

Het behoeft geen uitvoerig betoog, dat de rechtsorde

krachtens het karakter van het strafbare feit als schending van rechtsgoederen en inbreuk in rechtsbelangen, niet alleen de onderscheiding recht en feit niet maakt, maar ook niet revelant kan maken. Voor het recht hebben alle bestanddeelen van het delictsbegrip een even juridisch bestaan en zoo bestanddeelen dat niet hebben, bestaan ze voor het recht niet. Juist op dat bestaan voor het recht komt het aan. De rechtsorde is niet eene engere sfeer van de maatschappelijke orde en rechtsverhoudingen zijn niet een species van de maatschappelijke verhoudingen, maar in het rechtsleven ontwikkelen zich talloze nieuwe constellaties en door de ordening worden belangen geschapen, welker integriteit voor het rechtsleven van de hoogste waarde is. Er ontstaan strafrechtelijke geboden en verboden met z.g.n. strengjuridische elementen. Voor de rechtsorde echter bezitten ze de meest eigenlijke beteekenis. Geheel vreemd van de niet-juridische wereld zijn die elementen meestal niet, doch het recht schept iets nieuws. Wie als mensch door ruimtebetrekkingen bepaald werd en voorwerp der exacte wetenschappen, der physiologie, was, wordt als ambtenaar een juridisch begrip met door het recht bepaalde eigenschappen.

Mijn resultaat is: voor de rechtsorde komt het aan op het juridisch revelante. De onderscheiding in feitelijke en juridische bestanddeelen is onjuist.

Een onderzoek van het begrip „gevolg” in het strafrecht bevestigt de juistheid van deze opvatting.

Het is een eenvoudige maar dikwijls veronachtzaamde waarheid, dat men de bijzondere elementen van het strafbare feit als eigenschappen van het gevolg kan beschouwen. De dader moet zijne daad als veroorzaking van het gevolg hebben voorzien of hebben kunnen voorzien. Toon ik dus aan, dat voor het gevolg in strafrechtelijken zin de verandering der stoffelijke wereld niet het essentiele is en



dat er strafbare feiten zijn, die zulk een gevolg niet hebben, dan volgt daaruit voor de subjectieve zijde van het strafbare feit, dat de scheiding tusschen het zintuigelijk waarneembare en niet zintuigelijk waarneembare onjuist is.

Is het gevolg zintuigelijk waarneembaar?

Ik kom hier eigenaardigerwijze op sterk bestreden terrein. Wij zagen, dat men het er vrijwel over eens is, dat voor het opzetbegrip feitelijke en juridische elementen niet mogen worden onderscheiden. Bij de leer van het gevolg gekomen, gaat men zeer inconsequent te werk: gevolg is „die sinfällige Veränderung der Aussenwelt”.

Na wat ik hierboven bij de causaliteitstheorie opmerkte, behoeft het geen betoog, dat deze definitie m. i. onjuist is. Zij vloeit bij de meeste schrijvers voort uit hun verklaring van het handelingsbegrip. Ten onrechte vat men dit te mechanisch-physiologisch op en komt dan tot zijne voor het strafbare feit onjuiste conclusie, ook al vloeit deze geenszins noodzakelijk uit de mechanische opvatting van het handelingsbegrip voort.

Ongetwijfeld beteekent ieder gevolg eene verandering van de buitenwereld, in zooverre daaronder moet worden verstaan, wat buiten het innerlijk van den dader is. Het voornemen moet geopenbaard zijn. Maar dat het strafrechtelijk gevolg steeds zintuigelijk waarneembaar moet zijn als ruimteverandering, acht ik onjuist. Men denke aan het delict belediging en andere strafbare feiten, b.v. het van de vrijheid beroofd houden; vooral ook aan de groote groep der eigenlijke omissiedelicten, waar zulk een verandering niet intreedt. Trouwens wie als von LISZT gevaar een gevolg als ieder ander noemt, moet noodzakelijk met bovenstaande definitie in conflict komen.

Naar mijne meening — en ik behoef het na het voorafgaande niet nader te motiveeren — ligt het essentiele van het delictsgevolg in de aantasting van het

rechtsbelang, dat door de norm gecreëerd is. Het is een verandering in de rechtswereld. Dit beteekent niet een zuiver formeele bepaling in dien zin, dat op het ongehoorzaamheidselement den nadruk valt, maar het delict heeft allereerst en alleen materieel-juridische beteekenis. De schending van het rechtsbelang is het juridisch relevante en daarop komt het voor het strafrecht aan. Wanneer zulk een schending aanwezig is, leert de delictsomschrijving.

De consequentie voor de subjectieve zijde van het strafbare feit is thans gemakkelijk te trekken.

Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid moet de dader kennis van dat juridisch relevante hebben gehad of kunnen hebben. Hij moet zijn handeling als aantasting van het rechtsbelang, dus als in conflict met dien norm, hebben geweten of hebben kunnen weten. De zintuigelijk waarneembare verandering der buitenwereld is zonder beteekenis.

Daarmede is de onderscheiding recht-feit veroordeeld.

*(Wordt vervolgd)*



„Leden-contracten” door A. E. RIBBIUS PELETIER, —  
Academisch Proefschrift, Utrecht, 1920.

Dit keurig uitgevoerde, van een opdracht aan Prof. MOLENGRAAFF voorziene werkje behandelt die overeenkomsten, door schrijfster „leden-contracten” genoemd, waarin bepalingen voorkomen, bij welke vervulling de leden der contracteerende corporatie(s) betrokken zijn, en wel in dier voege, dat aan de corporatie (een vereeniging of publiekrechtelijk lichaam) een bepaald gedrag wordt voorgeschreven, dat deze jegens haar leden in acht moet nemen, of dat die leden zelve ieder een bepaalde gedraging in acht hebben te nemen (1). Schr. heeft zich daarbij uitsluitend bezig gehouden met de collectieve arbeidsovereenkomst, gesloten eenerzijds door één of meer vakvereenigingen, anderzijds door één patroon of één of meer patroonsvereenigingen. Schr. nu heeft zich tot taak gesteld te onderzoeken, welke rechtsgevolgen dergelijk „leden-contract” bezit. Haar onderzoek komt neer op het volgende resultaat: een corporatie (vereeniging) is onbestaanbaar zonder leden; zij bestaat in en door de leden; weliswaar is zij van de leden onderscheiden, — immers zij is de „leden tot een geheel samengedacht” — maar zij is niet van de leden gescheiden; zij is een eenheid, die uit en door de leden is opgebouwd, die zonder die veelheid niet te denken is (2). Partij bij de C. A. is dus de veeleenigheid der leden, d. i. de vereeniging. Wanneer deze als partij bij een contract optreedt, is de daaruit voortspruitende verbintenis dan ook niet uitsluitend enkelvoudig van aard, gelijk bij het contracteeren van twee „individuen” het geval is, doch tevens samengesteld; dit laatste is het geval, wanneer de contracteerende vereeniging zich zoo voordoet, dat bij haar optreden de nadruk ligt op het feit, dat zij uit deelen is samengesteld; of zulks het geval zal zijn, hangt af van den vorm van samenwerking der leden: het doel, dat deze zich stellen, alsmede de wijze, waarop men voornemens is dat doel na te streven (3). Bij de door een vakvereeniging gesloten C. A. is nu dergelijke samenwerking aanwezig: in de C. A. komen toch bepalingen voor, waarin „duidelijk met de leden rekening gehouden

(1) Blz. 1. (2) Blz. 47, waaraan op Hegeliaansche (?) of Bollandische (?) spreekwijze nog wordt toegevoegd: „een eenheid van veelheid, een veeleenigheid”. (3) Blz. 49.

wordt"; (1); „leden-bepalingen”, b.v. inhoudende, dat het lid, zoolang de C. A. van kracht is, niet tot staking of uitsluiting mag overgaan, of dat men, ingeval van geschil met den patroon, dit aan een bepaald scheidsgerecht zal onderwerpen. Daarnaast heeft de C. A. bepalingen, waarbij op de eenheid de nadruk gelegd is, en „de afzonderlijke leden in het geheel geen rol spelen” (2): bepalingen, voorschrijvende, welke waarborgsom door de contracteerende vereeniging gestort moet worden, met welke andere organisatie geen C. A. gesloten mag worden, welke commissies ingesteld zullen worden, en hoe de daarvoor benoodigde kosten gedragen zullen worden. Terwijl van laatstgemelde soort bepalingen het rechtsgevolg is, dat de vereeniging als geheel verbonden is aan de wederpartij (3), — immers het feit, dat de corporatie een samengesteldheid is, is hier niet van belang, — zullen bij de „leden-bepalingen” rechtsgevolgen ontstaan niet slechts voor de vereeniging, doch ook voor de daaruit samengestelde deelen, de leden: deze kunnen individueel nakoming vorderen, dat de wederpartij zich op de voorgeschreven wijze jegens hen gedragen zal, en zijn eveneens individueel tot dergelijke gedraging jegens bedoelde wederpartij verplicht (4).

Ziehier de kern van het betoog van schr. Gelijk men opmerkt, is tot uitgangspunt genomen de door Prof. MOLENGRAAFF en STAR BUSMANN aangehangen leer van den rechtspersoon als samengesteldheid van de personen, die daarvan lid zijn. Ten aanzien dier werkelijkheids-leer zij hier ter plaatse alleen het volgende opgemerkt: zij gaat uit van de veronderstelling, dat alleen de mensch rechtssubject is, en voorts dat, indien „men” ook iets anders, („wat in de kenbare werkelijkheid niet aanwezig is”) rechtssubject noemt, er dus alsdan sprake is van een gefingeerden persoon (5). Dienaangaande zij met Prof. KOSTERS (6) opgemerkt, dat de mensch niet van nature rechtssubject is, doch zijn rechten en verplichtingen aan de rechtsorde ontleent, en deze ook aan anderen dan den enkeling rechts- en handelingsbevoegdheden geven kan. Afgezien van het natuurwetenschappelijk getinte uitgangspunt van een rechts-, dus normatieve leer (7), bestaan er ook andere bezwaren tegen het betoog van schr. Haar onderscheiding tusschen enkelvoudige en samengestelde verbintenissen is, daargelaten een ook hier onmiskenbaar streven alleen den enkeling als rechtssubject te beschouwen, in strijd met de tot nog toe

(1) Blz. 50. (2) Blz. 54. (3) Blz. 53. (4) Blz. 55. (5) Aldus Prof. STAR BUSMANN in Land's Verklaring v. h. B. W. I, blz. 760, welke grondstelling niet nader wordt toegelicht dan met de bewering, dat alleen de mensch een ethische persoonlijkheid heeft. (6) Hand. Ned. Jur. Vereen. 1920, blz. 13. (7) Vgl. de Hand. Vereen. Wijsbegeerte des Rechts 1920 III, blz. 81, 82.



in de wetenschap te dier zake gemaakte verdeling der verbintenissen (1). Trouwens de beslissing of iets eenheidsdan wel een ledenbepaling is, zal vaak moeilijk vallen; de beide soorten van belangen gaan (vaak) in elkaar over, gelijk schr. dan ook later uitdrukkelijk stelt bij de schadevergoedingsrechtsoverdrachten en ook te dezer plaatse reeds toegeeft, waar zij neerschrijft, dat bij de handhaving van een eenheidsbepaling zulks niet zoozeer geschiedt in het belang der leden dan wel in dat der leden, zij het ook in dat der „gezamenlijke” leden! (2). Voorts is niet duidelijk, hoe het nadruk-leggen (op welke wijze?) op het „feit”, dat de contracteerende vereeniging een eenheid dan wel een samengesteld geheel is, invloed kan hebben op de rechtsgevolgen der door die eenheid gesloten overeenkomst; haar verklaring, dat „nu de contracteerende partijen zich *bewust* zijn geweest, dat gecontracteerd werd door leden, die samen een vereeniging vormen, de verbintenis, die ontstaat, ook toonen zal, dat zij leden aan de vereeniging verbindt”, (3) is vrij onbegrijpelijk. Dit voert tot een ander bezwaar; schr. geeft toe, dat de C. A. gesloten wordt eenerzijds door één of meer vakvereenigingen, anderzijds door een patroon of één of meer werkgeversvereenigingen (4); toch kunnen volgens schr. derden, de leden, althans wat de ledenbepalingen aangaat, aan de C. A. rechten ontleenen en daardoor „verbonden” worden. Dit nu is, afgezien, dat art. 1637 *n* alleen van „gebondenheid” spreekt, in strijd met art. 1351 B. W., inhoudende, dat overeenkomsten alleen de contracteerende partijen verbinden, behoudens het in art. 1353 bedoelde beding ten behoeve van een derde, waarvan echter schr., terecht, hier niets wil weten. Een ander punt in haar leer, waarbij schr. in strijd met de wet schijnt te komen, is haar meening, dat de vraag of elk lid er wel in toestemde, dat bedoelde rechten en verplichtingen aan hem toekomen resp. op hem komen te rusten, niet meer ter sprake komt, nu vaststaat, dat „de vereeniging uit haar aard bevoegd is met het accent op haar leden op te treden” (5); de in art. 1356, lid 1 B. W. gevorderde toestemming van degenen, die zich verbinden, schijnt aldus wel in het gedrang te komen. Ook het betoog, dat die rechten en verplichtingen blijven bestaan, ook indien het lid daaraan een einde wil maken, en wel omdat de verbintenis tusschen dat lid en de wederpartij volgens schr. zou ingrijpen in een „grooter geheel”:

(1) ASSER—VAN GOUDGEVER, blz. 24, onderscheidt, evenals ASSER—LIMBURG, blz. 18, de verbintenissen in „eenvoudige” en samengestelde, naar gelang den aard der praestatie. (2) Blz. 54. (3) Blz. 54; de terminologie doet bovendien zeer vreemd aan, vgl. ook blz. 55, alwaar o. m. „zichthare verbintenis”. (4) Blz. 3. (5) Blz. 55.

de verbintenis tussehen de vereeniging en die wederpartij, (1) is niet duidelijk. Ditzelfde geldt in nog grooter mate van de verklaring, dat de C. A. bepaling van rechtswege overgaat in het individueel contract; alle leden (ook degenen, die tegen het C. A. stemden?) zouden zich over en weer bereid verklaard hebben bedoelde C. A.-bepalingen in het arbeidscontract op te nemen! (2). Dergelijke fictie — want daar komt het betoog van schr., niettegenstaande haar werkelijkheidsdrang, op neer — is ook te vinden in haar meening, dat een in een individueel contract opgenomen, met het C. A. strijdige bepaling van onwaarde is, omdat bedoelde leden door hun eenmaal afgegeven bereidverklaring het C. A. na te leven, daaraan gebonden zijn (3). Deze opvatting is trouwens in strijd met de wet, die in art. 1637<sup>n</sup> B. W. de geldigheid van dergelijk afwijkend beding erkent, totdat het is nietig verklaard. Ten slotte moge gewezen worden op de consequenties van het betoog van schr., dat de schending eener ledenbepaling niet slechts een actie (waarom niet het Hollandsche „rechtsvordering“?) voor en tegen de vereeniging, maar ook ten behoeve van en tegen het lid oplevert; het verschil in den aard der schade, door de vereeniging, resp. het lid, te lijden, is reeds reden genoeg om identiteit van schade niet te kunnen aannemen (4).

Resumeerende schijnt het betoog van schr., hoe scherpzinnig en aaneensluitend ook, betwistbaar. Ook deze poging schijnt, als vele anderen, waarvan schr. een helder overzicht geeft, te falen; zoolang men vasthoudt aan het uitsluitend karakter der C. A. als een overeenkomst, blijft men op onoverkomelijke moeilijkheden stuiten (5). Haar werkje blijft desalniettemin een waardevolle aanwinst voor dit onderwerp.

's-Gravenhage

G. J. VAN BRAKEL

(1) Blz. 56. (2) Blz. 57. (3) Blz. 57. (4) Blz. 61; aldus thans ook MEYERS in W. P. N. R. 2664. (5) Vgl., afgezien van den term regeling (niet: overeenkomst) in lid 2 en het gebonden-zijn in lid 1 van art. 1637<sup>n</sup>, ook het Rechtsg. Mag. 1917, blz. 514 v., alwaar wij wezen op het dualistische karakter der C. A. als overeenkomst en als rechtscnorm; het betoog van schr. tast die beschouwingen niet aan, waar schr. alleen van de door HAMAKER en MERKELBACH aangehangen opvatting der C. A. als regel van objectief recht rept, en de door schr. terecht bestreden Vereinbarungsleer evenmin door ons werd aangehangen; ook de bewering van schr. (blz. 42 noot), dat bij het aldaar aangevoerde de feitelijke toestanden miskend werden, gaat niet op, waar deze juist als uitgangspunt genomen werden.



W. N. DINGER. — *Het zakelijk karakter van het recht van den eersten kooper.* — Acad. proefschr., Utrecht 1919.

Al zou men het uit den titel niet zoo dadelijk opmaken, dit proefschrift behandelt een uitbreiding van de actio Pauliana. Het geval, dat hem aanleiding heeft gegeven naar een uitbreiding der Pauliana te zoeken, zet de Schr. in zijn Voorwoord uiteen. „Als iemand een zaak gekocht heeft, en de verkoper begaat daarna de oneerlijkheid, die zaak, in plaats van haar aan den kooper te leveren, aan een ander te verkoopen en aan dien ander te leveren, dan wordt die ander de eigenaar. Dit wordt hij, zelfs al wist hij bij het koopen en bij het ontvangen der zaak, dat de eerste kooper haar al gekocht had”. . . . „De eerste kooper beschikt ook niet over een middel om de zaak van den tweeden kooper op te vorderen. De tweede kooper immers heeft niet slechts eigendom gekregen, maar vrijen eigendom, eigendom waar geen zakelijke last op rust. De verplichting van den verkoper om de zaak aan den eersten kooper te leveren is geen zakelijke last, maar een persoonlijke verbintenis van den verkoper. De tweede kooper heeft niets met de persoonlijke verbintenissen van den verkoper te maken. De tweede kooper mag dus de zaak houden, dit is de conclusie, en de eerste kooper heeft niet het recht de zaak van hem op te vorderen”.

Omdat deze oplossing den Schr. nooit heeft kunnen bevredigen, is hij een middel tegen „deze kwaadwillige vreemding” gaan zoeken. Dit middel meent hij gevonden te hebben in een uitbreiding der actio Pauliana. De in ons recht bestaande Pauliana acht hij n.l. op het geval niet toepasselijk. Immers deze eischt, in de eerste plaats, dat de schuldeischers (meervoud) zijn benadeeld, en hier is slechts één schuldeischer benadeeld, de eerste kooper. Verder eischt de Pauliana benadeeling, d. w. z. geldelijke benadeeling, en ook aan dit vereischte voldoet het gestelde geval niet, „want wie weet of de verkoper den eersten kooper na hem bedrogen te hebben, niet schadeloosstelling in geld aanbiedt”.

In hoofdstuk I laat de Schr. ons, bij wijze van inleiding, zien, hoe het Pruisische Landrecht, POTHIER en een aantal andere schrijvers uit verschillende eeuwen (15e tot midden 18e eeuw) en landen den regel huldigden, dat den kooper

tegenover een volgenden koper, die met den eersten koop bekend was, de bevoegdheid toekomt de nietigheid van de tweede vervreemding in te roepen.

Daarna gaat hij er toe over in hoofdstukken II en III zelf deze toepassing der actio Pauliana te verdedigen. In die verdediging is hij over het algemeen wel geslaagd. Zeer terecht stelt hij voorop, dat een koper in de eerste plaats recht heeft op levering der zaak zelve, niet slechts op de waarde daarvan in geld. Staat het nu vast, dat de koper den verkooper de zaak inderdaad kan afdwingen, m. a. w. dat rechtstreeksche of te wel reële executie van zijn recht mogelijk is, dan wordt hij door den verkooper, die de zaak aan een ander vervreemdt, op geheel gelijke wijze benadeeld als de gewone schuldeischers door hun debiteur, die een zoodanig gedeelte van zijn boedel wegmaakt, dat zijn baten niet meer of nog minder dan voorheen tegen de schulden opwegen. Eenzelfde redmiddel, als voor die schuldeischers de Pauliana vormt, komt dan ook den koper toe. Aldus kan ik in enkele woorden het betoog weergeven van den Schr., die de reële executie op dit punt voor ons recht zonder nader betoog aanneemt en er zich dus wel wat gemakkelijk van af maakt.

In het voorbijgaan vindt de Schr. gelegenheid zich oneens te verklaren met den meer door hem aangehaalden BALDUS, waar deze den eisch van kwade trouw laat vallen ten aanzien van den derde, die om niet heeft verkregen. „Het is wel”, zegt hij, „bij de Pauliana de gewoonte, dat zij tegen dengeen, die de zaak gratis ontvangen heeft, ingeroepen kan worden ook als hij te goeder trouw ontving, maar het komt mij voor, dat deze regel, als een uitzonderingsregel, zoo nauw mogelijk beperkt moet blijven. Want zij strijdt met het beginsel dat de goede trouw van den derde beschermd moet worden, en dit laatste beginsel behoort m. i. vóór alles te worden geëerbiedigd”.

Alvorens dit neer te schrijven, had de Schr. zich eens moeten afvragen, of het wel aangaat den benadeelden koper of schuldeischer achter te stellen bij den bevoordeelden verkrijger, die, als hij zijn voordeel weer moet afstaan, bij slot toch in denzelfden toestand is als vóór de nietige handeling. Eveneens of de verkeersregel, dat de goede trouw van den verkrijger beschermd wordt, wel toepassing verdient bij een verkrijging om niet, die toch eigenlijk buiten het gewone verkeer staat. Zijn slotsom zou misschien dezelfde zijn gebleven, maar hij zou haar dan toch anders hebben bereedeneerd.

Bij het vereischte van kwade trouw bij den verkooper of schuldenaar staat de Schr. langer stil. Hier erkent hij het goed recht van dien eisch bij de gewone Pauliana, maar verwerpt hem voor zijn „uitbreiding” dier actie. Het verschil



zou hierin gelegen zijn, dat de schuldenaar, die een handeling verricht, waardoor de schuldeischers blijken te zijn benadeeld, nog niet „per se ongeoorloofd” handelt, wel daarentegen de verkooper, die de zaak, welke hij aan den een moet leveren, verkoopt en levert aan den ander. Steun meent de Schr. hiervoor te vinden bij de verschillende door hem geraadpleegde oude schrijvers, die van kwade trouw bij den verkooper niet reppen en slechts van kwade trouw van den tweeden koper spreken. Het schijnt echter vrij duidelijk, dat dit door hem opgemerkte stilzwijgen ook anders kan worden verklaard. Zelf zegt hij: „Misschien heeft de verkooper niet er aan gedacht, dat hij de zaak al aan den eersten koper verkocht had; dan kan men hem toch verwijten: gij hadt er aan moeten denken. Wellicht heeft hij den verkoop vergeten; dan treft hem toch het verwijt: gij hadt haar niet mogen vergeten.” Zouden die oude schrijvers er niet ook zoo over gedacht hebben en dus de kwade trouw van den verkooper als vanzelf sprekend hebben aangenomen, en vat Schr. het begrip „goede trouw” niet te ruim op door den vergeetachtigen verkooper, zooals hij dien zelf schetst, nog te goeder trouw te noemen?

Of de voorstelling, die Schr. zich maakt van de wetenschap van benadeeling bij den schuldenaar in het geval der gewone Pauliana, de juiste is, mag ook worden betwijfeld; ik zal daar echter niet op ingaan. De Schr. houdt vast aan het „ongeoorloofde” der handeling als rechtsgrond voor de Pauliana en daar hij dit „ongeoorloofde” alleen meent te kunnen aannemen, als de schuldenaar handelt te kwader trouw, acht hij hiermede den eisch van kwade trouw ook gerechtvaardigd.

Waarom niet een poging gedaan, onze tegenwoordige Pauliana te beschouwen los van de oude delictsactie, en den eisch der wetenschap van benadeeling bij den schuldenaar geheel overboord te werpen?

Zoover gekomen trekt de Schr. nog eens de conclusie (blz. 31) „dat de eerste koper zijn rechtsmiddel behoort te hebben, als de tweede koper geweten heeft, dat de eerste de zaak al gekocht had” en zegt dan „te hebben aangetoond, dat de oude schrijvers gelijk hadden, toen zij de Pauliana zoover uitbreidden”.

De Schr. zet er zich vervolgens toe (blz. 32 e. v.), te onderzoeken wat hiervan nu is naar ons geldend recht. Om een plaats voor zijne uitbreiding der Pauliana te vinden, wendt hij zich niet, zooals men zou verwachten, tot art. 1377 B. W., maar tot art. 1356. „Een overeenkomst”, zoo schrijft hij, „moet een geoorloofde oorzaak hebben, anders is zij onbestaanbaar, nietig. Welnu, de overeenkomst van verkooper en tweeden koper heeft geen geoorloofde oorzaak en daarom is zij nietig”.

Na dit te hebben vastgesteld, ziet de Schr. nog één moeilijkheid (blz. 33). „We hebben noodig een relatieve nietigheid, die alleen intreedt ten bate van den door de handeling gedupeerden persoon analoog met de nietigheid, die de Pauliana verschaft, en het art. 1356 schijnt ons te verschaffen een absolute nietigheid „onbestaanbaarheid”. Met deze moeilijkheid is de Schr. al heel spoedig klaar. „We hebben noodig een relatieve nietigheid? Niets belet ons deze relatieve nietigheid in art. 1356 te lezen” (blz. 34). En hoe verdedigt hij dit? Door er op te wijzen, dat er in hetzelfde artikel nog een andere grond voor slechts relatieve nietigheid voorkomt. Daarom zou men gerechtigd zijn, als men er behoefte aan gevoelt, ook de nietigheid wegens ongeoorloofde oorzaak een betrekkelijke te noemen.

Zoowel aan een onjuiste wijze van wetsuitlegging als aan een miskennis van het verschil tusschen de nietigheid — ook de betrekkelijke — van art. 1356 en die welke de Pauliana verschaft, maakt de Schr. zich hier schuldig. Dit is te meer te betreuren, nu hij zelf elders een zeer juiste beschrijving van die laatste nietigheid geeft. Hij zegt er van (op blz. 46) „de handeling is geldig, de zaken of baten hebben geldig den boedel verlaten, alleen de crediteuren mogen het beschouwen, dat zij den boedel niet verlaten hebben en mogen hun executierecht er dus nog op uitoefenen. De zaken zijn werkelijk uit het vermogen van den debiteur gegaan, de debiteur zelf kan ze niet meer terugroepen, de derde is er ten opzichte van iedereen eigenaar van geworden. Toch mogen de crediteuren de zaken in den boedel terugroepen, of liever, ten aanzien van de crediteuren hebben de zaken den boedel niet verlaten.” Ook van zijn uitgebreide Pauliana zegt hij later terecht (blz. 50) „de handeling blijft dus bestaan en blijft geldig, maar de eerste koper kan *over de handeling heen* zijn recht nog op de zaak uitoefenen”. Niet van deze nietigheid, maar van die van art. 1356 maakt de Schr. zich dan ook een verkeerde voorstelling, wat eveneens uitkomt in zijn aantekening (noot op blz. 50): „De handeling is immers relatief nietig; dit sluit in, dat zij voor de rest geldig is”.

Tot dezen minder gelukkigen greep naar art. 1356 B. W. zou de Schr. wellicht niet zijn gekomen, als hij niet zoo dadelijk de meening had vooropgesteld, dat in art. 1377 zelf voor zijn toepassing der Pauliana een plaats niet te vinden is. Aanleiding om die uitspraak nog eens te herzien had hem kunnen geven het vonnis van Rotterdam, dd. 19 April 1886 (W. 5336). Dit vonnis, dat den Schr. blijkbaar onbekend is gebleven, behandelt juist een geval, waarin nietigverklaring van een verkoop en levering van vast goed wordt gevorderd op grond, dat daarbij bedrieglijke verkorting van eischers recht op levering van dat goed heeft plaats gehad. Ofschoon



het bij art. 1377 aan de schuldeischers gegeven recht, naar het oordeel der Rechtbank als van exceptioneelen aard niet buiten de grenzen, door het artikel zelf gesteld, mag worden uitgebreid, ziet zij niet in „dat onder de aldaar genoemde schuldeischers slechts zouden te verstaan zijn diegene die een geldschuld te vorderen hebben”.

„O. immers, dat deze beperking van het door bedoeld woord uitgedrukte begrip, in strijd met het spraakgebruik der wet, hetwelk daaronder allen begrijpt die krachtens eene verbintenis op eenige praestatie, welke ook, aanspraak hebben, niet wordt geëischt door den aard van het hier toegekende recht, daar toch bedrieglijke verkorting van de rechten van schuldeischers ook ten aanzien van andere dan geldschulden mogelijk is.”

„O. derhalve dat de eischeres ten deze optredende als koopster van een door den ten gedaagde aan haren echtgenoot als haren auteur verkocht en haar dus te leveren pand behoort tot de schuldeischers in het aangehaalde artikel bedoeld”.

Het bezwaar van den Schr., dat art. 1377 van „schuldeischers” in het meervoud spreekt, acht de Rechtbank blijkbaar niet der overweging waard.

In hoofdstuk IV komt eindelijk om den hoek kijken wat den Schr. bewoog in den titel van zijn geschrift te spreken van het zakelijk karakter van het recht van den kooper. Hij bespreekt daar de vraag, of het recht van den kooper is een persoonlijk dan wel een zakelijk recht, en doelt daarmee op het door hem aangenomen recht van dien kooper om de zaak op te eischen van iederen derde, die, wetende, dat zij al verkocht was, de zaak van den verkooper heeft verkregen. Het betoog komt in het kort op het volgende neer. De z.g. tenuitvoerlegging van een vordering op de goederen van den schuldenaar is niet in eigenlijken zin executie van het persoonlijk recht. Deze zou er slechts zijn als door rechtstreekschen dwang, op den persoon zelf uitgeoefend, deze werd gedwongen datgene, waartoe hij verplicht is, te doen. Zoo heeft de executie echter niet plaats, men richt zich niet tot den persoon, maar tot zijn goederen. Men executeert dus niet het persoonlijk recht, maar een zakelijk recht, dat men naast zijn persoonlijk recht blijkt te hebben. Dit „pandrecht der crediteuren”, zooals de Schr. het noemt, maakt het persoonlijk recht, waartoe het behoort, tot een combinatie van persoonlijk en zakelijk recht, tot een persoonlijk recht met een beperkte zakelijke bevoegdheid verbonden.

Zooals nu het zakelijk element van het persoonlijk recht in het algemeen bestaat in dit „pandrecht der crediteuren”, zoo is ook het zakelijk element van het recht van den kooper de bevoegdheid tot reële executie. De kooper executeert zijn vordering niet op den verkooper, maar op de zaak. Dit

zakelijk element nu wordt versterkt: het pandrecht der crediteuren door de Pauliana, het recht van reële executie door de „uitgebreide” Pauliana. De nietigheid, waarop de Pauliana berust, maakt, dat de schuldeischers met hun executierecht de zaken kunnen volgen, die op bepaalde wijze den boedel hebben verlaten. Wat de derde verkregen heeft, is als het ware belast met het pandrecht der crediteuren; dit pandrecht rust als een zakelijke last op het door den derde verkregen goed.

Op gelijke wijze geeft de uitgebreide Pauliana zaaksgevolg aan het recht van reële executie van den koper. Het recht van den koper is een persoonlijk recht, dat een zakelijk element bij zich heeft opgenomen, de bevoegdheid van reële executie, en het is dit zakelijk element, dat zich aan de zaak vastklampt en haar volgt.

Eindelijk in een laatste hoofdstuk (V) betoogt de Schr., dat het zakelijk element van des koopers recht zoozeer hoofdzaak, zijn persoonlijk recht zoozeer bijzaak is, dat men in jure constituendo het best zou doen den koper uit de koopovereenkomst eigendom te doen verkrijgen. Hij werkt dit in de enkele bladzijden, welke dan nog volgen, nader uit, doch alleen voor den koper van roerend goed. Bij zijn vergelijking van den eigenaar, die zijn goed aan een ander heeft toevertrouwd en den koper, wien de zaak nog niet is geleverd, treffen den lezer eenige onjuistheden, waarop ik nu niet nader zal ingaan. Juist is de opmerking, dat eenerzijds het recht van den eigenaar tegenover derden door den regel van art. 2014 B. W. zeer wordt verzwakt, anderzijds het recht van den koper belangrijk, in de richting van eigendom, wordt versterkt, als men aanneemt, dat hij de zaak van een verkrijger te kwader trouw kan opvorderen.

De bedenkingen, die ik heb moeten maken, hebben mij niet verhinderd het proefschrift met genoegen te lezen. Het zelfstandig oordeel, waarvan de Schr. doet blijken en niet minder zijn frisch en helder betoog, vrij van alle vertoon van geleerdheid, verdienen waardeering.

*Utrecht*

J. A. F. VAN ASPEREN



E. W. CATZ. — *Bemiddelende rechtstoepassing bij de nakoming van overeenkomsten.* — Proefschrift, verdedigd te Groningen den 25 September 1920.

Van de vier hoofdstukken, waaruit het bovengenoemd proefschrift bestaat, meen ik — behoudens eene enkele opmerking aan het slot dezes — het *eerste*, handelende over de bemiddelende rechtstoepassing in het algemeen, onbesproken te mogen laten. Zeker niet, omdat dit algemeen gedeelte van minder belang zou zijn. Het tegendeel is waar. Maar omdat het — als proeve van bewerking welgeslaagd en den stand van het actueel en ook hier te lande voortdurend de aandacht vragend onderwerp met juistheid weêrgevende — geene nieuwe gezichtspunten opent en in zijne hoofdgedachte mijne volkomen instemming heeft.

Het eigenaardige van het werk is gelegen in de poging van den schrijver om het verband na te gaan tusschen de bemiddelende rechtstoepassing bij overeenkomsten en den afgelopen wereldoorlog, den invloed te schetsen, welken de laatste op de eerste gehad heeft. Hierin is het typische, karakteristieke van zijn arbeid gelegen. Daarop valle dus te dezer plaatse het volle licht.

Vooreerst de vraag van de al- of niet-wenschelijkheid van *bijzondere wetsbepalingen* in verband met den wereldoorlog, behandeld in het tweede hoofdstuk (blz. 46—62).

Aan de ééne zijde zien wij Frankrijk, Engeland en België, die deze vraag bevestigend beantwoordden. In Frankrijk komt in Januari 1918 de wet-FAILLIOT tot stand, welke alleen ten aanzien van de vóór den oorlog gesloten contracten geldt en aan den rechter de bevoegdheid verleent om voorkomende moeilijkheden op allerlei manieren op te lossen. Engeland krijgt een wet onder den naam van the Courts (Emergency Powers) Act 1917, welke evenals hare Fransche zuster aan den rechter eene groote macht toekent, doch slechts een onderdeel van het verbintenissenrecht in tijd van oorlog bestrijkt. In België komt pas in 1919 eene wettelijke regeling der in oorlogstijd gesloten overeenkomsten tot stand, den eisch tot verbreking van het contract slechts dan ontvankelijk verklarende (op het voorbeeld van de wet-FAILLIOT), indien eene poging tot vereeniging van partijen vruchteloos door den rechter is probeefd.

Aan de andere zijde staan Duitschland, Oostenrijk, Zwitserland, die het *zonder* een bijzondere wettelijke regeling hebben weten te stellen. Ook ons land heeft deze zijde gekozen, naast zich neerleggende het votum van onze Juristenvereniging, welke in 1918 met groote meerderheid zich verklaarde voor eene wettelijke regeling van den invloed van den wereldoorlog op bestaande overeenkomsten. En Mr. CATZ kiest insgelijks deze zijde, voor eene nood- of gelegenhedswet weinig voelende, nu ons recht het geven van tusschenbeslissingen zeer wel mogelijk maakt.

Wij stappen hiermede van de quaestie van de wettelijke regeling af en komen nu tot de „bemiddelende rechtstoepassing bij overeenkomsten naar algemeene rechtsbeginselen”, het meest interessante en meest sprekende gedeelte van het proefschrift.

Tweeërlei hebben wij hier te onderscheiden: de verplichting tot nakoming (derde hoofdstuk, blz. 62—120) en de schadelichtheid (vierde hoofdstuk, blz. 120—165).

De *verplichting tot nakoming*. De wereldoorlog heeft het licht doen vallen op menigvuldige tusschenmogelijkheden ten aanzien van de naleving van overeenkomsten. Wij zien dit zoowel bij de *gedeeltelijke* nakoming als bij de *gewijzigde* nakoming, hetzij deze wijziging bestaat in opschorting der praestatie, bij tijdelijke overmacht, hetzij zij bestaat in verhooging der contrapraestatie hetzij zij de praestatie zelve rechtstreeks betreft. Van de talrijke beslissingen, binnen- en buitenlandsche, door Schr. medegedeeld, vermelden wij hier slechts enkele.

Uit de Nederlandsche rechtspraak treden met name twee beslissingen naar voren, beide uit de hoofdstad afkomstig: de ééne, bij een koop en verkoop van aardappelmeel (welk artikel door een uitvoerverbod was getroffen) het beginsel van de tijdelijke overmacht aanvaardende in dien zin, dat de leveringsplicht slechts wordt opgeschort en, zoodra het uitvoerverbod wordt opgeheven, weder in werking treedt; de andere, waarbij erkend werd de billijkheid van vermindering der pachtsom voor den tol op den straatweg Hilversum—Soestdijk, zulks in verband met het tengevolge van de bijzondere tijdsomstandigheden verminderd verkeer over dien weg, eene beslissing, ook daarom merkwaardig, omdat zij nadrukkelijk gesteund werd door een beroep op het beginsel van de goede trouw, waarmede de overeenkomsten moeten worden uitgevoerd (art. 1374 B. W.). Van onze Nederlandsche arbitrage, (die telkens de meening loochenstrafft, dat men in handelskringen van bemiddelende rechtstoepassing niet zou gediend zijn) vermelden wij de beslissingen, waarbij — in geval de te leveren waar in onvoldoende hoeveelheid aanwezig was — de verplichting tot levering van een gedeelte werd



erkend, en die andere uitspraken, o.a. van den Raad van Arbitrage in de Bouwbedrijven, waarin gehuldigd werd het beginsel van verhooging van de contrapraestatie tegenover het nadeel, van de *andere* zijde geleden door het gebruik van duurder materiaal. Interessant is, wat over dit laatste punt — de verhooging der contrapraestatie — Mr. CATZ ons uit het buitenland mededeelt. Reeds in eene vroegere periode van de abnormale tijdsomstandigheden zag de Fransche administratieve rechter de noodzakelijkheid van die verhooging in. In een merkwaardig arrest naar aanleiding van eene gasconcessie ontwikkelde de Conseil d'Etat de leer, dat *in het algemeen* de concessionaris ondanks een prijsstijging der grondstoffen gebonden blijft aan zijne contractueele verplichting, maar dat er *hier* termen aanwezig waren om van dit beginsel af te wijken, nu tengevolge van de buitengewone omstandigheden „l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée”. En niet minder interessant zijn de door den Hamburgschen handel aanvaarde „Leitsätze”, de hoofdlijnen aangevende, volgens welke onder buitengewone omstandigheden de nakoming van overeenkomsten behoorde te geschieden, eene regeling, welke ten doel heeft de gevolgen van de onmogelijkheid van nakoming van overeenkomsten zoo billijk mogelijk over beide partijen te verdeelen, en waarvan een weerklank wordt gevonden in het artikel van de Reglementen en Usances der Nederlandsche Vereeniging voor den handel in gedroogde zuidvruchten, hetwelk, zoo de levering door verhooging van kosten is te bewerkstelligen en door den koper gewenscht wordt, de meerdere kosten voor diens rekening brengt.

Na de *verplichting tot nakoming* thans een enkel woord over de *schadeplichtigheid*.

De niet-nakoming kan zijn toerekenbaar, niet-toerekenbaar, gedeeltelijk toerekenbaar.

Bij de toerekenbare niet-nakoming is 't vooral Zwitserland, hetwelk onze aandacht trekt, in 't bijzonder de rechtspraak van het Bundesgericht, hetwelk — de noodlottige gevolgen ook op dit gebied van de consequente doorvoering van het „alles of niets” inziende — bij het bepalen van de wegens niet-levering aan den koper verschuldigde schadevergoeding terdege rekening hield met de veranderde omstandigheden, daarbij steun vindende in het Zwitsersche Obligatierecht, welks bepalingen het geven van eene media sententia rechtvaardigen. Ook in Nederland is een dergelijk streven merkbaar, getuige talrijke arbitrale beslissingen, waarin op grond van buitengewone (zeer bijzondere) omstandigheden de plicht werd erkend om nog meer dan anders met de billijkheid rekening te houden en in dien gedachtengang een middenweg werd betreden, en meerdere rechterlijke uitspraken, met name het arrest van den Hoogen Raad van 27 November 1919, W. 10516,

waarin werd overwogen, „dat volledige schadevergoeding onder alle omstandigheden nu eenmaal niet het stelsel is van art. 1283 B. W., terwijl voor ieder bijzonder geval een juiste beoordeeling en waardeering der voorzienbaarheid onbillijkheid zoowel naar deze als naar gene zijde voorkomen”, en dus het middel gevonden werd om aan den debiteur, voor wien geheel onvoorziene omstandigheden de nakoming van de overeenkomst zeer bezwaarlijk maken, althans gedeeltelijk tegemoet te komen.

Bij de niet-toerekenbaarheid treedt op den voorgrond het nieuwe beginsel, dat erkenning van overmacht geenszins altijd bevrijding van elke verplichting medebrengt maar vaak tot *schadedeeling* moet leiden, een beginsel, gehuldigd o. a. in beslissingen van het Budapester Börsengericht, en — hier te lande — in eene uitspraak van het Scheidsgerecht der Rotterdamsche Korenbeurs, waarin onder de gegeven omstandigheden (Ministerieel verbod van vervoer, verkoop en aflevering, met welk verbod geen der contractanten tijdens het sluiten van den koop bekend was) het onbillijk werd geacht om aan ééne der partijen den vollen last van het door de Ministerieele Voorschriften veroorzaakte verlies op de schouders te leggen.

Bij de gedeeltelijke toerekenbaarheid eindelijk wordt onze aandacht bepaald bij de bekende Rotterdamsche zaak van de N. V. Blauwhoedenveem, welke in haren plicht was te kort geschoten om de haar in bewaring gegeven bederfelijke goederen zoodanig op te slaan, dat zij bij een (normalen) watervloed volkomen veilig lagen, maar toch, volgens het vonnis der Rechtbank, de volle schade, door haar verzuim veroorzaakt, niet behoefde te dragen, vermits een waterstand als die van 13 Januari 1916 (die in casu de schade had veroorzaakt) niet te voorzien was geweest; op grond hiervan werd 't *billijk en rechtmatig* geoordeeld, dat ieder der partijen de helft van de directe waterschade droeg.

Wij eindigen ons beknopt overzicht met de vermelding van deze veelbesproken procedure, niet alleen merkwaardig omdat, zooals Mr. CATZ opmerkt, dit geschil zeer wel zijne oplossing had kunnen vinden langs meer bekende wegen, maar tevens voor ons van belang, omdat de over deze rechterlijke uitspraak gevoerde polemiek ons aanleiding geeft nog eene enkele opmerking te maken over de algemeene vraag naar het karakter van het bemiddelend vonnis.

Daartoe gaan wij terug naar het eerste hoofdstuk van het proefschrift, handelende over de bemiddelende rechtstoepassing in 't algemeen. Bij de vraag, wát een bemiddelend vonnis is, verwerpt Schr. de onderscheiding, o. a. door Mr. KIRBERGER in het begin van zijn praeadvies voor de Juristenvereniging gemaakt, tusschen de eigenlijke en de



oneigenlijke bemiddelende vonnissen. Deze onderscheiding trekt Mr. CATZ niet aan, omdat in het al of niet toetsen der beweringen van partijen (door den rechter) geenszins het essentieele van het B. V. is gelegen: het karakteristieke van het B. V. is, dat een middenweg wordt betreden, terwijl 't onverschillig is, uit welke overwegingen de rechter hiertoe besluit. Er is dus één bemiddelend vonnis: de uitspraak, waarbij de rechter tusschen de uiterste rechtsoplossingen een middenweg kiest.

Ik zou dezen gedachtengang niet gaarne tot den mijnen willen maken en stel er prijs op zulks te zeggen, omdat 't m. i. in het belang van de bemiddelende rechtstoepassing zelve is hier te waken tegen misverstand en spraakverwarring, ook op dit gebied hoogst ongewenscht, en volkomen klaren wijn te schenken. Wat mij persoonlijk bij de studie van het onderwerp, aan de orde gesteld onder den titel van het Bemiddelend Vonnis, heeft aangetrokken, is datgene, waaraan Mr. HARTFELD in zijn later geschrift den, zoo gelukkig gekozen, naam van rechtsverfijning heeft gegeven: het volkomen recht doen wedervaren aan het concrete van elk bijzonder, aan 's rechters oordeel onderworpen geval, het — voorzooveel de wet dit toelaat — rekening houden met de eischen van de billijkheid en het maatschappelijk verkeer, het *in dien zin* letten op de werkelijkheid en streven naar eene zoo rechtvaardig mogelijke en aan het rechtsbewustzijn beantwoordende beslissing van het aan den rechter vóórgelegd geschil. Het toepassen en verder ontwikkelen van dit — zeker niet nieuw en wel allerminst radicaal — beginsel kan niet anders dan aan de rechtspraak ten goede komen en deze brengen op een hooger peil.

Van deze gevallen, waarin de rechter klaar en duidelijk de situatie van partijen vóór zich ziet en daaraan zijne uitspraak als 't ware aanpast, moeten worden onderscheiden *die andere*, waarin de rechter — onmachtig om de gewenschte klaarheid te brengen, min of meer in het duister rondtastende — veel gevoelt voor de beweringen van *beide* partijen, en den knoop eenvoudig doorhakt door aan beiden gedeeltelijk gelijk te geven. Persoonlijk voel ik voor deze laatste rechtspraak, de bemiddeling bij *onzekerheid*, weinig en zou ik voorsnog mijne sympathie daaraan moeilijk kunnen geven. Maar thans, bij de bestrijding van den boven weergegeven gedachtengang van Mr. CATZ, is dit niet de hoofdzaak. *Thans* komt 't enkel hierop aan, dat deze laatste beslissingen m. i. een ander karakter dragen dan de voorbeelden van rechtsverfijning, welke de schrijver van het proefschrift ons in overvloed mededeelde en waaruit wij hierboven een bloemlezing mochten geven, in wezen en aard daarvan verschillen. En ik zou mij dan ook met de door den schrijver verworpen,

althans teruggewezen onderscheiding volkomen kunnen vereenigen.

Voor het oogenblik nemen wij afscheid van het werk van Mr. CATZ. De schrijver heeft er goed aan gedaan zich niet alleen te bepalen tot de theorie, maar vooral het woord te geven aan de praktijk, de werkelijkheid, en aan den lezer te demonstreeren, hoe het onderwerp van de bemiddelende rechtstoepassing overal rondom ons aan de orde is, den rechter voortdurend bezig houdt en dezen telkens en telkens tot beslissingen brengt, verrassend vaak, bedenkelijk soms voor hen die sterk aan oudere opvattingen vasthouden, maar zonder twijfel liggende in de lijn van de evolutie van onze rechtspraak. Tot de kennis van dit onderwerp is het proefschrift eene deugdelijke en sympathieke bijdrage.

Dec. 1920

VAN GEUNS



*Het Nederlandsch Belastingrecht* onder hoofdleiding van prof. Mr. J. PH. SUIJLING n<sup>o</sup>. 2. De wetten op de Vermogensbelasting en de Verdedigingsbelasting I door P. J. A. ADRIANI, inspecteur der Registratie en Domeinen te Maastricht. — Zwolle, W. E. J. TJEENK WILLINK, 1921.

Een ieder, die kennis genomen heeft van het in 1919 verschenen eerste werk dezer serie, den verdienstelijke commentaar op de Wet op de Inkomstenbelasting 1914 van mr. SINNIGHE—DAMSTÉ, zal zich na kennismaking met dat werk de vraag gesteld hebben of het gelukken zou de verdere werken der serie op het eenmaal bereikte niveau te houden.

Het heeft eenigen tijd geduurd vóór men de vraag kon beantwoorden en ook thans, waar eerst het tweede nummer der serie verschenen is, is een definitief antwoord nog niet wel mogelijk. Intusschen mag men reeds dadelijk zeggen, er is goede kans, dat de vraag toestemmend beantwoord zal kunnen worden, want, al is het thans verschenen nummer 2 der serie een geheel ander werk dan dat van mr. DAMSTÉ, op een lager peil staat het niet.

Het werk is een ander werk, reeds in den opzet komt dit uit. Wel is waar heeft men ook hier eene inleiding, maar waar de heer DAMSTÉ een commentaar geeft op de verschillende artikelen der Wet op de Inkomstenbelasting, geeft ons de heer ADRIANI een in zeven hoofdstukken verdeeld systematisch overzicht der beide door hem behandelde belastingwetten.

In het eerste hoofdstuk heeft de schrijver het over hen die in de beide belastingen kunnen worden aangeslagen, bij welke gelegenheid ook de plaats van aanslag en de vrijstellingen ter sprake komen. Vervolgens wordt op de blzz. 100—223 het belastbaar vermogen behandeld. Dit hoofdstuk, de kern van het werk, is verdeeld in 32 paragrafen, waarvan de eerste vijf „algemeene beschouwingen” behelzen, waarop dan vervolgens in de andere 27 aan de hand van het aangifte-biljet de verschillende vermogensbestanddeelen ter sprake komen. Dan komen verder het doen der aangifte, de aanslag-regeling en het bedrag der belasting en de wijze waarop men tegen een aanslag kan opkomen of ontheffing daarvan kan verkrijgen aan de orde, waarop eindelijk in de laatste hoofd-

stukken de betaling der belasting en de navordering met de reclame daartegen behandeld worden.

Deze systematische behandeling der te bewerken stof lijkt mij gelukkig. Daardoor kunnen de algemeene beginselen der belasting meer tot hun recht komen en al is voor een practicus, die op een bepaalde vraag antwoord zoekt, raadpleging van een commentaar op de artikelen gemakkelijker, een goed alphabetisch register — en dit ontbreekt hier niet — kan reeds nuttige hulp verschaffen. Dan, er zijn nog andere lezers van het werk dan de hierbedoelde practici, voor hem, die het toch leest om daaruit de wet zelve beter te leeren kennen, biedt een systematische verdeling der stof vele voordeelen.

Wellicht, dat de omstandigheid, dat in de in 1920 verschenen door den Heer DE WILDE bewerkte tweede uitgave van VAN WALSEM'S „De Rechtspraak en de Administratieve „Beslissingen op de Wet op de Vermogensbelasting” in LÉON'S Rechtspraak — een zeker verdienstelijk werk — den commentaarvorm is gekozen er toe geleid heeft om hier het werk anders in te richten. Noodzakelijk was dit m. i. niet, want wat ADRIANI geeft is geheel iets anders dan wat VAN WALSEM—DE WILDE ons bieden.

Intusschen de systematische behandeling van de stof is nu eenmaal gekozen en met het oog op den auteur is dit zeker een verbetering.

Immers de heer ADRIANI is, ook al stond het niet op het titelblad vermeld, zoo bemerkt men dit bij de lectuur van zijne studie spoedig, ambtenaar der registratie. De steeds parate rechtskennis die men dezen ambtenaren benijdt komt telkens aan het licht, de vragen, die bij de toepassing van de vermogensbelasting rijzen, worden steeds en terecht bezien van een juridisch standpunt. Maar de medaille heeft eene keerzijde. Bij de interpretatie van een belastingwet moet men zich hoeden voor „juristerij” en nimmer de economische beteekenis die een vraag kan hebben in verband met het doel der wet uit het oog verliezen. Doet men dit, dan komt men tot het „acutius quam verius” waartegen het publiek geen bezwaar heeft, wanneer het tot vrijstelling van belasting voert, doch waartegen men — en terecht — zich scherp verzet, wanneer het leidt tot eigenlijk door den wetgever niet bedoelde belastingheffing.

De geenszins altijd ongerechtvaardigde klachten over „fiscaliteit” der administratie van de Registratie vinden in den te uitsluitend juridischen state of mind harer ambtenaren veelal haar oorzaak.

De schrijver, en dit maakt zijn werk sympathiek, vervalt slechts zelden in deze fout, al beschouwt hij de verschillende vragen ook steeds van haar juridischen kant. Vermoedelijk is hier, waar het betref het innemen van een principieel



standpunt, de invloed van den hoofdleider niet zonder beteekenis geweest. En ik meen, dat het ook aan dezen is te danken, dat meermalen op quaestiën van principieel belang scherp de aandacht werd gevestigd.

Een voorbeeld moge dit aantoonen.

Zoals men weet is het een bekende quaestie, of zij, die met den aanslag belast zijn, zich ten opzichte van de vermogensrechtelijke rechten en verplichtingen van den belastingplichtige moeten beschouwen als „derden” dan wel, dat zij zich op het standpunt hebben te stellen van hem wiens vermogen moet worden vastgesteld. Bij beslissing van 18 April 1908 *P. W.* 9082, besliste de Raad van Beroep te Amsterdam, dat een schuld blijkende uit eene onderhandsche door partijen onderteevende ongeregistreerde schuldbekentenis niet in mindering van het actief mocht worden gebracht omdat zulk eene acte volgens art. 1907 B. W. onvoldoende is om tegenover derden het bewijs te leveren, dat de verplichting tot betalen reeds bij den aanvang van het belastingjaar bestond. In den zelfden zin is het arrest van den Hoogen Raad van 20 Juli 1916 B. n<sup>o</sup>. 1435 waarin men weigerde rekening te houden met huwelijksche voorwaarden, die bij het begin van het belastingjaar niet waren ingeschreven op de wijze bepaald bij art. 207 B. W.

De heer ADRIANI is het met deze beslissingen niet eens. „De fiscus staat niet *als derde* tegenover de echtelieden; de „rechtsverhouding, die voor de belastingplichtigen geldt moet „ook voor den fiscus beslissend zijn”.

Waarom? Spreekt dit van zelf?

Het antwoord hierop wordt niet dadelijk gegeven. Doch op blz. 125 komt de schrijver op de zaak terug en nu wordt vrij uitvoerig uiteengezet waarom de fiscus niet als derde beschouwd moet worden (1). Hier heeft geloof ik prof. SUJLING

(1) Volgens ADRIANI is de fiscus geen derde omdat de belastingplichtige gebonden is aangifte te doen van zijn vermogen, zie art. 16. Hij nu *kan* in die aangifte zijn vermogen kwalijk anders opgeven dan bezien van zijn standpunt. Hoe zou hij anders zijn aangifte kunnen bevestigen overeenkomstig art. 29 der wet? Accoord, maar uit het feit, dat de belastingplichtige zijn aangifte doet volgens zijn standpunt, volgt nog niet, dat de inspecteur den aanslag vaststellende en daarbij de aangifte controleerende zich ook op dat standpunt van den belastingplichtige zou moeten stellen. Ook een gefailleerde is verplicht den curator inlichtingen te verstrekken omtrent de rechtsverhoudingen waarin hij tot derden staat en hij doet dit volgens zijn standpunt. Maar daarom behoeft de curator dit standpunt niet te aanvaarden en kan hij bijv. de Pauliana instellen. Die deze rechtvordering instelt ontkent niet het bestaan van de juridische beteekenis der rechtshandeling waartegen hij opkomt, maar, zoo is zijn bewering, tegenover hem, derde, kan die rechtshandeling niet in stand blijven. Waarom zou nu de fiscus niet evenzoo mogen redeneeren? En wanneer art. 2

ingegrepen en met recht verlangd, dat zulk een gewichtig punt niet in het voorbijgaan zou worden behandeld.

Zooals reeds werd opgemerkt begint het werk met eene inleiding, geen repetitie van wat mr. DAMSTÉ gaf, maar

der Wet op de vermogensbelasting ieder belastingplichtig verklaart naar de waarde van zijn vermogen, «opgevat en berekend naar de bepalingen dezer Wet» staat er niet bijgevoegd, gezien van het standpunt van den belastingplichtige.

Toch is, geloof ik, ADRIANI'S opvatting juist en was de Hooge Raad in zijn arrest van 20 Juli 1916 niet op het goede spoor.

