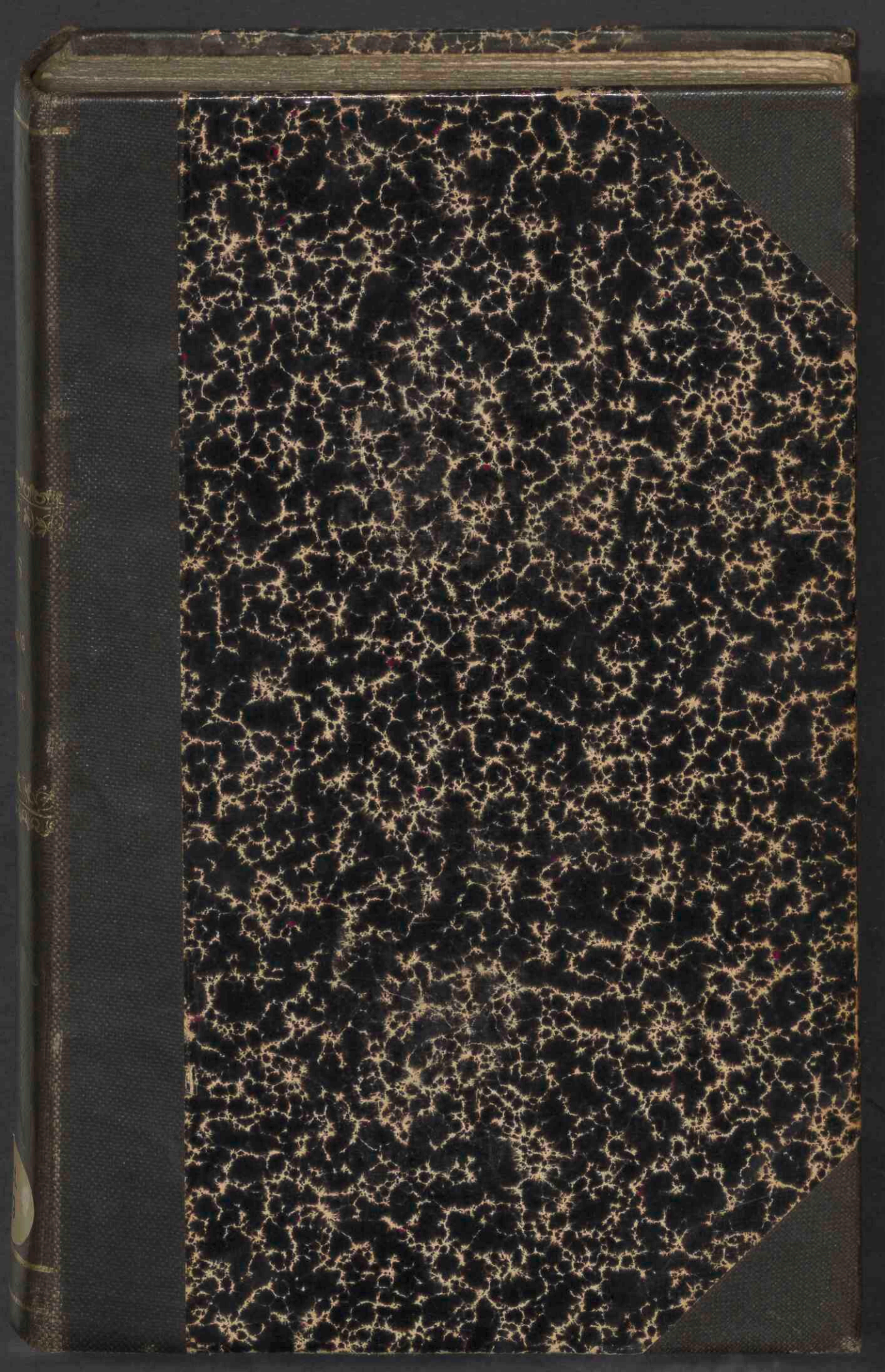


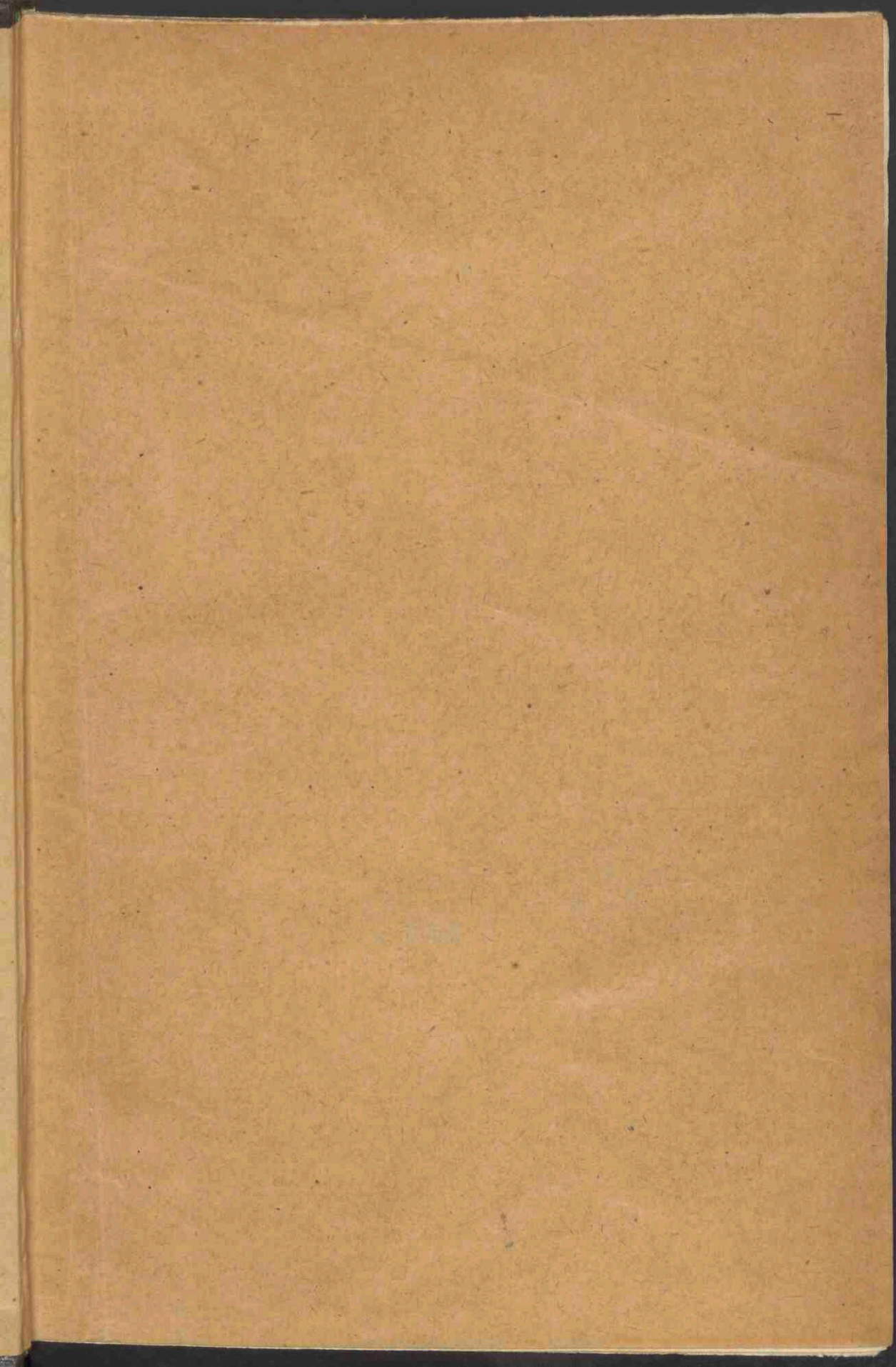


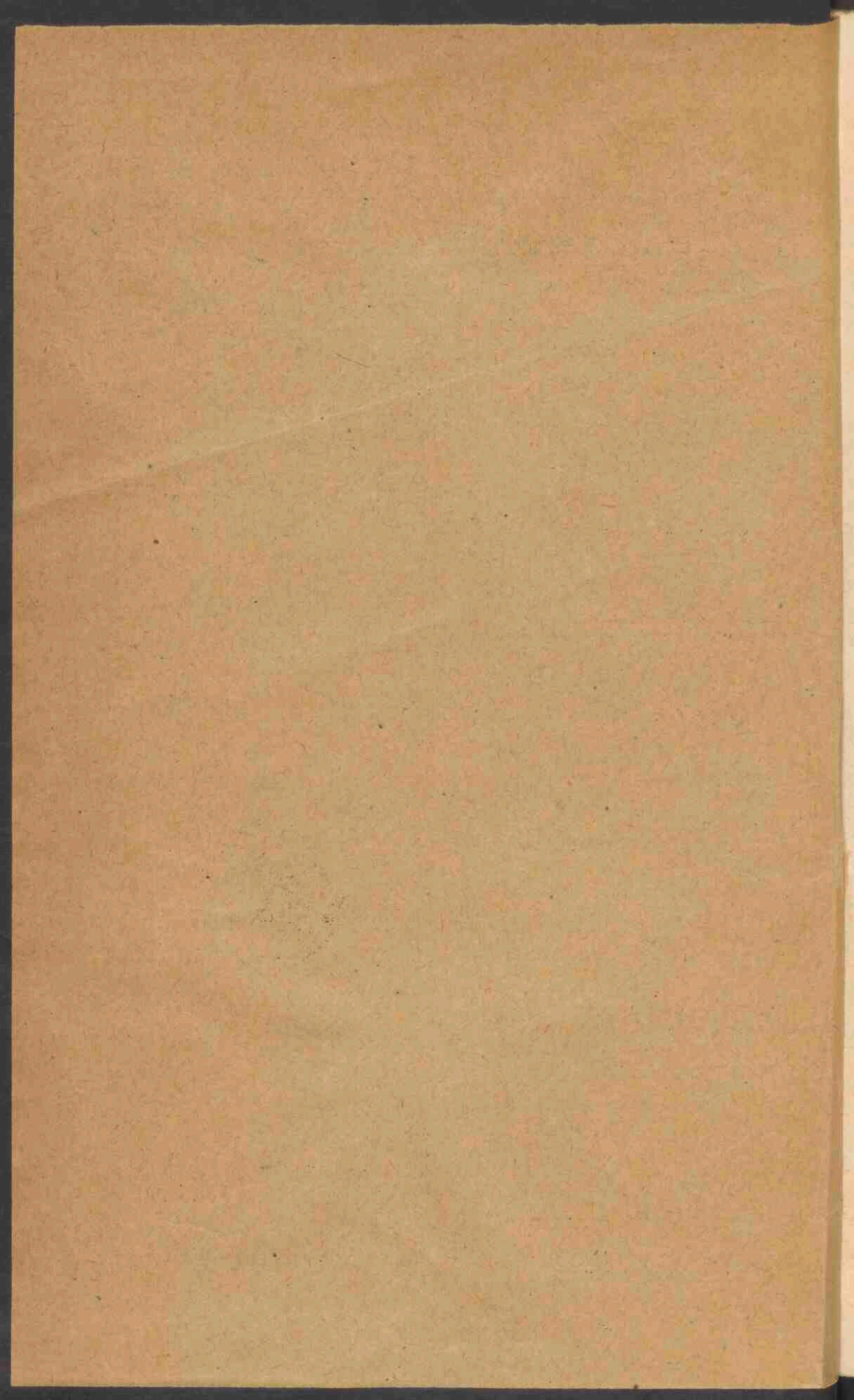
Themis : regtskundig tijdschrift : verzameling van bijdragen tot de kennis van het publiek- en privaatrecht.

<https://hdl.handle.net/1874/452332>



~~V.V. No~~
Kast ~~20~~, Pl.F





L. oct. 5009

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

DRIE-EN-TACHTIGSTE DEEL

□ 1922 □



's-Gravenhage
BOEKH. VH. GEBR. BELINFANTE
1922

RIJKSUNIVERSITEIT UTRECHT



0341 2180

THEMIS

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



MEDEARBEIDERS

- Dr. S. J. L. VAN AALTEN JR, advocaat en procureur, Rotterdam.
- Dr. A. ANEMA, hoogleeraar aan de Vrije Universiteit te Amsterdam, Haarlem.
- Dr. J. Baron D'AULNIS DE BOURDILL, 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. BREUEFLMAN, 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, Baarn.
- Jhr. Dr. J. J. GOKRINGA, 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, advocaat, '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. CORT VAN DER LINDEN, Minister van Staat, lid van den Raad van State, oud-Minister van Binnenlandsche Zaken, 's-Gravenhage.
- B. J. DE LEEUW, Inspecteur van Financiën Nederl.-Indië.
- Jhr. Dr. B. C. DE SAVORNIN LOHMAN, hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit, Utrecht.
- Dr. J. DE LOUWER, 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., lid van het Gerechtshof, 's-Gravenhage.
- Dr. F. W. J. G. SNIJDER VAN WISSENKERKE, oud-president van den Octrooiraad en directeur van het Bureau voor den industriëlen eigendom, 's-Gravenhage.
- Dr. J. M. VAN STEPIAAN LUISCIUS, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
- Dr. M. W. F. TREUB, oud-Minister, 's-Gravenhage.
- Dr. H. Vos, advocaat, Leiden.

INHOUD

Bladz.

<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 vischer gedaan bij het verrichten van datgene, waarin gedaagde naar publiek recht verplicht was, door Dr. L. VAN PRAAG, 's-Gravenhage</i>	1
<i>De verandering van de rechtsvordering gedurende het geding, door Dr. C. C. TIELEMAN, Griffier van het Kantongerecht te Gorinchem</i>	21
<i>Welke ambten en bedieningen zijn vereenigbaar met de betrekking van onderwijzer aan een openbare lagere school?, door Dr. C. BAKE, oud-Secretaris van den Raad van State, 's-Gravenhage</i>	63
<i>Beschouwingen over het Nederlandsch Octrooirecht (slot), door Dr. G. J. VAN BRAKEL, kantonrechter te Groningen</i>	125
<i>Historische schets van den rechtstoestand van het Waalsche Kerkgebouw te Leeuwarden, door Dr. R. P. CLEVERINGA PZN, rechter-plaatsvervanger te Leeuwarden</i>	blz. 152 (verv.) 245
<i>Openbare wegen, door Dr. L. VAN PRAAG, te 's-Gravenhage</i>	291
<i>Kerkbouw (art. 7 der wet van 10 Sept. 1853, Stbl. no. 102), door Dr. C. BAKE, oud-Secretaris van den Raad van State, 's-Gravenhage</i>	341
<i>Het Internationale Arbeidsrecht. De conferenties van Washington en Genua, door Dr. J. B. BREUKELMAN, referendaris bij den Raad van State, 's-Gravenhage</i>	381
<i>Rogatoire commissies; Nederlandsche en Nederlandsch Indische jurisprudentie; binnen- en buitenlandse literatuur, door Dr. L. VAN PRAAG, 's-Gravenhage</i>	414
<i>Het Quid pro Quo in de Romeinsche Contractenleer, door Prof. Dr. MELIUS DE VILLIERS, oud-Hoogleraar te Leiden, Banhoek, Stellenbosch, Zuid-Afrika</i>	428

- Hoe de wet van 22 Juni 1891 (Staatsblad no. 125) tot stand kwam*, door Mr. C. BAKE, oud-Secretaris van den Raad van State, 's-Gravenhage 434
- Bijdragen tot de kennis der geschiedenis van Zundert en Wernhout*, door Prof. Dr. H. VAN DER HOEVEN (Zundert 1920); — beoordeeld door Dr. SEERP GRATAMA, Vice-President van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage 81
- De Rechtsleer der Levensverzekeringsovereenkomst*, door Jhr. Mr. A. W. WICHERS ('s-Gravenhage, MARTINUS NIJHOFF. — Afleveringen 1 en 2); — beoordeeld door Dr. S. J. M. VAN GEUNS, Advocaat-Generaal bij het Gerechtshof te Amsterdam. 92
- J. A. A. BLÔTE, *De nationaliteit van de vereeniging, in het bijzonder van de naamlooze vennootschap* (Proefschrift, Leiden 1921); — beoordeeld door Prof. Dr. J. KOSTERS, Raadsheer in den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage. 96
- C. G. BIJLEVELD, *Tenuitvoerlegging van buitenlandsche arbitrale vonnissen* (N. V. Electriche Drukkerij «Volharding», Amsterdam, 1921); — beoordeeld door Dr. S. J. M. VAN GEUNS, Advocaat-Generaal bij het Gerechtshof te Amsterdam 107
- Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht*, door Prof. Mr. D. SIMONS, hoogleeraar te Utrecht. — Eerste deel. Algemeene leerstukken (Vierde druk, Groningen, P. NOORDHOFF, 1921); — beoordeeld door Prof. Dr. J. DOMELA NIEUWENHUIS, Oud-Hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Groningen, 's-Gravenhage. 111
- Mr. H. L. A. VISSER, *Collectief psychologische omtrekken* (235 blz. — Haarlem, H. D. TJEENK WILLINK & ZN., 1920); — beoordeeld door Dr. S. J. M. VAN GEUNS, Advocaat-Generaal bij het Gerechtshof te Amsterdam 116
- De ontwikkelingsgang van het Strafrecht*, door Mr. Dr. P. van HEYNSBERGEN, Substituut-Officier van Justitie te Amsterdam (Alphen aan den Rijn, N. SAMSOM, 1921); — beoordeeld door Dr. C. O. SEGERS, Raadsheer in den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage 120
- Le droit international public positif*, par J. DE LOUTER, professeur de droit international public à l'Université d'Utrecht. — Publication de la Dotation Carnegie pour la Paix Internationale, Division de droit international, Washington. — 1920, Oxford,

- Imprimerie de l'Université. — 2 deelen; VII + 576 en 509 blz. (Uitgever voor Nederland: MARTINUS NIJHOFF, 's-Gravenhage); — aangekondigd door Prof. Dr. J. H. W. VERZIJL, hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Utrecht 189
- J. VIS, *De overheid tegenover den privaateigendom*. — Proefschrift, Groningen 1921; — beoordeeld door Prof. Dr. J. PH. SUIJLING, hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Utrecht. . . 196
- Onwaarheid in Wissels*. — Acad. Proefschrift van PAUL GATZ; — Leiden, 1920; — beoordeeld door Dr. P. POLVLIET, raadsheer in het Gerechtshof te 's-Gravenhage 202
- Effectenbeheer. Rechtskundig, economisch en administratief handboek*, door Mr. O. B. W. DE KAT, advocaat en procureur te 's-Gravenhage. 2e herziene druk. — Haarlem, De Erven F. BOHN, 1920; — beoordeeld door Prof. Dr. J. PH. SUIJLING, hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Utrecht 210
- De wet op de Dividend- en Tantiëmebelasting*, door Dr. J. H. R. SINNICHE DAMSTÉ te 's-Gravenhage — Zwolle, W. E. J. TJEENK WILLINK, 1921; — beoordeeld door C. S. 216
- Deutsches Privatrecht*, von Dr. HANS SCHREUER. — Verlag von F. ENKE, Stuttgart, 1921; — beoordeeld door Dr. A. D. H. FOCKEMA ANDRÉE, rechter in de Arr.-Rechtbank te Arnhem. 237
- Opmerkingen over 's Rechters taak met betrekking tot tenuitvoerlegging van overeenkomsten* (Rede, uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van Hoogleeraar aan de Universiteit van Amsterdam op 6 Februari 1922), door Mr. P. A. J. LOSECAAT VERMEER. — Zwolle, W. E. J. TJEENK WILLINK, 1922; — beoordeeld door C. S. 239
- J. B. ZEYLEMAKER JNZ., *Overeenkomst en wilsovereenstemming* (Acad. Proefschrift — Leiden 1921, 263 blz.); — beoordeeld door Dr. A. RUYSS, commies bij het Ministerie van Justitie, 's-Gravenhage 354
- H. GRAANDIJK, *Het koopcontract in den overzeeschen handel* (Acad. proefschrift — Utrecht, 1921); — beoordeeld door Dr. F. G. SCHELTEMA, advocaat, Rotterdam 357
- De rechtsleer der levensverzekeringsovereenkomst*, door Jhr. Mr. A. W. WIGHERS afleveringen 3 en 4 ('s Gravenhage, MARTINUS NIJHOFF); — beoordeeld door Dr. S. J. M. VAN GEUNS, Advocaat Generaal bij het Gerechtshof te Amsterdam 368

- Mr. H. L. A. VISSER, *Karakter als cultuurelement*; 125 blz. (Haarlem, H. D. TJEENK WILLINK & ZZN, 1922); beoordeeld door Dr. S. J. M. VAN GEUNS, Advocaat-Generaal bij het Gerechtshof te Amsterdam 372
- De houding van de Overheid tegenover de prostitutie* — Voor- dracht voor den Bond van Inspecteurs bij de Amsterdamsche politie op 18 Jan. 1922, door Mr. A. DE GRAAF; — *Kinderrechter en ondertoezichtstelling van minderjarigen*, door A. W. VAN DER BURGT, inspecteur van politie 1e kl. te Amsterdam; — Lezing, gehouden voor den Bond van Inspecteurs bij den Amsterdamsche politie op 15 Febr. 1922 (Uitgave N. SAMSOM te Alphen aan den Rijn, 1922); — beoordeeld door C. S. . . . 376
- GASTON MAY, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris; *Introduction à la science du droit*, 1920; 114 bladz.; — beoordeeld door Prof. Dr. H. KRABBE, Hoogleraar aan de Rijks- Universiteit, Leiden 458
- J. F. KOHLBRUGGE, *Het zieleleven van den misdadiger*. Een maat- schappelijk vraagstuk. — J. B. WOLTERS, Groningen — Den Haag 1922; — beoordeeld door Prof. Dr. L. BOUMAN, Hoog- leeraar Vrije Universiteit, Amsterdam 467
- J. B. ARKERMANN, *Het ontstaan der ambachtsgilden* (diss. Leiden 1919); — beoordeeld door Dr. S. VAN BRAKEL, rechter in de Arr.-Rechtbank, Utrecht 470
- Techniek, uitvinding en octrooi*, door S. VAN HOOGSTRATEN, inge- nieur bij den Octrooiraad, 1922; — beoordeeld door Dr. G. J. VAN BRAKEL, kantonrechter, Groningen. 477
- Het Echtscheidings-vraagstuk*. Eene sociaal-rechtskundige studie door Mr. D. S. VAN EMDEN, oud-advocaat te 's-Gravenhage (Utrecht, J. L. BËYERS); — beoordeeld door C. S. 479

THEMIS

LXXXIIIste deel — EERSTE STUK

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

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

(Slot)

b. De competentie der rechterlijke macht voor de vordering tot schadevergoeding wegens een volgens eischer onrechtmatige gedraging, waardoor een hem toekomend burgerlijk recht zou zijn aangetast, is, ook voor het geval dat die gedraging bestond in het niet in acht nemen van volgens eischer verplichte overheidszorg, uitdrukkelijk aangenomen, zij het in een overweging aangaande de ontvankelijkheid dier vordering, door Hof Zuid-Holland 28 November 1849 *W.* 1082, R. B. 1850 bl. 407, v. d.

HON. B. R. 12 bl. 144 (68). Het Hof meende dat de eisch tot vergoeding van schade, aan eischers schip toegebracht door het stooten op een paalstomp in de haven der gedaagde gemeente, voortsproot uit eischers eigendomsrecht, tegen welke beschouwing J. v. H(ALL) opkwam in R. B. 1850 bl. 408. Men kan er over twijfelen of schade, aan iemands eigendom toegebracht door een bloot laten gevolg is van schending van eigendomsrecht. Zie speciaal Hof 's-Gravenhage 22 Januari 1912 *W.* 9330, waarbij is te vergelijken Hof Arnhem 21 Februari 1894 *W.* 6477, *W. B. A.* 2360. De vraag is ontkennend beantwoord door H. R. 10 Juni 1910 *W.* 9038, R.spr. 215 § 27, P. v. J. 981, *W. P. N. R.* 2101. Bevestigend daarentegen door H. R. 31 December 1915 *W.* 9944, N. J. 1916 bl. 405, *W. P. N. R.* 2425, *W. B. A.* 3500, aannemend dat er buiten twijfel was inbreuk op een privaat recht (69). Bij de ontkennende beantwoording der vraag, is althans voor de beslissing omtrent de ontvankelijkheid der vordering tot schadevergoeding wegens gedragingen der overheid, de grens tusschen het bloote laten en nalatigheid in voorzorgsmaatregelen bij het verrichten van positieve werkzaamheden van veel belang (70). Die grens is niet steeds gemakkelijk te trekken, daar

(68) Implicite eveneens in eersten aanleg Rb. Rotterdam 31 Mei 1848 *W.* 936 (933), R. B. 1848 bl. 439, v. D. HON. t. a. p.

(69) Het is namelijk weinig aannemelijk dat de Hooge Raad in 1915 in het toen ter sprake komende niet doen van den Staat zou hebben gezien nalatigheid bij een positief handelen, dat juist niet had plaats gehad.

(70) Over die grens vgl. Bijlagen Handelingen Tweede Kamer 1911—1912 no. 57 (1°) bl. 6 kol. 4. Zie ook P. SCHOLTEN in *W. P. N. R.* 2346 bl. 569 kol. 2, i.v.m. no. 2152 bl. 139—140. Vgl. denzelfde t. a. p. nos. 2326—2328, 2347 bl. 582—583, en 2348, over het begrip inbreuk op een recht in verband met de voorzienbaarheid der gevolgen. Zie mede W. H. DRUCKER in *R. Mag.* 1916 bl. 249—259.

ook het bloote laten een nalatigheid kan zijn bij een reeks van intermitterende werkzaamheden. Voor de competentie zou de kwestie alleen dan van gewicht zijn, indien die competentie enkel bestond voor burgerrechtelijke vorderingen, en de eisch tot schadevergoeding slechts burgerrechtelijk zou mogen worden genoemd, als hij stelde inbreuk op een burgerlijk recht. Maar m. i. stelt een eischer, die beweert gerechtigd te zijn tot schadevergoeding krachtens artt. 1401 vlgg. B. W., op grond dat hij schade aan zijn eigendommen heeft geleden tengevolge van een laten der overheid, daarmede vanzelf een civielen rechtsband tusschen hem en gedaagde, immers een verplichting tot schadevergoeding krachtens burgerlijk recht. Daarom is die vordering civielrechtelijk, al mocht de rechter meenen dat de civiele rechtsband in concreto niet aanwezig is, en eischer dientengevolge niet-ontvankelijk in zijn vordering. De rechterlijke macht is dan toch competent, ook als men uitgaat van een beperkte opvatting van het woord schuldvorderingen in art. 2 R. O. En zij is het ongetwijfeld bij de ruimere uitlegging van dat woord, door den Hoogen Raad voorgestaan.

In den zin van het hier onder *b* in den aanhef aangehaalde arrest van 1849 zijn voor de competentie implicite ook gewezen de beslissingen, geciteerd Inleiding R.Org., deels op bl. 59 (no. 50), deels op bl. 433. Zie verder H. R. 30 October 1857 W. 1908, R.spr. 57 § 18, v. d. Hon. G. Z. 14 bl. 355, en 2 of 5 Januari 1871 W. 3281, R.spr. 97 § 2, v. d. Hon. B. R. 35 bl. 327, R. B. 1871 bl. 394; Hof Groningen 27 Mei 1856 W. 1830, G.st. 248 en 523, W. B. A. 369; Hof Leeuwarden 18 September 1895 W. 6707, P. v. J. 1895 no. 89, G.st. 2299, en in eersten aanleg Rb. Leeuwarden 18 Januari 1894 W. 6517, P. v. J. 1894 no. 25, G.st. 2380, waarbij vgl.

de vonnissen dierzelfde Rechtbank van 22 October 1891 *W.* 6268 en van 1 Juni 1893 *W.* 6412, P. v. J. 1893 no. 95; Rb. Amsterdam 25 April 1882 *W.* 4806; Rb. 's-Hertogenbosch 12 Januari 1883 *W.* 4886, G.st. 1654, W. B. A. 1779; Rb. 's-Gravenhage 26 Maart 1912 W. P. N. R. 2210; Rb. Rotterdam 25 November 1878 *W.* 4346. — Rb. Utrecht 30 Juni 1897 *W.* 7090 achtte een vordering als hier bedoeld niet onderworpen aan de rechtspraak van den burgerlijken rechter, en verklaarde daarom eischer niet-ontvankelijk. En Hof Leeuwarden 6 Mei 1914, vermeld Inleiding R.Org. bl. 691, verklaarde de rechterlijke macht incompetent en mitsdien eischer niet-ontvankelijk in zijn vordering tot veroordeeling van het gedaagde waterschap om eischers grond, door het water afgeslagen ten gevolge van gedaagdes nalatigheid (nalaten) in den vorigen toestand te herstellen. De Rechtbank had aanwezig geacht een vordering tot schadevergoeding, al bestond die schadevergoeding niet in geld. Ook Ktg. Middelburg 27 December 1909 *W.* 8984 besliste in gelijken geest als de twee voorgaande rechterlijke uitspraken.

Rb. Rotterdam 23 Maart 1914 *W.* 9699, N. J. 1914 bl. 927, P. V. 1 bl. 570, W. B. A. 3416, nam implicite de competentie der rechterlijke macht aan voor een vordering tot schadevergoeding, tegen een gemeente ingesteld zoolwel wegens nalatigheid bij het maken harer zwem-inrichting, als wegens het niet waarschuwen tegen gevaar aan het gebruik dier inrichting verbonden (71). De Rechtbank overwoog dat aan de gemeente niet werd verweten

(71) De plaatsing van dit vonnis in deze rubriek *b* heeft deze reden dat eischer schadevergoeding verlangde wegens lichamelijk letsel, en de H. R. bij arrest van 9 Nov. 1917 *W.* 10197, N. J. 1917 bl. 1209, A. R. B. 2 bl. 349, W. P. N. R. 2554, W. B. A. 3608, heeft erkend een burgerlijk recht om niet door toedoen van een ander lichamelijk letsel te ondergaan. Of de H. R. hierin gelijk had, laat ik in het midden.

het niet nakomen van haar overheidsplicht, doch onvoorzichtigheid bij haar rechtmatig optreden als overheid, en dus niet een publiekrechtelijk onrecht. Tegen dit vonnis zie men W. B. A. 3421 bl. 2. Of het deze onderscheiding (waaromtrent zie boven) op juiste wijze toepaste kan hier worden daargelaten.

Een andere onderscheiding is die tusschen het nalaten van overheidszorg en het nalaten, respektievelijk nalatigheid, als eigenaar der door een publiekrechtelijk lichaam beheerde inrichting. Zie daarover W. B. A. nos. 1859 en 1860, Inleiding R.Org. bl. 433 v. o., en speciaal ten opzichte der competentie van de rechterlijke macht Hof 's-Hertogenbosch 28 November 1916 W. 10110, N. J. 1917 bl. 532, A. R. B. 2 bl. 83. Beide omstandigheden kunnen tegelijk aanwezig zijn; zie H. R. 18 December 1885 W. 5254, R.spr. 141 § 54, v. d. HON. B. R. 51 bl. 392, G.st. 1787, W. B. A. 1919. Vgl. ook tegenover elkaar Hof 's-Gravenhage 19 Maart 1900 W. 7458, P. v. J. 1900 no. 74, W. B. A. 2668, en het vonnis a quo Rb. Rotterdam 24 April 1899 W. 7328, P. v. J. 1899 no. 53, G.st. 2483, W. B. A. 2629 (72).

c. Voor vorderingen tot schadevergoeding in geld, ingesteld tegen een publiekrechtelijke gemeenschap *wegens onrechtmatige positieve overheidsdaden (72a)*, die alléén het

(72) Vgl. voorts R. KRANENBURG, De tegenstelling tusschen publiek en privaatrecht, prft. Leiden 1909, bl. 76-97, en in R.Mag. 1918 bl. 2-3. Voor Duitschland vgl. R.G. 24 Jan. 1907 E. Z. S. 67 bl. 113 (117), 26 Jan. 1914 E. Z. S. 84 bl. 86 (87-91) en daar geciteerde vroegere jurisprudentie; voorts R. G. 3 Mei 1918 E. Z. S. 92 bl. 430 (432).

(72a) Aangaande een vordering tot schadevergoeding tegen de Rijksverzekeringsbank wegens onrechtmatig niet uitkeeren van rente, zie Rb. Amsterdam 14 Febr. 1908 W. 8779, C.Org. 6 bl. 183, bevestigend Ktg. III Amsterdam 19 April 1906 C.Org. 3 bl. 533. Implicite is toen de competentie der rechterlijke macht aangenomen. De Redactie in C.Org. 3 bl. 536 trekt haar in twijfel.

publieke recht konden schenden, is de competentie der rechterlijke macht implicite aangenomen door den Hoogen Raad bij zijn arresten van 5 Maart 1875, vermeld Inleiding R.Org. bl. 431 (no. 12) en van 29 April 1910 *W.* 9027, R.spr. 214 § 66, P. v. J. 989, W. B. A. 3192. Vgl. ook Hooggerechtshof 's-Gravenhage 15 Juni 1838 *Het Regt in Nederland* 1 bl. 400. Het genoemde arrest van 1910 casseerde, wegens ten onrechte aangenomen ontvankelijkheid der vordering, Hof 's-Hertogenbosch 21 September 1909 *W.* 8960, en het vonnis in eersten aanleg, Rb. Breda 15 September 1908 *W.* 8881. Ten aanzien der competentie had het Hof overwogen dat art. 2 R. O. niet onderscheidt tusschen privaat- en publiekrechtelijke schuldvordering. Zoo ook de Rechtbank, met verwijzing naar eischers kennelijke bedoeling te ageeren op grond van art. 1401 B. W., dat toepasselijk kan zijn, al belemmert de onrechtmatige daad de vervulling eener publiekrechtelijke verplichting.

Uitdrukkelijk is de competentie der rechterlijke macht voor een vordering als hier sub *c* bedoeld aangenomen door Rb. Rotterdam, vonnissen van 2 Januari 1861 *W.* 2256, (gelijk in appèl door Hof Zuid-Holland 26 Mei 1862 *W.* 2395) en van 26 Februari 1872 *W.* 3594. Implicite eveneens het vonnis derzelfde Rechtbank van 1 Maart 1869 *W.* 3134; Rb. Amsterdam 11 of 12 Maart 1850 en Rb. Heerenveen, vermeld Inleiding R. Org. bl. 422 en 426; Rb. 's-Gravenhage 7 April 1857 *W.* 1842, R.spr. 58 § 72, G.st. 289, W. B. A. 410; Ktg. I Rotterdam 15 Januari 1868, G.st. 851 bl. 4 kol. 1 en andere beslissingen, aangehaald Inleid. R. Org. bl. 431—432.

Daarentegen overwoog ten opzichte der competentie H. R. 17 Mei 1901 *W.* 7608, R.spr. 188 § 13, v. d. Hon. B. R. 67 bl. 329, P. v. J. 1901 no. 50, W. B. A. 2721, dat een geschil over [inbreuk op] een publiekrechtelijke

bevoegdheid [van een polder] niet staat ter beoordeeling van den burgerlijken rechter. Het arrest a quo, Hof Amsterdam 28 Juni 1900 *W.* 7490, *P. v. J.* 1901 no. 14, *W. B. A.* 2685, was insgelijks van oordeel dat de rechterlijke macht incompetent is voor de vordering tot schadevergoeding wegens inbreuk op een publiekrechtelijke bevoegdheid, doch tevens dat, kan niet worden uitgemaakt of geklaagd wordt over zulk een inbreuk dan wel over schending van een burgerlijk recht, de rechterlijke macht competent is, al is dan de vordering niet-ontvankelijk.

Hierbij vergelijkte men *R. KRANENBURG* in *R. Mag.* 1918 bl. 6—9, die meent dat art. 2 *R. O.* waarschijnlijk niet de rechterlijke macht competent wilde maken voor vorderingen, ingesteld naar aanleiding van inbreuken op bestuursbevoegdheden, ook niet als die vorderingen formeel loopen over schuldvordering. *M. i.* is, aanvaardt men de ruime interpretatie van dat woord in art. 2, de door *KRANENBURG* onderstelde, doch niet te bewijzen wil van den wetgever in 1815 en later, geen afdoend argument voor een restrictie in de door hem bedoelde gevallen. Echter overwoog in overeenstemming daarmee Hof 's-Hertogenbosch 20 Maart 1906 *W.* 8419, *G. st.* 2870 (12°.), *W. B. A.* 2995, dat hij, die zich in zijn publiekrechtelijke bevoegdheid gekrenkt acht door de daad van een gemeentebestuur, niet door middel eener burgerrechtelijke rechtsvordering herstel van nadeel kan eischen.

Rb. Amsterdam 9 Maart 1906 *W.* 8530, *W. B. A.* 3136 ontkende dat de tegen een gemeente ingestelde vordering tot schadevergoeding wegens het onrechtmatig afsluiten van een hek op een openbaren weg, waardoor eischer zijn koeien niet langs dien weg kon vervoeren, steunde op een burgerrechtelijken titel. Deswege nam de Rechtbank aan dat het geschil niet liep over een der rechten, genoemd in art. 2 *R. O.* Toch verklaarde de Rechtbank

zich niet onbevoegd, maar wel den eischer niet-ontvankelijk, omdat zij art. 1401 B. W. niet toepasselijk achtte (73). Eveneens voor een vordering tot schadevergoeding, steunend op het door eischer beweerde *niet-nakomen* eener publiekrechtelijke verplichting, zonder schending van een burgerlijk recht, Rb. 's-Gravenhage 11 December 1917 *W.* 10304 (73a).

d. Ingevolge *speciale wetsbepalingen*, krachtens welke de van de vordering onafscheidelijke grondslag door de rechterlijke macht niet zou kunnen worden beoordeeld, is zij voor een vordering tot schadevergoeding incompetent verklaard door den Hoogen Raad bij diens arresten van 18 December 1857, van 4 Juni of Juli 1875, van 24 Juni 1892 en van 21 December 1900, alle vermeld Inleiding R. Org. bl. 53—54, alwaar op bl. 53—55 ook verschillende beslissingen der lagere colleges hieromtrent zijn aangehaald (74). Anders dan het arrest van 1857, en dan Hoogger. Hof 's-Gravenhage 17 Maart 1837 *Regt in Ned.* 1 bl. 141, was Rb. Sneek 5 April 1843, R. B. 1846 bl. 423, van oordeel dat de grondslag der vordering geheel burgerrechtelijk is.

e. De vordering tot schadevergoeding wegens *onrechtmatige uitvoering der Distributiewet 1916* staat ter compe-

(73) Vgl. KRANENBURG's in noot 72 aangehaald proefschrift, bl. 82—85, en Hof Noord-Holland 27 Febr. 1843 *W.* 392, R. B. 1843 bl. 289, R.spr. 16 § 22. — Over de ontvankelijkheid der vordering zie o. a. STAR BUSMANN (in noot 48 geciteerd) no. 125.

(73a) Hof Arnhem 9 Mei 1917 *W.* 10170, N. J. 1917 bl. 1446, hield een inbreuk op een subjektief publiek recht ook naar privaatrecht voor onrechtmatig.

(74) Daarbij kan nog worden gevoegd Rb. Rotterdam 29 Oct. 1888 *W.* 5635, welk vonnis zich echter niet op een bijzondere wetsbepaling beriep. — Vgl. Inleid R. O. bl. 55—58 228—229, 244—245, 419—421, 635. Bij het aldaar bl. 422 vermelde vonnis Ktg. Haarlem van 18 Sept. 1858 vgl. Ktg. Haarlem 22 Nov. 1858 *W.* 2026.

tentie der rechterlijke macht, en niet van den Crisisrechter. Aldus besliste het Centraal Distributiegerecht op 22 Maart 1919, N. J. 1919 bl. 1049, Rechtspr. in Crisiszaken, 2e Supplem. (1919) no. 2, op overweging (75) dat een weigering om ter zake van onrechtmatige crisisdaad schadevergoeding te geven, slechts dan zou behooren tot de in art. 1 der wet van 26 Juli 1918, *Stbl.* 494 bedoelde uitvoering van een der daar aangeduide wetten, als in de betrokken wet (in dit geval de Distributiewet 1916) het recht op schadevergoeding wegens onrechtmatige crisisdaad zou zijn geregeld, wat ten deze niet het geval is, zoodat de eisch tot schadevergoeding alleen kan steunen op art. 1401 B. W. Verder beriep de beslissing zich op de bedoeling des wetgevers van 1918, blijkende uit het tusschen de Eerste Kamer en den Minister van Justitie verhandelde (76). Eveneens hetzelfde gerecht bij

(75) Op de hier volgende overwegingen die, naar het C. D. gerecht zelf zegt, de bevoegdheid tot kennismeming betreffen, bouwde het een niet-ontvankelijk-verklaring; vgl. Inleid. R. O. IX no. 74.

(76) Handelⁿ Eerste Kamer 1917-1918 no. 218 (V. V.) en bl. 815, 817-818. Vgl. artt. 1 en 2 der wet van 1918. De Minister zeide dat de hier bedoelde vordering krachtens art. 2 R. O. is ter competentie van de rechterlijke macht, behalve indien zij strekt tot vernietiging der bestuursdaad. Deze strekking heeft de zuivere eisch tot schadevergoeding echter nooit. Wel verlangt men daarbij onrechtmatigverklaring der daad en daarmee m. i. implicite ook het verbod tot het verrichten van zulke daad voor de toekomst. — De vordering tot de schadevergoeding, die niet is verschuldigd krachtens artt. 1401 en 1402 B. W., maar ingevolge de Distributiewet, is, gelijk de Min. v. Justitie terecht opmerkte (t. a. p. bl. 818 kol. 1) geen vordering uit onrechtmatige daad. Ook zij echter heeft een schuldvordering tot voorwerp, en zij zou onder art. 2 R. O. vallen, indien niet de strekking der wet van 1918 meebracht (zie t. a. p. bl. 815, 817-819) dat deze als speciale wet derogeert aan art. 2 R. O. Het beroep van den Minister op art. 2 der wet van 1918 had m. i. moeten zijn gedaan op art. 1 aanhef dier wet i. v. m. haar art. 2, daar art. 1 de compe-

zijn beslissingen van 22 Maart 1919, Rechtspr. in Crisiszaken t. a. p. no. 3, van 26 April 1919 aldaar no. 7, N. J. 1919 bl. 1052, en van 17 Mei 1919, R.spr. Cz. t. a. p. no. 11. Vgl. ook Rb. 's-Gravenhage, vonnissen van 25 Juni 1918 N. J. 1920 bl. 569, van 8 April 1919 N. J. 1920 bl. 575 (bevestigd door Hof 's-Gravenhage 3 Mei 1920 N. J. 1920 bl. 574, dit arrest voor de competentie implicite), van 18 November 1919 *W.* 10597, N. J. 1919 bl. 1147, van denzelfden datum *W.* 10601 (implicite), van 9 December 1919 *W.* 10513, van 6 Januari 1920 N. J. 1920 bl. 573 (implicite) en van 11 Januari 1921 N. J. 1921 bl. 873.

Dat de vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige aantasting van burgerlijke rechten door de overheid, ook burgerrechtelijk is, meenen o. a. GIERKE in *Jahrbücher für Dogmatik* 35 bl. 243—244, en bij ons P. SCHOLTEN in *W. P. N. R.* 2156 bl. 190 i. v. m. no. 2149 bl. 99—100. Van een andere opinie is HARTMANN in *Deutsche Juristenzeitung* 1908 kol. 730—731, en 1909 kol. 1408. M. i. is *elke* vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige bestuursdaad, waarbij ten opzichte der verplichting tot schadevergoeding een gelijke verhouding van eischer tot gedaagde wordt gesteld als die van partikulier tot partikulier, burgerrechtelijk. Maar, zooals o. a. in den aanhef van dit hoofdstuk reeds is gezegd, zij is niet zuiver burgerrechtelijk, en dit óók niet bij beweerde inbreuk op een burgerlijk recht. De vordering echter, die *niet* strekt tot schadevergoeding, doch

tentie regelt. — Vgl. nog Kon. Besluit 24 Oct. 1918 *Stbl.* 572, artt. 8 en 10 lid 2, en daarbij art. 3 lid 1 en lid 3 der wet van 1918. Verder zie v. d. GRINTEN in *W. P. N. R.* 2549 bl. 487, en Rechtspr. in Crisiszaken (1919) bl. 19; *anders* aldaar bl. 67—68, m. i. terecht bestreden door A. H. D(u) M(osch) in *W. P. N. R.* 2580 bl. 243.

In Duitschland zie R. G. 45 Nov. 1920 *E. Z. S.* 400 blz. 219.

enkel tot onrechtmatigverklaring eener bestuursdaad, is zuiver publiekrechtelijk, al mocht zij zijn ingesteld naar aanleiding eener inbreuk op een burgerlijk recht. Dat burgerlijke recht toch is m. i. niet het voorwerp dezer vordering (77). Zij heeft enkel tot voorwerp het door eischer ontkende publieke recht der overheid, en niet, zooals de eisch tot schadevergoeding, een schuldvordering. Mocht men tegenwerpen dat, indien de rechterlijke macht competent is voor de vordering tot schadevergoeding wegens de onrechtmatige daad, welke vordering noodzakelijk mede strekt tot de, zij het slechts implicite te geven onrechtmatigverklaring, uit deze competentie voor het meerdere volgt die voor het mindere, d. w. z. voor de bloote onrechtmatigverklaring, dan moet hierop worden geantwoord dat wèl de onrechtmatigverklaring integreerend deel is van het voorwerp der vordering tot schadevergoeding, en dus daarvan onafscheidelijk, maar dat dan ook juist hierom deze vordering niet mag worden gesplitst in eene tot betaling en een andere tot onrechtmatigverklaring, zoodat men ook niet mag spreken van een meer (onrechtmatigverklaring met betaling) en een minder (enkel onrechtmatigverklaring). Alleen wegens het stellen der schuldvordering tot vergoeding der schade is de rechterlijke macht competent voor den daarop gericht eisch, en die reden voor haar competentie is niet aanwezig bij de vordering enkel strekkende tot onrechtmatigverklaring (78).

(77) Vlg. het in noot 4 bedoelde opstel tegen het einde van § 4.

(78) In de literatuur hebben zich vóór de bevoegdheid der rechterlijke macht tot kennisneming van de vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige bestuursdaad bij ons verklaard: DE JONGE, Admin. en Just. bl. 76—87; De Tijdgenoot 1842 kol. 496—498; HAZELHOFF t. a. p. bl. 50—51; Vos, prft. bl. 74—76, 265—266, en in zijn Admin. Rechtspraak bl. 213—214 (= W. B. A. 2749, 2751), als-

III. *Vorderingen door eischer gebaseerd op zaakwaarneming
hetzij bij wege van een bestuursdaad, hetzij anderszins
ter vervulling eener publiekrechtelijke verplichting
van gedaagde.*

Het beroep in cassatie verwerpend tegen een arrest van het Hof te 's-Gravenhage van 28 Januari 1884 *W.* 5055, *W. B. A.* 1844, waarbij was bevestigd een vonnis der Haagsche Rechtbank van 20 Maart 1883 *W.* 4885, *P. v. J.* 1883 *Bijbl.* 17, *W. B. A.* 1772, besliste *H. R.*

mede in *Handel. Ned. Jur. Vereen.* 1910 II bl. 258—259; v. *SCHAIK*, *prft.* bl. 208—216, 226—227 (vgl. de aankondiging door *VITRINGA* in *W. B. A.* 2995, 2996). Verder *SCHOLTEN* in *W. P. N. R.* 2156 bl. 190 kol. 2. Zie ook *S. v. HOUTEN* bij *ARNTZENIUS*, *Handel. Grw. herzien.* 1887, bl. 261—262. *Tegen* de competentie der rechterlijke macht de *Min. v. Just. GODEFROI* in *Handel. Tweede Kamer* 1860—1861 bl. 140 kol. 1. — Wat betreft buitenlandsche jurisprudentie en literatuur over de competentie der rechterlijke macht ten aanzien der in dit hoofdstuk behandelde vorderingen zie nog 1°. voor België: *Pasicrisie belge* 1838 *Cass.* bl. 338; *W.* 2299, 6640 bl. 3 en 4. 6670; 2°. voor Frankrijk, behalve de hierboven in den tekst onder *a* vermelde arresten van het Hof van Cassatie en het Hof voor conflicten: *W.* 8313 bl. 4 kol. 2; *D. P.* 1910, 1423; *Sirey* 1914, 3.92; *Revue du droit public* 1908 bl. 268; *prft. R. KEANENBURG* bl. 85—88; *CHAUVEAU—ADOLPHE*, *Principes de Compétence* I bl. 200—203; *PERRINJAQUET* in *Revue génér. du droit, de la légis. et de la jurispr.* 33 bl. 112—126, 218—231 (speciaal bl. 221—226); *Cass.* 26 Febr. 1912 *D. P.* 1912, 1.119 en *S.* 1914, 1.17 (met noot *MESTRE*); *Rb. Seine* 11 April 1921 *W.* 10729 bl. 4 kol. 2 (voor de onderscheiding tusschen de daar genoemde «faute personnelle» en de «faute de service» zie de Fransche jurisprudentie aangehaald bij *S* et *P.* 1921, 3.7, noot 2—3); *DUGUIT*, *Traité de droit constitutionnel* I (1911) bl. 441—444 i. v. m. 564—565; vgl. mede *W. P. N. R.* 2276 bl. 379 (noot 15); 3°. voor Duitschland: *F. STEIN*, *Grenzen u. Beziehungen zwischen Instiz u. Verwaltung* (1912) bl. 119—120; v. *SARWEY* (in noot 16 geciteerd) bl. 81. 540; *JELLINEK* (t. a. p. mede geciteerd) bl. 63 v. o., 67, 243—245; *WACH* (*Themis* 1921 bl. 391 geciteerd) bl. 97—98; *GIERKE*, *Die Genossenschafts-*

5 December 1884 W. 5139, R.spr. 138 § 28, v. d. Hon. B. R. 50 bl. 189, W. B. A. 1873, dat de rechterlijke macht bevoegd is tot kennismeming eener vordering bij welke het bestuur van een publiekrechtelijk lichaam, op grond van den publiekrechtelijk vaststaanden onderhoudsplicht van het gedaagde polderbestuur, gelden voor dit onderhoud wegens gedaagdes nalatigheid door eischer krachtens provinciale verordening uitgegeven, terugvordert, als hebbende het eischende bestuur luidens de dagvaarding de zaak en de belangen van gedaagde behoorlijk waargenomen, zoodat het, op grond van het gemeene recht zoowel als van het betrekkelijke reglement, gerechtigd is die kosten op gedaagde te verhalen. De Hooge Raad overwoog dat deze eisch betrof een schuldvordering als in art. 148 Grw. 1848 genoemd. De Rechtbank had gemeend dat, ontleende eischer aan de verordening het recht vergoeding zijner kosten te vragen, niet behoefde te worden onderzocht of er sprake was van zaakwaarneming in den zin van het B. W. Daartegen kwam in W. B. A. 1775 de Redactie op. Zie ook no. 1844 over het arrest van het Hof, en no. 1873 over dat van den Hoogen Raad. De opvatting dat dit laatste arrest zou hebben gezegd dat er zaakwaarneming was, is een vergissing. Het cassatiemiddel stelde den Hoogen Raad

theorie (1887) bl. 192 noot 1, 334, 336 noot 1, 794-795, 807-809, 915; HÄNEL, Deutsches Staatsrecht I (1892) bl. 162; O. MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht 2e dr. II (1917) bl. 555; RG. E. C. S. 1 bl. 420; 5 bl. 48 (50), 70 bl. 395 (398), 76 bl. 121 (123), 79 bl. 427 (429 v. o.), 83 bl. 304 (307); Deutsche Jur. Zeitung 1908 kol. 1223, 1909 kol. 51; 1910 Spruchsammlung 19 kol. 174 (sub 261°), 1913 kol. 703 (Pruisisch Hof van conflicten 29 Juni 1912). Vgl. voorts W. HOFACKER, Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform (1919) bl. 136-140 i. v. m. 86-88, 134-136; SCHELCHER (in noot 15 geciteerd) bl. 135-144, en de lege ferenda, bl. 210-219 i. v. m. 226; 4°. voor Oostenrijk zie TEZNER in Archiv für öffentl. Recht 9 bl. 566.

wel voor de vraag naar de competentie, maar niet voor die of eischer ontvankelijk was. En hetgeen het arrest overwoog aangaande de strekking der vordering sluit niet in dat de Hooge Raad deze toewijsbaar oordeelde (79). Evenals de Rechtbank achtte ook het Hof in 1884 den grondslag der vordering publiekrechtelijk, maar toch de rechterlijke macht competent krachtens art. 148 Grw. 1848, omdat, nu de eisch strekte tot betaling eener geldsom, er was een geding over schuldvordering. Deze motiveering zou te verdedigen zijn geweest, als het Hof, in plaats van op het grondwetsartikel, dat kennelijk enkel doelt op burgerrechtelijke schuldvorderingen, zich had beroepen op art. 2 R. O. Was echter de grondslag van den eisch wel geheel publiekrechtelijk? Eischer had mede gesteld zaakwaarneming in den zin van het B. W., dus een civielrechtelijke schuldvordering. En dit verklaart dan ook voldoende de motiveering van den Hoogen Raad.

Met beroep en op art. 153 Grw. en op art. 2 R. O., voorts overwegend dat laatstgemeld artikel ook op publiekrechtelijke schuldvorderingen het oog heeft, besliste uitdrukkelijk in gelijken zin als de voorafgaande jurisprudentie Rb. Amsterdam 30 October 1914 W. P. N. R. 2344, G.st. 3319 (10°), W. B. A. 3438. Zoo ook Ktg. Groningen 9 Juni 1884 W. 5098, G.st. 1765, W. B. A. 1882,

(79) Tegen de ontvankelijkheid van zulk een vordering, gegrond op burgerlijk recht, uitte zich de strafkamer van den Hoogen Raad, arrest van 16 Nov. 1869 W. 3170 bl. 1—2, v. d. Hon. G. Z. 25 bl. 55, G.st. 954. Vgl. het slot van het arr. H. R. van 11 Nov. 1881 W. 4709, R.spr. 129 § 15, v. d. Hon. B. R. 47 bl. 1 en G. Z. 33 bl. 251 (de eisch was toen niet gebaseerd op civielrechtelijke, doch op publiekrechtelijke verbintenis). Tegen de ontvankelijkheid van de op het B. W. steunende vordering ook G.st. 1958 bl. 3 kol. 1—2.

en Ktg. Amsterdam 29 Juli 1913 *W.* 9507, *N. J.* 1913 bl. 1293, *G.st.* 3242 (8°), *W. B. A.* 3355 (80).

DE JONGE in Bijdragen Staatsbestuur 17 bl. 362 en

(80) Implicite nog in denzelfden zin: Hof 's-Gravenhage 28 Juni 1909, *W.* 8904, *P. v. J.* 899, *G.st.* 3032 (10°), *W. B. A.* 3143, en in eersten aanleg Rb. 's-Gravenhage 21 Mei 1907 *W.* 8538, *G.st.* 2914 (41°), *W. B. A.* 3028; Rb. 's-Gravenhage 24 Dec. 1880 *W.* 4591; Rb. Winschoten . . Mei 1868 *W.* 3121; Rb. Arnhem 10 of 11 Sept. 1857 *W.* 1974, *R. B.* 1858 bl. 97; Rb. Groningen 30 Jan. 1857 *W.* 1938, *R. B.* 1857 bl. 627, *R.spr.* 62 § 86; Ktg. Enschede 18 Mei 1916 *W.* 10131; Ktg. Zuidbroek 2 Nov. 1876 *W.* 4160. — Mede implicite voor een reconventioneele vordering tot vergoeding van hetgeen de betrokken gemeente had gedaan krachtens art. 180 *Gem.wet*: Hof 's-Gravenhage 11 Juni 1900 *W.* 7470, *P. v. J.* 1900 no. 76, *G.st.* 2570, *W. B. A.* 2672, en in eersten aanleg, Rb. Rotterdam 1 Mei 1899 *W.* 7314, *P. v. J. t. a. p.*, *G.st.* 2501, *W. B. A.* 2625. Zie omtrent deze publiekrechtelijke vordering *G.st.* 1484 en LÉON—Vos no. 3 op art. 180. — Ktg. Appingedam 24 Mei 1882 *W.* 4840, *G.st.* 1638, *W. B. A.* 1756, was van meening dat de vordering tot betaling eener geldsom als door den nalatigen onderhoudsplichtige krachtens provinciaal reglement verschuldigd ter zake der waarschuwing, waarbij hem is aangezegd het gebrekkige te herstellen, indien deze vordering publiekrechtelijk ware, of in het geheel niet of althans niet in den vorm eener aktie van den beambte tegen den onderhoudsplichtige bij den burgerlijken rechter zou behooren, maar dat, nu de makers van het provinciaal reglement bedoelden een civielrechtelijke verplichting op te leggen, de vordering niet ontvankelijk was. — Vgl. nog Hof 's-Gravenhage 7 April 1879 *R. B.* 1879 D bl. 42. Toen steunde de vordering tegen den onderhoudsplichtige echter op een tussehen provincie en concessionaris na het verleenen der concessie aangegane civielrechtelijke overeenkomst. Vgl. voorts Rb. Sneek 1 Nov. 1866 *W.* 2848, *G.st.* 795: de rechterlijke macht is competent voor het verzet tegen een dwangbevel, uitgevaardigd krachtens provinciaal reglement voor een geldsom tot dekking van onderhoudskosten eener vaart, en gebaseerd op opposants onderhoudsplicht; er is geschil over schuldvordering. — Ktg. Assen 22 Febr. 1872 *W.* 3500, *R. B.* 1873 bl. 111, *G.st.* 1102, nam implicite de competentie der rechterlijke macht aan voor gelijke vordering als hier bedoeld, ingesteld door een gemeente tegen een andere gemeente, wegens het,

363 stelt het voor, als ware de vordering tot verhaal tegen een nalatigen onderhoudsplichtige steeds een geschil over burgerrechtelijke schuldvordering. Die voorstelling is m. i. onjuist. Afgezien van het geval dat de eisch op een civielrechtelijke overeenkomst berust, loopt hij alleen dan over een burgerrechtelijke schuldvordering, indien eischer, zooals bij het in 1883—1884 berechte geding, hem in zijn dagvaarding doet steunen op zaakwaarneming naar het B. W., en niet enkel op een bijzonder wettelijk voorschrift, dat een publiekrechtelijke verplichting zou opleggen. Of de dus op het B. W. steunende vordering ontvankelijk zou zijn, is een andere vraag; met het *privaat- of publiekrechtelijk karakter der door eischer gestelde* verhouding heeft dat niet te maken (81).

krachtens een regeling tusschen die twee gemeenten tot het samen aanleggen en onderhouden van een weg, ten laste van gedaagde komende, doch nagelaten onderhoud, waarin eischeres had voorzien. Hier stelde eischeres een publiekrechtelijke schuldvordering. Al is dit bij de ruime opvatting van art. 2 R. O. te dien opzichte, geen beletsel voor de competentie der rechteelike macht, de vraag bleef nog of, hetzij art. 122 lid 2 Gem.wet hetzij, indien gemelde bepaling niet toepasselijk mocht zijn, art. 147 Prov. wet, voor dit geval niet deroogeerde aan art. 2 R. O. Vgl. het hieromtrent gezegde bij het in noot 20 bedoelde opstel, hoofdst. IV § 2.

(81) Vgl. nader hieronder. Voor deze materie zie nog het slot der conclusie van het O. M. vóór H. R. 15 April 1910 W. 9020, R.spr. 214 § 57, P. v. J. 961, W. B. A. 3180. — Voor Duitschland zie R. G. 21 Mei 1880 E. C. S. 2 bl. 351 (352—353), 20 Dec. 1882 E. C. S. 11 bl. 224 (229), 15 Juni 1911 E. Z. S. 77 bl. 194. Vgl. mede R. G. 22 Dec. 1910 E. Z. S. 75 bl. 188 (190): de rechterlijke macht is competent, indien een vordering uit civiele zaakwaarneming is ingesteld, over welker ontvankelijkheid zij dan moet beslissen. Daarbij vgl. R. G. 20 Oct. 1906, nader te vermelden aan het slot van dit hoofdstuk. — SCHULTZENSTEIN in Gutachten voor Deutschen Juristentag 1902 bl. 100—101 neemt in gevallen als hier bedoeld civielrechtelijke zaakwaarneming aan, in welken zin ook HATSCHER,

Tengevolge van art. 76 *c* Armenwet 1912 *Stbl.* 165 (vgl. art. 72 der wet van 1854 *Stbl.* 100 vóór haar wijziging bij de wet van 1870 *Stbl.* 85) hebben thans praktisch belang verloren de beslissingen, die zoowel onder de wet van 1818 *Stbl.* 40, als onder die van 1854 na de wijziging in 1870, uitmaakten dat een vordering tot vergoeding van het bedrag, door eischer onverplicht besteed voor verpleging of onderhoud van armen, ingesteld tegen de gemeenschap, op welke naar publiek recht de verplichting tot verpleging rustte, en steunende hierop dat eischer de zaak van gedaagde zou hebben waargenomen, is ter competentie der rechterlijke macht, omdat die eisch loopt over een schuldvordering. Toch schijnt het mij gewenscht toe deze beslissingen hier in een noot te vermelden, wegens de analogie van het geval met dat, waarop de in den aanhef van dit hoofdstuk geciteerde jurisprudentie betrekking heeft, al zijn er deze verschillpunten: 1°. dat bij deze laatstbedoelde gedaagde meestal onwillig was geweest zijn verplichting na te komen, en 2°. dat bij de andere de strijd niet altijd werd gevoerd tusschen twee publiekrechtelijke lichamen (82).

Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts (1919) bl. 516 (4°) voor andere gevallen dan bij onderhoudsplicht. FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht, 1° dr. (1911) bl. 154—155 spreekt van publiekrechtelijke zaakwaarneming. TRIEPEL in Festschrift für H. Brunner (1914) bl. 537 acht dan de bepalingen over zaakwaarneming in het B. G. B. niet van toepassing. Vgl. voorts TEZNER in Archiv für öffentl. Recht 9 bl. 533—535, SCHELCHER (in noot 15 geciteerd) bl. 112—113, 126—128, 132—134.

(82) Zie H. R. 15 Febr. 1850 *W.* 1127, *R.spr.* 35 § 3, v. d. HON. G. Z. 10 bl. 93, R. B. 1851 bl. 61, W. B. A. 70, i.v.m. het vonnis in eersten aanleg Rb. Groningen 15 Aug. 1848 R. B. 1851 bl. 57, waarbij vgl. J. v. HALL in R. B. 1851 bl. 59—61. Er was een geschil tusschen twee diakoniën. Op deze rustte toen veelal krachtens oude reglementen een publiekrechtelijke verplichting tot armenverzorging; vgl. H. R. 25 Jan. 1850 *W.* 1098, *R.spr.* 34 § 77, v. d. HON. G. Z. 10 bl. 22,

Aangaande de onder de oude Armenwet door den Staat tegen een gemeente ingestelde vordering tot betaling van door eischer voor bedelaars gemaakte kosten, welke kosten

W. B. A. 70. Zie verder Hof Groningen 10 Maart 1846 R. B. 1846 bl. 778, R. spr. 29 § 89, vernietigend Rb. Appingadam 24 April 1845 R. B. 1846 bl. 775 (vgl. Inleid. R. Org. bl. 78—79), in den geest van welk vonnis zie Ktg. Wageningen 9 Nov. 1839 Het Regt in Nederland 2 bl. 86 (88). Evenals de H. R. ook Rb. Dordt 5 Maart 1849 W. 1011, W. B. A. 12, en implicite Rb. Brielle 27 Juni 1849 R. B. 1849 bl. 547, en Rb. Deventer 3 Oct. 1849 W. 1062, R. B. 1851 bl. 401, W. B. A. 20: de vordering steunde toen en op art. 13 der wet van 1818 en op artt. 1390 vlgg. B. W.; vgl. in cassatie H. R. 28 Juni 1850 W. 1154, R. spr. 36 § 1, v. d. Hon. G. Z. 40 bl. 341, R. B. 1851 bl. 401, W. B. A. 78 en 85. Na 1870 Rb. Middelburg 13 Maart 1901 W. 7684, W. B. A. 2743 (de dagvaarding steunde op art. 26 wet 1854, de repliek op art. 1393 B. W.), bevestigd door Hof 's-Gravenhage 19 Jan. 1903 W. 7899, W. B. A. 2696; vgl. in cassatie H. R. 18 Dec. 1903 W. 8007, R. spr. 195 § 51, P. v. J. 320, G. st. 2733, W. P. N. R. 1786. Met andere casuspositie ten opzichte der ontvankelijkheid naar art. 26 wet 1854, Rb. 's-Hertogenbosch 26 Jan. 1900 W. 7398, G. st. 2533, W. B. A. 2652, welk vonnis een civiele vordering aanwezig achtte. Zie voorts Ged. Staten N.-Brabant, schrijven van Sept. 1887 R. v. St. 28 bl. 82, en implicite Kon. Besl. 24 Maart 1888 t. a. p. bl. 218, aannemend een geschil van bestuur, krachtens art. 70 Grw. ter competentie van den Koning. Vgl. LOEFF, (in noot 1 geciteerd) bl. 130—132, en Vos in Bijdr. St.'s bestuur 29 bl. 343. Met aldaar aangehaalde arr. H. R. van 10 Juni 1887 W. 5446, R. spr. 146 § 29, v. d. Hon. B. R. 53 bl. 247, W. B. A. 2006, betrof enkel het geval dat een *partikulier* restitutie vroeg van verplegingskosten; vgl. in Duitschland R. G. 27 April 1898 E. C. S. 41 bl. 267 (zoowel daarvoor als voor geschillen tusschen armbesturen onderling). Verder zie nog Kon. Besl. 15 Mei 1903 R. v. St. 43 bl. 441 i. v. m. 254, bestreden door Red. G. st. 2698 en 2709, W. B. A. 2818, waarbij vgl. VITRINGA in R. Mag. 1903 bl. 580—582. Evenals dit Kon. Besl. van 1903 ook dat van 8 Sept. 1905 R. v. St. 45 bl. 627 i. v. m. 534. Anders twee Kon. Besluiten van 7 Dec. 1907 R. v. St. 47 bl. 1415 i. v. m. 643, en bl. 1417 i. v. m. 175, waarmede zich vereenigt G. st. 2938 (6°). Vgl. nog J. DE WITTE v. CITTERS in W. 1194 bl. 4; DE JONGE, Admin. en Just. bl. 38—40; SMIDT, De Armenwet, 3e dr. (1872) bl. 209, 221—222; C. in G. st. 987 bl. 3—4;

volgens den Staat krachtens Koninklijk Besluit ten laste der gemeente vielen, nam Hof Zuid-Holland 11 Juni 1860 *W.* 2225, *G.st.* 481, *W. B. A.* 602, de competentie der rechterlijke macht aan, op overweging dat het was een twistgeding over schuldvordering, en noch de oorsprong der vordering of de daarvoor aangevoerde middelen van invloed zijn op de rechterlijke competentie, noch ook de omstandigheid dat twee publiekrechtelijke lichamen als partijen tegenover elkander staan. Dit arrest vernietigde een vonnis der Rechtbank te Dordrecht van 4 April 1859 *W.* 2053 (2045), *R.spr.* 64 § 79, *G.st.* 395, *W. B. A.* 515, waarbij de rechterlijke macht incompetent was geoordeeld (83).

Of vorderingen als in dit hoofdstuk bedoeld, privaatsdan wel publiekrechtelijk zijn, hangt m.i. af van de dagvaarding. Stelt deze enkel een burgerrechtelijke verplichting wegens zaakwaarneming, dan is ook de eisch civielrechtelijk. Maar zijn ontvankelijkheid kan worden ontkend, niet enkel door hem, die artt. 1389 vlgg. *B. W.*

in Deutschland GLÄSSING (*Themis* 1921, bl. 387 geciteerd) bl. 116—123, waarbij vgl. bl. 65—68 over het eenigszins, doch niet geheel gelijksoortige geval van het betalen door iemand eener publiekrechtelijke schuld, die niet aan hem, maar aan een ander had moeten zijn opgelegd. Voorts O. MAYER (in noot 78 geciteerd) II bl. 696—697, 700, 701—706; HATSCHER (in noot 79 geciteerd) bl. 18; JELINEK (in noot 16 geciteerd) bl. 271—272; HARTMANN in *Das Recht* 1914 bl. 221—225; JOSEF in *Verwaltungsarchiv* 24 bl. 332; W. APELT, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag* (1920) bl. 117; *R. G.* 30 Jan. 1911 *E. Z. S.* 75 bl. 276.

(83) Voor dit vonnis vgl. nader het in noot 4 bedoelde opstel in § 4. Zie ook SMIDT (in noot 82 geciteerd) bl. 213. Naar aanleiding van art. 40 lid 2 i.v.m. art. 41 *Krankzinnigenwet* 1884 *Stbl.* 96 vgl. Vos, *prft.* bl. 61—62.

Over de competentie der rechterlijke macht in Frankrijk voor vorderingen van partikulieren wegens beweerdte zaakwaarneming ten behoeve eener publiekrechtelijke gemeenschap, ingesteld tegen die gemeenschap, zie *cass.* 8 Juli 1918 *S.* et *P.* 1921, 1.5, met noten aldaar bl. 5—7, speciaal § 5.

niet geschreven acht voor het vervullen van publiekrechtelijke verplichtingen in de plaats van een daarin nalatige, maar ook op grond van een der vele twistvragen, tot welke die artikelen in het algemeen aanleiding geven. Wordt er enkel gesteld een publiekrechtelijke verplichting, bij wettelijk voorschrift aan gedaagde opgelegd, met eveneens publiekrechtelijke gehoudenheid tot restitutie der kosten, die eischer heeft gemaakt door het in de plaats van gedaagde verrichten van diens taak, dan is de eisch publiekrechtelijk. Zijn beide verplichtingen, die naar het B. W. en die naar het bijzondere wettelijke voorschrift, zóó door eischer gesteld dat volgens hem het tot restitutie verpflichtende wettelijke voorschrift slechts is een nadere toepassing van het B. W., dan heeft de rechter, indien hij deze opinie van eischer deelt, de vordering als privaatrechtelijk aan te merken. Maar meent hij dat het wettelijk voorschrift op zich zelf staat, dus niet is een bloote toepassing van het B. W., dan zal hij de vordering, voorzoover op dat voorschrift steunend, als publiekrechtelijk moeten kwalificeeren, en als privaatrechtelijk, voorzoover zij mede steunt op het B. W., in dien zin dus als gemengd. Er is dan sprake van samenloop eener privaatrechtelijke met een publiekrechtelijke vordering, als n.l. niet enkel het bijzondere wettelijke voorschrift, maar daarnaast ook het B. W. inderdaad van toepassing moet worden geacht (84).

(84) Vgl. het op dit punt in § 4 van het in noot 4 bedoelde opstel gezegde. Bij de in dit hoofdstuk hier vermelde jurisprudentie vgl. nog Rb.-Rotterdam 6 Juni 1883 *W.* 4943, *W. B. A.* 1795. Dit vonnis nam implicite de competentie der rechterlijke macht aan voor een vordering van den Staat ingevolge art. 10 lid 3 Kon. Besl. 25 Maart 1879 *Stbl.* 51 (vgl. nu art. 9 wet 23 Juli 1885 *Stbl.* 151) ingesteld tot betaling der kosten, door de havenpolitie gemaakt tot het lichten van een gezonken schip en het opruimen der lading, welke kosten gemeld artikel bracht ten laste van den schipper en van den eigenaar der lading. Vgl. daarbij R. G. 20 Oct. 1906 *E. Z. S.* 64 bl. 197 (198—200).

**De verandering van de rechtsvordering
gedurende het geding**

DOOR

Mr. C. C. TIELEMAN

griffier van het kantongerecht te Gorinchem

Wij zagen reeds (1) dat iedere rechtsvordering uit twee bestanddeelen, het gestelde (2) en het ingeroepen rechtsgevolg bestaat. Wanneer men dus spreekt van de verandering van een rechtsvordering kan de verandering betreffen òf het gestelde òf het ingeroepen rechtsgevolg.

Bekijken wij het gestelde eener rechtsvordering goed, dan valt het ons op dat de eischer bij de omschrijving van feiten dikwerf zich bedient van juridische qualificaties. Zoo leest men herhaaldelijk in dagvaardingën, waar de eischer de feiten omschrijft op grond waarvan hij een rechtsgevolg tegen den gedaagde inroept: „aangezien de eischer aan den gedaagde heeft verhuurd gelijk deze van hem heeft gehuurd” of ook „aangezien de eischer aan den gedaagde heeft verkocht gelijk deze van hem heeft gekocht” en huur en koop zijn immers juridisch gequa-

(1) Dit opstel is te beschouwen als een vervolg op ons opstel: «De exceptie en het middel van niet-ontvankelijkheid in het Nederlandsch procesrecht», voorkomende in dit tijdschrift, jaargang 1924, blz. 61.

(2) Het gestelde wordt in de praktijk gewoonlijk de feitelijke grondslag der rechtsvordering genoemd, hoewel het mogelijk is dat de eischer behalve feiten een hem toekomend recht als grondslag zijner rechtsvordering stelt.

lificeerde feiten. Nu rijst de vraag of men een rechtsvordering verandert door de juridische qualificatie die men bij de omschrijving van den feitelijken grondslag gebruikt heeft, door een andere te vervangen. Het hangt er maar van af of de juridische constructie tot het wezen van de rechtsvordering behoort. Is dit het geval, dan hebben wij een derde bestanddeel der rechtsvordering ontdekt, door welks verandering de rechtsvordering zelve veranderd wordt. Om op de gestelde vraag een juist antwoord te vinden, is het zaak zich terdege rekenschap te geven van hetgeen de eischer doet die zijn rechtsvordering juridisch construeert, door bij de omschrijving van den feitelijken grondslag juridische qualificaties te bezigen.

Wij zagen reeds (1) dat de eischer niet verplicht is om aan te toonen, dat het door hem gestelde het op grond daarvan ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt en dat de rechter verplicht is om, indien de eischer zulks niet doet, dit in zijn plaats te doen. Men leidt dit af uit het voorschrift van art. 48 Rv., de rechters moeten bij hun bearaadslagingen van ambtswege de rechtsgronden aanvullen welke niet door partijen mochten zijn aangevoerd. Wanneer dus de eischer aantoonst dat het door hem gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt, dan voert hij onverplicht rechtsgronden aan; doet hij zulks niet of onvolledig, dan doet de rechter zulks in zijn plaats bij het motiveeren van de beslissing, dan vult de rechter de rechtsgronden aan die de eischer verzuimde aan te voeren. Houdt men dit goed in het oog, dan ziet men licht in, dat de eischer die zijn rechtsvordering juridisch construeert door bij de omschrijving van haar feitelijken grondslag juridische qualificaties te gebruiken, bij voorbaat reeds rechtsgronden aanvoert. Zoo zegt de eischer die in

(1) Zie noot 1 vorige bladzijde.

de dagvaarding spreekt van een overeenkomst van koop en verkoop tusschen hem en den gedaagde gesloten, met andere woorden: „de tusschen den gedaagde en mij gemaakte afspraak, waaruit ik in verband met andere feiten het door mij ingeroepen rechtsgevolg afleid, beschouw ik als een overeenkomst van koop en verkoop”, hij geeft daarmede aan welke rechtsregelen naar zijn meening het door hem ingeroepen rechtsgevolg aan het door hem gestelde verbinden. Met de rechtsvordering juridisch te construeeren, doet de eischer strikt genomen iets overbodigs; de juridische constructie is dus niet een bestanddeel der rechtsvordering. Verandert de eischer de juridische constructie zijner rechtsvordering gedurende het geding door de juridische qualificatie, die hij bij de omschrijving van haar feitelijken grondslag bezigde, door een andere te vervangen, omdat hij b.v. gedurende het geding tot de overtuiging komt dat de tusschen den gedaagde en hem gemaakte afspraak, die hij aanvankelijk voor een overeenkomst van koop en verkoop hield, een overeenkomst van ruil is, dan voert hij een andere in plaats van den eerst aangevoerden rechtsgrond aan; en zoo vult de rechter, die bij het geven zijner beslissing de door den eischer gestelde feiten anders dan deze qualificeert, een rechtsgrond aan, dien de eischer verzuimde aan te voeren. Het veranderen van de onverplicht gegeven juridische constructie eener rechtsvordering door de juridische qualificatie, gebruikt bij de omschrijving van haar feitelijken grondslag, door een andere te vervangen, hetzij door den eischer hetzij door den rechter gedaan, is dus niet het veranderen van de rechtsvordering zelve. Het voorschrift in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voorkomende (art. 134), waarbij bepaald wordt in hoeverre een rechtsvordering gedurende het geding veranderd kan worden, beslist dus niets over de vraag,

of een juridische qualificatie bij de omschrijving van haar feitelijken grondslag gebruikt, gedurende het geding door een andere vervangen mag worden. Art. 48 Rv. beantwoordt deze vraag en wel in bevestigenden zin. Afgezien van de vraag of een rechtsvordering gedurende het geding veranderd kan worden, kan men met zekerheid aannemen, dat noch de rechter bij het geven zijner beslissing noch de eischer bij het voeren van het geding aan de juridische qualificatie, die de eischer bij de omschrijving van den feitelijken grondslag der rechtsvordering gebruikte, gebonden is.

Niet alleen door bij de omschrijving van haar feitelijken grondslag een juridische qualificatie te gebruiken, ook op andere wijzen kan de eischer de rechtsvordering juridisch construeeren. In de eerste plaats kan hij zulks doen door den rechtsregel waaraan hij meent het door hem ingeroepen rechtsgevolg te kunnen ontleenen uitdrukkelijk te noemen; daarnaast kan hij nog de grondslag zijner rechtsvordering zoodanig omschrijven, dat daarin voor den rechter een duidelijke aanwijzing is gelegen, welke rechtsregel volgens den eischer het ingeroepen rechtsgevolg aan het door hem gestelde verbindt. Of de eischer hetgeen de gedaagde hem heeft aangedaan, als een storing in zijn bezit dan wel als een onrechtmatige daad beschouwt, zal gewoonlijk wel — ook al zijn de termen bezitstoring of onrechtmatige daad bij de omschrijving van het gestelde niet gebruikt — met zekerheid daaruit zijn af te leiden. Eveneens zal het meestal wel niet twijfelachtig zijn of de eischer zijn aanspraak op schadevergoeding op grond van een bepaald feit afleidt uit art. 1401 dan wel uit art. 1404 B. W., ook al wordt van die artikelen in de dagvaarding niet gerept. Voor deze wijzen om een rechtsvordering juridisch te construeeren, geldt ook hetgeen wij van het juridisch construeeren van een rechtsvordering, door bij de omschrijving van den feitelijken grond-

slag juridische qualificaties te bezigen, hebben gezegd. Een uitdrukkelijk of stilzwijgend beroep van den eischer op een rechtsregel, reeds bij het instellen der rechtsvordering gedaan, is het aanvoeren van een rechtsgrond en derhalve een onverplicht verrichte handeling, die noch den rechter noch den eischer bindt. Wij zijn dus gerechtigd om in het algemeen te zeggen, dat noch de rechter bij het geven zijner beslissing noch de eischer bij het voeren van het geding gebonden is aan de onverplicht gegeven constructie der rechtsvordering.

Kan men nu zeggen dat de rechter, die de juridische constructie eener rechtsvordering verbetert, de rechtsvordering aanvult? Geenszins. Ook al is haar juridische constructie niet juist; daarom behoeft er nog niets aan de rechtsvordering te ontbreken, en waar niets ontbreekt kan er ook van geen aanvullen sprake zijn. Aanvullen zou de rechter een rechtsvordering, wanneer hij den eischer een feit te bewijzen oplegde, dat hoewel voor het ontstaan van het ingeroepen rechtsgevolg een vereischte, nochtans door hem niet is gesteld. Nemen wij b.v. het geval dat de eischer, die van den gedaagde den koop prijs van verkochte en geleverde goederen vorderend, verzuimt te stellen dat hij de verkochte goederen aan den gedaagde heeft geleverd en dat de rechter nà ontkentenis door den gedaagde van den geheelen feitelijken grondslag, den eischer behalve het gestelde ook het feit der levering te bewijzen oplegt, dan eerst zou men met recht kunnen zeggen, dat de rechter de rechtsvordering aanvult. Dat de lijdelijkgeid des rechters hem verbiedt de rechtsvordering aan te vullen, behoeft zeker geen betoog.

Daar er tusschen de twee bestanddeelen eener rechtsvordering, het gestelde en het ingeroepen rechtsgevolg, een onverbrekelijk verband moet bestaan in dien zin dat het gestelde het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigt,

behooren slechts de feiten en de rechten, die de eischer als grondslag zijner rechtsvordering stelt, tot de rechtsvordering voor zoover zij ter rechtvaardiging van het ingeroepen rechtsgevolg noodzakelijk zijn. Hetgeen overbodig is gesteld, behoort dus niet tot de rechtsvordering; door een feit of een recht dat niet ter rechtvaardiging van het ingeroepen rechtsgevolg noodzakelijk is aan het gestelde toe te voegen, verandert men de rechtsvordering niet; evenmin verandert men de rechtsvordering door een overbodig gesteld feit of recht, door een ander overbodig feit of recht te vervangen.

Nu wij goed weten wat onder de verandering eener rechtsvordering verstaan moet worden, kunnen wij met zekerheid zeggen dat het den rechter verboden is bij het geven zijner beslissing de rechtsvordering te veranderen. Zijn lijdelijkheid toch verbiedt hem met andere feiten en rechten rekening te houden dan die, waarop partijen zich beriepen en om meer of iets anders toe te wijzen dan gevorderd is; en de rechtsvordering kan niet anders veranderd worden dan door nieuwe rechten en feiten aan het gestelde toe te voegen of het ingeroepen rechtsgevolg uit te breiden of er iets anders voor in de plaats te stellen.

Niet zoo gemakkelijk is het antwoord op de vraag te vinden of en in hoeverre het den eischer geoorloofd is om de rechtsvordering gedurende het geding te veranderen. Ten gevolge van 's rechters lijdelijkheid, die de handhaving der processueele voorschriften, voorzoverre zij niet van openbare orde zijn, aan partijen overlaat, zal de toestemming tot en het verzet tegen de verandering van de zijde van den gedaagde op de beantwoording der vraag van invloed zijn. Trachten wij eerst een antwoord op de vraag te vinden of en in hoeverre het den eischer geoorloofd is de rechtsvordering gedurende het geding tegen den wil van den gedaagde te veranderen, gesteld

dat art. 134 B. W. niet bestond, om daarna na te gaan in hoeverre het voorschrift van dat artikel ons dwingt het gevonden antwoord te wijzigen. Zijn wij daarmede klaar, dan zullen wij ons de vraag stellen of en in hoeverre het den eischer geoorloofd is om gedurende het geding der rechtsvordering, met goedvinden van den gedaagde te veranderen.

Dat een rechtsvordering gedurende het geding door den eischer niet tegen den wil van den gedaagde veranderd kan worden, vloeit, voorloopig afgezien van het voorschrift daaromtrent vervat in art. 134 Rv., voort uit de regeling van het geding in het algemeen, als uit het voorschrift van art. 5 no. 3 Rv. in het bijzonder. Waarom anders kan de wetgever voorschrijven dat de dagvaarding, de akte waarbij de rechtsvordering wordt ingesteld, moet behelzen „de middelen en het onderwerp van den eisch met een duidelijke en bepaalde conclusie”, hetgeen naar algemeen in de praktijk wordt aangenomen zeggen wil een duidelijke omschrijving van den grondslag van de rechtsvordering en van het ingeroepen rechtsgevolg, dan om den gedaagde in staat te stellen nauwkeurig te weten *op welken grond* en *wat* van hem gevorderd wordt? Wat zou er van dit streven te recht kunnen komen, indien het den eischer geoorloofd ware om gedurende het geding eenzijdig, zelfs tegen den wil van den gedaagde, de rechtsvordering veranderen? Niets. Zoo zijn wij wel genoodzaakt om aan te nemen dat de eischer gedurende het geding de rechtsvordering niet eenzijdig mag veranderen. Dit te bepalen zou welhaast overbodig, anders te bepalen ongerijmd genoemd kunnen worden. Door den eischer toe te staan eenzijdig de rechtsvordering gedurende het geding te veranderen, zou de wetgever in strijd handelen met een der grondbeginselen, waarbij hij bij de regeling van het geding is uitgegaan.

En toch bevat art. 134 Rv. een voorschrift dat grond geeft voor de meening dat het den eischer geoorloofd is om de rechtsvordering gedurende het geding tegen den wil van den gedaagde te veranderen. Dit artikel bepaalt toch: De eischer is bevoegd tot den afloop der zaak zijn eisch te wijzigen of te verminderen zonder nochtans het onderwerp van den eisch te mogen veranderen of te vermeerderen. De redactie van het voorschrift is allerm minst onberispelijk. Wie poogt een taalkundig verschil tusschen wijzigen en veranderen vast te stellen zoekt naar den Steen der Wijzen. Wij zijn dus wel gerechtigd om het artikel voor zoover het ons voor het oogenblik aangaat, te lezen alsof er staat „de eischer is bevoegd tot den afloop der zaak zijn eisch te veranderen zonder nochtans het onderwerp van den eisch te veranderen”. Wat nu onder het onderwerp van den eisch te verstaan is, het gestelde dan wel het ingeroepen rechtsgevolg, valt niet uit te maken. Doch hoe men hier ook over denke, in ieder geval is het voorschrift in strijd met het beginsel, waarvan de wetgever bij de regeling van het geding uitging. Meent men dat onder het onderwerp van den eisch is te verstaan het gestelde, dan ontnemt men den gedaagde het recht te weten wat, meent men dat er onder te verstaan is het ingeroepen rechtsgevolg, dan ontnemt men hem het recht te weten op grond waarvan er iets van hem gevorderd wordt. Raadpleegt men de wordingsgeschiedenis van het artikel, dan wordt zijn beteekenis er niet duidelijker door, wel wordt duidelijk hoe het in de wet verdwaald raakte. Men merkt op dat een overeenkomstig artikel niet voorkomt in de Code de procédure civile, welk wetboek onze wetgever bij het samenstellen van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering navolgde. De oorsprong van het artikel ligt in het oud-vaderlandsche recht, waarin een eenzijdige verandering van

de rechtsvordering door den eischer gedurende het geding mogelijk was. Men schijnt die mogelijkheid in het nieuwe recht niet geheel en al te hebben willen uitsluiten (1). Men zag daarbij over het hoofd, dat men zoodoende een bepaling in het wetboek opnam dat niet past in het systeem van ons procesrecht. En waar het nu gaat tusschen dit systeem en een enkele zeer onduidelijk geredigeerde bepaling, daar is het voor ons niet twijfelachtig aan welke zijde wij ons hebben te scharen. Zonder eenig voorbehoud kiezen wij de zijde van het systeem van ons procesrecht, volgens hetwelk eenzijdige verandering der rechtsvordering door den eischer gedurende het geding tegen den wil van den gedaagde is uitgesloten. Volgens ons is dus de eischer in het geding gebonden aan de rechten en de feiten, die hij stelde en aan het rechtsgevolg, dat hij inriep in dien zin, dat het hem niet geoorloofd is om gedurende het geding tegen den wil van den gedaagde naast hetgeen hij reeds stelde, andere rechten en feiten toe te voegen of in de plaats van het gestelde andere rechten en feiten te stellen of aan het rechtsgevolg dat hij inriep een ander toe te voegen en voor het aanvankelijk inroepen rechtsgevolg een ander in de plaats te stellen.

Zooals bij de toepassing van ieder beginsel zal men ook bij de toepassing van dit beginsel niet verder mogen gaan dan voor het bereiken van het doel, waarvoor het in het leven geroepen is, noodig is. Dit doel is dat de gedaagde steeds kan weten, waarom iets en wat van hem gevorderd wordt. Een onjuistheid in de dagvaarding, die niet verhindert dat de gedaagde daaruit leeren kan wat van hem gevorderd wordt en op grond waarvan, zal de eischer dus zelfs tegen den wil van den gedaagde ge-

(1) G. J. SALM, Verandering van actie. Academisch proefschrift, 1906, blz. 20 en vlg.

durende het geding mogen veranderen. Wanneer de eischer zich b.v. vergist heeft in de dagteekening eener overeenkomst, die den grondslag zijner rechtsvordering uitmaakt, zal het hem geoorloofd zijn die vergissing gedurende het geding te herstellen, ook tegen den zin van den gedaagde, mits de oorspronkelijke omschrijving van den grondslag der rechtsvordering zoo duidelijk was, dat ondanks de onjuiste dagteekening bij den gedaagde geen twijfel kon bestaan, welke overeenkomst de eischer bedoelde.

Uit het voorgaande volgt als van zelf dat wij een verandering in de rechtsvordering hetzij in het gestelde, hetzij in het ingeroepen rechtsgevolg door den eischer gedurende het geding met toestemming van den gedaagde in het algemeen geoorloofd achten. Is iedere verandering nu toegelaten, indien de gedaagde er in toestemt? Zal de eischer b.v. gedurende het geding met toestemming van den gedaagde het aanvankelijk gestelde door geheel iets anders mogen vervangen? Naar onze meening gaat de lijdelijkheid van den rechter niet zoover, dat hij dit zou mogen toelaten. Zonder orde is geen geding mogelijk. Welnu de orde zou geheel te loor kunnen gaan, indien de partijen onbegrensd bevoegd waren, om met onderling goedvinden den rechtsstrijd gedurende het geding naar willekeur te veranderen. In beginsel moet de dagvaarding de bestanddeelen der rechtsvordering bevatten, in beginsel is de dagvaarding de grondslag van het geding; in hoeverre de partijen met onderling goedvinden van dit beginsel mogen afwijken, is overgelaten aan het oordeel van den rechter, die er voor te zorgen heeft dat partijen het geding niet tot een spel maken.

Laten wij thans nagaan in welken zin de jurisprudentie de hierboven besproken vragen heeft beantwoord. Wij beginnen met de vraag: zijn de rechter en de eischer aan

de onverplicht gegeven juridische constructie der rechtsvordering gebonden? Bij de rechtbank te Almelo werd een rechtsverdering tot uitkeering van een zekere geldsom ingesteld, waarvan de feitelijke grondslag was een gezamenlijk door den eischer en den gedaagde met een ander gesloten overeenkomst van aanneming van werk en de in ontvangstname der aannemingsom door den gedaagde. De rechtbank ontzegde de rechtsvordering omdat zij de gestelde overeenkomst niet bewezen oordeelde. In hooger beroep van het gerechtshof van Overijssel beweerde de eischer, dat uit de feiten toch voortvloeit de verbintenis tot uitkeering der gevorderde geldsom, omdat aan de bewezen handelingen van partijen het karakter van negotiorum gestio niet kan worden ontzegd. Het gerechtshof onderzocht de feiten, die ten processe gebleken waren niet verder, maar overwoog dat het onderwerp van den eisch, zooals die bij dagvaarding is gesteld, de voldoening eener overeenkomst is, terwijl het onderwerp der vordering later bij de conclusie bijgevoegd is de voldoening eener verbintenis ex lege; bij zijn arrest van 15 Januari 1872 P. v. J. 1874 no. 47 (bijblad) besliste het gerechtshof dat een zoodanige verandering van het onderwerp van den eisch volgens art. 134 Rv. den eischer niet toegelaten is en verklaarde den eischer op dien grond in zijn beroep op negotiorum gestio niet-ontvankelijk.

De eischer teekende tegen dit arrest beroep in cassatie aan, als eenig middel van cassatie stelde hij voor schending en verkeerde toepassing van art. 134 in verband met art. 5 no. 3 Rv., als zijnde hij, eischer, bij het beklagde arrest ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard in den bij conclusie aangevoerden subsidiairen grond zijner vordering, als zullende daarstellen een verandering van het onderwerp aan den eisch. De Hooge Raad besliste bij zijn arrest

van 22 November 1872 (1) dat bij het beklagde arrest art. 134 Rv. inderdaad geschonden was, „overwegende dat art. 134 Rv. met „onderwerp van den eisch” niets anders kon bedoelen dan *den feitelijken grondslag der vordering in verband met het gevorderde, niet de juridische qualificatie aan die feiten gegeven, of de rechtsgronden waarom die feiten de beweerde schuldpllichtigheid te weeg brengen vermits zoodanige qualificatie door den rechter ambtshalve kan worden gemaakt en zoodanige rechtsgronden door den rechter ambtshalve kunnen worden bijgebracht, indien partijen ze niet of niet juist mochten hebben ontwikkeld*” (2). Een weinig verder lezen wij in hetzelfde arrest, „dat de feiten waarop de primaire vordering rust, te weten de gezamenlijke aanneming en de ontvangst der aannemingspenningen door den verweerder, alsmede het gevorderde in hoofzaak hetzelfde zijn gebleven, als die welke aanleiding geven tot de subsidiaire vordering en dat alleen de rechtsgrond, waarom die feiten een verbintenis zouden voortbrengen, wordt gewijzigd, zoodat hier wel plaats heeft een verandering der rechtgronden, maar niet een verandering van den eisch”.

Wij laten in het midden of in het onderhavige geval niet met de verandering in qualificatie ongemerkt een ander feit voor het aanvankelijk gestelde is in de plaats gesteld; wat hier van zij, men zal moeten toegeven dat uit het aangehaalde arrest ten duidelijkste blijkt dat de Hooge Raad langs denzelfden weg als dien wij begingen, tot de conclusie is gekomen dat noch de rechter noch de eischer aan de onverplicht gegeven juridische constructie der rechtsvordering gebonden is. Evenals wij beschouwt de Hooge Raad een rechtsgrond als een argu-

(1) W. no. 3530.

(2) Wij cursiveeren.

ment (1); het arrest spreekt toch van „*een rechtsgrond, waarom die feiten een verbintenis zouden voortbrengen*”; evenals wij stelt de Hooge Raad het juridische qualificeeren van den feitelijken grondslag eener rechtsvordering en het aanvoeren van rechtsgronden door den eischer op één lijn, immers in het arrest heet het „*zoodanige qualificatie* (nl. van de door den eischer gestelde feiten) *kan door den rechter ambtshalve worden gemaakt en zoodanige gronden* (nl. waarom de feiten de beweerde schuldplechtigheid teweeg brengen) *kunnen door den rechter ambtshalve worden bijgebracht, indien partijen ze niet of niet juist mochten hebben ontwikkeld*”.

Na haar eenmaal aanvaard te hebben is de Hooge Raad in het algemeen trouw gebleven aan de leer dat noch de rechter noch de eischer aan de onverplicht gegeven juridische constructie der rechtsvordering gebonden is; men zal* MELJERS echter moeten toegeven dat het arrest van den Hoogen Raad, van 20 December 1912 *W. 9444* met die leer strikt genomen niet te rijmen is. Men raadplege zijn bij dit arrest gemaakte aantekening en de daarbij in beiderlei zin opgegeven jurisprudentie.

Op de meest ondubbelzinnige wijze echter heeft de Hooge Raad den regel dat de rechter niet gebonden is aan de door den eischer onverplicht gegeven juridische constructie zijner rechtsvordering als juist erkend bij zijn arrest van 16 Maart 1917 *W. 10125*. De Hooge Raad ging bij dit arrest zelfs zoover dat hij een rechtsvordering door den eischer betiteld als een rechtsvordering tot vergoeding van schade geleden door dat een overeenkomst van aanneming ten tijde van de faillietverklaring van zijn wederpartij, de aanbesteder, door beide partijen slechts gedeeltelijk nagekomen door de weigering van den

(1) Zie noot 1 bladzijde 21.

curator om haar gestand te doen ingevolge art. 37 F. W. ontbonden was, beschouwde als een rechtsvordering tot voldoening van hetgeen den eischer uit kracht van het in stand gebleven deel dier overeenkomst verschuldigd was, om op die manier te voorkomen dat den aannemer het voorrecht dat art. 1185 no. 1 j°. art. 1193 B. W. hem voor de aannemingsom toekent, ontging.

Thans zullen wij nagaan in welken zin de jurisprudentie de vraag „is het den eischer of den rechter geoorloofd om gedurende het geding het bij de rechtsvordering gestelde te veranderen?” beantwoord heeft. Men houde in het oog dat verandering in de qualificatie van feiten en verandering van feiten zelve dikwijls zeer moeilijk te onderscheiden is.

Dat de eischer onder het mom van verandering van qualificatie van een feit een geheel nieuw feit voor het aanvankelijk gestelde in de plaats wilde stellen, daarvan heeft zich in de praktijk een belangwekkend voorbeeld voorgedaan. De eischer stelde dat hij *op verzoek* van den gedaagde een zekere som aan een derde, VEENHOVEN genaamd, had uitbetaald en vorderde op dien grond de betaalde som van den gedaagde terug. Bij ontkenenis van den gedaagde niet in staat het bewijs van dit verzoek en het aannemen daarvan door den gedaagde, in het kort de overeenkomst van lastgeving, te bewijzen, biedt de eischer aan door getuigen te bewijzen dat hij VEENHOVEN betaald heeft, maar nu niet, zooals hij bij dagvaarding gesteld had, *ten verzoeken* van den gedaagde, doch *uit eigen vrijen wil* des gedaagdes zaken waarnemende.

Het Hof dat de zaak te berechten had, weigerde dit in hooger beroep aangeboden bewijs te ontvangen, op den grond dat in de strekking van dat bewijs als gericht op negotiorum gestio zou zijn gelegen een verboden ver-

andering van het onderwerp van den op mandaat gegronden eisch (1). De eischer stelde als eenig middel van cassatie tegen 's Hof's arrest voor schending en verkeerde toepassing van de artt. 1376, 1390—1393, 1844—1846, 1902, 1960—1962 B. W., 5, 134, 199 B. R. Bij arrest van 7 Maart 1902 (2) verwierp de Hooge Raad het cassatieberoep, overwegende: „*dat hetgeen in art. 134 Rv. „onderwerp van den eisch” wordt genoemd, is het gevorderde in verband met diegene der bij de dagvaarding gestelde feiten, waarop het ter beoordeeling van de gehoudenheid des verweerders om aan de vordering gevolg te geven, in het wezen der zaak aankomt* (3); ten deze alzoo de geëischte f 2973.86 door den eischer betaald tot voldoening van een schuldeischer des verweerders, zulks van een daartoe door dezen gedaan *verzoek*, daar toch het Hof terecht heeft beslist en bij het middel niet wordt bestreden, dat het enkele feit der betaling geen rechtsband zou scheppen tusschen betaler en hem, wiens schuld hij betaalt; dat, zooals de eischer doet opmerken, onze wet voorzeker niet vordert den eisch te kleeden in bepaalde aan haren tekst ontleende uitdrukkingen: zulks te minder, daar zijne rechtskundige qualificatie behoort aan den rechter en deze zelfs bij de beslissing daarover verplicht is tot aanvulling van de rechtsgronden; dat deze, niet-gebondenheid aan wettelijke uitdrukkingen, ook in zoover van invloed kan zijn op de vervulling van den bewijslast, dat niet elk verschil in formulering van een bewijsaanbod met de in de dagvaarding omschreven feiten behoeft te worden

(1) Het arrest zelf van het Hof is ons niet bekend. De hier vermelde inhoud leerden wij kennen uit de conclusie van den procureur-generaal, voorafgaande aan het arrest van den Hoogen Raad dat wij gaan bespreken.

(2) W. 7732.

(3) Wij cursiveeren.

aangemerkt als een verandering van onderwerp; dat echter uit dit stelsel voortvloeiende vrijheid van beweging zich niet zoover kan uitstrekken, dat aan de vordering zelve zou worden gegeven een feitelijken grondslag, ten eenenmale afwijkend van de essentieele feitelijke grondslagen der dagvaarding; dat als zoodanig hier was gesteld een uitgevoerd *verzoek* van den verweerder tot betaling van diens schuldeischer, alzoo naar 's Hof's uitlegging een gedane en aangenomen opdracht, naar art. 1829 B. W. grondslag van lastgeving en het arrest met de overweging, die lastgeving en zaakwaarneming tegenover elkaar stelt, zijne beslissing ontleent *niet aan deze rechtskundige qualificatie als woordenverschil, maar aan het feitelijk verschil van zoodanige opdracht en daaruit voortvloeiende verplichting om te handelen (hier te betalen), met het bloot vrijwillig en dus onverplicht handelen ten belange en ten behoeve van Veenhoven's schuldenaar, volgens art. 1390 B. W. kenmerk der zaakwaarneming, bij welke het geven van opdracht zelfs is uitgesloten* (1); dat daarom het Hof en met recht, het verbod van art. 134 toepasselijk heeft geoordeeld op het aanbod van bewijs, slechts reikende tot de vereischte zaakwaarneming, terwijl de eischer verzoek of lastgeving als grond zijner vordering had gesteld".

Het lijdt geen twijfel of de Hooge Raad zag evenals het Hof tusschen het bij dagvaarding gestelde en het te bewijzen aangeboden niet een *verschil in juridische qualificatie*, doch een *feitelijk verschil* en achtte op dien grond door het gedane bewijsaanbod art. 134 Rv. geschonden en naar onze meening volkomen terecht.

Had de betaling door den eischer van gedaagdes schuld aan Veenhoven op zich zelf beschouwd een rechts-

(1) Wij cursiveeren.

band kunnen vestigen tusschen partijen, tegen het bewijsaanbod van den eischer, zou geen bezwaar hebben kunnen bestaan. Men zou dan den eischer hoogstens hebben kunnen verwijten, dat hij een overbodig gedeelte van zijn positum, de overeenkomst van lastgeving, liet vallen, om er een even overbodige toevoeging, negotiorum gestio, voor in de plaats te stellen. Het Hof had dan den eischer tot het aangeboden bewijs kunnen toelaten in zooverre het tot de beslissing der zaak kon leiden, hetgeen in het onderhavige geval zeggen wil tot het feit der betaling alleen. Nu echter het feit der betaling door den eischer aan Veenhoven gedaan alleen geen rechtsband tusschen partijen kon scheppen, was het Hof wel verplicht om het bij dagvaarding gestelde en het te bewijzen aangeboden ieder afzonderlijk als een geheel te beschouwen. Dit doende zag het dat de eischer iets te bewijzen aanbood dat met het bij dagvaarding gestelde in volstrekten zin onvereinigbaar is. Immers tusschen het bij dagvaarding gestelde: „ik heb Veenhoven ten verzoeken van den gedaagde betaald”, en het te bewijzen aangeboden: „ik heb Veenhoven uit eigen vrijen wil ten behoeve van den gedaagde betaald” is geen verschil van meer en minder (men kon niet zeggen dat de eischer bij zijn bewijsaanbod een gedeelte van het bij dagvaarding gestelde liet vallen), ook geen verschil in juridische qualificatie van eenzelfde feit; neen het zijn beide twee verschillende feiten, die elkaar wederkeerig uitsluiten en daarom met elkaar in onverzoenlijken strijd zijn; door het bewijs van het tweede feit aan te bieden, nam de eischer de eerst gestelde grondslag zijner rechtsvordering weg om er een anderen voor in de plaats te stellen.

Zijn beide hier besproken arresten van den Hoogen Raad met elkaar in overeenstemming wat betreft hun opvatting van hetgeen onder het onderwerp van den

eisch verstaan moet worden? Het eerste arrest noemt het onderwerp van den eisch: „den feitelijken grondslag der vordering in verband met het gevorderde”: het tweede: „het gevorderde in verband met diegene der bij de dagvaarding gestelde feiten, waarop het ter beoordeeling van de gehoudenheid des verweerders om aan de vordering gevolg te geven, in het wezen der zaak aankomt.” Beide omschrijvingen verschillen hierin, dat bij de eerste de feitelijke grondslag, bij de tweede het gevorderde (het ingeroepen rechtsgevolg) voorop staat. Dit verschil in redactie is zeer goed te verklaren, mits men slechts let op het verband, waarin beide omschrijvingen voorkomen.

In het eerste arrest had de Hooge Raad uit te maken dat verandering in de juridische qualificatie der gestelde feiten geen verandering in het onderwerp van den eisch is. Bij de beantwoording der vraag wat onder het onderwerp van den eisch verstaan moet worden, stelde hij daarom het feitelijke bestanddeel voorop, om daarmee duidelijk te kennen te geven, dat weliswaar verandering van de feiten zelf, doch geen verandering van hun juridische qualificatie een verboden verandering van den eisch uitmaakt. In het tweede arrest daarentegen had de Hooge Raad te beslissen, dat het stellen van een nieuw feit in de plaats van een aanvankelijk gesteld feit een verboden verandering van het onderwerp van den eisch is. Er van uitgaande, dat het gevorderde in de eerste plaats tot het onderwerp van den eisch gerekend moet worden, doch daarnaast ook de gestelde feiten, voor zoover die ter rechtvaardiging van het ingeroepen rechtsgevolg noodzakelijk zijn, kwam de Hooge Raad er ditmaal als vanzelf toe om bij de omschrijving van het begrip, het onderwerp van den eisch „het gevorderde” voorop te stellen. Hiermede is weliswaar het *verschil* in redactie verklaard, doch geenszins is de beteekenis der beide

omschrijvingen volkomen duidelijk geworden. Waarom, zoo zou men kunnen vragen, heeft de Hooge Raad, wanneer het zijn bedoeling was dat èn de feitelijke grondslag èn het gevorderde tot het onderwerp van den eisch gerekend moet worden, dit niet eenvoudiger gezegd? Waarom gebruikte hij in beide omschrijvingen de uitdrukking „in verband met” in plaats van het woordje „en”? Had de Hooge Raad dit gedaan, beide omschrijvingen zouden volkomen duidelijk geweest zijn en bovendien zou duidelijker dan thans het geval is zijn uitgekomen, dat beide voorschrijvingen met elkaar overeenstemmen. Want dat de Hooge Raad onder de uitdrukking „den feitelijken grondslag” in de omschrijving van het eerste arrest slechts die gestelde feiten verstaat die ter rechtvaardiging van het ingeroepen rechtsgevolg noodzakelijk zijn, behoeft zeker geen betoog. Vervangt men in beide omschrijvingen de uitdrukking „in verband met” door het woordje „en”, dan komen zij aldus te luiden: de eerste: „de feitelijke grondslag en het gevorderde”; de tweede: „het gevorderde en de hij dagvaarding gestelde feiten, waarop het ter beoordeeling van de gehoudenheid des verweerders om aan de vordering gevolg te geven in het wezen der zaak aankomt”. Men ziet beide omschrijvingen winnen aan duidelijkheid en de onderlinge overeenstemming treedt helder naar voren. Hoe is het nu te verklaren dat de Hooge Raad door het gebruik van de uitdrukking „in verband met” beide omschrijvingen zoo noodeloos duister maakte? Naar onze meening moet de reden van het gebruik van de uitdrukking „in verband met” gezocht worden in het streven om de omschrijving van het begrip het onderwerp van den eisch in één algemeene formule te geven, alsof zij slechts één bestanddeel der rechtsvordering bevat. De Hooge Raad zag daarbij echter over het hoofd dat, ook al

omschrijft men twee verschillende begrippen in een algemeene formule, het niettemin twee verschillende begrippen blijven. Hoezeer beide omschrijvingen uiterlijk beschouwd ook den indruk geven slechts *één* bestanddeel der rechtsvordering te bevatten, blijkt niettemin, wanneer men ze slechts in werkelijkheid toepast, dat er zoowel het gevorderde als de feitelijke grondslag der rechtsvordering onder begrepen moet worden. Want niet alleen wanneer de eischer voor een eens gesteld feit een ander in de plaats stelt, ook wanneer hij in plaats van een aanvankelijk ingeroepen rechtsgevolg een ander rechtsgevolg inroept, verandert hij volgens ieder der beide omschrijvingen het onderwerp van den eisch.

Dat wij hierin juist zien, blijkt uit een arrest van den Hoogen Raad van 20 November 1908 (1). In den loop van een geding, waarin gestreden werd over de vraag of de gedaagde aan de eischeres een aan haar verkocht huis al dan niet vrij van hypotheek moest leveren, werd dat gebouw door den eersten hypotheekhouder krachtens onherroepelijke volmacht verkocht, zoodat de levering aan de eischeres onmogelijk werd. De eischeres, die eerst gevorderd had levering en schadevergoeding van f 100.— voor iederen dag verzuim in de levering, veranderde haar eisch gedurende het geding in eersten aanleg (bij pleidooi) in zooverre, dat zij in plaats van de levering vergoeding van schaden, kosten en interessen wegens niet-levering ging vorderen. Zij liet daarbij dus den feitelijken grondslag, de gestelde koopovereenkomst en de niet-levering onveranderd, doch verving het aanvankelijk ingeroepen rechtsgevolg, de verplichting van de gedaagde om haar het verkochte huis te leveren, door een ander, de verplichting van de

(1) W. 8789.

gedaagde om haar de door de niet-levering ontstane schade te vergoeden.

De rechtbank te Rotterdam verklaarde eischeres bij vonnis van 12 Februari 1906 niet-ontvankelijk in haar vorderingen, op grond dat de gedaagde als verkoopster niet verplicht was het onroerend goed vrij van alle hypotheeken te leveren. In hooger beroep rechtdoende, vernietigde het Hof te 's-Gravenhage dit vonnis en wees de eischeres haar vordering toe.

De handeling van de eischeres, waarbij zij haar eisch tot levering verving door dien van schadevergoeding, beschouwde het Hof als een beperking van de subsidiair ingestelde vordering (n.l. van de rechtsvordering tot schadevergoeding van f 100.— voor iederen dag verzuim in de levering.) Door deze beslissing achtte de gedaagde art. 134 Rv. geschonden en teekende beroep in cassatie aan. De Hooge Raad stelde de gedaagde in het gelijk „overwegende dat de bij dagvaarding gedane subsidiaire vordering gelijk zij in het arrest is omschreven, niet was een zelfstandige vordering tot schadevergoeding wegens niet gedane levering, doch strekte tot betaling van f 100.— voor elken dag, dat de gedaagde met de levering in verzuim bleef en dus werd gedaan in verband met het verkrijgen van levering, alzoo nakoming;

dat deze vordering, in niet te scheiden verband met de later ingetrokken vordering tot levering van het gekochte, was van anderen aard en strekking dan de vordering tot schadevergoeding wegens niet nakoming der levering op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

dat toch de gedaagde zich op de dagvaarding had te verweren tegen een vordering tot levering van het gekochte en de daaraan toegevoegde vordering, en niet tegen eene vordering tot schadevergoeding wegens niet

levering, — behalve de beperkte tot betaling van f 56.20, welk deel der vordering volgens Hof's beslissing is ingetrokken en vervallen;

Overwegende dat die wijziging derhalve niet is een *beperking* van de subsidiaire vordering, maar een verandering van het onderwerp van den eisch, welke volgens art. 134 Rv. niet is toegelaten enz”.

Wij hebben hier dus een beslissing van den Hoogen Raad, waarbij het gevorderde d. w. z. het bij een rechtsvordering ingeroepen rechtsgevolg als het onderwerp van den eisch beschouwd wordt. Onomstootelijk staat dus vast, dat ons hoogste rechtscollege beide bestanddeelen der rechtsvordering, het gestelde en het ingeroepen rechtsgevolg, evenzeer als het onderwerp van de rechtsoordeeling beschouwt. Wij zijn dus gerechtigd met te zeggen dat volgens de jurisprudentie van den Hoogen Raad de beteekenis van de uitdrukking het onderwerp van den eisch in art. 134 Rv. volkomen gelijk staat met hetgeen wij — en waar wij meenen ieder met ons — de rechtsvordering zelve noemen. Het tot den eischer gericht verbod van art. 134 Rv. om gedurende het geding het onderwerp van den eisch te veranderen is in de leer van den Hoogen Raad niet anders dan een verbod om gedurende het geding de rechtsvordering zelve te veranderen; van de bevoegdheid van den eischer hem bij hetzelfde artikel gegeven om gedurende het geding „zijn eisch te wijzigen” blijft in die leer evenmin iets over als bij de door ons verdedigde meening, dat die woorden van art. 134 Rv. geen beteekenis hebben. Bij arrest van 29 December 1916, W. 10074 (1), bevestigde de Hooge Raad deze jurisprudentie; in dit arrest komt dezelfde omschrijving voor van het onderwerp van den eisch als in het hierboven besproken

(1) Zie ook arrest H. R. van 6 Mei 1921, W. 10774.

arrest van 7 Maart 1902, *W.* 7732. Om duidelijk te doen uitkomen dat overbodig gestelde feiten niet tot het onderwerp van den eisch behooren en derhalve door den eischer gedurende het geding zonder bezwaar veranderd kunnen worden voegt de Hooge Raad aan de gegeven omschrijving nog toe: „dat eischer niet gebonden is aan elk feit dat hij bij dagvaarding mocht hebben gesteld, maar hij alleen heeft te zorgen, dat hij zich houdt binnen de grenzen, waarbinnen zijn bij dagvaarding gevoerde beweringen, in haar geheel genomen, behooren geacht te worden den grond van zijn vorderingsrecht uit te maken”.

De door den Hoogen Raad gegeven omschrijving van hetgeen onder „het onderwerp van den eisch” in art. 134 verstaan moet worden vindt men bij den lagere rechter nu eens woordelijk of nagenoeg woordelijk terug (1) dan weer ziet men dat de lagere rechter beslist dat een verandering van den feitelijken grondslag van de rechtsvordering gedurende het geding een verboden verandering van het onderwerp van den eisch uitmaakt (2). Een verandering van het gevorderde gedurende het geding schijnt in de praktijk zelden over te komen; behalve het reeds vermelde konden wij daarvan geen ander voorbeeld vinden.

De rechtbank te Amsterdam besliste bij haar vonnis van 27 Januari 1905, *W.* 8317, hoewel in het geval dat zij te beslissen had slechts sprake was van een verandering in den feitelijken grondslag van de rechtsvordering: „dat het onderwerp van den eisch, zooals die bij dag-

(1) Rb. Utrecht, vonnis 20 Juni 1906, *W.* 8418; Rb. Assen, vonnis 8 December 1908, *W.* 8844; Rb. Rotterdam, vonnis 8 Mei 1913, *N. J.* 1913 blz. 891; Rb. Maastricht, vonnis 3 Mei 1917, *N. J.* hlz. 1020.

(2) Rb. Breda, vonnis 19 Juni 1917, *W.* 10212; kantong. 's-Gravenhage, vonnis 6 November 1917, *W.* 10263; Rb. Breda, vonnis 27 November 1918, *N. J.* 1918 blz. 292.

vaarding is ingesteld, bestaat zoowel uit hetgeen van de gedaagden is gevorderd, als uit de feiten, welke aan die vordering ten grondslag zijn gelegd". In deze omschrijving zegt de rechtbank te Amsterdam dus uitdrukkelijk hetgeen uit de boven besproken arresten van den Hoogen Raad in onderling verband beschouwd slechts valt af te leiden, dat onder het onderwerp van den eisch in art. 134 Rv. niets anders is te verstaan dan de eisch, de rechtsvordering zelve.

Laten wij thans nagaan of de jurisprudentie het herstel van een vergissing in de dagvaarding gedurende het geding, tegen den wil van den gedaagde toelaatbaar acht.

Bij een rechtsvordering bij de rechtbank te Amsterdam aanhangig had de eischer een overeenkomst gesteld; bij conclusie van eisch verduidelijkte hij de dagvaarding waaruit het woord „zoowel" abusief was uitgevallen; in zijn antwoord stelde de gedaagde een overeenkomst, die ten naaste bij met die door den eischer gesteld overeen kwam; bij repliek nam de eischer de door den gedaagde gestelde overeenkomst als de juiste aan; bij dupliek zeide de gedaagde dat daardoor het onderwerp van den eisch op ongeoorloofde wijze is veranderd.

De rechtbank (1) overwoog hieromtrent: „dat de bewering van de gedaagde dat eischer bij repliek de door de gedaagde bij antwoord erkende overeenkomst als juist overnemende het onderwerp van zijn eisch heeft gewijzigd, niet kan opgaan, daar de weglating van het woord „zoowel" in de dagvaarding kennelijk op een omissie berust, die reeds in de conclusie van eisch is hersteld en overigens het verschil tusschen de oorspronkelijk door eischer gestelde en de door gedaagde erkende overeenkomst slechts punten van ondergeschikt belang betreft".

(1) Vonnis van 1 December 1896, P. v. J. 1898 no. 5, W. 7007.

De eischer, wien de rechtbank zijn vordering ontzegde ging in hooger beroep; de gedaagde teekende incidenteel hooger beroep aan. Ten aanzien van het incidenteel hooger beroep overwoog het gerechtshof te Amsterdam (1): „dat de geïntimeerde dit hierop grondt, dat appellant zich zou hebben schuldig gemaakt aan een ongeoorloofde wijziging zijner vordering gedurende het geding in eersten aanleg, door in plaats van zijn eigen lezing van het contract in de dagvaarding voorkomende later daarvan de lezing over te nemen, die de geïntimeerde van het contract geeft;

dat dit beweren allen grond mist; *dat hetzelfde contract door beide partijen is bedoeld* (2) en dat de kleine wijziging of aanvulling door den appellant op het voetspoor van de geïntimeerde daarin opgenomen, gelijk reeds in het vonnis is aangetoond, in het wezen der actie niets verandert en slechts een punt van ondergeschikt belang betreft”.

Een eischer herstelde bij conclusie van repliek een in de dagvaarding ingesloten fout in de dagteekening van de overeenkomst, waarop zijn rechtsvordering berustte; bij conclusie van dupliek noemde de gedaagde dit een verboden verandering van het onderwerp van den eisch. Ten dien aanzien overweegt de rechtbank te Utrecht (datum niet opgegeven, W. 7559): „dat de wet aan elken eischer veroorlooft tot den afloop der zaak zijn eisch te wijzigen of te verminderen, zonder nochtans het onderwerp van den eisch te mogen veranderen of te vermeerderen, dat onder onderwerp te verstaan is de feitelijke grondslag der vordering”; en voorts „dat terwijl vermindering vooral ziet op de verschillende bestanddeelen van het petitum, wijziging en verandering meer terugslaan op den feitelijken grondslag der vordering,

(1) Arrest van 8 October 1897, P. v. J. 1898 no. 5.

(2) Wij cursiveeren.

dat nu onder wijziging moet worden verstaan een verbetering of verduidelijking, waardoor de eisch in zijn wezen geen verandering ondergaat; dat men daartoe ook kan brengen al die veranderingen in de omschrijving der feiten, waardoor een kennelijke vergissing wordt hersteld en waardoor de gedaagde, die door de dagvaarding in kennis wordt gesteld van die feiten en van het op grond daarvan van hem gevorderde en daarnaar zijn verweer inricht, in dat verweer niet wordt geschaad" (1).

Nog een ander geval. A was eigenaar van een perceel hem aangekomen bij notarieele akte; B eigenaar van een perceel grenzende ten Oosten aan A's perceel. Bij de notarieele akte waarbij A zijn perceel was aangekomen was o.a. tusschen A en B's rechtsvoorganger titulo singulari overeengekomen dat in de op genoemde perceelen gestichte of nog te stichten gebouwen geen lichten of vensters mochten worden gemaakt op die perceelen licht of uitzicht gevende. B, die zich door die overeenkomst niet gebonden achtte stichtte op zijn perceel een gebouw en maakte twee ramen in den muur en één boven de deur, die licht en uitzicht gaven op het perceel van A. A sprak B aan tot wegneming van de drie ramen doch duidde in de dagvaarding het perceel, waarop de ramen uitzicht gaven met een verkeerd kadastraal nummer aan. Hij noemde no. 1939 in plaats van no. 1964. Bij zijn antwoord zegt B, de gedaagde, onder meer: dat het door eischer gestelde als zoude drie lichten gemaakt in den oostelijken muur van gedaagde, licht en uitzicht geven op het perceel van den eischer no. 1939 is onjuist en zelfs een absolute onmogelijkheid, vermits zich tusschen de beide aangewezen erven twee huizen bevinden, die hooger zijn dan dat van gedaagde; dat de eischer be-

(1) Wij cursiveeren.

doeld kan hebben perceel no. 1964, doch dat deze bedoeling niet in de plaats kan treden van het uitdrukkelijk gestelde; bij repliek zegt de eischer dienaangaande: dat inderdaad een schrijffout voorkomt in de dagvaarding en conclusie van eisch, dat het bedoelde nummer niet is 1939 doch 1964 en deze fout bij deze gerectificeerd wordt.

In haar vonnis van 22 Mei 1906 W. 8499 stelde de rechtbank van Breda, die deze vordering te berechten had den eischer in het gelijk overwegende „dat de verandering bij de conclusie van repliek door den eischer gebracht in de kadastrale nummers der dagvaarding en conclusie van eisch, geacht kan worden te zijn herstel eener schrijffout of vergissing en niet een ongeoorloofde wijziging van de vordering zooals de gedaagde beweert, omdat uit de voorstelling van partijen en door de geproduceerde stukken blijkt, dat onmogelijk bedoeld konde zijn het eerst-gemelde nummer, doch daarentegen de beweerde rechten en verplichtingen niet bestaanbaar zijn, dan ten behoeve van het gerectificeerde nummer, *dat dan ook gedaagde niet is benadeeld in zijn verdediging*” (1).

Een belangwekkend geval, waarin den eischer in staat werd gesteld een bij de dagvaarding begane vergissing gedurende het geding tegen den wil van den gedaagde te herstellen geeft het vonnis van de rechtbank te Assen van 8 December 1908 W. 8844, waarbij recht werd gedaan op een rechtsvordering tot handhaving in het bezit. Het perceel, waarop het in de dagvaarding voorkomende nummer betrekking had was in het bezit van den eischer, en de gedaagde had zich daarop nooit eenig recht aangematigd. De gedaagde, volgens wien hierdoor de posita der dagvaarding met elkaar in strijd waren wierp de zoogenaamde exceptie van nietigheid van dagvaarding

(1) Wij cursiveeren.

op. De rechtbank verwierp dit verweermiddel overwegende: „dat naar art. 134 Rv. het onderwerp van den eisch niet mag worden veranderd; dat onder het onderwerp van den eisch moet worden verstaan het gevorderde in verband met die feitelijke grondslagen der vordering, welke voor den verweerder beslissend zijn ter beoordeeling van de vraag, of hij gehouden is aan de vordering gevolg te geven;

dat de gedaagde zich op dat standpunt stellende aansonds tot de ontdekking moest komen dat de gevorderde handhaving in het bezit van den wal of kade, zich bevindende vóór het door den eischer bewoonde perceel te H. niet kon betrekking hebben op perceel 1189, waartoe geen wal of kade behoort, zoodat hier noodzakelijk aan een vergissing in de aanduiding van het perceel te denken viel;

dat bij de ontdekking dier vergissing de gedaagde moest begrijpen dat eischer zoodra mogelijk zoude trachten de door hem begane vergissing te herstellen, omdat die vergissing een absoluut beletsel opleverde voor de toewijzing der ingestelde vordering;

dat onder die omstandigheden de gedaagde niet onkundig kon zijn van de bedoeling en strekking der vordering en niet mocht veronderstellen, dat de eischer ondanks de begane vergissing, zich zoude willen blijven houden aan de uitgebrachte dagvaarding, zonder daarin verbetering aan te brengen;

dat derhalve de gedaagde zeer goed in staat was om te beoordeelen of hij gehouden was aan de vordering gevolg te geven (1), omdat, onafhankelijk van het nummer van het perceel de eisch tot handhaving in het bezit van den wal of kade dezelfde bleef, en hij alzoo recht noch belang

(1) Wij cursiveeren.

had den eischer te willen binden aan de dagvaarding, zooals die was uitgebracht;

dat uit een en ander volgt dat de herstelling der begane vergissing in den zin der wet niet kan worden beschouwd als een verandering van het onderwerp van den eisch, maar als een geoorloofde wijziging moet worden aangemerkt (1);

dat mitsdien de gestelde vraag in laatst gemelden zin moet worden beantwoord.

Wij zien dus dat genoemde rechtscolleges de beantwoording der vraag in hoeverre de eischer gerechtigd is om een bij de dagvaarding begane vergissing gedurende het geding te herstellen, daarvan laat afhangen of de begane vergissing niet zoodanig is dat zij voor den gedaagde een beletsel is om uit de dagvaarding te leeren, *op grond waarvan* en *wat* van hem gevorderd wordt. Is dit toch het geval de gedaagde zou door de vergissing in zijn verdediging benadeeld kunnen zijn. De gedachtegang is blijkbaar dat, wanneer de gedaagde door de begane vergissing in zijn verdediging niet benadeeld kon zijn, omdat het desondanks mogelijk is uit de dagvaarding te leeren op grond waarvan en wat van hem gevorderd wordt, de eischer gerechtigd is de begane fout gedurende het geding ook tegen wil van den verweerder te herstellen. Zie hier dus een door de practijk erkend beginsel, waardoor ongewenschte consequenties van het eveneens door haar erkend beginsel: „het is den eischer verboden zijn rechtsvordering gedurende het geding tegen den wil van den verweerder te veranderen” worden voorkomen. Zooals men gezien zal hebben beroept zoowel de rechtbank te Assen als die te Utrecht om dit doel te bereiken zich op de in art. 134 R.v. voorkomende woorden: „de eischer is bevoegd tot den afloop der zaak zijn eisch te wijzigen”.

(1) Wij cursiveeren.

Zoo hebben die woorden, hoe onduidelijk ook in het verband waarin zij voorkomen, dit praktische nut, dat zij dienst doen als wettelijke grondslag eener doelmatige jurisprudentie, waartoe de rechter anders wellicht geen vrijheid zou hebben gevonden. Wij meenen echter dat de rechter die vrijheid ook zou hebben, indien de wet, zonder eischers bevoegdheid tot wijziging zijner rechtsvordering te erkennen, hem kortweg had verboden zijn rechtsvordering gedurende het geding tegen den wil van den verweerder te veranderen. (Zie hetgeen wij hieromtrent reeds zeiden op blz. 29 en 30).

Nu vaststaat dat het den eischer geoorloofd is om een door hem in de dagvaarding begane vergissing gedurende het geding tegen den zin van den verweerder te herstellen, wanneer deze daardoor niet in zijn verdediging benadeeld is, behoeft het geen betoog dat hem die bevoegdheid toekomt, wanneer de verweerder daarin toestemt of zich daarentegen niet verzet.

Zoo zijn wij als vanzelf gekomen tot de bespreking der vraag in hoeverre laat de jurisprudentie toe dat de eischer zijn rechtsvordering hetzij met uitdrukkelijk, hetzij met stilzwijgende toestemming van den verweerder verandert, of m.a.w. het veranderingsverbod van art. 134 Rv. al of niet als van openbare orde wordt beschouwd.

De eischers vorderden voor de rechtbank te Haarlem als hulploon f 4000.— op grond dat de stroomtrawler „Wilhelmina-Cornelia” door de eerste eischer gevoerd en toebehoorende aan de andere eischers als reeders-eigenaars in de Noordzee de stroomtrawler „Meadows” gevoerd door den eersten gedaagde en toebehoorenden aan zijn medegedaagden als reeders-eigenaars, welk schip in zeenood verkeerde, te IJmuiden in veilige haven heeft gebracht. De gedaagden verweerden zich met een beroep op een overeenkomst, die, voor dat met het verleenen van die

hulp een aanvang werd gemaakt, op zee tusschen de beide gezagvoerders zou zijn gesloten, volgens welke de te verleenen hulp met f 800.— zou worden betaald. De eischers ontkenden de door de gedaagden gestelde overeenkomst en knoopten daaraan een betoog vast, dat het trouwens niet ter zake afdoet of die overeenkomst al of niet is tot stand gekomen, omdat de rechtbank indien zij mocht meenen het hulploon billijksheidshalve hooger te mogen stellen dan f 800.— bevoegd was alsdan die overeenkomst te wijzigen of te vernietigen en vorderden dan ook subsidiair dat de rechtbank dit zou doen. De gedaagden boden hierop aan de door hen gestelde overeenkomst door getuigen te bewijzen. Bij vonnis van 9 November 1919 legde de rechtbank de gedaagden het bewijs op van de gestelde overeenkomst uit overweging dat alle wettig gemaakten overeenkomsten partijen tot wet strekken en dus, zoolang het gestelde accoord niet is gewijzigd of vernietigd, partijen zich daaraan te houden hebben en het eischers niet vrijstaat de onderhavige vordering in te stellen; dat zij nu wel wijziging van het accoord verzoeken maar dat zij in dat verzoek niet-ontvankelijk zijn, primo, omdat nu zij het bestaan van zoodanige overeenkomst ontkennen voor zoodanige vordering de feitelijke grondslag ontbreekt en secundo een zoodanige vordering niet toekomt aan degenen die de hulp verleend hebben enz.

De eischers gingen van het vonnis der rechtbank in hooger beroep met dagvaarding van de gedaagden voor het Hof te Amsterdam, daarbij vorderende de vernietiging van dat vonnis en hoofdelijke veroordeeling alsnog der geïntimeerden om te betalen de som van f 4000.—.

Bij hun conclusie van eisch voeren appellanten onder meer tegen het vonnis der rechtbank aan dat zij daarbij ten onrechte niet-ontvankelijk zijn verklaard in hun

vordering om het beweerde beding of accoord te wijzigen of te vernietigen; nu erkennende dat het door geïntimeerden in eersten aanleg gestelde accoord werkelijk is tot stand gekomen en betoogende dat zij gerechtigd zijn hunne vordering zoo noodig aan te vullen, handhaven zij deze en vorderen de betaling voor zooveel noodig met wijziging of vernietiging van het gesloten beding of accoord.

