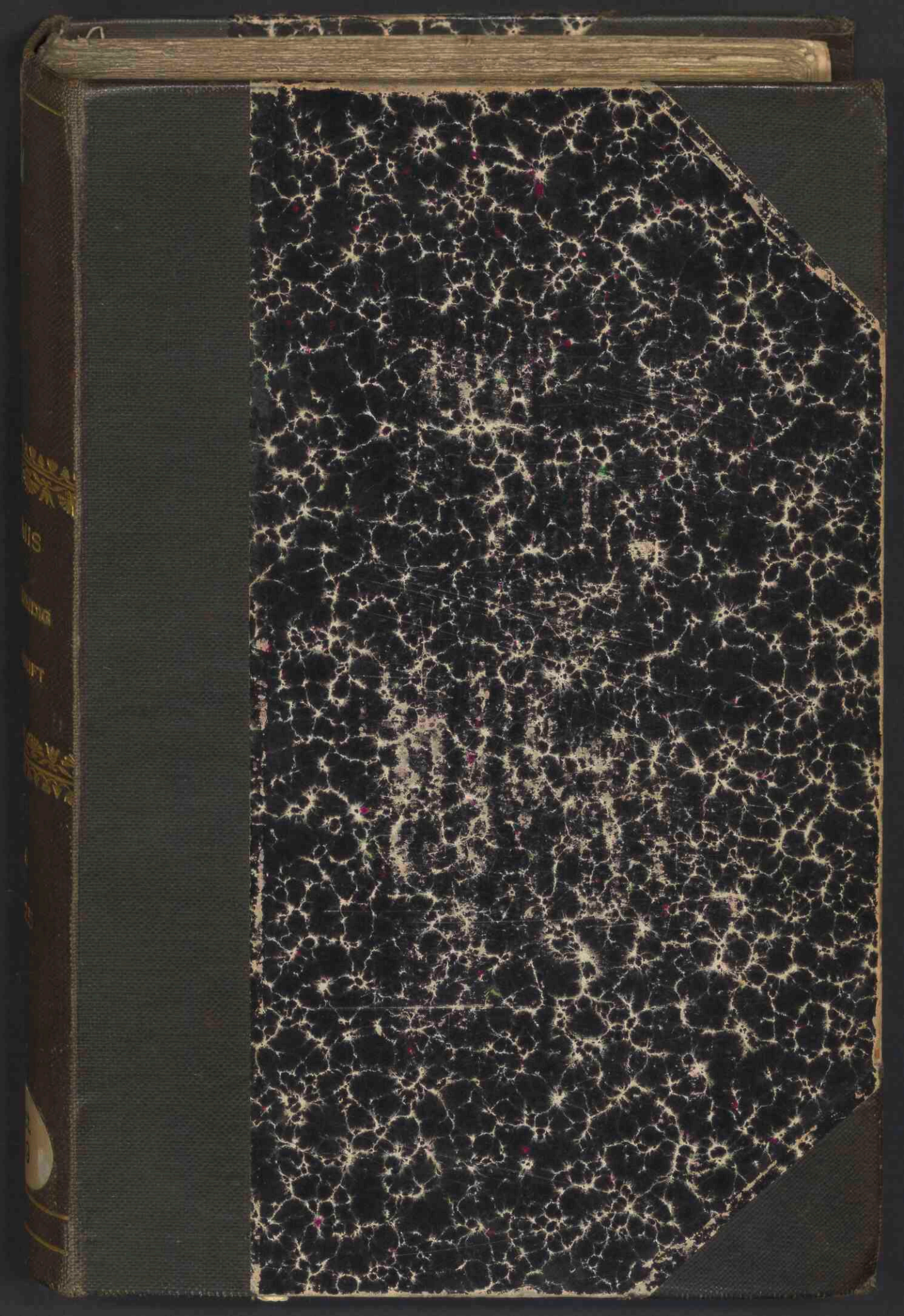
Themis : regtskundig tijdschrift : verzameling van bijdragen tot de kennis van het publiek- en privaatrecht.



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, C. W. de Vries

ZES-EN-TACHTIGSTE DEEL

1925

(Met Alfabetisch Register 1912—1925)

's-Gravenhage
BOEKH. VH. GEBR. BELINFANTE
1925

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 Bourouill, 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. G. J. van Brakel, kantonrechter, Rotterdam.

Dr. J. B. Breukelman, referendaris bij den Raad van State, 's-Gravenhage.

Dr. S. G. Canes, lid van de Arrondissements-Rechtbank, Rotterdam.

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

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

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

Dr. R. A. Fockema, oud-president van het Gerechtshof te Leeuwarden, Baarn.

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

Dr. C. J. Heemskerk, advocaat, 's-Gravenhage.

Dr. H. Hesse, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.

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

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

J. G. Klaassen, oud-Bewaarder der Hypotheken en van het Kadaster, Eindhoven.

Dr. Ph. Kleintjes, hoogleeraar aan de Gemeentelijke-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 Louter, 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. A. Ruys, s.-griffier der Arr.-Rechtbank Amsterdam.

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 industrieelen eigendom, 's-Gravenhage.

Dr. J. M. van Stipriaan Luïscius, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.

Dr. M. W. F. Treub, oud-Minister, 's-Gravenhage.

Dr. H. Vos, advocaat, Leiden.

INHOUD

Bladz.

Bijdrage tot de staatkundige geschiedenis der arbeidswetgeving in Nederland (Tien jaar sociale hervormingsarbeid onder leiding van een liberale regeering; 1891—1901) (vervolg), door Dr. C. W. DE VRIES, Referendaris bij den Raad van State, 's-Gravenhage 1

De Tiroolsche Strafwet van 1499, door Dr. P. VAN HEIJNSBERGEN, Substituut-officier van Justitie b/d Arr.-Rechtbank te Amsterdam 61

Het privaat recht in Andorra, door H. VAN KOL, Oud-lid der Staten-Generaal, 's-Gravenhage 95

Welke ambten en bedieningen zijn vereenigbaar met de betrekking van onderwijzer aan een bijzondere lagere school?, door Dr. C. BAKE, Oud-Secretaris van den Raad van State, 's-Gravenhage. 114

Publiek- en privaatrecht. Rechtsregel of rechtsverhouding uitgangspunt, door Dr. L. VAN PRAAG, 's-Gravenhage. 130

De uitlegging der rechtshandelingen in cassatie; *Cassatie en vrijspraak in strafzaken*, door Dr. L. VAN PRAAG, 's-Gravenhage 177

Wat is het voorwerp van bewijs in het burgerlijk geding?, door Dr. C. C. TIELEMAN, Kantonrechter te Rotterdam 219

De uitlegging der rechtshandelingen in cassatie. Cassatie en vrijspraak in strafzaken (slot), door Dr. L. VAN PRAAG te 's-Gravenhage 319

De rechtsgevolgen van Internationale Verdragen voor Derde Staten, door Dr. A. C. J. MULDER, Parijs 376

De verhouding tusschen Engeland en de Britsche Dominions, door Dr. J. B. BREUKELMAN, Referendaris bij den Raad van State, 's-Gravenhage 407

Enkele opmerkingen naar aanleiding der wet van 29 April 1925 (Stbl. *no. 171*) *tot bevordering van de richtige heffing der directe belastingen*, door Dr. C. O. SEGERS, Lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage 427

Bladz.

De huwelijkstrouw in het Romeinsche recht, door Mr. S. K. DE WAARD, te Groningen 446

Mr. L. SPANJAARD. *Nederlandsche diplomatieke en andere bescherming in den vreemde*, 1795—1914. — Proefschrift Staatswetenschap, Leiden 1923. — 428 blz.; — beoordeeld door Prof. Dr. J. H. W. VERZIJL, Hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Utrecht 137

Dr. H. A. COLIJN. *La décision de la Société des Nations concernant les îles d'Aland.* — Academisch proefschrift, Vrije Universiteit te Amsterdam, 1923. — XXI en 185 blz., met twee kaarten als bijlagen; — beoordeeld door denzelfde. 142

Dr. (MR) I. A. NEDERBURGH, *Eenige hoofdlijnen van het Ned.-Indische staatsrecht.* — 's-Gravenhage 1923; — beoordeeld door Prof. Dr. PH. KLEINTJES, Hoogleeraar aan de Gemeentelijke Universiteit te Amsterdam 146

TJ. J. DORHOUT MEES, *Verzekering «aan U of die het anders zoude mogen aangaan»*. — Academisch proefschrift. — Leiden 1922; — beoordeeld door Dr. H. W. M. VAN HELTEN, Rechter in de Arr.-Rechtbank te Rotterdam 151

De Wetgeving op het Notaris-Ambt, toegelicht door Mr. J. P. SPRENGER VAN EYK; vijfde herziene druk, bewerkt door Mr. PH. B. LIBOUREL. — Haarlem, De Erven Bohn, 1924; — beoordeeld door Dr. A. RUYS, Substituut-griffier b/d Arr.-Rechtbank te Amsterdam 154

Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht, door Mr. WILLEM ZEVENBERGEN, hoogleeraar aan de Vrije Universiteit te Amsterdam. Eerste deel. Algemeene leerstukken; ed. Wolters. — Groningen/Den Haag; — beoordeeld door Dr. J. RIPHAGEN, Leeraar aan de Rechtsschool te Batavia. 157

Arresten van het Burgerlijk Recht, verzameld en uitgegeven door Mr. H. R. HOETINK, met een voorwoord van Prof. Mr. E. M. MEIJERS. — Haarlem, H. D. Tjeenk Willink en Zoon; — beoordeeld door C. S. 165

Het Nederlandsche Belastingrecht onder hoofdleiding van Prof. Mr. J. PH. SUIJLING. *Wetgeving op den In-, Uit- en Doorvoer en de Accijnzen in het Algemeen*, door J. VAN DER POEL, inspecteur der Directe Belastingen, Invoerrechten en Accijnzen te Enschede. — Zwolle, W. E. J. Tjeenk Willink, 1924; — beoordeeld door C. S. 167

Bladz.

N. G. VELDHOEN, Ned. Herv. predikant te Alphen aan den Rijn, *Het proces van den apostel Paulus.* — Academisch proefschrift, Leiden, 1924; — beoordeeld door Dr. J. M. NAP, Referendaris bij den Raad van State, 's-Gravenhage 268

Het Nederlandsche Staatsrecht, door Mr. R. KRANENBURG, Hoogleeraar aan de Gemeentelijke Universiteit te Amsterdam; Eerste deel (Haarlem, H. D. Tjeenk Willink en Zoon, 1924); — beoordeeld door Jhr. Dr. B. C. DE SAVORNIN LOHMAN, Hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Utrecht 279

Jhr. Mr. A. W. WICHERS, *De rechtsleer der levensverzekeringsovereenkomst*; afl. 11; — beoordeeld door Dr. S. J. M. VAN GEUNS, Adv.-Generaal bij het Gerechtshof te Amsterdam . . 291

G. L. WILLINGE GRATAMA, *Immaterieele schade bij Zeeverzekering op Casco en Goederenbeurspolis.* — Academisch proefschrift. Leiden 1924; — beoordeeld door Dr. H. W. M. VAN HELTEN, Rechter in de Arr.-Rechtbank te Rotterdam 296

De pijnbank in de Nederlanden, door Mr. Dr. P. VAN HEYNSBERGEN (P. Noordhoff, Groningen); — beoordeeld door Prof. Dr. D. SIMONS, Hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Utrecht 299

De Arbeidsovereenkomst (wet van den 13den Juli 1907, Stbl. 193), met inleiding en aanteekeningen, ontleend aan de gewisselde stukken, de gevoerde beraadslagingen en de rechtspraak, door Prof. Mr. E. M. MEIJERS, hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Leiden, derde, herziene druk (Haarlem, H. D. Tjeenk Willink & Zoon, 1924); — beoordeeld door Dr. G. J. VAN BRAKEL, Kantonrechter te Rotterdam 302

Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsch Handelsrecht, door Mr. W. L. P. A. MOLENGRAAFF, oud-Hoogleeraar. Vijfde herziene druk (Haarlem, De Erven F. Bohn); — aangekondigd door C. S. 307

De boeren en de handel, door F. A. E. H. VAN DER LOO (Uitgave van het Geert-Groote-Genootschap, nummer 90, 1924); — beoordeeld door C. S. 308

De begrippen «werkwijze», «stof» en «voortbrengsel» in het Nederlandsche octrooirecht, door W. WESSEL, scheikundig ingenieur. — Proefschrift Delft 1924 (uitgegeven bij J. Waltman Jr, Delft); — beoordeeld door Dr. G. J. VAN BRAKEL, Kantonrechter te Rotterdam 313

Bladz.

Handboek voor de studie van het Nederlandsche Octrooirecht, door Mr. W. H. DRUCKER, tweede stuk ('s-Gravenhage, Martinus Nijhoff, 1924); — beoordeeld door denzelfde . . . 315

De rechtskennis van den ingenieur, Eerste deel: Publiek recht door Mr. Dr. K. H. BEYEN, Mr. J. W. BEYEN, Mr. K. H. CORPORAAL, Mr. TH. P. J. MASTHOFF en Mr. J. KUNST, bewerkt in opdracht van de Vereeniging van Delftsche Ingenieurs (L. J. Veen, uitgever, Amsterdam, z. j.).

Recht en wet voor den technicus, Handleiding voor de kennis van wetten en verordeningen ten dienste van bouwkundigen, waterbouwkundigen, werktuigkundigen en andere technici, door G. F. E. KIERS, Kapitein der Genie, Directeur der Scholen bij het Regiment Genietroepen (N. V. Uitgevers-Maatschappij voorheen Van Mantgem & De Boes, Amsterdam, (z. j.) [beide werken in 1924 verschenen]; — beide beoordeeld door denzelfde 316

Aanvulling van denzelfde 319

Mr. H. A. IDEMA, *Parlementaire geschiedenis van Nederlandsch-Indië*, 1891—1918 ('s-Gravenhage, 1924); — beoordeeld door Prof. Dr. PH. KLEINTJES, hoogleeraar aan de Gemeente-Universiteit te Amsterdam 455

R. STAMMLER, *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, 2 deelen; dezelfde, *Praktikum der Rechtsphilosophie zum Akademischen Gebrauche und zum Selbststudium* (104 blz.); 1925; — beoordeeld door Dr. G. J. VAN BRAKEL, Kantonrechter te Rotterdam 457

Arresten over Handelsrecht en Burgerlijk Procesrecht, verzameld en uitgegeven door Mr. H. R. HOETINK, met een voorwoord van Prof. Mr. F. C. SCHELTEMA (Haarlem, H. D. Tjeenk Willink en Zoon).

Arresten over Staatsrecht, verzameld en uitgegeven door Mr. L. G. VAN DAM, met een voorwoord van Prof. Mr. R. KRANENBURG (Haarlem, H. D. Tjeenk Willink en Zoon); — beide beoordeeld door C. S. 459

Directe Volkswetgeving, Referendum en Volksinitiatiefrecht, door Mr. F. A. BIJVOET (Amsterdam, H. J. Paris, 1925); — beoordeeld door Prof. Dr. A. ANEMA, hoogleeraar aan de Vrije Universiteit te Amsterdam, Haarlem 461

THEMIS

LXXXVIste DEEL — EERSTE en TWEEDE STUK

Bijdrage tot de staatkundige geschiedenis der arbeidswetgeving in Nederland

(Tien jaar sociale hervormingsarbeid onder leiding van een liberale regeering; 1891—1901)

DOOR

Mr. C. W. DE VRIES

privaat-docent voor het arbeidsrecht aan de rijksuniversiteit te Leiden

C. Het ministerie-Pierson, Juli 1897—Juli 1901.

„Dat het belang van ieder onderdeel, ook het verstverwijderde, het belang is van 't geheel".
(Uit de redevoering van Dr. NOLENS, 1 Dec. 1897, Tweede Kamer)

§ 1. *Het optreden van de nieuwe liberale regeering en haar verhouding tot de verschillende groepen uit de Tweede Kamer*

Zie Themis 1924, vierde stuk, pag. 385

§ 2. *De werkzaamheid van regeering en parlement op staatkundig gebied*

Zie Themis 1924, vierde stuk, pag. 412

Ik heb deze paragraaf te sluiten met een opmerking, welke de geheele werkzaamheid van het magistrale ministerie 1897—1901 raakt. Het is een opmerking op staatkundig gebied. Geconstateerd moet worden dat de regeering vier jaren hard werkte aan de volvoering

van een van te voren vastgesteld plan, een echt regeeringsprogramma, waarvan zij niet afweek. Ik kom hier dus niet op den inhoud veel minder op een waardeering van den inhoud van dit programma. Van staatkundige beteekenis is reeds dàt het programma van te voren vast stond als een baken in zee en dàt het voor een groot gedeelte kon worden volvoerd. Men vraagt echter het bewijs. Dat dit bewijs mag worden geleverd, heeft de staatkundige geschiedenis te danken aan de toestemming van de heeren Mr. CORT VAN DER LINDEN, Dr. LELY, J. C. JANSEN en K. ELAND tot publicatie van het navolgende Verslag, door Mr. PIERSON en zijne a.s. mede-ministers ter kennis gebracht van de Koningin-Regentes, eenige dagen voordat de benoeming van het ministerie plaats vond.

Tot den druk van dit Verslag mocht worden besloten toen bleek dat ook onze Koningin zelve tegen publicatie, nadat bovengenoemde toestemming was verkregen, geen bezwaar had.

Vergadering, Donderdag 22 Juli 1897 ten huize van Mr. N. G. Pierson.

Tegenwoordig de Heeren DE BEAUFORT, CORT VAN DER LINDEN, GOEMAN BORGESIUS, JANSEN, LELY, CREMER en PIERSON.

Generaal ELAND heeft bericht gezonden, dat hij nog te Bad-Nauheim vertoeft en verhinderd is de Vergadering bij te wonen.

Mr. PIERSON, die de Vergadering leidt, zegt dat hij in de eerste plaats de aanwezige heeren dankt voor de bereidvaardigheid, waarmede zij aan zijne oproeping hebben voldaan. Het doel der bijeenkomst is, te constateeren, of men het eens kan worden over de gezamenlijke vorming van een Ministerie. Mocht dit zoo zijn, dan zou hij, gevolg gevende aan de opdracht, op 13 dezer hem door H. M. de Koningin-Regentes gedaan, straks bij H. M. audiëntie willen aanvragen ter aanbieding van het voorstel om te benoemen tot:

Minister van Buitenlandsche Zaken, de Heer Mr. W. H. DE BEAUFORT; Minister van Justitie, de Heer Mr. P. W. A. CORT VAN DER LINDEN; Minister van Binnenlandsche Zaken, de Heer Mr. H. GOEMAN BORGESIUS; Minister van Marine, de Heer J. C. JANSEN; Minister van Oorlog, de Heer K. ELAND; Minister van Waterstaat, Handel en Nijverheid, de Heer C. LELY; Minister van Koloniën, de Heer J. T. CREMER.

Bij de keuze der personen, tot wie ik mij gewend heb, zegt spreker, heb ik mij laten leiden door deze gedachte, dat bij de jongste verkiezingen voor de Tweede Kamer der Staten-Generaal de geheele liberale partij in al hare schakeeringen, door eendrachtige samenwerking de overwinning heeft behaald. Wel is thans in de meerderheid die afdeeling der liberale partij, die men met den naam van vooruitstrevend pleegt aan te duiden, het sterkst vertegenwoordigd. Maar zij won de meeste harer zetels doordien de steun van voorstanders der andere fractie haar niet ontbroken heeft. Aan dit feit moest bij de samenstelling van het Kabinet gedacht worden, en dat heb ik willen doen, zegt spreker. Wanneer straks het nieuwe Ministerie optreedt, moet elke fractie der liberale partij daarin bekwame vertegenwoordigers vinden, maar die der links-liberalen de talrijkste.

Het is waar, dat samenwerking van mannen, die tot verschillende afdeelingen der liberale partij behooren, eigenaardige moeilijkheden biedt. Die moeilijkheden laten zich echter overwinnen, wanneer men in het oog houdt dat allen op denzelfden politieken grondslag staan en dat zich derhalve een programma laat samenstellen, waarbij allen zich nederleggen. Moge dan bij den een de geestdrift voor de uitvoering van ieder deel van dat programma grooter zijn dan bij den ander en het programma zelf in het oog van sommigen te beperkt wezen, dit zal niet verhinderen, dat men elkander in de regeeringstaak krachtig ter zijde staat. Of dit mogelijk is moet heden blijken.

Achtereenvolgens worden nu enkele voorname actueele onderwerpen van politieken aard ter sprake gebracht. De

uitkomst dezer samensprekingen is, dat de aanwezigen zich eenparig met het navolgende kunnen vereenigen.

I. *In zake het kiesrecht.* In deze wetgevende periode zullen geen principieele wijzigingen worden voorgesteld. Ten eerste, omdat moet worden afgewacht, welken invloed de nieuwe Personeele belasting op het kiesrecht zal uitoefenen; ten tweede, en dit inzonderheid, omdat andere zeer dringende hervormingen op afdoening wachten en het parlementaire werk in hooge mate zou worden belemmerd, indien weder een nieuwe kieswet aan de orde werd gesteld.

Herziening op ondergeschikte, vooral technische punten, indien dringend noodig, is daarom echter niet uitgesloten.

II. *In zake het Burgerlijk Recht.* Regeling der ouderlijke macht en voogdij alsmede van de rechten der gehuwde vrouw tegenover misbruik van macht van de zijde van haren echtgenoot.

Regeling van het arbeidscontract, waarbij dwingend recht niet is uitgesloten.

Regeling van het onderzoek naar het vaderschap.

Verbeterde wetgeving op het pachtwezen.

III. *In zake de wetgeving tot verbetering van sociale toestanden.* Verplichte verzekering tegen ongelukken. Omtrent de verzekering tegen de gevolgen van ouderdom zal het rapport der Staatscommissie worden afgewacht.

Na onderzoek van dit rapport zal, ook met inachtneming der financieele omstandigheden, worden nagegaan, wat voorgesteld zal kunnen worden.

Regeling van de verbetering der woningtoestanden en herziening der onteigeningswet met het oog op dit en andere belangen.

Beperking van overmatigen arbeidsduur van volwassenen in speciale bedrijven.

Verzekering van een wekelijkschen rustdag, zooveel mogelijk op een Zondag, aan arbeiders in fabrieken en werkplaatsen; voorts in andere daarvoor vatbare bedrijven.

In verband met de invoering van leerplicht, wijziging der arbeidswet.

IV. *In zake het Lager Onderwijs.* Invoering van leerplicht totdat het 13e jaar bereikt is, met de noodige vrijstellingen en overgangsbepalingen

Betere regeling van het voortgezet lager onderwijs en, desgewenscht, bevordering daarvan door indirecte dwangmiddelen.

Bevordering van de belangen van het onderwijs o. a. door betere regeling der onderwijzerstractementen; waarbij uitbreiding van het bij de wet van 1889 aangenomen subsidiestelsel, zooveel mogelijk met verscherping der waarborgen, desgevorderd niet is uitgesloten.

V. *In zake het Armwezen.* Herziening der armenwet op deze grondslagen:

a. armbedeeling van overheidswege blijve niet uitsluitend politiezorg tegenover de eerlijke armoede;

b. tegenover de andere worde grooter gestrengheid in acht genomen;

c. invoering van een Centraal Register voor alle armbesturen, voor zoover practische bezwaren zich daartegen niet verzetten.

VI. *In zake de Financiën.* Afschaffing der rijkstollen op land- en waterwegen.

Versterking der middelen te zoeken bovenal door fiscale verbetering van het tarief van invoerrechten; desnoods ook door een matige verhooging van den accijns op het gedistilleerd en van de successierechten in andere dan de rechte lijn.

VII. *In zake de Marine.* Voltooiing der thans in aanbouw zijnde schepen; daarna: terugkeer tot het in 1892 voorgedragen stelsel.

VIII. *In zake de defensie te land.* Invoering van den persoonlijken dienstplicht, zoo spoedig mogelijk en bij afzonderlijke wet.

Vermeerdering en verbetering der levende strijdkrachten.

De kosten daarvan te vinden door beperking en vertraging der uitgaven voor vestingen.

Afschaffing der schutterij.

Indiening eener wet als bedoeld bij art. 187, 1e alinea, der Grondwet, in overeenstemming met het ontwerp-BERGANSIUS, doch met weglating der artikelen betreffende den staat van vrede.