Men zal, meen ik, bij de beantwoording der vraag of de fiscus «derde» is scherp moeten onderscheiden tusschen belastingplichtigen en belastingsschuldigen. Ten opzichte van deze laatsten, dat is van personen wier aanslag reeds tot stand is gekomen, is er tusschen den fiscus en andere schuldeischers geen principieel onderscheid. Soms moge de fiscus bevoorrecht schuldeischer zijn, hij is schuldeischer en dus in den zin waarin het B. W. deze uitdrukking bezigt «derde».

Anders staat echter de zaak, wanneer er nog geen aanslag is. De fiscus is dan geen schuldeischer, maar ontleent aan de wet het recht dit te worden door een aanslag op te leggen. Welk standpunt zijne organen bij het verrichten dier handeling — eene van publiekrechtelijken aard — hebben in te nemen, is nergens in de Wet gezegd en daaruit vloeit m.i. voort, dat men als waar heeft aan te nemen, wat werkelijk is geschied. Vandaar, dat wanneer de administratie, waar het geldt de vaststelling van het vermogen van een gehuwden man, zich niet alleen mag beroepen op art. 4 der Wet op de vermogensbelasting maar ook op art. 174 B. W. De belastingplichtige, die beweert, dat er tusschen hem en zijne echtgenoot geenerlei gemeenschap bestaat, en dat de vrouw het beheer heeft bedongen over haar vermogen, zal dit hebben aannemelijk te maken en, wanneer hij zich beroept op een mondelinge overeenkomst tusschen hem en zijne echtgenoot, zal de inspecteur met een beroep op art. 202 B. W. aan die overeenkomst met recht alle waarde mogen ontzeggen. Beroept de man zich echter op het bestaan van huwelijksche voorwaarden vóór het huwelijk bij notarieele acte geconstateerd, dan zal, ook al is verzuimd die huwelijksche voorwaarden overeenkomstig het bepaalde bij art. 207 B. W., ter griffie te laten inschrijven, de inspecteur zich op dit verzuim *niet* mogen beroepen. Immers in dit geval bestaan er rechtsgevolgen hebbende huwelijksche voorwaarden. Het is waar een «derde», dat is een schuldeischer van een der echtgenooten, zal in zulk een geval met recht kunnen betoogen. «Tegenover mij geldt dit niet, ik houd mij er aan alsof tusschen u beiden algeheele huwelijks-gemeenschap bestond», doch dat is het gevolg van het feit dat, zoolang aan het bepaalde bij art. 207 B. W. niet is voldaan, de werkelijkheid tegenover schuldeischers van een der echtgenooten, «derden», niet geldt. Edoch, zoolang nog geen aanslag tot stand is gekomen of waar het geldt de beoordeeling van de juistheid van een tot stand gekomen aanslag voor Raad van Beroep of Hoogen Raad is de fiscus geen schuldeischer, doch iemand, die zich beroept op een hem in de belastingwet gegeven bevoegdheid dit te worden. Vandaar dat, wanneer een belastingplichtig geacht persoon zich beroept op een schenking waardoor zijn vermogen zou zijn verminderd, de inspecteur wel het



eene lezenswaardige geschiedenis der wet op de vermogensbelasting en hare tweelingzuster.

Overbodig is zulk een geschiedenis niet, want er is een legende, die bezig is zich te vormen.

Toen Minister PIERSON, zoo leert men, de gesplitste inkomstenbelasting tot stand had gebracht, had men naast de bedrijfsbelasting, die de inkomsten uit arbeid trof eene belasting, die de inkomsten uit vermogen belaste. Zeker dit geschiedde doordat men het vermogen opspoorde en naar den omvang daarvan de te heffen belasting bepaalde, maar de heffing steunde toch op de met de werkelijkheid niet in strijd zijnde onderstelling, dat men van zijn vermogen dooreengenomen en als regel een inkomen van vier ten honderd kon verkrijgen.

Toen dan ook de Minister DE MEESTER in zijn eerste wetsontwerp op de inkomstenbelasting niet de werkelijke inkomsten uit vermogen belaste maar deze vaststelde op f 40.— van iedere geheele som van f 1000.—, bewoog hij zich nog geheel op de lijn van PIERSON en nu moge hij in zijn tweede ontwerp de *werkelijke* vermogens-inkomsten hebben willen belasten, daardoor gaf hij aan de gedachte van PIERSON slechts meer realiteit.

Zelfs de bevoorrechtting die het in Nederland gelegen onroerend goed genoot, doordat men de waarde niet stelde op de verkoopwaarde maar op het met 15, of 20, vermenigvuldigde bedrag der belastbare opbrengst, zooals die voor de grondbelasting was vastgesteld, was, toen in 1892 de vermogensbelasting tot stand kwam, zoo dwaas niet. De schatting was te laag, maar daartegenover stond, dat men van onroerende lichamelijke goederen in den regel ook geen 4 pCt. maar beduidend minder interest maakte.

Bracht nu de algemeene inkomstenbelasting van het ontwerp van Mr. KOLKMAN, die alle inkomsten, zoo uit vermogen als uit arbeid volgens één zelfde tarief wilde belasten hierin wijziging? Volgens den opvolger van den Minister KOLKMAN, den heer BERTLING volstrekt niet. Immers de vermogensbelasting bleef wel met een lager tarief bestaan, maar zij zou voortaan ten doel hebben „om hetgeen aan

bestaan dier schenking kan betwisten, dat hij kan weigeren om overeenkomsten, die hem voorkomen niet serieus te zijn bedoeld als werkelijk bestaande te erkennen en de Raad van Beroep hem, indien hij kan waar maken, dat hij gelijk heeft, ook op dit punt in het gelijk zal moeten stellen, maar een beroep op art. 1377 B. W. is hem niet geoorloofd.

Tusschen partijen en in *werkelijkheid* is in dit geval de rechtshandeling waarvan door «ieder schuldeischer» de nietigheid kan worden ingeroepen van kracht. Zij is dit dan ook tegenover den fiscus, totdat deze «schuldeischer» is geworden.

„inkomen uit vermogen wordt ontvangen zwaarder te belasten dan hetgeen aan inkomen uit bedrijf werd genoten”.

Intusschen is deze voorstelling der vroegere wetgeving slechts ten deele juist en daarom niet in overeenstemming met de werkelijkheid. Men placht wel te spreken van de bestaande „partieele inkomstenbelasting” maar in realiteit bestond die niet. Immers een belasting, die, gelijk de vermogensbelasting, het vermogen trof onafhankelijk of dit in realiteit veel, weinig of geen inkomen opleverde was geen inkomstenbelasting. Het was en bleef een vermogensbelasting maar daar men als regel slechts het vruchtdragend vermogen trof was het geen algeheele vermogensbelasting, maar een belasting van het vruchtdragend vermogen.

In dit karakter kwam geen wijziging doordat men het tarief verlaagde en in stede van de bedrijfsbelasting, die slechts enkele bronnen van inkomen trof, een algemeene inkomstenbelasting werd geheven.

De vermogensbelasting verkreeg het karakter van een aanvullingsbelasting, maar overigens was en bleef zij wat zij was.

De eerste echte vermogensbelasting, die het vermogen belaste om het vermogen en onverschillig of het vruchtdragend was of niet is de door den Minister VAN GIJN verdedigde Verdedigingsbelasting I b.

Oorspronkelijk gedacht als heffing in eens verloor zij dit karakter reeds spoedig, toen men besloot haar gedurende eenige jaren te heffen en is zij thans, nu bepaald is, dat zij jaarlijks tot 1934 zal worden geheven een gewone belasting geworden.

Nu is het bij eene heffing in eens begrijpelijk, dat men daarbij alle vermogen zonder onderscheid treft — en vandaar dat zulks dan ook bij de successiebelasting, enkele uitzonderingen nu daargelaten, dan ook het geval is — maar de vraag mag zeker rijzen of in een belastingstelsel als het onze waarin de draagkracht een hoofdelement vormt voor een jaarlijks geheven belasting van dien aard plaats is.

Over deze vraag heeft men het zich echter niet druk gemaakt, integendeel het is opmerkelijk, dat zoowel mr. VAN GIJN als zijn opvolger en voorganger TREUB, zoodra algemeene inkomstenbelasting tot stand was gekomen, aan de vermogensbelasting hetzelfde karakter hebben willen geven als aan de Verdedigingsbelasting I b. en het steeds hebben voorgesteld alsof de noodzakelijkheid daarvan niet met grond kon worden betwist.

Intusschen is m. i. bij de wet van 27 Juli 1918 (*Staatsblad* no. 504) die gelijkstelling toch *niet* tot stand gekomen. Art. 6 e bepaalt, dat de bloote eigendom ook voortaan niet belastbaar zal zijn en waar deze het proto-type is van eene niet-



vruchtdragende „zaak” mag men m. i. met recht aannemen, dat de vermogensbelasting ook in 1918 niet van karakter is veranderd en gebleven is een belasting van het vruchtdragend vermogen.

Naar het mij voorkomt is dit gelukkig om twee redenen. Op zich zelf toch schijnt mij de draagkracht, die zich openbaart in het bezit van onder normale omstandigheden niet-vruchtdragende zaken niet groot, tenzij men te doen heeft met geld of luxe-voorwerpen, speciaal paarden en edelgesteenten.

Die goederen brengen geen vruchten op, men zal de daarover verschuldigde belasting dus niet kunnen kwijten uit het daaruit verkregen inkomen.

Nu is dit geen bezwaar, zoolang de belasting matig blijft en men zal moeten erkennen, dat dit met de Verdedigingsbelasting I b thans nog het geval is, maar men behoeft geen profetische gaven te bezitten, om te kunnen voorspellen, dat het tarief eerlang waarschijnlijk aanzienlijk zal verhoogd worden.

Dan zal de belastingplichtige, tenzij hij niettegenstaande de hooge belasting in staat is deze uit zijn andere inkomsten te kunnen betalen, tot realisatie van een deel van zijn vermogen moeten overgaan en daar het aantal koopers van goederen, die niet vruchtdragend zijn, meestal zeer beperkt is, gevaar loopen in de handen van woekeraars te vallen.

Nu kan men wel trachten dit euvel te ondervangen, zooals men dit gedaan heeft in art. 22 der Wet op de Verdedigingsbelasting I b, waar de bloote eigenaar in de gelegenheid wordt gesteld de belasting op den vruchtgebruiker te verhalen, maar dit voorschrift gerechtvaardigd in de successiebelasting — zie art. 17 — omdat deze eene heffing in eens is, is dit niet in een jaarlijks geheven belasting, die er naar behoort te streven, dat hij dien men met de belasting treft, deze ook draagt.

Voor de vermogensbelasting geldt nog een tweede reden. Men wilde deze belasting behouden omdat de inkomstenbelasting geen rekening houdt met de bron waaruit het inkomen vloeit en toch inkomen uit vermogen op minder draagkracht wijst dan inkomen uit arbeid.

Wordt dit doel echter niet reeds volkomen bereikt, wanneer men als bron, niet *het* vermogen maar *het vruchtdragend* vermogen beschouwt?

De heer ADRIANI denkt over dit alles anders maar ik zou toch willen blijven vragen of zij, die zich indertijd op dit punt tegen de plannen van de heeren TREUB en VAN GIJN verzet hebben, inderdaad zoo groot ongelijk gehad hebben(1).

(1) De heer ADRIANI wijst, blz. 54, op de draagkracht die zich openbaart in het bezit van geld. Met recht, want al is geld in onze maatschappij geen vruchtdragend vermogen het kan toch dadelijk en zonder moeite in vruchtdragend vermogen worden omgezet.

Te lang reeds vertoefde ik bij de inleiding. Wat het eigenlijke werk betreft, zoo kan men m. i. veilig zeggen, dat de meeste vragen, die zich in den loop van een bijna dertigjarig bestaan bij de toepassing der Vermogensbelasting hebben voorgedaan ter sprake worden gebracht en daarover zonder verwaarloozing van jurisprudentie en de zienswijze van anderen de eigen meening beknopt doch duidelijk te kennen wordt gegeven. Soms, men bemerkt dit voornamelijk, wanneer men het niet met den schrijver eens is, lijkt de toon wel eens wat apodictisch maar de beschikbare ruimte was niet groot en de schrijver, die daarin desniettemin zeer veel heeft weten te zeggen heeft uit den aard der zaak ook les défauts de sa qualité.

Bij de behandeling van wat tot het vermogen behoort, wordt het aangifte-biljet op den voet gevolgd. Dit is niet geheel zonder bezwaar, want dit biljet is vastgesteld bij eene ministerieele resolutie, die ieder oogenblik gewijzigd kan worden, terwijl ook het gevaar bestaat, dat punten van principieelen aard niet voldoende op den voorgrond worden gesteld. Men zal echter moeten erkennen, dat deze klip meestal wordt ontzeild waartoe niet weinig medewerkt, dat vóór dat tot de détails wordt overgegaan een vijftal paragrafen aan „algemeene beschouwingen” zijn gewijd. Van deze is die welke handelt over de nietigheid van rechtshandelingen de belangrijkste en zij behoort tot de beste van het werk. Een scherpzinnig jurist was hier aan den arbeid maar tevens iemand die begrijpt, dat men bij de toepassing der belastingwetten nog iets anders te doen heeft dan puzzles op te

---

Eene eigenaardige positie nemen luxe-voorwerpen in als huisraad van zekere waarde, luxe-paarden, motorrijtuigen, pleziervaartuigen, biljarten, paarden en edelgesteenten. Het feit, dat men dergelijke voorwerpen kan «houden» wijst op een zekere draagkracht en de fiscus, die dit begrepen heeft, houdt hiermede dan ook terdege rekening in de Personeele Belasting. De auteur komt daarom tot de conclusie, dat de zaken, die reeds grondslagen vormen voor de Personeele belasting, van Vermogensbelasting moesten zijn vrijgesteld.

Ofschoon «houden», dat is in gebruik hebben, niet hetzelfde is als «bezitten» is er m. i. voor dat denkbeeld veel te zeggen.

Paarden en edelgesteenten vormen intusschen voor velen minder een voorwerp van luxe dan wel een soort spaarpot voor booze tijden waarvan men wellicht spoedig de beteekenis zal inzien. In zulke tijden zal men echter tot aangifte van deze goederen, die zich uiterst gemakkelijk laten verbergen, weinig gevoelen.

Vrijstelling van belasting zou echter een stimulans zijn om vermogens op deze wijze niet vruchtdragend te beleggen. Zeker is het inconsequent ze, gelijk thans het geval is, wél in de Vermogensbelasting en niet in de Verdedigingsbelasting I b te treffen.



lossen en eene billijke uitvoering geven aan de wet de hoofdzaak is (1).

Jammer is het daarom, dat art. 3, 1<sup>ste</sup> lid der Wet — gelijk men weet eerst in 1918 in de wet gebracht — bij de behandeling niet meer op den voorgrond is getreden. Immers dit artikel omvat als het ware het belangrijkste der wet — het geeft de definitie van vermogen.

Nu is het waar, dat men het jaren lang zonder dit artikel heeft gedaan en dit tot geen bezwaren aanleiding heeft gegeven, ja juist dit de mogelijkheid heeft geboden tot een arrest van zoo principieelen aard als dat van den Hoogen Raad van 5 October 1916 B. no. 1439, P. W. 11073, waardoor overdreven fiscaliteit zeer werd belemmerd. Edoch thans bestaat het (2).

Maakt nu dit wetsvoorschrift: „Alle zaken, welke gelds-„waarde hebben, vruchtgebruik en het recht op eene ingegane „lijfrente daaronder begrepen, komen als vermogen in aan-„merking” die beslissing niet meer houdbaar?

Ik geloof het niet, wanneer men slechts — en men vraagt zich af waarom zou men het niet doen — onder zaken verstaat wat art. 555 B. W. daaronder brengt namelijk: „alle „voorwerpen en regten, die het voorwerp van eigendom „kunnen zijn”.

Het is een wetsartikel, dat men thans anders zou redigeeren maar waarin toch duidelijk te kennen wordt gegeven, dat onder zaken zijn te verstaan voorwerpen, wanneer

(1) Aan het slot dezer paragraaf komt eene zinsnede voor die als uiting van het standpunt van den schrijver de vermelding waard is: «Het verkregen resultaat komt mij zeer aannemelijk voor. Immers «de toestand die voor den belastingschuldige in werkelijkheid bestaat «wordt op deze wijze zooveel mogelijk benaderd. Men heeft geen «belasting van juridisch abstracties. De fiscus volge voor zijn wets-«toepassing zooveel mogelijk het praktische leven op den voet. Dit «is ook noodig, omdat anders de belasting zeker alle populariteit «zou verliezen. Toch mag de aansluiting aan de werkelijkheid nooit «zoover gaan, dat voor de toepassing der belasting een toestand aan-«wezig zou worden geacht, die strijdig is met het recht. Ware het «anders, alle zekerheid en regelmatigheid, die het privaatrecht zal «geven, zou bij de toepassing van het fiscale recht verloren gaan».

(2) H. R. 5 October 1916, «dat ofschoon de Wet op de Vermogens-«belasting in art. 2 niet heeft opgegeven, wat tot vermogen moet «worden gerekend, zij niettemin in de verschillende onderdeelen van «art. 7 in bijzonderheden heeft vastgesteld, hoe de waarde der ver-«mogensbestanddeelen moet worden bepaald en geschat en uit een «en ander blijkt, dat tot belastbaar vermogen alleen wordt gerekend «datgene wat in gewonen economischen zin onder vermogen kan «worden verstaan en daaronder niet behooren goederen, welke «wellicht verkregen zouden kunnen worden door middel van rechts-«vorderingen, tot het instellen waarvan men niet verplicht is».

zij voor beheersching door den mensch vatbaar zijn en rechten in den zin van zakelijke en obligatie rechten.

Misschien, dat men er ook andere absolute rechten dan zakelijke heeft onder te brengen, zeker niet alles waarop men prijs stelt en waarvan de ontneming tot het ontstaan van een recht op schadevergoeding aanleiding kan geven. Niet dus de gezondheid, maar ook niet een handelszaak, een winstgevend bedrijf, handelsrelaties, cliëntèle, ja ook niet „goodwill”.

Maar evenmin de bevoegdheid om door het instellen van een rechtsvordering in den bestaanden rechtstoestand wijziging te brengen.

Zoo is het recht van een descendent, die een ander tot universeel erfgenaam ziet benoemd en daardoor zijn recht op zijne legitieme portie bekort ziet of van een schenker, die om een der redenen vermeld in art. 1725 B. W. een schenking zou kunnen herroepen m. i. evenmin een vermogensbestanddeel als de bevoegdheid van een schuldeischer om door het instellen der Pauliana eene pretentie, die anders op den weinig nauwgezetten debiteur niet verhaalbaar zou zijn, verhaalbaar te maken. Zij, die deze rechtsvorderingen kunnen instellen, zijn daardoor nog geen schuldeischers, hun bevoegdheid is m. i. geen „zaak” in den zin van art. 555 B. W.

Gelukkig wordt door deze opvatting voorkomen, dat iemand, die niet van zins is tegen eene testamentaire beschikking op te komen toch het bedrag zijner legitieme portie onder zijn vermogen moet opnemen en daarover eventueel belasting verschuldigd zou zijn, eene oplossing, die als in strijd met de realiteit een hatelijk fiscaal karakter zou dragen.

Trouwens ook van het belastingrecht geldt hetzelfde als van ons privaatrecht: ettelijke meeningen, aan welker juistheid te twifelen niet is toegelaten maar die desniettemin met ons rechtsgevoel strijden, zijn inderdaad niet met de wet in overstemming maar veeleer daarmede in strijd.

De heer ADRIANI dit onderwerp niet voorbijgaande vestigt er bijzonder de aandacht op dat art. 3 vordert, dat de zaak, zal zij als vermogen in aanmerking moeten komen, geldswaarde moet bezitten.

Is geldswaarde nu hetzelfde als vermogenswaarde? SPRENGER VAN EYK heeft het beweerd, maar onze schrijver (1) betwist het.

Naar het mij voorkomt heeft inderdaad de voortreffelijke commentator der successiebelasting ongelijk.

Niet, gelijk de heer ADRIANI leert, omdat de leer van S. v. E. tot de conclusie komt, dat zaken, die niet verkocht

(1) Zie SPRENGER VAN EYK, Vermogensbelasting blz. 107 en speciaal waar het de Successiebelasting geldt. SPRENGER VAN EYK—DE LEEUW, n°. 519.



kunnen worden dan geen „geldswaarde” zouden hebben en deze consequentie het uitgangspunt veroordeelt.

Ziedaar m. i. eene petitio principii in optima forma, maar omdat in onze taal „geldswaarde” en „verkoopwaarde” niet hetzelfde beteekenen en men dan ook deze woorden niet als identisch mag beschouwen, tenzij van elders mocht blijken, dat de wetgever dit bepaald gewild heeft. En hiervan blijkt ten deze niets.

Toch zullen geloof ik ettelijke zaken alléén dan als vermogensbestanddeel bij de vaststelling van iemands vermogen in aanmerking komen, wanneer zij een „verkoopwaarde” hebben. Immers bepaalt art. 7 A, dat onroerende zaken worden geschat naar de verkoopwaarde. Is die er niet, omdat de zaak niet verkocht kan worden, dan blijft zij, tenzij natuurlijk de wet weder anders bepaalt, buiten beschouwing (1).

Dit doet de wet echter niet, waar het betreft het recht van een huurder, die voor ettelijke jaren tegen een lagen huurprijs een onroerende zaak heeft gehuurd.

Wanneer men met prof. SCHOLTEN, „Zakenrecht” blz. 18 mag aannemen, dat eene verbintenis, die op eene onroerende zaak betrekking heeft onroerend is, dan moet men wel tot deze conclusie komen. ADRIANI heeft gelijk, waar hij leert, dat een voordeelig huurcontract geldswaarde kan hebben, maar het is niet de geldswaarde maar de niet bestaande verkoopswaarde — immers het recht is niet vervreemdbaar — die voor de schatting in aanmerking komt.

Nu zal zonder twijfel indien een huis tegen een lage huursum voor ettelijke jaren is verhuurd dit op de verkoopwaarde van het huis drukken, maar daaruit volgt niet dat het recht van den huurder zou geschat mogen worden op het bedrag dat de verkoopwaarde van het pand tengevolge van het bestaande huurcontract beneden de normale is. Die redeneering is reeds daarom fout omdat men ieder recht op zich zelf moet schatten.

Hier is het feit, dat verkoopwaarde hetzelfde beteekent als geldswaarde voor den huurder voordeelig. Soms zal het anders zijn (2).

(1) Zoo is bijv. anders bepaald bij vruchtgebruik, wettelijk vruchtgebruik en recht van gebruik — niet het recht van bewoning — worden daarmede gelijk gesteld. De vruchtgebruiker is belastingplichtig als ware hij voor  $\frac{4}{5}$  de eigenaar.

(2) Volgens art. 7 c der wet worden effecten geschat naar hunne geldswaarde naar de laatst uitgegeven prijscourant bedoeld in art. 47 der Successiewet — feitelijk dus de verkoopwaarde — en zoo zij daarop niet bekend staan naar de laatst bekende gegevens. In dit laatste geval gaat het dus om schatting der *geldswaarde* en niet der verkoopwaarde naar de laatste bekende gegevens.

Bij aandeelen in eene maatschappij, die eenige verliezen heeft

Lites finiri oportet. Dit geldt ook voor boekbesprekingen en wanneer ik reeds te lang den lezer met het werk van den heer A. heb bezig gehouden is dit omdat men het, hoe meer men het gebruikt, des te meer leert waardeeren.

Een enkele opmerking ten slotte Wanneer er eens een tweede druk noodig zal zijn zal het boek aan bruikbaarheid winnen, wanneer van de jurisprudentie *alle* publicatiën waarin deze is opgenomen worden vermeld. Niet ieder lezer heeft steeds naast elkander *Periodiek Woordenboek, Beslissingen in Belastingzaken, Weekblad van het Recht, Nederlandsche Jurisprudentie* en *Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie* bij de hand. Wat voor den auteur een kleine moeite zou zijn geeft menig lezer groot gemak.

---

geleden, kan die geldswaarde aanmerkelijk lager zijn dan de waarde, waarop de stukken bijv. één maand vóór 1 Mei ter beurse werden verhandeld. Maar ook het omgekeerde kan bij het bekend worden van gunstige resultaten het geval zijn. Op de prijscourant komen de aandeelen als incurant dikwerf echter niet voor.

C. S.



*Verklarend Handwoordenboek der Nederlandsche taal (tevens vreemde woordentolk) vooral ten dienste van het onderwijs*, door M. J. KOENEN met medewerking van Dr. J. ENDEPOLS. Der tiende vermeerderde druk bij J. B. WOLTERS U. M. Groningen, Den Haag. f 6.25.

Ter nauwernood zijn twee jaar verstreken sedert de 12<sup>de</sup> uitgave van dit werk is verschenen. Dit feit speaks volumes en inderdaad, gelijk reeds bij een vorige aankondiging in *Themis* werd opgemerkt, werd voor een betrekkelijk lagen prijs hier veel gegeven. Thans is de prijs bijna 100 pCt. gestegen, maar de inhoud is zonder twijfel veel verbeterd. Immers zijn talrijke fouten waarop vroeger de aandacht gevestigd is, verdwenen en wanneer de medewerking van Dr. ENDEPOLS zich bloot bepaald heeft tot een scherper gehoor voor rechtmatige grieven, dan heeft zijn arbeid reeds vruchten opgeleverd. Nu is de heer KOENEN onlangs overleden en ook in eene boek aankondiging geldt de mortuis nil nisi bene. Laat ik mij daarom onthouden van grieven tegen den overleden schrijver en mij bepalen tot het uitspreken der hoop, dat voortgegaan zal worden in de thans ingeslagen richting. Want alleen door acht te slaan op gerechtvaardigde kritiek en vooral door raadpleging van deskundigen is een werk als het hierbedoelde op de hoogte te brengen en te houden.

Nu is op dit punt reeds veel verbeterd, doch het volmaakte is nog niet bereikt.

Een enkele opmerking moge dit aantoonen. Den auteur is het thans duidelijk, dat er tusschen eigendom en bezit verschil bestaat, maar of men in een werk als het onderhavige bezit op de meest juiste wijze definieert als „de door het recht erkende feitelijke macht” mag men toch betwijfelen.

Heeft men inderdaad met het oog op nieuwere theorieën van den animus domini niet durven reppen? Mij dunkt, men had dan zonder bezwaar kunnen vermelden, dat veien dien eisch wel stellen. Wanneer men echter een „houder” vindt omschreven als: „hij, die een zaak in zijn macht „heeft zonder daarvan eigenaar te zijn” denkt men onwillekeurig, dat de auteur van juridische „spitsvondigheden” niet heeft willen weten, maar nu ook distincties als spitsvondigheden heeft beschouwd, die volstrekt niet dit karakter dragen.

Dit is jammer want daardoor zijn somtijds zijne definities onjuist.

Zoo zijn er meerdere gevallen waarin de lezer niet tevreden kan zijn. Zoo is het toch niet in den haak om te beweren, dat een medeplichtige „de mededader, de medepleger van een misdrijf” zou zijn en is het al evenmin juist, wanneer van verjaringstermijn wordt medegedeeld: „in 't procesrecht een termijn van 10 tot 30 jaar”.

Zulke fouten had men door het inwinnen van deskundige adviezen kunnen vermijden. En zoo komt het mij voor, dat een enkel gesprek met een griffier den auteur zou hebben geleerd, dat een substituut-griffier niet hetzelfde is als een plaatsvervangend griffier.

Men is in de nieuwe uitgave zonder twijfel op den goeden weg, maar nog niet in voldoende mate. Immers een werk als het hierbedoelde, al zullen er steeds fouten in blijven, moet een kompas zijn waarop men kan varen. Dit is de dertiende druk nog niet, al vertoont die vergeleken met den twaalfden talrijke verbeteringen.

Geen definities is beter dan onjuiste.

Edoch nu de definities van rechtstermen meer en meer juist worden krijgt men den moed om ook aanvullingen te vragen. Zoo zou het werk aan waarde winnen, zoo men er in kon vinden wat bijv. een hoofdelijke en een voorwaardelijke verbintenis beteekent.

Zonder deskundige hulp zal echter, vrees ik, de auteur niet slagen in eene goede definitie. Is echter eenmaal een deskundige aan het werk gezet, dan zou deze het geheele werk eens kunnen doorlezen. Wellicht dat hij ons dan van de Pandecten — het woord Digesten ontbreekt — dan nog iets anders vertelde dan dat zij „een overzicht der oud-Romeinsche wetten” vormen.





# THEMIS

---

## LXXXIIste deel — VIERDE STUK

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

### De Rechtspersoon

DOOR

wijlen Mr. J. A. LEVY (1)

### II

### Het Romeinsche Recht

Het woord *persona* heeft in de bronnen eene dubbele beteekenis, welke scherp onderscheiden en uit het zinsverband opgemaakt worden moet.

De eerste, geheel algemeene, is de natuurlijk aanwezige, staat buiten het rechtswezen en is derhalve ook op slaven toepasselijk.

---

(1) Na het overlijden van Mr. J. A. LEVY werd onder zijne papieren gevonden het manuscript van eene studie „De rechtspersoon”, waaraan hij in de laatste maanden van zijn leven had gewerkt. Afzonderlijke uitgave van dezen onvoltooid gebleven arbeid scheen ook om die onvoltooidheid minder raadzaam en anderzijds was deze te omvangrijk om in zijn geheel in *Themis* te worden opgenomen. De redactie meende echter een tweetal hoofdstukken van het laatste werk van haren overleden medewerker te mogen plaatsen, al heeft de schrijver zelf ook aan dit gedeelte van zijne studie de laatste hand niet kunnen slaan.

Op deze beteekenis wordt gedoeld in de navolgende plaatsen:

L. 86 § 2 D. de legat. (30). Quum servus legatur, et ipsius servi status, et omnium, quae personam ejus attingunt, in suspenso est.

L. 22 pr. D. de R. J. (50, 17). Im personam servilem nulla cadit obligatio.

L. 215 D. de V. O. (50, 16). In persona servi dominium.

In deze algemeene beteekenis is persoon, ieder zintuiglijk waarneembaar mensch.

L. 3 D. de statu hom. (1, 5): Summa itaque de jure personarum divisio haec est: quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi.

De tweede beteekenis van persoon is de zeer concreet aanwijsbare van rechtssubject:

L. 9 § 1 D. quod metus causa (4, 2). Animadvertendum autem, quod Praetor hoc Edicto generaliter et in rem loquitur, nec adjicit a quo gestum; et ideo sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus, vel curia, vel collegium, vel corpus, huic Edicto locus erit.

Deze plaats, waarin de enkele persoon tegenover den rechtspersoon wordt gesteld — want *corpus* is, in de bronnen, de veelal gebruikelijke benaming voor den laatste — levert gereede aanleiding om te doen zien, dat den Romeinschen juristen het collectiviteitsbegrip klaar voor den geest stond. Zonder dat daarover ergens eene methodische uitweiding voorkomt — hetgeen trouwens in den Romeinschen aard niet ligt —, verstaan zij daaronder de tot eenheid gekomen of gebrachte veelheid van hetzij elkander opvolgende, hetzij naast elkander levende, op eene of andere wijze, d. w. z. tot bereiking van een of ander doel (staatkundig, ideëel, vermogensrechtelijk) verbonden menschen.

Niet slechts de meest uitvoerige, maar tevens de meest



aanschouwelijke aanwijzing hunner opvatting te dien aanzien, geeft de L. 76 D. de judiciis (5, 1) (1).

Mij dunkt, deze plaats spreekt boekdeelen. Het heeft er allen schijn van of ALFENCUS zich voorgenomen had eens voor goed met een dwaalbegrip op te ruimen en het collectiviteitsbegrip eens voor al in te scherpen.

Gij vindt het, zoo zegt hij, of de deelen wisselen of niet, bij al hetgeen uit deelen is saamgesteld: rechtspraak door een college, leger, volk, schip, ja zelfs, en dat is de klapper op de vuurpijl, ingevolge de stofwisseling veranderen wij dagelijks en blijven toch dezelfde.

Er moge hier dan ook op worden gewezen, dat in ons stellig publiek recht mede het collectiviteitsbegrip is gehuldigd. Men vindt het in art. 58 Grw. waar de steeds wisselende Staten-Generaal en in de artt. 153 en 155 Grw. waar de, uit niet minder verschillende bestanddeelen bestaande rechterlijke macht, desniettemin eene eenheid vormen.

---

(1) *Proponebatur, ex his iudiciis, qui in eandem rem dati essent, nonnullos causa audita excusatos esse, inque eorum locum alios esse sumtos, et quaerebatur, singulorum iudicium mutatio eandem rem, an aliud iudicium fecisset?*

*Respondi, non modo, si unus aut alter, sed etsi omnes iudices mutati essent, tamen et rem eandem, et iudicium idem, quod antea fuisset, permanere; neque in hoc solum evenire, ut partibus commutatis eadem res esse existimaretur, sed et in multis ceteris rebus. Nam et legionem eandem haberi, ex qua multi decessissent, quorum in locum alii subjecti essent, et populum eundem hoc tempore putari, qui abhinc centum annis fuissent, quum ex illis nemo nunc viveret. Itemque navem, si adeo saepe refecta esset, ut nulla tabula eadem permaneret, quae non nova fuisset, nihilominus eandem navem esse existimari. Quodsi quis putaret, partibus commutatis aliam rem fieri, fore, ut ex ejus ratione, nos ipsi non fidem essemus, qui abhinc anno fuisset, propterea quod, ut philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis consisteremus, hac quotidie ex nostro corpore decederent, aliaeque extrinsecus in earum locum accederent. Quapropter cujus rei species eadem consisteret, rem quoque eandem esse existimavi.*

Den romeinschen juristen was het rechtsgevolg der eens erkende collectiviteit, dat zij, de corporatie, een zelfstandig bestaan, ten eenenmale onafhankelijk van de wisseling harer leden erlangde.

L. 7 § 2 D. quod cujuscunque (3, 4). In Decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes iidem maneant, an pars maneant, vel omnes immutati sint. Sed si universitas, ad unum redit, magis admittitur, posse eum convenire et conveniri, quum jus omnium in unum reciderit, et stet nomen universitatis.

Deze plaats besprekend, zegt SAVIGNY (System II, 243): „Het wezen van alle corporatiën bestaat hierin, dat het „subject van rechten niet in de enkele leden (zelfs niet in „alle leden saamgenomen) bestaat, maar in het ideëele „geheel (dem idealen Ganzen): een enkel, maar bijzonder „gewichtig gevolg daarvan is, dat door de afwisseling van „enkelen, ja zelfs van alle individueele leden het wezen en „de eenheid der corporatie niet aangeraakt wordt.”

Deze qualificatie van den grooten romanist, waarbij de corporatie als 't ideëel geheel aangewezen wordt is geenszins toevallig. Dit blijkt, doordien hij, iets later (System II, 283) op hetzelfde punt terugkomend, haar herhaalt. Hij zegt: „De totaliteit der leden is van de corporatie zelve geheel „verschillend, en zelfs, wanneer alle enkelen, zonder uitzon- „dering, gemeenschappelijk handelen, moet dit niet in dezer „voege worden beschouwd alsof het ideëele wezen, dat wij „den rechtspersoon noemen, gehandeld had.”

Bedoelde qualificatie houdt dan ook verband met SAVIGNY's opvatting zelve, waarop later gewezen worden zal. Hier zij slechts opgemerkt, dat zij mij toeschijnt kwalijk vereenigbaar te zijn met de geenszins ideëele maar zeer besliste uiting van ULPIANUS: jus omnium in unum reciderit.

Ook in de volgende plaats, wordt naar niets ideëels



verwezen, maar alleen de zelfstandigheid van den rechtspersoon betoogd.

L. 1 § 7. De quaest. (48, 18). *Servum municipum posse in caput civium torqueri, saepissime rescriptum est, quia non sit illorum servus, sed reipublicae. Idemque ceteris servis corporum dicendum est, non enim plurium servus videtur, sed corporis.*

Naardien *corpus* de algemeene benaming voor rechtspersoon is, toont de slotzinsnede, hoe gemeenzaam den Romeinschen juristen de zelfstandige collectiviteit, zoowel publiek- als privaatrechtelijk was.

Geheel algemeen wordt dan ook de algeheele afscheiding van corporatie en leden geleerd.

L. 7 § 1 D. Quod cujuscunque (3, 4). *Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.*

Hetgeen ons openbaar eigendom is, was het den Romeinen eveneens.

L. 6 § 1 D. de div. rer (1, 8). *Universitatis sunt, non singulodum, veluti quae in civitatibus sunt theatra, et stadia, et similia, et si qua alia sunt communia civitatum.*

Hoe treedt eene collectiviteit naar buiten op? Het wordt ons als volgt verklaard:

L. 1 § 1 D. quod cujuscunque (3, 4). *Quibus autem permissum est corpus habere collegii, societatis, sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum Reipublicae habere res communes, arcam communem, et actorem sive syndicum, per quem tamquam in Republica quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat.*

De eens van staatswege erkende corporatie alzoo heeft hare organen, geschoeid op gelijksoortige leest als die van het Gemeenebest. Zelf kan de rechtspersoon een misdrijf niet begaan, wèl echter kan hij het door zijne organen. Aldus ULPIANUS:

L. 15 § 1 D. de dolo (4, 3). Sed an in municipes de dolo detur actio, dubitatur. Et puto, ex suo quidem dolo non posse dari: quid enim municipes dolo facere possunt? Sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum qui res eorum administrant, puto dandum.

Mits men dit verschil in het oog houde, kunnen dan ook rechtspersonen en individuen op ééne lijn gesteld worden.

L. 9 § 1 D. quod metus (4, 2). Animadvertendum autem, quod Praetor hoc Edicto generaliter et in rem loquitur, nec adjicit, a quo gestum; et ideo sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus, vel curia, vel collegium, vel corpus, huic Edicto locus erit.

Eene rechtstreeksche tegenstelling tusschen vennootschap, die, door den dood, een einde neemt en collectiviteit, waarop de dood van een der genooten invloed niet heeft, vindt men in de beide volgende plaatsen; bewijs tevens, hoe muurvast den juristen het beginsel voor den geest stond.

L. 59 pr. D. pro socio (17, 2). Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati. Haec ita in privatis societatibus ait; in societate vectigalium nihilominus manet societas et post mortem alicujus.

L. 63 § 8 D. ibidem. In heredem quoque socii pro socio actio competit, quamvis heres socius non sit, licet enim socius non sit, attamen emolumenti successor est; et circa societates vectigalium idem observamus.

Het moge thans gebleken zijn, zoowel wat de romeinsche juristen onder het collectiviteitsbegrip verstonden, als dat zij daaraan algeheele zelfstandigheid toekenden.

De leer der rechtspersonen heeft echter een zeldzaam en zonderling noodlot ondergaan, waaraan niet het romeinsche recht als zoodanig, wel echter sommigen zijner bewerkers schuld hebben.



De allereerste kiem tot dit noodlot ligt in eene formulering der bronnen, welke ongetwijfeld niets anders en vooral niets meer beoogde dan eene *verduidelijking*, daardoor echter gereede aanleiding tot zakelijk misverstand gaf.

Bedoeld is de *verpersoonlijking* van de collectiviteit, waardoor, in romeinschen geest, uitgedrukt wordt, dat zij gelijk een persoon een wezen *is*, terwijl men daarvan gemaakt, derhalve de bronnen opgevat, heeft, als verklaarden zij, dat de collectiviteit een persoon is.

Men geve wel terdege zich rekenschap van dit zwaarwichtig, tot in de huidige doctrine nopens de rechtspersonen aanwijsbaar verschil.

Zegt men de collectiviteit is een *zelfstandig wezen*, men verklaart een waarheid, waaraan bij geen enkel romeinsch jurist ook maar de geringste twijfel bestond.

Zegt men daarentegen de collectiviteit is een *persoon*, men verkondigt een handtastelijke leugen, want *persoon* is slechts de zintuiglijk waarneembare *mensch* in zoover hij als persoon d. w. z. als subject van rechten, als *capax juris* door het recht is erkend.

Nu wil echter het ongeluk, dat de Romeinen voor zelfstandigheid naar persoonlijkheid verwijzen, waardoor aan dubbelzinnigheid voet gegeven wordt.

Ten bewijze diene:

L. 22 D. de fidej. (46, 1). Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas.

Dat eene hereditas jacens niet met mogelijkheid voor een persoon gehouden worden kan, ziet een blinde. Klaarblijkelijk bedoelt de jurist te zeggen: beschouw haar als zelfstandig, zoodat voor haar een borg optreden kan als ware zij een persoon. Evenzoo zelfstandig moet gij haar opvatten als de in de slotwoorden aangeduide collectiviteit.

Iets gelijksoortigs leert de L. 25 D. ad mun. (50, 1). Magistratus municipales, quum unum magistratum administrant, etiam unius hominis vicem sustinent; et hoc plerumque quidem lege municipali iis datur; virum etsi non sit datum dummodo non denegatum, moribus competit.

Hier wordt de zelfstandigheid van het rechtscollege zelfs een mensch genoemd, hetgeen wel aantoonde, dat wij te doen hebben met eene taalkundige tekortkoming, die echter in de verte niet afbreuk doet aan de zeer wezenlijke voorstelling van den jurist, dat men die zelfstandigheid als zeer reëel te beschouwen hebbe.

Toch blijven dubbelzinnigheden in rechte gevaarlijk, omdat zij zoo lichtelijk op valsch spoor leiden. Dit is, van meet af, ingezien, door SINTENIS, die de zelfstandigheid der rechtspersonen aanduidt, gelijk zij behoort: „De rechtspersonen hebben altegader dit met elk ander gemeen, dat zij enkel in de voorstelling aanwezige wezens zijn (dass sie nur in der Vorstellung vorhandene Wesen sind)“.

Tegen het scherm met persoonlijkheid waarschuwt hij nadrukkelijk juist op grond van het misverstand, dat daaruit voortvloeien kan: „Het is volslagen nutteloos een parallel te trekken tusschen den physischen en den rechtspersoon, veeleer wordt daardoor gemakkelijk aanleiding gegeven tot valsche gevolgtrekkingen“ (1).

Het zal blijken, dat die valsche gevolgtrekkingen inderdaad, in ruime mate zich voorgedaan hebben.

Allereerst heeft GIERKE, in het wereldberoemde werk, waarin de groote germanist, stap voor stap, de dogmengeschiedenis van het corporatie-begrip ontvouwt, streng

(1) C. F. F. SINTENIS, Das praktische gemeine Civilrecht (Leipzig 1868), I, blz. 102 en 101 n. 3.



gerecht gehouden over de romanisten, die hunne persoonlijke opvattingen der corporatie, uitgaven als door de bronnen gestaafd. Hij moest, naar hij zegt, de corporatietheorie van het corpus juris civilis aanwijzen omdat met haar de middeleeuwsche rechtspraak verband houdt.

„Deze taak echter, zoo gaat hij voort (1) wordt, door de „jongste, diepgaande onderzoekingen eer verzaagd dan „verlicht. Want deze onderzoekingen geraken met betrekking tot de *in de* romeinsche bronnen vervatte corporatietheorie tot volslagen tegengestelde slotsommen.

„Voor een groot deel wordt dit verwonderlijk feit verklaard, door de gesteldheid der bronnen. Het corpus juris „levert niet eene geformuleerde en gesloten theorie van „vereeningssubjecten, maar enkel verstrooide uitspraken, „waarin, op enkele vragen van het corporatierecht een „antwoord deels uitdrukkelijk gegeven, deels voorondersteld wordt.

„Deze uitspraken, die van verschillende schrijvers en uit „verschillende tijdvakken komen, vormen, ook innerlijk, „niet doorgaans elementen van een gedachtenstelsel, uit „één worp en consequent volgehouden. Wanneer zij in de „hoofdzaak zich houden in de lijst van het stel van rechtsbegrippen, dat door de romeinsche rechtspraak op een „vormigen grondslag ontwikkeld is, geven zij toch ten „deele uitdrukking aan ongelijksoortige ontwikkelingsphasen dezer begrippen.

„Bovendien hebben hier en daar stellingen en beschouwingen van niet-juridische herkomst tot de gemeenschapsleer van het corpus juris toegang gevonden, doordien „eendeels enkele elementen der door de grieksche wijsbegeerte gevormde genootschapsleer zijn opgenomen, ander-

---

(1) O. GIERKE, Das deutsche Genossenschaftsrecht (Berlin 1881), III, blz 129).

„zijds het christelijke gemeenschapsbegrip op de latere bronnen niet geheel zonder invloed bleef.”

Tot zoover geeft GIERKE de schuld der onderling tegenstrijdige leerstellingen der romanisten aan de bronnen.

„Wanneer echter”, vervolgt hij, „afgescheiden daarvan, schier alle van romanistische zijde kortelings verkondigde theorieën over het wezen van den rechtspersoon aanspraak maken het ware en volle gedachtengehalte der in het corpus juris overgelegde romeinsche doctrine uitsluitend en voor het eerst tot uitdrukking te brengen, wordt daarbij het onderzoek der bronnen niet zelden, door *subjectieve momenten* vertroebeld.

„Begrijpelijk is, dat afwijkende opvattingen van dien algemeenen geest der romeinsche rechtsvorming, bij de vertolking der bijzonderheden onwillekeurig zich doen gelden. Gewoonlijk echter speelt daarbij bovendien eene praktische strekking mede, welke, op het gebied van historisch onderzoek, alle bestaansrecht mist. Het is de strekking in het romeinsche recht te constateeren eene met het hedendaagsche rechtsbewustzijn en de hedendaagsche rechtsordening vereenigbare grondopvatting.

„Kan men uit het corpus juris niet onmiddellijk toepasselijke rechtsvoorstellingen opdiepen, dan wil men daaruit voor het minst eenen voor alle tijden en volken voldoende dogmatischen grondslag verkrijgen, die slechts uitgewerkt behoeft te worden zonder aantasting der grondpijlers.

„Want steeds nog heerscht het geloof, hoezeer de historische school juist krachtens het romeinsche recht het achterhaald schijnt te hebben, als had het romeinsche recht de eeuwige grondwaarheden van alle recht in logischen en deswege onveranderlijken vorm geopenbaard. Enkel de materiele zijde van het recht, zoo meent men, is, sedert, vermeerderd en veranderd, terwijl het tot beheer-



„sching der stof bestemde begripsstelsel, door de Romeinen,  
„voor goed vastgesteld is geworden.

„Uit deze opvatting vloeit dan vooreerst het streven  
„voort, het hedendaagsche recht, ook in zijne nationale en  
„moderne bestanddeelen in de van ouds bekende formu-  
„leeringen van romantischen stempel te dwingen. Schijnt  
„echter eindelijk aan het vrijere denken zoodanige dwang  
„onverdraaglijk, dan ontstaat, naardien immers de erkende  
„ongenoegzaamheid der heerschende begrippen in de  
„bronnen zelf niet wortelen mag, de strekking om alle ge-  
„breken te herleiden tot een misverstand der bronnen tot  
„nu toe. Als waren zin dezer laatsten echter wordt alsnu,  
„door middel van scherpzinnige nieuwe uitleggingen en  
„handige gebruikmaking van enkele momenten, die be-  
„trekkelijk reden van bestaan hebben, een gedachtenstelsel  
„ontdekt, dat vaak genoeg er uitziet, als ware het eene,  
„eerst thans tot ontdekking gekomen vondst, terwijl het in  
„werkelijkheid zijn bestaan dankt aan de op het tegenwoor-  
„dige recht gegronde beschouwing van den modern den-  
„kenden onderzoeker.

„Waarlijk bij wijlen herinnert de hierbij gebruikelijke  
„behandeling der bronnen aan de behandeling der Heilige  
„Schrift door sommige theologen: alleen maar het karakter  
„van rechtsopenbaring blijft eigen aan het romeinsche  
„recht. En wel is de uitkomst van zooveel moeite vaak  
„slechts een niet levensvatbaar compromis tussehen antiek-  
„romeinsche en modern-duitsche opvattingen, maar voor  
„den inhoud van gindsche openbaring is voor het minst  
„de schijn gered van vereenigbaarheid met het moderne  
„bewustzijn.

„Onder zoodanige omstandigheden kan de aanwijzing  
„van het werkelijk gedachtegehalte der bronnen slechts  
„dan gelukken, wanneer, *bij de beoordeeling der nieuwere*  
„*theorieën*, eendeels, de stelling der uitspraken, waarop zij

„steunen, scherp in het oog gevat, en aan den anderen kant, iedere inmenging eener strekking, welke buiten het historisch onderzoek ligt, met kracht afgewezen wordt.

„Eene zoodanige onbevangen waardeering leidt tot de slotsom, dat de, ondanks alle aanvallen, nog ongerept staande *heerschende leer van den rechtspersoon*, gelijk SAVIGNY haar het eerst geformuleerd heeft, inderdaad het corporatiebegrip van het voltooide romeinsche recht weer geeft.

„De theorie der *persona ficta* is de slotuitkomst der in het *corpus juris* vervatte theoretische opmerkingen en fragmenten.”

De volkomen duidelijke, zonder eenig voorbehoud, door GIERKE gehuldigde leer is alzoo, dat, naar de romeinsch-rechtelijke bronnen de corporatie m. a. w. de rechtspersoon eene *persona ficta* is. Wij hebben daarvan acte te nemen als de uitspraak van een woordvoerder van eminent gezag.

Wordt daarmee bedoeld een uit de lucht gegrepen rechtsfiguur?

Dat is a priori onmogelijk. Met hersenschimmen bemoeit zich het Recht niet en wanneer eene fictie in het *corpus juris* hare intrede doet, kan men zeker zijn, dat daaraan iets zeer wezenlijks ten grondslag ligt. De fictie is dan niets anders dan de uitwendige vorm voor bedoelde realiteit, de lijst, binnen welke men het gepast geoordeeld heeft aan die niet dadelijk voor de hand liggende realiteit eene onmiddellijk in het oog vallende, sprekende gestalte te geven.

Nu wij GIERKE tot dusver volgden, blijft alzoo voorschands onopgelost de vraag naar den werkelijken achtergrond der fictie, m. a. w. naar de reële voorstelling aan welke, ten einde haar vatbaar te maken voor juridische hanteering alzoo te harer verduidelijking de naam eener fictie gegeven is.



Tot de beantwoording dezer vraag komt GIERKE aanstonds. Wij hebben echter eerst hem te volgen bij het strafgericht, dat hij houdt over de romanistische leer: „die „onder overschatting der bespiegelende ader van de „romeinsche rechtsgeleerdheid, eene bewuste vaststelling „van het wezen der verpersoonlijking en eene oplossing der „in haar vervatte tegenstrijdigheden in de bronnen over- „draagt.” , t. a. p. blz. 131)

Bevangen door dezen waan, zegt GIERKE, zijn eene menigte onderling verschillende pogingen in het werk gesteld om aan te toonen dat in het *corpus juris* niet eene *persona ficta* maar een wezenlijk subject der genootschappelijke vermogenssfeer wordt aangeduid.

En hij houdt zijne schouw als volgt: „Al deze pogingen „komen hierin overeen, dat zij, in de bronnen, eene opvat- „ting uitgedrukt vinden, uit krachte waarvan de rechts- „persoon niet als gekunseld individu *naast* en *buiten* de „verbonden individuen staat, „maar *in* de vereenigde ge- „meenschap van personen vervat is”.

Men geve van meet af, wel ter dege zich rekenschap van deze censuur, welke — met uitzondering van SAVIGNY — het streven der romanisten, in hunne verkrachting der bronnen in het hart treft.

Er is hun namelijk aan gelegen den rechtspersoon, romeinsch-rechtelijk aangeduid als *persona ficta*, welke aanwijzing — men lette wèl — het wezen der collectiviteit onaangeroerd laat, weg te cijferen.

In de plaats daarvan stellen zij ditmaal nu eene werkelijke fictie, met huid en haar, te weten, eene gemeenschap van personen, die in zich zelve haar subject als rechtspersoon heeft.

De romanisten richten derhalve hunne pijlen tegen hetgeen den romeinschen juristen zegswijs, bloot juridische vorm was, ten einde eene grondwaarheid, te weten het zelf-

standig bestaan der collectiviteit des te beter in het licht te stellen.

Dit laatste, het collectiviteitsbegrip zelf, miskennen de romanisten niet, naar wij vernemen zullen, maar zij weten er niet weg mede.

In plaats van de collectiviteit, als individu, naast de haar vormende individuen te stellen, toe te geven alzoo, dat de romeinsche juristen *formeel* ongelijk, *zakelijk* gelijk hadden, stooten zich die romanisten aan de formuleering van eerstgemelden, en kind met badwater wegwerpend, zijn zij niet bij machte de collectiviteit, als zoodanig onder dak te brengen en blijven zij zitten met de personen die haar uitmaken.

Dit is de indruk dien het navolgend betoog van GIERKE vestigt: „Ten aanzien der constructie van de als subject „gestelde gemeenschap, welke beweerd wordt met de bronnen overeen te stemmen, gaan (de romanisten) zoover „uiteen, dat bereids de ongelijksoortigst mogelijke opvattingen — van de ontbinding der gemeenschap in eene „som van individuen af, door alle nuanceeringen van collectivistische samenvatting, tot samensmelting in eene „organisatie-eenheid toe — den Romeinen toegedacht ge„worden zijn!

„Als romeinsch verklaart IHERING zijne zuiver individualistische theorie, ingevolge welke het ware subject steeds „de enkele gerechtigden zijn en alle onderscheid der corporatie van de vennootschap zich herleidt tot een kunstgreep van juridische techniek uit krachte waarvan hier, „naar buiten, de enkel voorgestelde totaliteit der gerechtigden als werktuigelijk drager van rechten figureert. „(IHERING, Geist I 176 vlg., 183 vlg., II 366 vlg., III 216 „vlg., 299, 325, 341 vlg., Zweck I 454, 551).

„Als romeinsch, SALKOWSKI, zijne vereenzelviging van „den rechtspersoon met de als collectieve eenheid gedachte



„totaliteit der telkenreis enkele leden (SALKOWSKI, Zur „Lehre von den jur. Pers. pag. 3 vlg.).

„Als romeinsch, de beschouwingen van BRUNS, ingevolge welke een corporatief subject in waarheid niet een persoon, maar eene, de plaats van een persoon innemende totaliteit van personen als eenheid is, de eenheid van deze totaliteit echter wel is waar enkel als ideëel begrip bestaat, evenwel uit de wezenlijke enkelen, uit krachte van hun lidmaatschap voortvloeit en gestadig, door de enkelen en in hen tot gelding komt (In HOLTZENDORFF's Encycl. 3e uitg. blz. 356 vlg.).

„Als romeinsch, PERNICE, de voorstelling, dat „de telkenreis totaliteit in hare organisatie” — het georganiseerde volk of de georganiseerde gemeente — het subject is zowel van private als van publieke rechten (PERNICE, Labeo I, blz. 263, 277 vlg., 289 vlg., in het bijzonder 281). Volgens hem bestaat in geheel de leer der romeinsche rechten van den zoogenaamden rechtspersoon eene andere fictie niet, dan deze, eene uit krachte waarvan het meerderheidsbesluit als uitdrukking van den gemeenschappelijken wil geldt. In gelijken zin, echter zonder het moment der organisatie uitdrukkelijk aan te duiden. COHN, Zur „Gesch. des röm. Vereinsr. blz. 9, n. 22 en blz. 96 n. 40).

„Als Romeinsch de theorie van BOLZE, ingevolge welke „de velen in hunne vereeniging” als werkelijk en door organisatie tot handelen in staat zijnd, geheel het subject der corporatieve sfeer vormen (BOLZE, Der Begriff der „jur. Person, blz. 80 vlg., 112 vlg., 129 vlg; volgens hem is de romeinsche *universitas* niets anders dan de door BLUNTSCHLI gekenschetste genootschap (blz. 100).

„Als romeinsch, KUNTZE, de invoering der corporaties „als naast de individueele wezens gegeven gemeenschappelijke wezens, als historisch-georganiseerde werkelijkheden als levende sociale eenheden in het recht (KUNTZE,

„Kursus 1e uitg. blz. 299 vlg., 2e uitg. blz. 263 vlg.;  
 „Excuse 1e uitg. blz. 381 vlg., 2e uitg. blz. 440 vlg.  
 „Evenzoo ZRÖDLOWSKI, das röm. Privatr. I, blz. 120,  
 „137 vlg., 274 vlg.).