De geïntimeerden hielden bij antwoord de juistheid van het door de rechtbank gewezen vonnis staande; betoogden dat door de erkenning van de appellanten het opgelegde bewijs overbodig is geworden, dat het Hof alsnu ten principale kon beslissen dat de appellanten aan hun vordering gegeven uitbreiding niet geoorloofd is en vorderen dat het Hof het beroepen vonnis zal bevestigen en met rechtdoening ten principale de eischer in hun vordering zal niet-ontvankelijk verklaren, immers hun die te ontzeggen.

Men kan inderdaad de geïntimeerden niet tegenspreken dat de appellanten in hooger beroep hun rechtsvordering uitgebreid en derhalve veranderd hebben. Vorderden de appellanten in eersten aanleg alleen de betaling van f 4000.— als hulploon, in hooger beroep vorderden zij bovendien de wijziging of vernietiging van een accoord en nog wel van een accoord, welks bestaan zij in eersten aanleg ontkenden. Behalve dat zij dus in hooger beroep een nieuw feit (het sluiten van het accoord) aan den feitelijken grondslag hunner rechtsvordering toevoegden en het ingeroepen rechtsgevolg uitbreidden door mede de wijziging of de vernietiging van het accoord te vragen, namen zij een houding aan in strijd met die in eersten aanleg aangenomen. Het Hof zou dan ook, waren de geïntimeerden in alle opzichten bij hun verweer blijven volharden, de appellanten wegens schending van art. 134 Rv. in hun rechtsvordering niet-ontvankelijk hebben moeten

verklaren. Van hun zijde werd echter ten slotte bij pleidooi akte gevraagd, dat zij geen formeel bezwaar hadden tegen de vermeerdering van den eisch als bij memorie van grieven gemaakt. Blijkens de toelichting bij pleidooi op de gevraagde akte gegeven, was het doel daarvan den appellanten een eerlijke kans te geven ter bereiking van hun doelwit en hun daartoe te helpen over den slagboom dien de artt. 134 en 348 Rv. zouden kunnen opleveren, indien het waar was dat de appellanten bij dagvaarding hadden ingesteld een vordering uit de wet en dat zij die nu veranderden in een uit overeenkomst, nog wel zonder het bestaan daarvan in de dagvaarding te vermelden. De geïntimeerden trokken dus hun aanvankelijk gedaan beroep op de schending van art. 134 Rv. door de appellanten in. Het Hof had dus, zoo het tot de conclusie kwam dat art. 134 Rv. door de appellanten inderdaad was geschonden, uit te maken, of dit ook tot niet-ontvankelijkverklaring moest leiden, nu de geïntimeerden hun beroep op schending van art. 134 Rv. hadden ingetrokken. Het Hof oordeelde art. 134 Rv. inderdaad door appellanten geschonden en kwam dus voor de vraag te staan of dat artikel van openbare orde is of niet. Bij zijn arrest van 13 Februari 1911, W. 9219 overwoog het: „dat het Hof van oordeel is, dat de openbare orde niet in het gedrang komt, indien het voldoet aan den eenstemmigen wensch van beide partijen, wier belangen zeker niet gediend worden door een eventueele niet-ontvankelijkverklaring en verplichting om, ter verkrijging van recht, opnieuw, doch op gewijzigden grondslag, den rechtsstrijd aan te binden; dat, waar het niet geldt voorschriften van des rechters absolute bevoegdheid en diergelijke, maar regelen in het belang van partijen gegeven, ten einde den regelmatig gang van den rechtsstrijd en der partijen wederzijdsche rechten te waarborgen, als hoedanig de boven

aangehaalde voorschriften (artt. 134 en 348 Rv.) moeten worden aangemerkt, de wetgever niet kan gewild hebben dat partijen met wederzijdsch goedvinden daarvan niet zouden mogen afwijken, wanneer haar belang dat medebrengt en de openbare orde niet wordt geschaad."

Wij hebben dus hier een voorbeeld van een geval waarin de eischer bevoegd geoordeeld wordt om met uitdrukkelijke toestemming van den gedaagde zijn rechtsvordering gedurende het geding te veranderen. Nu zullen wij een voorbeeld geven van een geval waarin diezelfde bevoegdheid den eischer wordt toegekend bij slechts stilzwijgende toestemming van den gedaagde.

De eischeres had tegen den gedaagde een rechtsvordering ingesteld bij de rechtbank te Dordrecht wegens verkochte en geleverde waren; bij antwoord erkende de gedaagde de verschuldigdheid van alle posten, met uitzondering o. a. van drie posten gietijzer; ten aanzien van deze posten zeide de gedaagde dat de eischeres namens hem dat gietijzer heeft besteld bij Versteeg en deze hem dit heeft geleverd; bij repliek zeide de eischeres dat de gedaagde voor haar zou moeten maken 5 machines en dat zij voor het daarvoor benoodigde gietijzer zou zorgen en dit besteld heeft bij Versteeg; dat zij dit gietijzer bij den gedaagde heeft bezorgd en toen deze haar slechts één machine leverde, hem voor het overige heeft gedebiteerd voor de prijzen ter dagvaarding vermeld. Hiermede veranderde de eischeres de grondslag van haar rechtsvordering, in zoverre zij de bij dagvaarding gestelde overeenkomst van koop en verkoop, gevolgd door levering ten aanzien van het gietijzer, terugneemt en daarvoor geheel andere feiten in de plaats stelt. Bij dupliek besprak de gedaagde de veranderde rechtsvordering, zonder er zich op te beroepen dat hier een ongeoorloofde verandering der rechtsvordering had plaats gehad. In haar

vonnis van 19 Mei 1920 (N. J. 1920, blz. 651) overwoog de rechtbank te Dordrecht te dezen aanzien: „dat uit een vergelijking van de dagvaarding en de conclusie van eisch met de conclusie van repliek volgt, dat eischeres bij repliek het onderwerp van den eisch heeft verandert, hetgeen door art. 134 Rv. verboden wordt; dat hiervan het gevolg zou moeten zijn, dat eischeres in haar bij repliek gedane vordering niet-ontvankelijk worde verklaard, doch dat nu hij, gedaagde, bij dupliek den gewijzigden grondslag van eischeresses vordering bespreekt zonder er op te wijzen, dat dit is een verboden verandering van het onderwerp van eisch en dus blijktbaar op dezen nieuwen grondslag der vordering den rechtsstrijd met eischeres aanvaardt, er voor de Rechtbank geen termen zijn voor niet-ontvankelijkverklaring van eischeres in haar bij repliek gedane vordering, doch zij zich op het standpunt behoort te stellen, dat eischeres de posten voor getijzer vordert op de daarvoor bij repliek bijgebrachte gronden”.

Bij de beantwoording der vraag of de eischer zijn rechtsvordering aanvult, verandert of vermeerdert door nieuwe feiten in het geding te brengen, moet men onderscheid maken tusschen rechtsfeiten en vermoedens. De rechtsfeiten maken den feitelijken grondslag van de rechtsvordering uit, d. w. z. uit hen vloeit volgens den eischer het ingeroepen rechtsgevolg voort. Vermoedens daarentegen zijn rechtsmiddelen, feiten, die in onderling verband en samenhang beschouwd de conclusie wettigen dat een gesteld rechtsfeit waar is. Wanneer de eischer gedurende het geding nieuwe feiten aanvoert die volgens hem de conclusie wettigen dat een gesteld rechtsfeit waar is en van die nieuw aangevoerde feiten bewijs door getuigen aanbiedt, dan vult hij de rechtsvordering niet aan, noch geeft hij haar een nieuwen grondslag. In dien zin

besliste de Hooge Raad bij zijn arrest van 19 Februari 1915 (W. 9837, N. J. 1915, blz. 535).

Door de eischeres was bij inleidende dagvaarding gevorderd de ontbinding der daarbij gestelde met den gedaagde gesloten overeenkomst betreffende de levering van 400 geëmailleerde platen, op grond van de niet-nakoming daarvan door den gedaagde en tot schadevergoeding tengevolge van de wanpraestatie en de ontbinding geleden. Bij vonnis van 21 Maart 1913 wees de rechtbank de rechtsvordering tot ontbinding toe, doch ontzegde die tot schadevergoeding, daaromtrent overwegende „dat bij dagvaarding geen feiten waren gesteld waaruit schade of nog te lijden schade zou volgen, terwijl tegenover de ontkentenis van den gedaagde die schade door de eischeresse niet aannemelijk was gemaakt, deze ook niet noodwendig volgt uit den aard der gesloten overeenkomsten en het enkele feit van wanpraestatie niet voldoende is die schade te bewijzen of aannemelijk te maken”. De eischeres ging van dit vonnis in hooger beroep, voor zooverre haar daarbij de rechtsvordering tot schadevergoeding was ontzegd. Na van grieven te hebben gediend, werd zij in staat van faillissement verklaard, waarop haar curator het geding overnam. In hooger beroep stelde appellante dat de schade hierin bestaat dat door de wanpraestatie haar een winst ontgaat van f 1285.—, zijnde het verschil tusschen den door haar berekenden kostprijs ad f 1397.50 en den — gelijk tusschen partijen vaststaat — bedongen prijs van f 2682.50 en bood hiervan bewijs door getuigen aan. Het Hof te Amsterdam achtte dit bewijsaanbod toelaatbaar, en liet de appellante toe te bewijzen „dat de kostprijs voor het vervaardigen van de bovenbedoelde platen voor zijn curanda ongeveer f 1397.50, in elk geval minder dan f 2682.50 zou bedragen hebben”.

De oorspronkelijk gedaagde teekende tegen dit arrest

beroep in cassatie aan wegens schending van vele wetsartikelen waaronder art. 134 Rv., omdat het Hof „nieuwe feiten waaruit die schade zou voortvloeien, die voor het eerst in hooger beroep worden gesteld en in eersten aanleg niet zijn aangevoerd, in aanmerking nemende appellante tot het bewijs dier nieuwe feiten heeft toegelaten”. De Hooge Raad achtte dit middel ongegrond: overwegende „dat immers toen door de oorspronkelijke gedaagde werd tegengesproken dat de oorspronkelijke eischeresse — gelijk door haar was gesteld — ten gevolge van de wanpraestatie en ontbinding der overeenkomst schade had geleden, laatstgenoemde alleszins bevoegd was te bewijzen, dat het gestelde juist was en daartoe, nu getuigenbewijs te dezen niet was uitgesloten, kon aanbieden door getuigen te bewijzen feiten waardoor — naar 's Hof's oordeel — het ontstaan van schade aan nemelijk werd gemaakt;

dat daardoor geen verandering of vermeerdering van den eisch plaats greep, noch nieuwe feiten ten grondslag van de vordering werden gelegd, doch geschiedde wat de oorspronkelijke eischeresse reeds in eersten aanleg bij repliek had kunnen doen en waartoe, nu zij dit verzuimde, het hooger beroep — hetwelk ook dient om in eersten aanleg begane fouten te herstellen — haar gelegenheid bood, namelijk tegenover de gedane ontkenning bewijs aan te bieden van *feiten, waaruit van de bij dagvaarding gestelde schade kon blijken* (1);

dat derhalve het Hof door de appellante tot het bewijs van zoodanige feiten toe te laten, de aangehaalde artikelen niet heeft geschonden noch verkeerd toegepast”.

Men ziet dus dat de Hooge Raad, evenals wij, een strenge scheiding maakt tusschen rechtsfeiten en ver-

(1) Wij cursiveeren.

moedens, dit zijn feiten, waaruit het bestaan van rechtsfeiten kan blijken.

Iets anders dan het aanvoeren van nieuwe feiten, *ten bewijze* dat een gesteld feit waar is, is het ontleden van een in algemeene termen omschreven feit in concrete feiten. Men denke b.v. aan het geval dat in de dagvaarding, waarbij een rechtsvordering tot ontbinding van een huwelijk door echtscheiding op grond van overspel de eischer kortweg spreekt van overspel door zijn echtgenoot gepleegd en dat hij eerst, nadat de gedaagde dit bij antwoord ontkend heeft, bij repliek het tijdstip waarop en de plaats waar en den persoon met wien het overspel is gepleegd, noemt en vergelijkte dit met het geval dat de eischer in een echtscheidingsprocedure bij dagvaarding reeds het gepleegde overspel concreet omschrijft en na de ontkentenis door de gedaagde nieuwe feiten aanvoert *ten bewijze* dat het gestelde feit (het gepleegde overspel) waar is; die nieuwe feiten zouden b.v. kunnen zijn dat de gedaagde met een anderen man dan hij, eischer, een nacht in een slaapkamer heeft doorgebracht, in welke kamer zich slechts één bed bevond.

In het eerste geval wordt het gestelde overspel nader aangeduid, meer concreet omschreven zonder dat er een nieuw feit wordt aangevoerd, in het tweede geval worden nieuwe feiten aangevoerd, niet echter om aan de rechtsvordering een nieuwen grondslag te geven, doch om te bewijzen dat haar grondslag (het gepleegde overspel) waar is. De vraag nu die wij zullen stellen is deze: is het geoorloofd dat de eischer een in algemeene termen in de dagvaarding omschreven feit, gedurende het geding b.v. bij conclusie van repliek in meer concrete feiten ontleedt? Deze vraag is wel eens ontkenkend beantwoord met een beroep op art. 134 Rv. Wij meenen ten onrechte. Door toch een in algemeene termen omschreven feit in con-

crete feiten te ontleeden, stelt men geen nieuwe feiten; door zulks te doen geeft men dus nimmer aan een rechtsvordering een nieuwe feitelijke grondslag. Een geheel andere vraag is het of een dagvaarding, waarbij de feitelijke grondslag van een rechtsvordering in algemeene termen is aangeduid voldoet aan het vereischte gesteld bij art. 5 no. 3 Rv.

De curator van een in staat van faillissement verkeerende naamloze vennootschap tot exploitatie van een stoomtrawler „Orion” stelde een rechtsvordering in tegen een verzekeringsmaatschappij tot uitkeering van assurantiën-penningen. Bij dagvaarding stelde de curator o. a. : „dat in elk geval het zinken en verloren gaan van de „Orion” is veroorzaakt door een fortuin der zee waartegen verzekerd was”; bij conclusie van repliek stelde hij nader: „dat het niet behouden aankomen en het verloren zijn van de „Orion” is toe te schrijven aan nalatigheid, verzuim of schelmerij van den eersten machinist”. De gedaagde betoogde de niet-ontvankelijkheid der ingestelde rechtsvordering op grond dat de dagvaarding geen evenement aangeeft dat de schade te laste der verzekering brengt” en voorts na eischers conclusie van repliek, „dat voor zoover zoodanig evenement bij conclusie van repliek mocht zijn gesteld, dit aldaar te laat ware geweest”. De rechtbank te Rotterdam oordeelde in haar vonnis van 27 Juni 1906, *W.* 8570, dit verweer niet juist; zij toch besliste nadat haar uit de beurspolis gebleken was dat in de onderhavige overeenkomst verzuim van scheepsvolk en schelmerij van scheepsvolk worden beschouwd te zijn een fortuin der zee „dat derhalve eischer q.q. na ter dagvaarding te hebben gesteld fortuin der zee, in de conclusie van repliek stellende dat het niet behouden aankomen en het verloren zijn van de „Orion” is toe te schrijven aan nalatigheid, verzuim of

schelmerij van den eersten machinist, niets meer deed dan nader aanduiden, verduidelijken en omschrijven een reeds bij dagvaarding door hem gesteld feit, van welke nadere formulering bij conclusie van repliek mitsdien hem geen grief mag worden gemaakt". Zij achtte den eischer in zijn rechtsvordering ontvankelijk en liet hem toe tot het bewijs van de in het vonnis omschreven feiten.

De gedaagde ging in hooger beroep. Haar grief tegen het vonnis was „dat waar het niet behouden-aankomen van het schip moet veroorzaakt zijn door een fortuin der zee de rechtbank den geïntimeerde niet-ontvankelijk had moeten verklaren in zijn vordering omdat *a.* bij dagvaarding een dusdanig fortuin niet is gesteld, *b.* dit gebrek niet kon verholpen worden door het bij repliek gestelde". In zijn arrest van 19 November 1907, *W.* 8621, oordeelde het Hof te 's-Gravenhage deze grief ongegrond „overwegende . . . dat geïntimeerde kon volstaan met gelijk hij heeft gedaan, als oorzaak van het verloren gaan te stellen „*een fortuin der zee waartegen is verzekerd*” — in ieder geval het aldus bij dagvaarding gestelde is aangevuld en verduidelijkt bij de conclusie van repliek door de uitvoerige mededeeling van de eigenlijke oorzaak van het zinken van de „Orion”, n.l. een door een machinist gepleegd verzuim;

dat een zoodanige aanvulling door art. 134 Rv. niet wordt gewraakt, en allermint kan gezegd worden dat daardoor het onderwerp van den eisch zou zijn *veranderd*;

dat bij repliek niet een *andere* oorzaak dan bij dagvaarding en conclusie van eisch is gesteld, gelijk appellant beweert, vermits volgens de gedeponeerde beurspolis onder „*fortuin der zee*” ook is begrepen nalatigheid en verzuim van schippers en scheepsvolk, terwijl zulks ook niet hieruit volgt dat geïntimeerde, blijkens zijn eigen

mededeeling, eerst na het uitbrengen der dagvaarding met de juiste oorzaak der ramp is bekend geworden en dus bij dagvaarding stellende „„fortuin der zee””. daarmede niet kan bedoeld hebben het bij repliek beweerde verzuim van den machinist;

dat een assuradeur om zijn gehoudenheid tot betalen te kunnen beoordeelen zeer zeker met de eigenlijke oorzaak der schade moet bekend zijn, maar appellant na repliek daarmede bekend was, en de wet wel eischt dat de dagvaarding behelze de middelen en het onderwerp van den eisch met een duidelijke en bepaalde conclusie, maar art. 134 Rv., dat o. a. veroorlooft een eisch tot den afloop der zaak te *wijzigen*, aantoonde dat ter beoordeeling van een vordering in haar geheelen omvang niet enkel met de dagvaarding, maar ook met het bij repliek gestelde moet worden rekening gehouden (1).

Men ziet dat de beginwoorden van art. 134 Rv.: „de eischer is bevoegd tot den afloop der zaak zijn eisch te wijzigen” weer dienst doen om den eischer een bevoegdheid te geven die hem uit den aard der zaak toekomt.

Het besproken arrest van het Hof te 's-Gravenhage gaat dus uit van de gedachte dat een dagvaarding, waarbij de feitelijke grondslag der rechtsvordering slechts met een algemeenen term is aangeduid voldoet aan het voorschrift van art. 5 no. 3 Rv. Anders oordeelde hetzelfde Hof in het volgende geval. In de dagvaarding waarbij een rechtsvordering tot scheiding van tafel en bed was ingesteld was de feitelijke grondslag omschreven

(1) In denzelfden zin de vonnissen van de rechtbank te Amsterdam van 12 November 1915, W. 9965 en 17 December 1915, W. 9988. Vergelijk ook het arrest van het Hof te Leeuwarden van 12 November 1919, W. 10507 en dat van den Hoogen Raad van 27 Mei 1921, W. 10786.

met de woorden: „dat de gedaagde tijdens het huwelijk verschillende buitensporigheden jegens de wederpartij heeft begaan”. De rechtbank die de rechtsvordering te berechten had wees haar toe. In hooger beroep voerde de gedaagde, thans appellant, als grief tegen het vonnis aan, dat een dergelijke dagvaarding geen omschrijving der feitelijke middelen biedt gelijk de wet bij art. 5 ten derde B. R. voorschrijft. Bij zijn arrest van 8 December 1920 W. 10669 oordeelde het Hof deze grief gegrond. Volgens het Hof leed de dagvaarding zoowel aan en formeel gebrek op grond waarvan hare nietigheid had kunnen zijn ingeroepen als een materieel gebrek dat recht geeft geïntimeerde's niet-ontvankelijkheid in hare ingestelde vordering voor te dragen. Begrijpen wij den gedachtegang van het Hof goed, dan zou de rechtbank, die de rechtsvordering in eersten aanleg te berechten had, de nietigheid der dagvaarding hebben moeten uitspreken, indien de gedaagde de zoogenaamde exceptie van nietigheid van dagvaarding had opgeworpen; in ieder geval zou zij den eischer in zijn rechtsvordering niet-ontvankelijk moeten verklaard hebben, omdat het gestelde het op grond daarvan ingeroepen rechtsgevolg niet rechtvaardigt.

Gorinchem, Maart 1921

**Welke ambten en bedieningen zijn vereenigbaar
met de betrekking van onderwijzer aan
een openbare lagere school?**

Onder dezen titel heb ik in deel LXIII van *Themis* een overzicht gegeven van onze bestuursrechtspraak in hoogste ressort, betreffende het verleenen van vrijstelling van het verbod, destijds in art. 35 der Lager-Onderwijs-wet vervat, tot het bekleeden van ambten en bedieningen door onderwijzers bij het openbaar lager onderwijs. Dat overzicht kon niet verder gaan dan tot het jaar 1901, en nu sedert twintig jaren verlopen zijn, kwam het mij niet ondienstig voor, het tot 1 Januari dezes jaars aan te vullen.

Het eerst, en ook het langst, heb ik destijds stilgestaan bij: *kerkelijke bedieningen*. Ook nu doe ik 't het eerst, maar ditmaal het kortst. Immers in het tijdvak, waarmede ik mij thans bezighoud, is slechts eens beroep ingesteld tegen een besluit waarbij aan een onderwijzer bij het openbaar lager onderwijs verlof was geweigerd om een kerkelijke bediening te bekleeden. Het betrof den onderwijzer aan de openbare lagere school te Geesteren, gemeente Borculo, H. J. HOLMER, die de bediening wilde waarnemen van ontvanger bij de Ned.-Herv. Gemeente te Geesteren. Edoch het beroep werd te laat ingesteld, en het Kon. besluit van 7 October 1913 no. 63 (1), bepaalde zich tot eene niet-ontvankelijkverklaring.

(1) Raad van State, Afdeling voor de Geschillen van Bestuur, dl. LIII, blz. 1209.

Onder de werking der nieuwe wet op het lager onderwijs (Lager-Onderwijswet 1920) heeft het verbod niet meer betrekking op ambten of bedieningen die „van kerkelijken of daarmede gelijk te stellen aard” zijn.

Reeds nu bekleeden tal van onderwijzers kerkelijke betrekkingen en de vrijstelling wordt hun zelden of nooit geweigerd. Slaan wij de verslagen van den staat der lagere scholen op, dan treffen wij onder de onderwijzers bij het openbaar lager onderwijs heel wat voorzangers, organisten en koster, kerkvoogden, diakenen en kerkelijke ontvangers aan; één onderwijzer is koster, kloklouder, uurwerkopwinder en opzichter van de begraafplaats der Nederduitsch-Hervormde Gemeente; een ander koster, doodgraver, voorlezer en voorzanger dier zelfde gemeente; nog een ander ouderling; weer een ander lid van den Kerkeraad der Nederlandsch-Israëlitische Gemeente; elders is een onderwijzer tevens secretaris van een Roomsche-Katholiek Armbestuur enz.

Iets langer zal ik mij ophouden bij de *openbare bedieningen*.

In de eerste plaats vermeld ik hier het Kon. besluit van 18 September 1905 no. 40, waarbij gehandhaafd werd een besluit van Gedep. Staten van Noord-Brabant tot afwijzing van het verzoek van J. W. SPEEKENBRINK, onderwijzer aan eene openbare lagere school te Breda, om het ambt van reserve-tweede-luitenant bij de Landweer te mogen bekleeden. De overwegingen waarop dit Koninklijk besluit gebouwd is, luiden als volgt: „dat volgens art. 5 sub 4^o. der wet van 6 Juni 1905 (*Stbl.* no. 177) de reserve-officieren, niet behoorende tot de officieren van gezondheid, in tijd van vrede gehouden zijn om het andere jaar éénmaal en dan voor ten hoogste zes weken, dan wel, indien zij zulks verlangen,

jaarlijks voor ten hoogste drie weken tusschen 1 Mei en 1 October voor den werkelijken dienst op te komen; dat, waren zij tot geene andere diensten gehouden, zoude kunnen worden bepaald, dat de onderwijzer, verlof bekomende om de betrekking van reserve-luitenant te bekleeden, telken jare drie weken in de zomervacantie zijne diensten zoude vervullen; dat echter in de wet naast bovengenoemden dienst om het andere jaar van zes weken of elk jaar van drie weken zijn gesteld ter geheele of ter gedeeltelijke vervanging van dit verblijf in werkelijken dienst zoodanige andere diensten als hun door Onzen Minister van Oorlog zullen worden aangevozen; dat vooraf niet te zeggen is of Onze genoemde Minister van deze bevoegdheid zal gebruik maken, noch van welken aard die diensten zullen zijn die den reservist zullen worden opgedragen, doch het zeer wel mogelijk is, dat, past de Minister deze bepaling op den appellant toe, de hem verleende vergunning zoude uitwerken, dat de belangen van het aan appellant toevertrouwd onderwijs zullen worden geschaad; dat daartegen geen voorwaarden aan de vergunning kunnen worden opgelegd en Gedep. Staten dus terecht de gevraagde vergunning hebben geweigerd" (1).

Gelukkiger lot viel te beurt aan F. MAYS, hoofd der openbare lagere school te Wilhelminadorp, gemeente Kattendijke, die de betrekking van secretaris-ontvanger van den calamiteuzen polder Oost-Beveland wenschte te bekleeden. Het Kon. besluit van 6 Nov. 1905 no. 27 — waarbij zijn verzoek werd ingewilligd — overwoog, dat de aard en de omvang der werkzaamheden aan genoemde betrekking verbonden — welke werkzaamheden buiten

(1) Raad van State, Afdeling voor de Geschillen van Bestuur, dl. XLV, blz. 664.

de schooluren kunnen worden verricht en weinig tijd-roovend zijn — geen grond opleveren om de vrees te wettigen dat de belangen van het onderwijs schade zullen lijden, indien aan appellant de gevraagde vrijstelling wordt verleend; dat voorts de vrijstelling voor intrekking vatbaar is, wanneer blijkt, dat de belangen van het onderwijs dat vorderen (1).

Op dezelfde gronden werd bij Kon. besluit van 12 Aug. 1913 no. 30, aan P. M. H. BOONSTRA, onderwijzer aan de openbare lagere school te Drouwenerveen, gemeente Borger, toegestaan, de bediening waar te nemen van secretaris-penningmeester van het waterschap Bronneger (2).

Eveneens werd gunstig beschikt op het verzoek van J. R. BOSMAN, hoofd der openbare lagere school te Martenshoek, gemeente Hoogezand, betreffende het waarnemen der betrekking van secretaris der Huurcommissie der gemeente Hoogezand. Het Kon. besluit van 27 Nov. 1918 no. 33, overweegt, dat de omstandigheden, zooals zij blijkens de verkregen inlichtingen zich hier voordoen, geen voldoende aanleiding geven tot weigering van de gevraagde vrijstelling, die daarenboven voor intrekking vatbaar is, zoo mocht blijken dat de belangen van het onderwijs dit vorderen (3).

Op denzelfden grond werd bij Kon. besluit van 27 October 1921 no. 54, aan E. VAN MUIELWIJK, onderwijzer aan de openbare lagere school II te Leerdam, de vrijstelling verleend voor zooveel betreft „het waarnemen

(1) Raad van State, Afdeling voor de Geschillen van Bestuur, dl. XV, blz. 858.

(2) Raad van State, Afdeling voor de Geschillen van Bestuur, dl. LIII, blz. 987.

(3) Raad van State, Afdeling voor de Geschillen van Bestuur, dl. LIX, blz. 18.

der betrekking van Secretaris der in die gemeente ingestelde Huurcommissie" (1).

Bestaat er bezwaar tegen dat een onderwijzer lid is van eene plaatselijke schoolcommissie? Nadat JAC. TJAALMA, onderwijzer aan de openbare lagere school 3e klasse no. 2 te Leiden, verlof gevraagd had om het lidmaatschap der plaatselijke commissie bedoeld in art. 93, tweede lid der L.O.-wet waar te nemen en Gedep. Staten van Zuid-Holland het verzoek hadden afgewezen, is het beroep, door den aanvrager tegen die afwijzing ingesteld, bij Kon. besluit van 18 Sept. 1920 no. 98 ongegrond verklaard, en de bovenstaande vraag daarmede in hoogste ressort bevestigend beantwoord, voor zooveel het eene commissie in dezelfde gemeente als waarin de onderwijzer werkzaam is, betreft.

Daarbij is overwogen, dat blijkens art. 97 der wet tot regeling van het lager onderwijs de plaatselijke commissiën onder meer tot taak hebben toezicht te houden op alle scholen in de gemeente, waar lager onderwijs gegeven wordt; dat met het oog op dit toezicht de bediening van lid der plaatselijke commissie en die van onderwijzer bij het lager onderwijs in dezelfde gemeente bezwaarlijk in één persoon kunnen vereenigd worden (2).

(1) Weekblad voor de Burgerlijke Administratie no. 3781.

(2) Weekblad voor de Burgerlijke Administratie no. 3723 De motivering van dit Kon. besluit is zéér beknopt. Ged. Staten hadden overwogen: dat het lidmaatschap van een plaatselijke schoolcommissie, ingesteld krachtens de wet door den gemeenteraad, als een ambt of bediening is te beschouwen; dat krachtens art. 96 der L.O.-wet de binnen de gemeente liggende openbare en bijzondere lagere scholen voor leden der plaatselijke commissie van toezicht steeds toegankelijk moeten zijn en door het aldaar aanwezige personeel alle verlangde inlichtingen omtrent de school en het onderwijs aan de commissie moeten worden verstrekt, terwijl art. 97 dier wet, naast vele andere

Dat nog vele andere openbare betrekkingen dan waarvan in deze Koninklijke besluiten sprake is, door onderwijzers bij het openbaar lager onderwijs bekleed worden, blijkt weder uit de schoolverslagen; ik noem hier die van brievenaarder, beambte bij den burgerlijken stand, opzichter der algemeene begraafplaats, secretaris van een kamer van arbeid, gemeente-archivaris, secretaris van een huurcommissie, administrateur van een gemeentelijk gasbedrijf, administrateur van een gemeentelijk electrisch bedrijf, secretaris van een kamer van koophandel en fabrieken en lid van de Provinciale Staten.

Wenden wij ons thans tot de *particuliere betrekkingen*.

In 1901 vroeg A. WESTERHOF, hoofd der openbare lagere school te Marum, aan Gedep. Staten van Groningen verlof om de betrekking van Agent der Nationale Levensverzekeringbank te Rotterdam te bekleeden. Gedep. Staten achtten zich onbevoegd, de gevraagde vrijstelling te verleenen, op grond dat het waarnemen van genoemd

bepalingen, o. a. voorschrijft, dat door die commissie een nauwkeurig toezicht op die scholen moet worden gehouden en die commissie — hetzij in haar geheel, hetzij gedeeltelijk — de hier bedoelde scholen ten minste tweemaal per jaar moet bezoeken; dat naar hunne meening de nakoming van deze omvangrijke taak niet tegelijker tijd samen zal kunnen gaan met eene *goede* vervulling van de onderwijzersbetrekking; dat bovendien, in verband met de uitgebreide volmacht, welke de wet aan de leden dezer commissie heeft toegekend, het gevaar niet denkbeeldig is, dat bij het optreden van een klasse-onderwijzer als lid eener zoodanige commissie, moeilijkheden en conflicten tusschen laatstgenoemde en de hoofden der scholen, ook met het hoofd der school, waaraan de onderwijzer verbonden is, zullen ontstaan, hetgeen niet zou strooken met de ook bij het onderwijs bestaande hiërarchische verhoudingen; dat mitsdien de vereeniging van het onderwijzersambt met dat van lid eener plaatselijke commissie van toezicht hun in het belang van het onderwijs niet gewenscht voorkomt.

agentschap niet „daarstelde” het bekleeden van een ambt of bediening, weshalve art. 36, 2e lid der wet in casu niet kon worden toegepast.

Nadat de belanghebbende in beroep was gekomen, werd bij Kon. besluit van 21 Januari 1902 no. 18 beslist, dat Gedep. Staten zich ten onrechte onbevoegd hadden verklaard. Die beslissing rustte op de volgende overweging: „dat, waar bij art. 36 der wet op het Lager Onderwijs den onderwijzers wordt verboden „ambten of of bedieningen te bekleeden”, volgens het Nederlandsche taaleigen, aan de uitdrukking „bediening” geheel dezelfde algemeene beteekenis valt te hechten als door het meer dagelijks voorkomend spraakgebruik aan het woord „betrekking” wordt toegekend, terwijl noch de herkomst, noch de blijkbare bedoeling dezer wetsbepaling eenigen grond opleveren voor de juistheid der aan het bestreden besluit ten grondslag liggende meening, dat onder bedoeld verbod slechts het bekleeden van zóódanige betrekkingen zou zijn te begrijpen als door eene burgerlijke of kerkelijke overheid zijn opgedragen en niet op eene contractueele rechtsverhouding berusten”. Veel baat vond het schoolhoofd bij deze beslissing niet, want tevens werd beslist, dat het verzoek niet voor inwilliging vatbaar was, „vermits”, zegt het besluit, — „gelijk reeds vroeger door Ons met uitvoerige uiteenzetting van redenen is beslist — de aard der betrekking van agent eener levensverzekeringmaatschappij in strijd is te achten met de welbegrepen behartiging der belangen van het onderwijs” (1).

Gold het hier het hoofd eener school, het Kon. besluit van 9 September 1902 no. 32 betrof een onderwijzer van bijstand, zooals men vroeger zeide. A. BIKBERGEN, bij

(1) Raad van State, Afdeling voor de Geschillen van Bestuur, dl. XLII, blz. 85.

het openbaar lager onderwijs te Leeuwarden werkzaam, had verzocht, het agentschap eener levensverzekeringmaatschappij te mogen waarnemen, maar Gedep. Staten van Friesland hadden zijn verzoek afgewezen, daarbij opmerkende, dat zij steeds van oordeel waren geweest, dat de betrekking van agent eener levensverzekeringmaatschappij niet kan beschouwd worden als een ambt of bediening, maar valt onder de verbodsbepaling van art. 35 der wet tot regeling van het lager onderwijs; dat zij echter, nu bij Kon. besluit van 21 Jan. 1902 no. 18 in tegenovergestelden geest is beslist, van meening waren zich daarnaar te moeten richten. Het Kon. besluit van 9 Sept. 1902 no. 32 overwoog, „dat, al mogen de bezwaren, verbonden aan de waarneming van het agentschap eener levensverzekeringmaatschappij, zich, waar het een onderwijzer van bijstand geldt, minder sterk doen gevoelen dan ten aanzien van het hoofd eener school, toch terecht door Gedep. Staten de gevraagde vergunning is geweigerd, omdat de vrees bestaat, dat de behoorlijke waarneming van een agentschap als het hier bedoelde zooveel inspanning kosten en zooveel tijd en moeite van den agent vorderen zal, dat het vervullen der plichten aan de betrekking van onderwijzer verbonden, daaronder allicht zou lijden; dat voorts, zij het ook niet in die mate als bij het hoofd eener school het geval kan zijn, op de verhouding tusschen de ouders der kinderen en den onderwijzer, het waarnemen door dezen van het agentschap eener levensverzekeringmaatschappij eenen minder gewenschten invloed kan uitoefenen” (1).

Is het redacteurschap van een weekblad eene *bediening*? Deze vraag moest worden beantwoord, toen Gedep. Staten

(1) Raad van State, Afdeling voor de Geschillen van Bestuur, dl. XLII, blz. 1006.

van Zuid-Holland bij beschikking van 29 September 1902 aan J. A. BERGMAYER, onderwijzer aan eene openbare lagere school te Dordrecht, vergunning hadden geweigerd om de betrekking waar te nemen van redacteur van het weekblad „De Volksstem” en J. A. BERGMEIJER beroep had ingesteld. Bij Kon. besluit van 22 Jan. 1903 no. 8 werd, met vernietiging van het bestreden besluit, verklaard, dat Gedep. Staten op het verzoek van den appellant niet hadden behooren te beschikken. Overwogen werd daarbij, „dat, daar van een *ambt* hier geen sprake kan zijn, alleen de vraag te beantwoorden is, of de werkzaamheden, die door appellant met betrekking tot het weekblad „de Volksstem” worden verricht, het karakter van *bediening* hebben; dat, daar niet blijkt van eene verhouding waarbij appellant ten dienste en voor rekening van een ander (bijzonder persoon, vennootschap of zedelijk lichaam) die geheel of ten deele het risico der onderneming draagt, werkzaam is, het bestaan van eene *bediening* niet kan worden aangenomen” (1).

Een eigenaardig geval deed zich korten tijd later voor, toen de onderwijzer aan de openbare lagere school te Sluis (kom) vrijstelling had gevraagd tot het bekleeden der betrekking van voorzitter van de Onderlinge Varkensverzekeringmaatschappij „de Volharding”, gevestigd te Sluis. De afdeeling van den Raad van State voor de geschillen van bestuur achtte ook hier geen *bediening* aanwezig, op grond dat de weinige aan dat voorzitterschap verbonden functiën, die slechts enkele malen in het jaar moesten verricht worden en waarvoor bovendien geen geldelijke belooning genoten werd, niet als eene *bediening* kunnen worden aangemerkt en dus tot het waarnemen

(1) Raad van State, Afdeeling voor de Geschillen van Bestuur, dl. XLIII, blz. 92.

van het bedoelde voorzitterschap geene vrijstelling van de verbodsbepaling wordt vereischt.

Anders dan bij de reeds behandelde zaken was het beroep in dit geval ingesteld niet door den onderwijzer wien de vrijstelling was geweigerd, maar door derden, namelijk, door leden van de maatschappij die de betrekking had opgedragen. Het Kon. besluit van 24 December 1903 (*Stbl.* no. 323) — afwijkend van het advies der Afdeeling — bevatte eene niet-ontvankelijkverklaring op grond dat het beroep òf te laat was ingesteld òf gericht was tegen een besluit dat Gedep. Staten niet genomen hadden krachtens art. 14 der Lager-Onderwijswet (1). Wat toch was het geval? Nadat Gedep. Staten den 4den April 1903 op het verzoek afwijzend hadden beschikt, hadden J. REMIJN, P. F. VAN OVERBEEKE, A. VAN DEN AMEELE en H. VAN VOOREN, te zamen met H. C. BAKKER het bestuur der genoemde maatschappij uitmakende, zich tot dat college gewend met het verzoek, op zijn besluit terug te komen en de vergunning alsnog te verleenen. Gedep. Staten hadden echter op 24 April 1903 besloten, aan de adressanten te kennen te geven, dat er geene termen bestonden om aan hun verzoek te voldoen. Toen nu, op 21 Mei 1903, door 57 leden der maatschappij „de Volharding” het beroep werd ingesteld zonder dat stellig bleek van welk besluit vernietiging gevraagd werd, was de termijn waarbinnen tegen het *eerste* besluit van Gedep. Staten beroep openstond, reeds verstreken, en het *tweede* besluit kon niet beschouwd worden als te zijn genomen uit kracht van art. 14 der wet (2);

(1) Raad van State, Afdeeling voor de Geschillen van Bestuur, dl. XLIV, blz. 51.

(2) Van het tweede besluit zeide de Minister van Binnenlandsche Zaken in zijn rapport aan de Koningin: «Het is slechts eene kennisgeving, dat Gedep. Staten geen termen hebben gevonden om op

eene opvatting, die *mij* wel eenigszins twijfelachtig voorkomt, maar die steun vindt in de jurisprudentie en eveneens gehuldigd werd in het K. B. van 11 Juli 1904, no. 55, waarin werd overwogen, dat bij eene tegenovergestelde opvatting het ieder belanghebbende bij de vernietiging of verbetering van een besluit mogelijk zou zijn. ook na verstrijking van den termijn van beroep, eenvoudig door herziening van het besluit te vragen, zich een nieuwen beroepstermijn te verschaffen, geheel in strijd met de bedoeling des Wetgevers, waarmede hij het beroep aan den termijn van dertig vrije dagen heeft gebonden (1).

Gunstig luidde de beschikking, genomen op het beroep van P. VERRA, onderwijzer te Leende, aan wien Gedep. Staten van Noord-Brabant verlot hadden geweigerd om de betrekking te bekleeden van secretaris bij een vereeniging tot verbetering der zuivelbereiding. Het Koninklijk besluit van 17 Juni 1910 no. 29 bevat deze overwegingen: „dat de aard en de omvang der werkzaamheden aan de bediening van secretaris bij de Vereeniging tot verbetering der zuivelbereiding „Wilhelmina” te Leende verbonden — welke werkzaamheden niet onder de schooluren behoeven te worden verricht en weinig tijdroovend zijn — ook naar het gevoelen van het hoofd der school en van den arrondissements- en den districtsschoolopziener geenen grond opleveren om de vrees te wettigen,

hun besluit van 4/9 April 1903 terug te komen. Dat ook Gedep. Staten van oordeel zijn, dat hun besluit van 24/30 April 1903 geen besluit is krachtens de wet tot regeling van het lager onderwijs genomen, blijkt uit het niet-hooren van den districts-schoolopziener, wiens advies Gedep. Staten, krachtens het tweede lid van art. 36 over te verleenen vrijstellingen moeten inwinnen.»

(1) Raad van State, Afdeeling voor de Geschillen van Bestuur, dl. XLIV, blz. 542.

dat de belangen van het onderwijs schade zullen lijden, indien aan appellant de gevraagde vrijstelling wordt verleend; dat voorts de vrijstelling voor intrekking vatbaar is, wanneer blijkt dat de belangen van het onderwijs dat vorderen". (1)

Ook de Amsterdamsche onderwijzer Ph. Ewouds mocht een gunstige beschikking ontvangen, toen hij beroep had ingesteld tegen een besluit van Gedep. Staten van Noord-Holland betreffende het waarnemen van agentschappen van eenige verzekeringmaatschappijen. Het Koninklijk Besluit van 20 October 1910 no. 39 verleende de gevraagde vrijstelling, na te hebben overwogen: „dat bij de beantwoording van de vraag, of aan onderwijzers bij het openbaar lager onderwijs kan worden toegestaan als agenten van verzekeringmaatschappijen op te treden, rekening moet worden gehouden met het bezwaar, dat zij daardoor in eene valsche verhouding tot de ouders hunner leerlingen kunnen komen te staan; dat — mede naar het oordeel van den Districtsschoolopziener, met wiens gevoelen de Inspecteur van het Lager Onderwijs zich vereenigt — dat bezwaar in dit geval niet behoeft te wegen; dat de aard en de omvang der werkzaamheden aan deze bijbetrekking verbonden, ook voor het overige geen grond opleveren tot weigering van de vrijstelling; vermits die werkzaamheden niet onder de schooluren behoeven verricht te worden en uit het bovenbedoeld advies van den Districtsschoolopziener blijkt, dat appellant zijne taak als onderwijzer naar behooren verricht en daaraan ook genoegzaam tijd besteedt buiten de schooluren" (2).

(1) Raad van State, Afdeling voor de Geschillen van Bestuur, dl. L, blz. 623.

(2) Raad van State, Afdeling voor de Geschillen van Bestuur, dl. L, blz. 1012.

Op nagenoeg dezelfde gronden werd bij Kon. besluit van 2 Nov. 1911 no. 25 aan R. VIERSEN, onderwijzer aan eene openbare lagere school te Joure, gemeente Haskerland, toegestaan om voor de Algemeene Levensverzekering-maatschappij en de Algemeene Nederlandsche Verzekering-bank, onder ééne directie gevestigd te Rotterdam, op te treden als vertegenwoordiger te Joure onder den titel van hoofdagent voor de eerste en agent voor de tweede maatschappij (1).

Hebben wij tot nog toe te doen gehad met gevallen, waarin het college van Gedep. Staten de vrijstelling had geweigerd, in het geval waarop het Kon. besluit van 8 Febr. 1909 no. 27 betrekking heeft, hadden Gedep. Staten de vrijstelling verleend. Bij dit besluit werd — nadat Burg. en Weth. in beroep waren gekomen — aan P. HAK, hoofd der openbare lagere school te Overschie, vergunning geweigerd tot aanvaarding der functie van boekhouder der Coöperatieve Landbouwvereniging „Ons Belang” aldaar. Daarbij werd overwogen, dat met Burg. en Weth. en het Schooltoezicht moet worden aangenomen dat de werkzaamheden aan de genoemde betrekking verbonden — mede in verband met het vervullen der betrekking van penningmeester der Coöperatieve Overschiesche Brandwaarborgmaatschappij, waartoe hem door Gedep. Staten bij hetzelfde besluit vergunning is verleend — van te grooten omvang zijn om zonder schade voor het onderwijs door het hoofd der openbare lagere school te Overschie, naast zijne schooltaak te worden waargenomen; dat ook geen aanleiding bestaat de vergunning voorloopig bij wijze van proef te verleenen, omdat het uit den aard der zaak moeilijk is binnen een kort tijds-

(1) Raad van State, Afdeling voor de Geschillen van Bestuur, dl. LI, blz. 1302.

bestek na te gaan of het onderwijs door onvoldoende voorbereiding, ten gevolge van het vervullen van een bijbetrekking door het hoofd der school, al of niet schade lijdt (1).

Ik teeken hierbij aan, dat Gedep. Staten de vrijstelling hadden verleend tot 1 Januari 1910, dus voor een bepaalden termijn, daarbij zich voorbehoudende haar in te trekken, als bliken mocht, dat het onderwijs er onder leed.

Op formeele gronden niet-ontvankelijk verklaard in zijn beroep werd bij Kon. besluit van 7 October 1911 no. 42 de onderwijzer aan een openbare lagere school te Lonneker J. F. OOSTERHOF, die zich tot Gedep. Staten van Overijssel gewend had met het verzoek te mogen optreden als agent-correspondent van de Levensverzekeringsmaatschappij „Holda”, en toen daarop eene weigering gevolgd was, zich opnieuw tot dat college had gewend, thans verzoekende, de vrijstelling te mogen erlangen ten einde het correspondentschap voor genoemde maatschappij te mogen voeren. In het Kon. besluit werd overwogen: „dat uit het appellatoir adres niet met stelligheid is op te maken, tegen welk besluit van Gedep. Staten het beroep is gericht; dat echter, hetzij het beroep geacht moet worden gericht te zijn tegen het besluit van Gedep. Staten van 7 Februari 1911, waarbij de vrijstelling is geweigerd voor het bekleeden van de betrekking van agent-correspondent, hetzij tegen het besluit van dat College, d.d. 28 Maart 1911, waarbij de vrijstelling is geweigerd voor het vervullen van de betrekking van correspondent, in beide gevallen de appellant wegens overschrijding van den termijn van beroep niet-ontvankelijk zal moeten worden verklaard; dat toch ingevolge art. 14, 2de lid, der Wet

(1) Raad van State, Afdeling voor de Geschillen van Bestuur, dl. XLIX, blz. 207.

tot regeling van het Lager Onderwijs, het beroep moet worden ingesteld binnen 30 vrije dagen te rekenen van den dag, waarop de kennisgeving van de beslissing van Gedep. Staten den belanghebbende is toegezonden; dat de kennisgeving van de eerste beslissing in Februari 1911 en van de tweede op 28 Maart 1911 aan den belanghebbende is toegezonden; dat het adres van beroep — op zegel gesteld — eerst op 4 Mei 1911 bij Ons is ingekomen; dat weliswaar aan dat gezegeld adres een ander adres van denzelfden inhoud is voorafgegaan, hetwelk op 24 April 1911 is ingekomen, maar dat hierop, als ongezegeld, geen besluit mag worden genomen, en het als niet ingediend moet worden beschouwd, zoodat de appelland geacht moet worden eerst op 4 Mei het beroep te hebben ingesteld" (1). Een wel wat harde beslissing, maar steunend op de jurisprudentie, en die zich thans niet meer kan voordoen nu de adressen van beroep vrijgesteld zijn van zegelrecht.

Zeer beknopt is het Kon. besluit van 6 Sept. 1912, no. 45, waarbij aan J. H. BUTER, onderwijzer aan de openbare lagere school E te Lonneker, de vrijstelling werd verleend voor zooveel betreft zijn optreden als agent van de Levensverzekering-maatschappij R. V. S. te Rotterdam. Het overweegt, dat de omstandigheden, zooals deze, blijkens de verkregen inlichtingen, zich hier voordoen, geen voldoende aanleiding geven tot weigering van de gevraagde vrijstelling, die daarenboven voor intrekking vatbaar is, zoo mocht blijken, dat de belangen van het onderwijs dit vorderen (2).

Niet-ontvankelijk verklaard wegens overschrijding van

(1) Raad van State, Afdeling voor de Geschillen van Bestuur, dl. LI, blz. 1141.

(2) Raad van State, Afdeling voor de Geschillen van Bestuur, dl. LII, blz. 935.

den termijn van beroep werd bij Kon. besluit van 29 Juli 1913 no. 59 B. T. VAN DER MOLEN. Of dit hoofd der openbare lagere school te Saaksum, gemeente Oldehove, het correspondentschap eener levensverzekering-maatschappij mocht waarnemen, bleef daardoor in hoogste ressort onbeslist (1).

Naar een geheel ander terrein verplaatst ons het Kon. besluit van 2 Nov. 1912 no. 11. De onderwijzer aan eene openbare lagere school te Apeldoorn A. SCHILSTRA had aan Gedep. Staten van Gelderland verzocht, de betrekking te mogen bekleeden van ambtenaar bij het Bureau voor Arbeidsrecht van den Apeldoornschen Bestuurdersbond. Het verzoek was afgewezen en tegen de afwijzing beroep ingesteld.

Dit beroep is ongegrond verklaard, na de volgende overwegingen: dat de mogelijkheid niet is uitgesloten dat de genoemde betrekking van den appellant werkzaamheden zou blijken te vorderen, welke hem in een ongunstige verhouding zouden brengen tot ouders zijner leerlingen; dat op dien grond de gevraagde vrijstelling te recht door Gedep. Staten is geweigerd; dat de appellant wel heeft aangevoerd, dat het door Gedep. Staten gevreesde optreden in rechte tegen ouders van leerlingen nog nimmer is voorgekomen; dat echter, waar het Bureau voor Arbeidsrecht van den Apeldoornschen Bestuurdersbond nog slechts zeer kort bestaat, een beroep op de ervaring ten deze niet opgaat; dat evenmin juist is het door den appellant gebezigde argument, dat de maatschappelijke positie van de ouders der leerlingen een zoodanige is, dat het ook in de toekomst vrijwel buiten gesloten is, dat het optreden in rechte tegen ouders van

(1) Raad van State, Afdeling voor de Geschillen van Bestuur, dl. LIII, blz. 879.

leerlingen zich zal voordoen; dat immers de openbare lagere school te Apeldoorn, waaraan A. SCHILSTRA als onderwijzer verbonden is, openstaat zoowel voor kinderen van werkgevers als voor kinderen van arbeiders, terwijl voorts het Bureau voor Arbeidsrecht zijn werkkring uitstrekt tot het geven van inlichtingen en bijstand ter zake van alle wetten en verordeningen, waarmede arbeiders in aanraking komen; dat hieruit volgt, dat de te verleenen rechtsbijstand kan betreffen zoowel geschillen tusschen werkgevers en arbeiders, als geschillen tusschen arbeiders onderling (1).

Hiermede is mijn overzicht ten einde.

Zijn er nu nog lezers, die willen weten welke particuliere betrekkingen verder alzoo door onderwijzers bij het openbaar lager onderwijs worden bekleed -- dan meen ik te mogen volstaan met hen weder naar de onderwijsverslagen te verwijzen: de meeste dier betrekkingen zijn van administratieven, financieelen, journalistieken, of kunstlievenden aard (2).

MR. C. BAKE

(1) Raad van State, Afdeling voor de Geschillen van Bestuur, dl. LII, blz. 1197.

(2) Met het onderwerp hier behandeld staat ook in verband het Kon. besluit van 7 Juni 1921 (*Stbl.* no. 755), waarbij vernietigd is wegens strijd met de wet art. 40 van de instructie voor het onderwijzend personeel der openbare lagere scholen in de gemeente Bergen (L.), vastgesteld bij Raadsbesluit van 2 December 1919 en nader vastgesteld bij Raadsbesluit van 11 Februari 1920. In dit Kon. besluit wordt overwogen: «dat art. 40 van voormelde instructie luidt: «Het is de hoofden der scholen en de onderwijzers, boven en behalve in de artikelen 37 en 38 der lager onderwijswet genoemde beroepen of betrekkingen uit te oefenen of te bekleeden, verboden te zijn: a. correspondent van een dag- of weekblad; b. agent van eene brand- of levensverzekeringmaatschappij. Ook andere in dit artikel niet genoemde functiën te bekleeden of uit te oefenen»; dat in genoemd

art. 40 in de eerste plaats geene rekening wordt gehouden met art. 37 der voormalige wet tot regeling van het lager onderwijs, volgens hetwelk het geven van onderwijs in het algemeen niet is verboden, en in de tweede plaats met art. 38, tweede lid, dier wet, volgens hetwelk door Gedeputeerde Staten vrijstelling kan worden verleend van het verbod ambten of bedieningen te bekleeden; dat de zin der artikelen 44 en 45 der lager onderwijswet 1920 geene andere is dan die der artikelen 37 en 38 der wet tot regeling van het lager onderwijs van 17 Augustus 1878 (*Staatsblad* no. 127); dat derhalve genoemd artikel 40 met evengemelde wetsbepalingen in strijd is».

Ten slotte maak ik, als historische bijzonderheid, hier melding van eene resolutie van de Staten-Generaal van 21 Augustus 1749 (te vinden in het Groot Placaatboek VII, 734), waarbij «is goedgevonden en verstaan, de Schoolmeesters in het Zuid- en Westquartier van Bergen op Zoom mits deezen in zoo verre van het vyfde Artikel van het eerste Capittel van het Schoolreglement van den 3e Mey 1655 te dispenseeren, dat dezelve in het vervolg eligibel en admissibel tot de Regeeringe der Dorpen zullen zyn, ingevalle geen genoegsaame stof van Gereformeerde persoonen te verkiezen voor handen zal zyn».

*Bijdragen tot de kennis der geschiedenis van
Zundert en Wernhout*, door Prof. Mr. H.
VAN DER HOEVEN. — *Zundert*, 1920.

Eigenlijk weet ik niet, of het wel te goeder ure is geweest, dat ik, voldoende aan het verzoek der Redactie, de aankondiging in dit Tijdschrift van bovengemeld aan Hare Majesteit de Koningin, „Vrouwe van Zundert en van Wernhout” opgedragen boek op mij heb genomen. Immers het is een zeer uitgebreid werk (groot octavo, 400 blz.), betreffende een zeer klein deel van de provincie Noord-Brabant, een onderdeel toch der baronie van Breda. Er is een ontzaglijke arbeid aan ten koste gelegd en het boek geeft toch niet veel meer dan Zundertsche bijzonderheden, waaromtrent wederom geen zekerheid was te verkrijgen, dan door geduldig archiefonderzoek, het inwinnen van inlichtingen rechts en links omtrent het bestaan van stukken en gegevens, die reeds gewonnen resultaten bleken te bevestigen, of wel oude overleveringen den bodem insloegen.

Met groote volharding en niet minder scherpzinnigheid heeft de Schr., wiens door hem bewoond buitengoed binnen de palen van het door hem behandelde gebied is gelegen — gelijk hij niet verzuimd heeft mede te deelen — zich een eerbiedwaardige hoeveelheid moeite en inspanning getroost, bij welke hij in 't gemeen, volgens het voorbericht, zij het dan niet immer, ondersteuning en medewerking heeft gevonden. En door dit alles heeft hij gegeven „ten dienste en ten genoegen van de tegenwoordige Zundertenaars de vermeld-

ding van ettelijke gebeurtenissen, bijzonderheden, namen enz., waarbij louter of althans in hoofdzaak een genealogisch of ander particulier of een bloot lokaal belang betrokken is". Enkel en alleen? Dit zij niet beweerd, want afgezien, dat verband van het bijzondere met het algemeene in den regel medebrengt, dat kennis van het eerste allicht beteren kijk op het laatste geeft, en in dien zin van algemeen belang is, hier en daar, maar toch niet dikwijls beweegt de Schr. zich op wijder plan dan aard en strekking van het werk, strikt genomen, zouden medebrengen. Hij vermeldt daarbij naast het boven letterlijk overgenomene ook het „algemeen of speciaal historisch belang". Mij is die tegenstelling niet precies duidelijk, behandeling van het laatste toch volgt uit den titel zelve van het boek, en algemeen historisch belang blijft een betrekkelijk begrip.

Ik wil op dit punt dan ook niet verder ingaan, maar zoude het werk wel willen aanduiden als een ouderwetsch boek. Ouderwetsch, in dien zin dat de Schr. zich den tijd gunt, zich met allerlei bijzonderheden bezig houdt, zich in kleinigheden verdiept, en voor geen moeite terugdeinst om dienaangaande tot klaarheid en tot waarheid te komen. Hij spaart daarbij, zoo hij in den gang van het betoog het een of ander van belang tegenkomt, hetwelk, hoewel niet precies tot het behandelde behoorende en slechts in verwijderd verband daarmede staande, den lezer een uitstap niet. Waar hij zelf volkomen de zaak beheerscht, komt het hem niet in de gedachte, dat zulks ook den best gezinden lezer in verwarring brengt, en hem noodzaakt eenige bladzijden terug te gaan om zich te orienteeren, als de Schr. den draad van zijn betoog weder opvat. Ouderwetsch in dien zin ook, dat de Schr. zoo ongeveer al wat hij gevonden heeft der mededeeling waard acht, en dus te boek stelt. Of dit op lokaal Zun-

dertsch standpunt het geval is beslis ik niet, en evenmin maak ik er hem een verwijt van. Ik wil alleen vaststellen, dat aan niet veel plaatsen van ongeveer denzelfden omvang en belangrijkheid als Zundert, een beschrijving is te beurt gevallen, in waarde gelijk aan deze van den Hoogleeraar in ruste. Immers het boek is niet ouderwetsch in dezen zin, en de Schr. gelijkte geenszins op de bewerkers van de talloze beschrijvingen van vroegeren datum, die alles, wat maar over de plaats hunner belangstelling is verhaald of gedrukt, goedmoedig overnemen of navertellen. Integendeel menigmaal oefent hij scherpe en gerechtvaardigde, immers op afdoende bewijsgronden steunende, critiek en zet verhaal en overlevering recht, gegrond op zijne, dikwijls ook door hem zelven aan den dag gebrachte, bronnen. Daarbij, en hier gelijkt hij weder op enkele der vroegere plaatsbeschrijvers, hij weet aardig te vertellen, en nu en dan een anecdote op sappige wijze aan den man te brengen. Met genoegen heb ik het werk dan ook doorgelezen, en iemand, die van dergelijke „geschichtliche Kleinkunst” houdt, kan ik niet anders dan de lezing aanbevelen. Hij zal echter, mocht hij met plannen omgaan om zijn krachten, wat een andere plaats betreft, aan een beschrijving, als wij hier vinden, te beproeven, niet in elk opzicht daarin een navolgingswaardig voorbeeld moeten zien. Mijns erachtens toch zijn noch de opzet van het boek, noch de ordening van de stof navolgenswaardig. Een en ander zal kunnen blijken bij het nader nagaan van den inhoud. Uit den aard der zaak zal dit niet in bijzonderheden kunnen geschieden, noch breedvoerig de juistheid der zoeven geuite stelling kunnen worden aangetoond. Naar ik vertrouw zal in het volgende beide voldoende, met het oog op tijd en plaats, uitkomen.

De Schr. begint met een verklaring van de namen

Zundert en Wernhout. Mij heeft hij niet overtuigd, dat de eerste naam zou wijzen op een afgezonderd gedeelte nl. van Rijsbergen, waarmee het vroeger zoude vereenigd zijn geweest. De omstandigheid dat onder „de Eeninghe van Rijsbergen” ook Zundert werd gebracht, kan daaraan op zich zelf niet afdoen, omdat de eerstbedoelde naam ook *naast* die der „Eeninghe” voorkomt, en dus dan Zundert weder niet onder deze wordt begrepen (1). M. i. zal men deze vraag, evenals die omtrent de afleiding van Wernhout nog als sub judice moeten beschouwen, immers omtrent de laatste geeft de Schr. vier afleidingen aan de hand, maar doet geen bepaalde keuze. Bestaat er dus ten deze veel onzekerheid, hetzelfde blijkt te bestaan omtrent den oorsprong der plaats zelve, gelijk de Schr. in zijn tweede hoofdstuk „Zundert in de oudheid” uiteenzet. Historische zekerheid dienaangaande bestaat volgens hem — en het betoog is hier m. i. sluitend — eerst in de 12e eeuw. Er is dan sprake van een kerk ter plaatse, en wel van die te Klein-Zundert. De Schr. wijkt hier af van de communis opinio, d. w. van de door vroegeren gehuldigde opvatting, maar ook hier rust, naar 't mij wil voorkomen, het door hem ingenomen standpunt op deugdelijke gronden. Wij zijn hier reeds gekomen op de in het volgende hoofdstuk behandelde stichting dier kerk, waarin dan ook verder uitvoerig over die kerk en de geestelijken, welke daarbij dienst hebben gedaan, wordt gesproken. In Hoofdstuk IV wordt de draad van de geschiedenis der heerlijkheid weder opgevat, en vernemen wij daarin en in een der volgende hoofdstukken een en ander omtrent de geschiedenis van de

(1) Let onder meer op de aanduiding (blz. 377) van den schout, nl. van de «Eeninge van Rijsbergen en tot Sundert».

onderdeelen: Zundert onder den Hertog (Groot-Zundert) en Zundert—Nassau, terwijl over Wernhout, later wordt gehandeld. Wij lezen daar, hoe die deelen geleidelijk meer of minder direct, na van het land van Breda aanvanke-lijk te zijn gescheiden geweest, onder de heerschappij der heeren daarvan, later de graven van Nassau, daarna de Oranjes, komen. Een oogenblik zij hier stil gestaan bij de wijze waarop dit zou geschied zijn met Groot-Zundert, omdat van een algemeen standpunt gezien, des Schr.'s meening tot misvatting aanleiding kan geven, althans hij zich niet volkomen juist heeft uitgedrukt.

Ten aanzien van dit gedeelte der tegenwoordige gemeente Zundert toont de Schr. aan, dat dit niet is, zooals gemeenlijk wordt aangenomen, het deel, dat het eerst met de baronie van Breda onder één heerschappij is gekomen, maar dat dit het geval is geweest met het deel, dat Zundert-Nassau later wordt geheeten, terwijl eerstbedoeld deel onder den hertog van Brabant verbleef, en wel later door dien hertog als een afzonderlijke heerlijkheid, werd in leen gegeven aan het geslacht der VAN SCHOONHOVENS. In 1387 werd de „heerlicheit”, d. i. in dezen niet de goederen, maar de bestuursmacht over het gebied in pand gegeven aan heer JAN VAN POLANEN, voor een zekere aan de Hertogin van Brabant, JOHANNA, geleende som. Van dezen VAN POLANEN, ging het pandrecht over op ENGELBRECHT VAN NASSAU, heer van Breda gehuwd met de laatste afstammeling der Polanen's. Hoe nu de bedoelde Hertogin de bevoegdheid tot in pandgeving van het door haar uitgegeven leen had, is door den Schr. niet onderzocht, althans niet nader uiteengezet. Maar wij hebben met het feit zelve rekening te houden, nu daarin wel met hem de reden moet worden gezocht voor de ruiling der genoemde heerlijkheid tegen een andere door JAN, den

zoon van den zooeven genoemden ENGELBRECHT, evenals deze heer van Breda.

Omtrent dezen ruil, die rechtens plaats had, gelijk de door den Schr. ten aanzien van de verkrijging door JAN VAN NASSAU van de heerlijkheid Groot-Zundert medege-deelde stukken uitwijzen, op de volgende wijze. De heer VAN SCHOONHOVEN droeg haar over aan den leenheer, daarbij afstand doende van alle rechten, welke hij daarop mocht hebben. Daarna beleende deze den nieuwen gerechtigde, te weten den bedoelden heer JAN VAN NASSAU, en verschafte hem daarmede dus de rechten, welke hij met den ruil der heerlijkheden beoogde te verkrijgen. Deze was dus èn door de vroegere in pandgeving èn door deze beleening volgerechtigde tot de heerlijkheid, bestuurs- en vermogens-rechtelijk geworden. Nu gaat het echter niet aan, zooals de Schr. doet, de medewerking van den leenheer „be-krachtiging” of „ratificatie” (bl. 122 en 361) te noemen; immers formeel — feitelijk mocht de leenheer deze mede-werking in dien tijd niet meer weigeren — en rechtens kon de handeling tusschen de ruilende partijen op zich zelf niet de beoogde rechtswerking hebben.

Van gansch anderen aard is een opmerking, die ik omtrent de oorkonde, waarin het besproken deel van den bedoelden ruil is neergelegd, nog zou willen maken. De opdracht aan den leenheer geschiedde op 27 October 1470, de beleening op 7 Februari 1470. Het is duidelijk, dat de hertog, in dezen KAREL DE STOUTE, den Paaschstijl gebruikt, en de beleening dus plaats had op 7 Februari 1471. De Schr. verzuimt dan ook niet dit in het licht te stellen (bl. 123), maar heeft aan deze juiste opmerking niet meer gedacht aan het eind van het werk (bl. 361). Dit is verklaarbaar en vergefelijk, maar ik heb meer bezwaar tegen een uitstapje, dat hij zich ter eerstgenoemde plaats, en nog eens op bl. 258 veroorlooft ten aanzien der chrono-

logie, meer bepaaldelijk omtrent den jaartijl. Dat hij dit doet met betrekking tot het door hem behandelde gebied, is niet vreemd, men kan zelfs zeggen noodzakelijk, maar dat hij zulks ook doet bijv. met de stelling: „Brabant, Vlaanderen, Luik, Kamerijk, Holland en Utrecht begonnen namelijk het jaar met Paschen, Gelderland en Friesland daarentegen op 25 December”, kan toch eigenlijk niet door den beugel. Het moet ook niet anders dan verwondering wekken, dat iemand, die soms zoo uitvoerig en nauwkeurig bewijs levert, dat, naar hij zelf erkent (bl. 60), boven den eisch van „wettig en overtuigend bewijs” — de jurist komt hier om den hoek kijken — uitgaat, voor dit onderwerp eenige algemeenheden neerschreef, zij het dan ook met een beroep op een te dezen gezag hebbend schrijver (1), Toch mag deze bewering niet dan met zooveel voorbehoud worden aanvaard, dat zij als zoodanig vrijwel alle waarde verliest. Daarvan dat hier met algemeenheden niet kan worden volstaan geeft de Schr. blijk begrip te hebben gekregen op bl. 258, waar hij nog enkele Zundertsche gegevens bespreekt.

In deze geruststellende overtuiging vermelden wij nog, dat het derde deel, waarvan boven sprake, de heerlijkheid Wernhout, tot aan het einde der republiek, een meer zelfstandige positie is blijven innemen, hoewel zij dan, door WILLEM III in 1698 aangekocht, onder denzelfden heer is gekomen. Het is duidelijk, dat, wjl de rechters en de magistraten, nu deze niet zoo regelmatig dezelfde personen waren, als voor de beide andere onderdeelen het geval was, hier veel meer aanleiding bestond tot wrijving en oneenigheid tusschen de ondergeschikte machthebbers dan ginds. Onvermeld blijve niet, dat deze heerlijkheid, nader in Hoofdstuk XII behandeld, was een „hooge” en dus

(1) GROTEFEND; deze zegt t. a. p.: Zeitrechnung op Jahresanfang (blz. 88) ook niet, wat de stelling inhoudt.

de uitspraken der rechters aldaar in tegenstelling met die van Groot- en Klein-Zundert konden gaan aan lijf en hals.

Thans doorgaande met de korte opgave van het in het boek besprokene, vermeld ik, voor het vijfde hoofdstuk: „Uit de geschiedenis van Zundert” zeer belangwekkende opgaven omtrent de bevolking, waarbij dan ook de gebeurtenissen, die hare toename of vermindering hebben veroorzaakt, ter sprake komen, en Schr. zich geleidelijk gaat vermeien in mededeelingen omtrent verschillende rampen, welke de inwoners hebben getroffen, als brand, doortochten van krijgsvolk enz. Enkele opmerkingen over de in de besproken plaatsen uitgeoefende industrie sluiten zich hierbij aan, terwijl over ontginning van land in het dertiende hoofdstuk: „de Moeren en de Turfvaart”, alsmede over het lot van een paar fabrieken wordt gehandeld.

Zooals men zich herinnert, besprak de Schr. in het derde hoofdstuk de Klein-Zundertsche Kerk en geestelijken; over de Groot-Zundertsche Roomsche-Katholieke Kerk met hare geestelijken wijdt de Schr. uit in het zevende hoofdstuk, terwijl in het achtste de Gereformeerde gemeente ter sprake komt, welke die kerk na den vrede van Munster in bezit kreeg. Merkwaardig is wel, hoe men zich wist te behelpen bij de toekenning dier groote kerk aan de Hervormden, welke ter plaatse voortdurend slechts in zeer kleinen getale vertegenwoordigd waren, en hoe in de jaren van 1648 tot 1795 de positie van dit kleine getal tegenover de groote meerderheid, rechtens een overheerschende, feitelijk echter meestal uit den aard der zaak niet zoo was, als plakkaten en verordeningen zouden doen vermoeden.

Indien ik nu nog vermeld, dat in het boek tal van bijzonderheden zijn opgenomen omtrent de schoolmeesters, de gilden, de grenzen, het wapen en de

schouten tot de 19e eeuw, dan behoef ik nog slechts behoudens één uitzondering, waarover straks, de aandacht te vestigen op de Hoofdstukken X en XI. Het eerste met den titel „Sint Bavo-Sombeke”, waarin wordt aangewezen, dat de betrekkingen tusschen de bekende abdij van dien naam te Gent, zich hebben bepaald tot den hof te Sombeke, niet in de heerlijkheid gelegen, en dus deze neerkwamen op een zekere retributie, oudtijds bestaande in het herbergen eens in het jaar van een zeker aantal mannen, paarden en honden voor de jacht. Hieraan sluit zich aan de bespreking van het „Huijs op 't Laer”, een aanzienlijke particuliere bezitting, omtrent welke de oudste historische berichten uit de eerste helft der 15e eeuw dagteekenen, en waarin later is gevestigd het door Margriet van de Laer in het laatst dier eeuw gestichte „Oude Gasthuijs”, hetwelk alsnog bestaat.

Wat nu de uitzondering betreft, die ik boven maakte, deze is te vinden in Hoofdstuk XVII over „Bestuur en Rechtspraak”. Hier komt natuurlijkerwijze de drieledige indeeling der heerlijkheid ter sprake. Immers terwijl in Groot-Zundert, het aanvankelijk onder den Hertog verbleven gedeelte, werd rechtgesproken door „meier en zeven mannen”, geschiedde dit voor het overige deel van Zundert (later bijgenaamd Nassau) door schout en schepenen en dit wel door deze in vereeniging met die van Rijsbergen. Hiermede toch werd Klein-Zundert voor de rechtspraak als een geheel beschouwd. Voor Wernhout als hooge heerlijkheid, bestond een eigen leenhof en dingbank. Als voorbeeld voor de versplintering der jurisdictie in den tijd vóór de revolutie van 1795, mag ook hierop worden gewezen, dat in de beide Zundert's verschillend recht gold naast verschillende rechtspraak, met appèl op de hoofdbank te Breda voor Zundert-Nassau, en op die te Santhoven voor Zundert-Hertog. Dit laatste tot den vrede van

Munster, toen ook Groot-Zundert onder Breda kwam. Deze onderscheiding bracht tevens, en dit is ook later blijven voortduren, toepassing van tweeërlei costumier recht mede, nl. dat van Breda en van Santhoven. Dat echter de schepenen, die gemeenlijk dezelfde personen waren, zich daarover erg druk hebben gemaakt, schijnt mij te betwijfelen. Voor de hooge heerlijkheid Wernhout was, ik wees er reeds op, de rechtspraak uitgebreider; den naam hadden de daarmede belaste personen gemeen met die der beide andere deelen, in zooverre zij zelfs met beide titulaturen werden aangeduid.

Deze zelfde personen voerden ook het administratief bestuur in de verschillende onderdeelen, dat van Groot- en Klein-Zundert werd spoedig vereenigd, terwijl Wernhout ook in dit opzicht meer zelfstandig bleef. Merkwaardig is in dezen wel de directe invloed, vooral merkbaar in lateren tijd, van de ingezetenen, vertegenwoordigd door de gezworens, op het burgerlijk bestuur. De Schr. deelt daarvan merkwaardige staaltjes mede. De benoeming van rechtsprekers en bestuurders berustte bij den heer, onder de republiek den prins van Oranje, of wel bij diens stadhouder namens dezen.

Acten van overdracht van onroerend goed en van ondertrouw en trouw werden gerechtelijk opgemaakt en zoo zijn uit de eerste nog zekere gevolgtrekkingen te maken omtrent de grenzen der onderdeelen, omdat de ligging van het onroerend goed de bevoegdheid bepaalde. De Schr. laat dan ook niet na hierop te wijzen en diensvolgens de grenzen der onderdeelen aan te geven, merkt echter tevens op dat, nu de personen dikwijls dezelfde waren, in verband met de in de acten gebruikte titulaturen volstreekte zekerheid dienaangaande niet is te verkrijgen.

Na nog te hebben vermeld dat het werk van uitge-

breide registers van personen- en plaatsnamen is voorzien, alsmede van verschillende geslachtslijsten, de afbeeldingen van de wapens der heerlijkheid Sundert en der gemeente Zundert, alsmede van een kaart, ben ik met mijn taak ten einde.

Ik durf te zeggen, dat ieder na het lezen dezer bespreking overtuigd zal zijn van den omvang en de voortreffelijke eigenschappen van het boek als zoodanig, niet daarvan dat iemand als deze schrijver niet in algemeen z'n belangrijker en in zoover nuttiger arbeid zoude hebben kunnen verrichten.

SEERP GRATAMA

Den Haag, September 1921

De Rechtsleer der Levensverzekeringsovereenkomst, door Jhr. Mr. A. W. WICHERS. — 's-Gravenhage, MARTINUS NIJHOFF. — Afl. leveringen 1 en 2.

Van het werk, hetwelk de Heer WICHERS zijnen lezers aanbiedt „met de waarachtige bedoeling daarmede een groot nationaal belang te dienen”, en dat in ongeveer 12 afleveringen compleet zal zijn, zijn thans twee afleveringen verschenen. Op eene inleiding en eene verdeeling der stof volgt een historisch overzicht, een hoofdstuk over de bestaande wettelijke regeling hier te lande, en is daarna (in hoofdstuk IV) het karakter van de overeenkomst van levensverzekering aan de orde.

Uit de inleiding klinkt ons een krachtig geluid tegen. Krachtig, zoowel waar schrijver schetst de economisch zeer belangrijke rol, welke de levensverzekering in onze hedendaagsche maatschappij vervult, en de vele zegeningen, welke zij in ruimen kring verspreidt, als waar hij de wettelijke duisternis constateert, welke bij ons op dit gebied heerscht, en wijst op de dringende noodzakelijkheid van een wettelijke regeling van het levensverzekeringsbedrijf. In breede trekken teekent hij den weg, welchen de wetgever bij het vervullen van die taak zal moeten gaan, bovenal dit op den voorgrond stellende, dat ook op dit gebied het doel van de codificatie is het scheppen van rechtszekerheid, maar tevens, dat de wet de levensverzekeringsovereenkomst zooveel mogelijk aanvullend, d.w.z. met eerbiediging van de contractsvrijheid van partijen, zal hebben te regelen.

Het historisch overzicht splitst zich in een drietal gedeelten. Vooreerst het zuiver historisch gedeelte, als 't ware de genealogie van de levensverzekering, waaruit blijkt, dat het geboortjaar van de eigenlijke L. — ontstaan uit de zeeverzekering — niet eerder valt dan omstreeks 1300, en zij pas aan het einde der 18de eeuw begon baan te breken. — Vervolgens de ontwikkeling van de L. in de ons omringende landen, waarbij te dezer plaatse vooral de aandacht worde gevestigd op Italië, Frankrijk, Engeland, Duitschland. Italië, het geboorteland van de L., en tevens van haar grootste vijandin, de Tontine, welke haar veel kwaad heeft gedaan; ook het land, waar sedert eenige jaren het Staatsmonopolie bestaat en dus het L. bedrijf eene staatszaak is geworden. Frankrijk, het land, waar de levensverzekering met groote heftigheid werd bestreden, en dat tevens — door zijne vaak door spitsvondigheid zondigende schrijvers — van grooten invloed op ons land is geweest. Engeland, hetwelk — juist omgekeerd — aan de levensverzekering eene groote gastvrijheid verleende en haar de gelegenheid gaf om tot hooge vlucht te komen, al blijft 't te betreuren, dat eene volledige codificatie van het levensverzekeringsrecht nog steeds op zich laat wachten. En Duitschland, waar in 1901 de langgewenschte wettelijke regeling van het levensverzekeringsbedrijf is tot stand gekomen en zeven jaren later de wet is komen brengen de civielrechtelijke regeling van de levensverzekeringsovereenkomst, welke wet echter zondigt door breedsprakigheid en „Maszregelung”. — Eindelijk de geschiedenis in ons eigen land, waar de L. in den aanvang op wantrouwen en miskennis stuitte en 't lang duurde eer de uit Frankrijk tegen haar overgenomen vooroordeelen begonnen te verdwijnen; ons land, waar op dit gebied de wetgever zijne taak zeer onvolledig vervulde en tot hem de roep

om eene afdoende wettelijke regeling nog steeds niet is doorgedrongen.

Het derde hoofdstuk — handelende over de bestaande wettelijke regeling hier te lande — meen ik met stilzwijgen te mogen voorbijgaan. Het bevat eene korte en zakelijke mededeeling van de betrokken wetsbepalingen van ons privaatrecht en opent telkens perspectieven naar later te volgen beschouwingen. Wij stippen dus slechts schrijver's conclusie aan, nl. dat — wat de artikelen van het Wetboek van Koophandel aangaat — zij vormen een *algemeen* gedeelte, hetwelk bijna geheel voor de L. kan worden gemist, en een *bijzonder* gedeelte waarvan de meeste artikelen als onbruikbaar zijn te beschouwen, en dat — wat de artikelen 1812 vlg. B. W. aangaat — eene ingrijpende wetswijziging evenmin mag uitblijven.

Tot het vierde hoofdstuk, handelende over het karakter van de overeenkomst van L., kunnen wij ons overzicht niet uitstrekken, daar in de tweede aflevering, welke vóór ons ligt, dit hoofdstuk nog niet wordt beëindigd. De bedoeling van dit gedeelte is om de vraag te beantwoorden, wát de overeenkomst van L. is *los* van de wettelijke regeling, wèlke de verhouding is van dit „in vrijheid gegroeide instituut” tot het bestaande recht. Na ten opzichte van deze vraag zijn standpunt te hebben bepaald tegenover de „kleine verzekering” (volksverzekering), na voorts te hebben stilgestaan bij de meest belangrijke groepeerings in de verzekering (naar den persoon des verzekerden; naar het aantal der verzekerden; naar den duur der verzekering enz.), en na in 't algemeen zijne voorkeur voor de inductieve methode van onderzoek boven de deductieve methode te hebben gemotiveerd bij het trachten te komen tot eene zuiver — juridische omschrijving van de overeenkomst van L., gaat hij over tot de bespreking van de belangrijkste theorieën. Allereerst

de assurance — theorie, welke in de levensverzekerings-overeenkomst eene zuivere schadeverzekering ziet. Het is midden in de behandeling van deze leer (waarbij hij de L. toetst aan de materieele essentialia van de assurance en ten aanzien van het „risico” tot een ontkennend resultaat komt), dat schrijver afbreekt en ons alleen laat met ons verlangen naar wat hij ons verder over dit cardinale punt zal hebben te zeggen.

Moge onze aan zekere spanning grenzende belangstelling in het vervolg van het werk, contrapraestatie onzerzijds tegenover de daaraan ten grondslag liggende grondige en ernstige studie, binnen niet al te langen tijd bevredigd worden en 't den Heer WICHERS gegeven zijn om in dit opzicht aan redelijke verwachtingen te voldoen. Het onderwerp is thans wel bijzonder actueel!

Augustus 1921

v. G.

J. A. A. BLÖTE, *De nationaliteit van de vereeniging, in het bijzonder van de naamlooze vennootschap.* — Proefschrift, Leiden, 1921.

Onderwerpen van internationaal recht mogen zich in de laatste jaren ten onzent in eene verblijdende belangstelling verheugen. Nu weder, na al hetgeen ons reeds over de nationaliteit der rechtspersonen geboden is, het hierboven vermeld academisch geschrift over dit onderwerp.

„Kan de rechtspersoon eene nationaliteit hebben op denzelfden meta-juridischen grondslag als een natuurlijk persoon?” aldus de vraag, die de schrijver zich vóór alles stelt en die hij ontkennend beantwoordt.

Hier ontbreken de grondslagen, die bij de nationaliteit van den fysieke persoon aanwezig zijn. Geboorte binnen het staatsgebied of uit ouders-onderdanen, blijvende deelneming aan het cultuurleven van den Staat of saamenhoorigheid met diens onderdanen tegenover het buitenland, zij worden bij de rechtspersoon, die daartoe de natuurlijke qualiteiten mist, niet aangetroffen.

In verband hiermede worden vervolgens alle theorieën, krachtens welke eene nationaliteit der rechtspersonen wordt staande gehouden, nagegaan en zonder uitzondering verworpen. Of men vergeet — aldus de schrijver — dat ter bepaling van het begrip „nationaliteit” niet kunnen dienen kenmerken, die gelijkelijk voor burgers en vreemdelingen gelden. In dit opzicht zondigen ISAY en MICHOU, waar zij als maatstaf voor de nationaliteit onderworpenheid aan een bepaalden Staat aannemen en dit criterium op

de rechtspersonen toepassen; immers, die onderworpenheid bestaat voor burgers en vreemdelingen gelijkelijk. Of men verwacht nationaliteit en personeel statuut. Eerst dient toch de nationaliteit vastgesteld, daarna pas komen de vragen ter sprake omtrent rechtssubjectiviteit en staat, welke niet noodzakelijk door de nationale, maar ook door de domiciliaire wet beheerscht kunnen worden, waarbij men voorts denke aan den „heimatlose”, die zonder nationaliteit toch rechtssubject is — in parenthesi, bij ons is de „heimatlose” vreemdeling krachtens art. 12 der Wet op het Nederlandschap en het ingezetenschap —. In dit opzicht schieten te kort schrijvers, die als Arminjon uitgaan van de stelling „la nationalité n'est que le fait de relever d'une souveraineté” en die dan vervolgens, evenals MOLSTER en de schrijver dezer regelen, het behooren tot een Staat voor eene rechtspersoon afleiden uit het feit, dat die Staat haar als persoon, als rechtssubject, in het leven roept. De hier geschetste verwarring vindt men — volgens den heer BLÖTE — voorts bij VON BAR en ZITELMANN, die als grondslag voor de rechten en bevoegdheden der rechtspersoon haar domicilie aannemen; bij JITTA, waar hij zich in de vergadering der Juristenvereniging van 1920 op internationale basis stelde, en bij het internationaal vennootschappencongres, in 1889 te Parijs gehouden, dat het onderzoek naar de nationaliteit der vennootschap vereenzelvigde met dat naar het heerschend recht.

Na al dit afbreken gaat onze auteur nu zelf aan het opbouwen. Daartoe onderzocht hij de positieve wetsbepalingen, die rechtstreeks gegrond zijn op verschil van nationaliteit. De ratio van die voorschriften zal ons aangeven, of al dan niet eene nationaliteit van rechtspersonen bestaat. Dus wordt, met betrekking tot rechtspersonen, de toepasselijkheid nagegaan van de regelen omtrent:

het verbod van grondbezit voor vreemdelingen; wering van vreemdelingen en bevoorrechtiging van nationalen ten aanzien van bepaalde bedrijven; bezit van zeeschepen; het oorlogsrecht; bescherming van onderdanen in het buitenland; den invloed der nationaliteit in het proces; het belastingrecht. Terloops zij opgemerkt, dat ook nog de wet van 7 April 1869 *Stbl.* no. 56 tot afschaffing van artt. 884 en 957 B. W., de artt. 310 j°. 316 en 499 W. v. K., art. 7 der Merkenwet enz. hadden kunnen genoemd worden. Het resultaat van dit onderzoek is: het komt bij de rechtspersoon alleen en uitsluitend aan op de nationaliteit van de individuen, die haar vormen, van de aandeelhouders en leden; de rechtspersoon zelve mist eene nationaliteit.

Mitsdien wil de schrijver voor de vraag, of eene rechtspersoon als vreemdeling of als onderdaan zal gelden, beslissend achten, of de meerderheid der leden of aandeelhouders, die het zeggenschap over de zaken van het lichaam heeft, de meerderheid dus ter algemeene vergadering, de eigen of de vreemde nationaliteit bezit. De practische bezwaren daartegen acht hij zeer wel overkomelijk. Luchtig klinkt het: Het gesteld beginsel „geldt natuurlijk onafhankelijk van den aard der uitgegeven aandeelen. Hiermede is o. i. dus tevens het zoo dikwijls gehoorde bezwaar, dat de nationaliteit der aandeelen niet vastgesteld kan worden, zoo de aandeelen aan toonder luiden, uit den weg geruimd”. Gevaar voor stroomannen? Die kan men bij den rechter ontmaskeren en overigens zijn daartegen wel middelen te bedenken. Rechtsonzekerheid, doordien de algemeene vergadering nu eens zus, dan weer zoo kan zijn samengesteld, terwijl door overdracht, vererving als anderzins der aandeelen voortdurende wisseling van nationaliteit der rechthebbenden en dus ook van het lichaam als geheel te vreezen staat? Dergelijke

ongerieven heeft men te aanvaarden; „een gezonde ontwikkeling van het vennootschapsleven zal door deze en andere bezwaren niet worden tegengehouden of zelfs maar belemmerd”. Zoo luidt de gerustellende conclusie van des schrijvers uitvoerige beschouwingen op dit punt.

De auteur is dus tot eene gelijke slotsom gekomen als MOLENGRAAFF in zijne bekende verhandelingen over het onderwerp. Na nog verklaard te hebben, ook den oud-hoogleraar in zóóver te volgen, dat hij in de rechtspersoon niets meer of anders dan eene naar buiten werkende overeenkomst ziet, zoodat van een personeel statuut ten deze geen sprake kan zijn, gaat de schrijver nu het conflictenrecht, den concursus statutorum in onze materie behandelen en zich afvragen: welke wet beheerscht de onderwerpelijke overeenkomst?

Weder worden tal van wetenschappelijke en wettelijke stelsels gewogen en te licht bevonden. Zoo worden onder anderen achtereenvolgens verworpen: de wet, waaronder de oprichters zelf willen leven en die van het land, waar de overeenkomst tot oprichting werd afgesloten (Fransche congressen), eveneens die van den Staat, welks regeering bewilliging tot oprichting gaf of, meer algemeen, welks wettelijke voorschriften bij de oprichting werden nageleefd (vele Fransche en Engelsche schrijvers, KNOTTENBELT ter vergadering van de juristenvereeniging, enz.). Immers, aldus de heer BLÖTE, de willekeur der oprichters zij geen maatstaf; in al de genoemde stelsels bestaat geen afdoende waarborg tegen fraude hunnerzijds. Volgt de wet van het land, waar het bedrijf gevoerd wordt (vóór allen LYON CAEN en RENAULT, in den grond volgens schrijver ook MOLENGRAAFF), stelsel, dat bij een over meerdere landen verspreid bedrijf tot groote bezwaren aanleiding geeft en den individueelen aandeelhouder niet genoegzaam tegen de vennootschap, als geheel

beschouwd, beschermt. Eindelijk de wet van den bestuurszetel (de meeste wetten, ook de Nederlandsche, de overheerschende Fransche rechtspraak, JITTA, THALLER onder den mits, dat de zetel zij in het land waar het kapitaal geplaatst is, enz.), systeem, dat natuurlijk niet kan worden verdedigd met argumenten, aan de rechtssubjectiviteit der rechtspersoon ontleend, maar dat bovendien de belangen van derden, die met de vennootschap handelden, de schuldeischers, niet in voldoende mate bescherming biedt. En dan komt des schrijvers conclusie: De wettelijke regelen, die gelden voor de organisatie der vennootschap, zijn van openbare orde: als rakende de kern van den vereenigingsvorm volgen zij de vennootschap allereuwe en zijn ze ook in den vreemde van kracht. Geldt het nu de verhouding der vennootschap tegenover de individueele aandeelhouders, dan zou eigenlijk de heerschappij moeten toekomen aan de wet, die uitteraard deze laatsten beschermt, die van hun domicilie. Staat de vennootschap daarentegen tegenover hare schuldeischers, dan is aangewezen de domiciliaire wet van deze laatsten, als te hunner bescherming van nature het meest geschikt, gemeenlijk dus de wet van het land waar de vennootschap haar bedrijf uitoefent. Eene dergelijke splitsing ware echter onuitvoerbaar. De rechtszekerheid zou dusdoende gevaar loopen; bovendien, de wettelijke regelen, die bescherming beoogen van individueele aandeelhouders en van de schuldeischers, laten zich niet gevoeglijk in twee groepen scheiden; men denke al aanstonds aan de Koninklijke bewilliging op de statuten. Dus dient, zij het nood gedrongen, aanvaard de wet van het land, waar de bestuurszetel is gevestigd. Slechts met deze uitzonderingen, 1^o. dat, wanneer het domicilie der aandeelhouders en de uitoefening van het bedrijf in hetzelfde land samenvallen, de wet van dat land van toepassing is, behoudens

dat de wet ter plaatse van den bestuurszetel hare rechten herneemt, als eene obligatieleening in eenen derden Staat is ondergebracht, 2°. in geval van fraude.

Met eenige beschouwingen over het geval, dat de bestuurszetel van het eene land naar het andere verplaatst wordt en over de vereenigingsvormen zonder rechtspersoonlijkheid wordt het geschrift besloten.

Den heer BLÖTE komt de lof toe, dat hij de vragen, die hij zich stelde, met ernst onder oogen gezien en met toewijding behandeld heeft. Of men zijne methode en resultaten zal kunnen aanvaarden? Wij voor ons antwoorden ontkennend. Ook wie over de rechtspersoon in het internationaal recht schrijft, moet vóór alles haar karakter vaststellen. Alvorens men iemands vatbaarheid voor nationaliteit bepaalt, geve men zich eerst reken-schap, wie en wat hij is en hoe het recht hem beschouwt. Zoo deed ook MOLENGRAAFF. Anders onze schrijver. Reeds zijn we meer dan honderd bladzijden ver, reeds is het onderzoek naar de strekking der wetten, die tusschen onderdaan en vreemdeling verschil maken, afgelopen, en nog verkeerren wij omtrent den aard der rechtspersonen in het duister. Totdat wij op blz. 113 vernemen: „Het is onze taak niet, het rechtskarakter van de rechtspersoon te onderzoeken; het moge voldoende zijn, te constateeren, dat de „overeenkomsten“-theorie voor dit gedeelte van het recht de meest juiste is, en daarom hier toegepast verdient te worden”.

Nu spreekt het echter van zelf, dat wie die theorie niet huldigt en in de rechtspersoon een door het recht in het leven geroepen eenheid, persoon, rechtssubject ziet, bij de behandeling der vragen, waarom het hier gaat, anders begint en anders eindigt dan de schrijver.

Stellen wij beide systemen nevens elkander en spreken

wij gemakshalve over het Nederlandsche recht. Beide stelsels nemen als uitgangspunt: de wet op het Nederlandschap en het ingezetenschap doelt alleen op den enkelen mensch en waar onze wetten gewagen van eigen onderdanen en vreemdelingen hebben zij vóór alles de enkele fysieke personen op het oog. Maar dan scheiden zich de wegen.

De eerste gedachtengang is nu verder deze: wanneer de wet de rechten regelt van eigen onderdanen en vreemdelingen, hetzij zij ter zake gelijkheid dan wel ongelijkheid betracht en onverschillig of het om rechten in zake het personeel statuut of om andere gaat, steeds zijn er termen om met betrekking tot die rechten met den natuurlijke eigen onderdaan resp. vreemdeling gelijk te stellen de rechtspersoon, die als persoon haar aanzijn dankt aan het inheemsche resp. het vreemde recht. Al naar gelang eene instelling of menschengroep, vóór dien als eenheid rechtens niet bestaande, voor het eerst in Nederland of in eenen vreemden Staat als rechtssubject in het rechtsleven werd opgenomen, verkrijgt zij de rechtspositie van een Nederlandschen onderdaan of van een vreemdeling. Meer wordt met de nationaliteit des rechtspersoon niet bedoeld. Aldus onze rechtspraak, met name die van den Hoogen Raad, waar het de toepassing geldt van bepalingen betreffende het recht van overdaging, de *cautio judicatum solvi*, de *saisie forcaine* (H. R. 17 Juni 1910, *W. v. h. R.* no. 9045). Zoo ook nog voor kort de Fransche Cour de Cassation, waar zij bij arrest van 15 Juli 1919 overwoog, dat naamlooze vennootschappen, onder de Fransche wetgeving tot stand gekomen, Fransche personen zijn die — op een enkele uitzondering na — dezelfde rechten hebben als de Franschen in het algemeen, zonder dat het feit, dat de aandeelen aan vreemdelingen kunnen toebehooren, daaraan iets afdoet; weshalve die vennoot-

schappen ingevolge de wet van 9 Maart 1918 op de verhuring van huizen het voorrecht van huurverlenging hebben (1).

Thans het stelsel van den heer BLÖTE. Op grond van zijn onderzoek van slechts een enkele groep van rechtsregelen, die welke verschil maken tusschen onderdanen en vreemdelingen, concludeert hij: in het positieve recht komt het aan op de nationaliteit van den natuurlijke persoon, de rechtspersoon heeft geene nationaliteit. Wat eischt nu de logika? Of wel dat bedoelde rechtsregelen betreffende het recht van overdaging, de cautio judicatum solvi, de saisie forcaine enz. niet op rechtspersonen van toepassing zijn, gedachte, door JORDAN verdedigd, maar door onzen schrijver verworpen, omdat dusdoende de rechtspersonen de paria's van het internationaal recht zouden worden. Of wel, dat in den rechtspersoon de leden of aandeelhouders van Nederlandsche nationaliteit de rechten van Nederlandsche onderdanen, de vreemden die van vreemdelingen genieten. Maar dit is onuitvoerbaar! En wat geschiedt nu? De schrijver, die in den aanvang van zijn werk iedere nationale of niet-nationale gezindheid bij eene rechtspersoon had geloofend, die in eene rechtspersoon slechts eene overeenkomst ziet en eene nationaliteit bij haar onbestaanbaar acht, gaat nu zelf aan het construeeren. Met betrekking tot de toepassing van bedoelde wetsbepalingen wordt de rechtspersoon tot eene eenheid geschapen en toegerust met eene nationale of niet-nationale gezindheid, naar gelang van de nationaliteit der meerderheid van de leden of aandeelhouders. Die gezindheid vormt den maatstaf, of de rechtspersoon de rechtspositie erlangt van onderdaan of van vreemdeling. Zij heeft dus eene nationaliteit — in den zin, waarin dit woord

(1) Journal du droit international de Clunet, 1920, blz. 594.

bij rechtspersonen wordt gebezigd en hiermede heeft de schrijver zijne genoemde stellingen alle prijs gegeven.

Nog een enkel woord over het conflictenrecht. Wij zullen thans de overeenkomsten-theorie niet bestrijden, den twijfel onderdrukken die hier rijst: hoe kan b.v. eene naamlooze vennootschap met één aandeelhouder, in wiens hand alle aandeelelen zijn vereenigd of een kerkgenootschap zonder leden als rechtspersoon blijven bestaan, terwijl toch de overeenkomst is teniet gegaan? (1) Verplaatsen wij ons voor het oogenblik naar het internationaal overeenkomstenrecht en herinneren wij ons des schrijvers standpunt, waar hij dit recht op rechtspersonen, in het bijzonder naamlooze vennootschappen, toepast. In zake de organisatie dier vennootschappen treden, volgens hem, twee verhoudingen naar voren, die van de vennootschap tegenover den enkelen aandeelhouder en die tegenover den derde, den schuldeischer. Beide verhoudingen moeten in beginsel beheerscht worden door de wet, die den aandeelhouder of schuldeischer beschermt, zijne domiciliaire wet. Wij zien dit niet in. Mits fraude is uitgesloten, is het het goed recht van de oprichters der vennootschap haar op te richten en haar zetel te vestigen in het land hunner keuze, onder vigeur van het daar geldend recht. Iedere aandeelhouder, die in het kapitaal deelneemt, iedere obligatiehouder of andere schuldeischer, die met haar in verbinding treedt, draagt hiervan kennis of moet geacht worden dit te weten. Waarom nu niet voor de organisatie der vennootschap de wet aangenomen van het van den aanvang af algemeen kenbare land der oprichting en der vestiging van den zetel, welke laatsten, behoudens bij

(1) MOLENGRAAFF, Leidraad (1919), blz. 243; artt. 1699, 1700 B. W. en hunne geschiedenis bij VOORDUIN V, 314, 315.

fraude en latere verplaatsing van den zetel, ten onzent steeds samenvallen? Met betrekking tot die organisatie is de woonplaats van den aandeelhouder of schuldeischer eene toevallige, niet ter zake dienende omstandigheid, die als aanknoopingspunt, bij de vraag naar het toepasselijk recht, geen gewicht in de schaal kan leggen. Waartoe de wet dier woonplaats te doen ingrijpen in de samenstelling der vennootschap, terwijl die samenstelling onder eene andere wet tot stand kwam en dus in hare grondslagen op een andere wet berust? Dat daarmede eene passende en doeltreffende bescherming aan den aandeelhouder of schuldeischer, die tegenover de vennootschap staat, geboden wordt, valt moeilijk te beweren. En dat met name waar het de verhouding tot den schuldeischer den buitenstaander, betreft, de organisatie der eene partij zou moeten worden beheerscht door de domicilaire wet van de andere, is eene stelling, die wel weinig aanhang vinden zal. Over de bruikbaarheid in de practijk van des schrijvers stelsel zullen wij zwijgen, daar hij zelf deze zóó gering achtte, dat hij het systeem voor toepassing niet durfde aanbevelen en behoudens één restant vallen liet.

Doch genoeg critiek en bestrijding. Beter dan met des schrijvers theoretische beschouwingen over het geldend recht kunnen wij ons vereenigen met zijn standpunt in zake het jus constituendum. Met instemming lazen wij, dat ook hij er zich tegen verzet, dat wettelijke voorschriften van algemeenen aard worden gegeven van de strekking om vreemdelingen en vreemd kapitaal uit hier te lande op te richten vennootschappen te weren. Meer dan aan eenig theoretisch stelsel is er ons aan gelegen, dat de wetgever deze richting niet uitga.

Hoofdzaak voor ons is, dat het weren van vreemde invloeden, voorzooveel ongewenscht, aan de vennoot-

schappen zelf wordt overgelaten, een enkel zeer bijzonder geval dan uitgezonderd.

Ten slotte zij uitdrukkelijk gememoreerd, dat verschil van meening waardeering voor des schrijvers werk geenszins uitsluit. Vooral de zelfstandigheid, die hij bij zijne onderzoekingen aan den dag legt, zijn streven langs eigen wegen tot een slotsom te komen, is een uitnemende trek van zijn arbeid. In het bijzonder echter hebben wij van die gedeelten van zijn geschrift met belangstelling kennis genomen, waarin hij de resultaten geeft van de door hem verzamelde en bewerkte binnen- en buitenlandsche wetgeving, rechtspraak en literatuur. Hetgeen hier wordt geboden, dwingt eerbied en erkentelijkheid af en sluit zich waardig aan bij de gegevens, die wij danken aan RAPHAËL POLAK, MOLENGRAAFF EN MOLSTER.

's-Gravenhage

J. KOSTERS

C. G. BIJLEVELD, *Tenuitvoerlegging van buitenlandsche arbitrale vonnissen.* — N. V. Electr. Drukkerij „Volharding”, Amsterdam, 1921.

Dit proefschrift, den 9 Juni 1921 te Utrecht verdedigd, beweegt zich op en om het terrein van art. 431 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, het artikel, dat — gewijd aan de rechtskracht van het buitenlandsche vonnis — onze rechtspraak voortdurend bezig houdt en in verband met het instituut van de arbitrage is van eene nog steeds groeiende actualiteit. *Vóór* de behandeling en ontleding van het wetsvoorschrift zelf geeft Schr. eene — volstrekt noodzakelijke — beschouwing over de contractueele geschilsbeslissing. *Daarna*, als uitbouw van het wetsvoorschrift, zijn de beslissingen van vreemde scheidslieden aan de orde. Het geheel wordt besloten met het toetsen van de verkregen resultaten aan de eischen van het verkeer, waarbij als vanzelf een blik wordt geworpen in de richting van het jus constituendum.

Na eene algemeene inleiding over de rechtspraak (rechtshulp) en met name de procesrechtelijke gevolgen van de rechtspraak buiten Nederlandsch grondgebied houdt ons dus vooreerst de *contractueele geschilsbeslissing* bezig. Als leidend beginsel treedt daarbij op den voorgrond, dat de contractueele geschilsbeslissingen (waarbij partijen over hun geschillen doen beslissen buiten de regels van ons procesrecht om) naar ons recht geoorloofd is, en voorts dat partijen zich mogen verbinden om zich aan het aldus verkregen oordeel te houden en in dit geval de inhoud van dat oordeel geacht moet worden een deel te vormen van de tusschen hen gesloten overeenkomst. Deze contractueele geschilsbeslissing kan worden verbonden aan rechtspraak, d.w.z. vonnissen van overheidsrechters of van — volgens de wettelijke regels rechtsprekende — arbiters, indien n.l. partijen overeenkomen zich aan de uitspraak van den overheidsrechter of den arbiter te zullen houden. Behalve door de regelen van de openbare orde worden de gevolgen van de op deze wijze gegeven beslissingen hierdoor beperkt, dat zij niet mogen gegeven zijn te kwader trouw noch kennelijk onbillijk mogen zijn. Het recht van partijen om op grond van een en ander tegen de gegeven beslissing op te komen kunnen zij niet bij overeenkomst uitsluiten.

De ontleding van art. 431 in het derde Hoofdstuk (Vonnissen van vreemde overheidsrechters) doet Schr. stilstaan bij de verschillende vragen, waartoe deze veelbesproken wetsbepaling aanleiding heeft gegeven. Te dezer plaatse vermelden wij er slechts een drietal. Vooreerst de vraag, of het artikel — over de *uitvoerbaarheid* van vreemde vonnissen handelende — alleen deze heeft willen uitsluiten en dus de andere procesrechtelijke gevolgen, zooals de kracht van gewijsde, erkent, dan wel het beginsel van de niet-erkenning zonder eenig voorbehoud uitspreekt, eene vraag, door Mr. BILLEVELD in laatstbedoelden zin beantwoord. Vervolgens het karakter van de nieuwe behandeling vóór den Nederlandschen rechter (indien conform den regel van art. 431 het vreemde vonnis hier te lande *niet* erkend wordt), eene behandeling geheel losstaande van de in het buitenland voorafgegane, en waarbij dus de zaak geheel opnieuw wordt onderzocht, terwijl die behandeling leidt niet tot de uitvoerbaarverklaring van de vreemde uitspraak maar tot een geheel zelfstandig Nederlandsch vonnis. En tenslotte ontmoeten wij *hier* het zoeven besproken onderwerp van de contractueele geschilsbeslissing; hebben partijen een buitenlandschen rechter aangewezen om hun geschil te beslissen, dan is er *wilsovereenstemming* in dien zin, dat ook zonder uitdrukkelijke bepaling zij geacht moeten worden zich te onderwerpen aan het uit te spreken oordeel, zoodat zij aan die uitspraak gebonden zijn en nakoming van de daaruit geboren verplichting in Nederland kan worden afgedwongen.

Onmiddellijk hieraan sluit zich aan het vierde hoofdstuk, handelende over de beslissing van vreemde scheidslieden. Schr. acht art. 431 niet alleen van toepassing op vonnissen van vreemde overheidsrechters maar ook op vreemde arbitrale vonnissen, voor zooverre de vreemde wetgever arbitrale uitspraak toelaat. Ontkennend beantwoordt hij voorts de vraag, of de vreemde arbitrale uitspraak kan worden voorzien van het exequatur van ons art. 642 Rechtsvordering, vooral op grond van deze overweging, dat op deze wijze de vreemde beslissing hier te lande uitvoerbaar zou worden zonder onderzoek van de zaak zelve en dus feitelijk het verlenen van het exequatur zou neerkomen op eene ontduiking van art. 431. Hij trekt daarna ten aanzien van de contractueele geschilsbeslissing de paralel met de overheidsrechtspraak, de materieel-rechtelijke gevolgen ook van de vreemde *arbitrage* erkennende en deze verdedigende tegenover hen, die daarvan niets willen weten, om tenslotte na te gaan, *wanneer* mag worden aangenomen, dat er eene overeenkomst bestaat om de arbitrale uitspraak na te leven, m.a.w. *wanneer* de wil om ook materieelrechtelijk gebonden te zijn bij partijen moet worden ondersteld.

Het proefschrift eindigt met eenige opmerkingen over „Wenschelijk Recht”. Het is het motief van de mogelijkheid van *onbillijkheid* der vreemde vonnissen en beslissingen, hetwelk hier nogmaals weerklinkt, eene onbillijkheid, waartegen onze rechtspraak door de toepassing van art. 1374 B. W. (den eisch stellende van uitvoering van de overeenkomst te goeder trouw) zou kunnen reageeren. Eene tweede verbetering van den bestaanden toestand ware te verkrijgen, indien aan den crediteur de bevoegdheid werd verleend om conservatoir beslag te leggen op het goed van den debiteur, dat deze gedurende het in den vreemde gevoerd proces (hetwelk met zijne veroorderling eindigt) naar Nederland in veiligheid heeft gebracht. Het derde punt, door Schr. behandeld, betreft de vraag van eene mogelijke algemeene erkenning hier te lande van de vreemde vonnissen; hij acht die algemeene erkenning onmogelijk maar pleit voor het sluiten van collectieve verdragen met een aantal andere Staten over een speciaal soort zaken, waarbij de vonnissen van die Staten worden erkend. Eindelijk oppert hij ernstige bedenkingen tegen het denkbeeld om voor vreemde arbitrale uitspraken het exequatur verkrijgbaar te verklaren, bedenkingen o.a. gegrond op de overweging, dat ten aanzien van het recht en van de billijkheid de *vreemde* arbitrage in ongunstiger positie dan de Nederlandsche arbitrage verkeert.

Men ziet, dat in een betrekkelijk beknopt bestek (78 blz.) onze Schr. een aantal — waaronder verscheidene principieele — vragen heeft behandeld. Over menige strijdvraag had hij zijn oordeel te formuleeren en hij deed dit op duidelijke en deugdelijke wijze. Streng systematisch gaat hij daarbij te werk, scherp afbakende en na de behandeling van een onderdeel resumeerende, teneinde telkens vast te stellen, hoever hij op den af te leggen weg gevorderd is. Soms vervalt hij daarbij in zekere ietwat comisch aandoende oratorie, b.v. „Het oogenblik is thans gekomen om na te gaan . . .”, maar zulks worde beschouwd als uiting van de opzichzelf prijzenswaardige begeerte om de verschillende te behandelen punten voor den lezer goed uit elkander te houden.

Hier en daar was eenige meerdere uitvoerigheid wel gewenscht geweest. Zoo b.v., waar Mr. BILLEVELD (op blz. 33) de bekende artikelen van Prof. MEIJERS over Aanvulling en uitlegging van overeenkomsten door één der partijen (W. P. N. R. 2420—2422) op zijn weg ontmoet en zich stelt tegenover de opvatting, dat partijen rechtsgeldig zich te voren kunnen onderwerpen aan eene eventueel onbillijke beslissing van den arbitrator, en dus dit beding van onherroepelijke gebondenheid bij onbillijkheid verwerpt. Eenerzijds accentueert hij in zijn zeer summier betoog niet voldoende het wezenlijk onderscheid in rechtskarakter tusschen de beslissingen van den

arbiter en die van den arbitrator. Anderzijds had hij te dezer plaatse moeten ingaan op het verschil tusschen het beding waarbij aan ééne der partijen de beslissing wordt opgedragen en het beding, waarbij partijen zich aan het oordeel van een derde onderwerpen, en had hij van hieruit de vraag, of de onvoorwaardelijke onderwerping aan het oordeel van een derde in strijd is met ons recht, moeten benaderen. — Als tweede voorbeeld neem ik bldz. 65, waar Mr. B. aan Mr. KOKSMA's betoog, dat het compromis niet meer is eene overeenkomst van materieel burgerlijk recht maar eene procesrechtelijke overeenkomst (Rechtsgeleerd Magazijn 1918, blz. 259 vlg.), meer recht had moeten doen wedervaren. Met name had hij van zijn standpunt het door genoemden Schr. gebezigd argument, dat niemand de werking en de gevolgen van een overeenkomst tusschen partijen om hun geschil te onderwerpen aan een *anderen* dan den volgens de wet daarvoor aangewezen rechter zal beoordeelen naar de regels van het B. W. omtrent wederkeerige overeenkomsten, rechtstreeks moeten aanvallen en zoo mogelijk in het hart moeten treffen.

Over het proefschrift als geheel kunnen wij ons oordeel aldus formuleeren, dat het eene verdienstelijke arbeidsproeve is, eene te waardeeren bijdrage levert tot de kennis van een zoowel theoretisch als practisch belangrijk en bovendien actueel vraagstuk, en goede verwachtingen doet koesteren voor de wetenschappelijke toekomst van den jongen doctor.

November 1921.

v. G.

Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht, door
Prof. Mr. D. SIMONS, hoogleeraar te Utrecht.
— Eerste deel. Algemeene leerstukken. Vierde
druk. — Groningen, P. NOORDHOFF, 1921.

Een vierde druk, zeventien jaren na de verschijning van den eersten druk, ziedaar een zeer gunstig verschijnsel voor een juridisch leerboek. De schrijver zegt dan ook in zijn voorwoord: „Spoediger dan ik had mogen verwachten — de derde druk dagteekent eerst van 1917 — werd ik geroepen tot de bewerking van een nieuwen druk van het eerste deel van mijn *Leerboek*”. Hij schreef dat in Augustus 1921 en reeds in November van dat jaar verscheen het boek. Ik wensch mr. SIMONS van harte geluk met dien welverdienden voorspoed en hoop met hem dat het werk, ook in zijn nieuwe gedaante, aan de beoefening van ons strafrecht ten goede zal komen.

Van letterkundige werken zijn uit den aard der zaak, wegens de meerdere lezers, meer drukken te verwachten dan van rechtsgeleerde. Zoo trok het mijn aandacht, dat de Haarlemsche uitgevers, de Erven F. BOHN, dezer dagen het verschijnen aankondigden van den 33sten druk der „*Camera Obscura*” van HILDEBRAND. Dat geschiedde wel is waar meer dan tachtig jaren na de verschijning van den eersten druk en achttien jaren na het overlijden van den bekenden auteur, NICOLAAS BEETS, maar het is toch een treffend bewijs van den uitnemenden kijk, die deze op de wereld heeft gehad. Moge het ook aan het werk van SIMONS althans niet aan nog vele drukken ontbreken!

Deze druk is veel uitgebreider dan de vorige drukken en beslaat 406 bladzijden. Er is dan ook, al bleef de inhoud in hoofdzaak dezelfde, veel gebruik gemaakt van het in omvang in den laatsten tijd zeer toegenomen strafrecht van de bijzondere wetten. Ofschoon in de lijst dier wetten niet zijn opgenomen de wetten betreffende het fiscale strafrecht, behalve die op de rijks directe belastingen, heeft deze lijst een zoo bedenkelijken omvang gekregen, dat mr. SIMONS er ernstig over gedacht heeft haar weg te laten. Gelukkig is hij daartoe niet overgegaan, daar vooral voor de practijk deze lijst groote waarde heeft.

Natuurlijk ontbreken de wijzigingen niet, in den laatsten

tijd gebracht in het geodificeerde strafrecht en ook dat is een groot gemak voor de bezitters en raadplegers van dezen druk, men zie vooral de bladzijden 53 en 54. De door mij bedoelde lijst wordt gevonden van bladzijde 57 tot en met bladzijde 64 (1). Waar het pas geeft vindt men in noten ook melding gemaakt van niet in de lijst vermelde wetten. Zoo vindt men o. a. op blz. 384 en 385 de wet van 28 Juli 1920 (*Stbl.* 619) vermeld, met het daarover uitgekomen werk van P. R. BLOK. In die wet komen bepalingen voor waarbij de verbeurdverklaring wordt toegelaten in daar genoemde gevallen, met de bedoeling dat zij zouden gelden *ook* ten aanzien van voorwerpen, niet aan den veroordeelde toebehoorende, in afwijking van art. 33 van het Wetboek van Strafrecht betreffende verbeurdverklaring van goederen. Een denkbeeld van mr. VISSER VAN IJZENDOORN om dit uitdrukkelijk in de wet neer te leggen, vond intusschen geen ingang, men vreesde voor het argumentum a contrario ten aanzien van de artt. 214, 223 en 234 met algemeen imperatief karakter. De Minister oordeelde de toevoeging juist om die artikelen overbodig en wees op art. 4 der wet van 22 Februari 1917. Naar zijn oordeel wordt de speciale bepaling niet beheerscht door het algemeene voorschrift. Mr. SIMONS acht deze bewering van den Minister onjuist. Hij is overigens zoo bescheiden om in zijn voorwoord te zeggen dat hij wel eenige nieuwere speciale voorschriften over het hoofd zal hebben gezien, hoewel hij beproefd heeft zooveel mogelijk melding daarvan te maken. Indien het al het geval mocht zijn, zal het uiterst zelden voorkomen bij een zoo nauwkeurige behandeling als door dien schrijver is geschied, ook van literatuur en jurisprudentie.

Een sprekend voorbeeld van de vermelding der nieuwste literatuur geeft de mededeeling (2) van het zeer onlangs in *Themis* voorkomende artikel van mr. P. M. TRAPMAN over het afdwalingsprobleem in het strafrecht. De rechtspraak wordt niet alleen bijgehouden, maar ook tevens dienstbaar gemaakt aan het uiten van verlangens met betrekking tot de wetgeving. Zoo vinden wij ter sprake gebracht het door den Minister REGOUT ingediende en door Minister ORT gewijzigde zoogenaamde psychopathen-ontwerp. Dat die nog in voorbereiding zijnde wet dringend noodig is, kan volgens den schrijver o. a. blijken uit het vonnis der Rechtbank te Almelo van 16 November 1920, *W.* 10645 (vernietigd door Hof Arnhem 10 Februari 1921, *W.* 10715). Schrijver verwijst

(1) Een lijst der bijzondere wetten, waarbij de schending van opgelegde geheimhouding, ook ingeval van schuld, is strafbaar gesteld, vindt men op blz. 237.

(2) Zie SIMONS, blz. 202.

verder naar het artikel van mr. LEENDERTZ in hetzelfde nummer, voorts naar mr. DE BIE in *W.* 10641, naar de opmerkingen in *W.* 10228 naar aanleiding van het in noot 2 vermelde Arnhemsche arrest en het vonnis der Rechtbank van Amsterdam van 18 Februari 1921, met onderschrift van Professor TAVERNE, thans lid van den Hoogen Raad, in *N. J.* 1921, blz. 373.

Dat nieuwe arresten vermeld zijn, blijkt o. a. uit een arrest van den Hoogen Raad van 10 Mei 1920; *W.* 10579 over het voor strafbare poging vereischte „onmiddellijke” verband der handeling waarop het opzet des daders gericht was. Een nader arrest van 28 Juni 1920, *W.* 10617, alleen van „zoodanig” verband, dat poging kan worden aangenomen (1). Bij een arrest van 21 Februari 1921, *W.* 10717, is aangenomen dat er sprake was van een behulpzaam zijn bij het plegen van een misdrijf en dus van medeplichtigheid bij het *verschaffen* van de gelegenheid daartoe, niet van het *toelaten*. Hij die, met het toezicht belast, een ander de vrije hand laat om zijn misdrijf te plegen, kan geacht worden daartoe de gelegenheid te verschaffen (2).

Als een belangrijke nieuwe beslissing wordt o. a. op blz. 127 vermeld de sententie van het Hoog Militair Gerechtshof van 8 Februari 1921, *W.* 10685, waarbij de burgerrechtelijke causaliteit voor het strafrecht toepasselijk wordt verklaard.

Op blz. 271 behandelt de schrijver eenige eigenaardigheden, voorkomende in de latere bijzondere wetten. Zoo wordt in art. 85, lid 1 der Veewet van 1920 (*Stbl.* 153) bepaald, dat hij die last geeft tot het plegen van een feit, waarop bij die wet straf is gesteld indien dat feit wordt gepleegd, geacht wordt dader te zijn. Zeer eigenaardig acht de schrijver art. 4 der Schepenuitvoerwet van 1916, in welke bepaling een vermoeden van daderschap wordt gevormd, dat volgens lid 3 vervalt, indien blijkt, dat het feit is gepleegd buiten toedoen van den als dader aansprakelijk gestelden eigenaar. Met lid 2 van art. 4 vergelijk men art. 19 der Oorlogszeengevallenwet van 1915 en art. 5, lid 3 van de Nood-Boschwet van 1917.

Over de vrijheidstraf deelt mr. SIMONS wel mede wat er sinds 1917 (derde druk) opmerkelijks heeft plaats gehad, maar houdt hij geen beschouwingen. Hij vermijdt daardoor de behandeling van in Amerika voorkomende proefnemingen, waarvoor Nederland in elk geval blijkbaar ook door hem niet rijp wordt geacht, al was de onderdirecteur van Veen-

(1) Zie SIMONS, blz. 147.

(2) Zie SIMONS, blz. 293.

huizen H. C. C. FRANK, blijkens het jaarverslag 1919 van het Nederlandsch Genootschap tot zedelijke verbetering der gevangenen, blz. 41—52, niet afkeerig van het zoogenaamde stelsel van zelfregeering der gevangenen onder den directeur THOMAS MOTT OSBORNE (1). Hij nam er intusschen op kleine schaal een proef van, waarvan hij de mislukking erkende.

Hij liet de gevangenen een voorman benoemen. Er bleek echter dat gekozen was een der meest onbetrouwbare ernstige misdadigers!

Daar de inhoud van dezen vierden druk in hoofdzaak dezelfde bleef als die van den vorigen, kan ik daarover kort zijn. Het werk is niet van karakter veranderd. Slechts een paar opmerkingen acht ik mij verplicht te maken. In het geschiedkundig gedeelte spreekt de schrijver van het ontwerp van 1827. Hij deelt daar mede, dat het zich kenmerkte door nauwe aansluiting aan het Crimineel Wetboek van 1809. Hij had daaraan de lof toegekend dat het een uitnemende arbeid was en het strafstelsel betrekkelijk zacht. Dit nu is zeker niet het geval met het ontwerp van VAN MAANEN van 1827, dat door den Heidelbergschen hoogleeraar MITTERMAIER werd gestempeld als een monsterkaart van misdrijven en straffen. Het ondervond dan ook algemeene afkeuring als in strijd met de meer en meer veldwinnende penitentiare denkbeelden (2). Dat had nevens de technische aansluiting mijns inziens in elk geval moeten worden vermeld.

Over de niet-vermelding van het academisch proefschrift van mr. A. M. B. HANLO, later vice-president van den Hoogen Raad, heb ik reeds vroeger geklaagd. Ik sloot mij toen aan bij de klacht van mr. A. A. DE PINTO, in zijn beoordeeling van den eersten druk. Dat in 1867 te Leiden verdedigd proefschrift heeft tot onderwerp: de samenloop van misdrijven volgens de hedendaagsche wetgevingen. Daarin wordt verdedigd het hier te lande niet aangenomen en ook zeer bestreden stelsel van § 74 van het Duitsche Strafwetboek ten aanzien van den meerdadigen samenloop van misdrijven. Het geldt daarin een straf voor alle feiten samen, doch met verscherping van het zwaarste maximum. Het neemt aan dat de lichtere straf wordt opgelost in de zwaardere, als een collectieve (Gesammtstrafe) ter zake van al de gepleegde misdrijven, die boven het maximum kan worden uitgesproken binnen zekere door de wet te stellen grenzen (15 jaren tuchthuis, 10 jaren gevangenisstraf, 15 jaren

(1) Zie daartegen mijn artikel in de «Tijdspiegel» van 1 April 1920.

(2) Zie de Rechtsgeleerde Bijdragen van DEN TEX en VAN HALL, III, blz. 574 en A. J. VAN DEINSE, de algemeene beginselen van strafrecht.

vestingstraf). Het berust op de door mr. HANLO verdedigde gedachte dat de rechtsgrond der straf in niets anders gelegen is dan in de strafwaardigheid van den booswicht en dat deze afhangt van de zedelijke schuld, welke is uitgedrukt in het zwaarste misdrijf, vermeerderd door de andere geringere misdrijven. Het heet daar wel: *quot delicta tot poenae*, maar het sluit zich aan bij het absorptiestelsel (*poena major absorbet minorem*).

Het is dus evenmin een zuiver cumulatiestelsel als het in Nederland aangenomene, dat o. a. verdedigd werd door mr. L. E. VAN PETERSOM RAMRING, in zijn in 1885 te Utrecht door mr. D. SIMONS wel aangehaald proefschrift (1). Het in art. 57 van ons Wetboek gehuldigde stelsel van gematigde cumulatie werd zelfs in Duitschland verdedigd, o. a. door JOSEF ROSENBLATT (2).

Mijns inziens kan tot verontschuldiging niet worden aangevoerd, dat het proefschrift van veel vroegeren datum is. Er worden door den Schr. proefschriften aangehaald van 1857 en o. a. het mede in 1867 verdedigde proefschrift van mr. C. H. B. BOOT over de plaats des misdrijfs.

Dat zijn intusschen opmerkingen, die de waarde van het werk niet verminderen. Gelijk ik reeds in een vroegere aankondiging deed, beveel ik het — ook thans in zijn uitvoeriger gedaante — ten zeerste aan. Niet alleen de studenten maar ook de mannen der practijk zullen er groot nut van hebben.

Mr. J. DOMELA NIEUWENHUIS

(1) Bijdrage tot de leer van den samenloop van strafbare handelingen, blz. 112 vlg.

(2) Die Strafenconcurrentz, 1879.

Mr. H. L. A. VISSER, *Collectief-psychologische omtrekken*; 235 blz. — Haarlem, H. D. TJEENK WILLINK EN ZOON, 1920.

Schrijver heeft bescheidenlijk aan den hierbij aan het wetenschappelijk publiek aangeboden arbeid den naam van *Omtrekken* gegeven. Zooals hij in zijn Voorwoord aangeeft, achtte hij 't voorbarig om reeds thans eene *systematiek*, d.w.z. eene systematische verhandeling over den geest van samenleving of gemeenschap te geven. Wèl achtte hij 't mogelijk de omtrekken aan te geven, langs welke een onderzoek in deze richting zich zal kunnen bewegen.

Na eene inleiding, handelende over de mogelijkheid en het nut van collectieve psychologie en over de verschillende methoden van onderzoek, verdeelt hij de te behandelen stof in vier gedeelten.

Vooreerst de *onderscheiding* van de verschillende soorten gemeenschappen, waarin zich collectief-psychische verschijnselen voordoen. Erkennende, dat het onderzoek in deze richting onbegrensd is en voor hem, die naar de bedoelde onderscheidingen speurt, een schier onmetelijk gezichtsveld zich opent, komt hij tot een zestal groepeeringsen. Hij maakt ten aanzien van de collectiviteiten een zestal tegenstellingen: natuurlijke en beschavingscollectiviteiten; min duurzame en meer duurzame; min uitgebreide en meer uitgebreide; plaatselijke en niet-plaatselijke; min ideeële en meer ideeële; zich meer door homogeniteit en zich meer door heterogeniteit kenmerkende collectiviteiten.

Deze indeeling wijst den weg aan, welchen de schrijver bij zijn thans volgend onderzoek zal volgen, het onderzoek naar het hoofdkarakter van de collectief-psychische problemen en verschijnselen. Zoo brengt de tegenstelling tusschen natuurlijke en cultureele gemeenschappen ons tot de vraag naar het bestaan van sociale ideeën in de primitieve gemeenschappen en tot het vraagstuk, van welke momenten afhankelijk zijn verzwakking of wel versterking van de sociale denkbeelden. Zoo leidt de onderscheiding tusschen min-ideeële en meer-ideeële collectiviteiten tot het bepalen van de geestelijke intensiteit binnen bepaalde groepen of groepsvormen. Zoo brengt de vraag van de al dan niet homogeniteit der groepen het punt van de al dan niet gelijkvormigheid van het psychisch gebeuren naar voren. Uit

den bonten inhoud van dit gedeelte troffen mij meer in 't bijzonder de bladzijden (81 vlg.), gewijd aan het altijd interessante en boeiende probleem van de psychologie van de „menigte” (bijna steeds geleid door haar oogenblikkelijk gevoel, speelbal van alle uitwendige prikkels en slaafs de ontvangen impulsies volgende, kennende slechts absolute waarheid en absolute dwaling en daardoor autoritair en onverdraagzaam). Daarnaast de bladzijden (87 vgl.), gewijd aan de *leiding*, welke bijna altijd bij de groepen, ook de abnormale groepeeringsen, te constateeren valt, en, daarmede verband houdende, de *autoriteit*, waarvan weder is te onderscheiden het *prestige*.

In het derde gedeelte, Beginselen waardoor collectief-psychische verschijnselen worden beheerscht, wordt achter-eenvolgens gehandeld over algemeene wetten, over factoren die de maatschappelijke ontwikkeling beheerschen, over suggestie, over imitatie. Drie onderwerpen mogen te dezer plaatse met name onze aandacht trekken. Vooreerst de rol, welke bij den maatschappelijken ontwikkelingsgang de *illusie* vervult, de illusie, waardoor den mensch gedachten worden gesuggereerd welke hem in „extase” brengen, en waardoor hij met magische kracht tot eene bepaalde idee wordt aange trokken, de illussie, welke van zoo menige beweging de oorzaak en de ondergrond is en in dien zin mede hefboom is van de wereldgeschiedenis. Voorts de *suggestie* (blz. 146 vlg.), een wetenschappelijk nog onvoldoende gekend verschijnsel, maar waarvan in ieder geval de invloed thans nog van buitengewone beteekenis is en hetwelk o.a. bij de ontwikkeling van het kind een zeer belangrijke rol speelt. En tenslotte de *imitatie*, een verschijnsel, waaraan Schr. niet zulk eene beteekenis hecht als b.v. TARDE maar toch — naast andere factoren der maatschappelijke ontwikkeling — eene plaats toekent, een verschijnsel intusschen, waartegenover de drang naar individualiteit (de begeerte om een persoonlijkheid te zijn) steeds in werking is, zoodat de gevallen van zuivere imitatie langzaam en geleidelijk beloven af te nemen.

Het laatste gedeelte van Mr. VISSER's geschrift, Omtrekken der collectief psychische ontwikkeling, geeft een uitvoerig overzicht van WUNDT's Volkerenpsychologie, om vervolgens te zoeken naar aanknoopingspunten aan die leer voor eene meer universeele genetische collectieve psychologie, en zulks wat betreft de taal, de kunst, de religie, recht, maatschappij en cultuur, wijsbegeerte en wetenschap. Van dit — voor resumentie uiterst moeilijk — gedeelte vermeld ik hier twee punten, welke wel speciaal mogen worden genoemd. Vooreerst het verwerpen van eene kunstmatige wereldtaal en het eeresalut, door Mr. VISSER gebracht aan VAN GINNEKEN, „een vorschcr van den eersten rang, die naast WUNDT een waar-

dige plaats inneemt". En voorts zijn pleidooi voor een lof- of belooningsrechtsinstituut, een instituut, waaraan de behoefte zich meer en meer doet gevoelen en dat tenslotte (na het particulier initiatief), evenzeer als de veroordeeling tot straf, door de rechterlijke macht zou moeten worden ter hand genomen. Wellicht zou het lof- of belooningsrecht erin kunnen slagen om meerdere rechtvaardigheid in de wereld te brengen.

Het is niet gemakkelijk om over de waarde van den hier besproken arbeid een eenigszins goed gemotiveerd en goed gedocumenteerd oordeel uit te spreken.

Het geschrift getuigt eenerzijds van groote belesenheid en ernstige studie, en heeft anderzijds de verdienste, dat èn door de keuze van het onderwerp èn door het opwekken tot nadenken en verder onderzoek zekere suggestieve kracht daarvan uitgaat.

Hiertegenover staat, dat de voorstellingswijze, juister gezegd: de uitdrukkingswijze, vaak niet die klaarheid heeft, welke in 't algemeen aan eene wetenschappelijke verhandeling hare aantrekkelijkheid verleent, en welke ook bij een moeilijk, veelzijdig en ten deele abstract onderwerp als het door onzen schrijver gekozen zeer goed mogelijk is. De zinsbouw is meermalen zwaar en de zin zelf, ook door m. i. niet volledige interpunctie, minder overzichtelijk. Ook valt soms te constateren eene te groote voorliefde voor vreemde woorden, waarvan het overdadig gebruik een minder aangenamen indruk van „geleerdheid" maakt.