IX. *In zake de Koloniën.* Ondersteuning van den Gouverneur-Generaal VAN DER WIJCK in zijne thans ten opzichte van Groot-Atjeh gevolgde politiek.

Bevordering van de economische ontwikkeling der kustlanden van Atjeh.

Op Java: bevordering van de oplossing der gedwongen in vrije koffiecultuur, o. a. door verhooging van den inkoopsprijs. Voorts: Maatregelen in de richting van geleidelijke decentralisatie.

Verder vereenigt men zich met het denkbeeld:

1°. om de Landbouwbelangen te concentreeren bij het departement van Binnenlandsche Zaken;

2°. om, waar dit pas geeft, gebruik te maken van de bevoegdheid bedoeld bij art. 110, 2e lid, der Grondwet (Commissarissen).

Besloten wordt thans aan Mr. PIERSON de machtiging te verleenen tot het aanvragen der hierboven bedoelde audiëntie en aanbieding der voordracht aan H. M., in overeenstemming met het op blz. 1 dezer aanteekeningen vermelde.

Generaal ELAND zal, na zijne aankomst, die op 29 Juli wordt tegemoet gezien, in de gelegenheid worden gesteld om van deze besprekingen kennis te nemen. Inmiddels zijn de schriftelijke verklaringen, door hem ingezonden, van zoodanigen inhoud, dat instemming met de hier uitgesproken beginselen van hem te verwachten is en men vrijheid meent te hebben bij verdere stappen van deze onderstelling uit te gaan.

(*geteekend*) PIERSON enz.

§ 3. *De werkzaamheid van regeering en parlement op economisch gebied*

Op economisch gebied heeft de hervormingsgezinde liberale regeering groote daden voor ons volk verricht. Pioniersarbeid behoefde niet meer te worden ondernomen, want de werkzaamheid van den Staat tot bewaring en ondersteuning van de economische krachten der natie was reeds verre voortgeschreden, toen het ministerie-PIERSON invloed kreeg op het bestel van den Nederlandschen Staat. De regeering van 1897 vond echter, in plaats van éénheid van handelen, een verwarrende hoeveelheid overheidsmaatregelen, opgekomen in de laatste tien of vijftien jaren in het bijzonder tot steun van den landbouw. Organen van den Staat om krachtig te handelen naar een vast plan en middelen van den Staat om doelbewust aan te wenden ontbraken. Toen bracht dit ministerie allereerst éénheid en doel, maar hoever stond dan ook de liberale Staat van 1897—1901 al af van den liberalen Staat van 1848!

Op economisch gebied heeft, in het midden van de negentiende eeuw, de Staat gemeend dat kon worden volstaan de grootst mogelijke ontwikkeling van het economisch leven mogelijk te maken door het in het leven roepen van de algemeene voorwaarden, waaronder in volle vrijheid, de economische krachten der natie konden opbloeien. De middelen van den Staat daartoe op economisch gebied waren: het bevorderen van het verkeerswezen (Spoorwegwetgeving, Telegraafwet 1852, Post- en postpaketdienst, Rijkswaterstaatsdienst), het verbreiden van vakkennis (Onderwijswetgeving), het instandhouden van inrichtingen van algemeen nut (Wet op de Postspaarbank), het waarborgen van een goede rechtsorde ook bij het economisch verkeer (Jachtwet, Onteigeningswet).

Spoedig werd aan de werkzaamheid van den Staat echter meer uitbreiding gegeven en dit voerde tot differentiatie in de middelen en in de organen van den Staat. Onder THORBECKE's tweede ministerie wordt, om maatschappelijke belangen te dienen, eindelijk een nieuwe geneeskundige wetgeving (1865) tot stand gebracht. THORBECKE's groote algemeene maatregel van bestuur op het geneeskundig staatstoezicht luidt het beginsel der staatsonthouding uit en onder voortdurend verzet van echte liberalen en anti-revolutionairen groeit dan een geheele nieuwe staatstaak op economisch gebied, waarbij liberale en conservatieve regeeringen de leiding van elkaar overnemen.

Bij het heerschen van de veepest op het einde van THORBECKE's tweede ministerie had de groote staatsman te veel vertrouwd op . . . het beginsel. Hij meende dat niet de Staat maar de gemeentebesturen moesten optreden en hij raadde dus aan tot staatsonthouding. In Augustus en September 1865 breidde de veepest zich echter snel uit. De Staat kon niet langer afzijdig blijven. De regeering-THORBECKE verkreeg een crediet van f 100.000.— (1) om bepaalde maatregelen door een commissie van deskundigen voorgesteld, onder tegenstand der boeren uit te voeren en een wet van 17 October 1865 (Stbl. 121) verleende aan de regeering de bevoegdheid bijzondere maatregelen in te voeren. De organen en de middelen van den Staat bleken echter geheel onvoldoende. Minister HEEMSKERK, als conservatief meer met de staatsbemoeienis vertrouwd, nam veel krachtiger maatregelen tot bestrijding der veepest. Herhaaldelijk vraagt hij op de staatsbegrooting gelden aan tot goedmaking van de „kosten, tot afwering

(1) Wet 25 September 1865 (Stbl. 115) (art. 58*bis*). Later onder GEERTSEMA volgt nog de wet van 11 April 1866 (Stbl. 74).

van het gevaar, waarmede de ziekte onder het rundvee den veestapel bedreigt" (1). In die dagen werd het echter staatsrechtelijk niet geoorloofd geacht dat de regeering door regeeringsmaatregelen op economisch gebied naar vrije goeddunken en alleen steunende op een begrootingspost, over de gelden beschikte. De wet zoude dit staatsbestel regelen. Daarom vaardigden de wetten van 15 September 1866 (Stbl. 150) en van 19 April 1867 (Stbl. 30) zelve de krachtige „buitengewone maatregelen" uit welke gedurende het heerschen van den veetyphus noodzakelijk waren. Tegen de bezwaren van principieele liberalen en tegen bezwaren van godsdienstigen aard, zetten de regeering èn het parlement de maatregelen door. In December 1867 eindelijk had de regeering-HEEMSKERK de ziekte overwonnen. Zij begreep echter dat meer algemeene maatregelen noodzakelijk waren en van dezen minister is dan ook het eerste ontwerp (19 Mei 1868) van wet waarbij een nieuwe staatsdienst tot zorg voor den veestapel werd ingesteld. De liberalen namen dezen maatregel over. De wet van 20 Juli 1870 (Stbl. 131) tot regeling van het veeartsenijkundig staatstoezigt en de veeartsenijkundige politie (2) bracht, onder minister FOCK, eindelijk de lang verwachte nieuwe staatsorganisatie tot bestrijding der veeziekten. De zorg voor de gezondheid van den veestapel eischt dan vele jaren heel wat meer van de krachten van den Staat, dan de zorg voor de gezondheid van den

---

(1) Zie de wetten van 15 September 1866 (Stbl. 151), van 16 April 1867 (Stbl. 29) en van 28 April 1867 (Stbl. 37).

(2) De wet van 8 Juli 1874 (Stbl. 98) regelende de uitoefening der veeartsenijkunst en de wet tot regeling van het onderwijs in de veeartsenijkunde enz. (8 Juli 1874 Stbl. 99) vullen de wet van 1870 aan. Het veeartsenijkundig onderwijs wordt belangrijk verbeterd.

mensch (1). De bestrijding van bepaalde besmettelijke veeziekten bracht immers telkens opnieuw den Staat in actie.

Tegen die staatsbemoeienis nu kwam bij tijd en wijlen het liberaal beginsel in verzet. Toen dan ook alweer de minister HEEMSKERK, nu in zijn tweede ministerie, bij de staatsbegrooting voor 1877 gelden aanvroeg om de instelling van een nieuw staatsorgaan, een „College van Landbouw" mogelijk te maken, stemden de liberalen tegen (Tweede Kamer 15 December 1879). Deze politici weken slechts voor de feiten. Eerst moest een aanwijsbare ramp de economische krachten schade toegebracht hebben, dan pas kwam de liberale Staat in actie. Was de veepest overwonnen, tegen de longziekte onder het rundvee behoefde — alweer naar liberaal theoretisch betoog — de staatsbemoeienis niet zoo scherp in actie te worden gesteld, totdat in het spoelingsdistrict rondom Schiedam de geheele veestapel werd bedreigd. Dan komt de wet (KAPPEIJNE) van 8 Augustus 1878 (Stbl. 115) (2) „houdende vaststelling van bijzondere bepalingen tot beteugeling der longziekte onder het rundvee in bepaalde deelen des lands" hulpe bieden. Maar het is alsof de liberalen niet weten dóór te bijten. Wel geldt voor conservatieven en liberalen beiden dat de zorg voor den veestapel meer de aandacht van den Staat verdient, dan de bestrijding van de volksziekten. De longziekte van het rundvee schijnt belangrijker dan de tuberculose onder de arbeiderskinderen. Dáár is geen staatsbemoeienis noodig (3).

(1) Wet tot voorziening tegen besmettelijke ziekten 4 Dec. 1872 (Stbl. 134) en de zeequarantaine wet van 28 Maart 1877 (Stbl. 35).

(2) K.K. B.B. van 17 Augustus 1878 (Stbl. 128) en 9 Januari 1879 (Stbl. 2).

(3) Een gelijke verwaarloozing van ethische belangen gepaard met een verzorging van economische belangen vindt men in het Romeinsche Recht ten aanzien van de slaven. De slaaf is van economisch belang en ook het recht van den slaaf op zijn vermogen

Wordt op economisch gebied tot staatsbemoeienis besloten dan tasten de conservatieven echter beter door. De actie der liberalen verslapt spoedig wanneer het dadelijke gevaar geweken schijnt. In een adres van 27 December 1883 klagen dan ook negen groote provinciale landbouwmaatschappijen bij den pas opgetreden nieuwen Minister van Binnenlandsche Zaken — weer Mr. HEEMSKERK — „dat de thans reeds sinds meer dan 5 jaren in het spoelingsdistrict toegepaste beginselen en maatregelen slechts zeer langzaam tot afneming der longziekte kunnen leiden, en dat deze niet in staat zijn Nederland van die ziekte te verlossen, en, mocht dit in weerwil hunner overtuiging ook kunnen geschieden, die maatregelen in elk geval door hunnen langen duur zeer kostbaar voor 's Rijks schatkist en tevens hoogst nadeelig voor den landbouw zijn en zullen blijven '. Wat de landbouwmaatschappijen wenschen is — eigenaardige formuleering — „dat die ziekte in Nederland zoo spoedig mogelijk met wortel en tak worde en blijve uitgeroeid". De minister HEEMSKERK neemt dan eindelijk den afdoenden maatregel. Met toepassing van het K. B. van 14 Maart 1880 (Stbl. 31) genomen tot uitvoering van de Wet op het veeartsenijkundig staatstoezigt wordt „het eenig afdoend en proefhoudend middel" toegepast dat door de organisaties wordt gewenscht: „afmaking van den geheelen koppel gepaard met eene degelijke ontsmetting der stallen". Toch klaagt men, al baat het middel uitstekend, over de steeds om zich heen grijpende staatsalmacht.

---

wordt nauwkeurig vastgesteld. De rechten van den slaaf op zijn peculium staan vast. Maar zijn ethische belangen, zijn huwelijksrecht, zijn rechtsbetrekkingen tot zijn vrouw en zijn kinderen worden geheel verwaarloosd. Zóó ver strekt de rechtsovertuiging zich niet uit in het oude, oude Rome. En hoe stond en staat het met de Nederlandsche politiek in Indië?

A quelque chose malheur est bon. De behartiging van één bepaald belang had de provinciale landbouwmaatschappijen in nood bijeengebracht; het behartigen van het algemeen belang zou haar thans bijeenhouden. De prijzen van alle hoofdproducten van den landbouw, welke ook in Nederland werden verbouwd, tarwe, rogge, gerst en haver begonnen na 1878 op de wereldmarkt te dalen en de waarde der landerijen zelve kwam in gevaar. De steeds verlaagde transatlantische vrachttarieven openden voor de groote Amerikaansche exporteurs van graan de gelegenheid de West-Europeesche markten te „overstroomen", terwijl nu — 1880 — ook de Russische graanproducenten komen concurreeren met den landbouwer uit West-Europa, die gebonden was aan hooge productiekosten. In Nederland hadden het eerst en het meest de kleiboeren in de tarweverbouwende streken te lijden van de daling der graanprijzen, maar wanneer dan met name Duitschland (1) onzen export gaat belemmeren, breidde de slechte toestanden op landbouwgebied zich uit tot een crisis, omdat de daling van de vleesch- en zuivelprijzen nu de welvaart van geheel den landbouwenden stand in de „malaise" betrekt. De sluiting van de grenzen voor ons

(1) De agrariërs in Duitschland sluiten zich als politieke partij (1869) in 1879 aan bij de conservatieven en verkrijgen na het schrijven van 15 Dec. 1878 van den rijkskanselier aan den Bondsraad de verhooging van de inkomende rechten op graan en vee om de concurrentie te weerstaan. De kleine grondbezitters in Frankrijk hebben het minst van de crisis in den landbouw (1878—1895) geleden. Dàár vooral voerde de regeering met succes een tarievenoorlog. Het industrieele Engeland had voordeel van de verlaagde kosten van het eerste levensonderhoud; de groote grondbezitters werden echter ten zeerste benadeeld. Aan invoerverboden werd bij ons niet gedacht. De wijziging der Tariefwet (wet van 6 April 1877, Stbl. 71) had nog juist «granen en peulvruchten» uit de lijst der belaste artikelen geschrapt.

vee en andere invoerbeperkingen in het buitenland, zelfs uitvoerpremiën naar ons land, veroorzaken in ons land een zóó algemeene en voortdurende daling der prijzen van de landbouwproducten, dat de meest eigengereide eigengeërfden, maar ook verpachters en pachters, landheeren en landarbeiders, landbouwvereenigingen en gemeentebesturen bij de regeering steun zochten. De regeering had echter geen organen en geen middelen om steun te verleenen. In de eerste plaats moest dus de verbetering door eigen initiatief, door verbeterde organisatie en door coöperatie worden gebracht. Langzamerhand moest de Nederlandsche productie zich aan de veranderde vraag op de wereldmarkt aanpassen (1), maar daartoe was noodig kennis van landbouwtoestanden, opvoeding tot de kennis van den landbouw zelf, ontwikkeling van den landbouwer, vernieuwing van het bedrijf, verbetering van het landbouwcrediet en algemeene belangstelling voor den landbouw. Door samenwerking moest dit alles nog worden opgebouwd.

De kentering in de belangstelling van publiek en overheid treedt in juist wanneer de samenwerking van de direct belanghebbenden kan aantoonen hoe groote belangen bij den landbouw zijn betrokken en hoe Nederland ten aanzien van dezen belangrijken tak van het bedrijfsleven bij andere landen ten achter is. Deze ervaring sprak duidelijk uit de resultaten van de groote Internationale Landbouwtentoonstelling, welke in 1884 te Amsterdam door de vereenigde provinciale landbouwmaatschappijen werd georganiseerd. Weer was hier de goede werking van een centrale organisatie te consta-

(1) Nederland wordt, na de malaise, op landbouwgebied, een exportland van aardappelen en aardappel-producten, beetwortels, eieren, vee, zuivelproducten, vruchten, planten en bloemen en voortbrengselen van tuinbouw.

teeren en ditmaal zoude de vereenigde actie niet, als vroeger, uiteenvallen. De tijdelijke organisatie voor de groote landbouwtentoonstelling groeide uit tot een vast „Nederlandsch Landbouwcomité" (24 Juli 1884 opgericht), waarbij alle groote landbouworganisaties waren aangesloten. Het comité begon dadelijk „adressen" aan de regeering te richten en enquêtes te houden.

De regeering kon deze beweging volgen. Het eerste bezwaar tegen een optreden der regeering was immers niet meer, dat de regeering niet *wilde* volgen. Het bezwaar was slechts dat zij de beweging tot ondersteuning van den landbouw nog niet *kon* volgen. De staatsbemoeienis was te zeer blijven staan bij enkele algemeene maatregelen, terwijl het er in crisistijd nu juist op aankwam om allerhande maatregelen van dadelijk en praktisch nut door te voeren. Het is stellig merkwaardig dat, wanneer de landbouwcrisis reeds is ingetreden, regeering en parlement het meest zwaarwichtig debatteeren over een — zeker — belangrijk wetsontwerp, dat zal voeren tot de wet van 25 Mei 1880 (Stbl. 89) tot bescherming van diersoorten, nuttig voor landbouw of veeteelt, maar dat nu toch voor de landbouwproductie, in het bijzonder in dezen tijd, niet dadelijk noodzakelijk was. Daarbij werd verboden in het wild levende zoogdieren of vogels, nuttig voor landbouw of houtteelt, te vangen, te dooden, te vervoeren, te koop aan te bieden, te verkoopen, af te leveren of ten verkoop of ter aflevering in voorraad te hebben, terwijl in het bijzonder het wreede volksvermaak van het uithalen van nesten (van beschermde vogels!) werd verboden. In navolging van de buitenlandsche wetgeving en in het bijzonder tot vreugde van hen, die „de nieuwe mode" der dierenbescherming lanceerden, beoogde de regeering bij deze landbouwwetgeving dan ook tevens een maatregel te treffen „van groot zedelijk belang". Het ministerie-

MODDERMAN sloeg dus bij dit wetsontwerp twee vliegen in één klap, want in het bijzonder wilde de regeering de nadeelen weren, welke insecten en ander schadelijk gedierte aan veldgewassen en beplantingen toebrengen. Wilde hiermede nu het staatsbestuur — zooals de liberale veteraan OLDENHUIS GRATAMA in de Tweede Kamer beweerde — „der natuur het werk uit de handen nemen" en was het gerechtvaardigd te voorspellen dat de landbouw zich eens bitter zoude beklagen „over de liefkozingen, die de landsvaderlijke zorg der regeering haar wil toedienen"? De regeering ontkende het. Zij was juist op weg de diersoorten, welke nuttig waren voor landbouw of houtteelt, te beschermen tegen de kwaadwilligheid van den mensch, die roekeloos de nuttigste dieren uit hebzucht en wreedheid verdelgde en daardoor de goede werking der natuur verlamde. Als van ouds bleef het adagium: „Let nature have its course", maar soms is dwang noodig van den Staat om de vrijheid ook tegen de menschelijke gedragingen in te handhaven.

De wetgeving door het ministerie-MODDERMAN tot stand gebracht, werd dus gedragen door schoone beginselen, maar de landbouw had meer aan de praktische politiek van de nieuwe ministers HEEMSKERK (Binnenl. Zaken) en VAN DEN BERGH (Waterstaat, Handel en Nijverheid), die oordeelden dat de Staat eerst kennis en nog eens kennis noodig had om maatregelen te *kunnen* nemen tot opheffing van den landbouw. Daar de regeering op economisch gebied en in het bijzonder ten aanzien van den landbouw geen kennis en geen ervaring had, stelde zij bij K. B. van 18 September 1886, no. 28 eene Staatscommissie in „tot het instellen van een onderzoek naar den toestand van den landbouw hier te lande en tot het indienen van voorstellen betreffende de middelen, waarop van regeeringswege de ontwikkeling van den landbouw in

Nederland zou kunnen worden bevorderd, alsmede tot het geven van advies, zoo dikwijls de regeering dit van haar mocht verlangen". Het groote rapport (1890) (1) dezer landbouw-enquêtecommissie en haar reeds eerder uitgebrachte afzonderlijke adviezen vormen de basis van een geheel nieuwe staatsbemoeiing tot behartiging van bijzondere landbouwbelangen. Haar advies was de leiding van den Staat te aanvaarden niet „om zelf te scheppen of het leven te wekken" — zooals blijkbaar de ondervoorzitter-rapporteur Prof. Cort van der Linden het redigeerde — „maar om te steunen". „Buiten alle overdrijving staat toch deze waarheid, dat de landbouw, welke met behoorlijke leiding en zorg een overvloedige bron kan worden voor nationale welvaart en een krachtige reserve van nationaal leven, aan zich zelf overgelaten, slechts kwijnend bestaan zal, tot schade en schande van ons land." De steun van den Staat verschafte toen allereerst subsidie's voor het landbouwvakonderwijs en voor ondersteuning van de paardenfokkerij. Met het oprichten van rijkslandbouwproefstations werd een aanvang gemaakt. Sedert 1893 werden voorts rijkslandbouwwinterscholen en sedert 1896 rijkstuinbouwwinterscholen opgericht. De landbouw-enquêtecommissie nam ook het initiatief voor het tot stand komen van de wet van 23 Juni 1889 (Stbl. 82) waarbij maatregelen werden vastgesteld tegen knoeierijen in den boterhandel. Zoo hoog liep echter, mede door de aanvankelijk nog geheel onvoldoende hulp der regeering, de nood der landbouwende bevolking in Friesland, dat de gemeentelijke inkomsten in enkele noodlijdende gemeenten onvoldoende waren om de uitgaven der begrooting, door

(1) Uitkomsten van het onderzoek naar den toestand van den landbouw in Nederland, in vier deelen verschenen (Gebr. v. Cleef, den Haag). Later verschijnt nog een Verzameling adviezen Nov. 1891.

onderstand aan behoeftigen in allerlei vorm zwaar belast, te dekken. Nooduitkeeringen van rijkswege aan de gemeentebesturen en zelfs de befaamde wetten van 2 Februari 1895 (Stbl. 15 en 16) tot voorziening in de regeling en het bestuur van de huishouding der gemeenten Opsterland en Weststellingwerf konden niet uitblijven.

Maar bovenal heeft de landbouw zich zelf geholpen. Ook het Nederlandsch landbouwcomité breidt zijn invloed en beteekenis uit. Gedurende den tijd dat de landbouwcommissie arbeidde, had het comité zich wel niet afzijdig gehouden maar was zijn actie overschaduwd door de telkens nieuwe voorstellen dier commissie, waarvan vele leden tevens lid waren van het comité. Toen nu de Staatscommissie was ontbonden, werd opnieuw de behoefte gevoeld aan een commissie of comité, dat zoude kunnen worden beschouwd als een vertegenwoordiging van den landbouw en dat ook als zoodanig door de regeering zou kunnen worden erkend. Het Nederlandsch landbouwcomité trad hierover met de regeering in overleg. De nieuwe minister van Waterstaat, Handel en Nijverheid, Lely, wilde gaarne medewerken. De regeering kreeg het recht zelf eenige leden in het comité te benoemen en op de Staatsbegrooting 1893 verscheen een afzonderlijke post voor salaris van den secretaris van het comité en voor reis- en verblijfkosten der leden van het comité. Eenige plechtigheid behoorde er ook bij. Op 12 Mei 1893 heeft te 's-Gravenhage in de zaal der Eerste Kamer de plechtige wijding plaats van het hecht verbond door de regeering met de vertegenwoordigers van den landbouw gesloten. De voorzitter van het uitvoerend comité der Internationale Landbouwtentoonstelling te Amsterdam (1884), Mr. C. J. Sickesz, voorzitter van de landbouwcommissie 1886, aanvaardde ook het voorzitterschap van het officieele Nederlandsch landbouwcomité, waarin thans

landbouw, tuinbouw en boschbouw te zamen werkten. En daar de regeering nog altijd niet beschikte over een deskundig, eigen regeeringsorgaan om haar actie zelf te voeren, werd de verdere uitgave van het jaarlijksch verslag over den landbouw aan dit comité opgedragen.

Terwijl de landbouwende stand ook zelf zich nu meer en beter organiseerde, bleven onder het ministerie-Röell de regeeringsmaatregelen als in den tijd van Mackay, Lohman en Havelaar, Tak van Poortvliet (1) en Lely, verspreid over verschillende departementen (2).

De regeering van 1897 neemt echter al dadelijk een maatregel van grooter omvang en van anderen plooi (3), door de oprichting van de afdeeling Landbouw aan het Departement van Binnenlandsche Zaken, welke werd gesteld onder leiding van den oud-voorzitter der landbouw(enquête)commissie Mr. C. J. Sickesz als directeur-generaal. Kennis van maatschappelijke belangen had ook hier de regeering in staat gesteld tot betere beoordeeling en daardoor tevens tot breedere behartiging dier belangen door staatsbemoeienis. De concentratie nu in 1898 van de staatszorg voor de landbouwbelangen gaf — naar het

---

(1) Bij K. B. van 5 Mei 1893, no. 16 werd een Staatscommissie ingesteld met de opdracht te onderzoeken welke gronden hier te lande voor bevloeiing in aanmerking zouden kunnen komen. Deze Staatscommissie bereidde de wet op de bevloeiingen van 30 Dec. 1904 (Stbl. 282) voor.