„Als romeinsch, BARON, de behandeling der *universitas*  
 „als „van een wezen met natuurlijk lichaam en natuur-  
 „lijken wil” (BARON, die Gesamtrechtverhältnisse im  
 „Röm. R. blz. 12 vlg. Hij verklaart den romeinschen geest  
 „van associatie volstrekt evenzoo machtig als den ger-  
 „maanschen (blz. 70, n. 11); ziet in het individualisme met  
 „zijn preutsche en uitsluitende opvatting der enkele per-  
 „soonlijkheid slechts eene uitvinding der moderneren; be-  
 „schouwt het veeleer als grondtrek van het romeinsche  
 „recht in de gevallen der *universitas personarum*, gelijk in  
 „die der *universitas rerum* en van alle gemeenschappe-  
 „lijke rechtsverhoudingen, de bestaande organische een-  
 „heden als werkelijkheden te erkennen en schrijft den  
 „romeinschen juristen doorgaans de germaansche opvat-  
 „tingen van BESELER en BLUNTSCHLI toe. Den sleutel tot  
 „eene zoodanige germaniseering en moderniseering van  
 „den inhoud der bronnen levert hij ons zelf door eene in  
 „het voorbijgaan gemaakte opmerking: „dat wij ons niet  
 „„een vorm denken kunnen die niet bereids door de Ro-  
 „„meinen in toepassing gebracht ware” (blz. 80) —. Later  
 „schijnt BARON van meening veranderd te zijn, daar hij in  
 „zijn leerboek der Pandecten volkomen zich aansluit bij de  
 „heerschende leer).”

Wanneer men de hier, door GIERKE, gegeven en telken-  
 reis gewraakte verschillende opvattingen van den inhoud  
 der bronnen als romeinsche leer van den rechtspersoon  
 overziet, wordt voorzeker de eerste indruk het best weer-  
 gegeven, door den regel:

Choisis si tu peux, et décide si tu l'oses.

Gaat men nader de verschilpunten na, de meening



dringt zich op, dat GIERKE, in zijne censuur, haar object telkenreus op de goudschaal van zijn romeinsch-rechtelijk onderzoek gelegd en dienvolgens uitspraak gedaan heeft.

Men houde echter wel in het oog dat alleen hij, die zich voorstelt weer te geven de lotswisselingen van een bepaald dogma, in dat geval van den rechtspersoon naar romeinschen trant, genoopt, ja verplicht is partij te kiezen, in de bijwijlen uiterst fijne nuanceeringen, welke het scherpe oog van GIERKE, in de door hem aangewezen opvattingen, ontdekt.

Alsdan doet de aloude vermaning: *Nil veri taceat, nil falsi audeat historia*, haar invloed gelden.

Hetzelfde is, in nog sterkere mate het geval, voor de vraag, aan wier beslissing den germanist GIERKE alles gelegen ligt, of de juridische voorstelling van den rechtspersoon, van romeinschen, dan wel van germaanschen oorsprong is.

Dit alles maakt voorzeker deel uit van het leerstuk, als dogmatisch geheel, doch raakt op den achtergrond voor ons, wien het slechts te doen is om het aangelegen punt: of de collectiviteit, als zelfstandig begrip, den Romeinen, in welken vorm dan ook voor den geest stond. Daarbij kan toegegeven worden, dat bedoeld begrip en derhalve daarvan de uiterlijke vorm, naar germaansch recht, tot grootere volkomenheid is gebracht.

Op dit punt nu kunnen wij gerust zijn, want GIERKE zelf geeft het toe, waar hij vervolgt: „Inderdaad hebben „al deze (door hem in oogenschouw genomen theorieën) „terecht hiernaar verwezen, dat in de bronnen de „universitas” op zich zelf en van huis uit niets als de totaliteit „der leden is en ieder harer heeft tegelijkertijd een ergens „in het *corpus juris* aangebracht bijzonder moment in het „licht gesteld, dat in den samenhang der nopens het wezen „der totaliteiten ontwikkelde romeinsche denkbeelden een

„rol speelt. Maar aan geen dezer theorieën is het gelukt, „op de beslissende plaats, op welke het romeinsche recht, „naar geheel zijn aanleg, kortweg genoodzaakt was, naar „de fictie eener individueele persoonlijkheid te grijpen, het „begrip van een zakelijk en gemeenschappelijk subject in „de bronnen aan te brengen.” (t. a. p. blz. 133).

Begrijp ik deze resumptie wèl, dan is, hetgeen GIERKE ons leert, dit: de Romeinen kenden het collectiviteitsbegrip, zij waren echter hulpeloos om zijne realiteit aanschouwelijk te maken. Daartoe namen zij het middel eener persoonlijkheid te baat.

Is dit zoo, de zelfstandigheid der collectiviteit verliest er niets bij, dat zij, valschelijk, persoon geheeten wordt, mits maar, waarop het aankomt, en hier het geval is, haar wezen, als onderscheiden van de haar samenstellende leden, erkend en gehandhaafd wordt.

### III

#### Innocentius IV

Naar GIERKE, gelijk aanstonds blijken zal, mededeelt, heeft PAUS INNOCENTIUS IV aan de middeleeuwsche opvatting van rechtspersonen een vorm gegeven, die tot op den huidigen dag in het kanonieke recht voortleeft.

Dit noopt tot eene korte beschouwing van den toenmaligen algemeenen toestand van het privaatrecht, gelijk dit, door de kerk voorzeker niet geschapen, maar zij het haars ondanks geduld werd. Een overzicht, meer in het bijzonder het middeleeuwsche rechtsleven betreffende, vindt men bij v. EICKEN (1).

Sedert de Karolingische wetgeving onmiskenbare sporen van het Christendom in zich had opgenomen, werd het

(1) H. v. EICKEN, *Geschichte und System der Mittelalterlichen Weltanschauung* (Stuttgart 1887), das Recht, blz. 548 vlg.



Recht niet langer geacht met den Staat, aan diens doeleinden dienstbaar, maar als natuurwet der menschelijke rede, eene hoogere, aan den Staat voorafgaande ordening te zijn. De zondenval had een Recht van aardsehen oorsprong geschapen en het was zaak der Kerk een natuurrecht in te voeren waarnaar de Staat zich te gedragen had.

„De door de Kerk gevonden grondslagen van het middeleeuwsche recht, waren het romeinsche en het germaansche recht. Tegenover beide handhaafde zich de godsdienstige beschouwing, naardien zij deels de bestaande juridische grondstellingen vast hield en verder ontwikkelde op eene wijze, die met haren geest overeenkwam, deels de beschouwingen en rechtsinstellingen, welke met haar godsdienstig stelsel in tegenspraak verkeerden, hervormde of te niet deed.

„Allereerst deed de godsdienstige gedachte van het Kanonieke recht zich gelden in zijne algemeene bepalingen omtrent de persoonlijke rechtsbekwaamheid.

„Naardien de grondslag van bedoeld recht werd gevormd, door de verhouding van den mensch tot God, kon staatkundig en maatschappelijk verschil niet eene betekenis verkrijgen, welke op de algemeene rechtsbekwaamheid van invloed ware.

„Terwijl het romeinsche recht wezenlijk de rechtsbekwaamheid van het bezit des romeinschen burgerrechts, het germaansche van het bezit der persoonlijke vrijheid binnen de volksgenootschap afhankelijk maakte, vielen voor het kanonieke recht deze voorwaarden weg.

„Op denzelfden grond echter stelde de kerk eene andere voorwaarde voor de volle persoonlijke rechtsbekwaamheid, namelijk de kerkelijke gemeenschap en rechtsgeloovigheid. Voor den van de kerkelijke gemeenschap uitgeslotene, den door den grooten kerkelijken ban getroffenene waren, aldus zegt de Summa van van SYLVESTER DE PRIERIO „de

„poorten der waardigheden niet geopend”. Hij was van ieder openbaar ambt, in het bijzonder van het rechterlijk ambt uitgesloten.

„Paus NICOLAAS I verweet den Oostromeinschen Keizer MICHAEL in het jaar 865, dat dit voorschrift van de apostolische canons, door hem niet gevolgd en in zijn rijk kerkelijk verbannen tot rechters gekozen waren.

„Keizer FREDERIK II bevestigde den rechtsgrondslag der Kerk, doordien hij, in eene constitutie van het jaar 1220 aan de Kerkelijk verbannen de bekwaamheid tot uitoefening van het rechterlijk ambt ontnam.

„Eveneens was de rechtsbekwaamheid tot het instellen eener rechtsvordering gelijk tot het afleggen van getuigenis, niet alleen aan de natuurlijke voorwaarden van leeftijd, kunne, toerekeningsvatbaarheid en burgerlijken goeden naam maar tevens aan die der rechtsgeloovigheid en der kerkelijke gemeenschap gebonden. Mitsdien was de kerkelijk verbannene noch tot eene rechtsvordering noch tot gerechtelijk getuigen bekwaam.

„Zelfs de verdediging voor een gerecht werd den kerkelijk verbannen niet toegestaan. Verder konden zij noch een rechtsgeldig testament maken noch eene erfenis aangaan.

„Het zwaarst werden de kettters, door de burgerlijke rechtsgevolgen van den kerkelijken ban getroffen, in zoverre zij, behalve de genoemde nadeelen, ook nog met verbeurdverklaring hunner goederen bestraft werden. Zij waren, indien zij niet binnen het tijdsverloop van een jaar genoegdoening hadden verschaft, van zelf infaam, d. w. z. burgerlijk rechteloos.” (t. a. p. blz. 550.)

Grondbeginsel voor de Kerk was herstel van den oorspronkelijken zondeloozen toestand, waarin alle geloovigen gelijk waren.

Niet op aardse wijze zou er economisch verschil tus-



schen de menschen bestaan, maar de blik moest op den Godsstaat gericht worden. Mitsdien was de Kerk afkeerig van allen privaas eigendom. Alleen door den levenseisch gedwongen liet zij dezen toe, verbood hem echter voor de geordende geestelijkheid en knotte hem, in het algemeen, zooveel mogelijk, door invoering van tiendplicht voor alle daarvoor geschikte voorwerpen, Charité bien ordonnée commence par soi-même.

Op het gebied der verbintenissen bepaalde de Kerk: „hoe contractueel verworven worden kon. Naar het oudere „romeinsche recht, hadden slechts zoodanige overeenkomsten eene in rechte verbindende kracht, welke in een bepaalden wettelijken vorm gesloten waren. De vormlooze „overeenkomsten legden alzoo aan partijen niet eene verplichting op, waarvoor eene actie ingesteld worden kon. „Eerst het latere keizerrecht verbrak het strenge formalisme der contracten, doordien het in talrijke gevallen „afzag van een bepaalden vorm voor het aangaan van een „contract.

„Met deze verzwakking van het oude formalisme echter „erkende het romeinsche recht op verre na niet de rechtsgeldigheid der vormlooze contracten, als algemeene grondstelling.

„Ook het oudere duitsche recht eischte een bepaalden „stipulatievorm of praestatie als voorwaarde voor de verbindbaarheid van contracten. De verdragsleer van het „kanonieke recht daarentegen zocht haar grondslag in de „godsdiensstige idee der Kerk en wel in het goddelijke „natuurrecht van den zondeloozen oorspronkelijken toestand, dat met onbenevelde klaarheid in het menschelijk „bewustzijn gestaan en daarom geenerlei overeenkomst, „geenerlei schriftelijke vaststelling, geenerlei bijzondere „wettelijke vormen van noode had.

„Een wilsvereeniging van twee menschen eischte toen-

„maals niet eene gerechtelijke zekerheidsstelling, daar het  
„gegeven woord heilig en onverbreekbaar was.

„Dit natuurrechtelijk standpunt, ten gevolge waarvan  
„iedere verklaarde wilsovereenstemming van twee personen  
„eene overeenkomst grondvestte, was het standpunt van de  
„canonieke contractleer.

„Uit kracht van dit ideale natuurrecht verklaarde het  
„kanonieke recht de zonder eenigen vorm gegeven belofte  
„als voldoende grond voor het ontstaan van een verbind-  
„dend contract.

„Niet de stipulatie, maar iedere vormlooze belofte grond-  
„vestte, gelijk THOMAS VAN AQUINO verklaarde eene natuur-  
„lijke verplichting. Evenzoo verklaarde de Apparatus van  
„INNOCENTIUS IV de zonder stipulatie aangegane overeen-  
„komst voor eene natuurlijke verplichting.

„Ook de latere juristen van de 14e en 15e eeuw, gelijk  
„b.v. BALDUS VAN UBALDIS EN RAPHAEL CUMANUS erkenden,  
„eene natuurrechtelijke verplichting als gevolg van ieder  
„vormloos contract.

„Niet gevolg te geven aan de belofte welke van het con-  
„tract den inhoud vormde was een leugen en eene verbre-  
„king van het goddelijk natuurrecht. Deswege was de ver-  
„breking van een vormloos contract niet minder eene zonde  
„tegen God als de verbreking van een contract in bepaalde  
„wettelijke vormen aangegaan. „Want God maakt niet een  
„„verschil tusschen het eenvoudige redebeleid en den eed”  
„verklaarde de glosse en de summa van HEINRICH VAN  
„SIGUSIA.

„Alzoo was het belang van het eeuwige zieleheil de be-  
„slissende grond, die het kanonieke recht aanleiding gaf  
„de voorwaarde van het romeinsche en van het germaan-  
„sche recht voor de verbindbaarheid der contracten op te  
„geven en de verbindbaarheid der vormlooze contracten  
„als algemeenen regel vast te stellen.” (t. a. p. blz. 554.)



Wel is waar maakte de Kerk aanspraak op suprematie over het staatsgezag, in dezer voege, dat dit laatste naar hare voorschriften zich te richten zou hebben. Zij steunde daarbij op de rechtsformatie, die inderdaad van haar, doch geenszins van haar alleen was uitgegaan. Deze toch was doortrokken zoowel van romeinsche als van germaansche bestanddeelen. In zooverre de Kerk als wetgeefster optrad, moest haar leerstelsel met die grondstellingen in verband gebracht worden. Men lette op dit historisch feit, waarvan de toepassing onmiddellijk gemaakt worden zal.

„De feitelijke verhoudingen waren inderdaad in overeenstemming met de aanspraak der Kerk (op suprematie) in zooverre het kanonieke recht een hoofdbron van het burgerlijke en strafrecht der middeleeuwen geweest is. De theoretische gelijk de technische ontwikkeling van het laatste ging wezenlijk van de Kerk uit. Het materieele even als het formeele recht berustte wezenlijk op de, door de kerkelijke organen ontwikkelde grondstellingen en de in de kerkelijke gerechtshoven ontwikkelde procesorde-ning.

„Zoo beslist echter ook de Kerk als de bron van alle wereldlijk recht zich aanwees, was dit laatste toch geenszins, naar geheel of ook maar naar het grootste deel van zijn inhoud, eene schepping van haar. Veeleer leidde het burgerlijk gelijk wereldlijk recht terug naar een anderen, ouderen oorsprong, namelijk het staatkundige en maatschappelijke belang.

„De Kerk vond de grondstellingen van het zaken-, verbintenissen-, familie- en erfrecht, evenals de grondstellingen van het strafrecht over de persoonlijke rechtsbe- kwaamheid, de gerechtelijke bewijsmiddelen, de straf- baarheid der misdadige handelingen evenals over de strafmiddelen, over het geheel genomen, in het romein-

„sche, en in geringere mate, ook in het germaansche recht,  
„gereed.

„De wetgevende voortbrenging der Kerk moest zich al-  
„zoo wezenlijk hiertoe beperken, de bestaande rechtsgrond-  
„stellingen met haar leerstelsel te verbinden.

„Voorzeker eischte het tweeeebrengen dezer verbinding,  
„in enkele gevallen, eene hervorming of ook eene algeheele  
„opheffing der bestaande wettelijke of gewoonterechtelijke  
„bepalingen. Zoodanige rechtstellingen daarentegen als  
„met de doeleinden der Kerk zich dekken of met betrek-  
„king daartoe onverschillig waren, bleven onaangeroerd  
„door den godsdienstigen geest.

„Het geldende recht der middeleeuwen leidde alzoo, wat  
„zijn oorsprong aangaat, voor het grootste gedeelte, terug,  
„niet naar de godsdienstige idee der Kerk, maar naar de  
„staatkundige en economische belangen.” (t. a. p. blz. 576.)

Het leerrijkste voorbeeld nu, op welke wijze het kano-  
nieke recht de hier omschreven taak ter hand nam, alzoo  
de romeinschrechtelijke opvattingen zich toeëigende en  
pasklaar maakte voor zijne instellingen is juist de leer der  
rechtspersonen.

Op den voorgrond treedt hier Paus INNOCENTIUS IV  
(1243—1254), om zijn groote kennis van het kerkrecht ge-  
naamd: *Pater et organum veritatis*.

Bedoelde leer namelijk, zegt GIERKE (1): „verschijnt  
„plotseling in eene, ondanks alle voorbereiding verrassende  
„voltooiing in het jaar 1245 beëindigde Apparaat van  
„Paus INNOCENTIUS IV (Sinibaldus Fiiscus).

„Deze uitnemende kanonist, die in Bologna, onder Azo,  
„ACCURSIUS en JACOBUS BALDUINI romeinsch en onder  
„LAURENTIUS, VINCENTIUS, JOHANNES TEUTONICUS en JACO-

---

(1) *Das Deutsche Genossenschaftsrecht* (Berlin 1881), III,  
blz. 246.



„BUS DE ALBENGA kanoniek recht bestudeerd had, gaf aan  
 „de leer der corporatie, op gelijkwaardige wijze, als in onze  
 „eeuw SAVIGNY, met wiens leer de zijne, ook materieel,  
 „merkwaardig overeenstemt, eene scherp omlijnde nieuwe  
 „gestalte.

„Juist zijne ontvouwingen werden alsdan, vele eeuwen  
 „lang, door legisten gelijk kanonisten regelmatig herhaald  
 „en reeds uitwendig weerklinkt duidelijk de geweldige in-  
 „vloed, dien hij op het dogma van den rechtspersoon  
 „oefende, in alle latere beschouwingen daarvan, doordien  
 „zijn naam hier steeds in de eerste plaats genoemd wordt.”

Nader uitgewerkt wordt dit punt, als volgt:

„Van meet af brachten (de kanonisten) *de eigen rechts-*  
*subjectiviteit* der corporatie bepaalder dan hunne voor-  
 „gangers tot uitdrukking.

„In aansluiting aan hun kerkbegrip, formuleerden zij  
 „scherp de stelling van de identiteit der corporatie bij wis-  
 „seling harer leden.

„Tegenover het vergankelijke der individuen legden zij  
 „den klemtoon op den bestendigen duur der ideale rechts-  
 „subjecten, waarbij voor kerkelijke corporatiën bijzondere  
 „gevolgtrekkingen uit de goddelijke beschikking te voor-  
 „schijn traden, dat de Kerk, als zoodanig, tot aan het einde  
 „der dingen niet ondergaan kon.

„Zij brachten zich het vlakweg *eenheidswezen* der corpo-  
 „ratie klaar tot bewustzijn en maakten deze eenheid tot  
 „juridischen grondslag van gewichtige beslissingen.

„En bovenal voerden zij als opperste stelling der corpo-  
 „ratieeler, tot in iedere bijzonderheid door, het in het kerk-  
 „begrip scherp omlijnde beginsel, dat de *universitas*, als  
 „zoodanig, iets juridisch geheel verschillends is, van de  
 „haar vormende *singuli*.” (t. a. p. blz. 277.)

Wij zijn daarmede gekomen tot de klare voorstelling van  
 het collectiviteitsbegrip, dat vóór alles den rechtspersoon

onderscheidt van den fysieken individu. De kanonisten volgden echter tevens hunne voorgangers in de aanduiding van den rechtspersoon als persoon.

Te dien aanzien zegt GIERKE: „Wijders waren het de „kanonisten, die den naam van *persoon*, het eerst uitdrukkelijk, op deze als eenheid bestaande rechtssubjectiviteit „toepasten.

„Eenerzijds was dit voorbereid door de, op de bronnen „steunende allegorieën, welke meer en meer rechtstreeks „werden gebezigd, onder overdracht van stellingen, tot het „familierecht behoorende, op juridische gevolgtrekkingen, „naar welke de Kerk in verschillende richtingen als *sponsa*, „*uxor*, *mater* of *filia* werd voorgesteld. Aan den anderen „kant, door de ook overigens meer en meer voltrokken ab- „stractie welke het rechtsbegrip van den persoon leerde „onderscheiden van het feitelijk begrip des menschen.

„Nadat alzoo reeds vroeg de „*ecclesia*” als „*patrona*”, „*domina*”, en in soortgelijke wendingen, verpersoonlijkt „was, alsmede de stellingen: „*ecclesia*, gerit *personam* „*pupilli*” en „*ecclesia vicem personae obtinet*” verkondigd „waren geworden, kwam men allengs tot de uitspraak der „persoonlijkheid van iedere corporatie als zoodanig.” (t. a. p. blz. 278.)

Niet alleen de naam maar ook de aard van zoodanigen persoon werd door de kanonisten ontvouwd. Hier nu was het vooral de leerstellige meening van INNOCENTIUS IV, welke den toon gaf.

GIERKE vervolgt: „Nu was het INNOCENTIUS, die met „genialen greep de gedachte, welke in het romeinsche recht „feitelijk heerschte, doch slechts half was uitgesproken, „te weten van het zuiver begripsmatige en fictieve bestaan „van den rechtspersoon, als ware het nieuw ontdekte, haar „in de scherpste formulering voor aller oogen stelde en



„aldus tot vader werd van het heden ten dage nog  
„heerschende dogma. Aan hem echter sloten zich spoedig  
„de overige kanonisten aan.

„Het waren, hetgeen voor den *kanonistischen* oorsprong  
„der fictie-leer kenmerkend is, specifiek *kerkrechtelijke*  
„vragen, welke aanleiding tot hare vaststelling en ont-  
„plooiing gaven.

„INNOCENTIUS zelf ontwikkelde ze, ter motiveering van  
„een door hem zelf op het eerste concilie te Lyon (1245)  
„uitgevaardigd, in den wetstekst overigens anders gemoti-  
„veerd decretale, dat den kerkelijken ban van eene *univer-*  
„*sitas* of van een *collegium* verbood, evenals bij gelegen-  
„heid der hierbij zich aansluitende ontvouwing in het alge-  
„meen voor corporaties om een misdrijf te begaan en ge-  
„straft te worden.

„Deze vragen, bovenal de leer der geestelijke censuur  
„tegen *universitates*, bleven ook later voor de ontvouwingen  
„over den aard der rechtspersonen *sedes materiae*.

„Daarbij kwamen als verdere hoofdaanleidingen tot zoo-  
„danige ontvouwingen de vraag naar de mogelijkheid eener  
„eedsaflegging in de ziel eener *universitas*, de zonderlinge  
„vraag of eene corporatie dooppeet zijn kon en de spoedig  
„ook, door de civilisten veel besproken vraag, of in wetten  
„en overeenkomsten, de uitdrukking: „iedere persoon” of  
„„iedereen” den rechtspersoon mede omvatte.

„In zoodanigen samenhang nu sprak INNOCENTIUS het  
„eerst den regel uit, dat de corporatie als zoodanig *een on-*  
„*lichamelijk begripswezen* is.

„Als enkel rechtsbegrip, dat zich met het begrip der ver-  
„bonden personen niet dekt, kan zij niet in den ban gedaan  
„worden (*quia universitas, sicut est capitulum, populus,*  
„*gens et hujusmodi, nomina sunt juris et non personarum,*  
„*ideo non cadit in eam excommunicatio*).

„Als onlichamelijk wezen is zij onbekwaam om te willen

„(universitas . . . . . consensum alicujus facti praestare  
 „non potest, cum consensus corporis est, nec corpus habet).

„Als zuiver intellectueel en onlichamelijk ding, kan zij  
 „niet zelf, maar enkel door hare leden handelen (quia  
 „capitulum, *quod est nomen intellectuale et res incorpo-*  
 „*ralis*, nihil facere potest, nisi per membra sua).

„Deze stellingen werden door anderen herhaald. Ook  
 „werd spoedig onder klaarblijkelijken invloed van het wijs-  
 „geerige nominalisme de analogie der soortbegrippen er  
 „bijgevraagd, ten einde de meening te vestigen, dat ook  
 „de *universitas* als *universitas* niets als eene begripsmatige  
 „abstractie zonder eenige werkelijkheid zijn zou.

„In de meest verschillende wendingen, werd alsdan (in  
 „het bijzonder door DURANTIS) verder ontwikkeld, dat de  
 „*universitas* noch een ziel, welke door geestelijke straf aan  
 „de verdoemenis zou kunnen worden prijs gegeven, noch  
 „een lichaam, waaraan eene wereldlijke lichamelijke straf  
 „voltrokken worden kon, bezat; dat zij immers ook onge-  
 „doopt en deswege van alle van den doop afhankelijke  
 „rechten verstoken was; dat zij als zoodanige „res inani-  
 „„mata” en enkel „nomen intellectuale” noch zelfbewust-  
 „zijn noch een wil had.

„Wanneer nu desniettemin aan een zoodanig zuiver be-  
 „gripsmatig bestaan persoonlijkheid werd toegeschreven,  
 „scheen dit enkel te berusten op eene juridische fictie, uit  
 „krachte waarvan het persoonsbegrip kunstmatig buiten  
 „zijn natuurlijk gebied werd uitgebreid. Want het begrip  
 „van den persoon viel den kanonisten samen met het be-  
 „grip van een wezen, begaafd met eene „anima rationa-  
 „„bilis”, gelijk dan ook JOHANNES ANDREAE definieert:  
 „„vera persona est rei rationabilis individua substantia”.  
 „Inderdaad sprak INNOCENTIUS de stelling, dat de eenheids-  
 „persoonlijkheid der *universitas* op eene *fictie* berust, uit-  
 „drukkelijk uit.” (t. a. p. blz. 279.)



Met deze fictie werd natuurlijk niet bedoeld eene geheel uit de lucht gegrepen voorstelling. Zij verwees naar eene verhouding van de totaliteit en de haar samenstellende personen.

Het schijnt echter dat die verhouding nu eens als *vertegenwoordiging* of *plaatsvervanging*, dan wederom als *organischen samenhang* opgevat werd.

Omtrent dit punt zegt GIERKE: „Vragen wij nu ten „slotte naar de verhouding dezer verpersoonlijkte *eenheid* „tot de in de corporatie verbonden *totaliteit*, dan kon de „kanonistische theorie, handhaafde zij hare grondge- „dachten consequent, enkel geraken tot eene opvatting, „naar welke het kunstmatige rechtssubject en eene som van „natuurlijke rechtssubjecten, geroepen om het te vertegen- „woordigen, vreemd en zelfstandig tegenover elkander „staan. En inderdaad kwam eene zoodanige opvattingswijs „al beslister op den voorgrond.

„Immers de totaliteit scheen voor wezen en bestaan van „den door haar vertegenwoordigden rechtspersoon van zoo „weinig beteekenis te zijn, dat eene verpersoonlijkte *digni- „tas* met de persoonlijkheid der corporatie gelijkgesteld, en, „het voortduren van de persoonlijkheid der corporatie na- „dat alle leden weggevallen waren, aangenomen worden „kon!

„Voorzeker nemen de kanonisten feitelijk vaak stel- „lingen van germaanschen oorsprong op, die ons kwalijk „vereënegbaar schijnen met eene zoodanige opvatting: zij „weten echter daarvoor eene juridische verklaring te vin- „den, door welke zij, in beginsel, ongedeerd blijft.

„Eendeels toch herleiden zij alle nog zoo beslissende „werkingen, welke naar hunne leer, de lotgevallen, hande- „lingen en zelfs misdrijven der totaliteit, voor de *universitas* „als zoodanig hebben, tot de gedachte der plaatsvervanging.

„En aan den anderen kant, huldigen zij, voor de ge-

„vallen waarin zij de rechten en plichten der *universitas* „als zoodanig, tot genot en tot naleving aan de leden toe- „wijzen, alsmede waarin zij zelfs de tegen den rechtspersoon „uitgesproken straffen, op de tegenwoordige en toekom- „stige en toekomstige leden als zoodang ten uitvoer leggen, „het eigenaardige verklaringsbeginsel: „dat al hetgeen, „door wet, verordening, oordeel of overeenkomst toege- „schreven wordt aan eene *universitas* en toch op zich zelf „op haar voor toepassing niet vatbaar is (*proprie non com- „petit* of *non cadet in universitatem*) bij wijze van uitleg- „ging, herleid moet worden tot *omnes singuli*, opdat gind- „sche beschikking niet ten eenenmale onwerkzaam blijve.

„Doch voorwaar! Geheel ontbreken ook bij de kanonis- „ten niet de sporen der tegengestelde germanistische op- „vatting naar welke de corporatie optreedt als een organisch „*gemeenschappelijk wezen* en mitsdien de rechtspersoon „als de, der totaliteit immanente levenseenheid en de tota- „liteit als het organisme, dat deze eenheid belichaamt.

„Zij naderen noodzakelijk eene zoodanige opvatting, „zoodra zij de geliefde en met betrekking tot de Kerk uit „de Heilige Schrift zelve overgenomen gelijkenis van een „lichaam met hoofd en ledematen juridisch toepassen.

„En bijwijlen geraken zij tot eene nog scherpere juri- „dische formuleering van deze gedachte. Want in aan- „sluiting aan de door hen volgehouden onderscheiding „tusschen „*universi ut singuli*” en „*universi ut universi*”, „d. w. z. tusschen de eigenschap eener totaliteit als som van „individuen, en haar eigenschap als corporatief bestaan, „vestigen zij bijwijlen vlakweg eene verdeling der enkele „persoonlijkheid in eene individueele en eene gemeen- „schappelijke rechtssubjectiviteit en verklaren dat de cor- „poratie als zoodanig is een geheel, saamgesteld uit de ge- „meenschappelijke deelpersoonlijkheden harer leden.”  
(t. a. p. blz. 282.)



Overziet men, als geheel, den door GIERKE geschetsten loop der kanonistische doctrine nopens den rechtspersoon, dan schijnen, welke juridische pogingen ter verklaring ook gedaan mogen zijn, twee punten volkomen vast te staan.

Het eerste is, dat de rechtspersoon niet is iets denkbeeldigs, maar iets wezenlijks.

Het tweede is, dat de, in den rechtspersoon vereenigde totaliteit, niet samenvalt met, maar afgescheiden is van de hem samenstellende personen.

Wat het eerste punt betreft, hoe paradoxaal het klinken moge, juist door de leer van INNOCENTIUS IV nopens de fictie der persoonlijkheid van den rechtspersoon wordt het bewezen.

Men wilde immers, door van fictie te spreken, den rechtspersoon niet wegvagen, maar vlak integendeel, hem met een individu gelijk, doch dan door middel van beeldspraak buiten twijfel stellen, derhalve zijn bestaan als ware het cursiveeren.

Men wilde zeggen: de rechtspersoon is niet een lichamelijk persoon, nu goed, dan zij hij een fictief persoon, maar persoon blijft hij en als persoon moet hij, in rechte behandeld worden.

Dat is, door middel eener fictie, den weg banen tot eene slotsom, die het tegendeel is eener fictie, de verduidelijking van een denkbeeld, waaraan tegemoet gekomen wordt, door een hulpmiddel — verpersoonlijking — aan dagelijksch gebruik ontleend.

Het tweede punt hangt ten nauwste met het eerste samen.

Leefde de overtuiging niet, dat de corporatie gescheiden en onderscheiden is van de haar samenstellende leden, geheel de poging om den rechtspersoon een juridisch zelfstandig bestaan toe te kennen, door middel der fictie ware noodeloos en volmaakt ijdel. Gegeven de fictie, was derhalve met en door haar gegeven de totaliteit eenerzijds, aan

den anderen kant hare leden, of wil men, de som harer leden.

Is 't nu niet te doen om de fijne schakeeringen eener dogmengeschiedenis, welke GIERKE op den voet volgt, maar om den zakelijken inhoud harer juridische formuleering, — niet te doen om het *continant*, maar om het *contenu*, dan schijnt vast te staan, dat even als den Romeinen, ook den kanonisten, het collectiviteitsbegrip, en daarmede de juridische grondslag van den rechtspersoon, luce clarius was.

Dit geldt niet slechts voor de middeleeuwse, maar tevens voor de hedendaagsche kanonieke rechtsleer, sedert zij is vervat in de Codificatie, gelijk zij als wetboek der Katholieke kerk is saamgesteld, in opdracht van Paus PIUS X en afgekondigd door Paus BENEDICT XV.

Den algemeenen geest van dit wetboek, zoowel als de burgerrechtelijke aansluitingspunten daarvan, vindt men aangewezen door den Berlijnschen hoogleeraar in het kerkrecht, U. STUTZ (1).

Hoogst opmerkelijk is, hetgeen hij aanvoert nopens de verwantschap van het wetboek met het romeinsche recht.

„Moge het Pauslijk wetboek ook nu en dan natuurrechtelijke aanvechtingen gehad hebben, in hoofdzaak, is het, „voor burgerlijk recht, bij het romeinsche recht ter leen „gegaan.

„Dit is niet verwonderlijk, let men op de herkomst en „geheel het verleden der Kerk alsmede op haar wezen, dat „nog heden ten dage in sterke mate antieke trekken toont.

„Integendeel, ware het in de hoogste mate verwonderlijk, „indien het *Ecclesia vivit lege Romana*, wel is waar in „gansch anderen zin dan voorheen, niet nog heden ten „dage eene zekere gelding hebben zou.

---

(1) Der Geist der Codex juris Canonici (Stuttgart 1918) Bürgerlichrechtliche Einschläge 177 vlg.



„Den lof van het romeinsche recht verkondigt immers ook in de hoogste tonen, reeds de Invoeringsconstitutie: „Providentissimo van BENEDIKT XV, daar, waar zij van „de verdiensten van het kerkelijk recht jegens de menscheid spreekt. Het recht der Kerk heeft niet enkel dat „der barbaarsche volken — bedoeld zijn allereerst de zogenaamde *Leges Barbarorum*, de rechten der germaansche stammen — verdrongen, en hunne wilde zeden vermenscheijkt, maar zelfs met den fakkel van zijn licht „verzacht en verchristelijkt *ipsum Romanorum jus, insigne veteris sapientiae monumentum, quod ratio scripta est merito nuncupatum*. Geen wonder, dat het romeinsche „recht ook sterk in onzen *Codex* voorkomt.” (t. a. p. blz. 187).

Omtrent den rechtspersoon vernemen wij: „De rechtspersonen worden in can. 99, door den regel ingevoerd: „„In de Kerk bestaan buiten de natuurlijke ook zedelijke „„personnen”, eene tegenstelling, die op talrijke andere „„plaatsen van het wetboek terugkeert.

„De uitdrukking: zedelijk persoon is, „door het natuurlijke, tot algemeene heerschappij gebracht”. Terwijl de „hedendaagsche Italiaansche rechtswetenschap, evenals de „duitsche, sedert FRIEDRICH CARL v. SAVIGNY, met voorliefde zich bedient van de vakuitdrukking: rechtspersoon, „geven de Franschen de voorkeur thans nog aan de kenschets: zedelijk persoon.

„Deze is echter ook niet vreemd aan de nieuwere kerkelijke rechtstaal. Naardien de *codex* haar thans opneemt „en inlijft in de kerkelijke wets- en ambtstaal, sluit hij, ook „in dit punt wederom bij het natuurrecht en diens leer zich „aan.” (t. a. p. blz. 198.)

Verbintenissen, op regelmatige wijze door den rechtspersoon aangegaan, blijven te zijnen laste: „Wanneer de „(religieuse) zedelijke persoon, zij het een religieus genoot-

„schap, zij het eene provincie, of eene kolonie van haar  
 „schulden gemaakt en verplichtingen aangegaan heeft, is  
 „hij zelf daarvoor aansprakelijk, en wel in zooverre het  
 „(regelmatig) met verlof van den meerdere geschiedde.”  
 (t. a. p. blz. 203.)

De algemeene kerkrechtelijke stelling van den rechts-  
 persoon omschrijft de schrijver als volgt: „Wij vernemen,  
 „dat de zedelijke persoon, naar haren aard van onbeperkten  
 „levensduur, eindigt hetzij door opheffing, echter slechts  
 „dan, wanneer deze, door de bevoegde kerkelijke overheid  
 „beschikt is, gelijk dan b.v. kerkprovinciën, bisdommen,  
 „abdijen en prälaturen nullius, apostolische vicariaten en  
 „präjecturen alleen de Paus opheffen kan, of wel, indien  
 „hij, sedert eene eeuw, feitelijk heeft opgehouden te bestaan.

„Wij vernemen verder dat de zedelijke persoon religieus  
 „of wereldgeestelijk zijn, eenen bepaalden rang, in het recht  
 „van voorrang zich uitend, in het geval van overdracht  
 „eener parochie aan hem, de stelling van een geestelijke,  
 „wordt in hem volledig recht, minst genomen van een  
 „parochus habitualis ingelijfd, ook een gebied hebben kan.

„Het kan voorkomen, dat de rechtspersoon leeft naar  
 „eigen recht en bijzondere statuten, evenals de natuurlijke  
 „persoon kan hij privilegies en dispensaties verkrijgen en  
 „is, in het algemeen, bekwaam voor recht en om te han-  
 „delen. Daarom kan hij ook verwerven, vermogen bezitten,  
 „schulden maken, tot onthouding of tot vasten zich ver-  
 „plichten. Gelijk de handelingen van natuurlijke personen,  
 „kunnen die van rechtspersonen, door geweld of door be-  
 „dreiging afgedwongen zijn.

„Ook een misdrijf begaan kan de rechtspersoon naar den  
 „Codex en dienvolgens strafbaar zijn. Wel is waar kan, even  
 „als naar het recht tot nu toe, de kerkelijke ban enkel over  
 „natuurlijke, niet tevens over rechtspersonen uitgesproken  
 „worden, omdat de hier als maatstaf dienende en ook aan



„de toepasselijke bepaling van den Codex ten grondslag  
 „liggende stellige ordening van INNOCENTIUS IV op het  
 „Concilie te Lyon van 1245, hiervan uitging, dat de ge-  
 „meenschap „als zielloos en ongedoopt wezen onbereikbaar  
 „„was voor den banbliksem” en treft, wanneer des ondanks  
 „tegen een rechtspersoon die ban uitgesproken wordt, deze  
 „slechts de enkele leden, die aan het vergrijp deelnamen.  
 „Daarentegen worden met het interdict ook rechtspersonen  
 „gestraft, strikt genomen, enkel met het persoonlijk inter-  
 „dict, indien dit tegen eene gemeenschap uitgesproken  
 „wordt, en eindelijk niet minder met schorsing.” (t. a. p.  
 blz. 207.)

Hoogst opmerkelijk, juist in dit verband, waar de ver-  
 zoeking groot ware rechtspersoon en persoon niet uiteen  
 te houden, is des schrijvers vermaning voor die verwarring  
 zich te wachten. Opmerkelijk ook, omdat daardoor in het  
 volle licht komt, de beteekenis der fictie als aanwijzing dat  
 de totaliteit, welke de rechtspersoon omvat, zelfstandig ge-  
 dacht worden moet, zoodat hare verpersoonlijking slechts  
 is eene verduidelijking van het wezen van den rechts-  
 persoon.

Aldus Stutz: „Het ware verkeerd de gevolgtrekking te  
 „maken, dat het pauselijk wetboek staan zou op den bodem  
 „der theorie van de werkelijke gemeenschapspersoonlijk-  
 „heid. Veeleer liggen daaraan ten grondslag volkomen  
 „dezelfde beschouwingen als aan het klassiek-kanonieke  
 „recht der middeleeuwen.

„Gelijk reeds volgt uit het tot dusver aangevoerde, geeft  
 „de Codex, afgezien van zijn spraakgebruik, over het geheel  
 „genomen, volkomen weer het standpunt der romein-  
 „kanonistische fictie-theorie met al hare oneffenheden en  
 „tegenstrijdigheden”.

De rechtspersoon wordt dan ook, in het algemeen, be-

voegd verklaard om deel te nemen aan het zoowel kerkelijk als maatschappelijk ruilverkeer.

De schrijver zegt: „Wat *beteekent* nu echter deze tot „dusver besproken, kerkelijke zedelijke persoonlijkheid, „welken zin en inhoud heeft zij?

„Het antwoord op deze vraag, dat wij, met opzet, voorloopig ter zijde hebben gelaten, dat wij echter thans onder „de oogen willen zien, kan, vooreerst, niet anders luiden, „dan: *de algemeene kerkelijke rechtsbekwaamheid*.

„Gelijk de individuen uit kracht hunner enkelpersoonlijkheid, zoo nemen de gemeenschappen, uit kracht harer „zedelijke persoonlijkheid, insoover de ontstentenis der „lichamelijkheid haar daarvan niet uitsluit, aan het kerkelijk rechtsverkeer deel.

„Ook aan het goederenverkeer, ook aan de temporalia? „Beteekent de zedelijke persoonlijkheid ook de bekwaamheid om te verwerven en vermogen te bezitten?” (t. a. p. blz. 215.)

De schrijver antwoordt bevestigend. Dit specifiek kerkrechtelijk punt echter raakt ons hier niet verder. Gebleken is, het eenige punt voor ons van belang, dat men, zoowel ten aanzien der zelfstandigheid van de collectiviteit, als met betrekking tot de methode om die zelfstandigheid in het licht te stellen, kanoniek-rechtens ééne en dezelfde lijn doortrekken kan, welke loopt van INNOCENTIUS IV tot en met het door BENEDICT XV uitgevaardigde wetboek toe.



## **De grondslag der beslissingen van het Permanente Hof van Internationale Justitie**

---

Gaat men in de volkenrechtelijke literatuur na, welke karakteristieke verschillen, naar het oordeel der schrijvers, bestaan tusschen internationale rechtspraak en arbitrage, dan wordt men getroffen door een volstrekt gemis van eenstemmigheid. De verscheidenheid van inzichten met betrekking tot deze schijnbaar zoo eenvoudige vraag komt op verschillende wijzen tot uiting. Zij blijkt reeds terstond uit den nadruk, welchen de auteurs bij hunne beschouwingen leggen, hetzij op de vrije keuze der met de uitspraak te belasten personen in elk nieuw geschil, hetzij op de bedoeling waarmede de partijen de uitspraak van derden inroepen, hetzij op den grondslag waarop die derden zich bij hunne beslissing hebben te stellen. Zij blijkt verder, wanneer men de deskundigen verdeeld ziet over de vraag, of het ongeboren Internationale Prijzenhof in wezen is een werkelijk gerechtshof, zooals VON LISZT, HOLD VON FERNECK e. a. (1) volhouden, of wel een arbitraal college, zooals o. m.

---

(1) VON LISZT, *Das Wesen des völkerrechtlichen Staatenverbandes und der internationale Prisenhof* (1910), Sonderabdruck, blz. 11 en vlg.; *Das Völkerrecht, systematisch dargestellt*, 11e Aufl. (1918), blz. 358, nt. 5. — HOLD VON FERNECK, *Eine Lanze für den Prisenhof*, in *Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht*, Bd. VI, blz. 1 en vlg.

POHL, LAMMASCH en CAVAGLIERI beweren (2). Zij dook telkens op tijdens de verwarde debatten, waartoe op de tweede vredesconferentie in 1907 het ontwerp voor de oprichting van de „cour de justice arbitrale” aanleiding gaf. Zij treedt, om nog slechts dit ééne te noemen, helder aan den dag in het meeningsverschil tusschen hen, die, zooals WEHBERG (3), BROWN SCOTT (4) en vele andere Amerikanen, arbitrage en rechtspraak in internationale aangelegenheden als een vrijwel onverzoenlijke tegenstelling, als diametraal tegenover elkaar staande begrippen opvatten, en hen, die beide instituten als verwant beschouwen.

Wat voor ons onderwerp in het bijzonder belang heeft, is de kwestie, of tusschen arbitrage en rechtspraak in volkenrechtelijke aangelegenheden in zóóverre inderdaad eene principieele tegenstelling bestaat, dat de grondslagen, waarop arbiters hunne uitspraken baseeren, andere zijn dan die, waarop de beslissingen van een gerechtshof moeten steunen. Er zijn er, die op deze vraag even beslist een ontkenkend antwoord geven als anderen haar bevestigend beantwoorden. Het verschil van inzicht spruit daarbij, voorzover wij zagen, nimmer voort uit afwijkende opvattingen over het wezen der internationale *rechtspraak*; het vindt zijn oorzaak uitsluitend in theoretischen strijd over het karakter der internationale *arbitrage*. Zeer sterk komt het

---

(2) POHL, Deutsche Prisengerichtsbarkeit, blz. 193 en vlg. — LAMMASCH, in Handbuch des Völkerrechts, Bd. III, 3e Abt. (Die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit in ihrem ganzen Umfange), blz. 78 en vlg.

(3) Das Problem eines internationalen Staatengerichtshofes, in Das Werk vom Haag, Bd. II.

(4) Vgl. o. a. diens openingsrede in de internationale conferentie, van 15 tot 17 December 1910 te Washington gehouden: Proceedings of the International Conference under the auspices of the American Society for judicial settlement of international disputes, blz. 3 vlg.



bedoelde verschil van inzicht uit bij vergelijking van een paar kort geformuleerde conclusies van schrijvers van tegengestelde meening, opzettelijk gekozen uit dezelfde nationaliteit. Eenerzijds vinden wij bij von LISZT (5) de uitspraak: „Der Schiedsspruch unterscheidet sich von dem richterlichen Urteile nicht durch seinen Inhalt, sondern durch seine Grundlage (6). Wie dieses *entscheidet er den Rechtsstreit nach Rechtssätzen, nicht nach Billigkeit*; soweit dem Schiedsrichter nicht etwa, *über seine eigentliche Funktion hinaus*, die freie Schlichtung eines Interessenkonfliktes übertragen ist. Aber die Grundlage des Schiedsspruches ist stets nur der Wille der Streitteile, nicht ein über diesen stehendes Recht.” Anderzijds leert POHL (7) ons het volgende: „Der Schiedsrichter will den Streit erledigen, die Parteien beruhigen durch einen Spruch, der den Frieden sichert. *Er entscheidet die Sache nicht juristisch, sondern er schafft sie ex bono et aequo aus der Welt.*” Scherper kunnen de afwijkende beschouwingen al moeilijk tegenover elkander worden geformuleerd. Met het laatste standpunt correspondeert de zienswijze van vele Amerikanen, die bij hunne actie voor „judicial settlement of international disputes” welbewust streven naar een gansch ander einddoel dan algemeene aanvaarding van „arbitration”; vandaar dan ook, dat een hunner voormannen, BROWN SCOTT, zoo van harte instemt met de strekking van het boek van WEHBERG over het probleem van een inter-

---

(5) Das Völkerrecht, 11e dr., blz. 265.

(6) Wij merken op, dat wat wij den „grondslag” der beslissing noemen, door von LISZT als haar „Inhalt” wordt aangeduid; zooals uit de aanhaling blijkt, verstaat von LISZT hier onder „Grundlage” iets anders.

(7) t. a. p. blz. 208.

nationaal Statengerechtshof, waarin eveneens wordt uitgegaan van de stelling, dat (8) „the object of arbitration in international law is a decision according to *equity*, whereas the object of judicial settlement in international law is a decision according to *strict law*.”

Beide standpunten komen ons in hunne eenzijdigheid onjuist voor.

Wil men over deze strijdvraag voor zichzelf tot klaarheid komen, dan kan men tweecërlei doen: òf trachten, langs den weg der redeneering vanuit zekere praemissen te komen tot de constructie van een arbitrage-„begrip”, waaraan de internationale praktijk kan worden getoetst, eventueel aangepast, — òf de praktijk der Statenmaatschappij waarnemen en daaruit afleiden, welke functie het met den term „arbitrage” aangeduide rechtsinstituut feitelijk vervult. Of men langs den eerstbedoelden weg heel ver zal komen, betwijfelen wij. Terecht kwam reeds eenige jaren geleden eene Nederlandsche (9) tot de slotsom: „Naar het „wezen” van arbitrage is het daarom vruchteloos zoeken.” Betere uitkomsten belooft ongetwijfeld de andere weg, vooral wanneer men niet, zooals de zooveen bedoelde schrijfster (10), zijn onderzoek naar het arbitrage-instituut uitstrekt tot het geheele terrein der arbitrage, ook buiten de internationale sfeer, doch zich voor het trekken van conclusies beperkt tot de gegevens, welke de praktijk der internationale arbitrage biedt. Immers, zelfs wanneer men toegeeft, dat alle vormen van arbitrage zekere elementen

---

(8) Wij citeeren naar de Engelsche vertaling van zijn werk, *The problem of an International Court of Justice*, uitgegeven van wege het Carnegie Endowment for International Peace, blz. 14, 15.

(9) Mr. E. R. OPPENHEIM, *Arbitrage en rechtspraak* (1911), blz. 180.

(10) t. a. p. blz. 168.



gemeen hebben, mag men toch niet uit het oog verliezen, dat zij onderling te zeer in karakter verschillen om als gemeenschappelijke grondslag voor eene bruikbare algemeene begripsbepaling te kunnen dienen. In een dergelijk algemeen onderzoek ligt zelfs dit bepaalde gevaar, dat men op het begrip der internationale arbitrage kenmerken gaat overbrengen, die alleen passen bijv. bij scheidsrechtspraak tusschen burgers in den staat, en daardoor van den aanvang af een zuivere beoordeeling van de volkenrechtelijke feiten bemoeilijkt. Wat stellig volkenrecht is en wat het volkenrecht der toekomst behoort te worden, kan alleen uit de behoeften en de zeer bijzondere karaktertrekken van de statengemeenschap zelve worden afgeleid.

Beschouwt men nu het internationale leven, dan blijken nòch de uitspraak van von LISZT, nòch die van POHL en WEHBERG de werkelijke verschijnselen van dat leven te dekken. Veeleer is alléén juist het oordeel van den grootmeester der internationale arbitrage, HEINRICH LAMMASCH, die zijne slotsom formuleert in de volgende bewoordingen: „Zum Wesen des internationalen Schiedsgerichtes gehört es *ebenso wenig*, dass es nach Billigkeit (im Gegensatz zu Rechtsnormen) entscheide, als dass es nur nach Rechtsgrundsätzen seinen Spruch fällen dürfte. Das eine wie das andere ist im internationalen Verkehre möglich.” (11) En, zouden wij, tegenover von LISZT, daaraan willen toevoegen: met een beslissing naar billijkheid „(geht der Schiedsrichter keineswegs) über seine eigentliche Funktion hinaus.”

Immers, indien men bij zijne beschouwingen en con-

---

(11) Handbuch des Völkerrechts, III<sup>3</sup>, blz. 8, 9; vgl. ook blz. 175 vlg.

structies den bodem van het stellig recht, zooals dat in eene statenpraktijk van meer dan een eeuw tot uiting komt, niet verlaat, dan schijnen de hieronder geformuleerde conclusies omtrent het instituut der internationale arbitrage onbetwistbaar juist:

a. Van arbitrage als middel tot oplossing van internationale geschillen hebben de staten welbewust en bij herhaling gebruik gemaakt, *zoowel* om een beslissing op den grondslag van het stellig volkenrecht (12), *als* om een uitspraak naar billijkheid, d. w. z. in vele gevallen eene bemiddelende beslissing, met afwijking van dat recht (13), te verkrijgen. Niet zelden werd den arbiters op dit punt uitdrukkelijk vrijheid van handelen gelaten (14). Soms werd, achteraf, de opdracht aan arbiters tot het geven van eene rechtsbeslissing uitgebreid met de bevoegdheid om eventueel eene bemiddelende uitspraak te doen of wel *ex aequo et bono* te beslissen, hetzij op verzoek van den arbiter

---

(12) Vgl. o. a. het compromis tusschen Columbia en Venezuela van 14 September 1881, *Pasicrisie internationale* (Lafontaine), blz. 512, waarbij een grensgeschil werd onderworpen aan de beslissing van den Koning van Spanje, „en calidad de árbitro, Juez de derecho”.

(13) Vgl. het compromis tusschen Chili en de Vereenigde Staten van Amerika, van 6 December 1873 (*Pasicrisie internat.*, blz. 221), in zake de ongerechtvaardigde aanhouding van het Amerikaansche schip *Good Return* in 1832 (!), en tal van andere, waarin den arbiters wordt opgedragen te beslissen als „*amiables compositeurs*”, „*como árbitros arbitradores y amigables componedores*”, „*ex aequo et bono*”, en dergelijke.

(14) Vgl. het Engelsch-Portugeesche compromis van 13 Januari 1869 (*Pasier. internat.*, blz. 81) betreffende het Bulama-eiland op de kust van West-Afrika: „The award of the President of the United States, whether it be wholly in favour of the claim of either party, or in the nature of an equitable solution of the difficulty, . . .”



zelf (15), hetzij op aandrang van een der partijen in geschil (16).

b. Vele malen hebben de staten bij de vaststelling van het compromis, opzettelijk of ondoordacht, in het midden gelaten, of zij een beslissing op den grondslag van het stellig recht dan wel een verzoening van de tegenstrijdige standpunten verlangden. In die gevallen neigden de arbiters, waar zij aan hunne aarzeling bepaaldelijk uiting hebben gegeven, er zeer stellig toe, het geven van een rechtsbeslissing als hun taak te beschouwen (17).

(15) Zooals in het Marowijnegeschil tusschen Nederland en Frankrijk, waarin de als arbiter gekozen Czaar van Rusland bezwaar maakte als zoodanig op te treden, wanneer hij niet alsnog werd bevoegd verklaard om desgewenscht de grens naar eigen goedvinden te trekken bij „solution intermédiaire” (vgl. Staatsblad 1889, n<sup>o</sup>. 104; 1890, n<sup>o</sup>. 149).

(16) Toen Ecuador en Peru bij compromis van 1 Augustus 1887 (Pasicr. internat., blz. 323) hun grensgeschillen hadden onderworpen aan de beslissing van den Koning van Spanje „como arbitro de derecho”, is Columbia in 1894 (t. a. p. blz. 324) tot dat tractaat toegetreden onder het nader beding, dat de arbiter ook met overwegingen van opportuniteit rekening zou mogen houden, zoodat de grenslijn zou zijn „fundada en el derecho y en la equidad”.

(17) De arbitrale jurisprudentie levert hiervan sterk sprekende voorbeelden, o. m. in de uitspraak van den super-arbiter MARSH (1874) in het Zwitsersch-Italiaansch grensgeschil aangaande de soevereiniteit over de Alpe Cravairola (Pasicr. Internat., blz. 203 vlg.), — die van 1897 van den Zwitserschen Bondsraad in het Fransch-Braziliaansche grensgeschil in Guyana (t. a. p. blz. 564), waarin uitdrukkelijk het Fransche standpunt verworpen werd, als zou de Bondsraad bevoegd zijn om „soit dire le droit tel qu'il lui paraît découler des textes, soit arbitrer ex aequo et bono telle décision transactionnelle qui lui semblerait justifiée”, — en die van Baron DE LAMBERMONT in het Duitsch-Engelsche geschil over de tegenstrijdige aanspraken der Deutsche Witu-maatschappij en de Britsche Oost-Afrika-maatschappij op het eiland Lamu (vgl. den begeleidenden brief van den arbiter aan de Deutsche en Engelsche gezanten, afgedrukt in MARTENS' Nouveau Recueil Général, 2e serie,

c. Desniettenstaande vertoont vooral de latere internationale praktijk eene onloochenbare strekking om bemiddelende vonnissen te wijzen, onder handhaving van den schijn, dat strikt recht wordt gedaan (18). In hoeverre hier van een bewuste neiging tot verzoenend optreden of wel van een half- of onbewusten invloed van politieke overwegingen in twijfelachtige rechtskwesties sprake is, kan veelal moeilijk worden uitgemaakt.

Stellen wij nu het aldus ontlede arbitrage-instituut naast dat eener internationale rechtspraak en zien wij in dit verband af van andere verschilpunten tusschen beide, zooals die welke verband houden met de aanwijzing der met de uitspraak te belasten personen, de duurzaamheid van de opdracht, en dergelijke, dan ligt de slotsom voor de hand, dat de twee instellingen — dus wat den grondslag der beslissingen betreft — allerminst instituten zijn met een fundamenteel verschillend karakter, doch dat zij alleen in zóóverre verschillen, dat internationale rechtspraak uitsluitend ten doel heeft, rechtsgeschillen (of wel rechtsvragen in geschillen van gemengden aard) naar de regelen des rechts te beslechten, terwijl daartegenover internationale arbitrage volmaakt ditzelfde doel *kan* hebben, maar *daarenboven* nog op allerlei andere doeleinden gericht kan zijn. Immers, behalve dat arbitrage op strikt rechtskundige

---

dl. XXII, blz. 109: „Arbitre et non médiateur, je n'avais à dire que le droit et ne pouvais entrer dans le domaine des transactions”).