Daarbij komt, dat in den *omvang* van behandeling van al de verschillende onderdeelen, waarin het gekozen onderwerp zich splitst, m. i. de gewenschte evenredigheid niet altijd is in het oog gehouden. Aan WUNDT's Volkerenpsychologie is een betrekkelijk te ruime plaats (blz. 164—190) toegekend. Daartegenover staat, dat enkele andere punten, op zich zelf van groot belang, ook in het kader van het geheel nog meer tot hun recht hadden kunnen komen. Als voorbeelden noem ik het door Schr. slechts zeer summier (blz. 68 en 69) behandelde punt van de bevangenheid van collectieve denkbeelden op zuiver wetenschappelijk gebied, en de opmerkingen (bl. 85) omtrent de „prikkelende werking" van het *samenzijn*, m. a. w. omtrent den invloed van de onderlinge gedachtenwisseling op de juistheid van de te nemen beslissing. Ook de vraag van de psychologische verklaring, *waarom* de orthodoxe geloofspredding meer ingang vindt dan de moderne (blz. 213) kon — begrijpelijkerwijze — slechts heel vluchtigjes worden aangetipt.

Ten slotte, wat de waardeering van het geschrift als *geheel* aangaat, als wetenschappelijk product, ben ik van oordeel,

dat meer concentratie en hier en daar eenige beperking, het scherper teekenen van de groote lijnen en meer accentueeren van de leidende gedachten, aan het werk zou zijn ten goede gekomen. De door Mr. SLINGENBERG bij de beoordeeling van Mr. VISSER's vorig geschrift gewraakte fouten — n.l. vertroebeling door de massa opgejaagde stof, het ontbreken van eene vaste lijn, en de veelheid van de afdwalingen (*Themis* 1917 blz. 532) — heeft schrijver thans blijkbaar wel eenigszins trachten te vermijden. Geheel vermeden heeft hij ze echter niet. Daardoor is ook de lectuur van *dit* geschrift vermoeiend en werkt zij hier en daar verwarrend, en kan het door den Schr. bereikte resultaat, ondanks de aan zijn onderwerp besteede moeite en gegeven toewijding, niet als daaraan evenredig d. w. z. als voldoende bevredigend, worden beschouwd.

v. G.

De ontwikkelingsgang van het Strafrecht, door
mr. dr. P. VAN HEYNSBERGEN, substituut-
officier van Justitie te Amsterdam. — *Alphen
aan den Rijn*, N. SAMSON. 1921.

Het hier bedoelde geschrift, 27 bladzijden groot, is het eng gedrukte manuscript van een lezing door den schrijver den 26sten October j.l. voor den Bond van Inspecteurs bij de Amsterdamsche politie gehouden. Waar de eerste dertien bladzijden meer bijzonder betrekking hebben op het verleden en loopen tot 1 September 1886, den dag van de invoering van ons thans geldend Wetboek van Strafrecht, vindt men in het tweede gedeelte de ontwikkeling van het hier te lande vigeerend Strafrecht sedert dien datum. Natuurlijk treden de kinderwetten en de invoering der voorwaardelijke straffen op den voorgrond, maar de schrijver laat niet na op den invloed der moderne richting — wie een richting in discredit wil brengen noeme haar orthodox of klassiek — te wijzen. Een voorstander dier richting is hij echter niet.

Naar het hem voorkomt is de eenzijdigheid der modernen gelegen in het feit, dat zij de misdaad alleen als een anti-maatschappelijk feit, niet als eene onzedelijke gedraging beschouwen en wanneer prof. VAN HAMEL in zijn Inleiding schreef: „Het misdrijf is een maatschappelijk verschijnsel „en niet een maatschappelijk euvel, den maatschappelijken „vrede bedreigend een sociaal-pathologisch verschijnsel”, dan acht mr. v. H. die woorden niet juist. Het strafrecht richt zich zijns inziens voor een groot deel tegen daden, die in strijd zijn niet alleen met de belangen der maatschappij, maar ook met zedelijke geboden, daden, die onherstelbare verliezen veroorzaken en anderen in hunne diepste gevoelens krenken. Datgene wat een misdaad als moord, verkrachting of schending van kinderen beteekent, voor het slachtoffer of de naaste verwanten dikwijls het allerzwaarste leed, dat den mensch kan worden aangedaan, eischt boete, eischt vergelding ter bevrediging van het rechtsgevoel. Wie dezen eisch verworpt, neemt de kern van het strafrecht weg en handelt tegen de menschelijke natuur.

Nu is mr. v. H. niet persé tegen de voorwaardelijke veroordeeling maar, waar deze wordt toegepast, brengt de vergeldingseisch een offer aan de utiliteit. Daartegen bestaat echter geen bezwaar, want dit waardeert de schrijver in de

moderne school en schijnt hij van haar over te nemen, dat zij bij de toepassing van het strafrecht vooral verlangt praktisch en nuttig te zijn.

Vandaar, dat hij, volgens wien het volmaakte op het terrein van het strafrecht nog niet is bereikt bij de hervorming twee richtsnoeren niet wil zien verwaarloosd:

1°. dat de executie en de vorm der straffen nuttig en praktisch moeten zijn;

2°. dat het opleggen van straf niet behoeft uit te sluiten het nemen van beschermingsmaatregelen, die echter de straf niet mogen vervangen.

Waar deze studie, die zich aangenaam laat lezen, aan *Themis* ter beoordeeling is toegezonden, meen ik een enkele opmerking niet te mogen achterwege laten.

Wat het eerste gedeelte der rede betreft moet men niet uit het oog verliezen, dat men te doen heeft met een rede. Nu is het een eerste plicht van een redenaar — hoeveel pleiters zien dit niet bij hun pleidooien over het hoofd — dat men steeds zijn hoorders tot luisteren moet dwingen.

Ik duid het daarom den schrijver geen oogenblik euvel, dat hij meermalen het oude strafrecht besprekende, bijzonderheden heeft medegedeeld, die schoon niet nieuw toch voornamelijk waarde hebben, omdat zij de aandacht van het publiek zullen hebben getroffen. Toch waag ik de vraag te stellen of dit historisch overzicht niet aan waarde zou hebben gewonnen, wanneer men een bepaald tijdperk der geschiedenis behandelende steeds gewezen had op het verband tusschen het toen bestaande strafrecht en de toenmaals heerschende denkbeelden omtrent de menschelijke aansprakelijkheid en de taak der overheid, „alles in onderling verband en samenhang” met de toen bestaande macht dier overheid en de economische omstandigheden waarin de bevolking verkeerde.

Doet men dit, dan kan men niet spreken van de middeleeuwen, maar zal men verschillende tijdvakken, ieder voor zich, moeten bespreken, ik wijs b.v. op het tijdvak van het latere Romeinsche keizerrijk, de periode der Germaansche volksrechten, die der vroegere en die der latere feodaliteit, den tijd der renaissance, der hervorming, der zeventiende en der achttiende eeuw, die der Biedermeierzeit en die der liberale periode.

Dit alles eenigszins behoorlijk te behandelen was in een zoo kort bestek niet mogelijk. maar wanneer men zich nu eens tot enkele perioden beperkt had?

Misschien is mr. v. H. bereid zoo iets nog eens in eene nieuwe studie uiteen te zetten. In *Themis* althans biedt de redactie hem daarvoor gaarne beschikbare ruimte.

Omtrent het tweede gedeelte der rede zal ik nog korter trachten te zijn.

De opvatting die men omtrent de grondprincipes van het strafrecht heeft is in sterke mate afhankelijk van de levensbeschouwing die men meent te moeten huldigen. Neemt men bij den normalen mensch het bestaan aan van een vrijen wil, acht men zoodanig persoon ook zedelijk aansprakelijk voor zijne daden, erkent men het bestaan der zonde, dan kan men geen vrede hebben met opmerkingen als die van wijlen prof. VAN HAMEL, dat men de begrippen van toerekenbaarheid en straf maar het beste doet uit te wisschen.

Al erkent men volkomen, dat het een eerste plicht is van het staatsgezag de orde te handhaven, dan zal men toch, juist omdat men meent, dat de Staat daarnevens nog een andere verplichting heeft om namelijk ook het recht te handhaven, met de moderne leer geen vrede kunnen hebben.

Maar daaruit volgt geenszins, dat men evenals meerdere voorstanders der vergeldingsleer, zonder echter dat deze leer daartoe noopt, hoofdzakelijk zou moeten vragen naar de daad en den persoon van den dader op den achtergrond zou moeten schuiven. Terecht leert mr. v. H., dat het niet juist is een scherpe tegenstelling te maken tusschen daad en dader. Deze zijn één, gelijk de boom en de ongeplukte vrucht. Maar, wanneer men dit met hem eens is, kan men geen vrede hebben met een strafwetboek zonder schuld en zonder straf, doch zal men evenzeer straffen moeten verwerpen, die in den regel den dader niet verbeteren, maar zijn zedelijk peil doen dalen. Het gezond verstand niet alleen, maar ook de zedelijkheid, die het als regel met de eischen der praktijk wonderlijk kan vinden, verzetten zich daartegen.

Wat men op grond eener op zich zelf juiste theorie meermalen geëischt heeft, is somtijds niets anders geweest dan een groote dwaling waartoe men niet gekomen zou zijn, wanneer men zich geïnspireerd had met den geest van het Christendom.

Welk een goeden invloed heeft in deze materie niet menigmaal het canoniek recht gehad!

Zouden ettelijke wijzigingen, die ons strafwetboek in de laatste decennien heeft ondergaan en die niet in strijd zijn met de nieuwe leer, alleen te rechtvaardigen zijn, wanneer men de juistheid dier leer erkent? Brengt om een voorbeeld te noemen bij invoering van voorwaardelijke vrijheidsstraf de vergeldingseisch een offer aan de utiliteit?

Mr. VAN HEYNSBERGEN neemt dit aan zonder daarom dit af te keuren, al is hij een aanhanger der vergeldingsleer.

Ik betwijfel of zijne zienswijze juist is en meen, dat een voorwaardelijke veroordeeling, mits opgelegd, wanneer daartoe

aanleiding bestaat, zeer zeker een straf en zelfs een gevoelige is en blijft.

Edoch men moet zulk een straf niet opleggen, wanneer men te doen heeft met personen, die haar niet als een straf gevoelen. Dat de rechter dit steeds in het oog zou houden, mag men op grond van enkele gevallen, die de heer v. H. uit zijn praktijk mededeelt, met recht betwijfelen. Ligt echter in zulk een geval de fout niet veeleer bij hem, die de wet toepast dan bij hem die haar gaf en van wien niet blijkt dat hij deze averechtsche toepassing heeft gewild?

Het is hiermede als met de reclasseering, een op zich zelf voortreffelijke instelling, die zeker niet in strijd is met de door mr. v. H. gehuldigde vergeldigingsleer, maar die toch geheel verkeerd kan worden toegepast en somtijds toegepast wordt.

Op zich zelf is, geloof ik, voor hem, die het strafrecht in de praktijk heeft toe te passen, het grondbeginsel waaruit zijns inziens dit recht voortspruit van niet gering, ook practisch, belang. Edoch de ervaring leert, dat lieden, die daaromtrent zeer verschillend denken, toch, waar het de vraag geldt welke straf in een bepaald geval moet worden opgelegd, dikwijls tot geheel dezelfde conclusie komen, een gevolg mijns inziens, doordat zij niet theoretici zijn maar oog hebben voor de behoeften van het leven. Toch zou zulk een overeenstemming speciaal, waar het geldt eene voorwaardelijke veroordeeling al zeer moeilijk zijn, wanneer de voorwaardelijke straf bij een hunner in strijd was met wat zijns inziens recht behoorde te zijn. Edoch het feit, dat het niet moeilijk is, versterkt mij in de meening, dat men geen voorstander der moderne leer behoeft te zijn om de voorwaardelijke straf op zich zelf geenszins irrationeel te achten.

THEMIS

LXXXIIIste deel — TWEEDE STUK

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

Beschouwingen over het Nederlandsch Octrooirecht

DOOR

DR. G. J. VAN BRAKEL

(Slot)

III Art. 3.

De beteekenis van den term: „uitkomst op het gebied der nijverheid”, waartoe volgens dit artikel een uitvinding strekken moet, is uiterst onzeker. De Octrooiraad heeft — onder aanhaling vaak van het uitvindingsvereischte van art. 1 — reeds gesproken van: praktisch effect (der uitvinding) (1), technisch effect (2), onverwacht technisch effect (3), bijzonder technisch effect (4), onverwacht technisch resultaat (5) en verrassend technisch effect (6). Ook

(1) Alg. vergad. 26-3-1914, I(nd.) E(ig.) III 9.

(2) 6-7-1914, I. E. III 14; 28-6-1915, I. E. I 15; 15-11-1915, I. E. IV 22; 4-12-1916, I. E. VI 4; 3-3-1919, I. E. VIII 7; 24-2-1919, I. E. VIII 7; 25-6-1919, I. E. VIII 15.

(3) 3-7-1916, I. E. V 14; 30-4-1917 I. E. VI 11.

(4) 27-4-1918, I. E. VII 17.

(5) 30-9-1918, I. E. VII 20.

(6) 10-10-1918, I. E. VII 20.

heeft de Octrooiraad, althans vroeger, gerept van vooruitgang op het gebied der nijverheid (1). Welke is de juiste beteekenis? De wet geeft geen opheldering. Op het voetspoor van Prof. MOLENGRAAFF (Rechtsg. Mag. 1914, blz. 423), hebben wij ons dus te houden aan de beteekenis, die de gewone spreektaal geeft. VAN DALE (uitg. 1914) zegt: uitkomst = einde, afloop, uitslag, redding, hulp. Van een verrassenden of onverwachten afloop of van een vooruitgang wordt niet gerept; in den zin van VAN DALE zal dus van uitkomst reeds gesproken kunnen worden, zoodra de uitvinding strekt tot het verkrijgen van eenigen uitslag, eenig resultaat: alleen dan, indien de uitvinding op niets uitloopt, is er geen uitkomst. Terecht spreekt de Octrooiraad dan ook in zijn latere beslissingen van „practisch resultaat” (2) of „practisch bruikbaar geheel” (3), dat met de uitvinding verkregen wordt: zelfs is uitdrukkelijk uitgemaakt, dat onnoodig is, dat het voortbrengsel in meerdere mate bruikbaar zij dan de bekende voortbrengselen (4).

De beteekenis van uitkomst als praktisch resultaat (een machine, die werken kan, een werkwijze, die uitvoerbaar is) komt overeen met de memorie van toelichting 1910 blz. 39, alwaar sprake is van een praktisch resultaat, waartoe de uitvinding moet kunnen leiden; van vooruitgang of technisch effect wordt daarbij niet gerept; wel geschiedde zulks ten aanzien van art. 1, ook daar evenwel ten onrechte (5). Overigens valt op te merken, dat het vereischte van (nieuw) technisch effect, ver-

(1) 15-12-1913, I. E. III 2; 9-3-1914, I. E. III 7; 9-2-1914, I. E. III 5.

(2) 13-10-1919, I. E. VIII 20.

(3) 20-11-1919, I. E. VIII 23.

(4) 19-1-1920, I. E. IX 4; 14-4-1920, I. E. IX 9.

(5) Vgl. *Themis* 1920, blz. 8.

moedelijk aan een opmerking van het kamerlid Dr. D. Bos is te wijten (Hand. Tweede Kamer 1910, blz. 2117), die zich op de Deutsche rechtspraak beriep, welke van een „erheblicher technischer Fortschritt” placht te spreken; dit beroep is echter onjuist, wijl gemeld vereischte niet betreft de gewerbliche Verwertbarkeit, doch uitsluitend het uitvindingsvereischte der Deutsche wet (1).

Met bovenstaande uitlegging van het woord „uitkomst” in art. 3 — de beteekenis van den term: gebied der nijverheid, komt later ter sprake -- strijdt de meening, door den heer MOORREES verdedigd (2), volgens wien alleen dan sprake is van een uitkomst op het gebied der nijverheid, indien er een technisch effect aanwezig is. Daaronder verstaat hij „de resultante van een of meer werktuigelijke (mechanische) verrichtingen, scheikundige reacties of natuurkundige werkingen”, mits dit effect onfeilbaar en uitsluitend optreedt overeenkomstig des menschen wil (3). Ook na schrijvers toelichting moet betwijfeld worden, of zelfs een technicus daaraan voldoende houvast heeft, en of bedoelde omschrijving in de practijk bruikbaar is. Bovendien moet de vraag geopperd worden, of met dergelijke eigenschap, als de functie van een voortbrengsel of de reactie eener werkwijze, octrooi-rechtelijk wel rekening mag gehouden worden. Octrooi wordt immers verleend voor een voortbrengsel als zoodanig, voor een werkwijze als handelingenreeks: alleen ten aanzien daarvan wordt o.m. de nieuwheid beoordeeld. Is n.l. het voortbrengsel of de werkwijze als zoodanig reeds bekend, dan is een en ander niet meer octrooi-erbaar, ook al moge aan dat voortbrengsel een nieuwe functie, aan de werkwijze een nieuwe reactie „ontdekt”

(1) Vgl. H. ISAY, das Patentgesetz, 1911, blz. 47.

(2) Laatstelijk in *Themis*, 1921, blz. 1 v.

(3) Blz. 4.

zijn (1). Daarom is evenmin octrooieerbaar een nieuw gebruik van een bekend voortbrengsel: men denke aan schrijvers voorbeeld, dat een borstbeeld als pressepapier gebezigd wordt. Ten slotte mag ook de vraag gesteld worden, of schrijvers uitgangspunt wel houdbaar is: schr. maakt n.l. een onderscheid tusschen intellectueele en industrieele scheppingen; alleen bij laatstgenoemde zou een technisch effect aanwezig zijn. Deze onderscheiding schijnt echter minder juist, waar „schepping” bij de door schr. bedoelde intellectueele scheppingen iets anders beteekent dan bij de industrieele scheppingen: bij eerstbedoelde is sprake van de innerlijke beteekenis, den inhoud van het geschapene (uit letterkundig, wetenschappelijk of aesthetisch oogpunt bezien, vgl. de Auteurswet), bij industrieele scheppingen daarentegen beteekent schepping het geschapene zelf: het voortbrengsel of de werkwijze.

Juister en voor de rechtspraak meer houvast gevend schijnt dan ook de beteekenis van uitkomst als praktisch resultaat: praktische toepasbaarheid. Zulks komt overeen met de strekking der octrooibescherming: belooning voor hem, die de nijverheid in kennis stelt met zijn uitvinding teneinde daarop in de praktijk voort te (doen) bouwen. Beperkingen van het begrip uitkomst zijn dan ook ontoelaatbaar: het voortbrengsel of de werkwijze behoeft niet beter te zijn dan de bekende, en evenmin behoeft de toepassing daarvan in Nederland (en koloniën) plaats te vinden, gelijk SALOMONSON (2) aanvoert: diens meening, dat een toestel om giraffen te guillotineeren, hier te lande daarom niet octrooieerbaar is, steunt niet op de wet;

(1) Alg. vergad. 19—3—1920 I. E. IX 8, Ned. Jur. 1920, blz. 848.

(2) Handl. Ned. Octrooiwet 1910, blz. 8; MOLENGRAAFF (Ldrd. I, 4e druk, blz. 120) en RESIUS (ac. pr. blz. 132) stellen dan ook als eisch, dat het denkbeeld vatbaar zij voor toepassing, niet dat het werkelijk toegepast wordt.

voldoende is, dat de nijverheid in Nederland of in de koloniën dergelijke toestellen zou kunnen vervaardigen. Bedoelde eisch zou betreffen niet het voortbrengsel als zoodanig, doch het gebruik daarvan. Ook hier blijkt wederom, hoe gevaarlijk het is zich teveel door de wordingsgeschiedenis der wet te laten leiden: de omstandigheid, dat — te kwader ure — sprake was van een „uitkomst van genoegzaam gewicht,” werd aanleiding, dat men dezen eisch van nut, practische toepassing, ging stellen; trouwens deze kwestie, of een uitvinding van genoegzaam gewicht is, valt niet zonder meer te beantwoorden, waar de maatstaf ontbreekt, waarnaar zulks beoordeeld zou moeten worden.

Ten slotte zij nog gewezen op *POUILLET* (1), waar deze neerschrijft: „La loi ne recherche même pas, si l'industrie constitue un progrès sur ce que possédait auparavant l'industrie, ou si, au rebours, c'est, comme il arrive quelquefois, un pas fait en arrière.” Een vooruitgang wordt dus niet als eisch gesteld, een achteruitgang zelfs toelaatbaar geacht; dit laatste is, in tegenstelling met de Fransche wet, die van „un resultat” zonder meer spreekt, voor ons recht niet te aanvaarden, waar een achteruitgang niet als een practisch resultaat, een uitkomst, aan te merken is. Vaak zal echter bezwaarlijk zijn uit te maken, of iets nieuws een voor- of achteruitgang ten opzichte van het bekende uitmaakt: ook daarom schijnt het juister deze kwestie geheel ter zijde te laten (2).

Wat den term „gebied van de nijverheid” aangaat, waarvan in art. 3 eveneens sprake is, geeft de Octrooiwet

(1) E. *POUILLET*, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention*, 1909, blz. 18.

(2) Aldus *Alg. vergad.* 10—9—1919, I. E. VIII 18 (ofschoon nog van vooruitgang gewagende), 10—11—1919, I. E. VIII 22, 19—1—1920, I. E. IX 4.

evenmin opheldering. Bij VAN DALE wordt „nijverheid” omschreven als: „arbeidzaamheid, industrie, het fabriekswezen, de mijnontginningen, het exploiteeren van spoorwegen, enz.”, terwijl „nijverheidsgebied” als „industriegebied” omschreven wordt. Zou men op grond van laatstgemelde omschrijving dus alleen het gebied der industrie moeten aannemen, toch laat eerstbedoelde definitie een ruimere beteekenis van nijverheid toe, t.w. niet alleen het gebied van de industrie (het fabriekswezen), doch ook het gebied van andere takken van bedrijf, welke op de verwerking en bewerking van roerende goederen (1) betrekking hebben, dus ook het handwerksbedrijf; bij dit laatste is in het bijzonder van de bewerking van goederen, bij het fabriekswezen van de vervaardiging (en verwerking) van goederen sprake. Aldus vallen onder gebied der nijverheid ook de voortbrengselen en werkwijzen van landbouw, vruchten- en veeteelt, voorzover deze betreffen de verwerking of bewerking of de vervaardiging van goederen; landbouwgereedschappen b.v. zijn derhalve wel vatbaar voor octrooi. Daarentegen is zulks, op grond van het voorgaande, niet het geval met uitvindingen, die den landbouw enz. weliswaar betreffen, doch niet tevens betrekking hebben op gemelde vervaardigingswijzen; een werkwijze tot het zaaien van koren, bestaande in het op bepaalde wijze aanbrengen van greppels, waarin het zaaid gestrooid wordt, is niet octrooieerbaar, als niet betreffende het gebied der nijverheid (2).

(1) Prof. MOLENGRAAFF, Ldrd. 4e druk, blz. 120, spreekt van «waren», voor welke beperking tot roerende goederen, naar hun soort bepaald, echter geen grond opgegeven wordt.

(2) Anders: RÆSIUS, blz. 138, die beroep doet op de Deutsche wet, doch daarbij over het hoofd ziet, dat de «gewerbliche Verwertbarkeit» niet een beperking inhoudt ten aanzien van het gebied, waarop de uitvinding betrekking moet hebben, zooals bij ons in art. 3 het geval is.

Evenmin schijnt octrooieerbaar een werkwijze tot het winnen van schors van den kurkeik, doordat de boom met lijm afgedekt wordt (1), of een werkwijze betreffende de lucht- en watercirculatie van bouwgronden, daarin bestaande, dat gaten geboord en met zeker materiaal opgevuld worden (2).

Met de hier gehuldigde opvatting komt overeen de beslissing van den Octrooiraad, waarbij werd uitgemakt, dat de landbouw niet a priori geheel uitgesloten is van de werking der Octrooiwet, doch deze werking in dit verband alleen erkend kan worden, voorzover het onderwerp der aanvraag betreft de landbouwnijverheid (3).

In strijd met de boven uiteengezette begripsomschrijving van het woord nijverheid is daarentegen de uitspraak, waarbij octrooieerbaar geacht werd een werkwijze, bestaande in de behandeling van film gedurende de vertooning, zulks teneinde regenstrepen, op de film voorkomende, onzichtbaar te maken; de nijverheid als zoodanig heeft met die werkwijze niets te maken; slechts, indien men daaronder elk bedrijf (Gewerbe) verstaan wilde, zou zulks toelaatbaar zijn (4). Een gelijksoortige uitbreiding

(1) Anders RESIUS, blz. 137, wiens beroep op POUILLET, LYON CAEN, enz. te minder opgaat, waar de Fransche wet uitdrukkelijk spreekt van «tous les genres d'industrie».

(2) In anderen zin vgl. (Alg. vergad.) 47—5—1920, I. E. VII 41; daarentegen acht SALOMONSON (t. a. p. blz. 8) een nieuw «stelsel» voor het laten braak-liggen van landerijen terecht niet octrooieerbaar.

(3) (Alg. vergad.) 20—4—1914, I. E. III 9, alwaar uitdrukkelijk naar de beteekenis van nijverheid wordt verwezen, welke de dagelijksche spreektaal daaraan hecht.

(4) (Alg. vergad.) 41—41—1918, I. E. VII 22, alwaar sprake is van het gebied der «techniek», en ten onrechte de toepassing der werkwijze (art. 30 v.) ter sprake gebracht werd, in stede van de werkwijze als zoodanig.

aan het woord „nijverheid” gaf de Octrooiraad ten aanzien van de bekende uitspraken in zake een slacht- of warenhuis met indeeling van bizonderen aard (1); het bouwbedrijf heeft met nijverheid in den voorschreven zin niets uit te staan; dergelijke bouwwerken raken noch de eigenlijke industrie, noch het handwerksbedrijf (2).

De in dit opstel gehuldigde opvatting komt overeen met de memorie van toelichting. Weliswaar is daarin telkens sprake van gebied der stoffelijke voortbrenging (blz. 9, 39), en van nijverheid in ruimeren zin (blz. 9), doch daarnevens worden in de memorie van antwoord (blz. 15) alleen die landbouwuitvindingen octrooieerbaar genoemd, waarbij „de nijverheid telkens ingrijpt op het gebied van den landbouw, met name uitvindingen bij de zuivelbereiding, bij het gebruik van landbouwwerktuigen, bij de verwarming van ventilatie van kassen, bij de toepassing van electriciteit.” Derhalve worden alleen die landbouwuitvindingen octrooieerbaar genoemd, waarbij de industriele vervaardiging een rol speelt (3).

Voor de uitlegging van het woord „nijverheid” in art. 3 der Octrooiwet wordt somstijds beroep gedaan op de bewoordingen en de strekking van het tractaat Parijs—Washington. Wat de bewoordingen aangaat, is dit beroep ongegrond, omdat het woord industrie niet in het verdrag zelf nader omschreven wordt; alleen is in het slotprotocol een omschrijving te vinden van „Propriété industrielle”; daarbij wordt weliswaar bepaald, dat deze woorden in

(1) (Alg. vergad.) 8—11—1919, I. E. VIII 22, Ned. Jur. 1920, blz. 415 en 21—5—1920, I. E. IX 13, Ned. Jur. 1920, blz. 847.

(2) Het betoog van den heer MOORREES (Polyt. Weekbl. 1919, blz. 426) schijnt niet afdoende, als betreffende de Auteurswet.

(3) Aldus ook SALOMONSON, blz. 8, die evenwel ook nieuwe constructies van veestallen vermeldt, hetgeen in vele gevallen niet de nijverheid, doch uitsluitend de bouwkunde zal betreffen.

hun ruimste beteekenis opgevat moeten worden. en zich uitstrekken tot elke voortbrenging op het „gebied der landbouwnijverheid (wijnen, granen, vruchten, vee, enz.), en der mijnbouwnijverheid (mineralen, minerale wateren, enz.)”, doch uit het oog mag niet worden verloren, dat hier steeds sprake blijft, — en moest blijven, — van nijverheid, en de land- en mijnbouw niet zonder mèer daaronder vallen. Bovendien gaat dit beroep op het slotprotocol niet op, wijl de strekking van dit verdrag niet deze is, dat het als een reeks rechtstreeksche wetsbepalingen te beschouwen is, doch slechts is aan te merken als een stel verbintenissen voor de regeeringen der toegetreden landen (1). Zulks volgt trouwens uit de bewoordingen van het tractaat b.v. art. 4, dat spreekt van een recht van voorrang, dat men *zal* hebben, en volgt dit nog duidelijker uit de omstandigheid, dat onze wetgever het noodig vond de bepaling van dat artikel vrijwel onveranderd over te nemen in art. 7 der Nederlandsche wet; had onze wetgever een zoodanige ruime beteekenis van het woord nijverheid bedoeld als volgens sommigen uit het slotprotocol valt af te leiden, dan had hij dus ongetwijfeld een dergelijke begripsomschrijving in onze wet moeten opnemen; zulks werd evenwel nagelaten.

IV. Art. 4.

Ofschoon aan dit artikel (2) in literatuur en recht-

(1) Aldus ook MOLENGRAAFF (Lrd. I, 4e druk, blz. 117), anders Mr. J. KOSTERS (Int. Burg. Recht, 1917, blz. 101, ofschoon uit blz. 87 en 91 het tegendeel wellicht zou zijn af te leiden).

(2) Dit artikel luidt (ook na de wetwijziging) als volgt: Indien voor eene werkwijze, tot bereiding eener stof of voor eene verbetering van eene zoodanige werkwijze octrooi is verleend, strekt dit zich uit tot die stof, mits volgens die werkwijze of met toepassing van die verbetering bereid. Voor eene stof op zich zelve wordt geen octrooi verleend.

spraak reeds uitvoerige beschouwingen zijn te beurt gevallen, is een bespreking daarvan wellicht toch niet overbodig, waar over het begrip „stof” nog steeds onzekerheid bestaat (1), en zulks te minder, wanneer het misschien mogelijk blijkt den inhoud van art. 4 toe te passen zonder dat men zich waagt aan een omschrijving van het begrip „stof”, en wel door andere principieele artikelen der Octrooiwet te hulp te roepen.

Volgens art. 1 namelijk wordt, op aanvraag, octrooi verleend aan hem, die een nieuw voortbrengsel, een nieuwe werkwijze of een nieuwe verbetering van een voortbrengsel of van een werkwijze heeft uitgevonden. Uit dit voorschrift volgt dus, dat alleen octrooieerbaar is dat nieuwe voortbrengsel of die nieuwe werkwijze, — de nieuwe verbetering blijve korthedshalve hier verder onvermeld —, waaraan een uitvinding ten grondslag ligt: uitsluitend ter zake van een nieuw voortbrengsel of een nieuwe werkwijze, die aan dien eisch voldoet, mag octrooi verleend worden.

Dit alles schijnt vanzelfsprekend; toch wordt in de rechtspraak niet altijd aan dit beginsel de hand gehouden; vaak wordt in één octrooi èn de werkwijze èn het daarop betrekking hebbende voortbrengsel (b.v. de buis, vervaardigd met de bedoelde werkwijze tot het vervaardigen van buizen) geoctrooieerd. Zulks wordt dan daarmede gemotiveerd, dat de bescherming van het octrooi alsdan zooveel uitgebreider is: in het buitenland, met toepassing der werkwijze vervaardigde voortbrengselen, vallen dan tevens onder de octrooibescherming; bovendien zijn bij octrooieering van het voortbrengsel, inbreuken op het octrooi

(1) Men vergelijkte o. a. Dr. A. J. C. DE WAAL in Chemisch Weekblad 1913 no. 43, W. MOORREES, laatstelijk in *Themis* 1921, blz. 1 v.

zooveel gemakkelijker te constateeren (1). Deze methode van gelijktijdige octrooieering van werkwijze en voortbrengsel is evenwel in strijd met voormeld, aan de wet ontleend beginsel, dat alleen datgene, waaraan de uitvinding ten grondslag ligt, octrooieerbaar is (2). De uitvindingsgedachte toch ligt alsdan uitsluitend in de werkwijze; mocht er aan het voortbrengsel ook een uitvinding ten grondslag liggen, — hetgeen door de voorstanders der gewraakte methode trouwens niet als argument wordt aangevoerd —, dan zal zulks een andere uitvinding zijn, en mag zij dus, krachtens art. 20, 3e alinea (eenheidsvereischte) niet in één octrooi tegelijk met de werkwijze vervat worden.

Wanneer men nu een en ander in het oog houdt, zal men ten aanzien van die voortbrengselen, welke men als stoffen pleegt aan te duiden, ook alleen de werkwijze ter bereiding of vervaardiging daarvan, octrooieerbaar achten; de uitvinding ligt dan immers steeds in de wijze van bereiding of vervaardiging, nooit in het product, dat daardoor tot stand komt, de z.g. stof; deze toch is van zelf gegeven, wanneer men eenmaal de werkwijze heeft toegepast; zulks is juist het eigenaardige van deze als „stof” aangeduide voortbrengselen; ging men deze zelve ook nog eens octrooieerbaar achten, waartoe, afgezien van art. 4 slotzinsnede, voor de aanhangers der hierboven bestreden methode van dubbele octrooieering, alle

(1) Vgl. (Alg. Vergad.) 49—3—1917 I. E. VI 8; bij dit betoog wordt, gelijk de aanvrager toen toef, over het hoofd gezien, dat bedoelde beperkte bescherming eigen is aan alle werkwijze-octrooien, niet slechts bij stof-werkwijzen.

(2) Aldus (Alg. Vergad.) 46—4—1920 I. E. IX 9, waarbij nog wel uitsluitend voor het voortbrengsel octrooi gevraagd, doch alleen op de werkwijze het octrooi verleend werd; vgl. voorts (Alg. Vergad.) 12—4—1915 I. E. IV 9.

aanleiding zou bestaan, dan zou men wederom in strijd komen met het beginsel, dat men alleen voor datgene, waaraan de uitvinding ten grondslag ligt, een octrooi mag verleen. Enkele voorbeelden, aan literatuur of practijk ontleend, mogen dit nog verduidelijken: bij linoleum (1) ligt de uitvinding uitsluitend in de wijze van vervaardiging, de werkwijze; indien men deze kent, kan men het product vanzelf vervaardigen; hetzelfde geldt ten aanzien van papier (2), of weefsels (3), ook dat verkrijgt men zonder meer, wanneer men eenmaal de wijze van vervaardiging toepast. Evenzoo zal de uit 3 lagen bestaande kleedingstof (4) alleen ten aanzien der werkwijze octrooieerbaar zijn: zoodra men weet, waaruit elke laag bestaat, en hoe de volgorde der lagen en de hechtingswijze daarvan is, heeft men zonder meer het resultaat der werkwijze; het product vereischt dan geen nieuwe vinding meer. Hieraan doet niet af, dat dit product kenmerkende functies mocht hebben, die alsnog „ontdekt” zijn geworden, b.v. dat die „stof” bij uitstek geschikt is voor regenkleeding, n.l. aan de eene zijde vrijwel waterdicht, aan de andere zijde poreus; de „uitvinding” blijft niettemin uitsluitend beperkt tot de wijze van vervaardiging. Ook hier blijkt wederom, hoe gevaarlijk 't is om z.g. „functies” of „eigenschappen” (of „technische effecten”) bij de vraag, wat octrooieerbaar is, een rol te doen spelen: de Octrooiwet spreekt trouwens in art. 1 uitsluitend van de nieuwe voortbrengselen, nieuwe werkwijzen (of nieuwe verbetering) en derhalve vrage

(1) Vgl. MOORREES, t. a. p. blz. 20.

(2) Vgl. ook (Alg. Vergad.) 25—41—1918 Ned. Jur., kaart Octrooiwet, art. 4 no. 1.

(3) Vgl. (Alg. Vergad.) 7—4—1919, Ned. Jur. 1919, blz. 448.

(4) Vgl. (Alg. Vergad.) 21—2—1921 I. E. X. 4, Ned. Jur. 1921, blz. 335.

men alleen, of aan het nieuwe voortbrengsel zonder meer, de nieuwe werkwijze als zoodanig een uitvinding ten grondslag ligt (1).

Het bovenstaand betoog, waarbij dus uit art. 1 der Octrooiwet werd afgeleid, waarom bij „stoffen” alleen de werkwijze octrooibaar is, is in overeenstemming met een ander beginsel, in het octrooirecht aangenomen, ofschoon niet met zooveel woorden in de wet neergelegd. Octrooi kan alleen verleend worden ter zake van uitvindingen, en moet — art. 1 zegt dit trouwens uitdrukkelijk — betreffen voortbrengselen of werkwijzen, die nieuw zijn. Derhalve kan iets, wat reeds bestaat en dus niet nieuw is, niet geoctrooierd worden; in de natuur bestaande stoffen kunnen dus niet uitgevonden en geoctrooierd worden, hoogstens kunnen deze het voorwerp zijn eener ontdekking (2); men constateert dan iets bestaands, en wel, indien men dit er aan zou willen toevoegen, iets, hetgeen door de natuur, niet door of met toedoen van 's menschen hand, geschapen wordt.

Uit meergemeld, uit art. 1 Octrooiwet afgeleid beginsel, dat men de octrooi verleening strikt beperken moet tot datgene, waarin de uitvindingsgedachte opgesloten ligt, en men dus niet op grond van utiliteits- of z.g. billijkheidsredenen nog verder moet gaan, vloeit voort, dat men zich niet meer behoeft af te vragen, wat onder een „stof” in art. 4 Octrooiwet te verstaan is: door een getrouwe toepassing van gemeld beginsel zal men uitsluitend de bereidings- of vervaardigingswijze van dergelijk voortbrengsel octrooieerbaar achten, en niet in de verleiding komen ook het product te octrooieeren.

(1) Vgl. *Themis* 1921, IV, anders: MOORREES t. a. p. blz. 1 v.

(2) Vgl. MOLENGRAAFF, *Ldrd.* I, 4e druk, blz. 119; J. KOHLER, *Handbuch* 1900, blz. 87.

Dit laatste wordt trouwens in art. 4 niet verboden, — en daaruit vloeit tevens een voordeel van de boven uiteengezette zienswijze voort: in de aanvangszinsnede van art. 4 is alleen sprake van de werkwijze tot bereiding eener stof, in de slotzinsnede ligt alleen opgesloten het verbod om de stof op zichzelf, dus onafhankelijk van de werkwijze, te octrooieeren. Terwijl dus deze laatste zinsnede overbodig is, waar een juiste toepassing van art. 1 der wet daartegen reeds waarborg geeft, ligt in de aanvangszinsnede van art. 4 wel een voorschrift, dat onmisbaar, doch hier niet op zijn plaats is. Waar immers aldaar gezegd wordt, dat een voor een werkwijze tot bereiding eener stof (of voor een verbetering van een zoodanige werkwijze) verleend octrooi zich uitstrekt tot die stof, mits volgens die werkwijze (of met toepassing van die verbetering) bereid, is daarbij niet meer aan de orde de vraag, ter zake waarvan octrooi verleend mag worden, doch hoever een reeds verleend octrooi zich uitstrekt; deze aanvangszinsnede van art. 4 had derhalve niet hier, bij de octrooieerbaarheids-vereischen, doch bij de rechtsgevolgen van het octrooi (hoofdstuk III) geplaatst moeten zijn; trouwens in art. 30 onder 1b is een bepaling van gelijke strekking reeds te vinden.

Uit het voorgaande volgt, dat art. 4 in al zijn onderdeelen overbodig is en, als aanleiding gevende tot misverstand, immers tot afwijkende meeningen over het begrip „stof”, beter achterwege gebleven ware. Ook hier blijkt het gevaar om buitenlandsche wetgevingen als voorbeeld te nemen, vooral waar de ratio van dergelijke bepaling in het eene land (Duitschland) verschilt van die in het andere land (Frankrijk). In het eerste land zijn Nahrungs-, Genuss-, Arzneimitteln, als stof, niet octrooieerbaar geacht, op grond van het gevaar, dat een octrooi den prijs van het product zoozeer zou kunnen

verhoogen, dat het niet meer, althans bezwaarlijk, verkrijgbaar zou zijn (1); wat chemische stoffen aangaat, zou het verbod van stof-octrooi liggen in den utiliteitsgrond, dat de chemische industrie vrij zou moeten blijven „neu erfundene (!) Stoffe auf anderem Wege als der erste Erfinder herzustellen"! (2) In Frankrijk daarentegen zou het octrooieeringsverbod van „compositions pharmaceutiques et remèdes de toute espèce" steunen op de vrees van den wetgever, dat „een brevet d'invention, quoique délivré sans garantie, ne devînt une arme puissante et funeste aux mains des charlatans"! (3)

Onze wetgever, die terecht dergelijke motieven niet aandurfde, schiep het voorschrift van art. 4 dan ook alleen met het oog op de omstandigheid, dat z.g. stoffen vaak op verschillende wijze bereid kunnen worden en een stof-octrooi aldus de chemische nijverheid belemmeren in stede van bevorderen zou (4). Dit gevaar wordt evenwel ook zonder art. 4, bij een juiste toepassing van art. 1, ontgaan, weshalve de bestaansgrond van eerstgemeld artikel nog niet is aangetoond. Het buiten beschouwing laten van dat artikel biedt bovendien het voordeel, dat men dan vermijdt de strijdvraag, of dit artikel ook betreft *vervaardigde* stoffen, waar thans daarin met zooveel woorden alleen van bereide stoffen sprake is.

Ten slotte zou men de vraag kunnen opperen, of, al moge volgens bovenstaand betoog, art. 4 uitgeschakeld kunnen worden, en aldus een omschrijving van het

(1) Aldus de Motive, aangehaald bij H. ISAY, t. a. p. blz. 73, waaraan door I. terecht toegevoegd wordt: «Die Beschränkung hat keinen inneren Grund».

(2) ISAY t. a. p. blz. 74, die ook hier geen «inneren Grund» aanwezig ziet.

(3) POULLET t. a. p. blz. 119.

(4) Mem. v. Toel. blz. 11.

daarin genoemde begrip „stof” vermeden kunnen worden, deze omschrijving niet dadelijk weer aan de orde zal komen, zoodra een der andere artikelen der Octrooiwet, waarin het woord stof voorkomt (artt. 30, 36, 43, 46), toegepast moet worden. Dit bezwaar is evenwel ongegrond; bij toepassing dier artikelen staat n.l. reeds vast, terzake waarvan octrooi is verleend; onder „stof” zal dan te verstaan zijn het product, verkregen met die ge-octrooieerde werkwijze. Weliswaar spreken ook gemelde artikelen alleen van bereide stoffen, doch, gelijk boven betoogd werd, geldt dezelfde ratio voor stoffen, die vervaardigd zijn volgens de ge-octrooieerde werkwijze. Vandaar dan ook, dat het linoleum, het papier of het weefsel, vervaardigd volgens dergelijke werkwijze, ofschoon zelf niet octrooieerbaar, onder de bescherming van het voor de werkwijze verleende octrooi zullen vallen, en dat ook zulks het geval is met de kleedingstof, wanneer een octrooi voor de werkwijze tot vervaardiging daarvan verleend is (1).

V. Art. 5.

Art. 5 der Octrooiwet, dat thans aan de orde komt, verbiedt octrooi-verleening voor voortbrengselen en werkwijzen, die zelve in strijd zijn, of wier doel strijdig is met de wetten, de openbare orde of de goede zeden. De eerste te beantwoorden vraag is deze: welke wetten zijn

(1) De op blz. 136 aangehaalde beschikking moge deze «stof» niet als stof in den zin van art. 4 aanmerken; zulks schijnt echter, gelet op het spraakgebruik, dat hier van kleeding-stof, niet van kleeding-stuk spreekt, ten zeerste te betwijfelen; trouwens door dergelijke stof niet als stof aan te merken, ontvalt daaraan de bescherming krachtens art. 30, welke bescherming echter wel in de bedoeling van den wetgever gelegen heeft, gelet ook op hetgeen art. 43 inhoudt: onmogelijkheid van den octrooihouder om aan namaaksels inbreuken op zijn octrooi te constateeren.

hier bedoeld, alleen Nederlandsche dan wel tevens buitenlandsche wetten? De bewoordingen van het artikel luiden algemeen; toch schijnt een beperking tot de Nederlandsche wetgeving het meest voor de hand te liggen. Geenerlei rechtsbelang zou n.l. met een toepasselijkheid van buitenlandsche verbodsbepalingen gediend worden, waar de bescherming van een Nederlandsch octrooi alleen bestaat, voorzoover het voortbrengsel, waarvoor octrooi (gevraagd of) verleend is, zich hier te lande of in de Nederlandsche koloniën bevindt, of de werkwijze, die (ter octrooiering is voorgedragen of) tot octrooi geleid heeft, aldaar toegepast wordt; die bescherming bestaat niet meer, zoodra het voortbrengsel naar het buitenland is uitgevoerd of de werkwijze aldaar toegepast wordt (1).

Verdere beperkingen van het begrip „wetten” in art. 5 zijn daarentegen niet aannemelijk; toepasselijk zijn dus zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke wetten, en wel voorschriften, die als wet in materieelen zin zijn op te vatten. Ook indien dus een verbodsbepaling in een algemeenen maatregel van bestuur mocht voorkomen, is art. 5 van toepassing.

De vraag doet zich echter voor, of er in de Nederlandsche wet bepalingen zijn, waarmede een voortbrengsel of werkwijze op zich zelve strijdig is, en die dus daarbij verboden worden. Dit nu valt te betwijfelen. Wat het

(1) P. KENT, das Patentgesetz 1906 I blz. 190 meent, dat de buitenlandsche wetgeving hier niet in aanmerking mag komen, wijl dan buitenlandsch recht toegepast zou worden; deze bewering is onjuist, omdat het hier toch betreft de uitlegging eener inheemsche wetsbepaling en dus inheemsch recht toegepast zal worden, ook al komt zulks neer om buitenlandsche voorschriften mede in aanmerking te nemen; het toepassen van buitenlandsch recht zou trouwens niets abnormaals zijn, men denke aan het Int. Priv. Recht, dat tot dergelijke toepassing vaak leidt; overigens zij nog gewezen op art. 30, 4c der Fransche wet, waarin sprake is van «lois du royaume».

privaatrecht aangaat, denke men aan art. 1401 B.W.; daaruit is alleen af te leiden een verbod van een (onrechtmatige) daad, niet van iets anders (voortbrengsel of werkwijze); voor het wetboek van strafrecht of andere publiekrechtelijke wetten, waarin verbodsbepalingen voorkomen, geldt hetzelfde; ook daarbij is steeds alleen sprake van een handeling (een nalaten of een toestand), die verboden is. Wat voortbrengselen in het bijzonder aangaat, zij nog gewezen op de verbodsbepalingen der valsche munt: bij artt. 208 v. Sr. wordt niet verboden de valsche munt zonder meer, het voortbrengsel als zoodanig, doch wordt, onder strafbedreiging, verboden de uitgifte enz. daarvan, en wel onder bepaalde omstandigheden. Uit een en ander blijkt tevens, hoe evenmin de werkwijze als zoodanig niet verboden wordt; men denke overigens aan het bereiden van vergiften, de vervaardiging van buskruit: slechts onder bepaalde omstandigheden is zulks verboden.

Men zou de vraag kunnen stellen, of de aangehaalde voorbeelden niet vallen onder het in art. 5 Octrooiwet genoemde doel van het voortbrengsel of van de werkwijze, welk doel niet met de wetten (openbare orde of goede zeden) strijden mag. Daartoe moet evenwel eerst vaststaan, wat onder het doel van een voortbrengsel of van een werkwijze te verstaan is. Wat voortbrengselen allereerst aangaat, het doel daarvan hangt geheel samen met het gebruik, dat men van het voortbrengsel maakt. Men denke wederom aan de valsche munt; het doel daarvan kan zeer goed geoorloofd zijn b.v. indien men haar bezigt voor een valsche-muntenverzameling, art. 209 Sr. verbiedt dan ook het gebruik van valsche munten alleen onder zeer bepaalde omstandigheden; de uitgifte — alleen van dat gebruik is daarbij sprake — is uitsluitend strafbaar, indien men bij het ontvangen der

munt, met de valsheid of vervalsching bekend was. Hetzelfde geldt, indien men onder „gebruik” verstaan wilde het gebruik, dat men er gewoonlijk van maakt; ook dan geldt een wetsverbod slechts onder strikt omschreven voorwaarden; hieruit volgt, dat de stoffen en werktuigen, die, gelijk art. 214 Sr. zegt, „bestemd zijn” tot het plegen van een muntmisdrijf, evenmin zonder mèer door de wet verboden worden, en daardoor onder art. 5 der Octrooiwet vallen (1).

Wat werkwijzen aangaat, ook daarvan zal het doel wel nooit, althans uiterst zelden, bij de wet verboden zijn, gesteld al, dat men hier wèl met zekerheid kan vaststellen, wat het doel eener werkwijze is; ook hier zal doel zijn op te vatten als toepassing der werkwijze. Waar nu die toepassing zonder mèer niet bij de wet verboden wordt, kan ook ten deze een met de wet strijdig doel niet aangewezen worden.

Men zou tegen deze uitlegging van art. 5, neerkomende op een niet-toepasbaarheid daarvan, voorzoover het betrekking heeft op „wetten”, kunnen aanvoeren, dat in de memorie van toelichting (2) sprake is van „de uitvinding”, welke niet met de wetten (de openbare orde of de goede zeden) strijdig mag zijn. Deze zinsnede kan echter geen gewicht in de schaal leggen, waar immers

(1) POUILLET t. a. p. blz. 129 noemt in strijd met de wet: une invention d'un appareil spécialement destiné à l'exploitation d'un jeu de hasard; afgezien dat onze wet niet rept van uitvinding, doch van het voortbrengsel of de werkwijze, die verboden is, gaat dit voorbeeld voor ons recht niet op: nergens is daarbij hazardspel (juister: de roulettetafel of de tol) verboden: art. 1825 B W. bepaalt er zich toe rechtsgeldigheid te ontzeggen aan een uit spel of weddenschap voortspruitende vordering; in de Loterijwet is alleen verboden het aanleggen of houden eener loterij onder bepaalde omstandigheden.

(2) blz. 10.

de uitzonderingsbepaling, gelijk art. 5 is, door opname van het doel, naast het voortbrengsel of de werkwijze zelf, reeds zoo ruim omschreven is; trouwens wordt het octrooi verleend niet op de uitvindingsgedachte, doch op het voorwerp daarvan: het voortbrengsel of de werkwijze. Ware „uitvinding” inderdaad in art. 5 bedoeld, dan had de wetgever art. 5 ook wel op geheel andere wijze geformuleerd, en niet slechts van uitvinding, doch van toepassing der uitvinding gesproken, gelijk in het overeenkomstig artikel der Duitsehe en Fransche wet is: „Erfindung, deren Verwertung den Gesetzen (oder guten Sitten) zuwiderlaufen würde” (1) of „une découverte, invention ou application contraire (à l'ordre ou la sureté publique, aux bonnes moeurs ou) aux lois du royaume” (2).

Wat de Nederlandsche rechtspraak aangaat, zij gewezen op een uitspraak (3), waarin ten aanzien eener werkwijze, bestaande in het voor huishoudelijk gebruik geschikt maken van z.g. mijnzout, overwogen werd, dat hier niet, gelijk opposant had aangevoerd, sprake was van een werkwijze, strijdig met art. 175 Sr.; uit de niet-toepasselijkheid van dit artikel op de onderhavige werkwijze valt af te leiden, dat de Octrooiraad in beginsel wel mogelijk achtte, dat een werkwijze strijdig ware met gemeld wetsartikel (anders zou de motiveering wel algemeener geluid hebben); hoe echter een werkwijze strijdig kan zijn met de in art. 175 Sr. bepaald omschreven daad (het verkoopen enz. van waren, schadelijk voor het leven of de gezondheid, terwijl de koper enz. met het schadelijk karakter van de waar bekend is) valt bezwaarlijk in te zien.

(1) § 1¹ der Duitsehe Patentwet.

(2) Art. 30, 4^o. der Fransche Octrooiwet.

(3) (Algem. Vergad.) d.d. 4-12-1916, I. E. VI 1.

Blijkens het voorgaande zal art. 5, voorzover het betreft strijd met de wetten, slechts zeer zelden toegepast kunnen worden. Geldt zulks ook voor de strijdigheid met de openbare orde en goede zeden, waarvan in dat artikel sprake is? Daartoe moet eerst vaststaan, wat onder beide begrippen te verstaan is. De taalkundige beteekenis bij VAN DALE naslaande, vindt men „orde” omschreven als „rang, regeling, regelmatigheid, geregelde toestand”, „openbaar” als: „voor iedereen toegankelijk, publiek”. Orde in den zin van regeling, orde is dus een relatief begrip, onderstellende een maatstaf, een ander begrip, waarnaar geregeld wordt; welke maatstaf hier gebezigd moet worden, staat echter nog niet vast; evenwel zou dit ten aanzien van den term „openbare orde” wellicht afgeleid kunnen worden uit de hoedanigheid, waaraan die orde voldoen moet, n.l. het publiek-, voor iedereen toegankelijk zijn. Op grond dezer taalkundige (wellicht juister: signifieke) onderzoekingsmethode zou dan ook met eenigen grond vastgesteld mogen worden, dat onder openbare orde te verstaan is die regeling, die uit haar aard publiek is, dus een zuiver maatschappelijk karakter draagt; een orde, die voldoet aan de eischen van de maatschappij als zoodanig.

Wat de goede zeden betreft, blijkt een taalkundig (signifiek) onderzoek evenmin geheel vruchteloos; VAN DALE verstaat onder „zede”: „wijze, gewoonte, datgene, wat in kleineren of grooteren kring gebruik is”; „goed” kan beteekenen „bruikbaar, geschikt” (1). Onder „goede zeden” zouden dan ook verstaan kunnen worden de bruikbare gewoonten; al datgene, wat in kleineren of grooteren kring gebruikelijk is en wel van dien aard,

(1) Goed in de beteekenis van zedelijk-goed schijnt hier, gelijk hierna zal blijken, een minder juiste beteekenis.

dat dit gebruik tot zijn recht komt; ook hier derhalve een zuiver-maatschappelijk begrip, de maatschappij als zoodanig betreffende (2).

Dit taalkundig onderzoek komt overeen met de resultaten, die verkregen zijn door de enkele schrijvers, welke zich gewaagd hebben aan eenige omschrijving van de begrippen: „openbare orde” en „goede zeden” (3). LAND spreekt van regelen, die geacht kunnen worden naar 's wetgevers opvatting „het wezen zelf” te raken van de bestaande maatschappij, zoodat een inbreuk op die regelen „de maatschappij zelve” zoude treffen (1). Een dergelijke

(1) ASSER—SCHOLTEN (4e dr. blz. 74, 5e dr. blz. 66, 67) is, op grond van een uittaling van FAURE (Motifs Code Nap.) zonder méér, van meening, dat publieke orde een ruimer begrip dan goede zeden zoude zijn; een verklaring ontbreekt evenwel.

(2) ASSER—SCHOLTEN (4e dr. blz. 73, 5e dr. blz. 67) acht het onmogelijk met nauwkeurigheid aan te geven, wat onder wetten, die op de publieke orde en goede zeden betrekking hebben, te verstaan is; anders ASSER—GOUDOEVER (blz. 352); deze verwijst naar het ongeschreven recht; RESIUS (Uitvinding, Uitvinder, Octrooi 1913 blz. 161) spreekt van de ongeschreven rechtsovertuiging.

(3) Inleiding Verklaring Burg. Wetb., 1910, blz. 76 ten aanzien van art. 14 A. B., dat weliswaar spreekt van «wetten», die op de «publieke» orde of goede zeden betrekking hebben, wat ook volgens Mr. F. KRANENBURG (Eenige opmerkingen over het begrip publieke orde, 1895, blz. 33) met den term «openbare orde» (en goede zeden) identiek moet zijn. Deze schrijver, volgens wien de openbare orde bestaat in «de ongestoorde heerschappij van het recht, in deugdelijke rechtsverwezenlijking» (blz. 36), een vage, ja zelfs tautologische omschrijving, vraagt zich, evenals Prof. LAND, af, wat de wetgever onder gemeld(e) begrip(pen) verstaat: een positivistische, aan de alleenheerschappij der wet ontleende methode; trouwens deze schrijvers geven toe, dat aan het in het W. v. Sr. gebezigde begrip openbare orde noch aan de elders in de wetgeving gebezigde politierechtelijke beteekenis een gevolgtrekking voor dit begrip in het algemeen ontleend kan worden; evenmin kan, gelijk C. J. J. M. PETIT (Overeenkomsten in strijd met de goede zeden, 1920, blz. 58) opmerkt, maatstaf

verwijzing naar het maatschappelijk leven als zoodanig is te vinden bij PETIT (1), die neerschrijft: „De beoordeeling, of een handeling in strijd is met de goede zeden, richt zich steeds naar het opperste criterium der rechtswaardeering; de maatschappelijke gerechtigheid, de handhaving der rechtsorde. De belangen, die door de normen der goede zeden worden beschermd, zijn wezenlijke belangen der rechtsorde, belangen, waar de rechtsorde mee staat of valt, de belangen van „openbare orde””. Ook Prof. VAN KAN (2) spreekt van dwingende normen, welke door de rechtsorde opgesteld zijn, omdat „voor het leven en het voortbestaan der maatschappij, d. i. voor de belangenbeveiliging der menschen in samenleving sommige gedragingen zóó noodig zijn, dat hare naleving niet aan den goeden wil der menschen mag worden overgelaten.”

Strijd met de openbare orde of de goede zeden moet dus blijkens het voorgaande aangenomen worden, indien het ter octrooieering voorgedragen voortbrengsel of de werkwijze of het doel daarvan strijdig is met het maatschappelijk verkeer, het leven in de maatschappij als

zijn wat het begrip openbare orde in het Int. Priv. Recht beteekent, aangezien 't aldaar een andere vraag betreft: niet-toepasselijkheid van buitenlandsch recht, en niet: uitsluiting van Nederlandsch recht; Mr. R. D. KOLLEWIJN, Het beginsel der openbare orde in het I. P. R., 1917, beperkte dan ook terecht zijn onderzoek tot de eerste, hier niet aan de orde zijnde vraag.

(1) Blz. 11.

(2) Mr. J. VAN KAN, Inleiding tot de rechtswetenschap, 1920, blz. 8; overigens is er veel waars in de uitlating van LAURENT (aangehaald bij KRANENBURG), die ten aanzien van l'ordre public zeide: «ces choses se sentent plus qu'on ne les définit», welk argument echter geen reden is om een begripsomschrijving niet te beproeven.

zoodanig (1). Uit de literatuur zijn, wat strijd met de openbare orde aangaat, voorbeelden niet bekend, in de Duitsche wet ontbreekt trouwens dit begrip. POUILLET (2) verklaart immers „une machine infernale” (1) niet noodzakelijk strijdig met la sureté publique, daar dergelijke machine kan dienst doen in tijd van oorlog. Dit schijnt een minder gelukkige bewijsvoering: afgezien dat bedoelde machine juist door zijn geheimzinnigen aard het maatschappij-verkeer in gevaar brengt, weshalve octrooieering inderdaad in strijd met de openbare orde schijnt, kan

(1) Hieruit volgt, dat de zedelijkheid hierbij buiten beschouwing moet blijven, alsmede andere criteria, bijv. gerechtigheid, waarvan PERIT en Prof. v. KAN reppen. Ook daarom is afgezien van de vaagheid van dit begrip, zulks wenschelijk, daar goede zeden in den zin van ethisch goede zedelijkheid op een tautologie zou neerkomen, weshalve dan ook «goed» in zijn utilitaire beteekenis, n.l. dienstig aan het maatschappelijk karakter, der zede opgevat werd. Ook uit het arrest van den Hoogen Raad d.d. 31 Jan. 1919, Ned. Jur. 1919, blz. 161, valt niet af te leiden, dat met «goede zeden» zedelijkheid bedoeld zou zijn, ook al mogen de goede zeden nog genoemd worden naast de zorgvuldigheid, die in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed; trouwens de bewoordingen en de geschiedenis van art. 1401 B. W., welke voor den Hoogen Raad tot uitsluitend richtsnoer dienden, geven tot een omvatting van dat artikel tot «zedelijkheid» geen grond; de Hooge Raad noemde dit woord trouwens ook niet; Mr. W. H. DRUCKER, R. M. 1919, blz. 344, leidt uit zijn taalkundig gevoel af, dat goede zeden beteekent zedelijkheid, aldus uit het praedicaat «goed» zulks afleidende, ofschoon hij aan «zede» een ethisch-neutraal karakter toekent; goed is echter eveneens neutraal, d. w. z. ethisch indifferent, uit te leggen (aldus ook blz. 343).

(2) POUILLET t. a. p. blz. 129; vandaar dat én in 't buitenland én hier te lande oorlogswerktuigen, kanonnen enz. octrooieerbaar geacht worden: het geheimzinnige der voor derden (medeleden der gemeenschap) gevaarlijke werking, ontbreekt hier, in tegenstelling met helse machines.

het gebruik van een voortbrengsel, althans in abnormale gevallen, gelijk *POUILLET* beoogt, geen invloed hebben op het karakter van dat voorwerp; zelfs in Duitschland, waar de „Verwertung” der uitvinding criterium is, heeft men aangenomen, dat alleen die toepassing hier in aanmerking mag komen, welke krachtens den aard van het voorwerp of van de werkwijze in strijd is met de wetten of de goede zeden (1). Wat de Nederlandsche rechtspraak aangaat is, voorzoover bekend, eenmaal octrooi geweigerd op grond van strijd met de openbare orde; het betrof een machine tot het fijmaken van stukken kalk, bestaande uit een ronddraaiende trommel met sleuf; op grond, dat steenen door die sleuf geslingerd konden worden en de omstanders zouden treffen, werd strijd met de openbare orde aangenomen; inderdaad werd door die machine het maatschappelijke verkeer in gevaar gebracht (2).

Wat de goede zeden aangaat, is de litteratuur iets uitvoeriger, ook al moet het criterium of een voortbrengsel of een werkwijze of het doel daarvan onzedelijk zijn, hier buiten beschouwing blijven, aangezien bij strijd met de goede zeden immers alleen strijdigheid met een rechtsnorm, niet strijd met de zedelijkheid d.i. met ieders individueel geweten (3), ter sprake mag komen. De verwijzing van *RESIUS* naar het zedelijke en onzedelijke is

(1) *Idem* *MOORREES*, *Themis* 1921, blz. 1 v.

(2) Aanvraagafd. d.d. 10-5-1919.

(3) *VAN KAN*, t. a. p. blz. 8, 237 v.; deze uitsluiting van het zedelijkheids criterium is trouwens doelmatig, waar dienaangaande geen objectief criterium te vinden is (aldus *L. BRÜTT*, *Kunst der Rechtsanwendung*, 1907, blz. 134), en, al ware zulks mogelijk te achten, tot dusverre geen bruikbaar criterium daarvoor gevonden werd.

dus onjuist (1), daarentegen kan geheel onderschreven worden zijn de door SALOMONSON gedeelde meening, dat men niet eens en voor altijd kan uitmaken, of eenig voorwerp — beiden verwijzen naar Malthus. instrumenten —, van octrooibescherming is uitgesloten (2); dit hangt af van den toestand van het maatschappelijk leven als zoodanig. De juistheid van het criterium komt nog duidelijker uit bij een werkwijze, waarvan het (normale) doel is om het zakkenrollen te vergemakkelijken, of een werkwijze, om „valsch” geld (juister: geld, schijnbaar de door de wet gevorderde samenstelling bezittende) te vervaardigen; het normale doel dier werkwijze is strijdig met het leven in een maatschappij, het verkeersleven als zoodanig. Daarmede is ook strijdig te achten het door KOHLER genoemde, vermakelijke voorbeeld van een inrichting eener koffer, die, op een kleinere koffer neergeworpen, deze laatste in zich opneemt (3); tooverinrichtingen zijn evenmin uit hoofde van de misleiding van derden, octrooieerbaar te achten (4). Evenmin is op grond van strijd met de goede zeden octrooieerbaar elk

(1) Blz. 161, evenzoo KOHLER t. a. p. blz. 129 v., die, evenals RESIUS, minder nauwkeurig spreekt van het sociale belang, dat door de uitvinding gediend moet worden, een uitlegging trouwens, waartoe noch art. 5 Octrooiwet noch § 1 Pat. Ges. eenige aanleiding geven.

(2) Blz. 161, SALOMONSON t. a. p. blz. 12, welke laatste bovendien, in stede van naar een objectief criterium, naar het subjectief oordeel der autoriteiten verwijst.

(3) KOHLER t. a. p. blz. 130, die terecht ook noemt de werkwijze om bedorven eetwaren een versch aanzien te geven.

(4) KOHLER's meening, blz. 127 v., als zou de uitvinding «ein richtiges Lebensbedürfniss», niet een «unvernünftige Laune» mogen betreffen, is dus, afgezien van de vage omschrijving, onjuist; wellicht zou art. 3 Octrooiwet hier te pas gebracht kunnen worden (aldus ook KENT, blz. 192), niet echter het immers ten onrechte gestelde element van sociale nuttigheid.

voortbrengsel, waarvan het (normale) doel is om spel en weddenschap te bevorderen b.v. een tolletje, bestemd voor de roulettetafel. Uit dit laatste voorbeeld blijkt tevens, hoe aan de vroeger geschetste niet-toepasselijkheid van art. 5 Octrooiwet inzake strijd met de wetten, tegemoet gekomen wordt door het daarnevens gebezigde begrip goede zeden of, wat daarmede immers identiek is (1), openbare orde.

(1) Aldus ook DRUCKER, R. M. 1919, blz. 342.

**Historische schets van den rechtstoestand van het
Waalische Kerkgebouw te Leeuwarden**

DOOR

Mr. R. P. CLEVERINGA PZ^N
rechter-plaatsvervanger te Leeuwarden

HOOFDSTUK I

*De stichting van het Witte Nonnen of Twaalf Apostelen-
klooster te Leeuwarden*

De gebruikelijke voorstelling (1) waarbij Welmoede, de dochter van Hemmo Oddezn., een burgemeester te Leeuwarden (2) als de stichtster van dit klooster wordt aangewezen, verliest het onderscheid uit het oog, dat gemaakt moet worden tusschen het oprichten van een plaatselijke kloosterorde als corporatie en de stichting van het klooster in juridischen zin d. i. de stichtings-handeling, waarbij de goederen of gelden in eigendom worden afgestaan, waarop de pieuse bestemming is vastgelegd. Ongetwijfeld heeft bedoelde Welmoede het initiatief genomen tot het oprichten van de kloosterorde der Predik-

(1) W. EEKHOFF, *Geschiedkundige Beschrijving van Leeuwarden I*, blz. 127 vlg., J. J. HOOGLAND, *Het Nonnenklooster der Twaalf Apostelen te Leeuwarden* (Archief voor de Geschiedenis van het Aartsbisdom Utrecht dl. II, blz. 385 vlg.), G. A. MEYER, *Het Jacopijnen Klooster te Leeuwarden* (Archief t. a. p. dl. 33, blz. 134 vlg.).

(2) In een lijst van regeeringsspersonen van Leeuwarden (M. S.) zich bevindend in 't Gemeente-archief aldaar wordt HEMMO ODDEN in 1512 als burgemeester genoemd.

heerinnen te Leeuwarden, immers vaststaat, dat zij reeds vóór 1512 (1) een aantal zusters om zich had verzameld, met wie zij tezamen leefde volgens de regelen van de Orde der Dominicanen en dat deze gemeenschap in 1522 op het Provinciaal Kapittel te Haarlem eerst voorwaardelijk (*congregatio sororum Leowardiae dudum inchoata admissa fuit in Monasterium Ordinis ea conditione ut a proximo Capitulo Generali etiam admitteretur*) (2) en in 1525 op het Generaal Kapittel te Rome voor goed in de orde der Dominicanen is opgenomen (*acceptamus Conventum Monialium nostri Ordinis*) (3). Op de naam van stichtster in juridischen zin kan zij echter geen aanspraak maken, veeleer mag uit de nog aanwezige gegevens worden opgemaakt, dat het Wybo Gerritzn., burgemeester van Leeuwarden en diens vrouw Sjouck Eelckesdr. geweest zijn, die de goederen voor de stichting van het klooster hebben beschikbaar gesteld. Dit kan reeds blijken uit een aan hen beiden gericht brief van den bisschop van Utrecht, Philippus van Bourgondië, van October 1522 (4), waarin deze hun (*cupientes cultum divini*

(1) Aan het slot van de laatste van drie koophrieven (resp. d.d. Maart 1507, Juli 1509 en Augustus 1512), waarbij HEMMO ODDES van het Klooster der Predikheeren te Leeuwarden eenige onroerende goederen koopt, wordt gesproken van «Hemme ende Houckx Nyhuijs, daer de susteren nu in wonen» vgl. BERNARDUS DE JONGHE, *Desolata Batavia Dominicana*, 1717, blz. 44. Deze en de verder uit DE JONGHE aan te halen stukken zijn ook opgenomen door V(AN) H(EUSSEN) in zijn *Historia Episcopatum Foederati Belgii* 1719 dl. II, *Historia seu notitia Episcopatus Leovardiensis*, Appendix ad *Frisiam Altera*, blz. 135—138.

(2) DE JONGHE, blz. 44—45.

(3) DE JONGHE, blz. 45.

(4) DE JONGHE, blz. 45—46. v. H. vermeldt hier als datum October 1524, doch het op blz. 157 noot 2 te noemen register geeft ook October 1522 (Rubriek: Fundaties no. 2).

nominis ampliari) op hun verzoek toestemming (1) verleent (licentiam concedimus) tot het oprichten en bouwen (ut erigi et aedificari facere possitis et valeatis) van een klooster met kapel en verdere noodzakelijke bijgebouwen (Monasterium seu conventum dicti Ordinis (2) cum omnibus necessariis officinis (3) ac capella) en zulks te Leeuwarden, hetzij op de plaats van de terreinen van Hemmo Oddes, waar reeds lang de zusters tezamen wonen, hetzij op een andere geschikte plaats (in dicto oppido Leuwardensi in domibus et fundis (4) per quemdam Hemmonem Oddonis dudum ad usum unius Monasterii seu Conventus Sanctimonialium Ordinis S. Dominici assignatis in quibus etiam ad praesens nonnullae dicti Ordinis Moniales degunt et simul morantur seu alio loco magis ibidem ad hoc conveniente). Tevens wordt aan de zusters in haar tegenwoordige verblijfplaats (in dictis habitationibus suis) verlof verleend (licentiam similiter impartimur) om inmiddels vóór de inwijding van de kerk en het altaar van het te bouwen klooster (ante altarium et capellae dicti erigendi Monasterii consecrationem) in loco congruo et

(1) Voor de oprichting van een klooster was o. m. het verlof van den bisschop noodig; vgl. VAN ESPEN: *Ius Ecclesiasticum Universum* I Titel 24 Caput 3 § 3: »Ne de caetero ulla Monasteria seu virorum seu mulierum erigantur sine Episcopi, in cuius Dioecesi eriganda sunt, licentia prius obtenta». Ook het wereldlijk gezag had daartoe toestemming te geven, hetgeen dan ook blijkt denzelfden brief door Karel V was geschied. Vgl. DE JONGHE blz. 45. Eindelijk gaf ook de stad op 22 Maart 1523 vergunning tot het bouwen van een klooster voor de zusters te Leeuwarden, vgl. DE JONGHE blz. 48 en ECKHOFF I, blz. 381.

(2) sc. S. Dominici.

(3) Officinae = in Monasteriis dictae aediculae, in quibus asservantur quae ad victum aut alios usus Monachorum spectant, vgl. du Cange, *Glossarium* i. v. officinae.

(4) Vgl. de op blz. 153 noot 1 genoemde koophbrieven, alle opgenomen door DE JONGHE, blz. 42—44.

apto divina officia et missas in altaribus portatilibus (1) celebrari. Het klooster moet dus nog door Wybo en zijne vrouw Sjouck gesticht worden en zelfs is het nog niet zeker, op welke plaats de bouw daarvan zal geschieden, waaruit volgt, dat de in de brief genoemde handeling van Hemmo slechts de beteekenis kan hebben van een in gebruik geven tot omschreven doel, zonder dat dit gepaard ging met een eigendomsafstand van het goed.

In een pauselijke bul van het jaar 1524 (2) heet het, dat Wybo, burgemeester van Leeuwarden en zijn echtgenoot Sjouck op een geschikte plaats (in loco ad id convenienti et apto) te Leeuwarden een klooster met kapel voor de Nonnen van de Orde van den H. Augustinus (Monasterium Monialium Ordinis Sancti Augustini (3) sub cura habitu et institutis Fratrum Ordinis Praedicatorum degentium cum capella seu ecclesia) met hun vermogen doen bouwen en na verkregen vergunning doen oprichten (cum ipsi sc. Wybo et Sjouck de bonis eis a Deo collatis construi et aedificari ac ordinaria auctoritate erigi fecerint et procuraverint) en dat de Paus, verzocht „erectioni robur Apostolicae confirmationis adducere,” deze stichting heeft goedgekeurd en bekrachtigd (erectionem acceptationem (4) et introductionem (5) prae-

(1) Altare viaticum seu portatile, quod per viam portitur; propter quod portatile vel viaticum appellatur (du Cange i. v. altare). Vgl. ook VAN ESPEN II Titel 5, Caput 8 § 10.

(2) Van Clemens de zevende d.d. 1 November; vgl. DE JONGHE blz. 46-48.

(3) De Dominicanessen, sinds 1206 een vrouwelijke tak van de Orde van den H. Dominicus (Ordo Fratrum Praedicatorum) leefden onder de regels van den H. Augustinus. De benaming „Witte Nonnen” is ontleend aan de kleur der kleeding. Vgl. WETZER und WELTE, Kirchenlexion i. v. Dominicus.

(4) Sc. van het Monasterium door den Prior Provincialis.

(5) Sc. van de Moniales.

dictas tenore praesentium approbamus et confirmamus), terwijl voorts aan het klooster en zijn bewoners wordt toegestaan ut omnibus et singulis privilegiis (1) et immunitatibus (1) exemptionibus (2) indulgentiis (3) concessionibus, gratiis (4) favoribus et indultis aliis Monasteriis Monialium dicti Ordinis in futurum uti potiri et gaudere libere et licite valeant.

Op grond van deze oorkonde moet worden aangenomen, dat burgemeester Wybo en zijne vrouw voldoende goederen en gelden voor de oprichting van een klooster hebben afgestaan en dat dus de stichtingshandeling vóór November 1524 heeft plaats gehad. Het ontbreken van den eigenlijken fundatiebrief belet ons dit tijdstip nader te preciseeren.

Nu is het zeer waarschijnlijk, dat van de kloosterterreinen ook deel hebben uitgemaakt de perceelen (5), welke Hemmo Oddes aan de zusters in gebruik had gegeven en voor de Jonghe was dit zeker aanleiding om Hemmo als „primus fundator” (6) en Wybo als „confundator” (7) te bestempelen. Of dat feit echter

(1) Privilegia of immunitates: voorrechten hoofdzakelijk ten doel hebbend het genot der stichtingsgoederen en de benoeming van den abt aan het klooster te laten (VAN ESPEN t. a. p. dl. III Titel 12 Caput 2 §§ 1, 30 en 34).

(2) Exemptio = qua monasteria ab episcopali iurisdictione exemptuntur (du Cange i. v.). Monasteria exempta a iurisdictione Episcoporum et sedi Apostolicae immediata subdita (du Cange i. v. Monasteria).

(3) Indulgentia = poenae remissio (aflaat).

(4) Gratiae = privilegia, immunitates (du Cange i. v.).

(5) De door Hemmo aangekochte huizen en erven sloten alle bij elkaar aan en lagen tusschen de Groote Kerkstraat en Speelmansstraat in dicht bij de Oude Kerk van Nijehove, vgl. ECKHOFF I, blz. 128.

(6) blz. 52.

(7) blz. 42.

zonder meer deze gevolgtrekking ten opzichte van Hemmo rechtvaardigt, mag als in strijd met de duidelijke be-
woordingen van den brief van den Bisschop en de oor-
konde van den Paus, worden betwijfeld, vooral nu andere
mogelijkheden, om te verklaren, hoe die goederen onder
het klooster zijn gekomen, niet uitgesloten zijn (1). Wat
hiervan zij, het punt is thans niet van belang, omdat
het in geen geval aan het tijdstip van de stichtings-
handeling iets kan veranderen.

Met de boven aangehaalde stukken zijn de voornaamste
bronnen van de geschiedenis van de oprichting van het
klooster uitgeput. Er schijnt alleen nog een register (2)

(1) Bijv. Wybo heeft ze tevoren gekocht of Hemmo schonk of ver-
maakte ze (het sterfjaar toch van Hemmo is niet bekend) aan de
stichting (zijn testament d.d. 7 October 1521 genoemd in het hieronder
in noot 2 te vermelden register bevatte «veel godvrugtige legaaeten»)
of ook wel Welmoede als eenige erfgenaam van hare ouders Hemmo
Oddes en Houck Jansdr. (zie datzelfde testament) heeft ze in het
klooster ingebracht (domo paterna in Monasterium versa: vgl. DE JONGHE
blz. 42). In 1524 trad zij het klooster binnen en legde 8 Juli 1525
onder de eerste priorin Jacoba haar gelofte af (DE JONGHE blz. 42 en 52).

(2) De titel van het register, waarvan een afschrift met betrekking
tot het klooster der Predikheerinnen te Leenwarden sinds 1910 op
het Rijksarchief aldaar aanwezig is, luidt:

Register der Boecken, Brieven en Papieren niet alleen raeckende
het Clooster der Eerwaarde Paters Predickheeren van 's-Hertogen-
bossche, maer insgelijks de Cloosters van Worcum, Haerlem,
Groeninghen, Leeuwarden, Westroyen, de Hollandsche Vergade-
ringhe van deselve Order, het Clooster der Regulieren, genoemd
S. Hieronymus Dal tot Delft, het Beggijnhof van de H. Agnes tot
Leyden etc.

Berustende in de Archiven der Cloosters der E.E. Paters
Predickheeren van S. Bosch nu tot Mechelen.

Bijeenversamelt en opgedraeghe aen de Wel Eerwaerde Gemeente
van het laestgenoemde Clooster door Fr. Jacobus Brouwer.

Volgens inlichtingen van de zijde van den heer Cuvelier, Algemeen
Rijksarchivaris van België te Brussel zijn de in het register genoemde

te bestaan van de hand van zekeren Jacobus Brouwer, behelzende de korte inhoudsopgaven van verschillende stukken, welke betrekking hebben op de kloosters van de Predikheeren in Nederland. Onder die van het klooster der Predikheerinnen te Leeuwarden worden o.m. de navolgende aangetroffen:

a. Copy van Testament van Wybe Gerritsz. Burgemeester tot Leeuwaerde en Sjouck Eelckes Doghter, eghtelieden, 28 September 1527, dit is de Fondatie.

b. Contract wegens de Fundatie van dit Clooster tussen Sr. Welmoede Priorinne en het Convent ter eene en Mr. Wybo Gerrits Fondateur ter andere sijde, wedersijds onderteekent 18 Februari 1533.

c. Octroy van Keijser Carolus V voor het Convent om te mogen acquireeren goederen en renten tot 600 Goudgl. jaerlijks door dien het Testament, door dew. het Clooster was gefondeert, door den testateur naer sijn vrouws dood was herroepen. 22 November 1544.

Het spreekt vanzelf, dat de uiterste behoedzaamheid dient in acht te worden genomen met het trekken van conclusies uit stukken, waarvan alleen een korte inhoudsopgave is medegeeld, doch waarvan de eigenlijke inhoud aan een onderzoek blijft onttrokken. Bij de lezing van de sub *a* vermelde opgave zou men allicht met het oog op de toevoeging „dit is de fundatie” geneigd zijn aan te nemen, dat Wybo Gerrits in 1527 in een testamentaire

stukken niet meer in het Kloosterarchief te Mechelen aanwezig, vgl. Archief Aartsbisdom Utrecht dl. II, blz. 387 noot 1 en dl. XXXV blz. 79. Uit de aangehaalde plaatsen is af te leiden, dat het archief vroeger in Gent werd bewaard. Het register (M. S.) bevindt zich in het Provinciaal Archief van de Orde der Predikheeren, vgl. blz. 14 Voorrede en blz. 201 noot 1 van «De Predikheeren te 's-Hertogenbosch 1296—1770» door pater G. A. Meijer, in 1908 uitgegeven door het Provinciaal Genootschap van Kunsten en Wetenschappen van Noord-Brabant.

bepaling (1) de stichting van het klooster heeft neergelegd en dat dus pas is 1534, toen hij overleed (2), deze beschikking effect verkreeg en de stichting in het leven werd geroepen, een conclusie in strijd met de hierboven gestelde, welke immers de stichting reeds vóór November 1524 laat ontstaan. Doch het sub *b* vermelde contract (3) van het jaar 1533, waarbij het klooster als partij optreedt, toont aanstonds de onhoudbaarheid dezer conclusie aan, omdat daaruit blijkt, dat de stichting reeds vóór 1534 moet hebben plaats gevonden (4).

Met grond mag dan ook vermoed worden, dat de steller der Inventaris ten onrechte in bewust testament een fundatie heeft gezien en hier eerder moet worden gedacht aan een eenvoudige testamentaire bevoordeeling. Doch wat alle waarde aan het testament ontnemt, is de omstandigheid, dat Wybo het na de dood van zijn eerste vrouw (5)

(1) Waarschijnlijk in een z.g. mutueel testament naast de wederzijdsche bevoordeeling der echtgenooten. Dergelijke testamente waren vroeger zeer in zwang, vgl. DE GROOT, Inleiding Bk. II, dl. 17 § 24 en Lijbreghts, Redenerend vertoog over 't Notaris-Ampt I, blz. 276. Het Friesche Statutaire Recht uit de 18de eeuw verklaarde deze testamente uitdrukkelijk voor geldig (vgl. BINCKES in zijn verklaring van 's Lands Ordonnantie I, blz. 332).

(2) Op de blz. 152 noot 2 bedoelde lijst komt Wybo herhaalde malen als burgemeester voor, het laatst in 1533. Het bovengenoemde register bevat onder Testamente no. 3: Copij van Inventaris van Wybe Gerritsz. goederen, 23 December 1534.

(3) Ook vermeld bij DE JONGHE, blz. 53.

(4) Overigens is er nog dit verschil, dat het contract sub *b* van een oprichting onder de levenden uitgaat. Op zich zelve beschouwd bevat deze opgave geen tegenstrijdigheid, daar het zeer wel denkbaar is, dat tusschen een stichting eenmaal ontstaan door de aanwijzing van een bepaald doel in verband met een tot bereiking daarvan bestemd vermogen en den stichter geschil ontstaat over den juisten omvang van het aan de bestemming geofferde vermogen.

(5) Wybo's eerste vrouw zal kort na 1527 zijn overleden; zijn tweede vrouw Baucke heeft met het convent getwist over de nalatenschap van den stichter (zie bovenbedoeld Register onder Processen nos. 13, 14 en 15).

heeft herroepen (vgl. sub c). Blijkbaar is het klooster er niet wel bij gevaren en verruimde toen Karel V de bevoegdheid om „erfgoeden” en „erfrenten” te aanvaarden tot het in bedoeld octrooi genoemde bedrag (1).

Op grond van bovenstaande overwegingen komt het mij voor, dat de conclusie, welke de stichting van het klooster in juridischen zin vóór November 1524 stelt, in alle opzichten gehandhaafd kan blijven. Verder is reeds medegedeeld, dat de congregatio sororum in 1525 als afdeeling van de Dominicanerorde is toegetreden, waaruit volgt, dat de corporatie van conventualen niet eigenares van de kloostergoederen kan zijn en derhalve ook voor dit klooster opgaat de rechtsregel (2), dat het is een stichting, beheerd door en ten behoeve van een corporatie.

De kloostergoederen behoorden dus in eigendom aan de stichting (3), zoodat de kloosterkapel, welke sinds 1524 op stichtingsgrond werd gebouwd en in 1530 door Bisschop Laurentius Hertoghe van Utrecht op 6 Augustus van dat jaar is ingewijd (4), door natrekking den rechts-

(1) Een passage uit het Octrooi te vinden in het Archief Aartsbisdom Utrecht dl. 33, blz. 137.

(2) Opgesteld door RENGERS HORA SICCAMA in «De Geestelijke en Kerkelijke goederen onder het Canonieke, het Gereformeerde en het Neutrale Recht» dl. I, blz. 45.

(3) Dat het klooster rechtspersoonlijkheid bezat, blijkt ook hieruit, dat het als zoodanig vertegenwoordigd door zijn bestuurders bij rechtshandelingen optreedt, vgl. de acte van erfpacht gesloten met het Jacobijnenklooster op 17 Juni 1562, opgenomen in Archief Aartsbisdom Utrecht dl. 33, blz. 184.

(4) Tegelijk met het kerkhof en twee altaren: Consecravimus Ecclesiam Monasterii Monialium cum coemiterio et duobus altaribus fundatam in oppido Leeuwaerdensi», vgl. DE JONGHE, blz. 50. De Kerk en het Klooster kregen den naam van «12 Apostelen» (nomina-
navimus autem Ecclesiam praedictam seu Monasterium «ad Apostolos» enz.), vgl. DE JONGHE blz. 51.

toestand van den grond volgde en dus eveneens het karakter van stichtingsgoed verwierf.

HOOFDSTUK II

De Kloosterkerk sinds de Hervorming tot 1659

Aldus was de rechtstoestand van het Witte Nonnenklooster en de daarbij behoorende Kloosterkerk, toen in de tweede helft der 16e eeuw de Hervorming in ons land doorbrak. Als religieuze strooming kon deze beweging op zich zelve geen afbreuk doen aan het feitelijk bestaan van het kloosterleven en, het spreekt wel van zelve, evenmin aan het juridisch karakter der kloostergoederen. Anders kon dit pas worden, toen de overheid ging ingrijpen, de gereformeerde religie met geweld werd doorgezet en aan de Katholieke eeredienst metterdaad een einde werd gemaakt. Hoe dit alles in Friesland en speciaal in Leeuwarden zich heeft afgespeeld, behoeft thans niet te worden vermeld (1), volstaan kan worden met de mededeeling van de navolgende feiten, welke op het Witte Nonnenklooster betrekking hebben.

Op 8 Februari 1580 (2) nu stelde de stad zich in het bezit van de te Leeuwarden staande kloostergebouwen, terwijl de bewoners, voorzoover zij onwillig waren de nieuwe orde van zaken te aanvaarden, uit de stad werden verwijderd. Van de conventualen van het St. Catharina-klooster (3)

(1) Een overzicht van de geschiedenis daarvan bij Van Apeldoorn, Kerkelijke Goederen in Friesland I, blz. 270—294.

(2) SCHOTANUS: De geschiedenis van Friesland Oost ende West, blz. 847: Den 8en Februarij (1580) wierden de Geestelijken te Leeuwarden uyt-gheleydt ende de Kerken aengetast.

THOE SCHWARTZENBERG: Charterboek van Friesland dl. 4, blz. 293 vermeldende de schulden van dit Convent, «dewijl die Heeren van de Stadt die Gloosters aengetast hebben».

(3) Een van de altaren van het Witte Nonnen-Klooster was gewijd aan Catharina van Sienna (DE JONGHE blz. 51).

bleven ten slotte een drie en twintigtal achter (1), van wie nog in 1580 achttien (2) „sich regulerende na de veranderinghe des tijds” in het huwelijk traden. Met de in de stad achtergebleven bewoners der verschillende kloosters sloot de Magistraat (3) der stad Leeuwarden een overeenkomst (4), waarbij de revenuen der kloosterbezittingen

(1) Charterboek IV, blz. 294: «Dese naebeschreven personen hebben tot haer levenstond pensioen uyt deesen conventgoederen als volgt ende zijn aldus sterk geweest, dewijl de Heeren dit Convent aannamen»: volgen de namen van 23 conventualen.

Liber Beneficiorum fol. 17 (M. S. Stedelijk Archief te Leeuwarden: Inventaris Singels no. 269 a—o) verdeelt ze in 15 Choornonnen en 8 Leeckesusters.

(2) Volgens een copie van een M. S. uit de boekerij van de pastorie op de Vleeschmarkt te Leeuwarden van het begin der 17e eeuw zijn van het Witte Nonnen-Clooster in 1580 ongetrouwd gebleven 3 nonnen en 2 werksusters. Deze copie bevindt zich in de Prov. Bibliotheek te Leeuwarden onder de nagelaten stukken van Jhr. Mr. M. de Haan Hettema. De bedoelde pastorie op de Vleeschmarkt was de Bonifacius-Kerk (vgl. ECKHOFF t. a. p. dl. II, blz. 175 en 198).

(3) Raad of Magistraat = het college, bestaande uit 4 burgemeesters, 6 schepenen en 2 bouwmeesters, vgl. WINSEMIUS, Beschrijvinghe der Steden van Vrieslandt op Leeuwarden.

(4) Deze overeenkomst vindt men vermeld in een aan de Magistraat der stad Leeuwarden gericht verzoekschrift, waarbij de voogden van het St. Anthony-Gasthuis, die van de Huisarmen en de Weesmeesters van het Weeshuis te Leeuwarden verzoeken om de «landthuyren ende eeuwige renthen van drie Cloosteren, staende binnen derselver stadt», en waarop door de stad bij resolutie d.d. 9 April 1582 goedgunstig wordt beschikt. Requestranten spreken van «de opcompsten der Geestelicke Goederen, waarvan dezelve Stadt naest drie jaeren met wille ende accordt der conventualen in besit gecomen ende althans in goede possessie was». (Charterboek IV, blz. 290; Oorkonden St. Anthony-Gasthuis II, blz. 793). Eigenlijk waren er in de stad Leeuwarden vier kloosters, te weten het Witte Nonnen- en Grauwe Bagijnenklooster en dat der Jacobijnen en Franciscanen. Het laatste had echter geen inkomsten, zoodat het request daarop geen betrekking heeft. Het woord «naest» in het request beteekent: eerlang, spoedig.

aan haar werden overgedragen tegen toekenning (1) aan die conventualen van een levenslang pensioen. Reeds op 24 Februari 1580 (2) werden deze goederen, voorzoover aan het Witte Nonnen-klooster toebehoorend, door den Burgemeester Jelle Sybes en twee schepenen geïnventariseerd.

In verband met deze feiten kunnen nu al dadelijk twee punten worden vastgesteld:

1. Het Witte Nonnen-klooster vormde een stichting en deze was eigenares van de Kloosterkerk en verdere goederen; toen de conventualen de kloostergebouwen verlieten, waren deze zonder beheer, doch werden geen res nullius, welke als zoodanig aan de overheid ten deel vielen.

2. Het door de conventualen met de stad gesloten accord verschaftte aan deze het genot der kloosterbezittingen, welke zij daartoe onder zich kreeg, doch bracht haar de eigendom dier goederen niet aan. Tot een eigendomsoverdracht konden de achtergebleven kloosterlingen, die slechts het genot der stichtingsgoederen hadden in overeenstemming met de daaraan gegeven bestemming,

(Vgl. VERWIJS en VERDAM, Middelnederlandsch Woordenboek i. v. naest I sub 2). Uit de geestelijke rekening der stad Leeuwarden van 1580 blijkt n.m.l., dat de over Mei 1579—Mei 1580 loopende en op 1 Mei 1580 verschenen huren en pachten door de stad waren ontvangen, zoodat requestanten in April 1582 konden stellen, dat de stad de inkomsten van de geestelijke goederen spoedig (n.m.l. Mei 1582) voor het derde jaar had te genieten.

(1) Vgl. boven blz. 162, noot 1 a. p. Charterboek en Geestelijke Rekening 1580 fol. 163, waar onder de uitgaven van pensioenen aan de Witte Nonnen is opgeteekend «haer bij de Raedt der stad Leeuwarden geaccordeert volgens het accordt en bescheyt haer dien angaende gepasseert». Art. 15 van de Unie van Utrecht (FRUIN—COLENBRANDER, Geschiedenis der Staatsinstellingen blz. 384) zegde den conventualen levenslang een «behoorlicke alimentatie» «uyten incompst van haeren conventen» toe.

(2) Liber Beneficiorum fol. 9 vlg.

dan ook niet bevoegd worden geacht. Het springt natuurlijk in het oog, dat de kloostergebouwen w. o. de kerk onder deze overdracht niet waren begrepen (1), omdat de stad zich daarvan reeds zelve in het bezit had gesteld.

Welk lot heeft de stad nu harerzijds toegedacht aan de kloostergebouwen en bezittingen, welke zij op bovenschreven wijze in handen had gekregen? (2) Al deze goederen werden met de overige kerkelijke goederen onder één administratie vereenigd, tezamen vormende het z.g. kantoor der geestelijke goederen, aan het hoofd waarvan een rentmeester werd gesteld.

Wat de gebouwen van het Witte Nonnen-klooster aangaat, de juistheid daarvan kan blijken uit de rekeningen der geestelijke goederen over de jaren 1580, 1581, 1582 en 1738, allen berustende in het Stedelijk Archief te Leeuwarden (3).

(1) Het accoord vermeldt dan ook alleen buiten de stad gelegen landen (Charterboek IV, 293); evenzoo spreekt de legger en specificatie van landen, renten en opcompsten aan St. Anthony-Gasthuis ten deel gevallen van landen «gelegen buyten de muieren derselver steeede». (Oorkonden St. Anthony-Gasthuis II, 800). De Geestel. Reken. v. Leeuw. van 1738 noemt ze convents-buitengoederen (fol. 60 en 76).

(2) Bij artikel I van de Resolutie van de Staten van Friesland van 31 Maart 1580 (Charterboek IV, 144) werden «alle pausselycke ceremonien, diensten ende oeck haere Predicatiën, zoe well int heymelick als openbaer» verboden en daarmede was de bestemming als klooster een onvervulbare geworden. Gevolg daarvan was echter niet, zooals het wel eens wordt voorgesteld (DE SAVORNIN LOHMAN, De Kerkgebouwen van de Gereformeerde (Hervormde) Kerk in Nederland, diss. 1888 blz. 112—115, 133 en 177) dat de Klooster-goederen nu als bona vacantia ipso iure aan de Staten vervielen, omdat de overheid, hier de stad Leeuwarden, zich intusschen reeds het lot der Kloosters had aangetrokken, het beheer daarvan op zich nam en een nieuwe bestemming daaraan zoude gaan geven.

(3) De geestelijke rekeningen over de andere jaren zijn niet meer aanwezig. (Vgl. ECKHOFF I, aantekening no. 67.)

Zoo wordt in ieder dier rekeningen (1) een hoofd aangetroffen w. o. de ontvangsten zijn vermeld van de verhuurde gebouwen en perceelen, die deel uitmaken van het Witte Nonnen-klooster. In de rekening van 1580 vinden wij bijv. de volgende post: De Predicant van Grouw is schuldig ter cause dat hij het spinhuys met een celle voor zijn studar (2) in huire heeft gehadt van November 1580 aff tot May 1581 toe voor 9 g. g. (3). Deze post wordt teruggevonden in de rekening van 1581 (4) onder het hoofd „Andere Ontfanck van olde Resten, deesen Convente toebehoirende”, waar wij lezen: Ontfangen ut handen van Ruerdo Accronio, onse predicant (5) een somma van 5 g. g. ende dat wegen die predicant van grou, van huire tgeen hij verwoondt hadde int Witte Nonnen Clooster in spinhuis aldaar, weleke huire al verscheenen waer, in Maio 1581 dus hier 7 c. g. (6). Sommige perceelen van het klooster werden niet verhuurd, doch gratis ter bewoning afgestaan, aldus een

(1) In die van April 1580—Juli 1581 fol. 27.

In die van Juli 1581—Juli 1582 fol. 106—107.

In die van Juli 1582—Juli 1583 fol. 102—105.

In die van Januari—December 1738 fol. 76—77.

(2) Waarschijnlijk in plaats van studoor (lat. studorium) = studeerkamer. De *a* ook in studant = student. Vgl. VERWIJS en VERDAM i. v. student en studoor.

(3) Deze post is dus, hoewel onder de ontvangsten vermeld, niet betaald geworden. Daarnaast is aangeteekend: Alzoo dese huir wat te swaer geweest is, sal met 5 g. g. moegen volstaen die Ritske Jansz (d. i. de rentmeester) sal invorderen. Ergo rest 5 g. g.

(4) Fol. 108—109.

(5) Volgens ds. T. A. ROMEIN (Naamlijst der Predikanten sedert de Hervorming tot nu toe in de Hervormde Gemeenten van Friesland: blz. 11 en 77) is R. B. Accronius in 't laatst van 1580 te Leeuwarden gekomen en in 1589 weer naar Cornjum vertrokken.

(6) 1 goud gulden = 28 stuivers en 1 carolus gulden = 20 stuivers. derhalve 5 g. g. = 7 c. g.

post in de rekening van 1581 (1): Mary melckster een aerme wedu bewoont pro deo 't melckhuis van den vers. convente, dus hier niet.

Wat betreft de Kloosterkerk, daarvan komt alleen een post voor in de rekening van 1582 (2) en wel luidende als volgt: Alzoo de Kercke van de Witte Nonnen noch voor dit loopend jaer onverhuiert is gebleven en daer geen proffijt aff en is gecomen, compt daeromme hier — niet.

Genoeg om te doen zien, dat de kerk en de verdere kloostergebouwen door de stad waren ingebracht in het comptoir der geestelijke goederen.

Wat waren de rechtsgevolgen daarvan ten opzichte van den eigendom dier goederen? Nergens vindt men een door de stad uitgesproken verklaring, dat zij zich de eigendom dier stichtingsgoederen heeft toegekend (3) of dat zij maar eenigzins de bedoeling had zulks te doen. Voor het bewijs van een dergelijke onteigening ware een dusdanige verklaring toch op zijn minst noodig geweest. Uit de gedragingen van de stad ten opzichte van de goederen is ook veeleer het tegendeel af te leiden. De administratie er van geschiedde geheel afgescheiden van die der stads-eigendommen (4), onder leiding van een bijzonderen

(1) Fol. 107; dezelfde post in de rekening van 1582, fol. 104.

(2) Fol. 104.

(3) De bevoegdheid daartoe ontleende zij aan de souvereine macht, waarmede zij in haar territoir feitelijk was bekleed. De provincie, die zich alleen bekommerde om de kloosters buiten de stad, liet haar de vrije hand. Vgl. L. OFFERHAUS JZN., De Rechtstoestand van Kerkelijke goederen bij de Hervormden, diss. Leiden 1888, blz. 66 en 68.

(4) Zoo luidt de titel van een staat (M. S. rentmeester G. J. Voorda) in de «stukken der Geestelijke goederen 1e collectie» (Stedelijk Archief Leeuwarden, 1796, no. 6) dan ook: Notitie der geestelijke landgoederen, waarvan de stad Leeuwarden de beheering heeft na aftrekking van stadseigendommen.

rentmeester en vormde een aparte kas naast die der stad (1). De revenuen van de goederen werden blijkens de uitgaven in voormelde geestelijke rekeningen voorkomende, naast de betaling van pensioenen en onderwijskosten, uitsluitend besteed voor kerkelijke doeleinden (2). Na afloop van ieder jaar werd de rekening afgesloten en opgenomen door een door de Raad ad hoc benoemde commissie (3).

Wij hebben dus aan te nemen, dat de stad al deze goederen slechts onder haar beheer nam en kunnen haar positie het best vergelijken met iemand, die de administratie van verschillende kapitalen, d. i. toebehoorend aan verschillende personen, onder zich krijgt, zonder nochtans dit eene verschil uit het oog te verliezen, dat de stad ook bij de vermogenstoestand der stichtingen in hooge mate geïnteresseerd was, nu zij als overheid, die de Kerk onder hare bescherming had (4), zich verplicht gevoelde eventueele tekorten op de geestelijke rekeningen

(1) Vgl. de Resolutie van de Magistraat der stad Leeuwarden d.d. 26 Augustus 1598 in Memorieboek ofte Oudste Resolutien van de Magistraat der stad Leeuwarden 1595—1611, blz. 35 (Stedelijk Archief), waarbij deze voor de fundatie van een Armenweeshuis te Bergen op Zoom toestaat hondert dalers uit «die buydel van de Stadsrentmeester» en vijftig dalers uit «die buydel van de Rentmeester der Cloosteropcompsten».

In 't geheel waren er 4 Rentmeesters voor de stad, waaronder een voor de «Stadtopcomsten» en een voor «de Geestelijke goederen» (WINSEMIUS t. a. p.).

(2) Men bedenke wel, dat de eigenlijk gezegde Kerkelijke goederen ook in het geestelijk kantoor waren opgenomen.

(3) Vgl. het door den rentmeester G. J. Voorda in zijn «Noodig Bericht aangaande de Geestelijke goederen der stad Leeuwarden, 1796» op blz. 8—9 opgemerkte voor wat betreft de Kerkelijke goederen.

(4) BUIJS, de Grondwet II, 541: In de dagen van de Republiek was de Kerk een tak van den openbaren dienst en waren hare dienaren ambtenaren van het staatsgezag.

met gelden uit de stadskas te dekken (1). Daarmede veranderde het beheer van de stad echter niet van karakter, noch vervloede het onderscheid tusschen stadskas en die van het geestelijk kantoor.

Ook het zelfstandig bestaan van de verschillende stichtingen met de bij ieder daarvan behoorende goederen bleef gehandhaafd, want al werd in de geestelijke rekeningen niet van ieder klooster, nadat eerst de ontvangsten en uitgaven (2) afzonderlijk waren vermeld, apart het saldo opgemaakt, doch het totaal der ontvangsten en uitgaven opgenomen onder die van alle andere goederen van het geestelijk kantoor en over alle tezamen het saldo berekend, dit had slechts tengevolge, dat uit administratief oogpunt een samenvoeging plaats vond, doch werden de verschillende stichtingsgoederen, overigens hun zelfstandigheid bewarende, niet tot één eigendoms-massa samengesmolten.

Er had dus in 1580 niet alleen geen vermenging plaats van de eigendommen van de stad met die, welke waren gebracht in het geestelijk kantoor, doch evenmin van de stichtingsgoederen onderling.

Een aanwijzing, dat de stad niet van zins was, zich de eigendom van de onder haar bewind gekomen goederen toe te kennen, is, wat de kloosterbezittingen betreft, nog in het volgende gelegen.

In het reeds aangehaalde *Liber Beneficiorum*, bevattende o. m. de „Inventarisatie ende beschrijvinge van de Opcompsten ende Renten vant Convent van Jacobinen”,

(1) Vgl. VAN APeldoorn, II, blz. 326 en 332.

(2) Wat de uitgaven betreft worden over de jaren 1581 en 1582 alleen de uitgekeerde pensioenen afgescheiden verantwoord, doch de overige uitgaven met de soortgelijke van de andere kloosters telkens onder een hoofd vereenigd.

komt aldaar (1) onder de renten voor de navolgende post:

„Die Witte Nonnen bynnen Leeuwarden gebruycken in een eeuwighe Pacht (2) een fenne landts gelegen aan die noorderzijde van deese stadt omtrent 13 pondemaeten groot facit jaerl. 32 g.g.”

Daarnaast staat aangeteekend:

„Hiervan 3 koegang verhuurt aen Wopcke Alles, die hij nog twee jaeren sal bruycken.”

De *geestelijke rekening over 1580* vermeldt onder de „Ontfanck van Jacopinen eerst van de landthuyr” op fol. 8 dezelfde post, terwijl een bedrag van 32 g.g. als ontvangen is ingevuld geweest, doch later uitgewischt (3).

Onder is geschreven:

„Rest van 'tjaar 1579 10 g.g.” en daarnaast:

„Nota te sien hierna daer dit lant in de ontfank compt fol. 23 en 24 vermits het Witte Nonnen Clooster dit jaer mede aen de stadt gecomen is”.

Op de aangewezen plaats onder de Ontvangsten van het Witte Nonnen-klooster vinden wij vermeld:

„Wopcke Alleszn. bynnen Leeuwarden hebbend in

(1) Fol. 2.

(2) Erfpacht, erfhuur, eeuwige of eeuwelicke huur zijn alle benamingen voor hetzelfde begrip; vgl. FOCKEMA ANDREÆ, O. N. B. Recht I, 320. De bedoelde erfpacht werd in 1562 gesloten en is opgenomen in Archief Aartsbisdom Utrecht, dl. 33 als Bijlage IX.

(3) Dat het niet-boeken als ontvangen van een vordering tusschen twee stichtingen van het geestel. kantoor niet een gevolg is van haar tenietgaan door schuldvermenging (aldus bij de opvatting, dat de stad eigenares van de kloosterbezittingen was geworden), doch van het brengen van de administratie van beide stichtingen in één hand, nl. die van de stad, betoogde VAN APELDOORN t. a. p. II, 327/8. Als rechtspersoon immers bleven de verschillende stichtingen gescheiden, slechts administratief vormden zij één geheel en één kas, zoodat het geen zin had onderling betalingen te verrichten.

huyre drie koeganghen dese Convent toecomend waarvan hy jaerlix te huyre geeft de som van 15 f.g." (= floreen gulden). Daarnaast is aangeteekend:

„Alzoo verclaert wort, dat Wopcke op deze drie koeganghen tevoren verschoten heeft aen Baginen 50 g.g. in drie jaeren te verbruycken. Sal men naer festheyt beter verneemen”.

Dan volgt verder:

„Wilhelmus Predicant bynnen Leeuwarden heeft in huyre en bruyckma (1) drie koeganghen in deselve fenne gelegen (van Jacobinen by dese Convente in huyre verkregen) waarvan hy jaerlix te huyre geeft vrys gelts 15 g.g.”

Daarnaast is geschreven:

„Nota, dese volgend zes koegangen en de drie voorgaend koegangen van Wopcke tesamen van Jacobinen in huyre verkregen te weesen en is de fenne, die hier voorn. fol. 8 vers. onder Jacobinen verhaelt wort” (2).

Daaronder volgt:

„Den 15en Nov. 1580. Ontfangen van voorn. Wilhelmo voor dese jare huys 15 g.g. des heeft hij gecort van schattinghe twe daelers sulx dat alhier overblijven en voor ontvangh coomen 12 g.g. 24 st.” (3).

„Agniet Wybedr. woonend int Witte Nonnen Clooster bynnen Leeuwarden gebruyckt drie koegangen in deselve fenne toebehoorende desen Convente van Jacobinen waer-voor sy jaerl. geeft te huyre vrys en schadeloos gelt 15 g.g.”

(1) Bruyckma = gebruik; in de Geestel. Reken. gewoonlijk in de combinatie van «huys ende (ge)bruyckma».

(2) Hier was dus 9 koegangen = 13 pondematen of 1 koegang = $\pm 1\frac{1}{2}$ pondemaat. Over de verhouding van deze beide maten vgl. men Bijlage I achter Hoofdstuk III, blz. 186 vlg.

(3) 1 g.g. = 28 stuivers; 1 daeler = 30 st. of 1 g.g. 2 st.

„Den 24en November 1580 ontfangen van voorn. Agniet Wybes 13 g.g. en 14 st. voor een jaer huyre mits dat sy gecort heeft van schattinge 42 st. sulx dat alhier come voor ontf. de vers. 13 g.g. 14 st.”

In *de geestelijke rekening over het jaar 1581* is onder het hoofd van de ontvangsten van de Jacobinen (1) allereerst weer opgeteekend, dat de Witte Nonnen te Leeuwarden de bovenomschreven fenne land, groot omtrent 9 koegangen van de Jacobijnen in eeuwige pacht hebben gehad „van welke koegangen Pieter Aerentszn. gehuyrt heeft 6 koegang voor de somma van 30 g.g.”

„Wopcke Allezn. coorencoper woonend by franciscus pype heeft die reste van dese koegangen inde huiet, des te weten drie koegangen op welke koegangen hij die Witte Nonnen binnen Leeuwarden verschoten heeft 50 g.g.; als dat hy dese vers. koegangen solde 4 jaeren gebruycken volgende kontrackt van de voorn. Wopcke van welke kontrackt deese rentm.^r D. auditeurs van deese rekening, copie verthoont, comt ergo hier — niet”.

Daarnaast is opgeteekend:

„By copie van 't contract hier gesien ende is dit jaer 1581 het derde jaer, so dattet jaer 1582 het leste jaer sal weesen”.

De corresponderende post onder de ontvangsten van de Jacobijnen in *de geestelijke rekening van 1582* (2) vangt eveneens aan met de vermelding, dat de Witte Nonnen van de Jacobijnen in eeuwige pacht hebben verkregen 9 koegangen en dat Pieter Aerentszn. burgemeester „in zijn levne” daarvan 6 koegangen heeft gehuurd voor 30 g.g. „en heeft Geeske Wilhelmus, predicantsweduwe,

(1) Fol. 75/6.

(2) Fol. 71/2.

dese 4 koegange (1) in huiere vercregen voor 18 g.g.”

Wederom volgt, dat Wopcke de rest van deze koegangen gebruikt, dat hij daarop de Witte Nonnen 50 g.g. „verschooten” heeft en het land nog 4 jaar mag gebruiken, waarvan het jaar 1582 het laatste zal zijn en dus hier komt: niet.

Uit het bovenstaande blijkt dus het volgende. Toen de stad in Februari 1580 de bezittingen der kloosters onder zich kreeg, hadden de Witte Nonnen 9 koegangen land van het Jacobijnenklooster in erfpacht. Zij hadden daarvan drie verhuurd aan Wopcke Alles, drie aan den predikant Wilhelmus en drie aan Agniet Wybes. Stel nu het geval, dat de stad de kloosterbezittingen niet enkel onder beheer nam, doch dat juist was de opvatting, dat zij die goederen in eigendom verkreeg, dan was naar de destijds geldende rechtsregelen (2) het gevolg daarvan, dat nu de positie van pachter en verpachter van bedoeld land in één hand n.l. die der stad gekomen was, de door de Jacobijnen en Witte Nonnen opzichtsens dat land in het leven geroepen rechtsbetrekking door confusio verviel en onvermijdelijk de door de Witte Nonnen daarop gebaseerde huurcontracten in haar val medesleepte. Wij zien echter, dat de feiten daarmede in strijd zijn en dat zoowel de huur van Wopke Alles als die van Wilhelmus en Agniet Wybes gewoon doorloopen en onder de ont-

(1) Van deze oorspronkelijke 6 koegangen waren er n.l. ongeveer 2 vergraven, zooals kan blijken uit de aantekening naast de zoo juist vermelde post van Pieter Arentszn. in de rekening van het jaar 1581.

(2) Bij gebreke van stad- en landrecht in deze materie waren dit de Romeinsche rechtsbeginselen. Het Rom. recht toch had reeds vanaf de 16e eeuw in Friesland subsidiaire kracht. Vgl. FOCKEMA ANDREÆ, Bijdragen IV, blz. 86 vlg., waarbij nog te voegen de bewijsplaatsen bij VAN APELDOORN, I, blz. 230 vlg.

vangsten van de Witte Nonnen in de rekening van 1581 zijn opgenomen. Voor den eersten is wel geen huur als ontvangen geboekt, doch dit is hieruit te verklaren, dat Wopcke voor het genot van het land over de jaren 1579—1582 reeds 50 g.g. aan de Witte Nonnen bij vooruitbetaling had gegeven.

Indien de stad nu werkelijk eigenares geworden was, had zij bij het vervallen van het huurcontract met Wopcke dezen de door hem betaalde 50 g.g. moeten terugbetalen na aftrek van een evenredig deel als equivalent voor het reeds genoten landgebruik en de drie koegangen opnieuw in huur kunnen uitgeven.

Op de rekening van 1581 en 1582 paraisseert Wopcke wederom als huurder van de drie koegangen van bedoelde fenne; de rechtsbetrekking tusschen hem en het Witte Nonnen Klooster bleef dus voortduren, alleen doet zich dit verschil voor, dat de bedoelde post nu onder de ontvangsten van de Jacobijnen wordt aangetroffen. Daaraan moet echter niet te veel waarde gehecht worden, omdat we daarin hebben te zien een gevolg van de slechts uit administratief oogpunt vereenigde goederen van het geestelijk kantoor (vgl. boven blz. 168), hetgeen een dubbele boeking overbodig maakte. Hoofdzaak is, dat de rechtsbetrekking, steunende op het door de Witte Nonnen van de Jacobijnen verkregen recht van erfpacht, in stand bleef en aldus de stelling bevestigde, dat de stad geen eigendomsrecht aan de geestelijke goederen verkreeg.

De Kloostergoederen, w.o. de Kloosterkerk, welke stichtingsgoederen waren, verloren dit karakter in 1580 bij den overgang naar de stad dus niet; de eigendom van de Kerk bleef bij de stichting en de stad trad slechts als beheerder op en had inmiddels naar een nieuwe

bestemming te zoeken, nu de oorspronkelijke niet meer bestaanbaar was.

Uit de geestelijke rekening van 1582 bleek ons reeds, dat de stad het plan koesterde het gebruik van dit bedehuis evenals van de andere Kloostergebouwen te verhuren.

De mogelijkheid is echter niet uitgesloten, dat de stad na 1582, als de geestelijke rekeningen gaan ontbreken, hare verhouding tot de Kloosterkerk heeft gewijzigd en de eigendom daarvan tot zich heeft getrokken, zoodat we hebben na te gaan, wat de stad sinds dien met de Kerk heeft gedaan.

In het Memorieboek (1) lezen we de navolgende resolutie:

Reyner Jelmerszn. burgemr. Liewe Pieterszn. en Jan Aerntszn. Schepenen, Bartel Hendrixzn. en Jan Freerxzn. boumrs. sijn bij de Raed en Geswoeren Gemeente gecommiteert om die Kerk van Witte Nonnen te verpachten en dat volgens die articulen daarop geraemt en int verpachtboek geregistreert, diewelcke (2) oeck dienvolgens met believe van Raed Sibe Janszn. als pachtenner van deselve de palmslach van deselve hebben gegeven voor die jaerlixte pacht en conditie, int vers. boek van verpachtinge naeder te sien actum in den Raed en Geswoeren Gemeente-respectivelijck in Februario 1595.

De Kerk is dus in 1595 aan zekeren Sybe verhuurd geworden, doch alle verdere bijzonderheden ontbreken, nu het verpachtboek is verloren geraakt.

In het jaar 1609 schijnt er een oogenblik kans te hebben bestaan, dat de Kloosterkerk der Witte Nonnen een nieuwe bestemming zou verkrijgen.

(1) Fol. 2.

(2) Sc. de Gecommitteerden.

Op 1 Februari van dat jaar (1) toch verzochten Gedeputeerde Staten van de stad „in coop” de Grauwe Bagijnen Kerk (2), „door de stad als werckhuys gebruyckt ofte een deel van het Witte Nonnen Clooster” ten einde dit tot „een generaal tuchthuis van ’t landt (3) in te richten.” De stad ging op dat verzoek in, doch verkocht in hetzelfde jaar aan de Staten de Bagijnenkerk, zoodat in den rechtstoestand van de Witte Nonnen Kerk geen verandering werd gebracht.

Wij vinden de Kloosterkerk dan terug in een Resolutie van de Magistraat van 25 September 1635 (4). Aanleiding daartoe was een besluit van de Staten van Friesland van 26 Juni 1635 (5), waarbij Isaac Chantefoin, gewezen predikant uit Frankrijk als zoodanig (6) te Leeuwarden wordt aangesteld om aldaar „de ware gereformeerde religie mede in ’t openbaar in de Franse tale te doen predicken.”

De daarop tusschen Gedeputeerde Staten en de stad Leeuwarden gevoerde onderhandelingen hadden tengevolge, dat de Kloosterkerk der Witte Nonnen zou worden ingericht als Fransche Kerk. De boven aangehaalde Resolutie van de Magistraat luidt als volgt:

„Is mede geresolveerd, dat de Kercke der Witte Nonnen bij Mr. Jan Bouwens tegenwoordich gebruyckt in dier vougen gerepareerd sal worden, dat de franse Predicatiën daerinne gehouden sullen conen werden volgens de toessegginge aen de Heeren Gedeputeerden gedaen; en sijn

(1) Extract Resoluties Magistraat 1602—1638, fol. 26.

(2) Een deel van de tegenwoordige Westerkerk.

(3) = gewest, provincie.

(4) Resolutieboek van de Magistraat, 1624—1639.

(5) Copie Resolutieboek Staten 1635, fol. 71/2.

(6) Op 30 Juni volgde de aanstelling van een «voorleser ofte voorsinger». Het Copie Resolutieboek (fol. 72) vermeldt abusievelijk 30 Juli als datum.

de Boumeistern geautoriseerd den selven met banken en andersins te versien als sij na discretie bevinden sullen te behoren."

Het oprichten van een Fransche Gemeente te Leeuwarden is ditmaal geen voldongen feit geworden en daarmede eenige wijziging in het gebruik der Kloosterkerk achterwege gebleven.

Uit de Resolutie van de Magistraat blijkt echter, dat het gebouw in 1635 reeds in gebruik was bij den schoolmeester Jan Bouwens en dus aan het onderwijs was dienstbaar gemaakt. Dit is zoo gebleven tot het jaar 1659, toen een meer duurzame en met de oorspronkelijke meer overeenkomende rol aan de Kerk zou worden toebedeeld.

Bij het overzicht van de boven medegedeelde lotgevallen van de Kloosterkerk kan worden vastgesteld, dat gedurende het tijdvak 1580—1659 hare bestemming eenigzins onzeker is geweest; niet onwaarschijnlijk heeft het gebouw eenigen tijd ledig gestaan, is het later verhuurd en ten slotte heeft men het geruimen tijd als onderwijslokaal gebruikt. Van wijziging van den oorspronkelijken rechtstoestand, nml. dien van stichting is echter geen spoor gebleken.

HOOFDSTUK III

De Kloosterkerk als Waalsche Kerk

De Waalsche Kerkelijke Gemeente te Leeuwarden is in het jaar 1659 opgericht. Op aandringen van den predikant des Marets te Groningen, die als afgevaardigde van de Waalsche Synode (1) ter vergadering van Gedeputeerden te Breda was afgevaardigd.

(1) Vgl. livre Synodal contenant les articles résolus dans les Synodes des Eglises Wallonnes des Pays-Bas, publiée par la Commission de l'histoire des Eglises Wallonnes I, blz. 549: art. 28 Synode April 1657 te Breda.

teerde Staten (1) de wenschelijkheid daarvan betoogde, besloten dezen op 28 November 1657 (2) in beginsel tot benoeming van een Fransch predikant over te gaan. De uitvoering van het plan ondervond echter door het verzet van de zijde van den Nederlandschen Kerkeraad groote vertraging, zoodat pas bij resolutie van 24 Maart 1659 (3) een zekere Joseph Pithois tot Fransch predikant werd beroepen. Van deze benoeming werd aan de Waalsche Synode, dat jaar binnen „Tergou” gehouden, kennis gegeven met verzoek het beroep goed te keuren en verdere maatregelen te willen treffen om te komen tot oprichting van een Fransche Gemeente. Het Kerkelijk College keurde Pithois de benoeming waardig en droeg eenige predikanten op een consistorie samen te stellen (4).

Intusschen waren de onderhandelingen met de Magistraat der stad Leeuwarden over een plaats voor het houden der godsdienstoefeningen voor de nieuw op te richten gemeente vrij vlot van stapel geloopt en volgde op 13 Mei 1659 (5) de stadsresolutie, waarbij deze besloot de Kloosterkerk der Witte Nonnen voor gemeld doel ten gebruike af te staan.

Dienzelfden dag (6) nog teekenden de gecommiteerden van Gedeputeerden ten behoeve van de Magistraat een verklaring, waarin zij erkenden de genoemde Kerk in gebruik te hebben ontvangen.

Hun lastgevers hechtten daaraan op 27 Mei d. a. v. (7)

(1) Copie Resolutieboek Gedeputeerden 1657, fol. 202.

(2) Idem fol. 212.

(3) Copie Resolutieboek Gedeputeerden 1659, fol. 78.

(4) Livre Synodal I, blz. 564: art. 12.

(5) Resolutie van de Magistraat 1655—1659. Copie Resolutieboek (M. S. van P. H. Petraus, 1758—1778, Bouwmeester en Schepen der Stad Leeuw.) 1636—1659, fol. 401.

(6) Charterboek V, blz. 622.

(7) Charterboek V, blz. 622.

hun goedkeuring en nadat de afgevaardigden van de Synode drie ouderlingen en drie diakenen (1) hadden benoemd (2), werden op 29 Mei 1659 de predikant Pithois en de leden van het consistorie geïnstalleerd (3) en het nieuwe Kerkgebouw ingewijd. Daarmede was de Waalsche Gemeente te Leeuwarden tot stand gekomen.

Beschouwen wij thans de reeds bovengenoemde Resolutie van de Magistraat d.d. 13 Mei 1659, die wij hieronder in haar geheel laten volgen.

„Is alsoech opt instantel. versoeck van Oene toe Grovestins en Assuerus van Vierssen gecomtden der Heeren Gedeputeerden geresol., dat mr. Jans Schole tot een Predickhuys ofte Godshuis voor de Fransen sall mogen worden gebrueickt, doch alles buiten costen ende last van stadt, des sullen Hibbels Jochems ende mr. Dirck Puppen tegenwoordich aldaar wonende, tot costen vant Landt met behoerl. wooningen weder worden voorsien, reserverende de Magistraat der Stadt Lieuwarden allesins aen haer de eygendom van voors. Schole met alle materialen, annexen ende dependentien tegenwoordich daertoe geïmploieert en gebrueickt wordende, waertoe de Burgem. Cuilenburgh en de beijde Boumen gecommitteert zijn haer E. sulx bekent te maken, waervan een acte in Archivis berustende, is ingestelt en van gelijke datum als desen,

(1) Vgl. Resolutie Gedeputeerden, van 10 September 1659 in Charterboek V, blz. 625, noot.

(2) Het consistorie werd als regel gevormd door den predikant en ouderlingen (art. 37 Waalsche Synode Dordrecht 1618/9 livre Synodal I, blz. 271), in kleinere gemeenten maakten de diakenen deel daarvan uit (vgl. voor Leeuw., art. 32 Synode Haarlem April 1660, livre Synodal I, blz. 574).

(3) Art. 13 Synode Nijmegen, September 1659, livre Synodal I, blz. 570.

bij welgedachte Heeren Gecommitteerden wegens t'Landt vertekent".

In 1659 werd dus door de stad, die tot nu toe het beheer over de Kloosterkerk als stichtingsgoed had gehad, aan Gedeputeerden toegestaan dit gebouw voor de Fransche predikdienst te gebruiken. De bestemming er van werd derhalve gewijzigd; in den vervolge zou het als Fransche Kerk dienst doen. De Gecommitteerden van Gedeputeerden verbonden zich in hunne verklaring van ontvangst (1) uitdrukkelijk tot een gebruik van de „Capelle" (2) als godshuis voor de Franschen „sonder anders".

Duidelijk komt hier nog uit, dat de *uitsluitende* bestemming van het gebouw voortaan zal zijn een gebruik als Fransche Kerk.

Slechts *het gebruik* werd door de stad aan Gedeputeerden *ten behoeve van gemeld doel* afgestaan en dat onder bepaling, dat alle kosten, dus ook die van het inrichten (3) en die van onderhoud van het gebouw ten laste van de provincie zouden komen, welke mede op zich nam voorzanger Jochims en schoolmeester Puppen (4) van behoorlijke nieuwe woningen te voorzien. De verklaring van Gedeputeerden stelde daarnaast alternatief

(1) Charterboek V, blz. 622.

(2) Gedeputeerden spreken van «Mr. Jans Schoole ofte Capelle». Misverstand, dat hier de Kloosterkerk niet zou zijn bedoeld, is dus uitgesloten.

(3) Bij Resolutie van 14 Juni 1659 werden de Bouwmeesters van de stad gelast «de vloeringe in Mr. Jans Schole tot costen vant landt met blauwe steenen en anders te mogen doen voorbehoudende de magistraat allesins haar recht ende gebruik op de graven aldaar». (Resolutieboek van de Magistraat 1655-1659; copie Resolutieboek 1636-1659, fol. 402/3.)

(4) Aan ieder van hen beiden was nl. op 30 April 1653 een gedeelte van Mr. Jans Schole als woonverblijf afgestaan. Vgl. Resolutieboek 1650-1654 en copie Resolutieboek 1636-1659, fol. 304.

de verbintenis beide genoemde personen een jaarlijksch geldsbedrag te dien einde uit te betalen (1).

Aan het slot van de Resolutie van de Magistraat *reserveert* deze zich de *eigendom* van de school met alle materialen, annexen en dependentien, op het oogenblik aldaar in gebruik. De redactie van de verklaring van Gedeputeerden is ook hier eenigszins anders n.m.l. als volgt: „reserverende meergemelte Magistraat allesins aan haer d'eygendom van de voorschreven schoole ofte Capelle met alle materiaelen, annexen ende dependentiën, tegenwoordich daaraen geëmployeert, gerepareert en gemaect wordende, welcke alle tot profijt van de stad Leeuwarden sal gelaten worden, sonder in cas van verlaetinge off cesseringe van de voorschreven Franse Godsdienst eenege melioratiën, reparatiën of te verbeteringe te praetendeeren”.

De vraag rijst: heeft de stad uit kracht van de aldus door haar gemaakte reserve zich den eigendom van het Kerkgebouw toegekend? (2) Van de stelling uitgaande, dat zij dit vóórdien niet had gedaan — immers een resolutie van dusdanige strekking is niet aangetroffen — zal het antwoord ontkennend moeten luiden. Voor die eigendomsverkrijging toch zou noodig geweest zijn òf een uitdrukkelijke wilsverklaring, waarbij zij zich den eigendom toewees òf een handeling, waaruit hetzelfde ondubbelzinnig voortvloeyde. Welnu het feit, dat de stad het gebouw ten gebuike afstaat, is niet een handeling, waaruit noodwendig resulteert, dat de stad tegelijkertijd zich zelf daarvan

(1) Gedeputeerden kozen het laatste bij Resolutie van 22 September 1659 (copie Resolutieboek, fol. 288). Puppen kreeg jaarlijks 70 g.g. en Jochims 60 g.g.

(2) DE SAVORNIN LOHMAN t. a. p., blz. 180, haalt deze Resolutie aan als voorbeeld voor gemeente-eigendom.

de eigendom toekent, immers ook als beheerder van het stichtingsgoed kan zij zijn opgetreden (1). Doch evenmin stond bedoeld voorbehoud door de stad met een besluit tot eigendom-toewijzing gelijk. Een reserve van eigendom toch heeft niet de kracht van een verklaring van eigendomstoekenning; voor het eerste is bovendien noodig, dat de stad *reeds de eigendom had* en dat was nu juist, gezien het karakter van het gebouw als stichtingsgoed, niet het geval.

De beteekenis van het door de stad gemaakte voorbehoud moet dan ook meer worden verstaan in negatieven zin als bedoelende te voorkomen, dat de Provincie later op eenigerlei wijze zou kunnen beweren, dat *zij* het gebouw of inventaris of eenig deel daarvan in eigendom had verkregen. Vandaar, dat de stad Gedeputeerden in hun verklaring nog met angstvallige nauwkeurigheid — voor het geval te eeniger tijd de Fransche godsdienst-oefeningen niet meer zullen gehouden worden — afstand laat doen van elke aanspraak op het goed of daaraan gebrachte verbetering. De magistraat wilde te dien opzichte blijkbaar geheel veilig gaan, doch kon door deze bloote reserve een verandering van stichtingsgoed in gemeente-eigendom niet tot stand brengen.

Het bovenstaande samenvattende, is dus gebleken, dat ook in 1659 de Kloosterkerk als stichting is blijven voortbestaan. Hare bestemming werd die van Fransche Kerk, te dien einde stond de stad het gebouw ten gebuike aan Gedeputeerden af, onder wier auspiciën de Fransche Gemeente te Leeuwarden was opgericht.

Het beheer over het stichtingsgoed ging noodzakelijker-

(1) Niemand zal beweren, dat de stad, door de Kloosterkerk vroeger te verpachten, de eigendom daarvan verwierf. Ook een bloote houder kan verhuren (men denke aan onderhuur).

wijze over in handen van de provincie, terwijl de onderhoudskosten ten laste van de provincie kwamen. Van een eigendomsverkrijging door de stad kan geen sprake zijn. Ook latere door de provincie ten opzichte van het gebouw getroffen maatregelen toonen aan, dat de verhouding tusschen haar en de stad er niet eene van bruikleener en eigenaar was.

In de eerste plaats wijs ik op een Resolutie van Ge-deputeerden van 12 Januari 1661 (1), waarbij het besluit wordt genomen twee lichtkronen in de Kerk en een klok in de kerktoren aan te brengen.

„De Heeren Glinstra en Scheltinga tot des lantschaps wercken gecommitteert sijnde hebben gerapporteert, dat bij de Kerckenraedt van de Frantsche Gemeijnte alhier over verscheidene redenen was goetgevonden, dat de naedemiddach predicatie soude worden verandert in den avontpredicatie en dat geduijrende het wintersaizoen ende dat tot convocatie van het volck als tot branden der lichten aldaar wel noodich soudien sijn een clockie nae proportie van de toorn, alsmede twee croonen; waarop gedelibereert sijnde is goetgevonden dat de welgemelte Heeren Commiss. geauthoriseert sullen worden gelijk deselve geauthoriseert werden bij desen om tot meeste dienste ende minste kosten van het lant een Klockien ende twee croonen ten fine voors. te laeten maecken ende sal hieraff notificatie aen de Magistraat der stede Leuwarden worden gedaen.”

Het betref hier, althans wat het aanbrengen van een klok in de kerktoren aangaat, een materiele verandering aan het gebouw, waartoe de bloote gebruiker zeker zonder

(1) Journaal secr. Vierssen vanaf Januari 1644, fol. 6/7, copie Resolutieboek 1661, fol. 11.

toestemming van den eigenaar niet bevoegd kan worden geacht (1). Desniettemin beslist het College niet tot het vragen van vergunning van de stad daartoe, doch gelast eenvoudig de kennisgeving van het reeds genomen besluit.