(2) De minister Van Houten bracht bijv. nog een nieuwe subsidie van f 30.000 tot bevordering van de veefokkerij op de Staatsbegrooting voor 1897, Hoofdstuk V.

(3) De omvang der regeeringsbemoeienis in het jaar 1897, bij den aanvang der nieuwe regeeringsperiode, blijkt uit de officieele «Verzameling van Verslagen, betrekking hebbende op de vanwege het Rijk gesubsidieerde proefvelden, het landbouwonderwijs, de rijkslandbouwproefstations, het veeartsenijkundig onderwijs en de paardenfokkerij als tak van staatszorg, loopende over het dienstjaar 1896».

woord van minister GOEMAN BORGESIUS (9 December 1897) — aan den Staat de taak de productieve kracht van den nationalen bodem te ontwikkelen ten bate van de welvaart en ten bate van de landbouwende bevolking, waarbij de Staat zou „leiden, organiseeren, waarschuwen, opvoeden". De steun van den Staat wacht nu niet langer een algemeene verspreiding der welvaart af, maar bevordert haar rechtstreeks. Van den Staat gaat eindelijk initiatief uit, dat zich paart aan de zelfwerkzaamheid der maatschappelijke krachten, door coöperatie in allerlei vorm, opnieuw georganiseerd (1).

De organisatiegeest der regeering ging echter nog verder. Nieuwe organen en nieuwe diensten moesten worden ingesteld. Een sterk gecentraliseerde dienst was noodig om eenerzijds onzen land- en tuinbouw te beschermen tegen gevaarlijke plantenziekten, welke uit het buitenland konden worden geïmporteerd (de strijd tegen de San José schildluis was in vollen gang) en anderzijds onze exportboomkweekersartikelen te voorzien van het officieel certificaat: „vrij van gevaarlijke plantenziekten en insekten". De regeering begreep dat het ging om een groot centraal belang van onzen tuinbouw. Bij K. B. van 29 November 1899 werd een afzonderlijke Phytopathologische rijksdienst ingesteld, die den strijd tegen de parasieten van de tuinbouwgewassen voortzette.

Een maatregel van centralisatie van de regeeringszorg op economisch gebied is ook gelegen in het K. B. van

---

(1) De kosten zijn in den beginne nog niet hoog. Op de Staatsbegrooting hoofdstuk V bedroeg het totaal der uitgaven voor landbouwbelangen:

1898	1.102.872.—
1899	1.277.129.16
1900	1.241.330.33
1901	1.310.823.50

8 Januari 1900 (Stbl. 6) tot organisatie van het staatsboschbeheer. Sedert 1894 had de — machtelooze — regeering samengewerkt met de Heide Maatschappij om enkele bebosschingen (te Schoorl, Kootwijk en op Texel) te ondernemen en staatsheidevelden te ontginnen (1). De nieuwe regeering echter wil ook zelve handelen. Het werk der bebossching of ontginning van staatsdomeinen wil zij zelf ter hand nemen. In het afzonderlijke „Staatsboschbeheer" verkrijgt dan de Nederlandsche Staat een nieuw, eigen orgaan (2). Immers wanneer „leiden, organiseeren, waarschuwen, opvoeden" onvoldoende is, dan zal de Staat zelf handelen. Het beste voorbeeld dat typeert, is echter het besluit der regeering over te gaan tot krachtige staatsexploitatie van het Limburgsch mijnveld. Schiet het particulier initiatief te kort bij het behartigen van het algemeen belang, bij het dienen van de belangen der Nederlandsche verbruikers en bij het opkomen voor het directe belang van den Staat, dan zal de Staat zelf handelen. Daarom

(1) Besluit van den Minister van Financiën van 13 Mei 1897 afd. Domeinen no. 9 met een opdracht aan de Ned. Heide Maatschappij. Zie ook de belangrijke wet van 2 Mei 1897 (Stbl. 128) tot aankoop van woesten grond voor boschaanleg.

(2) Bij de oprichting van de nieuwe afdeeling «Landbouw» aan het Departement van Binnenlandsche Zaken werden aan het beheer van de afdeeling «Domeinen» ressorteerende onder het Departement van Financiën onttrokken die domeinen, welke in het bijzonder uit landbouwkundig of boschbouwkundig oogpunt van belang waren. Bij de nieuwe organisatie werden de boschdomeinen en de velddomeinen, weer gescheiden beheerd en voor de «bebosschingen, ontginningen en woeste gronden» een «afzonderlijk Staatsboschbeheer» ingesteld. (Geregeld bij het K. B. van 8 Jan. 1900, Stbl. 6, hoewel de nieuwe dienst reeds 1 Augustus 1899 was opgericht). Hiertoe was de machtiging van den wetgever verkregen bij een wetsontwerp tot wijziging van de Staatsbegrooting, hetwelk leidde tot de wet van 21 Juli 1899, Stbl. 165. (Kamerstukken zitting 1898—1899, no. 182).

heeft de regeering 1897—1901 op de staatsexploitatie van steenkolenmijnen in Limburg aangestuurd. Zij liet de behandeling van het reeds geruimen tijd voorbereide ontwerp-Indische Mijnwet (1) vóórgaan, maar zij maakte reeds toen tegen staatsexploitatie der mijnen geen principieele bezwaren. Haar standpunt: als regel geen staatsexploitatie der mijnen in Ned.-Indië, zegevierde door de verwerping op 20 October 1898 in de Tweede Kamer van de motie-Van Kol en de aanneming van het wetsontwerp, dat leidde tot de wet van 23 Mei 1899, Stbl. 124 (Indische Mijnwet). Het denkbeeld der staatsexploitatie was echter volstrekt niet op principieele gronden verworpen (2).

Voor Nederland komt de regeering nu eerst met een wetsontwerp tot wijziging van de Mijnwet 1810 (3), waardoor het mogelijk zal worden oude concessies te doen vervallen. In aansluiting bij dit wetsontwerp wordt op dienzelfden dag — 17 April 1899 — tevens de „Commissie voor de Mijnen" ingesteld. Aan haar werd opgedragen te onderzoeken of een gedeelte van het in Limburg beschikbare steenkolenterrein van staatswege behoort te worden ontgonnen, welk gedeelte daarvoor

(1) Kon. Boodschap van 16 Maart 1898, no. 162 van de Kamerstukken, zitting 1897—1898.

(2) Mr. H. A. Idema: Parlementaire Geschiedenis van Nederlandsch-Indië 1891—1918, pag. 122 e. v.

(3) Kon. Boodschap van 17 April 1899, no. 172 van de Kamerstukken, zitting 1898—1899. Ingetrokken 18 Sept. 1901. De minister van Waterstaat, Handel en Nijverheid, De Marez Oyens, draagt dit ontwerp opnieuw voor (Kamerstukken 1902—1903, no. 62); het is dan aangevuld overeenkomstig den wensch van het V. V. over het vorig wetsontwerp met een artikel, waarin een regeling wordt geëischt bij een K. B., houdende een algemeenen maatregel van bestuur, van bepalingen tot bescherming van den arbeid der mijnarbeiders. Zie art. 9 der wet van 27 April 1904 (Stbl. 73) in welke wet tevens wordt bepaald, dat de Veiligheidswet en de Arbeidswet 1889 in de mijnen en voor de mijnwerkers niet zullen gelden.

zou zijn te bestemmen en hoe het overblijvende steenkolenterrein zou moeten worden verdeeld ter ontginning door particulieren. De commissie (1) adviseerde reeds spoedig — 21 Augustus 1900 — een deel van het beschikbare terrein van staatswege in ontginning te brengen en „daarmede spoedig en op flinke schaal te beginnen". Te meer kon deze staatsexploitatie thans worden gewaagd, nu bleek dat in de jaren 1898 en 1899 vijf en twintig concessie-aanvragen waren ingekomen. Maar ook de regeering heeft in de staatsexploitatie zóózeer vertrouwen, dat zij in haar wetsontwerp (2) het staatsmijnveld nog grooter neemt dan de commissie het zich had gedacht. Daarvoor had zij nog een goede reden. Wanneer de Staat meester is van het terrein, zal de uitbreiding van den mijnbouw gelijken tred kunnen houden met de mogelijkheid van den bouw van goede arbeiderswoningen. Geleidelijk zal dan een werkzame arbeidersbevolking ontstaan en hier is dus gelegenheid voor den Staat op te treden als model-werkgever. Zoo paart zich het economisch belang aan een goede voorziening in de sociaal-economische behoeften der arbeidersbevolking. En overal gaat hier de Staat vóórop. Hiermede trekt de regeering de lijn harer economische politiek ook op sociaal-economisch gebied door. Het is haar te doen om de productieve krachten van de natie te steunen en tevens de belangen der verbruikers te behartigen door prijs-

---

(1) De commissie bestond uit de heeren R. VAN HASSELT, voorzitter, J. H. BEUCKER ANDREÆ, G. J. DE JONGH, C. L. VAN WOELDEREN, en jhr. S. VAN GITTERS, tevens secretaris. Zij stelde zich in verbinding met den rijksmijningenieur C. BLANKEVOORT. Ook deze was voor staatsexploitatie gewonnen.

(2) Kon. Boodschap van 24 Januari 1901, no. 159 van de Kamerstukken, zitting 1900—1901.

stijging der eerste levensbehoeften te voorkomen. De economische politiek der regeering, waarvan haar vrijhandelspolitiek een onderdeel is, tracht een marge te bewaren tusschen de nu langzaam stijgende loonen en den minimum-levensstandaard, gebaseerd op den prijs der eerste levensbehoeften, zoo goed als de sociale hervormingsarbeid der regeering er op gericht is dezen minimum-levensstandaard te beschermen, wanneer door ziekte of ongeval, ouderdom of invaliditeit tijdelijk inkomsten komen te ontbreken (1). Door deze samenhangende maatregelen opent de regeering van 1897 een nieuwe aera van een nationale welvaartspolitiek (2).

---

(1) Zie echter de meening van Prof. KRABBE te Groningen in het Sociaal Weekblad 1898, pag. 176 omtrent de voortdurende verwaarloozing van de bijzondere belangen der landbouw-arbeiders.

(2) Het is niet mogelijk een overzicht te geven van de werkzaamheid der regeering op economisch gebied zonder den stand der economische ontwikkeling op het einde der negentiende eeuw zelve weer te geven. Hiertoe ontbreekt den jurist echter in de eerste plaats een Handboek der economische geschiedenis in Nederland, waarin de staatkundige geschiedenis op economisch gebied ware in te voegen. Schrijver dezes volstaat met een overzicht van de wetten en K.K. B.B. van 1897—1901 op economisch gebied uitgevaardigd, tevens een eere-bladzijde gevende voor de enorme werkzaamheid der regeering 1897—1901, in het bijzonder op dit gebied waarop te weinig de aandacht is gevallen.

De volgende maatregelen werden getroffen:

wet van 2 April 1898 (Stbl. 78) tot nadere voorziening omtrent de uitvoering der wet van 23 Juni 1889 (Stbl. 82) houdende bepalingen tot voorkoming van bedrog in den boterhandel (betreft alleen de overbrenging naar Binnenl. Zaken);

wet van 2 April 1898 (Stbl. 79) houdende bepalingen tot wering van voor den land-, tuin- of boschbouw schadelijke dieren en van plantenziekten;

K. B. van 7 April 1898 (Stbl. 103) wijziging van het K. B. van 1883 (druifluis);

Het was haar bedoeling de noodzakelijke financieele lasten, welke de Staat daarbij moest dragen, op den duur door verhooging der belastingen te verkrijgen. Zij dacht niet aan een nieuw stelsel bij de tariefwet-

---

K. B. van 14 April 1898 (Stbl. 105) wijziging van het K. B. van 1892 genomen op grond van de wet van 25 Mei 1880 (Stbl. 89) tot bescherming van diersoorten nuttig voor landbouw of houtteelt;

K. B. van 22 April 1898 (Stbl. 109) aangaande de wering van besmettelijke veeziekten in verband met de wet van 20 Juli 1870 (Stbl. 131);

K. B. van 20 Mei 1898 (Stbl. 117) houdende bepalingen tot wering van de San-José-schildluis gew. 30 Jan. 1899 (Stbl. 53);

K. B. van 8 Juli 1898 (Stbl. 174) betreffende de zorg voor de uitvoering van de wet van 13 Juni 1857 (Stbl. 87) tot regeling der jacht en visscherij, waarbij deze zorg mede komt bij den Minister van Binnenl. Zaken;

K. B. van 6 Juli 1898 (Stbl. 196) tot vaststelling van een reglement voor de Rijkslandbouwproefstations;

K. B. van 18 Nov. 1898, no. 20 oprichting van een Rijkstuinbouwwinterschool te Boskoop;

K. B. van 9 Jan. 1899 (Stbl. 43) betreffende het Centrale Bureau en de Centrale Commissie voor de Statistiek;

K. B. van 25 Maart 1899 (Stbl. 85) tot wijziging van het reglement van politie voor de visschershaven te IJmuiden (verkoop van visch in de vischhal door rijksambtenaren);

wet van 23 Mei 1899 (Stbl. 126) houdende nadere regeling van het Curaçaosche muntwezen;

wet van 23 Mei 1899 (Stbl. 124) houdende vaststelling van eene Indische mijnwet;

wet van 23 Mei 1899 (Stbl. 127) houdende bepalingen tot wering van de San-José-schildluis. In 1899 werd ook de Phytopathologische dienst ingericht. K. B. van 29 Nov. 1899;

wet van 21 Juli 1899 (Stbl. 165) wijziging van het Vde Hoofdstuk der Staatsbegrooting 1899 (Staatsboschbeheer);

wet van 22 Juli 1899 (Stbl. 173) houdende afschaffing van de rechten die de Staat heft voor het gebruik van wegen, kanalen, havens, sluizen en bruggen;

geving. Om dit — zou men haast zeggen — te bewijzen, dient zij „tijdig" bij Kon. Boodschap van 11 Augustus 1900 bij de Tweede Kamer een ontwerp van wet in tot wijziging en aanvulling van het tarief

---

wet van 24 Juli 1899 (Stbl. 194) tot aanleg en onderhoud van eene visschershaven te Scheveningen;

wet van 24 Juli 1899 (Stbl. 195) tot verbetering van het Noordzeekanaal;

K. B. van 8 Jan. 1900 (Stbl. 6) tot vaststelling der organisatie van het Staatsboschbeheer;

wet van 10 April 1900 (Stbl. 59) onteigeningswet voor den aanleg van een stoompontveer in het Noordzeekanaal te Velsen;

wet van 9 Juli 1900 (Stbl. 112) houdende bepalingen tot voorkoming van bedrog in den boterhandel en instelling van de Rijkszuivelinspectie;

wet van 9 Juli 1900 (Stbl. 118) houdende nadere regeling van den dienst en het gebruik van spoorwegen, waarop uitsluitend met beperkte snelheid wordt vervoerd;

wet van 9 Juli 1900 (Stbl. 121) renteloos voorschot ten behoeve van den aanleg van een stoomtramweg van Zutphen naar Hengelo (G.)

Zie voorts: wet 1900 (Stbl. 122) Wijnjeterp - Assen, Steenwijk — Oosterwolde en Meppel—Smilde; Idem 1900 (Stbl. 123) Gouda—Schoonhoven; Idem 1900 (Stbl. 127) 's-Gravenzande—Hoek van Holland, Naaldwijk—Maassluis en Maaslandschen dam—Delft; Idem 1900 (Stbl. 128) Nijmegen—Wamel; Idem 1901 (Stbl. 172) Rosmalen over Grave naar Cuyk; Idem 1901 (Stbl. 173) Eindhoven—Helmond; Idem 1901 (Stbl. 174) Tiel—Culenborg; Idem 1901 (Stbl. 175) Dinxperlo—Varsseveld; Idem 1901 (Stbl. 176) Egmond aan Zee over Alkmaar naar Bergen; Idem 1901 (Stbl. 177) Maastricht—Vaals;

wet van 10 November 1900 (Stbl. 176) houdende algemeene regels omtrent het waterstaatsbestuur;

wet van 28 Mei 1901 (Stbl. 132) tot nadere regeling van het Nederlandsche muntwezen;

wet van 21 Juni 1901 (Stbl. 156) houdende bepalingen betreffende de staatszorg voor de paardenfokkerij;

wet van 24 Juni 1901 (Stbl. 170) betreffende exploitatie van staatswege van steenkolenmijnen in Limburg (als grondslag voor het staatsmijnbedrijf).

van invoerrechten (1). Het is eigenlijk een wetsontwerp om alle onzekerheid omtrent haar plannen op fiscaal gebied weg te nemen. In de Memorie van Toelichting heet het dan ook: „De wetgever, die zich bij de regeling der invoerrechten op het standpunt van den vrijen handel plaatst, zal het tarief zoo inrichten, dat de bescherming, die er uit voortvloeit, zoo gering mogelijk is; zoo gering als zich verdraagt met de voorziening in de behoeften der schatkist en met de naleving van dit beginsel, dat in een goed geordend financieel stelsel verteringen van betrekkelijke weelde niet onbelast mogen blijven". Bescherming als zoodanig is echter in ons fiscaal tarief niet bedoeld of gezocht! Het ging slechts om een meerdere opbrengst van 2 millioen gulden! En toch liet de Tweede Kamer het ontwerp-Tariefwet eenvoudig liggen (2).

---

(1) Bijlagen Tweede Kamer 1899—1900: 222. Slechts in één opzicht werd — op geheel ander gebied — in de liberale finantieele politiek een wijziging gebracht. Bij de door den minister Goeman Borgesius tot stand gebrachte herziening van het plaatselijk belastingstelsel werd het beginsel verlaten, dat met retributies geen winst mag worden gemaakt.

(2) Als bijzondere maatregel op economisch gebied mag nog worden vermeld het K. B. van 28 Sept. 1900 (Stbl. 167) waarbij, met vernietiging van het besluit van Gedep. Staten van Friesland van 7 Maart 1900, goedkeuring werd verleend aan een besluit van den raad der gemeente het Bildt tot wijziging der begrooting dier gemeente voor 1900. Het Kon. besluit was genomen in afwijking van het advies van den Raad van State, Afdeeling voor de Geschillen van bestuur. Men verweet aan dit K. B., dat het het socialisme invoerde omdat het een begin gedoogde van het verschaffen van grond tegen matigen pachtprijs aan landarbeiders als een ondersteuning aan economisch zwakken naast en geheel buiten de Armenwet om. Het K. B. overwoog dat een uitgaaf van f 1000.— voor landaankoop met dit doel moest worden goedgekeurd.

§ 4. *De werkzaamheid van regeering en parlement op sociaal-economisch gebied* (1).

Het meest bekend is de actie van regeering en parlement op sociaal-economisch gebied. De Ongevallenwet, de Woningwet, de Gezondheidswet, de Kinderwetgeving zijn evenzoovele overwinningen door de goede werking van het parlementaire stelsel behaald. De materie dezer wetgeving was in maatschappelijke kringen, in de politiek, op congressen en vergaderingen van alle kanten besproken en in het geestelijk leven voorbereid. De kunst was slechts de plannen en ontwerpen naar het staatkundig terrein over te brengen en de wetten als uitdrukking van de maatschappelijke beweging in het Staatsblad te brengen. Te recht gaf daarom Dr. KUYPER bij de behandeling van de Ongevallenwet in de Tweede Kamer te kennen, dat een schok zou zijn toegebracht aan het vertrouwen dat door de kiezers wordt gesteld in „het parlementaire stelsel", wanneer de regeering en het parlement er nu niet eindelijk in zouden slagen bij de voornaamste wetsontwerpen het ééns te worden. Zóó was ook deze krachtdadige regeering als altijd weer gebonden aan den roep en aan den band des tijds. En zóó ook

(1) K. B. van 24 Juni 1898 (Stbl. 148) tot vaststelling van eenen alg. m. v. b. als bedoeld bij art. 4 der Arbeidswet;

wet van 2 Jan. 1901 (Stbl. 1) houdende wettelijke verzekering van werklieden tegen geldelijke gevolgen van ongevallen in bepaalde bedrijven;

wetten van 6 Febr. 1901 (Stbl. 62, 63, 64) (Kinderwetgeving);

wet van 28 Mei 1901 (Stbl. 133) houdende verbod om phosphorlucifers te vervaardigen en regeling van het vervoeren, invoeren en ten verkoop voorhanden hebben daarvan;

wet van 21 Juni 1901 (Stbl. 157) houdende regeling van het Staatstoezicht op de volksgezondheid;

wet van 22 Juni 1901 (Stbl. 158) houdende wettelijke bepalingen betreffende de volkshuisvesting.

konden enkele andere wetsontwerpen, door de regeering op het getouw gezet, niet tot afdoening komen omdat daar de algemeene maatschappelijke overtuiging nog ontbrak. LELY's ontwerp-Arbeidswet en GOEMAN BORGESIUS' ontwerp-Armenwet en ontwerp-Drankwet konden dan ook het Staatsblad niet bereiken. Op het gebied der staatkundige geschiedenis is dit van belang.

1. Armenwet. De herziening der Wet op het Armbestuur van 1854 was aan de orde gesteld door PIERSON's groote rede gehouden in de jaarvergadering van het Statistisch Instituut (1891) en spoedig daarop volgde een stroom adviezen, rapporten en voorstellen tot voorbereiding van een herziening der Wet op het Armbestuur (1). Deze geheele beweging was echter in politieken zin sterk liberaal georiënteerd. Juist daardoor was de maatschappelijke voorbereiding nog niet sterk genoeg om een herziening der „Armenwet" — zooals men wel zeide — af te dwingen maar dit verklaart al aanstonds, waarom de geheele beweging volstrekt niet in de eerste plaats op een uitbreiding van de bemoeienis der overheid tot bestrijding van de armoede was gericht (2). Daarom ondervond zij

(1) Zie hiervoor de Mem. v. Toelichting op het ontwerp van wet van den minister GOEMAN BORGESIUS, Kamerstukken 1900—1901 no. 237 en de verhandeling van Jhr. Mr. H. SMISSAERT in Onze Eeuw 1910, pag. 91.

(2) De wet van 1854, de wijzigingswet van 1870, het ontwerp-GOEMAN BORGESIUS 1901, de Armenwet van 1912 gaven alle in beginsel aan de kerkelijke en bijzondere instellingen gelegenheid den voorrang te veroveren. Dit is echter niet gelukt. In een nauwkeurig bewerkt statistisch overzicht toont Mr. PH. FALKENBURG aan (Economist 1894, I. pag. 430 e. v.) dat de burgerlijke armbesturen in de eerste jaren na 1854 aanmerkelijk konden bezuinigen; daarna gingen de uitgaven weer stijgen en sprak men zelfs van een «trapsgewijze» overgang van de armenzorg op de burgerlijke armbesturen.

dan ook geen steun van de meer democratische elementen, die beweerden dat het vraagstuk een vraagstuk zoude blijven, wanneer niet tot een algemeene invoering van de „Staatsarmenzorg" werd besloten. De neutrale en liberale hervormers konden al evenmin op een medewerking der rechterzijde rekenen, omdat dáár verzet rees, de vraagstukken der armverzorging aan de orde te stellen alvorens vaststond, dat de volledige vrijheid van de kerkelijke armbesturen zoude worden geëerbiedigd. En daarop konden de leiders der rechterzijde niet te zeer vertrouwen wanneer de nieuwe plannen werden volvoerd.