Dit standpunt van vele arbiters wettigt echter nog niet de boven gewraakte opvatting van von LISZT, dat beslissing naar billijkheid boven de eigenlijke functie van arbiters uit zou gaan. Er valt alleen uit af te leiden, dat arbitrage in de eerste plaats en behoudens afwijkende opdracht van partijen, eene rechtsbeslissing beoogt.

(18) Men denke slechts aan de uitspraak van het Haagsche Hof van Arbitrage in het Casablanca-geschil (1909).



basis eene oplossing voor rechtsgeschillen kan geven, is het instituut evenzeer bruikbaar voor bemiddelende of verzoevende uitspraken, niet alleen in rechts-, maar zelfs in politieke geschillen (19), — ja, zelfs kan aan arbiters in bepaalde gevallen de vaststelling van bindende regelen van internationaal recht worden gedelegeerd (20).

Wij lieten deze beschouwingen voorafgaan om het volle licht te doen vallen op de stelling, dat, wáárin men ook de essentialia van het arbitrage-instituut moge zoeken en hoe men ook de tegenstelling tusschen dit instituut en dat der internationale rechtspraak moge formuleeren, de volkenrechtelijke theorie het erover eens schijnt, dat dit laatste instituut *berechting* van statengeschillen, d. w. z. beslechting van zoodanige geschillen door bindende uitspraken op den grondslag van het internationale recht, beoogt. Voor verzoening, bemiddeling, transigeeren is in de idee der internationale rechtspraak geen plaats: hare essentiele taak is deze, het recht te erkennen van wie recht heeft,

---

(19) De jongste politieke geschiedenis biedt daarvan voorbeelden in enkele gevallen, waarin de grensbepaling van nieuwe staten (waarbij van een *rechtsgeschil* geen sprake kon zijn) aan arbitrage werd opgedragen. Verg. de grensarbitrage tusschen Esthland en Letland (Documents de l'Assemblée de la Société des Nations 1920, n°. 70, blz. 21) en art. 89 van het tractaat van Sèvres, dat aan den President der Vereenigde Staten opdraagt de grenzen van den nieuwen Armeenschen staat te bepalen en tevens uitspraak te doen over enkele andere politieke en territoriale kwesties, die naar rechtsnormen niet op te lossen zijn.

(20) Bekende voorbeelden zijn de ambassadeursarbitrage tusschen Griekenland en Turkije krachtens de artt. 11 en 15 van het tractaat van Konstantinopel (1897), welke leidde tot de vaststelling van eene gansche consulaire conventie, en de arbitrage tusschen Engeland en de Vereenigde Staten over de robbenvangst in de Beringzee (1892/3), waarbij de scheidsrechters een reglement op de robbenvangst vaststelden, dat door de Vereenigde Staten in een Congres-acte en door Engeland in de Behring Sea Award Act 1894 is overgenomen.

buiten elken invloed van overwegingen van politiek en opportuniteit, onafhankelijk ook van subjectieve overwegingen van billijkheid, welke vreemd zijn aan het stellig recht.

Aldus heeft ook de juristencommissie het verstaan, die het vorige jaar, op uitnoodiging van den Volkenbondsraad, na diepgaande beraadslagingen een ontwerp-statuut (21) voor een Permanent Hof van Internationale Justitie heeft uitgewerkt, dat terecht groote waardeering heeft gevonden en waaruit dan ook rechtstreeks het Geneefsche statuut van 13 December 1920 is voortgekomen. Volgens artikel 35 van dat ontwerp en de toelichting daarop zou het nieuwe Hof zijne beslissingen principieel hebben te baseeren op *rechtsnormen*, en wel in eene bepaalde rangorde, waarop wij nader terugkomen.

Zooals bekend, heeft de Volkenbondsraad in deze bepaling geen principieele wijziging gebracht. Wel heeft dit college, in zijn trouwe zorg dat van den politiek-heiligen Pacte de la Société des Nations geen tittel of jota zou worden gekrenkt, zelfs al ware dit in het onbetwistbaar belang van den wereldvrede en in overeenstemming met de plechtig verkondigde idealen van den Bond zelf, de verplichting tot onderwerping van arbitrabele geschillen aan het Hof en het rechtstreeksche-dagvaardingsrecht uit het juristenontwerp geschrapt, maar — afgezien van eene kleine restrictie — heeft de Raad aan de bepaling over den rechtsgrondslag der te vellen vonnissen niet getornd (22). Ook volgens den Conseil (resolutie van Brussel, 27 October 1920) zou dus het nieuwe Hof blijven wat het juristen-

(21) Zie voor dit ontwerp: Documents de l'Assemblée de la Société des Nations 1920, n°. 44, waarin ook het toelichtend rapport van den Franschen jurist, lid der commissie, DE LAPRADELLE, te vinden is.

(22) Documents de l'Assemblée 1920, n°. 44, blz. 112, 113.



comité ervan wilde maken, n.l. „à côté de la Cour d'Arbitrage de La Haye, une institution judiciaire, qui prend vis-à-vis d'elle une physionomie distincte et une valeur complémentaire". (23) Want, zooals DE LAPRADELLE zich elders in zijn rapport uitspreekt: „L'arbitrage peut tenir compte de mille éléments de fait, de mille contingences, souvent de certaines nécessités d'ordre politique. L'arrêt de justice ne tient compte que de la règle définie et fixée par la loi." (23)

Toen nu echter het juristenontwerp in het deskundige sub-comité van de uitsluitend met de voorbereiding dezer zaak belaste derde commissie der Vergadering van Genève in onderzoek kwam, is daar onverhoeds (24) aan het, inmiddels art. 38 geworden, artikel over den rechtsgrondslag der beslissingen een lid toegevoegd, dat ons met de grondgedachten van het ontwerp in volkomen strijd schijnt, eene aberratie schijnt van de lijn der ontwikkeling van arbitrage tot een wezenlijke internationale rechtspraak en o. i. eene denaturatie inhoudt van het nieuwe Hof. In het toegevoegde nieuwe lid, dat in het definitieve Assemblée-

(23) Documents de l'Assemblée 1920, n<sup>o</sup>. 44, blz. 21, 23.

(24) Wij hebben in de handelingen der Vergadering van November/December 1920 vergeefs naar eenige motiveering gezocht. Juist het verslag van de zitting der 3e commissie, waarin dit punt behandeld moet zijn, is in de „Procès-verbaux des commissions" niet te vinden. In de Vergadering zelve is aan deze kwestie geen woord gewijd. De eenige plaats, die wat licht geeft, is de toelichting der subcommissie op de wijzigingen, voorgesteld in art. 38 (te vinden op blz. 7/8 van Document de l'Assemblée 1920, n<sup>o</sup>. 199). Deze plaats wekt echter sterk den indruk, dat de invoeging overhaast heeft plaats gehad; immers de aankondiging van die invoeging houdt in hare Engelsche redactie méér in dan in hare Fransche, zoodat beide elkaar niet dekken. Het meerdere, dat de Engelsche tekst inhoudt, is dit, dat de invoeging geschiedde „to give a more flexible character to this provision" en dat de bijzondere bevoegdheid van het Hof zou intreden „if necessary". — Verg. het Naschrift op blz. 358.

besluit is overgegaan, wordt n.l. aan het Hof voorgehouden, dat de bepaling van het eerste lid van artikel 38 over de toe te passen rechtsnormen „ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*.”

Zeker, de juiste zin van dezen laatsten term staat niet vast. Wanneer LAMMASCH in zijn standaardwerk over de internationale scheidsrechtspraak (25) het over de ontwijfelbare leemten in het stellig volkenrecht heeft en bij het vóórkomen van dergelijke leemten den scheidsrechters den algemeen erkenden weg der rechtsanalogie wijst, verklaart deze geleerde: „Nichts anderes will auch der Ausdruck besagen, dass der Schiedsrichter in Ermangelung positiver Rechtsnorm nach Billigkeit, *ex aequo et bono* entscheiden solle. Häufig verweisen deshalb die Kompromisse auf die Billigkeit als Grundlage der Entscheidung neben dem Recht . . . .” En hij laat daarop volgen: „Aber auch in einem solchen Falle . . . . muss doch der Schiedsrichter, wenn er nicht als *amiable compositeur* berufen ist, zunächst und soweit als möglich nach Rechtsgrundsätzen entscheiden. Er darf nicht etwa zweifellos zwischen den Parteien geltendes Recht nach seinem subjektiven Billigkeitsgefühl korrigieren wollen; wohl aber darf und soll er . . . . . Lücken des Rechts nach Billigkeit, d.h. im Geiste des Rechts, nach Rechtsanalogie ausfüllen.”

Nu roept echter deze theoretisch volkomen juiste opvatting terstond twijfel op, of LAMMASCH hier de praktijk der internationale arbitrage niet idealiseert en of hij daarmee niet de werkelijkheid verbloemt. Deze werkelijkheid toch vertoont o. i. een ander beeld. Dààr nemen wij maar al te vaak waar, dat, zoodra de arbiters zich niet bepaaldelijk gebonden zien door een opdracht om strikt recht te doen, „de

---

(25) Handbuch des Völkerrechts III<sup>3</sup>, blz. 179 vlg.



dire le droit", „to decide in conformity with the principles of international Law", „como árbitro de derecho", zij subjectieve billijkheidsoverwegingen of politieke motieven in ruime mate laten medespreken, en inderdaad in vele gevallen het „statuer ex bono et aequo" identiek wordt met „beslissen als amiable compositeur, als bemiddelaar" (26). Dit blijkt ook uiterlijk al hieruit, dat, bijv. in de Zuid-amerikaansche compromissen, herhaaldelijk voorkomt eene samenkoppeling, als gelijkwaardige begrippen, van „las conveniencias de las partes contratantes" en „la equidad", beide tezamen bedoeld als tegenstelling tot „títulos y argumentos de derecho".

Maar, gesteld al dat inderdaad de praktijk der internationale arbitrage de voorstelling van LAMMASCH rechtvaardigde en dus de arbiters bij hunne uitspraken ex aequo et bono steeds te werk gingen „im Wege der Rechtsanalogie und der wissenschaftlichen Deduktion" en nimmer zich tot bemiddelend optreden geroepen gevoelden, dan nog zou deze interpretatie van den term voor art. 38 van het statuut van het nieuwe Gerechtshof niet opgaan. Immers, LAMMASCH doelt op gevallen, dat ontwijfelbaar geldende stellige rechtsregelen, hetzij uit gewoonte, hetzij uit tractaat rechtstreeks voortgesproten, ontbreken en dat daarom, ter aanvulling van leemten (27), de rechtsana-

(26) Verg. in dezen zin ook de uitspraak van POHL, aangehaald op blz. 335.

(27) Ook deze term geeft overigens tot allerlei verwarring aanleiding. Niet ten onrechte klaagt ZITELMANN er in zijne rectoraatsrede van 1902 („Lücken im Recht") over, dat op de vraag, wat leemten in het recht eigenlijk zijn, zoo weinig ernstige antwoorden gegeven worden.

„Man weiss ja, wie seltsam das geht: dicht neben einem von allen Reisenden besuchten Gebiet (i. c. dat der *Lückenausfüllung*) ein anderes ebenso lohnendes, das doch ganz einsam, geradezu in Vergessenheit daliegt. So ist es mit der Frage nach dem Wesen

logie te hulp moet geroepen worden. Maar dit kan in art. 38 van het statuut van Genève niet bedoeld zijn: vooreerst fungeert daar de vermelding van de mogelijkheid eener uitspraak „ex aequo et bono” duidelijk als *tegenstelling* tot die eener beslissing naar rechtsnormen en rechtsbeginselen; voorts wordt zoodanige uitspraak als iets bijzonders, als eene afwijking gevoeld, die alleen toelaatbaar is, indien de partijen het erover eens zijn; ten slotte zou eene afzonderlijke vermelding van het „aequum et bonum” als grondslag der beslissing, bij eene interpretatie volgens LAMMASCH, geen zin hebben, omdat de nos. 3 en 4 van het eerste lid van het artikel reeds afdoende het wetenschappelijk hulpmiddel der rechtsanalogie erkennen.

Wat bepaalde n.l. dat eerste lid van art. 35 van het juristenontwerp omtrent de toe te passen regels? Volgens dat lid past het Hof toe:

„1. les conventions internationales soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige;

„2. la coutume internationale, attestation d'une pratique commune acceptée comme loi (28);

---

der Rechtslücken: fast jeder eilte und eilt daran vorüber. Nur wenige haben dies unbekante Land betreten.” Hijzelf maakt dan een onderscheiding tusschen schijnbare en echte leemten in het recht. Wij zouden er voor het Volkenrecht in het bijzonder nog op willen wijzen, dat wat daar „leemte” heet, in wezen vaak niet anders is dan het verschijnsel, dat op bepaalde punten geen *algemeen erkende* normen bestaan, doch wel volkomen vaststaande, onderling afwijkende regelen, telkens slechts erkend door een beperkte groep van internationale rechtssubjecten en dus elk voor zich recht met begrensde territoriale werking.

Zie hieromtrent verder in den tekst.

(28) Ook n°. 2 heeft bij het onderzoek door het subcomité der 3e commissie eene wijziging ondergaan. De woorden „*attestation d'une pratique commune acceptée comme loi*” zijn n.l. vervangen door de ongetwijfeld juistere woorden „*comme preuve d'une*



„3. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées;

„4. sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.”

Dat met 3. geen natuurrechtelijke postulaten bedoeld worden, zou bij den huidige stand der volkenrechtswetenschap zonder meer reeds vaststaan. Maar het blijkt ten overvloede uit eene vergelijking van het voorschrift van art. 38 betreffende het Internationaal Gerechtshof met het overeenkomstige voorschrift van art. 7 der conventie nopens het Internationaal Prijzenhof, in verband met wat het rapport van de juristencommissie daaromtrent opmerkt. Het aangehaalde art. 7, dat tot zoo fellen strijd aanleiding heeft gegeven, bood aan het Hof, dat op het bijzondere terrein van het internationale prijzenrecht rechtsmacht zou verkrijgen, eveneens een leidraad voor de uitoefening dier rechtsmacht. „À défaut de stipulations expresses ( de „conventions internationales” van art. 38)”, zoo zegt art. 7, „la Cour applique les règles de droit international. Si des règles généralement reconnues n'existent pas, la Cour statue d'après les principes généraux de la justice et de l'équité”. Met het oog op deze ruime omschrijving nu verklaart het rapport-DE LAPRADELLE uit-

*pratique générale acceptée comme étant le droit*”. Dat hiermede geenerlei wijziging van den zin der bepaling beoogd werd, blijkt overtuigend uit het feit, dat de Engelsche vertaling van het betrokken n°. 2 van het artikel in beide gevallen geheel gelijkloidend was, n.l.: „as evidence of a general practice (which is) accepted as law”. De verbetering van den Franschen tekst heeft dus blijkbaar o. m. gestrekt tot eene zuiverder redactie van dien tekst tegenover de Engelsche uitdrukkingswijze, die nu eenmaal hopeeloos vastgeklonken zit aan de dubbelzinnigheid van het woord „law”, dat reeds zooveel verwarring gesticht heeft.

drukkelijk: „Il ne pouvait être question de donner une base aussi large aux décisions de la Cour.” (29) Inderdaad, „les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées” van art. 38 van het statuut van Genève zijn iets gansch anders dan „les principes généraux de la justice et de l'équité” van art. 7 van het Prijzenhofstatuut van Den Haag. Terwijl deze laatste uitdrukking de rechters van het Prijzenhof rechtstreeks verwijst naar die hoogere beginselen der gerechtigheid, waarvan het stellig recht de afspiegeling behoort te wezen, maar waarmede het vaak in volstrekten strijd is, doelt de eerste slechts op dat algemeene fonds van rechtsbeginselen en rechtsopvattingen, dat aan het stellig recht feitelijk ten grondslag ligt, dat derhalve vanuit algemeen erkende stellige normen kan worden benaderd en waaruit dan langs den weg der analogische rechtstoepassing verdere regelen kunnen worden afgeleid. De onder 3. genoemde beginselen zijn dus identiek met wat LAMMASCH bedoelt, als hij aanwijst uit welke bron de arbiter behoort te putten, indien hij *ex aequo et bono* uitspraak moet doen. Maar dan volgt daaruit onmiddellijk, dat de uitspraak *ex aequo et bono* volgens het tweede lid van art. 38 van het Geneefsche statuut een geheel ander karakter bezit en bedenkelijk veel verwantschap vertoont met de bemiddelende uitspraak van den „*amiable compositeur*”.

Dit nu achten wij ernstig te betreuren. Niet omdat wij aan hoogstaande mannen als de 11 of 15 uitverkorenen dezer aarde, die tezamen het Permanente Hof van Internationale Justitie zullen vormen, de bekwaamheid zouden durven ontzeggen om, indien het moet, ook als bemiddelaars in ernstige conflicten op te treden, maar omdat hun taak in internationale geschillen voor eene dergelijke tweeslachtigheid te hoog is, omdat dit nieuwe Hof de voor

(29) Zie Documents de l'Assemblée 1920, n°. 44, blz. 50.



elken politieken invloed ontoegankelijke, onpartijdige handhaver des rechts behoort te zijn en te blijven en omdat in het hoogste gerechtshof der wereld van geen schipperen sprake mag zijn.

Wij vertrouwen, dat het toekomstige Hof zijn taak als handhaver des rechts strikt van die als beslisser *ex aequo et bono* zal weten gescheiden te houden en dat de tweeslachtigheid van zijne taak dus niet, zooals zoo vaak in de arbitrale praktijk het geval is geweest, zal leiden tot verloochening van het recht ter wille van de politiek. Maar hoe groot is niet het gevaar, dat nu tòch weer — niettegenstaande het klare ideaal der volkenrechtswetenschap — in de praktijk van het internationale leven de twee vormen van beslechting van geschillen onontwarbaar dooréén zullen blijven groeien, nu zelfs het hoogste gerechtshof niet uitsluitend de weegschaal des rechts zal hanteeren. Zijne beslissingen zullen van tweecërlei beginsel uitgaan en wat zal daarvan de terugslag zijn op het internationale leven? Zal dit leven steeds weten te onderscheiden tusschen uitspraken van verschillend karakter? Het gevaar van verdoezeling der grenzen is nog grooter geworden door het wegvallen van de *verplichte* onderwerping van rechtsgeschillen aan de uitspraak van het Hof. Nu zelfs de inroeping van die uitspraak aan het goedvinden van partijen is overgelaten, is het te vreezen, dat bij het daarop betrekking hebbend accoord de weg der bemiddelende beslissing al te vaak zal worden ingeslagen.

Intusschen: er is nog een derde mogelijkheid, — eene mogelijkheid evenwel, die met het rapport der juristencommissie in lijnrechten strijd zou zijn. Het kàn n.l. zijn, dat de woorden „statuer *ex bono et aequo*” in het ondergeschoven tweede lid van art. 38 van het statuut van Genève nòch den zin hebben, welken LAMMASCH aan dezen term toekent in zijn pleidooi voor de rechtsanalogie, nòch cok

identiek mogen geacht worden met „beslissen als amiable compositeur”, maar dat hunne beteekenis deze is, dat het Hof ook rechtstreeks zal kunnen putten uit de algemeene beginselen der gerechtigheid, zooals art. 7 van de Prijzenhofconventie wilde. In dat geval zou in theorie de taak van het Gerechtshof nog meer verheven worden: naast toepassing en handhaving van het stellig recht, zou het in buitengewone gevallen zijn roeping worden het recht zelfstandig te „vinden”, orgaan van rechtschepping te worden, dat is dus menigmaal: den staf te breken over het feitelijk geldende recht. Maar zou het leven dan niet sterker blijken dan de leer? De opperste beginselen der gerechtigheid kunnen geen concrete gestalte krijgen, tenzij hun licht gebroken wordt door het prisma van den menschelijken geest. Zal nu niet onwillekeurig die gerechtigheid vooral dan op de internationale betrekkingen een van het stellig recht afwijkend spectrum werpen, wanneer de bijzondere politieke situatie dit vordert en de partijen in geschil daarvoor reeds bij voorbaat de aandacht van het Hof verzoeken, door voor dit bijzondere geval, niet om recht, maar om een billijke oplossing te vragen? Met andere woorden, zal de uitspraak ook dan weer niet dreigen te worden een Salomo's oordeel?

Doch, wèlke ook de juiste zin moge zijn van die slotbepaling van art. 38, zij dreigt in elk geval een der meest heilzame functies van het nieuwe Hof te verlammen, n.l. die van de internationale rechtsvorming langs den weg eener standvastige rechtspraak. Uiterst langzaam werkt in het internationale leven de gewoonte: drie eeuwen bleken onvoldoende voor het bezinken van een algemeen erkende norm ter bepaling van de breedte der kustzee. Uiterst weerbarstig betoonen soevereine staten zich, wanneer van hen gevraagd wordt bij formeele internationale tractaten hunne eigen oude rechtsopvattingen ten algemeenen bate op te



offeren, of zelfs in te stemmen met eene oplossing door geven en nemen. Welk een perspectief biedt, onder die omstandigheden, niet de instelling van een Permanent Hof van Internationale Justitie! Het veld, door zoo vele arbeiders gedurende zoo langen tijd bewerkt, ligt gereed om het zaad op te nemen. Een internationaal hof zal in het leven geroepen worden; de termen van het mandaat der raadsheeren waarborgen continuïteit in de bezetting van dat hof en, mede daardoor, continuïteit in de beslissingen; de samenstelling van het hof uit vertegenwoordigers van de belangrijkste rechtssystemen en de groote beschavingsvormen der wereld belooft eene innige vergroeiing en samensmelting in de toekomst van de thans nog zoo scherp contrasteerende normen en stelsels, althans in de internationaalrechtelijke sfeer; de wijze van totstandkoming van de arresten van het hof doet hopen, dat daarbij steeds het meerwaardige de vuurproef zal doorstaan en het minderwaardige zal uitgescheiden worden. Het scheen geen illusie, te vertrouwen, dat eene constante rechtspraak een belangrijk aandeel zal gaan nemen in de volkenrechtvorming, die door gewoonte en tractaat zich maar al te gebrekkig voltrekt. Wij verliezen daarbij niet uit het oog, dat de Volkenbondsraad ook op dit punt de nieuwe toekomst heeft verduisterd, door — en dat nog wel op voorstel van het land, dat aan de rechtsvormende kracht van rechterlijke uitspraken zooveel waarde hecht —, in plaats van aan de natuurlijke ontwikkeling op dit punt vrij spel te laten, met zooveel woorden in het statuut vast te leggen (30), dat de beslissingen van het Hof slechts de partijen in geschil zullen binden en dan nog alleen in het geval, dat beslist is. Desondanks scheen het vertrouwen gerechtvaardigd, dat de intrinsieke waarde van deugdelijk

---

(30) Art. 59.

gemotiveerde arresten van het hoogste gerechtshof feitelijk een machtigen factor in de internationale rechtsvorming zou gaan vormen, al ware het slechts in dezen zin, dat de staten, ofschoon door beslissingen van het Hof slechts zelden rechtstreeks gebonden, niettemin de door het Hof geformuleerde regels in tractaten zouden overnemen, of eenvoudig als standvastige praktijk zouden gaan naleven. Maar zal, indien in de toekomst naast zuivere rechtsbeslissingen ook vonnissen van ander gehalte in de raadkamer in Den Haag zullen worden geveld, datzelfde vertrouwen nóg gewettigd zijn? De vrees schijnt niet denkbeeldig, dat dan de tweeslachtigheid der uitspraken verwarrend zal werken en het natuurlijke proces der rechtsvorming door een standvastige, onpartijdige en strikte rechtspraak op de basis van het recht, zal verstoren.

Hoe wij de zaak ook bezien, de invoeging van het tweede lid in art. 38 blijft ons een onberaden stap voorkomen, die zeker een stap achteruit is en waarvan men slechts kan hopen, dat het geen bepaalde misstap zal blijken. De luister van het nieuwe gerechtshof zou zonder die bepaling schitterender zijn geweest.

Levert dan — ziedaar een tweede vraag, waartoe art. 38 dringt — de opsomming der in normale gevallen door het Hof toe te passen vier groepen van rechtsregelen en rechtsbeginselen een onfeilbaren en duidelijken leidraad bij de uitoefening der internationale rechtsmacht op? Wij zouden die vraag niet bevestigend durven beantwoorden; zeer veel zal hier afhangen van de wijze, waarop de toekomstige rechters de hun gestelde grenzen en, binnen die grenzen, de hun gestelde taak zullen opvatten. Eén ding staat vast: de auteurs van het statuut van Genève hebben de vrijheid van het Permanente Hof van Internationale Justitie bij de uitoefening zijner rechtspraak binnen veel enger perken



willen besluiten dan de tweede Haagsche vredesconferentie die van het Internationale Prijzenhof. Maar zelfs van die veel beperkter vrijheid zal nog op zeer verschillende wijzen gebruik kunnen worden gemaakt.

Wij bepalen ons tot een geconstrueerd voorbeeld uit de praktijk van het internationale recht, waarbij de consequenties van het verschil in mogelijke opvattingen omtrent de taak van het Hof sterk spreken (31). In een Amerikaansch-Japanschen oorlog maakt een Amerikaansche kruiser een Japansch koopvaardijship prijs, waarop o. m. verscheept is eene door een Franschen verkooper aan een in Japan gevestigden Duitschen koopman verkochte lading. Na verbeurdverklaring van de bedoelde lading in hoogste instantie door het Supreme Court of the United States neemt de Deutsche Regeering het voor haren onderdaan in Japan op en wordt het geschil, met goedvinden van de Unie-regeering, onderworpen aan het Hof van Internationale Justitie. In dit geval kunnen vijf of zes rechtsopvattingen elkaar kruisen. Wie met de Engelsch-Amerikaansch-Japansche beschouwingswijze, waarbij in 1908/9 ook Nederland en Spanje zich hebben aangesloten, het domicilie van den eigenaar beslissend achten aanzien van het nationaal „karakter” der goederen, moet, aangenomen dat de eigendom van de betrokken lading geacht moet worden op den Duitschen kooper te zijn overgegaan, die lading als Japansch, dus als vijandelijk, beschouwen en de verbeurdverklaring rechtmatig achten. Wie met de tegenovergestelde leer niet het domicilie, doch

---

(31) Wij kiezen hier een voorbeeld uit het prijsrecht, omdat op dit gebied de verscheidenheid der rechtsopvattingen bijna bij elke schrede blijkt. Ofschoon het nieuwe Hof van Justitie zeker niet in de eerste plaats als Internationaal Prijzenhof is gedacht, sluit het statuut geenszins uit, dat het als zoodanig zal fungeeren. Vgl. Documents de l'Assemblée 1920, n°. 44, blz. 88.

de nationaliteit van den eigenaar beslissend oordeelt, moet, in dezelfde veronderstelling, de dan neutrale lading als ten onrechte prijsverklaard aanmerken. Of echter de eigendom der goederen moet beschouwd worden als reeds op den koper overgegaan, kan weder hiervan afhangen, welken rechtsregel men als den juisten aanvaardt: den regel van het Fransche recht, die den eigendom reeds door de koopovereenkomst doet overgaan, dien van het Duitsehe recht, welke vasthoudt aan de onderscheiding tusschen de obligatoire werking van het koopcontract en de eigendomsoverdragende werking der levering, of wel den traditioneelen regel der Angelsaksische jurisprudentie, die ten aanzien van tijdens een oorlog gesloten koopcontracten de normale regelen van het handelsrecht en eventueel door partijen gemaakte bijzondere bedingen doet wijken voor het beginsel van haar prijsrecht, dat van alle in oorlogstijd naar een vijandelijk land verscheepte ladingen de eigendom bij den aanvang der reis op den koper overgaat. En daarmee is nog niet alles gezegd: men zou ook, dit labyrint van rechtsopvattingen moede, radicaal met de traditioneele leer kunnen breken, die aan het „karakter” van den *eigenaar* der lading beslissende beteekenis toekent, en, met het voorstel der Duitsehe delegatie ter Londensche Zeerechtsconferentie en met zekeren tendens van de Italiaansche jurisprudentie, de beantwoording der kwestie afhankelijk kunnen stellen van de vraag, wie het *risico* van het verloren gaan der lading draagt.

Het kan niet onze bedoeling zijn op deze bijzonderheden in te gaan. Wij stelden het voorbeeld slechts om op den niet zelden chaotischen rechtstoestand het licht te doen vallen en te doen uitkomen, dat internationale conflicten zich kunnen voordoen, en zich inderdaad herhaaldelijk voordoen, niet zoozeer in den vorm van verzet van de eene partij tegen meer of minder verscholen internationaal



onrecht van de wederpartij, als wel in dien van een, schier onoplosbaar, conflict tusschen tegenstrijdige rechtsregels en rechtsstelsels, aan géén waarvan eene hoogere rechtswaarde en dus de prioriteit toekomt voor het forum van een internationalen rechter, die enkel er alleen op den grondslag van het stellig volkenrecht uitspraak heeft te doen.

Nu kan men tegenover dergelijke casusposities theoretisch zeer wel eene ruime bevoegdheid voor het Internationale Gerechtshof vindiceeren, met name aan dit hoogste orgaan van het rechtsbewustzijn der wereld de macht toekennen den Gordiaanschen knoop door te hakken, door uit de afwijkende stelsels een keuze te doen, of tusschen die stelsels een of anderen middenweg als den rechtsregel der toekomst aan te wijzen, m. a. w. de taak der onmiddellijke rechtschepping over te nemen, die tot dusver alleen aan de bevoegde organen der soevereine Staten in onderlinge samenwerking op congressen of conferentiën toekwam. Persoonlijk zouden wij daartegen ook geen bedenking hebben, omdat toch altijd de Staten de soevereine macht behouden om aldus verkondigde rechtsregels weder bij tractaat ter zijde te stellen, indien zij onhoudbaar mochten blijken. De toekenning van eene dergelijke bevoegdheid aan het nieuwe Hof zouden wij zelfs in het belang der internationale rechtsvorming hoogst gewenscht achten.

Evenwel, deze ruime bevoegdheid, welke die van het ongeboren Internationale Prijzenhof nabij komt, is *niet* die van het Permanente Hof van Internationale Justitie. Dit laatste Hof is gebonden aan de normen, door art. 38 van het Statuut van Genève aangewezen, en in het licht van die normen bezien, schijnt een rechtconflict, als wij boven stelden, eenvoudig onoplosbaar. Internationale overeenkomsten betreffende deze bijzondere rechtsstof ontbreken. Een internationale gewoonte, „comme preuve d'une

pratique *générale acceptée* comme étant le droit" ontbreekt eveneens. Algemeene rechtsbeginselen, door de beschaafde volkeren erkend, in den boven omschreven zin, zijn hier evenmin aan te wijzen, want de verscheidenheid der nationale rechtsstelsels laat zich, wat dit punt betreft, niet tot een gemeenschappelijke rechtsgedachte herleiden. En wat de rechterlijke beslissingen en de leer der meest gezaghebbende schrijvers betreft, ook die zullen òf een weerspiegeling van de nationale rechtsopvattingen, òf eene erkenning van het goed recht van beide stelsels, òf ten hoogste een critische beschouwing met desiderata voor de toekomstige rechtsvorming te zien geven.

Wat dan?

Moet dan het Hof de bestaande rechtsverscheidenheid eenvoudig erkennen en het geding met een „non liquet" beëindigen? Dit einde zou met de grondidee der internationale rechtspraak, gelijk als met die van elke andere rechtspraak, in volkomen disharmonie zijn.

Of moet het tusschen de afwijkende rechtsnormen, hoewel die van stelligrechtelijk standpunt volkomen gelijkwaardig kunnen zijn, toch in elk geval een gedwongen verschil in rechtswaarde construeeren, hetzij door aan de oudere norm boven de jongere, e.q. aan de jongere norm boven de oudere, den voorrang toe te kennen, hetzij door zich te laten leiden door de politieke beteekenis, of het aantal, of het bevolkingstal, of den gebiedsomvang van de Staten, die dezen — en van die, welke genen regel erkennen, hetzij misschien door de meerdere of mindere billijkheid of gerechtigheid der regels te beoordeelen? De Argentijnsche delegatie te Genève schijnt zoowel de moeilijkheid te hebben beseft, als eene oplossing in den laatstbedoelden zin voor oogen te hebben gehad. In hare amendementen op het door den Volkenbondsraad gewijzigd



voor-ontwerp der Juristencommissie (32) gaf zij n.l. in overweging, niet alleen om onder de door het Hof toe te passen rechtsnormen al bij voorbaat eene plaats te geven aan de door de Volkenbondsvergadering in hare functie van orgaan tot codificatie van het internationale recht uit te werken regelen, maar bovendien om „la coutume internationale, attestation d'une pratique *commune* acceptée comme loi” te vervangen door „la coutume internationale, attestation d'une pratique *fondée sur des principes de justice et d'humanité, et acceptée* comme loi”. Deze wijziging, die echter niet is aanvaard, zou een toetsing van internationale gewoonten naar hare betrekkelijke rechtswaarde mogelijk hebben gemaakt en tegelijkertijd den strikten eisch van de gemeenschappelijke of algemeene inachtneming der zelfde gewoonte hebben verzacht.

Maar zou dan tenslotte de rechtstoepassing door het Hof tóch weer niet neerkomen op het rechtstreeks putten uit de „*principes généraux de la justice et de l'équité*”, welke de auteurs van het statuut uit den gezichtskring van het Hof hebben willen uitbannen? Wij gelooven het inderdaad. Sterker nog: deze gang van zaken komt ons onvermijdelijk voor. Bij den huidigen rechtstoestand is het een volstrekt onmogelijke eisch, van het Hof van Internationale Justitie in alle gevallen eene uitspraak op den grondslag van het stellig recht te verlangen, hoe men de grenzen van zijne bevoegdheid ook trekken moge; het Hof zal onvermijdelijk tevens rechtscheppende werkzaamheid moeten ontplooiën. Van tweeën één: het Hof zal òf van den inhoud en stand van het internationale recht een beeld moeten geven met de werkelijkheid in strijd, om den schijn te redden dat het blijft binnen de in art. 38 van het statuut aan zijne rechtsmacht gestelde grenzen, òf, de wer-

(32) Documents de l'Assemblée 1920, n°. 217, blz. 6.

kelijkheid aanvaardend zooals zij is, die grenzen moeten overschrijden, door rechtstreeks te putten uit dezelfde bron, waaruit ook de Staten zelven, als rechtscheppende organen, de normen afleiden.

Een bezwaar tegen de instelling eener internationale rechtspraak achten wij dit niet. Integendeel. Het adagium „Pas de code, pas de cour” moge voor velen een onaanastbaar axioma zijn, hoogste wijsheid bevat het niet. Zooals op het terrein van het nationale recht de rechter eenmaal een der belangrijkste factoren in de rechtsvorming geweest is, zoo moet ook de roeping van het Internationale Gerechtshof worden. Door uit juridisch oogpunt onmogelijke banden kan op den duur dat Hof zich niet laten binden en alleen in vollere vrijheid kan het zijn heilzame taak geheel vervullen. Mits het, bij het wijzen van zijne vonnissen, twee beginselen in het oog houde. Vooreerst dat, waar *algemeen erkende* stellige normen bestaan of langs den weg der analogie vast te stellen zijn, het niet aan den rechter staat, die normen op zijde te zetten. Voorts dat de rechtspraak nimmer, gelijk niet zelden de arbitrage, mag *degenereeren* tot een werktuig der hoogere politiek.

Daarom ware het te wenschen, dat het tweede lid van art. 38 van het statuut van Genève voor altijd een doode letter bleef.

Utrecht, 17/18 April 1921

J. H. W. VERZIJL

---

NASCHRIFT (verg. noot 24.)

Eerst hedenochtend bereikte mij de definitieve officieele uitgave van de „Actes de la Première Assemblée”, die op de wording van het tweede lid van art. 38 enig licht werpt. Op blz. 385 en v. van het deel, dat de verslagen van de „séances des commissions” inhoudt, vindt men, dat het



tweede lid in de sub-commissie der 3e commissie is voorgesteld door den Franschman FROMAGEOT, maar daar door een minderheid bestreden is. De Noor HAGERUP (voorzitter) bijv. oordeelde, dat het denkbeeld van den Franschman „rentre plutôt dans le domaine de la juridiction arbitrale” et dat „son application compromettrait l'autorité de la Cour de Justice.” In gelijken zin sprak de Braziliaan FERNANDES. Hun verzet heeft niet mogen baten. Wat de voorsteller zelf over de waarschijnlijke gevolgen van zijn amendement dacht, is niet op te maken uit zijn duistere repliek: „que l'amendement aurait pour effet de permettre à la Cour de motiver son jugement uniquement par des considérations d'équité; ceci n'impliquerait aucunement, d'ailleurs, que la Cour puisse ne pas tenir compte des règles existantes (?)”.

Utrecht, 8 September 1921

J. H. W. V.

## Het dwalingsprobleem in het Strafrecht

DOOR

MR. P. M. TRAPMAN

*advocaat en procureur te Leiden*

---

### III

Dwaling is een negatief probleem. De dwalingsleer is de negatieve zijde van de opzetleer of van de schuldleer.

Een onderzoek naar het wezen en den invloed der dwaling eischt dus een positieve uiteenzetting van de leer der strafrechtelijke aansprakelijkheid. Natuurlijk beteekent dit niet een behandeling van het schuldprobleem in vollen omvang. Het gaat niet om den inhoud maar om de voorwaarden der schuld. De vraag is niet, wat schuld is, maar wanneer er schuld is.

Wanneer is een wederrechtelijke handeling aan schuld te wijten?

Merkwaardigerwijze wordt deze vraag zelden duidelijk gesteld. De meeste auteurs wijden bij de behandeling van de schuld in het algemeen zooveel aandacht aan problemen als wilsvrijheid enz., dat men hun antwoord op deze uiterst belangrijke vraag uit hun hoofdstuk over de culpa moet afleiden. Met geringe variaties komt men tot het resultaat, dat schuld aanwezig is, wanneer het den



dader met inachtneming van de normale zorg mogelijk was de gevolgen van zijn daad te voorzien. Men motiveert dit aldus, dat hem slechts dan van zijn handeling een verwijt kan worden gemaakt.

Ik geloof niet, dat dit antwoord den criminalist mag bevredigen. Wanneer hij vraagt, onder welke voorwaarden een „wederrechtelijke” handeling aan schuld is te wijten, mag het antwoord het juridisch element niet ontberen. Opzet en schuld mogen taalkundig kleurlooze begrippen zijn, wanneer het recht ze gebruikt, zijn ze het zeker niet.

Naar mijn meening is een wederrechtelijke handeling aan schuld te wijten, wanneer het den dader — met inachtneming van een redelijke zorg — mogelijk was zijn daad als de wederrechtelijke gedraging te zien, welke hij begaat. Men verwijt den dader, dat het bewustzijn een wederrechtelijke handeling te begaan, ofschoon het aanwezig had kunnen zijn, niet tegenmotief geworden is en hem van het verrichten van zijn daad heeft teruggehouden.

Men zal mij tegenwerpen, dat deze opvatting materieel niets nieuws beduidt, vooral niet ten aanzien van de auteurs, die de verhouding van den dader tegenover het bestanddeel der wederrechtelijkheid element van het schuldbegrip achten, zij het dan ook, dat zij deze kwestie als een afzonderlijk probleem beschouwen.

Dit is ongetwijfeld juist, maar als nieuwe formulering geloof ik, dat mijn opvatting voor de constructie der schuldleer en dus indirect voor de dwalingsleer goede diensten kan bewijzen.

Vooreerst blijkt duidelijk, wat het object van het schuld-begrip is n.l. de verhouding, waarin de dader zich bevindt tot de mogelijkheid om zijne gedraging als de door hem veroorzaakte wederrechtelijke handeling te zien. Is deze mogelijkheid aanwezig, dan is de handeling aan schuld te wijten; ontbreekt ze, dan is er een objectief wederrechtelijke

handeling zonder meer en voor strafrechtelijke reactie geen plaats.

Maar vervolgens — en ik meen, dat dit het belangrijkste is — legt mijne formuleering het juiste verband tusschen de twee groote vraagstukken van het leerstuk der schuld en bepaalt — zooals wij later zullen zien — tevens de plaats van de dwalingsleer.

De deskundige lezer herkent de beide problemen gemakkelijk in mijne formuleering. Het is, wat men gewoonlijk bedoelt met de tegenstelling van de zoogenaamde psychologische zijde van de schuld tegenover de ethische. Onder de psychologische zijde verstaat men de betrekking tusschen den dader en wat de Duitschers noemen de „Tatbestandsmässigkeit“ d. i. het complex van bijzondere delictsbestanddeelen; de ethische zijde van het schuldbegrip beteekent het probleem, hoe de dader zich tegenover het algemeene bestanddeel der wederrechtelijkheid moet verhouden en algemeener, of hij zijne gedraging van een of ander standpunt moet hebben gewaardeerd, een zekeren maatstaf moet hebben aangelegd.

Gewoonlijk redeneert men aldus — en ik deed het in mijn dissertatie op blz. 6 ook — dat wij hier tegenover twee afzonderlijke problemen staan. Men construeert eene tegenstelling. Eerst komt aan de orde, wat men alleen negatief aanduidt als de dwalingsleer. Deze draagt een psychologisch karakter en moet eerst worden opgelost. Zij is niets dan de opzetleer van den negatieven kant bezien en heeft geen specifiek juridische eigenaardigheden. Op die opzetleer gaat men dan niet verder in, doch beschouwt het vraagstuk voor afgedaan. Daarna pas komt het ethisch probleem: welken maatstaf moet de dader aan zijne daad hebben aangelegd.

Ik geloof thans, dat deze opvatting onjuist is. Men mag de ethische en psychologische zijde van het schuldprobleem



niet als tegenstelling opvatten, maar het schuldprobleem is allereerst een ethisch probleem. Niet slechts, dat men de synthese tusschen beide vraagstukken moet trekken, maar men heeft van het ethische probleem uit te gaan.

Dat men zulks heeft nagelaten, is voor de ontwikkeling van het schuldbegrip van groot nadeel geweest. Het heeft geleid tot de abnormale studie van het opzetbegrip en tot ethische beschouwingen slechts naar aanleiding daarvan. Ik zie hierin niet alleen de oorzaak van alle foutieve opvattingen omtrent het karakter der dwaling, maar ook wordt aldus begrijpelijk, hoe men het in mijne dissertatie behandelde onderwerp als een probleem van de opzetter heeft beschouwd, en in het Schlagwort: kleurloos opzet of niet, heeft kunnen samenvatten. Het is overbodig hier op dit laatste in bijzonderheden in te gaan. Wie de moeite neemt de desbetreffende bladzijden van mijn proefschrift te lezen, zal erkennen, dat het beschouwen van dit bij uitstek belangrijke vraagstuk als opzetprobleem en niet als algemeen schuldprobleem tot groot nadeel voor wetenschap en praktijk heeft geleid.

Steeds moet men van het schuldprobleem uitgaan.

Naar de oude opvatting begon men met het opzetbegrip, daalde dan af tot de culpa en wat geen culpa was, mocht verder worden verwaarloosd. Die methode — als het eene methode mag heeten — is onjuist. Het primaire onderzoek is het onderzoek naar de schuld. Ook voor de strafbare feiten, waar de wetgever alleen den dólouzen vorm heeft strafbaar gesteld. Dit laatste is een kwestie van positiefrechtelijke regeling, doch is voor het constructieve onderzoek der strafrechtelijke aansprakelijkheid zonder beteekenis.

Derhalve: is een objectief wederrechtelijke handeling gegeven, dan moet men allereerst vragen, of de positieve kenmerken der schuld aanwezig zijn. Dit onderzoek heeft zich uit te strekken over alle bijzondere delictsbestanddeelen —

tenzij de wetgever heeft geobjectiveerd — en over het algemeen bestanddeel der wederrechtelijkheid. Over alle bijzondere bestanddeelen, zonder onderscheiding van feitelijke en juridische. Is een der bestanddeelen niet door schuld veroorzaakt, dan is de daad „schuldloos Unrecht” en mag niet worden bestraft.

Men heeft dit voortdurend uit het oog verloren. Vele criminalisten, uitgaande van het opzetbegrip, meenden ten onrechte, dat, wanneer een der bestanddeelen niet door het opzet wordt beheerscht, in ieder geval een culpoos delict mag worden aangenomen. En meer speciaal verliest het Reichsgericht bij zijne berechting van zoogenaamde doleuse delicten geheel uit het oog, dat het niet kennen van een bijzonder bestanddeel van juridischen aard steeds het opzet moet uitsluiten. De door den dader verrichte daad is een andere dan de door hem gewilde.

Het moet den dader — met inachtneming van een redelijke zorg — mogelijk zijn geweest zijne daad te zien als de wederrechtelijke handeling, die hij begaat.

Of die mogelijkheid bestaat, moet in ieder concreet geval worden uitgemaakt. Ten aanzien van ieder bijzonder bestanddeel en het algemeen bestanddeel der wederrechtelijkheid zal dit moeten worden overwogen. Geen presumpties, noch feitelijke noch juridische. Die mogelijkheid zal in het eene geval en bij den eenen dader wel aanwezig zijn, in een ander geval en bij een tweeden delinquent zal ze ontbreken. Het lijkt overbodig op die noodzakelijkheid van concrete vaststelling den nadruk te leggen en in zekeren zin is dat ten huidigen dage ook zoo voor de positieve zijde der strafrechtelijke aansprakelijkheid. Wij zullen echter zien, dat de klassieke dwalingstheorie van die noodzakelijkheid nog niet voldoende overtuigd is.

De verdere constructie der schuldleer is eenvoudig.

Is eenmaal vastgesteld, dat de bepaalde gedraging aan



schuld is te wijten, dan heeft men te vragen: is het complex van bijzondere delictsbestanddeelen door den dader gewild, ja of neen? Hier komen de bijzondere vraagstukken van het opzetprobleem aan de orde en meer speciaal het leerstuk van den *dolus eventualis*. Wanneer een gedraging gewild is, ziedaar een overwegend psychologisch probleem, al zal men met de psychologie zonder meer niet geheel slagen, zooals FRENKEL terecht heeft uiteengezet en ter rechtvaardiging van het zwaardere schuldverwijt ethische motiveering niet kunnen ontberen. Komt men tot de conclusie, dat geen opzet bij den dader aanwezig is, dan is zijne handeling aan schuld in engeren zin te wijten en zal dus een bestraffing ter zake van een culpoos delict moeten geschieden.

Alvorens te onderzoeken, wat de tot dusverre verkregen resultaten voor de dwalingsleer beteekenen, zij het mij vergund op een enkel gewichtig punt de aandacht te vestigen.

Ik ga dus uit van de volkomen gelijkwaardigheid van alle bijzondere bestanddeelen van het strafbare feit. Veelal doet men dat niet. Vanzelf niet de klassieke leer, die tusschen feitelijke en juridische bestanddeelen onderscheidt; doch ook tegenstanders van het Reichsgericht gaan meestal niet zoo ver.

Zoo maakt b.v. M. E. MAYER in zijn voortreffelijk werk „Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts” een belangrijke onderscheiding in „objective” en „normative Tatbestandselemente”. Hij gaat uit van de stelling, dat hetgeen in de delictsomschrijving staat opgenomen, is „Erkenntnisgrund” der wederrechtelijkheid. De verschillende bestanddeelen moeten dus die wederrechtelijkheid manifesteren en niet constitueren. Naast die objectieve bestanddeelen vindt hij echter in de delictsomschrijving de z.g.n. „normative Tatbestandselemente”, d. z. die bestand-

deelen, die slechts waardebepalende beteekenis hebben b.v. vreemde zaak. Het zijn gevolgsbestanddeelen, die met de wilsgedaan niet in causaal verband staan; zoo veroorzaakt de dief niet, dat de gestolen zaak van een ander is. Men mag die bestanddeelen niet tot het objectief delictsbegrip rekenen, want zij zijn, ofschoon bestanddeelen van het gevolg, niet toegankelijk voor zinnelijke waarneming: „Ihre Verwirklichung findet nicht in der Aussenwelt, sondern ausschliesslich in der Rechtswelt statt“.

Ik geloof niet, dat deze onderscheiding juist is. Ze staat in verband met de vrij ijdele strijdvraag, of de wederrechtelijkheid „Tatbestandsmerkmal“ is, of niet. Zonder op dit alles in te gaan mag worden opgemerkt, dat de stelling, dat de bijzondere bestanddeelen van het strafbare feit de wederrechtelijkheid slechts mogen manifesteren, een petitio principii is en zonder bewijs blijft. Het is mij ook niet duidelijk, waarom die normatieve bestanddeelen niet in causaal verband met de wilsgedaan staan. Ze vallen toch niet uit de lucht. Weliswaar veroorzaakt de dader niet, dat de zaak van een ander is, doch dat bewijst niets. Hij veroorzaakt evenmin het element „zaak“. Wat wordt veroorzaakt, is, dat de zaak van een ander wordt weggenomen en van dien veroorzaakten toestand zijn alle bestanddeelen gelijkwaardig. Zij behooren ook alle tot de rechtswereld. Dat de tegenstelling van elementen voor zinnelijke waarneming vatbaar en die, welke tot de rechtswereld behooren, onjuist is, meen ik voldoende te hebben aangetoond.

Ik herhaal: alle bijzondere bestanddeelen van het strafbare feit zijn theoretisch gelijkwaardig en kunnen in gelijke mate door schuld worden beheerscht.

Beteekent die gelijkwaardigheid echter, dat in concreto alle bijzondere bestanddeelen bij een doleus delict door het opzet en bij een culpoos delict door de schuld van den dader moeten worden beheerscht?



Men weet, dat ten onzent VAN HAMEL deze vraag in ontkenningen zin heeft beantwoord. Naar zijne meening is het niet noodig, dat de verschillende bestanddeelen gelijke beteekenis hebben voor de subjectieve zijde van het strafbare feit. „Sommige kunnen in concreto beoogd, andere slechts als noodwendig of mogelijk voorgesteld, andere zelfs niet eens als mogelijk voorgesteld zijn geweest. De wetgever behoeft allerminst voor elk bestanddeel gelijken eisch te stellen. Een delict kan zeer goed pro parte tot de opzettelijk gepleegde (doleuse) pro parte tot de niet-opzettelijk gepleegde (culpose) behooren”.

Deze opvatting, uitgewerkt in het proefschrift van FREDANUS VAN GELDER „Het samentreffen van dolus en culpa bij één delict”, heeft tot ver over onze grenzen haar invloed uitgeoefend en onder de vooraanstaande Duitsche criminelisten haar aanhangers gevonden.

Die groote aanhang is voor BINDING aanleiding geweest in scherpe bewoordingen VAN HAMEL's opvattingen in Gerichtssaal 87 als: „Seltsame Vorschläge zur einer neuen Verderbnis” der dwalingsleer te bestrijden.

Hij meent, dat VAN HAMEL uitgaat van het culpose delict en dit op de meest ergerlijke wijze mishandelt. Natuurlijk kan de wetgever het opzettelijk en nalatig begaan van hetzelfde strafbare feit onder dezelfde strafbepaling samenvatten. Technisch juist zou dan de redactie moeten luiden: „Wie dit of dat aan schuld te wijten doet”. Maar nimmer kan — wat VAN HAMEL wil — hetzelfde feit tegelijkertijd bewust en onbewust worden gepleegd. Naar BINDING's meening verliest VAN HAMEL geheel en al uit het oog, dat opzettelijk en nalatig bijwoorden zijn, die de aard van de delictswerking in haar geheel karakteriseeren. Nooit kan men echter de kennis van een enkel delictsbestanddeel opzet noemen. Het opzet heeft steeds betrekking op het gansche delict.

Ik geloof, dat BINDING's bestrijding onjuist is en grootendeels op misverstand berust.

VAN HAMEL is terecht uitgegaan van de overweging, dat, zooals de wetgever ten aanzien van alle bijzondere bestanddeelen geen schuldverband heeft kunnen vorderen, maar vaak heeft moeten objectiveren, a fortiori bij die bestanddeelen, welke door het schuldverband moeten worden beheerscht, niet steeds opzet kan worden geëischt. Wanneer BINDING hiertegen bezwaar maakt, moet hij zich eveneens tegen de objectivering van andere bestanddeelen verzetten, wat hij echter niet doet en zijne goedkeuring wegdraagt. Bovendien gaat VAN HAMEL niet uit van het nalatige, maar juist van het doleuse delict en van een tegelijkertijd en bewust en onbewust plegen is geen sprake. Hij beweert ook niet, dat men de kennis van een enkel delictsbestanddeel opzet moet noemen, maar wel, dat de psychische relatie van den dader tot de verschillende bijzondere bestanddeelen niet dezelfde behoeft te zijn. BINDING's stelling, dat het opzet betrekking heeft op het gansche delict, blijft onbewezen en dat kan ook niet anders.

Onjuist is het ongetwijfeld, wanneer BINDING aan VAN HAMEL verwijt, dat deze van „die verrottete Maxime”: *error juris nocet*, nog zooveel mogelijk tracht te redden. De klassieke leer maakt een materieele scheiding in de bijzondere delictsbestanddeelen geheel los van de subjectieve zijde van het strafbare feit. VAN HAMEL doet dat niet, doch onder erkenning van de objectieve gelijkwaardigheid acht hij verschil in psychische relatie noodzakelijk op grond van overwegingen van practischen aard. Met *error juris nocet* heeft zijne opvatting niets te maken. Het kan in de praktijk evenzeer als bij een juridisch bestanddeel, bij een feitelijke omstandigheid voorkomen, dat geen opzet mag worden geëischt, maar slechts schuldverband kan worden gevorderd. Het door VAN HAMEL gegeven voorbeeld bewijst dit



ten duidelijkste. Men constitueert op deze wijze strafbare feiten, waarbij hetzelfde rechtsbelang wordt aangetast, maar met nuanceeringen voor het delict als psychische gedraging, of eenvoudiger: voor de schuldzijde, bij uitstrek van belang. Het is voor de subjectieve zijde van groote beteekenis, of de militair nalatig een handeling verricht, die het rijk in gevaar brengen kan, dan wel, of hij een handeling, waarvan hij weet of vermoeden kan, dat ze het rijk in gevaar brengt, opzettelijk verricht. BINDING ziet dit naar mijne meening geheel over het hoofd.

Drieërlei is dus mogelijk: allereerst kan het bestanddeel zijn geobjectiveerd en in dat geval behoeft de rechter slechts vast te stellen, dat het objectief aanwezig is; vervolgens kan de wetgever schuldverband eischen en ten derde kan opzet zijn gevorderd, hetzij als oogmerk alleen, hetzij ruimer als zekerheidsbewustzijn, hetzij ook als *dolus eventualis*.

#### IV

In het begin van dit opstel sloot ik mij zonder nadere motiveering aan bij hen, die de dwalingsleer als de negatieve zijde van de schuld- en niet van de opzetleer beschouwen. De kwestie was toen nog praematuur. Thans vraagt zij om een oplossing.

Ik meen, dat men zich duidelijk voor oogen moet stellen, wat men onder het dwalingsprobleem verstaat. Bedoelt men de leer van de dwaling zonder meer, dan is zij de keerzijde van de opzetleer. Dwaling is verkeerde voorstelling, d. w. z. afwezigheid van de juiste voorstelling; dwaling beteekent dus niet-opzet. De dwalingsleer als zoodanig is dan een psychologisch probleem. Juridische beteekenis en meer speciaal strafrechtelijke beteekenis heeft zij niet. Zij is eenvoudig het antwoord op de algemeene positieve vraag: wanneer is een gedraging gewild?