Het tweede geval, waarop ik het oog heb, is neergelegd in de Resolutie van 8 Januari 1686 (2), waarbij aan den advocaat Holwerda werd toegestaan het gebruik van de regenwaterbak van het Kerkgebouw. Het request, de beschikking van Commissarissen en de approbatie van Gedeputeerden mogen hier volgen.

Aan de Ed. Mo. Heeren Gede^{de} Staten van Frieslandt.
 Remonstreert reverentel. dr. Johannes Holwerda ad^{de}.
 voor den Hove van Vrieslandt, dat hij op ordre en verzoek van de Here J^r Douwe Carel van Unia en P. Oudaens, Comsriën uit U. Ed. Mo. Collegie tot de landschapswerke, tot gerijf ende accommodatie van de Fransche Kerk binnen Leeuwarden heeft toegestaan enich ligtscheppinge, waartegen hem suplt. bij welged^e Heeren Comsriën wederom is toegestaen het gebruijck van 't water uit de regenwatersback aen deselve Kerk mits onderholdende ende makende 't gene tot de toeganck van deselve back behoort, volgens annexe acte van verclaringe van welged^e Heeren Comsriën soo versoect den suplt. gedienssel. U. Ed. Mo. approbatie ende acte van sulx in forma, 't welk doende etc. get. Ladenius.

(1) Er zij opgemerkt, dat noch de resolutie van de Magistraat noch de verklaring van de zijde van Gedeputeerden eenige bevoegdheid toekent, respect. voorbehoudt, om zelfstandig veranderingen aan het gebouw aan te brengen of wel rechten aan derden t.o.v. dat gebouw te verleenen.

(2) Journaal van secr. Wijckel van het jaar 1686; copie Resolutieboek 1686, fol. 2.

Verclaren wij onderget. als Comsriën uit het Collegie der Ed. Mo. Heeren Gedep. de Staten van Frieslandt over de metsel- en timmerwerken deser prov.^e dat wij bij 't repareren van de Franse Kerke binnen Leuw. hebben bevonden, dat deselve Kerke met enig licht conde gebeneficieert worden van de plaets van Dr. Johannes Holwerda, welke licht bij deselve geconsenteert sijnde, soo hebben wij wederom aen Dr. Holwerda voornt. toegestaen ende geaccordeert het vrije gebruik van 't regenwater tot zijn huisinge uit de back van ged^e Kerck, desen daeraff voor onse verclaringe oircond onse handen actum den 8 Janry 1686. De post is Dr. Holwerda 't gebruik van opgeme water toegestaen mits dat hij om tot 't gebruik te comen het sal moeten laten maken en onderhouden tot zijn eigen costen. Actum uts. was get. D. C. van Unia en P. L. Oldaens.

Waarop gedelibereert sijnde, is goetgevonden ende verstaen hetgene bij gemelte Heeren Comsriën aen de vs. supplt. Dr. Holwerda is geaccordeert ende toegestaen onder conditie in de vs. verclaringe geexprimeert te approbeeren en te lauderen gelijk tselve geapprobeert ende gelaudeert wort bij desen mogende oversulx lijden, dat de supplt. vervolgens 't effect van dien geniete ende sall van desen aen genoemde Dr. Holwerda extract worden uytgegeven om te dienen tot sijne narichtinge.

Aan Dr. Holwerda werd dus bij wijze van contra-prestatie het recht toegestaan ten behoeve van zijn huis water af te tappen uit de regenwaterbak van het kerkgebouw, mits hij de daarvoor benodigde werken zelf op eigen kosten aanlegt en onderhoudt. Afgezien nu van de vraag, of hier werd gevestigd een servituut of slechts een persoonlijk recht verleend, dat later eventueel door

verjaring in een servituut kon verkeerem, ook deze handeling van Gedeputeerden buiten de stad om zoude moeilijk te verdedigen zijn, indien zij slechts waren de bloote gebruikers van het gebouw tegenover de stad als eigenares. Verklaarbaar is echter hun handeling, wanneer men het kerkgebouw als stichtingsgoed beschouwt, derhalve als eigendom van de stichting en waarvan het beheer is overgegaan naar Gedeputeerden, die dan als beheerders bevoegd zijn veranderingen aan te brengen en overeenkomsten ten opzichte van het gebouw af te sluiten, welke noodzakelijk en bevorderlijk moeten worden geacht ten einde het gebouw aan de door de stad gegeven bestemming te doen beantwoorden.

Zoo strookt dan de inhoud van de beide aangehaalde resoluties slechts met de opvatting, dat de stad geen eigenares is geworden van de voormalige kloosterkerk. In het tegenovergestelde geval zou het bovendien bevreemd moeten hebben, dat de stad in 1798 naar aanleiding van art. 6 additioneele artikelen van de Staatsregeling van dat jaar het gebouw niet als haar eigendom heeft opgeëischt (1).

(1) Vgl. de stad Groningen tegenover de Noorderkerk hierna in Hoofdstuk IV.

(Wordt vervolgd)

BIJLAGE I

Eén koegang duidde in Friesland een uitgestrektheid grasland aan, welke één koe gedurende één zomer afgraast (vgl. BEEKMAN, Dijk- en Waterschapsrecht in Nederland vóór 1795 i.v. koegang). Soortgelijk begrip is neergelegd in de uitdrukking „*hincxte gunck*” (vgl. Register van den Aanbrengh van 1511, dl. I, blz. 226 en 236) (1).

Koegang is hetzelfde als *koegras* of *koegrasing*. Vgl. Beneficiaal Boeken voor Friesland, o. a. blz. 190: 4 *koegangen* in Walterse Meenschar, daer van *elcke koegras* jaerlijcx mach opbrengen tot omtrent 1½ floreen. Duidelijk komt dit uit op blz. 715/6, dl. II van de Oorkonden van het St. Anthony Gasthuis te Leeuwarden. Ook op blz. 233, dl. I: „koeganck ofte koegers”. Voorts Kiliaan, Etymologicum i.v. koegras = *pascuum aestivum unius vaccae*. Anders BEEKMAN i.v. koegras.

In denzelfden zin wordt gesproken van *kalvergrasing*, *perdegras* en *lamsgras* (B. B. resp. blz. 64, 241 en 448) en *scapen* of *sceepgras* (R. v. A. I, blz. 160/1).

Koegang is dus geen oppervlaktemaat, maar een aanwijzing van de grasopbrengst van een stuk land, berekend naar de voedselbehoefte van een koe.

Vgl. R. v. A. I, blz. 277: Daer (te Nijcloester) is oeck veel landen in den 3 of 4 pondten niet solden guet wesen voor 1 koeganck, m. a. w. hier was ruim 1 H.A. weiland, dat nog geen voldoende voedsel opleverde voor 1 koe. En Oorkonden St. Anthony Gasthuis I, blz. 400: zekere

(1) Het woord «ossenganck» (FEITH: Warfconstituten en Oordeelen, blz. 199) heeft betrekking op *bouwland*, nml. zooveel als 1 os op 1 dag kan beploegen.

zaetken lands, gelegen te Wanswert, Wicher Direxzoons saetken genoempt, groot 7 koegangh ende 1 mannemadt (of mansmادت = zooveel als 1 man op 1 dag kan maaien, vgl. „deimt” in Gron. Ommel. = \pm 1 gras), meden (= hooiland); es *bij de mate* bevonden groot te zijn 12 p. 8 e. 14 p., 4 z. ende 6 v. enz.

Men treft de koegang ook aan in verbinding met de pondemaat, een zuivere oppervlaktemaat (iets meer dan 0.36 H.A.), o. m. in de navolgende verhoudingen:

1. omtrent 9 koegangen = omtrent 13 pondematen (het land van de Jacobijnen onder Leeuwarden hierboven blz. 169—171 bedoeld).
2. 4 koeganck *genoempt* 8 pondemaeten (B. B. Idaardera-deel, blz. 119).
3. 14 koeganck: de 3 pondemaeten voor een koeganck (B. B. Idaardera-deel, blz. 125).
4. 4 koegras, dewelcke 8 pondemaeten groot zijn (B. B. Dantumadeel, blz. 190).
5. anderhalve pondemaete gereekendt voor een koeganck, *nae den gewonen loop* (B. B. Wonseradeel, blz. 30).
6. groot sijnde omtrent 6 koeganck ofte 9 pondemaeten (B. B. Sneek, blz. 268).
7. 2 koegangen = 3 pondematen (R. v. A. Ferwerdera-deel III, blz. 116).
8. een stuck landts groot 5 pondematen off 4 koegangen (O. St. A. G. II, blz. 714).

Uit het bovenstaande blijkt dus, dat de verhoudingen varieeren van $1-1\frac{1}{4}$ tot $1-3$. Dit komt omdat de beide leden der vergelijking onvaste grootheden zijn:

1°. de grootte van de koegang noodwendig afhangt van de bodemgesteldheid van het land,

2°. de pondemaat op verschillende plaatsen van Friesland niet gelijk was. Men vindt o. m. „Ferwerder” (B. B. blz. 150),

„Hemlummer” (B. B. 450), „Keysers” (B. B. blz. 148), „Hindeloooper” (B. B. 457) en „cleyne” en „grootte ponten” (R. v. A. III, blz. 108).

Waar de meeste gevallen (sub 1, 5, 6 en 7) echter wijzen op een verhouding van 1 koegang = $1\frac{1}{2}$ pondemaat, zal zeker bij gebruik van koegang als oppervlaktemaat deze grootte moeten worden aangenomen, zooals ook uitdrukkelijk blijkt uit het sub 5 aangehaalde.

Naar dezen maatstaf is met koegang gelijk te stellen *koeweide* (vgl. BEEKMAN i. v. koevenne = koeweide of koegang), bij FEITH, Beklemrecht II, blz. 138 en 142 vermeld in de verhouding 3 koeweiden = 4 grazen. Immers 1 koeweide is dan $\frac{4}{3}$ gras (± 0.40 H.A.) of ± 0.53 H.A. en 1 koegang of $1\frac{1}{2}$ pondemaat (± 0.36 H.A.) dito.

Le droit international public positif, par J. DE LOUTER, professeur de droit international public à l'Université d'Utrecht. — Publication de la Dotation Carnegie pour la Paix Internationale, Division de droit international, Washington. — 1920, Oxford, Imprimerie de l'Université. — 2 deelen; VII + 576 en 509 bladz. (Uitgever voor Nederland: MARTINUS NIJHOFF, 's-Gravenhage).

Na de uitvoerige bespreking, welke wijlen Mr. T. M. C. ASSER in deel LXXIII (1912) van dit tijdschrift, bladz. 108 en vlg., aan de in 1910 verschenen eerste — Nederlandsche — uitgaaf van bovengenoemd werk heeft gewijd, kan thans met een eenvoudiger aankondiging worden volstaan. De twee statige deelen, die omstreeks Kerstmis van het jaar 1920 de University Press in Oxford hebben verlaten, vormen n.l. de Fransche vertaling van het tot den wereldoorlog bijgewerkte en herziene oorspronkelijke werk van 1910, waarmede zij in opzet, methode, grondslagen en bijzonderheden in hoofdzaak overeenkomen. Alleen voorzoover de jaren 1910 tot 1914 den wetenschappelijken bewerker van het stellig volkenrecht nieuwe stof hadden aangebracht, vertoont de Fransche uitgaaf afwijkingen van den oorspronkelijken inhoud, welke, afgezien van eenige verbeteringen, wel bijna zonder uitzondering aanvullingen zijn. Wij vermelden in dit verband slechts de bijzonderheden over den groei der Panamerikaansche beweging (I, 123, 124); de bijwerking van het zorgvuldige biografisch en bibliografisch overzicht der volkenrechtswetenschap (I, 124 v.), waarin men alleen

hier en daar gaarne eene iets meer evenredige waardeering zou vinden van de gezaghebbende schrijvers van den tegenwoordigen tijd, o. m. van de zeer verdienstelijke huidige Italiaansche school, met mannen als ANZILOTTI, CAVAGLIERI, DIENA, DONATI en anderen; de wijzigingen in den status van Creta, Egypte, Tripoli, Marokko, Korea (I, 181 v.); de ontwikkeling van het internationale luchtvaartrecht (I, 321 v.); de verdere bestrijding van de leer der internationale servituten, welke nieuw voedsel had gevonden in de Amerikaansche pleidooien voor het Haagsche Arbitragehof in de zaak der Noordatlantische visscherijen, zoomede in het appèl-vonnis van het Oberlandesgericht te Keulen betreffende het Nederlandsche mijnservituut bij Kerkrade (I, 336 v.); de geweldige toeneming van de bij internationale conventies geregelde rechtsstof, in het bijzonder van het sociale verdragsrecht (I, 530 v.); de nieuwe feiten op het gebied der beslechting van internationale geschillen, als de Bryan-tractaten (II, 139), en den verderen opbloeï der internationale scheidsrechtspraak (II, 186 v.).

Moge dus de Fransche herziene uitgaaf van 1920 slechts in bijzonderheden van de Nederlandsche van 1910 verschillen, in welk een radicaal andere verhouding staan die beide uitgaven tot het ten tijde harer verschijning feitelijk in de statengemeenschap geldende recht! Immers, tusschen 1910 en 1920 liggen de catastrofe van het jaar 1914 en hare gevolgen, en wat vóór tien jaren nog eene zoo getrouw mogelijke uitbeelding was van het contemporaine recht, is nu, na dit luttele aantal jaren, op vele punten reeds geworden tot de beschrijving van een recht, dat eenmaal wàs. Geeft men zich rekenschap van de vele en ingrijpende wijzigingen, welke het stellig recht in dezen korten tijd heeft ondergaan en nog dagelijks ondergaat, dan bespeurt men haar invloed op schier alle onder-

deelen van het wetenschappelijk systeem. De „grondslagen” zelve van het volkenrecht schijnen te verschuiven onder het nog schemerige licht van de langzaam opdruimende omtrekken eener „herrschaftliche” organisatie der statengemeenschap, die de oude „genossenschaftliche” schijnt te gaan vervangen. Onder den invloed van zelfbeschikkingsrecht en nationaliteitsbeginsel is de stof van het hoofdstuk der „subjecten” schier tot onherkenbaar wordens toe gewijzigd: reeksen van nieuwe staten zijn in de statenmaatschappij binnengetreden of wachten aan de poort; uit de alchemistische retorten der hooge politiek zijn nieuwe staatsorganismen als Danzig en Fiume te voorschijn gekomen, die voorbeschikt schijnen om het lot te deelen van die even onwezenlijke internationale wezens van een eeuw geleden, als Krakau en de Ionische eilandenrepubliek; in den ondergang der groote reële unie van Centraal-Europa en de opkomst van de nieuwe in het noorden van Europa schijnt de geschiedenis zich wederom te herhalen; groote koloniale gemeenschappen hebben hare voorloopige erkenning als internationale rechtssubjecten gevonden; de Volkenbond is het probleem komen stellen van het hoogste internationale rechtssubject der aarde. Ook in de leer der „objecten” zijn nieuwe verschijnselen binnengedrongen: de uitgestrekte „mandaatlanden A, B en C” in drie verschillende werelddeelen vragen om eene plaats in het systeem en om eene ontleding van den wezenlijken inhoud van het over deze gebieden uitgeoefend publiek gezag; naast de traditioneele coïmperia van vroeger jaren zijn in den jongsten tijd allerlei nieuwe rechtsfiguren of denkbeelden opgekomen, als de tijdelijke condominiumen van de door Amerika’s afzijdigheid hinkende pentarchie der huidige groote mogendheden over allerlei, aan de Centrale Staten ontnomen gebieden, of wel het ongeboren plan tot

instelling van een internationaal bestuur over Spitsbergen, of de opdracht van bestuursgezag of gezagscontrôle over bepaalde gebieden aan den Volkenbond; het internationale zeeëngten-, rivieren- en kanalenrecht is ingrijpend gewijzigd door verdere internationalisatie van den Rijn, door nieuwe reglementen voor Elbe, Donau en andere stroomen, door eene hervorming van het régime voor Dardanellen en Bosporus, door opneming van het kanaal van Kiel in de tot dusver bescheiden groep der „internationale” kanalen, naast die van Suez en Panama. Niet anders staat het met het hoofdstuk betreffende de „verdragen”: hunne rechtskracht is, althans voor de Volkenbondsleden, van de voorwaarde van openbaarmaking afhankelijk gemaakt en alleen over de juiste strekking van dit beginsel bestaat nog strijd; de inhoud der collectieve verdragen is opnieuw ontzaglijk verrijkt, met bepalingen over de rechten van nationale minderheden, over luchtvaart, over verkeer en doorvoer; niet het minst merkwaardig is de opwas, in weinige jaren, van een gedetailleerd wereldarbeidsrecht; de tractaten zelve, als bronnen van volkenrecht, zullen wellicht in de toekomst overvleugeld worden door nieuwe vormen van internationale samenwerking tot vaststelling van rechtsnormen, zooals bindende Assemblée-besluiten en derg. En wat reeds in zóó sterke mate voor het „materieele recht” geldt, spreekt nog véél treffender voor het „formeele recht” naar DE LOUTER’S terminologie; het oorlogsrecht is gedeeltelijk van karakter veranderd, het neutraliteitsrecht in een hoek van het systeem teruggedrongen; voor de vreedzame middelen tot beslechting van geschillen, als bemiddeling en arbitrage, zijn nieuwe perspectieven geopend, een wereldgerechtshof zal, naar wij hopen, binnen enkele maanden in het leven treden; ook de traditioneele dwangmiddelen van het volkenrecht, als de blokkade in vredestijd, schijnen eene nieuwe

rol te gaan spelen als executiemiddelen der thans georganiseerde statenmaatschappij. Maar boven dat drukke gewoel in de volkenrechtswereld zweven dreigend de donderwolken van het conflict tusschen den geest van het Bondsverdrag en dien der vredesverdragen zelve, van de botsing of de concurrentie tusschen den Bond en de wereldgedeelten buiten dien Bond, van den, thans misschien meer dan ooit dreigenden, strijd tusschen politieke invloeden en klare rechtsgedachten, en dit belangstiggende dualisme maakt voor het oogenblik nog elke poging tot het ontwikkelen van een nieuw systeem voorbarig.

Wanneer men dit alles bedenkt, komt onder de dreigende belichting van het heden het werk van DE LOUWER, dat juist bij den aanvang der onheilsjaren afsluit, te staan als een merkwaardig monument op de grens van twee geweldige perioden, beide met eigen tendenzen. Het behoort nog veel te zeer tot den tegenwoordigen tijd om thans reeds gerekend te worden tot de monumenten der historie; toch heeft het, als geheel, juist in dezen overgangstijd iets onwezenlijks gekregen, dat den lezer sterk doet beseffen de vergankelijkheid, gelijk van allen arbeid der menschen, zoo ook van hun recht en hun rechtssystemen.

Intusschen, het Carnegie Endowment for International Peace heeft het aldus uitdrukkelijk gewenscht; dat het boek eerst eind 1920 is verschenen, wat zeker niet aan den schrijver te wijten is, neemt niet weg, dat de stichting te Washington van den aanvang af met de uitgifte van eene Fransche vertaling van het herziene werk heeft beoogd de verspreiding in wijderen kring, in het bijzonder ten behoeve van Zuid-Amerika, van een wetenschappelijk getrouw beeld van het bij het begin van den wereldoorlog geldende volkenrecht. Als zoodanig zal het werk zijne

waarde in een verre toekomst behouden. Ofschoon ook de Nederlandsche uitgaaf hier en daar reeds in de buitenlandsche literatuur was doorgedrongen, zou toch de taal, waarin het oorspronkelijk geschreven werd, aldoor een beletsel zijn gebleven tegen mededinging in de volkenrechtswetenschap op voet van gelijkheid met soortgelijke boeken, in het Fransch of Engelsch, zelfs met die, in het Duitsch, Italiaansch of Spaansch geschreven. Dat beletsel is thans weggenomen en het Stellig Volkenrecht van DE LOUTER zal, óók tot verheffing van Nederland's reputatie op internationaalrechtelijk gebied, zijne plaats in de wereldliteratuur ongetwijfeld veroveren en handhaven. Niet alleen om zijns zelfs wille, maar ook om het aanzien van de Nederlandsche rechtswetenschap in den vreemde, past hier daarom eene herhaling van het „woord van lof en dank”, dat ASSER, die zelf voor Nederland's aanzien zooveel heeft gedaan, in 1912 aan DE LOUTER gebracht heeft, -en tevens een gelukwensch aan den schrijver met het feit, dat dit levenswerk de onderscheiding is waardig gekeurd van te worden opgenomen in de reeks van gezaghebbende volkenrechtelijke werken, uitgegeven door de bestuurderen van het vermaarde Carnegie-fonds. Zoo zal het zijne beteekenis behouden, niet alleen als beschrijving van het volkenrecht eener oudere tegenover dat eener jongere periode, maar tegelijkertijd als een onpartijdig getuigenis van recht tegenover de schromelijke rechtsverkrachtingen, waardoor de geschiedenis van den wereldoorlog voor altijd gebrandmerkt zal blijven. Immers, hoezeer men ook overtuigd moge zijn van de waarheid der stelling, dat het levende recht aan ononderbroken vervorming onderhevig is en nimmer verstart, — het is niet minder waar, dat lang niet alles wat zich als nieuw „levend recht” aandient, dien naam verdient: helaas heeft ook het internationale onrecht een geweldige vitaliteit.

Een boek als dat van DE LOUÏER, handelend over een rechtsstof, welke op tal van punten zóó onzeker en dientengevolge zóó moeilijk te beheerschen is, moet herhaaldelijk tot afwijkende oordeelen prikkelen en lokt meermalen tot tegenbeschouwingen uit. Aan deze verleiding moet hier echter weerstand geboden worden, evenals aan die andere, om in te gaan op belangrijke punten, waar men den Schrijver gaarne dieper in de stof zou hebben zien doordringen. In dit laatste verband stippen wij slechts de, door vele Duitschers en Italianen als onbetwistbaar fundament der volkenrechtsleer verkondigde, principieele onderscheiding aan tusschen die internationale overeenkomsten, welke als tweezijdige internationale rechtshandelingen alleen bron van subjectieve rechten en plichten zouden zijn (Verträge, trattati-contratti), en die welke aan objectieve rechtsnormen het aanzijn zouden schenken (Vereinbarungen, accordi normativi), — of wel het zeer betwiste leerstuk van de materieele rechtskracht van arbitrale vonnissen in hunne verhouding tot de nationale rechtsfeer, in het bijzonder tot de uitspraken der nationale rechterlijke organen (II, 148). Immers, tegenover de bewondering voor het geheel als wetenschappelijke prestatie vallen alle meningsverschil, zelfs over principieele inzichten, en eenige onvoldaanheid over bepaalde onderwerpen, weg.

J. H. W. VERZIJL

Utrecht, 16 Juli 1921

J. VIS, *De overheid tegenover den privaateigendom*. — Proefschrift, Groningen, 1921.

Onder den titel „de overheid tegenover den privaten eigendom” behandelt dit proefschrift twee zeer belangrijke vraagstukken. Vooreerst stelt het een onderzoek in naar den rechtsgrond van den eigendom, en vervolgens gaat het na, of den eigenaar tegen de overheid, die krachtens hare bevoegdheid zijn recht verkort, een aanspraak op schadeloosstelling toekomt. Tusschen deze beide onderwerpen bestaat slechts een zeer verwijderd verband. Het eene ligt op het terrein van hetgeen rechtens is, het andere valt binnen het gebied van hetgeen rechtens behoort te zijn. In die twee werelden geldt verschillende waarheid. Wijsheid, in de eene opgedaan, verliest hare waarde op het oogenblik, waarop men naar de andere overstapt. Wat opgaat voor de sfeer van het *zijnde*, mist directe beteekenis voor de sfeer van het *behoorende* te zijn. Daar de schrijver ons niet verklaart, waarom hij aan zijn positiefrechtelijk onderzoek een rechtsphilosophische excursie deed voorafgaan, valt er slechts naar zijne beweegredenen te gissen. Misschien wilde hij vóór alles het bewijs leveren, dat de wetgever — want tot die slot-som komt hij in het eerste deel van zijn onderzoek — naar vrij inzicht de verwerving, den inhoud en het verlies van den eigendom regelt, en dus ook de aanspraken van den eigenaar op schadevergoeding eveneens naar utiliteits- en redelijkheidsoverwegingen bepaalt.

Het gebied der rechtsphilosophie is voor juristen een

gevaarlijk land, dubbel gevaarlijk voor hen, die, als de Schrijver, hun uitgangspunt buiten een bepaalde confessie zoeken. Wie zich op religieusen bodem plaatst, staat van den aanvang af in eene onneembare vesting. Geloofs-overtuigingen kan men slechts deelen of niet deelen. Hare ondeugdelijkheid valt nooit te bewijzen, omdat religie zaak is van het gemoed, niet van het verstand.

De auteur is van confessioneele beschouwingen niet gediend. Hij ving dus aan de rechtsgronden, door zijne voorgangers ontwikkeld, een voor een te beschouwen. Zooals dat doorgaans gebeurt, vindt hij ze alle te licht. Noch de theorie der occupatie, noch die van den arbeid, noch de contracts-, noch de natuurrechtelijke of persoonlijkheidstheorie kunnen het bestaan en den inhoud van ons eigendomsrecht verklaren. Het meest gevoelt hij nog voor een variatie van de natuurrechtelijke theorie, voor de natuurrechtelijke-economische leer. Eene behoorlijke basis voor ons eigendomsrecht vermag echter ook zij niet te geven, daar zij wel duidelijk maakt dat den arbeider loon voor zijn werken toekomt, maar in het midden laat, in welken vorm en in welken omvang hij ter zake van zijne inspanning een aandeel in de aardsche goederen behoort te genieten. Zoo rest den schrijver niets anders dan te besluiten, dat het eigendomsrecht zijn ontstaan en zijn vorm dankt aan den wetgever, die zich bij het opstellen van zijne regelen laat leiden door hetgeen hij voor de menschen nuttig en billijk acht (blz. 50 vlg.).

Dat deze uitspraak verkeerd is, zou ik niet gaarne beweren. Ik betwijfel zelfs, of de auteur grond had, toen hij op zoek naar een rechtsgrond ging, eene andere uitkomst te verwachten. Als wet — in den ruimen zin van door de overheid gestelde of erkende orde — en recht samenvallen, ligt het in de rede, dat voor het bestaan van een rechtsinstituut slechts in de wet, d. i. in het

recht, een basis is te vinden. Nu staat het zeker vrij ook billijkheids- en doelmatigheidsoverwegingen van het rechtsetiket te voorzien. Dank zij de spraakverwarring, geboren uit dit, ook hier te lande in den jongsten tijd niet ongeliefd gebruik, is het ongetwijfeld mogelijk voor wetsinstituten buiten de wet rechtsgrondslagen te ontdekken. Doet men evenwel niet eenvoudiger en oprechter door dergelijke grondslagen bij hun waren naam te noemen, ze als de wetgeving motiveerende krachten aan te duiden en ze niet te tooien met een term, die alleen voor de uitingen van den wetgever past? Men verzekert zich dan tevens de eer nog eerder tot inkeer te zijn gekomen dan de leermeesters in het Oosten, want de revolutie is bezig hun de oogen te openen voor de groote gevaren, die de verwisseling van recht en gerechtigheid in zich bergt (1). Maar hoe dit zij, den schrijver wachten op het gebied der rechtsfilosofie wel geene andere dan de schaarsche lauweren, waarop de criticus der ontkenning mag hopen. Voor opbouwend rechtsphilosoof, die tevens de wereld van het zijnde recht door de enkele macht van zijn woord wil hervormen, is hij niet in de wieg gelegd. Hij mist de visie die recht en billijkheid ineen doet vloeien; hij beschikt niet over het oratorisch vermogen om vage algemeenheden in pakkende beeldspraak voor te dragen; hij verstaat niet de kunst, naar de gang van het betoog eischt, uit de dubbelzinnigheid der gebruikte termen den passenden toon te halen en bovendien ontbeert hij den galm der zalving, die argelooze hoorders verleidt om de in verheven taal gekleede persoonlijke overtuigingen van den spreker als openbaringen uit den hooge te aanvaarden. Zijn verstand is te nuchter,

(1) MERKL, Hans Kelsens System einer reinen Rechtstheorie, Archiv f. öff. Recht, 1921, 41, 171 vlg. (met litteratuuropgave).

zijn redeneertrant te sober om individueele inzichten voor te stellen als geboden van hooger orde, die, onafhankelijk van den Staat, rechtskwaliteit zouden bezitten. Nu hij zich eenmaal buiten den hemel der goddelijke alwetendheid heeft geplaatst, wil hij ook niet den schijn wekken bovenmenselijke krachten te bezitten en meer te kunnen schenken dan wat een sterveling vermag. Hij denkt er daarom niet aan den wetgever in de wielen te rijden.

Over het slot van art. 625 B. W. plegen wij als over een overbodige herinnering heen te lezen. Wij vinden daarin niet meer dan een niets zeggende verwijzing naar het in de Grondwet verankerde onteigeningsrecht. De schrijver meent dat wij ons vergissen; hij gelooft eene waardevolle ontdekking te hebben gedaan. Tegenover het begrip onteigening, zooals dat in art. 151 Grondwet en de daarop rustende wetten is ontwikkeld, plaatst hij een ruimer begrip onteigening. En voor deze omvangrijker categorie zou art. 625 B. W. den regel opstellen dat zij met schadeloosstelling gepaard gaat (blz. 106 vlg.). Als ik den schrijver goed begrijp, zou hij het niet wagen deze bewering vol te houden, indien aan het slot van art. 625 achter de woorden „behoudens de onteigening ten algemeenen nutte tegen schadeloosstelling”, in plaats van „*ingevolge* de Grondwet,” „*overeenkomstig* de Grondwet” stond. Of „*ingevolge*” hier wat anders beteekent dan „*overeenkomstig*”, lijkt mij een kwestie van minder gewicht. De auteur zal, vrees ik, toch wel nimmer het genoegen smaken, dat de rechtspraak zich naar zijne opvatting richt. Waarop steunt immers zijne merkwaardige stelling? Hierop dat het begrip onteigening naar zijn aard ieder feit omvat, uit kracht waarvan, in het algemeen belang, een recht van den gerechtigde op een ander overgaat (blz. 110 vlg.). Gesteld dat dit zoo is, wat is

daarmee dan bewezen? Niets anders dan dat in de theoretische voorstelling van onteigening meer begrepen is dan in de omschrijving, die ons staatsrecht van onteigening geeft. Daarmee heeft de Schrijver zijn stelling echter geenszins gestaafd. Om haar waar te maken zou hij tevens moeten aantonen, dat ons Burgerlijk Wetboek, als het, nog wel onder verwijzing naar de Grondwet, van onteigening gewaagt, daarmee iets anders bedoelt dan de onteigening, waarover de Grondwet handelt. Ons Burgerlijk Wetboek staat toch niet op zich zelf. Het vormt een deel van het geheele Nederlandsche recht; het ontleent zijn gezag aan dezelfde autoriteit die ons Staatsrecht heeft geschapen. Wat hier onteigening heet, moet dus geacht worden ook daar dien naam te dragen, voor zoover uit de wet niet het tegendeel blijkt. De Schrijver bedient zich van een argument dat buiten de wet omgaat. Daarom lijkt mij zijne vondst van zeer problematieke waarde.

Heeft hij dit zelf niet gevoeld? Teneinde zich tegen aanvallen in den rug te dekken, heeft hij ten minste nog eene verdedigende beweging uitgevoerd. Ook die operatie lijkt mij mislukt, al is zij door een volkomen juiste overweging ingegeven. In tegenstelling met de practijk meent de Schrijver, dat art. 625 de bevoegdheid der lagere wetgevende organen, om op gronden van algemeen belang den eigendom te beperken, in beginsel zonder voorbehoud erkent. Die opvatting verdedigt hij met kracht en talent (blz. 69 vlg., 100 vlg.). Dat zij de stelling, die hij ten aanzien van de onteigening ontwikkelt, onaannemelijk zou kunnen maken, ziet hij terecht in. Een consequent lezer zou toch op de gedachte kunnen komen, om elke in het algemeen belang aan den eigenaar opgelegde beperking onteigening te noemen. Dat zou in den gedachtengang van den Schrijver tevens beteekenen,

dat iedere van overheidswege verordende inbreuk op den eigendom tegen de openbare kassen een aanspraak op vergoeding schonk. Niemand zou echter deze consequentie willen aanvaarden, al was het slechts op grond van de practische overweging, dat de openbare lichamen dan gevaar liepen financieel dood te bloeden. Daarom moest die bedenkelijke consequentie worden afgesneden. Hoe volvoert nu de Schrijver dat kunststuk? Door tegenover *zijn* onteigening als geheel verschillend instituut de beperking van den eigendom bijwege van politiemaatregel te plaatsen. Hiermee is de practische bruikbaarheid van zijn systeem gered. Voor dit resultaat betaalt hij echter een te hoogen prijs. Zoo willekeurig als zijn onteigeningsbegrip is, zoo willekeurig is immers tevens zijn begrip politiemaatregel. Gelijk enkel het theoretisch inzicht van den Schrijver de eene voorstelling bepaalt, bepaalt het ook de andere. Dientengevolge staat het iedereen vrij, eveneens naar persoonlijk believen, die begrippen ruimer of enger te nemen en bepaaldelijk, ook als men onder politie alleen het optreden van de overheid tot afweer van gevaar en hinder wil verstaan, elke in het algemeen belang opgelegde eigendomsbeperking, zij zij dan politieel of niet, toch onteigening te noemen.

SUIJLING

January 1922

Onwaarheid in Wissels. — Acad. Proefschrift
van PAUL CATZ. — Leiden, 1920.

De vraag, welker beantwoording de Schrijver dezer dissertatie zich tot taak heeft gesteld is: Wat blijft over van de waarde der (overige) handteekeningen, zoo een of meer handteekeningen valsch zijn, of zoo in den inhoud des wissels valschheid is gepleegd? Blijven de verplichtingen of rechten, uit die handteekeningen voortvloeiend, hun kracht behouden of ondergaan ze de vernietigende werking der gepleegde valschheid?

Inplaats van zich bij een der vele, toch niet algemeen aanvaarde, wisseltheorieën van Duitschen oorsprong aan te sluiten en deze als richtsnoer te nemen voor zijne conclusies omtrent de gevolgen van onwaarheid (valschheid) in den wissel, kiest Schr. als meer objectief uitgangspunt het begrip valschheid, om, na dat te hebben vastgesteld, na te gaan welken invloed zij heeft op de wisselverbintenis.

Daar echter ook bij deze methode een bepaalde opvatting omtrent die verbintenis noodzakelijk bleek, plaatst Schr. zich op praktisch, Engelsch-Amerikaansch, standpunt en beschouwt den wissel als onderworpen aan de gewone regels van het contractenrecht, met dien verstande, dat in het wisselrecht in de eerste plaats op de behoeften van het verkeer, in het bijzonder de bescherming van de goede trouw, behoort te worden gelet.

Hoofdstuk I, verreweg het grootste deel der dissertatie, is dus gewijd aan het onderzoek van het begrip „valschheid” in ons positief wisselrecht.

Om te komen tot verklaring van het onvolledig en onsamenhangend stel bepalingen dat hier in aanmerking komt — de artt. 102, 137 (138), 145, 164 K. — moest de bron daarvan worden opgespoord. Dit onderzoek voert Schr. allereerst naar het eerste Ontwerp-Koophandel, dat van 1809, dat in zijn artikelen 95—98 een regeling van de verschillende gevallen van valsheid in wisselbrieven bevat.

Vandaar verder terugastende en geleid door een opmerking van den auteur van het in 1806 verschenen „Regtsgeleerd Praktikaal en Koopmans Handboek”, doet Schr. de merkwaardige ontdekking van eene in 1788 te Leiden verdedigde dissertatie over de schade ontstaan uit valsheid in wisselbrieven, van de hand van J. BONDT, waarin de valsheid in wisselbrieven systematisch is bewerkt tot een stel bepalingen, dat, zooals Schr. aantoonst, met uitzondering van het artikel over verdichting dat van Franschen oorsprong is, veilig als de directe bron van de desbetreffende bepalingen in het Ontwerp-1809 mag worden aangemerkt. Van hieruit overgenomen in de latere Ontwerpen, is het systeem van BONDT — die trouwens later als lid van de in 1798 benoemde Commissie van Codificatie belast werd met het samenstellen van een Ontwerp-Wisselrecht — nog in onze huidige wet terug te vinden.

Met een ontleding van BONDT's dissertatie vangt Schr. dus zijn onderzoek aan. Diens systeem is geheel gebaseerd op de destijds algemeene opvatting van de wisselverbintenis als van zuiver burgerrechtelijken aard.

Ter bepaling van de gevolgen van valsheid past hij vier aan het Romeinsch recht ontleende grondregels toe, om ten slotte te komen tot dezen hoofdregel, dat de schade door valsheid in wissels ontstaan gedragen moet worden door den falsaris, of, indien dit niet mogelijk is,

door dengene die met den falsaris gehandeld heeft en zijn recht van hem afleidt. Met behulp van dien regel heeft B. voor alle gevallen van valsheid een oplossing klaar, maar ontkomt daarbij niet aan Schr's. rechtmatig verwijt — hoe kan het anders? — van eenzijdig vasthouden aan het eenmaal vooropgestelde dogma.

Het Ontwerp van 1815 zoowel als de herziene Ontwerpen van 1819 en 1822 kwamen, wat de bepalingen omtrent valsheid in wissels betreft, nagenoeg overeen met dat van 1809, behoudens eene aanvulling in 1819 met een artikel over valsche trekking, dat, geboren uit den strijd tusschen de Belgische en de Noordelijke commissieleden, reeds een begin van afwijking van de oude mandaatsleer verraadt. Immers wel stelde het als regel bij valsche trekking den acceptant vrij van betaling, doch uitgezonderd wanneer de houder kon bewijzen dat hij te goeder trouw de waarde had voldaan en geen rembourss van zijn voorgangers kon verkrijgen.

Was ook reeds bij een arrest van het Hooggerechtshof te 's-Gravenhage in 1814 verkondigd dat de acceptant van een wissel, naast het aanvaarden van een last, een eigen verplichting tegenover den houder op zich neemt, uitvoerig schetst Schr. hoe over dit nieuwe beginsel verder gestreden is, toen de voorgestelde regeling van het wisselrecht nogmaals herzien, eindelijk in 1825 in behandeling werd genomen; hoe de geheele titel strandde op het verzet tegen de voornamelijk in art. 69 —. De acceptant van een wisselbrief is tot deszelfs betaling ongehouden indien de teekening van den trekker valsch is — belichaamde mandaatstheorie; hoe die titel het volgend jaar opnieuw werd ingediend, ontdaan van die bepaling, en toen werd aangenomen; hoe eindelijk in 1834 de gevolgen van verdichting van wissels werden gewijzigd door de uitzondering ten behoeve van derden

te goeder trouw, voorkomende in het 2e lid van art. 102 K., en hoe aldus tot stand gekomen zijn onze tegenwoordige wetsbepalingen, wel nog voor een deel wortelend in het Ontwerp-1809 en de civielrechtelijke regels van BONDT — art. 137 — doch verzwakt door den invloed van de nieuwe eischen van het verkeer — art. 164 — voor een ander deel zonder eenig beginsel — artt. 102, 145 — terwijl sommige gevallen, valsheid in trekking en vervalsching van het bedrag, in het geheel niet geregeld zijn.

De conclusie die Schr. uit dit alles afleidt is deze, dat, niettegenstaande de wet in hare definitie en andere bepalingen aan wisseltrekking het karakter van lastgeving toekent, de geest en de bedoeling van de valscheidsbepalingen toelaten de gevolgen van valsheid in wissels, behalve in enkele opzichten waar de wet het bepaald anders wil, te beoordeelen niet uitsluitend naar strenge regelen van civiel recht, maar daarbij rekening te houden met de behoeften van de praktijk; dat het ten slotte zijn geworden doelmatigheidsbepalingen, los van elke theorie, gevolg van het feit dat zij zijn ontstaan in een tijd toen de oude leer niet meer voldeed en de nieuwe theorieën, dateerende uit het midden van de vorige eeuw, nog geen vasten vorm hadden aangenomen.

Vervolgens de verschillende gevallen van valsheid nagaande, constateert Schr. dat de vernietigende werking, die uit den aard der zaak in BONDT's systeem valsheid ten aanzien van de wisselverbintenis had, in het algemeen behouden is, doch met groote concessies aan de eischen van de bescherming der goede trouw, gesteund door de veranderde opvatting van het karakter der acceptatie, om ten slotte te komen tot het resultaat dat voor alle gevallen, al of niet in de wet geregeld: „Valsheid in wisselbrieven is elke met de waarheid strijdende uiting in den wissel, die te beschouwen is als een daad

die de wisselrechtelijke gevolgen stop zet, behoudens de bescherming die een houder te goeder trouw en in een enkel geval ook de acceptant te goeder trouw blijven genieten en onverminderd de gehoudenheid van trekker en endossanten om te blijven garandeeren de wisselsom, zooals die op het oogenblik hunner onderteekening luidde".

Nadat nu nog het goed recht van deze ruime omschrijving, waarin valsheid niet alleen vervalsching, maar ook verdichting omvat, is verdedigd — wat de verdichting betreft, uitvoerig o. a. tegenover de argumenten van LAND — ziet Schr. in de laatste paragraaf van dit Hoofdstuk de vraag onder de oogen of zonder te groote opoffering van beginselen een algemeene formule van valsheid voor een internationaal wisselrecht te bereiken zou zijn. De moeilijkheid schuilt vooral bij de landen, gewoonlijk samengevat als de Duitse groep, die de leer van de abstracte verbintenis aanhangen, welke meebrengt dat valsheid geen invloed heeft op de overige verbintenissen uit den wissel. Waar die leer evenwel in Duitschland zelf begint te wankelen, acht de Schr. een terugkeer tot meer praktische en ruime beginselen ook daar aanstaande, waarmede de weg gebaad zou zijn voor een uniforme regeling, waarvan het grondbeginsel zou zijn wisselstremming, onder de noodige waarborgen voor de bescherming der goede trouw.

In het IIe, veel kortere, Hoofdstuk, worden uit het voorgaande de conclusies getrokken voor de diverse gevallen van valsheid naar ons positief recht en deze getoetst aan de jurisprudentie en literatuur. Achtereenvolgens behandelt Schr. de valsheid in trekking, in endossement en in acceptatie.

Over valsche trekking bevat onze wet, als gezegd, geen bepaling, behalve dan art. 102 voor verdichting.

Uit algemeen contractueel standpunt behoort zij natuurlijk vernietigend te werken; er is zelfs rechtens nooit een verbintenis geweest; de acceptant die betaald heeft, heeft onverschuldigd betaald. Maar wij zagen hoe onder invloed van het ontluikend begrip van de acceptatie als bron van eigen verbintenis, een bepaling in dien geest verworpen werd. Vandaar Schr's. conclusie: bij valsche trekking blijft de acceptant verbonden tegenover den houder te goeder trouw; deze te beoordeelen naar het oogenblik der verkrijging van den wissel. Aan de eischen van het verkeer is daarmee voldaan.

Rechtstreeksche beslissingen over dit punt heeft Schr. niet gevonden en geheel gerust dat zij in zijn geest zouden uitvallen is hij niet, met het oog op de weifelende jurisprudentie omtrent den aard der wisselverbintenis. Toch is hierin m. i. een voortdurend terreinverlies van de leer der abstracte verbintenis duidelijk te bespeuren en wordt deze veelal meer in schijn dan in werkelijkheid gehuldigd, allerminst met de bedoeling om een beroep op de materieele oorzaak of verhoudingen af te snijden, doch alleen om den bewijslast daarvan te leggen op hem die à priori door zijn handteekening verbonden is (1).

Tegenover hen die meenen dat bij valsche trekking een verbintenis van den acceptant onbestaanbaar is, ver-

(1) Zoo komt 't mij ook voor dat Schr. (p. 124) ten onrechte onder de beslissingen die de formeele natuur van den wissel huldigen, vermeldt de arresten H. R. 30 April 1915, W. 9849 en 3 Nov. 1916, W. 10059, dit laatste bevest. Hof Haag 7 Febr. 1916. In het eerste wordt juist een beroep op afbetaling van de schuld waarvoor het orderbriefje was afgegeven, toegelaten en des nemers bestrijding daarvan wegens de «formeele natuur» van het orderbriefje onvoldoende verklaard. In het laatste, beslissende dat de erkenning van genoten waarde maar niet ongedaan gemaakt kan worden door enkele ontkenning, zonder bewijsaanbod, zie ik niets dan een juiste verdeling van bewijslast.

dedigt Schr. zijn conclusie met beroep op den zelfstandigen aard dier verbintenis, zooals die blijkt uit verschillende wetsbepalingen, vooral art. 119, het bekende „qui accepte paye”, dat zelfs wel wordt aangevoerd als bewijs dat onze wet de leer van de abstracte verbintenis zou huldigen, en bestrijdt de argumenten door LAND e. a. geput uit h. i. bestaande analogie tusschen valsche trekking en valsch endossement. Dat de endossanten verbonden blijven, wordt algemeen aangenomen.

De verdrinking te behandelen als gewone valscheid belet de wet door art. 102. Die vrij algemeen afgekeurde bepaling laat z. i. geen andere lezing toe dan dat, evenals de acceptant, bij wien dat wel steeds het geval zal zijn, ook de endossanten slechts wanneer zij van de verdrinking kennis droegen tegenover den houder te goeder trouw verbonden zijn.

Bij de valscheid in endossement wijst Schr. op den strijd tusschen de voorstanders van de materieele en de formeele legitimatie.

Voor hem is de keus niet moeilijk. Regel is wisselstremming, art. 137, de acceptant dus slechts verbonden aan den laatsten houder vóór de valscheid, maar daar naast, aan den Code ontleend, art. 164, het recht van den acceptant om, zoo geen verzet gedaan is, op den vervaltijd zich te bevrijden door betaling aan dengene dien hij door vertoon van den uiterlijk regelmatig wissel als wettig houder mag beschouwen — behoudens bewijs dus dat hij tegen beter weten of al te lichtvaardig betaald heeft.

Vervalsching der geldsom laat in het algemeen de verbintenis voor het oorspronkelijk bedrag intact; de acceptant echter is weer tegenover den houder t. g. t. verbonden voor het bedrag dat de wissel op het oogenblik der acceptatie inhield; endossanten zijn verbonden voor

het bedrag dat hij tijdens hunne onderteekening bevatte.

Dat bij valsche acceptatie eindelijk, de zgn. acceptant niet verbonden is, spreekt vanzelf. Heeft hij, in dwaling, toch betaald, dan heeft hij recht van terugvordering. Hier, zegt Schr. terecht, heeft zelfs de houder t. g. t. geen hooger recht.

Hiermede heeft Mr. Carz zijn taak volbracht en m. i. op eene wijze die allen lof verdient, zoowel voor zijn nauwgezet, trouwens met succes beloond, historisch onderzoek, als voor de scherpzinnige en logische toepassing van de daaraan ontleende beginselen op de verschillende gevallen van valscheheid in wisselbrieven. Mogen zijn welgefundeerde conclusies dan ook bijdragen tot verwezenlijking van hetgeen hij terecht als hoofdbeginsel van een goed wisselrecht vooropstelt: de bescherming van de goede trouw in het verkeer.

's-Gravenhage, Februari 1921

POLVLIET

Effectenbeheer. Rechtskundig, economisch en administratief handboek, door Mr. O. B. W. DE KAT, advocaat en procureur te 's-Gravenhage. 2e herziene druk. — Haarlem, De Erven F. BOHN, 1920.

De Schrijver heeft waarlijk niet te klagen over het lot van zijn boek. Toen ik den eersten druk aankondigde, waagde ik de voorspelling, dat zijne publicatie in ons effecten bezittend land hoogelijk gewaardeerd zou worden. De feiten hebben mij geen ongelijk gegeven. Binnen vier jaar verschijnt reeds een tweede druk. Aangelokt door de goede kwaliteiten van het boek, heeft het lezend publiek zich het offer der aanschaffing getroost, al mag het juist in den tijd van de verschijning, misschien niet zonder roering en zeker niet zonder schrik, hebben ontwaard, hoe drukker en patroon elkander als broeders ontdekten en zich vereenigden in een innig verbond, bestemd hunne gemeenschappelijke belangen ten koste van den verbruiker onbarmhartig te behartigen.

Vergeleken met de vorige editie, vertoont de tegenwoordige uitgave geen afwijkingen van principieele beteekenis. Het eerste hoofdstuk is uitgedijd tot eene voor leeken geschreven verhandeling over zaken, eigendom, bezit, overeenkomst, verbintenis en handelingsbekwaamheid, onderwerpen waarmee men bekend dient te zijn om het gros der juridische kwesties te kunnen doorzien. In hoofdstuk II (§ 7) worden thans ook concept-statuten voor eene naamloze vennootschap gegeven. De achtste paragraaf van dit hoofdstuk dankt zijne opneming aan

den grooten oorlog. De wering van vreemden invloed uit nationale ondernemingen werd toch eerst sinds 1914 een vraagstuk, dat algemeene belangstelling trok. Wat de depreciatie van onze valuta beteekent — materie, waaraan de nieuwe § 8 van hoofdstuk III is gewijd — hebben wij ook eerst tijdens en na den wereldkrijg ervaren. En de geheel nieuwe verhandeling over de belastingen in verband met effecten (hoofdst. XIV) zouden wij zeker niet als eene zoo welkome toevoeging beschouwen, indien de oorlog ons weer niet geleerd had, dat al onze vroegere voorstellingen omtrent het toelaatbare maximum van belastingdruk op hopelooze misvattingen berustten.

Is de Schrijver aan de indeeling van zijn boek trouw gebleven, ook zijne methode van behandeling der stof heeft hij — en terecht — niet gewijzigd. In nauwe aansluiting aan het leven draagt hij, zonder vertoon van geleerdheid en zonder pretentie van zwaarwichtigheid, zijne uiteenzettingen voor. Oeconomische beschouwingen wisselen met juridische af. Talrijke voorbeelden verduidelijken zijn betoog. En een menigte van feitelijke gegevens, die niet ieder steeds bij de hand heeft, zijn in den tekst verwerkt. Zoo ontstond een geheel, dat èn den man van de effectenpractijk tot betrouwbare vraagbaak strekt, èn onder de juridische vakliteratuur op speciaal gebied een plaats der eere inneemt.

Dat in het „Effectenbeheer” menige uitlating voorkomt, die men niet geneigd is terstond te onderschrijven, brengt de omvang van het boek mede. Veel en velerlei wordt daarin aan de orde gesteld. Keer op keer raakt het betoog dus twijfelachtige punten. De zekerheid van het weten is immers een goed, dat de rechtswetenschap slechts zelden aan hare beoefenaren schenken kan. Niet om den auteur van mijn beter inzicht te overtuigen,

maar enkel om op de wankelheid van onze kennis te wijzen, stip ik dan ook een paar der weifelingen aan, die bij het doorbladeren van zijn boek in mij opkwamen.

Is het inderdaad zoo zeker, dat een besluit tot ontbinding eener naamlooze vennootschap niet door de algemeene vergadering kan worden ingetrokken (blz. 96)? De macht, die bevoegd is vrijelijk — ik neem aan dat de statuten speciale bindende voorschriften ten deze niet inhouden — tot likwidatie van de vennootschap te besluiten, zal toch in het algemeen wel op haar besluit mogen terugkomen. In het Wetboek van Koophandel is althans van eenig voorschrift, dat de principiëel onbeperkte macht der algemeene vergadering in dit opzicht beperkt, weinig te bespeuren. Eerst als de likwidatie der vennootschap zoover gevorderd is, dat geheele of gedeeltelijke terugbetaling van het gestorte kapitaal heeft plaats gehad, schijnt het beslissend moment te zijn aangebroken, dat terugkeer op den weg der vernietiging van het bestaan der vennootschap uitsluit. In ieder geval zal het de algemeene vergadering toch wel vrijstaan een ontbindingsbesluit, dat b.v. 1 Jan. 1923 zal in werking treden, teniet te doen, zoolang die datum nog niet is verschenen. Vóór de likwidateuren in functie getreden zijn, berust immers zeker nog bij de algemeene vergadering de macht om het lot der vennootschap te bepalen. Dat kan zelfs hij niet ontkennen, die op grond van art. 56 K. aanneemt, dat de aanwezigheid van likwidateuren de autoriteit der algemeene vergadering in zoover besnoeit, dat zij in de likwidatie-werkzaamheid niet meer zou mogen ingrijpen. De practijk van het vereenigingsrecht staat trouwens ook op ruimer standpunt dan de Schrijver. Zij aarzelt zelfs niet te erkennen, dat de algemeene ledenvergadering op een *ingevolge de wet* ingetreden ontbindingstoestand kan terugkomen. Als het

bestuur eener vereeniging bemerkt, dat het den termijn, waarvoor de Koninklijke bewilliging is verleend, heeft laten verlopen zonder tijdig verlenging aan te vragen, mag het de leden laten besluiten, dat de vereeniging b.v. weer voor 25 jaar wordt gecontinueerd. Op dergelijke tardief genomen besluiten, die toch wel vóór alles beëindiging der van rechtswege ingetreden likwidatie-periode beoogen, wordt dan vervolgens de Koninklijke bewilliging aangevraagd. Zoo komt de tijdelijk ontbonden vereeniging weer in den toestand van activiteit.

Aan de afgifte van een saldo-biljet door een rekening-couranthouder knopen zich verschillende vragen. Eene daarvan betreft het bewijs, dat de bankier aan dit stuk kan ontleenen, en het tegenbewijs dat de rekeninghouder — indien hij een post betwist — mag of moet leveren. Dat men in de afgifte van een saldo-biljet moeilijk schuldvernieuwing kan zien, erkent de Schrijver. Hij beschouwt de overhandiging van zulk een stuk als een „Anerkennungsvertrag”. Eene schuld wordt vastgesteld (blz. 586). Dat kan men zonder bezwaar toegeven. Maar in de leer van den Hoogen Raad, die aan overeenkomsten zonder geoorloofde oorzaak verbintenis-scheppende kracht ontzegt, heeft men aan zulk een overeenkomst niet veel (H. R. 27 Juni 1902, W. 7778). Zij mist verbintenis-scheppende kracht. Steekt trouwens in de afgifte van een gewone schuldbekentenis ook niet een „Anerkennungsvertrag”? En dient men het verschil van ons recht met het Deutsche niet hierin te zoeken, dat het Burgerlijk Wetboek aan zulk een „Vertrag” enkel het vermogen toekent ten behoeve van den ontvanger der schuldbekentenis en ten laste van den ondertekenaar — behoudens tegenbewijs — bindend vermoeden (art. 1912) voor de juistheid van haren inhoud te scheppen? Het saldo-biljet bewijst dus evenals de schuld-

bekentenis, of liever, het is eene gewone schuldbekentenis, al zij het dat de overhandiging van het saldo-biljet regelmatig gepaard gaat — bij de overgifte van iedere schuldbekentenis is dit trouwens mogelijk — met de stilzwijgende afspraak, dat voortaan over het erkende saldo, ook voor zoover het uit gekweekte rente bestaat, voor *het vervolg* (1) intrest zal worden berekend. De moeilijkheden zijn daarom niet opgelost, althans zoolang men vasthoudt aan de gewone voorstelling, dat een schuldbekentenis niet bewijst, tenzij zij het concrete feit vermeldt, waaruit de erkende schuld geboren is (art. 1372 B. W.). Op dit bezwaar stuit echter elke crediteur, die een ongecauseerde schuldbekentenis in rechte overlegt. Dat de bankier daarom slechts betrekkelijk weinig genoeg van het ontvangen saldo-biljet beleeft, kan niet worden betwist. Zoodra de rechtspraak echter wil gaan inzien, dat zij de bewijskracht van de schuldbekentenis zonder oorzaak ten onrechte ontkent (2), is de bankier meteen geholpen.

Mag ik tot besluit nog één kwestie te berde brengen? Als een maatschappij de door haar uitgegeven obligaties niet volgens het vastgestelde plan uitloot, moet de crediteur tegen de verkorting van zijn recht kunnen opkomen. Toepassing van art. 1296 B. W. acht de Schrijver uitgesloten. Die bepaling ziet op het geval, dat de schuldenaar de vervulling van een *voorwaarde* verijdt: hier verzuimt de schuldenaar eenvoudig tijdig de obligaties aan te wijzen, die hij zich verbonden heeft af te lossen. Kan daarom de crediteur enkel van jaar tot jaar de schade vorderen, die hij tengevolge van iedere opvolgende nietnaleving van het uitlotingsplan lijdt? De Schrijver neigt

(1) Art. 1287 B. W. laat dit toe.

(2) SUYLING, I blz. 324 vlg.; DE GROOTH, de schuldbekentenis, Prft. L. 1918, blz. 171.

tot deze opvatting, omdat eene geldleening een eenzijdig contract zou wezen. Inderdaad, dat wordt doorgaans geleerd. Maar bewijst men daarmee niet-onbewust aan het Romeinsche contractenrecht een ongemotiveerde en tardieve eer? Het jus civile vorderde voor de geldigheid van een verbruikleen overgifte van de geleende zaak. Ons recht erkent evenwel zonder beperking de bindende kracht van het enkel consensueele contract. Als twee partijen overeenkomen dat de eerste aan de tweede f 1000.— zal geven, en dat de tweede aan de eerste na verloop van zekeren tijd f 1000.— zal teruggeven, sluiten zij een wederkeurig contract. Onder de omschrijving van de verbruikleening, zooals onze wet die geeft, valt deze afspraak niet. Art. 1791 veronderstelt eene onmiddellijke overgifte van het geld. Daaruit behoeft men echter niet af te leiden, dat eene verbruikleening in den zin onzer wet het karakter van wederkeerigheid mist. Een koop of een ruil blijven toch ook wederkeurige overeenkomsten, niettegenstaande één der partijen het contract reëel „voltrekt” door aan de wederpartij hare prestatie onmiddellijk over te geven. Ik erken dat ik hier eene nieuwigheid, zoo men wil, zelfs eene ketterij verkondig. Zou de schrijver, die in het moderne leven zoo goed thuis is, niet eens willen overwegen, of de onbewuste nawerking van eene tot historie geworden voorstelling ons aan de geldleening niet ten onrechte het predicaat „tweezijdig” doet ontzeggen? (1)

SUIJLING

Utrecht, Jan. 1922

(1) Vgl. COSACK, Lehrbuch des dt. bürgerl. Rechts, § 142, IV.

De wet op de Dividend- en Tantiëmebelasting,
door Mr. Dr. J. H. R. SINNIGHE DAMSTÉ te
's-Gravenhage. — Zwolle, W. E. J. TIEENK
WILLINK, 1921. f 6.75, geb. f 7.75.

Het in 1919 bij denzelfden uitgever verschenen werk van Mr. DAMSTÉ over de wet op de inkomstenbelasting gaf, zij het ook ten onrechte, den indruk van niet volledig te zijn. De toen reeds een eeuw hier te lande bestaande dividendbelasting eerst in de patentwet, daarna in de wet op bedrijfs en andere inkomsten, eindelijk in de wet op de inkomstenbelasting 1914 ondergebracht, scheen met die inkomstenbelasting zoo nauw zamen gekoppeld, dat men hare bespreking, al was zij dan ook in de wet van 11 Januari 1918 (*Stbl.* no. 4) afzonderlijk geregeld, in een werk als dat wat de schrijver gaf, miste.

Toch liet hij die heffing terecht ter zijde.

De regeling der dividendbelasting in een afzonderlijke wet door den Minister TREUB tot stand gebracht was zonder twijfel eene verbetering, wat niet bijeenhoort is beter gescheiden en de commentator der inkomstenbelasting hield zich terecht aan de bespreking dier belasting. Edoch even verklaarbaar was het, dat toen Prof. SUYLING, de hoofdleider der werken over Nederlandsch belastingrecht waartoe ook dit werk behoort, een auteur zocht voor een werk over de dividendbelasting hij zich wendde tot hem, die eene zoo verdienstelijke arbeid over de inkomstenbelasting had gegeven. Natuurlijk, dat men dezen auteur hoogere eischen stelt dan aan hem, die met een eersteling de boekenmarkt betreedt, maar

de verwachtingen die men met recht mocht koesteren zijn niet beschaamd. Ook dit boek is een verdienstelijke arbeid.

Na een vlot geschreven inleiding volgt een commentaar van 208 bladzijden waarop dan nog enkele pagina's worden gewijd aan de heffing van opcenten op de belasting ten behoeve der gemeenten, opcenten, die in den bodemloozen put onzer gemeentefinanciën verdwijnen en al vergen zij van de houders van aandelen niet onbelangrijke offers, de komende débacle niet verhinderen, zelfs niet vertragen.

De inleiding nu heeft betrekking op de geschiedenis der belasting hier te lande in de laatste eeuw. Zij is geschreven door iemand, die ook in deze materie oog heeft voor humor, en die bijzaken ter zijde latende niet onvermeld laat wat de moeite van het mededeelen waard is. Daaronder rangschikt de auteur de tallooze gronden waarop men vroeger en later de dividendbelasting — de belasting der tantièmes is van betrekkelijk jongen datum — heeft verdedigd. Achtereenvolgens worden zij gewogen en te licht bevonden. Er is toch volgens den heer D. slechts één grond, die haar kan rechtvaardigen namelijk haar karakter van zakelijke belasting op een deel van de vermogensopbrengst. Zulk een belasting is gerechtigd, wanneer slechts alle vermogensopbrengst aan een zakelijke heffing wordt onderworpen en waar wij naast de dividendbelasting reeds de grondbelasting tellen en een effectenbelasting wel niet zoo heel lang meer zal uitblijven zijn wij op dit punt op den goeden weg.

Natuurlijk, dat de tantiëmebelasting dezen schrijver minder aanstaat. Ook hier is een zakelijke heffing van een bepaalde vorm van arbeidsinkomen niet ongerechtvaardigd, maar aan de voorwaarde, dat ook ander arbeidsinkomen door een speciale belasting bij de bron zal

worden getroffen, wordt niet voldaan en zal vooreerst — met uitzondering wellicht van de hoogere tractementen — wel niet voldaan worden.

Dit alles lijkt zeer logisch en toch schijnt het mij niet afdoende.

Ik geef onmiddellijk toe, dat zakelijke belastingen alle reden van bestaan kunnen hebben. Dit is — en was hier te lande — het geval, zoolang eene goede geregelde algemeene inkomstenbelasting met daarnevens staande algemeene vermogensbelasting ontbreekt en de belasting-techniek nog niet zòver gevorderd is, dat men dergelijke heffingen zonder kans op mislukking kan invoeren.

Ten onzent zijn wij echter dit stadium thans te boven. Wij hebben nu heffingen, die met de draagkracht van hen, die men treffen wil, veel beter rekening houden dan zakelijke heffingen, hoe goed ook geregeld, dit ooit zullen kunnen doen. Is in dergelijke omstandigheden, wanneer de Staat meerdere inkomsten noodig heeft verhooging van het tarief dezer belastingen niet aangewezen?

De schrijver antwoordt, dat men deze belastingen toch niet ad infinitum kan verhoogen en deze opmerking is juist. Immers doet men dit, dan gaat de onmisbare medewerking der belastingplichtigen ontbreken. Het is dan ook een feit, dat, wanneer de fiscus onverzadelijk blijkt, men tot de veel moeilijker te ontduiken zakelijke heffingen wel de toevlucht moet nemen.

Intusschen is men geneigd om te vragen of men soms een zelfde persoon ad infinitum kan belasten zelfs door middel van heffingen, die hij niet kan ontloopen.

Het antwoord, door den schrijver niet gegeven, wijl hij zich de vraag niet stelde, moet geloof ik bevestigend luiden. Ja, men kan dit en het latere Romeinsche keizerrijk en hetgeen men waarschijnlijk in Duitschland in de naaste jaren zal zien leveren hiervan het bewijs.

Alleen de geschiedenis leert tevens, dat in zulke gevallen de belastingplichtigen, door den Staat met citroenen op één lijn gesteld, voor dien Staat ook alle liefde, belangstelling en gevoel van opoffering verliezen. Een rijk, waar dit het geval was, is echter steeds te gronde gegaan.

Gelukkig zijn wij nog niet tot zulk een sluitend maar tevens doodend stelsel van zakelijke belastingen gekomen, die heffingen, welke ten onzent bestaan — de gemeentelijke bedrijfsbelasting daaronder begrepen — zijn niet impopulair.

De oorzaak is m. i., dat deze heffingen zich laten rechtvaardigen doordat de Staat (scil. gemeente), die de belasting heft, tevens aan de belastingplichtigen bijzondere diensten bewijst.

Zeker de belasting is geen retributie maar dat er naast een inkomstenbelasting nog plaats is voor de grondbelasting wordt door bijkans alle niet grondbezitters toegegeven. Waarin bij die belasting de dienst bestaat is het hier niet de plaats te memoreeren, bij de dividendbelasting is zij m. i. gelegen in de erkenning der belastingplichtige naamlooze vennootschappen, vereenigingen en maatschappijen als rechtspersoon.

Nu aarzel ik niet om toe te geven, dat, waar de eerste en voornaamste taak van den Staat is om het recht te handhaven, erkenning van iets wat bestaat toch zeker niet zulk een verdienste is, dat daarvoor een somtijds zwaar offer behoort te worden gebracht, maar waar de mensch, ook wanneer hij vreemdeling is, bestaat en daarom als persoon erkend behoort te worden is dit met de naamlooze vennootschap en vereeniging niet het geval (1).

(1) Dat ik hier eene grove ketterij uitspreek in de oogen van een voorstander der organische theorie is duidelijk. Wanneer men echter GIERKE'S leer verwerpt, zal men dit afkeurend oordeel zonder bezwaar kunnen dragen.

De staat zou haar evengoed de erkenning als rechtsbevoegd wezen, de rechtspersoonlijkheid, kunnen onthouden als hij die onthoudt aan de maatschap of de vennootschap onder firma. Hij handelt echter anders, al schept hij de naamlooze vennootschap niet door haar de rechtspersoonlijkheid te verleenen en verder de aansprakelijkheid der aandeelhouders te beperken tot die bedragen die zij in het bedrijf willen steken toch geeft hij aan dezen vorm van onderneming, waar het bedrijven geldt van grooteren omvang en wèl het bezit van kapitaal maar minder de persoonlijke eigenschappen der bedrijfsleiders op den voorgrond treden, een voorsprong waardoor deze in den concurrentiestrijd facile princeps wordt.

Is het nu onbillijk, dat geeischt wordt, dat daarvoor een obool aan den fiscus wordt geofferd?

Die obolen kunnen echter talenten worden, gelijk men de grondbelasting kan laten stijgen tot heffingen van 50 of 60 percent van het inkomen uit grondbezit. Maar evenmin als goede wijn ophoudt een voortreffelijk genotmiddel te zijn omdat men er te veel van kan drinken, evenmin is een belasting te veroordeelen omdat men haar zòd kan inrichten dat zij een ramp wordt voor het volk dat haar heeft te dragen (1).

Er is geen beginsel dat op het belasting gebied in onzen tijd zoo zeer als juist is erkend als de eisch van „belasting naar draagkracht”. Volgens velen — en ik geloof, dat zonder het te willen erkennen ook de schrijver tot hen behoort — is dit zelfs het eenige beginsel waarmee de wetgever regeling mag houden. Wijst nu het

(1) Het hier gebezigd argument geldt, dit erken ik, niet voor de belasting der hier te lande zeldzaam voorkomende commanditaire vennootschappen op aandeelen. Wilde men echter ontduiking tegen gaan, dan moest men deze vennootschappen wel met de N.V. gelijkstellen.

feit, dat iemand f 1000.— inkomen geniet door het innen van uitgekeerde dividenden op meerdere draagkracht dan wanneer iemand f 1000.— verkrijgt wegens rente van geleende gelden? Arbeid verrichten geen van beiden, het zou dan moeten zijn het innen van het hun toekomende. Vandaar dan ook, dat Mr. DAMSTÉ de dividendbelasting alleen dan gerechtvaardigd acht, wanneer daarnaast staat een goed geregelde zakelijke belasting van het inkomen van ander roerend vermogen dan aandeelenbezit in Nederl. naamlooze vennootschappen.

Is echter deze redeneering wel juist en geldt hier niet *si duo faciunt idem non est idem*? Zeker, beiden knippen coupons, maar toch verrichten zij geheel iets anders. De een is geldschietter zonder meer, de ander neemt deel in een onderneming, niet op de gewone wijze, hij treedt niet op als leider van een bedrijf, hij is niet ondernemer in de gewone beteekenis die men aan dit woord hecht, maar wel deelt hij in ondernemerswinst, al is zijn ondernemersrisico beperkt tot op het bedrag dat hij in de onderneming inbracht. En het resultaat is — althans in normale gevallen en normale tijden — dat hij van een zelfde vermogen een veel grooter inkomen heeft dan iemand, die niets anders is dan geldschietter.

Is het nu zoo onbillijk, dat de fiscus tusschen beiden treedt en zegt: Waar de wet u door het toekennen der rechtspersoonlijkheid aan de naamlooze vennootschap in de gelegenheid stelt, de voordeelen van het ondernemerschap te genieten, meer opbrengst te verkrijgen van uw in aandeelen belegd vermogen dan wanneer de naamlooze vennootschap met hare beperkte aansprakelijkheid der aandeelhouders niet bestond, daar zult gij mij een deel der zoo gemakkelijk gemaakte ondernemerswinst afstaan.

Ik geloof het niet en het is opmerkelijk, dat men reeds

jaren vóórdat er aan eene belasting op het inkomen uit roerend vermogen werd gedacht, met een dividend-belasting genoegzaam.

Ik geef onmiddellijk toe, dat voor een tantième-belasting, geregeld als de onze, deze argumenten niet gelden. Toen de minister TREUB verzekerde, dat wie de dividend-belasting accepteerde, ook voor de tantième-belasting moest zijn, omdat zoowel tantième als dividend een deel zijn der vennootschapswinst, gebruikte hij geen juist argument. Want wie tantième geniet is niet, zij het dan ook indirect ondernemer maar arbeider, al bestaat dan ook zijn belooning niet in een vast bedrag, maar in een deel der winst, die niet hij maar een ander maakt.

Intusschen te ontkennen is het niet, dat hij toch geïnteresseerd is bij de resultaten van dat door anderen uitgeoefend bedrijf.

In dit feit zocht de fiscus een rechtvaardiging voor zijn heffing en daar voor vele tantièmegerechtigden de te verrichten arbeid uiterst gering is, laat het zich begrijpen, dat men in extra-belasting der zoo gemakkelijk verdiende gelden geen bezwaar zag. En, ce n'est que le premier pas qui coute, toen men eenmaal de commissarissen wilde belasten voor hunne tantièmes, moest men ook wel de directeuren en het andere personeel treffen.

Gelukkig heeft men door het belastingvrij inkomen op f 10.000.— te bepalen de overgroote meerderheid van het personeel van belasting vrijgesteld. In realiteit worden slechts zij getroffen, die hun arbeid in vergelijking met dat wat de meerderheid der bevolking als loon voor gepraesteerde diensten ontvangt, zeer rijkelijk beloond zien.

Eenmaal tot stand gekomen, zal de tantième-belasting niet spoedig verdwijnen en zulks te minder, omdat bij familie-vennootschappen, waar het aandeelenkapitaal in weinige handen is, zij een ontduiking der dividend-

belasting minstens genomen bemoeilijkt. De bekende truc der aandeelhouders-directeuren, zich de gemaakte winst toe te kennen niet in den vorm van dividend, maar als tantième of salaris, biedt thans veel minder voordeel.

De dividend-belasting wordt geheven niet van de winst door de rechtspersonen gemaakt maar van de winst-uitkeeringen.

Men had anders kunnen beslissen, al was dan ook gebroken met een praktijk van een eeuw en al had dan de naam der belasting natuurlijk eene andere moeten zijn. Wie de praktijk der oorlogswinstbelasting heeft medegemaakt, zal echter den wetgever dank zeggen, dat hij aan deze voor de toepassing der wet veel gemakkelijker wijze van heffing de voorkeur heeft gegeven. De schrijver laat dan ook niet na hierop te wijzen. Intusschen deze wijze van heffing heeft nog een tweede voordeel. Zij maakt een conjunctuurbelasting, zij het dan ook alleen van naamlooze vennootschappen en daarmede gelijk gestelde lichamen veel gemakkelijker. Mr. SINNIGHE DAMSTÉ wil van zulk een heffing, althans vooreerst niet weten. M. i. echter ten onrechte (1).

(1) In een noot op blz. 54 van zijn werk bespreekt de schrijver het in 1914 in de *Economist* door mij geopperd denkbeeld, om naast een matige heffing over het totaal der uitdeelingen, daarnevens een progressieve belasting te heffen over dat deel der uitdeeling, dat zeker percentage van het gestorte aandeelenkapitaal te boven gaat, grooter naarmate het percentage der uitdeeling hooger is.

Ik zal de laatste zijn om te betoogen, dat tegen dit denkbeeld in Indië tot toepassing gekomen, maar hier te lande algemeen verworpen, geen ernstige bezwaren zouden zijn aan te voeren.

Zoo heeft mr. S. D. zonder twijfel gelijk, wanneer hij beweert, dat een belasting van hooge dividenden voor den aandeelhouder — en deze is het toch ten slotte dien men treft — nog niet beteekent belasting van groote winst. Immers de man kan zijn aandeel verre

Vrees ik op dit punt maar weinig instemming te zullen vinden, meer zal dit zeker het geval zijn, wanneer ik betoog, dat de inleiding zich aangenaam laat lezen en

boven pari gekocht hebben. Intusschen, het is ook mogelijk, dat hij dit niet gedaan heeft en in elk geval is hij de rechtsopvolger *titulo generali* of *singulari* van hem, die het aandeel verkreeg in ruil voor hetgeen hij stortte.

Dat de naamlooze vennootschap zulk een hoog dividend kan uitdeelen is een gevolg van de omstandigheid, dat zij winst heeft gemaakt, hetzij nu, hetzij vroeger. Maar is het nu zoo onbillijk, dat die vroegere winst waarmede de fiscus tot dusverre nimmer rekening hield, immers hij belast alleen uitgekeerde winst, nu ook buiten beschouwing blijft? Trouwens men moet niet vergeten, dat al zullen aandeelen van naamlooze vennootschappen, die hooge dividenden plegen uit te keeren, in den regel boven pari ter beurze genoteerd staan, de marktprijs der aandeelen niet zòò pleegt te zijn, dat het uitgekeerde dividend ten slotte toch slechts een normale rente oplevert. De aandeelen der Scheepvaartmaatschappij, die in de jaren van den overvloed eens 100 pCt. kon uitkeeren, stonden toen niet op 2000 pCt. genoteerd.

Als regel is in een hoog dividendspercentage steeds conjunctuurwinst verscholen en mag men, daarmede rekening houdende, nu niet trachten althans *deze* conjunctuurwinst te belasten?

Een goede conjunctuurbelasting, die niet alleen rechtspersonen, maar ook fysieke personen treft, is uiterst moeilijk tot stand te brengen. Beperkt men zich tot de naamlooze vennootschappen, dan is dit veel gemakkelijker en zeker is het niet moeilijk, wanneer men den hier aangeprezen weg zou willen inslaan. Want dit is toch wel zeker, dat, al zou men misschien rekening kunnen houden met den marktprijs der aandeelen bij het begin van het belastingjaar, men zeker niet rekening kan houden met den prijs waarvoor dikwerf onbekende aandeelhouders hun aandeel jaren geleden hebben gekocht.

In ieder geval lijkt mij het thans gevolgd systeem om conjunctuurwinst steeds onbelast te laten, terwijl men een successiebelasting heft zòò hoog, dat men moet denken aan een opzettelijk vernietigen van den middenstand, al zeer weinig aanbevelenswaardig.

Trouwens, men mag zich afvragen of de thans bestaande dividendbelasting, wanneer straks de opcenten tot 300 of 400 zullen zijn

een gemis daarvan zeer zou worden gevoeld. En toch de verdienste van het boek ligt minder in de inleiding dan in den commentaar zelve. Men mag schrijven commentaar, want evenals in zijn werk op de inkomstenbelasting — maar in afwijking van wat de heer ADRIANI in zijn studie over de vermogensbelasting deed — is hier de commentaarvorm gevolgd, voor hen, die het werk voor hun praktijk hebben te raadplegen, zeker de meest gewenschte vorm.

In dien commentaar nu worden op een duidelijke en wetenschappelijke wijze bijkans alle vraagstukken behandeld, die tot dusverre om oplossing hebben gevraagd. En dit zijn niet weinige, want, waar de redactie der wet niet veel verschilt van die der wet op de inkomstenbelasting of van de bedrijfsbelasting, zijn tal van vroeger gerezen vragen ook thans nog actueel.

Bij de behandeling nu dezer rijke stof treft de zorgvuldigheid van den schrijver, de onpartijdigheid waarmede de verschillende argumenten worden gewogen, terwijl ook de parlementaire geschiedenis niet wordt verwaarloosd, maar met zorg bewerkt.

De volgelijng van den hoogleeraar SUYLING kijkt echter even om den hoek, wanneer men op blz. 71 naar aanleiding van een arrest van den Hoogen Raad van 22 Februari 1917 B. n°. 1563 leest: „Het — arrest — bezit in zoovere

gestegen — en dit is slechts een quaestie van enkele jaren — niet economisch veel slechter gevolgen zal hebben dan een zij het ook geenszins volmaakte progressieve heffing der hoogere dividenden. Heft men van aandeelhouders, die slechts 4 pCt. van het gestort aandelenkapitaal ontvangen 20 of 30 pCt. van het dividend, zoo heeft dit ten gevolge, dat het publiek zijn vermogen liever in obligaties dan in aandelen belegt. Dat het, uitzonderingen nu daargelaten, voor een industriele of handelonderneming gewenscht is met een obligatieschuld belast te zijn, die het aandelenkapitaal, verre overtreft, zal, geloof ik, wel niemand meenen.

nog altijd veel belang als er uit blijkt, dat men ook hier zonder een beroep op de wetsgeschiedenis te doen tot eene goede wetsuitlegging der wet kan geraken".

Inderdaad, dit kan, ofschoon ik persoonlijk toch ook wel „bij de geschiedenis der wet ter schole" zou willen gaan, al wensch ik dan ook andere leermeesters dan zij, die meenen, dat men de geschiedenis eener wet mededeelt, wanneer men min of meer volledige uitknipsels uit „Bijlagen" en „Handelingen" doet nadrukken.

De plaats ontbreekt de talrijke punten die de Schrijver behandelt te bespreken. Slechts op enkelen moge een oogenblik de aandacht worden gevestigd.

Gelijk bekend, wordt in art. 2 der wet eene opsomming gegeven van de volgens het eerste artikel belastbare uitdeelingen en men kan den auteur gereedelijk toegeven, dat met uitdeelingen bedoeld zijn winstuitkeeringen. De vraag rijst nu wat men onder winst heeft te verstaan en op blz. 73 geeft de schrijver „voorshands" deze definitie „als winst moet worden aangemerkt het saldo van de winstrekening".

Zoolang er nu geene uitdeelingen geschieden kan voorloopig de fiscus zich zonder bezwaar bij de opgemaakte rekening nederleggen, al is die ook misschien te pessimistisch en dus onjuist. En wanneer er wel een dividend wordt uitgekeerd en er bij de fiscale ambtenaren twijfel rijst of men hier inderdaad met uitgekeerde winst te doen heeft, laat het zich verdedigen, dat men zich nederlegt bij de opvatting van belanghebbenden. Niets wekt meer ergernis dan noodelooze betweterij. Trouwens de heer DAMSTÉ bindt den inspecteurs een riem onder het hart en wijst op winst-anticipatie.

Intusschen is het duidelijk, dat wanneer, en dit zal bijv. bij liquidatie het geval zijn, de zaak wel praktisch

belang verkrijgt, wanneer er wel uitkeeringen geschieden maar betwist wordt, dat men te doen heeft met vruchten van het bedrijf, met „winst”.

Het geval zal zich voordoen, wanneer door verkoop van zoogenaamde hulpmiddelen in het bedrijf voordeelen zijn behaald, waarop men nooit gerekend had en waarvan men moeilijk kan zeggen, dat zij het resultaat zijn van een bedrijfsdaad. Zoo kan worden gewezen op het geval dat een naamlooze vennootschap een bij haar fabriek als bleek gebezigd weiland, dat in den loop der jaren als bouwterrein waarde had gekregen, voor een veel belangrijker bedrag verkocht dan waarvoor dit terrein te boek stond.

Was nu de dividenduitkeering, door dit voordeel mogelijk geworden, ten volle belast?

Nu zijn dergelijke voordeelige verkooping, zoolang het bedrijf wordt voortgezet, niet juist zeer veelvuldig, bij liquidatie komen zij uit den aard der zaak meer voor.

Volgens art. 6 geldt dan als uitdeeling „de verdeling van het batig saldo tot het bedrag waarmede dit „het nog niet terugbetaalde kapitaal overtreft” en de vraag rijst of men hier wellicht te doen heeft met een uitzonderingsbepaling, dan wel met een eenvoudige toepassing van het volgens den schrijver aan de belasting ten grondslag liggende beginsel: alleen belasting van uitgedeelde winst.

Volgens de uitlegging die na eenige aarzeling thans constant door den Hoogen Raad aan de het begrip inkomen omschrijvende artikelen der wet op de Inkomstenbelasting 1914 wordt gegeven, is vermeerdering der waarde van zoogenaamde hulpmiddelen in het bedrijf te beschouwen als kapitaalvermeerdering en niet als inkomen.

Nu is zuiver inkomen in den zin der wet op de inkomstenbelasting nog niet identisch met winst, maar

bij de toepassing der oorlogswinstbelasting was dit toch het geval.

Waar toch deze belastingwet voorschreef, dat van naamlooze vennootschappen en daarmede op één lijn gestelde lichamen de belasting geheven werd van de „vermeerdering van winst als onmiddelijk of middelijk „gevolg van den oorlogstoestand”, bepaalde art. 12, dat de zuivere „winst” dezer lichamen op dezelfde wijze berekend werd als het inkomen van fysieke personen. En waar nu het inkomen der oorlogswinstbelasting op enkele uitzonderingen na hetzelfde was als het inkomen der inkomstenbelasting, ligt het voor de hand, dat men de begrippen inkomen en winst als identisch beschouwde.

Geldt nu echter dit ook, waar het betreft de toepassing der dividendbelasting, waar een artikel in den geest van het zoeven aangehaalde art. 12 ontbreekt?

Ik meen, dat men zonder bezwaar ontkennend mag antwoorden.

Het doel van een handelaar of fabrikant zal als regel steeds zijn zijn handels- of fabrieksvoorraad duurder te verkoopen dan het bedrag dat hij heeft moeten offeren om dien voorraad te verkrijgen. Het voordeelig verschil is winst en vormt na eenige af te trekken bedragen zijn zuiver inkomen uit bedrijf.

Maar waar het de hulpmiddelen in het bedrijf — fabrieks- of kantoorgebouwen, machines, werktuigen, etc. — betreft, heeft hij dit doel om te vervreemden in den regel niet (1). Stijgen nu deze goederen in waarde,

(1) In den regel althans niet, ofschoon er veel meer uitzonderingen bestaan dan men oppervlakkig zou denken. Bij scheepvaartondernemingen bijv. zijn de schepen hulpmiddel in het bedrijf. Maar bij verreweg de meeste dier maatschappijen zijn zij tevens bedrijfsobject en worden zij aangeschaft met het doel om, wanneer zich een voordeelige gelegenheid biedt, ze te verkoopen.

zoo spreekt men niet van inkomen, maar van kapitaalvermeerdering. Ofschoon bij prijsdaling de handelaar of fabrikant anders oordeelt en dan wèl een bedrijfsverlies wil aannemen, acht hij bij prijsstijging deze van geheel denzelfden aard als prijsstijging der koersen voor den effectenbezitter of waardestijging van den grond voor den landeigenaar.

Nu is zeer zeker de grens tusschen inkomen en kapitaalvermeerdering niet altijd gemakkelijk te trekken, maar, al achten meerdere theoretici het gewenscht, het uitwisschen dier grens lijkt toch al te zeer op het wegwerpen van het kind met het badwater.

Ik zou dus het met den gelukkigen handelaar of fabrikant eens willen zijn, maar dit neemt niet weg, dat bij een naamlooze vennootschap de zaak toch een eenigszins ander adspect vertoont. Hier is het doel uitkeeringen te doen aan de aandeelhouders — de andere deelgerechtigden in de winst nu een oogenblik ter zijde gelaten — jaarlijks of meermalen jaarlijks in den vorm een dividend, bij het einde der vennootschap in den vorm van uitkeering van het batig saldo.

Zeker niet alles wat uitgekeerd wordt is winst alleen dat wat niet bestaat in teruggaaf van hetgeen gestort is. Maar dit meerdere is dan ook winst en over hetgeen van die winst uitgekeerd wordt aan daarin deelgerechtigden is belasting verschuldigd.

Natuurlijk kan de wetgever het begrip „winst” beperken. Zoo zal, wanneer in art. 27, waar het betreft het voorkomen van dubbele belasting, wordt gesproken van „zuivere opbrengst van het bedrijf” en medegedeeld wordt, dat die opbrengst bepaald wordt naar de beginselen der artt. 7, 10 en 11 der wet op de Inkomstenbelasting 1914, het begrip opbrengst dus eng moeten

worden genomen, maar waar de wetgever niet gesproken heeft, is men ook niet gebonden.

Van „winst” geeft de wetgever noch in deze wet noch elders eene definitie. Dat Mr. DAMSTÉ's voorloopige definitie „saldo van de winstrekening” niet kan volstaan is duidelijk, welnu waarom zou men aan „winst” niet de beteekenis geven die men er in het verkeer aan hecht? Dit verkeer nu stelt, naar ik meen, de bedrijfs-winst van een mensch en van eene naamlooze vennootschap niet volkomen op één lijn (1).

Gelijk ik opmerkte men neme het begrip „winst” niet te eng maar ook niet te ruim.

Zoo zal agio die eene maatschappij bij uitgifte harer aandeelen bedingt geen winst zijn en wanneer deze in

(1) Of de Hooge Raad het hiermede eens zou zijn? Het arrest van 15 Juni 1921 B. no. 2839 geeft geen licht. Een naamlooze vennootschap had in dit geval een aanslag bestreden omdat het belaste bedrag vertegenwoordigde hoogere opbrengst van het vast goed en deze niet als bedrijfswinst, doch als kapitaal moest worden beschouwd. Het cassatieberoep werd verworpen op grond dat, waar de Raad van Beroep feitelijk heeft beslist, dat de vaste goederen waarvan de opbrengst tot uitdeeling is gekomen, volgens art. 1 der statuten bestemd waren om in het bedrijf der vennootschap te worden verhandeld, de Raad terecht den aanslag als betreffende winstuitdeelingen heeft gehandhaafd, nu daarin geen terugbetaling van kapitaal was begrepen.

Hier waren dus de verkochte onroerende goederen niet bloot hulpmiddelen in het bedrijf, maar stonden, evenals de schepen bij de meeste scheepvaartondernemingen op een lijn met den handelsvoorraad. Wanneer nu eens in de statuten zulk een bepaling niet te vinden was geweest?

Het argumentum a contrario is steeds een gevaarlijk argument, ook waar het geldt de meening van een rechtscollege op te sporen. Dat onder «winst» echter hetzelfde zou moeten worden verstaan als onder «winst» in de Wet op de O. W.-belasting 1916, is gelukkig nog niet gejugeerd.

den een of anderen vorm weder aan de aandeelhouders wordt teruggegeven zal dit geen winstuitkeering zijn, die tot belastingheffing aanleiding kan geven. Zoo is dan ook des schrijvers meening — in overeenstemming met het arrest van den Hoogen Raad van 16 Juni 1920 B 2472 een meening waarmede zich ten slotte zelfs de Minister van Financiën vereenigde.

Edoch te ruim moet men het begrip winstuitkeering ook niet nemen. Zoo zal een interim dividend en zullen andere uitkeeringen uit de winst, ook al is daarvan het juiste bedrag nog niet bekend, mits zij slechts bestaat, aanleiding kunnen geven tot belastingoplegging. Maar dit is m. i. niet het geval met het zoogenaamde intérêt calcaire, het dividend dat maatschappijen welker bedrijf in de eerste jaren na de oprichting geen batig saldo oplevert, toch aan hun aandeelhouders plegen uit te keeren. Men vindt de benoodigde gelden in den regel door intering van het kapitaal en al heeft men ook het vaste voornemen om, wanneer de vette jaren aanbreken, niet tot belangrijke winstuitkeeringen over te gaan alvorens het aangesproken kapitaal weder tot het oorspronkelijk bedrag is aangevuld, zoolang die jaren niet zijn aangebroken komt daar niets van.

Toch heft de administratie in zulke gevallen belasting van de uitgekeerde dividenden en met een gerust geweten, althans, wanneer zij op mr. S. D. vertrouwt.

„Wat de vennootschap in den beginne uitdeelt is niets „anders dan de winst, die zij eerlang denkt te maken”. Ja, de vogels in de lucht denkt de jager ook eerlang te schieten, maar voorloopig zijn zij nog niet in zijn tasch. En ettelijke aandeelhouders in zulke ondernemingen hebben aan den lijve ondervonden, dat deze vogels bleven vliegen. Hier kan ik dan ook kwalijk met den schrijver medegaan — de beste compassen zal men toch steeds

moeten verifieeren — en meen ik, dat, wanneer er inderdaad nog geen winst is gemaakt, deze ook niet kan worden uitgedeeld en dat dus van dergelijke uitdeelingen, als zijnde geen winstuitkeeringen, ook geen belasting mag worden geheven.

Winst-anticipatie moet geen hoed worden die ook verliezen kan dekken (1).

Sunt certi denique fines is een waarheid, die men ook bij de aankondiging van een werk dat men waardeert, niet uit het oog mag verliezen.

Ik zal dus eindigen, maar wijs nog op een kleinigheid, waaruit blijkt, dat de schrijver het civielrecht niet heeft vergeten.

Volgens hem zou namelijk bij de invordering van de dividend- en tantiëmebelasting de bekende wet van 22 Mei 1845 (*Staatsblad* n°. 22) niet toepasselijk zijn. „De dividend- en tantiëmebelasting is niet een directe belasting”. Dit argument lijkt mij weinig afdoende, de dividendbelasting is zeker geen persoonlijke, maar een zakelijke belasting. Intusschen een zakelijke belasting kan toch zeer goed een directe belasting zijn en wanneer men twijfelt, denke men slechts aan de grondbelasting wier zakelijk karakter al evenmin ontkend pleegt te worden als hare eigenschap van directe heffing.

(1) De schrijver merkt op, dat de Hooge Raad blijkens zijn arrest van 20 October 1920 B 2588 het beginsel der winstanticipatie zou erkennen. Terecht, maar uit de betrokken overweging «waarbij niet «afdoet, dat laatstbedoelde uitkeering reeds voor het einde van het «boekjaar met het gunstig bedrijfsresultaat van dat jaar kon worden «bestreden en reeds bij voorbaat uit de winst kon worden genomen» volgt nog niet de belastbaarheid van het intérêt calcaire.

Daaruit volgt natuurlijk nog niet, dat de schrijver ongelijk heeft, wanneer hij de rechtstreeksche toepasselijkheid der wet van 22 Mei 1845 ontkent. Het is waar die toepasselijkheid moge niet uitdrukkelijk uitgesloten zijn, zooals art. 57 der wet op de Vermogensbelasting de wet van 1845 voor die belasting uitsluit, doch de omstandigheid, dat men in de artikelen 37 en 38 deze materie bepaaldelijk regelt, wijst toch wel op een uitsluiting.

Intusschen wat de voordeur is uitgejaagd, komt ten deele langs een achterdeur weder binnen, volgens het tweede lid van art. 38 zijn bij gebreke van betaling „de bepalingen van toepassing, die in dit geval gelden voor „de invordering der inkomstenbelasting”. En dit zijn ingevolge art. 129 der wet van 19 December 1914 (*Staatsblad* n°. 563) behoudens enkele afwijkende bepalingen, de voorschriften der wet van 1845.

Zoo zal men dan ook hier de bekende „waarschuwing” en „aanmaning” ten tooneele zien verschijnen en heeft men krachtens art. 14 de invordering bij dwangbevel met recht van parate executie. Gelden nu ook de in art. 12 B-dier wet voor de „overige directe belastingen”, dat wil zeggen voor andere dan de grondbelasting bestaande voorschriften betreffende het recht van voorrang (1)?

Mr. SINNIGHE DAMSTÉ antwoordt toestemmend, ofschoon hij volkomen terecht opmerkt, dat men hier te doen

(1) Art. 12. «'s Rijks schatkist heeft het regt van voorrang:

B. Wat de overige directe belastingen aangaat:

op al de roerende en onroerende goederen van den belasting-schuldige.

Het regt van voorrang bij dit artikel toegekend, geldt boven alle andere, zelfs boven pand en hypotheek, met uitzondering alleen van de bevoorregte inschulden in de artt. 1185 1°. en 1195 no. 1 van het Burgerlijk Wetboek opgenoemd.

heeft met een onderwerp van materieel burgerlijk recht. Maar, zoo leert hij, dit is geen bezwaar. Art. 12 is begrepen onder de omschrijving „invordering der inkomstenbelasting” en wel omdat ook de wet van 1845 er blijkens hare benaming het karakter van invorderingsvoorschriften aan toekent.

Is dit argument echter wel afdoende?

Inderdaad het opschrift der wet luidt op de invordering van 's Rijks directe belastingen, maar reeds in den considerans leest men: „dat het noodzakelijk is de invordering „van 's Rijks directe belastingen en den voorrang van „s Rijks schatkist te dier zake, bij een algemeene wet te „regelen”.

De wetgever onderscheidde blijkens die woorden zeer duidelijk tusschen invordering en voorrang en zouden wij thans anders doen? Zoo doende zouden wij althans in tegenspraak komen met wat bij de gemeentelijke belastingen sedert de gemeentewet rechtens was en is. Zoo als art. 260 der gemeentewet oorspronkelijk luidde — een enuntiatieve opsomming van voorschriften uit de wet van 1845 die van toepassing werden gemaakt — was dit niet aan twijfel onderhevig, maar ook bij de redactie die dit artikel sedert de wet van 30 December 1920 (*Staatsblad* n°. 923) heeft, is dit niet twijfelachtig.

Immers toen de regeering voorstelde om de bepalingen omtrent den voorrang en de vervolgingen opgenomen in de wet van 22 Mei 1845 (*Stbl.* no. 22) op de plaatselijke belastingen van toepassing te verklaren werd een amendement van den heer DRION aangenomen om het woord voorrang te schrappen. Hoe treffend de Minister van Financiën ook sprak van den droeven gemoedstoestand waarin hij vroeger als curator in een faillissement had verkeerd, wanneer hij aan den gemeenteontvanger hetzelfde aantal percenten uitkeerde als aan andere con-

currente crediteuren, het mocht niet baten, de Kamer achtte voor het scheppen van een privilege geen termen aanwezig.

Nu is het waar, art. 260 der gemeentewet spreekt van „bepalingen omtrent vervolgingen” en art. 38 der Dividend en Tantiëmebelasting van „bepalingen voor de invordering”, een uitdrukking die iets ruimer is, maar het verschil is toch niet zóó groot, dat men in het eene geval tot een ander recht zou mogen besluiten dan in het andere.

Nu is het zeer wel mogelijk, dat de Minister TREUB op dit punt de van de naamlooze vennootschappen en daarmede gelijk gestelde lichamen te heffen belasting bevoorrecht heeft willen doen zijn, evenals die belasting bevoorrecht was, toen zij nog inkomstenbelasting heette, maar dan volgt hieruit niets anders dan dat hij zich vergist heeft door na te laten dit duidelijk te bepalen.

Dit gebeurt ministers wel eens meer en niet steeds ten detrimente van het algemeen belang (1). Dat het toch van zelf zou spreken dat belastingschuld bevoorrecht

(1) Tot dusverre had men de bezwaren van een boven pand en hypotheek gaand voorrecht van 's Rijks schatkist niet sterk gevoeld. Maar de toepassing der oorlogswinstbelasting heeft anders geleerd en in een thans ingediend wetsontwerp G. S. 1921/22 no. 367 art. X wordt voorgesteld een art. 115 bis in de wet op de Inkomstenbelasting 1914 in te voegen luidende: «Ten aanzien van de inkomstenbelasting geldt het recht van voorrang bedoeld in letter B van art. 12 der Wet van 22 Mei 1845 (*Staatsblad* no. 22) op de invordering van 's Rijks directe belastingen, niet boven hypotheek».

Merkwaardigerwijze schijnt wat voor hypotheek moet gelden niet tot pand te mogen worden uitgestrekt. Blijkbaar wordt verder tusschen het wezen der Personeele- en Inkomstenbelastingen een mysterieus doch daarom met minder bestaand essentieel verschil van karakter aangenomen.

moet zijn is niet alleen geen axioma maar het tegendeel is waar.

Nu komt het mij voor dat de redenen welke inderdaad voor een bevoorrechtiging der grondbelasting bestaan hier geenszins aanwezig zijn, maar dat men evenals bij de vermogensbelasting, waar men als regel met gegoede debiteuren te doen heeft, het privilege zeer wel kan missen. Althans zeer zeker een privilege dat gaat boven pand of hypotheek.

In elk geval zal de noodzakelijkheid moeten worden aangetoond en bij de beoordeeling der vraag of dit geschied is zal men evenals bij de interpretatie van wat het jus constitutum leert met *MODESTINUS* l. 10 D. 49. 14 mogen denken: *Non puto delinquere, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile respondent.*

C. S.

Deutsches Privatrecht, von Dr. HANS SCHREUER.
— Verlag von F. ENKE. — Stuttgart, 1921.

De Bonnsche hoogleeraar SCHREUER — wel bekend door zijn geschriften over Germaansch recht — heeft in 1921 een boek geschreven, dat blijkens de inleiding is bestemd voor hen, die met de studie van het Deutsche burgerlijk recht aanvangen. Doch ik meen dat het waard is in wijder kring te worden gelezen, niet alleen om de heldere wijze waarop de stof is behandeld, maar ook om het rijke materiaal van rechtshistorischen en rechtsvergelijkenden aard, dat de schrijver daarin heeft verwerkt en waarmede hij vooral heeft willen aantoonen hoe een groot gedeelte der rechtsregels aan het Germaansch recht ontleend en echt Duitsch is. Telkens wordt erop gewezen hoezeer deze rechtsregels afwijken van die van het Romeinsche recht. Zoo bij de rechtspersonen (waar de Romeinschrechtelijke fictie wordt gesteld tegenover de Germaansche opvatting dat de rechtspersoon een apart wezen is), bij het bezit (waar voor de Germaansche „Gewehre” geen animus domini noodig is), bij den eigendom (waar schrijver wijst op den socialen geest van het Deutsche eigendomsbegrip en dit stelt tegenover den Romeinschen absoluten, streng kapitalistischen eigendom), bij de contractenleer (waar gewezen wordt op de Deutsche contractsvrijheid, op de in het Romeinsche recht niet erkende overeenkomsten ten behoeve van derden en de aansprakelijkheid voor de handelingen van derden), bij de vennootschappen (gezamenderhandsche gemeenschappen volgens het Deutsche recht), en vooral bij het familierecht en bij het erfrecht. Bij de behandeling van het familierecht wordt de absolute heerschappij van den Romeinschen paterfamilias gesteld tegenover het meer op de gemeenschapsgedachte gegronde Germaansche familierecht, de patria potestas tegenover de „Munt”. En bij het erfrecht — op meesterlijke wijze door schrijver behandeld — wordt de positie geschetst, welke de zoon ten opzichte van den vader inneemt volgens Romeinsch en volgens Germaansch recht; schrijver laat uitkomen hoe naar Romeinsch recht de zoon een deel van den persoon van den vader blijft, hoe de vader na den dood in zijn kinderen blijft voortleven, terwijl volgens Germaansch recht vader en zoon niet een éénheid zijn, niet als het ware één persoon vormen, doch de zoon zowel bij het leven als na den dood des vaders een afzonder-

lijk persoon is, zoodat hij als nakomeling en niet als voortlevende persoon des vaders erft. Uit het verschil tusschen de patria potestas en de Germaansche „Munt” verklaart schrijver de onbeperkte testeervrijheid bij de Romeinen en de onaantastbare rechten van vrouw en kinderen op een deel der nalatenschap bij de Germanen. Ook wordt — om nog één voorbeeld te nemen — gewezen op het verschil bij mede-erfgenaamschap waar, volgens het Romeinsche recht ieder afzonderlijk mede-erfgenaar is, terwijl volgens Duitsch recht de erven „Gesamthänder” zijn, welk verschil zoo in hun verhouding tot de schuldeischers als in hun onderlinge verhouding tot uiting komt. Het wekt geen verbazing, dat de hoogleeraar warm voelt voor de Germaansche beginselen en daaraan meestal de voorkeur geeft boven de Romeinsche.

Doch de beteekenis van het boek bepaalt zich geenszins tot de rechtshistorische beschouwingen.

Schrijvers opmerkingen over het verschil in aard en rechtspositie van den eigendom van roerend en onroerend goed, zijn uiteenzettingen van het kadaster en van het pand- en hypotheekrecht verdienen alleszins de aandacht, evenals zijn opmerkingen over het bezitrecht.

Van veel belang acht ik ook de wijze, waarop de verbintenissenleer door schrijver is behandeld, waarbij telkens het tot stand komen van rechtsnormen historisch wordt verklaard, soms op verrassende wijze. Zoo b.v., waar hij bij de behandeling van het „Schuldrecht” twee soorten van verplichtingen naast elkaar stelt, die welke uit de stam- en familieverhoudingen en die, welke uit het verkeer met vreemden ontsproten zijn, van welke aan de eerste persoonlijk vertrouwen en aan de laatste eigenbelang ten grondslag ligt, en welke beide op elkaar hebben ingewerkt. Zoo ook bij de arbeidsovereenkomst, waar hij de veranderingen nagaat, door het kapitalisme in den oorspronkelijken aard dier overeenkomst gebracht, en hoe de Deutsche wetgever dezen weer in eere heeft hersteld.

Het boek zal stellig door de Deutsche juristen — en niet alleen door hen, die met de studie aanvangen — gaarne ter hand worden genomen, doch ook niet-Deutsche juristen, die met dit beknopte handboek kennis maken, zullen den rijken inhoud weten te waardeeren.

A. D. H. FOCKEMA ANDRÉE

Opmerkingen over 's Rechters taak met betrekking tot tenuitvoerlegging van overeenkomsten (Rede, uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van Hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam op 6 Februari 1922), door Mr. P. A. J. LOSECAAT VERMEER. — Zwolle, W. E. J. TJEENK WILLINK. 1922.

Het is een merkwaardig verschijnsel dat men voor de vervulling der, waar het de rechtsgeleerdheid betreft, steeds talrijker wordende hoogleeraarsplaatsen meer en meer gaat kiezen in de magistratuur.

Voor de rechtswetenschap kan het niet dan een voordeel zijn, wanneer zij, die haar ex professo hebben te beoefenen, ook de praktijk geleerd hebben — al doet men wijs de kennis die men zich daaromtrent op een griffie kan eigen maken niet al te hoog te schatten —, voor de magistratuur heeft deze recruiteering, die aan haar telkens goede krachten ontnemt, haar bezwaren.

Opmerkelijk is het echter, dat de benoemden, wanneer zij het ambt verlaten waaraan zij blijkbaar waren gehecht, den blik steeds meer achterwaarts dan voorwaarts plegen te wenden.

Mr. LOSECAAT VERMEER doet in dit opzicht niet anders dan zijne in de laatste jaren benoemde collega's en wanneer men zijn inaugurale oratie leest, denkt men meer aan een afscheidsrede tot vroegere collega's, dan aan de intreerede van een hoogleeraar in de faculteit der Handelswetenschappen.

Verwacht men onwillekeurig een uiteenzetting der gronden waarom rechtskennis, ook al zal zij uit den aard der zaak niet grondig kunnen zijn, voor den toekomstigen bedrijfs-leider (bedrijfslijder?) gewenscht is, een geheel ander onderwerp, dat met de handelswetenschappen maar weinig te maken heeft, wordt hier behandeld.

Ik waag dan ook te twijfelen of de oratie den heer TACO MULDER (1) en andere stuurlieden aan den wal wel zal

(1) Zie diens ietwat zonderlinge: «Eene inaugurale rede van den nieuw benoemden hoogleeraar in de bedrijfshuishoudkunde aan de hogeschool te Amsterdam, gedictieerd door TACO MULDER». Non statuis temporibus no. 2. Uitgave van het Accountantsbureau TACO MULDER en W. VAN KOPPENHAGEN, Amsterdam, blzz. 23 en vlgg.

hebben bevallen. Edoch, al lijkt mij het onderwerp minder gelukkig, dit behoeft aan den inhoud niet te schaden.

Met belangstelling en ik geloof ook met instemming zullen zij, die meer dan de studenten in de faculteit der Handelswetenschappen met 's rechters taak te maken hebben, van de rede kennis nemen.

Uitgaande van de inderdaad weinig tegenspraak ondervindende stelling, dat de rechter, die geroepen wordt eene beslissing te geven, veelal zal trachten zijn uitspraak zóó te doen zijn, dat zij zijn rechtsgevoel bevredigt en daardoor naar zijne meening de gerechtigheid ook het best wordt gediend, merkt de spreker op, dat nochtans het begeerde doel niet steeds wordt bereikt.

Nu eens is de wet een werkelijke of vermeende hinderpaal, dan weder is het de sleur waaraan hij zich niet weet te onttrekken. In dergelijke gevallen — ik geloof, dat dit, waar sleur aanwezig is, maar zeer zelden zal voorkomen, immers trage lieden plegen in het schijnbaar onvermijdelijke te berusten — tracht hij dan langs een anderen weg zijn doel te bereiken en komt er toe om „onware” — het woord is niet van Mr. LOSECAAT VERMEER maar van Prof. TAVERNE — vonnissen te wijzen.

In zulke gevallen is het in werkelijkheid het rechtsgevoel van den rechter, zijn waardeering van de strijdende belangen, welke den doorslag geven en wordt eerst daarna gezocht naar gronden voor de reeds vaststaande beslissing.

Ofschoon de heer LOSECAAT VERMEER zegt, dat hij de vraag of dergelijke vonnissen wenschelijk zijn niet wil beoordeelen, is dit toch kennelijk eene protestatio actui contraria. Hij keurt — m. i terecht — dergelijke uitspraken af, doch meent, dat ze in tal van gevallen achterwege kunnen blijven doordat de rechter, zonder aan de wet ontrouw te worden, zulk een vonnis kan vermijden.

In de eerste plaats zijn er tal van gevallen, dat de wet den rechter uitdrukkelijk de vrijheid geeft om van den door hem in bijzonderheden geregelde regeling af te wijken (artt. 1637*t*, 1638*j*, 1638*g*, 1637*w* en 1639*r* B. W.). In deze gevallen, waarin de wetgever voor abnormale gevallen afwijking gedooft van hetgeen recht is in normale gevallen, heeft de rechter de noodige vrijheid, maar ook, wanneer dit niet ipsis verbis in de wet bepaald is, geeft de bestaande mogelijkheid om met de eischen der goede trouw rekening te houden toch uitkomst. Op dit punt is art. 1374, 3de lid B. W., bepalende, dat de overeenkomsten te goeder trouw moeten worden „ten uitvoer gebracht”, van groote waarde.

In tal van voorbeelden wordt ons aan de hand van recente jurisprudentie de waarheid dezer stelling aangetoond, een enkele maal wordt er op gewezen, hoe de rechter

verzuimde om met een beroep op dit artikel goed recht te doen, doch ten slotte komt de spreker tot de conclusie, dat de Nederlandsche rechter steeds meer openlijk gebruik maakt van de hem bij de uitvoering van overeenkomsten gegeven vrijheid. Dit acht de heer LOSECAAT VERMEER een verblijvend verschijnsel. Niet alleen is het op zich zelf toe te juichen, dat het aantal onware vonnissen afneemt, maar de rechtszekerheid wordt er door gediend, doordat men in de uitspraak kan lezen op welke gronden de beslissing berust. „En ten slotte kan, indien men openlijk steun zoekt in de „artikelen, die naar billijkheid of goede trouw verwijzen, het „*summum jus summa injuria* vermeden worden, ook in die „gevallen waarin de rechter die niet met ficties en achter- „deurtjes kan bereiken”.

Dit alles is juist en goed gezegd. En toch geeft de oratie een eenigszins onbevredigden indruk. De oorzaak ligt, geloof ik, in de omstandigheid, dat de spreker doet wat men wel eens noemt „*enfoncez une porte ouverte*”.

Zeker, het euvel der „onware” vonnissen bestaat, doch in veel geringer mate dan de heer TAVERNE, wien Mr. LOSECAAT VERMEER ten onrechte als leidsman aanneemt dit den volke heeft verzekerd.

Zoo spreekt men m. i. ten onrechte van een onwaar vonnis, wanneer de rechter na gedaagde's onsplitsbare bekenenis den ander, die bewijzen moet wat tusschen partijen vaststaat, met een minimum bewijs laat volstaan „en aldus „de bekenenis tot het bewijs doet medewerken”.

Het is maar wat men onder een minimum bewijs verstaat. Wanneer om een concreet voorbeeld te nemen, ik tegen eene vordering van mijn boekhandelaar tot betaling der jaarrekening het verweer heb gesteld, dat de op de rekening voorkomende werken wel zijn gekocht en geleverd, maar ook reeds betaald, dan zal m. i. die boekhandelaar kunnen volstaan met het bewijs, dat ik geregeld bij hem boeken kocht, dat hij de boeken waarvan hij betaling vordert, bij mij te huis heeft bezorgd en dat ik deze heb gehouden. Men heeft hier „vermoedens” welke zoo gewichtig, nauwkeurig bepaald en met elkander in overeenstemming zijn, dat zij het bewijs der gestelde koopovereenkomst zonder bezwaar kunnen leveren. Het is waar, een mij toegezonden boek *kan* mij zijn geschonken, maar met die mogelijkheid behoeft de rechter geen rekening te houden, omdat ik niet beweer, dat dit in casu het geval is geweest en de ervaring leert, dat schenkingen van boeken door boekhandelaren aan hunne klanten uiterst zeldzaam zijn.

Wordt nu in een dergelijk geval eischers vordering toegewezen, dan is het vonnis niet onwaar, maar verstandig. En de geclausuleerde bekenenis heeft niet tot bewijs medegewerkt, doch zij heeft den gedaagde enkel belet om ver-

moedens te ontzenuwen, die anders wellicht ontzenuwd hadden kunnen worden.

Wat men „onware” vonnissen noemt, zijn menigmaal niets anders dan juiste vonnissen. Men stelt het zich voor alsof de rechter, ofschoon wetende, dat zijne interpretatie der wet fout is, deze toch ten beste geeft om tot een uitspraak te kunnen geraken die het rechtsgevoel bevredigt en in overeenstemming is met de eischen van het verkeer. Maar die veronderstelling is onjuist.

Meent men, dat de Hooge Raad, toen hij bij arrest van 17 Maart 1921, *W.* 10733, besliste, dat, wanneer partijen bij het aangaan eener koopovereenkomst betreffende een bosch zonder den ondergrond hebben gemeend, dat het 40.000 boomen bevatte, terwijl achteraf bleek, dat dit aantal nog niet 23 000 bedroeg, gedwaald hebben in de zelfstandigheid der zaak in den zin van art. 1358 B. W. een „onwaar” vonnis heeft gewezen.

Dit zou het geval zijn, indien dit college het eigenlijk eens geweest zou zijn met de leer van haren Procureur-Generaal, dat ook in ons recht de „zelfstandigheid” der zaak uitsluitend wordt bepaald door de stof waaruit zij bestaat, maar dat men begrijpende, dat deze leer der Romeinsche juristen niet meer van onzen tijd was, den wetgever nu maar iets had laten bepalen wat niet met zijn bedoeling strookte. De mogelijkheid is echter niet uitgesloten, dat men volkomen te goeder trouw gemeend heeft, dat eene ruimere opvatting van het begrip „zelfstandigheid” voor ons recht mogelijk was en in dien gedachtengang is er niet de minste onwaarheid in de overweging, dat waar de overeenkomst voornamelijk werd aangegaan met het oog op en om de vermoedelijke hoeveelheid hout, die uit het bosch zou worden verkregen, de aanwezigheid van die hoeveelheid hout is te beschouwen als die eigenschap van het bosch, die voor beide partijen de eigenlijke reden was om de koop op de overeengekomen voorwaarden te sluiten.

Is, om een ander voorbeeld te noemen, de beslissing waarbij de mogelijkheid van diefstal van electriciteit erkend wordt onwaar enkel en alleen omdat men in 1881 daaraan waarschijnlijk niet gedacht heeft?

Het wordt wel eens beweerd, doch, naar het mij voorkomt, door hen wier methode van wetsuitlegging eene andere is en die wat zij niet juist achten spoedig onwaar noemen, omdat zij zich niet recht kunnen voorstellen, dat men te goeder trouw het niet met hen eens is.

Zoo ja, dan is de arbeid der Romeinsche juristen waarbij de een voortbouwende op den ander het recht in overeenstemming bracht met de eischen van de samenleving een schakel van onwaarheden.

Wanneer ik het bovenstaande meen te mogen opmerken is het omdat men door te strijden tegen fantomen maar al te zeer gevaar loopt den werkelijken vijand uit het oog te verliezen. Niet zoozeer tegen onware als tegen onjuiste vonnissen moet m.i. gewaarschuwd worden.

Zeker de rechter moet volgens de wet recht spreken en een rechter, die art. 11 A. B. niet strikt toepast zaagt den tak door waarop hij plaats heeft genomen, edoch een vonnis is nog niet in strijd met de wet wanneer men, zoo de tekst der wetsvoorschriften dit niet gebiedt, weigert om eene rechtsbeschouwing, die ten tijde dat de wet tot stand kwam, vrij algemeen werd gehuldigd ook thans nog voor ons als bindend te beschouwen, ook al is men overtuigd dat zij niet juist is en niet aan de behoeften van de maatschappij voldoet.

Het geval behandeld in het hierboven geciteerde arrest van den Hoogen Raad van 17 Maart 1921 geeft hiervan een voorbeeld.

Wat onze wet precies bedoeld met de in art. 1358 B. W. gebezigde woorden „dwaling in de zelfstandigheid der zaak” is niet zeker. POTHIER begreep onder „substance” een substantieele eigenschap der zaak. Immers dan maakt de dwaling de overeenkomst nietig „lorsqu elle tombe sur la qualité de la chose que les contractants ont eue principalement en vue et qui fait la substance de la chose.” Intusschen is het zeer wel mogelijk, dat althans de Noord-Nederlandsche leden der Staten-Generaal onder error in substantia hebben verstaan wat ULPIANUS daaronder verstond. Toch zou men m.i. een onjuist vonnis wijzen, wanneer men alleen dwaling in de stof als dwaling in de zelfstandigheid der zaak erkende.

Reeds von SAVIGNY „mit der ihm eigenen juristischen Intuition — de woorden zijn van DERNBURG Pandecten I blz. 233 — leerde, dat men dan aan error in substantia mocht denken „wenn durch die irrig vorausgesetzte Eigenschaft nach den im Verkehre herrschenden Begriffen die Sache zu einer anderen art von Sachen gerechtfertigt werden müsste als wozu sie wirklich gehört.”

Waarom zou men deze leer nu niet als juist mogen aannemen, wanneer men overtuigd is, dat zij wèl en dat de zuiver Romeinsche opvatting niet met het rechtsgevoel en de behoeften van het verkeer in overeenstemming is?

De Fransche jurisprudentie niet van le bon juge maar van het Hof van Cassatie is zeker niet onfeilbaar, maar de geest, die in haar tot uiting komt, waar het betreft de verhouding van den rechter tot de wet, lijkt mij volkomen juist. Dat mr. LOSECAAT VERMEER de buitenlandsche jurisprudentie geheel ter zijde laat, schijnt minder gelukkig.

Een enkele opmerking tot besluit. De nieuw opgetreden hoogleeraar spreekt van „het ambt van Hoogleeraar aan de Universiteit van Amsterdam”. Is echter de gemeentelijke universiteit „de” universiteit van Amsterdam? Ik dacht, dat men binnen Amstel's veste nog een andere universiteit kon vinden waarvan het wetenschappelijk gehalte zeker niet minder is, al is zij dan ook veel kleiner, dan die welke de gemeente ten laste der „gens taillables et corvéables à la merci du conseil municipal” onderhoudt.

Februari 1922

C. S.

THEMIS

LXXXIIIste deel — DERDE STUK

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

Historische schets van den rechtstoestand van het Waalische Kerkgebouw te Leeuwarden

DOOR

Mr. R. P. CLEVERINGA PZN
rechter-plaatsvervanger te Leeuwarden

HOOFDSTUK IV

De Staatsregeling van 1798

Wij zijn de revolutie van 1795 genaderd. De Staatsregeling van 1798 is in voorbereiding. Hoogdravende redevoeringen en sentimenteele ontboezemingen geven den toon der debatten in de Nationale Vergadering aan. Er bestaat allerminst eenstemmigheid onder de burgers representanten bij de beantwoording der vraag naar het eigendomsrecht der Kerkgebouwen. Zoo behooren deze, om enkele uitspraken te noemen, volgens Vrede (1) en

(1) Dagverhaal der Handelingen van de Nationale Vergadering representeerende het volk van Nederland (uitg. SWART & COMP., den Haag), II, 37 en 491.

van Lange (1) aan de geheele natie, naar het oordeel van van Hooff (2) waren zij onbetwistbaar eigendom van de natie, terwijl daarentegen Sypkens (3) van meening was, dat deze gebouwen niet nationaal waren, d. i. massaal behorende aan de geheele natie, doch dat zij deels locale eigendommen waren, zooals Kerken en Pastorijen, deels provinciale en meer algemeene goederen, zooals kloosters en abdijen. Een opvatting van Kerkgebouwen als stichtingsgoederen vindt men niet gehuldigd. Op 18 Mei 1797 spreekt de Nationale Vergadering zich principieel over dit punt uit en verklaart de Kerkgebouwen voor plaatselijk eigendom (4). Daarbij wordt niet aangegeven of plaatselijk eigendom bedoeld is in burgerrechtelijk- of kerkrechtelijken zin. De beraadslagingen brengen op dit punt evenmin opheldering. Van Lockhorst (5) hield het er voor, dat sommige Kerkgebouwen aan het dorp, andere aan de parochie in eigendom toebehoorden, terwijl hij aan het slot van zijn rede op de zitting van 12 Mei 1797 een verdeling pro parte voorstond van de z.g. Kerkelijke goederen als zijnde parochiale of plaatselijke eigendommen; burger de Mist (6) achtte de Kerkgebouwen „hoe men de zaak ook wende of keere” het eigendom van stad of dorp, waarin zij gelegen zijn en welke daarvan vóór en na de Reformatie waren en bleven in het ongestoord bezit, terwijl eindelijk van Lange (7), vooropstellende, dat de Kerken plaatselijke eigendommen behoorden te zijn, van oordeel was, dat daar nog niet

(1) Dagverhaal II, 399.

(2) Dagverhaal II, 452.

(3) Dagverhaal II, 477 en V, 303.

(4) Dagverhaal V, 1119.

(5) Dagverhaal V, 1058.

(6) Dagverhaal V, 1060.

(7) Dagverhaal V, 1098.

uit volgde, dat de eigendom bij het Kerkgenootschap berustte, dat de Kerk in bezit had, doch dat het gebouw dan toebehoorde aan de gezamenlijke ingezetenen van stad of dorp. Iets meer houvast geeft artikel 746 van het Ontwerp (1) van Constitutie van het Bataafsche volk, bij proclamatie van 2 Juni 1797 (2), door de Nationale Vergadering ter goed- of afkeuring aan hetzelfde volk voorgedragen, waarin de Kerkgebouwen, welke vóór 1581 binnen de Republiek aanwezig geweest zijn, door de natie worden erkend als eigendom van „de gezamentlijke ingezetenen bewoonders van elke stad, dorp of plaats, in welke deselve gelegen zijn, zonder onderscheid van eenig Kerkgenootschap.” Uit deze laatste toevoeging toch mag worden afgeleid, dat de eigendom beperkt bleef tot de ingezetenen, welke behoorden bij een Kerkgenootschap.

Het bedoelde ontwerp werd echter op 8 Augustus 1797 bij volksstemming (3) verworpen en pas op 23 April (4) van het volgend jaar werd een inmiddels door de Nationale Vergadering aangenomen tweede Ontwerp van Constitutie door het volk goedgekeurd.

Art. 6 van de Additioneele Artikelen dezer Staatsregeling (5), voor het onderhavig onderzoek van belang, volgt hieronder in zijn geheel:

„Alle kerkgebouwen en pastoriehuizen der voormaals

(1) Dagverhaal VI, 519 en 520. Het ontwerp is ook afzonderlijk uitgegeven ter Landsdrukkerij, 1797.

(2) Dagverhaal VI, 449.

(3) Jaarboeken der Bataafsche Republiek XI, 310.

(4) Blijkens Publicatie van het Uitvoerend Bewind der Bataafsche Republiek d.d. 6 Mei 1798, bij VAN DE POLL: Verzameling van vaderlandsche wetten en besluiten, blz. 9.

(5) De staatsregeling is behalve in de bekende verzameling van VAN HASSELT—DE HARTOG ook te vinden bij VAN DE POLL t. a. p. blz. 11 vlg. en Verzameling van Placaaten, Proclamatien, Notificatiën enz. (te Fran. en Leeuw.) dl. III, blz. 97 vlg.

heerschende Kerk, voorzoverre zij, door aanbouw uit de afzonderlijke kas der gemeente, geen bijzondere en wettige eigendommen zijn, worden overgelaten aan de beschikking van ieder plaatselijk bewind, om deswege tusschen alle kerkgenootschappen eenig vergelijk te treffen, en wel binnen de eerstkomende zes maanden na de aanneming dezer Staatsregeling.

„De grondslag van dit vergelijk is, in iedere plaats, het grootst aantal van leden der onderscheiden kerkelijke genootschappen, hetgeen alzoo de relatieve meerderheid van zielen zal uitmaken.

„Hetzelve zal de voorkeur hebben omtrent de naasting eener plaatselijke kerk en pastorij, onder bepaling echter na gedane begrooting van de waarde dier gebouwen, van een matige uitkeering, hetzij in eens, of bij termijnen, aan de andere Kerkgemeenten, naar evenredigheid van derzelve leden, welke allen, door deze bepaling, worden gehouden, voor altijd afstand gedaan te hebben van de gemeene aanspraak.

„De alzoo genaaste kerken en pastorijen blijven, ten allen tijde, onder de bezitting, beheering, en het speciaal onderhoud dier Kerkgemeenten, aan welken dezelve, volgens het hier voorgaande onderling contract, zijn toegewezen.

„De geschillen over dit een en ander ontstaande, worden ten spoedigsten beslist door het vertegenwoordigend lichaam.

„De torens aan de Kerkgebouwen gehecht, benevens de klokken, met derselver huizingen, worden verklaard eigendommen te zijn en te blijven der burgerlijke gemeenten, staande ten allen tijde onder derzelve beheering en onderhoud.”

Ik deed deze greep uit de voorgeschiedenis van art. 6,

omdat bij de vraag naar de beteekenis daarvan speciaal ten opzichte van den eigendom der Kerkgebouwen, tweeërlei opvatting naar voren treedt en dat al naarmate men het artikel beschouwt naar de opvattingen heerschend tijdens de totstandkoming daarvan dan wel op het oogenblik, dat de toepassing er van aan de orde is. Beide uitgangspunten toch leiden tot verschillenden uitkomst en dit zal vaker voorkomen, als sinds de totstandkoming van een wetsbepaling de feitelijke verhoudingen of juridische inzichten zich hebben gewijzigd (1).

Gaat men uit van het destijds gehuldigde denkbeeld, dat de Kerkgebouwen, voorzoverre de bijzondere eigendom door aanbouw uit de gemeentekas, niet is bewezen, gemeenschappelijk eigendom zijn van de verschillende Kerkgenootschappen (2), dan

(1) Gewezen zij op bijv. art. 7 W. H. A. B. (*lex rei sitae*) tegenover het beginsel van eenheid der nalatenschap in gevallen van internationaal erfrecht (vgl. KOSTERS in GROTIUS, *Annuaire international* 1914 blz. 104—107 en 1915 blz. 84—87).

(2) Eigendom van ingezetenen, kerkgenootschappen en kerkgemeenten is strikt genomen niet hetzelfde; met kerkgenootschap bedoelde men hier echter de plaatselijke kerkgemeente, hetgeen volgt uit het geheele verband van art. 6; vgl. nog de Publicatie van 12 Juli 1798 onder 2 en 4 sub *b* (Verzameling Placaten III, 293), waarin naast elkaar voorkomt «leden van kerkgenootschappen» en «leden van kerkgemeenten» en voorts art. 751 Ontwerp 1797 (Dagverhaal VI, 526), dat spreekt van kerkgenootschap in de gemeente. Ook tusschen de kerkel. gemeente en hare leden onderscheidde men niet scherp, omdat men geen voorstelling had van hare rechtspersoonlijkheid. Wat speciaal de stad *Leeuwarden* aangaat, worden in het naar aanleiding van art. 6 vastgestelde «Plan van Beschikking tot treffing eener Vergelijk tusschen de onderscheiden kerkgenootschappen» (gedrukt bij D. v. D. SLUIS te Leeuw. 1798, blz. 4; ook opgenomen in *Verzameling van Officieele Documenten* betrekkelijk de uitvoering door het Gemeentebestuur van *Leeuwarden* van art. 6 Add. Art. enz. uitgegeven door W. P. HORGAN, Leeuw. 1884, blz. 8) de kerkgebouwen als eigendom van de bijzondere gemeenten beschouwd; cf. de adressen

kan (1) het Kerkgenootschap met het grootste aantal leden den geheelen eigendom van de Kerkgebouwen in een zekere plaats verkrijgen tegen een matige uitkeering aan de andere Kerkgenootschappen (2) voor den

(1800 en 1801) van de gemachtigden van de N. H. Gemeenten in Friesland aan de 1e Kamer van het vertegenw. Lichaam des Bataafschen Volks (afgedrukt in «De Gereformeerde Kerk van Friesland in de jaren 1795—1804 door S. D. VAN VEEN diss. 1888 blz. 256 vlg. en 270 vlg.).

Volgens EEKHOFF t. a. p. II, 195 behoorde de Waalsche Kerk aan de provincie, hoewel zij eigenlijk stadseigendom was. Noch het een, noch het ander is m.i. juist.

(1) Noodig is het niet («voorkeur»); men kan ook geen vergelijk treffen of wel een vergelijk treffen zonder een bepaling over de eigendom; al. 1 toch geeft een bevoegdheid tot treffen van een vergelijk geheel algemeen, zulks op den grondslag van de relatieve meerderheid van het aantal zielen (al. 2), terwijl de naastingsbepaling (al. 3) een species van dat vergelijk aangeeft.

Zoo is in *de Hoeven* (markiezaat Bergen op Zoom) de kerk door de Herv. Gemeente aan de Roomschen afgestaan voor f 21 huur per jaar (YPEY en DERMOUT, Geschiedenis der Nederlandsche Hervormde Kerk dl. IV, 198).

(2) Hieruit volgt, dat wanneer in een plaats slechts één Kerkgenootschap bestaat, voor het in art. 6 bedoelde vergelijk geen plaats is. Op dezen grond werden door het Plaatselijk Bestuur van de Harkstede afgewezen de aanspraken door de te *Noordijk, Middelkerk* en *Engelbert* wonende Roomsch-Katholieken gemaakt op de aldaar staande kerkgebouwen, aangezien deze leden allen behoorden tot het Katholieke Kerkgenootschap te Groningen (de tusschen Kerkeraad en Plaatselijk Bestuur gewisselde stukken afgedrukt in «Het 250-jarig bestaan der Herv. Gem. te Noordijk, 1846, blz. 98—100 door P. BOELES Jr.)

In dezelfde lijn bepaalde het Decreet van 12 Januari 1799 van het Vertegenw. lichaam des Bat. Volks (verzameling Placaten dl. III, 460) sub 2: dat de kerken op plaatsen, waar de bewoners één en dezelfde gezindte zijn toegedaan, niet vallen in de termen van taxatie; de nadere toevoeging, dat zij dan behooren te verblijven aan de ingezetenen aldaar zonder eenige uitkeering, is zeker te billijken, indien zij bedoelt de ingezetenen behorend bij de plaatselijke Kerkelijke Gemeente,

afstand van hun aandeel (1) in den eigendom dier gebouwen. Het begrip „naasten” in de alineas 3 en 4 beteekent dan een eigendomsverkrijging.

Aanvaardt men daarentegen de meer moderne opvatting, dat vele kerkgebouwen van vóór 1798 stichtingsgoederen zijn, in eigendom dus toebehoorende aan de stichting en niet aan de verschillende Kerkgemeenten tezamen, zoodat deze laatsten geen „gemeene aanspraak” op die eigendom hebben om te kunnen overdragen, dan ligt het voor de

doch bevat een ongeoorloofde uitbreiding voorzooyer zij het oog heeft op de ingezetenen buiten elk verband met een Kerkgenootschap.