De beweging tot herziening der Wet op het Armbestuur kwam derhalve alleen in de liberale politiek tot uitdrukking en het ontwerp-Armenwet door den minister Mr. H. Goeman Borgesius bij Kon. Boodschap van 3 Juni 1901 aan de Staten-Generaal aangeboden, steunde dan ook op het inzicht der neutrale en liberale hervormers, die het standpunt der kerkelijke armbesturen echter in enkele opzichten hadden geëerbiedigd. De parlementaire periode 1897—1901 liep echter toen reeds ten einde. Daarenboven leefde het verzet der politici aan de rechterzijde onder leiding van Dr. Kuyper krachtig op. Samenwerking in de Tweede Kamer om tot een vruchtbaar „Voorloopig Verslag" te komen was, ook in de nieuwe parlementaire periode, uitgesloten. De intrekking van het ontwerp-Goeman Borgesius door zijn opvolger Dr. Kuyper was dan ook volkomen gerechtvaardigd. Maar dit wil natuurlijk niet zeggen, dat de arbeid van de regeeringsbureaux verloren ging. Hervormd en toen gedragen door een bijna algemeene overtuiging en gestuwd door de wenschen

---

De wet van 1870 brengt dan daarin wezenlijke verbetering. Het aandeel der openbare armenzorg in de totaal uitgaven der armenzorg bereikt in 1879 het minimum van 41.1 pCt.

van de armbesturen zou een nieuw ontwerp-Armenwet van den minister Mr. Th. Heemskerk bereiken, wat de eenzijdige liberale politiek niet vermocht. Haar invloed uit de jaren 1890—1900 mag echter niet worden miskend. Zij steunde op uitgebreide en goed bestudeerde — veelal neutrale — hervormingsplannen en deze trokken de algemeene aandacht nu zij werden verkondigd in een tijd, waarin Paus Leo XIII in zijn Encycliek Rerum Novarum de vreeselijke waarheid moest vastleggen: „de groote menigte verarmt" (1). Wat stelde Pierson in zijn bekende rede van 30 Mei 1891 daartegenover? Ik geloof, zeide Pierson, „dat wij in den laatsten tijd meer dan vroeger in de ware stemming zijn gekomen om een onderwerp als dit (de regeling van ons armwezen) te behandelen. Wij geven aan de socialisten wel niet toe, dat de orde van zaken, die zij aanbevelen, boven de bestaande zou te verkiezen zijn, doch groote bewonderaars van die orde zijn wij niet meer. Wij begrijpen, dat zij krachtige correctieven noodig heeft en tot die correctieven rekenen wij in de eerste plaats: een goed stelsel van armverzorging". En dit goede stelsel van armverzorging was ver te zoeken. Zelfs was in den barren winter van 1890—1891 de crisis in de armenzorg acuut geworden. De armverzorging was geheel onmachtig gebleken als „correctief" op te treden en dit niet omdat de beurzen der meergegoeden in den winter 1890—1891 gesloten waren gebleven, maar eerder ondanks de telkens toegestane ruimere bedeeling. Daarbij was echter ondersteund zonder aanzien des persoons, er was weggegeven zonder om te zien, er was bedeeld omdat er werd gebedeld, en derhalve was de ellende der lagere volksklassen nog vergroot. Immers „wat de eene verspilt, komt de ander

(1) «In multitudine inopia».

te kort" (1). En zoo was eindelijk, eindelijk de meest wezenlijke ellende de beste prikkel om „correctieven" tegen de bestaande maatschappelijke orde aan te brengen. Toen eerst drong tot het groote publiek door, wat reeds sinds omstreeks 1880 in de kringen der armenzorg werd besproken dat het eerste noodige was: niet het opbloeien in tijden van bijzonderen nood van een liefdadige bedeeling tot leniging der armoede, maar een verbetering van de werking der armbesturen tot bestrijding en voorkoming der armoede. Deze eerste beweging bracht dus „een bede, maar niet om geld" en al evenmin stelde zij een claim op de gemeentelijke schatkist als eerste eisch voorop. PIERSON vat de wenschen samen. Het is te doen om reorganisatie der armbesturen, om verbetering van de methode der hulpverleening, om een onderscheiding tusschen de maatregelen tot ondersteuning aan wezenlijke „armen" en de maatregelen tegen luien, arbeidsschuwen en bedriegers. Ten slotte werd ten aanzien van de overheid slechts de eisch gesteld, dat door een wijziging der *Armenwet* mogelijk zou worden gemaakt, dat de armverzorging uit de kas van het burgerlijk armbestuur tegenover de wezenlijke armen niet uitsluitend het karakter van politiezorg zou blijven dragen. Het zijn in hoofdzaak deze drie gedachten welke nader moesten worden uitgewerkt (2). Van een stormloop tegen de bestaande Armenwet was dus al dadelijk geen sprake. De geheele maatschappe-

---

(1) Een strijder voor een hoog ideaal. Opstellen en toespraken van wijlen Sir CHARLES STEWART LOCH, vertaald door J. F. L. BLANKENBERG, Haarlem — H. D. Tjeenk Willink en Zoon — 1924.

(2) Het rapport (1894) van de groote sociale Staatscommissie 1890 stelde voor dat de samenwerking der onderscheiden instellingen van weldadigheid tot ondersteuning der armen zooveel mogelijk worde bevorderd. Bij deze phrase meende de Staatscommissie het te kunnen laten!

lijke beweging erkende op de eerste plaats dat de armbesturen zich zelve moesten herzien. Zelf moesten zij samenwerking zoeken. Zelf moesten zij de ondersteuning aan zwakken, ouden en gebrekkigen op bescheiden wijze toekennen, maar daarnaast moesten zij — met scherpe onderscheiding — onderstand en moreele hulp verleenen aan armen die tijdelijk in nood verkeerden. Door een strenge individualiseerende methode van behandeling moesten de armen weer teruggebracht worden naar de kringen der zelfstandige lagere volksklasse. Daartoe was noodig: „not alms but a friend". Om nu deze even oude als nieuwe gedachte ook in praktijk te brengen werden in verschillende gemeenten nieuwe vereenigingen opgericht tot verbetering van de armenzorg terwijl bestaande armbesturen tot de erkenning kwamen dat zij nieuwe methoden moesten toepassen (1). Alle deze werkers op maatschappelijk gebied stelden dus allereerst hooge eischen aan zich zelve, maar zij ondervonden al spoedig, dat met de burgerlijke armbesturen niet samengewerkt kon worden. Deze waren door de wet verplicht om zich geheel terug te trekken op de „afdoening" van die „gevallen" van uiterste armoede, waar de „armbedeeling" noodzakelijk was om de maatschappij te beschermen tegen de gevaren, waarmede die armen de maatschappij bedreigden. De openbare armenzorg werd immers slechts „bij volstrekte onvermijdelijkheid" (art. 21 der Wet op het Armbestuur van 1854) als politiezorg uitgeoefend en de ondersteuning moest weer vervallen wanneer aan het burgerlijk armbestuur bleek dat ook van elders werd ondersteund, hoe luttel deze

(1) De reformatie van 1886 heeft in het bijzonder verbetering gebracht in de kerkelijke barmhartigheid. Door de Gereformeerde Kerken werd in 1888 een congres voor barmhartigheid gehouden, waarvan de referaten zijn gebundeld in een boek: «Olie en wijn in de wonden». (Vgl. LUKAS 10, v.s. 34.)

tweede ondersteuning dan ook wellicht was. Tegen dit karakter van de openbare armverzorging kwam de nieuwe beweging in verzet. Juist het waarnemen van de armoedegevallen deed — na 1890 — begrijpen, dat niet alle armen op dezelfde wijze konden worden behandeld. De moeilijkste gevallen waren die waarin verbetering mogelijk werd geacht. En mocht nu de wet van dit terrein de burgerlijke armenzorg uitsluiten? Zoo neen, hoe moest dan de samenwerking van alle armbesturen tot stand komen? Hoe moesten de luien en bedriegers tot arbeid worden gedwongen ten bate van zichzelf, maar ook in het belang van de wezenlijke armen, die ondersteuning behoefden? Kon de organisatie van het burgerlijk armbestuur door wijziging der Armenwet worden verbeterd? En kon toch — ondanks alle veranderingen — de oude regel van art. 21 der wet van 1854 gehandhaafd blijven: „de ondersteuning der armen wordt, behoudens de verdere bepalingen dezer afdeeling, overgelaten aan de kerkelijke en bijzondere instellingen van weldadigheid". Om alle deze vragen te onderzoeken, bracht de Maatschappij tot Nut van 't Algemeen in het najaar van 1891 een commissie te zamen, bestaande uit Mr. H. Goeman Borgesius, Mr. A. F. K. Hartogh en Mr. R. J. H. Patijn (1). Begonnen moest worden met een zeer tijdroovend onderzoek naar de toestanden op het gebied van armbestuur en armverzorging in binnen- en buitenland. Nadat de commissie was aangevuld met de heeren J. F. L. Blankenberg en Dr. H. J. de Dompierre de Chaufepié, verscheen in April 1895 haar zeer bekend rapport, dat uit de verte mede de basis vormde voor het ontwerp-Armenwet van 1901. Het rapport der commissie heeft het verzet in het bijzonder

(1) Reeds enkele onderzoekingen naar de toestanden van het plaatselijk armwezen ingesteld.

tegen de wet van 1854 verlevendigd en de strijd tegen de bepalingen van deze wet vóóropgesteld. „Hare eerste en voornaamste fout is eene principiëele en berust op eene miskenning van de roeping van den Staat op het gebied der armenzorg" schrijft de commissie. Zij verzet zich dus tegen het beginsel door de regeering ook nog in 1870 bij de herziening der Wet op het Armbestuur op den voorgrond gesteld: „De zorg voor de armen is een zedelijke, geen burgerlijke plicht, zoodat de nakoming daarvan niet op den weg van den Staat ligt". Dit beginsel maakt — naar het oordeel der commissie — eene deugdelijke armenwet eenvoudig onmogelijk. Daarom wordt voorgesteld de taak van het burgerlijk armbestuur te verruimen. De overheid zal moeten optreden als goede armverzorgster en in de tweede plaats moet de onderstand van de burgerlijke armbesturen ophouden voedsel te geven aan lediggang en wangedrag. Het standpunt van de commissie brengt dus een belangrijke uitbreiding mede van de bemoeienis van de overheidsorganen zoowel in preventieven als in repressieven zin (1). Dit bleef niet zonder tegenspraak, maar deze tegenspraak was een kleinigheid vergeleken bij de verontwaardiging die oprees tegen de beginseluitspraak der commissie: „dat de medewerking der kerkelijke en particuliere liefdadigheid dankbaar moet worden aanvaard, maar deze aan de overheid het werk uit handen neemt" (2). Neen, op deze wijze was

---

(1) Volgens § 24 (Hoofdpunten pag. 196) luidt het plan om maatregelen te nemen tegen de voorgewende armoede aldus: Er worden van *gemeentewege* werkhuizen opgericht voor de behoeftigen, die, wegens luiheid, lichtzinnigheid of slecht gedrag geen onderstand in anderen vorm behooren te verkrijgen. § 25 opent de mogelijkheid een veroordeeling uit te lokken tot plaatsing in een rijkswerkinrichting.

(2) Rapport pag. 181—182. Men moet overigens bedenken dat de commissie vele voorstellen deed, welke door vrijwillige samenwerking

tot geen samenwerking met de kerkelijke armbesturen te geraken. Het liefdewerk van de kerk kon niet worden verlaagd tot een handreiking aan den plicht der overheid. Aan dezelfde zijde rees verzet tegen de opvatting der commissie dat aan de kerkelijke en particuliere instellingen van weldadigheid verplichtingen zouden moeten worden opgelegd „waaraan zij zich bij de *uitoefening* van haar taak zullen hebben te houden". Maar juist in deze *uitoefening* der liefdadigheid wenschten deze instellingen volledige vrijheid. Onder deze omstandigheden kon de gedachte aan een vrijwillige samenwerking moeilijk tot snellen wasdom komen. Toch had de Nutscommissie daarop gerekend, want naar haar inzicht zouden in grootere gemeenten algemeene armenraden moeten worden ingesteld. Het burgerlijk armbestuur zoude in dien raad echter de eerste viool spelen (1), mede tengevolge van de omstandigheid, dat het door de Nutscommissie voorgestelde „centraal register" ook al weer „ten kantore van het burgerlijk armbestuur" zou worden gehouden en aldaar worden beheerd. Zij meende ten slotte de verplichting te mogen voorschrijven inlichtingen aan het centraal register te verschaffen en onder deze inlichtingen mede de opgaaf van de verleende ondersteuning te mogen begrijpen. Hiertegen rees verzet van de zijde der

---

zouden kunnen worden verwezenlijkt. De voorbereiding eener nieuwe *wet* was slechts een onderdeel van haar taak. De commissie verklaart voorts herhaaldelijk: «dat de armenzorg van overheidswege aanvulling der vrije liefdadigheid moet blijven. Maar is deze gedachte niet in strijd met de boven afgedrukte beginseluitspraak der Nutscommissie?

(1) De voorzitter en de secretaris van het burgerlijk armbestuur zijn respectievelijk voorzitter en secretaris van den Armenraad en de «noodzakelijke kosten» van den Armenraad komen, volgens het Nutsrapport, ten laste van het burgerlijk armbestuur.

kerkelijke armbesturen, dat nog versterkt werd door den indruk, welken het rapport in zijn geheel maakte en waaraan zelfs PIERSON — die in de Economist van 1896 het Nutsrapport besprak — zich niet kon onttrekken, dat het burgerlijk armbestuur zeer groot was opgezet en bestemd scheen bij de gewone bedeelende armverzorging het hoofdorgaan te worden. Hij meende dan ook de mogelijkheid te moeten voorzien, dat de kerkelijke armbesturen hun werkzaamheden zouden verplaatsen en de gewone bedeelende armverzorging dan ook aan dit groote burgerlijk armbestuur zouden overlaten. PIERSON zelf achtte deze ontwikkeling niet ongewenscht, maar de kerkelijke armbesturen dachten daarover vooralsnog geheel anders en wilden juist de gewone bedeelende armverzorging geheel aan zich houden.

De minister van Binnenlandsche Zaken Mr. GOEMAN BORGESIUS, oud-lid van de Nutscommissie, had dus bij zijn optreden, op het gebied der armenzorg, allerminst een communis opinio achter zich. Zette hij daarom veel te weinig door? Nog op 9 December 1898 bij een groote rede in de Tweede Kamer was hij vol vertrouwen. „En als de heer HARTOGH mij ten slotte vraagt: Kunt gij zekerheid geven, dat uw ontwerp-Armenwet zóó tijdig zal worden ingediend, dat het nog voordat de tijd der nieuwe verkiezingen weer aanbreekt, in het Staatsblad zal kunnen verschijnen, indien de Kamers er hare goedkeuring aan hechten, dan antwoord ik, dat ik het als mijn plicht beschouw niet alleen daarnaar te streven, maar tevens overtuigd ben, dat ik, behoudens overmacht, het voorstel wel zóó tijdig kan gereed hebben, dat, zoo deze Kamer ernstig wil en niet al te langzaam gaat werken, dit wetsontwerp binnen den bedoelden tijd het Staatsblad zal kunnen bereiken." Door welke omstandigheden de indiening werd vertraagd is moeilijk te verklaren. De

ambtelijke krachten aan het departement waren aanwezig en het kon niet al te veel tijd wegnemen te zoeken naar wijzigingen van het Nutsrapport om zooveel mogelijk aan de gerezen bezwaren tegemoet te komen. Het schijnt dat de ware lust deze materie aan te pakken bij den minister ontbrak. Het ontwerp-Armenwet is daardoor veel te laat gereed. Toch ware het — ook bij tijdige indiening — nooit aan den eindpaal gekomen, al was het ontwerp in enkele opzichten een compromis.

Het ontwerp-Goeman Borgesius heeft, mede door de toelichting, stellig iets trachten te doen om den weg der verzoening te vinden. De „medewerking" der kerkelijke armbesturen werd niet langer uitgedrukt als een werkzaamheid om „aan de overheid het werk uit handen" te nemen. Meer tegemoetkomend schreef de minister in zijn Memorie van Toelichting: „De regeering staat in de vaste overtuiging, dat op het stuk der verzorging van armen de overheid zeer beslist een bepaald aangewezen taak heeft, waaraan zij zich niet dan tot schade voor de gemeenschap zou kunnen onttrekken. Maar tegelijkertijd is de regeering er diep van doordrongen, dat het loffelijk werk der kerkelijke en bijzondere instellingen van weldadigheid een zeer te waardeeren steun kan zijn en een krachtdadige uiting is van gemeenschapsgevoel en menschenliefde, die het even onstaatkundig als ongeoorloofd zou zijn te verstikken". En verder heet het, dat „ook de bindende bepalingen ten aanzien van die besturen (behooren) te worden gehouden binnen de perken van hetgeen het belang der gemeenschap strikt vordert". In verband hiermede werd nu ook de taak van het burgerlijk armbestuur bescheiden omschreven (1); het instituut van

(1) Art. 63 van het ontwerp luidt: 1. Aan een arme kan door het burgerlijk armbestuur in de gemeente, waarin hij zich bevindt, op aanvrage ondersteuning worden verstrekt, wanneer hij die niet

den plaatselijken armenraad werd losgemaakt van het burgerlijk armbestuur; de armenraad kiest zijn voorzitter en krijgt een eigen secretaris en ten slotte, bij de organisatie van het door GOEMAN BORGESIUS voorgestelde centraalregister wordt nu — om aan gerezen bezwaren tegemoet te komen — een onderscheiding gemaakt tusschen de „schamele armen" (les pauvres honteux), wier ondersteuning geheim blijft, zoolang de arme niet zelf, door het vragen van hulp aan andere organen van armenzorg, zijn armoede openbaart en de officieele „erkende" armen, wier ondersteuning aan alle armbesturen en armverzorgers bekend moet zijn. Toch werd het verzet tegen het ontwerp niet gebroken en dit wel in hoofdzaak omdat de nieuwe regeling toch medebracht — óók in het wetsontwerp-GOEMAN BORGESIUS — dat de burgerlijke armbesturen de *verantwoordelijkheid* voor de verzorging der armen in elke gemeente hadden te dragen (1). Nuttige instellingen, door een wetswijziging te verkrijgen, als daar waren: het centraal register, armenraden, het verruimen van het gebied van het burgerlijk armbestuur van politiezorg tot overheidszorg voor de wezenlijke armen maar gepaard

---

of niet voldoende ontvangt van andere instellingen van weldadigheid of van derden. 2. Voor zoover de ondersteuning vanwege het burgerlijk armbestuur niet verstrekt wordt onder voorwaarde van opneming in het werkhuis bestaat zij in bedeeling, verstrekking van genees-, heel- of verloskundige hulp, en van de noodige geneesmiddelen en verbandmiddelen, uitbesteding, verpleging in gestichten of zoodanige andere hulp, als met het oog op de behoeften en de persoonlijke eigenschappen van den betrokken arme het meest gewenscht is. (Vergelijk artt. 28 en 29 der Armenwet 1912).

(1) Volgens dit ontwerp bleef het beheer van het centraal register toevertrouwd aan den secretaris of hoofdambtenaar van het burgerlijk armbestuur, hetgeen zijn positie zeer versterkt. Groot bezwaar bestond in het bijzonder ook tegen de in het ontwerp voorgenomen instelling van «inspecteurs van het armwezen».

aan een bestrijding van voorgewende armoede, verbetering van de methode van ondersteuning en van de wijze van hulpverleening, door het burgerlijk armbestuur krachtens de wet en door de overige armbesturen krachtens eigen overtuiging, konden niet in de praktijk van de bestaande armenzorg tot nieuw leven worden gebracht, wanneer de wetgever niet het subsidiair karakter van de overheidsarmenzorg, overeenkomstig de wenschen van alle kerkelijke en bijzondere armverzorgers, die *hun* verantwoordelijkheid wilden behouden, handhaafde. En tot de uitdrukking van dat karakter van de openbare armenzorg kon het ontwerp-GOEMAN BORGESIUS het niet brengen (1). Een nieuw ontwerp-HEEMSKERK heeft echter dezen wensch van de armbesturen zelve veel beter begrepen. Dit ontwerp werd de Armenwet 1912, maar zij steunt toch ook in vele opzichten op de krachten, welke het ontwerp-GOEMAN BORGESIUS in het leven riepen. Beider doel was ten slotte . . . gemeen goed, omschreven ook in de internationale litteratuur en klaar tot uitdrukking gebracht door niemand minder dan door den president van de Fransche Republiek bij de opening van het Internationaal Congres der openbare armenzorg en der bijzondere liefdadigheid (2) (Parijs, 27 Juli 1900) „organiser l'assistance,

---

(1) Het ontwerp-GOEMAN BORGESIUS opende de gelegenheid tot eigen organisatie der samenwerkende instellingen in een armenraad; door het voorschrijven van verplichte mededeelingen omtrent de verleende ondersteuning werd beoogd misbruiken te voorkomen; regelen waarin een betere organisatie der burgerlijke armbesturen werden voorgeschreven, werden in het wetsontwerp gesteld; inspecteurs zouden worden ingesteld en maatregelen werden voorgeschreven tegen het parasiteeren op de armverzorging door onwaardige elementen.

(2) Onze officieele vertegenwoordigers waren de heeren: W. HOVY, Dr. W H. NOLENS, J. F. L. BLANKENBERG en Dr. H. J. DE DOMPIERRE DE CHAUFEPIÉ. Zie het Verslag Nederl. Staatscourant van 27 Februari 1901, no. 48.

faire passer dans les constitutions le principe sublime de la solidarité humaine, essayer de prévenir la misère autant que de la soulager, poursuivre le mal moral avec la même obstination que le mal physique, associer dans une action commune et dans la collaboration la plus efficace les pouvoirs publics et les initiatives privées".

De groote beweging tot verbetering van de armenzorg uit de laatste vijftien of twintig jaren der negentiende eeuw was *op staatkundig terrein* gericht op verbetering van de Wet op het Armbestuur van 1854. Men begreep echter in de kringen der armverzorging dat daarmede niet kon worden volstaan en dat als aanvulling van een nieuwe Armenwet gezocht moest worden naar een geheel nieuwe regeling der overheidsmaatregelen tot bestrijding van bedelarij en landlooperij. Hiermede werd echter een geheel bijzonder studieterrein betreden en de resultaten der bemoeiingen der gewone ondeskundige armverzorgers waren dan ook niet doeltreffend. Zij wilden, veel te simplistisch, in het algemeen onderscheiden tusschen goeden en slechten. Er zouden zijn goede armen die liefdevol moeten worden geholpen, hetzij duurzaam, hetzij tijdelijk, maar er zouden daarnaast zijn kwade armen, die wegens luiheid, lichtzinnigheid of slecht gedrag geen onderstand, in eenigen vorm, behoorden te ontvangen. Bedelaars en landloopers, dronkaards en vagebonden, parasieten op de maatschappij al te gader vielen in deze categorie. Op het voorbeeld der Nutscommissie stelde het ontwerp-Armenwet van den minister Goeman Borgesius slechts twee maatregelen voor. Aan de valide armen zou gelegenheid worden gegeven plaatsing in een gemeentelijk werkhuis te verkrijgen. Dwang was hierbij natuurlijk uitgesloten, maar het was de voorwaarde waarop de overheid verderen steun zou

verleenen aan het gezin van degenen, „wier armlastigheid een gevolg is van hun gedragingen". Daarnaast zoude dan nog worden ingevoerd een nieuwe hoofdstraf van plaatsing in een rijkswerkinrichting voor ten hoogste drie jaren toe te passen op arbeidschuwen die het werkhuis van de gemeente vermijden maar hun gezin in armoede doen verkeeren of een gevaar opleveren voor de openbare orde. Hiermede meende de voorsteller een aanvang te maken met een afzonderlijke strenge behandeling der arbeidschuwen, op wie dwang kon worden uitgeoefend door hun rechterlijke veroordeeling tot plaatsing in een rijkswerkinrichting als strafinrichting en een degelijke en afdoende verzorging van valide armen aan wie in het gemeentelijke werkhuis onderstand zou worden verschaft in den vorm van werkverschaffing. De behandeling van „bedelaars en landloopers" kon hiermede natuurlijk niet geacht worden te zijn uitgeput. En daarom was over deze geheele materie dan ook overleg met het Departement van Justitie noodzakelijk. Minister Cort van der Linden echter hield zich meer in het bijzonder bezig met de studie van de strafbaarheid van bedelaars en landloopers. Oorspronkelijk had hij de geheele materie wel opnieuw willen regelen, maar bij zijn ontwerp-Novelle van 25 September 1900 (1) stelde hij toch slechts een verbetering voor van de artt. 432, 433 en 434 van het Wetboek van Strafrecht, waarin de overtredingen van landlooperij en bedelarij zijn opgenomen. „Het zeer nauwe verband tusschen bedelarij en landlooperij en hare strafbaarheid eenerzijds en de regeling van armenzorg anderzijds maakt eene geheel passende en afdoende voorziening tegen de genoemde ernstige kwalen, die zich

(1) Kamerstukken zitting 1900—1901, no. 100, Bijlagen.

in zoo ruimen omvang in de geheele maatschappij doen gevoelen, zeer moeilijk zoo niet onmogelijk, zoolang eene andere regeling van armenzorg dan de thans bestaande niet is voorafgegaan of wel die voorziening niet met die regeling samen is voorbereid", schrijft de Minister van Justitie met treffende juistheid, maar . . . wat bemerkt men van dit „nauwe verband" bij het nieuwe ontwerp-Armenwet, waarin de materie van de bedelarij en landlooperij niet werd opgenomen, maar slechts aangeroerd. Het onderwerp „armenzorg" en de materie van de bedelarij en landlooperij moeten „samen" worden voorbereid . . . maar de Minister van Justitie had het ontwerp-Armenwet niet eens mede onderteekend. Eén plan bij Binnenlandsche Zaken en bij Justitie te zamen ontbrak en bij elk departement afzonderlijk stelde de leiding een geheel onvoldoende regeling op de departementale agenda. Meende de Minister van Binnenlandsche Zaken werkelijk dat hij aan valide armen in het gemeentelijk werkhuis werk zou kunnen verschaffen? Maar dan onderschatte hij verre de moeilijkheid der werkverschaffing! Stellig zouden juist in hoofdzaak half- of kwart-valide armen, geestelijk of lichamelijk defecten, zwakke onvrijwillig werkloozen het gemeentelijk werkhuis hebben bevolkt, zonder dat met dezen nieuwen vorm van ondersteuning iets was bereikt tot verbetering in den toestand van armlastige gezinnen. Wanneer deze werkhuisbewoners een gezin naast zich hebben, is daarvoor gezinsverpleging toch ook nog noodzakelijk. En dan de nieuwe hoofdstraf voor de „kwade armen"! Alsof hier niet moet worden onderscheiden tusschen crimineelen en zwakken, gedepersonaliseerden of onmaatschappelijken, die niet kunnen worden „gestraft" dan voor fouten door anderen begaan. Deze geheele materie was door het ministerie-Pierson onvoldoende doordacht. In 1903 wordt zij aan een Staatscommissie ter bestudeering toevertrouwd. Na

haar verslag (1907) (1) bleef de wettelijke regeling (2) rusten.