Onder het dwalingsprobleem verstaat men echter —

bijna steeds onbewust — in de strafrechtswetenschap iets anders. Men vraagt eigenlijk niet naar de dwaling zonder meer, maar naar de relevante dwaling. De criminalist wil en moet allereerst het door schuld veroorzaakte onrecht van het schuldlooze afscheiden en niet het opzettelijk handelen van het niet opzettelijke. De hoofdvraag is voor hem: bestaat er in dit concreet geval strafrechtelijke aansprakelijkheid? Het antwoord geeft hem de leer van de relevante dwaling, die dan ook niet een psychologisch probleem, maar allereerst een *ethisch* probleem is, evenals hare positieve formuleering, de schuldleer zelf. Zij alleen is een zuiver strafrechtelijk probleem. Als niet-opzet is de dwaling wel een zeer eenvoudig verschijnsel, maar de criminalist is niet veel wijzer geworden. Het bestaan van het psychologisch begrip opzet beteekent voor de strafrechtelijke toerekening niets en heeft niet eens de waarde van een symptoom. Evenmin geeft de afwezigheid van opzet eenige aanwijzing. Voor de positieve vraag, of nalatigheid in strafrechtelijken zin aanwezig is, staat de strafrechter nog even onwetend. Ik beroep mij hier op Prof. SIMONS, wanneer hij in den laatsten druk van zijn Leerboek blz. 157 schrijft: „de aanwezigheid van opzet of van schuld in den zin van culpa brengt niet zonder meer mede het bestaan van schuld als de noodzakelijk geoordeelde grondslag voor strafrechtelijke toerekening”.

De dwalingsleer is dus de keerzijde der schuldleer.

Hieruit volgt — en ik wees hierop reeds eerder — dat thans de resultaten bij de ontwikkeling der schuldleer verkregen, negatief geformuleerd, op de dwalingsleer mogen worden toegepast. Aan die toepassing zal ik tevens de polemiek tegen de klassieke leer verbinden.

Dat een gedraging aan schuld te wijten is, beteekent negatief, dat geen dwaling aanwezig is; omgekeerd sluit het bestaan der dwaling het schuldverwijt uit.



Mijn positief resultaat is, dat een gedraging aan schuld is te wijten, wanneer het den dader mogelijk was zijn daad als de door hem verrichte wederrechtelijke handeling te zien.

Negatief geformuleerd beteekent dit, dat dwaling aanwezig is, wanneer die mogelijkheid om zijn daad als de door hem veroorzaakte wederrechtelijke handeling te zien, bij den dader ontbrak.

Dit is de dwaling, die voor het strafrecht betekenis heeft. Zooals de verhouding van den dader tot de aanwezigheid van die mogelijkheid voorwerp is van de schuldleer, zoo is zijne relatie tot de afwezigheid van die mogelijkheid object der dwalingsleer. Korter uitgedrukt: hoe stond de dader tegenover de door hem veroorzaakte wederrechtelijke handeling? Kon hij daarvan de juiste voorstelling niet hebben, dan is dwaling aanwezig. Ten aanzien van alle bestanddeelen moet die onmogelijkheid worden vastgesteld. Alle bijzondere bestanddeelen van het strafbare feit zijn ook hier volkomen gelijkwaardig. Iedere onderscheiding in den aard der bijzondere bestanddeelen is verboden. Aan den anderen kant mag het element der wederrechtelijkheid niet worden gemist, maar zijn ook hier de twee groote problemen van den voorstellingsinhoud der schuld en het bewustzijn der wederrechtelijkheid tot één vraagstuk vereenigd, het negatieve probleem van de dwaling. Het zij — eenigszins anders geformuleerd — nogmaals herhaald: was het den dader niet mogelijk de kennis van het juridisch relevante te bezitten — wat juridisch relevant is, bepaalt de delictsomschrijving — dan is dwaling aanwezig en derhalve iedere schuld uitgesloten. Evenals bij de schuldleer de aanwezigheid van die mogelijkheid in concreto moet worden vastgesteld, zoo moet — wil men het onderzoek negatief verrichten — de afwezigheid van die mogelijkheid in ieder bijzonder geval worden onderzocht.

In hoeverre verschilt deze dwalingsleer van de klassieke leer met haar onderscheiding in feitelijke dwaling en rechtsdwaling?

De klassieke leer heeft nimmer de dwaling als een negatief en daarom afhankelijk probleem beschouwd, maar er een geheel zelfstandig vraagstuk van gemaakt, of liever twee geheel zelfstandige vraagstukken. Want dat is juist het typische van de klassieke leer, dat zij één dwalingsprobleem als zoodanig eigenlijk niet kent. Zij stelt twee van elkaar geheel onafhankelijke kwesties, de leer van de feitelijke dwaling en de leer van de rechtsdwaling en de oudere criminalisten zijn zoo vast in die overtuiging gegroeid, dat beide problemen op verschillende plaatsen in hun leerboeken zonder eenig verband met elkaar worden behandeld.

Ik behoef na al hetgeen voorafgegaan is, niet uitvoerig te motiveeren, waarom die onderscheiding in rechtsdwaling en feitelijke dwaling onjuist is. Bij den positieven opbouw der schuldleer heb ik uitvoerig uiteengezet, waarom de scheiding feit-recht niet kan worden gemaakt en ik mag derhalve met een enkele verwijzing volstaan.

Door de dwalingsleer niet als afhankelijk probleem te beschouwen, heeft de klassieke leer de grootste waarde toegekend aan wat voor het strafrecht van zeer ondergeschikte beteekenis is n.l. aan de omstandigheid, welke onjuiste voorstelling aanwezig is. Zij heeft niet ingezien, dat het slechts op de juiste voorstelling aankomt. Of de dader dwaalt over een feit of over een rechtsregel, of wel, dat hij in het geheel geen voorstelling bezat, het doet er alles niets toe. De hoofdkwestie is: kon hij de juiste voorstelling hebben? Die vraag stelt de klassieke leer niet.

Het gevolg van deze verkeerde methode is, dat men nimmer het eigenlijke karakter der dwaling heeft begrepen.

Bij de klassieke leer is het dwalingsprobleem grauwe theorie, geheel los van hetgeen in dwaling is veroorzaakt.



Zij tobt zich vreeselijk af met de vraag, waarover dwaalde de dader; was het over een feit of over een rechtsregel? Men gevoelt onmiddellijk, dat dit zonder beteekenis is. Al kent iemand nog zooveel rechtsregels niet en al vergist hij zich nog zoo in de feitelijke situatie, dit alles brengt hem niet in aanraking met den strafrechter. Voor het strafrecht is het dwalingsprobleem een practisch probleem. Zoodra er is een objectief wederrechtelijke handeling, rijst de vraag: kon de dader van *deze* handeling een juiste voorstelling hebben en het bestaan der dwaling beteekent, dat die mogelijkheid ontbrak.

De dwaling in juridischen zin is dus geen dwaling over een bijzonder bestanddeel en a fortiori is niet van gewicht van welken aard dit bestanddeel is, maar zij is dwaling over de geheele handeling, gevolgsdwaling en niet, wat de Duitschers noemen „Grundirrtum”. De dwaling over het bijzondere bestanddeel heeft als gevolg de handelingsdwaling, dat de dader zijn gedraging niet als de door hem veroorzaakte wederrechtelijke handeling kan zien. Op dit laatste komt het voor het strafrecht aan. De Klassieke opvatting is nimmer tot dit inzicht gekomen. De toch zoo voor de hand liggende en vruchtbare vragen, waarom men aan de dwaling invloed toekent en wat het gevolg van de dwaling is, heeft zij zich helaas nooit gesteld.

De onjuistheid van de klassieke leer blijkt nog duidelijker, wanneer men bedenkt, welke gevolgen zij aan de onderscheiding in feitelijke dwaling en rechtsdwaling verbindt.

De feitelijke dwaling is steeds relevant; de rechtsdwaling is even geregeld irrelevant.

Ook hier wreekt zich het gebrek aan inzicht in het afhankelijk karakter van het dwalingsprobleem. Bij den opbouw wees ik er met nadruk op, dat de vraag naar de schuld in ieder concreet geval moet worden onderzocht. Wie de

dwalingsleer als negatief probleem beschouwt, moet dus ook de aanwezigheid der relevante dwaling in ieder bijzonder geval onderzoeken. De klassieke leer doet dit niet. Geheel los van het wederrechtelijke gebeuren decreeteert zij, welke invloed aan de dwaling moet worden toegekend.

Ontegenzeggelijk is die methode voor de praktijk zeer gemakkelijk. Men wil zoo gaarne een theorie hebben, die een generale oplossing geeft, waarmede men in abstracto kan vaststellen, waarover een dwaling geoorloofd is, waarover niet. Men is allereerst geneigd te vragen niet, hoe de aanwezige dwaling werkt, maar hoe het beroep op dwaling werkt. Die neiging naar een formule om alle dwalingsgevallen mee op te lossen, vindt haar oorzaak niet zoozeer in de moeilijkheden, die de materieelrechtelijke constructie der dwalingsleer biedt, als wel in bezwaren van bewijsrechtelijken aard om in ieder bijzonder geval het karakter der dwaling te kunnen vaststellen.

De klassieke leer moge echter in de praktijk eenvoudiger zijn — ik neem voor een oogenblik aan, dat het onderscheid tusschen eene feitelijke en een rechtsdwaling steeds gemakkelijk is — even zeker is zij geheel onjuist.

Evenals het vraagstuk der schuld moet de dwaling in ieder geval worden onderzocht. Wie die opvatting niet deelt en meent, dat men in abstracto kan vaststellen, dat bepaalde soorten van dwaling wel en andere niet relevant zijn, die . . . . valt noodzakelijkerwijze in de armen der presumpties. In wezen is dan ook de klassieke leer niets anders dan een presumptie-theorie. Presumptie-theorie, met het groote voordeel: geen moeilijkheid van concrete vaststelling, maar ook met alle nadeelen.

Immers het is mogelijk, dat een dader zich tevergeefs de grootste inspanning heeft getroost om een juist inzicht in de juridische beteekenis van zijne gedraging te verkrijgen, de klassieke leer is onverbiddelijk: error juris nocet, en zoo



wordt gestraft, waar geen schuld aanwezig is. Aan den anderen kant kan iemand zich niet de minste moeite hebben gegeven om de feitelijke verhoudingen te leeren kennen. Hij handelt op de meest zorgeloze wijze. Desondanks kent de klassieke leer hem een belooning voor zijne roekeloosheid toe en verklaart zijn dwaling voor relevant. Zoowel de feitelijke als de rechtsdwaling behandelt de klassieke leer dus verkeerd.

Is die moeilijkheid om in ieder bijzonder geval de aanwezigheid der dwaling vast te stellen, werkelijk zoo groot? Het is natuurlijk mogelijk, dat zulks het geval is en om aan de behoeften der praktijk te voldoen zou de rechtswetenschap dan deze onjuiste theorie moeten aanvaarden.

Het gaat met de klassieke leer als met zoovele presumptie-theoriën. Bij nauwkeurig onderzoek blijkt men er best buiten te kunnen. Voor mijn opvatting is dit trouwens vanzelf sprekend. Men kan natuurlijk slechts die moeilijkheid van vaststelling bij de dwalingsleer ontmoeten, als ze ook bij de schuld aanwezig is. Niemand zal daar echter ten huidigen dage beweren, dat het vaststellen der schuld zoo moeilijk is, dat men een schuldvermoeden noodig heeft.

De vaststelling van de aanwezigheid der dwaling geschiedt op dezelfde wijze als de vaststelling der afwezigheid der schuld. Of dwaling aanwezig is, zal evenals bij de schuldleer afhangen van den persoon en de omstandigheden van den dader, van de moeite, die hij zich gegeven heeft om de beteekenis van zijne daad te beseffen, en van den aard der verrichte handeling. Op praktische moeilijkheden zal men niet stuiten. De vraag is: hoe stond *deze* dader tegenover *zijne daad*, en dat zal men moeten onderzoeken. De beantwoording van de academische vraag van de klassieke leer: dwaalt *men* (geheel onpersoonlijk) over een *feit* of over een *rechtsregel*, is nutteloos.

Ik wil mijn bespreking van de klassieke leer niet be-

sluiten, alvorens nog op een enkel belangrijk punt de aandacht te hebben gevestigd.

Hierboven gaf ik tusschen de regels door te lezen, dat het in een bepaald geval moeilijk kan zijn vast te stellen, of dwaling over een feit dan wel over een rechtsregel aanwezig is. Ik heb hier voornamelijk op het oog de gevallen van dwaling over een recht in subjectieven zin en het is niet gemakkelijk het karakter van zulk een dwaling te bepalen. Vandaar dat verschillende auteurs hebben betwijfeld, of men met de tegenstelling dwaling over een recht tegenover dwaling over een feit wel alle dwalingsgevallen omvat en bij velen heeft die twijfel geleid tot het invoeren van het begrip van den „Subsumtionsirrtum”.

Wat men precies hieronder verstaat, is moeilijk te zeggen. Zoovele schrijvers, zoovele definities. Men acht in het algemeen een dergelijke dwaling aanwezig, wanneer de dader ten onrechte de hem bekende daad niet onder de hem eveneens bekende rechtsregels heeft geordend. Ten onzent vindt men deze definitie bij BOLSIUS in zijn dissertatie: Van den invloed der dwaling in het recht op de strafbaarheid (blz. 6).

Er heerscht allermint eenstemmigheid over de vraag, welke invloed moet worden toegekend aan deze dwaling. Er zijn auteurs, die ze als feitelijke dwaling beschouwen; andere achten rechtsdwaling aanwezig; een derde groep behandelt de gevallen van subsumptiedwaling nu eens als rechtsdwaling, dan weer als feitelijke dwaling; tenslotte maakt GESSLER de nog resteerende variant en beschouwt ze als een zelfstandige soort van dwaling.

Het is onnoodig op dit alles in bijzonderheden in te gaan. Hier is slechts de vraag van belang: wordt door het aannemen van dit begrip de oplossing van het dwalingsprobleem bevorderd?

Zeker niet, als men het begrip opvat, zooals BOLSIUS het



doet. Ik laat in het midden, in hoeverre bij een juiste voorstelling der feiten en een juiste voorstelling van den rechtsregel nog dwaling mogelijk is. Bovendien is, wat hij blijkens zijn voorbeeld een geval van subsumptiedwaling noemt, het meest gewone geval van feitelijke dwaling, wat denkbaar is.

Maar ook, als men het begrip in anderen zin opvat, meen ik deze vraag ontkennend te moeten beantwoorden. Zoolang men de onderscheiding in rechtsdwaling en feitelijke dwaling handhaaft, heeft het invoeren van deze derde soort, onverschillig of men ze als zelfstandig of ondergeschikt beschouwt, zeker niet de waarde van een oplossing.

Doch ook voor wie de klassieke onderscheiding heeft vaarwel gezegd, is de term zonder beteekenis. In den jongsten tijd gebruikt BINDING hem als aanduiding van de relevante dwaling en ook al eerder was b.v. bij von LISZT een streven in die richting merkbaar.

Ik geloof niet, dat het aanbeveling verdient dit voorbeeld te volgen. Voor subsumeeren zijn steeds twee elementen noodig: een gedraging en de rechtsregel, waaronder men de gedraging ordent. Het kan echter zeer wel gebeuren, dat men in dwaling een strafbaar feit verricht, terwijl men de wet niet kent en deze kennis ook niet had kunnen bezitten. Om dan, waar de dader zich den rechtsregel in het geheel niet voorstelde, van verkeerde ordening te spreken, lijkt mij onnauwkeurig.

## V

Hoe staat de strafwetgever van 1886 tegenover het dwalingsprobleem?

Met een korte beantwoording van deze vraag en een nog kortere beschouwing de lege ferenda zij het mij vergund mijn opstel te besluiten.

Al dadelijk ontstaat conflict met mijn resultaat, dat de  
Themis, LXXXII (1921), 4e st.

dwalingsleer is de negatieve zijde van de schuldleer. Het is bekend, dat de Memorie van Toelichting over het schuld-vraagstuk zwijgt en terstond tot de bespreking der beide schuldvormen overgaat. Hieruit volgt, dat ook de dwalingsleer iedere behandeling moet ontberen.

Bij het opzet wordt de vraag naar de elementen, die door het opzet moeten worden beheerscht, gesteld tegenover de kwestie van een al of niet kleurloos opzet.

Ten onrechte ziet de wetgever hier derhalve twee verschillende onderwerpen, die afzonderlijk moeten worden behandeld en in ieder geval beschouwt hij ze foutief als opzetproblemen, zooals hij zich voortdurend aan de klassieke fout van eenzijdige behandeling van de opzetleer en verwaarloozing van het culpaprobleem schuldig maakt.

Hoe de Memorie van Toelichting zich op dogmatisch onjuiste gronden tot voorstander van een kleurloos opzet heeft verklaard, heb ik in mijn dissertatie uitvoerig uiteengezet. Hier is vooral de kwestie van den voorstellingsinhoud van belang.

De Memorie van Toelichting geeft verschillende definities van het begrip opzet, die echter ten aanzien van de zoo belangrijke vraag, of ons positief recht in de delictsomschrijving de onderscheiding van feitelijke en juridische bestanddeelen aanvaardt, ietwat onduidelijk zijn.

De zoo noodige opheldering geeft het verrassend moderne antwoord van Minister MODDERMAN: „wetenschap wordt alzoo vereischt ten aanzien van alles wat noodig is het feit een delict te doen zijn”; en dan komt het alle twijfel uitsluitende: „dwaling omtrent de essentialia onverschillig of zij een feitelijke dan wel een rechtsdwaling is, sluit het opzet uit”.

Voor ons positieve recht wordt dus de onderscheiding in feitelijke en rechtsdwaling verworpen en daarmee het door mij verdedigde standpunt aanvaard.



Wat deze opvatting voor onze strafrechtspraak beteekent en voor hoeveel misverstand ons rechtsleven is bewaard, behoef ik na de voorafgaande bladzijden waarschijnlijk niet nader te motiveeren. Men denke slechts aan wat ik in noot 7 omtrent de jurisprudentie van het Reichsgericht heb meegedeeld.

Eén ding mogen wij echter in onze tevredenheid over deze juiste oplossing niet uit het oog verliezen. De oplossing is — vooral voor den tijd, waarin ze werd getroffen — goed, ja uitstekend, maar dat het, familiaar gezegd, meer geluk dan wijsheid was, zal men moeilijk kunnen ontkennen. Dezelfde Minister MODDERMAN, die hier zoo energiek de klassieke onderscheiding verwerpt, definieerde in zijn antwoord aan den Heer BOLSIUS in de Eerste Kamer het opzet als: „De wil met bewustheid gericht op een bepaald misdrijf d. w. z. op alle *feitelijke elementen*, die tot zijn wezen behooren”. Ik vestig ook de aandacht op de Memorie van Toelichting, dat bij hem, die in dwaling over het eigendomsrecht een anders zaak wegneemt, aanwezig is een rechtsdwaling, die N.B. tot een feitelijke dwaling leidt. Men kan na deze lectuur het gelukkig instinct van Minister MODDERMAN waardeeren, ik geloof echter niet, dat iemand de noodzakelijkheid van een behoorlijke dogmatische basis voor het standpunt van onze wetgeving zal kunnen betwisten.

Een basis, die niet alleen voor de dwaling omtrent de essentialia noodig is. Ik heb hier vooral op het oog de wijze, waarop de dwaling ten aanzien van de rechtvaardigingsgronden in onze strafwet geregeld is.

Zooals bekend is, neemt voor ons positieve recht de heerschende opvatting — en m. i. terecht — aan, dat bij die delicten, waar geen verband tusschen opzet en onrechtmatigheid wordt vereischt, iedere dwaling irrelevant is. Daarentegen sluiten bij die strafbare feiten, waar de wet-

gever bewustzijn der wederrechtelijkheid vordert, zoowel rechtsdwaling als feitelijke dwaling het opzet uit.

Ik geloof, dat de huidige regeling van ons Wetboek onjuist is. Redenen van technischen aard hebben den wetgever genoodzaakt de gronden, welke de onrechtmatigheid uitsluiten, niet meer bij ieder strafbaar feit afzonderlijk in de delictsomschrijving te vermelden, maar deze bepalingen in het algemeene deel onder te brengen. Daarmede hebben zij hun karakter van — zij het negatief — element der wederrechtelijke handeling niet verloren.

In ieder geval, derhalve ook, wanneer de dader ten onrechte noodweer aanwezig acht, moet de positieve schuld-vraag gesteld worden: kon de dader zijn gedraging als de door hem veroorzaakte wederrechtelijke handeling zien, of niet? Ten aanzien van ieder bijzonder bestanddeel, dus ook van het negatieve element noodweer, zal het schuldverband moeten worden onderzocht. Luidt het antwoord bevestigend, dan is schuld aanwezig en kan nader worden overwogen, welke schuldvorm aanwezig is. Is het antwoord ontkennend, dan is er dwaling in juridischen zin en bestraffing niet mogelijk.

De regeling van ons Wetboek, dat iedere dwaling over de rechtvaardigingsgronden irrelevant verklaart, leidt ertoe, dat straf wordt opgelegd in gevallen, waar geen schuld aanwezig was en mag dus niet worden bestendigd. Dit beteekent echter niet, dat hij, die zijn vermeenden aanvaller mishandelt, steeds vrijuit behoort te gaan. Het is zeer wel mogelijk, dat de dader met eenige bezonnenheid had kunnen bemerken, dat, wat hij als aanval beschouwt, een weinig gelukkige grap was. Er zijn m. i. wel degelijk termen die nalatigheid te bestraffen.

Tot slot een enkele opmerking de jure constituendo.

Zooals overal elders zal de wetgever ook op dit terrein met de resultaten der moderne dogmatiek rekening moeten



houden. In hoofdzaak beteekent dit, dat het opzetprobleem van zijn hooge voetstuk wordt neergehaald om het schuldprobleem er op te plaatsen. Men zal hier naar mijne meening verder moeten gaan, dan onze rechtsliteratuur thans nog doet. VAN HAMEL en SIMONS beschouwen wel het probleem van een kleurloos opzet reeds als een schuldprobleem, maar dit is m. i. nog niet voldoende. Ons toekomstig recht zal de vraagstukken van den voorstellingsinhoud en het bewustzijn der wederrechtelijkheid niet langer als heterogeen mogen zien, maar zal, met als object de wederrechtelijke handeling, één ethisch schuldvraagstuk moeten aannemen, waarvan de dwalingsleer als onzelfstandig probleem de negatieve zijde beteekent.

Dit inzicht in het afhankelijk karakter van de dwaling is voor de vraag der wettelijke regeling van de grootste beteekenis. In Duitschland en Oostenrijk zijn uitvoerige polemieken gevoerd over de wijze, waarop de dwaling in de ontwerpen omschreven was en nog is de strijd niet ten einde. Ten onrechte heeft men daar het zwaartepunt naar het negatieve verplaatst en met al die beschouwingen van negatieven aard vergeet men, wat positief gebeurd is.

Ik ben van meening, dat ons toekomstig recht dit voorbeeld niet zal moeten volgen. In het juiste besef van het afhankelijk karakter van de dwalingsleer zal de wetgever moeten volstaan met het vastleggen in de wet van juiste definities van het schuldbegrip en de beide schuldvormen. Daarnaast nog bepalingen omtrent de beteekenis en den invloed der dwaling op te nemen, is òf overbodig, òf verwarrend; steeds is het dogmatisch onjuist.

---

**De jurisprudentie betreffende de bevoegdheid der rechterlijke macht ter zake van de vorderingen tot teruggaaf van het naar publiek recht verschuldigd betaalde, tot schadevergoeding wegens onrechtmatige bestuursdaad, en tot vergoeding van uitgaven, door eischer gedaan bij het verrichten van datgene, waartoe gedaagde naar publiek recht verplicht was**

DOOR

Mr. L. VAN PRAAG

*te 's-Gravenhage.*

*I. De teruggaaf van het onverschuldigd betaalde (1).*

Dat in art. 2 R. O. onder schuldvorderingen niet enkel de burgerrechtelijke, maar ook de publiekrechtelijke zijn begrepen, is vaste jurisprudentie van den Hoogen Raad. Diens jongste op de hier bedoelde terugvordering betrekkelijke, in de Nederlandsche Jurisprudentie 1921 bl. 907

(1) Literatuur: DE JONGE, Admin. en Justitie, bl. 21, 28—31; dezelfde, Admin. Rechtspraak in hoogste ressort (1890) bl. 57—59; G. A. FOKKER in Opmerk. en Mededeel. 41 bl. 411, 415, 422, bestreden in W. B. A. 358 bl. 1—2, 407 bl. 3, vgl. no. 473; L. R. v. SLOTERDIJCK, De *condictio indebiti* in belastingzaken, prft. Leiden, 1893; H. Vos, Publiekrechtelijke geschillen, prft. Leiden 1886, bl. 59—60, 264; dezelfde in Bijdr<sup>n</sup> St.'s best. 29 bl. 438—439, en zijn Admin. Rechtspr. bl. 214—215, W. B. A. 2749; v. NOOTEN in Bijdr<sup>n</sup> St.'s best. 16 bl. 134—137; v. OOSTERWIJK in BOISSEVAIN'S Gem.wet, 2e dr. (1864) bl. 1325—1327; J. OPPENHEIM, Het Ned. Gemeenterecht, 4e dr. I (1913) bl. 709—716, 718—719; J. A. LOEFF, Publiek recht tegenover privaatrecht, prft. Leiden 1887, bl. 187—190; v. IDSINGA, Het Verslag enz. bl. 24—26; J. J. ROCHUSSEN, Rechtspr. in geschillen tusschen belastingsschuldigen, enz., prft. Leiden 1895, bl. 95—100; K. HAZELHOFF, De Competentie der Justitie (1889) bl. 9, 54—63; v. SINNINGHE DAMSTÉ in Nederl. Admin. Recht (1919) bl. 413, 415; Red. in W. 5454 bl. 4 kol. 3 (vgl. Inleid. R. O. bl. 62 en 71—72); H. D(E) J(ONG), en A. A. D(E) V(RIES) in W. 10393 bl. 3, 10397 bl. 4, 10403 bl. 4,



en 909 gepubliceerde, twee arresten van 27 Mei 1921 — waarvan het eene het hieronder vermelde arrest Hof Amsterdam van 29 October 1920 casseerde, voorzooover dat de onbevoegdverklaring der rechterlijke macht door Rb. Amsterdam 27 Januari 1919 (mede hieronder te citeeren) ten deele had bekrachtigd, terwijl het andere arrest het beroep in cassatie verwierp, dat door de tegenpartij was ingesteld — overwogen dat vorderingen wegens onverschuldigde betaling, ook al spruiten zij voort uit rechtsbetrekkingen van publiekrechtelijken aard, krachtens art. 153 Grw. en art. 2 R. O. behooren tot de kennisneming der rechterlijke macht. En twee jaar vroeger wees de Hooge Raad zijn arrest van 7 Februari 1919, opgenomen in *W.* 10393 bl. 3, *N. J.* 1919 bl. 321, *P. V.* (= *A. R. B.*) 1919 bl. 18, *G.st.* 3542 (7°), *W. B. A.* 3647 (2). Ook dat arrest heeft in dit opzicht niets bizonders. Casseerend de onbevoegdverklaring van Ktg. 's-Gravenhage 9 September 1918 *W.* 10297, *W. B. A.* 3615 (3), overwoog de Hooge Raad dat krachtens art. 2 R. O. de rechterlijke macht in het algemeen bevoegd is voor de terugvordering van onverschuldigd betaalde gelden, al is die vordering gericht tegen een publiekrechtelijk lichaam, en dus ook, voorzooover de wet geen uitzondering op dit beginsel behelst, indien het betreft belastinggelden. Reeds onder

10410 bl. 4, 10413 bl. 4. Verder *G. st.* 260, 1035 bl. 4, 1051 bl. 1—2, 1052 bl. 1 (naar aanleiding van Ktg. Berlicum 4 Febr. 1871 *W.* 3384, *G.st.* 1050) en 1944 bl. 2 kol. 2; *W. B. A.* 1041 bl. 1—2, 1084 bl. 2 kol. 1, 1381 bl. 1—2 i. v. m. 1383 bl. 4, 2300 bl. 1 kol. 3, 2303 bl. 1 kol. 1—2.

Hoewel ik hier voornamelijk de bevoegdheid der rechterlijke macht tot kennisneming wil behandelen, zal ook de ontvankelijkheid der terugvordering herhaaldelijk ter sprake komen.

(2) Vgl. *H. d. J.*'s noten op het arrest, en zijn polemiek met *A. A. n. V.* in het *W. v. h. R.*, in noot 1 aangehaald.

(3) Vgl. aldaar de aantekening der Red.

het regime der conflicten was in gelijken zin beslist bij het Koninklijk Besluit van 15 Februari 1830 *Stbl.* 5. Echter was Rb. Amsterdam 15 Januari 1895 *W.* 6645, P. v. J. 1895 no. 17, G.st. 2280, W. B. A. 2400, van meening dat uit den aard der zaak een terugvordering slechts dan voor den gewonen rechter kan worden gebracht, indien deze rechter, ware er niet betaald, ook bevoegd zou zijn voor de vordering tot betaling. Dat komt in beginsel neer op de leer, die de Hooge Raad heeft gehuldigd bij de vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige bestuursdaad omtrent den onafscheidelijken grondslag dier vordering, in zijn arresten van 1857, 1875, en 1900, door mij vermeld Inleiding R. Org. bl. 53—54. Die leer is voor de terugvordering aangenomen door Ktg. Breda 14 April 1858, t. a. p. bl. 60 geciteerd. Wat tegen haar is aan te voeren bij de vordering tot schadevergoeding, geldt evenzeer bij de terugvordering (4). Hoe men ook denke over het karakter dezer vorderingen, als privaatrechtelijk dan wel publiekrechtelijk, in elk geval is een schuldvordering haar voorwerp. En bij de terugvordering is dat voorwerp samengesteld uit twee schuldvorderingen, in de eerste plaats die gericht op terugbetaling, maar ten tweede ook die op de betaling der schuld, welker ontkenning de oorzaak is der eerstbedoelde (5). Is betaald een — indien bestaande — publiekrechtelijke schuld, dan volgt daaruit nog niet dat ook de gepretendeerde schuldvordering tot terugbetaling noodzakelijk publiekrechtelijk zou moeten zijn. Men heeft wel is waar gezegd: partikulieren komen niet in de gelegenheid b.v. onverschuldigd betaalde belasting terug

(4) Zie hieromtrent het tweede gedeelte van mijn opstel in R. Mag. 1921 over burgerrechtelijke geschillen, (in § 4 na de bespreking der leer van WACH) en de verwijzing aldaar naar mijn Inleid. R. Org.

(5) Vgl. nader het in noot 4 bedoelde opstel t. a. p.



te moeten betalen; de verplichting daartoe kan alleen bestaan voor publiekrechtelijke lichamen, en dus is de vordering tot terugbetaling van geïnde belasting ook zuiver publiekrechtelijk. Die redeneering zou in elk geval slechts kunnen worden toegepast op een terugvordering van die publiekrechtelijk onverschuldigd betaalde gelden, welke zooals belastingen, enkel door de overheid kunnen worden geïnd, en niet b.v. op een terugvordering door een publiekrechtelijk lichaam van bij vergissing te veel betaald pensioen. Maar dit daargelaten, als de verplichting tot teruggaaf van onverschuldigd betaalde gelden berust op een voorschrift van algemeene strekking, en dus niet op een voorschrift, speciaal voor belastingschuld of eenige andere publiekrechtelijke schuld gegeven, dan vervalt de geheele argumentatie. Want dan doet het er niet toe welke de schuld is, die ten onrechte bij de betaling als bestaande werd ondersteld, een privaaf- of een publiekrechtelijke. Al kunnen partikulieren niet verplicht zijn onverschuldigd betaalde belasting te restituëeren, omdat zij geen belasting kunnen heffen, ze kunnen wèl verplicht zijn terug te geven hetgeen zij onverschuldigd, uit welke oorzaak ook, hebben ontvangen. En die verplichting kan voor hen dezelfde zijn als voor een publiekrechtelijk lichaam, dat belastingen heeft geheven, of anderszins een geldsom als publiekrechtelijke schuld heeft geïnd. Het hangt geheel af van de wettelijke regeling, van kracht in een bepaald land, of er moet worden aangenomen het bestaan van een algemeene verplichting tot teruggaaf van onverschuldigd betaalde gelden, onverschillig de oorzaak der gepretendeerde schuldvordering, dan wel van een afzonderlijke civielrechtelijke verplichting tot teruggaaf van het onverschuldigd als civielrechtelijke schuld betaalde, geregeld in het burgerlijk wetboek, en een dergelijke afzonderlijke publiekrechtelijke verplichting

tot teruggaaf van het als publiekrechtelijke schuld ten onrechte geïnde. Moet men voor ons recht de leer onzer jurisprudentie aanvaarden dat artt. 1395 en vlgg. B. W. zijn geschreven voor elke *condictio indebiti*, dus ook voor die waarbij een publiekrechtelijke schuld wordt ontkend, dan is bij toepassing dier artikelen in laatstbedoeld geval, de terugvordering ook niet zuiver publiekrechtelijk. Zij is dat slechts ten deele, namelijk in zover als het bestaan der publiekrechtelijke schuld bij die vordering wordt ontkend, en daarom deze schuld mede haar voorwerp is. Maar de vordering is dan toch in de eerste plaats civielrechtelijk, omdat het hoofddeel van haar voorwerp is de schuldvordering op teruggaaf gericht, welke als zoodanig in de zoeven genoemde onderstelling eener algemeene regeling altijd civielrechtelijk is (5a). Wat hiertegen is aangevoerd door H. D. J. in *W.* 10410 bl. 4 is terecht bestreden door A. A. D. V. in *W.* 10413 bl. 4. Onjuist is de stelling van D. J. dat bij de ruime, door hem bedoelde, interpretatie van art. 153 Grw. de vorm beslissend is. Voorloopig trouwens heeft de rechter art. 2 R. O. toe te passen, en de uitlegging van dat artikel (alle of enkel burgerrechtelijke schuldvorderingen) gaat geheel om buiten de eerst na haar aan de orde komende vraag aangaande de toepassing van het artikel op de terugvordering. D. J. zegt t. a. p., naar aanleiding van boven vermeld arrest van den Hoogen Raad van 1919: „Onderwerpt men het geschil aan den rechter in in den *vorm* eener *condictio indebiti*, eener revindicatie of vordering uit onrechtmatige daad, dan verklaart de Hooge Raad zich bevoegd, terwijl in het wezen der zaak

(5a) Vgl. H. R. 2 Febr. 1877 *W.* 4082, *Rspr.* 145 § 16, v. d. Hon. Z. R. S. 6 bl. 140, R. B. 1881 B. bl. 64, *W.* v. N. R. 391: de terugvordering van onverschuldigd registratierecht berust op het burgerlijk, niet op het fiscaal recht.



dit geschil niet bij den gewonen rechter thuis behoort". Hij duidt echter niet aan, waarin dat wezen der zaak bestaat. Wat hij en anderen hier „vorm" noemen, is voor de competentie der rechterlijke macht wel degelijk van overwegend belang.

Wel vindt D. J. steun, minder in het door hem geciteerde arrest van 1882, maar in die van 27 Februari 1846 *W.* 712, *R.spr.* 23 § 66, v. D. *HON. G. Z.* 4 bl. 67, en van 24 Maart 1865 *W.* 2681, *R.spr.* 79 § 49, v. D. *HON. G. Z.* 21 bl. 364, *G.st.* 709, *W. B. A.* 829, doch die arresten hebben m.i. ongelijk, omdat het indebitum wel mede voorwerp is der *condictio*, maar niet haar eenig voorwerp.

In zijn opstel over de terugvordering van het publiekrechtelijk onverschuldigd betaalde naar het toenmalige Deutsche recht, in de *Annalen des Deutschen Reichs* van 1896 bl. 46—128, 279—306, heeft GLÄSSING — voor dat recht — de stelling volgehouden dat die vordering zuiver publiekrechtelijk, en het publiekrechtelijk indebitum haar eenig voorwerp is (6). Zijn argumentatie is ook voor

(6) GLÄSSING t. a. p. voornamelijk bl. 63—65, 76 v. o., 77 v. b., 111—112, 301—306; vgl. ook op bl. 88 in noot 5 bij bl. 86 *O. L. G.* Jena, arrest van 10 Mei 1890. — Wat GL. op bl. 76 v. o. noemt als kenteekenen der privaatrechtelijke *condictio indebiti*, zijn dat niet eveneens naar ons recht. Op bl. 51—52, 71—75 bespreekt hij het vereischte van dwaling. Of deze ook noodig is voor toepassing van art. 1395 *B. W.* is betwist; vgl. LÉON—ASSER, *B. W.*, 2e dr. op art. 1395 nos. 9 en 19, *Suppl.* 1, 4, 5, 6, onder no. 20; LAND, *Verklaring B. W.*, 2e dr. IV (1907) bl. 292—293, die, hoewel in het algemeen dwaling als vereischte stellend, toch bij betaling onder protest de terugvordering ontvankelijk acht. Neemt men dat aan als regel, dan is er geen reden tot een andere beslissing voor het als publiekrechtelijke schuld betaalde. Vgl. LÉON—ASSER t. a. p. no. 2 (waar de arbitrale uitspraak van 13 Sept. 1866 — niet 1816 — onjuist is weergegeven), en *Suppl.* 4, 5, 6, onder no. 24. — GLÄSSING t. a. p. bl. 88—95 behandelt de interessante vraag of men belasting kan terugvorderen, die men betaalde, geleid door een toen vaststaande, doch later gewijzigde jurisprudentie.

ons van belang, omdat, bij alle punten van verschil, het vroegere Deutsche recht, en vooral de hierop betrekking hebbende Deutsche jurisprudentie, veel overeenkomst vertoonen met hetgeen ten deze bij ons geldt, en door onze rechters wordt aangenomen. Voor de weerlegging der redeneering van GLÄSSING op dit punt verwijs ik in hoofdzaak naar mijn opstel (7) over burgerrechtelijke geschillen. Hier wil ik enkel de aandacht vestigen op een inconsequentie, misschien schijnbaar van minder belang, die echter m.i. zijn geheele stelsel omverwerpt. Terwijl GLÄSSING steeds onderstelt dat het onbeslist zijn der vraag naar het al dan niet bestaan der publiekrechtelijke schuld, de terugvordering van het op haar betaalde zuiver publiekrechtelijk maakt, houdt hij, blijkens bl. 127 t.a.p., voor civielrechtelijk diezelfde terugvordering, indien reeds door het administratief gezag is beslist dat publiekrechtelijk onverschuldigd was betaald. Maar als in dat laatste geval de regels van het civiele recht toepasselijk zijn, waarom zouden zij het dan niet óók zijn in het geval dat over het bestaan der publiekrechtelijke schuld nog onzekerheid heerscht? Wel moet die onzekerheid worden opgelost aan de hand van de regels die het publieke recht geeft, maar daaruit volgt nog geenszins dat dan het burgerlijk recht met de terugvordering niets te maken heeft, terwijl dit recht wèl beslissend zou zijn na vaststelling door het administratief gezag dat de publiekrechtelijke schuld niet heeft bestaan. Voor het overige zou men kunnen volhouden dat, ging de leer van GLÄSSING op, volgens welke de privaatrechtelijke terugvordering niet toelaatbaar is bij publiekrechtelijke schuld, zijn daaruit gemaakte minder logische gevolgtrekking: de terugvordering van publiekrechtelijke schuld is zelf geheel publiekrechtelijk, zou moeten worden

(7) T. a. p. boven in noot 4 bedoeld.



vervangen door deze: bij gemis van een rechtsregel, die de terugvordering toelaat, blijft hij die de niet bestaande en als publiekrechtelijk onderstelde schuld heeft betaald, bezwaard, ondanks de daarin gelegen onrechtvaardigheid, nu er geen basis is te vinden, waarop de terugvordering kan steunen, zoodat eischer daarin niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Al heeft, gelijk GLÄSSING op bl. 302 uiteenzet, de belastingschuldige er recht op niet hooger belast te worden dan de wet toelaat, daarmee is nog niet gezegd dat dit insluit een recht om terug te vorderen hetgeen boven dat bedrag van hem is verlangd, en door hem betaald, ten minste dan niet, indien men niet wil aannemen een ook buiten de wet om bestaand algemeen geldend recht om al wat onverschuldigd betaald is terug te vorderen, een recht, dat juist wegens zijn algemeenheid, voor het civielrechtelijk en voor het publiekrechtelijk onverschuldigd betaalde geheel identiek, en m.i. dan ook zelf civielrechtelijk zou zijn. Op bl. 303 meent GLÄSSING dat naar publiek recht voor de terugvordering een voldoende titel is het ontbreken van het recht tot vorderen (8). Anderen echter zullen van oordeel zijn dat er geen reden is dit aan te nemen enkel voor het publieke recht, en niet ook voor het private. En hij die wat dit laatste betreft, het noodig acht dat de *wet* den bedoelden rechtsgrond als zoodanig erkent, zal voor het publieke recht hetzelfde vereischte moeten stellen. Ik meen voor ons recht hierbij niet langer te moeten stilstaan, nu wij in art. 1395 een wetsbepaling hebben, die kan worden ingeroepen, in de eerste plaats als het geldt een civielrechtelijke, maar óók als men te doen heeft met een publiekrechtelijke, als zoodanig althans gepretendeerde, schuld, over welker terugvordering het publieke recht geen speciale regeling behelst. En ik neem dit insgelijks

(8) Vgl. ook t. a. p. bl. 48-49.

aan op het gebied, waarvoor bepalingen bestaan als art. 10 (vgl. ook art. 1, lid 2) der wet van 22 Mei 1845 *Stbl.* 22, daargelaten voorloopig of de *condictio indebiti* zou moeten afstuiten op de bijzondere voorschriften van art. 15 der genoemde wet van 1845, of op artt. 179, 260, 265b vlgg. Gem.wet in de daar bedoelde gevallen (9). Want het op dit punt in mijn Inleiding R.Org. bl. 190 v.b. gezegde meen ik bij nadere overweging niet te moeten handhaven. Genoemd art. 10 wil enkel zeggen dat het bloote feit van het indienen van bezwaren geen invloed heeft op de verplichting tot betalen, maar niet dat de belastingschuld bestaat totdat zij later wordt opgeheven bij de beslissing op de bezwaren. Er is hier slechts een verplichting tot betaling van nog onzekere schuld; in afwijking van hetgeen ook in het administratieve recht gemeenlijk geldt, moet men hier, evenals men in militairen dienst eerst moet gehoorzamen, dan reklameeren, gehoorzamen, onafhankelijk van een in te dienen reklame, zoodat de voorloopige verplichting tot betalen bestaan kan zonder belastingsplichtigheid, en daar deze laatste de basis is der belastingschuld, ook al is die belastingschuld materieel niet aanwezig. Met de *condictio indebiti* echter wordt niet betwist de zooeven aangeduide voorloopige verplichting, doch de belastingschuld zelf; het betaalde wordt teruggevorderd als niet blijvend verschuldigd.

Het hier onmiddellijk voorafgaande betreft niet de rechterlijke competentie voor de terugvordering, doch haar ontvankelijkheid. Ditzelfde geldt voor de vraag naar het toepasselijk zijn van artt. 1395 vlgg. B. W. Maar het instellen door een eischer van de *burger-*

(9) Daarover nader hieronder. De strekking van art. 260 *nieuw* Gem.wet is mede art. 10 der wet van 1845 toepasselijk te verklaren, waardoor men art. 266 lid 1 *oud* Gem.wet heeft kunnen laten vervallen; vgl. Bijlagen Handel. Tweede Kamer 1919—1920 no. 66 bl. 20.



*rechtelijke* terugvordering voor hetgeen publiekrechtelijk onverschuldigd is betaald maakt de rechterlijke macht ook dan bevoegd, als beweerd wordt dat eischer dwaalde omtrent het toepasselijk zijn van art. 1395 B. W., doch de rechter die toepasselijkheid niet voor onmogelijk houdt (10). Dat geldt voor art. 2 R. O. naar den tegenwoordigen tekst, maar ook voor zijn redactie naar Ontwerp II Administratieve Rechtspraak. Daar die redactie, „burgerrechtelijke rechtsvorderingen”, korrespondeert met de „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten” van § 13 in het Deutsche Gerichtsverfassungsgesetz, is het niet van belang ontbloomt de Deutsche jurisprudentie over deze materie hier te vermelden.

Oorspronkelijk erkende het Reichsgericht de competentie der rechterlijke macht naar gemelde § 13 (11). Maar het arrest van 20 Januari 1890 E. C. S. 25 bl. 302 (305—306) sloot zich grootendeels aan bij WACH, die op bl. 108 van zijn „Handbuch des Deutschen Civilprocessrechts” van 1885 had geleerd (12) dat de *condictio indebiti* van publiekrechtelijke schuld publiekrechtelijk is, indien daarbij de verplichting tot betaling der beweerde publiekrechtelijke schuld wordt ontkend op gronden, welke enkel deze schuld zelf betreffen, en niet op gronden daarbuiten gelegen, zooals b.v. dubbele betaling (13). Het

(10) Zie het hieromtrent naar aanleiding van GLÄSSING t. a. p. bl. 65 v. b. gezegde in mijn opstel, waarheen noot 4 verwijst.

(11) RG. 2 Febr. 1884 E. C. S. 41 bl. 65 (67); 21 Mei 1886 E. C. S. 46 bl. 37 (38); 22 Sept. 1888 E. C. S. 22 bl. 285 (287).

(12) Zie vooral noot 80 aldaar, en vgl. t. a. p. bl. 98—99 onder 3°.

(13) Deze zienswijze gaat uit van een analogen gedachtengang als de boven bestredene van GLÄSSING dat de terugvordering van publiekrechtelijke schuld alleen dan privaatrechtelijk kan zijn, indien er geen geschil is over het onverschuldigd zijn der publiekrechtelijke schuld op zich zelf beschouwd, doch enkel over het recht op teruggaaf van het te veel betaalde.

Reichsgericht week echter eenigszins van WACH af, daar het ook voor het eerstbedoelde geval aannam dat de „Klagegrund” gedeeltelijk publiekrechtelijk, gedeeltelijk privaatrechtelijk is. Privaatrechtelijk namelijk, in zover eischer wegens het beweerde niet bestaan der publiekrechtelijke schuld stelt dat de vereischten aanwezig zijn voor een recht op teruggaaf van het betaalde. Dat is in overeenstemming met het door mij hieromtrent betoogde. Maar het Reichsgericht voegde er, m. i. ten onrechte, bij dat het geschil hierdoor niet privaatrechtelijk wordt, en tot (zuiver) publiekrechtelijk wordt gestempeld door de omstandigheid dat het indebitum publiekrechtelijk is. Zodoende hinkt het arrest op twee gedachten, en spreekt het zichzelf tegen. Als de „Klagegrund”, hier het fundamentum petendi, dat tevens voorwerp is van het geschil, deels publiek- deels privaatrechtelijk is, moet het geschil eveneens dit tweeledig karakter hebben. Het Reichsgericht kon zich blijkbaar, evenals zoovelen, niet anders voorstellen dan geschillen, die of zuiver privaatrechtelijk of zuiver publiekrechtelijk zijn. Constateerende dat het publiekrechtelijke karakter van het indebitum dien aard mededeelde aan het geschil, meende het arrest dat dit geschil hierdoor ook in het geheel niet privaatrechtelijk zijn kon, in plaats van uit zijn praemissen de gevolgtrekking te maken dat het geschil zoowel een burgerrechtelijke zijde had als een publiekrechtelijke, en dat wegens het eerste de rechterlijke macht bevoegd was. Tegen gemeld arrest is dan ook GLÄSSING t. a. p. bl. 63—65 niet geheel ten onrechte te velde getrokken. Maar zijn argumentatie, ten deele boven reeds bestreden, is niet geheel zuiver. Terecht meent hij dat, als men den grondslag der vordering, hier samenvallend met haar voorwerp, ontleedt in publiekrechtelijke en privaatrechtelijke elementen, die vordering („Anspruch”) zelf ook



een tweeledigen aard heeft. Maar zijn bewering dat dan het subjektieve gevoel van den rechter beslissend moet zijn voor de kwalifikatie gaat niet op. De rechter heeft eenvoudig dien tweeledigen aard te erkennen, en daaruit af te leiden dat de vordering, als ten deele burgerrechtelijk, is ter competentie der rechterlijke macht, indien het wetsartikel, dat die competentie beheerscht daarvoor niet het vereischte stelt dat er moet zijn een zuiver burgerrechtelijk geschil, maar geredigeerd is zooals de boven bedoelde § 13 of als ons art. 2 R. O.

Na 1890 heeft het Reichsgericht eerst nog bij een arrest van 17 Februari 1894 E. C. S. 32 bl. 345 (347) het al dan niet burgerrechtelijk karakter der *condictio indibiti* van publiekrechtelijke schuld in het midden gelaten, en voor indirecte belastingen dat burgerrechtelijk karakter aangenomen bij een arrest van 16 December 1910, door HARTMANN in de Deutsche Juristenzeitung van 1911 kol. 1489 bestreden. Maar na 1890 heeft het meestal aangenomen dat deze vordering als geheel of overwegend publiekrechtelijk is te beschouwen (14). Daarbij heeft het Reichsgericht zich op hetzelfde standpunt geplaatst als het boven bl. 384 vermelde vonnis der Amsterdamsche Rechtbank van 1895: is de rechterlijke macht onbevoegd voor den eisch tot betaling eener schuld, dan is zij het ook voor de terugvordering van het onverschuldigd betaalde (15).

(14) RG. 27 Maart 1906 E. Z. S. 63 bl. 105, voor het geval dat de vordering steunt op de bewering der onwettigheid van een administratieve maatregel; dan is naar Pruisisch recht de rechterlijke macht incompetent; ook de arresten, in noot 15 vermeld.

(15) RG. 14 Febr. 1908 E. Z. S. 67 bl. 401 (402—403); 12 Maart 1909 E. Z. S. 70 bl. 395; 4 April 1911 E. Z. S. 76 bl. 121 (123); 20 Febr. 1912, besproken door HARTMANN in D. Jur. Zeit. 1913 kol. 691—692; 18 Juni 1918 E. Z. S. 93 bl. 201 (206); 29 Nov. 1918 E. Z. S. 94 bl. 159 (160). — Saksische jurisprudentie bij W. SCHELCHER, Justiz und Verwaltung, 1919 (Ergänzungsheft zu Fischers Zeitschrift

Echter besliste voormeld arrest 16 December 1910 E. Z. S. 75 bl. 40 (41) dat een terugvordering van rijksaccijns, hoewel een publiekrechtelijk indebitum geldend, toch burgerrechtelijk is, als geschil over vermogensrechten. Dat schijnt samen te hangen met de eigenaardige leer van het Reichsgericht, volgens welke geschillen over publiekrechtelijke vermogensrechten privaatrechtelijk zijn, een leer, die in de Deutsche literatuur terecht is bestreden, en ten aanzien waarvan ik hier alleen de inconsequentie van het Reichsgericht wil aanstippen, dat haar niet toepast op de terugvordering voor andere publiekrechtelijke inschuld dan accijnzen (16).

Tegenover de door het Reichsgericht en in de Deutsche literatuur verkondigde zienswijze omtrent de competentie der rechterlijke macht voor de terugvordering van het publiekrechtelijk onverschuldigd betaalde, kan worden gesteld een m. i., wat de hier behandelde kwestie betreft, zeer juist gemotiveerde beslissing van het Residentiegerecht te Buitenzorg van 29 Mei 1915 Indisch Tijdschrift

f. Praxis u. Ges. geb. der Verwaltung Bd. 50) bl. 128—132 i. v. m. 199. De argumentatie van het daar bl. 129—130 vermelde arrest van 1886 miskent de mogelijkheid eener terugvordering, steunende op ontkenning van lidmaatschap.

(16) Over de terugvordering van het publiekrechtelijk onverschuldigd betaalde naar Duitsch en Oostenrijksch recht vgl. nog, behalve WACH en GLÄSSING, boven geciteerd: v. SARWEY, Das öffentliche Recht... (1880) bl. 334—336; TEZNER in Archiv für öffentl. Recht 9 bl. 555; GOEZ, Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg (1902) bl. 162—163; G. JELLINEK, System der subjectiven öffentl. Rechte, 2e uitg. (1905) bl. 63 v. o.; HARTMANN in Deutsche Jur. Zeit 1909 kol. 1410; 1910 kol. 280; 1911 kol. 1490; FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwalt. rechts, 1e dr. (1911) bl. 46 noot 2, 153—154, 345—346; K. HELLWIG, Syst. des Deutschen Zivilproz. rechts (1912) I bl. 44 noot 3; GAUPP—STEIN, Die Zivilproz. Ordn. f. d. Deutsche Reich, 11e uitg. (1913) I bl. 8 (met noot 59); O. MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, 2e uitg. I (1914) bl. 348—349.



van het Recht 105 bl. 327, blijkens de noot aldaar in appèl bekrachtigd. Dit vonnis zette voorop dat hij die een publiekrechtelijke heffing int, zich beweegt op zuiver publiekrechtelijk terrein, maar dat terrein verlaat, zoodra hij ontvangt wat niet verschuldigd was, daar het publieke recht niet de bevoegdheid geeft te vorderen wat onverschuldigd is. En geschiedt het toch, dan geeft het B. W. het recht tot terugvordering, welke vordering is ter competentie der rechterlijke macht ingevolge art. 78 Regeeringsreglement voor N.-Indië (17).

Het B. W., zegt het zoeven vermelde Indische vonnis, geeft dan het recht tot terugvordering. Aangenomen wordt dus dat het B. W. hier toepasselijk is. Dat is, dunkt mij, in het algemeen inderdaad zoo; ik kom daarop nog nader terug (18). Echter zijn er gevallen, waarin de terugvordering van publiekrechtelijk onverschuldigd betaalde gelden bij een bijzonder daarvoor geschreven wetsbepaling is geregeld. Dan zijn er twee mogelijkheden. Of de bijzondere bepaling wil uitsluitend gelden, zoodat het B. W. dan niet toepasselijk is, of zij geeft geen nieuw recht aan hem, die betaalde, doch is slechts een terugslag op den algemeenen regel van art. 1395 B. W., in welk geval de terugvordering vanzelf mede steunt op laatstgemeld artikel, en niet enkel op de bijzondere regeling. Uit deze zal, voorzoover mogelijk, moeten worden opgemaakt, of het eene dan wel het andere is aan te nemen. Voorzoover mogelijk, want het kan voorkomen dat het uit de wettelijke regeling niet is op te maken, en dan zou ik voor het tweede gedeelte van het hier gestelde alternatief partij willen kiezen. Zoo was b.v., toen de wet op de Bedrijfsbelasting nog bestond, indien ik boven

(17) Vgl. ook Rb. Roermond 18 Oct. 1900, hieronder nader te vermelden.

(18) Zie hieronder bl. 397—398.

terecht heb aangenomen dat art. 1395 B. W. ook is geschreven voor onverschuldigd betaalde rijksbelasting, art. 15 lid 7 i.v.m. lid 6 der wet van 22 Mei 1845 *Stbl.* 22 slechts een regeling voor de ontvankelijkheid der terugvordering en voor de bevoegdheid der Rechtbank in dit speciale geval, een regeling, die echter niet schiep het recht van terugvordering. Moest daarentegen art. 1395 B. W. restriktief worden uitgelegd, d.w.z. beperkt tot hetgeen naar burgerlijk recht onverschuldigd is betaald, dan zou de in genoemd art. 15 bedoelde *condictio indebiti* ook op zich zelf staan, en zijn te kwalificeeren als een zuiver publiekrechtelijke vordering.

Dat laatste wilde art. 14 Ontwerp I Administratieve Rechtspraak in het algemeen voor de terugvordering van het naar publiek recht onverschuldigd betaalde. Voorloopig is gemeld art. 14 ingetrokken, met de bedoeling het weer in te lasschen in de Invoeringswet. Werd zulk een bepaling tot wet verheven zonder dat de kwestie omtrent de strekking, voortaan toe te kennen aan art. 1395 B. W. duidelijk werd beslist, dan zou voor hen, die meenen dat laatstgenoemd artikel tot dusver ruim was uit te leggen, de vraag rijzen of het nieuwe artikel zal meebrengen dat het gebied van art. 1395 wordt ingekrompen, dan wel enkel dient om een eind te maken aan het bestaan der controverse over de ontvankelijkheid der *condictio indebiti*, indien betaald is wat niet was verschuldigd naar publiek recht. Voor de ontvankelijkheid zelf, die dan toch zal vaststaan, zou de twijfel omtrent de strekking van het nieuwe artikel onverschillig zijn. Maar niet voor de beantwoording der vraag, of in het vervolg de *condictio indebiti* van publiekrechtelijke schuld als *civielrechtelijke* vordering onbestaanbaar zou zijn, en daarom zou moeten worden aangemerkt als een zuiver publiekrechtelijke eisch, niet vallend onder het nieuwe



art. 2 R. O. van het Ontwerp II Administratieve Rechtspraak, ondersteld dat dit artikel ongewijzigd wordt aangenomen. Mocht het in de Invoeringswet te vermelden recht tot terugvorderen een uitvloeisel zijn van het in art. 1395 B. W. geregelde, dan zal ook de eisch zoowel burgerrechtelijk als publiekrechtelijk blijven, evenals thans naar het hieromtrent boven gezegde het geval is.