Artikel 6 toch spreekt duidelijk van leden van Kerkgenootschappen en de Publicatie van 12 Juli 1798 (Verzameling Placaten III, blz. 294) sub 1 verstaat dan ook onder leden van Kerkgenootschap niet zij, die slechts woonachtig zijn in de plaats, waar het kerkgebouw staat, doch stelt tevens den eisch, dat zij tot het Kerkgenootschap behooren. De Publicatie van 11 October 1798 gaat echter verder door onder leden te begrijpen ook hen, die een godsdienstige gezindte zijn toegedaan (Verzameling Placaten III, blz. 352). Hierop is voortgebouwd door het Decreet van het Vertegenw. Lichaam der Bat. Rep. d.d. 30 November 1798 (Besluiten 2e Kamer dl. 4, blz. 628), waarbij bekrachtigd Besluit 1e Kamer d.d. 23 Nov. 1798 dl. IV, 2e stuk, blz. 831 vlg., genomen op request v. d. Gereform. Gemeente van Roordahuism om explicatie van Publ. van 12 Juli 1798 in verband met art. 6 Add. Art. en medegedeeld door het Intermediair Administratief Bestuur van Friesland aan de verschillende gemeenten op 15 Dec. 1798 (Resolutieboek I. A. B. v. Fr. 1798 fol. 167 vlg.: Rijksarchief Leeuw.), waarbij sub 2 is bepaald, dat de ter plaatse van de kerk gedomicilieerden bij het zielen aantal medetellen, niettegenstaande zij elders ter kerke gaan, hetgeen stemrecht insluit voor het geval zij niet tot het Kerkgenootschap ter plaatse behooren. De Publicatie van het Interm. Admin. Bestuur is hierachter opgenomen als Bijlage II.

Dezelfde uitbreiding ook in de mededeeling van het I. A. B. v. Fr. d.d. 20 November 1798 aan den Raad der Gemeente Utingeradeel (Resolutieboek t. a. p. fol. 64).

(1) Een soort actio communi dividundo echter met deze beperking, dat het Kerkgenootschap met het grootste aantal leden recht heeft op de toewijzing van het Kerkgebouw.

hand in art. 6 slechts te lezen een bevoegdheid tot regeling van het uitsluitend gebruik dier gebouwen en zou dus het artikel geen verandering in den eigendom kunnen teweegbrengen (1).

Deze tweede opvatting is zeer wel vereenigbaar met de bewoordingen van bedoelde wetsbepaling. Het artikel schept immers geen eigendom voor de Kerkgemeenten (2) en ontnemt die dus niet aan de stichtingen, doch *veronderstelt* de gemeente-eigendom slechts als basis voor de in dat artikel in 't uitzicht gestelde regeling. Het woord „naasten” verder dwingt zeker niet uitsluitend aan eigendomsverkrijging te denken, doch kan evengoed beteekenen een tot zich trekken van het gebruik of feitelijk bezit (3), als hoedanig het woord „bezitting” in alinea 4 ook zal moeten worden opgevat, aangezien het belang van de Kerkgemeente bij de „genaaste kerk” hoofdzakelijk was gelegen in het „uitsluitend gebruik” daarvan voor haar eeredienst.

De geheele strekking van art. 6 beschouwd als uit-

(1) Alinea 1 van art. 6 behoudt daarnaast zijne beteekenis, immers terwijl al. 3 betreft het uitsluitend gebruik door het Kerkgenootschap met het grootste zielen aantal, geeft al. 1 de bevoegdheid ten aanzien van het gebruik een andere regeling te treffen.

(2) Cf. VAN APELDOORN, De Synode en de Kerkegoederen, 1919, blz. 10; anders blijkbaar de burger-representant JANSSEN (Dagverhaal II, 516), volgens wien de Kerkel. goederen, aangezien de souvereiniteit berustte in den boezem der geheele Bataafsche Natie, nu ook dadelijk nationaal waren.

De Grondwetgever van 1798 moet zeker wel bevoegd worden geacht een titel van eigendom t. a. v. d. Kerkgebouwen te vestigen. Het is echter alleen geschied met de aangebouwd staande Kerktorens (alinea 6), die uitdrukkelijk het eigendom worden verklaard van de Burgerlijke Gemeenten.

(3) Woordenboek der Nederlandsche Taal (KLUIJVER c.s.) i. v. «naasten» sub 4: in de algemeene taal = in bezit nemen, hoe dan ook; VERWIJS en VERDAM: het zich verschaffen, het verkrijgen.

vloeiſel van de afschaffing van de bevoorrechte positie van de Hervormde Kerk (1) begunſtigt ten slotte deze opvatting. Immers het feit, dat voortaan alle kerkelijke gezindten tegenover de overheid volmaakt gelijk zouden ſtaan en de kerkgebouwen niet meer uitsluitend zouden beſtemd zijn ten dienſte van de Gereformeerde religie, had slechts tot noodwendig gevolg, dat alle Kerkgemeenten gelijke rechten ten aanzien van het gebruik van die gebouwen verkregen en dus een onderlinge regeling hieromtrent tusschen de Kerkgenootſchappen geboden was, doch het deed geenszins de behoefte gevoelen aan een nadere voorziening omtrent de eigendomsrechten van die gebouwen. Blijkbaar was aldus ongeveer de rede-
neering van VAN LOCKHORST (2), die de eigendom van de gebouwen „wilde laten, waar ze behoorden”, terwijl de natie alleen overeenkomstig de nieuwe beginselen het gebruik (3) daarvan eenigermate had te veranderen.

Een bezwaar bij de eerste opvatting van Kerkgemeentel. condominium is nog hierin gelegen, dat art. 6 alleen de kerkgebouwen, welke uit de afzonderlijke gemeentekas (4) zijn aangebouwd (5), van de verdeeling uitschakelt. Een

(1) Dit was reeds geſchied bij het bekende beſluit van 5 Augustus 1796 (Dagverhaal II, 544): er zal geen bevoorrechte Kerk meer in Nederland geduld worden.

(2) Dagverhaal V, 1058.

(3) Art. 747 van het 1e Ontwerp ſpreekt van ſchikkingen ten aanzien van het gebruik van Kerkgebouwen. (Dagverhaal VI, 520).

(4) Een verklaring van de uitdrukking «afzonderlijke gemeentekas» te vinden in voornoemd Decreet van het Vertegenw. Lichaam der Bat. Rep. d.d. 30 Nov. 1798 (vgl. blz. 286, sub 3).

(5) Op dezen grond werd de bijzondere eigendom van de Herv. Kerkel. Gemeente t. o. v. het kerkgebouw te *Bredevoort* (gem. Aalten, Gelderland) erkend. Het geval is medegedeeld in Archief voor Nederl. Kerkgeſchiedenis (Acquoy en Rogge) dl. 5, blz. 47 vlg. Het bewijs van de zijde der Gemeente ſchijnt mij niet ſterk.

afdoend argument om niet evenzeer de gebouwen, waarvan de verkrijging in bijzonderen eigendom op andere wijzen (1) of door anderen dan de Kerkelijke Gemeente kan worden aangetoond, van de uitzondering te laten

(1) Art. 745 Ontwerp 1797 (Dagverhaal VI, 519) noemt «vrijwillige dispositiën, donatiën, collecten, aankoop of aanbouw».

Het Plan van Schikking voor de stad *Leeuw*. (uitg. v. d. Sluis blz. 4) houdt voor bijzonder eigendom «aankoop of aanbouw» uit de gemeentekas. De Rentmeester G. J. VOORDA (Consideratiën over Geestel. goederen, Kerkegoed, Schoolmeesters en andere Beneficiën en Leenen opzigtelijk op de Nationaalverklaring midsgaders over de Kerkgebouwen te Leeuw., alles betrekkelijk tot de staatsregel. Add. Arts. 4 en 6, Leeuw. 1798 blz. 4-9) wil ter gelegenheid van zijn betoog, dat de Jacobinerkerk in 1578 eigendom van de Geref. Gem. is geworden, art. 6 lezen als volgt: voorzoover zij door aanbouw uit de afzonderlijke kas der Gemeente of anderer wege geen bijzonder en wettig eigendom zijn.

In het Plan van Schikking van de stad *Groningen* (Voorstel door de Municipaliteit der stad Gron. gedaan aan de onderscheidene kerkgenootschappen aldaar enz. te Gron. bij J. H. BOLT, 1800. blz. 20 vlg.) is niet opgenomen de Nieuwe of Noorderkerk, op grond, dat deze op stadskosten was gebouwd. Ofschoon dus niet aanwezig was een geval van aanbouw uit de afzonderlijke kas eener Kerk. Gemeente, was toch de Municipaliteit in overeenstemming met de zienswijze harer Gecommitteerden van oordeel, dat de Kerk buiten de taxatie viel, omdat art. 6 Add. Art. dat er van uitging, dat de eigendom van een Kerkgebouw onzeker is en uit dien hoofde verondersteld wordt aan alle Kerkgenootschappen gezamenlijk toe te behooren, niet toepasselijk kan zijn, wanneer de eigendom vaststaat en in casu bij de stad is (Stadsresolutie van 8 October 1798, afgedrukt in Voorstel door de Municipaliteit enz. blz. 53-59).

Tegen elke uitbreiding het Besluit 1e Kamer v. h. Vertegenw. Lichaam d.d. 22 Nov. 1798 (dl. 4 stuk 2, blz. 866) onder overweging, dat op grond van de bewoordingen van art. 6 «alle andere Tituls van Eigendom» en zoo ook die van requestanten (beroep van Geref. Gemeente te *Leiden* op verjaring van bezit gedurende meer dan $\frac{1}{3}$ eeuw) moesten geacht worden te zijn uitgesloten.

profiteeren (1), bestaat zeker niet, te meer niet, wanneer men bedenkt, dat diezelfde Staatsregeling in art. 40 van de Burgerlijke en Staatkundige Grondregels het beginsel van de onschendbaarheid van den eigendom vooropstelt.

Waar nu het onderzoek aan het licht bracht, dat het Waalsche Kerkgebouw een stichting vormde, derhalve het bijzonder eigendom van de stichting was en mitsdien de presumptie van gemeentelijk condominium moest falen, is gevolgelijk ook de in de tweede plaats boven uiteengezette opvatting van art. 6 Add. Art. als de meest gewenschte aangewezen (2). Zooals gezegd, de conclusie, dat in het onderhavige geval van een verdeeling van eigendom geen sprake kan zijn, is vereenigbaar met de redactie van art. 6, zij is tevens in overeenstemming met den klaarblijkelijken wil des wetgevers om den bijzonderen eigendom er buiten te houden en het mag geen beletsel zijn, het artikel in dien geest uit te leggen, alleen omdat men blijkbaar in 1798 den eigendom slechts aanwezig achtte of bij één Kerkelijke Gemeente of bij alle Kerkelijke Gemeenten tezamen.

(1) Terecht wijst LOHMAN (t. a. p. blz. 205) er op, dat aanbouw alleen iemand nog geen eigenaar maakt, vooral niet, wanneer hij op eens anders grond bouwt en vraagt of er niet meer gebouwen op een wijze waren verkregen, die een beteren titel van eigendom vestigden dan de door het artikel genoemde.

(2) Volgens VAN APeldoorn (de Synode en de Kerkegoederen) kon verandering in den *eigendom* der kerkegoederen gebrácht worden door de in art. 6 bedoelde schikkingen (blz. 11) en greep, *daar* in Friesland bijna overal de *Geref. Gezindheid* de *tabrijkste* was, een dusdanige verandering alleen plaats, waar de Kerkgebouwen werden overgedragen *aan een andere dan de Gereformeerde gezindheid* (bl. 13). Dit houdt m. i. een tegenstrijdigheid in, omdat *de Geref. Gem.* op grond van hare meerderheid tot naasting (verkríjging van de geheele eigendom) kon overgaan (cursiv. van mij).

Met bovenstaande *algemeene* beschouwingen over art. 6 Add. Art. zou eigenlijk volstaan kunnen worden. Intusschen wij hebben volledigheidshalve ook kennis te nemen van de toepassing *in concreto* van het artikel, omdat, zooals later zal blijken, op het tusschen de verschillende Kerkelijke Gemeenten te Leeuwarden gesloten *naastingscontract* een beroep zal worden gedaan tot staving van een beweerd eigendomsovergang van het Kerkgebouw. Zal dit beroep eenige steun kunnen vinden in de vrijwillig door partijen gesloten overeenkomst, dan behoort aan de acte als eerste eisch te worden gesteld, dat bedoelde overdracht *duidelijk* en *ondubbelzinnig* daarin voorkomt. Dat de acte echter reeds in dit opzicht te kort schiet, hoop ik thans aannemelijk te gaan maken.

Nadat het Intermediair Uitvoerend Bewind der Bataafsche Republiek bij Publicatie van 12 Juli 1798 (1) ten dienste van de Plaatselijke Besturen een richtsnoer had gegeven voor de naar aanleiding van art. 6 te verrichten werkzaamheden, zette de Municipaliteit der stad Leeuwarden zich vrij spoedig aan de haar gestelde taak. De op 1 Augustus 1798 door de uit den Raad benoemde Commissie (2) aan de verschillende Kerkgenootschappen verzonden (3) „mezieve” met verzoek om opgave van het aantal leden, werd nog in dezelfde maand door allen beantwoord. Daaruit bleek, dat het gezamenlijk ledental dier Genootschappen 17.069 zielen (4) bedroeg, als volgt

(1) Verzameling Placaten III, blz. 293 vlg.

(2) Deze commissie bestond uit FONGER DE HAAS, R. ROS en CORN. BLOK en was speciaal belast met de uitvoering van art. 6 Add. Art.

(3) Blijkens de notulen van die Commissie. M. S. Stedelijk Archief Leeuw. (Register van de stukken in de 1e Collectie der Geestel. goederen door W. EEKHOFF, 1798 no. H.).

(4) Bijlage C opgenomen achter het Plan van Schikking, bl. 51 (uitgave v. D. SLUIS) en blz. 23 (uitgave HOEGEN).

verdeeld over de verschillende gezindten: Gereformeerden 12.452, Roomsche gezinden 3209, Mennonisten 240, Walen 50 (1), Joden 433, Jansenisten (2) 10 en Luther- schen 705. De belijders der Gereformeerde godsdienst waren dus verreweg in de meerderheid en aan hun stond derhalve de „voorkeur” de naasting te eischen van de te Leeuwarden staande kerkgebouwen. Het waren er vier (3), te weten de Grootte of Jacobijnerkerk, de Gali- leerkerk, de Westerkerk en de Fransche kerk. Op 18 October 1798 (4) werd het Plan van Schikking, zooals dat was neergelegd in het Rapport van de bovenbedoelde Commissie door den Raad onveranderd goedgekeurd en tevens besloten daarvan aan de verschillende kerkge- nootschappen een exemplaar te doen toekomen. Het bevatte een nauwkeurige berekening van de waarde van het aan- deel, dat ieder Genootschap, de N. D. H. Gemeente en de Waalsche Gemeente daarbij als afzonderlijke Genoot- schappen behandeld, zoude toekomen in elk der kerk- gebouwen, door de geschatte waarde daarvan te deelen door het totale zielenaantal en deze uitkomst te ver- menigvuldigen met het aantal leden van elk genootschap. Alle Kerkelijke gemeenten konden zich met dit Plan vereenigen, alleen de Gecommitteerden van de Herv. en Fransche Gemeente voerden tezamen in een request op 20 November 1798 (5) bij den Raad o.m. als beden-

(1) Volgens de missive van de Bestuurders der Waalsche Gemeente d.d. 2 Augustus moesten de ledematen der Gemeente op 50 en zij, die de dienst in de kerk bijwoonden, op ongeveer 200 zielen gerekend worden. M. S. Stedel. Archief Leeuw. (Register EEKHOFF 1798 no. G.).

(2) Deze secte had haar vergaderplaats in de Noteboom, een gebouw bij de Bonte Papesteeg, vgl. EEKHOFF t. a. p. II blz. 176.

(3) Ook de andere drie kerkgebouwen waren oorspronkelijk oude Kloosterkerken.

(4) Uitgave v. D. SLUIS blz. 39/40.

(5) M. S. Stedelijk Archief Leeuw. (Register EEKHOFF 1798 no. W.).

king aan (1), dat hunne gezindten ten onrechte „gesepareerd” op het Plan voorkwamen, omdat deze wegens algeheele overeenstemming in de leer slechts één Genootschap zouden vormen, al mocht dan elk zich van zijn eigen taal bedienen. Hoewel een beroep op de leer niet beslissend is bij de vraag naar het aantal Kerkgemeenten, laat het zich toch begrijpen, waarom tusschen beide gemeenten aansluiting en samenwerking werd gezocht. Immers traden beiden als afzonderlijke belanghebbenden bij de schikking op, de kans bestond, dat de Nederd. H. Gemeente met voorbijgang van de Fransche — immers veel geringer in zielenaantal — de Fransche kerk naastte, waardoor de Fransche Gemeente van haar kerkgebouw beroofd was, terwijl in dat geval de Nederl. Gemeente de verplichting tot eene uitkeering op zich moest nemen, welke natuurlijk verviel, als zij tezamen met de Fransche Gemeente naastte. De Raad achtte blijkens resolutie van 11 December 1798 (2) in aansluiting aan het Rapport van zijn Commissie ook deze door de Nederlandsche en Fransche Gemeente aangevoerde grief „van weinig valeur” (3), maar kwam toch aan het bezwaar tegemoet, immers in de ten zijnen overstaan gepasseerde naastingsacte op 26 Maart 1799 (4)

(1) Zulks op voetspoor van het Rapport, door de Commissie uit de Geref. Nederd. Gem. uitgebracht (gedrukt bij SICCAMA te Leeuw. 1798, blz. 4 en 5 en uitgave HOEGEN, blz. 29/30).

(2) Notulen van de gehouden Handelingen van den Raad der gemeente Leeuwarden 1798, dl. II, blz. 178 (Gemeentearchief Leeuw.) en Collectie Geestel. Goederen ECKHOFF 1798 no. O.

(3) Niet geheel ten onrechte werd er op gewezen, dat beide gemeenten afzonderlijk opgave van het aantal leden hadden gedaan.

(4) Afdrukt als Bijlage N achter het «Derde Rapport van de Commissie van de Geref. Nederd. Gemeente binnen Leeuwarden» (uitg. SICCAMA op de Eewal, 1799, blz. 8 vlg.). In de verzameling HOEGEN, blz. 49 vlg. Origineel op 't Gemeentearchief.

compareerden de Gecommitteerden van de beide Gemeenten als tezamen uitmakende het Kerkgenootschap der Gereformeerden binnen deze stad. Reeds vóór dien datum hadden de overige Kerkgenootschappen met uitzondering van dat der Jansenisten afgezien van de voordeelen, die hun bij afstand van de gemeene aanspraak zouden te beurt vallen.

De bedoelde naastingsacte moge thans hieronder in haar geheel volgen (1):

De Raad der Gemeente van Leeuwarden, certificeert bij dezen, dat voor haar op den Raadhuize gecompareerd zijn,

de Respective Gecommitteerden van de Nederd. en Fransche Gemeenten, uitmakende het Kerkgenootschap der Gereformeerden, binnen deze Stad; de Gecommitt. uit het Kerkgenootschap der Roomsgezinden, uit dat der Lutherschen, der Joden, der Doopsgezinden en der Roomschen, die in de Notboom vergaderen;

dat de eerstgemelde Comparanten, de Gecommitteerden namelijk van het Kerkgenootschap der Gereformeerden hebben verklaard, alle de kerkgebouwen binnen deze stad, thans bij hun gebruikt, namelijk de Grootte of Jacobijnerkerk, de Kosterije, de Galileëkerk, de Westerkerk en de Fransche kerk te naasten, op den voet bij de Staatsregeling in 't 6e der Add. Arts. gemeld, zoodat het Kerkgenootschap der Gereformeerden alle die Gebouwen voor altijd neemt in bezitting en beheering, bezwaard met het speciaal onderhoud van dezelve — blijvende nochtans de Torens, benevens de Klokken in eigendom der Burgerlijke Gemeente, staande ten allen tijde onder derzelver beheering en onderhoud;

(1) De persoonsnamen liet ik achterwege.

dat daarop de Gecommitteerden van de Kerkgenootschappen der Roomschegezinden, Lutherschen, Joden en Doopsgezinden hebben verklaard, in de gemelde naasting te accordeeren, en gevolgelijk de bovengemelde Kerken en Kosterije, met de accessoriën van dien, aan het Kerkgenootschap der Gereformeerden, op den voet bij de Staatsregeling bepaald, en hier voor gemeld, voor altijd af te staan, en wel zonder voor dien afstand eenige vergoeding of uitkeering van eenige penningen van het Kerkgenootschap der Gereformeerden te praetendeeren; verklarende zij alle, ter bevordering en vermeerdering van rust, eensgezindheid, Christelijke verdraagzaamheid en onderlinge liefde, aan allen eisch dien te nevens, nu en voor altijd te renunciëeren;

dat verder de Gecommitteerden van het Kerkgenootschap van de Roomschen, welke in de Nootboom vergaderen, hebben verklaard, insgelijks in de gemelde naasting te accordeeren, en gevolgelijk de voorgemelde kerken en kosterije met de accessoriën van dien, aan het Kerkgenootschap der Gereformeerden, op den gemelden voet, nu en voor altijd af te staan; mits dat aan hun Kerkgenootschap, door het Kerkgenootschap der Gereformeerden, werde voldaan zodanigen summa van 24 guldens, 11 stuivers, 15 en $\frac{1901}{17069}$ penningen, als waar op hun aandeel aan de voorschreeven gebouwen, volgens de gedaane Tauxatie, bij het Plan van vergelijk door den Raad der Gemeente voorgesteld, berekend is; —

dat echter alle de Gecommitteerden van de vijf laatstgenoemde Kerkgenootschappen, uitdrukkelijk hebben bepaald en gestipuleerd, dat de door hun gedane afstand niet verder zal kunnen worden

getrokken, dan alleen tot de kerkgebouwen met de kosterije, stoelen, zitplaatsen, zitbanken en graven, (voorzooverre geen particuliere eigendommen zijn) mitsgaders de verdere accessoriën, en niet tot de kerkegoederen, indien er de zulke mogten zijn, die als Baaten van de kerkgebouwen zouden kunnen worden geconsidereerd; zullende in dat geval alle de genoemde Kerkgenootschappen daar op behouden zodanig recht, als hun respectivelijk zal mogen competeeren.

En nademaal de gemelde summa van 24-11-15 $\frac{1901}{17069}$

door het Kerkgenootschap der Gereformeerden aan het Kerkgenootschap van de Roomschen, welke in de Nooteboom vergaderen, is voldaan, en de Gecommitteerden van het Kerkgenootschap der Gereformeerden verder hebben verklaard, de zoo gracieuse afstand der overige Kerkgenootschappen met hartelijke dankzegging te accepteeren, zoo is deze zaak daar door gehouden voor gecontracteerd en gesloten.

Aldus gedaan op den Raadhuize der stad Leeuwarden, en is deeze door alle de Gecommitteerden ter bevestiging, ten onzen overstaan ver-teekend, en hebben wij daarop dezen door de handen van onzen President en Secretaris en door het stadszegel bekrachtigd, den 26 Maart 1799.

w. g. enz.

Wat is de beteekenis van deze rechtshandeling ten opzichte van den eigendom van het Fransche kerkgebouw? In de geheele acte wordt met geen enkel woord over den eigendom van kerkgebouwen gerept; men houdt zich strikt aan den letter van art. 6 Add. Art. De Gereformeerden verklaren de gebouwen *tot nu toe bij hun*

in gebruik te naasten op den voet van art. 6, zoodat hun kerkgenootschap deze voor altijd in bezit, beheer en onderhoud neemt; de andere Kerkgenootschappen daarentegen staan zonder vergoeding de gebouwen voor altijd af. Van een uitdrukkelijke overdracht of toewijzing van eigendom is geen sprake (1), zoodat de acte reeds alleen

(1) Wel is dit het geval bijv. in de naastingsacte te *Zierikzee* d.d. 5 Dec. 1798, te *Tholen* d.d. 16 Dec. 1798 en te *Middelburg* d.d. 24 Dec. 1798, waarin wordt verklaard, dat «in vollen eigendom» wordt overgedragen en overgenomen (deze acten aangehaald door DE JONGE VAN ELLEMEET in zijn «Studiën op het gebied der Drentsche Kerkgeschiedenis» in Nederl. Archief voor Kerkgeschiedenis N. S. dl. 15, blz. 284, nt. 3).

In het schikkingsplan van de stad *Groningen* leest men in art. 1: «Het naastende Kerkgenootschap wordt eigenaresse van het Kerkgebouw, zo en in diervoegen als 't zelve . . . enz.» (voorstel door de Municipaliteit enz., uitg. BOLT, blz. 20). Dat van de stad *Harlingen* bepaalt, dat de Hervormde Gemeente voor den eigendom en het bezit der beide kerken (Nieuwe Kerk en Westerkerk) aan de andere Gemeenten zal moeten uitkeeren enz. en spreekt ook overigens van de (nieuwe) eigenaars der kerken. (Plan van Schikking enz., uitgeg. door J. C. METZLAR. Harlingen 1798, blz. 8—10.)

Het is niet noodig deze gevallen met soortgelijke te vermeerderen. Ook bij dusdanige aanduiding van eigendomsovergang komt het mij in het algemeen voor, dat het beoogde resultaat niet wordt bereikt, indien blijkt, dat de bewuste kerk geen voorwerp van condominium der gemeenten is. Het blijft toch een onmogelijkheid voor de gemeenten eigendom over te dragen, als ze die niet bezitten, terwijl art. 6 ze haar ook niet verschaft.

Volgens YPEY en DERMOUT (dl. IV, blz. 197 en 200) zouden vele kerkgebouwen van de Hervormden in N.-Brabant zonder te dien aanzien gesloten vergelijk door eigenrichting in het feitelijk bezit der katholieken zijn overgegaan. Een voorbeeld van overgang van de kerk, eveneens zonder onderling vergelijk, doch daarop gevolgde berusting van de zijde der Gereformeerden, levert het geval van de Grootte Kerk te *Groot-Zundert*. Op 8 Jan. 1798 nl. werden de sleutels van dit kerkgebouw door de *municipaliteit* zonder de toestemming van de Gereformeerden aan de Kathol. *ter hand gesteld* en hebben

om deze reden dat rechtsgevolg niet in het leven kan roepen en dus aan den eigendomstoestand niet wordt veranderd. Hiermede is in overeenstemming een missive (1) van de Roomsch-Katholieken aan de stad Leeuwarden naar aanleiding van het Plan van Schikking, waarbij zij te kennen geven, dat zij wat betreft de kerkgebouwen thans bij de Gereformeerden in gebruik, *alles op den ouden voet* wilden laten en aan 't recht hun bij de Staatsregeling toegekend, bij dezen renuntieeren. Hoe was nu de oude toestand? De Gereformeerden, althans de Walen waren tot op heden de eenige gebruikers van het Fransche Kerkgebouw, de bedoeling was dus blijkbaar, dat dit voortaan zoo zoude blijven en dat aan den eigendom niet zou worden getornd. En aangezien deze was bij de stichting, bleef ze daar ook in 1799. Evenmin werd de bestemming van het gebouw gewijzigd, het bleef gewijd aan de Gereformeerde religie.

DE JONGE VAN ELLEMEET (2) is van oordeel, dat vele naastingsacten, waarin niet duidelijk een eigendomsover-

daarop *de Gereformeerden* het hun toebehoorende uit consistoriekamer en kerk *weggehaald*; sinds 1 Juli werd de kerk voor de Katholieke eeredienst gebruikt (vgl. Bijdragen tot de kennis der geschiedenis van Zundert en Wernhout door Prof. Mr. H. VAN DER HOEVEN, Zundert 1920, blz. 179 en 207). Op 3 Augustus 1798 volgde een tusschen beide gemeenten getroffen regeling over de schulden, de uitkeering en wijze van betaling aan de Gereformeerden en de begraafplaatsen in de kerk. Over den eigendom van het gebouw komt daarin niets voor (deze inhoud is niet opgenomen in bovenbedoelde Bijdragen, doch dank ik aan de welwillende mededeeling van Prof. v. D. HOEVEN).

(1) D.d. 31 Januari 1799. Afgedrukt in de «Verzameling van alle de stukken betreffende de Handelingen van de Gecommitteerden der Geref. Nederd. Gemeente binnen Leeuwarden enz.» (te Leeuw. bij A. SICCAM, 1799).

(2) T. a. p. blz. 284/5.

gang is neergelegd, ten minste als titel van bezitsverkrijging bona fide kunnen dienst doen, welk bezit door middel van verjaring in eigendom kan overgaan. Voorzover we te doen hebben met kerkgebouwen, die stichtingen zijn, zal deze bewering niet te onderschrijven zijn, omdat de Kerkelijke gemeente het kerkgebouw niet bezit in den juridischen zin des woords, doch daarvan slechts heeft het haar toegekend uitsluitend feitelijk gebruik. Er is derhalve geen bezit, dat door verjaring in eigendom kan overgaan (1). Evenmin als de pastor loci, de vruchtgebruiker der pastoralia, welke eveneens als stichtingsgoederen zijn te beschouwen, zich op verjaring kan beroepen ten einde de eigendomsverkrijging dier goederen te beweren, immers hij kan niet voor zich zelf animo domini bezitten, doch slechts voor de stichting, wier beheerder en genottrekker hij is, zoo zal ook dit beroep de kerkelijke gemeente, aan welke slechts een feitelijk gebruik van het gebouw toekomt, niet kunnen baten (2). En het maakt geen verschil of al de Gemeente te goeder trouw mocht meenen of beweren, dat zij na 1798 werkelijk juridisch bezit heeft verkregen, omdat een subjectief inzicht alleen den titel van bezit niet kan veranderen (3) en een rechtsdwaling omtrent het bezit door de verjaring niet in bescherming wordt genomen (4).

Ik zeide hierboven, dat de bestemming van het Fransche

(1) Cf. OFFERHAUS t. a. p. blz. 268. Het in den tekst vermelde omtrent de verjaring zal m. i. ook gelden, als in de naastingsacte *wel duidelijk* van eigendomsrecht wordt gesproken.

(2) De zaak staat anders, wanneer de Gemeente werkelijk bezit heeft; tegen verjaring van een Kerkgebouw, zoo noodig met behoud der bestemming, bestaat zeker in het algemeen geen bezwaar.

(3) Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.

(4) Vgl. WINDSCHEID—KIPP I, blz. 922 en GIRARD, Manuel 1918, blz. 312.

kerkgebouw in 1799 niet werd gewijzigd. Geheel juist is dit niet, als men let op de persoon van den gebruiker. In 1659 toch gaf de stad aan de voormalige Clarissenkerk de bestemming van bedehuis voor de Waalsche Gemeente; in 1799 kwam krachtens het vergelijk van dat jaar het gebruik van het gebouw bij de N. D. en Fransche Gemeente als vormende tezamen het Kerkgenootschap der Gereformeerden te Leeuwarden.

Ingevolge deze uit kracht der Staatsregeling tusschen de Gemeenten onderling gemaakte schikking waren derhalve voortaan de Nederlandsche en Fransche Gemeente *tezamen* tot het gebruik gerechtigd en het is dan ook niet te verwonderen, dat spoedig daarop een nadere regeling tusschen beide gemeenten ten aanzien van dat gemeenschappelijk gebruik tot stand kwam. Op 31 Maart 1799 toch werd de navolgende overeenkomst (1) tusschen hen afgesloten (2):

De Gecommitteerden van de Gereformeerde Nederl. Gemeente te Leeuwarden ter eener en de Gecommitteerden van de Gereformeerde Fransche Gemeente ter andere zijde bekennen overeengekomen te zijn als volgt:

1. Dat de kerkgebouwen en kosterije bij hun gezamenlijk, als uitmakende het Kerkgenootschap der Gereformeerden binnen deze stad, geacquireerd bij transport, door de andere Kerkgenootschappen voor den Raad der Gemeente op den 26 dezer geschied, zullen zijn en blijven in eigendom van het gecombineerd Kerkgenootschap, en wel naar het getal der zielen van de respectieve gemeenten, naar welke proportie, ook gehoed zullen worden de 24 gls. 12 stuiv. aan het Kerkgenootschap der Roomschen, in de Noteboom vergaderende, uitgekeerd.

(1) Afgedrukt als Bijlage B achter het Derde Rapport v. d. Commissie v. d. N. D. Geref. Gemeente, blz. 11 vlg.

(2) Ook hier liet ik de persoonsnamen achterwege.

2. Dat die gebouwen echter, ten aanzien van 't gebruik, zullen zijn gescheiden — zoodat de Fransche Gemeente de Fransche kerk, en de Nederd. Gemeente de andere kerken en de kosterije in een vast en bestendig gebruik zullen hebben, zonder dat de een den anderen daar in zal kunnen hinderen, of een gemeenschappelijk gebruik zal kunnen vorderen.

3. Dat dezelve ook gescheiden zullen zijn ten aanzien van 't onderhoud, zoodat de Fransche Gemeente de Fransche kerk, en de Nederd. Gemeente de andere kerken en kosterije zal moeten onderhouden, zonder dat de eene Gemeente de andere daarmede zal kunnen belasten of bezwaren.

4. Dat, gedurende die scheiding, ieder Gemeente met 'tgeen hij daardoor in bijzonder gebruik bekomt, ten aanzien van het gebruik en van het onderhoud, zodanig zal mogen handelen, alsof het zijn eigen ware, ook zelfs daar in mogen maken zodanige veranderingen, als hij zal goedvinden, zonder de andere Gemeente daar in te kennen, of deszelfs toestemming noodig te hebben.

5. Dat die scheiding, ten aanzien van het afzonderlijk gebruik en onderhoud, zal continueeren tot zoo lange beide die Gemeenten, als twee bijzondere Genootschappen, met betrekking tot het huishoudelijk bestaan, zullen blijven subsistieren.

6. Dat die scheiding daarentegen zal ophouden, wanneer er, ten aanzien van het huishoudelijke, eene vereeniging tusschen die Gemeenten plaats heeft, of op eenige andere wijze de zaken zich zoodanig mogen toedragen, dat er niet meer dan één Gemeente van Gereformeerden binnen deze stad gevonden wordt, zullende dan die Gemeente het gebruik zoo wel als het onderhoud van alle die Gebouwen ten haaren voor- en nadeele hebben.

Van welke overeenkomst de respective Gecom-

mitteerden wegens hunne Gemeenten aannemen elkanderen het effect te praesteeren.

In kennisse hunne handen, verteekend te Leeuwarden den 31 Maart 1799.

get. enz.

Deze acte vangt dus in art. 1 met de bepaling aan, dat de kerkgebouwen, door de Gereformeerden bij transport geacquireerd op 26 Maart j.l. in *eigendom* zullen zijn en blijven van het gecombineerd Kerkgenootschap. Hier komt voor het eerst de pretentie van eigendom met zoovele woorden voor den dag en dat gesteund op de naastingsacte van 26 Maart 1799. Aangezien echter is gebleken, dat die naastingsacte geen eigendom van de kerkgebouwen aan de Gereformeerden kon noch deed overgaan, is het uitgangspunt in dit artikel onjuist en kan er dus geen sprake van zijn, dat de eigendom bij het gecombineerd Kerkgenootschap *bleef*. Al evenmin mocht worden gezegd, dat de eigendom bij dat gecombineerde Genootschap *zal zijn*, omdat een dergelijke eenzijdige verklaring van dit Genootschap dat effect niet kan teweegbrengen.

Ten aanzien nu van het *gebruik* van de gebouwen wordt een voorziening getroffen in art. 2. Voortaan zal de Fransche kerk in uitsluitend en bestendig gebruik bij de Waalsche Gemeente komen en de overige kerken op dezelfde wijze bij de Nederd. Gemeente, terwijl een analoge bepaling betreffende het onderhoud daarbij in art. 3 aansluit. De bestemming van het Fransche kerkgebouw werd dus in zooverre gewijzigd, dat het sinds 31 Maart 1799 *uitsluitend* een bedehuis zoude zijn voor de te Leeuwarden gevestigde Walen. Intusschen het aldus geregelde gebruik en onderhoud zou slechts gelden, zoolang beide Gemeenten als twee bijzondere Ge-

nootschappen (1) blijven bestaan (art. 5); zoodra tengevolge van vereeniging of opheffing slechts één kerkelijke gemeente overbleef, zoude deze het gebruik van alle kerkgebouwen bekomen (art. 6). Een regeling dus uitsluitend ten aanzien van het gebruik der gebouwen; in afwijking van art. 1 laat men de eigendomskwestie er thans veilig buiten.

Uit het bovenstaande volgt, dat ook deze acte niet in staat was eenige verandering te brengen in den eigendoms-toestand van het Waalsche kerkgebouw; het bleef een stichting.

HOOFDSTUK V

De Staatsregelingen van 1801 en 1808

De Staatsregeling van 1801 zou hier zeker met stilzwijgen zijn voorbijgegaan, ware het niet, dat in 1907 ons hoogste rechtcollege naar aanleiding van art. 13 dier Grondwet, luidend: „ieder Kerkgenootschap blijft „onherroepelijk in het bezit van hetgeen met den aanvang „dezer eeuw door hetzelfde wierd bezeten”, een arrest (2) had gewezen, dat ook voor het onderhavige onderzoek niet van belang ontbloot is. De gevolgen toch van dit arrest zullen van verstrekkenden aard zijn, indien juist is de stelling daarin geponoerd, dat het bedoelde artikel als toepasselijk op elk kerkgebouw in bezit, onverschillig of dit bezit ter bede is verkregen, voor de Kerkelijke

(1) Op 26 Maart 1799 traden de *beide* Kerkel. Gemeenten nog als *één* Genootschap nml. dat der Gereformeerden op; thans worden ze geacht in art. 1 *een gecombineerd* Kerkgenootschap en in art. 5 *twee bijzondere* Genootschappen te vormen; hier wreekt zich reeds het eerst ingenomen standpunt.

(2) Van 31 Mei 1907 *W. v. h. R.* no. 8554.

gemeente eigendomsrecht aan de kerk doet ontstaan. Men denke zich een oogenblik de consequenties dezer leer (1). Hetzij dus een kerkgebouw stichtingsgoed vormt, waarvan de eigendom aan de stichting toekomt en het

(1) Ik meen te mogen aannemen, dat de H. R. met bezit ter bede niet heeft bedoeld het Romeinsche precarium, dat met possessio gelijk staat, doch het Fransche précarité, het gebruik ter bede = detentio (PLANIOL I, no. 2311), zooals art. 1996 al. 2 B. W. dat kent. In de eerste overw. toch van het arrest na de voorgestelde cassatiemiddelen stelt de H. R., dat door den inhoud van het vonnis vaststaat: dat de Waalsche Gemeente vanaf 1657 *het voortdurend en ongestoord gebruik* heeft gehad van het litigieuse Kerkgebouw en de gemeente Rotterdam zich in 1902 een handeling heeft veroorloofd, welke is aan te merken als bezitsstoornis, zoo *het gebruik en genot* het karakter heeft van burgerlijk bezit; dat de Rechtbank het door de W. Gemeente *bij dagv. gestelde bezit* bewezen achtte en een onderzoek naar het door de gemeente Rotterdam gevoerde verweer, dat de W. Gemeente nooit anders heeft gehad dan een *gebruik ter bede* onnoodig oordeelde, omdat de W. Gemeente door art. 13 St. 1801 de eigendom van de kerk heeft verkregen, alzoo een volkomen titel voor haar *gebruik*, waartegen een vroeger precair bezit niet zou kunnen worden ingeroepen. Hierop nu, in verband met het cassatiemiddel, dat klaagt over de door de Rechtbank aan art. 13 toegekende rechtswerking, slaat de bovenaangehaalde beslissing van den H. R. terug.

In tegenstelling met de Rechtbank (vonnis 5 Jan. 1906 *W. v. h. R.* no. 8321), die het bezit van de W. Gemeente geheel bewezen achtte door een reeks van na 1819 door laatstgenoemde verrichte handelingen (betr. onderhoud en herstel aan het gebouw) en het tegenbewijs van de Rotterd. gemeente, dat de tegenpartij slechts «gebruik» in 1657 had gekregen, niet afdoende vond, omdat art. 13 St. 1801 aan de kerk in *eigendom* gaf, wat zij bij aanvang der eeuw *feitelijk bezat*, was het Openbaar Ministerie in een aan het vonnis der Rechtbank voorafgaande belangrijke conclusie van oordeel, dat uit voornoemde handelingen slechts het *corporeel bezitselement* van de W. Gemeente voortvloeide en dat art. 13 het sinds 1657 dateerend «gebruik» buiten eischeres om tot *juridisch bezit* verhief, zonder een titel van eigendom te kunnen zijn. (Cursiv. van mij).

gebruik bij de Kerkelijke gemeente is, hetzij dus (zooals in 1798 op enkele plaatsen van ons land bij „onderling vergelijk” schijnt te zijn geschied) dat Kerkgebouwen eenvoudig aan een Kerkelijke gemeente zijn verhuurd of op andere wijze in gebruik gegeven zonder juridische bezitsverschaffing, in al deze gevallen zouden de gebouwen door de tooverkracht van bedoeld art. 13 voor de bloote houdster en gebruikster tot eigendomsobject zijn gemetamorphoseerd. Inderdaad komt dit op niets meer of minder neer dan een onteigening op groote schaal. Men voelt reeds, dat dit moeilijk in den haak kan zijn.

Gevraagd mag dan ook worden, of deze interpretatie de zaak niet uit haar historisch verband rukt. Terwijl toch in 1798 bij de gelijkstelling van alle Kerkgenootschappen een gemeenschappelijk recht van die genootschappen t. o. v. de kerkgebouwen werd aangenomen, hetgeen practisch een onderlinge regeling tusschen hen op den voet van art. 6 Add. Art. noodzakelijk maakte, besloot daarentegen de wetgever van 1801, in zijn reactie geneigd de beginselen van 1798 te temperen en geleid door den wensch vroegere toestanden te eerbiedigen, aan al de lasten en onzekerheid, welke de uitvoering van art. 6 Add. Art. tot het treffen van een vergelijk t. o. v. de gemeenschappelijke rechten medebracht, voor goed een einde te maken, door te bepalen, dat ieder Kerkgenootschap de kerk, welke zij voor haar eeredienst placht te benutten, als zoodanig voor zich zou blijven behouden. In verband met voornoemd art. 6 beteekende deze bestendiging van den feitelijken toestand in art. 13 *alleen*, dat de Kerkelijke gemeente, die op 1 Januari 1801 het kerkgebouw gebruikte, zich dat gebruik niet meer ontnomen kon zien door de in art. 6 bedoelde schikkingen. In stede van dus in 1801 op nieuw aan den rechtstoestand te gaan tornen door

het bezit, ja het feitelijk bezit tot eigendom te doen verheffen, wilde men veeleer met art. 13 elke nieuwe verandering „bij vergelijk” onmogelijk maken (1).

Deze opvatting komt ook op vele plaatsen in de Notulen van het Staatsbewind tot uitdrukking. Ik noem hier een Besluit van 15 December 1801 (2), genomen op een verzoek van de Municipaliteit van Benschop om de kerk aan de Roomsch-Katholieken toe te wijzen. Het Staatsbewind beslist, dat, nu geenerlei *schikking* is tot stand gebracht, doch alleen door de Katholieken *aanspraak* is gemaakt en mitsdien de Hervormde gemeente in het bezit daarvan bleef, op grond van art. 13 Staatsregeling 1801 alle aanspraak van de Roomsch-Katholieken is komen te vervallen. Verder een Besluit d.d. 30 Maart 1802 (3), waarbij een groot aantal stukken „betreffende naasting van plaatselijke kerkgebouwen ingevolge art. 6

(1) Als gevolg van art. 13 St. 1801 *vervielen*:

a. de vóór 1 Jan. 1801 getroffen schikkingen, wanneer een ander dan de bij onderling contract uitgewezene op 1 Jan. 1801 de rechtmatige gebruikster van het Kerkgebouw was (vgl. Besluit Staatsbewind d.d. 28 December 1801 no. 18 betreffende de Groote Kerk te Breda, welke «bevorens door het R. Kathol. Kerkgen. genaast, doch aan hetzelfde nimmer was toegekend», zoodat de Geref. Gemeente in haar bezit op 1 Jan. 1801 gehandhaafd bleef);

b. de na 1 Jan. 1801 getroffen schikkingen, al waren deze ook tot stand gekomen vóór 16 October 1801, het tijdstip van het inwerkintreden der St. 1801 (vgl. Besluit Staatsbewind d.d. 20 Maart 1804 op blz. 272 nt. 2 betreffende de Kerk te St. Oedenrode).

Van kracht bleven de vóór 1 Jan. 1801 getermineerde en ten uitvoer gebrachte schikkingen.

Van nieuw aan te vragen schikkingen was reeds daarom geen sprake, omdat deze moesten zijn *geëntamcerd vóór 1 Nov. 1798* (bij de Publicatie van 11 October 1798 was de fatale termijn van 6 maanden in art. 6 al. 1 Add. Art. verlengd).

(2) No. 11, blz. 228.

(3) No. 67, blz. 511.

Add. Art. en houdende verzoek de grezen verschillen te termineeren", voor vervallen verklaard worden uit aanmerking van art. 13 Staatsregeling 1801.

Men kan toegeven, dat dergelijke beslissingen volkomen door art. 13 worden gerechtvaardigd, doch overigens ontkennen, dat daarmee de werking van het artikel is uitgeput en met den H. R. aannemen, dat het art. bovendien het feitelijk bezit van de Kerkelijke gemeente in eigendom omzet. Hiertegen verzetten zich echter de bewoordingen van het artikel; met den besten wil is er niet uit te halen, dat het voor de gemeente *een eigendom scheidt*. Er staat niets anders dan dat *het bestaande bezit* op 1 Januari 1801 onherroepelijk *bezit blijft* (1). En aangenomen, dat met bezit aldaar is bedoeld „eigendom”, zooals de H. R. in het arrest heeft betoogd met een beroep op het Rapport van de Raad van Binnenl. Zaken d.d. 4 Januari 1803 naar aanleiding van een geschil over de kerk te St. Oedenrode (2), dan nog krijgt men bij substi-

(1) Volgens conclusie O. M. (Rechtbank) zou op grond van art. 13 een op 1 Januari 1801 bestaand gebruik of bezit ter bede onherroepelijk worden, dus voortaan niet meer tijdelijk of ter bede zijn en derhalve tot bezitstitel gewijd zijn. Maar is de duurzaamheid alleen voldoende den aard van een titel te veranderen? Bovendien ook deze verandering is niet in het artikel neergelegd. «Onherroepelijk» beteekent hier m. i. «niet herroepbaar door art. 6 Add. Art.»

(2) De Hervormden te Oedenrode verzochten (Notulen Staatsbewind 21 Jan. 1803 No. 26, blz. 112) ingevolge art. 13 Staatsr. 1801, dat de Kerk aldaar *onherroepelijk aan hen mocht worden toegekend*, omdat het Decreet van het Vertegenw. Lichaam d.d. 2 Juni, waarbij de Kerk aan de Katholieken was toegewezen, was genomen *na* den aanvang der tegenwoordige eeuw en zij alstoen in de *possessie* van de Kerk waren. Het Staatsbewind besliste (20 Maart 1804, No. 32, blz. 152), dat conform art. 13 de Kerk aan het Hervormde Genootschap aldaar in *eigendom* toebehoort, met aanschrijving aan het Departementaal

tutie slechts: „eigendom blijft eigendom”. Hieruit zou wederom volgen, dat òn de nog hangende schikkingen òn de na 1 Januari 1801 getroffene *wel* zouden kunnen worden voortgezet resp. in stand blijven, voorzover het Kerkgenootschap geen eigendom aan het kerkgebouw bezat, voorwaar een onaannemelijke scheiding, immers alleen in staat de moeilijkheden nog te vergrooten (1).

Het komt mij voor, dat ook op dit punt klaarheid kan worden verkregen, indien wederom het verband tusschen 1798 en 1801 in het oog wordt gevat. De wetgever van 1801 toch nam ten opzichte van de eigendomsvraag van kerkgebouwen het standpunt van zijn onmiddellijken voorganger van 1798 in en deelde diens opvatting van gemeenteeigendom, zij het dan niet van collectieven eigendom. Duidelijk kan dit blijken uit een Besluit van het Staatsbewind d.d. 6 Mei 1802 (2). De Hervormde gemeente te Etten verzocht op grond van art. 13 St. 1801 een verklaring, dat zij steeds was geweest en gebleven in het *bezit* van het kerkgebouw en dat de Municipaliteit mocht worden gelast de sleutels der kerk, welke deze zich had *toegeeigend*, aan de Herv. gemeente terug te geven. Aangezien volgens het Staats-

Bestuur van Brabant om zorg te dragen, dat dat Genootschap in het *bezit* der Kerk wordt gemainteneerd.

Het bovenbedoelde Rapport (berustend in het Algemeen Rijksarchief te 's-Gravenhage) acht, gezien de juistheid der in het request der N. H. Gemeente gestelde feiten, geen twijfel mogelijk over *het recht* der H. Gemeente op de *possessie* van het Kerkgebouw en adviseert het Staatsbewind te verklaren, dat cf. art. 13 St. 1801 de Kerk aan die Gemeente *in eigendom toebehoort* (cursiv. van mij).

(1) Dit ware zeker ook niet in den lijn van het arrest H. R., volgens hetwelk de grondwetgever van 1801 met art. 13 «een algemeene pacificatie opzichtsens de Kerkgebouwen» beoogde.

(2) No. 65, blz. 70.

bewind dit verzoek „rouleerde” over een kwestie van *eigendom* tusschen beide partijen, verklaarde het zich onbevoegd en renvojeerde de zaak naar „de ordinairis justitie” (1). Een *beroep op bezit* stond dus voor het Staatsbewind gelijk met een *beroep op eigendom* en dit is verklaarbaar in het licht van de door den Grondwetgever van 1801 gehuldigde eigendomsopvatting. Echter moet ook hier weer een voorbehoud worden gemaakt en niet uit het oog worden verloren, dat *de veronderstelde rechtstoestand* zal hebben te wijken voor *den werkelijken rechtstoestand*, indien deze met de eerste niet overeenkomt, omdat ook hier, evenals in 1798 — het is boven reeds gezegd — art. 13 geen gemeenteeigendom scheidt.

Nog een andere leering kan uit dit laatste Besluit van het Staatsbewind worden getrokken.

Indien werkelijk op grond van art. 13 elk bezit eigendom werd, dan bestond er zeker voor het Staatsbewind geen bezwaar om naar het door de Herv. Gemeente te Etten gestelde bezit onderzoek te laten doen en bij gebleken juistheid ten behoeve van de Gemeente een verklaring van eigendom uit te spreken. Wij zien echter het tegendeel; het Staatsbewind verklaart zich onbevoegd en verwijst partijen naar den gewonen rechter. Daaruit volgt, dat naar het oordeel van dit College in elk geval art. 13 *den rechtstoestand* niet kan *beslissen*. De opvatting dan ook, dat dit artikel den toevalligen bezitter van 1 Januari 1801 in eigenaar verandert, schijnt moeilijk houdbaar. Stel toch het geval, dat een kerkel. gemeente zich kort vóór Januari 1801 op een of andere onrechtmatige wijze in het bezit van het kerkgebouw heeft gesteld (2), met een beroep op de bestreden interpretatie (3)

(1) Cursiv. van mij.

(2) Een voor dien tijd geen ondenkbare gebeurtenis.

(3) Althans die van de Rechtbank.

zou art. 13 ook hier een eigendomstitel verschaft hebben. Naar de hierboven verdedigde opvatting echter, dat art. 13 geen rechtstoestand eens en voor altijd voor alle kerkgebouwen vastlegt, doch eenvoudig de werking van art. 6 Add. Artt. besnoeit, zou de titel in deze casuspositie (nml. bezit te kwader trouw) niet veranderd worden, doch den gelaedeerde de weg naar den rechter open staan om herstel van onrecht te vragen.

Nog één argument, waarmede de beslissing van den H. R. wordt aangedrongen, moet hier worden vermeld. Wanneer (aldus het College) de bekrachtiging van bestaande toestanden door art. 13 moet worden opgevat als tot bezit beperkt, de Grondwetgever van 1801 zou t. a. v. alle kerkgebouwen, die niet reeds vóór 1798 bijzonder en wettig eigendom waren, tweërlei rechtstoestand hebben geschapen nml.: 1°. die van volle eigendom ingevolge de naastingen tusschen 1798 en 1801 tot stand gekomen en 2°. die van bloot ofschoon onherroepelijk geworden bezit, hetgeen weinig zou beantwoorden aan de bedoeling om door een radicale maatregel de rechtsonzekerheid op dit gebied te beëindigen.

Ten onrechte wordt het hier voorgesteld, alsof in 1798 en volgende jaren over de geheele lijn een gemeenteeigendom is tot stand gekomen. In vele gevallen is er tusschen de Kerkelijke Gemeenten geen onderling vergelijk getroffen en waar dit wel het geval was is niet steeds in den eigendomstoestand verandering gebracht in dier voege, dat de eigendom aan de Kerkelijke Gemeente kwam. Daarmede verliest reeds het argument zijn kracht. Het zal dan ook een illusie blijven door een interpretatie van art. 13 een uniformen rechtstoestand nml. dien van gemeente-eigendom in het leven te roepen.

In zijn bovengeschetste beteekenis gaat art. 13 eigenlijk

aan het Waalsche kerkgebouw te Leeuwarden voorbij, immers een schikking, als bedoeld in art. 6 Add. Art. was reeds vóór Januari 1801 tot stand gekomen. In verband met de eenige dagen later gevolgde regeling tusschen de Waalsche en Nederl. Gemeente was de eerste de eenige gebruikster van het stichtingsgoed geworden en onder vigueur van de Staatsregeling van 1801 zou dit zoo blijven.

Evenmin is het Decreet van 2 Augustus 1808 (1), een product van de wetgevingskunst van Koning Lodewijk Napoleon van invloed geweest op den rechtstoestand van het Waalsche kerkgebouw. Aanvankelijk scheen het alsof art. 9 van dat Decreet, bepalende, dat ten opzichte van kerkgebouwen dadelijk zal worden overgegaan tot het maken van schikkingen, het meest overeenkomende met de gesteldheid van de verschillende gezindten in iedere stad of plaats onder leiding van door den Koning te benoemen Commissies, een volledige herhaling van de aan art. 6 Add. Art. verbonden lijdensgeschiedenis zoude meebrengen, doch de spoedig gevolgde Koninklijke Decisie van 23 September 1808 (2) sloot de toepasselijkheid van art. 9 uit voor die plaatsen, waar reeds schikkingen waren getroffen. Hieruit volgde dus, dat het genoemde Decreet elke toepassing op de onderhavige Kerk miste (3).

(1) VAN DE POLL, Verzameling enz. a. w. blz. 422.

(2) Deze interpretatie van het Decreet is uitgelokt door den Minister van Eeredienst Mollerus, wiens missive d.d. 6 September 1808 vrijwel letterlijk door den Koning is overgenomen. Genoemde Missive en Decisie bevinden zich in het Algemeen Rijksarchief te 's-Gravenhage. De Decisie is als Bijlage III hierachter afgedrukt.

(3) Zooals bekend zijn de practische resultaten van dit Decreet zeer gering geweest. Vgl. van VERSCHUER: «De Rechtstoestand der kerkelijke goederen bij de Hervormde Gemeenten» in De Gids 1873, blz. 486/7.

HOOFDSTUK VI

De opheffing van de Waalsche Gemeente

Aan het einde der 19e eeuw verkeerde de Waalsche Gemeente te Leeuwarden in kwijnenden toestand. Sinds 1874 had de gemeente geen vasten herder (alleen was er een consulent), de geldzorgen begonnen te plagen, men was er niet in geslaagd een voltallige bezetting* van het Consistorie te verkrijgen en de godsdienstoefeningen werden nog slechts op ongeregelde tijden gehouden. Het waren alle onbedriegelijke voorteekenen, dat het einde van de Kerkelijke Gemeente spoedig zou aanbreken. In Juni 1886 besloot het Consistorie aan de Waalsche Commissie (1) het verzoek te richten zijn leden ontslag te geven; na lang aarzelen werd dit op 1 Januari 1888 toegestaan. De predikantsplaats werd door de Synode ingetrokken en de Waalsche Gemeente te Leeuwarden had feitelijk opgehouden te bestaan (2).

Wat gebeurde er nu met het kerkgebouw en de diaconie-goederen? Voor beiden is de rechtstoestand geregeld bij notarieele acte van 6 December 1888 (3), waarin, wat het kerkgebouw aangaat, de navolgende bepalingen voorkomen:

(1) Volgens art. 34 al. 2 van het Algemeen Reglement maken de Waalsche Gemeenten in de N. H. Kerk een afzonderlijk kerkressort uit en zijn (art. 36 al. 2) hare belangen toevertrouwd aan de Waalsche Reunie (te vergelijken met het Classicaal Bestuur: art. 37) en de Commissie voor de zaken der Waalsche Kerken (te vergel. met Provinciaal Kerkbestuur: art. 48). De laatste Commissie vaardigt leden voor de Algemeene Synode af (art. 56).

(2) Men vindt dit alles bij M. W. MEIJER in zijne verhandeling: «l'Eglise Wallonne de Leeuwarden» opgenomen in «Bulletin de la Commission de l'histoire des Eglises Wallonnes» (2e serie dl. II, blz. 77/8).

(3) De inhoud werd overgenomen uit het hypotheekkantoor.

De comparanten sub I (d. z. de vertegenwoordigers van het Kerkelijk Bestuur en de Diaconie der Waalsche Gemeente) „overwogen hebbende, dat de Kerkelijke Waalsche Gemeente te Leeuw. wordt opgeheven en dat de bezittingen van de kerk, zoowel als van de Diaconie dier gemeente, niet meer aan hun laatste bestemming kunnen beantwoorden, wenschen aan die bezittingen een bestemming te geven met die laatste overeenkomende”.

„Wat de kerkelijke goederen betreft, wordt door hen opgemerkt, dat op 26 Maart 1799 door de Gecommitteerden van de Nederduitsche en Fransche gemeenten der Gereformeerden binnen de stad Leeuwarden en de Gecommitteerden der overige toen bestaande Kerkgenootschappen o. a. blijkens acte van dien datum ten overstaan van den Raad der Gemeente Leeuwarden opge maakt en geteekend, is goedgekeurd de naasting op den voet bij het 6e Add. Art. van de toen bestaande Staatsregeling, door de Gecommitteerden der Nederduitsche en Fransche Gemeenten, uitmakende het Kerkgenootschap der Gereformeerden binnen de stad Leeuwarden, van alle kerkgebouwen binnen deze stad, thans bij de Nederd. en Fransche gemeenten in gebruik, nml. de Groot- of Jacobiner Kerk, de Kosterij, de Galileërkerk, de Westerkerk en de Fransche Kerk, terwijl de overige Kerkgemeenten uitdr. afstand hebben gedaan van alle rechten op genoemde gebouwen, waaronder tevens begrepen stoelen, zitplaatsen, zitbanken en graven voorzoover geen particulieren eigendom en verdere accessoriën.”

„De goedkeuring en bekrachtiging van deze naasting is alzoo de wettige titel van aankomst van na te noemen Fransche kerk en accessoriën.”

„Dat op 31 Maart 1799 tusschen Gecommitt. van de Gereform. Nederd. Gemeente binnen Leeuwarden en de

Gereformeerde Fransche Gemeente aldaar is overeengekomen :

(volgen de zes artikelen, hierboven bl. 265/6 genoemd)."

„Uit bovenstaande volgt, dat bij de opheffing van de Gereformeerde of Waalsche Gemeente te Leeuwarden, welke opheffing op heden feitelijk plaats vindt, tengevolge der door de Waalsche Commissie besloten en door de Synode goedgekeurde opheffing van de predikantsplaats bij de Waalsche Gemeente te Leeuwarden, het kerkgebouw der Fransche of Waalsche Gemeente staande en gelegen te Leeuwarden aan de Grootte Kerkstraat (kadastraal Sectie A, no. 698, groot 2 A. 20 c.A.) met stoelen, zitplaatsen etc. in bezit, gebruik en onderhoud terugkeert tot de N. D. H. Gemeente te Leeuwarden, die dus thans volledig eigenaresse is, welke eigendom de comparanten sub 1 uitdrukkelijk erkennen en ten einde de juiste tenaamstelling in de openbare registers te bekomen, voorzooverre noodig, thans genoemde kerk met accessoriën in bezit en gebruik aan de comparanten sub 2 (dit zijn de vertegenwoordigers van het College van Kerkvoogden der N. D. H. Gemeente te Leeuwarden) afgeven en overdragen, wordende deze pro forma gedane overdracht en afgifte door de comparanten sub 2 geaccepteerd."

In de zoo juist aangehaalde passage uit de bedoelde acte wordt voortgebouwd op art. 6 van de overeenkomst van 31 Maart 1799, waarbij was bepaald, dat indien er te eeniger tijd slechts één Gereformeerde Gemeente binnen de stad werd gevonden — welk geval zich thans bij de ontbinding der Waalsche Gemeente voordeed — de overblijvende gemeente alle kerkgebouwen, dus ook de Fransche Kerk, in gebruik en onderhoud zou verkrijgen.

Derhalve verklaarde het Bestuur der Waalsche Gemeente,

dat het Fransche kerkgebouw, bij de acte van 26 Maart 1799 door de N. D. H. en de Fransche Gemeenten tezamen genaast, in bezit, gebruik en onderhoud terugkeerde tot de N. D. H. Gemeente, welke *dus* thans daarvan *volledig eigenaresse* is en welke eigendom door de Waalsche Gemeente uitdrukkelijk wordt *erkend*, terwijl eerstgenoemde nog voorzooveel noodig de kerk in *bezit en gebruik* afgeeft en overdraagt aan de N. D. H. Gemeente, hetgeen door deze laatste wordt geaccepteerd.

Dat het uitgangspunt van deze redeneering namelijk dat de beide Gemeenten tengevolge van de naastingsacte van 26 Maart 1799 het Fransche Kerkgebouw in gemeenschappelijken eigendom hadden verkregen, niet juist kon zijn, hebben wij hierboven (1) reeds trachten aan te toonen. Bij die overeenkomst toch werd slechts eene regeling t. a. v. het gebruik en onderhoud van het gebouw getroffen, zoodat de daarop gebouwde conclusie in de acte van 1888, dat de N. D. H. Gemeente thans, mede in verband met de nadere overeenkomst van 31 Maart 1799, volledig eigenares is geworden, ongegrond moet worden genoemd. Doch ook de tweede schakel in de bewijsvoering was ondeugdelijk, immers werd over het hoofd gezien, dat art. 6 van de acte van 31 Maart 1799 al evenmin een bepaling omtrent den eigendom inhield, doch enkel voor het daar bedoelde geval voorzag in het gebruik en onderhoud van het kerkgebouw, zoodat, gesteld al een oogenblik, dat de eerste praemisse juist ware, toch nog de beoogde eigendomsoverdracht aan de N. D. H. Gemeente niet tot stand zou zijn gekomen. En ten slotte kon ook de acte van 1888 het gewenschte resultaat niet verschaffen, omdat daarbij evenmin eigendomsrechten werden overgedragen, doch slechts „voor-

(1) Hoofdstuk IV.

zooveelnoodig", aan de Nederl. Gemeente de Kerk in bezit en gebruik werd afgegeven (1). Partijen hebben in haar systeem zich niet voldoende rekenschap gegeven van den bestaanden rechtstoestand van het kerkgebouw en verkeerden blijkbaar in de meening, dat bij de opheffing der Waalsche Gemeente in 1888 een accressement in den eigendom ten behoeve van de Nederl. Gemeente zonder meer van zelve intrad (2).

Al kan nu echter aan de acte van 1888 de voorgestelde werking niet worden toegekend, van nuttige beteekenis is zij nochtans niet ontbloot. De aanhef van de acte zegt het zoo goed: comparanten sub 1 overwegende, dat de Kerkel. Waalsche Gemeente te Leeuwarden wordt opgeheven en dat de bezittingen van de kerk en de Diaconie niet meer aan hare laatste bestemming kunnen beantwoorden, *wenschen* aan die bezittingen *een bestemming te geven met die laatste overeenkomende* en „met inachtneming van de gemaakte contracten". Hier ligt inderdaad de kern der zaak, waar het om gaat, ook voor het kerkgebouw. Dit toch vormde nog steeds een stichting, welke derhalve eigenares van het gebouw was en waarvan het gebruik uitsluitend toekwam aan de Fransche

(1) Een uitdrukkelijke *eenzijdige erkenning* van den eigendom kan niet in de plaats treden van een *overdracht*.

(2) De onzekerheid valt ook hieruit waar te nemen, dat eerst de *naastingsacte* de wettige titel van aankomst van het kerkgebouw wordt genoemd en aan het slot diezelfde acte als «laatste titel van aankomst» wordt opgegeven «*voorzoover* die ten minste als titel van aankomst kan gelden» met bijvoeging van de erkenning van de zijde van comparanten sub 2, dat de kerk meer dan 30 jaar ondubbelzinnig, ongestoord en openbaar door de Waalsche Gemeente is bezeten. Derhalve, is de naastingsacte geen deugdelijke titel, dan is de Waalsche Gemeente door *verjaring* eigenares geworden en deze eigendom bij de acte van 1888 aan de Nederl. Gemeente *overgedragen*?

Gemeente te Leeuwarden. Bij ontbinding van deze Gemeente in 1888, toen het kerkgebouw door het ophouden der Fransche godsdienstoefeningen zijn bestemming niet kon vervullen, zou dit onroerend goed als bonum vacans aan den Staat in eigendom zijn vervallen (1), indien daaraan niet een nieuwe bestemming werd gegeven. Dit laatste wilde het Bestuur van de Waalsche Gemeente als beheerder der stichting nu blijkens den aanhef der acte bewerkstelligen door in aansluiting aan art. 6 van de overeenkomst van 31 Maart 1799 het gebouw uitsluitend te bestemmen voor een bedehuis ten behoeve van de Nederl. Gemeente. Deze aan de stichting te geven nieuwe bestemming werd uitdrukkelijk in de bedoelde acte vastgelegd (2).

Er komt nog een bepaling in voor, waarop even de aandacht dient te worden gevestigd. Zij behelst een der voorwaarden, waaronder de *diaconiegoederen* van de Waalsche Gemeente worden overgedragen en luidt als volgt:

(1) Door de onbereikbaarheid van het doel ging de stichting te niet en behoorde de Kerk ingevolge art. 576 B. W. aan de Staat. Was daarentegen het gebouw gemeenschappelijk eigendom van de N. en Fr. Gemeente, dan bracht de ontbinding der laatste mede (wij zagen immers, dat in 1888 geen eigendom werd overgedragen), dat de waarde van haar aandeel aan de overblijvende leden ter verdeling toekwam (1702 B. W.).

(2) Misschien ware te beweren, dat bij ontbinding der Waalsche Gemeente op de beheerders *de plicht rustte* aan het stichtingsgoed een nieuwe aan de oorspronkelijke het meest nabijkomende bestemming te geven (vgl. ASSER—SCHOLTEN I, blz. 657/8), derhalve een gebruik door de plaatselijke Gemeenten van de *N. H. Kerk in 't algemeen*, waarvan immers ook de Waalsche Gemeenten deel uitmaken (art. 1 Algemeen Reglement). In de praktijk zegt deze «plicht» echter weinig, omdat niemand het bestuur tot nakoming daarvan kan dwingen.

„Wanneer ter eeniger tijd te Leeuwarden een Waalsche of Fransche Gemeente mocht worden opgericht, als in de plaats getreden van de thans opgeheven wordende Gemeente, en dus als afdeeling of onderdeel van het Waalsche ressort der Nederl. Herv. Kerk, zullen de bij deze voorwaardelijk aan de Diaconie der N. H. Gemeente te Leeuwarden geschonken en overgedragen gelden (1) aan de Diaconie van die Waalsche of Fransche Kerk moeten worden teruggegeven, terwijl ook dan de kosterswoning bovengenoemd (2) tot die Gemeente terugkeert en aan haar moet worden overgedragen, wanneer de bovengenoemde daarnaast staande kerk weer voor de godsdienstoefeningen der opgerichte nieuwe Gemeente mocht worden bestemd”.

„Wordt de in deze bedoelde Kerk geheel aan hare bestemming onttrokken, en dus niet meer tot kerkelijke of godsdienstige doeleinden gebruikt, dan vervalt het in deze ingestelde vruchtgebruik en komt dus de kosterswoning in eigendom aan de diaconie der Nederd. H. Gemeente, alleen bezwaard met het recht van bewoning hiervoren omschreven”.

Twee mogelijkheden worden hier vooropgesteld:

1. Het kerkgebouw wordt bij het oprichten van een nieuwe Fransche Gemeente wederom voor de godsdienst-oefeningen van die nieuwe gemeente bestemd.
2. Het kerkgebouw wordt geheel aan zijn bestemming onttrokken.

(1) Ten bedrage van f 11248.

(2) De eigendom van de kosterswoning was namelijk geschonken aan de Diaconie der N. H. Gemeente bezwaard met het recht van vruchtgebruik ten behoeve van de Kerkvoogdij dier Gemeente en het recht van bewoning ten behoeve van den toenmaligen koster der Waalsche Kerk.

Wat *het eerste punt* betreft, partijen hebben blijkbaar het geval voor oogen, dat de Nederd. H. Gemeente, in den gedachtengang der acte van 1888 eigenares van de kerk, als zoodanig dit gebouw bij oprichting van een nieuwe Fransche Gemeente wederom tot bedehuis voor die Gemeente zal bestemmen. Een daartoe strekkende verplichting wordt echter door de Herv. Gemeente niet op zich genomen (1) en de acte wil ditmaal bij wijziging der bestemming geen verandering in den eigendoms-toestand doen intreden. Ook bij de opvatting van het kerkgebouw als stichtingsgoed kan het bestuur tot bedoelde wijziging bevoegd worden geacht.

Anders is dit gesteld met *het tweede punt* (2); hier komt het verschil tusschen beide opvattingen tot gelding; immers vormt de Kerk een stichting en is de Gemeente dus geen eigenares daarvan, dan is het aan deze niet geoorloofd het gebouw onder alle omstandigheden geheel aan zijn bestemming te onttrekken en stellig niet, als daardoor de bestemming aan het werkelijke stichtingsvermogen wordt ontnomen (3).

Het onderzoek naar het rechtskarakter van het kerkgebouw is thans geëindigd. Als resultaat is ons gebleken, dat dit gebouw, ook nu nog bij de N. H. Gemeente in gebruik (4), is blijven beantwoorden aan het begrip

(1) Ook uit de overeenkomst van 31 Maart 1799 is die verplichting niet te halen.

(2) De onttrekking wordt geacht te geschieden tijdens het gebruik door de N. H. Gemeente, omdat alleen dan het in noot 2 blz. 283 bedoelde vruchtgebruik bestaat.

(3) Er kunnen zich in de praktijk te dien opzichte diverse casusposities voordoen; daarop thans in te gaan valt buiten het bestek van deze schets.

(4) Voor catechisatie, huwelijksinzegeningen en dooplechtigheden.

stichting en dus zijn oorspronkelijken rechtstoestand heeft gehandhaafd. Ook inkomstig zal het deze eenmaal gegeven bestemming hebben getrouw te blijven, welk doel immers, om de woorden van HEUSLER te gebruiken, durch den Willen des Gründers der Kirchlichen Anstalt ein für allemal ist gesetzt und unabänderlich.

R. P. CLEVERINGA PZN.

Leeuwarden, Januari 1922.

BIJLAGE II

GELIJKHEID, VRIJHEID EN BROEDERSCHAP

*Het Intermediair Administratief Bestuur
van het voormalig Gewest Friesland
aan
de Raad der Gemeente
van*

Burgers

Ingevolge aanschrijvinge van het Uitvoerend Bewind der Bataafsche Republiek en ter spoedige afdoening der kerkgeschillen brengen wij tot Ulieden kennis, dat het vertegenw. lichaam des Bat. volks eenige poincten betrekkelijk de taxatie en naasting der kerkgebouwen en pastoriehuizen ter explicatie der Staatsregeling heeft gedecreteerd, hierin bestaande:

1°. dat ingevolge van de Publicatie van het Uitvoerend Bewind der Bat. Republiek van den 11 October j.l. door leeden van Kerkgenootschappen zijn te verstaan alle personen zonder onderscheid van jaren, een godsdienstige gezindte toegedaan, of bij eenig Kerkgenootschap gerekend wordende, als tot hetzelfde te behooren, zonder dat doop, belijdenis of eenige andere formaliteiten worden vereischt, om mede in de berekening van de relatieve meerderheid der zielen te worden toegelaten;

2°. dat de schikking over de plaatselijke kerk en pastoriehuijzingen der voormaals heerschende kerk behoort te geschieden tusschen de plaatselijke inwoners, dat is, diegeene welke in de stad of dorp, alwaar de Kerk en Pastoriehuijzinge gevonden worden, burgerlijk gedomi-

cilieerd zijn, niettegenstaande zij elders mogten parochieeren of te kerk gaan ;

3°. dat door de afzonderlijke cas der Gemeente, waarvan in het 6e Add. Art. wordt gewaagd, moet worden verstaan eene verzameling van gelden of goederen ten bijzonderen dienste van dese of gene Kerkgemeente, niet uit de fondsen of goederen origineel tot de Kerk of Pastory behoorende, maar welke die Kerkgemeente uit de private beursen van derzelve Leeden of van elders door inzameling, vrijwillige giften, erfmakinge of aankoop heeft verkregen ;

4°. dat de opgave der kosten van reparatien over de laatste tien jaren vereischt wordt om hier door het jaarlijksch onderhoud te kunnen berekenen ;

5°. dat door de baten in de Publicatie van het Interm. Uitv. Bewind van den 12e Juli j.l. moeten worden verstaan de voordeelen en opkomsten, welke de kerkgebouwen en pastoriehuizen uit de daaraan geëffecteerde goederen hebben, waartegen de lasten en schulden overstaan, dat voorts de fondsen zoowel als andere Kerkel. goederen, welke bij de bezitneming van de Kerkgebouwen en Pastoriehuizen door de Hervormde daarbij waren behoorende, en die vervolgens speciaal tot het onderhoud dier kerk en pastoriehuizen hebben gediend en alzoo gezegd kunnen worden origineel tot Kerk en Pastorie te behooren en niet te vallen in de termen van het 4° en 5° der Add. Arts. v. d. Staatsregeling in zoodanige staat als dezelve thans zijn, met en benevens de Kerkgebouwen en Pastoriehuizen zullen overgaan aan het naastende Kerkgenootschap, insgelijks alle Predikstoelen, orgels, stoelen, banken, boeken en wat dies meerder zij, uit de voorschreven fondsen of goederen aangeschaft zijn en

6°. dat eindelijk individueele leeden van eenig Kerk-

genootschap ter plaatse hunner woning geen kerk bezittende, egter niet kunnen worden uitgesloten van de schikkingen voor het plaatselijk kerkgebouw en Pastoriehuys te maken, maar dat dezelve als een Kerkgenootschap ter plaatse hunner woning behooren te worden geconsidereerd.

<p>LEEWARDEN den 15^e December 1798 4^e jaar der Bat. vrijheid.</p>	<p>Heil en Broederschap <i>Het Intern. Admin. Bestuur</i> voornoemd (get.) H. HAANEBRINK H. Ter ord^{tie} van hetzelfde (get.) D. FOCKEMA.</p>
---	--

DECISIE DES KONINGS

Gegeven te Zoestdijk den 23 September 1808

*Eene interpretatie voordragende
van art. 9 van het Decreet van
den 2 Augustus dezes jaars n. 26*

Wij verklaren bij interpretatie voor zoo veel des noods van het negende artikel van ons Decreet van den 2 Augustus dezes jaars n. 26, dat onze meening niet geweest is om door daarbij bedoelde Commissien een generaal onderzoek te laten doen en schikkingen te doen projecteeren omtrent de kerken, in alle Steden en Plaatsen, veelmin om daardoor te willen vernietigen of veranderen conventien of arrangementen welke over dezelve reeds gemaakt zijn; even weinig als om dit uit te strekken tot kerkgebouwen, welke uit eigendommelijke fondsen gebouwd zijn en onderhouden worden maar alleen om die Commissien te doen werkzaam zijn op Plaatsen alwaar reeds geschillen over het bezit der kerken exteeren of billijke bezwaaren en klagten deswegens ingebracht worden; met dien verstande egter, dat één of meer Commissien van de Departementen Brabant, Gelderland, Utrecht en Maasland en voor de stad Amsterdam benoemd zullen worden.

Wij approbeeren voorts de door onzen Minister van Eeredienst geopperde denkbeelden om als een eerste maatregel ter voldoening van hetzelfde Artikel eene aanschrijving aan de respectieve Landdrosten te doen ten einde na deswegens de noodige Berigten en Informatiën te hebben ingewonnen aan hem Minister op te geven welke Plaatsen in hunne departementen in dat geval zijn en in welke dus nadere voorziening en schikkingen

ten aanzien der kerkgebouwen en de daar aan behoor-
 rende fondsen kunnen geacht worden noodzakelijk te
 zijn, opdat de antwoorden der Land-drosten en de opgave
 der Plaatsen, alwaar de Commissiën te pas zouden komen
 ontvangen hebbende, naar aanleiding derzelve een voor-
 dragt te doen ten aanzien van het getal der Commissiën
 ten deze te benoemen van de Personen daar toe geschikt,
 en van de Instructie of Instructiën naar welke zij zouden
 moeten werkzaam wezen.

LODEWIJK

Openbare wegen (1)

DOOR

Dr. L. VAN PRAAG
te 's-Gravenhage

§ 1. Rechtskarakter van den openbaren weg

Hij die zich voorstelt den rechtstoestand der openbare wegen (de waterwegen inbegrepen) na te gaan, zal moeten beginnen zich af te vragen wat onder de uitdrukking „openbare weg” is te verstaan, want reeds daaromtrent

(1) Literatuur over de in dit opstel besproken punten, onder meer over den competenten rechter, behalve de in de volgende noten aangehaalde schrijvers: DE JONGE, *Admin. en Justitie*, blz. 103—104; C. J. H. SCHEPEL, *Wegenrecht in Nederland*, prft. Groningen 1895 blz. 1—58 (speciaal over de competentie voor geschillen, aldaar blz. 15—16), 78—79, 218, 320—329, 374—375, 377—380 i. v. m. blz. 285—288; H. Vos, *Publiekrechtelijke geschillen*, prft. Leiden 1886, blz. 57—58 i. v. m. blz. 42—43; VITRINGA in *R. Mag.* 1903 blz. 1—39, 171—190 (vgl. *R. F.* in *W.* 7869 blz. 3), 1907 blz. 1—44 (vgl. *R. F.* in *W.* 8477 blz. 3, kol. 1, J. A. v. HAMEL in *W. P. N. R.* 1939, L. v. PRAAG in *W.* 8488 blz. 4, en VITRINGA in *W.* 8491 blz. 3), 1919 blz. 23—50, alsmede in *W.* 9849; SULLING in *Themis* 1916 blz. 156—185; A. H. KAMERLINGH ONNES, *Openbare wegen op particulieren grond*, prft. Leiden 1915; F. G. SCHELTEMA, *Overheidszorg voor waterstaatswerken*, prft. Groningen 1916, speciaal blz. 23—26, 73—76, 80, 86, 88, 101, 130—145, 150, 157—162, dezelfde in *R. Mag.* 1920 blz. 264—286 (vgl. *G. K.* in *W.* 10619 blz. 4, v. S. in *W. P. N. R.* 2654 blz. 519—520); *W.* 3254 blz. 6, 4325 blz. 4, 9593 blz. 3 kol. 3, 9604 blz. 4, 9608 blz. 4, 9613 blz. 3; *W. B. A.* 1774 blz. 2 kol. 1, 1805—1808, 2771, 2777 (= 2812 blz. 2), 2816, 2821—2823, 3461; *G. st.* 1987 blz. 1 kol. 3, *P. v. J.* 240. — Vgl. voor het Fransche standpunt CHAUVEAU—ADOLPHE, *Principes de Compétence I* blz. 236—237; voor Duitsch-

zijn niet allen het eens. Komt het aan op de toepassing van wet of verordening, dan is de vraag aldus te stellen: in welken zin bezigt deze wet of deze verordening den term openbaren weg? Blijkt niet dat een bizondere opvatting bij den wetgever heeft voorgezeten, dan ligt het voor de hand aan te nemen dat hij het meest gangbare spraakgebruik heeft gevolgd. Dat spraakgebruik is slechts insoover vast, dat iedereen de wegen, die een publiekrechtelijk lichaam voor het algemeen heeft toegankelijk gesteld, openbaar zal noemen. En een weg, die eigendom is van een partikulier (2), terwijl het publiek sedert een betrekkelijk korten tijd er gebruik van maakt, doch enkel omdat de eigenaar zich daartegen niet verzet (3), dus zonder dat er blijkt van een bestemming zijnerzijds voor het algemeene verkeer, zal men in den regel niet

land o. a. v. SARWEY, Das öffentliche Recht ... (1880) bl. 377—378, 501—502, 504—505, 592—597; GIERKE, Deutsches Priv. recht II blz. 659—661 i. v. m. blz. 24—26; FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwalt. rechts, 1e dr. (1911) blz. 148—149, 284, 295—296, 301—302; O. MAYER, Deutsches Verwalt. recht, 2e dr. II (1917) blz. 96—98, 120—122, 126—130; speciaal voor Pruisen A. GERMERSHAUSEN, Das Wegerecht ... in Preussen, 3e dr. I (1907) blz. 607—611, 613 i. v. m. blz. 94—97, 127—129. Verder H. SCHELCHER, Der öffentliche Weg (1906); in Oostenrijk F. HAWELKA, Die Rechte an öffentlichen Wegen ... (1910). Deutsche literatuur der laatste jaren wordt aangehaald in Archiv des öffentlichen Rechts 40 blz. 258—259.

(2) De door J. LÉON in W. B. A. 973 blz. 1 verdedigde meening dat privaat-eigendom van rechtens openbare wegen niet mogelijk is (waartegen zie C. v. HUGENPOTH in no. 977 blz. 3, beantwoord door LÉON in no. 979 blz. 1) is thans verouderd.

(3) Als interessant voorbeeld van een weg, openbaar bij gedoogen, na opheffing eener (volgens het Hof) beperkte bestemming tot openbaarheid, n.l. als toegang tot een station, kan worden genoemd de weg, die aanleiding heeft gegeven tot het proces, berecht door Hof 's-Gravenhage 19 Jan. 1920 W. 10550, N. J. 1920 blz. 276, P. V. 1920 blz. 103, W. B. A. 3701; vgl. in cassatie H. R. 25 Juni 1920 W. 10643, N. J. 1920 blz. 817, P. V. 1920 blz. 367.

aanduiden met de benaming openbaren weg. Echter kan het voorkomen dat de grondeigenaar wèl de genoemde bestemming aan den weg heeft gegeven, maar met het voorbehoud dat hij daarop steeds zal kunnen terugkomen. Ook deze wegen willen sommigen niet onder de openbare wegen begrijpen (4). Huns inziens is zulk een weg enkel feitelijk openbaar, d.w.z. voor het publiek toegankelijk, doch niet rechtens (5). In hun oog staat die weg gelijk met een weg, die slechts bij gedoogen van den eigenaar door het publiek wordt gebruikt. De eigenaar, zoo redeneeren zij, kan dan op de door hem gegeven bestemming naar goedvinden terugkomen; hij is dus niet gebonden, en van een verplichting zijnerzijds om het publiek toe te laten mag men dus niet spreken. Inderdaad heeft de grondeigenaar het bij deze wegen in zijn macht zijn vroeger besluit den weg open te stellen voor de toekomst ongedaan te maken. Volgt nu hieruit dat hij, zoolang hij *niet* te kennen heeft gegeven dat laatste te doen, ongebonden is? Mij dunkt evenmin als b.v. naar het Romeinsche recht aan verhoudingen, waarvoor toen de benaming „precario” werd gebezigd, het karakter van rechtsverhouding mag worden ontzegd. De toestand bij de zooeven bedoelde wegen verschilt hierin met dien bij een weg, welken het publiek gebruikt enkel bij gedoogen van den eigenaar, dat in het laatste geval de houding des eigenaars bloot passief is, terwijl hij in het eerste geval door eigen daad bij het publiek, d.w.z. bij ieder, die in de gelegenheid is van den weg gebruik te maken en dat doen wil, het rechtmatige vertrouwen

(4) Vgl. KAMERLINGH ONNES t. a. p. blz. 129—130; SCHELTEMA, prft. blz. 73—76, 138—140. Over hun onderscheiding tusschen openbare en voor het publiek toegankelijke wegen nader hieronder.

(5) Over rechtens en feitelijk openbare wegen, zie ook W. B. A. 2821 blz. 1 kol. 3.

heeft opgewekt, dat zoolang er geen kennisgeving is gedaan der intrekking van de door den eigenaar zelf gegeven bestemming, het ook geoorloofd blijft den weg naar die bestemming te gebruiken. Als men niet alle recht enkel in de wet acht opgesloten, doch voor bij de wet niet geregelde verhoudingen meent dat ook zij door recht worden beheerscht, hetwelk de rechter heeft toe te passen, zooals art. 13 wet Alg. Bep. aangeeft, dan is er, dunkt mij, goede reden voor de stelling dat (op gelijke wijze als dit, óók indien de wet daaromtrent zweeg, het geval zou zijn bij overeenkomsten) het zooeven bedoelde door den grondeigenaar opgewekte vertrouwen een rechts-toestand schept, die hier even lang duurt als het bestemd zijn van den weg tot openbaarheid, dus tot de wederintrekking der bestemming vanwege den daartoe gerechtigde. Naar die opvatting is de daad der bestemming tot openbaarheid niet rechtens indifferent, doch een rechtshandeling, immers een handeling, die beoogt rechtsgevolgen in het leven te roepen, en dat ook doet. Ten gevolge van haar verliest de eigenaar, hetzij tot haar wederintrekking, indien hij zich deze heeft voorbehouden, hetzij zoolang een van zijn wil onafhankelijke last van openbaarheid op den grond mocht rusten, de bevoegdheid anderen uit te sluiten van het gebruik van den weg. In dat verlies, kan men zeggen, bestaat de openbaarheid rechtens. Daarom verschilt de bestemming tot openbaren weg van een willekeurige andere bestemming, die de eigenaar in zijn partikulier belang aan zijn grond gelieft te geven (6). Zoo beschouwd is dus ook een weg, dien

(6) Vgl. W. B. A. 2821 blz. 1—2 en Inleid. R. Org. blz. 397 noot 2. Anders VITRINGA in R. Mag. 1903 blz. 19, 29, 176—177, en 1907 blz. 15—23, 26; KAMERLINGH ONNES t. a. p. blz. 64 i. v. m. blz. 131—132; SCHELTEMA, pft. blz. 108, 139, 142, 150 v. o.; SUIJLING in *Themis* 1916 blz. 156 v. o. — De leer van VITRINGA c. s. dat de

de eigenaar tot wederopzegging heeft bestemd om toegankelijk te zijn voor het publiek, een openbare weg. Dat de wettelijke voorschriften, die van openbare wegen gewagen, indien niet het tegendeel blijkt, zulke wegen mede op het oog hebben, ligt m.i. voor de hand. Men

bestemming door den eigenaar tot openbaarheid zou zijn een rechtens onverschillige daad, lijkt mij moeilijk vereenigbaar met de opvatting, welke de meesten (m. i. terecht: vgl. nader hieronder) lezen in de jurisprudentie van den Hoogen Raad, dat namelijk de zonder eenig voorbehoud door den rechthebbende gegeven bestemming tot openbaren weg, schept den last van openbaarheid, die enkel door de overheid kan worden opgeheven. Met deze opvatting stemt VITRINGA, die consequent de enkele bestemming door den eigenaar steeds herroepbaar acht, dan ook niet in. Men zie H. R. 17 Maart 1913 W. 9478, N. J. 1913 blz. 837 kol. 2, en vgl. daarbij in dezelfde zaak H. R. 9 Febr. 1914 W. 9624, N. J. 1914 blz. 594, P. V. 1 blz. 228, W. B. A. 3392. Vgl. ook H. R. 8 Dec. 1892 W. 6285, R.spr. 162 § 53, v. d. Hon. B. R. 58 blz. 450, P. v. J. 1893 no. 17, G. st. 2160, W. B. A. 2295 (zie mijn opmerking over dit arrest in W. 8488 blz. 4 noot), en de in R. Mag. 1907 blz. 31—32 aangehaalde arresten, waaruit overigens blijkt dat de H. R. de intrekking door den eigenaar van de bestemming tot openbaarheid niet per se ongeoorloofd acht. Vgl. voorts Hof Arnhem, arresten van 10 Jan. 1912 W. 9706 (de enkele openstelling voor het publiek belet niet den weg later te sluiten, wèl doet dit een rechtens op den grond rustende last van openbaarheid), en van 6 April 1910 W. 9120, W. P. N. R. 2480. In den zin van het Arnheemsche arrest van 1912, doch voor het geval dat de overheid zich de openbaarheid heeft aangetrokken (het Hof zegt: de bestemming tot zich trok) Hof Amsterdam 10 Jan. 1913 W. 9502, N. J. 1913 blz. 326, W. B. A. 3357—3358, W. P. N. R. 2302. In cassatie onderscheidde H. R. 28 Nov. 1913 W. 9574, N. J. 1913 blz. 1313, G. st. 3265 (9°), W. B. A. 3375, W. P. N. R. 2302 (contra O. M.) tusschen de gelegenheid, die het publiek heeft den door den eigenaar tot openbaarheid bestemden weg te gebruiken, en een zakelijk recht van openbaren weg, zonder dat het arrest er zich over uitliet of, indien dat zakelijk recht *niet* aanwezig is, de eigenaar bevoegd is de openbaarheid op te heffen. Vgl. E. M. M(ELIERS) noot 1 in W. 9574 op dit arrest. — Tegen bovengemeld arr. H. R. van 17 Maart 1913, SYBENGA in W. 9593 blz. 3, kol 3.

zal toch moeilijk kunnen volhouden dat, nu b.v. de wet straf stelt op het belemmeren van het verkeer of op het baldadigheid plegen op een openbaren weg, terwijl de memorie van toelichting op de hier bedoelde wetsartikelen (7) heeft te kennen gegeven onder openbare wegen te verstaan alle wegen tot algemeen gebruik bestemd, onder deze wegen niet zouden vallen die, welke enkel tot wederopzegging gemelde bestemming hebben gekregen. Evenmin dat die wegen niet behooren tot de ten dienste van het algemeen liggende wegen, waarvan de provinciale reglementen spreken. Met zulk een beperking zou men zoowel aan de wettelijke voorschriften als aan het door hen gevolgde gewone spraakgebruik geweld aandoen. Alleen dit moet worden toegegeven dat in een geval als het hier bedoelde op den grond niet rust wat men gewoon is te noemen de *last* van openbaren weg. Maar wie dwingt ons openbaarheid rechtens gelijk te stellen met openbaarheid ingevolge een op den grond drukkenden last? Het tweede valt wel onder het eerste, maar niet omgekeerd onderstelt de openbaarheid rechtens noodzakelijk de aanwezigheid van den last van openbaren weg (8). Bij een weg, die aan een publiekrechtelijk

Daarbij vgl. VERSTEGE en LEVY in W. 9604 blz. 4, 9608 blz. 4, 9613 blz. 3. Verder eenerzijds een nota van R. FEITH in W. B. A. 3461, en anderzijds Hof Leeuwarden 13 Jan. 1915 W. 9777 en 9819, N. J. 1916 blz. 1049, P. V. 2 blz. 285, W. B. A. 3460, waarbij zie VITRINGA's opmerking over art. 625 B. W. in W. 9849, hieronder nader te bespreken.

(7) Artt. 424, 427 no. 6 Swb.

(8) Vgl. W. B. A. 2821 blz. 1; VITRINGA in R. Mag. 1903 blz. 185, juister dan blz. 186—188; zie denzelfde in R. Mag. 1907 blz. 23—33; v. LOGHEM in *Themis* 1865 blz. 13—16; SCHEPEL, prft. bl. 43—44, 77 i. v. m. blz. 218. Voor het overige zou men ook bij het in den tekst gestelde geval eener bestemming tot wederopzegging kunnen spreken van een last, die dan tot wederintrekking, dus precario, be-

lichaam in eigendom toebehoort, en door datzelfde lichaam wordt beheerd, is van zulk een last immers ook geen sprake, terwijl toch niemand er aan denkt de openbaarheid, waartoe de overheid dien weg heeft bestemd, niet te beschouwen als rechtens bestaande (9).

staat. Daarmee zou dan moeten zijn bedoeld een last zoolang niemand te weren, daar het den eigenaar niet vrijstaat tijdens zijn duur den een wél toe te laten, en den ander niet. Maar dit gebruik van het woord «last» is ongewoon, en zou licht tot verwarring kunnen leiden.

(9) Over den aard der bevoegdheid tot het gebruik van openbare wegen, niet toebehoorende aan partikulieren, vgl. SCHELCHER (in noot 1 geciteerd) blz. 72—89; HAWELKA (mede daar aangehaald) blz. 84—95, welke schrijvers literatuur vermelden. Zie ook JÉZE in *Revue du droit public* 1910 blz. 697—708, en 1915 blz. 466—475; G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2e dr. (1905) blz. 74—75; O. MAYER (in noot 1 geciteerd) blz. 137 v.o.—142. Anders dan de voorgaanden nemen aan een subjektief recht om van den weg gebruik te maken, o.a. REGELSBERGER, *Pandekten*, blz. 421—422; P. OERTMANN, *Bayerisches Landesprivatrecht I* (1903) blz. 390—393. Vgl. ook F. ENDEMANN, *Lehrb. des bürgerl. Rechts*, 8e—9e dr. II (1905) blz. 24. Het is een zeer betwist punt.

Achten laatstgenoemde schrijvers een burgerlijk recht aanwezig, J. OSSWALD, *Die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen . . .*, prft. Heidelberg 1909, blz. 47—51, spreekt van een subjektief publiek recht. Zij allen denken voornamelijk aan openbare wegen, toebehoorend aan een publiekrechtelijk lichaam. — Bij ons is ook voor wegen over partikulieren grond de heerschende leer dat er geen subjektief recht tot gebruik van den weg bestaat. Vgl. VITRINGA in *R. Mag.* 1919 blz. 23—37; *Rb. Amsterdam* 19 Nov. 1891 W. 6106, P. v. J. 1892 no. 56; *Rb. Zutphen*, een vonnis van 22 April 1909 W. 9086, en een s. d., vermeld in het arrest in appél van Hof Arnhem 9 Mei 1917 W. 10170 blz. 3 kol. 1, N. J. 1917 blz. 1116. Zie ook concl. O. M. vóór H. R. 30 Maart 1917 W. 10184, N. J. 1917 blz. 502, in W. 9574 blz. 2 de noot 1 i. f. van E. M. M., mijn *Inleid. R. Org.* blz. 397 noot 2 en de daar geciteerden. Vgl. voorts het hieronder gezegde dat men vaak hetgeen geldt voor openbare wegen van publiekrechtelijke lichamen, mede toepasselijk acht voor wegen over partikulieren grond.

Alleen dus de wegen, welke het publiek gebruikt louter bij gedoogen, dus in overeenstemming met een passieve houding van den grondeigenaar, zijn — zonder openbaarheid rechtens — enkel feitelijk voor het publiek toegankelijk. Maar als die toestand een lange reeks van jaren voortduurt, zóó lang dat nagenoeg niemand meer aan een gedoogen denkt (10), doch op gelijke wijze als bij de vorming van gewoonterecht geschiedt (11), de algemeene overtuiging van het bestaan van een recht voor iedereen op het betreden van den weg heeft post gevat, dan is er evenzeer als bij de bestemming door den eigenaar van den grond, een rechtmatig vertrouwen gevestigd dat de openbaarheid rechtens aanwezig is, en hier óók dat zij het zal blijven (12), gelijk in het geval

(10) Vgl. b.v. de gevallen van bijna honderdjarig gebruik, vermeld in G. st. 1587 blz. 4 kol. 1, en 2840 (19°).

(11) Over een lokaal gewoonterecht, meebrengend openbaarheid van wegen, vgl. GENY, *Méthode d'interprétation . . .*, 2e dr. (1919) I blz. 326 noot 2 i. v. m. II blz. 19.

(12) Zie vóór verjaring de jurisprudentie, geciteerd Inleid. R. Org. blz. 398 noot 1; Hof Arnhem 10 Jan. 1912 W. 9506, en 22 Dec. 1915 W. 9939, W. B. A. 3546. Er tegen o.a. Rb. 's Hertogenbosch 20 Mei 1868 W. 3089, G. st. 918; Kon. Besluit 21 Sept. 1884 R. v. St. 1884 bl. 475 i. v. m. bl. 406. Vgl. ook W. B. A. 1699 blz. 4 kol. 3; G. st. 3564 (3°), 3636 (9°); SYBENGA in W. 9593 blz. 3 kol. 3; KAMERLINGH ONNES, prft. bl. 112—116; v. LOGHEM in *Bijdragen Staatsbestuur* 14 blz. 123—128, bestreden door JORDENS in *Nieuwe Bijdragen* 1873 blz. 122—125. Zie voor Duitschland RG, 4 Febr. 1901 E. C. S. 48 blz. 300, 9 Mei 1911 E. Z. S. 76 blz. 257 en 23 April 1920 E. Z. S. 99 blz. 17.

De beslissing van Pres. Rb. Alkmaar 6 Juni 1921 N. J. 1921 blz. 1238 betref het bijzondere geval dat, naar summierlijk bleek, de eigenaar, die den grond bij contract als buurweg had verhuurd, hiermede daaraan een andere bestemming had gegeven dan die van openbaarheid. De President was van oordeel dat de bestemming door den eigenaar beslissend is, en dat in dit geval het gebruik van den

dat de eigenaar deze bestemming aan den weg heeft gegeven zonder voorbehoud van herroeping. Bij gestadig door het publiek van den weg gemaakt gebruik, wekt het ontbreken van dat voorbehoud gelijk vertrouwen dat er geen herroeping kan geschieden. Zoo ook doet na verloop van tijd de gestadig versterkte verwachting bij voortdurend passieve houding van den eigenaar (13) een rechtsverhouding ontstaan, waarvan het oogenblik der geboorte evenmin nauwkeurig is aan te geven als dat mogelijk is bij verhoudingen, beheerscht door gewoonterecht. Dan is het aannemelijk dat ook bij den eigenaar wat eerst gedoogen was is gaan beantwoorden aan zijn overtuiging van het bestaan eener verplichting zijnerzijds. — In het voorafgaande ligt m.i. de rechtvaardiging der leer van den Hoogen Raad, zoowel ten opzichte der gebondenheid van den eigenaar aan diens zonder voorbehoud gegeven bestemming tot openbaarheid (14), als ten aan-

grond sedert onheugelijke jaren als openbaren weg, die openbaarheid niet kon teweegbrengen. Maar hij die meent dat dit in het algemeen wél mogelijk is, kan in het feit dat eerst na onheugelijke jaren de grondeigenaar een bestemming geeft, in strijd met de dan reeds bestaande openbaarheid, kwalijk een reden zien voor een andere opvatting.

(13) Het is duidelijk dat dit niet opgaat, indien de opvolgende eigenaars telkens getoond hebben de openbaarheid niet te erkennen; vgl. het in de vorige noot aangehaalde arrest van het Deutsche RG. v. n. 1920. Zoo kunnen ook positieve feiten er op wijzen dat de eigenaars bij voortdurend het publiek enkel bij gedoogen hebben willen toelaten; aldus in het geval, waarop het in noot 12 mede vermelde Kon. Besluit van 1884 betrekking had. Dan kan men ook niet zeggen dat nagenoeg niemand meer aan gedoogen denkt.

(14) Anders o.a. SCHELTEMA, prft. blz. 151, die meent dat de onherroepelijkheid der bestemming tot openbaren weg enkel op een positieve wetsbepaling kan steunen. Insgelijks dezelfde in R. Mag. 1920 blz. 275 v. b. Het verschil in opvatting tusschen hem en mij ontstaat voornamelijk hierdoor dat ik niet, evenals hij, alle materieel

zien der mogelijkheid dat een last van openbaren weg op partikulieren grond wordt gevestigd ingevolge zeer langdurig gebruik van den weg door het publiek. Voor dit laatste geval heeft de Hooge Raad verjaring aangenomen (15). Echter is, zie ik wel, de hierboven door mij gegeven voorstelling te verkiezen boven een verklaring met verjaring, waarbij niet enkel het ontbreken van een bij de wet vastgestelden termijn, maar ook de vragen, voor wien en hoe door verjaring een recht wordt verkregen (voor een gemeente b.v. door daden van „het publiek”?) moeilijkheden geven, al zijn deze misschien niet onoverkomelijk, indien men hierbij in vroeger tijd geldende opvattingen volgt. Wellicht zal het vaak in overeenstemming zijn met de feitelijke toedracht, als men uitgaat van een vermoeden dat de weg wel eens in het verleden door den rechthebbende zal zijn bestemd tot openbaarheid. Maar niemand kan in een konkreet geval zeggen of men zich hierin niet vergist (16).

Zij die de leer van den Hoogen Raad op de beide zoeven aangeduide punten bestrijden, hebben daarvoor verschillende argumenten aangevoerd. Onder meer dit. Art. 625 B. W. omschrijft den eigendom als het recht om van een zaak het vrij genot te hebben en daarover op de volstrektste wijze te beschikken, mits men er geen gebruik van make, strijdende tegen wettelijke voorschriften

recht affleid uit de wet. Buitendien kan ik mij niet bekeeren tot zijn (en SUIJLING'S) leer dat een weg openbaar is doordat de verordeningen op openbare wegen er op toepasselijk zijn, en niet omgekeerd die verordeningen bij ons bedoelen van toepassing te zijn op reeds te voren rechtens openbare wegen. Daarover hieronder blz. 316—318.

(15) Vgl. de in noot 12 bedoelde jurisprudentie. Al geef ik de voorkeur aan een andere meening, ook bij deze is dezelfde rechtsgrond aanwezig als geldt voor de verjaring. Zie over dezen rechtsgrond SUIJLING, Inleiding tot het burgerlijk recht, I, 2 (1920) blz. 231.

(16) Zie ook SCHELTEMA in R. Mag. 1920 blz. 282.

of met de rechten van anderen. Waar blijft nu, vraagt men, die bevoegdheid van beschikking, indien de eigenaar niet terug kan komen op een ongeclausuleerde bestemming van zijn grond tot openbaren weg (17)? Als ik de tegenvraag opwerp, waar dan diezelfde bevoegdheid blijft in het geval b.v. dat er een erfpacht is gevestigd, zal men misschien antwoorden dat er dan is een recht van een derde, waaraan genoemde bevoegdheid naar de eigen woorden van art. 625 geen hinder mag toebrengen, en dat zulk een recht van een derde ontbreekt bij de bestemming tot openbaren weg. Of die laatste bewering wel opgaat, is een kwestie, die hieronder nog nader aan de orde zal komen. Te dezer plaatse kan ik haar ter zijde laten. Want ik meen dat de geheele argumentatie uit art. 625 B. W. wordt te niet gedaan met de opmerking dat de omschrijving van het artikel enkel ziet op den *vollen* eigendom, op een eigendom dus, waarop geen zakelijke rechten of lasten zijn gevestigd. Dat dit zoo is, blijkt uit de geschiedenis der bepaling, via den Code Civil ontleend aan POTHIER, *De la propriété*, nos. 4—6.

Het publiek, zoo zegt men verder, is geen rechtspersoon, en kan dus ook geen rechten op den weg verkrijgen (wat trouwens de Hooge Raad ook niet beweert; men lette op de onderscheiding door hem gemaakt in zijn arrest van 28 November 1913, in noot 6 geciteerd). Daarom, luidt dan de conclusie, is alleen de overheid tot het verkrijgen van zulk recht in staat (18). Dat het publiek

(17) Vgl. VITRINGA in W. 9849 blz. 3 kol. 2.

(18) SCHELTEMA in R. Mag. 1920 blz. 284—286 gaat zoover te verkondigen dat ook bij verordening openbaarheid kan worden opgelegd, door deze vast te knoopen aan het bloote gedoogen van de zijde des rechthebbenden op den grond. Hij erkent echter dat de heerschende leer anders is. Vgl. ook G. K. in W. 10619 blz. 4, en v. S. in W. P. N. R. 2654 blz. 519—520. De kwestie komt hierop neer, of een

geen rechtspersoon is, ik zal de laatste zijn het tegen te spreken. Maar de individuen, waaruit het is samengesteld, zijn wèl (rechts)personen. Zoo zijn ook de (niet georganiseerde) inwoners eener gemeente, die een organisatie vormt, waarvan haar leden de onderlaag zijn, gezamenlijk genomen geen rechtspersoon. Naar art. 542 C.C., met welke bepaling ons, anders gestelde, art. 582 B.W. correspondeert, kunnen zij toch samen eigendom hebben, die niet hetzelfde is als de eigendom, toekomend aan de gemeente (19). Als dat mogelijk is, kunnen die inwoners in principe ook gezamenlijk gerechtigd zijn tot een ander zakelijk recht dan eigendom. Misschien vindt men het gewaagd om hetgeen in ons land als recht gold, toen daar het Wetboek Lodewijk Napoléon, en later de Code Civil van kracht waren, te willen weervinden in art. 582 B. W. (20). Maar ook al laat men art. 582 B. W. geheel ter zijde, de redeneering uit de vroeger geldende bepalingen mag dan toch worden gevolgd voor de toen bestaande toestanden. En daar het B. W. de tegenwoordige situatie

voorschrift in een verordening, als door SCH. bedoeld, niet althans materieel gelijk zou staan met onteigening, door de grondwet — met uitsluiting van den lageren wetgever — voorbehouden aan de rijkswet.

Over het ontstaan en te niet gaan van openbare wegen vgl. nog v. LOGCHEM in Bijdrⁿ. Staatsbestuur 14 blz. 118—138, en daarover W. B. A. 975 blz. 1.

(19) Wel spreekt art. 542 C. C. van «biens communaux». Maar wat daarmee is bedoeld omschrijft art. 437 Weth. Lod. Nap. aldus: gemeentegoederen zijn dezulke, op wier inkomsten of eigendom de inwoners van een of meer gemeenten een wettig verkregen recht hebben. Vgl. ook HINGST in N. Bijdragen 1882 blz. 25, 28. In het hier bedoelde geval zijn de inwoners samen eigenaars, niet samen eigenaar; de leer van MOLENGRAAFF c. s. aangaande rechtspersonen is op hen dus niet toepasselijk.

(20) Zie echter art. 675 B. W. Maar het is niet algemeen erkend dat er in dit artikel sprake is van een *zakelijk* recht der inwoners.

niet heeft geregeld, is het met het oog op art. 13 wet Alg. Bep. m.i. geoorloofd de vroegere rechtsregelen mede tot richtsnoer te nemen, niet om ze direkt toe te passen op later ontstane verhoudingen, doch om in aansluiting aan die regelen het recht te zoeken, dat ook voor de latere verhoudingen passend is. Intusschen hebben de zooeven bedoelde oude rechtsregelen enkel betrekking op wegen, die openstaan voor de inwoners eener bepaalde streek, niet op de eigenlijke openbare wegen. Maar ik heb het hieromtrent gezegd dan ook slechts aangevoerd om aan te toonen dat het gemis van rechtspersoonlijkheid bij „het publiek” niet voldoende is om daaruit de gevolgtrekking te maken dat er geen rechtsverhouding mogelijk is tusschen den partikulieren grondeigenaar en een onbepaalde menigte, voor wie de weg rechtens openstaat (21).

Omtrent deze mogelijkheid wil ik nog het volgende opmerken. Evengoed als zakelijke *rechten* als rechten op de zaak, en daaronder de eigendom in de eerste plaats, bestaan tegenover ieder en een iegelijk, evenzoo kan men zich zakelijke *lasten* denken als rechtsverhoudingen, waarbij een, dus zakelijke, gebondenheid tegenover ieder belanghebbende aanwezig is (22). Het is dus niet eens

(21) Over het historisch ontstaan van een recht van voetpad en zijn overgaan in dat van openbaren weg vgl. O. MAYER (in noot 1 geciteerd) blz. 78, en SCHELCHER (mede daar aangehaald) blz. 6—8: de weg behoort eerst tot de Allmend, en is dan eigendom der gezamenlijke leden, als mede-eigenaars gerechtigd tot het gebruik er van. Later wordt een ruimer kring van personen gerechtigd, en eindelijk is iedereen bevoegd van den weg gebruik te maken. Ik noteer hierbij in het voorbijgaan dat deze samenhang met den eigendom niet wijst op een publiekrechtelijke verhouding.

(22) Vgl. Hof Leeuwarden 13 Jan. 1915, noot 6 i. f. geciteerd. — Misschien zou men een zekere analogie kunnen aannemen met het geval eener uitloving bij advertentie aan het publiek, al is er dan

noodig er aan te herinneren dat sommigen (bij wie ik overigens zou aarzelen mij aan te sluiten) de bestaanbaarheid aannemen van subjektlooze *rechten* (23). De zakelijke rechten, die in onze wetgeving worden genoemd, bestaan in een heerschappij van een bepaald rechts-subjekt op een zaak (24). Maar volgt daaruit nu ook dat men, zooals de Hooge Raad heeft gedaan bij zijn arrest van 28 Maart 1919, *W.* 10416, *N. J.* 1919 bl. 470, voor het geval dat zulk een bepaald gerechtigd subjekt ontbreekt, de mogelijkheid eener zakelijke rechtsverhouding moet ontkennen? Ja, indien er — afgezien van de vóór invoering van het B. W. ontstane verhoudingen — geen andere zakelijke rechtsbetrekkingen denkbaar zijn dan die, welke de wet als zoodanig noemt. Die leer houd ik echter voor betwistbaar. Het tot haar verdediging door MEIJERS in *R. Mag.* 1907, bl. 295 (25) aangevoerde hoofdargument, dat subjektieve rechten slechts kunnen steunen

geen zakelijke verhouding. Maar het tot stand komen eener rechtsverhouding ten gevolge van zulk een uitloving wordt niet algemeen erkend; vgl. ASSER-GOUDEOEVER, *Handl. N. B. R.* III, 2e dr., blz. 271—272 i. v. m. blz. 244 v. o.

(23) Vgl. de meening van enkelen aangaande het rechtskarakter van stichtingen (LAND-STAR BUSMANN, *Verklar. B. W.*, 2e dr., I blz. 831—832). Zie ook v. THUR, *Der allgem. Teil des Deutschen bürgerl. Rechts* (1910) blz. 60, 96 v. b., en oudere literatuur bij CHR. MEURER, *Der Begriff und Eigenthümer der heiligen Sachen* (1885) blz. 53. Vgl. aldaar blz. 58—66 zijn bestrijding dier leer.

(24) Onjuist is echter de bewering dat dit altijd zou moeten zijn een onmiddellijke heerschappij; men denke aan grondrenten.

(25) In dien zin ook ASSER-SCHOLTEN, *Handl. N. B. R.* II, 5e dr. (1913) bl. 32—33; OPZOOMER-GOUDEKET, *B. W.*, 3e dr., III, 1 (1914) blz. 168—174 i. v. m. III, 4 (1915) bl. 856 noot. Anders in Frankrijk BAUDRY-LACANTINERIE-CHAUVEAU, *Traité... du Droit Civil*, 2e dr. III (1905) no. 493; GENY (in noot 41 geciteerd) I blz. 182—183; bij ons J. A. v. HAMEL in *W. P. N. R.* 1951 bl. 264—265. Vgl. hieromtrent ook *W. v. h. Not.* nos. 460—461.

op een regel van het objektieve recht, is op zich zelf juist. En hetzelfde geldt voor rechtsbetrekkingen (aangenomen dat zij bestaanbaar zijn), waarbij aan één zijde geen bepaald subjekt kan worden aangewezen. Maar ik kan met MEIJERS niet meegaan, waar hij op bl. 296 t.a.p. objektief recht en wet vereenzelvigt. Daarop wil ik hier nu niet diep ingaan (26), doch slechts opmerken dat, ging het op, art. 13 wet Alg. Bep. wel gemist zou kunnen worden. Hier, evenals elders op het gebied van het materieele burgerlijk recht, heeft de wet in hoofdzaak gesanktionoord het recht, dat zich gaandeweg te voren reeds had ontwikkeld, en dat niet is ontsproten aan de bron der wet alleen. De regeling der zakelijke rechten in onze wet heeft leemten, aan te vullen door belanghebbenden bij de regeling door hen zelf van hun onderlinge verhoudingen, waarbij het eindoordeel over de rechtsgeldigheid dier regeling verblijft aan den rechter. Het gemis van regeling in de wet, dat MEIJERS op blz. 296 als nader argument voor zijn meening bijbrengt, kan m. i. op de bestaanbaarheid van andere zakelijke rechten dan die, welke de wet noemt, geen invloed hebben. Wel moet de rechter er voor waken dat de rechtmatige belangen van de betrokkenen gewaarborgd worden, die belangen waardeeren, en ze, zoo noodig, tegen elkaar afwegen. Bij elk zakelijk recht, dat men heeft willen vestigen, moet de rechter zich afvragen, of het erkennen daarvan al dan niet in strijd komt met de redenen, die den wetgever hebben geleid bij de regeling, welke de wet wél behelst. Zoo zal hij zich de vraag hebben voor te leggen, of art. 721 B. W. niet wordt ontdoken, maar

(26) Bij het hier volgende vgl. laatstelijk J. v. KAN, Inleiding tot de rechtswetenschap (1920) blz. 178—204.

dan ook de ware strekking dier bepaling (27) tot richtsnoer hebben te nemen, en er niet in moeten lezen een verbod tot het vestigen van zakelijke rechten, die geen erfdienstbaarheden zijn, zelfs als zij het erf niet bezwaren voor de luimen of genoegens van een bepaald persoon, noch onvrijheid van personen in den trant van het leenstelsel meebrengen.

Ook als men de leer (28), die de Hooge Raad bij zijn arrest van 3 Maart 1905 W. 8191, R.spr. 199 § 42, P. v. J. 439, W. P. N. R. 1844, aangaande de verhouding van het verbintenissenrecht tot dat der zakelijke rechten heeft gehuldigd, aanvaardt ten opzichte van die zakelijke rechten, welke voor private belangen moeten dienen, dan kan men toch van oordeel zijn dat niet geheel hetzelfde is aan te nemen, als het geldt rechten of lasten, die iemand ter behartiging van meer algemeene belangen wil vestigen. Zakelijke lasten ten algemeenen nutte strekkend, in het B. W. niet genoemd, behoeven daarom met de regeling van dat wetboek niet in strijd te zijn. Tegen het vestigen er van gaat noch op het argument dat het maatschappelijk belang (door hen juist gediend) verbiedt naar goeddunken zakelijke rechten in het leven te roepen, noch kan tegen hen een beroep worden ge-

(27) Over de strekking van art. 721 lid 2 B. W. zie de daarop betrekkelijke overweging van H. R. 28 Jan. 1841 W. 157, R.spr. 8 § 54, v. D. HON. B. R. 2 blz. 89 (104) in verband met de concl. O. M. vóór dat arrest, welke overweging haar belang niet heeft verloren door het hierna te vermelden arrest H. R. van 3 Maart 1905, al huldigt dit voor art. 1354 B. W. een ander stelsel dan dat, waarvan de H. R. in 1841 uitging.

(28) Die leer is bestreden door W. B. DULLEMOND, De historische interpretatie van art. 1354 B. W., prft. Amsterdam 1920, naar aanleiding waarvan zie echter E. M. MEIJERS in W. P. N. R. 2629—2630 (met bijlage in no. 2631), v. GEUNS in *Themis* 1920 blz. 454—463, en S(TAR) B(USMANN) in R. Mag. 1920 blz. 546—548.

daan op art. 721, lid 2 B. W. Immers heeft men in dit geval de herleving van feodale toestanden niet te duchten, en die herleving is het, welke genoemde bepaling wil tegengaan (29).

Ik ontveins mij niet dat het voor den rechter niet altijd gemakkelijk zal zijn uit te maken 1°. of zekere last ten algemeenen nutte is gevestigd, en, is daarvan z. i. geen sprake, 2°. of beoogd is een zakelijk recht te scheppen, waarbij een rechtmatig belang bestaat, en dat niet te drukkend is voor den grondeigenaar. Dat kan enkel worden beslist voor elk bijzonder geval, en vaak zal het afhangen van de plaatselijke omstandigheden. B.v. een zakelijke last dat een huis niet als tapperij mag worden gebruikt, kan in het eene geval zijn in het algemeen belang, als er daar ter plaatse aan zulk een inrichting geen behoefte bestaat, en in een ander geval naar veler oordeel juist met het algemeen (hier plaatselijk) belang in strijd, omdat een plattelandsgemeente een herberg noodig kan hebben, en het mogelijk is dat een geschikte lokaliteit in geen ander huis is te vinden. De motieven van belanghebbenden zijn enkel van sekundair gewicht bij de afweging der betrokken belangen, die objektief moet geschieden. Zoo kan een last zeker perceel niet als schouwburg in te richten zijn bedongen, hetzij uit vijandige gezindheid tegen het tooneel in het algemeen, hetzij om concurrentie met een andere openbare vermakelijkheid te weren, of ook om geheel andere redenen. Maar de rechter heeft zich niet in dienst te stellen van de persoonlijke inzichten en wenschen op dit punt bij de betrokkenen, inzichten die hem wel kunnen voorlichten, maar bij zijn beslissing niet den doorslag hebben te geven. Of b.v. het motief concurrentie te ver-

(29) Vgl. het in noot 27 bedoelde arrest H. R. van 1841.

mijden is te eerbiedigen, hangt van de omstandigheden af, die somtijds zullen meebrengen dat concurrentie wèl, soms ook dat zij niet is in het algemeen belang. De rechter kan dus voor zeer lastige vragen komen te staan als gevolg van het zwijgen der wet. Dit belet niet dat hij toch moet recht spreken, ondanks het bestaan der kans dat hij mistast. Die kans wordt hierdoor verhoogd dat de rechter evenmin een profeet is als belanghebbenden. Noch zij, noch hij kunnen weten of het tegenwoordig wenschelijke ook wenschelijk zal blijven. Men kan dit wel als een bezwaar aanvoeren tegen erkenning der vrijheid in het vestigen van zakelijke verhoudingen. In beginsel geldt het ook bij verbintenissen, maar het is bij de in den regel meer duurzame zakelijke verhoudingen van grooter gewicht. En ook is het bezwaar sterker bij de niet dan bij de wèl in de wet geregelde zakelijke rechten, omdat de laatste de proef der onderfinding hebben doorstaan. Toch kan b.v. ook een erfdiensbaarheid op den duur haar reden van bestaan verliezen, buiten het geval voorzien in art. 750 B. W.; of wel zij kan zwaarder gaan drukken dan in den aanvang. Dit alles bewijst alleen dat gewenscht zou zijn een wettelijke regeling in dezen geest dat men zich tot den rechter zal mogen wenden om opheffing of wijziging van een zakelijk recht te verkrijgen, indien men kan aantoonen dat veranderde omstandigheden den druk van den last onevenredig doen zijn aan de voordeelen, die de andere partij er van heeft. Zoolang de wet dit niet bepaalt, kan men enkel door goed ingerichte contracten een surrogaat voor de hier bedoelde regeling trachten te vinden. Op eigen gezag kan m. i. de rechter hierin niet voorzien. Maar dat is geen reden hem ook te ontzeggen de taak, die ik boven als de zijne heb aangegeven.

Bovenstaande uitweiding had ik noodig ter ontzenu-

wing van een te verwachten beroep op de onbestaanbaarheid van zakelijke verhoudingen, niet in de wet voorzien, en van een daarop steunende verdediging der stelling van het blz. 303 vermelde arrest van den Hoogen Raad van 28 Maart 1919 als zou voor een zakelijke verhouding steeds noodig zijn een bepaald aangewezen gerechtigde. Mij wil het toeschijnen dat, al kunnen — en zullen meestal — zakelijke *lasten* (30) tevens zakelijke *rechten* zijn voor een bepaald subjekt tegenover hem, op wiens zaak de last drukt, zij ook bestaanbaar zijn zonder dat er zulk een zakelijk recht met een bepaald aangewezen subjekt aanwezig is. Een eerste voorbeeld daarvan vinden

(30) Dat ook zonder zakelijken last te vestigen, de eigenaar eener zaak het in zijn macht zou hebben, buiten de in de wet aangeduide gevallen, een dusgenaamde kwalitatieve verbintenis te doen ontstaan, houd ik voor onaannemelijk naar Nederlandsch recht. Wet en verordening kunnen iemand verplichtingen opleggen, die hij niet vrijwillig op zich heeft genomen. Maar een partikulier kan zijn opvolgers in den eigendom eener bepaalde zaak niet belasten met persoonlijke verbintenissen, als zoodanig niet inherent aan een op het goed klevenden, d.i. zakelijken last. Uit het vrije beschikkingsrecht van den eigenaar over zijn zaak kan men wel afleiden zijn bevoegdheid tot bezwaring met zakelijke lasten, mits met inachtneming der wet, doch er volgt niet uit de bevoegdheid om buiten zakelijke belasting om opvolgende eigenaren zonder hun medewerking te verkorten in hun recht tot vrije beschikking. Ik kan mij dan ook voor het B. W. niet vereenigen met het door DULLEMOND t. a. p. aangeprezen stelsel der «lex dicta», die zou scheppen verbintenissen «in rem scriptas». Zulke verbintenissen kunnen enkel op de wet steunen. D.'s interpretatie van art. 1354 B. W. houd ik voor onjuist op de door MEIJERS t. a. p. daartegen aangevoerde gronden. Aan de verkeersbehoefte, op welke D. wijst, wordt zeker niet minder voldaan door het vestigen van een zakelijken last in den geest van het daaromtrent door mij gezegde. Door het erkennen van zulke lasten wordt het stelsel onzer wet over de onderscheiding tusschen zakelijke en persoonlijke verhoudingen niet afgebroken. Bij het aanvaarden van DULLEMOND'S leer zou dat wél geschieden.

we juist in het geval, dat ons hier voornamelijk bezig houdt, namelijk bij den last van openbaren weg, indien deze niet tevens van een zakelijk recht van openbaren weg de keerzijde is, wat m.i. enkel bij uitzondering is aan te nemen. Een tweede voorbeeld heeft zich somtijds voorgedaan bij onderhoudsplicht van wegen en bruggen. Te dien opzichte verwijs ik eenerzijds naar het proces, berecht door Rb. Zutphen 14 December 1916 W. 10295, in appèl door Hof Arnhem 17 Juli 1918 W. 10343, en in cassatie door het blz. 303 geciteerde arrest H. R. van 28 Maart 1919 (een op grondeigendommen contractueel gelegde last tot het dragen van onderhoudskosten voor wegen, met betaling aan een commissie, niet zelf als rechthebbende te beschouwen), en anderzijds op de beslissing der Utrechtsche Gedeputeerden van 8 September 1908 W. B. A. 3201 blz. 2—3 (betreffende een overeenkomst tusschen ingelanden van een polder als eigenaars van een dijk met andere partikulieren, welke overeenkomst bepaalde dat het onderhoud der bruggen zou blijven bij de eigenaars). In zulke gevallen gaat m.i. ook niet op de argumentatie in het bovenvermelde arrest van den Hoogen Raad van 3 Maart 1905 uit het stelsel van het B. W., omdat we hier te doen hebben met zakelijke lasten ten algemeenen nutte gevestigd, die niet tevens zakelijke rechten zijn, als waarop het bedoelde stelsel enkel het oog heeft (31).

Voor de vestiging van die zakelijke rechten, welke private belangen moeten dienen, verlangt ons B. W. inschrijving in de openbare registers (32). Ook bij zakelijke

(31) Bij het voorafgaande vgl., ten aanzien van het Deutsche recht, FRIEDRICHS in Archiv. des öffentl. Rechts 40 blz. 325—331, en in het bijzonder voor openbare wegen, aldaar blz. 334.

(32) Ook voor beklemrecht: art. 671 lid 1 i. v. m. art. 564 no. 7 B. W.; vgl. ASSER—SCHOLTEN (in noot 25 geciteerd) blz. 246.

rechten of lasten ten algemeenen nutte is publiciteit een eisch van het verkeer ter wille der voor derden noodige zekerheid (33). En de rechter, die voor de vraag wordt gesteld, of zulk een last is tot stand gekomen, mag m.i. dien eisch niet verwaarloozen. Maar ook al heeft er geen overschrijving in de openbare registers plaats gehad, kan aan genoemden eisch toch zijn voldaan, namelijk indien het bewijs van algemeene bekendheid wordt geleverd. Bij den last van openbaren weg, die gericht is op, en notoor wordt door het gebruik, dat feitelijk iedereen van den weg maakt, zal dit meestal weinig bezwaar geven. En ook andere lasten op den grond klevend zijn vaak in ruimen kring bekend.

De voornaamste argumenten, door sommige schrijvers aangevoerd tegen de mogelijkheid dat een partikulier zijn grond bezwaart met een daarop drukkenden last van openbaren weg, dien ook zijn rechtverkrijgenden hebben te eerbiedigen, meen ik te hebben weerlegd. Ik voeg er nog aan toe dat de behoeften van het verkeer het onaannemelijk maken dat uit ons recht, waarin de openbare wegen niet volledig zijn geregeld, zou moeten worden afgeleid een verbod voor den grondeigenaar tot het vestigen van dien zakelijken last van weg. Dit beroep op de eischen van het verkeer heeft in onze materie dezelfde waarde als voor den Hoogen Raad bij zijn arrest van 7 Juni 1872 W. 3473, R.spr. 101 § 15, v. D. HON. B. R. 37 blz. 213 de overweging had (34), dat wegens de behoeften van waterloozing, die de natuurlijke gesteldheid der Hollandsche landerijen meebracht, niet is aan

(33) Over publiciteit als vereischte voor zakelijke werking van een die strekking hebbend contract vgl. DULLEMOND t. a. p. blz. 132-134 (oud-Hollandsch recht), 152-154, 177-181.

(34) Zie het slot der overwegingen op het tweede middel van cassatie.

te nemen naar oud-Hollandsch recht voor de rechtverkrijgenden van grondeigenaren krachteloosheid eener overeenkomst, waarbij deze laatsten zich en hun rechtverkrijgenden ten opzichte der waterloozing wilden binden. Voor het overige kan men juist het blz. 299—300 reeds besproken art. 625 B. W., dat den vollen eigenaar het recht toekent op de volstrekteste wijze over zijn zaak te beschikken, nog in het geding brengen ten betooge dat de eigenaar een zakelijken last van openbaren weg op zijn grond mag vestigen (35), nu hij daardoor niet in strijd komt met het stelsel van het B. W. omtrent de zakelijke rechten.

De last van openbaarheid is niet een verplichting van een bepaalden persoon, die toevallig eigenaar is van den grond, maar rust op den eigendom zelf, gaat dáárom over op alle volgende eigenaars (36), en is dan ook evengoed zakelijk als een reaallast (zakelijk recht op periodieke uitkeeringen uit den grond). Toch is hij niet een zakelijk recht in den zin van het B. W. bij gebreke van een bepaald aangewezen subjekt tot uitoefening. Een willekeurig individu uit het publiek is wel gerechtigd den weg te betreden, maar hierom nog niet subjekt van een zakelijk recht van openbaren weg. Zulk een subjekt kan b.v. een gemeente zijn. Maar slechts in uitzonderingsgevallen is het aanwezig ingevolge overeenkomst of ver-

(35) Vgl. ook KAMERLINGH ONNES t. a. p. blz. 100—101, alsmede POTHIER en LAURENT, aldaar geciteerd.

(36) De redaktie der Gemeentestem in no. 1676 blz. 4 kol. 1 meent dat medewerking van den grondeigenaar bij het plaatsen van een weg op den ligger van openbare wegen zijn opvolgers in den eigendom niet belet tegen die plaatsing op te komen. M.i. toont die medewerking dat de rechthebbende den weg tot openbaarheid heeft bestemd, en dwaalt de Redaktie. Meer in den geest van het hier in den tekst gezegde vgl. W. B. A. 2322 blz. 4, en daarbij no. 2398 blz. 1.

jaring. En enkel voor die uitzonderingsgevallen gaat de bekende leer van den Hoogen Raad over het zakelijk recht van den openbaren weg op. Het zooeven bedoelde recht, toekomend aan iedereen, is niet alleen geen zakelijk, het is in het geheel geen vermogensrecht, maar wat men noemt een persoonlijkheidsrecht. Zakelijk is — afgezien van de uitzonderingsgevallen, waarop de leer van den Hoogen Raad past — enkel de verhouding van den grondeigenaar tot een onbepaalde menigte.

Ik zeide zooeven dat elk individu uit het publiek *gerechtigd* is den openbaren weg te betreden, en uit het verband blijkt dat ik daarbij het oog had op rechtens openbare wegen over partikulieren grond. Velen willen niet weten van zulk een recht van ieder, die den weg wil gebruiken, tegenover den eigenaar. De oorzaak daarvan is, naar het mij voorkomt, deze dat bedoeld *recht* bij ons niet bestaat voor openbare wegen, die in eigendom en beheer zijn van publiekrechtelijke lichamen. Bij deze wegen kan er naar Nederlandsch recht enkel sprake zijn van een publiekrechtelijke verplichting der administratie tegenover degenen, aan wie zij staatsrechtelijk verantwoordelijk is (37). Nu schijnt men (meestal stilzwijgend) uit te gaan van de gedachte dat bij alle openbare wegen de verhouding van hen, die den weg willen betreden tot den eigenaar van den grond, dezelfde moet zijn. M.i. is dat echter volstrekt geen axioma. Bij wegen over partikulieren grond is de rechtstoestand anders dan bij de wegen, die de overheid heeft opengesteld over haar grond. Bij laatstbedoelde wegen is de eigendom enkel middel tot behartiging van den publieken dienst (38).

(37) Vgl. SCHELTEMA, prft., blz. 65—66, 108.

(38) Hieromtrent zie SCHELTEMA, prft. blz. 64—67. Op blz. 67—68 bespreekt hij de verhouding der publiekrechtelijke lichamen tot de partikulieren, eigenaars van wegen of andere waterstaatswerken.