De beweging tot verbetering van de armenzorg beoogde niet den omvang der liefdadigheid uit te breiden. Een diepere greep in de beurs der meergegoeden zou echter wellicht het gelukkig gevolg kunnen wezen van de zekerheid, welke de „betere" volksklasse had, dat het geld goed werd besteed omdat het slechts gebruikt werd of in vele gevallen slechts gebruikt werd als hulpmiddel bij een meer algemeene gezinsverpleging. Wie zal zeggen òf er ook meer werd gegeven aan de armen in de jaren van economischen voorspoed na ± 1894? „Het woord sociaal is thans op aller lippen; sociale toestanden en behoeften, elk heeft er den mond vol van. Zou dan het hart geheel ledig zijn?" (3) Er is een aanwijzing voor de onderstelling dat de harten niet ledig waren, want de ontwikkeling der beweging tot verbetering der armenzorg openbaarde steeds nieuwe nooden, waarin van nieuws af moest worden voorzien en voor deze nieuwe vormen van speciale hulpverleening kon de Staat niet ongevoelig blijven. Van de uitoefening der armenzorg houdt de Staat zelf zich verre maar de Staat geeft zijn medewerking bij de bestrijding van de bijzondere nooden, aanvullend met subsidies waar het particulier initiatief op financieel gebied te kort schiet. Maar dit subsidiesysteem over de geheele

---

(1) Het onderzoek der Staatscommissie, door den minister Mr. J. A. Loeff ingesteld, betrof een onderzoek van de bedelarij en landlooperij; de woonwagens en de woonschepen; de habitueele dronkenschap.

(2) Vermeld kan alleen worden de wet van 26 Juli 1918 (Stbl. 492) houdende regeling betreffende woonwagens en woonschepen.

(3) Allard Pierson «Verspreide Geschriften» (1882—1890). Een schrede voorwaarts, rede uit het jaar 1888.

linie van maatschappelijk hulpbetoon gaat gepaard, ja wordt gedragen, door een krachtig élan van een nieuw en jong vereenigingsleven.

De armenzorg heeft van deze ontwikkeling van het maatschappelijk hulpbetoon partij getrokken. Armenzorg is in de eerste plaats gezinszorg. Maar bij deze gezinszorg moest zij veler hulp inroepen. Ook die der sociale wetgeving. In de kringen der armverzorgers wist men dat de levensvoorwaarden der minvermogenden hen, in bijzondere — maar telkens voorkomende — omstandigheden, doen dalen tot maatschappelijke onzelfstandigheid en daarom werden juist daar de algemeene maatregelen van den Staat toegejuicht welke de algemeene oorzaken — ongeval, ziekte, ouderdom, werkloosheid, invaliditeit, weduwenstaat — van den achteruitgang van het geheele gezin zouden bestrijden. Sociale wetgeving werd hier gezien als een middel tot voorkoming van armoede. En er waren er zelfs ook in de Tweede Kamer genoeg die meenden dat deze algemeene wettelijke gezinszorg de armenzorg zelf zou beperken. Dr. Kuyper (1) propageerde deze gedachte. „Nu is voor een deel van de bevolking een verzekering tegen ongevallen bijna tot stand gekomen, maar wat men in de tweede plaats moet hebben, is een verzekering tegen de gewone *gevallen* van het leven, tegen ziekte, invaliditeit, ouderdom, sterfte, weduwenstaat, en daarin moet worden voorzien niet half, maar geheel, niet schraal en schriel, maar met milde hand, zoodat die gewone gevallen van het leven niet meer in geheele kringen van de bevolking ellende en verwoesting aanrichten." Het was echter volgens Dr. Kuyper niet de tijd voor een herziening van de Wet op het Armbestuur, want hij vervolgt zijn rede aldus: „En wanneer dat zal

(1) Rede Tweede Kamer 4 December 1900.

geschied zijn, — wanneer de sociale wetgeving zal zijn uitgebouwd — dan zal ook de tijd gekomen zijn, om onze Armenwet te herzien. Ik wijk dus in zoover af van den heer KERDIJK, dat hij nu reeds de Armenwet aan de orde zal stellen, in de onderstelling, dat de tegenwoordige misère nog lange jaren zal blijven. Ik hoop, dat zij spoedig uit moge hebben, en dat dan de Armenwet naar de veranderde toestanden zal worden ingericht." Nu kan niet worden ontkend, dat de leus: „éérst sociale verzekeringswetgeving dàn armenwetgeving" in den geest van den tijd lag, en dat algemeen in binnen- en buitenland werd geloofd dat de sociale voorzorg de armenzorg zou verdringen (1). Onze tijd weet dat daarvan niets is gekomen. Zelfs bij de beste sociale verzekeringswetgeving is armenzorg noodzakelijk. Zóó veelzijdig, zóó diep is de ellende der armoede. Er was dus wel alle reden tegelijkertijd de armenzorg te verbeteren, de gezinszorg door sociale wetgeving te steunen en de verzorging van de ergste geestelijk en lichamelijk defecten van de armenzorg over te nemen. Immers een goede armenzorg roept *zelf* een nieuwe beweging in het leven tot verzorging van hen, in wier toestand door toepassing van den individueelen gezinsarbeid geen verbetering is te brengen. Een nieuwe beweging trok zich hun lot aan. Spoedig bleek dat daarbij de bestrijdingsmethode moest worden gespecialiseerd. De armoede was dan dikwijls niet meer dan één der factoren welke het herstel in den weg staan. Toen is het wel gebeurd, dat de armbesturen bij de verzorging van geestelijk of lichamelijk defecten hulp hebben verleend voor zoover het betrof de bestrijding

(1) Het ministerie-KUYPER (Augustus 1901) meende dat de «verzekeringswetten moesten vóórgaan. Het ontwerp-Armenwet bleef in het archief. Mr. RINK en Mr. HEEMSKERK namen het echter beide spoedig weer ter hand.

van dit armoede-element. Soms ook concentreerden zich alle vormen der hulpverleening onder de hoede van een armbestuur. Maar dikwijls ook staan de verschillende vormen van maatschappelijk hulpbetoon met financieele hulp van den Staat naast de armenzorg. Een der oudste vormen van dit maatschappelijk hulpbetoon is de drankbestrijding. GOEMAN BORGESIUS heeft haar met een staatssubsidie gesteund en een herziening der Drankwet ontworpen (1). Zijn project kon echter het Staatsblad niet bereiken.

Het ontwerp-Drankwet, aan het Departement van Justitie voorbereid, werd bij Kon. Boodschap van 25 Mei 1900 bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal ingediend (2); het Voorloopig Verslag verscheen reeds 17 Juli 1900. De schriftelijke behandeling liep vlot van stapel. Op 25 November 1900 kon de Commissie van Rapporteurs de stereotiepe verklaring afleggen, dat „de openbare beraadslaging over het voorstel genoegzaam is voorbereid". Ieder ingewijde wist echter, dat deze openbare beraadslaging in het zittingjaar 1900—1901 niet meer zoude plaats vinden. Had de regeering op de voortzetting der behandeling van dit ontwerp gestaan, zij zoude geen meerderheid voor haar ontwerp hebben gevonden.

De staatkundige geschiedenis behoort deze stelling aannemelijk te maken, want daarin schuilt eene voorzichtige aanmerking op het staatkundig beleid van de ministers GOEMAN BORGESIUS en CORT VAN DER LINDEN, die in Mei

(1) Over de redenen die tot invoering van een Drankwet hebben geleid, is reeds vroeger gehandeld (zie Sociaal Jaarboek 1922 Inleiding).

(2) Tweede Kamerstukken zitting 1899—1900, no. 193 en zitting 1900—1901, no. 25. Het latere ontwerp-KUYPER 1903 werd voorbereid aan Binnenl. Zaken door Mr. L. PEERBOLTE. Het was naast het ontwerp-BORGESIUS een nieuw ontwerp.

1900 hun ontwerp aan de Staten-Generaal voorlegden in de overtuiging — welke ook werd uitgesproken (1) — dat deze bereid waren „om met bekwamen spoed het wetsontwerp te onderzoeken en te behandelen, ook al zou dit eerst inkomen op een tijdstip, waarop het laatste jaar vóór 1 Mei 1901 reeds was aangebroken". Deze verklaring doet wel wat vreemd aan, wanneer de ministers even te voren verklaren, dat zij niet aansprakelijk zijn voor het ontbreken van elke poging van regeeringswege tot herziening van de Drankwet gedurende de eerste jaren, die op de ontbinding van de Tweede Kamer in 1894 volgden (2) en dat zij zelf niet dadelijk den tijd hadden. „Ieder hunner meende aan andere, zeker niet minder belangrijke onderwerpen van wetgeving den voorrang te moeten toekennen". Toch *moest* de herziening der Drankwet vóór 1 Mei 1901 zijn afgeloopen en dit ware ook mogelijk geweest, dank zij de vlotte schriftelijke behandeling, wanneer niet de regeering bij haar herzieningsvoorstellen op één punt van overwegend belang de geest van de Tweede Kamer had misverstaan. Het geldt hier een belangrijk punt van Nederlandsch administratief recht en er is helaas een verhaal van langen adem noodig om de door de regeering voorgestelde regeling van een onderwerp van administratief recht thans te doen kennen als een fout van de regeering op staatkundig terrein. De tegenstand tegen hun wetsontwerp kwam mede uit de kern van de linkerzijde. Aan linker-

---

(1) Memorie van Antwoord § 3.

(2) Bekend is dat de Minister VAN HOUTEN de werking der Drankwet, waartegen hij in 1881 had gestemd, volstrekt niet wilde uitbreiden en dat hij ook de herziening van de Armenwet opzettelijk liet liggen, hoewel juist in Januari 1894 een jonge nieuwe ambtenaar, Mr. LIETAERT PEERBOLTE, in het bijzonder met het oog op de herziening der Armenwet aan het Ministerie van Binnenl. Zaken was benoemd.

en rechterzijde beschouwde men de regeling der „verkregen rechten" volgens het „afmakingssysteem", hetwelk de regeering voorstelde, als een grof onrecht (1). Dit krachtig en rechtvaardig verzet der ware volksvertegenwoordiging op haar best heeft de regeering niet verwacht en niet tijdig onderkend.

Na het neerschrijven van de stelling past het echter den geschiedschrijver het betoog te leveren.

Prof. VAN VOLLENHOVEN heeft in zijn Hoofdstuk II „Zeden en Eeredienst" van ons verzamelwerk: Nederlandsch Administratief Recht (Jubileumboek-OPPENHEIM 1919) gesteld: „Wie de geschiedenis onzer drankwetgeving van 1881 en later heeft te schrijven — een wetgeving, waarmee Nederland onder de landen van Europa schrikbarend laat kwam; een wetgeving, die het goed werk was van den „idealist" minister MODDERMAN — zal goed doen te beginnen met haar overgangsartikel: het befaamde vroegere art. 28, sinds 1885 art. 26, in 1885 en 1901 verduidelijkt, en sinds 1904 geworden tot een nieuw art. 55". Ik volg deze aanwijzing gaarne, want al is mijn doel de staatkundige beteekenis onzer drankwetgeving te boekstaven, zoo heb ik toch te betoogen, dat de befaamde overgangsbepaling van art. 28 der Drankwet van 1881 deze regeering tot een misgreep op staatkundig gebied heeft verleid. In dit artikel waren, op uitdrukkelijken wensch der Tweede Kamer, bijzonder gunstige bepalingen ten bate van „de mannen van den drankhandel" neergeschreven en deze „verkregen rechten" vond de regeering van 1897 als een barricade welbevestigd opgesteld. De ministers GOEMAN BORGESIUS en CORT VAN

(1) Ook het Sociaal Weekblad no. 30 van 1900 zegt dat «men al fantaseerend eene oplossing zocht voor een toch inderdaad moeilijk vraagstuk».

DER LINDEN hebben toen op het allerlaatst getracht deze barricade weg te *redeneeren*, maar *dat* juist ging niet aan. Het parlementaire stelsel — nu weer verstaan in den zin welken de afgevaardigde Dr. KUYPER daaraan hechtte bij de behandeling van de Ongevallenwet als een samenwerking van regeering en parlement, beide in vrije actie — was na 1881 onvoldoende gebleken in initiatief en in kracht om de bedoelingen der wet van 1881 te verwezenlijken en nu in 1897 (1) was het te laat om de fouten weg te redeneeren.

De „idealist" minister MODDERMAN had in zijn eerste ontwerp den drankhandel in het klein niet ontzien en ruwweg gedecreteerd (2): „Hij die op het tijdstip van het in werking treden dezer wet sterken drank in het klein verkoopt, en daarmede ook na het jaar waarvoor hij gepatenteerd is, wenscht voort te gaan, vraagt de daartoe volgens deze wet vereischte vergunning overeenkomstig art. 1, binnen drie maanden na het in werking treden dezer wet, onder opgave tevens van zijn debiet gedurende het laatste jaar". En dan volgde de groote beperking in de rechten van de toenmalige tappers: dat aan hen die vóór 15 Mei 1880 sterken drank in het klein verkochten de vergunning niet kon worden geweigerd *om dien verkoop nog gedurende twee jaren na de inwerkingtreding dezer wet voort te zetten* (3). Men gevoelt welken geweldigen steun deze bepaling aan de drank-

(1) De wet van 28 Juni 1881 (Stbl. 97) is herhaaldelijk gewijzigd, in 1884 (Stbl. 54), in 1885 (Stbl. 78), in 1886 (Stbl. 64), in 1887 (Stbl. 265), in 1901 (Stbl. 85) zonder dat de kern van de moeilijkheid werd aangepakt. Dit geschiedde eerst onder leiding van Dr. KUYPER (wet van 12 Oct. 1909, Stbl. 230, zie K. B. Stbl. 231).

(2) Ontwerp-Drankwet van 8 Juni 1880, Tweede Kamerstukken zitting 1879—1880, no. 168, art. 26.

(3) Art. 26, tweede lid, van het ontwerp.

bestrijding verschafte. Het ontwerp-1880 beoogde het *aantal* gelegenheden waar sterke drank in het klein werd verkocht — de gelegenheden welke den dronkaard maken — te beperken en hiervoor nog een vergunning van het gemeentebestuur als vereischte te stellen, voorts aan de gemeentebesturen den zachten drang op te leggen eenige voorschriften uit te vaardigen waaraan de bar, de kroeg, het café moeten voldoen om als gelegenheid tot het verkoopen van sterken drank in het klein te mogen bestaan en ten slotte door maatregelen van preventie en van repressie den clandestienen drankhandel te onderdrukken. Maar wat zoude dit alles helpen wanneer in zeer vele gemeenten „als van ouds" een aantal inrichtingen boven het geoorloofde aantal bleven bestaan alleen op grond van het enkele feit dat deze geëxploiteerd werden door hen die vóór 15 Mei 1880, zonder met wet of verordening in strijd te zijn, sterken drank in het klein verkochten? Wat zoude deze wet anders zijn dan een voorwerp van bespotting aan de bittertafel? En om dit te voorkomen was de minister MODDERMAN idealist genoeg om te bepalen dat na twee jaar de „boventallige" inrichtingen moesten afvallen. De termijn was wat kort genomen. De minister erkent dan ook blijkens het gewijzigd ontwerp-Drankwet van Februari 1881 het in het Voorloopig Verslag opgeworpen bezwaar van een al te straf ingrijpen in de private sfeer van den tapper en stelt nu den uitstervingstermijn op 5 jaar. Bij de openbare beraadslagingen blijkt echter dat de Kamer ook nu nog van oordeel is, dat de rechten van degenen, die vóór 1 Mei 1881 een tapperij exploiteerden, meer volkomen moesten worden ontzien. Daartegenover had het belang der gemeenschap geen beteekenis. De oorspronkelijke regeling van den minister MODDERMAN zoude tengevolge gehad hebben, dat binnen enkele jaren de

door de regeering gewenschte toestand zou zijn in het leven geroepen, waarin werkelijk in elke gemeente niet meer dan het wettelijk geoorloofd aantal vergunningen zoude hebben bestaan. Immers na vijf jaren zouden B. en W. in elke gemeente het in de hand hebben gehad het aantal drankgelegenheden tot het geoorloofd aantal te beperken. Na een uitvoerig parlementair debat (1) stemt echter de minister MODDERMAN toe in een geheel andere regeling, welke ten slotte in art. 28 der Drankwet van 1881 belandt.

Immers volgens de bedoeling van art. 28 der Drankwet van 1881 zoude de vergunning tot exploitatie van een drankgelegenheid aan dengeen, die er op 1 Mei 1881 het bedrijf uitoefende, gedurende zijn geheele leven niet kunnen worden geweigerd, althans niet op den grond, dat in de gemeente, waar zijn drankgelegenheid was gevestigd, het maximum aantal vergunningen reeds was bereikt. Hierdoor werd dadelijk toegelaten dat het maximum aantal vergunningen werd overschreden. Dit zou dan terecht komen, wanneer door den bevolkingsaanwas in een gemeente het geoorloofd aantal vergunningen steeds zoude toenemen.

Tegen deze regeling was wellicht geen billijk bezwaar te maken. Maar hetzelfde artikel ging in een tweeden adem nog veel verder. Het bepaalde tevens dat de vergunning tot de exploitatie van een drankgelegenheid ook aan anderen dan degenen, die aldaar op 1 Mei 1881 het bedrijf uitoefenden, niet kon worden geweigerd „gedurende de eerste twintig jaar na 1 Mei 1881". Aan deze opvolgers van de oorspronkelijke exploitanten op 1 Mei 1881 kon derhalve tot 1 Mei 1901 de vergunning niet worden geweigerd en — zoo was de bedoeling van de Drankwet

(1) Tweede Kamer 13—16 Mei 1881.

van 1881 — na 1 Mei 1901 komen deze vergunningen te vervallen. Maar helaas..... *dit* stond in de wet noch in de zooeven aangehaalde woorden van de overgangsbepaling der Drankwet te lezen. De bedoeling van de wet en de woorden van de wet waren met elkaar in strijd (1).

In den beginne was niemand zich deze fout der wet bewust. Wel begreep de regeering dat deze aan de Tweede Kamer gedane concessie de goede werking der wet in vele opzichten voor twintig jaar verschoof (2). De groote moeilijkheid de private sfeer van de persoonlijke belangen der tappers binnen een regeling van het gemeenschapsbelang te betrekken werd twintig jaar uitgesteld, maar — en dit was nog grooter bezwaar — door deze regeling werd een „drankkapitaal" in het leven geroepen. Het recht op een vergunning, welke tot 1 Mei 1901 niet dan in enkele bijzondere gevallen kon worden geweigerd, werd een extra vermogensbestanddeel van den eigenaar van een huis, waarin op 1 Mei 1881 een drankgelegenheid werd gehouden (3). Deze kreeg krachtens de

---

(1) De eerste commentatoren der wet: BORGESIUS, VAN DER HELM en OPPENHEIM, hebben elk voor zich deze bedoeling van de wet van 1881 weergegeven zonder verder op de woorden te letten. Van eenigen twijfel is geen sprake. Mr. J. OPPENHEIM, secretaris van de gemeente Groningen, 1881, is nog lang niet voor de staatsbemoeienis en niet voor deze staatsbemoeienis gewonnen. Prof. OPPENHEIM later was liberaal, niet progressief en hield de staatsbemoeienis op een afstand. Staatsraad OPPENHEIM echter leerde de sociale politiek waardeeren.

(2) De regeering werd door de Tweede Kamer tot deze concessie gedwongen, zie Mr. H. GOEMAN BORGESIUS, commentaar 1881 op de Drankwet. Inleiding pag. 9.

(3) De vergunning was gebonden aan de localiteit waarin de drankgelegenheid werd gehouden. Zij had dus in zooverre een zakelijk karakter, waardoor de eigenaar van het huis werd bevoordeeld.

wet van 1881 bijzondere rechten op economisch gebied, welke later als „verkregen rechten" om eerbiediging vroegen. Zóó kwam nu de twistvraag ter sprake hoever de rechten strekten van hen aan wie als opvolgers der oorspronkelijke exploitanten tot 1 Mei 1901 geen vergunning mocht worden geweigerd. Hadden deze vergunninghouders na 1 Mei 1901 toch nog recht op een stilzwijgende verlenging der vergunning volgens art. 7 der Drankwet of zouden juist omgekeerd alle opvolgers der oorspronkelijke exploitanten hun vergunning met 1 Mei 1901 op slag verliezen? Deze twistvraag kreeg groote bekendheid door haar behandeling in de parlementaire stukken van 1891.

In het Voorloopig Verslag betreffende het IVe Hoofdstuk der Staatsbegrooting voor 1892 werd gevraagd, wat geschieden zou, wanneer de Drankwet 20 jaar gewerkt had en de vergunningen tot het maximum moesten worden beperkt. De Kamer wilde weten of er dan wellicht tusschen de bestaande exploitanten, waarvan velen moesten afvallen, zoude worden geloot om de vergunningen, welke mochten worden toegestaan. De minister SMIDT antwoordt daarop met een kort betoog, dat blijdschap brengt in het kamp van de tappers. De Drankwet, zegt de minister SMIDT, heeft het met de goede tappers wel slecht bedoeld maar deze bedoeling niet in de wet neergelegd (1). Ik herhaal de woorden van den minister beter

(1) Hiermede is bedoeld de regeling van art. 28, eerste lid, onder *b.* der ongewijzigde Drankwet van 1881 volgens welke aan de exploitanten van een localiteit, waarin op 1 Mei 1881 sterke drank was verkocht, wanneer deze optraden als «opvolgers» van den exploitant uit het jaar 1881, gedurende de eerste twintig jaren na 1 Mei 1881, de vergunning door B. en W. niet dan onder zeer bepaalde omstandigheden mag worden geweigerd, althans niet op grond dat het maximum aantal der geoorloofde vergunningen was bereikt. Dit was dus in wezen een tot 1 Mei 1901 loopende vrije exploitatie.

zelf. „Dat wanneer de Drankwet 19½ jaar zal gewerkt hebben, n.l. op 1 Mei 1901, de vergunningen terstond tot het wettelijk maximum zouden moeten beperkt worden, schrijft de wet niet voor. Art. 26 (vroeger art. 28) zegt niet dat op dat tijdstip alle aan anderen dan de oorspronkelijk rechthebbenden verleende vergunningen zullen moeten beschouwd worden als niet meer voor verlenging vatbaar te zijn, maar alleen volgt uit die bepaling dat het verleenen van *nieuwe* vergunningen aan opvolgende houders van localiteiten alsdan ongeoorloofd zal zijn, zoolang niet het aantal vergunningen tot het wettelijk maximum zal zijn afgedaald." De minister SMIDT stelde dus alle exploitanten, die een vergunning kregen vóór 1 Mei 1901, buiten schot. „De op 30 April 1901 nog loopende vergunningen worden door het artikel niet aangetast" verkondigt de minister. Wil men dus het vervallen der vergunningen bereiken, dan ware de wet te wijzigen. En inderdaad dient de regeering 1891—1894 een ontwerp tot wijziging der Drankwet in, dat wegens de ontbinding der Tweede Kamer kwam te vervallen, waarbij de regeering uitging van dezelfde opvatting, welke voor de tappers zoo gunstig was, omtrent den geldenden tekst der Drankwet 1881 als door den minister SMIDT was verkondigd. De regeering wilde het daarbij echter niet laten omdat dan de vergunninghouders geheel ten onrechte zouden profiteeren van een foutieve omschrijving in de Drankwet 1881 van de bedoeling van den wetgever uit dat jaar.