Intusschen de nieuwe regeling der administratieve rechtspraak behoort nog steeds tot de vrome wenschen. Voorloopig hebben wij enkel te doen met art. 2 R. O. en artt. 1395 vlgg. B. W., zooals zij in 1838 zijn ingevoerd. Voor de uitlegging nu van gemeld art. 1395 meen ik — boven heb ik dit reeds met een enkel woord gezegd — mij te moeten scharen aan de zijde van hen, die het óók toepasselijk achten, als het gaat om hetgeen naar publiek recht onverschuldigd zou zijn betaald, een opvatting o. a. gehuldigd door den Hoogen Raad, zoowel in vroeger tijd bij zijn arrest van 16 December 1842 *W.* 351 (343), *R.spr.* 13 § 97, v. D. HON. Z. R. S. 2 bl. 207 (terugvordering van zegelrecht vóór de wet van 1843 *Stbl.* 47) als later bij het arrest van 28 Juni 1901 *W.* 7623, *R.spr.* 188 § 43, v. D. HON. B. R. 67 bl. 440, P. v. J. 1901 no. 64, *W. B. A.* 2723 (19). Dat de woorden van art. 1395 niet onderscheiden, zou voor mij geen afdoend argument zijn, indien kon worden aangetoond dat de wet op niets anders het oog heeft dan op hetgeen naar burgerlijk recht onverschuldigd is betaald. Maar de bewijzen daarvoor ontbreken. De leer dat het B. W. in het algemeen, en

---

(19) Vgl. ook voor een terugvordering van (sedert afgeschafte) gemeente-accijns en van opcenten op een rijks-accijns, Hof Groningen 27 Febr. 1849 *W.* 998, *R. B.* 1849 bl. 122, *R.spr.* 33 § 48, en het vonnis a quo, Rb. Assen 16 Nov. 1846 *W. t. a. p.* Bij het hier in den tekst gezegde vgl. DE JONGE, *Admin. en Just.* bl. 28—29, en verdere literatuur in noot 1 vermeld.

dus ook art. 1395, niet toepasselijk is op welke verhouding ook tusschen partikulieren en publiekrechtelijke lichamen, die als zoodanig zijn opgetreden, is m. i. onjuist (20). Met de billijkheid zou die leer zeker niet zijn overeen te brengen zoolang een bepaling als die van art. 14 Ontwerp I Administratieve Rechtspraak in onze wetgeving niet is opgenomen. En m. i. moet men niet zonder dwingende noodzaak aan de wet op dogmatische gronden een systeem opdringen, welks consequenties ons rechtsgevoel veroordeelt. Ik houd dan ook de schuldvordering, gericht op teruggaaf van hetgeen naar publiek recht onverschuldigd is betaald, voor burgerrechtelijk, steunend op art. 1395 B. W. En daarom is m. i., gelijk mede boven is te kennen gegeven, ook de hiertoe strekkende *condictio indebiti* niet zuiver publiekrechtelijk, maar gemengd, n.l. deels publiek-, deels civielrechtelijk. Wegens dit laatste zou zij ook dan onder art. 2 R. O. vallen, indien de Hooge Raad zijn jurisprudentie, volgens welke het artikel doelt op *alle* schuldvorderingen, zou verlaten, of indien de redactie van art. 2 zóó werd gewijzigd dat het sprak van burgerrechtelijke rechtsvorderingen.

De rechterlijke macht is dus bevoegd tot kennisneming van de terugvordering van hetgeen publiekrechtelijk onverschuldigd mocht zijn betaald. Althans in den regel, want de wet kan uitdrukkelijk of implicite een uitzondering behelzen. En zulk een uitzondering acht onze jurisprudentie in *belastingzaken* aanwezig, telkens als er zich een geval voordoet, waarin, gold het een verzet tegen een dwangbevel, art. 15 lid 2 der wet van 1845 *Stbl.* 22 toepasselijk zou zijn, hetzij direkt, hetzij middellijk ingevolge art. 260 Gem.wet (20a). Maar zoodra zij voor een

(20) Hierover een (indien het mogelijk zal blijken) nog te publiceren opstel, getiteld: Op de grenzen van publiek en privaatrecht, hoofdst. III, en hoofdst. I op dit punt.

(20a) Vgl. hierover S. J. M. v. GEUNS in *Themis* 1896 bl. 562-563.



bepaalde categorie van gevallen de toepasselijkheid van het zoeven genoemde art. 15 ontkent, neemt onze rechterlijke macht ook weer aan dat de regel van kracht, en dus zij zelf bevoegd is.

Zoo is in de eerste plaats door den Hoogen Raad beslist, dat indien het geldt belastingen, waarvan *geen kohieren* volgens de daarvoor gestelde bepalingen zijn opgemaakt, art. 15 voornoemd niet in aanmerking komt, als blijktens het daaraan voorafgaande artikel enkel ziende op het geval dat er wèl wettelijk opgemaakte kohieren bestaan. Men zie in dezen zin het boven reeds aangehaalde arrest van 7 Februari 1919, gewezen naar aanleiding eener gemeentelijke hondenbelasting. Het arrest sloot zich op dit punt aan bij dat van 28 Juni 1901 (mede boven geciteerd), waarbij men vergelijkte het vonnis a quo van Rb. Roermond van 18 October 1900 *W.* 7517, betreffende de terugvordering van door een gemeente geheven bruggeld. En ook het Hof van Zuid-Holland had voor havengeld vroeger in gelijken zin beslist bij arrest van 25 Maart 1872 *R. B.* 1873 bl. 498 (21).

(21) Dat art. 15 der wet van 1845 niet is geschreven voor het zoeven in den tekst aangeduide geval is ook aangenomen door Rb. Haarlem 6 Jan. 1920 *W.* 10625, en Rb. Amsterdam 22 Maart 1881 *W.* 4707, *G.st.* 1584, *W. B. A.* 4704, gewezen op een verzet. Vgl. voorts *Ktg.* Hilversum 21 Oct. 1919 *G.st.* 3579 (8°). *Anders*, betreffende een verzet, Rb. Leeuwarden 21 Maart 1918 *N. J.* 1918 bl. 1147, gelijk ook Rb. Amsterdam 22 April 1904 *W.* 8162, *G.st.* 2794. Met dit laatste vonnis vereenigen zich de *Red. W. B. A.* no. 2905, en *OPPENHEIM*, *Gem.recht*, 4° dr. I bl. 716—717, die wijst op het hieronder te vermelden arr. *H. R.* van 20 Maart 1903, doch naar het schijnt niet er op heeft gelet dat de Hooge Raad toen niet was gesteld voor de vraag, of de rechter bij gemis van een wettelijk opgemaakt kohier zich met de zaak mocht inlaten, maar bij zijn arrest enkel doelde op een tegenstelling tusschen wettigheid der verordening en wettigheid van den aanslag. Bij *OPPENHEIM* sloot zich aan *H. d. J.* in zijn bovenvermelde noot 1 in *W.* 10393 bl. 3. Vgl. ook *DROSSAART*

In de tweede plaats heeft de jurisprudentie art. 15 der wet van 1845 nog in andere gevallen niet van toepassing geoordeeld, op welke gevallen ik zoo aanstonds terugkom.

BENTFORT in W. B. A. 3663—3664; Handel<sup>n</sup> Tweede Kamer 1920—1921 bl. 325—329.

Verdere jurisprudentie waarbij, meestal implicite, de bevoegdheid der rechterlijke macht is aangenomen voor een terugvordering van belasting of retributie, zonder kohieren geheven, behalve de boven in den tekst bij noot 19 en in die noot aangehaalde: voor vaart- en walgeld, alsmede bruggeld Rb. Heerenveen 25 Maart 1904 W. 8301, en 14 April 1905 W. 8301, W. B. A. 2954; voor bruggeld (doorvaartgeld) ook Hof Gelderland 5 Dec. 1860 W. 2270, R. B. 1861 bl. 561, G.st. 495, W. B. A. 612, bevestigend Rb. Zutphen 19 April (niet 31 Mei) 1860 W. t. a. p., W. B. A. 613. Zie ook voor havengeld, behalve het in den tekst vermelde arrest Hof Zuid-Holland, waarbij werd bevestigd Rb. Rotterdam 27 April 1870 W. 3209, G.st. 971, W. B. A. 1094: Ktg. I Rotterdam 2 Maart 1870 W. 3193, G.st. 963, en in appèl Rb. Rotterdam 15 Febr. 1871 W. 3308, G.st. 1013, W. B. A. 1133. Voor tolgeld Rb. Leeuwarden 23 Jan. 1890 W. 5915, P. v. J. 1891 no. 86, doch *anders* in appèl Hof Leeuwarden 23 Sept. 1891 W. 6086 (6060), P. v. J. t. a. p., G.st. 2093, W. B. A. 2214 (tegen de competentie der rechterlijke macht), over welke beslissingen zie G.st. 2052, 2053, 2097. Vgl. de beschikking van den Min. van Binn. Zaken van 18 Jan. 1859 Bijdr<sup>n</sup> St.-Best. 3 bl. 77. Vóór de competentie der rechterlijke macht in een terugvordering van tolgeld, dat ten behoeve der onderhoudsplichtigen van een brug werd geheven krachtens een oud bisschoppelijk oktrooi en een provinciaal reglement uit den tijd der Republiek, later door de direktie voor de brug, terwijl eischer op grond van datzelfde reglement en oktrooi aanspraak maakte op vrijdom van tolgeld, zie Rb. Utrecht 29 Oct. 1902 W. 7826 (implicite). Voor rijkstolgeld vgl. Ktg. Alphen, vonnissen van 3 Oct. 1855 W. 1758 en van 20 Nov. 1861 W. 2370. Voor gemeentelijk keurgeld uitdrukkelijk Rb. Amsterdam 18 Maart 1912 W. 9375, W. B. A. 3347. Voor de bij een gemeentelijke vergunning tot het houden eener publieke gemakelijkheid bedongen betaling ter bestrijding der kosten van de brandweer vgl. Rb. 's-Gravenhage 22 Juni 1904 W. 8121, G.st. 2752, W. B. A. 2890, bevestigd door Hof 's-Gravenhage 29 Mei 1905 W. 8271, G.st. 2823 (11<sup>o</sup>), W. B. A. 2940. Een publiekrechtelijke gemeentelijke retributie betrof ook Hoogger. Hof 's-Gravenhage 21 Maart 1849 *Themis* 1917 bl. 357—358.



Voordat ik dit doe, wil ik hier eerst met een enkel woord de vraag bespreken, of het juist is, dat men ook de terugvordering laat beheerschen door bedoeld art. 15 lid 2 (22). Sedert 1893 kan daarvoor worden aangevoerd het argument te putten uit de toen in art. 15 ingevoegde leden 6 en 7. Maar vóór dien tijd sprak het artikel in het geheel niet van de terugvordering. En ook na 1893

(22) Vgl. de jurisprudentie, vermeld Inleid. R. Org. IX nos. 56 en 57 (i. v. m. no. 55), waarbij in no. 56 thans nog te voegen: de twee in den aanhef van dit opstel bedoelde arresten H. R. van 27 Mei 1921, het arrest a quo, Hof Amsterdam 29 Oct 1920 W. 10656, N. J. 1921 bl. 130, op *dit* punt in overeenstemming met het vonnis in eersten aanleg, Rb. Amsterdam 27 Jan. 1919 W. 10462, N. J. 1919 bl. 455, P. V. 1919 bl. 98, W. B. A. 3671, en het mede in het begin van dit opstel aangehaalde arr. H. R. van 7 Febr. 1919 (in een tusschenzin) gelijk ook het vonnis a quo, Ktg. 's-Gravenhage 9 Sept. 1918 W. 10297. — Bij het Inl. R. O. t. a. p. vermelde arr. H. R. van 9 Juni 1893, in verband met Rb. Rotterdam 28 Maart 1892, vgl. in appél Hof 's-Gravenhage 12 Dec. 1892 W. 6307, P. v. J. 1893 no. 3, G.st. 2167, W. B. A. 2297; bij H. R. 24 Juni 1892 en het arrest a quo Hof Amsterdam 25 Sept. 1891, vgl. het daarbij vernietigde vonnis Rb. Utrecht 19 Juni 1889 W. 5752, P. v. J. 1889 no. 79 (78), G.st. 1996, W. B. A. 2109. Zie ook H. R. 19 Dec. 1890 W. 5970, R.spr. 156 § 46, v. d. Hon. B. R. 56 bl. 302, P. v. J. 1891 no. 8, G.st. 2071, W. B. A. 2175, bij welk arrest vgl. G. VISSERING, Belastingheffing van buitenwonenden... (1894) bl. 24. Voorts het boven in den tekst vermelde arr. Hof Zuid-Holland van 25 Maart 1872; Rb. Middelburg 22 Dec. 1875 W. 3932, R. B. 1876 D bl. 89, G.st. 1209, W. B. A. 1390, waarbij vgl. Rb. Middelburg 29 Nov. 1876 W. 4057, R. B. 1877 D bl. 15, G.st. 1321. Het Inl. R. O. IX no. 56 geciteerde vonnis Rb. Amsterdam van 15 Jan. 1895 overwoog overigens als in het begin van dit opstel is aangeduid. — Rb. 's-Gravenhage 26 Oct. 1915 N. J. 1916 bl. 113 betrof de bedrijfsbelasting. Dit vonnis paste art. 15 lid 6 der wet van 1845 toe en gaf een motiveering, in overeenstemming met een uitspraak van onbevoegdheid, doch het verklaarde eischer niet-ontvankelijk. — De competentie der rechterlijke macht voor een terugvordering van direkte gemeentebelasting is in een geval, waarin de hoegrootheid van den aanslag werd aan-

is, indien men afziet van de thans vervallen bedrijfsbelasting (23), de toepasselijkheid van art. 15 lid 2 op de terugvordering niet uit de wet zelf op te maken. De jurisprudentie beroept zich voor de toepassing dan ook enkel hierop dat anders art. 15 lid 2 zou worden ontdoken, doordat men in plaats van het verzet, steeds gebruik zou kunnen maken van de terugvordering (24). Op die manier zou meergemeld art. 15 lid 2 zijn doel missen. HAZELHOFF, *De Competentie der Justitie*, bl. 55—56, heeft getracht dit argument te ontzenuwen, maar m. i. is dat hem niet gelukt. Indien het motief der wetsbepaling is de beoordeeling der wettigheid van den aanslag te onttrekken aan de rechterlijke macht, omdat andere colleges zijn aangewezen voor de beslissing der tegen den aanslag in te brengen bezwaren, dan geldt dat motief niet sterker bij het in de wet geregelde verzet dan bij de in 1845 ongeregeld gelaten terugvordering van het betaalde. En art. 265*b* Gem.wet zou, evenzeer als art. 15 lid 2 voornoemd, zijn doel missen, zoo de rechterlijke macht elke *condictio indebiti*, steunend op bezwaren,

getast, in 1855 aangenomen door den Min. v. Binn. Zaken, zie G.st. 260, W. B. A. 375; zoo ook voor een *condictio indebiti* van personeele belasting bij aantasting der wettigheid van den aanslag, door Hof Amsterdam 6 Nov. 1903 W. 8041. Ktg. 's-Gravenhage 12 Sept. 1887 W. 5454, G.st. 1877, W. B. A. 2001 achtte art. 15 niet toepasselijk op de terugvordering.

(23) De wet op de vermogensbelasting heeft een afzonderlijke regeling, nu in haar art. 34.

(24) Te vergelijken is de jurisprudentie op de wet van 1841 *Stbl.* 42, waarbij de H. R. eveneens bepalingen betreffende het verzet heeft toegepast op de *condictio indebiti*: H. R. 27 Febr. 1846 W. 712, R.spr. 23 § 66, v. d. Hon. G. Z. 4 bl. 67, en 12 Jan. 1877 W. 4072, R.spr. 115 § 5, v. d. Hon. B. R. 42 bl. 9. Bij deze arresten vgl. verder, hoewel niet ziende op een terugvordering, die van 11 Nov. 1881 en 12 Mei 1882, nader te vermelden aan het einde van § 4 van het boven in noot 4 bedoelde opstel.



tegen de wettigheid van den aanslag, zou onderzoeken en daarop beslissen (25). De eenige vraag is, dunkt mij, hoever, nu de wet zwijgt, de rechter gaan kan om ontduiking van hetgeen zij wèl bepaalt te beletten. Het verdient de aandacht dat, ook al zou men, ingevolge art. 15 lid 2 onbevoegdheid der rechterlijke macht moeten aannemen voor een verzet, dat tegen de wettigheid van een aanslag is gericht — een kwestie, waaromtrent de jurisprudentie niet eenstemmig is (26) — het dan nog de vraag is of juist ook onbevoegdheid zal zijn uit te spreken bij een terugvordering, steunend op aantasting der zoo-even bedoelde wettigheid. Immers ook zonder dat is ontduiking van art. 15 lid 2 der wet van 1845 en van art. 265*b* Gem.wet af te snijden door de terugvordering niet-ontvankelijk te verklaren. En ik zou denken dat zulk een verklaring hier meer op haar plaats is dan eene van onbevoegdheid (27). De wet van 1845 zelf immers behelst geen uitzondering op den regel van

(25) Vgl. Inleid. R. Org. bl. 237 a. h. e., en G.st. 3946 (8°).

(26) Vgl. Inleid. R. Org. bl. 66—67, en daarbij aldaar bl. 56—66 ten opzichte der terugvordering.

(27) Vlg. ook Inleid. R. Org. bl. 244—245. — Met het opstel van TIELEMAN in *Themis* 1921 bl. 61—106 kan ik mij slechts ten deele vereenigen, niet o. a. met betrekking tot hetgeen hij schrijft over onbevoegd- en niet-ontvankelijkverklaring. Al kan men de eerste beschouwen als een onderdeel van de tweede (t. a. p. bl. 82 v. o.), in het stelsel onzer wet staat de onbevoegdheid der rechterlijke macht of van een bepaald rechter toch zelfstandig tegenover alle andere redenen die aan toewijzing der vordering door den ingeroepen rechter in den weg staan, hetzij die redenen naar TIELEMAN's leer moeten leiden tot een ontzegging of tot een niet-ontvankelijkverklaring van den eisch. En de wet belet niet andere gronden voor niet-ontvankelijkverklaring aan te nemen dan T. doet, al mocht hij gelijk hebben in zijn veroordeeling van de wijze waarop de praktijk onderscheidt tusschen niet-ontvankelijkverklaring en ontzegging van den eisch, wat hier in het midden kan blijven.

art. 2 R. O. voor de terugvordering, van gemeentebelasting b. v., bij betwisting van den aanslag. Tenzij men voor gemeentebelasting zulk een uitzondering uit een of ander artikel der gemeentewet kan distilleeren (art. 179*b*, 265*b* en *c*, vroeger ook het thans vervallen art. 266) waarover zoo straks, blijft de regel van kracht, en hier wordt nu ondersteld dat volgens dien regel de terugvordering van het naar publiek recht onverschuldigd betaalde in het algemeen valt onder art. 2 R. O. Ik betwijfel of de rechter zelf een uitzondering op eigen bevoegdheid in het leven mag roepen om ontduiking van de wet van 1845 te beletten, vooral nu hij toch langs een anderen weg datzelfde doel kan bereiken, n.l. door de niet-ontvankelijk-verklaring. Die andere weg heeft het voordeel dat hij den rechter meer vrijheid van beweging laat (27*a*). De rechter kan moeilijk, indien hij bij betwisting der wettigheid van den aanslag zich in het ééne geval onbevoegd verklaart tot kennisneming van de terugvordering, in een ander geval bij gelijke betwisting wèl van dien eisch kennis nemen. Daarentegen is er m. i. minder bezwaar de niet-ontvankelijk-verklaring naar mate der omstandigheden al dan niet uit te spreken. Zij is niet, gelijk een verklaring van bevoegdheid of onbevoegdheid, gebonden aan speciaal daarvoor geschreven wetsbepalingen. Haar eenig doel in het hier besproken geval is te waken tegen wetsontduiking. En nu is de mogelijkheid niet uitgesloten dat somtijds hij die de *condictio* instelt wel de wettigheid of hoegrootheid van een aanslag betwist, maar onder zulke bijzondere omstandigheden, dat de rechter van oordeel is: had de wetgever de terugvordering in deze materie geregeld, en deze omstandigheden zich voor oogen gesteld, dan zou hij bij

---

(27*a*) Vgl. ook hieronder noot 33*a* op bl. 411.



een verbod aangaande die vordering, als zij op betwisting der wettigheid of hoegroetheid van den aanslag steunt, haar toch hebben toegelaten in dit speciale geval. Door zulke uitzonderingsgevallen (28) op den regel van niet-ontvankelijkheid toe te laten, wordt het doel van den regel zelf niet gemist. Voor wetsontduiking zou alleen dan de deur openstaan, indien de terugvordering *algemeen* werd ontvangen, niet indien de rechter dit enkel doet in de speciale gevallen, waarin hij bevindt dat ongerechtigheid het gevolg zou zijn van zijn onthouding.

Het gevaar dáárvoor nu kan men voornamelijk aanwezig achten, zoowel in het geval dat de betichting van onwettigheid is gericht op de verordening zelf, waarvan de aanslag het uitvloeisel is, als ook in het geval dat eischer beweert nooit inwoner te zijn geweest van de gemeente, die hem aansloeg. Men heeft meer dan eens ook een verzet, steunend op een der twee zoeven genoemde gronden, ontvankelijk geacht, en zoowel bij de terugvordering als bij het verzet volgehouden dat er dan niet is aantasting der wettigheid van den aanslag (29).

(28) Deze uitzonderingsgevallen zijn en moesten Inleid. R. Org. bl. 200—202 worden verwaarloosd.

(29) Zoo achtte het (Inleid. R. Org. IX no. 56) vermelde arrest Hof Amsterdam van 25 Sept. 1891, en het daarbij vernietigde vonnis, Rb. Utrecht van 19 Juni 1889 (zie noot 22) de rechterlijke macht wél bevoegd voor de terugvordering van gemeentelijke belastingschuld, gelijk ook die vordering ontvankelijk, voor zoover zij steunt op de bewering dat de verordening onwettig is. En dit werd niet als betwisting van den aanslag aangemerkt. Evenmin deed dit H. R. 20 Maart 1903 W. 7902, R.spr. 193 § 48, v. d. Hon. Bel. 16 bl. 128, P. v. J. 304, G.st. 2700, gewezen op verzet tegen een dwangbevel. De juiste overweging van dit arrest over de beteekenis van den aanslag is m. i. niet afdoende; vgl. hetgeen hier in den tekst volgt over het verband tusschen verordening en aanslag. Naar aanleiding der arresten van den H. R. van 1893 en 1903 zie OPPENHEIM t. a. p. I bl. 709—714, en bl. 716 over de strekking van art. 15 lid 2 wet

Ten onrechte. Wel is het waar dat betichting der belastingverordening van onwettigheid niet *noodzakelijk* insluit betwisting der wettigheid van den aanslag. In het zeer exceptioneele geval namelijk dat de verordening overbodig was (30), kan het gebeuren dat zij zelf onwettig is en de aanslag wettig. Maar anders is het m. i. glashelder dat onwettigheid der verordening gelijke onwettigheid moet medebrengen voor den op haar dan steunenden aanslag. Men heeft wel beweerd dat „wettigheid.... van den aanslag” blijkens de toevoeging van „hoegrootheid” in art. 15 der wet van 1845 een zóó beperkte beteekenis moet hebben dat de wettigheid der verordening een andere kwestie betreft, die dus de wettigheid van den aanslag niet raakt (31). M. i. echter is dit laatste niet

1845. Vgl. — behalve het in 1903 gecasseerde arrest Hof 's-Hertogenbosch van 1 April 1902 W. 7753, W. B. A. 2774, en het daarbij vernietigde, doch door den H. R. bevestigde, vonnis Rb. 's-Hertogenbosch van 15 Maart 1901 W. 7735, G.st. 2642 — vroegere jurisprudentie op dit punt, vermeld bij LÉON—Vos no. 2 op art. 260 Gem.wet. (Bij H. R. 5 Febr. 1869 vgl. G.st. 967 bl. 1, alsmede het arrest a quo, Hof Friesland 8 April 1868 W. 2994, G.st. 869, W. B. A. 1018). Zie ook Rb. Assen 21 Febr. 1870 W. 3240, R. B. 1871 bl. 775, W. B. A. 1084, waartegen het beroep in cassatie is verworpen door H. R. 9 Dec. 1870 W. 3276, R.spr. 96 § 26, v. d. Hon. G. Z. 25 bl. 318, G.st. 1007, W. B. A. 1156; vgl. dat arrest. Zie voorts H. R. 26 Oct. 1866 W. 2847, R.spr. 84 § 20, v. d. Hon. Bel. 9 bl. 310, en vgl. nog Ktg. Breda 14 April 1858 W. 1983.

(30) Vgl. het in noot 22 bedoelde arr. H. R. van 9 Juni 1893.

(31) Zoo de conclusies van het O. M. vóór H. R. 20 Oct. 1854 W. 1587, R.spr. 48 § 40, v. d. Hon. G. Z. 13 bl. 56, vóór H. R. 5 Juni 1863 R.spr. 74 § 24, v. d. Hon. G. Z. 20 bl. 239, en vóór H. R. 27 Jan. 1865 W. 2664, R.spr. 79 § 16, v. d. Hon. B. R. 29 bl. 244. Vgl. hierbij Rb. Rotterdam 19 Dec. 1912 W. 9472, N. J. 1913 bl. 303, en S. J. M. v. GEUNS in W. 6373 bl. 4 kol. 2. — Ook in Frankrijk gold indertijd dat verzet en terugvordering wél de wettigheid der belasting zelf mochten aantasten, doch niet die van den aanslag; vgl. SERRIGNY, *Organisation de la Compétence.... en*



mogelijk. De aanslag die steunt enkel op een onwettige verordening kan zelf niet wettig zijn. Dat art. 15 mede gewaagt van de hoegrootheid, bewijst slechts dat met wettigheid bedoeld is die van het aangeslagen zijn, onafhankelijk van het bedrag.

De kwestie omtrent het tweede hierboven genoemde uitzonderingsgeval, dat van het inwonerschap, is opgeworpen naar aanleiding der redaktie van art. 245 Gem.wet, zooals dat luidde vóór de herziening bij de wet van 24 Mei 1897 *Stbl.* 156. Men zocht (want het was m.i. eigenlijk een verlegenheidsargument) in die redaktie een tegenstelling van hen, die in de belasting mogen worden aangeslagen, en hen, die daarin hebben bij te dragen. En men zeide dan dat betwisting der verplichting bij te dragen niet was betwisting der wettigheid van den aanslag (32). Nu is dit laatste in zoover juist dat, indien

---

*matière contentieuse administrative* (1851) I bl. 467—468, 481—484, 522, 533. Het is zeer goed mogelijk dat onze wetgever van 1845 mede op dit standpunt stond. Maar al mocht het zoo zijn, het kan niet wegnemen dat in den regel aantasting der wettigheid van de verordening, datzelfde insluit voor den aanslag. — Het beroep ten deze in G.st. 967 bl. 1 op het rechterlijk toetsingsrecht ter verdediging der leer dat art. 15 wet 1845 niet toepasselijk is, als de onwettigheid der verordening wordt beweerd, vergeet dat de toetsing door den rechter eerst te pas kan komen, als hij de zaak zelf mag onderzoeken.

(32) Zie in dien zin H. R. 14 Jan. 1870 *W.* 3179, *R.spr.* 94 § 7, v. d. Hon. Bel. 10 bl. 1, G.st. 958, *W. B. A.* 1079, met verwijzing naar art. 265 Gem.wet de cassatie verwerpend tegen *Rb. 's-Gravenhage* 9 Maart 1869 *W.* 3088, G.st. 911, *W. B. A.* 1032, welk vonnis echter had overwogen dat alleen zij die in een gemeente verblijven, in de belasting moeten worden *aangeslagen*, doch dat zij die er slechts vertoeven ter waarneming eener openbare betrekking, niet behoeven bij te dragen. Het maakte dus niet, gelijk de Hooge Raad, een tegenstelling tusschen betwisting der wettigheid van den aanslag en de bewering dat men, als vrijgesteld bij de wet, niet behoeft bij

men niet ontkent het ontstaan der belastingschuld krachtens den aanslag, doch enkel het nòg bestaan dier schuld

te dragen (alsof een aldus vrijgestelde wèl zou mogen worden aangeslagen). Naar aanleiding van het Haagsche vonnis zie A. in *W.* 3090 bl. 4 en H. J. SMIDT in *W.* 3101 bl. 3—4. Bij SMIDT's bijdrage is er op te letten dat art. 265 Gem.wet toen anders luidde dan sedert 1881. Vgl. de conclusie O. M. vóór het arr. H. R. van 1870, en ook die vóór H. R. 19 Dec. 1890, in noot 22 vermeld. Dit arrest (gewezen in cassatie van Rb. Utrecht 3 Febr. 1864 *W.* 2583, R. B. 1865 bl. 178, G.st. 660, W. B. A. 783) las het verbod van art. 15 lid 2 der wet van 1845 als stond er: nimmer *alleen* tegen de wettigheid, enz. — H. R. 24 Maart 1865 *W.* 2681, R.spr. 79 § 49, v. d. HON. G. Z. 21 bl. 364, G.st. 709, W. B. A. 829 had overwogen dat de vraag *over welken tijd* men in een gemeentebelasting moet bijdragen, noch de wettigheid noch de hoegrootheid van den aanslag betreft. In zulke gevallen staat het inwonerschap voor een zekere tijdruimte vast. Voor die gevallen was de jurisprudentie vroeger zeer verdeeld (zie het vervolg dezer noot). Het in noot 22 vermelde vonnis Rb. Amsterdam van 27 Jan. 1919 overwoog dat dan de hoegrootheid van den aanslag wordt betwist. Maar in appèl was Hof Amsterdam 29 Oct. 1920 (mede t. a. p. vermeld) het hiermede niet geheel eens. Het Hof onderscheidde naarmate eischers ontkenning van hoofdverblijf betrekking heeft op den aanvang van het tijdvak, waarvoor de aanslag is geschied of op een tijdperk na den aanslag, en zag alleen in het eerste betwisting der wettigheid van den aanslag. Met dit arrest vereenigt zich Red. W. B. A. 3734 bl. 1—2. M. i. geeft het Hof een onzuivere formuleering aan een juiste gedachte. Deze is dat de aanslag in orde is, indien hij rekening houdt met het tijdperk, waarmee hij enkel rekening kon houden, n.l. dat aan den aanslag voorafgaande. Maar het komt niet aan op den aanvang van het belastingjaar. De aanslag wordt soms uitgesteld. Heeft de ontkenning van hoofdverblijf of verblijf betrekking op een tijdperk na den aanslag, dan tast zij den aanslag niet aan. De Hooge Raad nam in cassatie bij zijn beide arresten van 27 Mei 1921 aan dat het onverschillig is over welk tijdvak de aanslag plaats heeft, en dat een eischer, die bij zijn *condictio indebiti* erkent voor een deel van het belastingjaar terecht te zijn aangeslagen, hiermee niet bestrijdt, doch wel erkent de aanwezigheid der wettelijke vereischten voor belastingschuld in dat belastingjaar. Ik zou willen vragen: ook voor de



toen zij betaald werd, de aanslag niet wordt aangetast (33). Maar dat de zoeven geformuleerde tegenstelling als zoodanig in art. 245 niet was bedoeld, blijkt uit de memorie

maanden, waarvoor hij beweert niet tot bijdragen verplicht te zijn? Vgl. overigens hieronder in den tekst. Voor het geval dat het inwonerschap wordt ontkend heeft anders dan bovengeciteerd arr. H. R. van 1865 voor de terugvordering, het Inleid. R. Org. bl. 66 vermelde arr. H. R. van 31 Dec. 1891, betreffende een verzet tegen een dwangbevel, die ontkenning wel aangemerkt als aantasting der wettigheid van den aanslag. (In deze noot haal ik zoowel beslissingen aangaande het verzet aan als die over de terugvordering, daar de jurisprudentie in den regel voor beide op gelijke wijze motiveert). Bij genoemd arrest van 1891 is ook het in noot 22 bedoelde van 9 Juni 1893 te vergelijken, hoewel andere kwesties behandelend, inzoover als dit arrest de bewering dat zekere categorie, die naar de verordening moest worden aangeslagen, naar de wet niet mocht worden aangeslagen, beschouwde als betwisting van den aanslag. — De beperkte uitlegging van art. 15, meebrengend dat ontkenning van het inwonerschap niet zou zijn betwisting van den aanslag, is voor het verzet aanvaard door Rb. Heerenveen 13 Dec. 1872 W. 3607, P. v. J. 1873 Bijbl. 44, G.st. 1174; voor de terugvordering door Hof Zuid-Holland 7 Maart 1859 W. 2060 (vernietigend Rb. Middelburg 7 April 1858 W. B. A. 473), en door Rb. Middelburg 22 Dec. 1875, in noot 22 vermeld. *Anders* voor het verzet, behalve bovengenoemd arr. H. R. van 31 Dec. 1891, Hof Amsterdam, arresten van 6 Nov. 1889 (met Rb. Amst. 6 Nov. 1888), en van 7 Nov. 1890 (met Rb. Amsterdam 18 Dec. 1888), Rb. Winschoten 2 Maart 1859; Rb. Amsterdam 20 Oct. 1875, welke beslissingen Inleid. R. Org. bl. 66—67 zijn vermeld; voor de terugvordering Hof Amsterdam 10 April 1896 (met Rb. Amsterdam 15 Jan. 1895) en Rb. Amsterdam 9 Maart 1893, beslissingen geciteerd t. a. p. bl. 65. Het daar mede genoemde vonnis dier Rb. van 22 Dec. 1891 achtte incompetentie krachtens artt. 264 vlgg. oud Gem.wet aanwezig, maar maakte geen gewag van de wet van 1845. Voor het bovenbedoelde geval dat eischer beweert korter tijd in de gemeente te zijn verbleven dan waarvoor hij is aangeslagen, nam het t. a. p. bl. 65 v. o. aangehaalde vonnis Rb. Amsterdam van 16 Juli 1878 aan dat, nu tusschen partijen vaststond dat de aanslag overeenkomstig de verordening was geschied naar den toestand op den daarin aangewezen dag, (dit blijkt

van toelichting, die van de bepalingen, welke van bijdragen gewagen, zegt dat zij strekken „om zooveel mogelijk te voorkomen, dat iemand over hetzelfde tijdvak in meer dan ééne gemeente worde aangeslagen”. En sedert 1897 gaf ook de tekst van art. 245 geen grond meer voor de bedoelde tegenstelling, al wees het derde lid er met reden op dat iemand belastingschuldig kan zijn zonder verplichting bij te dragen over het geheele jaar. Daaruit mag men m.i. niet met den Hoogen Raad bij zijn arresten van 27 Mei 1921 de gevolgtrekking maken dat hij, die zijn verplichting tot bijdragen over

uit andere op die verordening ziende vonnissen), er niet was betwisting van wettigheid of hoegrootheid van den aanslag. Dit, hoewel eischer eerst had beweerd dat de aanslag was in strijd met art. 245 Gem.wet, wat naar het hier in den tekst volgende, inderdaad zoo was, op welke bewering hij echter bij repliek was teruggekomen. In gelijken geest als dit vonnis voor het zooeven omschreyen geval, het ook t. a. p. vermelde vonnis Rb. Amsterdam van 31 Juli 1877. Implicite eveneens Rb. Rotterdam 23 Mei 1898 *W.* 7202, *G.st.* 2479, *W. B. A.* 2591; Rb. Utrecht 31 Maart 1880 *W.* 4543; Rb. 's-Gravenhage, vonnissen van 1 Maart 1875 *W.* 3826, *G.st.* 1227, *W. B. A.* 1350 (met *Ktg.* 's-Gravenhage 20 Juli 1874 *W.* 3738, *G.st.* 1191, *W. B. A.* 1311) en van 30 Maart 1876 *W.* 3967, *G.st.* 1284, *W. B. A.* 1405; *Ktg.* Arnhem 5 Nov. 1879 *W.* 4533, *W. B. A.* 1634. Vgl. mede Rb. 's-Gravenhage 1 Maart 1875 *W.* 3828, *G.st.* 1224. Al deze vonnissen golden de terugvordering, — Zie nog *R. Adv.* 6 bl. 21—24; *DE JONGE*, *Admin. en Just.* bl. 29—31, en mijn *Inleid. R. Org.* bl. 229—234. *HAZELHOFF*, t. a. p. bl. 54 bestrijdt terecht het stelsel der oudere jurisprudentie voor het verzet. Hij oordeelt, bl. 60—63 anders voor de terugvordering, doch is op dit punt bestreden door *OPPENHEIM* in *R. Mag.* 1891, bl. 144—146. Vgl. voorts *LÉON—Vos nos.* 2 en 3 op art. 260 Gem.wet. Voor het daar in no. 2 geciteerde arr. *H. R.* van 25 Oct. 1858 en het toen gecasseerde vonnis Rb. Rotterdam van 25 Nov. 1857 vlg. *Inleid. R. Org.* bl. 67. Het betrof een verzet, steunend op niet-inwoning. De *H. R.* nam aan dat art. 265 Gem.wet (oude redaktie) met het oog op de korte termijnen enkel gold voor inwoners der gemeente. Daartegen terecht *S. in W.* 2022.

(33) Vgl. *Inleid. R. Org.* blz. 230.



zeker tijdvak ontkent, doch niet beweert dat bij in het geheel niet mocht worden aangeslagen, nu ook den aanslag onaangetast laat. Indien men op het voetspoor der wet van 1845 wettigheid en hoegrootheid van den aanslag zóó van elkaar onderscheidt als op bl. 407 v. b. is aangeduid, dan wordt in het zoeven onderstelde geval wel niet de wettigheid, maar toch de hoegrootheid van den aanslag aangetast door hem die beweert dat ook tijdens het opmaken der kohieren de aanslag niet had mogen geschieden voor zooveel maanden als waarover deze loopt. Alleen zou men kunnen zeggen dat dan niet de *condictio indebiti* zelf den aanslag aantast, doch dat dit geschiedt in de gronden waarop zij steunt. Maar die redeneering zou dan opgaan voor elke terugvordering van onverschuldigd betaalde belasting. En volgt men haar niet, dan is m.i. ook niet juist de stelling der arresten van 27 Mei 1921 dat de strekking der vordering niet wordt veranderd naarmate van het tijdvak, waarover de aanslag loopt (33a). Wel zou het misschien wenschelijk zijn geweest dat in art. 260 Gem.wet een uitzondering ware gemaakt op den regel der toepasselijk-verklaring van de wet van 1845 voor het geval dat een betwisting der wettigheid van den gemeentelijken aanslag steunt op de bewering van niet-inwoning in de betrokken gemeente gedurende het belastingjaar (en eveneens voor het boven besproken geval dat de-niet overbodige belastingverordening van onwettigheid wordt beticht). Maar dat is niet geschied. En dientengevolge laat art. 260 Gem.wet in verband met art. 15 der wet van 1845 het

(33a) Vgl. noot 32 op bl. 408—409. De redactie van het thans geldende art. 244a Gem.wet ontnemt voor het vervolg elken steun aan een argumentatie als die van den H. R. Dat geeft intusschen geen bezwaar in het door mij verdedigde stelsel, waarnaar de rechter zich niet incompetent verklaart, doch eischer niet-ontvankelijk, tenzij de omstandigheden ook tegen dit laatste pleiten.

verzet niet toe, ook al ligt daaraan een der hier aangeduide beweringen ten grondslag (34). Doch wordt op haar een terugvordering der reeds betaalde belasting gebaseerd, dan kan de rechter aldus redeneeren: alleen doordat art. 15, geschreven voor Rijksbelastingen, bij de gemeentewet ook op gemeentebelasting toepasselijk is verklaard, zonder dat men de bijzonderheden, welke deze laatste meebrengen, in het oog heeft gehouden, moet voor het verzet gemeld art. 15 ook dan worden toegepast, als die bijzonderheden een uitzondering zouden doen verwachten. Wat echter de terugvordering van gemeentebelasting aangaat, deze is niet wettelijk geregeld, en daarom staat het mij rechter vrij haar in zulke uitzonderingsgevallen te ontvangen, nu ontduiking van art. 15 hierdoor toch geen regel kan worden. En ook artt. 265b vlgg. Gem.wet missen hun doel niet, als de rechterlijke macht in die uitzonderingsgevallen op de terugvordering een beslissing geeft na volledig onderzoek der zaak zelf, doch met inachtneming eener eventueel voorafgaande uitspraak van den administratieve rechter over diezelfde belastingschuld (35). Ook de administratieve rechter zal, wordt de zaak voor hem gebracht, dwalingen van een gemeentebestuur hebben te herstellen (36), mede indien zulk een dwaling een der twee bovengenoemde uitzonderingsgevallen betreft. Maar het geldt hier kwesties van meeringrijpenden aard dan die, welke rijzen omtrent de toepassing eener wettige verordening op hen, wier inwonerschap in de betrokken gemeente vaststaat. Dat die

(34) In anderen zin G.st. 1305 bl. 1—2, geschreven toen art. 265 Gem.wet nog niet was gewijzigd.

(35) Vgl. *Inl. R. Org.* bl. 293—295.

(36) Dat is echter niet mogelijk, als de termijn voor de reclame ongebruikt is voorbijgegaan, wat wel eens buiten schuld van den belanghebbende kan zijn gebeurd; vgl. *W. B. A.* 2168 bl. 2 kol. 1.



meer ingrijpende vragen óók door de rechterlijke macht kunnen worden beoordeeld, geeft den burger een waarborg, die bij alle waardeering voor de administratieve rechtspraak, niet is te versmaden (37).

Is die waarborg naar het bovenstaande niet uitgesloten door art. 260 Gem.wet in verband met de wet van 1845, zoodat de rechterlijke macht, algemeen bevoegd voor de terugvordering van het onverschuldigd betaalde, mede in belastingzaken, die vordering in de uitzonderingsgevallen, welke het vereischen, ook kan ontvangen, zonder dat gemelde wetsbepalingen hieraan in den weg staan, het spreekt vanzelf dat daarvan toch niets kan komen, indien er een ander bijzonder wetsvoorschrift mocht zijn aan te wijzen, meebrengend dat de rechter zich onbevoegd moet verklaren voor de terugvordering van gemeentelasting. Er zijn er, die als zoodanig art. 265 (oud) in verband met art. 266 (oud) Gem.wet hebben genoemd. Maar het thans vervallen voorschrift van art. 266 lid 2, gericht tot de gemeente-administratie om terug te geven wat naar de ingeolge art. 265 (oud) uitgesproken eindsbeslissing te veel is betaald, noodzaakte niet tot de conclusie dat de rechterlijke macht niet eveneens zou mogen

(37) OPPENHEIM, Gem.recht, 4e dr. I bl. 718 merkt terecht op dat art. 265 oud bij retributiën niet eens toepasselijk was. Hier is dat echter zonder belang, indien men met het arr. H. R. van 7 Febr. 1919 ook art. 15 wet 1845 niet geschreven acht voor het geval dat er geen kohier bestaat, en dan reeds op dien grond de terugvordering bij de rechterlijke macht toelaatbaar acht.

Het in den tekst gezegde neerschrijvend, ben ik mij wel bewust dat velen zullen weigeren of aarzelen den rechter de vrijheid toe te kennen zich op de door mij aangegeven wijze te stellen naast het administratief gezag, waaraan de wet de beslissing op reclames opdraagt. Ik erken gaarne dat de zaak van twee zijden kan worden gezien, en dat mijn oplossing niet de eenig mogelijke is. Bij invoering der ontwerpen Admin. Rechtspr. zal de kwestie dienen te worden geregeld.

veroordeelen tot terugbetaling, hetzij na en overeenkomstig de in administratieve rechtspraak gegeven beslissing, hetzij als die beslissing ontbreekt doordat er niet is gereklameerd tegen den aanslag. Dat een administratieve rechter is aangewezen om te beslissen op de reklames dwingt evenmin tot de gevolgtrekking dat de rechterlijke macht onbevoegd zou zijn tot kennisneming van een terugvordering van gemeentebelasting, ook dan niet, als die vordering steunt op een bezwaar tegen den aanslag. Formeel is zelfs in laatstbedoeld geval de eisch zelf toch geen dusdanig bezwaar, zoodat de bevoegdheid der rechterlijke macht tot berechting der *condictio indebiti* niet is opgeheven (39).

Ook op art. 179*b* Gem.wet heeft men zich beroepen om die bevoegdheid der rechterlijke macht te ontkennen. Omtrent deze bepaling en art. 153 Prov.wet heb ik elders (40) opgemerkt dat men over de strekking er van

(39) Vgl. Inleid. R. Org. bl. 62—63. Echter ben ik op het daar gezegde teruggekomen t. a. p. bl. 231—232. De al dan niet geldigheid van den aanslag is geen integreerend deel van het voorwerp der terugvordering, indien deze op betwisting van dien aanslag mocht steunen. Wel is het de vraag of niet toch artt. 265*b* vlgg. meebrengen dat na verloop van den daar gestelden termijn de rechter de wettigheid van den aanslag als vaststaande moet aannemen; vgl. daarentrent t. a. p. bl. 233 i.v.m. bl. 183.

(40) Inleid. R. Org. bl. 513—514. De slotsom van het daar i.v.m. bl. 510—513 t. a. p. gezegde kan aldus worden samengevat. Louter praejudicieele beoordeeling der wettigheid van bestuursdaden is aan de rechterlijke macht steeds geoorloofd, indien zij haar niet bij speciale wettelijke bepaling is ontzegd. De bindende beoordeeling (beslissing) daarentegen slechts dan, indien geen ander daarvoor bij uitsluiting als rechter is aangewezen. Dit laatste geval doet zich niet voor, want er is dan concurreerende competentie, als het geldt een inbreuk op een der in art. 2 R. O. genoemde rechten. En evenmin bij de dus genaamde «*jurisdiction retenue*» der administratie, welke Fransche uitdrukking hier is gebezigd in zoo ruimen zin dat er onder is begrepen de rechtspraak bij artt. 153 Prov.wet en 179*b* Gem.wet opgedragen aan de daar genoemde colleges.



kan twifelen, en gezegd dat blijkens de verwijzing dier artikelen naar opdrachten aan anderen, niet is beoogd het geven eener competentie-regeling met uitsluiting van anderen (41). De stelling, o. a. verkondigd door den Hoogen Raad in zijn arrest van 20 December 1907 (42), en door OPPENHEIM onderschreven voor het geval dat niet zijn interpretatie van art. 2 R. O., maar die van den Hoogen Raad wordt gevolgd, de stelling namelijk dat de rechterlijke macht, alsdan competent ook voor geschillen over publiekrechtelijke schuldvorderingen, dientengevolge begrepen is onder de in art. 179*b* Gem.wet bedoelde „anderen”, is m. i. juist, indien het geldt een geschil over zulk een schuldvordering, dat tevens loopt over de uitvoering der verordening. En ik kan niet meegaan met de argumentatie van H. D. J. in zijn noot 2 in *W.* 10393 bl. 3, die zich beroept op de zienswijze van THORBECKE ten opzichte van gemeld art. 179*b* in verband met art. 2 R. O. Hoewel van oordeel dat de bedoeling der makers van een wet voor het opsporen der beteekenis van de in de wet gebezigde woorden wel degelijk van veel belang is, hecht ik minder waarde aan hun opvattingen over hetgeen reeds vroeger bestaande wetten meebrengen (al gingen zij van die opvattingen uit bij het maken der nieuwe bepalingen) en daarom ook aan hun van die opvatting afhankelijke meening aangaande de strekking

(41) Vgl. nog H. R. 20 Dec. 1907, *W.* 8641, R.spr. 207 § 39, P. v. J. 740, G.st. 2935 (5°) i.v.m. 2924 (4°), W. B. A. 3076; Hof Amsterdam 21 Juni 1915, *W.* 9870, N. J. 1916 bl. 411, P. V. 3 bl. 98, W. B. A. 3479 i.v.m. H. R. 7 April 1916, *W.* 9990, N. J. 1916 bl. 664, P. V. 3 bl. 536, A. R. B. 1 bl. 213, W. P. N. R. 2435, G.st. 3405 (10°) W. B. A. 3519, en de concl. O.M. vóór dat arrest; HAZELHOFF t. a. p. bl. 46; ROËLL en OPPENHEIM in *R. Mag.* 1899 bl. 237 v.o., i.v.m. G.st. 1812; G.st. 2654; OPPENHEIM *Gem. recht*, 4e dr. II bl. 134—137; H. D. J. in noot 2 in *W.* 10393 bl. 3.

(42) In de vorige noot vermeld.

dier laatste bepalingen. Voorzoover er sprake is van een geschil over schuldvordering, dat tevens loopt over de uitvoering eener gemeenteverordening, is de opdracht van art. 179*b* Gem.wet aan B. en W. niet geschied met uitsluiting van de rechterlijke macht (43).

Tot dusver heb ik voornamelijk besproken de terugvordering van betaalde belasting, geheven door Staat (44) of gemeente. Vermeld zij nog dat ook voor een terugvordering van waterschapsbelasting de competentie der rechterlijke macht implicite is aangenomen door Rb. Zwolle 25 September 1867, vermeld in, en op hier niet ter zake dienende gronden vernietigd door het arrest H. R. van 29 Mei 1868 *W.* 3013, *Rspr.* 89 § 15, v. d. Hon. G. Z. 24 bl. 143, en *Bel.* 9 bl. 391, *R. B.* 1869 bl. 167.

Voor premieën ter zake van ongevallen-verzekering (45),

(43) Anders Rb. Amsterdam 3 Febr. 1863 *W.* 2487, *G.st.* 614, en *Ktg.* Schiedam 5 Dec. 1905 *W.* 8503, vernietigd door Rb. Rotterdam 31 Dec. 1906 *W.* 8515, *P. v. J.* 628, *G.st.* 2892 (7°), *W. B. A.* 3010; in cassatie het in noot 41 vermelde arr. H. R. van 1907.

(44) Hierop had ook betrekking *Ktg.* I Amsterdam 24 Aug. 1847 *W.* 848, de rechterlijke macht competent verklarend voor een terugvordering van rijksbelasting, steunend op een door Gedeputeerden krachtens art. 28 der Patentwet ten gunste van eischer gegeven uitspraak, die sedert weer was ingetrokken. — Te vergelijken de Oost-Indische jurisprudentie: eenerzijds Hoogger.hof Ned.-Indië 8 Aug. 1895 *Ind. W.* 1679 (de terugvordering van belasting steunt op het B. W. en is ter competentie der rechterlijke macht), aan den anderen kant hetzelfde Hof, arrest van 2 Sept. 1875 *Ind. W.* 638, *Het Regt* in Ned.-Indië 25 bl. 285, bevestigend *R. v. Just.* Batavia 19 Maart 1875 *Ind. W.* 638 (de rechterlijke macht kan niet beslissen over de juistheid van den aanslag). *Vgl.* ook *R. v. J.* Batavia 21 Oct. 1881 *Ind. W.* 962 en 10 Febr. 1905 *Ind. W.* 2174.

(45) De Centrale Raad van beroep was bij zijn uitspraken van 9 Jan. 1905 en 9 Oct. 1906, *W. R.spr.* Ongev. Verzek. no. 64 (200°) en no. 96 (871°) van oordeel dat de Raden van beroep, omdat hun de bevoegdheid niet is verleend teruggaaf te bevelen van aan de *R. V. B.* ten onrechte betaalde gelden, klager niet-ontvankelijk



betaald aan de Rijkverzekeringsbank ingevolge een beslissing van haar, die echter achteraf door haar zelf als onjuist werd vervallen verklaard, overwoog Rb. Amsterdam 11 Februari 1910 *W.* 9140 dat art. 1395 B. W. ook geldt voor organen van het staatsgezag. Zij achtte de rechterlijke macht competent voor de terugvordering. Zoo ook in appèl Hof Amsterdam 27 October 1910 *W.* 9140, met overweging dat reeds langs administratieven weg was uitgemaakt dat de publiekrechtelijke schuld, die als zoodanig was betaald, niet had bestaan, zoodat voor weigering der terugbetaling geen aan het publiek recht te ontleenen gronden meer aanwezig waren. In cassatie besliste H. R. 30 Juni 1911 *W.* 9197, R.spr. 218 § 54, dat art. 2 R. O. *alle* schuldvorderingen omvat.

Implicite had H. R. 18 Maart 1870 *W.* 3194, v. D. Hon. G. Z. 25 bl. 154, de competentie der rechterlijke macht aangenomen voor een *condictio indebiti* van te veel betaald brievenport. Al is het niet algemeen erkend dat de verhouding tusschen den Staat en hen, die hem brieven ten vervoer toevertrouwen, publiekrechtelijk is, voor die zienswijze zijn toch goede redenen aan te voeren (46). Insgelijks achtte implicite Rb. Rotterdam 8 Mei 1916

---

moeten verklaren in het deel zijner vordering, dat strekt tot zulk een teruggaaf. De bij laatstgemelde uitspraak vernietigde beslissing van den Raad van beroep te Dordt van 28 Mei 1906 *C. Org.* 3 bl. 507, huldigde de tegengestelde meening, omdat anders de burgerlijke rechter in de kwestie kon worden betrokken, wat deze Raad van beroep in strijd achtte met het stelsel der Ongevallenwet. Dat de Hooge Raad hierover anders denkt, blijkt uit zijn hier in den tekst aangehaald arrest van 1911. De leer van den H. R. dat krachtens art. 2 R. O. de rechterlijke macht voor deze terugvordering bij uitsluiting competent is, leidt tot het resultaat van incompetentie des ongevallen-rechters.

(46) Literatuur op dit punt wordt aangehaald in hfdst. IV § 5 van het boven in noot 20 bedoelde opstel.

W. 10064, N. J. 1916 bl. 1230, W. P. N. R. 2441, de rechterlijke macht competent voor de terugvordering, door den Staat ingesteld, wegens het te veel betaalde ingevolge eener vergissing in de aan gedaagde gezonden kennisgeving over een telegrafischen postwissel. Ten opzichte van dit vonnis is er op te letten dat de Rechtbank de dubbele mogelijkheid onderstelde dat de vordering òf steunde op de stelling dat de Staat zelf onmiddellijk schuldig was krachtens de kennisgeving, voorzoover deze juist was, òf op de stelling dat de Staat had betaald voor rekening des afzenders van den postwissel. Voor de competentie der rechterlijke macht implicite eveneens in appèl Hof 's-Gravenhage 1 Juni 1917 W. 10146.

Tot besluit van dit hoofdstuk memoreer ik nog het vonnis der Rechtbank te Amsterdam van 28 Juli 1845 W. 644, Het Regt in Nederland 4 bl. 266, en het daarbij bevestigde van Ktg. III Amsterdam van 27 Februari 1845 Het Regt in Nederland 4 bl. 248, over welke vonnissen men mijn Inleiding R. Org. IX no. 52 kan naslaan. De motiveering van het vonnis des Kantonrechters is verward, en slaat metterdaad meer op de ontvankelijkheid der terugvordering dan op de competentie, ten aanzien van welke laatste de Kantonrechter verkeerdelijk overwoog dat het geschil niet liep over een schuldvordering, doch over de gepastheid van machtsoefening.