Die publieke dienst staat op den voorgrond. En dit brengt mede dat ook de individuen, waaruit het publiek is samengesteld, komen te staan tegenover het bestuur van het publiekrechtelijk lichaam, niet in diens hoedanigheid van grondeigenaar, maar optredend als overheid, zoodat die verhouding is zuiver publiekrechtelijk (39). Bij de wegen over partikulieren grond is er wel is waar ook een publiekrechtelijke verhouding aanwezig, maar dit *enkel* in zoover als het voortvloeit uit de wettelijke voorschriften, die mede op deze wegen betrekking hebben. Men heeft de stelling verdedigd dat de openbaarheid van den weg en de zoeven bedoelde publiekrechtelijke verhouding, welke de wettelijke voorschriften op het stuk der wegen meebrengen, slechts twee namen zijn voor dezelfde zaak. Ware dit juist, dan zou daarmee elke twijfel over het karakter der verhouding, waarin de grondeigenaar ten gevolge der openbaarheid kan staan, zijn afgesneden. Zij zou enkel publiekrechtelijk kunnen zijn. SUIJLING o.a. heeft die meening voorgestaan in de *Themis* van 1916. Hij omschrijft daar op blz. 158 wat hij noemt de juridieke openbaarheid, als de toepasselijkheid der voorschriften, die met betrekking tot openbare wegen bevoegdheden geven aan strafrechter en administratie. En hij is van oordeel dat die openbaarheid een

Naar het hieronder in den tekst gezegde valt deze verhouding niet samen met die van den grondeigenaar met betrekking tot de openbaarheid als zoodanig. Wel kan deze laatste verhouding zoo zijn dat het publiekrechtelijk lichaam tevens het gerechtigde subjekt is bij een last van openbaarheid, en juist op dat geval heeft SCHELTEMA t. a. p. voornamelijk het oog. Ik zeide echter reeds boven in den tekst dat dit een uitzonderingsgeval is.

(39) Vgl. hierbij de opmerkingen van W. HOFACKER, Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform (1919) blz. 116—117, 121, 124—129, aangaande den eigendom der openbare wateren en wegen van de publiekrechtelijke lichamen.

produkt is van den wil des wetgevers, omdat alleen aan een wettelijk voorschrift autoriteiten hun bevoegdheden kunnen ontleenen. Z. i. (t. a. p. blz. 177—178) is er een volkomen gelijke rechtsverhouding bij openbare wegen, behoorend aan publiekrechtelijke lichamen, en bij die over partikulieren grond, daar wij slechts één eigendomsrecht kennen. Buitendien houdt hij (blz. 178 v. o.) de moeilijkheid om het tot een privaatrechtelijken last van openbaren weg gerechtigde subjekt aan te wijzen, op zich zelf reeds voldoende om het bestaan van zulk een *privaatrechtelijken* last te ontkennen.

Over de noodzakelijkheid een bepaald subjekt aan te kunnen wijzen heb ik boven al gesproken. Te dezer plaatse wil ik enkel de vraag stellen (het antwoord laat ik aan den lezer over) of het aangaat de kwestie publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke verhouding in den eersten zin te beslissen, alleen omdat men dan van de door *SUIJLING* bedoelde moeilijkheid af is. En verder merk ik op dat die moeilijkheid niet eens aanwezig is in het boven vermelde uitzonderingsgeval dat iemand (partikulier of publiekrechtelijk lichaam) bij contract met den grondeigenaar de openbaarheid van een reeds bestaanden weg (40) heeft bedongen. Sommigen (41) spreken dan van een recht van voor ieder toegankelijken weg, in tegenstelling met het recht van openbaren weg, dat volgens hen alleen aan de overheid zou kunnen toe-

(40) Bestaat de weg nog niet, doch is hij slechts geprojecteerd (vgl. de zaak berecht door het op blz. 305 aangehaalde arrest H. R. van 3 Maart 1905), dan is er niet, gelijk in het hier in den tekst bedoelde geval, een bestemming tot openbaarheid reeds bij het sluiten van het daarop betrekking hebbende contract, maar enkel een belofte tot latere bestemming.

(41) Zoo *KAMERLINGH ONNES* t. a. p. blz. 129; *SHELTEMA*, prft. blz. 73—76.

komen, en dat om die reden per se publiekrechtelijk zou moeten zijn (42). Ik kan in die onderscheiding niets anders zien dan een spitsvondigheid. De rechtens openbare en de rechtens voor ieder toegankelijke weg is hetzelfde. Wel is te onderscheiden tusschen rechtens en feitelijk openbare wegen, of, wat weer hetzelfde is, tusschen rechtens en feitelijk voor ieder toegankelijke wegen. En als men den term openbare weg reserveert voor de rechtens openbare wegen, dan is de enkel feitelijk voor ieder toegankelijke weg niet tevens een openbare. Maar de rechtens voor ieder toegankelijke weg is dat noodzakelijk wèl.

Dit in parenthesi. Ik kom nu terug tot SUIJLING's betoog in verband met den contractueel bedongen last van openbaarheid. Daarbij wordt het subjekt, dat aanspraak heeft op den last, door het contract aangeduid, en mij dunkt, dat het in dit geval voor de hand ligt een privaatrechtelijken last aanwezig te achten, en niet een publiekrechtelijken. Want de openbaarheid bestaat dan krachtens een contract, dat tusschen partikulieren onderling kan zijn aangegaan. De bestemming tot openbaarheid door den rechthebbende ligt dan in diens bewilliging bij het contract. Krachtens dat contract ontstaat voor zijn wederpartij een subjektief recht op de openbaarheid van den weg. En die weg zou ook dan rechtens openbaar worden, indien er geen verordeningen op de wegen bestonden. Het contract beoogt in de eerste plaats den grondeigenaar de verplichting op te leggen den weg open te stellen en open te houden voor iedereen; daarin bestaat de openbaarheid rechtens, en niet in het toepasselijk zijn der voorschriften van de overheid, waarop het contract ook niet, of althans niet voornamelijk, is

(42) Dit laatste merkt SCHELTEMA, prft. blz. 73 terecht op. Vgl. ook aldaar blz. 88 noot i. v. m. blz. 86.

gericht. Bewijst het hier besproken uitzonderingsgeval van een contract, waarbij de openbaarheid is bedongen, m.i. bijzonder duidelijk dat de wettelijke voorschriften op de wegen de openbaarheid rechtens dan wel moeten onderstellen als reeds aanwezig, en haar niet scheppen, in werkelijkheid geldt bij ons hetzelfde voor de groote meerderheid van, zoo niet voor al de openbare wegen over partikulieren grond. Wel kunnen autoriteiten hun bevoegdheden alleen aan een wettelijk voorschrift ontleenen, maar daaruit volgt geenszins dat de openbaarheid rechtens een produkt is van den wil des wetgevers, zooals SUIJLING meent (43). Hij neemt, dit zeggende, aan dat de autoriteiten den weg openbaar maken. Dat kan echter in Nederland voor wegen op partikulieren grond enkel door onteigening geschieden, als men van oordeel is dat een verordening niet zoover mag gaan de openbaarheid op te leggen, terwijl in elk geval de verordeningen tot dusver niet gewoon zijn dat te doen (44).

(43) In den geest van SUIJLING (zie nog *Themis* blz. 157—160, 170, 178, 182 v. o.) zegt b.v. ook SCHELTEMA, prft. blz. 101 v. o. en R. Mag. 1920 bl. 270 i. v. m. blz. 268 v. b., dat een weg eerst rechtens openbaar wordt, doordien bij reglement de afsluiting er van wordt verboden. Met deze stelling houdt verband het door SCHELTEMA, prft. blz. 139 en 141 gezegde, en zijn bestrijding van VITRINGA. Voor diens leer, in anderen zin dan beide genoemde schrijvers, zie o. a. R. Mag. 1903 blz. 185 v. b. Vgl. voorts W. B. A. 2821 blz. 2 kol. 2, 2822 blz. 1 kol. 3.

(44) Ook niet middellijk door het plaatsen op den ligger of legger van openbare wegen. De strekking daarvan is de openbaarheid te constateeren, niet haar te scheppen. Vgl. de Inleid. R. Org. blz. 394-396 aangehaalde literatuur en jurisprudentie, waarbij te voegen: H. R. 13 Maart 1914 W. 9667 (aldaar noot 1 van E. M. M.), N. J. 1914 blz. 614, P. V. 1 blz. 408, G.st. 3291 (7°), W. B. A. 3448. Bij dit arrest zie het niet op liggers doelende van H. R. 10 Febr. 1913 W. 9466 blz. 1—2, N. J. 1913 blz. 658, G.st. 3222 (5°), W. B. A. 3349, over welks interpretatie VITRINGA in W. 9849 blz. 3 kol. 1.

Hoe zouden de voorstanders der opvatting van *SUIJLING* c. s. dan toch denken over wegen, die reeds in vroeger eeuwen steeds als rechtens openbaar werden beschouwd, vóórdat er nog aan regeling bij verordeningen, zooals wij die thans hebben, werd gedacht? Toen kon toch zeker niet worden gezegd dat die openbaarheid een produkt was van den wil des wetgevers. Waarop steunt dan de bewering dat dit thans wèl zoo is, nu elke provincie een wegenreglement bezit? Zou het oudste reglement eensklaps een stel van openbare wegen hebben doen ontstaan, hoewel reeds lang te voren de meeste wegen, waarop het betrekking had, door iedereen als openbare wegen werden beschouwd en gebruikt? Inderdaad is de

Vgl. voorts *Bijdr.* Staatsbestuur 25 blz. 429—431; *W. B. A.* 1124 blz. 1 kol. 2, 2016 blz. 2, 3460—3462; *KAMERLINGH ONNES* t. a. p. blz. 19, 21—22 i. v. m. blz. 22—23, 26—28 (daarbij zie t. a. p. blz. 28—54; onjuist is m. i. *K. O.*'s opvatting der strekking van art. 150 *Grw.*). Verder *W. C. LOHMAN*, *Opmerkingen over de Leggers der Wegen*, *prft. Groningen* 1888 blz. 84; v. *DOORNINCK* in *R. Mag.* 1908 blz. 555—564 i. v. m. blz. 539—555; *GOMBAULT* in *T. v. S.* 27 blz. 52—130, waarbij vgl. *R. F(LEITH)* in *W.* 9861 blz. 3 kol. 2—3. *GOMBAULT*'s opstel heeft nog andere zwakke plekken dan de door *R. F.* aangeduide. Hij hinkt op twee gedachten (vgl. t. a. p. blz. 63 en 120 v. o. met blz. 71—72, 91, 106—108), en miskent herhaaldelijk de strekking der door hem vermelde jurisprudentie. Dit hier aan te toonen zou meer ruimte vereischen dan wenschelijk is daarvoor nu te gebruiken. Daarom wijs ik slechts als voorbeeld* op blz. 104, waar hij een citaat in het *arr. H. R.* van 10 Nov. 1914 uit het vonnis a quo, aanhaalt als een beslissing van den *H. R.* Buitendien houdt *G.* meermalen niet uiteen arresten betreffende de openbaarheid en die betreffende onderhoudsplicht. Al wordt dit verklaard door *G.*'s (onjuiste) zienswijze dat beide op één lijn staan, verontschuldigd wordt het daarmee niet, nu de *H. R.* zelf er anders over denkt dan hij. — Vgl. ook denzelfde in *T. v. S.* 29 bl. 77—106, 142—187.

Beslissingen over de kenteekenen van openbaarheid zijn vermeld *Inleid. R. Org.* bl. 398—400. Vgl. nog *G. st. o. a. nos.* 3636 (9°.) en 3661 (6°.).

openbaarheid rechtens bij de hier bedoelde wegen aanwezig, vóórdat de overheid zich den weg aantrekt, wat ook wel eens gedurende korter of langer tijd kan uitblijven, indien niet alle vereischten mochten aanwezig zijn, die een bepaald reglement voor zijn toepassing stelt, afgezien nog van de mogelijkheid dat het reglement niet behoorlijk wordt uitgevoerd. In den regel is dan ook niet slechts de feitelijke openbaarheid of toegankelijkheid van den weg voor iedereen, maar eveneens de openbaarheid rechtens, bloot voorwaarde voor het van toepassing zijn der wettelijke voorschriften aangaande deze materie. En somtijds is de openbaarheid rechtens niet eens voorwaarde daartoe, namelijk dan niet, als het reglement, wat bij uitzondering voorkomt, bepaalt dat het ook toepasselijk is in het geval van louter feitelijke toegankelijkheid van den weg, van wat men wel noemt openbaarheid bij gedoogen (45).

Openbare wegen, in eigendom en beheer bij éénzelfde publiekrechtelijk lichaam worden geheel beheerscht door de overheidsbemoeiing, ook dan als de weg reeds openbaar is geweest in een tijd, toen de grond nog eigendom was van een partikulier. In den regel trouwens komen zij tot stand, of worden rechtens openbaar, door het initiatief van de overheid zelf. Zooals wij boven zagen, is SUIJLING van oordeel dat de rechtstoestand dezer wegen dezelfde is als die bij openbare wegen over partikulieren grond, omdat wij slechts één eigendom kennen. Dat de eigendom bij ons één is, meen ik met hem, daar ik

(45) Vgl. de gevallen, die zich hebben voorgedaan in de zaken, berecht door H. R. 30 Mei 1910 W. 9047, R.spr. 215 § 19, G.st. 3090 (9°), W. B. A. 3204, en door H. R. 29 Mei 1914 W. 9693, N. J. 1914 blz. 788, P. V. 1 bl. 509, G.st. 3294 (12°), W. B. A. 3415, W. P. N. R. 2328. Zie intusschen hieromtrent SCHELTEMA, prft. blz. 23—26, 157—160, en in R. Mag. 1920 blz. 276 v. o. Vgl. de in noot 18 vermelde opvatting van dezen schrijver.

niet alleen de eigenaardige leer ten aanzien van den eigendom voorgestaan door NOLST TRENITÉ, Publiek recht en rechtspraak, prft. Utrecht 1888, blz. 21—24 i. v. m. 69, voor onjuist houd, maar vooralsnog ook niet kan meegaan met de tegenstelling tusschen publiek- en privaatrechtelijken eigendom (in anderen zin dan die gemaakt door NOLST TRENITÉ), toegepast op Nederlandsch recht, zooals O. MAYER in het tweede deel van zijn Deutsches Verwaltungsrecht voor dat recht haar heeft ontvouwd, goeddeels in aansluiting aan de leer van de meeste Fransche schrijvers over het „domaine public”. Maar met de erkenning dat wij slechts één eigendom kennen, wordt SUIJLING's opvatting over het rechtskarakter der openbare wegen in het minst niet gebaat. Al is het *eigendomsrecht* bij openbare wegen, behoorend aan publiekrechtelijke lichamen, hetzelfde recht als bij zulke wegen over gronden van partikulieren, daaruit volgt volstrekt niet dat ook de rechtsverhouding, waarin deze partikulieren naar Nederlandsch recht staan tot anderen met betrekking tot de *openbaarheid*, geheel dezelfde moet zijn als die van een publiekrechtelijk lichaam, eigenaar en beheerder van den weg. Waarom dit niet het geval is, heb ik blz. 313 reeds met enkele woorden te kennen gegeven. Het publiekrechtelijk lichaam, zeide ik daar, treedt ten deze niet op als eigenaar van den weg, maar als overheid, en komt daardoor te staan in publiekrechtelijke verhoudingen. De partikuliere grondeigenaar daarentegen kan alléén als eigenaar den weg bestemmen ter openbaarheid, en in een rechtsverhouding komen te staan tot hen, die van den weg willen gebruik maken. Daarom gaat het niet aan te beweren dat voor zijn weg in alle opzichten hetzelfde moet gelden als voor een weg van een publiekrechtelijk lichaam (46). Voorts kan een *last* van openbaarheid

(46) Vgl. ook SCHELTEMA, prft. blz. 109.

enkel drukken op grond, die niet in eigendom en beheer is van éénzelfde publiekrechtelijk lichaam. Welk argument ten aanzien van het karakter van dien last, als publiek- of privaatrechtelijk, kan dan worden ontleend aan het rechtskarakter van wegen, die wèl in het laatstbedoelde geval verkeeren? Aan het voorafgaande moet ik nog toevoegen dat aan SUIJLING's leer de basis geheel ontzinkt, als men, met doortrekking van haar consequenties, de opvatting aanvaardt van MELJERS in W. P. N. R. 2547 blz. 470, een opvatting die ten gevolge moet hebben dat openbare wegen, toebehoorende aan publiekrechtelijke lichamen wèl, en wegen van partikulieren, waarop de last van openbaarheid rust, niet zijn zaken buiten den handel(47).

(47) Over zaken buiten den handel, de Fransche beschouwingen aangaande het domaine public, en de daarmee samenhangende leer van O. MAYER, zie nog ASSER-SCHOLTEN (in noot 25 geciteerd) bl. 23-27; OPZOOMER-GOUDEKET, B. W., 3e dr. III (1911) blz. 148-159; KAMERLINGH ONNES t. a. p. blz. 81-88; SCHELTEMA, prft. blz. 1-18 en in W. P. N. R. 2533-2534; Red. W. B. A. 1266 blz. 1-2 (vgl. blz. 3 kol. 1 v. o. op vraag 2), 3643 blz. 4 kol. 2, 3646 blz. 4; G. st. 1508 blz. 3 kol. 3, 1512 blz. 1, 1523 blz. 2 kol. 2, 1623 blz. 1-2, 1635 blz. 1, 1642 blz. 1-2, 1744 blz. 3 kol. 2; H. KRABBE in R. Mag. 1906 blz. 155-156; JORDENS in Nieuwe Bijdr. 1873 blz. 121; ARNTZENIUS in Eijdrⁿ. Staatsbestuur 25 blz. 435; R. F. in W. 7869 blz. 3; FLEINER (in noot 1 geciteerd) blz. 285-287; JELLINEK (aangehaald in noot 9) blz. 76 v. o.; O. MAYER t. a. p. II blz. 71-91 i. v. m. blz. 108-130, en in Archiv. f. öff. Recht 21 blz. 499-522, 39 blz. 77-95; FRIEDRICHS in Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts 62 blz. 466-478, en in Archiv. des öff. Rechts 40 blz. 285, 307-316; J. HATSCHKE, Institutionen des Deutschen Verwalt. rechts (1919) blz. 484-490, 495-496 i. v. m. blz. 498-503; HOFACKER (in noot 39 geciteerd) bl. 116-117, 132-133; OSSWALD (in noot 9 aangehaald) blz. 7-16, 22-37, 47-48 i. v. m. blz. 66-67; GIERKE, Genossenschaftstheorie (1887) blz. 194-195 noot 1; HAWELKA (in noot 1 geciteerd) blz. 53-69, 137-138. Verdere literatuur bij deze schrijvers. Voor Frankrijk vgl. HAURIOU, Précis de droit administratif, 9e dr. (1919)

Omdat de door SUIJLING in de *Themis* van 1916 gevolgde redeneering m. i. geen steek houdt, vervalt voor mij ook de dwingende kracht van zijn op die redeneering gebouwde gevolgtrekking dat de openbaarheid rechtens voor alle wegen noodzakelijk moet zijn van publiek-

blz. 764 vlgg., spec. blz. 737—740 noot. Van onze rechterlijke en administratieve beslissingen op dit punt, voornamelijk wat de wegen betreft, zie H. R. 24 April 1868 W. 3004, R. spr. 88 § 45, v. d. Hon. B. R. 32 blz. 332, G. st. 873, W. B. A. 1015, casseerend Hof Limburg 16 Sept. 1867 W. 3001, G. st. 871, W. B. A. 991; Hof Arnhem 27 Febr. 1907 W. 8604, W. P. N. R. 1982; Kon. Besl. 25 Jan. 1866 R. v. St. 6 bl. 69 i. v. m. 5 bl. 452; Rb. Winschoten 11 April 1900 W. 7583, welke beslissingen de competentie der rechterlijke macht betroffen. Verder H. R. 49 Nov. 1894 W. 6581, R. spr. 168 § 39, v. d. Hon. G. Z. 41 blz. 403; H. R. 31 Oct. 1895 W. 6732, R. spr. 171 § 48, v. d. Hon. B. R. 61 blz. 251, P. v. J. 1895 no. 95, G. st. 2307, W. B. A. 2249 en 2250 verwerpend het beroep in cassatie tegen Hof Arnhem 8 Nov. 1894 W. 6608, waarbij was vernietigd Rb. Zutphen 15 Maart 1894 W. 6488; H. R. 11 Dec. 1899 W. 7374, R. spr. 183 § 61, v. d. Hon. Sr. 1899 blz. 482, P. v. J. 1900 no. 11; H. R. 8 Febr. 1901 W. 7567, R. spr. 187 § 33, v. d. Hon. B. R. 67 bl. 80, P. v. J. 1901 no. 26; H. R. 15 Oct. 1906 W. 8442 blz. 1—2, R. spr. 204 § 1, P. v. J. 590, G. st. 2878 (7°), W. B. A. 2997; H. R. 7 Juni 1918 W. 10289, N. J. 1918 blz. 717, W. P. N. R. 2544, verwerpend de cassatie tegen Hof 's-Gravenhage 10 April 1916 W. 9936, N. J. 1916 blz. 609, waarbij was vernietigd Rb. 's-Gravenhage 15 April 1913 W. 9455 (concl. O. M. 9458), N. J. 1913 bl. 651. Naar aanleiding van dit arr. H. R. van 1918 zie MEIJERS in W. P. N. R. 2543—2547, die ook jurisprudentie vermeldt. Vgl. nog concl. O. M. vóór Hof 's-Gravenhage 7 Dec. 1891 W. 6127, P. v. J. 1892 no. 6; Hof Amsterdam 14 Nov. 1919 W. 10517, N. J. 1920 blz. 28 kol. 2. In Duitschland RG. 5 Mei 1909 E. Z. S. 71 blz. 64. — Speciaal betreffende het burenrecht in verband met de openbare wegen, behalve het arr. H. R. van 1895: Rb. Maastricht 11 Jan. 1856 W. 1770, G. st. 254; Rb. Amsterdam 6 Febr. 1900 W. 7481; Rb. 's Gravenhage 27 Mei 1920 N. J. 1920 blz. 920, W. P. N. R. 2661; LÉON—Vos no. 3 op art. 230 Gem. wet; O. MAYER t. a. p. II bl. 117, 145—147; HAWELKA t. a. p. blz. 97, 98, 102—103.

rechtelijken aard. Over deze kwestie heb ik vroeger in het Weekblad voor Burgerlijke Administratie (48), ten deele in aansluiting aan VITRINGA's betoog in het Rechtsgeleerd Magazijn van 1903, ten deele ook daarvan afwijkend, bedenkingen geopperd tegen de ook nu nog, naar ik meen, op dit punt bij de schrijvers, zij het niet onverdeeld, heerschende leer, welke te dien aanzien SUIJLING's opvatting aanhangt. Het indertijd door mij hieromtrent gezegde hebben anderen tot dusver noch ronduit beaamd, noch m. i. afdoende weerlegd. Het schijnt mij niet noodig toe mijn vroegere beschouwingen hier weder te geven. Liever wil ik er naar verwijzen, al zou ik misschien thans niet alles geheel zoo formuleeren als welhaast twintig jaar geleden. Wel meen ik dat het nut kan hebben te laten volgen een korte, voorzoover na het bovenstaande nog vereischt, tevens kritische uiteenzetting van de hieromtrent gangbare meeningen, in verband met het voorafgaande. Ik kan daarbij ook weer grootendeels volstaan met een verwijzing, daar anderen reeds een résumé van de verschillende opinies over het karakter der openbaarheid van een weg, en van den last van openbaren weg, drukkend op gronden van partikulieren, hebben gegeven. Men zie daarvoor GOMBAULT in Tijdschrift voor Strafrecht 29 blz. 147—150 (49), en raadplege de boven in noot 1 aangehaalde geschriften (50).

(48) Nos. 2821 vlgg. i. v. m. no. 2777, bestreden door Red. in no. 2816.

(49) Diens eigen redeneering uit art. 427 no. 6 Swb. gaat niet op: de in deze bepaling bedoelde bevoegdheid is die te veroorloven wat het artikel bij ontstentenis van zulk verlof verbiedt; vgl. VITRINGA in R. Mag. 1919 bl. 24—25, 34—37.

50) In het bijzonder die van SCHEPEL, KAMERLINGH ONNES en SCHELTEMA, de aankondigingen van SCHELTEMA's proefschrift door ARNTZENIUS in *Themis* 1917 blz. 239—240, en door KRABBE in R. Mag. 1917 bl. 563—572, alsmede die van KAMERLINGH ONNES' dissertatie door SUIJLING (in noot 1 geciteerd), door HESSE in *Themis*

De zoeven bedoelde meeningen zijn dan in hoofdzaak deze: 1°. de bestemming tot openbaarheid geschiedt enkel door overheidsdaad; 2°. zij heeft plaats door den privaatrechtelijk rechthebbende op den grond, en 3°. de onder 1°. en 2°. bedoelde bestemmingsdaden grijpen in elkaar en maken samen den weg openbaar (51). In de latere, hieronder nader te vermelden, jurisprudentie treedt verder op den voorgrond een daarbij aangenomen zakelijk recht van openbaren weg. De meesten vatten, m. i. terecht, de jurisprudentie van den Hoogen Raad zóó op dat volgens ons hoogste rechtscollege in het algemeen de bestemming door den partikulieren eigenaar van den grond de openbaarheid rechtens doet ontstaan, terwijl mogelijk is een burgerlijk en zakelijk recht van openbaren weg, dat ook door verjaring kan worden verkregen. SULLING echter heeft van 's Hoogen Raads leer een andere opvatting dan de gangbare. Hij meent in *Themis* 1916 blz. 170—176 (52) dat enkel het arrest van 18 April 1902 (geciteerd Inleid. R. Org. blz. 398 noot 1) een *burgerrechtelijk* zakelijk recht van openbaren weg voor publiekrechtelijke lichamen aanwezig acht, en dat het in noot 6 geciteerde arrest van 28 November 1913 een principieele beslissing ver-
1916 blz. 516—530, door Red. G. st. in no. 3350 (1°.), en door VITRINGA in W. 9649 blz. 3. De boven in noot 1 vermelde opstellen van dezen laatste kunnen hier als voldoende bekend worden ondersteld. Vgl. voorts LAND, Inleid. B. W. bl. 70 noot 2, en diens Verklar. B. W. 2e dr. III (1901) blz. 50—51 noot 2.

(51) Deze laatste leer is die o.a. van Hof Arnhem 9 Mei 1917 W. 10170, N. J. 1917 blz. 1116. Het Hof hield verder voor onjuist de bewering dat een inbreuk door versperring van den weg gemaakt op het ingevolge den last van openbaarheid voor de overheid bestaande publieke recht van zeggingschap over den weg, niet naar privaatrecht onrechtmatig zou zijn.

(52) Vgl. speciaal aldaar blz. 172 noot en 176 noot, en daarbij SCHELTEMA, prft. blz. 80 noot, HESSE t. a. p. blz. 544—545 noot, beide tegen SULLING's meening.

mijdt. Inderdaad zegt laatstbedoeld arrest niet uitdrukkelijk dat het daarbij erkende zakelijke recht civielrechtelijk is. Maar, ware de Hooge Raad van een andere meening geweest, zou hij dan de grief dat het B. W. over zulk een recht zwijgt, niet hiermede hebben beantwoord, dat het als publiekrechtelijk daar ook niet thuis behoort, in plaats van, gelijk hij deed, met de stelling, dat er ook andere zakelijke rechten bestaan (althans indien vóór 1838 gevestigd) dan de in het B. W. opgenoemde (53)?

Men vergelijkte ook SCHELTEMA t. a. p. blz. 162, waar uitkomt dat de leer, die ik met de meesten in de arresten van den Hoogen Raad lees, beter voldoet aan de behoeften van het verkeer dan de door SCHELTEMA verdedigde.

Niet afdoende tegen de leer van den Hoogen Raad is het bezwaar van KAMERLINGH ONNES, t. a. p. blz. 65, dat partikulieren aan de overheid niet de behartiging van een of ander belang kunnen opdringen. De overheid, die haar taak behoorlijk waarneemt, heeft zich aan te sluiten aan de feitelijk in de maatschappij bestaande toestanden, welke voornamelijk juist door partikulieren worden in het leven geroepen (54).

(53) Vrij gewaagd lijkt mij SULLING's bewering, t. a. p. blz. 175, dat de Hooge Raad bij de arresten zijner strafkamer van 9 Febr. 1914 (in noot 6 geciteerd) en van 15 Maart 1915 W. 9803, N. J. 1915 blz. 752, implicite zou hebben aangenomen dat de openbaarheid niet civielrechtelijk is. Naar het mij voorkomt, is hieromtrent uit die arresten niets af te leiden. SULLING's opvatting der jurisprudentie van den H. R. is kort samengevat door SCHELTEMA in zijn proefschrift blz. 143. Diens juiste opmerking op blz. 145, waaruit hij op blz. 144—145 en 151 afleidt dat de H. R., hoewel het z. i. ware standpunt innemend, inconsequent is, moet, dunkt mij, veeleer doen betwijfelen of SULLING en SCHELTEMA van 's Hoogen Raads beslissingen wel een goede verklaring geven.

(54) Dat is iets anders dan het toekennen van overheidsmacht door partikulieren, wat ten deze volstrekt niet plaats heeft. SULLING's opmerking hieromtrent in *Themis* 1916 bl. 158 mist dan ook haar doel.

Die feitelijke toestanden brengen naar het vroeger door mij in W. B. A. 2822 blz. 2 betoogde mee dat de *last* van openbaren weg meestal niet publiekrechtelijk is, omdat in den regel niet kan worden aangetoond dat hij door de overheid is opgelegd, in welk geval alleen die last is een verhouding van den partikulieren grondeigenaar tot een publiekrechtelijk lichaam als zoodanig. Echter is het publiekrechtelijk karakter van den last van openbaarheid als van zelf sprekend aangenomen door H. R. 17 November 1892 en 3 Februari 1893, arresten beide vermeld Inleiding R. Org. blz. 390 v. o.—391 v. b., en implicite door H. R. 25 October 1870, geciteerd aldaar blz. 386 (55).

(55) In 's Hoogen Raads arrest van 15 Febr. 1918 W. 10242, N. J. 1918 blz. 385, A. R. B. 3 blz. 190, W. P. N. R. 2536, leest H. D. J(ONG), W. t. a. p. noot 3, dezelfde opvatting. Echter is daaromtrent uit dat arrest niets op te maken, te minder daar het betrof een gemeenteweg, waarbij van een last, drukkend op partikulieren grond, geen sprake kon zijn. Vgl. E. M. M., noot 4 op dit arrest in W. P. N. R. 2536 en L. v. PRAAG in W. 10256 blz. 3, waarbij vgl. H. D. J. aldaar blz. 4 (6°).

Voor het publiekrechtelijk karakter van den last van openbaarheid verklaarden zich mede Rb. Utrecht 11 Mei 1910 W. 9267, het O. M. bij den H. R. in concl. vóór het arrest van 28 Nov. 1913 (in noot 6 geciteerd) en implicite in die vóór H. R. 9 Febr. 1914 (mede t. a. p. vermeld). — Rb. Amsterdam 19 Nov. 1891 W. 6106, P. v. J. 1892 no. 56, meende in een geschil tusschen twee partikulieren over de openbaarheid van een weg, dat de eis cher, die de openbaarheid aanvoerde als eenige reden voor de onrechtmatigheid van het versperren van den weg door gedaagde, zijn vorderingsrecht ontleende aan een zuiver publiekrechtelijke bevoegdheid, uit de openbaarheid voortspuitende, en achtte de rechterlijke macht incompetent. Dit vonnis is vernietigd door Hof Amsterdam 24 Nov. 1893 W. 6425 en 6488, P. v. J. 1894 no. 75, W. B. A. 2335 en 2363, omdat was ingesteld de vordering uit art. 1401 B. W. Vgl. voor een dergelijk geschil tusschen partikulieren Rb. Middelburg 6 Mei 1868 W. 3262, R. B. 1870 blz. 207. Ook bij haar vonnis van 26 April 1881 W. 4713, R. B. 1881

En de feitelijke toestand brengt eveneens mee dat een

D blz. 80, P. v. J. 1881 no. 30, W. B. A. 1706, had de Amsterdamsche Rechtbank overwogen dat de bestemming van een weg tot openbaarheid niet privaats-, maar publiekrechtelijk is. Voorts is de meening dat de openbaarheid steeds is een publiekrechtelijke verhouding nog gehuldigd door Hof Leeuwarden 13 Jan. 1915 (noot 6 i. f. geciteerd), en implicite door Rb. 's-Gravenhage 25 Maart 1884 W. 5024, R. B. 1884 D blz. 103, W. B. A. 1832, alsmede bij verschillende Koninklijke Besluiten, o. a. die van 13 Sept. 1902 R. v. St. 42 blz. 1035, en van 3 Febr. 1903 *Stbl.* 66. — Hof 's-Hertogenbosch 20 Maart 1903 W. 8419, G.st. 2870 (12°.), W. B. A. 2995, noemde publiekrechtelijk de bevoegdheid om van een openbaren weg, *eigendom eener publiekrechtelijke gemeenschap*, naar zijn bestemming gebruik te maken. Maar boven is opgemerkt dat een openbare weg, als hier bedoeld, niet gelijk staat met zulk een over partikulieren grond. Vgl. over het Bossche arrest VITRINGA in R. Mag. 1907 blz. 18 noot 3.

Bij de hier genoemde rechterlijke beslissingen, die het publiekrechtelijk standpunt innemen, is intusschen te vergelijken de jurisprudentie in strafzaken, naar aanleiding van art. 6 Sv., volgens welke een beroep op het al dan niet openbaar zijn van een weg oplevert een geschilpunt van burgerlijk recht. Men raadplege op dit punt LÉON—TEIXEIRA en Supplementen, no. 27 op art. 6, en zie H. R. 3 Oct. 1887 W. 5476, R.spr. 174 § 4, v. d. Hon. Sr. 1887 bl. 316 en G. Z. 37 blz. 6, W. B. A. 2007; Hof Zuid-Holland . . Nov. 1855 W. 1706; Ktg. Enschedé 5 Sept. 1866 W. 3014, G.st. 821 en 885, W. B. A. 983; Ktg. Druten 17 Nov. 1893 W. 6433. — Dat de kwestie der openbaarheid in de strafzaak *niet* zou zijn een geschilpunt van burgerlijk recht, namen o. a. aan het O. M. bij den H. R. in concl. vóór het arrest van 23 Juni 1858 v. d. Hon. G. Z. 15 blz. 154; Rb. Amersfoort 22 Oct. 1857 W. 1919, G.st. 324, W. B. A. 443 (gecasseerd door H. R. 9 Febr. 1858 W. 1935, R.spr. 58 § 19, v. d. Hon. G. Z. 15 blz. 12, W. B. A. 456), en Ktg. Tiel 21 Dec. 1914 W. 9722.

De door mij in R. Mag. 1921 blz. 369 (vgl. blz. 370 aldaar) vermelde arresten van den H. R. van 25 Oct. 1895 en 21 Oct. 1907 hebben wel aangenomen dat de openbaarheidskwestie in het strafgeding is een geschilpunt van burgerlijk recht, maar zij deden dit op motief dat het beroep op openbaarheid, respektievelijk de ontkenning daarvan, betreft een geschil over eigendom. Daar dat ook

zakelijk burgerlijk *recht* van openbaren weg slechts bij uitzondering aanwezig is (56).

dan het geval is, indien de openbaarheid zelf een publiekrechtelijke verhouding mocht zijn, is het m. i. niet geheel zeker dat de H. R. toen bedoelde dit laatste te ontkennen. Ook het arrest van 10 Mei 1920, waarvoor ik naar blz. 371 t. a. p. verwijs, laat te dezen opzichte ruimte tot twijfel.

In de literatuur nemen het publiekrechtelijk karakter der openbaarheid van wegen aan DE JONGE, Admin. en Just. blz. 103—104; DE RANITZ in *Themis* 1866 blz. 57—58; JORDENS in N. Bijdr. 1873 blz. 131; VOS (in noot 1 geciteerd); LAND, Inleid. B. W. blz. 70; SCHEPEL (in noot 1 aangehaald) blz. 53—58 i. v. m. blz. 177; SUIJLING in *Themis* 1916 blz. 185—188; GOMBAULT t. a. p. blz. 91—92; v. DOORNINCK in R. Mag. 1908 blz. 547—548. Zoo ook VITRINGA in R. Mag. 1903 blz. 187 v. b. i. v. m. blz. 189. Hij is echter van meening veranderd, zie R. Mag. 1907 blz. 1—44, speciaal blz. 2—24, 33—38, en W. 8491 blz. 3. Vgl. W. B. A. 2821, 2822, W. 8488 blz. 4, en de belangrijke nota's van FEITH en SYBENGA in W. B. A. 3460-3462. — In Duitschland en Oostenrijk beschouwt men, evenals bij ons, den last van openbaarheid meestal als publiekrechtelijk. Zie o. a. GIERKE, Deutsches Priv. recht II blz. 24—26, 659—661 i. v. m. blz. 193—194 en I blz. 264; O. MAYER t. a. p. II blz. 96—98 i. v. m. blz. 205—207; OSSWALD (in noot 9 geciteerd) blz. 47—58; SCHELCHER (in noot 1 aangehaald) blz. 72—89; HAWELKA (mede in noot 1 geciteerd) blz. 14—15, 25—26. Vgl. FLEINER (in noot 1 geciteerd) blz. 148—149, 284, 295—296, 301—302, en diens *Ueber die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht* (1906) blz. 11—12, 15—17. — In anderen geest OERTMANN (in noot 9 geciteerd) blz. 387—398, gelijk ook REGELSBERGER en ENDEMANN (beide in dezelfde noot aangehaald).

Het recht van voetpad over zekeren grond, toekomend aan de ingezetenen van een bepaalde gemeente of gehucht, kan wel geleidelijk overgaan in dat van openbaren weg, maar zoolang dat niet is geschied, is het niet daarmee te vereenzelvigen. Dit recht is implicite als een burgerlijk recht beschouwd door H. R. 27 Juni 1848 W. 956 blz. 1 kol. 1—2, R.spr. 31 § 47, v. D. HON. Sr. 1848 II blz. 73, en uitdrukkelijk door het O. M. in concl. vóór H. R. 6 Dec. 1847 v. D. HON. Sr. 1847 II blz. 367. Zie echter in anderen zin H. R. 5 Dec. 1854 W. 1602, R.spr. 49 § 6, v. D. HON. Sr. 1854 II blz. 119;

§ 2. *Bevoegdheid der rechterlijke macht in geschillen
over openbare wegen*

In het voorafgaande is een enkel maal terloops ter sprake gekomen de competentie der rechterlijke macht voor ge-

H. R. 28 April 1858 W. 1954, R.spr. 59 § 18, v. d. Hon. Sr. 1858 I blz. 266, G.st. 350, W. B. A. 466; H. R. 29 Juni 1859 W. 2079 blz. 2 kol. 2, R.spr. 62 § 54, v. d. Hon. Sr. 1859 blz. 345; H. R. 24 Dec. 1861 W. 2340, v. d. Hon. Sr. 1861 blz. 445. — Vgl. GERMERSHAUSEN (in noot 1 geciteerd) blz. 21—22; GIERKE, Deutsches Priv. recht II blz. 31—32. — Omtrent wegen, toegankelijk voor ingelanden van een bepaald waterschap vgl. S., geciteerd in W. B. A. 3548 blz. 1 kol. 2.

(56) Vgl. blz. 311—312. Over een zakelijk burgerlijk recht van openbaren weg zie men in de eerste plaats de daarop betrekkelijke overwegingen in de arresten van den H. R. van 18 April 1902 (geciteerd Inleid. R. Org. blz. 398 noot 1) en van Hof Arnhem 27 Febr. 1907 W. 8604, W. P. N. R. 1982. Verder Hof Amsterdam 10 Jan. 1913 W. 9502, N. J. 1913 blz. 326, W. B. A. 3357—3358, W. P. N. R. 2302, sprekende van een uit eigendom voortspruitend recht, en daarom van oordeel dat de rechterlijke macht bevoegd is voor de vordering tot schadevergoeding bij wijze van herstel in den vorigen toestand, ingesteld door een gemeente, als hebbende beheer en opzicht over zekeren weg wegens zijn openbaarheid. Daardoor klaagde eischeres, volgens het Hof, niet [enkel] over schending van haar publiek recht van beheer, doch ook over die van het haar toekomend recht van openbaren weg. Hiertegen vgl. W. B. A. 3371 blz. 1 kol. 3, en 3388. In cassatie (H. R. 28 Nov. 1913, in noot 6 geciteerd) kwam de bevoegdheidsvraag niet op het tapijt. Vgl. in W. 9574 blz. 2 de noot 2 van E. M. M. op dit arrest, VITRINGA in R. Mag. 1919 blz. 37—43; v. S(LOOTEN) in W. P. N. R. 2576 blz. 180 kol. 2. — De voorstelling van het Amsterdamsche Hof, als ware er hier een uit den eigendom voortspruitend recht kan niet juist zijn. Een op den eigendom rustende last is niet een uit den eigendom voortspruitend recht. Evenmin is dat het recht van hem, jegens wien de grondeigenaar is gebonden. Ten onrechte begrijpt ook HAZELHOFF, Over de Competentie der Justitie (1889) blz. 48, onder uit den eigendom voortspruitende rechten, daarop klevende lasten.

Naar aanleiding van 's Hoogen Raads zooeven bedoeld arrest van 1902 zijn te vergelijken VITRINGA in R. Mag. 1907 blz. 33—38, en COHEN

schillen over openbaarheid van wegen. Te dien opzichte is nog de volgende jurisprudentie te vermelden. Zij betreft *a* eigendomsvorderingen, ter bescherming van den openbaren weg ingesteld door publiekrechtelijke lichamen, en *b* eigendomsvorderingen door partikulieren ingesteld, met betwisting der bestemming van hun grond tot openbaarheid. Vorderingen tot schadevergoeding wegens onrechtmatige inbreuk, hetzij op de openbaarheid, hetzij op eischers eigendom, zijn daarbij in de jurisprudentie vaak als eigendomsvorderingen behandeld (57).

Wat de zooveen met *a* aangeduide rubriek aangaat, overwoog de Hooge Raad bij zijn in noot 47 aangehaald arrest van 24 April 1868 dat gemeentewegen volgens art. 230 i. v. m. art. 229 Gem.wet naar het burgerlijk recht eigendom zijn der gemeente, en dat dus de rechterlijke macht bevoegd is voor de vordering tot het te niet doen eener inbreuk op het recht der eischende gemeente, door haar, op grond dat zij is eigenares van zekere wegen, althans daarop heeft een recht van erfdienstbaarheid, ingesteld tegen een spoorwegmaatschappij, als hebbende

in P. v. J. 240. VITRINGA citeert nog Hof Arnhem 31 Jan. 1900 W. 7462, inderdaad betreffende een voorbeeld van een door een gemeente bedongen privaatrechtelijken last van openbaren weg. Uitteraard bewijst dit voorbeeld niet dat elke last van openbaren weg datzelfde karakter moet hebben, maar wél de onjuistheid der bewering van SUIJLING in *Themis* 1916 blz. 172, als zou het recht van openbaren weg enkel aan de overheid kunnen toekomen: een partikulier kan toch een gelijk beding maken.

Tegen de leer van het civielrechtelijke zakelijke recht zie nog W. 9578 blz. 4 kol. 1—2; JORDENS in W. 9582 blz. 3; GOMBAULT in T. v. S. 27 blz. 67—71, en vooral SCHELTEMA, prft. blz. 68—80. Die leer is, behalve door VITRINGA, verdedigd door KAMERLINGH ONNES t. a. p., speciaal blz. 73—132.

(57) Vgl. in R. Mag. 1922 blz. 32—34, 42—44, hetgeen hierop betrekking heeft.

deze de wegen wederrechtelijk ingenomen voor haar spoorweg. Gelijk in noot 47 is gezegd, casseerde de Hooge Raad (die overigens van oordeel was dat geen wettelijke bepaling de stelling staafde dat een spoorweg openbare weg is) een arrest van het Limburgsche Hof van 16 September 1867. Het Hof had gemeend dat gemeentewegen eerst na onttrekking aan den openbaren dienst voorwerp van civielen eigendom kunnen zijn, en verder dat de strekking der ingestelde vordering (gericht op het te niet doen der gepleegde inbreuk) was de opheffing van een gedeelte van den spoorweg, en daarom van een openbaren weg, zoodat slechts het administratief gezag bevoegd was (58).

Bij deze arresten uit de jaren 1867 en 1868 van het Hof in Limburg en den Hoogen Raad is te vergelijken dat van het Arnhemsche Hof van 27 Februari 1907, boven reeds vermeld als aanvaardend de leer van het burgerlijk zakelijk recht van openbaren weg. Ten opzichte der competentie van de rechterlijke macht besliste dit arrest dat onder die competentie valt de vordering eener gemeente tot wegruiming van hetgeen gedaagde heeft gebouwd op een openbaren weg, aan eischeres „in eigendom toebehoorende”. Gedaagde had beweerd dat de dagvaarding kon worden opgevat als te stellen eigendom òf van den weg òf van een recht van openbaren weg. Het Hof onderzocht niet welke opvatting de juiste was, doch overwoog dat ook bij de tweede een civiel zakelijk recht door de gemeente was gesteld. Met deze overweging sloot het zich kennelijk aan bij die van het in dit opstel meermalen genoemde arrest van den Hoogen Raad van

(58) De overwegingen van het Hof, gesteld dat zij overigens juist zouden zijn, hadden moeten leiden tot een niet-ontvankelijkverklaring; zie Inleid. R. Org. IX no. 27, blz. 45.

18 April 1902 (dat betrekking had op een vordering uit art. 1401 B. W.) luidende dat, als een gemeente opkomt voor een recht van openbaren weg, welk recht zij beweert te hebben op eens anders grond, dit geschil niet publiekrechtelijk is, omdat zulk recht bestanddeel kan zijn van haar vermogen, en omdat het onderzoek over het bestaan van een last van openbaren weg een vraag van burgerlijk recht aan 's rechters oordeel onderwerpt, daar zulk een last den grondeigenaar beperkt in zijn eigendomsrechten, zoodat de rechterlijke macht bevoegd is kennis te nemen van het geschil (59). Daarentegen hield Rb. Amsterdam 6 Maart 1888 W. 5538, P. v. J. 1888 no. 46, G.st. 1920, W. B. A. 2034, de rechterlijke macht voor onbevoegd tot kennismening eener vordering, voor een gemeente ingesteld door een ingezetene, en strekkende tot verklaring dat zekere weg was een openbare gemeenteweg, en dat het plaatsen van een hek op dien weg door gedaagde was onrechtmatig, welke vordering niet was gegrond op burgerrechtelijke verbintenis uit overeenkomst of uit onrechtmatige daad. De Rechtbank beschouwde het geschil als publiekrechtelijk. Bij dit vonnis vergelijken men het in noot 47 vermelde Koninklijk Besluit van 25 Januari 1866, van meening dat de beslissing der vraag, of een pad is openbaar gemeente-eigendom, als zoodanig te brengen op den ligger van openbare wegen, niet betreft burgerlijke rechten der gemeente, en dus

(59) Naar aanleiding van dit arrest zie W. B. A. 2771 i. v. m. nos. 2777, 2812, 2816, 2821—2823. — In gelijken zin als de H. R. had beslist het toen aangevallen arr. Hof 's-Hertogenbosch 21 Mei 1901 W. 7645, G.st. 2612, W. B. A. 2730, met vernietiging van Rb. 's-Hertogenbosch 16 Maart 1900. Dit vonnis, waarvan de hoofdinhoud in het arrest van het Hof is weergegeven, achtte de rechterlijke macht slechts bevoegd voorzoover grondslag der vordering was het door de gemeente beweerde eigendomsrecht op den openbaren weg.

niet kan zijn voorwerp eener burgerlijke rechtsvordering, welke een ingezetene der betrokken gemeente voor haar wiide instellen.

Op een eigendomsvordering als boven met *b* aangeduid, door een partikulier ingesteld ter ontkenning dat zijn grond met den last van openbaarheid is bezwaard, heeft H. R. 16 Maart 1877 W. 4096, R.spr. 115 § 40, v. D. HON. B. R. 42 blz. 152, G.st. 1335, W. B. A. 1455 beslist als volgt (60). De vordering, ingesteld tegen het

(60) Bij het arrest van 1877 vgl. Inleid. R. Org. blz. 44. Voor de accessoire vordering tot doorhaling van den weg op den ligger zie aldaar blz. 94. — In gelijken geest als gemeld arrest van 1877 was gewezen het t. a. p. blz. 44 geciteerde van het Hof te Arnhem van 21 Juni 1876, waarbij was vernietigd Rb. Arnhem 9 Dec. 1875 W. 4009, R. B. 1876 D blz. 105. De Rechtbank meende in de eerste plaats dat artt. 148 en 150 Grw. 1848 in verband met art. 2 R. O. de grenzen aanwezen voor rechterlijk en administratief gezag, de rechterlijke macht geroepen tot beslissing van alle privaatrechtelijke, de administratie van alle administratieve geschillen, aldus onderscheidend tusschen publiek en privaatrecht. En ten tweede was de Rechtbank van oordeel dat de vraag, of iemands eigendom is bezwaard met den last van openbaren weg, en of de weg terecht op den ligger is geplaatst, niet oplevert een privaatrechtelijk, maar alleen een publiekrechtelijk geschil over een in het algemeen belang in het leven geroepen eigendomsbeperking. Daarom nam het vonnis incompetentie der rechterlijke macht aan. — Dezelfde Rechtbank had bij vonnis van 19 Sept. 1870 W. 3250, R. B. 1873 blz. 36, G.st. 994, in gelijken zin beslist als de H. R. in 1877 deed. Tegen dit vonnis van 1870 zie W. 3254 blz. 4, en DE JONGE in Bijdr. Staatsbestuur 17 blz. 358—360. — Het arr. H. R. van 1877 werd sedert door de Arnheemsche Rb. gevolgd, zie haar in een strafzaak gewezen vonnis van 4 Dec. 1877 W. 4202, W. B. A. 1495, en dat van 10 Juli 1885 W. 5270, G.st. 1864, W. B. A. 1926. In denzelfden zin Hof Arnhem 28 Dec. 1898 W. 7266, W. B. A. 2607, W. P. N. R. 1534, op dit punt bevestigend Rb. Arnhem 7 April 1898 W. 7164, G.st. 2461; Hof Amsterdam 20 of 21 Febr. 1913 W. 9468, N. J. 1914 blz. 591, G.st. 3225 (10°), W. P. N. R. 2286, en het vonnis a quo, Rb. Utrecht 11 Mei 1910 W. 9267. In cassatie was de competentievraag niet

administratief gezag om te hooren verklaren dat eischers grond niet is bezwaard met den last van openbaren weg, en dus ten onrechte als zoodanig op den ligger is ge-

aan de orde, en overwoog H. R. 13 Maart 1914 W. 9667, N. J. 1914 blz. 614, P. V. 1 blz. 408, G.st. 3291 (7°), W. B. A. 3418, ten aanzien van eischers ontvankelijkheid, dat de eigenaar gerechtigd is voor zijn grond vrijverklaring van den last van openbaren weg bij den rechter te vorderen. — Vgl. nog implicite Hof's-Gravenhage 7 Juni 1920 N. J. 1920 blz. 990; Rb. Leeuwarden 28 Juni 1917 W. 10298, G.st. 3496 (6°), W. B. A. 3621; Rb. Middelburg 17 Oct. 1917 W. 10218, N. J. 1918 blz. 535. Hof Leeuwarden 20 Mei 1891 W. 6163, G.st. 2119, W. B. A. 2242, overwoog in denzelfden zin als bovenstaande beslissingen. Zie ook hetzelfde Hof, arr. van 14 Sept. 1881 W. 4682, R.B. 1882 D blz. 5; de rechterlijke macht is competent voor de vordering eener gemeente, strekkende tot beslissing dat zij, als eigenares van een voetpad, liggend op het gebied der gedaagde gemeente, en door deze geplautst op den ligger der openbare wegen, gerechtigd is aan dat pad een andere bestemming te geven (hier tot jaagpad); vgl. Inleid. R. Org. blz. 679. Zoo ook implicite bij gelijken eisch tegen de provincie, Hof Leeuwarden 24 Febr. 1892 W. 6162, G.st. 2125 (contra O. M.: W. 6134), en het vonnis a quo, Rb. Groningen 12 April 1889 W. 5743. Vgl. nog Hof Leeuwarden 5 Nov. 1884 W. 5208. Toen echter had de eigenaar tegen een partikulier ingesteld een vordering tot ontkenning en van de openbaarheid en van een erfdienstbaarheid van weg over eischers grond. Het Hof overwoog dat die ontkenning niet betrof het onrechtmatig opleggen van den last van openbaren weg door het administratief gezag. Vgl. daarbij Rb. 's-Hertogenbosch 14 Febr. 1873 W. 3606, G.st. 1141: de rechterlijke macht is competent voor een vordering, die niet loopt over de vraag, of het brengen van een pad op den ligger van openbare wegen door een bestuur terecht geschiedde, noch strekt om een bestuursdaad door den rechter te doen verbeteren of bevestigen, doch loopt over de vraag naar de strekking van den ligger en zijn rechtsgevolgen voor eischers eigendom. — Verder nog in gelijken geest als het in den tekst vermelde arr. H. R. van 1877, Hof's-Hertogenbosch 28 Juni 1880 G.st. 1556, vernietigend het in tegengestelden zin gewezen vonnis Rb. Breda van 18 Febr. 1879 G.st. 1555. Vgl. voorts Rb. Assen 29 Dec. 1879 W. 4534, R. B. 1830 A blz. 56, W. B. A. 1629. Vgl. ook LOHMAN (in noot 44 geciteerd) blz. 89—90.

plaatst, heeft tot voorwerp het al dan niet wederrechtelijk bestaan of opleggen van het onus publicum van algemeen gebruik op iemands uitsluitend tot eigen gebruik bestemden eigendom. Het geschil hierover is een geschil over eigendom en daaruit voortspruitende rechten, want over deze gaat het bij de beantwoording der vraag, waarop het hier aankomt: of de eigendom, naar art. 627 B. W. vermoed vrij te zijn, bezwaard is met den zooeven bedoelden last, dan wel of de eigenaar gerechtigd is zoodanige bestemming aan zijn grond te geven als aan ieder onbezwaard eigenaar vrij staat. De rechterlijke macht is bevoegd tot kennisneming krachtens art. 148 Grw. [1848], waarop artt. 190 en 192 dier grondwet geen uitzonderingen behelzen. De provinciale verordeningen kunnen wel meebrengen opdracht aan het administratief gezag van de beslissing der geschillen, rakende het toezicht op de wegen, maar niet der geschillen over eigendom.

Betrof het zooeven geciteerde arrest van den Hoogen Raad van 1877 een liggerkwestie, dit was niet het geval met het hier volgende arrest van den Hoogen Raad van 9 Mei 1902 W. 7766, R.spr. 191 § 2, v. D. HON. B. R. 68 blz. 207, P. v. J. 156, W. B. A. 2763, overigens in gelijken geest gewezen als dat van 1877 (61). Het overwoog namelijk dit: daar geschillen met de overheid wegens door haar als zoodanig begane onrechtmatige inbreuk op eischers eigendom, in art. 2 R. O. niet zijn uitgezonderd, staat ter kennisneming der rechterlijke macht de vordering van een grondeigenaar tot herstel van den vroegeren toestand, ingesteld tegen een provincie, die

(61) Over de terminologie, zoowel van het arrest van 1877 als van dat van 9 Mei 1902 vgl. W. P. N. R. 2450 blz. 597 noot 2. Over laatstbedoeld arrest zelf zie W. B. A. 2763 en ARNTZENIUS in *Themis* 1902 blz. 488-489, tegen wien vgl. W. B. A. 2823.

door te graven in eischers grond volgens dezen zijn eigendom ten onrechte zou hebben behandeld als bezwaard met den last van openbare waterleiding. Grondslag dezer vordering is eischers onbezwaard eigendom, en het geschil heeft tot voorwerp het al dan niet wederrechtelijk opleggen van den last van openbaarheid, daar het strekt tot ontkenning van het recht van gedaagde om te handelen gelijk zij deed (62). Dit arrest verwierp het beroep in cassatie, ingesteld tegen dat van het Hof te 's-Hertogenbosch van 31 December 1900 W. 7541, waarbij was bevestigd Rb. 's-Hertogenbosch 29 December 1899 W. 7500, beide beslissingen in gelijken zin geweest (63). In denzelfden geest zie men voor bezitsvorderingen H. R.

(62) Men kan van meening zijn dat, gelijk het arrest van 9 Mei 1902 zegt, de vordering strekte tot ontkenning van het recht van gedaagde, en daarmee van den last van openbaarheid. Als men dien last voor publiekrechtelijk houdt, kan men dan hetzelfde aannemen voor het geschil. Maar ook dit neemt niet weg dat de vordering tevens strekte tot erkenning van den onbezwaarden eigendom, en dus althans *mede* civielrechtelijk was. En dat is voldoende voor de competentie der rechterlijke macht. Vgl. het in mijn opstel in R. Mag. 1922 blz. 20 te dezen opzichte opgemerkte. — Op gelijken grond zou, ontstond er twist over het bestaan van een recht van weg, als enkel toekomend aan de bewoners van een bepaald gehucht, ook indien men meent dat zulk een recht steeds publiekrechtelijk is, toch de rechterlijke macht m. i. competent zijn voor een vordering, waarbij de grondeigenaar eischt verklaring dat hij krachtens zijn eigendomsrecht den weg mag afsluiten ook voor gezegde bewoners.

(63) Mede in dien zin — al gold het toen geen openbaarheid — voor een vordering van een grondeigenaar als zoodanig tegen een polderbestuur tot herstel van een door gedaagde verbroken hek op eischers grond, waarover volgens gedaagde een jaagpad liep, terwijl de vordering steunde op ontkenning van den last van jaagpad, Hof 's-Hertogenbosch 11 Mei 1886 W. 5395, in zoover bevestigend Rb. Breda 12 Mei 1885 W. 5224.

23 December 1864 W. 2650, R.spr. 78 § 38, v. D. HON. B. R. 29 blz. 154, G.st. 695, W. B. A. 811 (64).

De hier aangehaalde rechterlijke beslissingen zijn geweest in burgerlijke procedures. Maar ook in strafzaken heeft de Hooge Raad meermalen overwogen dat de beslissing over de openbaarheid van een weg, als betreffende onttrekking van den weg aan het uitsluitend bezit, en dus ook aan de vrije uitoefening van het eigendomsrecht, alleen aan de rechterlijke macht behoort. Zoo niet enkel bij de in noot 55 vermelde arresten van 1895 en 1907, maar ook reeds vroeger bij die van 9 Februari 1858, van 20 Januari 1873, van 5 November 1883, van 3 October 1887, en van 20 November 1893, alle geciteerd Inleiding R.Org. blz. 385—386 (65), waarbij echter thans is te vergelijken de overweging in het, mede in noot 55 bedoelde, arrest van 10 Mei 1920 dat de beslissing van den administratieven rechter over de vraag, of een voetpad geplaatst zal blijven op den ligger van openbare wegen, ligt buiten het terrein van het burgerlijk recht. Deze overweging kan intusschen zoowel beteekenen dat de administratiefrechterlijke beslissing over de openbaarheid niet bindend is voor de rechterlijke macht, in welk geval zij in overeenstemming is met de vroegere jurisprudentie van den Hoogen Raad, als dat deze thans de openbaarheid niet hield voor een

(64) Zie ook implicite Rb. Zutphen, vonnissen van 29 Nov. 1877 W. 4300, W. B. A. 1536, en van 25 April 1878 W. 4300, G.st. 1416, W. B. A. 1520 en 1536, waartegen vgl. Red. in W. B. A. 1520; voorts voor een eigendomsvordering, waarbij de openbaarheid van een weg gedeeltelijk in geschil was, Rb. Breda 15 April 1902 W. 7793, G.st. 2664, W. B. A. 2781, bevestigd door Hof's-Hertogenbosch 24 Nov. 1903 W. 8023, G.st. 2743, W. B. A. 2857.

(65) Zie daarbij t. a. p. blz. 387—389. Voorts Ktg. Alphen en Ktg. Oosterbeek, vonnissen van 1884 en 1885, geciteerd t. a. p. blz. 390 v. b.; Ktg. Middelburg 18 Maart 1896 W. 6797.

rechtsverhouding, gelegen op het terrein van het burgerlijk recht (66).

Bij de zooeven vermelde overweging van den Hoogen Raad in 1920 vergelijkte men eene van het Koninklijk Besluit van 18 April 1870 R. v. St. 10 blz. 106 i. v. m. blz. 51 vlgg. en 67 vlgg. Ik bedoel de overweging in dit Koninklijk Besluit dat naar het Zuid-Hollandsche wegenreglement de Regeering de eindbeslissing had over de vraag, of een aangebrachte wijziging in den ligger van openbare wegen, al dan niet terecht was geschied (67).

(66) In Frankrijk wordt de rechterlijke macht onbevoegd geacht tot kennismeming van eigendomsvorderingen met betrekking tot openbare wegen zooals hiervóór in den tekst zijn bedoeld; vgl. CABANTOUS in *Revue crit. de lég.* 10 blz. 258; Cass. 9 Jan. 1872 D. P. 1872. 1. 41. — Voor Duitschland zie R.G. 15 Maart 1882 E. C. S. 6 blz. 207 - 208.

(67) Dit Kon. Besluit overwoog nog dat, indien een grondeigenaar er over klaagt dat een gemeentebestuur een weg heeft verlegd in strijd met art. 719 B. W., die klacht staat ter beoordeeling der rechterlijke macht, en niet van het administratief gezag. Het verdient opmerking dat in deze zaak de kwestie of in strijd met art. 719 was gehandeld, niet praejudicieel was voor de door Regeering te geven beslissing of de ligger der openbare wegen terecht was gewijzigd. Ware dit anders geweest, dan had in aanmerking moeten komen dat het administratief gezag ook vragen van burgerlijk recht, praejudicieel voor de beslissing omtrent den ligger, mag onderzoeken. Zoo zelfs de vraag, wie eigenaar is van den weg. Vgl. b.v. *Ged. Staten Zuid-Holland* 12 Febr. 1900 W. B. A. 2651, en de beslissing der *Ged. Staten van Gelderland*, waarover liep het Kon. Besluit van 29 Febr. 1896 R. v. St. 36 blz. 202 i. v. m. blz. 30.

Het Kon. Besluit van 24 Sept. 1901 R. v. St. 41 blz. 770 i. v. m. blz. 621—623 overwoog het volgende: het administratief gezag kan niet bij het opmaken der liggers van de openbare wegen een grondeigenaar, die beweert een recht van uitweg te hebben gehad op een door den gemeenteraad van den ligger afgevoerden weg, gelijk recht van uitweg verleenen op den nieuwen openbaren weg. Een private uitweg behoort niet thuis op den ligger van openbare wegen, en het verzoek, steunend op een beweerd recht van uitweg op den

Dit is in zoover juist dat de Regeering inderdaad de eindbeslissing heeft in de administratieve procedure. Deze heeft enkel tot voorwerp de in gemelde overweging bedoelde vraag, die het publieke recht der administratie betreft. Te dien opzichte bindt de beslissing der Regeering de administratie in haar geheel. Maar ingevolge art. 2 R. O. kan die beslissing ten aanzien der openbaarheid van den weg niet tevens bindend zijn voor den grondeigenaar, omdat, ook onafhankelijk van het rechtskarakter der openbaarheid op zich zelf beschouwd, de beslissing over die openbaarheid tevens loopt over den omvang van het eigendomsrecht. De koninklijke beslissing over de vraag naar de openbaarheid is niet bindend voor de rechterlijke macht. Wel is zij onafscheidelijk verbonden met die, waarom het in de administratiefrechtelijke procedure te doen is, of namelijk de weg op den ligger behoort te staan. Maar zij staat dan ook niet op zich zelf; zij is geen administratieve rechtspraak over de openbaarheid als zoodanig. Wel is zij integreerend deel van het voorwerp der beslissing ten deze in administratieve rechtspraak te geven. En het gaat niet aan te zeggen dat aan den administratieven rechter, die moet beslissen of een weg terecht op den ligger van openbare wegen is geplaatst, het onderzoek naar de openbaarheid zelf zou zijn onttrokken, omdat dit als zelfstandig geschilpunt zou staan ter uitsluitende competentie der rechterlijke macht (vgl. Inleiding R. Org. blz. 175 i. v. m. 174 en 176, en blz.

ouden weg, kan niet worden ingewilligd, daar over het bestaan van dat recht geen uitspraak kan worden gedaan door de Regeering. — Deze laatste motiveering was m.i. misplaatst, daar de vraag naar het bestaan van het recht van uitweg op den ouden weg louter praejudicieel zou zijn te beoordeelen voor de verlangde beslissing. Maar juist die beslissing mocht de Regeering niet geven; art. 715 B. W. wijst aan hoe verzoeker had moeten handelen.

200—202 i. v. m. 244—245 v. o.). Want zulk een onttrekking zou de competentie van den administratieven rechter voor de beslissing over het plaatsen op den ligger illusoor maken. Daarom moet m. i. hier een uitzondering worden aanvaard op het t. a. p. door mij verdedigde stelsel, en de aldaar meegedeelde zienswijze van BERNATZIK en LACOSTE voor dit uitzonderingsgeval als juist worden erkend, zoodat men moet zeggen: de administratiefrechterlijke beslissing over het plaatsen op den ligger heeft met betrekking tot de openbaarheid van den weg geen gezag van gewijsde, en van gebondenheid der rechterlijke macht op dit punt aan genoemde beslissing is er dan ook geen sprake (68).

(68) Met de bovenstaande opvatting over de verhouding van de beslissingen der Regeering tot die der rechterlijke macht aangaande openbaarheid van wegen, is die, verkondigd in W. B. A. 1805—1808 en 2000, tot op zekere hoogte verwant. Maar zij dekken elkaar niet geheel. Vgl. Inleid. R. Org. blz. 399.

Kerkbouw

(Art. 7 der wet van 10 Sept. 1853, Stbl. no. 102)

Onder bovenstaanden titel bevatte *Themis*, deel LXI, blz. 400—419, een opstel van mijne hand, waarin ik de Koninklijke besluiten betrekking hebbende op de toepassing van art. 7 der wet „tot regeling van het toezigt op de onderscheidene kerkgenootschappen” besprak.

Misschien zijn er onder de lezers die er belang in stellen te weten of sedert het verschijnen van dat opstel (1900) nog Koninklijke beslissingen betreffende Kerkbouw genomen zijn.

Het antwoord moet luiden: slechts drie.

Ik zal ze hier mededeelen en aan die mededeeling enkele opmerkingen vastknoopen.

I

Het eerste Koninklijk besluit is dat van 5 Mei 1909, no. 31.

Ged. Staten van Groningen hadden, met wijziging van eene beslissing van Burgemeester en Wethouders van Delfzijl, aan de brigade van het Leger des Heils aldaar verlof verleend tot het oprichten van een gebouw tot uitoefening van den openbaren godsdienst op het perceel kad. bekend Sectie C, no. 1854, der gemeente Delfzijl. De Kerkeraad der Nederduitsche Hervormde Gemeente aldaar had zich daardoor bezwaard geacht en was in hooger beroep gekomen.

Alvorens eene beslissing te nemen, hadden Burge-meester en Wethouders overeenkomstig art. 7 der wet van 10 September 1853 (*Stbl.* no. 102) een onderzoek omtrent de plaats van vestiging ingesteld en de Kerkeraden gehoord der Nederduitsche Hervormde Gemeente, der Nederlandsch-Israëlitische Gemeente, der Roomsch-Katholieke Gemeente en der Gereformeerde Gemeente, van wier kerken het terrein voor de oprichting bestemd binnen „den afstand van tweehonderd ellen” gelegen was. Van de zijde der Nederduitsche Hervormde Gemeente en der Roomsch-Katholieke Gemeente werden bezwaren ingebracht: zij vreesden, dat het gedruisch veroorzaakt door de luidruchtige godsdienstoefeningen van het Leger des Heils in hare kerkgebouwen zou binnendringen. Om aan die bezwaren te gemoet te komen, hadden Burge-meester en Wethouders de vergunning verleend onder voorwaarde, dat in het op te richten gebouw slechts godsdienstige bijeenkomsten zouden mogen worden gehouden totdat dit door Burgemeester en Wethouders in het belang der openbare orde of met het oog op het doordringen van gedruisch uit dat gebouw tot in eene bestaande kerk zou worden verboden.

Hierop kwamen de Kerkeraad der Nederduitsche Hervormde Gemeente en de stichting „het Leger des Heils” bij Gedeputeerde Staten in beroep.

De eerste appellant achtte het stellen der voorwaarde in strijd met de artt. 1 en 7 der wet op de kerkgenootschappen, en trachtte voorts aan te toonen, dat de godsdienstoefeningen in het kerkgebouw der Nederduitsche Hervormde Gemeente stoornis zouden ondervinden van die van het Leger des Heils en dat opeenhooping van menschen op het Kerkpad te duchten viel; weshalve zij van oordeel waren, dat de vergunning had behooren te zijn geweigerd. Het Leger des Heils verzocht, dat Gede-

puteerde Staten zich onbevoegd zouden verklaren, van het beroep der Nederduitsche Hervormde Gemeente kennis te nemen, op grond dat het Leger des Heils geen kerkgenootschap was; subsidiair, dat zij de gevraagde vergunning onvoorwaardelijk zouden verleenen.

Gedeputeerde Staten hebben daarop het volgende overwogen: dat art. 7 der wet zóó ruim is gesteld, dat daaronder ook vallen de niet aan kerkgenootschappen behorende gebouwen tot uitoefening van den openbaren godsdienst (1); dat de Kerkeraad der Nederduitsche Hervormde Gemeente in zijn beroep ontvankelijk is omdat de algemeene bewoordingen waarin art. 7 der wet het beroep van de beslissing van het gemeentebestuur toelaat, geen aanleiding geven, de meest belanghebbenden, namelijk de gemeenten welker kerken binnen 200 M. van de plaats van oprichting gelegen zijn, van het beroep uit te sluiten; dat de bestreden voorwaarde niet kan worden gehandhaafd, omdat art. 7 blijkbaar beoogt een overheidstoezicht voor eens bij de oprichting of inrichting van gebouwen; dat echter — zooals Gedeputeerde Staten nader betoogen — de verleende vergunning ook zonder voorwaarde kan worden gehandhaafd.

Nadat de Kerkeraad der Nederduitsche Hervormde Gemeente, in hooger beroep gekomen, zijne bezwaren nader had uiteengezet en toegelicht, daarbij o.a. aanvoerende, dat perceel C n^o. 1854 oude kerkgrond was die vóór

(1) Deze overweging is stellig juist, maar men vatte haar niet op in den zin dat art. 7 óók van toepassing zou zijn, als het (een geval waarmede men hier niet te maken had) de oprichting gold, niet van een gebouw bestemd voor godsdienstoefeningen van het Leger des Heils binnen 200 M. van een kerk, maar van een kerk binnen 200 M. van een gebouw gebruikt voor godsdienstoefeningen van het Leger des Heils. Art. 7 toch spreekt van «den afstand van tweehonderd ellen van eene bestaande kerk».

eenige jaren was verkocht onder voorwaarde dat er geen herbergen of danshuizen zouden mogen worden gebouwd, noch een gebouw voor het Leger des Heils gesticht, heeft het Koninklijk besluit van 5 Mei 1909 n°. 31 (1) het volgende overwogen:

„dat de gronden welke Ged. Staten van Groningen er „toegeleid hebben om aan de brigade van het Leger des „Heils te Delfzijl onvoorwaardelijk vergunning te verleen en „tot het oprichten van een gebouw tot uitoefening van „den openbaren godsdienst op het perceel n°. 1854 van „Sectie C der gemeente Delfzijl, juist zijn en Wij ons „daarmede kunnen vereenigen;

„dat toch wat het in beroep aangevoerde betreft, de „omstandigheid dat de tusschenliggende gebouwen huizen „van één verdieping zijn, deze niet minder geschikt „maakt om de voortplanting der geluiden tegen te houden, „daar volgens het naar aanleiding der aanvraag gehouden „onderzoek de godsdienstoefeningen van het Leger des „Heils in het te stichten nieuwe gebouw in een zaal ge- „lijkvloers worden gehouden;

„dat wijders de vrees voor opeenhooping van menschen „voor de vergaderzaal van het Leger des Heils en in „verband daarmede verstoring der openbare orde onge- „grond schijnt daar immers de bijeenkomsten van het „Leger des Heils gewoonlijk des avonds plaats vinden, „terwijl ook in de zeker uiterst zeldzame gevallen dat „deze gelijktijdig gehouden worden met de godsdienst- „oefeningen in de Nederduitsche Hervormde Kerk op- „eenhooping kan voorkomen worden, omdat, al is het „Kerkpad de meest gebruikelijke toegangsweg naar de „kerk, dit kerkgebouw gemakkelijk en zonder beteekenen-

(1) Raad van State, afdeling voor de geschillen van bestuur, XLIX blz. 667. Zie ook het verslag ald. blz. 127.

„den omweg langs andere toegangswegen bereikbaar is;
 „dat echter in verband met de aanvraag waarover het
 „onderzoek heeft geloopt, het gebouw, waarvoor het
 „verlof tot oprichting werd verleend, eenigszins nader
 „behoort te worden omschreven.”

Op grond van deze overwegingen werd, „met wijziging
 „in zooverre van de bestreden uitspraak en van de be-
 „schikking van Burg. en Weths. van Delfzijl, voor zooveel
 „die door de Ged. Staten is bevestigd, aan requestrante
 „het gevraagde verlof (verleend) tot het houden harer
 „samenkomsten in een daartoe op perceel n°. 1854 van
 „Sectie C der gemeente Delfzijl gelijkvloers op te richten
 „lokaal.”

II

Het tweede besluit is dat van 21 December 1912,
 n°. 45 (1).

Nadat Burgemeester en Wethouders van Peursum aan
 den Kerkeraad der Gereformeerde Kerk van Giessen-
 Oudekerk—Giessen-Nieuwkerk verlof hadden geweigerd
 tot het stichten van een kerk met pastorie op het terrein,
 kadastraal bekend, gemeente Peursum, sectie A n°. 777
 en 1022 aldaar, en tegen die weigering beroep was inge-
 steld, hebben Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland het
 volgende overwogen: dat de vergunning is geweigerd op
 grond dat het terrein voor de nieuw te bouwen kerk
 bestemd op nog geen 100 M. van een bestaand kerk-
 gebouw is gelegen; dat deze weigering door Burgemeester
 en Wethouders nader als volgt is toegelicht: „dat het
 terrein waarop men kerk en pastorie wil stichten wordt
 afgescheiden van het grondgebied der gemeente Giessen-

(1) Raad van State, afdeling voor de geschillen van bestuur, LIII, 18.
 Het verslag is opgenomen in dl. LII, blz. 1219.

Nieuwkerk door het riviertje de Giessen, hetwelk daar de grens tusschen beide gemeenten vormt en daar ter plaatse 16 M. breed is; dat tusschen de bestaande kerk en dat riviertje aan de overzijde van het bedoelde terrein zes huizen staan, en wel tweemaal twee aaneengebouwd en twee ieder afzonderlijk, terwijl er voor een van die huizen 4 niet hooge boomen staan; dat nu noch door de aanwezigheid van die huizen, die ook niet hoog zijn, noch door die boomen, het geluid hetwelk veroorzaakt wordt door het houden van godsdienstoefeningen in de nieuw te stichten kerk zal gedempt worden, terwijl de open gangen tusschen de huizen voldoende ruimte aanbieden tot doorlating van dat geluid, hetwelk bovendien door het water in het riviertje sterk zal worden voortgeplant; dat in de memorie van den Kerkeraad der Nederd. Herv. Gemeente van Giessen-Nieuwkerk c. a. er bovendien de aandacht op gevestigd wordt, dat het kloggelui in den toren van de te stichten kerk somtijds hoogst bezwaarlijk zal kunnen zijn"; dat het feit alleen dat de nieuw te bouwen kerk binnen 200 M. van eene bestaande komt te staan, geen grond oplevert om de vergunning tot het bouwen der nieuwe kerk te weigeren (1), vermits de wet alleen bij bouw van eene nieuwe kerk binnen 200 M. van eene bestaande, verlot van Burgemeester en Wethouders als vereischte stelt, en mitsdien in dat geval nader moet onderzocht worden of dusdanige vestiging van eene nieuwe kerk gevaar oplevert voor verstoring der openbare orde; dat uit het namens Ged. Staten ingesteld onderzoek omtrent de plaats van vestiging der

(1) Gedeputeerde Staten zien hier, naar het schijnt, voorbij, dat in het besluit van Burgemeester en Wethouders niet van 200 maar van 100 M. sprake was, d. i. niet de afstand in de wet genoemd, maar de helft daarvan.

nieuwe kerk en uit de door den Hoofdingenieur van den Prov. Waterstaat ingezonden schetsteekening is gebleken, dat de plaats der te stichten kerk zoodanig is, dat geen storende werking op de uitoefening van den godsdienst in een der beide gebouwen valt te vreezen; dat de mogelijkheid dat het klokkengelui van de eene kerk voor de bezoekers van de andere hinderlijk zij, geen grond voor de weigering der in art. 7 van de wet tot regeling van het toezicht op de onderscheidene kerkgenootschappen bedoelde vergunning kan zijn, vermits in art. 8 dier wet wordt voorzien in het geval dat het wenschelijk is in het belang der openbare orde en rust dat er geen klokkengelui in eene gemeente plaats hebbe.

Op grond dier overwegingen hebben Gedep. Staten de vergunning verleend.

Van hunne beslissing zijn èn Burgemeester en Wethouders van Peursum èn de Nederduitsche Hervormde Gemeente van Giessen-Nieuwkerk en Nieuw-Slingeland bij de Koningin in beroep gekomen.

Terwijl Burgemeester en Wethouders de vrees uitten, dat de stichting der kerk verstoring van de openbare orde ten gevolge zou hebben, betoogde de Kerkeraad der Nederduitsche Hervormde Gemeente, met uiteenzetting van den plaatselijken toestand en onder bestrijding van het rapport van den Hoofdingenieur, uitvoerig, dat hier wel degelijk stoornis te vreezen was bij het houden van godsdienstoefeningen in de Hervormde Kerk, nu het nieuwe gebouw nog geen 95 M. daarvan verwijderd zou zijn; dat die hinder vooral des zomers zou worden ondervonden, als in beide gebouwen deuren en ramen zouden worden opengezet, en als het gezang in het nieuwe gebouw door een flink kerkorgel zou worden begeleid; dat deze hinder bij het aan- en uitgaan der kerken zou kunnen leiden tot verstoring van de openbare orde door

de geprikkelde stemming waarin hij de kerkgangers zou brengen.

Het Koninklijk besluit verklaarde Burgemeester en Wethouders niet-ontvankelijk in hun beroep, uit overweging, „dat art. 7 der wet tot regeling van het toezicht „op de onderscheiden kerkgenootschappen, aan het gemeentebestuur een onderzoek in het belang der openbare orde en eene beslissing in eersten aanleg opdragende en het derhalve plaatsende in eene stelling waarin het niet als partij aangemerkt worden kan, daardoor „dat bestuur uitsluit van de bij hetzelfde artikel gegeven bevoegdheid om tegen de uitspraak van Gedeputeerde Staten bij (de Koningin) in beroep te komen”.

Ten aanzien van het beroep van de Nederduitsche Hervormde Gemeente werd overwogen:

„dat het bezwaar van appellante dat het gezang en orgelspel van uit de te stichten kerk zou doordringen tot en stoornis veroorzaken aan de godsdienstoefeningen in de Nederduitsch-Hervormde Kerk, niet voldoende gegrond is te achten;

„dat wel appellante zich beroept op eene overgelegde verklaring van eenige personen woonachtig in de onmiddellijke nabijheid, doch dat daartegenover eene verklaring is overgelegd van andere personen, eveneens in de nabijheid wonende, die het tegenovergestelde beweren;

„dat, bijaldien aan de verleende vergunning de voorwaarde wordt verbonden, dat bij het gelijktijdig houden van godsdienstoefeningen in de beide kerken „de ramen „en deuren aan de zuidzijde der Gereformeerde Kerk „dicht zullen moeten worden gehouden”, alleszins voldoende waarborg tegen de gevreesde stoornis zal worden verstrekt, te eerder nu uit een onderzoek voor zoover dit ter zake kon worden ingesteld, is gebleken, dat de plaats

„der nieuw te bouwen kerk zoodanig is, dat geen wezen-
„lijke storende werking op de uitoefening van den gods-
„dienst in de Nederduitsch-Hervormde Kerk behoeft te
„worden gevreesd”;

voorts, „wat betreft de vrees van appellante, dat, ge-
„geven de plaatselijke gesteldheid, de kerkgangers der
„beide kerken elkaar, bij het aan- en uitgaan der kerken
„zullen ontmoeten en daardoor de openbare orde zal
„worden verstoord, dat deze vrees evenmin gegrond is,
„dewijl de verkeerswegen in de nabijheid van beide ge-
„bouwen ruim genoeg zijn om aan de verschillende be-
„zoekers tot een behoorlijken weg te dienen en slechts
„een klein gedeelte van de kerkbezoekers gebruik maakt
„van de brug over de Giessen;

„dat er mitsdien geen reden bestaat het stichten der
„bedoelde kerk onder genoemde voorwaarde niet toe te
„laten.”

Dienvolgens „werd met handhaving voor het overige
„der bestreden beschikking van Gedep. Staten van Zuid-
„Holland”, aan de daarbij verleende vergunning toege-
voegd „de voorwaarde, dat bij gelijktijdige godsdienst-
„oefeningen in beide kerken de deuren en ramen aan
„de zuidzijde van de Gereformeerde Kerk dicht moeten
„worden gehouden.”

III

Het derde Koninklijk besluit is gedagteekend 18 Septem-
ber 1913 n°. 58 (1).

De stichting „Het Leger des Heils” had aan Burg.
en Weth. van Doesburg verzocht, samenkomsten te mogen
houden in het perceel Ooypoortstraat Wijk C nos. 22

(1) Raad van State, afdeling voor de geschillen van bestuur, LIII,
blz. 1123. Het verslag ald. blz. 884.

en 23 aldaar. De Kerkeraad der Gereformeerde Gemeente had daartegen bezwaar ingebracht, en Burg. en Weth. hadden het verzoek afgewezen. De stichting kwam daarop in beroep bij Gedep. Staten van Gelderland, die de weigering handhaafden, op grond dat de wetgever uitgaat van het beginsel dat in den regel gebouwen binnen 200 ellen van bestaande kerken niet voor de uitoefening van den openbaren godsdienst behooren te worden opgericht; dat, nu in dit geval de afstand tusschen genoemd perceel en de Gereformeerde kerk slechts p. m. 18 M. bedraagt en de godsdienstoefeningen in de twee gebouwen over het algemeen zouden samenvallen, het Gedep. Staten voorkomt, dat de Gereformeerde Gemeente in ernstige mate overlast zou ondervinden door het gebruiken van meergenoemd perceel voor uitoefening van den openbaren godsdienst vanwege het Leger des Heils.

Bij de Koningin in hooger beroep gekomen, voerde de stichting in hoofdzaak aan, dat art. 7 blijkbaar geen andere strekking heeft dan wrijvingen te voorkomen tusschen de aanhangers van verschillende gezindten, die zich in grooten getale naar de dicht bij elkander gelegen kerkgebouwen zouden begeven; en hinder door geraas of geruisch, zonder dat genoemd gevolg te duchten is, niet voldoende is om weigering van het verlof te wettigen; dat bovendien de gevreesde hinder denkbeeldig, althans minimaal is; dat het gelijktijdig plaats hebben van godsdienstoefeningen in beide gebouwen eer uitzondering dan regel zal zijn; dat de eerste overweging van Gedep. Staten niet strookt met de bedoeling des wetgevers.

In het Koninklijk besluit wordt overwogen:

„dat, in verband met het gewoon aantal der bezoekers „der Gereformeerde kerk, vrees voor opeenhooping van „mensen in de Ooypoortstraat geen overwegend be- „zwaar behoeft op te leveren tegen het verleenen van

„het gevraagde verlof, te minder omdat van opeenhooping
 „alleen sprake zou kunnen zijn in het zeker niet dikwijls
 „voorkomend geval, dat de godsdienstoefening in de
 „Gereformeerde kerk en de bijeenkomst in het gebouw
 „van het Leger des Heils niet alleen gelijktijdig plaats
 „hebben, maar ook op hetzelfde oogenblik afloopen;

„dat het bezwaar dat gezang en muziek van uit laatst-
 „gemeld gebouw doordringen tot en stoornis veroorzaken
 „aan de godsdienstoefeningen der Gereformeerde Gemeente
 „zal zijn weggenomen als bij het gelijktijdig plaats hebben
 „van godsdienstoefeningen in de Gereformeerde kerk en
 „van bijeenkomsten van het Leger des Heils de deuren
 „en ramen der benedenverdieping aan de straatzijde van
 „laatstgemeld gebouw dicht worden gehouden.”

Mitsdien is „goedgevonden en verstaan: met vernieti-
 „ging van het besluit van Ged. Staten van Gelderland
 „van 17 Dec. 1912, no. 94, en van het besluit van
 „Burgemeester en Wethouders van Doesburg van 1 Octo-
 „ber 1912, no. 3, aan de stichting „het Leger des Heils”
 „te Amsterdam verlof te verleen tot het houden van
 „samenkomsten in het perceel Ooypoortstraat Wijk C
 „nos. 22 en 23 te Doesburg, onder voorwaarde, dat, wanneer
 „eene samenkomst in dat perceel gelijktijdig plaats heeft
 „met eene godsdienstoefening in de daartegenover gelegen
 „Gereformeerde kerk, de deuren en ramen der beneden-
 „verdieping aan de straatzijde van meergemeld perceel,
 „zoolang de samenkomst duurt of zoolang daarin muziek
 „wordt gemaakt, dicht worden gehouden.”

IV

Deze Koninklijke besluiten geven mij, in verband met
 mijn vroeger artikel, een paar opmerkingen in de pen.

Het Koninklijk besluit van 21 December 1912 bewijst,
 dat de Regeering ten aanzien van de vraag, of het

gemeentebestuur dat het verlof geweigerd heeft, tegen een besluit van Gedep. Staten, waarbij, in beroep, het verlof verleend is, bij de Koningin in hooger beroep kan komen, aan de jurisprudentie getrouw gebleven is. Immers ook bij de Koninklijke besluiten van 28 Juli 1865, no. 68 en 19 April 1890 no. 44 was die vraag op den zelfden grond ontkennend beantwoord (1).

Voorts nemen de Koninklijke besluiten van 5 Mei 1909 en 21 December 1912, mede in overeenstemming met vroegere beslissingen in hoogste ressort, aan, dat het hooger beroep openstaat niet alleen voor den aanvrager, maar ook voor den eigenaar van het *bestaande* kerkgebouw (2).

Vervolgens maakt het Koninklijk besluit van 21 December 1912 geen melding van het *klokgebui*, waaromtrent Gedep. Staten — op het voetspoor van vroegere Koninklijke besluiten — hadden overwogen, dat een bezwaar daaraan ontleend geen grond kan opleveren om de vergunning te weigeren (3).

En ten slotte is in de Koninklijke besluiten van 21 December 1912 en 18 September 1913 aangenomen, dat het verlof voorwaardelijk kan worden verleend. Ook dit stemt overeen met vroegere beslissingen, waarmede ik indertijd verklaard heb mij te kunnen vereenigen (4), maar niet met het Koninklijk besluit van 5 Mei 1909 en ook niet met de meening van *De Gemeentestem* (5), die

(1) Zie *Themis* LXI 400 vlg. Anders *De Gemeentestem* nr. 2556.

(2) Zie ald. blz. 401, waar die beslissingen, zestien in getal, worden vermeld. Dat het beroep niet open staat voor den eigenaar van een kerkgebouw, dat meer dan 200 M. van het ontworpen gebouw afligt, spreekt van zelf. In dien zin is dan ook in 1906 door Gedeputeerde Staten van Friesland eene beslissing genomen (zie *Weekblad voor de Burgerlijke Administratie* nr. 3078).

(3) Aldaar blz. 414 heb ik die opvatting bestreden.

(4) Aldaar blz. 417 vlg.

(5) Nr. 3237, 7.

naar aanleiding van het Koninklijk besluit van 18 September 1913 opmerkte, dat de Kroon, naar haar voorkwam, ten onrechte was afgeweken van de opvatting gehuldigd in het vier jaar vroeger genomen besluit, en daarop deze woorden liet volgen: „Een verlot „tot het houden van „samenkomsten” zooals thans aan het L. d. H. verleend „is, kent de wet niet; zij geeft aan het openbaar gezag „slechts beslissingsrecht omtrent de oprichting of inrich- „ting van een gebouw tot uitoefening van openbaren „godsdienst, maar ten aanzien van het later gebruik van „het gebouw kent de wet aan de overheid geenerlei „zeggingsrecht toe en kunnen dus, naar ons voorkomt, „ook geen voorwaarden gesteld worden”.

Mr. C. BAKE

J.B. ZEYLEMAKER JNZ., *Overeenkomst en wilsovereenstemming*. — Acad. Proefschrift. — Leiden, 1921. 263 blz.

De regel, dat de afspraak tusschen twee partijen in het algemeen verbindend is voor het recht: nudus consensus obligat, hoewel thans zonder meer aanvaard, heeft niet immer gegolden. Door welke langdurige en moeilijke ontwikkeling hij tot rechtsregel is geworden, wordt in bovenvermeld proefschrift aan een onderzoek onderworpen. Daartoe gaat Schr. na de historische ontwikkeling van het contractenrecht van een West-Europeesch volk, waarbij hij zich in hoofdzak beperkt tot de contractsluiting, als zijnde deze in dit verband het punt, waarop het aankomt. Frankrijk is het land, waarvoor het onderzoek plaats vindt.

Na een beschrijving van den toestand van recht en maatschappij in West-Europa na den ondergang van het West-Romeinsche Rijk (H. I) komt Schr. voor het contractenrecht van dien tijd (H. II) tot de slotsom, dat wel enkele bouwstoffen voor het later recht worden gevonden, maar dat van een levend contractenrecht niet kan worden gesproken. Pas als het coutumiere recht in Frankrijk begint te ontstaan, vanaf ongeveer de 11e eeuw, wordt het contractenrecht belangrijker van inhoud. Voor de wijze van ontstaan van een overeenkomst komt Schr. (H. III) tot de conclusie, dat ook dit recht, zooals hij voor vroeger b.v. het Romeinsche, recht heeft gevonden, nog geheel op het standpunt stond, dat alleen aan het vormelijk contract verbindende kracht mag worden toegekend. Wel dringt reeds het beginsel door, dat de wilsovereenstemming het essentiele moment der overeenkomst is, dus zonder die consensus geen contract bestaanbaar is, maar slechts als zij gepaard gaat met bepaalde vormen, is zij verbintenisheppend. Op dit recht hebben verschillende invloeden gewerkt; allereerst het canonieke recht, beschreven in hoofdstuk IV. Kende men hierin al middelen om kracht aan het nudum pactum bij te zetten, deze liggen niet op civielrechtelijk terrein, zoodat zij op het geldend wereldlijk recht van weinig invloed konden zijn. Eerst veel later (14e eeuw) komt de regel pactum nudum actionem parit in het canoniek civielrecht tot meer algemeene toepassing, doch het belang daarvan zal eerst veel later blijken.

Doordat men bij systematisering van het geldend recht

van het Romeinsche rechtssysteem gebruik maakte, oefende het Romeinsche recht een steeds machtiger invloed uit: het contractenrecht werd, zooals Schr. in H. V beschrijft geheel Romeinsch-rechtelijk. Dit is evenwel het Romeinsche recht, zooals dit in dien tijd door de Postglossatoren werd geleerd, zoodat Schr. zich genoodzaakt ziet hun opvatting en voornamelijk ook die van de Glossatoren, op welke de hunne steunde, in het zesde hoofdstuk nader uiteen te zetten. Uitgaande van een van de Romeinsche opvatting afwijkend begrip van de obligatio naturalis, in dien zin n.l. dat er een dergelijke verbintenis aanwezig zou zijn, indien de redelijkheid dit eischt, is hun slotsom, dat naar billijkheid elk pactum een contract moest zijn, en daarom in elk geval door een pactum een natuurlijke band ontstaat. Door dan de vormen aan de totstandkoming van een contract verbonden steeds meer te vereenvoudigen en een groot aantal uitzonderingen te maken op den regel, dat het pactum nudum geen actie geeft, moeten de Glossatoren komen tot een vage, weinig zeggende definitie van het pactum nudum. Het is een pactum, waaraan door de bijzondere regels van het recht toevallig geen actie is verbonden; voorbeelden kunnen zij daarvan slechts met moeite geven. Hoewel zij dus practisch de moderne leer zeer dicht naderen, blijven zij aan de Romeinsche teksten vasthouden, zoodat zij theoretisch boven de vormelijkheid van het contract als principe niet kunnen uitkomen. De Postglossatoren bouwden op deze theoriën door, zochten nieuwe verklaringen, maar tot een meer practische opvatting kwamen ook zij niet.

Hoe de nieuwe leer dan wel tot gelding kwam, wordt in het zevende hoofdstuk uiteengezet. De praktijk, het verkeer, de opbloeiende handel voelde de vormelijkheid der contractsluiting als een knellende band. In de canonicke rechtspraak, waarin door de vrijheid tegenover het Romeinsche recht en door den invloed der christelijke leerstellingen de nieuwe leer werd toegepast, vonden handel en verkeer den verlangden steun. Om aan deze concurrentie het hoofd te kunnen bieden is de wereldlijke rechtspraak steeds meer gedrongen om, hoe zij zich ook verzette, het beginsel te aanvaarden. De theorie vond geleidelijk aanpassing door de langzaam aan tot stand komende verandering in het causabegrip. Had oorspronkelijk het pactum nudum de beteekenis van nudum *a solemnitate*, doordat causa de beteekenis verkreeg van economischen rechtvaardigingsgrond, kon men er toe komen pactum nudum op te vatten als pactum nudum *a causa*. Dan wordt geen vorm meer vereischt, maar is wilsovereenstemming, verbonden met het *innerlijk* vereischte der causa voldoende, dus nudus consensus obligat.

Na zijn heldere geschiedkundige beschouwingen omtrent

de wijze van contractsluiting en de theoriën daaromtrent, totdat de moderne regel in de praktijk van het recht werd aanvaard, trekt Schr. zijne conclusie. Deze is als volgt (blz. 259): „De doordringing van het door het Canonieke recht, en dus in het algemeen door de geestelijkheid gepropageerde ethische beginsel van de trouw aan het gegeven woord, waaraan verbonden de voorstelling van de mogelijkheid dit beginsel door het recht gelding te verschaffen in het Canonieke recht; daarnaast de steeds toenemende behoefte, die zich in elke zich ontwikkelende maatschappij uit, om zonder hinderlijke vormen contracten te kunnen sluiten zijn de maatschappelijke drijfveeren geweest (die tot erkenning van het beginsel hebben geleid).” Hoezeer de lof over den goeden invloed van het Canonieke recht en van de Christelijke leerstellingen te rechtvaardigen is, zou ik toch de volgorde in deze conclusie willen verwisselen. Een ethisch godsdienstige regel wordt niet door oplegging tot rechtsregel, althans niet in het contractenrecht. Dit is, zooals Schr. terecht opmerkt, „meer dan elk ander deel van het recht een product van practische behoeften.” Ook volgens de beschrijving van Schr. kwam het in het Canonieke recht eerst tot toepassing van den regel nudus consensus obligat als regel van burgerlijk recht, toen de praktijk door de eischen van het verkeer bij dat recht om hulp kwam. Het is de groote verdienste van het Canonieke recht, dat het in de ethische regels der Kerk de middelen had om den verlangden steun te bieden.

Aan de waardeering voor het geleverde werk doet deze opmerking evenwel niet in het minst af.

A. RUYS

H. CRAANDIJK, *Het koopcontract in den overzeeschen handel.* — Academisch proefschrift.
— Utrecht, 1921.

Er werd reeds dikwijls de aandacht op gevestigd, dat in de literatuur, en meer in het bijzonder in de handboeken, aan de f. o. b.- en c. i. f.-contracten slechts in zeer beperkte mate aandacht wordt gewijd; tusschen de beteekenis, welke die contracten voor het practische rechtsleven hebben en de plaats, die zij in de theoretische beschouwingen plegen in te nemen, bestaat eene geduchte onevenredigheid en voor menig jurist heeft eerst kennismeming van de practijk aan de genoemde lettercombinaties leven en inhoud gegeven. Het is daarom alleszins te begrijpen zoowel als toe te juichen, dat Mr. CRAANDIJK, die klaarblijkelijk groote belangstelling heeft voor en ook reeds voeling hield met het internationale handelsverkeer, zich aangetrokken gevoelde tot de taak, het juridisch karakter der f. o. b.- en c. i. f.-contracten te bepalen en daarbij, hetgeen tot dusverre in monografieën en rechterlijke of arbitrale vonnissen werd neergelegd, tot een systematisch geheel te verwerken.

Schr. vat de f. o. b.- en c. i. f.-contracten, zoomede eenige varianten daarvan, samen onder den naam „koopcontracten in den overzeeschen handel”; de eerste vier hoofdstukken van zijn proefschrift zijn voor een belangrijk deel gewijd aan de vaststelling van het gemeenschappelijk karakter dier contracten.

Vooropgesteld wordt, dat het criterium, waarnaar moet worden beoordeeld, of een contract den „overzeeschen handel” betreft, niet moet gezocht worden in het enkele feit, dat verkochte goederen over zee worden aangevoerd; een koopcontract betreffende goederen, uit Amerika afkomstig, doch door den verkooper te leveren in Amsterdam, valt mitsdien buiten het kader van het proefschrift. Deze beperking is op zich zelve alleszins rationeel, al mag wellicht betwijfeld worden, of zij in de woorden „overzeesche handel” zelve ligt opgesloten.

Van een „koopcontract in den overzeeschen handel” spreekt Schr., wanneer „de positie van partijen ten opzichte van het „zeevervoer der goederen deel uitmaakt van het geheel van „rechtsbetrekkingen, uit het koopcontract voortvloeiend”. De

vraag zou, dunkt ons, kunnen rijzen, of deze definitie wel voldoende scherp en afdoende is. Het is, wij wezen er reeds op, Schr.'s bedoeling, onder koopcontracten in den overzeeschen handel te verstaan de f. o. b.-, de c. i. f.-contracten en eenige tusschenvormen daarvan. Het c. i. f.-contract nu valt inderdaad onder de gestelde definitie; men kan zeggen, dat dit contract de positie van beide partijen ten aanzien van het vervoer regelt in zooverre als de zorg voor dat vervoer berust bij den verkoper, het risico bij den koper. Omvat de definitie evenwel ook ieder f. o. b.-contract en sluit zij andere koopcontracten dan deze twee en de door Schr. behandelde varianten daarvan, uit? Schr. is van oordeel, dat contracten met de conditie, „levering in overzeesch land” (eerste kosten-contract) en „levering in land van bestemming” in den zin zijner definitie niet als overzeesche contracten moeten worden beschouwd. Indien dat echter juist is, waarom is dan het f. o. b.-contract, dat toch eigenlijk van het eerste-kosten-contract alleen in zooverre afwijkt, als de plaats van levering, in stede van in verkoopers pakhuis, aan scheepsboord is, te allen tijde wél een overzeesch contract? De positie van partijen ten opzichte van het zeevervoer, wordt door een dergelijk contract, in het bijzonder wanneer de eigendom der goederen terstond na de aflading op den koper overgaat — hetgeen, naar wij zullen zien, volgens Schr.'s opvatting steeds het geval is — toch eigenlijk alleen in negatieve zin geregeld, in zooverre, als uit het feit, dat de verkoper kan volstaan met de goederen aan scheepsboord te leveren, feitelijk voortvloeit, dat het zeevervoer ten laste van den koper komt; maar dat is ten aanzien van het eerste-kosten-contract eveneens het geval. Wat hiervan intuschen zij, de quaestie van de al dan niet juistheid der bovenweergegeven definitie is niet van overwegend belang en is voor den eigenlijken inhoud van Schr.'s proefschrift — behandeling der f. o. b.- en c. i. f.-contracten — ook niet of nauwelijks van beteekenis. Het staat immers in ieder geval vast, dat de f. o. b.- en c. i. f.-contracten de in den overzeeschen handel meest gebruikelijke typen van overeenkomst vormen en in die feitelijke omstandigheid is reeds voldoende aanleiding te vinden om, gelijk Schr. heeft gedaan, ze van de overige koopcontracten af te scheiden en afzonderlijk te behandelen.

Aan zoodanige afzonderlijke behandeling is het bijzondere — verreweg omvangrijkste en belangrijkste — deel van het proefschrift gewijd; het is gesplitst in drie hoofdstukken, waarin achtereenvolgens worden besproken het f. o. b.-contract, het c. i. f.-contract en ten slotte eenige afwijkingen van deze zuivere contractstypen. Ten aanzien van elk van deze soorten van overeenkomst behandelt Schr. vragen als die van levering,

eigendomsovergang, risico, specificatie, contrôle en reclame, daarbij uitgaande van de, thans vrijwel algemeen aanvaarde, opvatting, dat de beteekenis der betreffende bedingen niet beperkt is tot een prijsregeling, maar ook en vooral betrekking heeft op de plaats van levering en op het risico. Aan de wijze, waarop Schr. deze vragen beantwoordt, moge thans een oogenblik de aandacht worden gewijd.

Allereerst de quaestie van de levering en den eigendoms-overgang.

Met betrekking tot het f. o. b.-contract stelt Schr. vast, dat 's verkoopers verplichting bestaat in en beperkt is tot het brengen der goederen aan boord van een door den koper te stellen schip. Hij wijst er op, dat de practijk der vaste stoomvaartlijnen en de ontwikkeling van het scheepvaartverkeer er somwijlen toe leidt, dat het den verkoper onmogelijk is, *aan* boord te leveren, en dat hij daarom moet volstaan met levering langs boord, aan kade of in loods, van welke plaatsen de vervoerder de goederen, indien hij den tijd van laden gekomen acht, in het schip brengt. Terecht concludeert Schr., dat zulks in het karakter der f. o. b.-conditiën geen principieele wijziging brengt; het gebied, waarover de inlading geacht wordt, zich uit te strekken, is in dergelijke gevallen verruimd; de verkoper brengt, waar het vervoer op zoodanige wijze is gemoderniseerd, de goederen weliswaar niet in letterlijken zin aan boord, maar wel onder het bereik van het schip. Levering bij het f. o. b.-contract heeft dus plaats op het oogenblik, dat de verkoper de goederen inlaadt of aan den vervoerder toevertrouwt.

Met betrekking tot het c. i. f.-contract komt Schr. ten aanzien van de levering tot geheel dezelfde conclusie; ook hier heeft de levering plaats bij inlading en alzoo in de afscheep-haven. Als argument voor deze stelling wordt gewezen op de handelsopvatting, die het c. i. f.-contract beschouwt als een f. o. b.-contract vermeerderd met eene regeling omtrent assurantie en vracht, zoodat met betrekking tot de levering tusschen beide geen verschil bestaat. Ook worden verschillende rechterlijke en arbitrale uitspraken geciteerd, waarin eveneens wordt aangenomen, dat levering bij het c. i. f.-contract geschiedt ten tijde en ter plaatse van de aflading.

Is aldus ten aanzien van beide contracten de vraag omtrent tijd en plaats van levering beantwoord, dan is daarmede, naar Schr.'s oordeel, de quaestie van den eigendomsovergang tevens beslist; levering en eigendomsovergang immers staan z. i. in onverbrekkelijk verband. Schr.'s conclusie is derhalve, dat bij het f. o. b.- zoowel als bij het c. i. f.-contract de eigendom der goederen terstond na inscheping op den koper overgaat.

Het aanvaarden van deze consequentie doet den Schr. intusschen op een merkwaardige moeilijkheid stuiten. Bijkans ieder c. i. f.-contract toch gaat uit van de veronderstelling, dat de verkoper in het bezit is van de documenten, op het vervoer betrekking hebbend, en deze, meestal tegen betaling, aan den koper heeft te leveren. Dit geschiedt geenszins noodzakelijk op het oogenblik der inlading, integendeel practisch immer daarna. De gangbare leer neemt voorts aan, dat de eigenaar der documenten de eigenaar der goederen is en dat mitsdien overdracht der documenten overdracht der goederen beteekent. De vraag rijst dan echter, welke regel nu primeert: die, volgens welke de eigendom der goederen bij de inlading, dan wel die, volgens welke die eigendom bij de overdracht der documenten overgaat. De Schr., die juist in dit verband zijn oor bij de practijk te luisteren legde en vernam, dat men de levering geschied achtte bij aflading, is van oordeel, dat aan den eerstgenoemden regel de voorrang behoort te worden toegekend en dat het mitsdien bij het c. i. f.-contract niet de overdracht der documenten is, die den eigendom der goederen doet overgaan. Teneinde deze beschouwing met de algemeene opvatting omtrent de beteekenis van overdracht van zakenrechtelijke papieren in overeenstemming te brengen, oppert hij een systeem, volgens hetwelk de c. i. f.-verkoper, die immers de vracht ten behoeve van den koper bezorgt, het cognossement als lasthebber van den koper ontvangt en onder zich houdt; de koper verkrijgt dus terstond den eigendom door middel van den verkoper, welke laatste de documenten krachtens een recht van retentie tot de betaling onder zich houdt.

Wij hebben bij het lezen en herlezen van deze beschouwingen steeds een zekeren tegenzin gevoeld tegen het aanvaarden van Schr.'s opvattingen in dezen. Een bepaalde onjuistheid kan daarin niet worden aangetoond. Het *is* natuurlijk mogelijk, den eigendom van documenten te verkrijgen door middel van een derde en het *is* mogelijk, de bedoeling van partijen bij het c. i. f. contract aldus te interpreteren, dat na inlading de verkoper de documenten voor den koper onder zich houdt. Intusschen laat zich uiteraard met geheel hetzelfde recht die bedoeling ook in anderen zin uitleggen, te weten, dat de verkoper eigenaar der documenten blijft totdat hij deze — in den regel tegen betaling — aan den koper levert; de omstandigheid, dat de verkoper ten gerieve van den koper voor het vervoer zorgt, pleit daar allermint tegen. Tusschen deze twee stellingen behoort dus een keus te worden gedaan. En nu is het onze indruk, dat Schr. de zijne gedaan heeft alleen op grond van deze overweging, dat de practijk nu eenmaal levering — *en dus eigendomsovergang* — geschiedt acht ten tijde en ter

plaats van de afschepping. Neemt men dit als uitgangspunt aan, dan is inderdaad de door Schr. geopperde constructie de eenige, die harmonie brengt tusschen de eischen der practijk en de leer betreffende de levering door middel van zakenrechtelijke papieren.

Daaruit volgt echter tevens dat, zoo nu eens bleek, dat dit uitgangspunt onjuist is en dat, al moge dan de feitelijke bemoeiing van den verkooper ten aanzien van de goederen door de practijk worden geacht te zijn beperkt tot de inlading, daarmede allerminst is bedoeld, dat die inlading tevens beslissend is voor den eigendomsovergang, er alsdan aanmerkelijk minder aanleiding bestaat, de keuze te doen in den zin, waarin Schr. haar deed. Dan is er integendeel alles voor te zeggen, zich aan te sluiten aan de bestaande en tot dusverre beproefd gebleken regelen, volgens welke de overdracht der documenten den overgang van den eigendom der goederen beheerscht; dan kan de toch zeker ingewikkelde (1) constructie, volgens welke de verkooper de documenten met recht van retentie voor den koper houdt, vervallen en plaats maken voor de meer eenvoudige beschouwing, die den verkooper eigenaar doet blijven, totdat hij, tegen betaling, de documenten aan den koper heeft overhandigd. En dan wordt tevens — het is van belang, daarop te wijzen — eene consequentie vermeden, die uit Schr.'s theorie voortvloeit, doch die, naar onze bescheiden meening, reeds op zich zelve twijfel aan de juistheid dier theorie rechtvaardigt. Die consequentie wordt door Schr. zelve behandeld aan de hand van de volgende casus-positie: een c. i. f. verkooper, die goederen verscheept heeft, als gevolg waarvan de eigendom dier goederen op den koper is overgegaan, verkoopt de documenten aan een tweeden koper. Eigenaar der goederen en mitsdien gerechtigde tot ontvangst is nu niet de eigenaar der documenten, de tweede koper, doch de eerste c. i. f. koper, immers, deze was reeds sinds het oogenblik der inlading eigenaar. Het komt ons voor dat, indien Schr. de meening van den handel ook omtrent deze consequentie eens had ingewonnen, hij aanleiding zou hebben gevonden zijn bovenvermelde beschouwingen te herzien; de leer dat de — zelfs bona fide — houder van documenten moet achterstaan bij den eersten koper, zal o. i. van die zijde, waar

(1) Het is in dit verband zeker merkwaardig, te citeeren, hetgeen Schr. in ander verband, nl. ten aanzien van de specificatie, omtrent eenzelfde constructie opmerkt, blz. 125: «Maar liever dan de ingewikkelde constructie dat eigenlijk koper aan die specificatie actief moet medewerken, dat hij dit niet kan en dat nu verkooper zijn gemachtigde daartoe is, houden wij ons aan de simpele partijbedoeling, nl. enz.»

men in het algemeen op een ongeschokt vertrouwen in zakenrechtelijke papieren zoo hoogen prijs stelt, met weinig warmte worden begroet.

Ons wil het voorkomen, dat Schr.'s opvattingen omtrent den eigendomsovergang inderdaad herziening behoeven. Zijn fout is o.i. deze, dat hij geen onderscheid heeft gezien tusschen levering in den feitelijken zin van contractsvervulling en levering in den zin van *modus acquirendi dominii*. Voor hem zijn beide identiek en daarom concludeert hij dat, zoodra de verkooper de goederen gebracht heeft daar, waar hij ze volgens contract behoort te brengen, ook tevens de eigendom overgaat. Daarbij is het hem niet ontgaan, dat de hier bedoelde levering niet, althans niet steeds en niet noodwendig, de goederen in de macht van den koper brengt en dat derhalve naar regelen van positief recht de eigendom door *die* levering dan ook niet steeds en noodwendig overgaat, doch hij is van oordeel, dat die positieve rechtsregelen door de bedoeling van partijen worden op zij gezet; op blz. 45 wordt ten aanzien van het f. o. b. contract uitdrukkelijk gesteld: „Ons uitgangspunt bij de bespreking is de vrijheid „van partijen, om naar eigen inzicht den eigendomsovergang „bij contract te bepalen”. Wij achten het twijfelachtig, of een dergelijke stelling ooit aanvaardbaar is; maar indien zij het is, dan toch alleen, wanneer wordt aangetoond, dat tusschen de eischen, die het handelsverkeer ten aanzien van de hier besproken contracten stelt en de normale rechtsopvattingen, op geen andere wijze verzoening mogelijk is. Wij voor ons zijn van oordeel, dat het tegendeel het geval is.

Wat bedoelt de practijk, indien zij spreekt van levering in de afscheephaven? Heeft zij daarbij het oog op levering in den zin van een *modus acquirendi dominii*, op levering die — althans naar Nederlandsch recht — den eigendom doet overgaan? Of is het niet veeleer waarschijnlijk, dat zij zich daarbij heeft beperkt tot eene omschrijving van het feitelijk gebeuren, tot het constateeren mitsdien van verkoopers verplichting, de goederen aan boord van het schip te brengen? O. i. moet de vraag in laatstgenoemden zin worden beantwoord; de practijk, in de hier bedoelde gevallen sprekende van levering, heeft daarbij het oog op de feitelijke zorg van den verkooper voor de goederen, op, naar Schr. zelf het op blz. 28 uitdrukt, „het vervullen door den debiteur van zijne verbintenis”. Maar indien dat juist is, dan is onjuist de conclusie, die Schr. even later daaraan hecht te weten: „Eigendom gaat over door levering” (scil. de hier bedoelde levering). Want de hier bedoelde levering *kan*, maar *behoeft* allerminst samen te vallen met de levering in den zin van *modus acquirendi dominii*, de levering, die de goederen in de macht van den koper doet overgaan.

Men behoeft ter staving dier stelling niet eenmaal aan een f. o. b.- of c. i. f.-contract te denken. Ook bij een gewoon koopcontract komt het voor, dat de verkoper zijn verplichting nakomt, en mitsdien in *dien* zin levert, doch de koper, b. v. omdat hij zich aan zijn verplichtingen wil onttrekken, nalaat te ontvangen, zoodat van een levering, die eigendoms- overgang ten gevolge heeft, geen sprake is. Niet anders bij de f. o. b.- en c. i. f.-contracten; de enkele omstandigheid, dat de verkoper ter vervulling zijner verplichtingen de goederen aan boord brengt, doet den eigendom niet overgaan; men kan wel zeggen, dat de verkoper leverde, maar dan gebruikt men het woord leveren in den zin van contracts-ervullen. De vraag, of *deze* levering den eigendom doet overgaan, wordt niet beheerscht door contractueele bepalingen, in het bijzonder dus ook niet door de clausules „free on board” of „costs, insurance, freight”, maar door regelen van positief recht en mitsdien is daarvoor, althans waar Nederlandsch recht van toepassing is, beslissend de vraag, óf de goederen in de macht van den koper zijn gekomen. Die vraag is van feitelijk aard en niet voor alle gevallen in gelijken zin te beantwoorden.

De eenvoudigste — overigens vrij ongebruikelijke — casus-positie is deze, dat bij een f. o. b.-contract de koper met eigen schip de goederen komt halen; het afleveren der goederen door den verkoper is dan tevens levering, die den eigendom doet overgaan, omdat de koper de directe macht over de goederen erlangt. Maar ook zoo de koper met betrekking tot de goederen een vervoerovereenkomst sloot, zal wel haast altijd de eigendom bij inscheping op hem overgaan, omdat, volgens de algemeene regelen van bezitsverkrijging door middel van derden, de vervoerder gehouden moet worden de goederen voor den koper onder zich te hebben.

Bij het c. i. f.-contract is de toestand daarom een andere, omdat het de verkoper en niet de koper is, die de vervoerovereenkomst sluit; mitsdien houdt de vervoerder de goederen voor den verkoper en niet voor den koper, tot tijd en wijle de koper tot de vervoerovereenkomst is toegetreden. Heeft de vervoerder zich in het cognossement verbonden tot uitlevering van de goederen aan den houder van het cognossement, en mitsdien a priori de persoon, voor wien hij de goederen houdt, geïdentificeerd met dien houder, dan gaat de eigendom der goederen op den koper over, zoodra hij de documenten van den verkoper heeft ontvangen.

Wij herinneren aan deze verschillende wijzen van eigendoms- overgang, niet omdat zij niet overbekend zouden zijn, maar teneinde nog eens in het licht te stellen, dat de bedingen f. o. b. en c. i. f. omtrent den eigendoms- overgang niets beslissen, zooals trouwens in het algemeen de vraag,

of eigendom is overgegaan, aan de hand van de contractsbepalingen alléén niet is te beantwoorden. Wanneer Schr. dan ook — blz. 98—99 — er op wijst, dat het gevolg der door ons verdedigde opvatting is, dat, al naar mate men het eene of het andere c. i. f. contract heeft, de eigendom op verschillende tijdstippen overgaat, dan zien wij in die consequentie niets bevreemdends, doch achten wij haar integendeel in overeenstemming met den algemeenen regel, dat eigendoms- overgang niet direct en alleen afhankelijk is van contractueele bepalingen.

Uit een en ander volgt o. i., dat toepassing van de bestaande bepalingen omtrent eigendomsovergang tot een volmaakt aannemelijke en bevredigende regeling leiden; dat het derhalve, teneinde tot zulk een regeling te geraken, allermint noodig is, om af te wijken van het beginsel, dat eigendom slechts overgaat, indien het goed in de macht van den koper is gekomen of wel om eene constructie te aanvaarden, volgens welke de verkoper de documenten voor den koper onder zich houdt. Op hem, die betoogt, dat deze regeling niet aannemelijk of bevredigend is, rust de bewijslast daarvan en dit bewijs is door Mr. CRAANDIJK niet bijgebracht. Zijn hoofdargument, als zou de opvatting der practijk omtrent de levering in de afscheephaven beslissend zijn voor den eigendomsovergang, achten wij voldoende weerlegd; van andere motieven, op grond waarvan de practijk de door Schr. verdedigde opvatting wenschelijk zou doen zijn, is niet gebleken, waarbij er de nadruk op moge worden gelegd, dat, ook naar Schr.'s eigen opvatting, de omstandigheid, dat de verkoper gedurende een gedeelte der reis eigenaar is, allermint uitsluit, dat het risico van de goederen bij den koper is. Daarentegen wordt in onze opvatting de bovenbesprokene, door Mr. CRAANDIJK aanvaarde consequentie, volgens welke bona fide houders van documenten kunnen worden gedupeerd, vermeden.

Wij willen er ten slotte — en daarmede stappen wij van dit punt af — nog op wijzen, dat Schr.'s systeem in de jurisprudentie geen steun vindt. Slechts één uitspraak is ons bekend, welke dat systeem huldigt en wel een arrest van het Hof te 's-Gravenhage van 19 Januari 1917, W. 10095, waarin wordt overwogen dat — het gold eene levering „langsseit des Dampfers” — „ofschoon de eigendom der palen reeds bij de „inlading was overgegaan, de verkoper zich nog tot waar „borg van de afbetaling de beschikking over de palen voor „behiel”. Mr. Dr. RIBBIUS — „Eenige gebruikelijke be- „dingen bij de koopovereenkomst en de rechtspraak daarover”, R. M. 1921, blz. 52 v.v. en 135 v.v. — wijst er op — blz. 66 — dat dit standpunt verder niet is gedeeld en verwerpt het ook zelf; „levering met terughouding onder pandverband”,

aldus deze schrijver, „volgt niet uit de bedoeling van partijen, zooals deze in de clausule is geformuleerd”. En in de bekende arbitrale uitspraak van 27 Febr. 1919, A. R. no. 6, gegeven door Mrs. WORST, PEKELHARING en VAN WOUDEBERG HAMSTRA wordt eenerzijds verkoopers verplichting omschreven als te zijn „goederen van hoedanigheid en hoeveelheid als „bij het contract bepaald in te laden”, anderzijds uitdrukkelijk overwogen: „Door de inlading der goederen gaat, althans „naar Nederlandsch recht, de eigendom nog niet op den „koper over; de koper wordt eigenaar, zoodra hij, zij „het door middel van een derde, bezit der documenten „verkrijgt”.

Een tweede punt, door Schr. besproken, betreft de risico-overgang. Vat men de bedingen f. o. b. en c. i. f. in dien zin op. dat zij bedoelen, 's verkoopers verplichting te omschrijven als bestaande in het inladen van goederen van hoedanigheid en hoeveelheid, als bij het contract bepaald, dan valt reeds daaruit als de bedoeling van partijen af te leiden, dat het risico gedurende de zeereis voor den koper is; deze conclusie blijkt met jurisprudentie en handelsopvattingen, door Schr. vermeld en ontleed, geheel in overeenstemming te zijn. Terecht wijst Schr. er daarbij op, dat de vraag naar de verhouding van partijen ten aanzien van het risico gedurende de zeereis in beginsel moet beantwoord worden aan de hand van de bedoeling van partijen en dat zij derhalve niet in noodzakelijk verband moet worden gebracht met quaesties van eigendom of specificatie.

Wat den eigendom betreft: al is het in het algemeen gewenscht, dat het de eigenaar is, die het risico draagt, rechtens noodzakelijk is dat natuurlijk allermint. Er bestaat dan ook geen enkel bezwaar tegen de constructie, volgens welke gedurende een gedeelte van de reis de verkooper eigenaar der goederen is, doch een eventueel verloren gaan der goederen 's koopers verplichting tot betaling van den koop prijs niet uitsluit.

Ook van het al dan niet plaats grijpen eener specificatie in de afscheephaven is, naar Schr. betoogt, de risico-overgang niet afhankelijk; de leer, als zou van niet gespecificeerde ladingen het risico bij den verkooper blijven, wordt door Schr., als in strijd met de opvattingen der practijk, verworpen. En hij wijst er daarbij terecht op, dat er ook geenerlei theoretische noodzakelijkheid voor het aanvaarden dier leer bestaat, omdat de risico-overgang op den koper in de afscheephaven plaats heeft, niet omdat deze eigenaar is geworden of omdat de goederen zijn gespecificeerd, maar enkel en alleen omdat partijen de risicoregeling aldus gewild hebben.

Met hetgeen Schr. omtrent contrôle en recht van reclame van den koper stelt, kunnen wij ons eveneens ten volle vereenigen. Hij stelt op den voorgrond, dat iedere reclame zich moet richten tegen den toestand, waarin de goederen zich ten tijde van de inlading bevonden. Daaruit volgt intusschen niet, dat na ontvangst der goederen in de haven van bestemming reclame uitgesloten zou zijn; het daarvoor, in het bijzonder in de arbitrale practijk, wel eens aangevoerde argument, als zou uit het niet-controleeren bij de verscheping, aanvaarding of goedkeuring zijn af te leiden, welk argument den indruk vestigt, als ware het niet-oogenblikkelijk constateeren van de wanpraestatie een veel grooter fout dan die wanpraestatie zelve, wordt door Schr. onjuist geacht. Reclame, ook na ontvangst der goederen, is alleszins geoorloofd, mits zij geschiede op den grondslag van den toestand, waarin is afgescheept.

In verband met het c. i. f.-contract worden eindelijk door Schr. besproken de verplichtingen, voor den verkoper voortvloeiende uit het feit, dat hij heeft zorg te dragen voor assurantie en vervoer. Ten aanzien van beide punten worden aan de hand van de practijk een aantal bijzondere gevallen besproken; zoo met betrekking tot de assurantie, of de verkoper de goederen in eigen verzekering mag nemen, of verzekerd moet worden tegen diefstal en oorlogsrisico en welke de invloed is van omstandigheden, die na het afsluiten der koopovereenkomst verandering brengen in het risico; zoo met betrekking tot het vervoer de quaesties van deklading en overlading. Met de beantwoording, die Schr. aan deze verschillende vragen geeft, kunnen wij ons in het algemeen zeer wel vereenigen; het is overigens duidelijk, dat het hier gevallen betreft, welker beoordeeling van de telkenmale concrete omstandigheden ten zeerste afhankelijk is.

In het laatste hoofdstuk getiteld „Afwijkingen van het zuivere contractstype” behandelt Schr. een aantal clausules, die hetzij aan de conditiën f. o. b. of c. i. f. nog bijzondere bepalingen toevoegen, hetzij tot het ontstaan van overgangsvormen tusschen beide aanleiding geven. Ook van de hierbij rijzende vragen geldt, dat zij bij uitstek feitelijk zijn en zich voor eene beantwoording naar vaste en onveranderlijke regelen slecht leenen.

De aan het f. o. b.- of c. i. f.-contract toegevoegde clausules kunnen somtijds van dien aard zijn, dat het karakter dier contracten, gelijk dat in de voorafgaande hoofdstukken werd vastgesteld, schijnt te loor te gaan; terecht vestigt Schr. er de aandacht op, dat in dergelijke gevallen de vraag rijst wát dient te primeeren: het c. i. f.- of f. o. b.-karakter dan wel de

toegevoegde clause. In het algemeen blijkt Schr. geneigd, die vraag in eerstgenoemden zin te beantwoorden. De aan een c. i. f.-contract toegevoegde clause „betaling naar uitgeleverd gewicht” bv. vat hij aldus op, dat zij de risico-regeling van de c. i. f. conditie in het algemeen ongewijzigd laat, zoodat het verloren gaan der goederen door abnormale oorzaken ten laste van den koper blijft; slechts normale gewichtsvermindering wordt door den koper niet betaald. Zoo beschouwt hij het beding „betaling na aankomst van het schip” als eene tijdsbepaling, niet als een voorwaarde, met het gevolg, dat vergaan van het schip den koper niet van betaling van den koopprijs vrijstelt. Het zou ons te ver voeren, alle de verschillende bedingen, door Schr. aan uitvoerige beschouwing onderworpen, hier te bespreken; die beschouwingen hebben vooral ook daarom beteekenis, omdat zij er nog eens aan herinneren, hoe vaag de grens is tusschen f. o. b.- en c. i. f.-contracten onderling en tusschen f. o. b.- en c. i. f.-contracten eenerzijds, andere koopcontracten anderzijds en hoe zeer het mitsdien gewenscht is, bij de bepaling van het rechtskarakter der eerstgenoemde uit te gaan van de normale regelen omtrent de overeenkomst van koop en verkoop.

Aan het einde onzer beschouwingen gekomen mogen wij constateeren, dat het proefschrift van Mr. CRAANDIJK een welkome aanwinst vormt voor onze nog slechts karige literatuur omtrent de f. o. b.- en c. i. f.-contracten; dat in het bijzonder de rechtspraktijk bij het verschijnen van zijn geschrift is gebaat, is ons uit eigen ervaring bekend.

Rotterdam

F. G. SCHELTEMA

De rechtsleer der levensverzekeringsovereenkomst,
door Jhr. Mr. A. W. WICHERS. — 's-Graven-
hage, MARTINUS NIJHOFF. — Afleveringen
3 en 4.

Bij onze aankondiging van de twee eerste afleveringen van het werk van den heer WICHERS (blz. 92—95 van den loopenden jaargang) verlieten wij den schrijver midden in de bespreking van de assurantietheorie, de theorie welke in de levensverzekeringsovereenkomst eene zuivere schadeverzekering ziet. Wij zagen, hoe hij — de levensverzekeringsovereenkomst toetsende aan de materiele essentialia van de assurantie — ten aanzien van het risico tot een negatief resultaat komt. Thans hebben wij allereerst te constateeren, dat evenmin de overige elementen van de assurantie, het belang en de indemniteit, als essentialia bij de levensverzekering optreden. Schrijver concludeert dan ook, dat de assurantietheorie eene onjuiste en onbruikbare basis voor de beoordeeling van het ware rechtskarakter der levensverzekeringsovereenkomst is (blz. 138), en mag in dit verband herinneren aan het votum der Nederlandsche Juristenvereniging (1888), dat de zelfstandigheid der levensverzekeringsovereenkomst behoort te worden erkend.

Algeheele zelfstandigheid? Ja. Want ook de overige theorieën worden achtereenvolgens door schrijver gewogen en te licht bevonden. Wij noemen er hier slechts drie: de Spaartheorie, de Doppelnatur-theorie, de Associatietheorie. De eerste, welke in alle levensverzekering in de eerste plaats eene spaarbedoeling ziet (de levensverzekeringsmaatschappij is niets anders als een spaarbank, welke de inleggelden ontvangt en beheert teneinde deze later terug te geven) veroordeelt hij als geheel kunstmatig en met de werkelijkheid in lijnrechten strijd. De Doppelnatur-theorie (wat een woord!), die de overeenkomst splitst in een spaarcontract en echte assurantie, en dus — als combineerende de beide vorige theorieën — eene „optel-theorie” mag worden genoemd, is theoretisch zeer aanvechtbaar en voor de practijk onbruikbaar.

Van de Associatietheorie ten slotte, die de bedoeling van de levensverzekeringsovereenkomst zoekt in de associatie van meerderen, is de hoofdfout, dat zij slechts betrekking heeft op de onderlinge rechtsverhouding der verzekerden (zulks terwijl van de zijde van den *verzekeraar* geen sprake is van

associatie) en voor eene juiste civielrechtelijke beoordeeling van het contract geheel onvoldoende is.

Welke is dan volgens schrijver de juiste juridische figuur der levensverzekeringsovereenkomst? Deze vraag vindt hare beantwoording in de laatste afdeeling van het vierde hoofdstuk. Met groote kracht en volle overtuiging pleit de heer WICHERS voor de leer, welke aan de overeenkomst *ook materieel* (niet alleen formeel, zie art. 1811 B. W.) een plaats geeft onder de kanscontracten; hij weerlegt de verschillende tegen deze leer ingebrachte bezwaren, laatstelijk het argument, dat de kansberekening, welke tegenwoordig als basis voor het levensverzekeringsbedrijf dient, aan de overeenkomst het karakter van kanscontract zou ontnemen: al moge economisch het bedrijf een „wetenschappelijk” kanscontract zijn, juridisch voldoet de overeenkomst aan art. 1811 B. W. Is dus inderdaad de overeenkomst een kanscontract, zij heeft als zoodanig een bijzonderen aard, neemt eene afzonderlijke plaats in en mag op eene dergelijke plaats ook in ons stellig recht aanspraak maken. Zij is *sui juris*.