Zij stelde derhalve in een wijzigingsontwerp-Drankwet 1893 (1) voor een nieuwe wetsbepaling vast te stellen,

---

(1) Kamerstukken zitting 1892—1893, no. 187. Kon. Boodschap van 19 Juni 1893 en zitting 1893—1894, no. 42.

krachtens welke alle vergunningen die tusschen 1 Mei 1881 en 1 Mei 1901 in andere handen waren overgegaan, te doen vervallen. Dit plan van de regeering om de bedoeling van de Drankwet 1881 ook werkelijk in een der bepalingen dier wet duidelijk uit te drukken was voor de vergunninghouders dus zeer ongunstig, maar dadelijk springt het Voorloopig Verslag hen bij.

Betoogd wordt dat door wijziging van het art. 26 in den door de regeering aangegeven zin, het dringend noodzakelijk is reeds tevens te beslissen hoe de op 1 Mei 1901 beschikbare vergunningen, die immers op dien datum zullen vrijkomen door het plotseling vervallen van de vergunningen, welke tusschen 1 Mei 1881 en 1 Mei 1901 aan de opvolgers der oorspronkelijke exploitanten niet mochten worden geweigerd, weder zullen worden verleend. Wanneer alle vergunningen, die sedert 1 Mei 1881 en vóór 1 Mei 1901 in andere handen zijn overgegaan, op dat laatste tijdstip komen te vervallen, dan vorderde, zoo meende een groot deel der Tweede Kamer, de billijkheid dat lang vooruit althans de *regels* zouden worden vastgesteld, waarnaar op 1 Mei 1901 de vervallen vergunningen, binnen de grenzen van het geoorloofd aantal, opnieuw zullen worden gedistribueerd. En het Voorloopig Verslag voegt daaraan nog uitdrukkelijk toe, dat bij gebreke van een dergelijke nieuwe regeling de wetgever over eenige jaren zich wel — merkwaardige voorspelling — zoude moeten bepalen tot een eenvoudige verlenging van den termijn van 1 Mei 1901.

Door de ontbinding van de Tweede Kamer in Maart 1894 komt nu dit ontwerp te vervallen. De tappers hadden weer rust en..... zij werden weer vele jaren met rust gelaten. Het ministerie-Röell liet de zaak — ten onrechte — buiten behandeling. De groote voorganger op het gebied van de drankbestrijding Mr. H. Goeman

Borgesius (1), jarenlang voorzitter en wezenlijk leider van den Volksbond tegen Drankmisbruik, kon en wilde de herziening der drankwetgeving niet laten rusten. Hij vond op zijn weg wel een barricade, maar hij had tal van plannen tot verbetering der drankwetgeving in portefeuille en wilde zich niet door een moeilijkheid laten afschrikken. Hij was het volkomen met den vroegeren minister Modderman eens: „Een goede Drankwet alleen vermag niets, maar met een goede Drankwet vermag een volk veel". Hij stuurde dus spoedig op een wijzigingsontwerp aan, ruimer en beter dan dat van 1893. De voornaamste door Binnenl. Zaken en Justitie voorgedragen verbeteringen waren dat de werking der wet zou worden uitgebreid, doordat ook een vergunning noodzakelijk zoude wezen ingeval van verkoop bij hoeveelheden van minder dan 5 liter, terwijl tot nu toe de grens was bepaald op 2 liter; de bestrijding van den clandestienen drankhandel werd verscherpt; het centraal gezag zou de plaats van het gemeentebestuur innemen bij het vaststellen van de eischen waaraan een geoorloofde drankgelegenheid moest voldoen; een verhooging van het vergunningsrecht werd voorgesteld bij exploitatie van de drankgelegenheid op den Zondag en een verbod zoude worden uitgevaardigd aan werklieden loon uit te betalen in localiteiten met vergunning tot drankverkoop. Bij de Memorie van Antwoord werd nog mede als verbetering aan het wetsontwerp toegevoegd de bepaling, dat een kostelooze vergunning krachtens „license" of „beroepschrift" verleend, werd geëischt voor alle inrichtingen, waar gelegenheid

---

(1) Zie o.a. Vragen des Tijds, December 1879. Dat de minister Goeman Borgesius nog doet wat hij kan blijkt nog uit het feit dat hij op het leerplan van de Kweekschool voor onderwijzers en onderwijzeressen als leervak opneemt de studie van het alcohol-vraagstuk.

bestond voor het gebruik ter plaatse van andere dan sterke dranken, met bedreiging dat deze zoude vervallen door een veroordeeling wegens clandestienen drankhandel. Naast deze wijzigingen stelde de regeering echter den strikten eisch dat, overeenkomstig de bedoeling van den wetgever van 1881, alle vergunningen die sedert 1881 in andere handen waren overgegaan, op 1 Mei 1901 zouden zijn vervallen. Dit „afmakingssysteem" echter beschouwde de Tweede Kamer als een grof onrecht.

Het ministerie betoogde niet zonder grond dat de bedoeling van den wetgever van 1881 was geweest de vergunningen vóór 1 Mei 1901 verleend aan de opvolgers van de exploitanten uit het jaar 1881, met 1 Mei 1901 te doen vervallen. Maar zij moest daarnaast volhouden — hetgeen niet onweersproken bleef — dat deze bedoeling van den wetgever van 1881 ook duidelijk in de wet was neergeschreven, al kon tegen de woordenkeus bezwaar worden gemaakt. Daarom meende de regeering aan het opheffen dezer vergunningen te kunnen vasthouden. De minister Goeman Borgesius gesteund door het departement van Justitie wilde de strijdvraag over dit punt beslechten, door vlak vóór 1 Mei 1901, de bedoeling van den wetgever van 1881 duidelijk in eene herziene Drankwet neer te schrijven. Ging dit aan? Zeker de regeering kon een redeneering voordragen om te betoogen dat zij werkelijk niets anders deed dan de bedoeling van den wetgever van 1881 verwezenlijken. De regeering kon trachten de barricade der „verkregen rechten" weg te redeneeren, maar kon dit succes hebben, wanneer vast staat dat, zelfs wanneer deze bedoeling van den wetgever van 1881 duidelijk in de Drankwet van 1881 ware uitgedrukt, het wetsvoorschrift in elk geval in de praktijk van het leven een doode letter was gebleven? En nu

stond het werkelijk vast dat de „verkregen rechten" van de opvolgers der exploitanten eener drankgelegenheid uit het jaar 1881 een zeker kapitaal vertegenwoordigden en dat in het economisch verkeer was gerekend op een nieuwe regeling der vergunningen, waarbij juist de verkregen rechten zouden worden geëerbiedigd. De uiting van den minister SMIDT en het uitblijven van een vast plan der regeering tot aan 1900 versterkte natuurlijk niet weinig dit inzicht der belanghebbenden, waarnaar het maatschappelijk verkeer zich geheel had gevoegd. Onder deze omstandigheden kon geen enkele regeering op het laatst van den termijn, die met 1 Mei 1901 had moeten afloopen, de feiten door een redeneering verzetten. De regeering kon zich slechts bij het gangbare maatschappelijk verkeer aansluiten. Bij de Memorie van Antwoord gaf de regeering nog iets toe maar spoedig begreep zij dat het ontwerp bij de openbare behandeling niet was te redden. En dan nog dient de regeering een noodwetje in, waarvan het merkwaardige is, dat bij aanneming van dit ontwerp de Kamer zich *toch* nog voor een aanvaarding van het „afmakingssysteem" zoude hebben uitgesproken. Maar juist hiervoor is geen meerderheid en nog wil de regeering dit niet inzien. Bij de openbare behandeling is het verzet der Tweede Kamer zóó groot, dat een amendement van den heer MARCHANT algemeene ondersteuning vindt. Dit amendement beheerscht den geheelen inhoud van het noodwetje van 27 April 1901 (Stbl. 85), waarbij zonder eenige beslissing omtrent het punt tusschen Kamer en regeering in geschil, de fatale termijn van 1 Mei 1901 wordt verschoven naar 1 Mei 1904. Zoo weinig dus heeft op dit punt de regeering de sfeer van de Tweede Kamer aangevoeld. Haar afmakingssysteem had geen meerderheid noch bij het groote wetsontwerp noch bij het kleine noodwetje. Maar alweer

begrepen de tappers, houders der verkregen rechten, dat de Staat hen niet aan kon en zoo kwam het dan ook eindelijk tot een volkomen erkenning der verkregen rechten in de wet van 12 October 1904 (Stbl. 230).

GOEMAN BORGESIUS' verbeteringen van de Drankwet bereikten dus het Staatsblad niet, want even na het tot stand komen van het bovenvermelde wetje van 27 April 1901 trad de regeering af. Het ministerie-PIERSON heeft de „verkregen rechten" niet kunnen overwinnen, zelfs niet door de, door velen gelukkig geachte, oplossing welke GOEMAN BORGESIUS nog had uitgedacht om de tappers die hun exploitatie van een drankgelegenheid volgens zijn ontwerp zouden moeten staken, schadeloos te stellen. Met het ontwerp-GOEMAN BORGESIUS, door Dr. KUYPER ingetrokken, kwam ook dit geheel kunstig bewerkte plan te vervallen. Alleen door de continuiteit in het staatsbestuur komt later nog wel eens een enkele gedachte van een vroeger ontwerp tot haar recht. Zoo steekt èn in de Drankwet 1904 èn in de Armenwet 1912 nog wel iets dat te danken is aan de groote arbeidzaamheid van den minister Mr. H. GOEMAN BORGESIUS.

(*Wordt vervolgd*)

NASCHRIFT

Ik behoef eenige maanden uitstel tot het aanvullen van mijn gegevens. Door een ruime blik op het belang van een staatkundige geschiedenis over deze jaren 1891—1901, die nu reeds tot de historie behooren, is mij namens de erfgenamen van een groot staatsman het uitzicht geopend op het verkrijgen van nieuwe gegevens uit het door hem nagelaten archief. Ik zoude deze thans nog in het bijzonder willen benutten voor het vervolgen van deze § 4 waarin nog behandeld zal worden de staat-

kundige beteekenis van de materie verwerkt in de toen in ontwerp opgezette arbeidswetgeving en in de Ongevallenwet, Woningwet en Gezondheidswet. In een § 5 zal dan nog gehandeld worden over de bemoeienis van den Staat als werkgever met de arbeids- en levensvoorwaarden van de arbeidende klasse.

De Tiroolsche Strafwet van 1499

DOOR

Dr. P. VAN HEIJNSBERGEN

Substituut-Officier van Justitie te Amsterdam

In mijn opstel over de Bambergensis, opgenomen in het derde stuk van den jaargang 1923 van dit tijdschrift, sprak ik terloops over de Tyroler Malefizordnung van 1499 als een bron, waaruit naar de meening van HERRMANN waarschijnlijk de ontwerper van de Bambergensis mede geput had. BRUNNENMEISTER, die zoo uitvoerig de bronnen van de Bambergensis besproken heeft en nauwkeurig heeft nagegaan, wat daartoe gerekend moet worden, erkent haar echter niet als bron en mijn opstel zou te uitvoerig geworden zijn, indien ik de vraag, welke HERRMANN en BRUNNENMEISTER gescheiden hield, behandeld had.

Intusschen is niet alleen daarom de Tiroolsche Malefizordnung van 1499 waard met haar kennis te maken en haar aandacht te schenken. Behalve dat een strafwet van het einde der 15e eeuw en dus dateerende van een tijd, die den overgang vormde van de middeleeuwen tot de nieuwe tijden, waarin men derhalve verwacht overblijfselen van den middeleeuwschen geest naast nieuwe rechtsbeginselen, uit dien hoofde belangstelling verdient, neemt deze ordonnantie een bijzondere plaats in de rechtsgeschiedenis in, omdat zij de eerste keizerlijke ordonnantie was, waarin het inquisitoir proces is vastgelegd. Voor de geschiedenis van het strafproces is zij van beteekenis, ook al mocht men aannemen, dat haar

inhoud geen invloed heeft gehad op de samenstelling van de Bambergensis, omdat van haar een baanbrekende kracht voor het inquisitoire beginsel is uitgegaan, waardoor zij een belangrijke rol heeft vervuld in den ontwikkelingsgang van het strafproces. Niet rechtstreeks, maar indirect naar ik meen, heeft zij invloed gehad op het strafproces van Midden-Europa, omdat zij een waardevol bestanddeel is van den sterken stroom, die uit Italië naar het Noorden ging en zich verspreidde in westelijke en oostelijke richting, met zich voerend een inquisitoir proces, dat het middeleeuwsche accusatoire meer en meer verdrong.

De Tiroolsche Malefizordnung, ook wel genaamd Tirolensis, is de oudste van de vier vermaarde strafordonnanties van Maximiliaan I. De andere zijn de Radolphzeller Halsgerichtsordnung van 1506 en de Laibacher Malefizordnung van 1514, die vrijwel eene navolging zijn van de Tiroolsche, en de Landgerichtsordnung für Oesterreich unter der Enns van 1514, die dichter staat bij de privaatrechtelijke opvatting van het strafrecht en het accusatoire proces. Sinds 1363 behoorde het graafschap Tirol aan de hertogen van Oostenrijk. Het kwam achtereenvolgens onder de hertogen Leopold en Friedrich IV, later onder Siegmund, die het in 1490 aan zijn neef (oomzegger), koning Maximiliaan I, afstond. Uit den aanhef van de Tirolensis blijkt, dat Maximiliaan het noodig vond haar in het leven te roepen, omdat de bestraffing der misdaden plaats vond slechts naar het geweten der rechters (allein durch ains yeden rechtsprechers gewissen, an ainicherlai aufgesatzter oder klarer aufgedruckten gesatzt) en met zware kosten (namelijk voor de klagers). Het laat zich verwachten, dat het Romeinsch recht, niet zoozeer het Justiniaansch recht als wel het recht, zooals het destijds gedoceerd werd onder den invloed van de Italiaansche schrijvers en de Ita-

liaansche rechtspractijk, met name het Italiaansche strafproces, invloed hebben uitgeoefend op een Duitsche strafwet van 1499.

Er ging immers een groote kracht uit van schrijvers als GANDINUS, DURANTIS, BARTOLUS, ARETINUS, beroemde juristen, die het inquisitoir proces beschreven; er ging een groote kracht uit van Italië, van zijn bloeiende steden, van zijn geleerden en kunstenaars. Daar was het inquisitoir proces, gesteund door het kanonieke recht, dat immers naast de accusatio de inquisitio kende, algemeen in gebruik gekomen en breidde het zich meer en meer uit, omdat het geschikt was — en daartoe zeker meer bruikbaar was dan een accusatoir proces, waarbij het initiatief in handen was van den benadeelde, die vaak huiverig was een aanklacht in te dienen —, om de toenemende misdadigheid te bestrijden. Men achtte het vereenigbaar met Romeinsch-rechtelijke beginselen. Weliswaar droeg het oude Romeinsche strafproces een accusatoir karakter, maar in den lateren tijd kwam, bij zware misdrijven, een processus ex officio op en men vereenigde de Romeinschrechtelijke tortuur, in het Corpus Juris als quaestio en tormenta bekend, met het nieuwe inquisitoire proces: eene vervolging zonder aanklacht van den benadeelde van overheidswege, waarbij de overheid een nog niet geheel vaststaande misdaad door eigen onderzoek tot klaarheid brengt en bestraft. Ook in andere landen van Europa kwam in de 14e en 15e eeuw het inquisitoire proces, als een processus extra-ordinarius naast het gewone proces op aanklacht in gebruik. Eerst na het in gebruik nemen werd het in wetten vastgelegd, ik betwijfel echter, of in Tirol wel vóór 1499 een inquisitoir proces in gebruik was en zeker is het niet alleenheerschend geweest.

De Reformatie van de stad Worms van 1498 geldt als de eerste Duitsche verordening, waarin eene vervolging

van overheidswege zonder aanklager wordt voorgeschreven. Zij bepaalt, dat, wanneer een misdaad gepleegd is en tegen iemand is een vermoeden of gerucht van schuld ontstaan, de burgemeester en de raad getuigen zullen hooren en dat de verdachte zal worden vervolgd, indien er betrouwbare bewijsmiddelen zijn. Zij kent dit beginsel naast een proces op aanklacht, begrijpelijk, omdat de inquisitio zich een plaats veroverd heeft naast de accusatio; des te merkwaardiger dat de Tirolensis alleen een inquisitoir proces kent.

Het middeleeuwsche strafproces was accusatoir. Oorspronkelijk stond immers het Germaansch strafproces met een civielrechtelijk geding gelijk en werd het aanhangig gemaakt door de benadeelde partij. Eerst later, toen men in de misdaad ook eene schending der rechtsorde en in de bestraffing een openbaar belang zag, kwam als buitengewoon strafproces het Rügeverfahren op. Het gewone was een openbaar mondeling proces op aanklacht van den benadeelde: „waar geen klager is, daar is geen rechter" was een algemeen geldend beginsel. De feiten en bewijzen werden door de partijen voorgelegd en geleverd. Het Rügeverfahren week in zooverre hiervan af, dat de vervolging der misdaden geschiedde onafhankelijk van het goedvinden van een particulieren klager, maar overigens bleef het karakter accusatoir. Reeds in den Frankischen tijd werd door de koningen den graven en den „missi dominici" de plicht opgelegd er voor te zorgen, dat misdaden, die de openbare veiligheid aanrandden, niet onvervolgd en ongestraft bleven. Later hadden veelal de schepenen — men denke aan de vrijschepenen bij de Westphaalsche veemgerechten — dien plicht en sedert de 14e eeuw werd het aanklagen ex officio meer en meer algemeen, wanneer een particuliere aanklager niet optrad. Veelal gaf de overweging, dat het ongestraft laten van

misdaden, die het openbaar belang aantasten, ergernis zou wekken, veelal ook het fiscaal belang, waar het ging om boeten en verbeurdverklaringen, aanleiding, dat aanklagers van overheidswege werden aangewezen om bestraffing mogelijk te maken. Er bleef dus een accusatoir geding met een aanklager, met een aanklacht. Maar het Duitsche strafproces der 15e eeuw leed aan groote gebreken; niet alleen, dat er geen eenheid was in de rechterlijke organisatie en dat in den regel de vervolging afhing van een particulier, die vaak zich machteloos voelde of niet durfde te beschuldigen, maar ook — en vooral — het bewijsstelsel deugde niet. De godsoordeelen verdwenen en met de medezweerders of Eideshelfer nam men geen genoegen meer. Vandaar dat het Romeinsch-kanonieke, het „nieuwe" strafproces, dat bij de geestelijke gerechten spoedig ingang, navolging en uitbreiding had gevonden en dat, dit worde vooral niet voorbij gezien, beter in staat was het openbaar belang te dienen en de misdadigheid te bestrijden, zich gemakkelijk plaats wist te veroveren ook in de Duitsche wereldlijke gerechten. Het sloot zich aan bij het buitengewone strafproces met een aanklacht ex officio en leidde de ontwikkeling daarvan, welke had kunnen plaats hebben in accusatoire richting, indien het ambt van openbaren aanklager algemeen ware geworden met behoud van het accusatoire stelsel, in de richting van het inquisitoire proces. Een nieuw proces kwam op met een Romeinschrechtelijk bewijsstelsel (getuigen en aanwijzingen) en de Romeinschrechtelijke tortura (1), het kwam in gebruik naast het accusatoire.

De bijzondere beteekenis, die aan deze ordonnantie

(1) Am Meisten darf auf Rechnung der Bekanntschaft mit dem Römischen Rechte die allmählige Einführung der Folter geschrieben werden. MITTERMAIER, Das deutsche Strafverfahren 1832, I, bl. 63.

moet worden toegekend, ligt eenerzijds hierin, dat voor Tirol de periode van het ongeschreven strafrecht werd afgesloten, waardoor een belangrijk deel der rechtsonzekerheid werd opgeheven. Tot 1499 had het graafschap Tirol geen geschreven strafrecht. Het heele strafproces berustte op gebruik en overlevering en hoe gestraft werd hing uitsluitend van de Banngerichte af, een verschijnsel, in Duitschland algemeen. De behoefte aan eene algemeene strafwet, door den keizer op den Rijksdag te Freiburg in 1498 erkend, werd eerst in 1532 bevredigd. Doch Tirol kreeg, eerder dan eenig ander land van het Duitsche rijk, zijn eigen strafwet, die daardoor de oudste is van alle Duitsche wetten op dit gebied (1). Anderzijds ligt hare beteekenis in de volslagen breuk met het middeleeuwsche strafproces, waarvan de hoofdbestanddeelen: een accusatoir geding, openbaarheid van het onderzoek en eene uitsluitend mondelinge behandeling werden teniet gedaan; het werd een proces van overheidswege met een geheim onderzoek, waarbij de verdachte niet partij, maar voorwerp was, dat zoo noodig gefolterd mocht worden, en een ambtenaar, die verklaringen op schrift stelde, waarop recht kon worden gedaan.

Bovendien verdient deze ordonnantie belangstelling, omdat haar procesrecht eigenschappen bezit, die om hare deugdelijkheid verdienen te worden vermeld in de geschiedenis van het strafproces. Want de wet beperkt de macht van den Richter zoowel bij het onderzoek als bij het wijzen van het vonnis; de aanvang en de voortzetting van het proces hingen niet van het inzicht of

(1) Dr. J. Rapp, Ueber das vaterländische Statutenwesen. Beiträge zur Geschichte, Statistik u. s. w. von Tirol, 1829, bl. 10. De ordonnantie van 1499 gold niet voor het geheele graafschap Tirol: zij gold niet in Pergine en de gerechten op den Nonsberg en te Kaltern behielden hunne eigen statuten, t. a. p. bl. 19, 20.

de willekeur van een enkelen man af, maar waren het resultaat van de beraadslaging, waarin alle feiten en omstandigheden besproken werden door het talrijk college: de Richter met een twaalftal „ehrbare und verständige Rechtsprecher". Drie hunner woonden het verhoor van den verdachte bij niet ter opluistering, maar als toekomstige rechters, die bij de eindbeslissing het eerst hun stem uitbrengen. Het vonnis werd gewezen met meerderheid van stemmen. Er was geen appèl, maar ook geen reden voor appèl, omdat men vertrouwde, dat datgene, wat zoovele hoogstaande lieden als recht erkend hadden, geen onrecht kon zijn.

De Malefizordnungen van Maximiliaan hebben alle deze strekking: waarborgen te geven tegen rechterlijke onderdrukking en willekeur, het onbeholpen bewijsproces dier dagen te verbeteren door — en daarin vooral zie ik hare groote beteekenis — een onderzoek naar de waarheid van overheidswege, de tortuur in voorschriften vast te leggen en te binden en zooveel mogelijk het proces te plaatsen onder het gezag van de besluiten van een rechtscollege (1). De Radolphzeller en de Tiroolsche hebben beide een inquisitoir proces voorgeschreven, maar de laatste kent niet een ambtenaar om strafvervolgingen in te stellen naast den rechter, terwijl de eerste het ambt van openbaren aanklager opdraagt aan den „Stadtklager". De Tiroolsche stelt in het bijzonder vast de inquisitoire werkzaamheid van den rechter en de ambtelijke bewijsvoering in tegenstelling met het accusatoire proces, waarin de rechter lijdelijk is en het geding geheel in handen is der partijen. Het compositiestelsel kent zij

(1) W. C. Wahlberg, Die Maximilianischen Halsgerichtsordnungen, Oesterreichische Vierteljahresschrift für Rechts und Staatswissenschaft, 1859, 4e deel, bl. 133.

niet en van groote beteekenis is haar uitdrukkelijk voorschrift, dat doodslag gestraft zal worden, ook al dienen de verwanten van den verslagene geen klacht in: und ob des leiblosen früntschaft jn nicht berechtenn wolten, so soll nicht destmynder die Rechtvertigung von obrigkait auff jrn kosten den berechten lassen. Het afkoopen van eene vervolging door geld te betalen aan de nagelaten betrekkingen werd dus, en dit was in dien tijd een enorme inbreuk op oude zeden, afgesneden, consequentie van des keizers beginsel, dat vervolging en bestraffing overheidszaak zijn.