II. *Vorderingen tot schadevergoeding wegens onrechtmatige bestuursdaden, respektievelijk beheersdaden van publiekrechtelijke korporaties (47).*

Ten opzichte der hier bedoelde vorderingen is voor de competentie der rechterlijke macht veel van toepassing

(47) Hierbij worden terzijde gelaten speciale wetsbepalingen als die van art. 246 i. v. m. art. 244 Algem. wet van 26 Aug. 1822 *Stbl.* 38. — Vgl. b.v. Rb. Maastricht 20 Juni 1850 W. 1188, R. B. 1851 bl. 252.



van het onder I aangaande de *condictio indebiti* gezegde. Ook hier is het voorwerp een schuldvordering, en is dus, bij de ruime interpretatie van dit woord in art. 2 R.O., de rechterlijke macht competent, onverschillig of de bedoelde schuldvordering publiek- dan wel privaatrechtelijk is. En een redaktie, die art. 2 beperkt tot burgerrechtelijke geschillen, maakt de rechterlijke macht niet incompetent voor het geval dat eischer aanspraak maakt op schadevergoeding, als hem toekomend krachtens art. 1401 B.W. Naar de thans heerschende jurisprudentie wordt een onrechtmatige bestuursdaad, die op private rechten inbreuk maakt, door art. 1401 getroffen (48). Al is een vordering, hierop steunend, privaatrechtelijk, zij is niet zuiver privaatrechtelijk, daar haar voorwerp een publiekrechtelijk element bevat. Tot dat voorwerp toch behoort mede de al dan niet rechtmatigheid der aangevallen daad, van de bestuursdaad dus. Dit stempelt deze vordering tot eene, die ten deele publiekrechtelijk is (49). Hierdoor zijn te verklaren de in mijn Inleiding R.Org. bl. 53—54 en 419—423, met jurisprudentie der lagere colleges, vermelde arresten van den Hoogen Raad van 1857, 1875, 1892 en 1900. Te verklaren, maar ten opzichte der beslissing over de competentie der rechterlijke macht m.i. niet goed te keuren (50).

Is beoordeeling der bij de vordering aangevallen bestuursdaad aan de rechterlijke macht naar haar meening niet ontzegd, dan is ook volgens de bij ons heerschende

---

(48) Vgl. voor het standpunt dat onze jurisprudentie ten opzichte van de ontvankelijkheid der vordering inneemt, laatstelijk C. W. STAR BUSMANN, Hoofdstukken van B. Rv. (1920) no. 125.

(49) Vgl. Inleid. R. Org. bl. 154—155, hierboven bl. 384—386, en mijn in noot 4 bedoeld opstel, in § 4.

(50) Zie hieromtrent Inleiding R. Org. bl. 56—58 en 244—245. Vgl. ook boven bl. 384, en hierna onder *d*.

jurisprudentie het publiekrechtelijk karakter, dat de vordering mede heeft, geen aanleiding tot een verklaring van onbevoegdheid. In den regel neemt die jurisprudentie dit standpunt ook dan in, als de bestuursdaad enkel het publieke recht, en geen subjektief privaat recht zou kunnen schenden. Uitzonderingen op dien regel, afwijkingen dus van hetgeen meestal wordt aangenomen (welke mede voorkomen in gevallen waarin er geklaagd werd over inbreuk op een burgerlijk recht) worden hierna onder *c* vermeld.

Ik laat hier nu een overzicht der op deze materie betrekkelijke jurisprudentie volgen, dat aan den eenen kant ter wille van hen, die de berechte processen wenschen na te gaan, niet al te beknopt is gemaakt, maar waarbij ik toch aan den anderen kant, om ruimte te besparen, afzie van bespreking der bijzonderheden van de speciale gevallen. Voor de duidelijkheid deel ik de jurisprudentie in drie rubrieken in: *a.* die betreffende vorderingen bij beweerde inbreuk door een positieve bestuursdaad op burgerlijke rechten, *b.* bij aantasting van een burgerlijk recht door de gedraging van een bestuur, bestaande in het niet inacht nemen der volgens eischer verplichte overheidszorg (50*a*) en *c.* bij positieve daden der overheid, die alleen het publieke recht konden schenden. Daaraan sluit zich dan onder *d.* aan de vermelding der zooveen bedoelde uitzonderingen in de jurisprudentie op den regel der competentverklaring, daarna *e.* die van de rechtspraak betreffende de vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige uitvoering der Distributiewet 1916,

---

(50*a*) Dit kan gepaard gaan met een uitdrukkelijke weigering te handelen. Dan is er tevens een positieve daad, die echter zelf niet een inbreuk op eischers recht uitmaakt. Soms tijds kan men over de rangschikking twijfelen.



voorts in een noot die van Nederlandsche doctrine, en een korte opgaaf van buitenlandsche jurisprudentie en literatuur.

*a. Vorderingen tot schadevergoeding wegens onrechtmatige bestuursdaad bij beweerde inbreuk op burgerlijke rechten.* Hiervoor is thans het belangrijkste arrest van den Hoogen Raad dat van 24 Juni 1904, met het arrest a quo, Hof Leeuwarden 24 Juni 1903, geciteerd Inleiding R.Org. bl. 424. Was laatstbedoeld Hof van meening dat het geschil liep over een uit eigendom voortspruitend recht (51), de Hooge Raad overwoog aldus. Evenzeer als een privaatspersoon kan ook een gemeente door haar orgaan plegen een onrechtmatige daad. De gemeente, die [bewerend in haar publiekrechtelijke functie uitvoering te geven aan een wettige verordening] inbreuk maakt op het recht van eigendom of daaruit voortspruitende rechten, doet hierdoor, [als tegen haar een vordering tot geldelijke schadevergoeding wordt ingesteld], een geschil ontstaan, dat is ter uitsluitende competentie der rechterlijke macht. Bij dit arrest vergelijk men de Inleiding R.Org. bl. 206 (no. 8) vermelde overweging van het arrest H. R. van 22 Maart 1889, en verder voor een eisch tot schadevergoeding in geld, door den Hoogen Raad als eigendoms-vordering aangemerkt, diens arrest van 29 Mei 1874, vermeld t. a. p. bl. 50 (no. 34). Het vonnis a quo van het Hof te Curaçao (mede t. a. p. vermeld) had. m. i. terecht, de vordering gekwalificeerd als die tot schadevergoeding, doch — ten onrechte — de rechterlijke macht onbevoegd verklaard (52).

Over accessoire eischen tot schadevergoeding, hetzij in geld, hetzij in den vorm van herstel in den vorigen

(51) Vgl. het in noot 4 bedoelde opstel, waar tegen het einde van § 4 hierop betrekkelijke jurisprudentie wordt aangehaald.

(52) Vgl. ook t. a. p. bl. 423 onder *e*.

toestand, gevoegd bij eigendomsvorderingen, zie men in de eerste plaats H. R. 9 Mei 1902 en de toen aan gevallen beslissingen, vermeld Inleiding R. Org. bl. 426 v. o.; verder H. R. 20 December 1844, vermeld t. a. p. bl. 93; H. R. 7 Maart 1851 *W.* 1209, R.spr. 38 § 15, v. d. HON. G. Z. 11 bl. 58, W. B. A. 99, casseerend Hof Gelderland 11 September 1850 *W.* 1168, R. B. 1851 bl. 495, R.spr. 38 § 15, W. B. A. 75, en H. R. 17 of 18 Februari 1848 *W.* 930, R.spr. 29 § 74, v. d. HON. G. Z. 7 bl. 165 (vgl. in eersten aanleg Rb. 's-Hertogenbosch 17 Jan. 1845 *W.* 636), naar aanleiding eener vordering tot herstel van door aardhaling aangetasten eigendom en tot schadevergoeding in geld — ingesteld primair tegen vier gedaagden in privé, subsidiair tegen het polderbestuur — overwegend dat het geschil wegens de kwestie over het al dan niet rechtmatige der aantasting, in beide gevallen was een geschil over eigendom of over burgerlijk recht en schuldvordering. Voorts is te vergelijken het boven genoemde arrest H. R. van 1889.

Implicite is in het geval dat geklaagd werd over inbreuk op een burgerlijk recht de bevoegdheid der rechterlijke macht voor de vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige bestuursdaad aangenomen door H. R. 22 Februari 1861 *W.* 2252, R.spr. 67 § 28, v. d. HON. B. R. 25 bl. 69, R. B. 1861 bl. 220 (de aan gevallen daad viel toen volgens het arrest buiten de competentie van den ambtenaar, van wien zij uitging) in verband met H. R. 11 of 21 Maart 1859, vermeld Inleiding R. Org. bl. 429, alsmede door H. R. 25 Maart 1870, vermeld t. a. p. bl. 428—429. Vgl. ook Hooggerechtshof 's-Gravenhage 19 Juli 1819 v. *HAMELSVELD* 3 (1832) bl. 431, door C. W. DE VRIES vermeld in *Themis* 1917 bl. 349—350 en besproken in Handelingen Ned. Jur.-Vereeniging 1910 II bl. 271—272 (vgl. aldaar bl. 324 v. b.).



Uitdrukkelijk beslisten in gelijken zin als de Hooge Raad: Hof Amsterdam 28 Juni 1900, vermeld Inleiding R. Org. bl. 429, Hof Arnhem 17 December 1902 *W.* 7928, en het vonnis a quo, Rb. Almelo 29 Mei 1901 *W.* 7713, G.st. 2648 (53), Hof 's-Hertogenbosch 13 Februari 1917 *W.* 10171, N. J. 1918 bl. 231, waarbij vgl. de overweging van hetzelfde Hof in zijn arrest van 7 April 1914 *W.* 9617, N. J. 1914 bl. 461, P. V. 1 bl. 728, dat het recht, bedoeld in art. 676 B. W., staat onder de hoede der rechterlijke macht (54). Als deze arresten ook Hof Leeuwarden 20 Mei 1891 *W.* 6163, G.st. 2119, W. B. A. 2242, en Hof Groningen 4 April 1871, vermeld Inleiding R. Org. bl. 206 en 425. Verder Rb. Amsterdam 25 Februari 1890 *W.* 5851; Rb. Assen 11 Juni 1907 *W.* 8816, G.st. 3003; Rb. 's-Gravenhage, vonnissen van 13 December 1881 *W.* 4856, G.st. 1649, W. B. A. 1762 (implicite ook in appèl Hof 's-Gravenhage 15 Jan. 1883 *W.* 4856 (55)), van 25 November 1919 *W.* 10601 bl. 1—2, van 21 October 1920 N. J. 1920 bl. 1201 (schade door een ambtelijke weigering), en van 1 Februari 1921 N. J. 1921 bl. 851; Pres. Rb. 's-Gravenhage 11 Maart 1918 *W.* 10224; Rb. 's-Hertogenbosch, vonnissen van 16 September 1881 *W.* 4756, P. v. J. 1881 Bijbl. no. 45, en van 13 Januari 1905 *W.* 8183 en 8377,

(53) Vgl. J. R. H. v. SCHAİK. De overheid tegenover de artt. 1401 en v. B. W., prft. Utrecht 1905, bl. 215—216.

(54) Voor vorderingen tot schadevergoeding wegens contractbreuk door bestuursdaden vgl. Hof 's-Hertogenbosch 13 Mei 1902 *W.* 7776, en (implicite) 15 Dec. 1903 *W.* 8019, i. v. m. Rb. 's-Hertogenbosch 27 Febr. 1903 *W.* 8035, P. v. J. 338, W. B. A. 2861 (uitdrukkelijk).— Vgl. hierbij Hof Leeuwarden 3 Nov. 1915 *W.* 9884, N. J. 1915 bl. 1121, P. V. 3 bl. 174, W. B. A. 3506, en het vonnis a quo, Rb. Groningen 26 Juni 1914 *W.* 9654, P. V. 4 bl. 352.

(55) Bij deze beslissingen vgl. het boven vermelde arr. H. R. van 20 Dec. 1844.

P. v. J. 468, W. B. A. 2911 (56); Rb. Rotterdam 3 Juni 1907 *W.* 8719, W. B. A. 3097 (57), Pres. Rb. Rotterdam 10 October 1916 *W.* 10045, A. R. B. 2 bl. 193; Rb. Utrecht 5 Maart 1919 W. P. N. R. 2585; Rb. Zwolle 24 Mei 1916 N. J. 1916 bl. 1158, A. R. B. 1 bl. 419, G.st. 3385 (8°). Ook het Koninklijk Besluit van 20 Juni 1889 R. v. St. 29 bl. 363 i. v. m. bl. 275 (58). Implicite in denzelfden geest talrijke beslissingen, waarvan verschillende zijn genoemd Inleiding R. Org. bl. 421—431, sedert de verschijning daarvan nog door vele andere gevolgd. Daar dit thans vaste jurisprudentie is, schijnt het nut van het opnemen dier beslissingen hier mij niet geëvenredigd toe aan het bezwaar der daartoe vereischte ruimte. Ik noteer nog dat hier niet van belang zijn beslissingen, welke de competentie der rechterlijke macht aannamen op overweging dat er geklaagd werd over een privaatrechtelijke handeling, waarmee wordt bedoeld een daad, die ook kan uitgaan van een partikulier, en daarom niet is te beschouwen als een bestuursdaad (*gestion publique*), maar als een daad van privaat beheer (*gestion privée*) (59). Met daden, die ook van partikulieren kunnen uitgaan

(56) Daarbij vgl. Rb. Arnhem 8 Juli 1879 *W.* 4389, en in appél Hof Arnhem 31 Maart 1880 *W.* 4533, R. B. 1880 D bl. 39.

(57) Vgl. ook Rb. Rotterdam 26 Febr. 1872 *W.* 3594.

(58) Vgl. Inleid. R. Org. bl. 428.

(59) Zoo in een vordering tegen een gemeente ingesteld wegens het bouwen in strijd met wettelijke voorschriften, Rb. Haarlem 31 Maart 1914, N. J. 1914 bl. 478, P. V. 1 bl. 732. Dit vonnis is bevestigd door Hof Amsterdam 21 Juni 1915 *W.* 9870, N. J. 1916 bl. 411, P. V. 3 bl. 98, W. B. A. 3479, waarbij de in appél op art. 179b Gem.wet steunende exeptie van onbevoegdheid is verworpen, op overweging dat er een geschil was over schuldvordering. Het arrest liet zich niet uit over de vraag of de aangevallen handeling een bestuursdaad was. — Dat de onderscheiding tusschen bestuursdaden en daden van privaat beheer soms zeer moeilijk is te maken, vermeld ik hier pro memorie.



worden ook wel op één lijn gesteld daden, waarbij dit het geval *zou* zijn, als de gemeenschap zich niet een monopolie had voorbehouden, zooals bij brievenvervoer. Vgl. H. R. 20 Juni 1873 W. 3603, R.spr. 104 § 18, v. D. HON. B. R. 38 bl. 342, en H. R. 26 Februari 1875 W. 3824, R.spr. 109 § 20, v. D. HON. B. R. 40 bl. 136, welke arresten implicite de bevoegdheid der rechterlijke macht aannamen voor vorderingen tot schadevergoeding wegens nalatigheid van postbeambten bij het brievenvervoer (60).

Ook in Frankrijk wordt de competentie der rechterlijke macht voor vorderingen tot schadevergoeding wegens bestuursdaden, die wederrechtelijk den eigendom aantasten, door het Hof van Cassatie erkend. Men zie Cass. 17 December 1895 D. P. 1896.1.385 en 28 Januari 1902 D. P. 1904.1.143, waarvan eerstgenoemd arrest aanwezig achtte een vordering, voortspruitend uit eigendom. Het arrest van het Tribunal des Conflits van 19 Maart 1904 D. P. 1904.3.72, dat ook de bevoegdheid der rechterlijke macht erkende, betrof het geval dat de aangevallen daad uitging van een daartoe niet competent gezag (60a).

Wat de Deutsche jurisprudentie aangaat, verwijs ik hier naar de arresten van het Reichsgericht van 13 April 1880 E. C. S. 1 bl. 420, van 24 Januari 1908 E. Z. S. 69 bl. 50, van 16 October 1917 E. Z. S. 91 bl. 47 (49, 1°.), van 14 November 1917 E. Z. S. 91 bl. 148 (150), van 14 Juni 1918 E. Z. S. 93 bl. 198 (200) — dit laatste betreffend een onrechtmatige gedraging volgende op een rechtmatige inbeslagneming — en van 6 Mei 1920 E. Z. S. 99 bl. 96 (97—98).

(60) Vgl. G. WITTEWAAL, Het toonderpapier (1890) bl. 57—58

(60a) Bij deze jurisprudentie vgl. PERRINJAQUET in *Revue générale du droit, de la légis. et de la jurispr.* 33 bl. 222 i. v. m. 228 v. b. en het door hem vermelde arrest van het Tribunal des Conflits van 28 Mei 1909.

Onze Hooge Raad is, zij het ook slechts implicite, eens van een andere leer dan die der boven aangehaalde jurisprudentie uitgegaan, namelijk bij de overweging in zijn arrest van 21 April 1898 *W.* 7116, *R.spr.* 178 § 71, v. d. *HON. B. R.* 64 bl. 195, *P. v. J.* 1898 no. 38, *G.st.* 2436, *W. P. N. R.* 1501, dat art. 2 *R. O.* toepasselijk kan zijn, indien een publiekrechtelijke korporatie optreedt als zedelijk lichaam, waarmede kwalijk iets anders kan zijn bedoeld dan dat art. 2 niet toepasselijk is bij het optreden als overheid (61). In gelijken geest had het Hof van Noord-Holland bij arrest van 27 Februari 1843 *W.* 392, *R. B.* 1843 bl. 289, *R.spr.* 16 § 22 uitdrukkelijk beslist dat de rechterlijke macht niet in een civiel geding mag kennis nemen van een eisch tot schadevergoeding, gericht tegen het Openbaar Ministerie of tegen den Staat, ter zake van ambtsdaden. Eveneens uitdrukkelijk in dien zin *Rb. 's Hertogenbosch* 6 November 1844 *W.* 584, *R. B.* 1845 bl. 556, *R.spr.* 26 § 97, behalve voor het geval dat het administratief orgaan zijn formeelen bevoegdheidskring heeft overschreden, en verder *Rb. Rotterdam* 7 December 1874 *R. B.* 1875 D bl. 61, *P. v. J.* 1875 Bijbl. 2. Deze twee vonnissen steunden op de stelling dat in het gegeven geval de beoordeeling der aangevallen daad onttrokken was aan de rechterlijke macht (62), dat van den Bosch, omdat het een waterschapszaak gold, dat van Rotterdam wegens een zekere bepaling der gemeenteverordening. Toen (in 1874) was de vordering tot schadevergoeding een accessoire, maar daarop beriep het vonnis zich niet (63). Verder zie men nog tegen de competentie

(61) Vgl. het in noot 4 bedoelde opstel in § 5.

(62) Zie hierna in den tekst onder *d.*

(63) Voor accessoire vorderingen in het geval dat de rechterlijke macht incompetent is voor de hoofdvordering, zie *Inleid. R. O.* bl. 89—91, en *Rb. Maastricht* 7 Juni 1866 *W.* 2841, *G.st.* 789, in gelijken zin op dit punt als het t. a. p. bl. 90—91 vermelde vonnis



der rechterlijke macht voor vorderingen als hier bedoeld, onder de werking van het conflicten-besluit van 1822, de Koninklijke Besluiten van 21 Juni 1823 *Stbl.* 23, van 21 December 1823 *Stbl.* 56, van 12 September 1824 *Stbl.* 49, van 7 November 1827 *Stbl.* 49, van 29 Juni 1828 *Stbl.* 43, en van 21 Augustus 1830 *Stbl.* 55.

Boven bij het memoreeren der jurisprudentie, die implicite uitging van de competentie der rechterlijke macht voor de hier bedoelde vorderingen, is verwezen naar verschillende der in mijn Inleiding R.Org. bl. 421—431 vermelde beslissingen. Daarvan had het arrest van het Hof te Leeuwarden van 7 December 1881 (t. a. p. bl. 430) (64) betrekking op een vordering, ingesteld tegen Burgemeester en Wethouders, èn q.q. èn in privé (65), Rb. Arnhem 27 Mei 1875 (t. a. p. bl. 431) op een subsidiaire vordering tegen een griffier q.q., terwijl het onzeker is of in het geval berecht door Ktg. Heerenveen 18 October 1869 (t. a. p. bl. 431) de vordering was ingesteld tegen gedaagde q.q. of in privé. Voor de Rechtbank te Breda, die vonnis wees op 31 Juli 1866 *W.* 2874, *G.st.* 807, *W. B. A.* 929,

---

van 1856. Zie ook in Duitschland R.G. 12 Maart 1909 *E. Z. S.* 70 bl. 395, en 16 Jan. 1920 *E. Z. S.* 98 bl. 40 (44) (welk laatste arrest geen onrechtmatige daad betrof). Voor het omgekeerde geval zie *Inl. R. O.* bl. 93 (no. 29), en Rb. 's-Hertogenbosch 20 Jan. 1847 *W.* 840. Rb. Breda 18 Febr. 1879 en Hof 's-Hertogenbosch 28 Juni 1880, beide geciteerd *Inl.* bl. 427, betroffen een geval, waarin de competentie der rechterlijke macht voor de hoofdvordering door het Hof uitdrukkelijk, door de Rechtbank implicite werk aangenomen, terwijl voor de accessoire vorderingen 1°. tot onrechtmatigverklaring, 2°. tot schadevergoeding in geld, de Rechtbank de rechterlijke macht onbevoegd achtte voor 1°, doch bevoegd voor 2°, en het Hof bevoegd voor beide.

(64) Daarbij vgl. het vonnis a quo, Rb. Groningen 12 Nov. 1880 *W.* 4653, *R. B.* 1881 D bl. 123, *P. v. J.* 1880 no. 49, *W. B. A.* 1682.

(65) Vgl. in Duitschland *R. G.* 10 Juni 1881 *E. C. S.* 5 bl. 48 (50).

waren gedagvaard B. en W. en de Burgemeester (66). Rb. Amsterdam 5 Juli 1851 R. B. 1852 bl. 179 gold een accessoire vordering tot schadevergoeding tegen een Directeur van een postkantoor q.q. Omtrent zulke gevallen is het volgende op te merken. Vorderingen tegen den vertegenwoordiger eener gemeenschap q.q. zijn identiek met vorderingen, waarin de gemeenschap zelf is gedagvaard. Anders is het met vorderingen tot schadevergoeding tegen ambtenaren in privé ingesteld. Zijn deze niet aanhangig gemaakt door de gemeenschap zelf, die den ambtenaar heeft aangesteld, dan is de vraag naar de rechtmatigheid der amtshandeling louter praejudicieel, en is er, zelfs indien men art. 2 R. O. eng interpreteert, en een wegens onrechtmatige bestuursdaad tegen de overheid gerichten eisch tot schadevergoeding voor zuiver publiekrechtelijk houdt, toch geen reden de competentie der rechterlijke macht voor de, niet tegen de overheid, maar tegen den ambtenaar als partikulier persoon ingestelde vordering in twijfel te trekken, althans dan niet, als men geen gezag van gewijsde aanneemt voor de beslissingen over louter praejudicieele kwesties. De competentie der rechterlijke macht is voor gevallen als zoeven bedoeld dan ook uitdrukkelijk erkend door Rb. Maastricht 24 Februari 1843, vermeld Inleiding R. Org. bl. 441—442 (67) en door het Hof van Justitie in Suriname bij vonnis van 10 Februari 1858, *W.* 2294. Maar in *W.* 6622, bl. 4 kol. 2 i. f. heeft A. v. GENNEP die competentie ontkend. — Ten opzichte der in art. 226 Gem.wet bedoelde vordering vergelijkte men OPPENHEIM, *Ned. Gem.recht*, 4e dr. I bl. 540 v. o. Deze eisch wordt ingesteld door de gemeente als publiekrechtelijk lichaam.

(66) Vgl. art. 71 Gem.wet, en daarop LÉON—VOS no. 3.

(67) Daarbij vgl. Rb. 's-Gravenhage 13 Mei 1842 *W.* 310. Toen was de vordering m.i. ingesteld tegen den ambtenaar q.q.



Zijn voorwerp is de verhouding dier gemeenschap tot gedaagde. Is deze verhouding publiekrechtelijk, dan is het geschil dat eveneens, zooals b.v. óók een belastingvordering tegen een lid eener publiekrechtelijke gemeenschap, dat toch in privé wordt gedagvaard, indien zulk een vordering mocht worden ingesteld. Bij de ruime uitlegging van het woord schuldvorderingen in art. 2 R. O. is desniettemin in het eene geval zoowel als in het andere, de rechterlijke macht bevoegd tot kennismeming.

*(Slot volgt)*

*Overeenkomsten in strijd met de goede zeden,*  
door C. J. J. M. PETIT. — Acad. proefschrift.  
— Leiden, 1920

Dit lijvige, van grondige studie getuigende proefschrift is te verdeelen in een theoretisch en een praktisch gedeelte. In de hoofdstukken I en II worden de begrippen goede zeden en de daarmede strijdige overeenkomsten aan een uitvoerige bespreking onderworpen, in hoofdstuk III wordt de rechtspraak betreffende gemelde overeenkomsten besproken. Deze volgorde moge uit systematisch oogpunt wellicht wenschelijk zijn, toch valt niet te ontkennen, dat beide deelen eenigszins los van elkaar staan. Het zou dan ook de voorkeur verdiend hebben, indien het rechtspraak-overzicht de eerste plaats had ingenomen en daaruit algemeene beginselen vervolgens afgeleid waren. Schr. zou dan tevens vasteren grond onder de voeten gehad hebben; in hoofdstuk I toch, handelende over het begrip goede zeden en derhalve een inleiding vormende tot zijn eigenlijke onderwerp, de overeenkomsten in strijd met de goede zeden, ontwikkelt Schr. een rechtsleer, die, klaarblijkelijk geïnspireerd door moderne rechtsgeleerden, Prof. MOLENGRAAFF en vooral Prof. KRABBE, nog niet door iedereen aanstonds aanvaard zal worden. Schr. kiest n.l. tot uitgangspunt de maatschappelijke gedragsregels, welke niet alleen in de wet beschreven zijn, doch ook onbeschreven zijn: normen, die, gelijk Schr. zich betwistbaar uitdrukt, opgespoord moeten worden in „de levende werkelijkheid” (1), en hun gelding ontleenen aan hun innerlijk ethisch gehalte. Schr. gaat dus niet mede met hen, voor wie „de wet de eenige kenbron van het recht is en die het rechtsbegrip bepalen buiten alle ethische waardeering om” (2). Hij acht een dergelijke rechtsopvatting „bekrompen, doch onder de werking van het rechtsbewustzijn onhoudbaar gebleken” (3). Schr. zoekt dan ook het rechtsbegrip bij de rechtsnormen, beschreven en onbeschreven, en is van oordeel, dat het kenmerkende dier normen, in tegenstelling met andere maatschappelijke gedragsregelen, daarin gelegen is, dat zij inhouden „een afweging van verkeersbelangen volgens den maatstaf der gerechtigheid” (3).

(1) blz. 14.

(2) blz. 15, 16, 17.

(3) blz. 10.



dat zij „gericht zijn op de verwezenlijking van de gerechtigheid in de samenleving” (1). Wat nu de rechtsnormen betreft, die met den naam „goede zeden” bestempeld worden, daarvan is volgens Schr. het kenmerkende, dat daarin „de rechtswaarde van die maatschappelijke belangen is uitgedrukt, welke betreffen de economische vrijheid, de behoorlijke nakoming van overeenkomsten, de goede trouw in het verkeer, sexueele en lichamelijke integriteit, echtelijke trouw, vrijheid van huwelijkstoestemming” (2). Afgezien van Schr.'s verwijzingen naar „het levende recht” (3), hetgeen op een naturalistische opvatting doelt, welke onvereinigbaar is met Schr.'s tegelijkertijd aangenomen normatieve opvatting van het recht (4), mag gevraagd worden, of zijn opvatting ten aanzien van het karakter van de rechtsnormen als gerechtigheidsnormen wel voldoende toegelicht is: is hier sprake van een natuurrechtelijk begrip, — Schr.'s aanhaling van een schrijver als CATHREIN doet zulks vermoeden, (5) — welk begrip niet verder wordt uitgewerkt, terwijl verderop eigenlijk uitsluitend naar het rechtsbewustzijn verwezen wordt. (6) Evenmin kan zonder meer aanvaard worden Schr.'s boven aangehaalde definitie der goede-zeden-rechtsnorm; ligt niet aan elke rechtsnorm, ook al betreft zulks niet de goede zeden, een maatschappelijk belang ten grondslag, althans wat betreft het door Schr. genoemde belang van behoorlijke nakoming van alle overeenkomsten en de goede trouw in het verkeer? Trouwens de overige voorbeelden, die Schr. te dier zake opsomt, zullen niet aanstonds door iedereen als „wezenlijke” maatschappelijke belangen erkend worden. Aan de economische vrijheid wordt nog al eens afbreuk gedaan, zonder dat zulks onrechtmatig is te noemen; men denke o. a. aan vele inbreuken, door of vanwege den wetgever daarop gemaakt. Het aangegeven criterium voor goede zeden is dan ook ten hoogste betwistbaar: bovendien geeft het voor de practijk al heel weinig houvast. In verband daarmee schijnt Schr.'s omschrijving van goede zeden als die normen, waarbij belangen betrokken zijn, waarmede de rechtsorde (lees: het maatschappelijk verkeer) staat of valt, — Schr. voegt niet ten onrechte daaraan nog toe „de belangen van openbare orde” (7) — de voorkeur te verdienen: men

(1) blz. 11.

(2) blz. 11.

(3) blz. 1.

(4) Men leze Schr.'s zinsnede over het behooren «das Sollen» in tegenstelling van «het zijnde» op blz. 7, en zijn verwijzing naar KELSEN.

(5) blz. 4.

(6) blz. 5, 17, 35 v.

(7) blz. 11.

heeft dan een scherper omschreven, dus ook in de practijk bruikbaar begrip: zonder veel bezwaren kan men immers wel nagaan, of enig gemeenschapsverkeer vernietigd of in gevaar gebracht wordt door de niet-inachtneming van een norm: zoodra dit niet het geval is, kan er van een goede zeden-bepaling niet meer gesproken worden. Onverschillig is het daarbij — en Schr. schijnt zulks eensdeels wel toe te geven blijkens zijn uitdrukkelijke scheiding van zedelijkheids- en rechtsnormen en het nadruk leggen op de omstandigheid, dat de vraag of iets een goede zedenbepaling is, een rechts- niet een zedelijkheidsvraag is (1), — of deze beoordeeling uit zedelijk oogpunt gerechtvaardigd is: hier immers is het maatschappelijk verkeer als zoodanig, het „verkeersbelang” (2) uitsluitend maatstaf. Schr.’s verwijzing naar een ethische waardeering schijnt dan ook minder juist; hier is sprake uitsluitend van een rechtswaardeering. Dit voert vanzelf tot Schr.’s uiteenzetting van het in de rechtsgemeenschap heerschende rechtsbewustzijn. Afgezien van eenigzins vage terminologie — Schr. spreekt terzelfder plaatse van het rechtsgevoel van het individu (3) — maakt Schr. zich daarbij schuldig aan een verwarring tusschen de hier aan de orde gestelde vraag of eenige rechtsnorm een goede zeden-bepaling uitmaakt, en een andere, hier niet ter zake zijnde vraag, n.l. of een gegeven feitelijke verhouding in strijd is met eenige rechtsnorm: bij deze laatste kwestie geeft niet meer de aard der norm, doch de toetsing van een feitelijk gegeven aan een rechtsnorm den doorslag: de vraag dus, welke beslissing rechtens de juiste is. Ten aanzien daarvan kan de rechter met zijn rechtsbewustzijn te rade gaan en naar billijkheid, „naar omstandigheden”, „naar de regels van het maatschappelijk verkeer”, gelijk Schr. zelf als voorbeeld aanhaalt (4) beslissen. Vandaar dan ook, dat Schr.’s uitwijdingen over de beoordeeling der rechtsnormen en de wisselwerking tusschen het rechtsgevoel en het complex van maatschappelijke (rechts-)normen hier minder op haar plaats zijn (5): alleen de bestaansvoorwaarden van deze laatsten hadden ter sprake gebracht moeten zijn, en dan nog wel alleen van die normen, welke men met den naam: goede zeden bestempelen kan (6).

(1) blz. 21 v.

(2) blz. 10.

(3) blz. 37 v.

(4) blz. 1.

(5) blz. 37.

(6) Schr.’s omschrijving van die gedragsregelen als feitelijk geldende gedragsregelen — (blz. 36) — schijnt betwistbaar: een feit kan nooit zonder meer een norm zijn; trouwens Schr.’s betoog op blz. 7 bevestigt dit.



Dit brengt ons vanzelf tot hoofdstuk II, waarin de met de goede zeden strijdige overeenkomsten nader onderzocht worden. Schr. breidt ook hier zijn onderzoek verder uit dan de titel van zijn proefschrift zou doen vermoeden: niet alleen gaat hij het wezen van die overeenkomsten na, doch tevens bespreekt hij de rechtsgevolgen daarvan. Allereerst vraagt Schr. zich af, in welk opzicht de overeenkomst met de goede zeden strijden moet, wil er sprake zijn van een overeenkomst, die daarmede in strijd is. Schr. beantwoordt deze vraag aldus, dat de (objectieve) inhoud der overeenkomst hier criterium behoort te zijn, niet derhalve het motief van één of beide partijen; ook indien dit motief onzedelijk is, behoeft de overeenkomst daarom nog niet in strijd met de goede zeden te zijn. Dergelijk psychologisch element behoort hier geen rol te spelen: alleen de naar buiten tredende, in de overeenkomst tot uitdrukking gebrachte inhoud kome in aanmerking (1). In dit verband zij gewezen op een bedenkelijke terminologie, waarvan Schr. zich hier bedient, door telkens te spreken van „onzedelijke” overeenkomst, aldus verwijzend naar een (ethisch) begrip, terwijl ook door Schr. bedoeld is het rechtsbegrip: goede zeden; een en ander moge niet verwisseld worden: men denke trouwens aan het ook door Schr. aangehaalde voorbeeld (2) inzake de kettinghandel-overeenkomst: uit moreel oogpunt stellig afkeurenswaardig, uit rechtskundig oogpunt wellicht toelaatbaar te achten, wanneer men in aanmerking neemt, dat het gemeenschaps-verkeer als zoodanig daardoor niet zoozeer werd aangetast.

Wat de rechtsgevolgen der met de goede zeden strijdige overeenkomsten aangaat, onderscheidt Schr. 2 gevallen: het eene, waarbij de geheele, het andere, waarbij de overeenkomst slechts voor een gedeelte, n.l. alleen voorzoover aangaat het beding, dat met de goede zeden strijdt, nietig is. Schr. zet uitvoerig uiteen, dat er alleen dan nietigheid der geheele overeenkomst is, wanneer de inhoud daarvan een onverbreekelijk verband vormt; anders is alleen de betrokken clause nietig. (3) Schr. haalt ook gevallen aan, waarin een beding ten deele nietig verklaard kan worden (artt. 1345 (4), 1637u, 1637z, 1639r en 1826 B.W.) en baseert die gedeeltelijke nietigheid eveneens op strijd met de goede zeden. (5) Dit schijnt minder juist: in die gevallen is het beding op zichzelf

(1) Vgl. blz. 76.

(2) blz. 95.

(3) blz. 114.

(4) Niet 1343, gelijk blijkbaar tengevolge van een drukfout is vermeld.

(5) blz. 122 v.

wel rechtsgeldig, doch de werking ervan moet, met het oog op de billijkheid en goede trouw, welke bij de uitvoering der in alle deelen geldige overeenkomst in acht genomen moeten worden, besnoeid worden.

Wat de rechtsgevolgen van een met de goede zeden strijdige overeenkomst verder betreft, gaat Schr. van het juiste beginsel uit, dat derden te goeder trouw geen nadeel van de nietigheid mogen ondervinden: aan bona-fide houders van waardepapier kan dan ook niet tegengeworpen worden het feit, dat het papier gebaseerd was op een nietige overeenkomst. Betwistbaar is daarentegen Schr.'s toevoging (1), dat die bescherming bestaat, wijl die derden hun vorderingsrecht niet aan de „onzedelijke” overeenkomst ontleenen, doch aan het rechtsfeit der „te goeder trouwe” (!) verkrijging van het waardepapier. Zulks doet denken aan de hier te lande, althans door Prof. MOLENGRAAFF, bestreden leer der schuldvernieuwing, die in de afgifte van een waardepapier zou liggen. Schr. trouwens komt op die misvatting terug, waar hij verderop (2) schrijft, dat, indien derden te goeder trouw niet beschermd werden, een verkeersstoornis teweeggebracht zou worden, die door geen enkel rechtsbelang gerechtvaardigd wordt; aldus wordt het verkeersbelang in eere hersteld, ook al moge Schr. daarbij over het hoofd zien, dat aldus aan een nietige overeenkomst rechtsgevolg wordt toegekend, waarmede dus wel eenig rechtsbelang in het spel is, zoodat dan ook de nietigheid blijft bestaan ten aanzien van partijen zelf of derden, die van de nietigheid der overeenkomst op de hoogte konden zijn.

Thans rest nog de bespreking van hoofdstuk III, waarin de rechtsspraak inzake de „onzedelijke” (lees: met de goede zeden strijdige) overeenkomsten wordt nagegaan. Na het voorgaande zou een bespreking daarvan overbodig zijn, ware het niet, dat Schr.'s uitgangspunt wel betwistbaar is. Schr. wenscht n.l. een systematische beschrijving der goede zeden, door aan te duiden, welke „rechtsbelangen” bij de beoordeeling der geldigheid van overeenkomsten in aanmerking behooren te komen. (3) Als eerste „rechtsgoed” noemt schr. „van het individu uitgaande, de vrije persoonlijkheid” d. w. z. „de vrijheid van het individu, zich als individualiteit te doen gelden, zijn levensgang zelf te bepalen, de schepper van eigen geluk te zijn”. Afgezien van de vaagheid dezer omschrijving, mag zeer betwijfeld worden, of hier wel sprake is van een rechtsbelang; de gemeenschap, het maatschappelijk leven als zoodanig is daarbij niet

(1) blz. 128.

(2) blz. 131.

(3) blz. 149.



betrokken: de vrije (!) persoonlijkheid is toch geen bestaansvoorwaarde der maatschappij (1), deze is toch zeer goed denkbaar zonder die vrijheid: men denke aan de slavernij bij de Romeinen of, wat den tegenwoordigen tijd aangaat, kafferstaten, waarin nog slaven gehouden worden. Ook waar Schr. alleen „de moderne samenleving” (2) als maatstaf neemt, ware een nadere toelichting van zijn uitgangspunt wel wenschelijk geweest. Dit komt nog duidelijker uit, waar hij bij overeenkomsten, waarbij iemand afstand doet van zijn handelingsbekwaamheid, dit laatste begrip omschrijft als de bevoegdheid om eigenmachtig de hem toekomende „subjectieve rechten” uit te oefenen. Schr. n.l. neemt dus het bestaan van dergelijke rechten aan, niettegenstaande o.a. BRUINS (3) indertijd een bestrijding van het bestaan daarvan heeft gegeven, zij het ook, dat niemand minder dan Prof. SCHOLTEN een pleidooi ten hunne behoeve daarna beproefd heeft. (4) Nog betwistbaarder schijnt Schr.’s voorbeeld inzake „bewegingsvrijheid”, waaronder hij zelfs doet vallen overeenkomsten om al dan niet te rooken of te scheren. Trouwens de rechtsgeldigheid daarvan geeft hij toe, wanneer de verbintenis betreft een bepaalde plaats of afgebakend tijdperk, tenzij het gebod of verbod „klaarblijkelijk geen redelijken zin heeft.” (5) Evenmin schijnt een rechts-(gemeenschaps-) belang aanwezig bij de door Schr. genoemde voorbeelden betreffende de vrijheid van geestelijke ontwikkeling: overeenkomsten om geen tooneel te spelen, of om uitvindingen niet te publiceeren. (6) Ten aanzien van de overeenkomst om geen afstand te doen van het auteursrecht, is de door Schr. dienaangaande uitgesproken nietigheid in strijd met art. 2 der Auteurswet, die dergelijke overdracht immers uitdrukkelijk erkent.

Ook de andere voorbeelden van nietigheid, die Schr. geeft als uitvloeisel der vrije persoonlijkheid, schijnen betwistbaar. Volgens Schr. zou den tooneelspeler een „weigeringsrecht” toegekend moeten worden ten aanzien van rollen, waardoor zijn gezondheid of reputatie in gevaar gebracht wordt of waardoor zijn politiek, godsdienstig, zedelijk bewustzijn of schaamtegevoel gekwetst wordt, zelfs wanneer hij eerst in het spelen van de rol had toegestemd! (7) Hier schijnt het

(1) Aldus nog laatstelijk: Dr. C. J. WIJNAENDS FRANCKEN, Tijdschr. v. Wijsbeg. 1921, blz. 67.

(2) blz. 150.

(3) G. W. J. BRUINS, Een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding, ac. pr., Leiden 1906, blz. 38 v.

(4) Prof. Mr. PAUL SCHOLTEN in *W. P. N. R.* Nos. 2152 v.

(5) blz. 151.

(6) blz. 153.

(7) blz. 159.

contractenrecht wel op zeer losse schroeven gezet te worden, en blijkt wederom de verwisseling van ethiek en recht: een belang der gemeenschap als zoodanig wordt door dergelijke overeenkomst toch niet geschaad. Schr.'s juridische constructie ter zake van dat weigeringsrecht als uitmakende een beroep op overmacht of een stilzwijgende voorwaarde, is bovendien hoogst betwistbaar. (1)

Het zou teveel plaatsruimte vorderen Schr.'s belangwekkend overzicht verder na te gaan, waarbij de invloed van buitenlandsche, vooral Duitse, schrijvers hem klaarblijkelijk tot een ongegronde uitbreiding van het begrip „goede zeden” vaak gebracht heeft; belangstellenden, die volledig dien-aangaande ingelicht wenschen te worden, zullen goed doen naar het belangrijke werk zelf te grijpen. Ook al mogen vele beschouwingen, in het bijzonder die, waarin van algemeene beginselen gesproken zou kunnen worden, betwistbaar zijn, toch heeft Schr. velen aan zich verplicht met zijn rijk gedocumenteerden arbeid, die steeds een zeer waardevolle aanwinst zal blijven voor dit onderdeel der rechtswetenschap.

G. J. VAN BRAKEL

---

(1) blz. 158.

Mr. J. FRIMA, *Het strafproces in de Ommelanden  
tusschen Eems en Lauwers van 1602 tot 1749.*  
— Acad. proefschrift, op 5 Juli 1920 tegen de  
bedenkingen der rechtsgeleerde faculteit van  
de Rijksuniversiteit te Groningen verdedigd.

De schrijver van bovenvermeld proefschrift heeft, toen hij besloot te promoveeren op een rechtshistorisch onderwerp, een goed werk verricht door de behandeling van een stuk inwendige rechtsgeschiedenis uit de 17e en de 18e eeuw. Het aantrekkelijke van zijn studie is voornamelijk hierin te vinden, dat hij zich heeft beijverd na te gaan, welk beeld de toepassing van het strafrecht in de Groninger Ommelanden te aanschouwen geeft. Geen wetsteksten dus, doch zooveel mogelijk levend strafrecht, begrensd naar tijd en plaats.

De gekozen tijdsgrens valt te waardeeren, omdat in die periode geen belangrijke wijzigingen in de wetgeving ter plaatse vallen waar te nemen; de gekozen plaats is interessant omdat zij gelegen is buiten den onmiddellijken invloed van een wetenschappelijk centrum en de gegevens voor den opbouw van het proefschrift ontleend konden worden aan een vrij groote verzameling gerechtelijke bescheiden, die een tamelijk nauwkeurige afspiegeling van het levend strafrecht uit die streek bevatten.

Hoewel schrijver's bedoeling in hoofdzaak was het beschrijven van het strafprocesrecht, was de verwezenlijking van dat oogmerk niet wel mogelijk zonder tevens in groote trekken te behandelen de rechterlijke organisatie en het materiele strafrecht. Doorgaans heerschte op elk van deze gebieden ten tijde van de Republiek der Vereenigde Nederlanden in alle deelen van ons land rechtsonzekerheid. De wetgeving werd slecht geobserveerd; niet alleen was publicatie van wetsvoorschriften niet verplicht en geschiedde deze diensvolgens niet regelmatig, doch ook de macht om de wetgeving te handhaven schoot niet zelden tekort, zoodat uitgevaardigde strafbepalingen niet of slechts korten tijd nuttig effect hadden en men zelfs verviel in het stellen van een premie op een misdrijf dat men wilde tegengaan (blz. 90). Van deze wetgevende onmacht der Overheid zijn de maat-



regelen tegen bedelaars en landloopers een sprekend voorbeeld. Reeksen plakكاتen tegen deze lieden bleven zonder resultaat; galeien, boevenjachten ter bevolking van een tuchthuis, later van een spin- en werkhuis, nog later van een provinciaal tuchthuis, dat als een openbare gemakelijkheid tegen entrée te zien was, niets hielp (p. 90 v.). Weinig minder voldeden de plakكاتen ter bescherming van de ware gereformeerde religie; ook hier vele, herhaaldelijk vernieuwde verbodsbepalingen, welker handhaving veel te wenschen liet. Zelfs verkrijgt men van de vervolgingen wegens overtredingen van het arbeidsverbod op Zondagen een zeer bijzonderen indruk, doordien de schrijver constateert dat deze vervolgingen den richter veel breuke opleverden, daar deze per arbeider berekend werd (blz. 98). Het geldelijk belang van den richter en de diaconie bij deze veroordeelingen (blz. 99) doet aan de zuiverheid der motieven voor het instellen van vervolgingen twijfelen, te meer omdat overtreders in het groot zich onmachtig konden verklaren de breuke te voldoen (blz. 98, noot 4).

Daarenboven was het niet gemakkelijk de geldende wetgeving te kennen. Publicatie van wettelijke voorschriften, hoewel gebruikelijk door voorlezing in de kerken, was niet verplicht. Een voorbeeld wordt vermeld van een predikant, die afkondiging weigerde van een voorschrift waarmede hij het niet eens was. Wel werd hij tot breuke veroordeeld, doch dat nu toch afkondiging plaats had, blijkt niet (blz. 103). In elk geval, verzamelingen van wettelijke voorschriften van hooger en lager orde bestonden er niet, terwijl evenmin rechtsgeleerde literatuur en jurisprudentie-uitgaven de behoefte aan dergelijke kennis konden helpen aanvullen. De gevolgen hiervan zijn duidelijk merkbaar. Zoo waren de crimineele ordonnantiën van Philips II wel afgekondigd, doch zij werden niet nageleefd (blz. XII). Zoo lezen wij op blz. 383 dat zekere tegen bedelaars uitgevaardigde plakكاتen niet werden toegepast, zelfs niet wanneer de inhoud aan de handhaving van orde en gezag ten goede kwam. Omgekeerd duidde men het aan een justiciabele niet ten kwade, dat hij niet bekend bleek met uitgevaardigde wettelijke voorschriften (blz. 257). Dit excuus hielp intusschen niet altijd: het ging niet op in een geval van verboden arbeid op Zondag, waartegen de richter zelf nog een „speciaal verbot” had uitgevaardigd (t. z. p.). Woog hierbij eigenbaat mee?

En eindelijk ontbrak een behoorlijke politie, hetgeen tot gevolg had dat men zich de hulp moest verzekeren van aanbrengrers, particuliere detectives zouden wij nu zeggen, die in een deel van de breuke hun belooning moesten vinden (blz. 98 v., 143).

Bij al deze moeilijkheden, voornamelijk geldende voor toepassing van het materieel strafrecht, voegde zich nog de omstandigheid dat regelingen van formeel-strafrechtelijken aard in de locale strafwetgeving bijna niet bestonden. Het proefschrift van Mr. FRIMA vult dus een groote leemte aan door aan de hand van de practijk na te gaan welke beginselen in het Ommelander landrecht te dezer zake in toepassing zijn gebracht. Deze aanvulling geschiedt op onderhoudende wijze, zoodat men den schrijver dankbaar mag zijn voor deze vrucht van ongeveer zesjarige studie.

Zijn overzicht handelt over den tijd, aanvangende met het tot stand komen van het, eenige eenheid brengende, Ommelander landrecht van 1601 (in werking getreden in 1602) en eindigende met het jaar 1749, waarin het voor de Ommelanden ingevoerd hooger beroep in strafzaken op de procesvoering in criminalibus belangrijken invloed verkreeg. Deze periode van bijna anderhalve eeuw is lang genoeg om een indruk te verkrijgen van de wijze waarop de strafrechter gedurende geruimen tijd met dezelfde strafwetgeving is blijven werken en juist dit is een waarneming, voor onzen tijd van bijzonder belang. In allerlei opzichten maken wij thans met vrij groote snelheid een evolutie mede. Juist deze snelheid van groei doet dikwijls scherp licht vallen op de verhouding waarin de rechter zich bevindt tegenover een verouderd stuk van onze wetgeving, welks gebreken binnen een zeer kort tijdsverloop bijzonder duidelijk zijn geworden. Toen evenmin als nu vermocht de wetgever de ontwikkeling der samenleving bij te houden en het is dan ook merkwaardig om na te gaan hoe in die periode van anderhalve eeuw de rechtspraak op de hoogte van den tijd bleef.

In de eerste plaats treft den lezer van het proefschrift de ontwikkeling van de rechtspraak zelve van zuiver leeken-rechtspraak tot rechtspraak door beroepsrechters en dat wel geheel buiten de wet om: de geconstitueerde richters spraken recht uit naam van de redgers tot een of meer rechtstoelen en verkregen door die rechtspraak voldoende inkomsten om zich een onafhankelijk bestaan te verzekeren (blz. 111 v., 395). Deze mandatarissen werden zelfs in zoodanige mate zelfstandig, dat zij inmenging van de eigenlijke redgers niet gedoogden (blz. 353). Daarna, in de eerste helft van de 18e eeuw, ontstond, waarschijnlijk steunend op de bevoegdheid des richters om juridisch advies te vragen, de gewoonte om het éénhoofdig richterschap in een tweevoedig om te zetten wanneer het moeilijke strafzaken betrof (p. 122 v.). Ook hier een ontwikkeling buiten de wet om, welke met de opkomst van de betrekking van fiscaal of



advocaat-fiscaal en van die van secretaris dezelfde herkomst vertoont (blz. 144, 145 en 369).

Dergelijke groote vrijheid, welke de richter zich in den loop der tijden veroorloofde, teekent geheel den geest waarin de wetgeving werd gehanteerd. De schrijver toont aan, dat de bepalingen van formeel-strafrechtelijken aard, welke in het landrecht van 1601 voorkomen en ontleend zijn aan het oude civiele strafproces der delicta privata, omstreeks 1650 geen toepassing meer vonden, daar toen een strafproces met eigenaardig lokaal karakter gevolgd werd, dat omstreeks het begin van de 18e eeuw op zijn beurt door het extraordinair proces werd vervangen.

Het locale, Ommelander strafproces, dat meer en meer gevolgd werd sedert 1650, ontstond door uitbreiding in de practijk van het aantal delicta publica. Hieraan was het eigenbelang des richters niet vreemd; hij behoefde voor het erlangen van een veroordeeling tot breuke de indiening van een klacht door de beleedigde of benadeelde partij niet meer af te wachten (blz. 170). Door deze ambtshalve vervolging van vrijwel alle misdrijven werd het oude civiele strafproces onbruikbaar. De grondslag vond de rechtspraak in de bepaling uit het landrecht over vordering des richters van de breuke, een vordering die eerst aan de orde kwam na den afloop van het eigenlijke strafgeding (blz. 175 v.). Daarop bouwde de practijk een procedure, die reeds aan de latere extraordinaire doet denken, niet het minst door de beteekenis welke aan de bekentenis gehecht werd, en waarvan de voldoening van de breuke aan den richter het eigenlijke doel was (blz. 176 v.).

Ook in de onderscheiden fasen van het proces hielden de richters zich niet aan bepaalde vormen of vormvereischen; als oorzaak werd meermalen aangegeven een zich ontwikkelend gewoonterecht, aansluitend aan de behoeften van den nieuweren tijd (blz. 181, 203). Daarentegen werden allerlei procesmiddelen, zooals sluiting in de boeien, het stellen van zekerheid en het raadplegen van deskundigen, naar het schijnt buiten de wet om, toegepast, wanneer de richter daaraan behoefte meende te hebben.

De vrijheid welke de richter zich toekende om van de weinige ter zake bestaande voorschriften af te wijken, was groot. Staaltjes ervan zijn herhaaldelijk vermeld, somwijlen het karakter verkrijgend van het in onbruik geraken van hetgeen wettelijk voorgeschreven was. Zoo b.v. het niet meer toepassen van breuken bij het verstek laten gaan (blz. 262). Daarentegen traden de richters, naar mate het publiekrechtelijk karakter der strafprocedure sterker werd, steeds met meer kracht op tegen onwillige getuigen (blz. 278) en zulks nog wel zonder dat er voorschriften omtrent getuigen-

bewijs in strafzaken bestonden en daarbij die voor het civiele proces slechts als leidraad werden gevolgd (blz. 271), zelfs nu en dan geheel moesten worden losgelaten (blz. 281 en 283 v.).

Wanneer dan het geding afgelopen was en veroordeeling volgen moest, treft den modernen lezer de toepassing van de bepaling, volgens welke de richter die, ook al uit hoofde van gebrekkige redactie van de omschrijving der strafbare feiten, een of ander voorval niet rechtstreeks onder een bepaald misdrijf vermocht te brengen, zich daarover geen zorg behoefde te maken en daarvoor een oplossing vond door toepassing van een artikel uit het landrecht (VII, 54), waarbij gehandeld werd over „misdaden in desen boeck niet beschreven”, „die soo naemhaftigh niet zijn ende noch dagelijks menigh-„voldigh gebeuren” (blz. 18 en 37). Hoe had een richter zich destijds zonder zoodanig, in bijna elke strafwetgeving voorkomend, artikel moeten redden? En is toepassing van zoodanig artikel niet minder erg dan wat men thans in dergelijke gevallen wetsuitlegging gelieft te noemen, waarmede de rechter zich nu behelpen moet, wil zijn vonnis het zich ontwikkeld hebbend rechtsgevoel niet onbevredigd laten (men denke aan diefstal van electriciteit e. d.)? Voorbeelden van dergelijke handelwijze vermeldt de schrijver op blz. 209 v., 233, 329 en 387. Zelfs hield de richter zich niet aan de voorgeschreven boeten en breuken; zij beschouwden de gestelde breuken „meer als een leidraad bij „de veroordeeling . . . dan als de straf, die in elk geval op „het delict volgen moest” (blz. 325 v., 370 v.) en legden onder het motto „gratie voor rigeur van recht” herhaaldelijk verminderde breuken op, terwijl de doodstraf reeds in de 18e eeuw meermalen door vrijheidsstraf vervangen werd (blz. 376).

De groei en de ontwikkeling van verschillende onderdeelen van dit eigenaardig lokaal strafproces deed het langzamerhand aansluiten aan het in de 18e eeuw overheerschend extra-ordinair proces met de pijnbank als hoogtepunt van de bewijslevering. Merkwaardig is daarbij op te merken dat het Ommelander landrecht de tortuur reeds kent (VII, 55), doch dat zij in de 17e eeuw niet dan in enkele gevallen na 1650 werd gebezigd. En daarbij is de gematigdheid niet verloren gegaan: de schrijver heeft slechts van twee pijnningen sporen gevonden (blz. 352), waarvan een na raadpleging van Prof. PAGENSTECHEER te Groningen. Inheemsch schijnt dit middel dus niet te zijn geworden.

Juist dit punt treft bijzonder, omdat het voor de Ommelanden duidelijk deed uitkomen, hoe gering de behoefte ook in deze streek van ons land was aan de nieuwe richting in het strafprocesrecht, welke BECCARIA korten tijd daarna aan-



gaf. Wel waren ook de Groninger juristen den tijd vooruit; ook de adviezen der deskundigen, die nu en dan in moeilijke gevallen werden geraadpleegd, gaven daarvan blijk. En wanneer tot die humane toepassing van het strafprocesrecht in de Ommelanden aanleiding gaf de omstandigheid dat de aan den scherprechter te betalen vergoedingen voor het verleenen van zijne diensten zeer hoog waren, dat die vergoedingen door den richter moesten worden voldaan (blz. 371) en dat de richter eventueel door aankoop voor eigen rekening ook te zorgen had voor de beschikking over een gerichtsplaaats (blz. 390), dan kan men het slechts betreuren dat dit eenvoudig huismiddel niet reeds veel eerder in landen van dezelfde beschaving als het onze in toepassing is gebracht. De Ommelander bevolking mag intusschen gelukkig geprezen worden aldus een van wreedheid overvloeiend strafproces nimmer te hebben gekend.