Wij zijn nu op den weg, welken wij in gezelschap van den schrijver volgen, zoover gevorderd, dat wij de *definitie* van de levensverzekeringsovereenkomst reeds meenen vóór ons te zien. Intusschen, onze gids gaat nog niet recht op het doel af, maar voert ons, hunkerend van verlangen om tot de bedoelde begripsbepaling te komen, eerst nog langs enkele niet gemakkelijke paden. In zijn vijfde hoofdstuk (blz. 170—227) spreekt hij over een viertal punten, welke, vóórdat men zich aan het geven van eene definitie van de overeenkomst kan wagen, dienen vast te staan: de vraag van de eenzijdigheid of tweekzijdigheid der overeenkomst (waarover zoo meteen afzonderlijk); de splitsbaarheid van de overeenkomst in jaarlijksche contracten; de vraag, of de overeenkomst er eene is onder bezwarenden titel of om niet; de premiebetaling. Ten aanzien van het tweede punt bestrijdt hij het overheerschen van de splitsingsgedachte (in dien zin, dat elk jaar een nieuw contract zou worden gesloten), al kan deze leer ons soms een beter inzicht geven in menige vraag van het levensverzekeringsrecht. Met betrekking tot het alternatief: overeenkomst onder bezwarenden titel of om niet? bepleit hij het dualistisch karakter der overeenkomst, n.l. zóó, dat worde onderscheiden tusschen de verbintenis tusschen verzekeraar en nemer (een overeenkomst onder bezwarenden titel, tenzij de premie mocht worden kwijtgescholden) en de verhouding tusschen deze partijen en den begunstigde, welke overeenkomst, zoo door dezen laatste geene contraprestatie is verschuldigd, er eene is om niet. Van de uitvoerige beschouwingen eindelijk over de premiebetaling memoreer ik slechts het betoog, dat een niet-commercieele levensverzekering zonder

premie wel degelijk levensverzekering is, m. a. w. de premiebetaling geen essentieel element van de overeenkomst vormt; men denke b.v. aan gratis-verzekeringen, vaak als een reclamemiddel door niet-verzekeringsmaatschappijen gebruikt.

Een afzonderlijk woord over de belangrijke vraag van de eenzijdigheid of tweezijdigheid der overeenkomst. De heer WICHERS verdedigt krachtig het unilateraal karakter, in 't bijzonder aandacht wijdende aan de premiebetaling, welke z. i. niet de toepassing is van het „do ut des”, maar slechts de opschortende voorwaarde voor de verplichting van den verzekeraar, en ten slotte stilstaande bij de meening van hen, die — hoewel huldigende het eenzijdig karakter — een uitzondering aannemen voor de *eerste* premie.

Bij wijze van kort intermezzo moge ik hier even mijn referaat afbreken en een paar opmerkingen wijden aan schrijver's betoogtrant en betoog in deze cardinale quaestie. Wat de wijze van polemiseeren aangaat, zou ik de uitlating, dat, MOLENGRAAFF — hier een vergelijking trekkende met de overeenkomst van huur en verhuur — daarmede zijn „verkeerd inzicht in deze” toont (blz. 174), als eene minder gelukkige willen kenschetsen. Wat de zaak zelve betreft, zou ik bescheidenlijk aan het door den heer WICHERS verworpen bilateraal karakter van de levensverzekeringsovereenkomst meer recht willen doen wedervaren dan hij. Zeker! evenmin als hij zou ik het argument vóór de tweezijdigheid, dat de betaling van jaarpremiën moet worden beschouwd als eene „faciliteit”, waarmede de verzekeraar den nemer tegemoet komt, terwijl eigenlijk bedoeld wordt *betaling eener koopsom ineens* en dus de premiebetaling één geheel vormt, tot het mijne willen maken. Maar aan den anderen kant ben ik van oordeel, dat, waar de bedoeling om geregeld de premie te betalen bij den nemer aanwezig is (eene bedoeling, welke zich in de *daad* openbaart en welke met den *wil* van den verzekeraar in overeenstemming is), hier inderdaad van een gebonden zijn mag worden gesproken, en dat nòch de mogelijkheid van de staking der betaling van de premie nòch het feit, dat de gevolgen van eene wanbetaling reeds vooraf zijn geregeld (zie de conclusie van Mr. LEDEBOER vóór het arrest van den H. R. van 5 December 1913, W. 9610) aan den aard van de verplichting tot geregelde betaling en aan het wederkeerig karakter van de overeenkomst afbreuk doet. Dat, wanneer de premiebetaling gestaakt wordt, geene gerechtelijke invordering plaats heeft en dus de verzekeraar in den nieuwen toestand berust, kan evenmin als contra-argument dienst doen, omdat hiermede het aannemen van eene verplichting tot premiebetaling — al wordt deze dan niet in rechte afgedwongen — heel goed vereenigbaar is.

En thans mogen wij eindelijk het beloofde land binnen-

treden. Hoofdstuk VI (blz. 228—240) brengt ons de lang verbeide definitie. Zij luidt aldus: „de overeenkomst van levensverzekering is een eenzijdige overeenkomst, waarbij de ééne partij (verzekeraar) zich verbindt tegenover de wederpartij (verzekeringnemer) al of niet onder de voorwaarde van de voorafgaande betaling van een of meer in geld waardeerbare contra-praestaties (premiën) tot de uitkeering van een of meer bepaalde of volgens vooraf vastgestelde regels te bepalen geldsommen aan een met name of anderszins aan te wijzen persoon (begunstigde) en wel: hetzij in geval van overlijden, onverschillig wanneer; hetzij in geval van overlijden binnen bepaalde tijdgrenzen; hetzij op voorwaarde van in leven zijn op een bepaald tijdstip van een met name aan te wijzen persoon (verzekerde); hetzij op een vooraf bepaald tijdstip, doch in dit laatste geval met dien verstande, dat de premiebetaling afhankelijk is gesteld van het in leven zijn van den verzekerde.” Met name komen in deze definitie uit het aleatoir element en het eenzijdig karakter van de overeenkomst; terwijl alleen verzekeraar en verzekeringnemer als contractanten worden beschouwd. De premie is in het algemeen niet essentieel gesteld en wordt — indien verschuldigd — als opschortende voorwaarde beschouwd.

Onmiddellijk hieraan sluit zich het zevende hoofdstuk (blz. 241—250) aan, handelende over de plaats van de wettelijke regeling in ons gecodificeerd recht. De overeenkomst van levensverzekering worde naar ons Burgerlijk Wetboek overgebracht. Zij is een civielrechtelijk contract, met ons burgerlijk recht ten nauwste verbonden. Haar komt krachtens aard en historie eene plaats toe in den — aan de kansovereenkomsten gewijden — zestienden titel van het derde Boek.

Hiermede breken wij thans af.

VAN GEUNS.

Mr. H. L. A. VISSER, *Karakter als cultuurelement*;
125 blz. — Haarlem, H. D. TJEENK WILLINK
en Zoon, 1922.

Bij mijne bespreking van Mr. VISSER's *voórlaatste* geschrift in dit tijdschrift (loopende jaargang, blz. 116 vlg.) heb ik mijne bezwaren tegen zijne wijze van schrijven en van werking der door hem gekozen stof niet onder stoelen of banken gestoken maar deze duidelijk geopenbaard. Iets, dat mij in 't algemeen niet aangenaam is en mij misschien ook minder goed „ligt”, maar waartoe ik mij in dit geval verplicht gevoelde. Het *thans* voor mij liggend geschrift is m. i. in zijne meerdere beknoptheid en betrekkelijken eenvoud beter geslaagd en verschaft aan den lezer een meer behagelijk gevoel. Hier en daar wijdt de schrijver nog te veel uit over op zichzelf belangrijke quaesties, welke tot zijn onderwerp slechts in verwijderd verband staan. De liefde voor vreemde woorden (daar, waar deze *niet* zijn technisch-wetenschappelijke uitdrukkingen, die als zoodanig bij ons burgerrecht hebben verkregen) is hem vaak nog te machtig; ik noem: acceptabel, extrême, excessief, diverse evenementen, mérites, plausibel. Ook is de lezing van het werk door niet-voldoende inter-punctie — mede in verband met den bouw der zinnen — min of meer vermoeiend. Maar toch.... als geheel is *deze* studie meer bevredigend dan de vorige; met name was 't eene goede gedachte van Mr. VISSER om *thans* vooral de aandacht te vestigen op één belangrijk onderwerp, hetwelk ook hier te lande die aandacht ten volle verdient, en daaraan een — in het kader van het geheel — betrekkelijk ruime plaats af te staan.

Ook wij willen ons te dezer plaatse sterk concentreeren. Van het eerste hoofdstuk (Inleiding) worde dus slechts vermeld, dat tusschen eenerzijds het absoluut idealisme en anderzijds het zuiver positivisme schrijver aanvaardt eene idealistisch-positivistische wereldbeschouwing en het karakter daarvan nader bepaalt. Uit het tweede hoofdstuk („Waarom en hoe het karakterprobleem is te behandelen”) worden slechts aangestipt een drietal — ieder voor zich waarlijk omvangrijke en eerbiedwaardige — onderwerpen. De rol, die de „religie” inzake de ontwikkeling van de beschaving heeft te vervullen, en in 't bijzonder het feit, dat zij *niet* de neiging bezit of in staat is om zich te keeren tegen het

machtsbegeeren, waarop onze huidige „cultuur” berust. De vraag, of wijziging van de maatschappij in socialistisch-communistischen geest tot de afname van het overheerschend machtsbegeeren zou kunnen leiden. De vraag, of van een zich bewegen in sterk feministische richting in dit opzicht verbetering is te wachten. Ziehier het bedoelde drietal. Wij laten dit alles rusten. Slechts *dit* vermelden wij uit schrijver's conclusie, tevens als uitgangspunt voor zijn verder betoog, dat er moet zijn *energie*. en wel behoorlijke energie, d.w.z. energie, die op het ideeële is gericht en zich in de goede richting beweegt. Z66 wordt het groote doel: aanwakkering van den zin en de liefde voor het ideeële door aankweeking van behoorlijke energie.

Na dit vastgelegd te hebben, laten wij thans het licht vallen op datgene wat het onderwerp van het geschrift „Karakter als cultuurelement”. rechtstreeks raakt. Wederom drie punten, welke elk voor zich groote belangen raken, belangen die ook heden ten dage de geesten vervullen en de gemoeederen beroeren. Vooreerst (hoofdstuk III) de brandende vraag van de karaktervorming door onderwijs en opvoeding, de groote waarde van de zedelijke vorming van den wil, de „cultuur van het innerlijk”, het streven naar de vorming en de ontwikkeling van de *zedelijke persoonlijkheid*, een streven, waaraan in de eerste plaats de school dienstbaar moet zijn, en dat daarnaast ook buiten de school (men denke aan het vraagstuk van de zedelijke opvoeding voor de rijpere jeugd) op den voorgrond treedt, een streven eindelijk, waarbij ook de lichaamsoefening en de aesthetische scholing („die evenzeer een hoognoodige bevrijding verschaffen kan”) hare taak hebben te vervullen. Voorts de verhouding van het karakter tot de openbare meening (hoofdstuk VI), eene verhouding, welke wordt uitgedrukt door de uitspraak, dat het karakter een element van de openbare meening is en de karaktervorming mede de hoogste waarborgen biedt voor eene wezenlijk krachtige openbare meening, welke overweging weder op hare beurt leidt tot de gedachte, waarmede Mr. VISSER zijn geschrift besluit, dat voor wezenlijke cultuur de rol van het karakter op het eerste plan staat. Ten slotte (hoofdstuk IV) het moeilijkste punt en in zekeren zin het meest moderne vraagstuk: de *sancties*, welke naast de eigenlijke paedagogie haren invloed op de karaktervorming hebben en in dien zin het goede steunen, de sancties, uitgeoefend door de natuur, de maatschappij, den godsdienst, de overheid (strafrecht), de openbare meening. Dat alle sancties hare bezwaren hebben en eene moraal *zonder* sancties voor ons gevoel iets zeer aantrekkelijks heeft, mag ons niet uit het oog doen verliezen, dat de menschheid vooralsnog de sancties wel allerminst zal kunnen missen. In dezen gedachtengang, welke ons doet

erkennen de groote waarde van de bescherming der goederen welke *in ons zelf* liggen, komen wij tevens tot het vraagstuk, dat voor onzen tijd is van eene wordende en groeiende actualiteit, en waarvan de behandeling (hoofdstuk V, blz. 72—115) m.i. de kern vormt van Mr. VISSER's geschrift en daaraan zijne beteekenis verleent: het lof- of belooningsrecht.

Wij constateeren met genoegen, dat in dit vijfde hoofdstuk de behandeling van het lof- of belooningsrecht evenredig is aan de beteekenis en de aantrekkelijkheid van het vraagstuk, een vraagstuk hetwelk men niet met glimlach of schouderophalen mag voorbijgaan, maar dat waard is om onder de oogen te worden gezien en te worden overdacht. Al moge het vluchtig historisch overzicht (waarin de schrijver kan teruggaan tot de wetgeving van Hammourabi van Babylonië) ons niet veel houvast aanbieden, al moge het onderzoek naar wat het stellig recht op dit gebied vertoont slechts een schralen oogst opleveren, de argumenten, waarmede het bedoelde recht zich thans — in onze hedendaagsche maatschappij — komt aanmelden en voorstellen, zijn van zoodanig gehalte, dat ons althans een aandachtig en welwillend luisteren naar die argumentatie past. Zoowel de overweging, dat de logische consequentie van ons milder strafrecht (milder vooral door het voortwerken van de verbeteringsidee) tot de erkenning van een lofrecht leidt, als de gedachte, dat dit recht geroepen is om de leemten aan te vullen, welke zelfs bij de meest voortreffelijke paedagogische stroomingen nog blijven bestaan, en ten slotte de erkenning van de wenselijkheid om tegenover het dreigen van „collectieve gevaren” — samenhangende met de collectieve verschijnselen — de krachtige karakters te verdedigen en groote onrechtvaardigheden te herstellen, dit alles te zamen (blz. 72—80) is voldoende rechtvaardiging en voldoende aanbeveling van het bedoeld instituut. Bezwaren? Zeker, zij zijn er, zoowel tegen het beginsel, als tegen de toepassing, de uitwerking, daarvan. Mr. VISSER acht echter de argumenten pro sterker dan de tegenwerpingen, en meent met name, dat bij de *beperkte opvatting* van het lofrecht, door hem voorgestaan, de ingebrachte bezwaren veel van hunne beteekenis zullen blijken te verliezen. Hij beveelt n.l. — wat het beginsel zelf aangaat — eene vrij sterke beperking aan van den aard der objecten van het belooningsrecht; terwijl hij — wat de uitwerking van het beginsel betreft — eene zoodanige regeling bepleit, welke aan de twee groote *gevaren* van het instituut n.l. de vermeerdering van het kunstmatige en de bevordering van het schijnheilige tracht te ontkomen.

Schrijver erkent ten volle, en ik ga hierin geheel met hem mede, dat de instelling van het belooningsrecht zich nog pas in een eerste stadium, dat van de voorbereiding, bevindt,

en dat men — *feitelijk* daarmede beginnende — dit op zeer bescheiden voet zou moeten doen en zou moeten afwachten de lessen van tijd en ervaring. „En wanneer dan gebleken zal zijn, dat de instelling in dien zin met het algemeen rechtsbewustzijn klopt dat zij evenzeer een noodzakelijk element geworden is als de normale justitie, zal het definitieve stadium van het belooningsrecht beginnen. Dan zal de toepassing van het lof- of belooningsrecht een functie worden van den rechter, die naar gelang der op dit moment geldende opvattingen omtrent een min of meer vrije rechtspraak de leidraad voor zijn oordeel meer of minder in de wet zou vinden” (blz. 112). Persoonlijk zou ik bij het openen van een perspectief in de onbekende toekomst zóóver nog niet willen gaan; de functie van den rechter en de taak van den wetgever zijn mij op dit gebied te vaag en te nevelachtig, dan dat ik daaromtrent mij eenig beeld zou kunnen vormen. Bovendien is m.i. het principieel verschil tusschen het strafrecht eenerzijds en het belooningsrecht anderzijds te groot, dan dat wij de parallel tusschen beiden eenigszins ver zouden mogen doortrekken en bij de verdediging van het belooningsrecht een krachtigen steun in de analogie met het strafrecht zouden kunnen vinden.

Intusschen, dit is op dit oogenblik niet de hoofdzaak. De hoofdzaak voor den ondergeteekende was om ook voor de Themis-lezers, bij de aankondiging van Mr. VISSER's laatste werk, de aandacht te vestigen op het lof- of belooningsrecht, als zijnde een onderwerp dat, al moge het vooralsnog geen beslag leggen op de werkzaamheid van wetgever of rechter, toch — als rakende en den geestelijken mensch en de innerlijke beschaving en de evolutie der maatschappij — den jurist niet onverschillig kan zijn.

VAN GEUNS

De houding van de Overheid tegenover de prostitutie. — Voordracht voor den Bond van Inspecteurs bij de Amsterdamsche politie op 18 Januari 1922, door Mr. A. DE GRAAF.

Kinderrechter en onder toezichtstelling van minderjarigen, door A. W. VAN DER BURGT, Inspecteur van Politie 1e klasse te Amsterdam. — Lezing, gehouden voor den Bond van Inspecteurs bij de Amsterdamsche politie op 15 Februari 1922. — Uitgave H. SAMSON te Alphen aan den Rijn, 1922.

De Bond van Inspecteurs bij de Amsterdamsche politie laat in den laatsten tijd de in zijn bijeenkomsten gehouden lezingen publiceeren bij den uitgever SAMSON te Alphen, die deze in keurig verzorgde boekjes in den handel brengt. Op zich zelf schijnt de gedachte eene interessante voordracht aan de vergetelheid te ontrukken loffelijk, edoch een lezing blijft een lezing en van een werkelijk doordringen in het onderwerp is uit den aard der zaak maar zeldzaam sprake.

Intusschen zijn de beide bovengenoemde lezingen zeker de lectuur waard, al verschillen zij niet weinig van karakter. Wat de heer VAN DER BURGT beoogde, was blijkbaar zijn hoorders eenig inzicht te geven in de bestaande kindrewetgeving en de wijzigingen die de wet van 5 Juli 1921 (*Staatsblad* no. 834) daarin heeft gebracht. Hierin is hij, naar het mij voorkomt, geslaagd, het werkje is een uitmuntende inleiding voor hen, die de nieuwe wet zullen hebben toe te passen. Hulp bij de oplossing van de practische moeilijkheden, die bij de toepassing zich zullen voordoen, zal het echter niet veel geven. Trouwens, dit kan reeds daarom niet, omdat deze meestal bij het maken der wet niet zijn voorzien. Voor hen echter, die slechts indirect met de kindrewetgeving te maken hebben als de meeste hoorders van den spreker, geeft de brochure — want dit is de lezing, nu er ook de tekst der wet aan is toegevoegd geworden — alles wat men in billijkheid kan verlangen.

Van geheel anderen aard is de lezing van mr. DE GRAAF. Kort, want hij had natuurlijk slechts over beperkten tijd te

beschikken — gedrukt bevat de lezing 30 bladzijden —, geeft hij mededeelingen omtrent een moeilijk onderwerp die een ieder met belangstelling zal lezen.

De studie blijft wel een lezing die gedrukt is — dit verklaart waarom aan de poëtische ontboezemingen van SPEENHOFF zulk een aandacht is geschonken — maar het is toch tevens een studie waarin men niet vluchtig over de moeilijkheden heenloopt, maar waarin juist daarop de aandacht wordt gevestigd.

Na uiteengezet te hebben welke denkbeelden omtrent de bestrijding der prostitutie hebben gegolden in de negentiende eeuw en gewezen te hebben op den strijd tegen de reglementeering, zet de auteur de beginselen der wet van 1911 uiteen. Had men vroeger zich bepaald tot het dulden der prostitutie — waaronder niet moet worden verstaan een bepaalde vorm van ontucht, maar het bedrijf van het bevorderen en profiteeren van ontucht — in bepaalden vorm en het straffen der prostituées, thans worden de prostituées niet meer gestraft, maar wel de prostitutie, het bevorderen en profiteeren van ontucht als bedrijf, ook in den vorm waarin dit geschiedt door den souteneur.

Of men hier het begrip „prostitutie” niet wat eng neemt laat ik in het midden, zeker is het dat de heer DE G. met de nieuwe wetgeving is ingenomen. Nu is het echter jammer, dat sedert 1911 de prostitutie of juister de zich in het openbaar uitende ontucht sterk is toegenomen. Is dit nu aan de wet van 1911 te wijten? Sommigen beweren het, mr. DE GRAAF acht dit niet bewezen.

Zijn eerste en inderdaad krachtigste argument is, dat ook in de landen en steden waar de bordeelen nog in eere zijn, de clandestiene prostitutie in en na de oorlogsjaren niet minder is toegenomen. Inderdaad, neemt een euvel toe, onverschillig op welke wijze het wordt bestreden, dan is de conclusie niet gewaagd, dat niet de wijze van bestrijding als oorzaak dier toeneming moet gelden, maar deze elders moet worden gezocht. De spreker wijst verder op de verandering in de publieke opinie. Waar in de eerste jaren van de Amsterdamsche gemeente-verordening het posten der politie voor een bordeel dit in de grond werkte, omdat de bezoekers niet gezien wilden worden, baat dit middel niet meer. Blijkbaar heeft men hier te doen met een gevolg van de algemeene verwildering der zeden en daarvoor is de wetgever van 1911 zeker niet aansprakelijk. Dán, zoo gaat hij voort, is het moeilijk de werking van een wet na te gaan, die zoo slap wordt toegepast als deze. Wanneer men vele processen-verbaal seponeert verflauwt de ijver der politie, terwijl het niet gemakkelijk is het bewijs te leveren, dat „beroepmatig” en „om winst” gelegenheid wordt gegeven tot het plegen

van ontucht. Ten slotte zou het moeilijk zijn een wet tegen de prostitutie naar haar succes te beoordeelen, omdat men van te voren weet, dat zulk een wet nooit veel succes zal hebben, omdat niet één bestrijdingsmiddel van de prostitutie toch veel belooft en onder die middelen de strafrechtelijke en politieelee zeker wel het allerminst, al zijn zij nog zoo juist gedacht.

Ik kan niet zeggen, dat deze laatste argumenten mij klemmend voorkomen.

Het is natuurlijk mogelijk, dat vele processen-verbaal worden geseponeerd. Doch dit wijst op zich zelve niet op eene slappe uitvoering der wet. Dit hangt af van de redenen van dit seponeren. Geschiedt dit omdat men ten parkette maar liever van deze vervelende vervolgingen af is, dan heeft men te doen met een vorm van sabotage der wet, waaraan hoe eer hoe beter een einde behoort te worden gemaakt. Maar geschiedt dit seponeren omdat het proces-verbaal geen grondslag voor een nader onderzoek kan opleveren en men vooruit ziet, dat het toch nooit tot een veroordeeling zal komen, dan is het anders.

Ligt de oorzaak in het niet met de noodige nauwgezetheid onderzoeken der feiten door de politie, dan ligt de fout bij deze, niet bij de wet; is de politie actief en nauwkeurig genoeg, maar blijkt in de practijk, dat het bewijs te leveren, dat „beroepmatig” en „om winst” gehandeld is eene ware probatio diabolica oplevert, dan is de schuld bij de wet.

Een schuld die niet verdwijnt, omdat men kan betoogen, dat het systeem der wet medebrenkt, dat men deze eischen niet *kan* laten vallen. De wet is daardoor nog niet veroordeeld, maar wel is aangetoond, dat zij practisch moeilijk uitvoerbaar is en dit is, hoe men het keert of wendt, een gebrek.

En nu moge het waar zijn, dat de prostitutie moeilijk met succes te bestrijden is, speciaal door strafrechtelijke en politie-maatregelen, het resultaat is toch niet steeds hetzelfde en een maatregel die minder succes heeft dan eene andere is toch zeker daarom niet aanbevelenswaardig.

Men krijgt onwillekeurig den indruk, dat de spreker dit heeft begrepen en vandaar dat hij wijst naar Amerika, waar men, zoo wordt gezegd, ook zonder officieele keuring en reglementeering bezig zou zijn met justitieele- en politie-maatregelen de prostitutie te onderdrukken en de geslachtsziekten te doen verdwijnen.

Terecht stelt hij de vraag: Heeft men resultaten bereikt? En het antwoord luidt ontkennend.

Wanneer een arbeid moeilijk is, dan is het zich een juist beeld vormen van de wetgeving en inzonderheid van de resultaten eener wetgeving in de Vereenigde Staten. In de eene Staat is de wet geheel anders dan in de andere, de be-

kende spreuk, dat wat dwaling is aan de eene zijde van een gebergte als waarheid wordt gehuldigd aan den anderen kant, geldt nergens meer dan hier. En waar men hier te lande een wet, wanneer zij er is, ook uitvoert en de rechter zoo onpartijdig mogelijk den wil van den wetgever tracht te verwezenlijken, is dit in het land der vrijheid — vrijheid in theorie wel te verstaan — geenszins altijd het geval.

Daarbij komt, dat wat men bij Amerikaansche auteurs en in officieele rapporten over de resultaten van een wetgeving te lezen krijgt, menigmaal alle objectiviteit mist. Men werkt gaarne met statistieken, maar niets is gemakkelijker dan daaruit bewijzen te putten — l'art de grouper les chiffres — en een burger der U. S. of A., die iets zal onderzoeken en de resultaten van zijn onderzoek mededeelen, weet dikwerf het resultaat van het onderzoek reeds vóór hij er aan is begonnen.

De heer DE G. stond dus voor een moeilijke taak en tot mijn leedwezen moet ik zeggen, dat datgene wat hij omtrent Amerika mededeelt mij niet den indruk geeft dat hij in die taak geslaagd is.

Wat hij positiefs vertelt is maar weinig, namelijk, dat er in Chicago in 1913 opgericht is een „morals court” — een rechtbank voor zedelijkheidsdelicten — en dat het resultaat van den arbeid dier rechtbank niet fraai is geweest. Geen wonder zal men zeggen, wanneer men de phrases van den hoofdrechtter OLSEN leest die mr. DE GRAAF ons mededeelt. Maar wat ons verder wordt verteld op grond van de mededeelingen van een mevrouw, die eenige zittingen bijwoonde en van een rechter FISHER, is toch naar mijn bescheiden meening niet voldoende om het instituut te doen veroordeelen. Wel blijkt, dat de nieuwe wet ook de prostituées zelve en niet alleen de koppelaars en souteneurs treft en daardoor is zij reeds in de oogen van den heer DE G. veroordeeld, maar ik twijfel of dit bij ieder lezer het geval zal zijn.

Onderzocht zou worden of door de in de Vereenigde Staten genomen maatregelen de prostitutie met succes werd bestreden. Het antwoord luidt: Neen zeker niet, want men bestraft ook prostituées. Alsof *dit* argument een antwoord was op de vraag.

Alleen omtrent hetgeen in *Chicago* is gebeurd vernemen wij iets. Want wanneer de spreker verder vervolgt: „Zal ik „u nu nog vertellen wat in andere staten van N.-Amerika „de ervaring is. Het zou vermoeiend worden, want het komt „precies op hetzelfde neer”, maakt hij het zich m. i. wel wat al te gemakkelijk.

Mijn indruk is, dat wat ons van de Vereenigde Staten wordt verteld, ons niet veel wijzer maakt, dat van een gunstige werking der nieuwere wetgeving niets is gebleken, maar dat men deze, ook omdat niet is gebleken, dat men haar

eerlijk heeft trachten toe te passen, daarom nog geenszins mag veroordeelen.

Denkt men zich die wetgeving als een beklagde, dan zijn er alleszins termen voor vrijspraak wegens gebrek aan bewijs.

Zoo staan wij dus voor het probleem als tevoren.

Nu kan men den heer DE GRAAF toegeven, dat door indirecte maatregelen — hij wijst op een ruimere toepassing der Kinderwetten — men veel kan bereiken, al kan ik het niet helpen, dat ik, dit lezende, dacht aan het voor een halve eeuw ook door een bewoner van Utrecht gegeven recept om scholen te bouwen wilde men de gevangenissen sluiten. Alleen zijn de scholen thans meisjeskostscholen geworden. Dat in deze zaak het laatste woord nog niet gesproken is, is zeker.

Ten opzichte der prostitutie neemt de heer DE GRAAF eenigszins het standpunt in dat de aanhanger van het „laissez faire laisser passer” innam tegenover de sociale problemen van zijn tijd. Die liberale oeconoom wordt thans gesmaad en toch was veel van wat hij zeide omtrent het verkeerde van het ingrijpen door de overheid maar al te waar. En toch had hij ongelijk in zooverre, dat zijn recept al niet beter is gebleken dan de recepten die anderen vóór hem hadden gegeven, al heeft de ervaring van de laatste jaren in Rusland geleerd dat er een wijze bestaat om economische vragen op te lossen die de wereld tot een hel maakt, iets wat Ricardo en zijn navolgers toch zeker niet gedaan hebben.

Zoo staat het m. i. ook eenigszins met wat de heer DE GRAAF betoogt. Wat hij wil bevordert zeker niet de prostitutie, wanneer hij zegt in dubiis abstine heeft hij stellig gelijk, maar wanneer hij als een axioma vooropstelt, dat tegen de prostituées zelf de wetgever nooit mag optreden, heeft men te doen met een *petitio principii* in optima forma. Op den duur zal men — en niet zonder grond — met hetgeen hij aanbeveelt geen vrede hebben en uitzien naar eene directe bestrijding, die practische resultaten belooft. Indirecte bestrijding is zeker goed, edoch men acht haar niet voldoende.

Terecht? Dit zou ik al evenmin durven betoogen als het omgekeerde, al is het ontoereikende van de wijze waarop men dit hier te lande door de reglementeering deed wel door de ervaring aangetoond.

Intusschen er is één uitzondering. Inderdaad wanneer echte, gezonde, diepe vroomheid een volk bezielt, dan is dáár geen plaats voor prostitutie. Dit geneesmiddel is indirect doch doeltreffend. Maar tot het gebruiken daarvan brengt men de menschen niet door een meer uitgebreide toepassing der Kinderwetgeving en in eene maatschappij waar die vroomheidszin nu eenmaal niet algemeen bestaat, moet de wetgever met dat niet-bestaan, hoe jammer het ook zij, rekening houden.

C. S.

THEMIS

LXXXIIIste deel — VIERDE STUK

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

Het Internationale Arbeidsrecht De conferenties van Washington en Genua

DOOR

Dr. J. B. BREUKELMAN

Toen ons land toetrad tot het Volkenbondsverdrag bij de wet van 6 Maart 1920 (Stbl. no. 108) (1), was daardoor tevens uitgemaakt, dat het toetrad tot deel XIII van het verdrag van Versailles, getiteld „Travail”.

Artikel 23 nu van het verdrag somt eenige punten op van economischen en socialen aard, waaraan de Bond zijn aandacht zou wijden. Het eerste dezer punten — de verzekering van billijke arbeidsvoorwaarden voor mannen, vrouwen en kinderen — wordt in deel XIII nader uitgewerkt.

Uitgegaan wordt van het denkbeeld, dat, aangezien de Volkenbond ten doel heeft den algemeenen vrede te verzekeren, een zoodanige vrede slechts op den grondslag van sociale rechtvaardigheid kan worden gevestigd en dat het niet-aannemen door eenig volk van een werkelijk

(1) Op 9 Maart 1920 is de verklaring van toetreding op het secretariaat van den Volkenbond neergelegd en Stbl. no. 127 van 1920 bevat het besluit van bekendmaking.

menschwaardige arbeidsregeling het streven van andere volken om het lot der arbeiders in eigen land te verbeteren in den weg staat. Een en ander motiveert een internationale arbeidsregeling en daardoor wordt erkend de noodzakelijkheid van een Internationaal Arbeidsrecht.

Reeds vroeger waren pogingen aangewend om tot samenwerking op dit gebied te geraken, doch het eenige, wat men tot dusver had kunnen bereiken, bestond in het sluiten van eenige verdragen omtrent onderwerpen van socialen aard.

De eerste poging om de verschillende staten van Europa ertoe te krijgen gemeenschappelijke maatregelen te nemen ten opzichte van het arbeidsvraagstuk, dagteekent van 1889 toen bij circulaire van 13 Maart de Zwitsersche regeering de zaak aan de orde stelde. De Deutsche Keizer noodigde daarop verschillende staten uit tot een conferentie te Berlijn, die daar ook gehouden werd van 15 tot 29 Maart 1890 onder het voorzitterschap van den Minister VON BERLEPSCH. Gevolg had deze conferentie overigens niet; alleen had zij het terrein geëffend en verdere maatregelen voorbereid.

Meer succes had dan ook de uitnoodiging van de Zwitsersche regeering tot een bijeenkomst te Bern in 1905 en 1906; de vrucht hiervan waren twee verdragen van 26 September 1906, die ook door ons land geratificeerd zijn.

Het eerste betreft het verbod van het gebruik van witten (gelen) phosphor in de lucifersindustrie, mede geratificeerd door Duitschland, Denemarken, Frankrijk, Luxemburg en Zwitserland, terwijl later Italië, Engeland en Spanje zijn toegetreden (1).

Het tweede is het verbod van nachtarbeid voor vrouwen, mede geratificeerd door bovengenoemde landen, benevens

(1) Goedgekeurd bij wet van 41 Juli 1908 (Stbl. no. 224) en afgekondigd bij besluit van 16 December 1911 (Stbl. no. 361).

Oostenrijk-Hongarije, België en Portugal, terwijl Zweden later is toegetreden (1).

In 1913 is nog een internationale conferentie gehouden over het verbod van nachtarbeid voor jeugdige arbeiders en den duur van den arbeidsdag voor jeugdige personen en vrouwelijke arbeidsters, tot heden zonder eenig resultaat.

Hoogst belangrijk was een op 15 April 1904 gesloten overeenkomst tusschen Frankrijk en Italië, die bij conventie van 9 Juni 1906 aangevuld is, waarbij beide mogendheden zich verplichtten om elkanders onderdanen met betrekking tot arbeidersbescherming en -verzekering gelijk te stellen. De overeenkomst bestaat uit drie gedeelten: vooreerst de eigenlijke overeenkomst, dan een schikking over de spaar-kassen en in de derde plaats een protocol, waarin opgenoemd worden de wetten in kracht of in voorbereiding voor den arbeid van vrouwen en kinderen in fabrieken. Over het spaarbankwezen is bepaald, dat de verschillende maatregelen betreffende het sparen en in Italië en in Frankrijk op arbeiders zullen worden toegepast. De schikking laat bijvoorbeeld toe, dat Franschen in Italië en Italianen in Frankrijk hun spaarbankboekje kunnen laten bijschrijven. De overeenkomst is nog nader aangevuld bij die van 15 Juni 1910 tot bescherming van jeugdige arbeiders (2).

In het begin der 20ste eeuw zijn een aantal sociale verdragen gesloten, meestal over ongevallenverzekering. Zoo tusschen Duitschland en Luxemburg van 2 Sep-

(1) Goedgekeurd bij wet van 11 Juli 1908 (Stbl. no. 225) en afgekondigd bij besluit van 16 December 1911 (Stbl. no. 362).

(2) Vgl. Yves Guyot, *La convention franco-italienne du travail in de Revue de droit international et de législation comparée* 1904, 2e Série, dl. VI, blz. 359.

tember 1905 (1); tusschen Duitschland en Nederland van 27 Augustus 1907 (2); tusschen Frankrijk en Luxemburg van 27 Juni 1906 (3); tusschen Frankrijk en België van 27 Februari 1906 (4); tusschen België en Luxemburg van 15 April 1905 (5); tusschen België en Duitschland van 6 Juli 1912; tusschen België en Nederland van 9 Februari 1920 (Stbl. no. 70 van 1922), tusschen Engeland en Frankrijk van 3 Juli 1909 en tusschen Engeland en Hongarije van 19 September 1909 (6). Ook in een aantal vóór den oorlog van 1914 gesloten handelstractaten — vooral in die door Duitschland, met zijn toenmalige bondgenooten en met Zweden gesloten — worden dergelijke verdragen in uitzicht gesteld.

Gelijk blijkt zijn de eenige door meer dan twee staten geteekende verdragen van dit soort die van 26 September 1906, welke, zooals gezegd, ook door Nederland zijn geteekend. Overigens heeft ons land over ongevallenverzekering slechts twee verdragen gesloten: een met Duitschland en een met België. Met laatstgenoemd land hebben wij mede gesloten een overeenkomst van 16 September 1883, gewijzigd op 8 November 1902 om faciliteiten te geven aan de inleggers van de postspaarbank hier te lande en aan die van de Belgische „Caisse générale d'épargne et de retraite” (7).

De eerste omvangrijke Internationale regeling zou, in beginsel althans, te Versailles tot stand komen. In aansluiting aan hetgeen boven is medegedeeld, zij herinnerd,

(1) MARTENS, Nouveau Recueil général de traités etc., 2e Serie, dl. XXXIII, blz. 395.

(2) LAGEMANS, Recueil des traités etc., dl. XVI, no. 993.

(3) MÉRIGNHAC, Traité de droit public international, III, blz. 728.

(4) MÉRIGNHAC, t. a. p., III, blz. 729.

(5) MARTENS, t. a. p. dl. XXXIII, blz. 384.

(6) Vgl. LIST, Völkerrecht (Ed. 1915), blz. 280.

(7) LAGEMANS, t. a. p. nos. 673 en 983, zie ook no. 936.

dat in een Aanhangsel (annex) op art. 426 van het verdrag bepaald is, dat de eerste zitting der Internationale Arbeidsconferentie zou plaats hebben te Washington in 1919 en dat de regeering der Vereenigde Staten uitgenoodigd zal worden om haar bijeen te roepen. Een uitvoerige agenda was daarbij opgenomen.

Ofschoon, gelijk bekend is, de Senaat der Unie heeft weten te verhinderen, dat WILSON's ideaal is verwezenlijkt, en de machtige Unie niet tot den Volkenbond is toegetreden, is toch de oproeping tot bovenbedoelde conferentie van de Vereenigde Staten uitgegaan.

Hoe denkt zich — deze vraag rijst vóór alles op — het tractaat van Versailles deze arbeidsorganisatie?

In Hoofdstuk I van genoemd XIIIe Deel vindt men de „Organisatie” artt. 387—399. Bij eerstgenoemd artikel wordt een permanente organisatie ingesteld, welker taak is te streven naar de verwezenlijking van het arbeidsprogramma. De oorspronkelijke leden van den Volkenbond (dus blijkens het Aanhangsel van het Statuut: de Vereenigde Staten van Amerika, het Britsche Rijk met zijn Dominions, België, Frankrijk, Italië, Japan, Bolivia, Brazilië, China, Cuba, Ecuador, Griekenland, Guatemala, Haïti, Hedjas, Honduras, Liberia, Nicaragua, Panama, Peru, Polen, Portugal, Rumenië, Zuid-Slavië, Siam, Tchecho-Slovakije en Uruguay) zullen zijn oorspronkelijke leden van deze organisatie en voortaan zal het lidmaatschap van den Bond ook het lidmaatschap dezer organisatie insluiten. Het volgend artikel voegt er aan toe, dat de permanente organisatie omvat:

1°. een Algemeene Conferentie van de vertegenwoordigers der leden;

2°. een Internationaal Bureau van Arbeid onder toezicht van den Raad van Beheer, samengesteld uit vier en twintig personen. Deze zijn als volgt verdeeld:

vooreerst twaalf personen, de regeeringen vertegenwoordigende, dan zes gekozen door de afgevaardigden ter Conferentie, vertegenwoordigende de werkgevers en zes, gekozen door de afgevaardigden ter Conferentie vertegenwoordigende de werknemers. Deze Raad van Beheer zal den Directeur van het Bureau aanwijzen, die de bijeenkomsten van den Raad zal bijwonen.

Volgens art. 389 zal de Algemeene Conferentie van de vertegenwoordigers der leden, telkens wanneer het noodig is, bijeenkomen; ten minste ééns per jaar; zij zal zijn samengesteld uit vier vertegenwoordigers van elk der leden, van welke er twee afgevaardigden zullen zijn van de regeering en de twee anderen onderscheidenlijk zullen vertegenwoordigen de werkgevers en de arbeiders van elk der leden. Bovendien is nog bepaald, dat ieder afgevaardigde door ten hoogste twee technische raadslieden zal kunnen zijn vergezeld; zoo noodig kunnen daartoe ook vrouwen benoemd worden.

De werkwijze der Conferentie, die behandeld wordt in Hoofdstuk II (de artikelen 400 en vlg.), is vooral van belang uit staatsrechtelijk oogpunt, omdat daardoor veranderingen worden aangebracht in de grondwettige bepalingen der meeste staten, die tot meergenoemde organisatie zijn toegetreden.

Art. 405 van het verdrag van Versailles is hier het artikel, waarop het aankomt. Dit artikel bepaalt in hoofdzaak het volgende:

Indien de Conferentie zich uitspreekt voor de aanneming van voorstellen, die een onderwerp betreffen, dat op de agenda geplaatst is, zal zij moeten bepalen, of deze voorstellen den vorm zullen aannemen: of van een zoogenaamde *aanbeveling* te onderwerpen aan het onderzoek der leden, opdat deze kunnen overwegen of zij haar in werking zullen doen treden in den vorm van

een nationale wet of anderszins, òf van een door de leden te bekrachtigen ontwerp-verdrag; voor de aanneming van een aanbeveling of een ontwerp-verdrag is een meerderheid van twee-derden der stemmen van de aanwezige afgevaardigden noodig.

Een afschrift van de aanbeveling of van het ontwerp-verdrag wordt door bemiddeling van den secretaris-generaal van den Volkenbond aan de Staten-leden toegezonden en elk verbindt zich binnen één jaar na de sluiting van de zitting der Conferentie — of anders zoo spoedig mogelijk, maar niet langer dan achttien maanden na deze sluiting — de aanbeveling of het ontwerp-verdrag over te leggen aan de bevoegde autoriteit opdat deze ze in een wet belichame of andere maatregelen ter zake neme. Van hetgeen geschied is krijgt dan de secretaris-generaal weer bericht.

De meest rationeele weg die onze Regeering nu had kunnen volgen is deze, dat ze de ontwerp-verdragen overlegt aan de Staten-Generaal, in casu de „bevoegde macht”; ze had ook tegelijk de wijzigingswetten, die een gevolg van het eventueel aannemen der ontwerp-verdragen zouden zijn, bij de Tweede Kamer kunnen aanhangig maken, maar dan zou ze allicht onnoodig werk hebben verricht, wanneer een of meerdere dier ontwerp-verdragen niet mochten worden aangenomen.

Hier begint de afwijking van art. 59 van onze Grondwet. Immers, volgens dit artikel sluit de Koning verdragen en dient hij het ontwerp-goedkeuringswet bij de Staten-Generaal in, wanneer het onderwerpen betreft die deze goedkeuring behoeven (wijziging van territor, wettelijk recht, financieele verplichtingen). Is deze wet tot stand gekomen, dan bekrachtigt de Koning en komt daarna het verdrag, ditmaal met de vertaling, nog eens in het Staatsblad ter publicatie. Bij deze ontwerp-verdragen gaat

het echter anders; hier maakt de Conferentie een ontwerp-verdrag op met een meerderheid van twee-derden der stemmen: art. 405 van het verdrag van Versailles verplicht den Koning het ontwerp bij de bevoegde macht aanhangig te maken, dus zooals reeds boven is opgemerkt, bij de Staten-Generaal. Deze kunnen het ontwerp verwerpen, waarna ratificatie en publicatie achterwege blijven.

Wat bovengenoemde staatsrechtelijke vraag aangaat, vindt men aan het slot van het Voorloopig Verslag (blz. 8) van de Tweede Kamer het volgende: „Sommige leden konden zich niet begrijpen, dat de Regeering zich door de bepaling van art. 405 van het Vredesverdrag, dat dien plicht oplegt, de ontwerp-verdragen van Washington te onderwerpen aan het oordeel der autoriteiten die bevoegd zijn de daarbij behandelde onderwerpen te regelen, gebonden acht al die ontwerp-verdragen aan de volksvertegenwoordiging voor te leggen. Deze leden merkten op, dat de Regeering door hare wijze van uitdrukking in de Memorie van Toelichting zelfs den schijn wekt, dat zij, in strijd met onze constitutie onder de „wetgevende macht” de Staten-Generaal verstaat. De bepaling van art. 109 der Grondwet had de Regeering van een dergelijke onjuiste wijze van uitdrukking moeten weerhouden. Deze leden betreurden het ten zeerste, dat een Kabinet, welks algemeene staatkundige richting een waarborg daartegen behoorde te zijn, in dit geval een weg is ingeslagen, welke tot die onjuiste interpretatie aanleiding geeft”. Verder wordt nog herinnerd, dat de Grondwetscommissie van 1910 's Konings wetgevende macht beter heeft gedefinieerd dan art. 109 der Grondwet door te stellen: „Hij (de Koning) oefent de wetgevende macht uit in gemeen overleg met de Staten-Generaal”. Sommige leden waren dan ook van oordeel, dat een juiste interpretatie van art. 405 van het verdrag van Versailles meebrengt, dat de Kroon

beslist of ontwerp-verdragen als de onderhavige al of niet voor goedkeuring in aanmerking komen. „Is de Kroon” zoo wordt dan gezegd, „van meening, dat dit niet het geval behoort te zijn, zooals de Regeering ten aanzien van eenige der ontwerp-verdragen van Washington blijkbaar van oordeel is, dan is daarmede . . . deze aangelegenheid voor ons land beslist en deze beslissing behoeft dan nog slechts ter kennis van de bevoegde buitenlandsche autoriteiten te worden gebracht.” De conclusie is, dat de door de Regeering gevolgde practijk niet alleen principieel onjuist is, maar dat ze aan de Staten-Generaal een veel ruimere bevoegdheid geeft dan met den rechtmatigen invloed van de volksvertegenwoordiging is overeen te brengen.

In de Memorie van Antwoord gaf de regeering onbewimpeld te kennen, dat de opvatting, aan haar toegeschreven, als zou aan eenige der ontwerp-verdragen de goedkeuring moeten worden onthouden, op een misverstand berust. In verband daarmede liet ze de vraag, hoe te handelen wanneer de regeering zich niet met een ontwerp-verdrag vereenigt, buiten beschouwing. Daarna geeft ze echter te kennen, dat, aangezien ze zich met de ontwerp-verdragen wel kan vereenigen, verplicht is overeenkomstig art. 405 van het vredesverdrag, ze voor te leggen aan het orgaan, dat met den Koning de wetgevende macht uitoefent.

Mij dunkt, dit alles blijft waar, ook wanneer de regeering zich niet met de ontwerp-verdragen vereenigen kan. Art. 405, 5e lid, zegt toch uitdrukkelijk — en hier haal ik den oorspronkelijken tekst aan: „Chacun des membres *s'engage* à soumettre dans le délai d'un an à partir de la clôture de la session de la Conférence la recommandation ou le projet de convention, à l'autorité, ou aux autorités, dans la compétence desquelles rentre la matière en vue de la transformer en loi ou de prendre des mesures d'un autre ordre”.

Zelfs, al zijn de door onze regeering afgezonden afgevaardigden er tegen, is de Koning toch verplicht het ontwerp-verdrag bij de vertegenwoordiging aanhangig te maken.

De verdere artikelen van Sectie XIII bevatten sancties van economischen aard (artt. 414 en 419) maar betreffen uitsluitend de gevallen, dat een lid in gebreke zou blijven een bekrachtigd verdrag behoorlijk uit te voeren of een ter Conferentie aangenomen ontwerp-verdrag of aanbeveling aan de bevoegde organen voor te leggen. Het onderzoek van geschillen omtrent de juiste uitvoering der aanvaarde verplichtingen wordt in de artikelen 409—420 opgedragen aan een commissie van onderzoek en aan het Permanente Hof van Internationale Justitie bedoeld in art. 14 van het Volkenbondsverdrag.

Art. 427 geeft eenige algemeene beginselen, die de verdragsluitende partijen op zich nemen als leiddraad voor hunne arbeidswetgeving te zullen beschouwen.

Om nu op de Conferenties, in de eerste plaats op die te Washington, terug te komen, zij opgemerkt, dat aldaar in October 1919 door afgevaardigden uit een en veertig landen zes ontwerp-verdragen en zes aanbevelingen zijn aangenomen (1).

De zes ontwerp-verdragen betreffen:

1°. Beperking van den arbeidsduur in nijverheids-ondernemingen tot acht uur per dag en acht en veertig per week.

(1) Men zie een beknopt verslag van deze Conferentie in de Maart-afllevering 1920 van het Maandschrift van het Centraal Bureau voor de Statistiek. Ons land was te Washington vertegenwoordigd door de heeren NOLENS en VAN TIENEN, terwijl namens de werkgevers de vergadering bijgewoond werd door den heer VERKADE, namens de werknemers door den heer OUDEGEEST, aan welke personen nog eenige technische adviseurs waren toegevoegd. De vergadering duurde van 24 October tot 29 November 1919.

2°. Voorkoming van werkloosheid en leniging van haar gevolgen.

3°. Arbeid van vrouwen vóór en nà haar bevalling.

4°. Arbeid van vrouwen gedurende den nacht.

5°. Leeftijd, waarop kinderen mogen worden toegelaten tot het verrichten van arbeid.

6°. Nachtarbeid van jeugdige personen in nijverheids-ondernemingen.

Een algemeene opmerking over de ontwerp-verdragen betreft de bepaling, die in alle voorkomt, dat namelijk een lid, dat het verdrag heeft bekrachtigd, dit eerst kan opzeggen na den termijn van tien jaren na den datum, waarop het van kracht is geworden; de opzegging wordt eerst van kracht, nadat zij door het secretariaat van den Volkenbond is ingeschreven. Een dergelijke bepaling komt voor in art. 20 van het achturen-tractaat; in art. 10 van het verdrag betreffende den arbeid van vrouwen vóór en nà haar bevalling; in art. 12 van het verdrag over den leeftijd, waarop kinderen tot den arbeid mogen worden toegelaten; in art. 13 van het verdrag betreffende den nachtarbeid van vrouwen; in art. 13 van het verdrag betreffende den nachtarbeid van jeugdige personen en in art. 9 van dat over de werkloosheid.

Opmerking verdient, dat in twee der ontwerp-verdragen van Genua slechts een termijn van vijf jaar is aangenomen, mogelijk een bewijs, dat men zulk een langen termijn van gebonden zijn bedenkelijk achtte, nu den niet-toetredenden staten algeheele vrijheid in dezen toekomt.

Een andere algemeene opmerking houdt verband met de omstandigheid, dat bij drie ontwerp-verdragen van Washington en bij twee van Genua het goedkeurings-ontwerp zoo gesteld is, dat daarbij de regeering zich de bevoegdheid tot toetreden *voorbehoudt*. De bedoeling van dit voorbehoud — niet het voorbehoud van art. 59,

laatste lid der Grondwet — schijnt te zijn om aan de Regeering vrijheid te laten niet toe te treden, wanneer haar dit in 'slands belang min wenschelijk voorkomt.

Ofschoon zulk een voorbehoud in het algemeen geen aanbeveling verdient (1), is er dit voor te zeggen, dat, zoo ergens hier, de regeering vrij moet zijn en naar bevind van zaken moet oordeelen.

Thans een enkel woord over de ontwerp-verdragen.

Tegen het eerste, het belangrijkste, het achturen-tractaat zijn, de regeering verzwijgt het ook niet in de M. v. T., groote bezwaren gerezen. Vooral dat op blz. 7 van genoemd staatsstuk voorkomende, weegt zwaar. Het komt hierop neer. In de Arbeidswet 1919, waarbij ten onzent de 45-urige werkweek in fabrieken en werkplaatsen is ingevoerd, wordt bij de artt. 26—28 de mogelijkheid gelaten dat de nationale industrie beschermd wordt tegen de concurrentie van landen waar een langere werktijd geldt, dan door het verdrag wordt toegestaan. De toepasselijkheid van de artt. 26 en 27 is nu beperkt tot een termijn van twee resp. vier jaar doch, zoo verlenging dezer termijnen in het belang der industrie noodig mocht zijn, zou daaraan, maar bij niet-toetreding tot het verdrag, tegemoet gekomen kunnen worden. Treedt ons land echter toe, dan kan van genoemde artikelen geen verder gebruik worden gemaakt dan binnen de grenzen van het verdrag en dit bevat geen uitzonderingsbepaling om tegemoet te komen aan de nadeelen, die de verkorting van den arbeidsduur uit een oogpunt van internationale concurrentie met zich brengt. Overwerk in den zin van overschrijding van de gemiddelde 48-urige arbeidsweek laat het alleen toe als tijdelijke maatregel ter tegemoetkoming aan buitengewone ophooping van werk en de

(1) Zulk een voorbehoud was terecht in het goedkeuringsontwerp opgenomen toen het de toetreding tot het Volkenbondstractaat betrof.

overuren moeten dan met een loon van 25 pCt boven het normale loon worden betaald.

Nog een ander bezwaar, waar de M. v. T. ook op wijst, betreft den zoogenaamden continu-arbeid, welks duur art. 4 van het tractaat op 56 uren per week stelt, terwijl onze wet van 1919 als permanente regeling voor continu-arbeid geen hooger en gemiddelden arbeidsduur kent dan voor arbeid die niet onafgebroken verricht wordt. In de toelichting zegt de Minister, dat, wordt het ontwerp-verdrag bekrachtigd, overwogen zal worden of de wet van 1919 in dit opzicht gewijzigd zou moeten worden. Terecht merkt een gezaghebbend blad hierbij op, dat, geldt hier een arbeidswet van 45 en elders van 48 uur en kunnen continu-bedrijven hier slechts 45 en elders 56 uur werken, Nederlands toetreding tot de conventie een economische dwaasheid ware (1).

Tegen het wetsontwerp tot goedkeuring van het ontwerp-verdrag betreffende den arbeid van vrouwen vóór en na haar bevalling zijn ook bewaren gerezen, die èn in de M. v. T. èn in het Voorloopig Verslag tot uitdrukking zijn gekomen. De maatregelen, die hier worden voorgeschreven: verbod van arbeid binnen zes weken na de bevalling, recht op uitkeering van ziekengeld voor den tijd van zes weken vóór en na de bevalling, recht op kosteloze medische behandeling bestaan bij ons nog niet, zoodat deze in hoofdzaak voor ons nieuw zijn en derhalve nieuwe wettelijke voorschriften zullen moeten worden vastgesteld. Terecht werd door sommigen opgemerkt dat een medische verklaring, dat het niet wensche-lijk is dat de vrouw haar gewone werk voortzet, niet wordt gevraagd. Dit zal natuurlijk, bijv. voor de wachteressen bij de spoorwegen in de eerste plaats, maar ook bij andere

(1) Zie N. R. Ct. van 19 Augustus 1921 (Avblad C).

groepen vrouwen die geen lichamelijk zwaren arbeid verrichten, eigenaardige kosten met zich brengen in verband met hare vervanging gedurende dezen tijd.

In het Voorloopig Verslag der Tweede Kamer leest men, dat verschillende leden tegen dit ontwerp-verdrag bezwaar hadden en bevreesd waren, dat de te ver gaande bescherming der vrouwen haar werkgelegenheid zal beperken; vele werkgevers zullen er bezwaar tegen maken om gehuwde werkgeefsters aan te nemen, vooral voor tijdelijke en seizoen-werkzaamheden. Dat het zoeven genoemde bezwaar vooral voor spoorwegwachteressen woog, werd mede opgemerkt en tevens vroeg men welke financiële lasten voor de spoorwegmaatschappijen uit deze regeling konden voortvloeien.

Nog een principieel bezwaar tegen het ontwerp-verdrag hadden sommige leden, omdat daarin gehuwde en ongehuwde moeders gelijkgesteld worden ten aanzien van geldelijke uitkeering en kosteloze geneeskundige behandeling bij bevallingen.

In deze gelijkstelling duchtten zij een ondermijning van het huwelijks- en gezinsleven; het argument ontleend aan art. 35 der Ziektewet, door de regeering naar voren gebracht, woog bij hen niet; in ieder geval behoort onze wetgeving deze aangelegenheid eerst te regelen (1).

(1) Nadat in art. 34 bepaald is, dat, bij zwangerschap van een verzekerde ziekgeld (7 pCt. van het gemiddelde der loonklasse, waartoe de verzekerde bij den aanvang der ongeschiktheid tot werken behoorde) uitgekeerd wordt van den eersten dag der ongeschiktheid tot werken af, leest men in art. 35, dat de Kroon voor het gebied van een bepaalden Raad van Arbeid kan vaststellen, dat het bedrag van het ziekgeld kan worden verlaagd tot uiterlijk 50 of verhoogd tot uiterlijk 90 pCt. van het gemiddelde der loonklasse en dat de uitkeering zal plaats hebben: *a.* van den eersten, tweeden, vierden of vijfden dag der ongeschiktheid tot werken af; *b.* gedurende ten hoogste twaalf maanden; *c.* over Zondagen.

Tegen het ontwerp-verdrag betreffende den nachtarbeid van vrouwen merkten sommige leden op, dat deze arbeid daardoor onmogelijk gemaakt wordt voor vrouwen, die belast zijn met de leiding eener onderneming of een onderdeel daarvan, of met wetenschappelijk onderzoek of wetenschappelijke contrôle, wat door hen betreurd werd. Daartegen valt intusschen op te merken, dat de in onze arbeidswet gestelde leeftijdsgrens van 18 jaar ook in dit ontwerp gehuldigd is en dat het vrijwel gelijklopend is met de overeenkomst van Bern van 26 September 1906 waarvan boven sprake was (1).

Het ontwerp-verdrag over de werkloosheid brengt iets nieuws. De staat verplicht zich daardoor een stelsel van publieke bureaux voor kostelooze arbeidsbemiddeling in te richten, geplaatst onder toezicht eener centrale overheid. Tevens worden maatregelen getroffen tusschen de ledenstaten om het mogelijk te maken, dat arbeiders van het eene land, in het andere werkende, gelijke verzekeringsuitkeeringen ontvangen als de arbeiders in het land zelf. Dit alles is zeer nuttig en wellicht ook wenschelijk, maar de vraag rijst of deze regeling niet groote kosten zal met zich brengen. Ook dit punt komt in het Voorloopig Verslag ter sprake; er werd op gewezen, dat reeds op het vóór den oorlog gehouden congres te Gent in 1913 de wenschelijkheid van een internationale werkloosheidsstatistiek ter sprake is gekomen (2).

Tegen de ontwerp-verdragen betreffende den leeftijd, waarop kinderen mogen werken in nijverheidsondernemingen en betreffende den nachtarbeid van jeugdige personen, werkzaam in de nijverheid kunnen weinig bezwaren worden aangevoerd. Immers, wat het eerste aan-

(1) Wet van 12 Juli 1908, (Stbl. no. 226).

(2) Voorloopig verslag, blz. 8 van boven.

gaat, is het verbod van arbeid door kinderen beneden veertien jaar in art. 9 der Arbeidswet 1913 gehuldigd en wat het tweede betreft, wordt ook de in onze wet aangenomen leeftijdsgrens van achttien jaar in het ontwerp-verdrag aangetroffen.

Nadat de ontwerp-verdragen reeds eenige maanden geleden bij de Tweede Kamer waren ingekomen, bereikte dit lichaam een schrijven van den Minister van Arbeid, waarin medegedeeld worden de zoogenaamde „Aanbevelingen”, die mede op de Conferentie zijn aangenomen (1).

Deze betreffen:

- I. de werkloosheid;
- II. de wederkeerigheid van behandeling van buitenlandsche arbeiders;
- III. voorkoming van miltvuur;
- IV. bescherming van vrouwen en kinderen tegen loodvergiftiging;
- V. de instelling van een Staatsgezondheidsdienst;
- VI. het verbod van gebruik van witten phosphor in de lucifersfabricatie.

Ook deze moeten binnen den termijn van twaalf maanden (in bijzondere gevallen achttien maanden) na de sluiting der Conferentie worden voorgelegd aan de bevoegde macht teneinde de aangelegenheid in een wet te belichamen of andere maatregelen ter zake te nemen. In tegenstelling met de ontwerp-verdragen geldt ten aanzien van de „Aanbeveling” dat, ook indien de bevoegde macht daarmede instemming heeft betuigd, elk lid der Arbeidersorganisatie vrij blijft in de wijze van uitvoering.

Een enkel woord over deze *Aanbevelingen*. De eerste betreffende de werkloosheid bestaat uit vier artikelen.

(1) Brief van 25 November 1921 (Gedr. Stukken Tweede Kamer 1921—22, no. 131).

In de toelichting op het Ie artikel deelt de regeering mede, dat de strekking daarvan is: vooreerst om de oprichting te verbieden van bureaux voor arbeidsbemiddeling, die voor deze bemiddeling betaling vragen of die hun zaken met winst drijven, en in de tweede plaats om de handhaving van bestaande bureaux slechts toe te laten na verkregen vergunning der regeering. Ter uitvoering van het eerste gedeelte is, zooals de Minister mededeelt, een wetsontwerp in voorbereiding, dat voor de bestaande particuliere bureaux deze vergunning vordert. Geleidelijk zal men tot inkrimping van het aantal particuliere bureaux moeten overgaan; de bedoeling is niet om die bureaux dadelijk op te heffen; dit zal alleen het geval zijn met de bureaux, welke niet voldoen aan de voor het verkrijgen der vergunning bij de wet te bepalen voorwaarden.

Het tweede Artikel der Aanbeveling I betreft het collectief aanwerven van arbeiders in een land ten einde deze te laten werken in een ander land. Dit nu zal alleen worden toegestaan na wederzijdsche overeenkomst tusschen de twee landen en nadat werkgevers en werklieden van de daarbij betrokken industrieën daaromtrent in beide landen zijn gehoord. Gelijk men ziet, heeft deze *Aanbeveling* slechts betrekking op die landen, waarvoor stelselmatige aanwerving van werkkrachten uit den vreemde bestaat. Aangezien dit in ons land niet het geval is en deze aanwerving hier slechts bij uitzondering geschiedt, acht de regeering dit deel der *Aanbeveling* niet op ons land toepasselijk. Als richtsnoer, voegt de M. v. T. erbij, kan dat deel, als 't voorkomt, altijd gebruikt worden.

Het derde Artikel, beoogende de invoering van een doeltreffend stelsel van Werkloosheidsverzekering, hetzij door den Staat, hetzij door particuliere vereenigingen

met staatssubsidie, behoeft met het oog op het bepaalde in het Werkloosheidsbesluit 1917 (Stbl. no. 522), evenmin hier te lande regeling.

Bij het vierde Artikel wordt aanbevolen regelingen te treffen ter uitvoering van werken voor rekening van het openbaar gezag, met het doel deze zooveel mogelijk in tijden van werkloosheid te doen uitvoeren. In dit opzicht doen de gemeentebesturen goed werk door hun plannen voor openbare werken, welke tot werkverschaffing bij werkloosheid dienen.

Wat de tweede *Aanbeveling*, betreffende de wederkeerigheid van behandeling van buitenlandsche arbeiders aangaat, zijn hier te lande reeds de onderscheidene deelen van het arbeidsrecht — arbeidswet, steenhouderswet, stuwadoorswet — van toepassing op buitenlanders, die hier werken. Alleen de Invaliditeits- en Ziekte-wetten maken in zoover een onderscheid, dat de uitkeering niet verleend wordt aan hen, die buitenslands vertoeven, tenzij in het belang der gezondheid.

Wat de derde *Aanbeveling* over de voorkoming van miltvuur betreft, de volgens deze te nemen maatregelen zijn ten deele reeds in toepassing gebracht, ten deele kan er aanleiding bestaan om de bestaande wetgeving aan te vullen.

Aan de vierde *Aanbeveling* over de bescherming van vrouwen en kinderen tegen loodvergiftiging wordt ten deele voldaan door het Kon. besluit van 10 Augustus 1920, (Stbl. no. 694), gewijzigd bij dat van 22 October 1921, (Stbl. no. 795), en zal daaraan geheel voldaan zijn, wanneer de Ziekte-wet in werking zal zijn getreden.

Aan de vijfde *Aanbeveling* voldoet de Arbeidsinspectie, in het bijzonder belast met de bescherming van de gezondheid der arbeiders.

Wat eindelijk de zesde betreft — de wenschelijkheid

dat ieder lid der arbeids-organisatie toetrede tot het verdrag van Bern van 1906 — daaraan is reeds in 1908 door Nederland voldaan, zoodat deze Aanbeveling voor ons land overbodig is.

Een gevolg van de Conferentie van Washington is nu die van Genua geweest.

Immers, art. 1 voorlaatste lid van het ontwerp-verdrag van Washington tot beperking van den arbeidsduur in nijverheidsondernemingen tot acht uur per dag en acht en veertig per week, bepaalt dat over de beperking van den arbeidsduur bij het vervoer ter zee en langs binnenwateren door een nadere Conferentie bepalingen zouden vastgesteld worden.

Zoo kwam te Genua een conferentie bijeen van 15 Juni tot 10 Juli 1920 en aan deze „Internationale Zeeliedenconferentie” namen zes en twintig landen deel. Evenals te Washington bestond de Nederlandsche vertegenwoordiging uit twee afgevaardigden der regeering, een voor de werkgevers en een voor de werknemers, terwijl ook een aantal technische raadsliden aan de genoemde waren toegevoegd.

De vrucht dezer conferentie waren drie ontwerpverdragen (1) en vier aanbevelingen.

Die ontwerp-verdragen betreffen:

- 1°. den minimumleeftijd van toelating van kinderen tot arbeid op zee;
- 2°. plaatsing van zeelieden;
- 3°. schadeloosstelling voor werkloosheid ingeval van verlies van het schip door schipbreuk.

In het eerste ontwerp-verdrag wordt bepaald, dat een kind beneden veertien jaren niet gebruikt mag worden voor arbeid aan boord van schepen, tenzij daarop uit-

(1) Gedrukte Stukken, Tweede Kamer 1921-22, no. 371).

sluitend kinderen uit één gezin werkzaam zijn, een bepaling, die niet van toepassing is op kinderen aan boord van opleidingsschepen, mits verricht onder toezicht en met goedkeuring der overheid. Ieder gezagvoerder is verplicht een arbeidsregister of bemanningsregister te houden, waarop de leeftijd van alle aan boord werkzame personen onder zestien jaren vermeld staat.

Deze ontwerp-conventie sluit zich aan bij de Arbeidswet 1919, die ook van toepassing is op arbeid aan boord van zeeschepen. Alleen gaat onze wet minder ver en eischt niet, dat aan boord uitsluitend leden van één gezin werkzaam zijn. De praktijk verschilt echter weinig van wat het ontwerp-verdrag vordert; immers, op de koopvaardijvloot plegen kinderen beneden de veertien jaren niet te arbeiden; wel op de zeevisschersvaartuigen, waar kinderen beneden veertien jaren wel worden meegenomen met het doel om arbeid te verrichten.

Het eenige nieuwe in onze wetgeving is het arbeidsregister, tegen welks invoering de regeering geen bezwaar heeft.

Het wetsontwerp stelt voor dit ontwerp-verdrag goed te keuren in afwijking van de beide andere wetsontwerpen, waarbij de voorbehoud-clausule gebruikt wordt, zooals boven reeds is opgemerkt.

Het tweede ontwerp-tractaat betreft de plaatsing van zeelieden, waaronder alle personen verstaan worden, die als lid der equipage werkzaam zijn aan boord van schepen, die de zee bevaren, behalve de officieren.

Uitdrukkelijk wordt bepaald, dat de arbeidsbemiddeling voor zeelieden door geen persoon, vennootschap of instelling als bedrijf mag worden uitgeoefend met het doel om winst te maken. Ook zal een zeeman ter zake van die arbeidsbemiddeling tot geen betaling verplicht zijn en overtreding dezer bepaling streng gestraft worden.

Er is echter rekening mede gehouden, dat verschillende vennootschappen of personen, die tot dusver de arbeidsbemiddeling als bedrijf met het doel om winst te maken, uitoefenden, dit bedrijf, mits onder toezicht der regeering, kunnen voortzetten (art. 3).

Verder zal een doelmatig werkend stelsel van kostelooze arbeidsbeurzen voor zeelieden worden georganiseerd, hetzij door belanghebbende organisaties van reeders en zeelieden, werkende onder een centraal toezicht, hetzij, bij ontstentenis eener zoodanige werkzaamheid, door den Staat (art. 4).

In 't leven te roepen commissies, uit vertegenwoordigers van reeders en zeelieden bestaande, zullen gehoord moeten worden in alle zaken, de werking dezer beurzen betreffende; de bevoegdheden dezer commissies worden door de regeering vastgesteld.

Bij art. 7 van het ontwerp-verdrag gaat men nog verder dan art. 397 W. v. K. dat over de monsterrol handelt. Het eerste deel van het artikel bepaalt, dat de monsterrol de waarborgen moet bevatten voor de bescherming van alle belanghebbende partijen. In de M. v. T. wordt er op gewezen, dat genoemd art. 397 reeds enkele waarborgen bevat, zooals art. 423 W. v. K., en een commissie is benoemd onder voorzitterschap van Prof. MOLENGRAAFF om te onderzoeken hoe de arbeidsovereenkomsten tusschen den Staat eenerzijds en den kapitein anderzijds opnieuw bij de wet geregeld moeten worden om aan de tegenwoordige eischen te voldoen, tot welke eischen het in art. 7 genoemd beginsel mede te rekenen is.

Ook het tweede gedeelte van art. 7, bepalende, dat den zeeman alle gelegenheid moet worden gegeven om van de monsterrol vóór en na de onderteekening kennis te nemen, acht de regeering alleszins billijk; het compleeteert art. 396 W. v. K.

De regeering deelt in de M. v. T. mede, dat met het oog op de voorzieningen, die in verband met de artt. 3, 4 en 7 moeten worden getroffen, betwijfeld wordt of binnen den genoemden termijn, uiterlijk op 1 Juli 1922, alle noodzakelijke maatregelen kunnen worden getroffen om de bepalingen rechtsmacht te verschaffen. Waarom zij dan ook voorstelt aan de Kroon de bevoegdheid voor te behouden om tot het ontwerp-verdrag toe te treden, de Kroon zal daartoe eerst kunnen overgaan, wanneer bovenbedoelde voorzieningen getroffen zijn.

Zooals boven reeds is herinnerd wordt ook de voorbehoudsformule in het derde goedkeuringsontwerp van wet aangetroffen. Dit staat in verband met de omstandigheid, dat het derde ontwerpverdrag, handelende over de schadeloosstelling voor werkloosheid ingeval van verlies van het schip door schipbreuk, voor de zeelieden gunstiger bepalingen dan het Wetboek van Koophandel bevat. De M. v. T. wijst op art. 418 van dit wetboek, bepalande, dat scheepsofficieren en scheepsgezellen (en blijkens art. 386 geldt hetzelfde voor den schipper) geen huur of loon kunnen vorderen wegens de reis, waarop het schip genomen en voor goeden prijs verklaard wordt of zoodanig strandt, dat schip met inhoud vergaat. Volgens het ontwerp-verdrag daarentegen zullen de schepelingen aanspraak op loon behouden niet alleen wegens de reis, waarop het schip verging, doch ook daarna *gedurende twee maanden* (zie art. 2).

In de M. v. T. herinnerde de Minister nog, dat bovengenoemde commissie tegen dit ontwerp-verdrag geen bezwaar heeft. Dit neemt niet weg, dat het niet dadelijk zal kunnen worden toegepast en eerst de gevolgen, wat het materieel recht betreft, in de wetgeving verwerkt moeten worden, waarbij dan tevens bepaald zal moeten worden tot welk bedrag het recht op schadevergoeding zal be-

perkt worden. In verband met een en ander is bovengenoemd voorbehoud opgenomen.

Ten aanzien van de toepassing van dit ontwerp-verdrag op de koloniën, bezittingen en protectoraten vindt men een analoge bepaling als in de ontwerp-verdragen van Washington: namelijk, dat ieder lid der Internationale Organisatie van den Arbeid zich verbindt het ontwerp-verdrag op deze koloniën enz. toe te passen onder het voorbehoud, dat de plaatselijke omstandigheden deze toepassing niet onmogelijk maken en dat in het ontwerp-verdrag zoodanige wijzigingen zullen kunnen worden aangebracht als noodig zijn om de bepalingen aan te passen aan de plaatselijke omstandigheden. Gelijk men ziet wordt hier aan de staten groote vrijheid gelaten. Het zou zeker aanbeveling verdiend hebben, wanneer de M. v. T. over dit punt iets uitvoeriger ware; bijvoorbeeld daarin uitdrukkelijk stond te lezen, dat, alvorens een beslissing te nemen, overleg gepleegd zal worden met de koloniale regeeringen.

Nog zij opgemerkt, dat in de drie ontwerp-verdragen opnieuw de bepaling voorkomt dat de Engelsche en Fransche teksten beide authentiek zijn. Deze bepaling, hoe goed gemeend ook, kan wellicht tot moeilijkheden aanleiding geven, wanneer over de interpretatie van de twee teksten verschil van meening bestaat.

Wenschelijk ware het zeker, dat een arbitragecommissie of het Hof van Internationale Justitie, desnoods één arbiter, alsdan besliste *welke* de ware beteekenis van het voorschrift is.

In de M. v. T. wordt nog medegedeeld, dat op de Conferentie mede beraadslaagd is over een ontwerp-verdrag betreffende de beperking van den arbeidsduur op zee, waarin ook de 48-urige arbeidsweek wordt gehuldigd maar dit ontwerp heeft niet de vereischte meerderheid

van twee derden der stemmen kunnen verkrijgen (1). Uit het Voorloopig Verslag over deze ontwerp-verdragen van Genua blijkt, dat de meerderheid geen bezwaar daartegen heeft, wat trouwens wel te voorzien was.

Thans nog een enkel woord over de *Aanbevelingen* te Genua (2). Deze bestaan uit een viertal:

1°. tot beperking van den arbeidsduur in het visscherijbedrijf;

2°. tot beperking van den arbeidsduur in de binnenvaart;

3°. betreffende de instelling van nationale zeelieden-codes;

4°. betreffende de verzekering van zeelieden tegen werkloosheid.

Deze aanbevelingen worden door den Minister in genoemd schrijven uitvoerig toegelicht.

Wat de eerste Aanbeveling aangaat zij opgemerkt, dat de voorschriften betreffende de arbeids- en rusttijden in winkels, kantoren, apotheken, koffiehuisen, hotels en verplegingsinrichtingen, en van arbeiders, buiten de genoemde inrichtingen werkzaam, tot welke laatste groep het visscherijbedrijf behoort, bij algemeenen maatregel van bestuur kunnen worden gegeven. Dus acht de Regeering aanneming van een *wet*, als in de Aanbeveling voorzien, onnoodig.

De tweede Aanbeveling — beperking van den arbeidsduur in de binnenvaart — bevat vijf punten. Het eerste punt — de arbeid in de binnenvaart valt in de Arbeidswet 1919 onder de categorie: arbeid buiten fabrieken of

(1) Het is opgenomen in de October-aflevering van 1920 van het Maandschrift van het Centraal Bureau voor de Statistiek (blz. 26—29).

(2) Gedr. Stukken 2e Kamer 1921—22, no. 371 (vgl. brief van den Minister van Arbeid van 14 Februari 1922 aan den Voorzitter der 2e Kamer).

werkplaatsen, winkels, kantoren, apotheken, koffiehuisen, hotels en verplegingsinrichtingen, en volgens art. 16, 1e lid mag die arbeid gedurende 10 uur per dag en 55 uur per week worden verricht. Kortere arbeidsduur kan bij algemeenen maatregel voorgeschreven worden voor bepaalde soorten van arbeid of wel voor arbeid onder bepaalde omstandigheden mits niet korter dan 8 uur per dag en 45 uur per week. Aanneming van een wet voor de binnenvaart acht de regeering derhalve onnoodig.

Wat punt II aangaat, verklaart de regeering zich in beginsel bereid tot het sluiten van overeenkomsten tot beperking van den arbeidsduur van personen, werkzaam in de binnenvaart, met de andere leden van de Internationale Organisatie van den Arbeid waarvoor zij gaarne de bemiddeling van het Internationaal Bureau van den Arbeid aanvaardt.

Met punt II staat punt III in verband; bepalende dat bij zulke overeenkomsten tusschen oeverstaten zooveel mogelijk toegepast worden de beginselen vervat in het ontwerp-verdrag van Washington over den arbeidsduur. Ook hiertoe verklaart onze regeering zich bereid.

Tegen punt IV, dat ieder lid van de Internationale Organisatie van den Arbeid voor de toepassing dezer Aanbeveling het onderscheid vaststelt tusschen binnenvaart en zeevaart, en tegen punt V, dat elk lid binnen twee jaren een verslag uitbrengt aan het Internationaal Bureau van Arbeid, heeft onze regeering natuurlijk evenmin bezwaar.

De bedoeling van de derde Aanbeveling is, om ter voorbereiding van de samenstelling van een internationale zeeliedencode, de op zeelieden betrekkelijke bepalingen, die in de nationale wetten voorkomen, in één verzameling op te nemen, en die van de vierde de verzekering van zeelieden tegen werkloosheid.

Tegen beide Aanbevelingen bestaat bij de regeering

geen bedenking; wat de vierde betreft herinnert zij nog, dat het werkloosheidsbesluit van 1917 ook op de vereenigingen van zeelieden toepasselijk is.

Ziedaar de voornaamste bepalingen te Washington en te Genua in het leven geroepen.

De door de regeering ingediende wijziging der Arbeidswet 1919 (1) strekt nu in hoofdzaak om de regeling van Washington ook hier in te voeren; het voornaamste is, dat een gemiddelde werkweek van 48 uur hier dan mogelijk gemaakt wordt.

Nu is het echter opmerkelijk, dat, wanneer men de Memorie van Antwoord der regeering op de wetsontwerpen over de drie Washingtonsche ontwerp-verdragen leest, men den indruk krijgt, dat zij toch nog terugdeinst voor een *volledige* invoerig van het in die ontwerp-verdragen bepaalde. Daaruit blijkt toch, dat de regeering ratificatie van het ontwerp-verdrag van Washington betreffende den achturen-dag, dus het belangrijkste der reeks, niet gewenscht acht, omdat ook andere staten die ratificatie hebben uitgesteld.

In dit verband is het van belang kennis te nemen van het rapport, uitgebracht door de Commissie, ingesteld bij Kon. Besluit van 7 December 1921, met opdracht om een onderzoek in te stellen naar de arbeidstijden in de industrie in Duitschland. Daaruit blijkt, dat de toepassing der Arbeidswet aldaar veel liberaler geschiedt dan hier te lande. De indruk dien de Commissie van den arbeid in de steden verkreeg was, dat arbeid voor stokers, machinebewakers in een aantal gevallen zonder vergunning, tot 9 en 10 uur wordt opgevoerd, terwijl de werkzaamheden voor deze categorie van personen — anders dan hier — onder dezelfde bepalingen als ander over-

(1) Gedr. Stukken Tweede Kamer 1920-22, no. 458. De indiening greep plaats op 14 Maart 1922.

werk boven de 48 uren vallen. Het begrip „Notstandsarbeiten” wordt zeer liberaal geïnterpreteerd. In het verslag vindt men bijvoorbeeld, dat een boekdrukkerij een half uur of een uur door een paar arbeiders laat overwerken om een bepaalde oplaat te laten afdrucken, waarvoor anders den volgenden dag de pers weer zou moeten worden toegesteld. Verplichte goedkeuring der arbeidsinspectie werd daarvoor niet aangevraagd. Trouwens wanneer uit het rapport iets blijkt, dan zou het dit zijn, dat het toezicht der arbeidsinspectie veel minder scherp is dan hier te lande. Ook zijn de administratieve bemoeiingen in Duitschland veel eenvoudiger dan hier; zoo zijn geen arbeidsregisters voorgeschreven en komen arbeidslijsten alleen voor in den vorm van een algemeene aankondiging van de normale arbeids- en rusttijden voor de groote meerderheid der arbeiders. Evenmin is het noodig aantekening te houden van spoedeischend overwerk op drukke dagen; alleen voor werken op zand; evenmin bestaat verbod van nachtarbeid voor mannen, waardoor de wettelijk toegelaten arbeidstijd naar verkiezing verdeeld kan worden. De Duitsche regeering bemoeit zich ook niet met loonsvoorwaarden (1).

Op een belangrijk feit wordt door de Commissie nog gewezen, namelijk, dat met toestemming der arbeidsinspectie voor seizoendrukte doorgaans overwerk wordt verricht en dat ook voor buitengewone drukte overwerk wordt toegestaan; dit laatste, zooals de toelichting zegt, omdat men aanvaarding en uitvoering van buitenlandsche opdrachten in het belang der Duitsche nijverheid acht. Terecht merkt de „Nieuwe Rotterdamsche Courant”, waaraan deze bijzonderheid ontleend is (2), op, dat het

(1) Zie over dit rapport ook de belangrijke opmerkingen van Prof. FABIUS in «Studiën en Schetsen», 13e serie, no. 9.

(2) Vgl. hoofdartikel van 15 en 16 Februari 1922 (Avondblad).

hier op aankomt, en, dat, ziet onze industrie haar buitenslandschen afzet verminderen door haar hooge productiekosten, de Nederlandsche administratie in het belang van onze economische positie een zeer ruime uitvoering aan de Arbeidswet behoort te geven.

Met genoemd blad kan men dan ook wel tot de conclusie komen, dat van een eigenlijke 48-uren arbeidsweek in Duitschland geen sprake is. Laten de bedrijfsverhoudingen het toe, dan wordt met korteren arbeidsduur volstaan; is het echter in het belang van het economisch herstel noodig om de capaciteit der bedrijven op te voeren, dan wordt langer gewerkt. De overtuiging bestaat dus in Duitschland, dat alleen hard werken tegen niet te hooge productiekosten in het economisch belang van het land geboden is.

Maar niet alleen voor Duitschland, ook voor andere landen kan men de vraag, of invoering van het Washingtonsche arbeidsrecht met instemming wordt begroet, niet toestemmend beantwoorden.

Volgt dit reeds uit de weinige animo, waarmede verschillende staten de ontwerp-verdragen bij hunne parlementen ter goedkeuring hebben aangeboden — de M. v. T. van het goedkeuringsontwerp betreffende den achturen-dag geeft daaromtrent bijzonderheden (blz. 5 en 6) — uit wat daarna is geschied kan zeker niet de conclusie getrokken worden, dat de liefde tot den achturen-dag is toegenomen. Een enkel voorbeeld nog wat Frankrijk betreft.

In de zoeven genoemde Memorie van Toelichting deelde de regeering mede, dat in dit land slechts één der ontwerp-verdragen, nl. dat betreffende den arbeid van vrouwen vóór en na hare bevalling door de Kamer van Afgevaardigden aangenomen is. Voor den 8-uren werkdag als regel bestaat in Frankrijk echter bezwaar. Deze is er evenals in zooveel landen, ingevoerd in 1919,

maar in heel wat soepeler vorm dan de onze. Zoo kan een arbeider in Frankrijk na den achturen-dag in het eene bedrijf ook elders werk zoeken. Voor overwerk heeft men sinds 1919 algemeene maatregelen, die naargelang van de verschillende bedrijven een aantal reserve-uren van 60—150 per jaar mogelijk maken, waarover de werkgever kan beschikken. Maar — en dit is het merkwaardige — een aantal Kamers van Koophandel heeft zich zelfs vóór afschaffing verklaard en de regeering heeft bij de vertegenwoordiging drie wetsontwerpen aanhangig gemaakt, om in een of anderen zin op de arbeidsregeling terug te komen (1).

Het is nu begrijpelijk, dat de ondervinding in andere landen opgedaan, onze regeering de herziening der Arbeidswet 1919 doet aan de orde stellen en zelfs, dat zij aarzelt thans reeds het voornaamste der Washingtonsche verdragen te doen goedkeuren. Het wekt alleen verwondering, dat in de Memorie van Toelichting van genoemd wetsontwerp tot wijziging der Arbeidswet 1919 onbewimpeld verklaard wordt: „dat thans voldoende zekerheid bestaat dat andere landen, nu op de Internationale Arbeidsconferentie te Washington voor nijverheidsondernemingen als norm de 48-urige werkweek is aangenomen, niet tot invoering van een kortere werkweek dan de 48-urige zullen overgaan, en het niet gewenscht is de Nederlandsche nijverheid in een wettelijke positie te laten, die ongunstiger is dan die van de met ons concurrerende Europeesche landen” en de regeering als hoofddoel beschouwt den eisch van absoluten achturen-dwang te vervangen door dien van gemiddelden achturen-dag,

(1) Vgl. een kras artikel over deze quaestie van JUNIUS in de «Echo de Paris», aangehaald in de N. Rott. Crt. van 4 Maart 1922 en een artikel in 't Vaderland van 4 April 1922, getiteld «Frankrijk en de 8-uren werkdag».

waarbij de vrije Zaterdagmiddag behouden blijft (1).

De vraag rijst toch, of deze redeneering nog opgaat, wanneer andere staten het beginsel laten vallen of liever daarop zooveel uitzonderingen toelaten, dat dit beginsel feitelijk wordt prijsgegeven (2).

Mij dunkt vóór men komt tot de ratificatie van het Washingtonsche 8-uren-verdrag, moet blijken hoe de Staten-Generaal over de ingediende wijziging der Arbeidswet denken. Wat te meer klemmt, nu, zooals boven is herinnerd, de regeering zelve in de Memorie van Antwoord op de goedkeuringsontwerpen van wet over de ontwerpverdragen van Washington verklaart slechts prijs te stellen op de behandeling van die ontwerpen, waartegen weinig of geen bezwaren in 't Voorloopig Verslag zijn aangevoerd, onder welke *niet* het achturen-tractaat valt. Voorloopig, dit is het motief, kan ons land uiting geven van goede gezindheid jegens de Internationale Arbeidsorganisatie, waardoor het toont, dat de wijze van internationale arbeidsbescherming, aangegeven in deel XIII van het Vredesverdrag, zijn instemming heeft (3).

Resumeerende zou ik tot de conclusie willen komen, dat, daargelaten de vraag of inderdaad alle Washingtonsche ontwerpverdragen door de verschillende staten als *arbeidsrecht* zullen worden aangenomen, de Internationale Arbeidsconferenties toch altijd een belangrijken invloed zullen blijven oefenen op de totstandkoming van een Internationaal Arbeidsrecht, al mogen dan ook voorshands de resultaten slechts op een theoretisch desideratum wijzen.

April 1922.

J. B. Br.

(1) M. v. T. blz. 1 v. o. en 2 v. v.

(2) Bij de Zwitsersche Vertegenwoordiging is een ontwerp ahangig, waarbij de Bondsraad de bevoegdheid krijgt om desnoods de 54-urige arbeidsweek in te voeren.

(3) De wijziging der Arbeidswet is tot stand gekomen bij de wet van 20 Mei 1922 (Stbl. no. 364), en de tekst der dus gewijzigde Arbeidswet 1919 vindt men in Stbl. no. 457 dezes jaars.

NASCHRIFT

Volledigheidshalve zij nog medegedeeld, dat bij brief van 18 Mei 1922 de Memorie van Antwoord is ingezonden over de ontwerpen tot voorbehoud der bevoegdheid tot toetreding tot het ontwerp-verdrag van Washington betreffende den arbeid van vrouwen vóór en na hare bevalling, en tot voorbehoud der bevoegdheid tot toetreding tot het ontwerp-verdrag betreffende de werkloosheid.

Wat aangaat het ontwerp over het ontwerp-verdrag betreffende beperking van de arbeidsduur in nijverheidsondernemingen leest men in de Memorie, dat het interdepartementaal overleg naar aanleiding van de in het Voorloopig Verslag gemaakte opmerkingen nog steeds hangende is en reeds overleg met het Internationaal Arbeidsbureau noodig is gebleken. Mitsdien zal zich het vrijwel ongewone geval voordoen dat omtrent deze ontwerpverdragen drie Memories van Antwoord de Kamer zullen bereiken.

Uit de thans ingediende Memorie blijkt, dat het eerste ontwerp-verdrag geratificeerd is door Bulgarije, Griekenland en Roemenië, en het tweede door deze staten benevens Denemarken, Finland, Engeland, Britsch-Indië (dat in dit opzicht als zelfstandige staat beschouwd wordt) Noorwegen en Zweden. Behalve door onze Regeering wordt de goedkeuring van het eerste ontwerp-verdrag voorgesteld door die van Duitschland, Argentinië, België, Brazilië, Spanje, Frankrijk, Italië en Polen, en van het tweede door dezelfde regeeringen benevens Oostenrijk, maar zonder Frankrijk.

In § 4 van de Memorie wordt nog een volkenrechtelijke quaestie behandeld naar aanleiding van de opmerking van „verscheidene leden” in het Voorloopig Verslag, dat van *toetreding* van Nederland tot de ontwerp-verdragen van Washington niet kan gesproken worden, omdat het

zelve partij is. Deze opmerking is volkomen juist. Volkenrechtelijk is *toetreding* alleen mogelijk bij verdragen die door andere staten zijn gesloten. Men onderscheidt dan meestal *adhésion* en *accession*; onder *adhésion* verstaat men de toetreding van derde staten tot de hoofdbeginsels van tusschen andere gesloten verdragen, zooals OPPENHEIM het zoo juist uitdrukt: „*such entrance of a third state into an existing treaty as takes place either with regard to a point of the stipulations or with regard only to certain principles laid down in the treaty*”, terwijl *accession* meer formeel is: „*the formal entrance of a third state into an existing treaty so that it becomes a party to the treaty with all the rights and duties arising therefrom*” (1). Dikwijls wordt echter *adhésion* en *accession* verward, zooals in de Haagsche tractaten van internationaal privaatrecht van 1902, waar *adhésion* staat waar de auteurs *accession* bedoeld hebben (2).

Nu blijkt — en zie hier de nieuwigheid — uit de artt. 403, 405, 409 en vooral uit art. 421 van het tractaat van Versailles, dat deze conventie, waar het de arbeidsverdragen betreft, onder *toetreden* hetzelfde verstaat als *goedkeuren* en *ratificeeren*. Toetreden zou hier alleen dan in de goede volkenrechtelijke beteekenis zijn gebruikt, wanneer de staat, die tot het ontwerp-verdrag toetreedt, geen lid van de Internationale Arbeidsorganisatie is (3).

(1) OPPENHEIM, International Law I (ed. van 1920), blz. 684. Zie ook BONFILS, Droit International public (ed. 1901) blz. 464 en DESPAGNET, Cours de droit international public, I, blz. 697.

(2) Zie bijvoorbeeld art. 10 van het huwelijkstractaat van 1902 en art. 11 van de tractaten voor echtscheiding en voogdij van hetzelfde jaar. Ook in art. 6 van het Haagsche tractaat van 1907: «Concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre» worden de termen verward.

(3) Zie over dit punt mijn beschouwingen in no. 10881 van het W. v. h. R.

Terwijl dus de twee genoemde ontwerp-verdragen nog niet in de Tweede Kamer tot mondelinge gedachtenwisseling hebben aanleiding gegeven, zijn de ontwerpen van wet:

1°. tot goedkeuring van het ontwerp-verdrag betreffende de vaststelling van den leeftijd, waarop kinderen mogen worden toegelaten tot het verrichten van arbeid in nijverheidsondernemingen;

2°. tot goedkeuring van het ontwerp-verdrag betreffende den arbeid van vrouwen gedurende den nacht;

3°. tot goedkeuring van het ontwerp-verdrag betreffende den nachtarbeid van jeugdige personen,

na den 16en Mei 1922 in de Eerste Kamer schriftelijk te zijn behandeld, in de openbare vergadering van dit lichaam van 18 Mei zonder hoofdelijke stemming aangenomen (1).

(1) De desbetreffende wetten vindt men in de Staatsbladen nos. 368—370 van dit jaar als wetten van 20 Mei.

**Rogatoire commissies; Nederlandsche en
Nederlandsch-Indische jurisprudentie; binnen-
en buitenlandsche literatuur**

DOOR

Dr. L. VAN PRAAG

te 's-Gravenhage

§ 1. *Rogatoire commissies uit Nederland naar de
koloniën (1) en omgekeerd*

Hoewel de termen „letteren-requisitoriaal” en „rogatoire commissies” vaak dooreen worden gebezigd (2), is er toch veel voor te zeggen te onderscheiden en de eerste uitdrukking enkel te gebruiken ter aanduiding der in ons art. 25 R. O. bedoelde opdrachten, die zich tot het gebied van het Rijk in Europa beperken en daarentegen van rogatoire commissies te spreken, als we te doen hebben met een verzoek, hetzij *aan*, hetzij *van* den rechter in Nederland, en afkomstig van of gericht tot diens collega in onze koloniën of in een vreemd land (3). Want de letteren-requisitoriaal steunen thans op een wettelijke machtiging samengaande met het eveneens bij

(1) Korthedshalve bedien ik mij van dit woord, ondanks het toekomstige art. 1 Grw.

(2) Zie h.v. DE PINTO, R. Org. 2e dr. II, blz. 73 v. b.; FAURE, Proc.recht I, 3e dr., blz. 136 v. b. Vgl. ook aldaar blz. 135 v. o. over de oud-Hollandsche praktijk: de rechters in de verschillende provincies der vereenigde gewesten waren onderling onafhankelijk, en ontleenden hun gezag niet aan dat van éézelfden soeverein.

(3) Vgl. FAURE, t. a. p. IV, 2 (1896), blz. 87 v. b.

de wet gegeven voorschrift er aan te voldoen (art. 25 R. O.). En zulk een voorschrift kan de wet van het eene land niet op eigen gezag geven voor opdrachten aan autoriteiten in een ander land, zoodat het voor de hand ligt dáárvoor een anderen term te bezigen, en omdat dit gebruikelijk is, liever van rogatoire commissies of verzoeken te spreken, ook al meent men dat er krachtens volkenrecht een *verplichting* bestaat om daaraan te voldoen (4).

Van een volkenrechtelijke verplichting kan geen sprake zijn in de verhouding tusschen moederland en koloniën (5). De Rechtbank te Amsterdam meende bij haar vonnis van 13 December 1877 R. B. 1878 A bl. 92, dat art. 104 Regeeringsreglement van Nederlandsch-Indië (Stbl. 1854 no. 129) medebrengt dat de Nederlandsch-Indische rechters zijn gelijk te stellen met de Nederlandsche, inzoverre deze naar art. 25 Ned. R. O. verplicht zijn onderling gevolg te geven aan letteren-requisitoriaal. Op dit motief droeg de Rechtbank het afnemen van een suppletoiren eed op aan een Raad van Justitie (6). Daarentegen redeneerde diezelfde Rechtbank bij haar vonnis van 21 April 1905, W. 8358, P. v. J. 524, geheel anders (7),

(4) Zie hieronder in § 2.

(5) Vgl. FAURE, t. a. p. IV, 2 blz. 90 v. o.

(6) Vgl. ook A. D(E)P(INTO) in *Themis* 1858, blz. 469; R. G. NIEUWENHUYNS, Over letteren-requisitoriaal ten dienste der justitie in strafzaken, prft. Utrecht 1858, blz. 81—86.

(7) Voor de zeer uitvoerige motiveering van dit vonnis verwijs ik daarheen. Ik vermeld hier slechts dat de gevolgtrekking der Rechtbank uit het zwijgen der wet over een *opdracht*, dat het verhoor op vraagpunten in Nederland moest geschieden, niet logisch is. Tertium datur, n.l. een *verzoek*, al geldt ook daarvan dat, gelijk de Rechtbank opmerkt, de zekerheid ontbreekt dat er gevolg aan zal worden gegeven. Daar dit echter meestal wél geschiedt, is het overdreven dit bezwaar te laten overwegen.

en achtte zij het toen ongeoorloofd zulk een *opdracht* te geven krachtens art. 240 Rv. Van die laatste meening was deze Rechtbank eveneens, doch enkel voor een opdracht *ambtshalve*, in een vonnis van 10 Februari 1911, W. 9181. In appèl gaf daarop Hof Amsterdam 6 November 1911, W. 9340, de nu door den belanghebbende verzochte opdracht, als niet bestreden door de tegenpartij. Hetzelfde Hof had bij zijn arrest van 28 October 1892, W. 6272, P. v. J. 1893, no. 55, evenals het toen bevestigde vonnis der Rechtbank te Amsterdam van 30 Juni 1890, P. v. J. 1891, no. 4, de *opdracht* aan den Nederlandsch-Indischen rechter tot het afnemen van een suppletoiren eed geoorloofd geacht. En over een *verzoek* aan een Nederlandsch-Indischen rechter dacht gunstig Rb. Amsterdam 14 Maart 1882, W. 4791, R. B. 1883 D blz. 127, P. v. J. 1882, no. 25.

Wat de Nederlandsch-Indische jurisprudentie betreft, van gelijke zienswijze als laatstgemeld vonnis der Amsterdamsche Rechtbank was voor een *uitnoodiging* aan den Nederlandschen rechter, de Raad van Justitie te Batavia op 24 November 1909 „Het Recht in Ned.-Indië” 93, blz. 347. De Raad van Justitie te Soerabaja hield 21 Februari 1912, t. a. p. 100, blz. 38, een *opdracht*, dies ook een *rogatoire commissie* aan den Nederlandschen rechter voor verhoor op vraagpunten voor ongeoorloofd. Diezelfde Raad had 3 November 1855, t. a. p. 12, blz. 350, art. 104 Reg. Reglement niet toepasselijk geoordeeld op letteren-requisitoriaal, en gemeend geen gevolg te mogen geven aan de *opdracht*, gegeven door Rb. Amsterdam 5 October 1854, R. B. 1855, blz. 173, M. v. H. 1875, blz. 129. De Raad van Justitie overwoog in 1855 dat de rechter geen handelingen mag verrichten, waartoe de wet hem de bevoegdheid niet heeft toegekend, terwijl de bevoegdheid tot het voldoen aan *rogatoire commissies* van Neder-

landsche rechters den Nederlandsch-Indischen rechter bij geen wetsbepaling is verleend. Maar het Hooggerechts-hof voor Nederlandsch-Indië was bij zijn arrest van 13 Maart 1856 „Het Regt in Ned.-Indië” 12, blz. 364, van opinie dat art. 104 Reg.reglement wèl toepasselijk is op een opdracht als hier was gegeven, doch dat de rechter, tot wien zulk een opdracht is gericht, enkel bevoegd is die handelingen te doen, welke naar de voor hem geldende wet binnen zijn bevoegdheidskring vallen. De conclusie van het Openbaar Ministerie (t. a. p. blz. 359), eveneens het er voor houdend dat art. 104 toepasselijk is, voerde aan dat krachtens een algemeen erkend beginsel van internationaal recht de *comitas gentium* meebrengt dat aan rogatoire commissies moet worden voldaan (t. a. p. blz. 363). Het Openbaar Ministerie mengde hier recht en *comitas* dooreen (8), en zag voorts over het hoofd dat er geen internationale verhoudingen bestaan tusschen moederland en koloniën, terwijl het op zijn minst kwestieus is of men voor de hier wèl aanwezige verhouding, analogice mag redeneeren uit volkenrecht of *comitas gentium*. M. i. ziet art. 104 Reg.reglement enkel op dwangexecutie. Buitendien is noch de opdracht bij letteren-requisitoriaal, noch de uitnoodiging bij een rogatoire commissie, een vonnis, al worden zij in een vonnis opgenomen. En er is geen bevel, zelfs niet bij letteren-requisitoriaal, waarbij de verplichting tot voldoening in de wet is geschreven: de opdragende rechter heeft in het algemeen geen jurisdictie over den rechter, wien de opdracht geldt. De zienswijze van den Raad van Justitie te Soerabaja in 1855, dat de rechter slechts bevoegd is tot hetgeen de wet hem bepaaldelijk veroorlooft, moge opgaan voor daden van volontaire

(8) Vgl. hieronder in § 2.

rechtsmacht (9), omdat deze daden niet dan krachtens bijzondere wettelijke bepaling vallen binnen zijn formeelen bevoegdheidskring, anders is het voor daden van eigenlijke rechtspraak, en het verleenen van hulp door zulk een daad aan een collega: die daden vallen juist wèl binnen den formeelen bevoegdheidskring des rechters, ook al bepaalt de wet dit niet in het bijzonder.

Het juiste standpunt ten deze schijnt mij toe te zijn ingenomen door den Landraad te Medan op 5 Mei 1907, „Het Recht in Ned.-Indië” 89, blz. 197, aldus overwegend: art. 25 Ned. R. O. legt den Nederlandschen rechter enkel de verplichting op gevolg te geven aan opdrachten van rechters in Nederland. Evenzoo verplicht art. 33 Regl. R. O. Ned.-Indië den Nederlandsch-Indischen rechter enkel te voldoen aan opdrachten van rechters in Nederlandsch Oost-Indië. De mogelijkheid bestaat dat de Nederlandsche rechter geen gevolg geeft aan een opdracht van zijn Indischen collega. Maar dit moet laatstbedoelden rechter niet weerhouden zulk een opdracht (uitnoodiging) te zenden, als deze dienen kan om de aanhangige zaak zooveel mogelijk tot klaarheid te brengen. Met andere woorden, er is hier bij het zwijgen der wet geen plaats voor letteren-requisitoriaal (opdracht), doch wèl voor een rogatoire commissie (verzoek, uitnoodiging).

§ 2. *Rogatoire commissies uit en naar vreemde landen*

Het Hof in Overijssel heeft bij arrest van 7 Mei 1849, W. 1017, beslist, dat de Nederlandsche rechter aan rogatoire commissies uit een vreemd land gevolg moet geven krachtens een „jure gentium” schier algemeen aangenomen gebruik, „ex comitate quam gens genti praestat”. Van een andere meening was het Openbaar Ministerie

(9) Zie Inleiding R. Org. blz. 7, no. 3.

bij de Rechtbank te Amsterdam in zijn conclusie voorafgaande aan het vonnis van 30 December 1844, W. 592, R. B. 1845, blz. 51. Die conclusie is echter inconsequent, daar zij eerst, met een beroep op art. 3 A. B., de *comitas gentium* ter zijde stelt, doch dan de noodzakelijkheid erkent wederzijds deze *comitas* in acht te nemen, om eindelijk dat standpunt weer prijs te geven, zoodra het recht om aan een rogatoire commissie te voldoen door de belanghebbende partij wordt betwist. Te vergelijken is hier het vonnis der Rechtbank te Amsterdam van 10 Augustus 1868, W. 3043, M. v. H. 1868, blz. 215, uit welk vonnis blijkt, dat er gevolg was gegeven aan een uitnoodiging uit het buitenland, en verder een vonnis der Rechtbank te Breda van 15 Januari 1889, W. 6083. Deze Rechtbank achtte het in het algemeen wenschelijk, dat rogatoire commissies uit het buitenland worden ingewilligd, doch alleen dan, indien zij zijn gericht tot een rechter van gelijken of lageren rang dan dien van den rechter, welke de commissie zendt. Hieruit maakte de Rechtbank de gevolgtrekking, dat een Nederlandsche Rechtbank niet mag voldoen aan het verzoek van een Duitsch Amtsrichter.

De hier vermelde jurisprudentie geeft aanleiding tot eenige opmerkingen. In de eerste plaats deze, dat het Overijsselsche arrest van 1849 de termen *ius gentium* en *comitas gentium* kennelijk als gelijkwaardig beschouwt, een onjuiste opvatting, ter weerlegging van welke ik verwijs naar mijn *Jurisdiction et Droit international public* blz. 76—79 (10). De heerschende leer denkt hier meer aan de *comitas gentium* dan aan het volkenrecht. Daarom trent zie men nader de noot 201 van *Jurisdiction* (11).

(10) Vgl. mede aldaar blz. 523 v. o.

(11) Bij de daar aangehaalden zijn nog te voegen de volgende Nederlandsche schrijvers: DE PINTO, R. O., 2e dr. II, blz. 73 v. b.;

Wat de zienswijze der Rechtbank te Breda in 1889 betreft, deze past bij een bindende opdracht van den eenen Nederlandschen rechter aan den anderen, wiens verplichting tot uitvoering in de wet is vastgelegd. Bij een verzoek als de rogatoire commissie van een buitenlandschen rechter is, kan enkel indien men aanneemt een volkenrechtelijke verplichting er gevolg aan te geven, worden gezegd dat dan wat in den vorm een verzoek is, toch een verplichting meebrengt, die de lagere rechter niet kan doen ontstaan voor den hoogereren in rang. Maar vergeet men dan niet dat de verplichting niet wordt opgelegd door den rechter, die de rogatoire commissie zendt, doch door een rechtsregel van volkenrechtelijk gewoonterecht? Erkent men het bestaan van dien regel, dan is nader te vragen of hij inderdaad slechts geldt voor commissies van rechters van gelijken of hoogereren rang afkomstig. Of er dienaangaande een vaste praktijk bestaat, is mij niet bekend. Bij de gevoeligheid voor vormen in het internationaal verkeer zou het mij verwonderen, indien een gewoonterecht kon worden vastgesteld, dat positief de opvatting der Bredasche Rechtbank zou verwerpen. Maar als er evenmin een positief gewoonterecht in haar zin is aan te wijzen, dan is het resultaat op zijn hoogst dat de Rechtbank niet verplicht was aan deze rogatoire commissie te voldoen, niet dat zij het niet doen mocht. En ik voeg er bij dat het van wel zoo ruime opvatting zou getuigen, als een Rechtbank zich niet te hoog achtte voor de uitvoering eener rogatoire commissie

JITTA, *Int. priv. recht* (1916), blz. 623 v. b., die een verplichting erkent; J. OFFERHAUS, *Nederl. internat. bewijsrecht*, prft. Amst. 1918, die blz. 238 v. b., evenals DE PINTO, het bestaan eener verplichting ontkennt, doch op blz. 243 v. o.—244 v. b. een ander standpunt inneemt. Zie nog F. S. v. REESEMA, *Rogatoire commissiën*, prft. Leiden 1879, blz. 16—26, 34—35.

van een Amtsrichter of van een juge de paix, in plaats van den omslag te eischen dat laatstbedoelde rechter door bemiddeling van het gerecht, waaronder hij ressorteert, het verzoek laat doen, gesteld al dat de buitenlandsche wet hiertegen geen hinderpalen opwerpt. M. i. is de ongelegenheid, waarin een beslissing als de Bredasche de belanghebbende partij kan brengen, reden genoeg om het gemelde vonnis niet als richtsnoer te nemen.

De vraag kan worden opgeworpen, of hij die ingevolge een rogatoire commissie uit den vreemde aan den Nederlandschen rechter, door dezen wordt opgeroepen, verplicht is te verschijnen (12). Daarmtent meent G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2e dr. (1905), blz. 219 v. b. dat de voor een buitenlandschen rechter geroepen getuige alleen krachtens wilsovereenstemming verplicht kan zijn tot het afleggen van getuigenis, niet krachtens het imperium van den hem vreemden Staat. Een rogatoire commissie uit den vreemde naar Nederland zal wel slechts dan worden gezonden, indien de te hooren persoon zich in Nederland bevindt. In dat geval is die persoon, ook al is hij geen Nederlander, zoodat Nederland voor hem een vreemde Staat is, toch wat men noemt „*subditus temporarius*” in ons land, en dus wel degelijk onderworpen aan het Nederlandsche gezag. Het hangt enkel af van het Nederlandsche recht of de betrokkene verplicht is voor den Nederlandschen rechter te verschijnen en te antwoorden op de hem te stellen vragen. Nu onderscheidt de Nederlandsche wet op dit punt niet tusschen Nederlanders en vreemdelingen. Maar onze wetsbepalingen over getuigenverhoor, enz. zijn geschreven voor gedingen, die in Nederland worden be-

(12) Vgl. de opmerking van S. J. HINGST in *Revue de droit internat. et de législ. comparée* 1882, blz. 429 v. o.

recht, en enkel toepasselijk gemaakt op' rogatoire commissies den Nederlandschen rechter toegezonden krachtens het verdrag op de B. Rv. van 17 Juli 1905, ingevolge art. 16 wet 12 Juni 1909 (Stbl. no. 141). Voor een geval, niet beheerscht door het gemelde traktaat, behelst onze wet geen voorschriften aangaande rogatoire commissies uit den vreemde. Op dien grond moet men zeggen dat er voor den opgeroepene dan geen verplichting bestaat aan de oproeping gevolg te geven, nu de wet hierover zwijgt, en naar Nederlandsch recht het imperium van den rechter slechts kan steunen op de wet. Art. 444 Swb. zou dus niet toepasselijk zijn op den wegblijvenden getuige, daar hij niet „wettelijk" wordt gedagvaard. Mocht de ondervinding leeren dat deze leemte in de wet bezwaren geeft, dan zal de wetgever moeten ingrijpen.

Tot zoover over rogatoire commissies uit het buitenland. Nu nog iets over die daarheen te zenden door den Nederlandschen rechter. Ik ga stilzwijgend voorbij al hetgeen niet betreft 's rechters bevoegdheid de rogatoire commissie te zenden, zooals de kwestie gerezen omtrent de autoriteit, die over een wraking moet beslissen. En over het algemeen is hier niet aan de orde de toepassing noch van het traktaat van 1905 — goedgekeurd bij wet 15 Juli 1907 (Stbl. no. 197), tekst Kon. Besluit 14 Mei 1909 (Stbl. no. 120) —, noch van het Kon. Besluit van 14 Aug. 1909 (Stbl. no. 296), noch ook van artt. 119 en 200 Rv. Wel daarentegen de vraag of en wanneer een rogatoire commissie geoorloofd is buiten de in de wet voorziene gevallen.

H. R. 4 Juni 1915, W. 9871, N. J. 1915, blz. 865, P. V. 3, blz. 102, W. P. N. R. 2391, hield voor ongeoorloofd een rogatoire commissie naar een vreemd land bij een verhoor op vraagpunten, in het geval dat een der partijen zich daartegen verzet. Dit op overweging dat

rechtshandelingen van buitenlandsche rechters of van Nederlandsche consuls voor hen, die onderworpen zijn aan de Nederlandsche jurisdictie slechts in zoover rechtsgevolgen hebben, en aan hun bevelen door laatstbedoelde personen slechts dan opvolging is verschuldigd, indien de Nederlandsche wet hierover voorschriften behelst, zoodat uitbreidende uitlegging van art. 240 Rv. niet te pas komt. Anders het toen in cassatie aangevallen arrest van Hof Amsterdam d.d. 12 Juni 1914, waarbij was bevestigd een vonnis der Amsterdamsche Rechtbank van 6 December 1912, beide beslissingen van gelijke strekking als die van dezelfde data, opgenomen in W. 9669, P. V. 1, blz. 416, W. P. N. R. 2338, respectievelijk in W. 9510, N. J. 1913, blz. 199. De Hooge Raad zag, dunkt mij, over het hoofd dat zij, die onderworpen zijn aan de Nederlandsche jurisdictie, tevens kunnen zijn onderworpen aan de jurisdictie van een buitenlandschen rechter, en dat dit toen het geval was ten aanzien der partij, wier verhoor voor een buitenlandschen rechter werd verlangd. De vraag is dan of er desniettemin bezwaar bestaat tegen een rogatoire commissie, gelijk hier bedoeld, indien men van oordeel is dat art. 240 Rv. niet daarvoor is geschreven, zoodat zij buiten dat artikel omgaat. Die vraag zou ik ontkennend willen beantwoorden op dezelfde gronden, die reeds door anderen zijn aangevoerd in de hieronder te vermelden geschriften (13).

(13) Vgl. in W. 9871 de noot 3 van E. M. M(EIJERS) op het arrest, en OFFERHAUS, t. a. p. blz. 237—241. In gelijken zin als de H. R. hadden geoordeeld Hof 's-Gravenhage 11 of 12 April 1881, W. 4669, R. B. 1881 A, blz. 157; Hof Noord-Holland 19 Dec. 1872, M. v. H. 1875, blz. 127; Rb. Amsterdam, vonnissen van 24 April 1901, W. 7708 en van 4 Maart 1911, W. 9229; vgl. ook dat van 21 April 1905, in § 1 geciteerd. Minder pertinent Rb. Arnhem 13 April 1893 W. 6504. In Indië vgl. R. v. Just. Soerabaja 22 Maart 1911, «Het Recht in Ned.-Indië» 97, blz. 476. In *anderen* zin dan de H. R. nog implicite Hof

Onze rechters hebben herhaaldelijk rogatoire commissies naar het buitenland gezonden in gevallen, niet bij de wet voorzien. Zoo deed b.v. Rb. Utrecht 14 December 1910, W. 9149, ter beëdiging van door haar benoemde deskundigen. En Ktg. Groningen 5 November 1883, W. 5002, nam wel aan dat de opdracht, bedoeld in art. 12, lid 2 (nu art. 9) W. v. K. enkel kan verstrekt aan een rechter in Nederland, maar zag hierin, voor het geval dat de tegenpartij zich niet verzet, geen bezwaar tegen een rogatoire commissie (uitnoodiging) aan den vreemden rechter tot het onderzoek van koopmansboeken. Doch voor het geval dat de tegenpartij zich wèl verzet, weigerde datzelfde Kantongerecht deze rogatoire commissie bij vonnis van 19 Januari 1885, W. 5226. Ten opzichte van het getuigenverhoor was vóór de wijziging in 1896 van art. 119 Rv. de jurisprudentie verdeeld. Het stelsel van den Hoogen Raad, bij boven aangehaald arrest van 1915 voor verhoor op vraagpunten gehuldigd, is aangenomen door Hof Leeuwarden 24 October 1894, W. 6580, en door Hof Noord-Holland 16 December 1875, W. 3963, R. B. 1876 A, blz. 15, M. v. H. 1875, blz. 284, welk arrest vernietigde het in tegengestelden zin gewezen vonnis der Amsterdamsche Rechtbank van 12 Februari 1875, R. B. 1875 A, blz. 49, M. v. H. 1875, blz. 63. Met het arrest van het Hof vereenigde zich de Redactie van het „Magazijn van Handelsrecht”, t. a. p., blz. 286, met het vonnis der Rechtbank de Redactie van het „Rechtsgeleerd

Amsterdam 3 Maart 1893, W. 6337, P. v. J. 1893, no. 77, en uitdrukkelijk Rb. 's-Gravenhage 14 April 1885, W. 5172; vgl. de literatuur in de concl. O. M. vóór dit vonnis aangehaald; voor de toen gehouden pleidooien zie W. 5129, blz. 4. Vgl. voorts Rb. Amsterdam 47 Sept. 1869 W. 3452, en R. v. Just. Batavia, beslissingen van 14 Juni 1889, Ind. W. 1374, en van 19 Aug. 1898 «Het Recht in Ned.-Indië» 71, blz. 337.

Bijblad" (14). Verder zijn deze commissies geoorloofd geacht door Hof 's-Hertogenbosch, arresten van 27 September 1884, R. B. en B. IV A, blz. 108 en van 30 Juni 1885, W. 5314, R. B. t. a. p. blz. 109, alsmede door Rb. 's-Hertogenbosch, vonnissen van 15 Mei 1891, W. 6044 (15), en van 13 Mei 1892, W. 6245, door Rb. Utrecht 16 November 1855, R. B. 1856, blz. 105, en door Rb. Amsterdam 12 Februari 1875, boven aangehaald (16). Eindelijk is nog te vermelden dat de Rechtbank te Arnhem 21 Juli 1891, W. 6131, geoorloofd achtte de rogatoire commissie aan een buitenlandschen rechter tot het verhoor van een krankzinnige (art. 493, lid 1 B. W.), terwijl Rb. Amsterdam 19 Mei 1891, W. 6074 hierover anders dacht, omdat de wet daarvoor geen steun biedt. Zooals reeds blijkt uit het boven naar aanleiding van het arrest van 1915 van den Hoogen Raad gezegde, zie ik in het zwijgen der wet in het algemeen geen beletsel tegen een rogatoire commissie aan een buitenlandschen rechter, ook al verzet een partij zich. Wel heeft onze rechter o.a. te overwegen, of er in het gegeven geval voor den te hooren persoon een verplichting bestaat aan de oproeping van den buiten-

(14) Het arrest is gewezen cf. concl. O. M., waarin literatuur wordt aangehaald, en met die conclusie bestreden door REESEMA t. a. p. blz. 43—52, waarbij vgl. blz. 53—56, alsmede door FAURE, Proc. recht IV, 2 (1896) blz. 87—90. Zie aldaar blz. 89 diens weerlegging der concl. O. M. vóór H. R. 8 Mei 1885, W. 5165, R. spr. 140 § 6, v. d. Hon. B. R. 51, blz. 110 (overeenkomstig T. M. C. ASSER, Schets Int. priv. recht blz. 118), ten opzichte van het gewicht te hechten aan het verzet der tegenpartij in de zaak. Vgl. nog Rb. Amsterdam 5 Oct. 1854, in § 1 geciteerd, en ten aanzien der kracht van een buitenlandsch proces-verhaal van getuigenverhoor, Hof Amsterdam 20 Maart 1891 W. 6034, P. v. J. 1891, no. 36.

(15) Naar aanleiding van dit vonnis zie H. L. ISRAËLS in W. 6048, blz. 4.

(16) Vgl. voorts Hof Curaçao 5 Dec. 1884, W. 5197. Speciaal voor echtscheidingszaken vgl. Rb. Brussel 18 Nov. 1893, Journal du droit internat. privé 1894, blz. 914, bestreden aldaar blz. 915.

landschen rechter te voldoen. Maar zelfs als die verplichting niet aanwezig is, en de betrokkene waarschijnlijk vrijwillig zal verschijnen, kunnen er alleszins termen worden gevonden om de commissie toch te verstrekken (17).

(17) Over rogatoire commissies naar het buitenland zoowel in straf- als in civiele zaken zie in het algemeen nog JITTA t. a. p. blz. 621 v. o., 623—624; J. DUPARC in «Het Recht in Ned.-Indië» 71, blz. 340—344; DUYFJES aldaar 100, blz. 42—44; OFFERHAUS t. a. p. blz. 244—258; R. Adv. 5, blz. 159—161; voorts de circulaires van den Minister van Justitie van 18 Maart en 4 April 1885 in W. 5140, blz. 4, kol. 1, alsmede die van 22 Mei en 16 Augustus 1909, Bijv. Stbl. 1909, blz. 391 en 457 (W. 8841, blz. 4, kol. 1). Over de oudere Nederlandsche jurisprudentie zie HINGST in *Revue de droit internat. et de lég. comp.* 1882, blz. 428—429; over de latere KOSTERS in *Grotius* 1915, blz. 104.

Verdere literatuur over letteren-requisitoriaal en rogatoire commissies: v. D. LINDEN, *Verhandelingen over judicieele practijck II* (1798) bk. 4, hfdst. 4, § 2, blz. 215—216; J. PAULUS, *Het consulaire Recht* (1890) blz. 174—177; MASSÉ, *Le droit commercial II* (1861), nos. 777—785, 787; FOELIX, *Traité de droit internat. privé*, 4e dr. (1866), I, nos. 239—249; VINCENT et PÉNAUD, *Dict. de droit internat. privé* (1887) met *Additions supplémentaires* (1888), *Revue de l'année 1888 en dito 1889*, alles v^o. *Commission rogatoire*; WEISS, *Traité théor. et prat. de droit internat. privé*, 2e dr. V (1913), blz. 527—567; J. VALERY, *Manuel de droit internat. privé* (1914), blz. 763—774; M. BILLECARD, *Les commissions rogatoires en droit internat. privé*, thèse de Paris 1902 (speciaal blz. 2—5, 17—26); F. MONIER, *Des commissions rogatoires en droit internat.*, thèse de Paris 1909 (speciaal blz. 179—181); E. VROONEN, *De la force extraterritoriale des jugements étrangers et des conditions extrinsèques de la validité des actes étrangers en Belgique* (1920), blz. 268—274; R. PHILLIMORE, *Commentaries upon internat. law IV*, 3e dr. (1889), nos. 882—885; F. WHARTON, *A Treatise on the Conflict of laws*, 3e dr. (1905) II, blz. 1477—1481; J. B. MOORE, *A Digest of internat. law* (1906) II, blz. 404—433; F. MEILI, *Das internat. Civ. proz.recht* (1906) blz. 45—53, 59—68, 115—125; dezelfde, *Lehrb. des Internat. Strafrechts u. Strafproz.rechts* (1910), blz. 374—400; MITTERMAIER in *Archiv für die civ. Praxis* 13, blz. 308—311; WACH, *Handb. des deutschen Civ. proz.rechts I*, blz. 513—518; F. STEIN, *Grenzen u.*

Beziehungen zw. Justiz u. Verwalt. (1912), blz. 67 v. b., 121 -125;
HELLWIG, System des deutschen Ziv. proz.rechts (1912) I, blz. 136 - 139;
L. v. BAR, Theorie u. Praxis des internat. Priv.rechts, 2e dr. (1889)
II, blz. 403-409 i. v. m. blz. 364; v. ULLMANN, Völkerrecht (1908),
blz. 380-382; Zeitschr. f. internat. Recht 19, blz. 357 v. o.; R. POLLAK,
System des österreich. Ziv. proz rechts I (1903), blz. 244-247;
Oesterreich. Staatswörterb. 2e dr. IV (1909) v°. Rechtshilfe blz. 11-17;
SAUSER-HALL in Journal du droit internat. 1920, blz. 53-73 (aan-
gaande Zwitserland). — Over het geven van inlichtingen door een
rechter aan zijn buitenlandschen collega op diens verzoek, vgl.
Deutsche Jur.zeitung 1916, kol. 669 v. b.

Het Quid pro Quo in de Romeinsche Contractenleer

Ruiling was de vorm waarin de wereldhandel zich aanvankelijk voordeed; de eene mensch gaf den anderen iets en ontving daarvoor iets anders. Uit den ruilhandel ontstond, na het uitvinden van een metalen waarde-standaard, de koophandel en werd land of goed dadelijk verwisseld voor ongemunt of gemunt metaal. De wederzijdsche levering was kenmerk ervan dat het contract in ernst was aangegaan. Met verloop van tijd, mag men veronderstellen, werd de dadelijke levering van waarde en van tegenwaarde niet meer als vereischte kenmerk beschouwd van het in ernst aangaan van een contract maar werd de verplichting tot wederzijdsche levering daargesteld door enkel de overeenkomst dat ieder van beide de betrokken partijen aan den anderen leveren zou. Met den lateren en meer ontwikkelden toestand van het menschedom ontstonden er ook andere contracten behalve de pas genoemden. Men kon, bijvoorbeeld, zijn land of goed of diensten verhuren door dezelve aan een ander af te staan en daarvoor geld of iets anders als gelijkwaardige vergoeding te ontvangen. Maar onafhankelijk van de verplichting om iets te praesteeren voor iets anders dat tegengepraesteerd werd ontstond ook soms het gebruik dat men zich tot het praesteeren van iets aan een ander krachtdadig verbond door het formeel uitspreken van eenen bepaald stel woorden, zonder dat een tegenpraestatie noodzakelijk vereischte was. Het is dus te verwachten dat algemeen en wanneer niet was voldaan een zekere in zwang zijnde formaliteit van juist

vermelden aard, zou hebben gegolden het beginsel dat in den regel hij, die eene overeenkomst met eenen anderen had aangegaan, niet verbonden was diensvolgens te praesteeren ware er niet ten zijnen voordeele een *quid pro quo* bedongen.

In het Oud-Germaansch Recht gold het beginsel dat een contract niet van kracht was tenzij er een *quid pro quo* was beloofd en waren er ook in gebruik zekere formaliteiten benoodigd voor het tot stand brengen van contracten. In Engeland geldt nog heden het principe dat een contract zonder wettig gevolg is, wanneer niet bedongen is een *quid pro quo* („Consideration”). Uitzondering op den regel is het geval waar het contract met de handteekeningen en de zegels der contracteerende partijen formeel is bevestigd („Contract by Deed”). Het *quid pro quo* kan o.a. daarin bestaan dat men ten voordeele van eenen anderen iets geeft, levert, doet, onderneemt of nalaat te doen of afziet van iets. In het Engelsch Recht werd overgenomen de regel van het Romeinsche Recht: *Ex nudo pacto non oritur actio* in den zin dat eene verbintenis zonder „Consideration” aangegaan geenen grond voor eene actie levert; en werd mogelijk het *synallagma* van het Romeinsch Recht als gelijkstaande met „Consideration” beschouwd. Van het principe aldus uitgedrukt leiden de Engelsche juristen af de gevolgtrekking dat hij, die eenen anderen iets om niet heeft geleend voor eenen bepaalden tijd gerechtigd is vóórdat die tijd ten volle verstreken is het geleende goed terug te vorderen en ook, dat een gratis handelende *mandatarius* aansprakelijk is slechts voor het door hem kwalijk verrichtte („mifeasance”) doch niet voor het door hem onverrichtte („nonfeasance”).

Volgens het Romeinsche Recht was er voor elke geldige verbintenis eene *causa* vereischt bij wijze van een contract, een „quasi-contract”, een delict, een „quasi-delict” of ook

wel eene voorziening der wet. Buiten de *stipulatio* om en met later te melden beperkingen, was ook een contract niet geldig bij gebreke van eene *causa*, d.w.z. in dit geval eene handeling die een *quid pro quo* in zich behelsde. Bijvoorbeeld, in het geval van het contract van koop en verkoop was de *causa* de overeenstemming, waartoe men was geraakt omtrent de zaak die verkocht en den prijs die ervoor gegeven zou worden (*consensus*). Inderdaad werd er in het geval van dit contract eene genoegzaamheid van *quid pro quo* vereischt wegens de werking van de *laesio enormis*. Het was niet altoos vereischte dat het *quid pro quo* voor een geldig contract een geldelijk voordeel zou verschaffen, zoodat bijvoorbeeld, wanneer een persoon met eenen anderen een compromis aanging ten aanzien van eene erfenis alhoewel er daaromtrent geen dispuut was ontstaan, dan was, volgens uitspraak van Keizer ANTONIUS, de overeenkomst eene geldige aangezien die persoon daardoor dit voordeel had behaald dat hij nu niet meer in een rechtsgeding dienaangaande betrokken kon worden (*Codex* 2. 4. 2). Het *quid pro quo* kon zijn een *dare* of een *facere*; het *dare* sloot in ieder soort levering; het *facere* het doen of laten enz. In elk geval moest de *causa* zijn *justa*, dat wil zeggen, onaanvechtbaar ten aanzien van de wet, moraliteit of andere oorzaak.

Ten opzichte van de genoemde contracten (*contractus nominati*) was er in het geval van de synallagmatische (of wederkeerig verwisselende) contracten natuurlijk steeds een *quid pro quo* aanwezig, zooals in het hierboven vermelde geval van koop en verkoop. Enkelen der *contractus nominati* waren asynallagmatisch (of niet wederkeerig verwisselend), te weten *mutuum*, *commodatum*, *depositum*, *pignus* en ook *mandatum*. De vier eerstgenoemden dezer contracten waren krachteloos, dewijl er een *quid pro quo*

in gebreke bleef, maar alleen zoolang er nog geene levering en aanname waren geschied van de zaak die in het contract betrokken was. Zoodra die levering en aanname hadden plaats gevonden veranderde de toestand van zaken, de toestand van krachteloosheid werd namelijk alzoo tot een einde gebracht. Dewijl nu de overeenkomst tusschen de partijen in volle werking werd gebracht en aldus het contract ten volle was bevestigd door de levering en aanname, kon er logisch geen onderzoek meer worden ingesteld naar het al dan niet daarzijn van een *quid pro quo*. Billijkheidshalve zou dat ook niet meer hebben mogen geschieden.

Het *mandatum* verdient afzonderlijke behandeling. Er bestond in zekere mate eene overeenkomst van dit contract met de vier andere pas genoemde contracten die ook gratis werden aangegaan. In het bijzonder heeft het veel van het *depositum*; ja zelfs mag men *depositum* beschouwen als een soort *mandatum* dat vervuld werd door levering en aanname van de zaak die onderwerp was van het contract. Beiden waren gratis aan den kant van den persoon aan wien toevertrouwd werd. In het geval van *depositum* konden het aanbod door den *deponens* en de levering door hem gezamenlijk geschieden; ook konden aanname van het aanbod en aanname van het geleverde voorwerp gezamenlijk geschieden. In het geval van *mandatum* (men denke maar aan de afleiding des woords van *man* — wortel van *manus* — en *dare*, dus een terhandstelling) stelde de *mandans*, tegelijk met het maken van het aanbod, in handen van den *mandatarius* in geschrift of mondeling, de zaak waarover het contract liep en de aanname van de zaak geschiedde gelijk op met de aanname van het aanbod. De *mandatarius* kreeg dus in handen de hem toevertrouwde zaak, alsof die eene tastbare ware; het contract van *mandatum* verkreeg alzoo

dadelijk zijne bevestiging, en ook in dit geval dus kon er geene navraag meer gedaan worden omtrent het al dan niet daarzijn van een *quid pro quo*. In dit geval echter was er natuurlijk geene werkelijke aannamen tenzij die aan den *mandans* was bekend gesteld. In het geval dat een *mandatum* hetwelk voor onmiddellijke uitvoering aan iemand per brief of anderszins was toevertrouwd dadelijk werd uitgevoerd was echter geene dergelijke bekendstelling noodig.

In het geval van de ongenoemde contracten (*contractus innominati*) was er klaarblijkelijk steeds een *quid pro quo* voorhanden, aangezien daarin betrokken was een *do ut des*, een *do ut facias*, een *facio ut des* of een *facio ut facias*. Wat nog meer is, in het geval van dezen werd steeds een uitgevoerde *quid pro quo* (anglice: „Executed consideration”) vereischt; want de eene partij kon niet overgaan tot eene actie tegen den anderen op grond van zulk een contract alvorens hij van zijnen kant het door hem beloofde *dare* of *facere* had voldaan.

Benevens de contracten waren er nog de *pacta* in welke òf geheel en al niet of niet klaarblijkelijk een *quid pro quo* te bespeuren was. Er waren vooreerst het *pactum donationis* en het *pactum de dote constituendo*, in het geval van beiden welker er bij wijze van uitzondering geen *quid pro quo* vereischt werd; doch die waren abnormaal, afwijkende van den algemeenen regel en hebbende hunnen oorsprong in eene willekeurige keizerlijke verordening. Dat zulk eene verordening daartoe noodig was toont voldoende aan dat zonder dezelve deze *pacta* ongeldig zouden zijn geweest dewijl een *quid pro quo* niet aanwezig was, zoolang niet eene *stipulatio* was aangegaan die een *quid pro quo* overbodig zou hebben gemaakt. De uitzondering in dit geval bevestigt feitelijk den regel. Dan waren er ook de *pacta adjecta* die alleen

in dadelijk verband met een contract konden worden aangegaan om van waarde te zijn en waarvoor dus als *causa* diende de *causa*, met het daarin behelsde *quid pro quo*, van het contract zelf. Zoo had men ook het *pactum constitutae pecuniae*, in het geval waarvan een derde persoon zich vereenzelvigde met één der beide in een contract betrokken partijen en de *causa* van het contract alweer als *causa* voor het *pactum* dienstig was.