Het strafrechtelijk deel is niet een volledige opsomming der strafbare daden: „nicht all übeltaten" zijn hier „beschriben unnd aussgedruckt"; ook andere mogen bestraft worden, maar dan na advies der leden van den raad of de gezworenen „nach jrem pesten versteen". Daarentegen vermeldt de wet niet alleen strafbare feiten: zij noemt een aantal zware misdaden naast onbehoorlijke handelingen, waaraan slechts civielrechtelijke gevolgen zijn verbonden, zoo wordt bijv. voorgeschreven, dat eene jongedochter beneden de achttien jaren, die zonder toestemming van hare ouders (on ir vatter vnd muter) trouwt, haar erfrecht verliest — een zachtmoedige en daardoor aangename afwisseling naast de strenge, zwaardreigende strafbepalingen. Wie zich schuldig maakt aan moord wordt gestraft met het rad. Gesleurd en gevierendeeld wordt de verrader. Verbrand wordt de brandstichter, de valsche munter, de ketter, degene, die steelt in de kerk (kirchenprüchl = inbraak in de kerk). Verdrinken staat op bigamie, verduistering en verkrachting. Met het zwaard wordt gestraft de roover, de doodslager, de vredebreker en wie eene Uhrfede breekt; wordt dit laatste misdrijf gepleegd door een vrouw, dan wordt zij verdronken. Kindermoord wordt gestraft met levend begraven,

terwijl als verscherping is voorgeschreven, dat een paal door het lichaam der schuldige wordt geslagen: Welhe fraw ain kind verthut, die sol lebendig in das erdtrich begraben vnd ain phal durch sy geschlagen werden (1). Wie het Christelijk geloof verloochent staat op één lijn met hem, die zijn vader en zijne moeder doodt: evenals de zelfmoordenaar en hij, die zijn heer verraadt, verbeuren zij lijf en goed: die seind leib und gut verfallen. Wie een valschen eed zweert — ainen valschen ayd schwert —, wij missen hier het woord opzettelijk, dien wordt de tong afgesneden alsmede de twee vingers, waarmede hij gezworen heeft. Wie beloofden vrede breekt zonder ernstige reden: wer ain gelobten fryd bricht on mercklich ursach, wordt gedood met het zwaard. Daar moest een zware straf op staan, omdat het vredesluiten nadat een misdrijf gepleegd was, de verzoening en het verzoend blijven der partijen van zoo groote maatschappelijke beteekenis was. Door de vredesgeboden van overheidswege of ook wel van de zijde van aanzienlijke burgers streefde men immers naar vrede en het voorkomen van nieuwe misdrijven en wie eenmaal den vrede beloofd had mocht dien niet storen. De wet onderscheidt doodslag en veroorzaken van dood door schuld: vngeuärlicher todschlag; voor den laatsten zal een lichtere straf worden opgelegd naar het goeddunken van het gerecht. Soms wordt alleen voorgeschreven, dat gestraft mag worden met een lijfstraf of een vermogensstraf, an

---

(1) Gevolgd wordt de tekst, gepubliceerd door Dr. JULIUS WEISKE in zijne «Abhandlungen aus dem Gebiete des deutschen Rechts», 1830, bl. 187. Bedoeld zal wel zijn het dooden van eigen kind, maar het staat er niet. De tekst is niet in artikels of paragraphen verdeeld. In de uitgave van VON WENDT (Bayerische Annalen, jaargang 1834) zijn door den schrijver paragraphen aangebracht.

leib oder gut b.v.bij schaking en godslastering. Ophangen, de algemeen gebruikelijke straf voor diefstal, is ook hier voor dit misdrijf de aangewezen straf; vrouwen echter worden niet gehangen, maar verdronken. Openlijke bespotting is de straf voor jeugdige dieven en voor hen, die hunne schulden niet betalen. De eersten worden aan de kaak gesteld en gegeeseld, de laatste ondergaan, nadat zij eerst een dag in gijzeling hebben doorgebracht en na verkregen uitstel in gebreke blijven, dezelfde straf en worden dan òf verbannen òf, indien de schuld minder dan vijf en twintig pond Perner is, gestraft met den volgenden hoon: de rechter beveelt, dat den schuldenaar een gele Scheybel (schijfje) op zijn jas wordt bevestigd, in het openbaar te dragen zoolang hij de schuld niet betaald heeft; indien bevonden wordt, dat hij hetzelve van de jas verwijderd heeft, hoewel de schuld nog niet betaald is, zal de rechter hem opnieuw insluiten en aan de kaak stellen, gevolgd door verbanning. Deze bepalingen golden niet voor den adel noch voor de prelaten en vonden ook geen toepassing op hen, die zonder schuld financieel machteloos waren (1).

Niet nauwkeurig, maar wel eenigszins onderscheidt de wet graden van schuld, waarmede de strafbedreigingen overeenstemmen. Zij onderscheidt opzettelijk (wissenlich und gevärlich), onvoorzichtig (leichtfertig), niet-opzettelijk (ungevärlich) en zonder schuld (on schuld, unfall). Van handelen uit noodweer wordt gesproken bij doodslag: rechters, raden en gezworenen moeten namelijk er op letten, of de doodslag is gepleegd doordat de dader zich weren moest uit „leibsnot", dus om zijn lijf te beschermen

---

(1) Darinn sollen die zwen Ständ von Prelaten und Adl aussgeslossen werden, aussgenommen ainer verdürb on sein schuld oder durch unfal.

of wel onopzettelijk is gepleegd (ungevärlich), in welke gevallen „die urtail gemiltert werde" (1). De noodweer was dus niet een rechtvaardiging die de strafbaarheid ophief. Bovendien spreekt de wet niet van noodweer, maar van leibsnoth, een term van engere beteekenis, die niet omvat het verweer, geboden ter noodzakelijke bescherming van de eer of van goederen. Toch was de term noodweer (notwier) in het Oostenrijksch recht wel bekend, hij komt reeds voor in het Weensche stadsrecht van 1221. De Landgerichtsordnung voor Oostenrijk onder de Enns van 1514 verklaart doodslag uit noodweer niet strafbaar, terwijl de ordonnantie, vastgesteld door den landdag te Innsbruck van 1518 (Innsbrucker Libell) de noodweer noemt niet als reden van straffeloosheid, maar als reden voor het verleenen van gratie.

Eene strafverlichtende omstandigheid is de jeugdige leeftijd bij diefstal. Men mag echter niet aannemen, dat alleen bij dat misdrijf die omstandigheid van invloed zou zijn. Een argumentum a contrario zou tot verkeerde conclusies leiden: de heerschende opvatting zag in den kinderleeftijd een schuldopheffende of strafverzachtende omstandigheid (2). Bij diefstal worden kinderen beneden den 18-jarigen leeftijd gestraft naar goeddunken der rechters, raden en gezworenen „nach gelegenhait seiner missetat": het zwaartepunt ligt dus in de daad. Algemeene strafrechtsbeginselen vindt men niet afzonderlijk, afgescheiden van de delicten, behandeld, maar hier en daar verscholen bij de voorschriften voor bijzondere misdrijven. De Absager (iemand, die de vredesverstandhouding opzegt, waarmee de veete begon), wordt gestraft met verbranding,

---

(1) Uitgave WEISKE bl. 192. De wet is niet in artikels of anderszins verdeeld.

(2) WAHLBERG, Die Max. Halsgerichtsordnungen, bl. 139.

als hij brand sticht en anders met het zwaard en degene, die hem hulp verleent (fürschübt), opzettelijk (wissentlicher sachen), wordt even zwaar gestraft (1).

Men heeft hierin medeplichtigheid aan een misdrijf gezien en daaruit afgeleid, dat de wetgever het onderscheid tusschen daderschap en medeplichtigheid kende (2). Ik betwijfel echter, of wij hier wel te doen hebben met het verleenen van hulp voor of bij het plegen van een bepaald misdrijf; veeleer moet worden aangenomen, dat bedoeld is het op eenige wijze verleenen van hulp aan een Absager, een individu, dat voor de samenleving een gevaar opleverde. Men wilde de veeten, twisten en vijandigheden met kracht tegengaan, daarom werden de vredebreker en de Absager zwaar gestraft en zelfs degene, die den Absager huisvest, hulp verleent en opzettelijk niet bekend maakt (behawsst fürschübt und den nicht offenbart wissentlicher sachen), dus ook hij die hem hulp verleent, zonder dat nader wordt aangeduid, bij welke daad die hulp moet zijn verleend om strafbaar te zijn. Men vindt eene analoge bepaling in de Tiroolsche ordonnantie van 1496, waarin strafbaar wordt gesteld het hulp verleenen aan lieden, die doodslag *hebben* gepleegd, want men kan onder Todsleger niets anders verstaan dan iemand, die gedood *heeft*. Nadat zij geboden heeft den Todsleger te straffen ook al heeft er een verzoening plaats gehad, zegt zij: „dieselben auch nicht vnderhalden, noch fürgeschoben werden, bey der straff

---

(1) Ein yeder absager der prennt. soll mit dem prannd. aber sunst mit dem swert gericht werden. Und wer denselben Absager ainen oder mer behawst furschubt und den nicht offenbart wissentlicher sachen der oder dieselben, sollen gleich den Absagerer gestraft werden.

(2) Wahlberg, Die Max. H.G.O. bl. 142. Brunnenmeister, Die Quellen der Bambergensis, bl. 88.

gleich den tättern" (1). Dit is niet medeplichtigheid aan, maar daderschap van een strafbaar feit, gelijk het huisvesten of anderszins hulp verleenen aan een vogelvrij verklaarde, hetgeen veelal strafbaar was gesteld.

De strenge bepalingen tegen de vredebrekers houden verband met het streven naar de uitroeiing van de uitoefening van het veete- en vuistrecht. Aan dat streven is voormelde ordonnantie (1) te danken, zij is een besluit van den Tiroolschen landdag. Zij bedreigt niet alleen den Absager en degenen, die hem terwille zijn, met straf, maar schrijft zelfs voor eene belooning toe te kennen aan degenen, die hem aanhouden en gerechtelijk doen insluiten, terwijl alle schriftelijke en mondelinge aanzeggingen van vijandschap (Fehdebriefe en Absagungen) wederrechtelijk worden verklaard.

Strafbaar is de voorkoop, d. i. het opkoopen van vee, graan, kaas, vet en dergelijke koopwaren. Het opkoopen kwam in de 14e, 15e en 16e eeuw veelvuldig voor om kunstmatig de prijzen te doen stijgen en daarvan voordeel te trekken, waartegen maatregelen van overheidswege werden genomen. Zoo mocht te Regensburg op marktdagen niet gekocht worden vóórdat met de klokken van den Heiden- of den Römertoren een teeken was gegeven en te Salzburg werd ten teeken, dat het koopen beginnen mocht, een vlag uitgestoken. Hier wordt als straf bedreigd eene boete van 25 pond Perner en verlies van het goed, waarmee de schuldige betrapt wordt. De Tirolensis staat hoog en verheft zich boven strafwetten van eigen en lateren tijd, doordat zij niet strafbaar stelt de hekserij en de tooverij, feiten, waarop

---

(1) Den tekst vindt men in de Beilage zu den bayerischen Annalen, 1834, no. 137, bl. 9.

de Carolina de doodstraf (verbranden) heeft gesteld. Het was tegen den Tiroolschen volksgeest zoogenaamde heksen en toovenaars te straffen, hetgeen in 1487 gebleken was, toen, nadat onder aartshertog Sigmund voor het eerst eenige vervolgingen tegen heksen waren ingesteld, daartegen verzet kwam op den landdag te Hall (1).

Bij diefstal wordt onderscheid gemaakt naar de waarde van het gestolen goed, een beginsel, dat ook in de Bambergensis en de Carolina is opgenomen. De grens tusschen kleine en groote diefstallen is 25 pond Perner. Personen boven de 18 jaren worden wegens kleinen diefstal gestraft met tuchtiging aan den lijve, aan de kaak stellen en verbanning. De groote diefstal werd gestraft met de straf van hangen, welke ook bedreigd wordt tegen hem — deze uitdrukking is niet duidelijk — die „mermalen über zehen pfund stül", waarbij de vraag rijst, of bedoeld wordt samenloop van diefstallen, die tegelijk berecht worden, of het geval van herhaling na veroordeeling. De eerste uitlegging is waarschijnlijk de juiste. Van herhaling na veroordeeling maakt de wet niet gewag. Zwaarder dan diefstal wordt de verduistering gestraft, namelijk met verdrinken, hetgeen geldt als zwaarder dan ophangen. De wet kent twee vormen van verduistering: het wegvoeren van goed, dat den dader toevertrouwd en eenig goed twee-, drie- of meermalen verkoopen of verpanden zonder mededeeling te doen van de vorige verpanding (2). Tegen bedrog neemt de wet krachtige maatregelen, waaraan de hedendaagsche wetgever een voorbeeld moge nemen. De Keizer overweegt, dat veelvuldig bedrog in den handel voorkomt

(1) Dr. Jos. Rapp, t. a. p. bl. 4.

(2) Ob ain person vertrawts guet weg füret oder ain gut zwayen dreyen oder mer wissendtlich vnd gevärlichen verkauffet oder versetzt . . . . die söllen auch ertrenckt werden.

en hij de mannen van handel en nijverheid wil beschermen. Eenerzijds schrijft hij voor dat bedrog (laicherey) (1) gestraft zal worden hetzij met den dood, hetzij met eene lichtere straf aan den lijve naar goeddunken van het gerecht, anderzijds neemt hij scherpe maatregelen tegen menschen, die hunne schulden niet betalen, zooals wij boven gezien hebben.

Consequent in het beginsel, dat vervolging en bestraffing tot de overheidstaak behooren, maakt de Tiroolsche wet — en dit moet voor het einde der 15de eeuw als een groote bijzonderheid worden beschouwd — het verleenen van gratie los van de toestemming van den benadeelde. In de middeleeuwen was het een algemeen erkend beginsel, dat alleen met diens toestemming gratie kon worden verleend. „Die Ledigung geschieht nur mit Willen der Verletzten" is een regel van den Schwabenspiegel. Het zou, gelijk ook THOMAS VAN AQUINO leerde (2) in strijd met het recht van den beleedigde zijn geweest, indien zijn goedvinden niet vereischt ware. Het is dan ook begrijpelijk, dat in 1495 de Wormser Reformatie, hoewel zij het inquisitoir proces in zich had opgenomen, nog vasthield aan de middeleeuwsche opvatting en bepaalde: Und welcher oder welche also durch Verwürckung .... in Acht kämen die sollen auch von Unns davon nicht absolviert werden dann mit Willen der Beschedigten (§ 9). Niet aldus de Tirolensis, die trouwens alleen een strafproces van de overheid voorschrijft: „Ob ain todschleger durch uns unser erben nachkomen oder yemanndt von unsern wegen die des gwalt und macht haben, begnadt würd, oder ain anderer übeltätter, der

(1) Laicherei omvatte verschillende vormen van bedrog, o.a. ook vervalsching van wijn en valsch spel; laichen = huppelen, springen, door bedrog afhandig maken.

(2) Summa 2, 2 qu. 67, a. 4.

soll alsdann in dem Gericht da der Todslag oder tat beschehen, und da er gefangen gelegen ist, umb die Atzung (de onderhoudskosten) abkomen (vrijkomen)" (1). „Dat het kwijtschelden van straf zich vrijmaakt van den wil der benadeelde partij, dat de gratie der verzoenende hand zich uitstrekt over den schuldige, terwijl de wraaklust nog leeft in de borst der gekwetste familie, is," gelijk KOHLER zegt in „Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz", „een hoofdtriumf van de staatsmacht op de familieveeten en een der hoofdtrekken van de staatsorde boven de door de vlam van den hartstocht doorgloeide familiewraak." Welnu, deze schrede voorwaarts vinden wij in de wet, die ons bezig houdt.

Evenals de andere Maximiliaansche ordonnanties mist de Tiroolsche eene scherpe bewijsleer. Van bewijs door getuigen spreekt zij niet uitdrukkelijk, van bewijs door aanwijzingen voor veroordeeling is geen sprake. Men onderscheidt in haar stelsel drie bewijsprocedures. Heeft betrapping op heeter daad plaats gehad, dan is voor het bewijs bekentenis niet noodig; men neemt aan, dat het feit dan notoir is en dus nader onderzoek achterwege kan blijven (2). Is de dader niet op heeter daad betrapt, bestaan er slechts aanwijzingen, dan is voor veroordeeling bekentenis vereischt. Heeft de verdachte de vlucht genomen, dan is — eene instelling, die geenszins algemeen was — eene verstekprocedure mogelijk: de verdachte wordt gedagvaard door een Fronbote in het openbaar: in de steden voor het raadhuis, in de gerechten buiten

(1) Uitg. WEISKE bl. 192. Het is niet duidelijk wat hier umb beteekent. Vermoedelijk tegen betaling van. Het is zeer aannemelijk, dat degene, die na gevangenisverblijf kwijtschelding van straf genoot, de voedingskosten moest betalen. De zin is m. i.: «met de onderhoudskosten vrijkomen».

(2) RAPP, t. a. p. bl. 13.

de steden voor de plaats waar het gerecht zitting houdt; drie malen wordt hij gedagvaard telkens met eene tusschenruimte van 14 dagen. De verdachte (de wet noemt hem übeltätter) kome of kome niet, toch zal recht gedaan worden en als iemand aldus bij verstek is schuldig en vogelvrij verklaard (in de acht veroordeeld), dan zullen misdaad en vonnis door den secretaris in het openbaar worden voorgelezen. De bewijsleer der wet is dus — en daarin mag zij als voorloopster van de groote wetten Bambergensis en Carolina worden beschouwd —, dat veroordeeling òf op bekentenis òf op de verklaringen van getuigen, die de daad zelf hebben bijgewoond, moet steunen (1).

Het hoofdbeginsel van het proces is aldus. Wanneer een rechter iemand, verdacht van misdaad, gevangen neemt en vervolgt, hetgeen hij ambtshalve doen mag, moet hij den stadsraad of den gezworenen van het gerecht kennis geven, waarom de verdachte vervolgd wordt en voorts met hem handelen overeenkomstig hun oordeel „mit frag oder in ander weg darauff". Vermoedelijk beteekent hier frag, wat gewoonlijk genoemd wordt „peinliche Frage" (2), bij de Romeinen quaestio (3), foltering. Op eigen gezag mag de rechter den verdachte noch gichtigen (d. i. tot bekentenis brengen) noch fragen lassen. M. i. moet ook hier het fragen worden uitgelegd als folteren (4). Tegen het enkele ondervragen van den ver-

---

(1) Carolina art. 22: das muss aus eygen bekennen oder beweisung beschehen und nit auff vermutung oder anzeygung.

(2) Carolina o.a. art. 22, 45 «Von peinlicher frag», 46.

(3) Tit. 18 D. XLVIII De Quaestionibus, b.v. l. 10, De minore quatuordecim annis quaestio habenda non est. Ook tit. 41 C IX De Quaestionibus.

(4) Dezelfde uitlegging geeft J. Rapp, Beiträge zur Geschichte, Statistik, Naturkunde und Kunst von Tirol, 1829, bl. 12.

dachte zonder machtiging kan toch geen bezwaar hebben bestaan. Bovendien wordt gesproken van fragen lassen, terwijl het ondervragen toch het werk was van den rechter zelf, die het folteren door een ander liet doen. Het zou ook geen zin hebben het enkele ondervragen te noemen naast het tot bekentenis brengen, dat ondervragen in zich sluit. Wel wordt later gesproken van „frag und marter", waaruit men zou kunnen afleiden, dat de wet eene tegenstelling maakt tusschen „frag" en foltering, maar het zou m. i. onjuist zijn. Veeleer moet hier gedacht worden aan een und interpretativum of wel een und, dat synoniemen verbindt, gelijk in deze wet meer voorkomt b.v. „wie dann das vor erkannt und beschlossen ist", en het is „unser will und mainung" (1). Ten slotte is het duidelijk, dat de wet fragen bezigt in den zin van folteren, waar zij bepaalt, dat, wanneer tot folteren besloten is, de rechter drie leden van den raad of drie gezworenen zal oproepen en den verdachte in tegenwoordigheid van hen en van den secretaris zal fragen, zonder dat iets over pijnigen gesproken wordt: „Wa ainer oder aine an die frag und marter erkant wirdet, sol der Richter drey auss dem Rat oder von den Gesworn zu jm nemen, die selben person also in irer und des Gerichtschreibers gegenwirtikait fragen". Ook in het „Deutsches Wörterbuch" van J. en W. Grimm wordt Frage vermeld in den zin van tortuur. Van Luther worden aangehaald de woorden: „nach etlichen tagen ward Thomas ubel gemartert zu Helderung in der frage". Wahlberg legt in de zinsnede „in irer und des Ge-

(1) Eveneens: beschriben und aussgedruckt, waar gezegd wordt, dat nicht all übeltaten so beschehen möchten beschriben und aussgedruckt sein, uitg Weiske bl. 196.

richtschreibers gegenwirtikait fragen" het laatste woord uit als folteren (1).

Indien de verdachte bekent, mag men niet klakkeloos aannemen, dat hij waarheid spreekt. De rechter moet, en hieruit blijkt weer het streven naar materieele waarheid, aan het inquisitoir proces verbonden, onderzoeken of hetgeen de verdachte verklaard heeft, wel waar is en of hij niet ten onrechte ten nadeele van zichzelven of van anderen bekend heeft uit vrees, tengevolge van de pijniging of uit vijandschap, althans zoo meen ik het voorschrift: „sollen sich die richtere aygentlichen (2) darjnn erkunden, ob die person das aus vorcht marter oder veindtschafft, auf sich selbs oder ander bekennt het" te moeten begrijpen. Indien het dan blijkt, dat hij zichzelven of anderen onrecht heeft gedaan en niet de waarheid heeft gesproken, moet de rechter dit ter kennis brengen van den raad of de gezworenen en verder handelen overeenkomstig hun besluit. Ook uit de volgende voorschriften blijkt het lofwaardig streven naar voorzichtigheid ten aanzien der bekentenis. De secretaris moet haar zuiver opschrijven, de rechter en de bijzitters moeten haar nog eens overlezen. Willen zij daarop vonnis wijzen — bedoeld zijn de raden of gezworenen, die het verhoor hebben bijgewoond — dan moet zij ook den anderen raden en gezworenen worden voorgelezen en wanneer de drie, die bij het afleggen der bekentenis tegenwoordig zijn geweest, getuigen en eenstemmig verklaren, dat zij zóó is afgelegd, dan is zij voldoende voor veroordeeling (3).

---

(1) Die Max. H.G.O. bl. 155. WAHLBERG was hoogleeraar in het strafrecht te Weenen.

(2) Uitdrukkelijk of speciaal. Mittelh. d. Handwörterbuch van Lexer sub eigenlich.

(3) Soll Gerichtschreiber die urgicht lauter aufschreiben und

Opmerking verdient, dat de wet de ratificatio der bij de foltering afgelegde bekentenis niet vereischt. Onder ratificatio verstaat men de herhaling van de bekentenis na verloop van eenigen tijd, gewoonlijk een etmaal, buiten de folterkamer bij nieuw verhoor. Het Justiniaansche recht kent haar niet, bij de Romanisten echter komt zij algemeen voor (1), reden, waarom men haar ook in onze wet zou verwachten, gelijk ook de Bambergensis en de Carolina haar voorschrijven en eischen, wil men op grond der bekentenis veroordeelen. Wel zegt de Tirolensis, dat de secretaris moet opschrijven „was der übeltätig mensch also bekennt und bestät" (= bestätigt, bekrachtigt), maar hier is geen sprake van een nieuw verhoor na verloop van tijd.