Dit is in groote trekken het beeld, dat bij het lezen van deze goede dissertatie nopens het oude strafprocesrecht in de Ommelanden bij mij ontstaan is. Ik mag den schrijver danken dat hij de gelegenheid heeft verschaft, dit onderwerp in aantrekkelijken vorm te kunnen overzien.

Op een paar kleinigheden wil ik nog even zijn aandacht vestigen. Is hem wel duidelijk geweest wat bedoeld werd met de absolutie van de instantie, waarvan hij melding maakt op blz. 298 en 302? De schrijver zegt wel, dat deze absolutie geen vrijspraak is, doch verklaart dan 's rechters beslissing dat de gedaagde van den eed „geëxecuteert” wordt en „geabsolveert” van den eisch r. o. tegen hem genomen, als een pleonasme, geen zuivere vrijspraak zijnde. Wil hij weten wat hij in het strafproces onder absolutie van de instantie heeft te verstaan, dan moge hij korthedshalve worden verwezen naar het in 1912 afgeschaft art. 182 van de Regtspleging bij de Landmagt, luidende als volgt: „Wanneer de Krijgsraad bevindt, dat de bewijzen niet voldoende zijn, doch dat het berekenbaar mogelijk is, dat te eeniger tijd nog nadere bewijzen zouden kunnen worden „ingewonnen, zal zij den beklaagden absolveren van de „instantie”. Een schorsing van het geding voor onbepaalde tijd.

Ook vergist de schrijver zich, waar hij op blz. 310 meent in de veroordeeling tot een „kraeghmaentien” een veroordeeling tot afstand van een voorwerp (kraagmandje) te zien. Het vraagteken dat de schrijver hierbij plaatst, wijst reeds op twijfel. Die twijfel is m. i. gegrond: er moet hier, naar het mij voorkomt, gedacht worden aan den naam, waarmede zekere in de Ommelanden gangbare munt werd aangeduid. Munten, waarop een persoon staat afgebeeld met

een groote spaansche kraag om, werden in de wandeling „kraagman” genoemd. Zoo b.v. een ducaton van Albertus en Isabella, voor Brabant geslagen, doch die ook elders in ons land veel in omloop waren. Zie TER GOUW, Tijdschrift voor Penningkunde 1906, blz. 214 v.

Doch dit zijn kleinigheden, die aan de verdienste van het proefschrift niet afdoen. Het is een goed geslaagde dissertatie, die aan belangstellenden in het oud-vaderlandsch strafrecht ter lezing gaarne wordt aanbevolen.

ROLLIN COUQUERQUE



Mr. A. L. M. VAN BERCKEL. — *Het rechtskarakter der huur van onroerend goed volgens hedendaagsch Nederlandsch recht.* — Academisch proefschrift, Amsterdam, 1920.

Het is een aantrekkelijk onderwerp, dat de schrijver voor zijn proefschrift heeft uitgekozen. Wel zou men op het eerste gezicht geneigd zijn om te zeggen, dat hij een vraag gaat behandelen, welke volgens zijn eigen beweringen, in den aanvang van het werkje neergeschreven, reeds sedert jaren geen vraag meer is; dat de huurder volgens ons positieve recht slechts een persoonlijk recht heeft, dat hem geen zakelijk verband op het onroerende goed toekomt, is volgens de schrijvers en de jurisprudentie aan geen twijfel meer onderhevig. Het heet echter geenszins in de bedoeling van Mr. v. B. gelegen om in dezen tegen den stroom in te gaan roeien — of de wijd geopende deur nogmaals in te trappen. Het doel, dat hem bij zijn arbeid voor oogen heeft gestaan, was een geheel ander; zich neerleggende bij de geldende leer wilde hij onderzoeken, of niet door de jurisprudentie en het ongeschreven recht, en in de laatste jaren ook door de crisiswetgeving, de huur in meer dan een opzicht een zakelijk karakter is gaan vertoonen. Daarbij kiest hij geen partij ten opzichte der strijdvraag, of het zakelijk karakter van eenig recht moet worden gezocht in zijn absolute gelding tegenover allen dan wel veeleer in de bevoegdheid, welke het scheidt, om rechtstreeks zonder tusschenkomst van een ander heerschappij over de onroerende zaak uit te oefenen; aan beide opvattingen heeft hij bij zijn onderzoek recht laten wedervaren.

In het eerste hoofdstuk, volgende op de inleiding en de enkele opmerkingen over de geldende leer, spreekt de schrijver over de bestendigheid der huur: immers hoe langer deze duurt, des te meer oefent volgens hem de huurder direkt, zonder bemoeienis van den verhuurder-eigenaar, macht over het goed uit. Achtereenvolgens komen hierbij ter sprake de volgende onderwerpen:

eerst het eindigen der mondelinge huur, waarbij het vereischte der opzegging bestendigend werkt (art. 1607 B. W.); dan het eindigen der schriftelijke huur, waarbij (in den regel) een opzegging onnoodig zal wezen, doch art. 1609 B. W.,

bovenal gelijk de rechtspraak het toepast, een dergelijken invloed heeft;

daarna de tusschentijdsche ontbinding, waarbij hij er op wijst, welk ruim gebruik de rechterlijke macht pleegt te maken van haar bevoegdheid om bij betrekkelijk onbetekenende wanpraestatie's genade voor recht te laten gelden en den eisch af te wijzen. Hij noemt echter de jurisprudentie grillig en kan er geen vaste lijn in ontdekken (behoudens dat ontbinding steeds volgt, als de huurder het gehuurde heeft verlaten) — hetgeen mijns inziens geen verwondering behoeft te baren, als men maar bedenkt, dat, zoo ergens, in deze zaken geldt het „*jus in causa positum*” en het ontstaan van algemeene regelen nauwelijks denkbaar is, terwijl daarenboven de verzamelingen van jurisprudentie veelal de feiten zeer onvolledig plegen weer te geven en toch juist daarin dikwijls de sleutel is te vinden van hetgeen den rechter tot een bepaalde beslissing heeft bewogen. Van zelf komt hier ook ter sprake de (bij pachtecontracten niet zeer gebruikelijke) ontbindingsclausule, welke de schrijver ondanks de artikelen 1597 en 1625 B. W. wel geldig oordeelt; toch kan in gevallen van lichte overtredingen de goede trouw haar toepassing verbieden en in zooverre werkt zij dus niet automatisch, omdat de rechter heeft te beoordeelen, of dat geval zich voordoet;

voorts de invloed der economische crisis, welke eerst de rechterlijke macht en daarna den wetgever er toe heeft geleid om op allerlei wijzen het beëindigen van huurovereenkomsten te voorkomen;

vervolgens de gebruikelijke huurtermijnen, welke bij pacht veelal langer waren dan bij huur van huizen, terwijl er in de laatste jaren een tendentie tot het verkorten daarvan en het doen verdwijnen der optiejaren bemerkbaar is; in dit opzicht heeft dus de crisis in minder stabiliseeerenden zin gewerkt;

en eindelijk de feitelijke bestendigheid der huurverhouding, waarbij de schrijver uiteenzet, hoezeer volgens de algemeene opvattingen het niet-voortzetten der huur met een huurder zonder geldige redenen als onmaatschappelijk, en zelfs onfatsoenlijk, gold, een opvatting, waaraan men zich in de praktijk ook algemeen hield tot de woningnood en de duurre dezen idyllischen toestand kwamen verstoren.

Als zijn slotsom geeft Mr. v. B. dan te kennen, dat een buitengewoon vast en rechtens bestendig huurrecht toch op deze wijze niet blijkt te zijn ontstaan; daartoe is de huurder te weinig onafhankelijk van den verhuurder, terwijl de pachter, die wel veelal voor langeren termijn inhuurt, doch wiens geheele economische bestaan vaak afhangt van de mogelijkheid van wederinhuring en die door geen huur-



commissie wordt beschermd, daarbij in de minst gunstige positie verkeert.

Doch wat brengt ons dit alles nu eigenlijk verder, zou men willen vragen. Het moge dan waar zijn, dat zakelijke rechten in het algemeen bestemd zijn om een toestand van langen duur te scheppen — hoewel dit, gelijk de schrijver zelf zegt, bijvoorbeeld bij vruchtgebruik zeer dikwijls allerm minst het geval is en het ook voor hypotheek althans in het geheel niet karakteristiek is —, ook bij persoonlijke verbintenissen tot stand brengende overeenkomsten is het niet zoo iets ongewoons, dat zij aan partijen voor geruimen tijd verplichtingen jegens elkaar opleggen; men denke slechts aan vennootschapscontracten. Dat werkelijk een langere duur der huren, voortspruitende uit het minder gemakkelijk worden van het beëindigen daarvan door den verhuurder, daaraan een meer zakelijk karakter zou geven, vermag ik niet in te zien, omdat die lange duur wel veelal bij het zakelijk recht optreedt, doch het niet als zoodanig karakteriseert. Daarbij komt, dat dit verschijnsel voor een belangrijk gedeelte is te wijten aan factoren als de crisiswetgeving en het rekening moeten houden met den noodtoestand in de huisvesting, welke van tijdelijken aard zijn — althans laten we dat hopen!

Het tweede hoofdstuk draagt het opschrift: Huur en rechtstreeksche heerschappij. In de eerste plaats worden hierin onder de oogen gezien de verhuurdersverplichtingen. Dat deze gedurende den duur der overeenkomst tot allerlei prestatie's gehouden blijft, acht de schrijver geen afdoende argument tegen het zakelijk karakter: ook bij zakelijke rechten komen zulke verplichtingen van den eigenaar voor. Trouwens juist in dit opzicht ziet hij een ontwikkeling in de richting van het zakelijke recht, doordat het vooral bij pachtcontracten in de laatste jaren meer en meer gebruikelijk wordt om alle onderhoud op den pachter af te wentelen. Die tendentie is er echter altijd geweest; zij kan alleen thans meer tot uiting komen, omdat de verhuurder nog meer dan te voren de economisch sterkste is geworden. De verhuurders, die hun verplichtingen tot onderhoud behoorlijk en anders dan schoorvoetend nakomen, zijn tegenwoordig wel niet velen in getal, en hen te dwingen is onder deze omstandigheden vrijwel ondoenlijk.

Vervolgens gaat de schrijver over tot de positie des huurders tegenover de gehuurde zaak. Hier is aan den eenen kant deze in menig opzicht in zijn vrijheid beperkt door zijn gehoudenheid om het gehuurde te bewonen en het tot het doel, waartoe het is bestemd, te gebruiken en door de aan onderverhuring in den weg gelegde belemmeringen, doch aan de andere zijde zijn hem vaak rechten toegekend,

die toch wijzen op een zekere direkte heerschappij over de zaak, als dat om voor den duur van den huurtijd daaraan allerlei veranderingen aan te brengen. Ook kan hij tegen stoornissen door derden zelfstandig optreden met de actie uit onrechtmatige daad, waarbij soms reële executie wordt toegestaan. Bij pacht is de huurder althans in de wijze van gebruik veelal nog in veel sterkere mate onvrij.

De conclusie uit dit alles luidt: de zakelijke constructie is mogelijk, doch niet noodzakelijk; huur is van een hybriden aard en heeft zoowel zakelijke als persoonlijke eigenschappen. In het eind geeft de schrijver evenwel te kennen, dat hij de rechtstreeksche heerschappij geen bruikbaar criterium voor het onderscheid tusschen zakelijke en persoonlijke rechten acht. Inderdaad kan zijn betoog in dit hoofdstuk er in hooge mate toe bijdragen om duidelijk in het licht te stellen, hoe vaag het begrip dier rechtstreeksche heerschappij is, hoe weinig houvast het geeft. Doch verliest daarmee de toch op dat begrip opgebouwde conclusie niet tevens haar beteekenis?

Het derde en laatste hoofdstuk is gewijd aan de positie van den huurder tegenover derden, en wel in de eerste plaats niet-rechthebbenden. De rechtspraak geeft den huurder de bevoegdheid om zelfstandig op te treden tegen den een recht op het goed bewarenden derde, als hij daarvan schade of hinder ondervindt. Een uitgebreide bespreking der jurisprudentie leidt tot het besluit, dat, al moge eenig verschil denkbaar wezen, den huurder in het wezen der zaak dezelfde rechtsmiddelen ten dienste staan als de zakelijk gerechtigde zou hebben; hierdoor heeft dus huur het karakter van een absoluut recht verworven; grondslag der mogelijke actie is de stoornis van het recht des huurders op het gehuurde als zoodanig.

Hierop volgt nog de beschouwing van de positie des huurders tegenover rechthebbenden op het onroerend goed, bepaaldelijk wat aangaat de bepalingen van art. 1612 B. W. Weliswaar gaat de schrijver er van uit, dat de door de jurisprudentie gesanctioneerde uitlegging van dit wetsvoorschrift (overgang van alle rechten en verplichtingen des verhuurders voor het vervolg op den nieuwen eigenaar) voortspuit niet uit eenige erkenning van een zakelijk karakter der huur, doch uit een onvermijdelijk rekening houden met de behoeften van het verkeer, maar het gevolg is toch, dat de huurder nu, anders dan b.v. de bruikleener, in zooverre zakelijke bescherming geniet; ware hij zakelijk gerechtigde, zijn positie zoude niet anders wezen. Juist hierom evenwel is bij den schrijver twijfel gerezen, of ook het criterium van de werking van het recht tegenover elkeen nog wel bruikbaar is voor de onderscheiding van zakelijke



en persoonlijke rechten, nu immers die absolute werking ook bij dit persoonlijk recht niet te miskennen valt.

Het valt niet gemakkelijk over dit ongetwijfeld belangwekkende geschrift een billijk oordeel uit te spreken. Beschouwt men het nitsluitend als een poging om het rechtskarakter der huur, gelijk deze zich in de laatste jaren heeft ontwikkeld, dogmatisch te bepalen, zoo kan men des schrijvers arbeid nauwelijks zeer geslaagd noemen. Immers zijn leer, dat huur den huurder geeft een hybridisch recht met persoonlijke en zakelijke eigenschappen, brengt ons, nu ook hij daarin geen aanleiding kan vinden om de nu eenmaal gangbaar geworden opvatting in dezen terzijde te stellen, niet verder dan dat zij is een persoonlijk recht, dat enkele eigenschappen heeft, welke ook aan zakelijke rechten eigen zijn. Doch nu hij zelf — en dit zeker op goede gronden — de juistheid der gewoonlijk aangenomen onderscheidende kenmerken van beide soorten van rechten, op welke zijn geheele betoog toch is opgebouwd, in twijfel trekt, moeten zijn slotsommen wel een onbevredigenden indruk achterlaten. Een nader onderzoek dienaangaande meende hij achterwege te moeten laten als buiten het bestek van dit proefschrift vallende, doch ziet hij daarbij niet over het hoofd, dat bij gemis aan een stevigen dogmatischen grondslag zijn gansche bouw wankel wordt, en zijn onderzoek weinig nut meer kan afwerpen?

Anders wordt het echter, als men het werk neemt als wat het werkelijk is geworden, een monografie over de ontwikkeling van het huurrecht in de praktijk van den laatsten tijd, bepaaldelijk onder den invloed der crisis, want dan zal men gereedelijk moeten erkennen, dat de schrijver onze rechtsliteratuur heeft verrijkt met een zeer lezenswaardige en van grondig onderzoek getuigende verhandeling over een onderwerp, dat in de tegenwoordige omstandigheden wel bij uitstek de belangstelling der juristen verdient. Hulde komt hem toe voor de wijze, waarop hij den ontzaggelijken berg van jurisprudentie, bepaaldelijk van die der laatste dertig jaren, heeft weten te verwerken. Voorts heeft hij alle aandacht besteed aan het „buitenwettelijk” recht, namelijk de in de verschillende deelen des lands in gebruik zijnde gedrukte formulieren voor huur- en pachtcontracten, welke tegenwoordig door de verhuurders veelal naast het geschreven als het gedrukte recht worden gesteld, welke de huurders, naar somwijlen blijkt, teekenen zonder ze behoorlijk te lezen of te begrijpen en welker redactie wel eens aan duidelijkheid alles te wenschen overlaat. Ook van de rapporten en verslagen van Staatscommissie's, het pachtvraagstuk betreffende, is met goed gevolg gebruik gemaakt. Zoo kon de schrijver ons een vrij volledig en, naar het mij

voorkomt, betrouwbaar overzicht geven van de in menig opzicht eigenaardige ontwikkeling, welke het huurrecht, ook onder den drang der tijdsomstandigheden, heeft ondergaan. En die taak heeft hij op heldere en van scherpzinnigheid en juridisch inzicht getuigende wijze met handige verwerking der feiten in een vlot geschreven boek verricht. Alleen valt het te betreuren, dat de uiterlijke vorm niet beter verzorgd is. De schrijver vermeldt aan het slot een zestal „zinstorende” drukfouten; deze opgave had echter zeer gemakkelijk een geheele bladzijde kunnen vullen, terwijl er vele bij zijn, waarvan ik nu maar beleefdheidshalve wil onderstellen, dat zij niet meer dan drukfouten zijn.

Aan ieder, die belang stelt in de praktijk van het huurrecht in onzen tijd, kan ik de kennismeming van dit proefschrift met warmte aanbevelen.

Rotterdam, Maart 1921

H. W. M. VAN HELTEN



*Bewijslast en bewijswaardeering.* — Proefschrift  
van M. L. KAN, verdedigd op 8 Febr. 1921  
aan de Universiteit van Amsterdam.

De schrijver van dit proefschrift is zonder twijfel een scherpzinnig man. Een man met liefde voor het nauwkeurig onderzoeken van belangrijke juridische vraagstukken, iemand die bij dat onderzoek geen moeite of inspanning schuwt en die dan ook met name bij zijn ontledend onderzoek der praktijk over zijn onderwerp gegevens van waarde aan het licht brengt.

Maar gemakkelijk maakt hij het zijn lezers niet. Met name in zijn eerste hoofdstuk, bevattende „algemeene beschouwingen”, is het moeilijk een logisch gesloten geheel te vinden. Ik heb het tweemaal met aandacht gelezen, maar ik durf niet te zeggen, dat het mij volkomen helder is geworden.

Zie ik goed, dan is de groote hoofdgedachte van den schrijver deze: bewijs betreft niet feiten, zooals tot nu toe zoo goed als algemeen werd aangenomen; ook de leer van MEIJERS, dat wel dikwijls feiten, doch ook wel onmiddelijk rechten worden bewezen, is niet juist; bewijs betreft altijd subjectieve rechten. De eenige regel daarom, die men voor den bewijslast kan opstellen, is deze: „Wie op een subjectief recht aanspraak maakt, verliest het proces, indien de rechter niet van het bestaan van dit subjectieve recht overtuigd is”. Deze regel is practisch voor de bekende moeilijkheden van weinig waarde. Maar voor deze moeilijkheden zijn nu eenmaal geen vaste regelen te vinden, elk geval is weer anders dan het vorige. Dit alles is enkel vraag van bewijs-waardeering (door den schrijver ook genoemd „oneigenlijke bewijslast”). En daarop hebben allerlei omstandigheden van den meest uiteenlopenden aard invloed.

In verband met deze hoofdgedachte betoogt de schrijver, dat bewijslast naar zijn wezen geen plicht is, maar risico; bespreekt hij den aard der rechtsvermoedens; geeft hij een eigen opvatting van de onderscheiding van bewijsgronden en bewijsmiddelen, waarbij de eerste nader in drie rubrieken worden ingedeeld; onderzoekt de verhouding van den rechter tot die beide en trekt uit een en ander dan de zoeven omschreven hoofdgedachte als algemeene conclusie.

Op dit eerste hoofdstuk, bevattende algemeene beschou-

wingen, volgen er dan nog twee; het tweede is gewijd aan het onderzoek naar eenige bewijslastvragen in de jurisprudentie en bij de schrijvers; dit hoofdstuk is van beschrijvende aard; onderzocht wordt of, en zoo ja, welke vaste regelen bij de oplossing van moeilijkheden worden gevolgd. In het derde hoofdstuk wordt dan het saamgebrachte materiaal, voor zoover noodig, nog aangevuld, bezien onder het licht der bewijswaardeering en nagegaan, welke maatschappelijke regelen van bewijswaardeering bewust of onbewust daarbij al zoo een rol spelen.

Ziedaar zoo beknopt mogelijk den inhoud van des schrijvers betoog weergegeven.

Voor mij is het minst waardevol het eerste hoofdstuk, bevattende des schrijvers theoretisch standpunt. Niet dat ook hierin niet vele opmerkingen voorkomen, die van scherp nadenken getuigen. Maar vooreerst hangt hier alles af van de opvatting der grondbegrippen, waarvan men uitgaat en in het bewijsrecht is hier zóóveel subjectiefs en heerscht vaak zulk een Babylonische spraakverwarring, dat eigenlijk alle beoordeeling onvruchtbaar wordt. Onder „bewijsgrond” verstaan geen twee schrijvers hetzelfde en de heer KAN heeft de bestaande omschrijvingen met nog ééne vermeerderd, nog wel nader in drieën onderverdeeld, waarvan ik niet vermag in te zien, dat zij de zaak, waarover het gaat, een zier helderder maakt. Bovendien is juist op cardinale punten de schrijver soms niet zeer nauwkeurig. Wanneer men als hoofdstelling in strijd met de heerschende leer aannemelijk wil maken, dat alle bewijs subjectieve rechten en niet feiten betreft, dan mag men toch wel verwachten, dat er geen zweem van twijfel overblijft, wat de auteur in dit verband onder subjectieve rechten verstaat. Daarover schrijft hij op blz. 15 aldus: „Onder subjectief recht versta ik dus het complex van die feitelijke omstandigheden, die den rechts-toestand tusschen twee personen bepalen”. Nu wekt het reeds eenige verbazing, dat wanneer men eerst met nadruk tegenover elkander gesteld vindt: „bewijs betreft niet feiten, maar subjectieve rechten”, thans na deze nadere omschrijving blijkt, dat men deze grondstelling aldus heeft te lezen: „bewijs betreft geen feiten, maar feitelijke omstandigheden”; het principieel verschil ontgaat mij. Maar nog duisterder wordt het, wanneer men even later op blz. 18 vindt: „een subjectief recht is nooit en nimmer een verzameling van feiten, maar staat boven en naast de feiten, waar het mee in verband staat”. Een subjectief recht is dus wél een „complex van feitelijke omstandigheden”, maar „nooit en nimmer een verzameling van feiten”. Ik vraag mij af: wordt dit niet langzamerhand een woordenstrijd en is er wel veel werkelijk verschil met de heerschende leer? Ik heb den tekst van het



arrest van den H. R. van 24 Maart 1916, dat Schr. op blz. 15 voor zijn standpunt aanvoert, niet bij de hand, maar Schr. citeert daaruit de beslissing „dat de erkenning eener rechts-geldige verbintenis door een schuldenaar bij akte van schuld-bekentenis gedaan, het bestaan dezer verbintenis bewijst”. Schr. noemt dit de erkenning van een bewijs van het sub-jectieve recht zelf; ik zou — daarbij dan van dit citaat uitgaande — het van mijn standpunt zóó analyseeren, dat bewezen wordt: het feit van de schuld-erkenning door ge-daagde in een vorm, die in het verkeer een gequalificeerde beteekenis heeft, welk feit bewezen wordt door het overleggen der akte; de rechter acht het bewijs van dit feit genoegzaam, om daaruit te concludeeren tot het bestaan van het sub-jectieve recht.

Ondanks des schrijvers polemiek tegen mij hier en daar in zijn proefschrift, geloof ik, dat wij zakelijk niet veel ver-schillen. Wanneer hij op blz. 91 nog eens het heele doel van zijn betoog aldus saamvat: „Zoo is ook ons doel een redelijke ver-deeling van het gevaar van het non liquet”, is dat dan zakelijk heel veel anders dan wanneer ik mijnerzijds het processueel beginsel van de gelijkheid van partijen voor den rechter als eenigen hoofdregel stel en aan de traditioneele regelen niet meer beteekenis toeken, dan voor zoover ze met dat beginsel overeenstemmen? Ik geloof het niet. Het uit-voerig en zeer belangwekkend onderzoek naar de practijk — een zeer verdienstelijk werk naar mijn schatting —, dat Schr. in zijn tweede en derde hoofdstuk heeft ingesteld, toont aan, dat er grond is voor de meening, dat men door wetenschappelijke algemeene regelen hier niet veel bereikt, maar dat rechterlijke waardeering uit het oogpunt van pro-cessueele billijkheid hier de juiste oplossing in het bijzondere geval zal moeten doen vinden.

Resumeerend kom ik tot deze conclusie: Schrijver's theo-retische beschouwingen in zijn eerste hoofdstuk brengen weinig nieuw licht, zijn practische onderzoekingen daaren-tegen zijn voor theorie en practijk beide van beteekenis.

Een resultaat, dat niet aan vele proefschriften kan worden toegekend, waarmede de auteur zeer tevreden kan zijn, en dat hem kan aansporen om het bij dezen eersteling niet te laten, maar ook verder zijn onmiskenbaar talent voor juridisch onderzoek in dienst van ons vak te stellen.

ANEMA

*Aanteekeningen op het Notariaat*, door Jhr. A. H.  
VAN DER DOES DE BIJE, notaris te Soerabaja.  
— 's-Gravenhage, Boekh. vH GEBR. BELINFANTE  
1920.

In deze „aanteekeningen” stelt de schrijver opnieuw een onderzoek in naar de plaats welke de notaris en de partijen innemen ten opzichte van de notarieele akte, om naar aanleiding daarvan den vorm, waarin die notarieele akte pleegt te worden gegoten, aan kritiek te onderwerpen.

Zijn betoog komt in korte trekken hierop neer:

De notarieele akte kan naar twee verschillende stelsels worden opgemaakt en voor een juist begrip van het notariaat is het onontbeerlijk tusschen die twee stelsels te onderscheiden.

Volgens het eerste stelsel kan de comperant eene zijn wil bevattende verklaring afleggen in handen van den notaris, die daarvan een akte opmaakt of laat opmaken.

Volgens het tweede stelsel kan de verschenen persoon ten overstaan van den notaris verklaren, dat de inhoud van een door dezen aan hem voorgelezen en voorgehouden geschrift de waarheid bevat (blz. 10).

De geschiedenis van het notariaat nagaande, komt hij tot de conclusie dat het tweede stelsel weergeeft de ontwikkeling van het notariaat, gelijk die in Italië heeft plaats gehad en later door Karel V naar de Nederlanden is overgebracht, terwijl daarentegen het eerste stelsel zich in Frankrijk heeft ontwikkeld uit het instituut der vrijwillige jurisdictie. In oorsprong zou de Fransche notariëele akte dus te beschouwen zijn als een gerechtelijke bekentenis, afgelegd ten overstaan van den rechter (later den notaris), die partijen veroordeelde te doen waartoe zij zich hadden verbonden, en die van een en ander bij geschrifte deed blijken. Ook in Italië was deze *jurisdictio voluntaria* geen onbekende. Hier echter werd het reeds opgemaakte geschrift ten overstaan van den rechter als waar erkend en bevat dan als *instrumentum confessionatum* een onaantastbare bewijskracht. Ook hier werd de bevoegdheid tot het in ontvangst nemen der gerechtelijke bekentenis, waarbij de akte werd erkend, in den loop der tijden overgebracht van den rechter naar de notarissen, die als *judices chartularii* dus voortaan zelfstandig *instrumenta confessionata* konden opmaken.



Onze wetgeving, aldus de conclusie van den schrijver uit deze historische gegevens, hinkt op twee gedachten. Art. 1905 B. W. gaat uit van het Italiaansche stelsel, terwijl daarentegen de wet op het notarisambt, die aan gemelde wetsbepaling uitvoering moest geven, door een slaafsche navolging van de Fransche Wet van 25 Ventôse An XI het Fransche stelsel huldigt. Vandaar de onzekerheid en begripsverwarring in deze materie.

De lezing van dit betoog doet bij mij de vraag rijzen of de ontwikkeling van het notariaat in Italië en Frankrijk wel zoo principieel verschillend is als de schrijver het doet voorkomen. Ik meen die vraag ontkennend te mogen beantwoorden. Immers ook in Frankrijk is steeds verlangd (althans een ordonnantie van 1560 door den schrijver aangehaald, maakt er reeds melding van) dat de akten door partijen moesten worden onderteekeend en schrijver zelf zegt, zeer terecht, dat dit moest worden beschouwd als de erkenning van de wenschelijkheid om hetgeen door den notaris was gerelateerd, mede door partijen te doen bekrachtigen (blz. 26). Hieruit blijkt naar het mij voorkomt duidelijk dat er geen principieel verschil bestaat tusschen het Italiaansche stelsel (de nadere bekrachtiging van een in schrift gebrachte verklaring) en het Fransche, althans zooals dit laatste zich ten tijde van de invoering van de wet van 25 Ventôse XI had ontwikkeld. Waar de onderteekening van partijen als een noodwendig vereischte voor de authenticiteit van de akte wordt gevorderd, daar ligt in die onderteekening — na voorlezing — een bekrachtiging van hetgeen is in schrift gebracht. Immers door die onderteekening te weigeren kan men hetgeen in schrift is gebracht van elke beteekenis berooven.

Op het onderscheid tusschen het Italiaansche en het Fransche stelsel is schrijvers verder betoog omtrent de tegenstrijdigheid van art. 1905 B. W. en de notariswet gebaseerd.

Waar ik, om de zooeven gemelde reden, dit onderscheid niet kan inzien, daar kan ook de daarop gebouwde conclusie mijn instemming niet hebben. Schrijvers argument ten bewijze dat de notariswet het Fransche stelsel huldigt is al zeer zwak. Hij zegt (blz. 34) dat, hoewel niet uitdrukkelijk daarin geformuleerd, toch met zekerheid dit stelsel valt af te leiden uit de bepaling van art. 30, waarin wordt gezegd, dat de akte onmiddellijk na voorlezing moet worden onderteekeend, waardoor het Italiaansche stelsel, d. w. z. eene nadere bekrachtiging, wordt uitgesloten. Alsof die bekrachtiging niet stilzwijgend uit het enkele feit der onderteekening, na voorlezing, kan worden afgeleid!

Ten bewijze dat art. 1905 B. W. het Italiaansche stelsel huldigt moet schrijver zich aangorden tot een bestrijding van COLENBRANDER, die de beteekenis van het woord *ver-*

*lijden* verklaart als *voorbijgaan*, en derhalve volkomen op één lijn stelt met het Fransche *passer*. Schrijver meent dat dit ten eenenmale uit de lucht gegrepen is en dat *verlijden* de beteekenis heeft van *belijden*, *bekennen*, *erkennen*. Ook mij komt het voor dat *verlijden* met *erkennen* moet worden in verband gebracht, al gaat schrijver te ver waar hij zegt dat COLENBRANDER ten onrechte beweert, dat het woord *verlijden* in onze taal in de beteekenis van *voorbijgaan* nog voortleeft. In „het verleden”, „verleden jaar”, „verleden tijd”, „verleden deelwoord” vinden we het woord in de beteekenis door COLENBRANDER daaraan gehecht wel degelijk nog terug (1).

Naar het mij voorkomt is de herkomst van het woord *verlijden* echter uitsluitend een taalkwestie. Juridische beteekenis heeft die kwestie niet. Immers als vaststaande mag wel worden aangenomen dat de wetgever, toen hij bij de redactie van art. 1905 B. W. het Fransche „*reçu par officiers publics*” verving door de aan het vaderlandsche recht ontleende uitdrukking „verleden ten overstaan van openbare ambtenaren”, zich van de herkomst en beteekenis dier uitdrukking volstrekt niet bewust was, gelijk duidelijk blijkt uit het gebruik dat kort daarop de notariswet van het woord *verlijden* maakte en waaromtrent schrijver zelf opmerkt (blz. 59 onderaan) „dat de wetgever van het notariaat, de „beteekenis van het werkwoord „verlijden” niet heeft geweten”. Om nu gelijk schrijver doet uit de vervanging van de Fransche uitdrukking door een andere, aan het vaderlandsche recht ontleend, de conclusie te trekken, dat de wetgever van het burgerlijk recht het Italiaansche, en niet het Fransche stelsel heeft toegepast, me dunkt, daarmee wordt wel wat al te groote beteekenis aan die wijziging toegekend, en die gewijzigde beteekenis zou dan geheel ontsnapt moeten zijn aan ASSER, die in zijn „Het Nederl. Burg. Wetb. vergeleken met het Wetb. Nap.” schreef, dat art. 1317 C. N. overeenstemt met art. 1905 B. W., „behoudens dat in laatstgemeld artikel onder authentieke akten behalve de zoodanige, welke ten overstaan van openbare ambtenaren zijn verleden (*reçus par officiers publics*) ook zijn gerangschikt die, welke door openbare ambtenaren zijn opgemaakt, als b.v. exploiten van deurwaarders enz.”.

(1) In het Middelnederl. Woordenboek van VERWIJS en VERDAM wordt het woord *verlijden* m. i. ten onrechte met *verliden* (voorbijgaan) in verband gebracht. In «Verlijfbrief» door schrijver opgevat als «brief van erkenning», heeft «*verlij*» weer een geheel andere beteekenis n.l. *in leen geven*. Zie op *verlijdinge* het zinnetje: Eenen brief van verlijdinge, dair mede hertoge A verlijdt heeft O ende H zekere goeden, die zij himluyden opdrougen.



(N.B. de uitdrukkingen *recevoir* en *passer* kwamen ook in oud-vaderlandsche stukken voor. Zoo vindt men in het plakkaat van Karel V van 21 Maart 1524 vermeld: „Willende „ende ordonneerende voorts allen wethouders ons voorz „landts van Hollandt, dat sij gheen reguard en hebben „noch wet ende justitie en doen op hen instrumenten of „contracten, ontfangen ende ghepasseert nae date van de „publicatie van dezen voor andere notarissen enz.”.

Over het woord *verlijden* merk ik nog op, dat in het Woordenboek der Nederlandsche taal van DE VRIES e. a. twee woorden *lijden* van verschillenden stam voorkomen waarvan het eene *gaan ondergaan*, het andere *erkennen, toegeven, bekennen* beteekent. In laatstgemelde beteekenis vindt men het terug in: „Soo wie beclaecht wordt, sal „bedaecht worden om te lyden of te loochenen; ende indien „hij 't ontkent, dan sal men ghetuyghenisse daer op hooren” en in: „Op het te kennen geven van PIETER CORNELISZ HOOFT ... lijdende hoe dat UEd. op naeme ende uit handen „van WILLEM JANSZ HOOFT, op interesse genomen soude „hebben sekere penningen.” In het Middelnederlandsch Woordenboek van VERWIJS en VERDAM vindt men op „*liën* aangehaald: „(Sy) hebben openbairlich gekant ende gelijkt, „dat sy (geld) ontfangen hebben”, en op „*verliën*” „Syn „voorleeden sculd te betalen of borghe daer voor te setten”, en „So wie(n) men enich gelt verlijt voor seepen of diet mit „clageliken woorden voor den rechter wint, dat mach hi „opgheven”. In deze laatste zin komt het woord *verlijden* voor in geheel dezelfde beteekenis waarin men spreekt van een akte verlyden. Op *verlie* vindt men voorts: die bode sel binnen twee dagen, nadat hem die cedel van den coopman geleverd sal wesen, ommegean om 't verlie te ontfangen en Soo sal men mijt seepenbrieven of mijt verlije voor seepen mooghen panden”.

Welke moeilijkheden vloeien volgens den schrijver voort uit het door hem gesignaleerde hinken op twee gedachten? Hij vermeldt als zoodanig 1<sup>o</sup>. verkeerde toepassing van vormen in de notarieele praktijk (blz. 7), onzekerheid te welker plaatse van de tegenwoordigheid der getuigen moet worden melding gemaakt en de dagteekening moet worden opgenomen; 2<sup>o</sup>. het ontstaan van de onjuiste meening dat de notaris de bekwaamheid van de voor hem verschenen personen heeft te beoordeelen (blz. 36); 3<sup>o</sup>. de fictie welke aan elke notarieele akte ten grondslag ligt dat de comparant aan den notaris heeft verklaard al datgene wat in de akte als zijn verklaring is opgenomen, zoodat strikt genomen elke notarieele akte valsch is (blz. 39). Op blz. 42 schrijft hij: „geen notaris die zijn werkkring ernstig opvat zal ... gedoogen dat de akte wordt onderteekend alvorens zich nader van den wil

van partijen te hebben overtuigd en dit is ook daarom noodzakelijk omdat hij zonder dien niet kan controleeren of de door hem of door een ander opgemaakte akte juist is en hiertoe zal hij partijen afvragen of zij erkennen te hebben gehandeld of zich te hebben verbonden zooals in de akte is omschreven. Maar deze hoogst gewichtige handeling, waar alles op aankomt en waar alles van afhangt, kan door den notaris niet in de akte worden gerelateerd omdat dit verboden is in de wet op het notarisambt, die in art. 30 voorschrijft dat zij onmiddellijk na voorlezing moet worden onderteekeend. Om derhalve eene dergelijke erkenning behoorlijk te constateeren, zoude dit bij afzonderlijke akte moeten geschieden".

In dit betoog wordt aan den vorm waarin notarieele akten worden gegoten wel wat al te groot gewicht gehecht. Sub 2 houdt verband met de beschouwing van den notaris als uitoefenende vrijwillige rechtsmacht en mag daarom, naar het mij voorkomt, niet op rekening geschoven worden van een verschil in stelsel (bekrachtiging van het opschrift gebrachte, dan wel het in schrift brengen van hetgeen aan den openbaren ambtenaar met dat doel is verklaard geworden) bij het opmaken der authentieke akte. En is die vorm der notarieele akte wel zoo verkeerd als schrijver en velen met hem aannemen? Ja, als men met SPRENGER VAN ELJK in den notaris een getuige ziet, die opteekeent hetgeen hij zelf heeft waargenomen en ondervonden en dan uit den vorm der notarieele akte afleidt dat dat waargenomene bestaat in de mondelinge opgave aan den notaris van hetgeen de akte als verklaring van den voor hem verschenen persoon vermeldt. Neen, als men tot de erkenning komt, dat de aard der notarieele akte meebrengt, dat hetgeen daarin als door de verschenen personen verklaard voorkomt, verklaard is door het stellen hunner handteekeningen onder het stuk na voorlezing, waardoor zij zich den inhoud van het stuk als het ware toeëigenen, dat stuk bevestigen en erkennen. Wie heeft er ooit aanstoot aan genomen dat een onderhandsche akte wordt geredigeerd als volgt: „De ondergeteekenden verklaren te zijn overeengekomen als volgt:”, wie zal dit ooit anders opvatten dan te zijn een verklaring (erkenning) zich uitende in de onderteekening van het geschrift?

De opvatting van den notaris als een getuige wordt door de bepaling van art. 1905 B. W., die in tegenstelling met den C. N. de akten opgemaakt door openbare ambtenaren en die welke verleden worden ten overstaan van openbare ambtenaren in één adem noemt, eenigszins in de hand gewerkt. Uit die opvatting — door den schrijver terloops op blz. 60 vermeld — vloeien m. i. voort zoowel de algemeene kritiek der schrijvers op den vorm van de notarieele akte, als de onzekerheid omtrent het begrip *verlijden* (volgens



sommigen alléén het voorlezen en onderteekenen, volgens anderen meer dan dat). Misschien dat kennisneming dezer zeker lezenswaardige „aanteekeningen” er toe zal bijdragen die onzekerheid weg te nemen en te doen inzien dat het verlijden bestaat in de erkenning, gelegen in de onderteekening van de akte onmiddellijk na voorlezing. Kennisneming van het plakkaat van 4 October 1540, door schrijver aangehaald: „In 't instellen van haare Instrumenten, moeten sy wel letten dat sy benevens den goeden Sin van dien, daarenboven stellen de Namen, Bedieningen, Hanteeringe ende Woonplaetsen van de Luyden die 't aangaat, dat deselve haar, of ten minsten de getuygen bekent syn ende daarenboven het jaar, maand, dag ende uyr wanneer het Verlij geschiet daarin uytdrukken, ende dat sy het bewerp by de Verlijders ende getuygen doen onderteekenen”, zal daar ook het hare toe kunnen bijdragen.

Dat de opvatting van den notaris als geloofwaardig openbaar getuige — in samenwerking met het verlangen der praktijk om zich een authentieke akte te kunnen verschaffen ook bij weigerachtigheid van de wederpartij om te teekenen — er langzamerhand toe geleid heeft den eisch der onderteekening los te laten, aanvankelijk voor bijzondere akten (art. 31 oud), later, sinds 1878 voor een veel breeder categorie (art. 31 nieuw), moge hier even in herinnering gebracht worden met de opmerking dat men in mijn oogen eerst toen van stelsel veranderd is. De onderteekening, vroeger geenszins alleen een formaliteit — gelijk maar al te vaak ten onrechte werd geleerd —, werd voor de akten, vallende onder art. 31, een vormvereischte, dat bij weigering om te onderteekenen of zich verwijderen voor de sluiting van het proces-verbaal wordt vervangen door een verklaring dienaangaande in de akte. Practisch is deze wijziging algemeen toegejuicht. Of het echter theoretisch te rechtvaardigen is, aan het getuigenis van den notaris alléén — ook deze kan zich vergissen en hoe gemakkelijk is een abuis op een drukke veiling niet denkbaar! — absoluut geloof in rechte te verbinden, betwijfel ik.

Ik eindig met den wensch dat de beschouwingen van den schrijver de aandacht zullen trekken welke ze ongetwijfeld verdienen. Over het verlijden van notarieele akten is reeds veel geschreven, maar al heb ik mijn kritiek niet teruggehouden, ik constateer gaarne dat het boekje op mij een frisschen indruk heeft gemaakt.

Zwolle, Januari 1921

B. J. DE LEEUW

*Het ambt van den rechter*, door Mr. G. VAN SLOOTEN, President van den Krijgsraad te 's-Gravenhage. — A. W. SIJTHOFF's Uitgeversmaatschappij. — Leiden, 1921.

Bovenbedoeld werkje is het tweede van de op verzoek van de juridische faculteit der Leidsche studenten uitgegeven serie: „Beroepskeuze voor den Jurist”. In het eerste deeltje had de landsadvocaat Mr. J. H. TELDERS kort maar duidelijk het over het beroep van advocaat gehad en op verdienstelijke wijze aan de cupida legum juvenitus de inlichtingen geschonken die zij konden wenschen, thans behandelt Mr. VAN SLOOTEN het ambt van den rechter.

Zullen de vragers met zijn antwoord tevreden zijn. Ik weet het niet recht. Niet dat de auteur verzwijgt aan welke eischen men zijns inziens moet voldoen om een goed rechter te zijn, ook niet omdat hij de wijze waarop men zich voor dit ambt kan voorbereiden, onbesproken laat — men heeft den weg van het afkijken, zooals de schrijver de loopbaan ter griffie qualificeert en die der advocatuur, de laatste te prefereren omdat een advocaat, wanneer de zaak voor het eerst aan zijn oordeel wordt onderworpen, deze objectief heeft te bezien, ten einde te kunnen beoordeelen in hoeverre zijn cliënt in een eventueel proces eenige kans op slagen heeft en dus voor een oogenblik de mentaliteit van den rechter moet trachten aan te nemen — maar omdat ik vrees, dat het standpunt van hem, die inlichtingen vraagt zoo geheel zal verschillen van hem, die ze verstrekt.

Dit toch lijkt mij zeker, de directeur van een gemeentelijk bureau voor de beroepskeuze zou zijn publiek anders te woord staan. Hij zou spreken over de financieele voor- en nadeelen van het ambt, de onzekere kans of men ooit het gewenschte doel zal bereiken, maar het antwoord op de vraag of men nu eigenlijk wel de eigenschappen heeft, die voor eene goede vervulling van het ambt vereischt zijn, zal hij stellig niet op zulk eene wijze op den voorgrond stellen als dit door Mr. VAN SLOOTEN geschiedt.

Bij dezen is het ambt er niet voor den ambtenaar, maar de ambtenaar voor het ambt. Hem lezende denkt men onwillekeurig aan de mentaliteit der thans met slijk geworpen oud-Pruisische ambtenaren, wier ideaal was hun arbeid aan den Staat te geven of aan den thans overleden



Mr. VAN IDSINGA, die van oordeel was, dat er eigenlijk geen rechten maar slechts plichten bestonden, een leer die zeker niet de rechteloosheid verheerlijkt, maar de medaille bloot van de keerzijde beschouwt. Voegt men nu hierbij, dat de auteur tot de conclusie komt, dat de vraag of men de geschiktheid tot het rechterambt bezit eigenlijk eerst beantwoord kan worden, wanneer men na afloop zijner studie den strijd des levens heeft leeren kennen, dan begrijp ik, dat het werkje den weetgierigen student toch eigenlijk zal teleurstellen. Hij verlangde een antwoord, dit wordt hem niet onthouden, maar het geschiedt in den vorm eener zij het nog zoo goed uiteengezette dilatoire exceptie.

Daar staat echter tegenover, dat ettelijken, voor wie het werkje niet is geschreven, het, wanneer zij het gelezen hebben, niet zonder dankbaarheid terzijde zullen leggen. Ik bedoel hen, die thans rechter zijn of het geweest zijn. Zij zullen zich afvragen, of zij inderdaad kunnen voldoen of tot dusverre voldaan hebben aan de hooge eischen die de schrijver stelt. En al zal men dan menigmaal zich moeten troosten met het bekende tamen est laudanda voluntas, de lezing van hetgeen de schrijver op slechts twintig bladzijden zoo voortreffelijk zegt geeft een steun in den strijd.

Wat Mr. VAN SLOOTEN van den rechter vordert is volkomen objectiviteit, die echter niet is te verkrijgen dan door voortdurende en nauwgezette plichtsbetrachting. Althans zoo begrijp ik het, wanneer ik lees van geduld, rust en menschenliefde, zich openbarend in nimmer verflauwende belangstelling in de soms groote, maar zoo dikwijls kleine, soms ware, maar zoo vaak vermeende levensvragen, waarmede de verwarde en struikelende menschheid tot ons komt.

„De rechter moet zoo krachtig zijn, dat hij, medelevende  
 „in de maatschappij en door haar stroomingen niet onberoerd,  
 „zijn rust, zijn geduld en zijn menschenliefde kan bewaren.  
 „Wanneer hij aan zijn ambt het noodige heeft gegeven,  
 „moet er voor hem een te veel overblijven. Want hij moet  
 „door dagelijksch contact, door persoonlijk gevoelde  
 „indrukken zijn tijd en zijn tijdgenooten leeren en blijven  
 „begrijpen. Immers hem is nog een andere eisch gesteld,  
 „een tweede eisch van zelfverloochening. Hij moet bij het  
 „verwisselen der tijden zich zelf vernieuwen en voort-  
 „durend gereed staan om alles wat zich met grijpsarmen  
 „van sleur en gemakzucht nog aan hem hecht, maar rot  
 „is en vervuild, zonder morren ten offer brengen. Men mag  
 „geen rechter worden, wanneer men niet weet of men bij  
 „het schallen van de reveille van den nieuwen tijd wel  
 „zal opstaan.”

Gulden woorden voorzeker, nog beter te begrijpen wanneer men let op wat hierop volgt:

„Wij leven nog in een tijd en een maatschappij, waarin  
 „de andere persoonlijke eischen aan den rechter gesteld, de  
 „onafhankelijkheid en de onomkoopbaarheid grootendeels  
 „in de nevelen der theorie verdwijnen... Intusschen het  
 „kan anders worden. De aanstelling van rechter bij volks-  
 „keuze, ja een tusschentijdsche afzetting door een scherven-  
 „gericht zijn geen fantastische droombeelden meer. Wij  
 „kunnen een en ander ook hier te lande beleven. Zult gij  
 „dan de kracht hebben om niet, zooals de eerste de beste  
 „volksvertegenwoordiger, om de gunst van Jan Rap te bedelen  
 „en den rechterzetel tot een tribune te verlagen ten einde  
 „uw ambt te behouden? Zult gij dan ook het gerucht der  
 „meetings en den hoon der moties ignoreeren? Of kunt gij  
 „niet komen te staan voor het geval, dat de vijand zijn  
 „teleurstelling over uw vonnis aan het vaderland wil wreken?  
 „Gij behoeft slechts naar West en Oost te zien om te be-  
 „speuren, dat reeds thans de werkelijkheid zulke conflicten  
 „brengt.

„Ik meen daarom, dat hij, die thans wil besluiten of hij  
 „rechter wil worden, wel degelijk met zich zelf te rade dient  
 „te gaan of hij den voor zelfstandigheid en onafhankelijkheid  
 „noodigen moed heeft. Moed niet zoozeer om te strijden en  
 „te wagen als wel om onverschrokken bij zijne eerlijke  
 „meening te volharden in het aangezicht van vernedering  
 „en armoede. En ik verzeker U, dat er dingen zijn waarover  
 „de jongeling van twintig jaar lacht, maar waarvoor de  
 „huisvader van veertig beet” (1).

Rechtvaardigt dit alles de conclusie van den schrijver,  
 dat men niet reeds aan de Universiteit, maar eerst na ge-  
 strenden te hebben in de harde leerschool van het leven kan  
 oordeelen of men de roeping gevoelt om als rechter op te  
 treden. QUINCTILIANUS spreekt niet alleen van den vir bonus  
 maar eischt, dat hij ook zij juris dicundi peritus.

Dat kan men niet zijn zonder rechtskennis en op dit punt  
 verschil ik een weinig van gevoelen met den geachten  
 schrijver. Dat een goed rechter voortdurend moet studeeren  
 is tusschen ons in confesso. Maar waar de auteur schuwt  
 „de zelfvoldane algemeenheden der inleidingen, verklaringen  
 en handboeken” en aan DIEPHUIS en ASSER maar bitter weinig  
 waarde hecht, zoo geloof ik dat hij hier toch ietwat eenzijdig  
 is. Zeker men studeere in het leven, maar men vergete toch  
 nimmer de waarde, die een grondige en parate kennis van

(1) Ook al aanvaardt men het schervengericht niet als blijvend  
 instituut, zoo is de verzoeking het toch een enkele maal en dan op  
 ruime schaal in den vorm eene épuration de la magistrature toe te  
 passen, niet gering. Ook hier te lande, al dreigt het gevaar niet  
 dadelijk.



wet en recht heeft, een kennis die men voor een deel ook in de aldus gediskwalificeerde werken kan vinden.

Men moet de waarde der rechtswetenschap, zoo van de rechtsdogmatiek als van de rechtsgeschiedenis ook voor de praktijk niet onderschatten. Wij leven thans in eene periode waarin de rechtswetenschap niet meer dezelfde hoogte inneemt als een menschenleeftijd geleden. Maar daarom moet men toch niet vergeten welk een invloed — ik spreek opzettelijk niet van Nederlandsche juristen — mannen als VON SAVIGNY, DERNBURG, HUBER en PLANIOL op de praktijk en de rechtsontwikkeling hebben uitgeoefend en nog steeds uitoefenen. Zeker een candidaat-notaris in een provinciestad kan op een rechtsvraag een juister blik hebben dan een meester in de rechtsgeleerdheid, maar als regel is het toch anders en vertrouwt men met recht meer op VON SAVIGNY.

Wanneer MARCARDUS leerde: qui nescit judicare se teneat ad glossas had hij ongelijk, hij had moeten aanraden niet meer te „judicare” maar daarom is de glossa niet zonder beteekenens.

Ik zou de kennis der rechtswetenschap willen vergelijken — omnis comparatio claudicat — met die der theoretische zeevaartkunde. Daarmede alleen komt men er niet, maar kan men zonder grondige kennis daarvan een goed schipper zijn in de groote vaart?

Wat men als rechter echter nooit mag doen is het jurare in verba magistri of angstig zien naar de censuur der de jurisprudentie adnoteerende priesters van *Themis*, maar daarom mag men de meesters wel kennen en waardeeren.

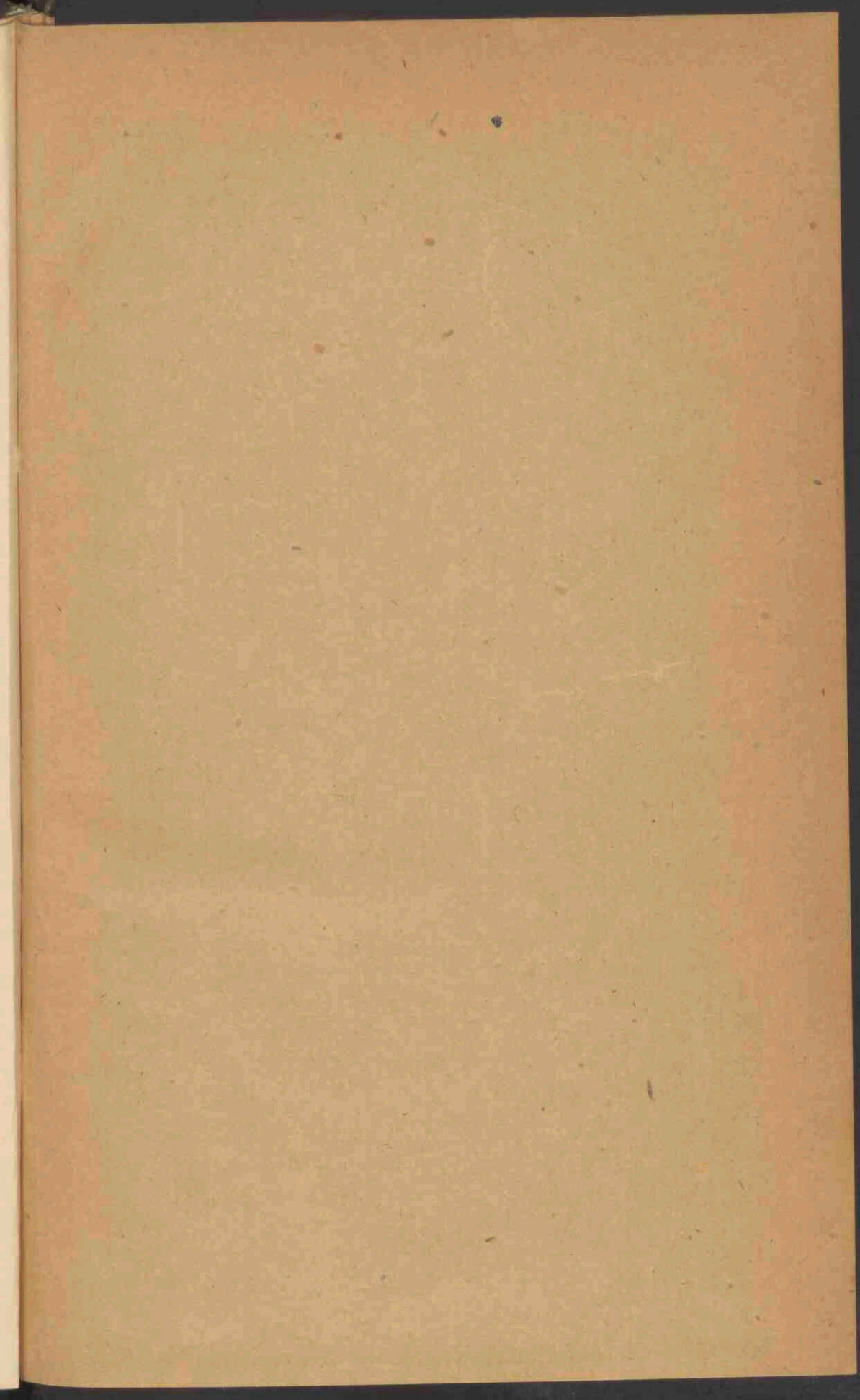
Ik geloof dan ook dat de vaardige pen van den schrijver een oogenblik heeft geslipt, toen hij de boven aangehaalde zinsnede nederschreef en dat hij au fond het met mij eens is.

Waar in een kort bestek zoo veel is gezegd kan het niet anders of men zal achter het een of ander betoog van den schrijver wel eens een vraagteeken plaatsen.

Maar onvoldaan zal toch geen rechter het boekje nederleggen. Immers men gevoelt — en dit komt in onzen tijd nu waarlijk niet zoo veelvuldig voor — dat men te doen heeft met iemand, die liefde heeft voor zijn ambt en die liefde niet toont, zooals anderen dit als van zelf sprekend achten, door dit ambt te declineeren.

September 1921.

C. S.







F. H. DANWER  
BOEKBINDERIJ  
VRECHT