Men is dus gerechtigd te geraken tot deze gevolgtrekking: — uitgezonderd in het geval der *pacta donationis* en de *dote constituendo* waren de *causae*, d.w.z. de kenmerken van het in ernst aangaan van eene overeenkomst: (I) de formeele *stipulatio*; (II) in het geval van de synallagmatische contracten eene handeling die in zich behelsde een *quid pro quo*; (III) in het geval van de asynallagmatische contracten aangegaan *re* de levering van de zaak die onderwerp was van het contract en in het geval van *mandatum* eene handeling analogisch met zoodanige levering en (IV) in het geval van een geldige *pactum* de *causa* van een principeel contract. Het Engelsch Recht dat gevallen III en IV niet erkent is in dit opzicht niet alleen onlogisch maar ook onbillijk.

Als algemeene regel van het Romeinsch Recht kan worden neergelegd dat, afgezien van de *stipulatio* en de *pacta donationis* en de *dote constituendo* en met de reeds vermelde beperking in het geval van de asynallagmatische contracten, men niet verbonden was door eenige overeenkomst met een ander tenzij wederkeerig een *quid pro quo* was toegestaan. Dit *quid pro quo* is m.i. het *synallagma* waarvan in de Pandekten sprake is en waarvan in de leerboeken over het Romeinsch Recht ternauwernood gewag wordt gemaakt.

MELIUS DE VILLIERS

**Hoe de wet van 22 Juni 1891 (Staatsblad no. 125)
tot stand kwam.**

Het zou mij niet verwonderen, als de meeste lezers van *Themis* niet wisten, wat de strekking is van de wet, in het opschrift van dit opstel vermeld.

En toch is het een wet, die nog dagelijks toepassing vindt.

Zij betreft „de wettelijk vastgestelde formulieren, ambts-titels en officieele benamingen in verband met het overgaan van de Kroon op eene Koningin”.

Het kwam mij niet ondienstig voor, een overzicht te geven van de wijze waarop deze wet is tot stand gekomen.

Op 24 November 1890 was Koning Willem de Derde overleden en de Kroon overgegaan op zijne eenige dochter.

Spoedig kwam, ook in de rechtsgelerde pers (1), de vraag ter sprake: hoe zal het, nu er geen Koning meer is maar eene Koningin, moeten gaan in de talloze gevallen, waarin wetten of Koninklijke besluiten spreken van *den Koning*; hoe inzonderheid bij de toepassing van bepalingen als art. 29 der wet op de Rechterlijke Organisatie, volgens hetwelk de leden van de rechterlijke macht den eed of belofte moeten afleggen, dat zij getrouw zullen zijn aan den Koning? Voorts vroeg men onder meer: wat zal er voortaan moeten staan boven de grossen van vonnissen in burgerlijke zaken: In naam des Konings, zooals art. 430, tweede lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voorschrijft? Maar komt men dan niet met de werkelijkheid in strijd?

Het Weekblad van het Recht deelde kort na 's Konings overlijden, in nummer 5954 een tweetal circulaires mede van den Minister van Justitie, beide van 12 December 1890, de eene gericht „aan Heeren Procureurs-Generaal bij de Gerechtshoven als zoodanig en als fungeerende Directeuren van Politie”, de andere „aan de Colleges van Regenten over de Gevangenissen, de Rijksopvoedingsgestichten en de Rijks-werkinrichtingen”.

(1) Zie vooral «Weekblad van het Recht» no. 5947, blz. 4 en no. 5950, blz. 3-4.

Behoudens het slot (1) was de inhoud van beide circulaire de zelfde. Ik laat hem hier volgen:

„De vraag is gerezen of, ten gevolge van de komst tot den Troon van Hare Majesteit KONINGIN WILHELMINA, de eed door ambtenaren en beambten bij de aanvaarding van hun ambt af te leggen wijziging behoort te ondergaan, in die gevallen waarin daarbij trouw (getrouwheid) moet worden gezworen aan het Hoofd van den Staat.

„Het komt der Regeering voor dat bij het afleggen van zoodanigen eed rekening behoort te worden gehouden met den titel die op dat oogenblik toekomt aan het Hoofd van den Staat, en deze titel verschilt naar mate (2) het een man of eene vrouw is die de Kroon draagt. Uit de artikelen 18 en 72 der Grondwet toch blijkt dat, als eene vrouw de Kroon draagt, deze den titel voert van Koningin en niet van Koning. Hierom is de Regeering van oordeel dat voortaan in het gestelde geval de eed van trouw zal moeten luiden: „Ik zweer trouw (getrouwheid) aan de Koningin”.

Het Weekblad merkte naar aanleiding daarvan in no. 5955 het volgende op: „Men vond in ons vorig nummer twee circulaire van den minister van justitie, respectievelijk gericht aan de regenten der gevangenissen, rijksopvoedingsgestichten en rijkswerkinrichtingen, en aan de procureurs-generaal bij de Hoven. van dezelfde dagteekening (12 Dec. jl.) van gelijke strekking en van ongeveer gelijken inhoud. Uit beide circulaire blijkt, dat, volgens het oordeel der regeering, bij de ambtseeden in het vervolg trouw (getrouwheid) moet worden gezworen aan DE KONINGIN. Voorzoover het formulier is vastgesteld bij ministerieel voorschrift, wat het geval is met den eed der gevangenisbeambten (3), kan tegen de mededeeling van het gevoelen der regeering wel geen bedenking bestaan, en zullen de autoriteiten, in wier handen de ambtseed wordt afgelegd, zich daarnaar hebben te houden. Geheel anders waar het eedsformulier tekstueel in de grondwet, de wet of een algemeenen maatregel van bestuur is voorgeschreven. De rechterlijke colleges zullen dus zeker met belangstelling kennis nemen van het hun door tusschenkomst van de procureurs-generaal bij de gerechtshoven medegedeeld advies van den minister van justitie; maar zij hebben zelf

(1) Dit luidt in de eene circulaire: «Ik heb de eer U.W.E.G. uit te noodigen de rechterlijke Colleges, de Kantonrechters en de Ambtenaren van het Openbaar Ministerie in uw ressort met het bovenstaande in kennis te stellen. Een voldoende aantal exemplaren dezer circulaire gaat te dien einde hiernevens». De andere circulaire eindigt aldus: «Ik heb de eer Uw College te verzoeken bij voorkomende gelegenheid dienovereenkomstig te handelen».

(2) Hier is natuurlijk bedoeld: naar gelang.

(3) Zie art. 34 van het K. B. van 31 Aug. 1886, *Stbl.* no. 159.

„standig en op eigen verantwoordelijkheid te beslissen, of de
 „veranderde omstandigheden van zelve eene verandering
 „hebben gebracht in de wettelijk vastgestelde formules van
 „in hunne handen af te leggen eeden. Dat wij, in strijd met
 „het gevoelen der regeering, zoodanige formules voor sacra-
 „menteel houden — iets, waaraan, naar wij meenden, tot nu
 „toe door niemand, was getwijfeld — bleek reeds uit enkele
 „opmerkingen der redactie in no. 5950. Wat van meer ge-
 „wicht is, de Hooge Raad deelt onze meening. Immers, zoo
 „wij wel onderricht zijn, werd in 's raads zitting van 5 Dec. jl.,
 „dus na de bestijging van den troon door Koningin WILHELMINA,
 „door een in die zitting beëdigd raadsheer in het gerechtshof
 „te Amsterdam, naar luid van art. 29 der wet op de rechter-
 „lijke organisatie en het beleid der justitie, trouw gezworen
 „aan den Koning”.

„Eene vraag tot besluit. Als nu van zelf overal waar de
 „wet spreekt van den Koning moet worden gelezen de
 „Koningin, waarom correspondeert de regeering dan nog
 „steeds met de Commissarissen des Konings, zooals blijkt uit
 „eene circulaire van den 9en dezer (*Weekbl.* no. 5954)? In
 „haar stelsel moest dit zijn: Commissarissen der Koningin”.

De beide circulaires werden alras in eene vergadering
 van den Hoogen Raad ter sprake gebracht. Het Weekblad
 van het Recht no. 5959 berichtte, dat in die vergadering de
 vraag of onder Koningin WILHELMINA, ook zonder wijziging
 der eedsformulieren, voorgeschreven bij art. 29 der wet op
 de rechterlijke organisatie en bij de reglementen ter uit-
 voering van art. 19 derzelfde wet, trouw moet worden ge-
 zworen aan de „Koningin” *ontkennend* werd beantwoord in
 overeenstemming met de wijze, waarop de eed reeds was
 afgelegd in 's raads burgerlijke kamer in de zitting van
 5 December door een rechterlijk ambtenaar (zie no. 5955) en
 in de zitting van 19 December door twee advocaten. „Tot
 „het uitbrengen van een advies in dezen geest aan den minister
 „werd echter niet besloten, omdat een advies van regeerings-
 „wege niet was gevraagd (art. 22 R. O.), wat ook niet te pas
 „kwam, nadat de regeering reeds door daad en woord van haar
 „gevoelen omtrent deze nieuwe eedsvraag had doen blijken”.

Spoedig kwam de zaak ook in de Staten-Generaal ter sprake.

Bij de behandeling van een wetsontwerp tot vaststelling
 van Hoofdstuk I der Staatsbegrooting voor het dienstjaar
 1891, in de vergadering der Eerste Kamer van 30 December
 1890 (1), merkte de Heer MELVIL VAN LYNDEN het volgende op.

„Het wetsontwerp heeft twee wijzigingen ondergaan, vóórdat

(1) Handelingen der Staten-Generaal, 1e Kamer, 1890—1891,
 blz. 75—76.

„het deze Kamer bereikte. Bij de tweede Nota van wijziging „zijn onder andere in art. I de woorden: „Inkomen des „Konings” veranderd in „Inkomen van de Koningin”, en „is tusschen dit artikel en het volgende een nieuw artikel „ingelascht: „Inkomen van de Koningin-Weduwe”.

„Dit alles is volkomen terecht geschied. Maar in den „aanhel van het Eenig artikel is blijven staan dat het „Iste hoofdstuk der begrooting van Staatsuitgaven voor het „dienstjaar 1891 betreft het *Huis des Konings*.

„Nu komt het mij voor, dat het onjuist is thans te spreken „van een „*Huis des Konings*” en dat daarvoor de benaming „„*Huis der Koningin*” behoort te worden gebezigd. Waar- „schijnlijk hebben wij hier te doen met een onwillekeurig „verzuim, waaruit echter geen bezwaar tegen de aanneming „van dit wetsontwerp kan ontstaan.

„Het is echter ontegenzeggelijk waar, dat, terwijl in „officieele stukken reeds herhaaldelijk, en terecht, melding „is gemaakt van de *Koningin*, het behoorlijk is, dien titel, „die aan de Vorstin, welke op den Troon gezeten is, toekomt, „overal te gebruiken. Tot nog toe geschiedt dit veelal niet. „Nog steeds noemen zich de Koninklijke Commissarissen in „de provinciën *Commissarissen des Konings*, en dit voorbeeld „zou met tal van andere kunnen worden vermeerderd. „Hierin dient mijns inziens verandering te komen. Daarom „wensch ik bij deze gelegenheid aan de Regeering te vragen, „of zij er op bedacht is, te bevorderen, dat in deze ééne lijn „worde getrokken en overal éénzelfde spreekwijze worde „ingevoerd.

„Het zal” — voegde de spreker er bij — „ongetwijfeld in „den beginne wel eens vreemd klinken den naam der „Koningin te hooren verbinden aan sommige instellingen, „waarbij wij gewend zijn dien des Konings te gebruiken. „Maar voor ons, die eerst gedurende 75 jaren onder het „Koningschap geleefd hebben, zal het toch zeker niet vreemder „zijn dan het in 1837 voor de Engelschen was, die, na „gedurende 123 jaren vijf vorsten elkander te hebben zien „opvolgen, weder voor het geval kwamen te staan dat eene „Koningin den troon beklom. Toch hebben zij toen niet „geaarzeld om overal den naam van *Koning* door dien van „*Koningin* te vervangen, en ook is o. a. het gerechtshof, dat „den naam van *King's Bench* droeg, terstond *Queen's Bench* „genoemd. In één woord: al wat tot dusver „des Konings” „was geweest, werd voortaan „der Koningin”.

De spreker meende, dat wij behoorden na te volgen wat te dezen in Engeland was geschied, het land dat in constitutioneele vragen de Staten van het vasteland zoo vaak tot voorbeeld heeft gestrekt, „en dit te eer, wjl het geheel in „overeenstemming is met onze Grondwet, die immers in

„artt. 18 en 72 aan de Vorstin, die door erfrecht op den Troon geroepen wordt, uitdrukkelijk den titel van *Koningin* toekent”.

Het antwoord van Mr. Æ. Baron MACKAY, destijds Minister van Koloniën, luidde als volgt:

„De geachte spreker heeft aan de Regeering de vraag gericht, of zij er ook op bedacht was, om maatregelen te nemen, om, waar het thans noodig is te spreken van „Koningin” en niet van „Konings”, te zorgen dat dienaangaande overal op gelijke wijze te werk gegaan worde.

„Ik kan hierop antwoorden, dat, dadelijk na het overlijden des Konings, de Regeering in deze eene beslissing moest nemen, en wel waar het gold de eedsformulieren, waarbij trouw aan den Koning werd gezworen en meer speciaal de formulieren van den eed door de Koningin-Weduwe af te leggen als Regentes en als Voogdes.

„Zij heeft toen gemeend, dat in die eedsformulieren het woord „Koning” behoorde gelezen te worden „Koningin” (1), maar ook was zij van oordeel, dat datzelfde zal dienen te geschieden in tal van wetten en besluiten, waar het woord „Koning” gebruikt wordt, en dat eene wettelijke regeling in sommige gevallen noodig, in andere wenschelijk is. Zij is dan ook reeds bezig een wetsontwerp tot regeling dezer zaak voor te bereiden”.

Twee en een halve maand later, bij Koninklijke boodschap van 16 Maart 1891 (2) werd bij de Tweede Kamer een wetsontwerp ingediend, waarvan de drie artikelen luiden als volgt.

Artikel 1.

Zoolang een Koningin de Kroon draagt, wordt in alle wettelijk vastgestelde formulieren, ambtstitels en officieele benamingen, waarin het woord „Koning” voorkomt, in plaats daarvan het woord „Koningin” gebezigd, met inachtneming van de daardoor noodzakelijk wordende taalkundige veranderingen.

Artikel 2.

Voor de rechtsgeldigheid van de toepassing sedert den overgang van de Kroon op HARE MAJESTEIT WILHELMINA tot

(1) Toen, acht jaar later, op 6 September 1898, de Koningin den eed, voorgeschreven in art. 52, aflegde en de voorzitter der openbare en vereenigde vergadering der Staten-Generaal de plechtige verklaring uitsprak in art. 53 der Grondwet genoemd, werd echter *Koning* niet vervangen door *Koningin*.

(2) Handelingen der Staten-Generaal, Tweede Kamer, Bijlagen 1890-1891, no. 150.

het in werking treden dezer wet, aan wettelijk vastgestelde voorschriften betreffende formulieren, ambtstitels en officieele benamingen gegeven, maakt het geen onderscheid of daarbij het woord „Koning” dan wel het woord „Koningin”, met inachtneming van de daardoor noodzakelijk geworden taalkundige veranderingen, gebezigd is.

Artikel 3.

Deze wet is ook verbindend voor de koloniën en bezittingen in andere werelddeelen.

De Memorie van Toelichting — door de hoofden van alle ministerieele departementen geteekend — luidde als volgt:

„Terstond na den overgang van de Kroon op Hare Majesteit WILHELMINA HELENA PAULINE MARIA, stelde de Regeering zich de vraag, of wettelijk vastgestelde formulieren, waarin van den Koning sprake is, wijziging behoeften.

„Na aandachtige overweging meende de Regeering deze vraag „ontkennend te moeten beantwoorden. Wel wordt in art. 72 „van de Grondwet uitdrukkelijk melding gemaakt van wijziging in het aldaar vastgestelde formulier, ingeval eene „Koningin regeert, doch daaruit kan toch zeker niet worden „afgeleid dat het ooit de bedoeling van den grondwetgever „geweest is dat nu overal elders het woord „Koning” zou „moeten behouden worden, ook al regeert eene Koningin. „De vermelding in bedoeld art. 72 is dan ook vrij zeker „alleen geschied omdat zulks bepaald noodig was wegens „het sacramenteele van een formulier van afkondiging, „waarmede de verbindbaarheid der wetten ten nauwste „samenhangt.

„Intusschen is gebleken dat deze zienswijze der Regeering „niet algemeen gedeeld wordt en dat groote onzekerheid „dienaangaande bestaat. Als voorbeeld daarvan kan onder „andere gewezen worden op de meening van meerderen dat „geen eed van getrouwheid aan „de Koningin” kan worden „afgelegd zonder wijziging van de eedsformulieren bij de wet.

„Verschillende rechterlijke colleges onder andere groeppen „tot het afnemen van den eed, vastgesteld bij art. 29 der „wet „op de Regterlijke Organisatie en het beleid der Justitie”, „of bij art. 18 der wet op het notarisambt, hebben gemeend „dien eed in dier voege te moeten afnemen, dat daarbij „trouw (getrouwheid) werd gezworen aan „den Koning”.

„Deze wetsvoordracht heeft ten doel voor het vervolg alle „onzekerheid hieromtrent weg te nemen.”

Bij de toelichting van art. 1 verklaarde de Regeering, dat onder *wettelijk vastgestelde formulieren* enz. te verstaan zijn de formulieren enz., vastgesteld bij eenige wet, Koninklijk

besluit, Koloniale verordening of ordonnantie enz., en voegde daarbij: „Onder *formulieren* zijn ook, in verband met art. 3 „van dit wetsontwerp, begrepen de formulieren van afkondiging van Koloniale verordeningen en ordonnantiën, in de „koloniën en bezittingen in andere werelddelen. Daartoe „behooren ook de formulieren, die de grossen van vonnissen, „notariele en andere authentieke akten aan het hoofd „moeten voeren, alsmede de formulieren van ambtseeden.”

Wat art. 2 betreft, achtte de Regeering het niet minder wenschelijk, „dat er geen twijfel blijve bestaan omtrent de „rechtsgeldigheid van de toepassing aan formulieren, waarin „de uitdrukking „Koning” voorkomt, sedert den plaats „gehad hebbenden overgang van de Kroon en vóór het in „werking treden van de thans aangeboden wetsvoordracht „gegeven”.

De strekking van art. 2 nu was om deze rechtsgeldigheid te verzekeren, „onverschillig of gedurende dat tijdsverloop „bij de toepassing de uitdrukking „Koning” of „Koningin” „is gebezigd”.

In het Voorloopig Verslag werd de vraag beproven of de voorgestelde vervanging wel overeenstemde met de Grondwet.

Verscheidene leden beantwoordden haar in ontkenningen zin. Immers „de vraag kan ten onzent slechts behandeld worden „in verband met de beteekenis, welke in de Grondwet aan „het woord „Koning” is gegeven”. „De Regeering scheen uitgegaan te zijn van de meening dat daarmede in de Grondwet „steeds een fysieke persoon wordt aangewezen. Dit achtten „deze leden onjuist; naar hun inzien gebruikt de Grondwet „het woord „Koning” veelal als synoniem met „het Koningschap”, dat is tot aanduiding eener staatsmacht, afgescheiden „van den persoon, waarin die macht zich personifieert. Slechts „in enkele gevallen treedt de persoon van den drager der „Kroon op den voorgrond. Dit was naar het gevoelen dezer „leden bepaaldelijk het geval met het in art. 72 bedoelde „formulier, dat den Koning als het ware sprekend invoert. „Al kan, gelijk de Regeering zegt, uit art. 72 niet afgeleid „worden, dat overal elders het woord „Koning” behouden „zou moeten worden, evenmin is uit het voor dit bijzonder „geval gegeven voorschrift af te leiden, dat in andere gevallen, „waarbij de persoon van den drager der Kroon niet „op den voorgrond treedt, en waar de Grondwet de wijziging „van eenig formulier niet beveelt, deze toch zou moeten „of mogen worden toegepast. Bepaaldelijk wees men ten deze „op art. 149, waar blijkbaar enkel sprake is van de staatsrechtelijke macht aan het Koningschap verbonden, afgescheiden van de toevallige omstandigheid of de drager der „Kroon een man of eene vrouw is. Voorts vestigde men de

„aandacht op de artikelen, waarbij „den Koning” zekere „bevoegdheden ten aanzien van het bestuur der provinciën „worden toegekend, en in het bijzonder op den titel, dien de „Grondwet in art. 164, 1ste lid, jct^o. art. 141, toekent aan den „vertegenwoordiger der Kroon in de provincie. Deze be- „trekking is eene staatsbetrekking, in aard geheel verschillend „van die der functionarissen van 's Konings Huis, bedoeld „in art. 27 der Grondwet. Ging men spreken van Commis- „sarissen der Koningin, men zou aanleiding geven tot het „misverstand, dat deze ambtenaren in den persoonlijken dienst „stonden der „Koningin”. Ook werd er op gewezen, dat de Regeering na het overlijden van Koning Willem den Derde vernieuwing van vóór dat tijdstip afgelegde eeden van trouw aan „den Koning” overbodig had geacht.

„Ging men in den vorm van zulke eeden verandering „brengen, en de persoon der Koningin op den voorgrond „stellen, dan veranderde daarmede ook het karakter van den „eed, en zou, wanneer de Kroon weder op een man over- „ging, vernieuwing der eeden noodzakelijk worden”.

„Deze leden” — leest men verder — „achten dus de „meening der Regeering dat bij overgang der Kroon op eene „Koningin alle formulieren, titels en benamingen, waarin „het woord „Koning” voorkomt, gewijzigd moeten worden, „onjuist, en meenden daarentegen dat het woord „Koning” be- „houden behoort te blijven in alle gevallen, waarin het niet „den fysieken persoon, maar eene staatsmacht aanduidt”.

Daartegenover stond het gevoelen van andere leden, die oordeelden, „dat waar het Koningschap zich, in tegenstelling „met andere staatsvormen, steeds belichaamt en zijne uit- „drukking vindt in ééne bepaalde persoonlijkheid, hetzij dan „een Koning of eene Koningin, van afscheiding tusschen het „Koninklijk gezag en den persoon van den drager der Kroon „geen sprake kan zijn. Zij wezen daartoe op art. 18 der „Grondwet, waarin evenals in art. 21 der Grondwet van 1815 „en in art. 20 der Grondwet van 1848. de (regeerende) Koningin „nevens den Koning genoemd wordt. Zij ontkenen geenszins, „dat het woord „Koning” in de Grondwet beteekende eene „staatsmacht, maar zij meenden dat hetgeen omtrent „den „Koning” bepaald is, vanzelf ook geldt ten opzichte van eene „Koningin, tenzij het tegendeel mocht zijn uitgedrukt. Een „Koningin, op wie de Kroon is overgegaan, is daarom geen „Koning, doch hare staatsrechtelijke bevoegdheid is dezelfde „als die van een mannelijken drager der Kroon. En al voert „het formulier van art. 7² den Koning sprekende in, daarbij „treedt toch zeker niet de persoon, maar juist het staats- „rechtelijk karakter van het constitutioneele hoofd van den „Staat op den voorgrond. Ook uit dit artikel bleek derhalve „naar de meening van deze leden duidelijk, dat het woord

„Koningin” evenzeer als het woord „Koning”, betrekking heeft op den persoon, met het monarchaal gezag bekleed. Zij waren derhalve van oordeel, dat bij de toepassing der verschillende formulieren en bij het bezigen van titels, waarin van den Koning sprake is, het woord „Koning” door „Koningin” vervangen behoort te worden, zoolang een Koningin regeert”.

„Intusschen werd” — vervolgt het Voorloopig Verslag — „algemeen erkend, dat er ten deze onzekerheid bestaat. De Hooge Raad heeft in eene op 22 December 1890 gehouden algemeene vergadering beslist, dat de vraag of, ook zonder wijziging der eedsformulieren, voorgeschreven bij art. 29 der wet op de rechterlijke organisatie en bij de reglementen ter uitvoering van art. 19 dier wet, trouw gezworen moet worden aan de Koningin, ontkennend beantwoord. Daarentegen is in de eeden, volgens artt. 34 en 43 der Grondwet, afgelegd door Hare Majesteit de Koningin-Weduwe Regentes van „Koningin” in plaats van „Koning” gewag gemaakt. Van de zijde der Tweede Kamer is bij de toepassing van art. 113 der Grondwet de uitdrukking „Koning” door „Koningin” vervangen. Daarentegen wordt in de formulieren, vermeld in art. 114 der Grondwet, van de zijde der Eerste Kamer gesproken van „de Koningin-Weduwe, Regentes van het Koninkrijk”, terwijl bij toepassing van art. 120 der Grondwet de door den betrokken Minister mede onderteekende kennisgeving luidt: „De Koningin-Weduwe, Regentes van het Koninkrijk bewilligt in het voorstel”.

„Het gevoelen werd uitgesproken, dat, hoe men ook denken mocht over de aanhangige wetsvoordracht, de Regeering, ook in hare Memorie van Toelichting, ten onrechte had uit het oog verloren, dat, zoolang de wettelijk vastgestelde formulieren en titels niet waren gewijzigd, zij behooren gevolgd te worden. De in dien zin genomen beslissing van den Hoogen Raad scheen uit een juridisch oogpunt inderdaad onbetwistbaar. In verband hiermede werd medegedeeld, dat van het Departement van Justitie een aanschrijving aan „de Commissarissen der Koningin” zou zijn uitgegaan. Hiervan toch zou men gaarne inlichting ontvangen”.

„Bij de toepassing van art. 120 der Grondwet” — merkt het Voorloopig Verslag verder op — „ging de wijziging van het formulier nog verder dan het aanhangige voorstel bedoelt, en men zou, ook in verband met de op 12 Maart j.l. in de Tweede Kamer gevoerde discussie, (*Handelingen*, blz. 907—911), waarbij de Regeering ontkende dat de Ministers zouden zijn Ministers van de Koningin-Weduwe-Regentes, gaarne vernemen, op welke gronden de Regeering zich gerechtigd had geacht in het grondwettelijk formulier zoodanige wijziging aan te brengen, terwijl de Grondwet zelve die wijziging alleen voor het formulier van

„afkondiging van art. 72 heeft voorgeschreven en de redactie „van dit artikel geen uitbreiding tot andere formulieren toelaat.”

Wat § 3 van het wetsontwerp betreft, met de wijze, waarop de Regeering aan de bestaande onzekerheid een einde wilde maken, konden zich „in de eerste plaats niet vereenigen de leden, „die van oordeel waren, dat in de titels en formulieren, waarin „van den Koning sprake is, geene wijziging behoort gebracht „te worden, tenzij in gevallen, waarbij de persoon van den „drager der Kroon op den voorgrond treedt.

„Voorts werd gewezen op de moeilijkheden, die hier aan „wettelijke tusschenkomst verbonden zijn, ten gevolge van „de omstandigheid, dat de gewone wetgever in de formulieren „en titels welke de Grondwet bevat, geene verandering „vermag te brengen. Het ware inderdaad zonderling bijv. de „in de artt. 430 en 436 van het Wetboek van Burgerlijke „Rechtsvordering genoemde formulieren te wijzigen zonder „voorafgaande wijziging van art. 149 der Grondwet.”

Ook meenden eenige leden, dat de aanneming van art. 1 van het wetsontwerp onzekerheid zou doen ontstaan ten aanzien van de uitlegging van sommige bepalingen van de Grondwet en van andere wetten.

„Ten slotte werd nog aangevoerd, dat hetzij art. 1 eene „bepaalde wijziging van de wettelijke formulieren en titels „bevat of niet, dat artikel in elk geval, voor zoover het „formulieren en titels betreft, steunende op de Grondwet, als „eene authentieke interpretatie van deze hoogste Staatswet „beschouwd zou moeten worden. Zulk eene interpretatie „kon evenwel alleen uitgaan van den grondwetgever zelven”.

Sommigen van de leden die tegen art. 1 van het wetsontwerp bezwaar hadden, verklaarden — naar luid van het Voorloopig Verslag — „dat zij in geen geval verder zouden „willen gaan dan tot aanneming van art. 2, in dien zin „gewijzigd, dat het niet enkel op het vóór, maar ook op het „na het in werking treden der wet gemaakt gebruik van „formulieren en titels toepasselijk zij; terwijl anderen zich „vooralsnog hun oordeel voorbehielden.”

„Tegenover de vermelde bezwaren werd anderzijds aangevoerd” — hier komen de verdedigers van het wetsontwerp aan het woord — „dat bij de bestaande onzekerheid eene „wettelijke regeling inderdaad noodig (was). Het is niet „wenschelijk, dat eeden van trouw hier worden afgelegd „aan den „Koning”, daar aan „de Koningin”; dat recht „gesproken wordt in naam „des Konings”, maar ook in „naam „der Koningin”. Het diende vast te staan, welke „toepassing aan artt. 430 en 436 van het Wetboek van „Burgerlijke Rechtsvordering en aan art. 43 van de wet op „het notarisambt gegeven behoort te worden; hoe de consulaire „rechtsmacht moet worden uitgeoefend; of op nieuwe munten

„gelezen moeten worden: Wilhelmina, Koning of Koningin
 „der Nederlanden; of men verzoekschriften behoort te richten
 „aan den Koning of aan de Koningin. Omtrent alle deze
 „punten was twijfel mogelijk, zoolang niet de wet de zaak
 „had geregeld.”

De leden, die met de Regeering van oordeel waren, dat
 wijziging van wettelijke formulieren en titels niet noodig was
 om bij het gebruik daarvan het woord „Koning” door
 „Koningin” te vervangen, zagen geen bezwaar in aanneming
 van de voorgestelde bepalingen. „Art. 1 van het ontwerp
 „strekt toch enkel om hetgeen naar hun oordeel behoorde
 „te geschieden, al beval de wet het niet, ter wegneming van
 „ontstane onzekerheid uitdrukkelijk voor te schrijven. Het
 „bevatte slechts eene verklaring omtrent de toepassing van
 „formulieren en titels, welke geheel overeenkomt met den
 „algemeenen regel van wetsinterpretatie, dat de mannelijke
 „vorm *mutatis mutandis* ook voor vrouwen geldt. Het was
 „naar hunne meening eene al te letterlijke opvatting om in
 „de taalkundige verandering, waarop het hier aankomt, eene
 „wijziging van die formulieren en titels te zien.”

Ten aanzien van art. 1 merkte het Voorloopig Verslag op:
 „Bij de bespreking van dit artikel kwam men terug op
 „de vraag of het geacht moet worden eene wijziging te
 „bevatten van de wetsartikelen, waarin de bedoelde formu-
 „lieren en titels zijn vervat. Gaarne ontving men hieromtrent
 „van de Regeering eene duidelijke verklaring”.

Nog werd gevraagd of onder hetgeen *wettelijk vastgesteld*
 is, ook de grondwettig vastgestelde formulieren begrepen
 waren. En ook werd de vraag gedaan, „of onder de uitdruk-
 „king „officieele benamingen” ook begrepen zijn de namen,
 „waarmede schepen der Koninklijke marine worden aangeduid,
 „en of het artikel derhalve beslist, dat bijvoorbeeld gesproken
 „behoort te worden van „Harer Majesteits stoomschip *De*
 „*Ruyter*”.

Art. 2 gaf stof tot de volgende opmerkingen:

„Dit artikel bepaalt dat het voor de rechtsgeldigheid van
 „de toepassing van vóór het in werking treden dezer wet
 „gebezigde formulieren en titels geen onderscheid maakt of
 „daarbij het woord „Koning” of „Koningin” is gebruikt. Zal
 „dit ook na het in werking treden der wet geen onderscheid
 „maken? Of moet de bepaling van art. 1 zoo worden opgevat,
 „dat voortaan de rechtsgeldigheid van formulieren en titels
 „zal kunnen worden betwist op grond van het gebruik van
 „het woord „Koning”?

„Voorts werd, naar de meening van sommige leden, de
 „rechtsgeldigheid der toepassing van de bedoelde formulieren
 „en titels door het artikel afhankelijk gesteld van de vraag
 „of wel, bij het gebruik van het woord „Koningin”, tevens

„de daardoor noodzakelijk geworden taalkundige veranderingen werden in acht genomen. Dit ging, meende men, te „ver. Zou de rechter zich hier moeten doen voorlichten door „een taalmeester? En mag nietigheid eener rechtshandeling „het gevolg zijn van een gering grammaticaal verzuim?”

In de Memorie van Antwoord wees de Regeering er op, dat de verschillende bedenkingen, die bij het onderzoek in de afdelingen waren geopperd, reeds, althans voor een goed deel, in het Voorloopig Verslag waren weerlegd. Voorts bracht zij „dienaangaande nog het volgende in het midden”:

„Het schijnt voor geen tegenspraak vatbaar dat in de „Grondwet onder het woord „Koning” ook verstaan wordt „„Koningin”, evenals onder „Voogd” en „Regent” ook verstaan moet worden „Voogdes” en „Regentes”. De vraag is „echter of, nu de Kroon is overgegaan op eene vrouw, bij de „toepassing van de Grondwet in plaats van „Koning” de benaming „Koningin” mag gebruikt worden. Waar verscheidene „leden die vraag niet onvoorwaardelijk bevestigend meenen „te mogen beantwoorden en ten deze een onderscheid willen „maken naarmate de persoon van den drager der Kroon, „de fysieke persoon, meer of minder op den voorgrond „treedt, acht de Regeering deze onderscheiding tamelijk willekeurige en daarenboven onjuist. De Grondwet scheidt het „Koningschap niet af van den persoon waarin die macht „zich personifieert, doch draagt de uitoefening van het Koninklijk gezag op aan den persoon, die overeenkomstig de bepalingen van de Grondwet de Kroon draagt, en omschrijft „daarbij diens rechten en plichten, en al moge het waar zijn „dat de staatsrechtelijke macht, aan het Koningschap verbonden, dezelfde is, onverschillig of de drager van de Kroon „een man of eene vrouw is, zoo is het niet minder waar dat „de Grondwet mede bepaalt, dat de persoon die de Kroon „draagt, al naarmate het een man of eene vrouw is, den „titel voert van Koning of van Koningin. De Regeering acht „het dan ook alleszins geoorloofd om bij de toepassing van „de Grondwet aan Haar die het Koninklijk gezag uitoefent, „den bij die Grondwet zelve vastgestelden titel te geven.

„De Regeering kan allerminst toegeven dat het alleen in „art. 72 noodig was te bepalen dat in het daar bedoelde „formulier wijziging noodig was voor het geval eene Koningin „regeert, omdat in dat bijzonder geval de Koning als het „ware sprekende wordt ingevoerd en de persoon van den „drager der Kroon op den voorgrond treedt, alsof niet in „menig ander artikel, waar eene dergelijke bepaling niet „gevonden wordt, de persoon van den drager der Kroon „evenzeer op den voorgrond treedt, zooals bijv. in art. 120. „De reden waarom in art. 72 eene bepaling noodig werd

„geacht, waarbij machtiging werd gegeven wijziging te brengen in het aldaar voorkomende formulier, zal wel alleen daarin gezocht moeten worden, dat het geheel overeenkomstig de jurisprudentie was dat stipte opvolging van het grondwettig formulier voor het afkondigen van wetten noodig is om aan de wet verbindende kracht te verzekeren.

„Art. 149 der Grondwet kan ook niet wel worden aangevoerd als een argument tegen dit wetontwerp en hierbij mag gewezen worden op een dezer dagen door den Hoogen Raad der Nederlanden gewezen arrest, waarbij dit hoogste rechterlijk college gemeld artikel niet geschonden achtte waar in een strafvonnis wordt gezegd dat recht gedaan wordt in naam der Koningin” (1).

De Regeering gaf toe, dat de betrekking van den Vertegenwoordiger der Kroon in de provincie een Staatsbetrekking is, in aard geheel verschillende van die der functionarissen van 's Konings Huis; „doch” — liet zij er op volgen — waar die ambtenaren tot nu toe den titel voeren van Commissaris des Konings, zonder dat men daaruit heeft opgemaakt dat die ambtenaren stonden in den persoonlijken dienst van den Koning, ziet de Regeering niet in welk gevaar er in gelegen kan zijn, thans, nu eene vrouw de Kroon draagt, te spreken van Commissarissen der Koningin”.

Wat de eeden van trouw aan het Constitutioneel Hoofd van den Staat gezworen, betreft, oordeelde de Regeering, dat die niet behoeften vernieuwd te worden als de Kroon van het eene Hoofd op het andere overgaat, maar zij was tevens van meening dat bij het afleggen van zoodanigen eed rekening moest gehouden worden met den titel die op dat oogenblik toekomt aan den drager van de Kroon.

Zij ontkende, dat van het Departement van Justitie eene aanschrijving aan de „Commissarissen der Koningin” was uitgegaan.

„Dat dit wetsontwerp, waarbij ter „voorkoming van verdere onzekerheid de wijziging van „Koning” in „Koningin” in formulieren enz. wordt voorgeschreven, onzekerheid zou kunnen doen ontstaan of waar overigens van „Koning” gesproken wordt daaronder nu moet verstaan worden de Koningin, als eene vrouw de Kroon draagt, hetgeen als vaststaande mag aangemerkt worden, kan” — verklaarde de Regeering — „niet wel worden volgehouden.”

Voorts was het haar niet duidelijk „waarom het beter zou zijn art. 1 te doen vervallen en art. 2 uit te breiden voor den ganschen duur van de Regeering eener Koningin, zooals sommige leden wenschen.”

(1) Hier is bedoeld het arrest van den Hoogen Raad van 4 Mei 1891, opgenomen in het Weekblad van het Recht no. 6036.

„Principieel bezwaar tegen de wijziging” — schreef zij — „bestaat blijkbaar bij die leden niet en dan zal toch een „algemeene regel zooals in art. 1 gevonden wordt, waardoor „een ieder weet waaraan hij zich te houden heeft, te verkiezen „zijn boven een voorschrift, waarbij een ieder de vrijheid „erlangt ten deze te handelen zooals hem goeddunkt.”

Ten aanzien van art. 1 gaf de Regeering te kennen:

„Dit artikel moet geacht worden eene wijziging te bevatten „van de wetsartikelen, waarin de bedoelde formulieren en „titels zijn vervat zoolang eene Koningin de Kroon draagt”.

Voorts verklaarde zij: „Waar in de Memorie van Toelichting „gesproken wordt van „eenige wet”, is de Grondwet onder „die uitdrukking niet begrepen”.

Nog wees zij er op, dat art. 1 handelde over officieele benamingen, waarin het woord „Koning” voorkomt, „hetgeen „niet het geval is met de benaming der schepen van de „Koninklijke marine”. „Het is” — voegde zij er bij — „overigens „geheel in overeenstemming met den geest van dit wetsontwerp, dat waar eene Koningin regeert, niet meer gesproken „wordt van „Zijne Majesteit” maar van „Hare Majesteit”.

Ten aanzien van art. 2 schreef de Regeering: „Overal waar „thans de rechtsgeldigheid van formulieren en titels kan „betwist worden op grond dat het woord „Koning” niet is „gebruikt, zal na het in werking treden dezer wet die rechts„geldigheid betwist kunnen worden bij niet gebruikmaking „van het woord „Koningin”.

Wat de taalmeesterskwestie betreft, merkte de Regeering — wel wat spitsvondig! — op:

„Bij de letterlijke toepassing van het bepaalde in art. 1 „om in plaats van „Koning” „Koningin” te stellen, zou bijv. „het formulier voorgeschreven voor den executorialen vorm „van grossen en notarieele akten, in het vervolg luiden: „In „naam des Koningins”.

„Ten einde allen twijfel weg te nemen dat zonder aan de „rechtsgeldigheid te kort te doen, dat formulier zal luiden: „In naam der Koningin”, is de bijvoeging wenschelijk „met „inachtneming van de noodige taalkundige veranderingen”. „In het ontwerp wordt niet voorgeschreven, dat de ambtenaar „zich zal moeten doen bijstaan door een taalmeester. Ver„boden wordt zulks niet voor het onverhoopt geval dat zulk „een ambtenaar daaraan behoefte mocht gevoelen”.

Bij Nota van Wijziging werd aan art. 3 de volgende volzin toegevoegd: „Zij treedt in werking op den 1sten Sep„tember 1891”.

In het „Verslag” verklaarde de Commissie van Rapporteurs, dat zij, „na kennis genomen te hebben van de Memorie van „Antwoord op het Voorloopig Verslag wegens dit wetsontwerp, „van oordeel (was) dat door deze gewisselde schrifturen de

„openbare beraadslaging over het voorstel genoegzaam (was) „voorbereid“.

Het wetsontwerp kwam in behandeling in de vergadering der Tweede Kamer van 28 Mei 1891 (1).

De eerste spreker was Mr. S. VAN HOUTEN. Deze afgevaardigde achtte de behoefte aan eene dusdanige regeling niet groot, nadat men het een halfjaar zonder haar gedaan had. „Zonder eenige reserve“ zoude hij zijne stem aan het wetsontwerp geven, „indien de Regeering niets anders had gevraagd, dan of de naam Koningin *mocht* gebruikt worden. „Maar“ — liet hij volgen — „het is niet te doen om de *vergunning*, dat de naam *Koningin* mag gebruikt worden, „maar om de *verplichting* dat hij *moet* gebruikt worden;“ overal waar hij niet gebruikt wordt zou zijns inziens het recht onzeker worden. Groot bezwaar had Mr. VAN HOUTEN er tegen, te beslissen, „dat daar waar „Koning“ gebezigd „wordt rechtsongeldigheid volgt“.

„Wat wordt nu het geval, wanneer men dit wetsontwerp „aanneemt gelijk het daar ligt?“ — vroeg deze spreker. — „Dat sommige titulaturen, bijv. die in de Grondwet staan, „niet kunnen gewijzigd worden, zelfs niet door den wetgever, „staat vast. Het wetsontwerp kan daardoor tot groote moeilijkheden in de practijk aanleiding geven. Om er al dadelijk „een te noemen, waarvan het onzeker is of zij eene grondwettige of wettige titulatuur is, hoe zullen de Commissarissen „des Konings voortaan heeten? Raadpleegt men de provinciale wet, dan vindt men daarin in overeenstemming met „de grondwettige bepalingen ten aanzien van het provinciaal „bestuur gesproken van een Commissaris door den Koning „aangesteld. Alleen vindt men in het intitulé van eene afdeeling genoemd: Commissaris des Konings. Nu kan men „beweren dat dit geen grondwettige titel is, wanneer men „enkel het oog houdt op het bepaalde omtrent de provinciale „besturen, want daar staat alleen, dat de Koning in elke „provincie een Commissaris aanstelt. Maar in twee andere „artikelen van de Grondwet, art. 96 en art. 164, daar „wordt Commissaris des Konings als titulatuur gebruikt. „In art. 96 staat dat een lid van de Staten-Generaal niet „tegelijkertijd kan zijn „Commissaris des Konings“ en „art. 164 zegt dat de „Commissarissen des Konings“ zijn „onderworpen aan eene speciale jurisdictie.

„Is nu „Commissaris des Konings“ een titel volgens de „Grondwet of is het eenvoudig een administratieve titel „volgens de provinciale wet. Daarvan hangt af of de man

(1) Handelingen der Staten-Generaal, Tweede Kamer, 1890—1891, blz. 1481 vlg.

„in het vervolg zal heeten „Commissaris des Konings” of „Commissaris der Koningin””.

Zal in een administratief appèl het rekwest nietig zijn als het spreekt van een Commissaris des Konings of als het gericht is „aan den Koning”? vroeg de spreker verder.

Wat de beslissing van den Hoogen Raad betreft, deze gold, naar hij opmerkte, een andere kwestie.

De oud-Minister SMIDT was van hetzelfde gevoelen. Deze spreker twijfelde er zelfs aan „of principieel aan dit wets-„ontwerp wel eene goede gedachte ten grondslag ligt, in „zooverre namelijk als de titel „Koning” de uitdrukking is „van het eenheidsbegrip van onzen staatsvorm en niet alleen „den persoon aanduidt die drager is van de Kroon, maar „ook de hoogste Staatsmacht volgens onze Constitutie; terwijl „daarentegen wanneer die uitdrukking verlaten en vervangen „wordt door „Koningin”, het persoonlijk element uitsluitend „op den voorgrond treedt en die titel alzoo niet dezelfde „beteekenis behoudt als *Koning*, en daardoor ook aan onze „wetten en instellingen eene andere beteekenis kan worden „gegeven”. Spreker wees op de moeilijkheden, die ten aanzien van de Grondwet uit deze wet zouden voortvloeien.

Wat betreft het laatste lid van art. 72 der Grondwet, spreker meende, dat deze bijvoeging, waarbij de bevoegdheid is verleend om ook wijzigingen te brengen in het formulier van afkondiging van wetten, ingeval eene Koningin regeert, nu zij éénmaal geschied was, noodwendig teweegbracht, dat elders, waar dergelijke bevoegdheid tot afwijking van het formulier niet wordt verleend, daarom ook geen verandering mag gemaakt worden. Ten aanzien van de formulieren in de artt. 113, 114, 117, 118 en 120 der Grondwet voorkomende — merkte hij op — deed de Regeering dat echter wel degelijk. Spreker meende, „dat de eerbied „voor de Grondwet, de rechtskracht onzer wetten en de „noodzakelijkheid van eene stipte toepassing der sacramen- „teele formulieren er toe moeten leiden, dat dergelijke afwij- „kingen niet mogen plaats hebben, en dat, wanneer zij „werkelijk noodig zijn”, — wat spreker niet erkende — „zij „dan op andere regelmatige wijze (1) geschieden moeten en „niet eenvoudig langs den weg der practijk”. Wat de formulieren van grossen van notarieele akten en vonnissen betreft, aan het hoofd daarvan, verklaarde spreker, is eene vaste onveranderde uitdrukking noodig, omdat nimmer vooruit de tijd der tenuitvoerlegging is te bepalen. „Daarvoor is inder-

(1) Hier bedoelde de spreker: «andere, regelmatige wijze», want alleen wie de wijze waarop de Regeering het gedaan had, als regelmatig erkent, kan daartegenover eene «andere regelmatige wijze» stellen.

„daad noodig die uitdrukking van het constitutioneel hoofd
 „van den Staat, welke in zich vereenigt elken mogelijken
 „drager van het hoogste gezag, onverschillig of die drager
 „een man is of eene vrouw, een fysiek persoon of de Raad
 „van State, onverschillig ook of het Koninklijk gezag al dan
 „niet door een ander wordt waargenomen. De term „Koning”
 „vereenigt die vereischten in zich.” Door in het opschrift
 der grossen verandering te brengen, zet men alles op losse
 schroeven en doet tal van kwesties ontstaan, zooals de spreker
 met voorbeelden trachtte aan te toonen.

Ook ten opzichte van de eedsaflegging achtte hij het
 mogelijk, dat dit wetsontwerp *in de toekomst* hoogst bedenke-
 lijke gevolgen zou hebben „Wanneer” — voegde hij er bij —
 „het hier eenvoudig gold eene akte van beleefdheid, van
 „eerbied of van hulde, zouden wij allen er gaarne onze stem
 „aan geven; maar waar ernstige twijfel bestaat omtrent de
 „gevolgen van deze — gelijk zij is voorgesteld — schijnbaar
 „kleine vormzaak, die echter inderdaad een staatsrechtelijk
 „vraagstuk is en in alle levensbetrekkingen diep zal ingrijpen
 „schijnt het mij toe, dat de zaak nog wel eens overwogen
 „mag worden.”

De Minister MACKAY verdedigde het wetsontwerp. Hij
 wees er op, dat reeds dadelijk na het overlijden des Konings
 de Regeering voor de vraag gestaan had, of in het vervolg
 steeds bij de toepassing der wetten en in de eerste plaats
 der Grondwet nog het woord „Koning” moest worden
 gebezigd. „Zij meende, dat niets anders in de bedoeling van
 „den Grondwetgever kon gelegen hebben, dan dat waar van
 „den *Koning* wordt gesproken, in plaats daarvan „Koningin”
 „mocht gelezen worden. Echter bleek spoedig dat daaromtrent
 „verschil van opvatting bestond, en tevens dat er in de
 „wetten sacramentele voorschriften gevonden worden, waarin
 „het woord „Koning” voorkomt, die volgens de jurisprudentie
 „op straffe van nietigheid moeten worden in acht genomen.

„Voorzeker moest om in het laatste geval het woord
 „*Koningin* te gebruiken, een wetsontwerp ingediend worden;
 „maar het was ook van groot gewicht, dat omtrent het
 „gebruik van het woord *Koning* en *Koningin* geenerlei
 „onzekerheid en verschillend gebruik bleef bestaan.

„De Regeering is van meening dat, waar in de Grondwet
 „van *Koning* gesproken wordt, ook *Koningin* daaronder be-
 „grepen is, en tevens dat vaststaat dat krachtens de Grondwet
 „de titel, welke toekomt aan eene vrouw die de Kroon draagt,
 „Koningin is; dit schijnt dan ook niet betwist te worden.

„Evenmin zal men betwisten, dat, waar van Koning ge-
 „sproken wordt, ook bedoeld is, dat de bepalingen toepasselijk
 „zijn, waar eene vrouw de Kroon draagt.

„In ééne bepaling van de Grondwet” — vervolgde de

spreker — „wordt uitdrukkelijk voorgeschreven dat, wanneer „eene vrouw de Kroon draagt, daarop zal worden gelet, en „wel in art. 72, waar voorgeschreven wordt, dat de daardoor „noodige wijziging in het formulier bij de afkondiging van „wetten zal moeten plaats hebben”.

Dat uit die bepalingen zou volgen, dat in alle andere gevallen onvoorwaardelijk het woord *Koning* gebruikt moet worden, en *Koningin* daarvoor niet in de plaats gesteld mag worden, ontkende de Minister. „Wanneer men nagaat, hoe de laatste „alinea van art. 72 in de Grondwet is gekomen” — zeide hij — „zal men allerminst kunnen toegeven, dat men hier eene uit- „zondering heeft willen maken, die zich alleen tot dit geval „zoude beperken. De geleerde commentator der Grondwet, „professor Buys, merkt terecht op, dat het in art. 72 gegeven „formulier tijdens de in de laatste alinea gemelde gevallen „onbruikbaar is, maar dat de bevoegdheid om daarin wijziging „te brengen, bepaald in de Grondwet moet worden verleend, „omdat eene afwijking van de daarin voorkomende woorden, „zonder machtiging van de Grondwetgever zelven moeilijk „kan worden toegelaten, wijl stipte opvolging van het grond- „wettig formulier noodig is om aan de wet verbindende kracht „te geven. Dit sloeg niet op den naam van den Koning, „want die naam zelf wordt niet in het grondwetsformulier „genoemd en eene wijziging van Willem in Wilhelmina was „dus zeker veroorloofd; maar het was te doen om verandering „te brengen in den *titel* van *Koning*, zoodat men dan zoude „spreken van *Koningin*, of verdere wijziging, waar een regent- „schap zulks zou vorderen.

„Het was dan ook noodig” — vervolgde de Minister — „om dit uitdrukkelijk te bepalen, omdat het bekend is dat „de Hooge Raad zeer streng is in de toepassing van het „formulier der afkondiging”.

Ten bewijze daarvan wees hij er op, hoe in zeker formulier van afkondiging van eene gemeenteverordening gesproken was van de *navolgende verordening* in plaats van de *volgende verordening*; en hoe de Hooge Raad omdat dat niet overeenkwam met de letter van art. 173 der Gemeentewet, bij herhaling een aldus afgekondigde verordening niet bindend verklaard had (1).

Voorts sprak de Minister over de toepassing gegeven aan art. 120 Grondwet. „De Regeering heeft gemeend, evenals „dit vroeger geschiedde bij het regentschap tijdens het „leven van den Koning, dat in die formulieren (namelijk „de formule voorgeschreven voor het bekrachtigen van

(1) Zie Mr. J. OPPENHEIM, Het Nederlandsch Gemeenterecht, vierde, geheel herziene, druk, II, blz. 148 vlg. en de daar vermelde arresten.

„wetten), zonder dat de Grondwet het uitdrukkelijk voor-
 „schrijft, melding gemaakt moet worden van hem of haar,
 „die de bewilliging geeft. Degeen, die het regentschap
 „waarneemt, zal de bewilliging geven altijd in naam van
 „den Koning of van de Koningin; maar het zou minder
 „juist zijn als in dat geval gezegd werd: de Koning of
 „de Koningin bewilligt in het voorstel, omdat het hier
 „eene daad is van de Regentes of, zooals vroeger, van
 „den Raad van State, waarnemende het Koninklijk gezag.
 „Toen dan ook de eeden door de Koningin als Regentes en
 „als Voogdes moesten afgelegd worden voor de Vereenigde
 „Zitting van de Staten-Generaal, heeft de Regeering gemeend,
 „dat het volkomen in de bedoeling van de Grondwet was,
 „dat in de eeden gesproken zou worden van getrouwheid
 „aan de Koningin.”

Spreker wees daarbij op de wet op de Voogdij, waarin
 wordt voorgeschreven een eed van getrouwheid aan de
Koningin (1), hoewel de Grondwet bepaalt, dat de voogd
 een eed zal afleggen van getrouwheid aan den *Koning*.

„De Regeering” — vervolgde de Minister — „gaat uit van
 „de meening dat de bedoeling van den grondwetgever geen
 „andere kan geweest zijn, dan dat waar van Koning gesproken
 „wordt, het de bedoeling is van Koningin te spreken in het
 „geval de Kroon door eene vrouw gedragen wordt.” Voorts
 stond de Minister stil bij de beslissingen van den Hoogen
 Raad. Dat er rechtsonzekerheid zou ontstaan, ontkende de
 Minister; de wijziging strekt juist om eene bestaande rechts-
 onzekerheid weg te nemen. De bepaling facultatief te maken
 achtte hij niet wenschelijk.

De Heeren SMIDT en VAN HOUTEN bleven bij hun gevoelen,
 „De Regeering” — zeide Mr. VAN HOUTEN — „wil niet enkel
 „zekerheid, maar zij wil *gelijkheid*, en juist daar ligt de fout;
 „door volstreckte gelijkheid in de titulatuur te willen forceeren,
 „schept men rechtsonzekerheid.” Ook bij het arrest van den
 Hoogen Raad stond deze spreker nogmaals stil.

De Minister diende van dupliek, de Heer VAN HOUTEN
 van tripliek, waarop de Minister weder antwoordde.

Bij de beraadslaging over art. 1 vroeg de Heer VAN DER
 KAAIJ het woord. Hij drong op facultatiefstelling aan, en
 merkte op: „Wij kunnen, meen ik, onze wetten ongewijzigd
 „laten. Er wordt altijd in Nederland recht gesproken in
 „naam des Konings. Dit is een artikel der Grondwet. Wanneer

(1) Wet van 14 September 1838 (Stbl. no. 150), art. 4: Alvorens
 zijne betrekking te aanvaarden, legt elk lid van den Raad van Voogdij
 in de bij art. 34 der Grondwet bedoelde vereenigde vergadering van
 de Staten Generaal, in handen van den Voorzitter den volgende eed
 of belofte af: «Ik zweer (beloof) trouw aan de Koningin» (enz.).

„het op de practijk aankomt en er zit eene Koningin op den troon, dan is het voegzaam, wanneer er vonnissen worden gewezen, de woorden te gebruiken „in naam der Koningin”, en in het formulier van den eed de woorden „trouw aan de Koningin”.

Mede naar aanleiding van deze laatste opmerking stelde de Heer VAN HOUTEN nu voor het artikel aldus te lezen:

„Zoolang eene Koningin de Kroon draagt, kan bij het gebruik van alle wettelijk vastgestelde formulieren, ambts-titels en officieele benamingen, waarin het woord „Koning” voorkomt, in plaats daarvan het woord „Koningin” gebezigd worden, met inachtneming van de daardoor noodzakelijk wordende taalkundige veranderingen” (1).

In de vergadering van 29 Mei werd de behandeling voortgezet, en kwam het eerst de Minister MACKAY aan het woord.

„De geachte afgevaardigde uit Alkmaar” — aldus de Minister — „heeft niet ten onrechte beweerd, dat het juist is, was door deze wet geene wijziging te brengen in tal van wetten, doch om eenvoudig te bepalen, dat bij de toepassing van deze wetten het woord Koningin zal worden gebruikt. Ik kan er bijvoegen, dat door het plaatsen in het artikel van het woord „gebruiken” de bedoeling, die de Regeering met dit wetsontwerp heeft, nog wel zoo juist wordt uitgedrukt”.

Met het voorgestelde amendement kon de Minister zich niet vereenigen.

„Hierdoor toch zou iedereen de vrijheid verkrijgen om het woord Koning of Koningin te gebruiken, al naarmate hij zulks goedvindt, geheel in strijd met de bedoeling der Regeering bij de indiening van dit wetsontwerp.”

Hem kwam het voor, dat de moeilijkheden die voorspeld werden bij aanneming van het wetsontwerp zeer overdreven, ja zelfs denkbeeldig mochten genoemd worden. „Die geroepen worden de wet toe te passen” — zeide de Minister — „zijn toch ambtenaren, hetzij van hooger en of lageren rang, van wie men mag veronderstellen dat zij de wet kennen, en tevens bekend zijn met de gevolgen die eene niet-nakoming van de wet zoude hebben, vooral, wanneer, zooals ik gisteren zeide, de Regeering er hunne aandacht op vestigt dat na 31 Augustus de formule wordt veranderd. Mocht men echter meenen dat er toch bij voorbeeld door onoplettendheid van een klerk moeilijkheden zullen kunnen

(1) Bij de aanmerking door den Heer VAN KERKWIJK gemaakt op het, z i zonderlinge Koninklijk besluit van 17 April 1891, no. 6, betreffende de titels die de Adjudanten des Konings in gewonen en in buitengewonen dienst en de daarbij bedoelde ordonnans-officieren zouden voeren, behoef ik hier niet stil te staan.

„ontstaan, dan zou daaraan kunnen tegemoet gekomen worden door in art. 2 eenvoudig de woorden: *tot het in werking treden dezer wet*, weg te laten. Als de Heeren Van Houten en Smidt sterk aan hunne bezwaren blijven hechten, ligt het, dunkt mij, op hun weg eene wijziging in dien geest voor te stellen.”

De Commissie van Rapporteurs achtte eenparig de vervanging in art. 1 van *in* door *bij het gebruik van* juist. De minderheid dier commissie oordeelde, in weerwil van die wijziging, aanneming van het amendement wenschelijk. De meerderheid, van de veronderstelling uitgaande dat de Regeering wanneer het amendement van den geachten afgevaardigde uit Groningen op art. 1 wordt verworpen, de wijziging zal a brengen, die zij bij art. 2 in uitzicht heeft gesteld, althans aannemelijk heeft verklaard, (meende) te moeten aanbevelen met het amendement van den geachten afgevaardigde uit Groningen niet mede te gaan.” „Wordt dan de aangegeven verandering in art. 2 aangebracht, dan zal het voorschrift in art. 1 opgenomen, weliswaar een *nudum praeceptum*, maar dan toch een *praeceptum* zijn; en de schadelijke gevolgen die uit eene te strenge opvatting van deze wet misschien zouden *kunnen* voortvloeien voor de justiciabelen worden vermeden.”

De Heer HARTOGH gaf daarop te kennen, dat hij het beter achtte, dat het amendement VAN HOUTEN niet werd aangenomen, mits in art. 2 de woorden: „tot het in werking treden dezer wet” werden weggelaten, waartoe hij een amendement zou voorstellen. „Wordt dit amendement aangenomen, dan” — zeide deze spreker — „geloof ik, dat werkelijk de zaak ordelijk geregeld zal zijn. Wellicht zal de afgevaardigde uit Groningen de Heer Van Houten, nu hij weet, dat een amendement op art. 2 in dien zin zal worden vastgesteld, zijn amendement op art. 1 intrekken”.

De Minister bracht daarop in art. 2 de bedoelde wijziging aan, ontkenkende echter dat de bepaling daardoor een *nudum praeceptum* zou worden. „Het blijft wat het was: een imperatief, gebiedend voorschrift, waaraan een ieder verplicht is zich te houden, waarbij echter op overtreden geen straf wordt bedreigd”.

De Heer VAN HOUTEN vroeg nog of men in art. 2 niet lezen moest: „gegeven of te geven”.

De Minister en de Heer HARTOGH achtten die bijvoeging niet noodig.

Daarop trok de Heer VAN HOUTEN zijn amendement in, waarna het wetsontwerp werd aangenomen zonder hoofdelijke stemming.

Voordat ik overga tot de behandeling van het wetsontwerp in de Eerste Kamer, dien ik nog even na te gaan hoe het er uitzag toen het de Tweede Kamer verliet.

Artikel 1 had den volgende inhoud verkregen:

„Zoolang eene Koningin de Kroon draagt, wordt bij het gebruik van alle wettelijk vastgestelde formulieren, ambts-titels en officieele benamingen, waarin het woord „Koning” voorkomt, in plaats daarvan het woord „Koningin” gebezigd, met inachtneming van de daardoor noodzakelijk wordende taalkundige veranderingen.”

Dit is geenszins hetzelfde als de Regeering aanvankelijk had voorgesteld. Door het bezigen van de woorden „bij het gebruik van” worden de bepalingen betreffende de wettelijk vastgestelde formulieren, ambts-titels en officieele benamingen ongewijzigd gelaten; alleen zal men er op eene andere wijze gebruik van moeten maken zoolang een Koningin de Kroon draagt (1).

Artikel 2 bepaalde thans:

„Voor de rechtsgeldigheid van de toepassing sedert den overgang van de Kroon op *Hare Majesteit WILHELMINA* aan wettelijk vastgestelde voorschriften betreffende formulieren, ambts-titels en officieele benamingen gegeven, maakt het geen onderscheid of daarbij het woord „Koning” dan „wel het woord „Koningin” met inachtneming van de daardoor noodzakelijk geworden taalkundige veranderingen gebezigd is”.

Hier zijn achter: „sedert den overgang van de Kroon op *Hare Majesteit WILHELMINA*”, de woorden „tot het in werking treden dezer wet” geschrapt. Deze verandering is van veel gewicht. De beteekenis van art. 1 wordt er merkkelijk door verzwakt. Ook nu nog behelst dat artikel een stellig voorschrift; dit voorschrift moet worden opgevolgd; facultatief is de bepaling geenszins, doch de *rechtsgeldigheid*, niet alleen — zooals de Regeering eerst had voorgesteld — van hetgeen in het korte tijdvak van 27 November 1890 tot 1 September 1891 (dag der inwerkingtreding der wet) geschied was, maar ook van hetgeen verder geschieden zou, is niet afhankelijk van de nakoming van art. 1. Rechtsonzekerheid was dus niet meer mogelijk. Het gebruik werd geregeld maar zonder rechtsgevolgen (2).

(1) Dat het voor den *tekst* der wet geen verschil maakt of een Koning dan wel eene Koningin de kroon draagt, blijkt o. a. uit de wet van 16 December 1916 (Stbl. no. 535), uit kracht waarvan art. 136 van het Reglement op het beleid der Regeering van Nederlandsch-Indië bepaalt, dat de leden van den Volksraad zullen zweren of beloven *trouw aan den Koning*.

(2) De aanhef van art. 8 der wet van 28 Mei 1901 (Stbl. no. 132) luidt: «De beeldenaar der rijksdaalders, guldens en halve guldens

Het derde artikel, dat de wet ook voor de koloniën en bezittingen in andere werelddeelen verbindend verklaarde, was ongewijzigd gebleven; behalve dat daarin de bepaling was opgenomen, dat zij in werking zou treden op 1 April 1891.

In de Eerste Kamer ontmoette het gewijzigde wetsontwerp weinig tegenstand.

De Commissie van Rapporteurs bracht het volgend Eindverslag uit: (1)

„Onderscheidene leden gaven te kennen, dat de bezwaren, „welke aanvankelijk bij hen bestonden tegen dit wetsontwerp, „opgeheven waren door de wijziging, die artikel 2 in de „andere Kamer heeft ondergaan.

„Volgens sommigen zal ten gevolge van deze wet in de „practijk doorgaans het woord „Koningin” worden gebruikt.

„Naar het gevoelen van anderen laat ook nu nog art. 2 „aan duidelijkheid te wenschen over. In het Voorloopig Ver- „slag der Tweede Kamer achtten zij de zaak juister uiteen- „gezet, dan in de openbare beraadslaging door de Regeering. „Zij waren nochtans bereid hunne stem aan deze voor- „dracht te geven, maar achtten zich verplicht nadrukke- „lijk de beteekenis van het ontwerp te doen uitkomen, „hierin bestaande, dat de rechtsgeldigheid dezelfde blijft, „onverschillig of bij het gebruik van alle wettelijk vast- „gestelde formulieren, ambtstitels en officieele benamingen „het woord „Koning” of wel het woord „Koningin” gebe- „zigt wordt.

„Bij eenige leden rees de vraag, of het wel wenschelijk is „wetten te maken, gelijk deze, die straffeloos, of althans „zonder dat de overtreding nietigheid ten gevolge heeft, „kunnen worden overtreden. Van eene andere zijde ontkende „men, dat dit met deze wet het geval zou zijn. Daarbij toch „wordt aan ambtenaren eene verplichting opgelegd. De „Regeering heeft het, naar deze zienswijze, in de hand hen, „zoo noodig, tot de naleving daarvan te dwingen.”

is: op de voorzijde Ons borstbeeld, tot omschrift voerende Onzen naam, met de woorden: *Koning (Koningin) der Nederlanden*. Men zou kunnen vragen: Is «(*Koningin*)» hier niet overbodig? Ik geloof het niet. Immers wel zoude, als die bijvoeging ware weggelaten, toch op de genoemde geldstukken moeten staan (aangenomen dat de wet van 22 Juni 1891 hier toepasselijk is): *Koningin Wilhelmina*, maar een rijksdaalder, gulden of halve gulden met *Koning Wilhelmina* zou niettemin geldig zijn.

(1) Handelingen der Staten-Generaal, Eerste Kamer, 1890—1891, blz. 348.

Bij de openbare beraadslaging (18 Juni 1891)(1) was er weinig debatteerlust; het eenige lid dat het woord voerde was de Heer MELVIL VAN LYNDEN.

„Door de indiening van dit wetsontwerp’ — zeide hij — „heeft de Regeering voldaan aan de toezegging door „haar gedaan op eene door mij gedane vraag in de „Vergadering van deze Kamer van 30 December j.l.” Spreker verdedigde het wetsontwerp; ook den titel Commissaris der Koningin. Te dien aanzien voerde hij onder meer aan;

„Het zij mij veroorloofd nog even aan te toonen „waarom ik meen dat in de Grondwet van het bezigen van „dien naam als toekenning van een titel geen sprake kan „zijn. Het woord „Commissaris” komt in dien zin het eerst „voor in de Staatsregeling van 1798, waarbij in art. 55 „bepaald was, dat het uitvoerend bewind bij ieder departe- „mentaal bestuur een Commissaris zou benoemen om toe te zien „en te zorgen, dat de wetten behoorlijk werden uitgevoerd.

„De Staatsregelingen van 1801, 1805 en 1806 kenden die „ambtenaren niet, maar in art. 71 van de Grondwet van „1814 wordt weder bepaald, dat de Souvereine Vorst Com- „missarissen benoemt in de provinciën, en in art. 104, corres- „pondeerende met het tegenwoordige Grondwetsartikel 164 „worden die ambtenaren genoemd *Commissarissen van den „Souvereinen Vorst*. In 1815 en vervolgens zijn die artikelen „in hoofdzaak zoo gebleven, maar in plaats van „Souvereine „Vorst” werd aldaar gelezen „Koning”.

„Dat nu de Grondwetten tot 1848 toe nimmer de bedoeling „gehad hebben daarvoor aan die ambtenaren een bepaalden „titel te geven, wordt afdoende bewezen door het historische „feit, dat zij zonder iemands tegenzeggen tot dien tijd zijn „genoemd *Gouverneur*, en na de invoering van de Grondwet „van 1848 is dit een tijdlang nog zoo gebleven; wel een „bewijs dat men zelfs toen in de Grondwet heeft gelezen de „toekenning van een bepaalden titel Maar ook al „ware dit anders, dan zouden zij, die in het gebruik dezer „benaming door de Grondwet iets imperatiefs zien, dit nimmer „verder kunnen uitstrekken dan tot het woord „Commissaris” „en moet de vraag, *wiens* Commissaris die ambtenaar zich „noemen zal, daarvan afhangen of er een Uitvoerend Bewind, „een Souvereine Vorst, een Koning of eene Koningin aan „het hoofd van den Staat is geplaatst, gelijk de afwisselende „benaming in de verschillende Staatsregelingen bewijst”.

Nadat de Minister met enkele woorden den spreker had beantwoord, werd het wetsontwerp zonder hoofdelijke stemming aangenomen.

Mr. C. BAKE

(1) t. a. p. blz. 351.

GASTON MAY, *professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris: Introduction à la science du droit*, 1920; 114 bladz. —

Bovenstaand geschrift is een publicatie van lessen in 1919 gegeven aan Amerikaansche soldaten, van zeer verschillende ontwikkeling en leeftijd, maar allen toch van een zoodanige beschaving, die hen in staat stelde de Inleiding in de wetenschap van het recht te volgen. Daaruit is gegroeid een boekje, waarvan de auteur verklaart, dat het zijn denkbeelden omtrent het recht geheel weergeeft, zij 't ook dat alleen het meest essentieele daarvan in het boekje is opgenomen. Dat tot de uitgave besloten werd, vindt, volgens den S., zijn aanleiding in het feit, dat sinds de veertiger jaren van de vorige eeuw een boekje als dit niet was verschenen. In 1840 was als academisch leervak opgenomen een „cours d'introduction à l'étude du droit”, waarop verschillende publicaties van dien aard het licht zagen. Van het oogenblik dat dit leervak weer werd geschrapt, bleven die publicaties achterwege. Thans begroeten wij echter in het geschrift van prof. MAY weer een algemeene Inleiding, bestemd voor hen, die in dit vak van wetenschap zich voor de eerste maal willen oriënteeren.

Het is voor hem, die de algemeene rechtsstudien heeft doorloopen, moeielijk om uit te maken of MAY's werkje zijn doel zal bereiken. Wij zouden ons moeten terugdenken in den eersten studententijd en als leek van deze Inleiding gaan kennismaken. Dit is niet wel doenlijk, terwijl toch aan den anderen kant de volstreckte leek bezwaarlijk geroepen kan worden het belang van deze „Introduction” te schatten. De moeielijkheid waarin ik mij dientengevolge geplaatst vond, toen ik op mij nam een aankondiging van dit geschrift te geven, heeft mij er toe geleid eenige voornamen vraagpunten, die zich in de wetenschap van het recht voordoen, na te gaan, voor zoover zij in het boekje worden besproken.

In de eerste plaats zij dan gewezen op het belang dat het recht voor de *geschiedenis* of deze voor het *recht* bezit.

In het recht ligt een stuk geestelijk leven van een volk. Wil men dus van een volk zijn geschiedenis schrijven, dan is bekendheid met het recht, waaronder het volk in verschillende tijden geleefd heeft en leeft, onmisbaar. Maar hier

wordt omgekeerd bedoeld op het belang dat de historie heeft voor de kennis van het geldende recht. De S. stelt daarbij de vraag, welk belang het toch is dat de menschen noopt in het verledene te speuren. Hij erkent dat historische rechtsonderzoekingen dikwijls het gevolg zijn van een „*intéret de curiosité*”. Maar er ligt toch veelal ook een wetenschappelijke belangstelling aan ten grondslag, insoover de oorsprong van het recht en de veranderingen die het ondergaat licht kunnen verschaffen omtrent den zin van het hedendaagsche recht. Wij zouden dus kunnen zeggen, dat de studie der rechtsgeschiedenis een exegetisch belang heeft. Doch daartoe bepaalt zich de beteekenis dier geschiedenis niet. „*Elle éclaire l'avenir, elle permet de présager les transformations futures des institutions.*” Hier heeft de rechtsgeschiedenis een politisch karakter. Uit dit oogpunt verdient in 't bijzonder vermelding de vergelijkende rechtsgeschiedenis. Het verwondert ons niet van dezen schrijver te vernemen, dat voor de rechtsvergelijking allermeeest het Romeinsche recht in aanmerking komt en met warmte stelt dan ook de S. in het licht, dat er geen sprake kan zijn van een complete wetenschappelijke opleiding, „*si elle n'est fortifiée, accompagnée, éclairée à chaque pas par la connaissance intime du droit romain*”.

Ik wil dit gaarne aannemen, maar acht tegen den cultus der rechtsgeschiedenis de waarschuwing van ERICH JUNG (1) niet misplaatst, waar hij van de historische school opmerkt, dat zij met de grootste toewijding getracht heeft zich in het denkkader van het verledene te verplaatsen, doch in haar ijver een teveel aan kennis van vreemde en voorbijgegane rechtsordeningen opstapelde, waardoor zij „*das Verhältniss zum Rechtsleben der eigenen Zeit*” uit het oog verloor. En dat teveel, zoo vervolgt hij, leidde er allicht toe, dat men „*irre wurde an dem eigenen Urteile*”.

Dit brengt ons tot het vraagstuk van de *gelding* van het recht. Als de sanctie voor de gelding van de rechtsnorm niet beslissend is, dan moet uit den inhoud der norm die gelding worden afgeleid. In tweeërlei opzicht wordt dit door den S. betoogd. Vooreerst door het recht op te vatten als een uiting van een „*mouvement intérieur*”, die overal wordt aangetroffen en waardoor gezegd kan worden, dat het recht is „*le souverain du monde*”. En voorts door het recht als een produkt van de werking der rede te beschouwen. „*Le droit est en somme une création de la raison.*” En de rede geeft ons uitsluitel omtrent de onafgebroken transactie, die tusschen de indivi-

(1) Rechtsregel und Rechtsgewissen: Eine Untersuchung über die Grundlagen der Rechtsgeltung (Archiv f. die civilistische Praxis, deel 118 (1919), p. 18).

dueele vrijheid en de eischen der gemeenschap moet worden tot stand gebracht. De S. werkt deze gedachte niet verder uit. Ten onzent is daaraan een studie gewijd door VAN IDSINGA (1), die als vrucht van zijn onderzoek tot de conclusie komt, dat het Recht „de door het staatsgezag geldende vorm is, waarin de vervulling van de eischen der zelfstandige persoonlijkheid zich samenvoegt met de vervulling van de eischen der zelfstandige gemeenschap”. Als echter MAY ten slotte de vraag stelt: „d'où vient l'autorité des préceptes légaux, d'où ils tirent leur force obligatoire?”, dan tracht hij ons tevreden te stellen met te verwijzen naar de instemming van het volk, hetwelk van die instemming „par avance” heeft doen blijken, door de aanwijzing van de macht, welke met wetgeving is belast.

Een aanzienlijk deel der lessen is gewijd aan de *vorming* van het recht. Is dit een ethisch proces, waardoor in de normen tot uitdrukking wordt gebracht de gemeenschapswaarde van allerlei belangen? Of is de vorming van het recht een logisch proces, dat een te verwezenlijken materieel doel (bijv. geluk) veronderstelt en uit het logisch verband met dat doel het rechts- en dus verbindend karakter der daartoe strekkende normen afleidt? Het praktische belang dezer tegenstelling openbaart zich voornl. bij de rechtspraak, insoover bij het wijzen van het vonnis de doorslag geeft: of de waarde van de belangen ter beslechting van welker conflict de hulp des rechters is ingeroepen, of een abstract gestelde norm, waaruit langs syllogistischen weg de concrete verplichting van een der partijen wordt afgeleid.

In verband hiermee staat de *codificatie*, waarover de S. een gedachte ontwikkelt, welke haar karakter in een bijzonder licht stelt. Aan de codificatie ligt nl. niet in de eerste plaats ten grondslag de gedachte om de rechtsstof voor het volk toegankelijk te maken, maar om de rechtsstof in een systeem te brengen (2). Dit denkbeeld drukt ook de S. uit, waar hij van de codificatie getuigt „qu'elle groupe les principes légaux selon un certain plan destiné à en faire un *système cohérent*. De codificatie is reeds in zeker opzicht een *doctrine*; de rechtsregels worden ons in de codificatie gegeven „selon un *plan arrêté*”. Zij zal vooral moeten bevatten algemeene beginselen, van welke de bijzondere regelen het uitvloeisel zijn.

(1) De administratieve rechtspraak en de constitutioneele monarchie, 1896, II, p. 374. Ik verwijs voor een beoordeeling van deze gedachte naar mijn «Lehre der Rechtssouveränität», 1906, p. 92.

(2) Ik doe daarmee niet te kort aan andere motieven die tot de codificatie hebben geleid, waarover Prof. v. KAN in het Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis zijn bekende opstellen heeft geschreven. Zie ook diens Inleiding tot de Rechtswetenschap, p. 184 e. v.

Ligt dit in de bedoeling der codificatie, dan spreekt het van zelf, dat zij bijzonderlijk in Frankrijk is voorgestaan en van uit dat land zich over tal van staten heeft verspreid. Immers het kenmerk van den Franschen geest is zijn rechtlijnigheid, zijn behoefte aan het etaleeren van algemeene beginselen en daartoe vooral biedt het codificatiewerk de schoonste gelegenheid. Onze S. brengt mede dit punt naar voren waar hij getuigt, dat de Fransche geest is „épris de logique, de clarté, de précision, attaché aux idées générales”. Het groote praktische voordeel van een dergelijke rechtsvorming ligt niet alleen in de concentratie der rechtsstof die daardoor mogelijk wordt gemaakt, maar vooral in de bron die zij opent voor het vinden van de rechtsregels, welke de concrete gevallen moeten beheerschen en in de codificatie niet met zooveel woorden zijn te vinden. M.a.w. de codificatie vereenvoudigt de rechtsvorming en geeft haar een vaste basis. Onder dit licht bezien, zou men de heilzaamheid der codificatie volmondig kunnen toestemmen, als niet juist in de wijze waarop de concrete rechtsnormen gevonden worden haar bedenkelijke keerzijde gelegen is. Met het gecodificeerde recht tot uitgangspunt moeten de leemten aan concrete rechtsregelen aangevuld worden door logische afleiding uit de beginselen die meer of minder in het wetboek zijn uitgesproken, ja zelfs zal men, om die beginselen te leeren kennen, dikwijls zijn toevlucht moeten nemen tot een systeem dat waarschijnlijk den wetgever, bij het formuleeren der normen, voor oogen heeft gestaan. Welnu, zoowel het logisch verband met de algemeene beginselen als het veronderstelde systeem dat tot rechtsbron verheven wordt — deze beide factoren brengen de rechtsvorming onder den druk van syllogistisch en dialektisch denken, tengevolge waarvan met de ethische waarde, welke een rechtsnorm om te verbinden vóór alles moet bezitten, geen rekening wordt gehouden. Dit gevolg is aan de rechtswetenschap en aan de jurisprudentie zichtbaar geworden. Zij zijn bijna een eeuw lang beheerscht geworden door een begrippenspel, dat, onder den naam van „interpretatie”, alle rechtsnormen uit de wet wist te tooveren. De geweldige dorheid van deze wijze van rechtswinning zou al veel eerder aan het licht zijn gekomen, als de „interpretatie” niet op haar beurt intuïtief beheerscht was geworden door het gerechtighedsgevoel en dientengevolge de interpretatie dienstbaar werd gemaakt om een uitkomst te verkrijgen, welke aan dat gevoel bevrediging gaf. Voor den tegenwoordigen tijd, die zich ontworstelt aan deze bedriegelijke methode, ligt dan ook de hoofdtaak der juridische wetenschap om „diese intuitive Rechtsgefühl aus der Sphäre des irrationalen Fühlens in die des rationalen Denkens einerseits, des klaren Willens ander-

seits emporzuheben" (1). De vraag, of en in hoever dit uit de werking van het rechtsgevoel voortspruitende recht het wetrecht vermag op zijde te zetten, laat ik hier onbesproken (2); maar een recht, dat zich, zooals het tot voor kort mogelijk werd geacht, alléén kan legitimeeren door een logisch proces van uit de wet, is onhoudbaar, daar het hoegenaamd geen rekening houdt met de onbetwistbare stelling, dat de wet redelijkheid heeft gewild (3).

De grondgedachte der codificatie is in Engeland niet verwezenlijkt. Dit is een uitvloeisel, zegt de S., van „la répugnance instinctive des Anglais à enformer la loi dans un cadre inflexible". In Engeland heeft dan ook de syllogistische rechtsvorming geen wortel kunnen schieten. „The material rather than the formal side of legal rules comes to the fore" zegt VINOGRADOFF in zijn interessant boekje: „Common-sense in Law" (4). Wil men de tegenstelling tusschen de Engelsche en de Nederlandsche rechtspraak met betrekking tot de rechtsvorming zich aan een voorbeeld verduidelijken, dan neme men kennis van dit geval. Een praktizijn adverteerde den verkoop van zijn huis met praktijk. Een gegadigde kreeg van hem te hooren dat de praktijk ongeveer 300 £ opbracht. Een oppervlakkige inzage der boeken deed hem de praktijk schatten op 200 £, waarop het koopcontract, zonder dat

(1) WÜSTENDÖRFER: Zur Hermeneutik der sociologischen Rechtsfindungstheorie (Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie IX, 1916, p. 434).

(2) De stelling is deze, dat de eene rechtsbron de andere niet van werking kan berooven. De wet kan alzoo niet verklaren, dat het gewoonterecht slechts zal gelden, voor zoover de wet er naar verwijst. In het geschrift van HANS REICHEL: Gesetz und Richterspruch, 1915, p. 13 vinden wij die stelling bepaaldelijk uitgesproken. «Was Rechtsquelle sei und welcher Rang ihr zukomme, kann nicht ein einzelne Rechtsquelle entscheiden . . . Wagt also der Gesetzgeber dennoch, sich dieser Aufgabe zu unterfangen, so unternimmt er Unmögliches und sein Verbot ist einfach nichtig». Het is opmerkelijk dat 29 jaar geleden hetzelfde reeds verkondigd werd door EISELE: Unverbindlicher Gesetzesinhalt (Archiv f. d. civil. Praxis, 69 (1886), p. 290). Ook hij constateert «dass wenn der Gesetzgeber über dieses Verhältniss (tusschen wet en gewoonte) einen Ausspruch thut, diesem der Charakter eines Rechtssatzes nicht zukommt, gleichviel ob der Gesetzgeber eine wirkliche Rechtsbestimmung treffen oder bloss ein Urteil abgeben wollte».

(3) ELSTER: Die Bedeutung der neuen Rechtsreformbewegung für das Wirtschaftsleben (Zeitschrift f. Socialwissenschaft, 1916, Heft 4 u. 5). Deze wijst op het instituut voor rechtstoepassing in Weenen van SPERL, op EHRLICH's instituut voor levend recht (Czernowitz) en op ELTZBACHER's juridisch Seminar aan de Berlijnsche Handelshoogeschool.

(4) Opgenomen in The Home University Library of Modern Knowledge, 1913, p. 206.

daarin van de praktijk speciaal gesproken werd, tot stand kwam. Het bleek hem weldra, dat de praktijk waardeloos was, zoodat hij weigerde het contract gestand te doen. In rechte geroepen, voerde hij aan: de misrekening van de praktijk. De rechter gaf hem gelijk en grondde dit op de volgende overweging: „If a man is induced to enter into a contract by a false representation, it is not a sufficient answer to him to say that if he had used due diligence, he could have found out that the statement was not true” (1). Stel nu tegenover deze eenvoudige motiveering, waar het gezond verstand aan het woord is en het recht zoo voor ieder duidelijk is, den moeitevollen weg, dien een Nederlandsch rechter meent te moeten afleggen om in een soortgelijk geval, met toepassing van „dwaling in de zelfstandigheid eener zaak”, tot een zelfde conclusie te komen en deze te motiveeren door een exegese van de begrippen: zaak, zelfstandigheid en dwaling (2). En hoe denkt men over een wetsinterpretatie als indertijd VAN HAMEL, in de zitting der Tweede Kamer van 26 Januari 1914, gaf van de Begrafeniswet, om te betoogen dat crematie door haar niet was uitgesloten? Hij gaf toen te kennen: „indien na de crematie de asch wordt begraven is m.i. aan de letter van het eerste lid van art. 1 voldaan”! — In Saksen werd een testament nietig verklaard waarvan in het protocol niet, zooals de wet voorschreef, melding was gemaakt van de verklaring van den erfflater dat hij niet kon schrijven, maar waarin door den notaris alleen geconstateerd was dat hij niet kon schrijven. Het Oberlandesgericht in Dresden vond gelukkig in het constateeren van het feit ook de vaststelling van de verklaring (3). — Hoe verwoestend de constructieve rechtsvorming op den geest werkt, moge nog blijken uit twee voorbeelden. Het te Rome zetelende geestelijk gerecht, de rota, heeft indertijd een echtscheiding, welke door het wereldlijk gerecht reeds was uitgesproken, bevestigd door het huwelijk naar kanoniek recht als ongeldig aan te merken. Die ongeldigheid werd aangenomen op grond dat een der partijen, bij het aangaan van het huwelijk, den wil had te kennen gegeven protestant te blijven, ten einde de mogelijkheid eener scheiding open te houden. Hieruit concludeerde de rota, dat de wil om een waar huwelijk te sluiten niet aanwezig was geweest. De schrijver, aan wien ik dit ontleen, voegt hieraan toe: „Die Logik mutet heute etwas seltsam an. Es dürfte kaum ein Zivilrechter wagen ein Urteil auf solche Argumente zu

(1) VIÑOGRADOFF I c. p. 112.

(2) Hof Amsterdam 15 November 1912, W. v. h. R. 9543.

(3) BRUNO BEYER: Die Erfordernisse des rechtgemässen Staatsaktes (Zeitschrift f. d. ges. Staatswissenschaft, 71 (1915), p. 9).

stützen. Aber ein System, das die Ehescheidung grundsätzlich verwirft, wird notgedrungen zu solchen Hilfsmittel gezwungen" (1).

Het andere voorbeeld betreft een betoog, dat bedoelde het Regentschap in Beijeren te doen eindigen en den troonopvolger tot de Regeering te roepen, niettegenstaande de regeerende Koning nog in leven was. Gesteld werd, dat het recht op den troon door een wilshandeling moet zijn verkregen. Zulk een wilshandeling kan een krankzinnige niet verrichten. De persoon, voor wien het Regentschap was ingesteld, is dus nooit Koning geweest. De troonopvolger kan mitsdien den openstaanden troon beklimmen! (2)

Prof. MAY blijft aan de „interpretatie" als wijze van rechtsvorming vasthouden. „Elle (la loi) a besoin constamment d'être complétée, rectifiée, amendée" hetgeen geschiedt door middel van „interpretatie", welke een drieledige is n.l. extra-judiciaire, doctrinale, judiciaire. De eerstgenoemde interpretatie vindt de S. in de vorming van gewoonterecht waardoor het wetrecht wordt aangevuld. Aldus heeft de levensverzekering en de rekening-courant haar recht van uit de praktijk ontvangen. De rechter moet dit recht aanvaarden op straffe van vervolging wegens deni de justice. Men merke op, dat door den S. de verplichting van het gewoonterecht toe te passen niet rechtstreeks wordt afgeleid uit het feit dat het recht is, maar slechts indirect, inzover n.l. het niet-toepassen tot straf kan leiden. De tweede vorm van interpretatie, de doctrinaire, beoogt de wet te doen spreken als het bijzondere geval daarin niet is voorzien. Deze taak is het werk van den geleerden stand, die daarvoor allerlei wijzen van interpretatie heeft uitgevonden, zooals de grammaticale, de logische, de analogische, de restrictieve, de extensieve, de constructieve enz. (3). Langs die wegen — ik

(1) Deutsche Juristenzeitung, 1913, p. 1121.

(2) MENNER: «Regentschaftsprobleme», Annalen des D. Reiches, 1913, no. 10, p. 761. Nog een andere constructie wordt daar ten beste gegeven. — Over de rol die de logica in de rechtsvorming heeft gespeeld en nog speelt, zie men het opstel van EDM. MEYNIAL: «Du rôle de la logique dans la formation scientifique du droit» (Revue de métaphysique et de morale, XVI). Een uitvoerige bespreking van dit onderwerp, met toelichting door verschillende voorbeelden, geeft EUGEN EHRLICH: «Die juristische Logik», 1918 (zie vooral p. 305 e. v.), welk boek een vervolg is van zijn «Grundlegung der Soziologie des Rechts», 1913. — Van de met de logica in verband staande dialectiek zegt EHRLICH (EGGER: «Schweizerische Rechtsprechung und Rechtswissenschaft», 1913): «Die Dialektik sei die unfruchtbarste unter den Gaben des menschlichen Geistes und die Volksauffassung habe sie je und je mit Vorliebe dem Mephisto zugedacht».

(3) VAN BEMFLEN (Rechtsgeleerde Opstellen I, p. 4 e. v.) onderscheidt niet minder dan tien, zegge 10, methoden van inter-

zou ze noemen: kronkelwegen — wordt het contact van de wet met het leven in stand gehouden. De uitkomsten dezer interpretaties, zoo leert de S., verkrijgen echter eerst gezag als òf de wetgever òf de rechter ze als juist heeft aanvaard. Het is hier dus de rechter die aan de norm het karakter van rechtsnorm verleent. In dezen gedachtengang kan ik mij niet vinden, omdat de rechter dan rechtscheppend zou optreden en daarmee zijn functie te buiten gaat (1). Van de derde soort van interpretatie, de jurisprudentieele interpretatie, is mij niet duidelijk geworden waarin deze van de doctrinale principieel verschilt. Bij beide speelt de doctrine een rol, terwijl haar gezag gelijk is, aangezien de rechter aan uitspraken van andere rechters evenmin gebonden is als aan de uitspraken van geleerde juristen.

Ten slotte vestig ik nog de aandacht op het standpunt dat de S. inneemt met betrekking tot de *wijsbegeerte* van het recht. Het rechtsnormencomplex in zijn geheel genomen, waardoor het gemeenschapsleven wordt bepaald — heeft dat eigen zin en beteekenis? Zoo ja, dan dient opgespoord te worden het wezen van het bovenpersoonlijk subject, dat met den door het recht in het leven geroepen samenhang der menschen is ontstaan en moet naar dat wezen de rechtswaarde der belangen worden bepaald. Of wel, is dat normencomplex en de daaruit voortspruitende samenhang der menschen niets meer dan een middel om het individueele leven te dienen? Indien daarin de beteekenis der rechtsordering is gelegen, dan staat, bij de bepaling van de rechtswaarde der belangen, de bevrediging van individueele behoeften op den voorgrond. De S. constateert den voorrang welke de eerste opvatting, die van het collectivisme, hoe langer hoe meer verkrijgt boven het individualisme, dat, als vrucht van de Fransche revolutie, gedurende bijna de geheele negentiende eeuw als leidraad voor de staatswerkzaamheid heeft gegolden. „L'idéal vers lequel on s'oriente c'est la prédominance des nécessités sociales, la reconnaissance des droits supérieurs des groupements. Il semble donc

pretatie. Behalve met de in den tekst genoemde, maken wij daar nog kennis met de intentioneële interpretatie, de moreele of utilitaire, de evolutieve en nog eenige andere. De evolutieve methode heeft bij de eedskwestie een rol gespeeld, zie vonnis rechtbank Haarlem 13 Januari 1910, W. v. h. R. 8945, waarin voor den rechter de taak werd weggelegd om aan de wet «evolutionaire kracht» toe te kennen.

(1) De theorie van LAMBERT in zijn «La fonction du droit civil comparé», 1903, p. 188 e. v., welke de rechtscheppende werkzaamheid van den rechter tot uitgangspunt neemt, acht ik om die reden dan ook onjuist.

que nous assistions pour l'instant à un recul de l'idéal d'individualisme, recul qui a les apparences d'une défaite". De tegenstelling tusschen de beide opvattingen wordt door den S. echter niet principieel onderzocht, terwijl hij voor de verdere wijsgeerige beoefening van het recht verwijst naar STAMMLER, wiens formule van „droit naturel à contenu variable" hij reeds terugvindt bij AUBRY et RAU in hun „Cours de droit civil français".

Met bovenstaande aantekeningen hoop ik de beteekenis van het boekje van prof. MAY voldoende in het licht te hebben gesteld.

Leiden

H. KRABBE

J. F. KOHLBRUGGE, *Het zieleleven van den misdadiger* —
Een maatschappelijk vraagstuk — J. B. WOLTERS,
Groningen — Den Haag 1922

Het is niet gemakkelijk, een boekbeoordeeling te geven, wanneer men bij het doorlezen van het werk den indruk krijgt, dat daarin sterk subjectief getinte beschouwingen worden gegeven en waardeeringsoordeelen, die voor den schrijver persoonlijk gelden. Hierin toch ligt de kracht, maar tevens ook de zwakte van deze studie; de kracht, omdat iemand aan het woord is, die zijne psychologie put „uit zelfkennis, uit liefde tot en uit contact met den mensch”, die van zijn „misdadige broeders” spreekt, niet uit mooi-doenerij, maar omdat hij dit werkelijk zoo gevoelt, de zwakte, omdat hij, hoewel zijn psychologie „niet ontstaat uit wetenschap noch uit godsdienstige dogma's”, toch zijn eigen levensbeschouwing niet verbergen kan en fouten en vergissingen maakt, die bij nauwkeuriger studie hadden kunnen vermeden worden. Wilde ik dit alles toelichten, dan zou ik over meer ruimte moeten kunnen beschikken, dan mij toegestaan is en ik ben overtuigd, dat de schrijver de zwakke punten in mijn bespreking daar zou zoeken, waar ik zijn kracht vond en omgekeerd. Wanneer men de oorzaken van de criminaliteit toelicht en het zieleleven van den misdadiger beschrijft, dan raakt men ook bij uitgebreide kennis van menschen en speciaal van „gevangenen” aan principes, die nu eenmaal voor verschillende menschen zeer uiteenloopen. Toch zou ik met eenigen drang aan de zoovelen, die op eenigerlei wijze met gevangenen in aanraking komen, willen aanraden, dit boek te bestudeeren, met deze reserve echter, dat we steeds moeten bedenken, dat een gevoelsmensch aan het woord is, die telkens rake opmerkingen maakt, waar de meeningen van een „bourgeois satisfait” over den misdadiger moeten bestreden worden, maar vaak stokpaardjes berijdt, waar hij verbeteringen op verschillend gebied aanraadt. „Ne sutor supra crepidam”, dat zullen vermoedelijk de juristen en zeer zeker de psychiaters zeggen, bij het doorlezen van dit boek. Maar de gemaakte fouten worden gaarne vergeven aan iemand, die zoo zijn best doet, om op verkeerdheden van het bestaande te wijzen en

die niets minder bedoelt, dan te wijzen op een toekomst, die een nieuw strafstelsel moge brengen op grond van de betere kennis van het „zieleleven van den misdadiger”. Naast het recidivisme, de straf en de wil, de gevangenis en het strafstelsel, wordt daarom vooral gewezen op het belang van de reclasseering. Hier mag vooral de aandacht gevestigd worden op hetgeen de schrijver zegt over de jeugdige misdadigers. Veel heil wordt verwacht van den stelregel, den jongen man door eigen werk de aangebrachte schade te doen vergoeden, alleen bij weigering zou als straf een tuchtschool in aanmerking kunnen komen. Dan komt echter de aan Amerikaansche voorbeelden ontleende raad, jongens van gelijken stand en ontwikkeling aan den kinderrechtter toe te voegen, als adviseur voor het bepalen der straf. Hier begint men misschien bedenkelijk te kijken, maar men zal zijn oogen niet kunnen gelooven, wanneer men het volgende leest. „Stal de jongen uit onbedwingbaren lust, om te gappen, dus als *dégéné* (bedoeld wordt dus iemand met dwangverschijnselen, Ref.), zoo trachte men, hem te laten verdienen, eigenaar te maken, dan leert hij ook het eigendom van anderen respecteeren. Stal bij uit snoepzucht, zoo trachte men hem zooveel suiker ter beschikking te stellen, dat de lust overgaat; het verlangen naar suiker kan bij nerveuse kinderen een imperatieve behoefte (een paar waarnemingen blijkbaar gegeneraliseerd, Ref.) zijn”. Daarna komt dan weer de juiste opmerking, dat het noodig is, na te gaan, of de jeugdige misdadigers geestelijk abnormaal zijn en vervolgens eenige beschouwingen over het systeem, dat in de tuchtscholen wordt toegepast, waarin de schrijver ook weder belangrijke wijzigingen zou wenschen te zien aangebracht. Tegen de voorwaardelijke veroordeeling worden ernstige bezwaren aangevoerd. Meer idealistisch getint dan praktisch gedacht is de raad, den overtreder in dienst van een humanitair werk te stellen, door hem gedurende eenige jaren ziekenverpleger te maken of huisbezoeker van verwaarloosde gezinnen, werkend lid eener reclasseeringsvereniging, of werkzaam te doen zijn bij het leger des heils. Men moet nalezen, welke eischen de schrijver zelf en terecht stelt aan iemand, die het reclasseeringswerk ter hand neemt, om dit voorstel niet al te ernstig op te vatten. Ter voorkoming van misdaad worden weer nuttige wenken gegeven: een gezonde woning, het weren van de vrouw en minderjarigen uit de fabrieken, bestrijding der drinkgewoonten, zorg voor tuberculeuse en andere verzwakte werklieden. Daarnaast echter worden rechtbanken bij alle grootere industriele ondernemingen aangeraden, waar de werknemers onder leiding der werkgevers recht spreken. De voordeelen, daaraan verbonden, worden besproken. Dan tenslotte de maatregelen voor een betere opvoeding en verzorging der kinderen uit het volk,

waarbij gelet moet worden op alles, wat het gezin verwoesten kan. De school, die meer let op de karaktervorming dan op kennis, kan een krachtigen moreelen invloed uitoefenen. Hier zijn het allerlei raadgevingen, die wel eens wat vreemd of nieuw lijken, maar in het algemeen met sympathie begroet kunnen worden. Noode mist men het aangeven van den dieperen grond van de misdaad en de groote betekenis, die daaruit voortvloeit voor de prophylaxis. Waarom komt de religie vaak in zulk een droevig licht bij den schrijver?

L. BOUMAN

J. B. AKKERMAN, *Het ontstaan der ambachtsgilden.* —
(diss. Leiden 1919).

„Nu de Staatscommissie tot voorbereiding van de grondwetsherziening als punt van onderzoek op haar werkprogramma heeft geplaatst de vraag of het wenschelijk is nieuwe publiekrechtelijke lichamen in te stellen, die werkgevers en werknemers gelijkelijk zullen omvatten, ja hier en daar dergelijke lichamen reeds ontstaan zijn, nu begint het middeleeuwsche gildewezen onwillekeurig meer de aandacht te trekken, omdat daarin het resultaat belichaamd is van een dergelijken strijd om economische en politieke rechten, als thans opnieuw gevoerd wordt door de arbeidende klasse.” Wie zou denken in dezen aanvangszin van bovengenoemde dissertatie het werkprogramma van den auteur ontwikkeld te vinden komt echter bedrogen uit. Nergens wordt in dit boek de vraag gesteld of er eenige analogie bestaat tusschen tegenwoordige verhoudingen en die, waaruit naar schrijvers meening de middeleeuwsche ambachtsgilden ontstonden. Ik onderstel dus haast, dat de schrijver, zich tot de vraag naar de ontstaansreden der gilden aangetrokken voelende, eerst na het slot van zijn arbeid is gaan zoeken naar een — m.i. overbodigen — rechtsgrond om op grond *dezer* studie naar den doctoralen graad in de rechtsgeleerde faculteit te dingen. Of moeten wij veeleer aannemen, dat deze aanhef werd geschreven op een tijdstip toen de auteur nog slechts een zeer schemerachtige voorstelling van de middeleeuwsche gilden had en dat hij zich van zijn aanvankelijk program onmiddellijk heeft losgemaakt, toen hij reeds zeer spoedig tot het inzicht moet zijn gekomen, dat het volkomen onjuist is de gilden voor te stellen als organisaties, die zoowel arbeiders als patroons omvatten, of die, voorzoover zij zich wijdden aan de regeling van de verhouding tusschen patroon en arbeider, daarbij deze groepen als gelijkgerechtigd beschouwden en behandelden?

Om de vraag te beantwoorden die in de hierboven aangehaalde aanvangswoorden van het werk ligt opgesloten zou men trouwens ook anders te werk moeten gaan dan Mr. AKKERMAN doet. Daartoe komt het er toch niet op aan, is het althans niet voldoende, te weten aan welke omstandigheden de ambachtsgilden hun ontstaan dankten, met welke bedoelingen zij werden opgericht, welke idealen hun oprichters

voorzweefden, doch moet men voor alles vragen, wat zij feitelijk zijn geweest en welke sociale functie zij hebben vervuld. Deze kunnen geheel andere zijn geweest dan die waaraan men bij de oprichting heeft gedacht; de macht der omstandigheden heeft vaak aan een orgaan van het sociale leven een geheel andere rol toebedeeld, dan die, waartoe het aanvankelijk was bestemd. Vooral bij het bestudeeren van organisaties, die, zooals de gilden over een tijdvak van verscheiden eeuwen hun werkzaamheid voortzetten behoort men op deze mogelijkheid bedacht te zijn.

Wellicht is het goed mijn bedoeling door een voorbeeld te verduidelijken. Onder de tegenwoordige vakvereeningen zijn er verscheidene, die oorspronkelijk niet anders waren dan een ziekenpot of gezelligheidsvereening. Onder den invloed der arbeidersbeweging hebben zij echter gaandeweg zich ook met de vakactie ingelaten en soms staan dergelijke vereeningen thans aan de spits der strijdbare vakvereeningen. Denkt men nu, dat een geleerde die over eenige eeuwen de rol der vakvereeningen in de maatschappij van omstreeks 1900 wil bestudeeren, daarin een juist inzicht zou krijgen, indien bij de oudste statuten dezer vereeningen nasloeg en daarin las, dat als het doel der vereening in de eerste plaats is genoemd onderstand bij ziekte of — gelijk zelfs thans nog voorkomt bij vakvereeningen in het typografenvak — het vieren van den kopermaandag?

Hoewel de inleiding dus verwachtingen opwekt, die in geen enkel opzicht worden bevredigd, dit neemt niet weg, dat des schrijvers vaak scherpzinnige ontleding van een omvangrijk bronnen-materiaal aangaande de positie en de organisatie van de ambachtslieden in de vroegere middel-eeuwen op vele plaatsen van grondige studie en van een scherp blik getuigenis aflegt, ook al is men het niet altijd met zijne interpretatie eens. Bovendien weet de S. rustig en zonder noodeloozen omhaal zijne denkbeelden uiteen te zetten. Toch maakt hij het den lezer niet gemakkelijk. Telkens, speciaal als de S. zijn betoog samenvat, komt er in zijne wijze van uitdrukking iets vaags en zwevends, dat den indruk geeft alsof de auteur toch eigenlijk niet geheel zeker is van zijn zaak. Speciaal waar hij met rechts-historische vraagstukken in aanraking komt, schijnt dit het geval. Bovendien heeft de S. de zeer hinderlijke eigenschap er geen vaste terminologie op na te houden en verscheidene min of meer technische uitdrukkingen nu eens in dezen dan weer in genen zin te gebruiken. Ik wijs bijv. op zijn gebruik van „ministerialis”. Soms (blz. 15) is een ministeriaal voor hem een (onvrij?) man, die een huishoudelijk ambt in de hofhouding van een geestelijk of wereldlijk vorst bekleedt.

Even later (blz. 16) zijn het echter ambtenaren, tout court en wordt betoogd, dat het geenszins noodig is, dat het altijd een huishoudelijk ambt is, waaraan de ministerialis naam en positie dankt. Een ander voorbeeld is zijn gebruik van ambt, waarmede de S. nu eens de taak en de daaraan verbonden waardigheid bedoelt, dan weer — kennelijk Duitse voorbeelden volgend — de van overheidswege geschapen organisatie van ambachtslieden. Soms is het werkelijk moeilijk uit te maken in welken zin het woord gebruikt wordt. Ten slotte vermeld ik als voorbeeld dat de S. telkens spreekt van ambachtslieden, die *openbare* ambtenaren zijn als hij bedoelt te zeggen, dat een ambachtsman, die als zoodanig is toegelaten of eene aanstelling heeft gekregen, *voor het publiek* werkt. Een dergelijk spraakgebruik is op zijn minst ongewoon en geeft zeker aanleiding tot misverstand

De leidende gedachte in de eerste hoofdstukken is, als ik wel zie, deze, dat in de vroege middeleeuwen de meeste, zoo niet alle ambachtslieden d. w. z. zij die van industrieelen handarbeid hun beroep maakten, ambtenaren waren. Het woord ambtenaar kan hier echter misleidend werken. De schrijver bedoelt blijkbaar, dat zij van den koning, van een bisschop of andere hoogwaardigheidsbekleeder een beneficium ontvingen onder voorwaarde dat zij hun vaardigheid geheel of ten deele ten dienste van de hofhouding zouden stellen. Dit is op zich zelf zeer zeker geen onaannemelijke onderstelling. Bij de schaarschte aan ambachtslieden in de vroege middeleeuwen — een schaarschte, die ten nauwste samenging en samenhang met de geringe behoefte aan producten van handwerksnijverheid der toenmalige maatschappij — is het zeer begrijpelijk dat de zeer weinige, machtige, rijke en beschaafde potentaten, die behoefte gevoelden aan wat toen luxe-artikelen waren en over de middelen beschikten aan die behoefte te voldoen, heinde en ver moesten zoeken om eenigermate bekwame ambachtslieden te vinden en dat de verleening van velerlei voordeelen en voorrechten noodig was om de weinige bekwame ambachtslieden te bewegen zich aan het hof te vestigen en hen daaraan te binden. De schrijver geeft dan ook vele bewijspplaatsen voor deze bevoorrechte positie van ambachtslieden, die meer of minder vast aan een hofhouding verbonden waren.

Niet geheel noodig acht ik daarbij het onderzoek dat de S. instelt of wij hier aan vrije lieden dan wel aan hoorigen te denken hebben. Niet *noodig* is m.i. dit onderzoek omdat het de uitslag voor het verdere betoog van niet veel belang schijnt. En ook kan ik deze uitweidingen niet zeer geslaagd

achten, nu over de vragen, die aan de begrippen vrijheid, onvrijheid, beperkte vrijheid in de middeleeuwen vastzitten, nog steeds veel twijfel heerscht. De S. schijnt met deze quaesties dan ook niet zeer vertrouwd en zijne conclusies op dit punt schijnen mij ook lang niet altijd juist of zelfs maar duidelijk.

Daar dit alles echter een punt betreft, dat m.i. voor des schrijvers betoog bijkomstig is, zal ik hierop niet verder ingaan en alleen aanstippen, dat ook de S. het bestaan van vrije en niet aan eenigen heer dienstbare ambachtslieden in de vroege middeleeuwen niet geheel loochent, terwijl ik mij daarbij de opmerking veroorloof, dat het bijna vanzelf sprekend is, dat, nu het schaarsche bronnen-materiaal uit dien tijd voor een zeer groot deel uit documenten bestaat, afkomstig uit de administratie der groote heeren en abdijen, wij ook voornamelijk over de daaraan verbonden ambachtslieden zijn ingelicht. Niet minder begrijpelijk acht ik — al wijst de S. daarop in dit verband niet —, dat het gemeenschappelijk bezit van huizen, werkplaatsen of andere beneficia, door den bisschop aan deze ambachtslieden verleend, tusschen hen een belangengemeenschap in het leven riep, die al zeer licht tot een vrijwillige onderlinge organisatie zou leiden. De S. zelf schijnt den oorsprong van dergelijke organisatie eerder te zoeken in de omstandigheid, dat deze meer of minder vast aan de hofhouding verbonden ambachtslieden ook meer of minder streng onder het toezicht van een der hoogere hofbeambten stonden, die toezag dat zij zich behoorlijk van de op hen rustende verplichtingen kweten.

Intusschen de S. zelf wil de in dit — zijn tweede — hoofdstuk beschreven organisatievormen trouwens niet als algemeen oorsprong der gildenorganisatie zien aangemerkt. Hij erkent zelfs in den loop van het betoog op meer dan een plaats dat naast deze door hem beschreven groepen, vrije, d.w.z. zonder overheidsinmenging alleen op den vrijen wil der ambachtslieden berustende vereenigen zijn ontstaan.

In de volgende hoofdstukken behandelt de S. allereerst eenige andere verhoudingen, o.a. de behoeften aan verzekerde leveranties voor krijgstochten en de banrechten, de ten deele daarmede verwante, anderdeels uit het marktrecht afkomstige ambachtskoop, die er z.i. toe kunnen hebben geleid, dat de ambachtslieden in een stad een min of meer, wat S. noemt, ambtelijke positie gaan innemen en ook hier onder een zeker toezicht komen te staan van een overheidsbeampte, die op de naleving der verplichtingen toeziet.

Zie ik het wel dan is deze ambachtskoop het voornaamste scharnier waarom des schrijvers theorie draait. De verplich-

ting om de bevoegdheid tot uitoefening van een ambacht te winnen door betaling van een koopsom aan den vertegenwoordiger van koning of bisschop, vindt toch haar noodzakelijk complement in de bevoegdheid om hen, die deze koopsom niet hebben betaald, van de uitoefening van het ambacht uit te sluiten. De gezamenlijke ambachtslieden nu streefden er naar zelf dit recht te mogen hanteeren. Dit viel niet zwaar. De met toezicht en jurisdictie belaste ambtenaren trokken daaruit min of meer belangrijke inkomsten. Dit ambt was daarom zeer geschikt om naar middeleeuwschen stijl te worden verpand of verkocht. Wat is nu begrijpelijker dan dat de inmiddels ontstane organisaties van ambachtslieden dit ambt kochten of in pacht kregen om dan zelve den magister of hoe hij heeten mocht aan te stellen. Niemand toch had er meer belang bij dan de ambachtslieden zelve, dat streng werd toegezien op de betaling dezer rechten. Tevens werd hun zodoende een middel geschonken om een ongewenschten toevloed van concurrenten te weeren.

Deze constructie, die op zich zelf zeker niet onaannemelijk schijnt, doet echter een andere vraag rijzen. Waar kwamen die organisaties der ambachtslieden vandaan, die hier eensklaps als machtige en rijke vereenigingen ten tooneele verschijnen? Tot dusverre was toch slechts de rede van overheidsorganen, die gezag uitoefenden.

Deze vereenigingen nu zijn volgens den S. oorspronkelijk slechts buurtvereenigingen, die, daar in de middeleeuwsche steden nu eenmaal zij, die eenzelfde ambacht uitoefenden, in elkaars buurt woonden, vanzelf ambachtsvereenigingen werden. De oorzaken van dit samenwonen der ambachtslieden is, gelijk bekend, een in de literatuur zeer betwist punt. Ik wil te dezer plaatse alleen opmerken, dat het m.i. althans ten deele gereedelijk verklaard wordt door de techniek van vele bedrijven. Wat is begrijpelijker dan dat de brouwers zich dáár vestigden waar goed water in de buurt was en dat de lakenbereiders hun tenten opsloegen in de nabijheid van de lakenramen? Doch een lichte twijfel rijst steeds bij mij als men dit samenwonen als een verschijnsel wil doen voorkomen dat voor *alle* ambachtslieden heeft gegolden. Voor velen hunner moet het juist een voordeel zijn geweest als zij over de stad verspreid woonden en ook aan de burgerij kan dat vaak gemak hebben opgeleverd (1).

(1) Zeker schijnt het mij ongeoorloofd in dit verband het Groningsche buurmaal en andere verschijnselen van denzelfden aard ter sprake te brengen en deze als buurtvereenigingen te qualificeeren. Blijkbaar heeft de S. hier onwillekeurig de bronnen geïnterpreteerd met behulp van het moderne begrip «buren», zonder te denken aan de geheel andere beteekenis die deze uitdrukking in de middeleeuwen had.

Daarnaast ontstonden ook godsdienstige broederschappen van ambachtslieden of wel de bovenvermelde buurtverenigingen namen tevens het karakter van een godsdienstige broederschap aan. Deze buurtverenigingen en broederschappen van ambachtslieden waren het nu, volgens den S., die zich door eene transactie als bovenvermeld of op andere wijze in het bezit stelden van den gildebau.

Met alle waardeering voor veel, wat dit boek bevat, laat deze conclusie mij toch onbevredigd. Want de S. geeft ten slotte zelf toe, dat er vele gilden zijn geweest, die den gildebau bezaten, doch die te voren zeker niet onder toezicht van een overheidsambtenaar stonden (1)

Hoewel hij zelf zijn theorie als algemeen geldig schijnt aan te zien, stelt de S. door deze concessie alles op losse schroeven en rijst ook aan het slot bij den lezer weer de vraag, die hij zich reeds in den aanvang stelde: welke waren de specifieke en algemeen werkende maatschappelijke verhoudingen, die tot gevolg hadden dat in de middeleeuwen allerwege een zoo sterke neiging bij de ambachtslieden bestond niet alleen om zich te vereenigen tot buurtverenigingen en broederschappen, — hetgeen op zich zelf een historisch onbelangrijk feit is, — doch ook om zich te organiseeren tot vereenigingen van vakgenooten, die er algemeen — zij het niet overal met gelijken uitslag — naar streven hun vakbelangen zelf te regelen en daartoe zoowel over hun leden als over niet-leden, die hetzelfde ambacht uitoefenen een verstrekkende rechtsmacht uit te oefenen. Een zoo algemeen verschijnsel moet op algemeen werkende oorzaken zijn terug te voeren. Het aanwijzen dier oorzaken zou een hoogst belangrijke bijdrage zijn tot de kennis van de structuur der middeleeuwsche maatschappij. Eerst het antwoord op deze vraag zal ons bevrediging schenken. Ik koester daarbij de verwachting, dat iemand die zich aan de beantwoording dezer vraag zou zetten, buitengewoon veel nut zou kunnen trekken van een nauwkeurige kennis van het huidige vakvereenigingswezen. Bij alle verschil tusschen gilde en vakvereeniging, bezitten beide verschijnselen, naar mijne overtuiging, vele punten van overeenkomst. En een nauwkeurige kennis van deze moderne organisaties zou, — daarvan ben ik overtuigd — in buitengewone mate het oog van den eventueelen onderzoeker scherp en zoo voor de punten van overeenkomst en van verschil, die tusschen bestaan.

(1) De gevallen waarin dit wèl zoo was, ontleent hij dan ook vrijwel steeds aan de steden waar een bisschop zetelde of de Fransche Koning zijn hof hield.

Wellicht zal Mr. AKKERMAN mij op deze slotopmerkingen antwoorden, dat om een dergelijke studie te volbrengen, onderzoeken als de zijne dienen vooraf te gaan en dat zij als voorwerk ook bij de beantwoording dezer vraag van wijdere strekking hun waarde behouden. Ik zal het niet ontkennen. Maar toch voel ik mij gerechtigd hier deze opmerkingen te maken, omdat de schrijver in zijn inleiding de verwachting opwekt, dat hij ook tot oplossing der door mij gestelde vraag een poging zou doen.

S. VAN BRAKEL

Techniek, uitvinding en octrooi, door S. VAN HOOGSTRATEN,
ingenieur bij den Octrooiraad, 1922.

In een uitermate onderhoudend geschreven deeltje uit de Vakbibliotheek der Maatschappij voor Goede en Goedkoope Lectuur te Amsterdam, heeft de veelzijdige schrijver, vooronderzoeker en afdeellingslid bij den Octrooiraad, eenige inleidende beschouwingen gegeven over het octrooiwezen in het algemeen, en daarnevens enkele artikelen der Nederlandsche Octrooiwet aan een nadere bespreking onderworpen.

Wanneer in dit rechtsgeleerde tijdschrift de aandacht op dit werkje gevestigd wordt, is zulks niet zoozeer wegens de juridische opvattingen van den technisch geschoolden schrijver, die trouwens blijk geeft van een grondige bestudeering der bedoelde wetsvoorschriften, als wel met het oog op den algemeenen kijk, dien Schr. bezit op de octrooibescherming. Dit bijzonder onderdeel, zoowel van de techniek als van het recht, is immers, althans hier te lande, nog weinig bekend, een gevolg niet slechts van de jeugd der van 1910 dateerende Nederlandsche octrooiwetgeving, doch ook van het bijzondere karakter van de stof, die deels technisch, ja zelfs economisch, deels juridisch van aard is. Daaraan is het dan ook toe te schrijven, dat de meeste rechtsgeleerden weinig of niets weten van de strekking der octrooibescherming, en aan velen van het octrooirecht niet anders bekend is dan de vrij duistere artikelen van Octrooiwet en Octrooi-reglement. Vandaar dat een boekje als de bekwame en onderhoudende Delftsche ingenieur heeft geschreven, ook voor de rechtsgeleerde wereld van wezenlijk belang is; elke lezer zal daardoor een juist inzicht verkrijgen in de beteekenis van de wettelijke bescherming van uitvindingen, en tevens beter ingelicht worden omtrent de moeilijkheden, welke allen, die meenen een uitvinding te hebben gedaan — en dat is geen gering aantal — ondervinden alvorens hun een octrooi verleend wordt.

Kan dus op voorschreven gronden de lezing van het werkje aanbevolen worden, zulks mag nog met des te meer nadruk geschieden, waar de betoogtrant van Schr. hoogst onderhoudend, ja somtijds vermakelijk is. Hij haalt daarbij telkens voorbeelden aan uit zijn praktijk als vooronderzoeker, en put voorts zijn gegevens uit buitenlandsche literatuur, waarbij niet slechts werken over octrooirecht, doch ook van algemeen technisch en economisch gehalte geraadpleegd

worden. Schr., die daardoor blijk geeft van een diepgaand inzicht in alle sociale problemen en zelfs van belangstelling in psychische onderwerpen, — hij roert terloops de psychologie van den uitvinder aan, een vruchtbaar terrein voor het empirisch onderzoek, door Prof. HEYMANS en WIERSMA hier te lande ingewijd —, heeft daardoor de waarde van het werkje zeer verhoogd. Dit is dan ook niet slechts een aanwinst voor lezers der Vakbibliotheek, maar voor allen, die op onderhoudende wijze een algemeen inzicht in het octrooiwezen wenschen te verkrijgen.

G. J. VAN BRAKEL

Het Echtscheidings-vraagstuk. Eene sociaal-rechtskundige studie door Mr. D. S. VAN EMDEN, oud-advocaat te 's-Gravenhage. Utrecht, J. L. BEYERS.

In eene lezenswaardige 51 bladzijden bevattende studie behandelt de schrijver het z. i. droeve verschijnsel dat in de laatste jaren, speciaal sedert de vrede is uitgebroken het aantal echtscheidingen hier te lande meer en meer toeneemt.

De oorzaak zoekt hij in het toenemend aantal ongelukkige huwelijken zonder dat hij echter mededeelt, wanneer hij zulk een huwelijk aanwezig acht. Wel geeft hij eene definitie van het gelukkige huwelijk waaronder wordt verstaan dat huwelijk, waarin te allen of bijna te allen tijde de beide echtgenooten, indien zij nog ongehuwd waren, zich volgaarne door den band des huwelijks zouden laten binden. Zulke huwelijken nemen echter af en als hoofdoorzaken noemt de schrijver: *a.* de moderne opvoeding der jeugd speciaal de *co* educatie; *b.* het aangaan van huwelijken tusschen personen, die elkander te weinig kennen; *c.* de te ver gedreven vrouwen-emancipatie en *d.* finantieele tegenspoed.

Hoewel deze stellingen natuurlijk tegenspraak zullen vinden en de naar mijne meening voornaamste oorzaken, de toenemende ongodsdienstigheid en het verdwijnen der common sense worden verzwegen wil ik wel aannemen, dat de auteur op vele punten gelijk heeft. En juist acht ik de stelling, althans voor een land als het onze, waar de echtscheiding *communis consensu* feitelijk bestaat, dat het ongelukkig huwelijk al spoedig tot een echtscheiding voert. Ik zou zelfs verder durven gaan en beweren, dat de gemakkelijheid om te kunnen scheiden niet alleen de echtscheiding bevordert doch ook het aantal ongelukkige huwelijken doet toenemen. Er zijn toch — de schrijver vestigt er de aandacht op — en er waren steeds naast de gelukkige en de ongelukkige, half gelukkige huwelijken waarin de echtgenooten, waren zij nog ongehuwd, elkander zeer zeker niet zouden kiezen, doch waar zij eenmaal getrouwd zijnde, vooral ter wille der kinderen, zich in het nu eenmaal bestaande als onvermijdelijk schikken. Zoo ontstaat een toestand, die zeker niet ideaal toch dragelijk is en in den loop des tijds merkwaardigerwijze veelal eer verbeterd dan verslechtert.

Nu weet ik wel, dat onze moderne leiders en leidsters dit zich schikken beginselloos en dwaas achten, doch op dit

punt waag ik het, evenals waar het geldt het nut van het dragen van een hoed of het knippen der haren, van onze hoog en minder geleerde voormannen en voordames van meening te verschillen.

Immers de ervaring leert, dat men zich in het onvermijdelijke veel gemakkelijker schikt dan in datgene wat men kan veranderen en wanneer de mogelijkheid bestaat ieder huwelijk communi consensu, al zij het dan ook tegen voldoening van een meestal niet gering honorarium aan de rechtsgeleerde raadslieden te doen eindigen, daar grijpt men die gelegenheid allicht aan en acht men ondragelijk wat wel beschouwd nu juist niet aangenaam doch daarom nog niet ondragelijk is.

Hoeveel teleurstelling moet men in het leven niet dragen en draagt men. Non cuivis contingit adire Corinthum!

Vandaar, dat ons huwelijksrecht, zooals zich dit gevormd heeft mede door de ongelukkige, zelfs wanneer men den syllogistischen weg bij de wetsinterpretatie meent te moeten volgen, onjuiste, jurisprudentie van den Hoogen Raad waarbij de bekentenis van de(n) gedaagde(n) echtgenoot(e) voldoende is geoordeeld voor toewijzing der vordering, vooral waar het moergegoeden betreft een reden is geweest voor de toename der echtscheidingen en indirect voor de verwildering der zeden.

Dit huwelijksrecht nu behandelt de schrijver in het tweede gedeelte zijner studie waarin uit den aard der zaak ook op de welgemeende maar niet geslaagde pogingen tot wetswijziging van de Ministers NELISSEN en REGOUT de aandacht wordt gevestigd. Ook het internationaal verdrag van 12 Juni 1902 blijft niet onbesproken, al schijnt het mij eene leemte, dat niet is medegedeeld, dat dit niet meer geldt voor meerdere staten, die het hebben gesloten, terwijl ten slotte een niet zeer volledig overzicht wordt gegeven van eenige buitenlandsche wetgevingen. Noode mist men daarin het recht van Sovjet-Rusland voor velen, die de praktijk der echtscheiding anders dan in hun beroep hebben leeren kennen, ook in deze materie het land der gelukzaligen.

Naast veel wat men zal kunnen beamen — de moeite der kennisneming is het steeds waard — zal men in de brochure menig punt aantreffen waarmede niet ieder zich zal kunnen vereenigen. Dit kan niet anders. Niet alleen is het vraagstuk der echtscheiding, waar het geldt het jus constituendum, moeilijk en gecompliceerd, wanneer er één rechtsmaterie is waarin de beoordeeling van hetgeen men als gewenscht recht meent te moeten aanbevelen bepaald wordt door andere gronden dan die van een zuiver juridisch karakter dan is het hier.

Niet instemming met des schrijvers posita wijst dan ook

geenszins op gebrek aan waardeering. Bij alle waardeering echter geloof ik, dat *deze* studie niet alleen het vraagstuk niet veel nader bij de oplossing heeft gebracht maar integendeel datgene wat Mr. VAN EMDEN voorstelt de toeneming der echtscheidingen eer zal bevorderen dan verminderen.

Wat toch is het geval?

Nu het ten onzent mogelijk is geworden, dat gescheiden echtgenooten weder met elkander huwen, zou, meent Mr. VAN EMDEN, de scheiding van tafel en bed behalve ten aanzien van echtgenooten, welke beiden die vragen zonder opgave van redenen, uit ons recht moeten verdwijnen. Immers de scheiding schept zóó voor de echtgenooten als de kinderen zulk een onmogelijken, onhoudbaren toestand, dat de mogelijkheid dien te doen ontstaan behoort te verdwijnen.

Nu zou ik willen beginnen met de vraag of wanneer werkelijk de scheiding van tafel en bed een „onmogelijken” toestand schept zij dan niet altijd, ook in het geval dat zij op verzoek van beide echtgenooten kan worden uitgesproken, moet worden afgeschaft.

Waarschijnlijk zal de schrijver mij antwoorden, dat het toch niet aangaat op verzoek van beide echtgenooten zonder opgave van redenen echtscheiding toe te staan en dat hij trouwens voorstelt om, wanneer de door de scheiding van tafel en bed geschapen toestand eenigen tijd heeft bestaan, echtscheiding te laten volgen.

Ik zal dit verweer niet bestrijden, doch constateer dat een toestand dien men tijdelijk wil dulden dan toch niet „onmogelijk” en „onhoudbaar” kan zijn. Hij is dit dan hoogstens op den duur.

Is echter die toestand op den duur zoo onhoudbaar?

Voor wat de kinderen — bedoeld zullen zijn de minderjarige kinderen — betreft, ontken ik dit bepaald. Immers hun toestand verschilt in werkelijkheid al heel weinig van die van kinderen, wier ouders gescheiden zijn. Of een kind aan een der ouders toevertrouwd, onder diens ouderlijke macht dan wel voogdij verkeert, maakt geen groot verschil. Er is voor de kinderen slechts één verschil van beteekenis. Degene der ouders aan wien zij zijn toevertrouwd kan in cas van echtscheiding hertrouwen, in geval van scheiding van tafel en bed kan hij het niet. Is echter het gemis van een stiefvader of stiefmoeder als onduldbaar te beschouwen?

Men stelle eens een enquête in bij hen, die het voorrecht hebben gehad door een stiefmoeder te zijn opgevoed.

Voor de echtgenooten staat de zaak anders.

De scheiding van tafel en bed verhindert hun inderdaad het in het nog steeds bestaande huwelijk niet gevonden geluk, elders, in een nieuw huwelijk, te zoeken. Voor den

onschuldigen echtgenoot — is het voor den schuldigen anders? — zou dit niet te dragen zijn.

Nu zou ik zeggen, dat men met die onschuldige echtgenooten, wanneer men te doen heeft met een geval, dat er grond voor echtscheiding bestond, toch niet veel medelijden behoeft te hebben. Zij konden door echtscheiding te vragen de aurea libertas herkrijgen. Waarom niet van die gelegenheid gebruik gemaakt? En zoo een echtgenoot om redenen van religieuze aard gekozen heeft voor de scheiding van tafel en bed, dan moet hij niet klagen maar veeleer dankbaar zijn, dat onze wetgever hem veroorlooft de verplichting tot samenleving te doen ophouden, zonder dat hij verplicht is een vordering tot echtscheiding in te stellen waartegen hij bezwaar heeft.

Dit geval komt echter behalve in onze zuidelijke provinciën zeldzaam voor. Wanneer er eene scheiding van tafelen bed anders dan in het geval van art. 291 B. W. wordt uitgesproken dan is het ter zake van „buitensporigheden, mishandelingen of grove beleedigingen door den eenen „echtgenoot jegens den anderen begaan”. En nu heeft onze rechter, m. i. zeer gelukkig, aan het begrip buitensporigheden zulk een ruime beteekenis toegekend, dat men veilig kan aannemen dat, wanneer hier te lande de eene echtgenoot den anderen de samenleving tot een niet te dragen last heeft gemaakt die last ook niet meer behoeft te worden gedragen.

Zal men nu uit afkeer voor de scheiding van tafel en bed art. 288, 2de lid B. W. eenvoudig afschaffen?

Dit is onmogelijk en men zoude dus voortaan ook in dit geval echtscheiding moeten toelaten. Men heeft dus dit merkwaardig resultaat: een schrijver betreurt het toenemend aantal echtscheidingen en als middel om in dit euvel te voorzien geeft hij in overweging de echtscheiding gemakkelijker te maken!

Nu erken ik, dat de toestand die de scheiding van tafel en bed doet ontstaan, geenszins een ideale toestand is. Ik ga zelfs verder, wanneer men moet aannemen, dat een echtgenoot, die in het huwelijk het verwachte geluk niet heeft gevonden, de gelegenheid niet mag worden ontnomen dit in een nieuw huwelijk te zoeken — een stelling, waarvan ik de juistheid betwist, maar die bij gebrek aan plaatsruimte niet verder kan worden besproken — dan is er ook voor den wetgever aanleiding de scheiding van tafel en bed slechts als tusschentoestand, wenschelijk om onberaden stappen tegen te gaan, te erkennen.

Edoch dan behoeft men toch zeker niet zoo ver te gaan als Mr. v. E. verlangt en zou men kunnen volstaan met eene regeling dat na drie jaren scheiding van tafel en bed

op verzoek van ieder der echtgenooten de echtscheiding zou moeten worden uitgesproken tenzij dan, dat de andere echtgenoot bereid is de samenleving te hervatten.

Wat Mr. v. E. wil is van zijn standpunt niet noodig en met recht mag men zich m. i. daarom daartegen verzetten. En dat men dit met nog meer recht mag doen, wanneer men meent, dat de gemakkelijkerheid der echtscheiding ongelukkige huwelijken in de hand werkt behoeft, geloof ik, geen betoog.

C. S.