Is de opvatting, dat bij betrapping op heeterdaad nader onderzoek niet noodig was en dus veroordeeld kon worden op de verklaringen der getuigen, die den dader betrapten (2), juist? Zij berust op deze woorden

---

Richter die mitsambt denen so er also zu jm nymbt nachmals überlesen und so man dann darüber urtailen will, die den andern Räten oder Gesworn auch verlesen und wann die drey so dabey gewesen sein gezügknuss geben und die urgicht also zu sein ainhelligklich bey jren Ayden vor Richtere unnd andern Geschworn bekennen. Alsdann ist desselben bekennen genug.

(1) Quod si confessio facta sit in tormentis vel tormentorum metu quod unica et sola non praejudicat .... quod tortus debet quiescere saltem per unam diem naturalem post torturam antequam ducatur ad tribunal, ut ratificet. ARETINUS, De Maleficiis, 111 en 112 van «Quod Fama», uitgave van 1555, bl. 282. GUIDO DE SUZARIA, Tractatus de Indiciis et Tortura, bl. 78, 79. JAC. DE BELLOVISU, Aurea Practica Criminalis, lib. III, cap. X, 8—11. GANDINUS, Tractatus de Maleficiis, rubr «De Quaestionibus» no. 27. BRUNUS, Tractatus de Indiciis et Tortura, p. II qu. 6. JUL. CLARUS, Omnia Opera, liber 5 § Fin., bl. 572.

(2) Aldus RAPP t. a. p. bl. 13, WAHLBERG, Die Max. Halsgerichtsordnungen, bl. 154.

der wet: „Souerr aber ain person an warer that mit handlen diebstall, morderey, rauberey oder in ander weg, Malefitz berurend, betreten wurd, vnnd nicht auff ander vngeleumbt personen bekennet, *alsdann ist nicht not ainicherlay weyters erkunden.* Is zij juist, dan volgt daaruit, dat de wet veroordeeling kent op getuigenverklaringen naast veroordeeling op bekentenis en dus dezelfde bewijsleer huldigt als de Bambergensis en de Carolina. BRUNNENMEISTER heeft de juistheid betwist. Hij is van meening, dat bij betrapping op heeterdaad niet veroordeeld mag worden zonder bekentenis: de eenige grondslag voor veroordeeling zou bekentenis zijn (1). Wanneer de wet zegt, dat het niet noodig is „ainicherlay weyters" te onderzoeken, legt hij dit aldus uit, dat in het algemeen bij bekentenis nader onderzocht moet worden, of zij is afgelegd overeenkomstig de waarheid, maar dat dit niet noodig is, wanneer de verdachte op heeterdaad betrapt is en bekend heeft. Zijne uitlegging berust hierop, dat de wet spreekt van „souerr *aber*" en dus aan eene tegenstelling gedacht moet worden met het voorafgaande, waar gezegd is, dat men onderzoeken moet, of de door de foltering verkregen bekentenis wel met de waarheid overeenstemt. Men zou tegen deze uitlegging kunnen aanvoeren, dat inderdaad het woord aber op eene tegenstelling wijst, maar dat die tegenstelling ook hierin kan liggen: de wet stelt eerst als algemeenen regel, dat de rechter in geval van arrestatie den stadsraad of den gezworenen zal kennis geven en mededeelen, waarom hij eene vervolging instelt om daarna overeenkomstig hun oordeel „das sey mit frag oder in ander weg" te handelen, en bepaalt voor het

(1) T. a. p. bl. 80: Ein verurtheilendes Erkenntniss bauen beide Malefizordnungen (Radolphzeller H.G.O. en Tirol.) lediglich auf das Geständniss des Beklagten.

speciale geval, dat de dader op heeterdaad betrapt is, dat nader onderzoek niet noodig is. Aan de zinswending „souerr aber" is dus geen afdoend argument te ontleenen. De bedoeling der wet is niet duidelijk. Maar in geen geval, ook al is de interpretatie van BRUNNENMEISTER juist, mag men met hem aannemen, dat de wet alleen bewijs door bekentenis kent. Al schreef zij voor, dat de op heeterdaad betrapte gefolterd moet worden bij ontkentenis, dan zou daaruit nog niet volgen, dat hij moet worden vrijgesproken in geval hij bij zijne ontkentenis volhardt. Het is uit een middeleeuwsch-rechtskundig oogpunt onaannemelijk, dat de op heeterdaad betrapte bij ontkentenis niet zou mogen worden gestraft. Dat alleen bij bekentenis mag worden veroordeeld, staat ook nergens in de wet uitgedrukt. Noch het een, noch het ander zegt zij met zooveel woorden, doch zij laat veel aan het beleid der raden en gezworenen over; wanneer zij gezegd heeft, dat nader onderzoek niet noodig is, laat zij daarop volgen: „Und solhs sol alweg nach gelegenhayt ainer yeden sach vnd missetat, nach erkantnus des merer tayls der rät oder gesworn ermessen werden und dabey beleiben". Ook al neemt men met BRUNNENMEISTER aan, dat de op heeterdaad betrapte mocht worden gefolterd, dan is het nog niet noodig aan te nemen, dat bekentenis voor veroordeeling onmisbaar was. Ook de Bambergensis zegt, dat de op heeterdaad betrapte met pijniging tot bekentenis mag worden gedwongen, maar al bleef hij ontkennen, dan kon hij toch op grond der getuigenverklaringen veroordeeld worden (1). Bovendien is het ondenkbaar, dat de Tiroolsche ordonnantie een teruggang in de bewijsleer zou kunnen bedoelen; het Tiroolsche recht kende reeds het bewijs

(1) Zie mijn opstel over de Bambergensis, *Themis* 1923, bl. 305.

door getuigen: das Kuntschaft nemen komt zoowel in Maximiliaan's ordonnantie van 1496 (1) als in eene ordonnantie van Sigismund van 1489 (2) voor. En hoe zou zich het zonderlinge feit laten verklaren, dat een wet van 1499, die het inquisitoire proces aanvaardt en de tortuur voorschrijft, kennelijk staande onder den invloed der Romanisten, niet gediend zou zijn van getuigenbewijs? BRUNNENMEISTER heeft zich niet aan eene poging gewaagd dat feit te verklaren.

De terechtzittingen waren niet openbaar. De behandeling der zaken en het uitspreken van het vonnis geschiedde met gesloten deuren: De raden in de steden en de gezworenen van de gerechten alsmede de rechters „söllen all hernachvolgend händel mit verschlossner thür haben zuhanndlen und zu urtailen". Het tijdperk van gerechtelijk onderzoek in het openbaar, het onderzoek, dat geschiedde in tegenwoordigheid van de volksgenooten, wier belangstelling geprikkeld en bevredigd, wier vertrouwen bevestigd, wier oordeel gevraagd werd, was afgesloten. Het niet-openbare van het onderzoek hing samen met het inquisitoir proces; het niet-openbare van de uitspraak van het vonnis kan echter niet als een rechtstreeksch uitvloeisel van het inquisitoir proces worden beschouwd (3). Eene uitzondering maakt de Tirolensis voor het geval, dat iemand wordt beschuldigd „jrs glimphs Eeren oder fügen" d. i. aangerand in zijne eer of zijn goeden naam, dat wordt altijd in het openbaar onderzocht; daarna

(1) Bayerische Annalen, Beilage van no. 137, bl. 9.

(2) Bayer. Ann. t. a. p. bl. 5.

(3) De tegenstelling van geheim onderzoek en openbare uitspraak van het vonnis vindt men o a. in het privilege van Maximiliaan voor de stad Wels van 1519, waarin bepaald wordt, dat de halsmisdaden behandeld zullen worden met gesloten deuren, maar het vonnis zal worden voorgelezen onder den blooten hemel.

wordt het vonnis met gesloten deuren vastgesteld en vervolgens in het openbaar aan „partijen" medegedeeld. Hier komt dan toch het accusatoir proces om den hoek kijken! Plotseling spreekt de wet van partijen, als ware eene accusatio grondslag van het geding. Maar zij zegt ook nergens, dat uitsluitend ex officio vervolgd mag worden. Is het niet merkwaardig, dat de wet zoo weinig van een accusatoir proces gewaagt, waar toch in dien tijd het proces op aanklacht regel, de inquisitio nieuw was, zich een plaats veroverend *naast* het accusatoire proces, gelijk dan ook in de Wormser reformatie, de Bambergensis en de Carolina deze procesvormen gecoördineerd zijn? Het verwondert ons echter niet, als wij bedenken, dat wij hier te doen hebben met de wilsuiting van een krachtigen, voortvarenden wetgever, die kort en bondig voorschriften gaf tot bescherming van het openbaar belang, strenge straffen bedreigde en aanwees hoe van overheidswege geprocedeerd moest worden, zonder ook maar eenigszins naar volledigheid of een afgerond geheel te streven. Zou het wel de bedoeling zijn geweest het accusatoire proces geheel af te schaffen?

Van eene zitting voor het eindonderzoek maakt de wet niet gewag. De resultaten van het geheim onderzoek waren voldoende om vonnis te wijzen. Wanneer het vonnis is uitgesproken, breekt de rechter zijn staf en geeft den veroordeelde den beul over.

Wij komen nu aan de vraag, of de Tirolensis gerekend moet worden tot de bronnen van de Bambergensis. Heeft de ontwerper van de mater Carolinae bepalingen of beginselen aan de Tiroolsche Malefizordnung ontleend? Deze vraag is m. i. van gewicht niet alleen voor de geschiedenis van het ontstaan der Bambergensis, maar ook en vooral om vast te stellen, of de Tirolensis door middel van de Bambergensis en de Carolina zooveel invloed

heeft gehad op het strafprocesrecht van Duitschland, dat zij een belangrijke figuur is te achten in den ontwikkelingsgang van het strafproces in Midden-Europa. VON WENDT (1), MITTERMAIER, WAHLBERG (2), HERRMANN en anderen hebben de vraag, of zij tot de bronnen der Bambergensis moet worden gerekend, bevestigend beantwoord en die opvatting heeft zich meer en meer verbreid. ROSSHIRT heeft haar echter betwist en beide wetten beschouwd als kinderen van denzelfden tijdgeest (3) en BRUNNENMEISTER betoogt in zijn voortreffelijk, scherpzinnig en uitvoerig werk „Die Quellen der Bambergensis" dat men moet aannemen, dat niet gebleken is, dat de ontwerper der Bambergensis iets aan onze Tiroolsche wet heeft ontleend.

Men zal mij echter moeten toegeven, dat het waarschijnlijk is, dat de ontwerper der Bambergensis kennis genomen heeft van een wet, die dezelfde materie behandelde, die, let wel, door den Keizer zelf gegeven was voor een deel van het Duitsche rijk, grenzende aan Beieren en korten tijd voor de totstandkoming van de Constitutio Bambergensis (1507) uitgevaardigd en in druk verschenen was (eerste uitgave 1500, de tweede 1506) (4). Het zou zulk een merkwaardig verschijnsel zijn als VON

---

(1) Op gezag van andere schrijvers neem ik aan, dat hij de schrijver is van de opstellen over «Die Tyroler Malefiz-Ordnung von 1499 wirklich Quelle der Bambergensis und Carolina» in de Bayerische Annalen van 1834 (nos. 137, 139, 151, 152). Zij zijn onderteekend met ερ.

(2) W. C. WAHLBERG, Oesterreichische Blätter für Literatur und Kunst, 1856, bl. 100.

(3) Beiträge, Heft 1, bl. 111 vlg. Geschichte u. System des deutschen Strafr. I, bl. 200. De eerste, die op de Tir. de aandacht heeft gevestigd als waarschijnlijke bron der B., was MARTIN in diens Lehrbuch van 1825, deel I, bl. 4, noot 6.

(4) Bayerische Annalen 1834, bl. 2022.

SCHWARZENBERG niet van haar had kennis genomen en niet zijn voordeel met haar had gedaan, dat men dit zou moeten aantoonen. Daarom lijkt mij het uitgangspunt van BRUNNENMEISTER onjuist, dat alleen indien blijkt, dat VON SCHWARZENBERG niet op eene andere wijze de stof verzameld kan hebben, de Tirolensis als bron mag worden beschouwd. M. i. heeft VON WENDT geen nutteloos werk gedaan door de vele punten van overeenstemming tusschen beide wetten naarstig op te sporen en te boekstaven (1).

De belangrijkste zijn m. i. de volgende:

I. Zij hebben hetzelfde bewijsstelsel.

II. Als tot foltering besloten is, roept de rechter drie leden van den raad of van de gezworenen op en de verdachte zal gefolterd worden in tegenwoordigheid van hen en van den secretaris. De bekentenis moet zuiver (lauter) worden opgeschreven. Wil men op haar recht doen, dan moet zij ook den anderen (raadsheeren of gezworenen) worden voorgelezen. Als de drie bijzitters bij hun eed verklaren, dat de bekentenis aldus is afgelegd, dan is zij voor veroordeeling voldoende. Hetzelfde stelsel vindt men in de B. (art. 57): de verdachte moet ondervraagd worden door den rechter in tegenwoordigheid van twee bijzitters en den secretaris en wat hij verklaart, moet worden opgeschreven; zoo noodig wordt hij gefolterd in hunne tegenwoordigheid en wat hij bekent, zal opgeschreven worden; wanneer de verdachte op de zitting de misdaad, die hij bekend had, ontkent, „so sol der Richter die zwen geordneten Schöpffen, so mit jme sölche verlesene vrgicht vnd bekanntnuss gehört haben auf jre eyde fragen, ob sie die verlesene vrgicht gehört haben vnd so sie jha darzu sagen, so hat des beclagten verneynen nit stat" (B. art. 107). De T. bepaalt verder, dat

(1) T. a. p. bl. 2034.

bij het vellen van het vonnis één der bijzitters, die bij het afleggen der bekentenis tegenwoordig zijn geweest, het eerst om zijn oordeel zal worden gevraagd (vnnd vnnder den dreyen sol alsdann des ersten ainer der vrtail angeforscht werden), daarentegen bepaalt de B. uitdrukkelijk (art. 107), dat die twee schepenen, welke het vooronderzoek hebben bijgewoond en nu getuigenis afleggen van hetgeen de verdachte daar verklaard heeft, niet mede vonnissen: aber fürter söllen dieselben zwen Schöpfen so also gezeugknuss geben, vmb die urteyl nit gefragt werden (1). De opmerking van Von Wendt komt mij juist voor, dat het feit, dat deze negatieve bepaling in de wet is opgenomen, er op wijst, dat de wetgever te kennen heeft willen geven, dat hij het stelsel van de Tirolensis volgt, alleen niet ten aanzien van dat punt. Juist omdat uitdrukkelijk van haar wordt afgeweken, rijst het vermoeden, dat zij overigens navolging vindt.

III. Een ander punt van overeenstemming is de grens tusschen grooten en kleinen diefstal. In de T. is zij 25 pond Perner, in de B. 5 gulden, bedragen, die in waarde overeenstemden.

IV. Beide wetten hebben als straf bij grooten diefstal het hangen voor mannen, het verdrinken voor vrouwen.

V. Zij hebben hetzelfde stelsel van procedeeren tegen voortvluchtigen: driemaal moet gedagvaard worden met eene tusschenruimte van 14 dagen, daarna kan de verdachte bij verstek in den ban verklaard worden (Bamb. artt. 234—241).

VI. Beide hebben eene strafbepaling tegen zelfmoordenaars.

---

(1) Het is wel merkwaardig, dat de Carolina is afgeweken van de B. en dichter bij de T. staat door (in art. 91) te bepalen, dat de twee schepenen, die het afleggen der bekentenis hebben bijgewoond, niet slechts als getuigen worden gehoord, maar mede stem hebben.

VII. De B. bepaalt, dat, wanneer de rechter ex officio eene strafvervolging instelt, hij niet eigenmachtig tot foltering mag overgaan, maar noodig heeft de toestemming van vier gezworenen, die de gerezen aanwijzingen van schuld voldoende moeten verklaren. De Carolina bepaalt dit niet met zooveel woorden en het strekt de B. tot eere, dat zij op dit punt zoo duidelijk is. Haar voorschrift stemt geheel overeen met de boven besproken bepalingen van de T. Heeft inderdaad Von Schwarzenberg zijn stelsel aan de Tirolensis ontleend — en dit is toch wel waarschijnlijk — dan is hare waarde op dit punt zeer hoog te achten: in het beginsel, dat geen foltering mocht plaats hebben zonder gerechtelijk besluit, lag een belangrijke waarborg tegen willekeur op dit zoo uiterst gevaarlijk terrein. Dat de T. een besluit van alle gezworenen (12) of van de meerderheid noodig achtte (de rechter had bij staking van stemmen de doorslag gevende stem), terwijl de B. eischt eene toestemming van het college van rechter en vier gezworenen is geen beletsel om aan te nemen, dat de laatste aan het eerste het beginsel heeft ontleend.

VIII. Ten slotte is een punt van belang, dat de wetten in den vorm overeenstemmen, in zooverre, dat zij niet alleen strafproces en strafrecht samenvoegen, maar beide eerst het proces regelen, daarna materiëel strafrecht bevatten en ten slotte aanvullende procesrechtelijke bepalingen inhouden; beide bezitten een strafrechtelijken stroom in procesrechtelijke bedding. Daarom zou ik meenen, dat, hoezeer de Tiroolsche wet bij de Bambergsche achterstaat, geheel in het niet zinkt naast deze grootsche schepping als een losse schets naast een volmaakte schilderij, als een stijlloos kerkje naast een indrukwekkende kathedraal, zij toch tot hare bronnen moet worden gerekend, in dien zin, dat zij eenigen invloed op de wording van de vermaarde Bambergsche wet heeft gehad.

Brunnenmeister heeft zich echter zóó beijverd om aan te toonen, dat die zienswijze ongegrond is en argumenten aangevoerd, die van zooveel kennis getuigen, dat men met zijne beschouwingen moet rekening houden (1). Hij stelt voorop, dat, sinds Zoepfl het Bamberger stadsrecht der 15e eeuw gepubliceerd heeft, gebleken is, dat de ontwerper der Bambergensis daaraan veel ontleend heeft en dat het dus niet noodig is de Tirolensis als bron te beschouwen, zoolang het Bambergsche recht of algemeene rechtsbeginselen de bron kunnen zijn. Maar de schrijver noemt zelf een reeks van bronnen (een zevental) en neemt dus, m. i. terecht, aan, dat Von Schwarzenberg aan vele zijden geplukt heeft. Waarom zou hij dan niet een fonkelnieuwe strafwet van zijn eigen keizer benut hebben? Genoemde schrijver erkent, dat een belangrijk punt van overeenstemming is het feit, dat beide wetten dezelfde grens trekken tusschen kleinen en grooten diefstal. Deze is in de Tiroolsche 25 pond Perner, in de Bambergsche 5 Gulden, waarden, die aan elkander gelijk zijn (2). In het middeleeuwsche strafrecht was het onderscheid tusschen kleinen en grooten diefstal naar de waarde van het gestolen goed algemeen, alleen de groote werd met den dood gestraft, maar de waarde, die de scheidingslijn vormde, was, uit den aard der zaak, verschillend. Als zoodanig was in gebruik veelal de som van 5 schellingen, in Beieren 6 schellingen (3). Brunnenmeister meent echter, dat het niet noodig is den oorsprong van het in de Bambergensis aangenomen bedrag in de Tiro-

(1) Die Quellen der Bambergensis, bl. 76—102.

(2) 5 pond Perner (of Berner) = 60 Pfenning = 1 Gulden. Schmeller, Bayerisches Wörterbuch, 2 Aufl., deel I, bl. 279; Von Wendt, Bayerische Annalen 1834, bl. 2038; Lexen, Mittelhochd. Wörterbuch geeft op: Berner, denarius Veronensis.

(3) R. Temme, Ueber den Betrag des Diebstahls. Erlangen 1867, bl. 34.

lensis te zoeken, aangezien de constitutio Friderici I de pace tenenda et ejus violatoribus van 1156, welke deze bepaling inhoudt: „si quis quinque solidos aut valens fuerit furatus, laquio suspendatur; si minus scopis forcipe excorietur et tondatur", en welke constitutio in de libri feudorum is opgenomen, tot het gemeene recht behoorde. Men kan dus zeggen, dat het gemeene recht de grens trok met 5 solidi en de solidus werd destijds in de Duitsche boeken veelal met den gulden geïdentificeerd, waaruit zich laat verklaren, dat VON SCHWARZENBERG in plaats van 5 solidi 5 gulden nam. In de vertaling der Institutiones van GOBLER, in de nog oudere vertaling van FUCHSPERGER en in den Klagspiegel, die zekerlijk tot de bronnen van de Bambergensis behoort (1) wordt solidus vertaald door gulden en in de Institutiones van PERNEDER wordt geleerd, dat volgens de constitutio van Keizer Frederik de grens tusschen kleinen en grooten diefstal 5 gulden is: „So ist doch durch weilent Kaiser Friderichen den andern löblichster gedechtnuss in gemainen Lehenrechten onder anderm ain solche constitution auffgericht, so ainer fünf gulden wert oder mer stilt, daz derselb erhenkt, oder, so er weniger dann fünf gulden gestolen, mit ruten aussgehawen werden soll. Ita est textus ad literam in titulo de pace tenenda ejus uiolatoribus § si quis quinque solidos in usibus feudorum" (2).

In deze poging om een argument te weerleggen is de schrijver niet gelukkig geweest. Hij beroept zich op de constitutie van Frederik I, maar wanneer hij op bl. 288 van zijn voormeld werk de bronnen der Bambergensis opsomt, noemt hij deze constitutie niet, alleen bij deze gelegenheid wordt op haar een beroep gedaan. Voorts is

---

(1) Zie mijn opstel in *Themis* 1923, De Bambergensis, bl. 299.

(2) PERNEDER, Institutiones, 1550, fol. 112 D.

een bedrag van 5 solidi niet hetzelfde als 5 gulden en de schrijver zelf erkent, dat solidus niet algemeen met gulden werd vertaald, waarbij hij vermeldt, dat TENNGLER in den Layenspiegel (blz. 187 *b*) spreekt van diefstal „nit über fünf schilling" en T. daaraan toevoegt „die nach etlicher auslegung für guldin" en wel, gelijk BRUNNENMEISTER zegt, „mit Rücksicht auf die C. C. B.", dat wil dus zeggen, dat deze uitspraak *na* het ontstaan der Bambergensis heeft plaats gevonden, terwijl voor ons onderzoek juist de vraag is, of quinque solidi vóór 1507 vertaald werd met vijf gulden. Daarom is ook zijn beroep op PERNEDERS werk „Institutiones" waardeloos, omdat dit van 1550 dateert, evenzeer faalt des schrijvers beroep op GOBLERS vertaling der Institutiones van 1532 en bovendien beteekent het feit, dat een enkele keer solidus met gulden vertaald werd, niet, dat deze vertaling gebruikelijk was en dus kan een beroep op de 5 solidi in de constitutie van Frederik I hier niet als eene verklaring gelden.

Een tweede poging om de boven opgesomde argumenten te ontzenuwen, is m. i. evenzeer mislukt. Wanneer genoemde schrijver toegeeft, dat eene treffende overeenkomst ligt in het voorschrift, dat, waar de man zal worden gehangen, de vrouw moet worden verdronken, hoewel van oudsher als straf voor vrouwen het levend begraven was geboden, welk voorschrift men in onze beide wetten aantreft, laat hij daarop volgen, dat het geenszins noodig is hier te denken aan een invloed der Tiroolsche wet (1), aangezien juist in dien tijd er een afschuw kwam van het levend begraven en men besloot deze straf te vervangen door verdrinken of verbranden. Als bewijs voor deze bewering voert de schr. aan een

(1) T. a. p. bl. 90.

raadsbesluit van Nürnberg, waarbij overwogen wordt, welk een gruwelijke dood het levend begraven van vrouwen is en dat zulk een straf op weinige plaatsen in het rijk wordt toegepast en bepaald wordt, dat voortaan de vrouwen wegens diefstal of andere daden niet meer levend begraven, maar verbrand zullen worden. Dit besluit is echter van 1515 en bewijst dus niets voor de periode van 1499—1507. In 1515 moeten zoo belangrijke wetten als die, welke ons bezig houden, reeds buiten het gebied, waar zij golden, invloed hebben uitgeoefend.

Dat er overeenstemming is in den vorm der wetten, in zooverre dat beide de strafrechtelijke voorschriften plaatsen tusschen voorafgaande en volgende procesrechtelijke bepalingen, erkent BRUNNENMEISTER zonder te betwisten, dat dit punt van gewicht is (1). Ten slotte moet hem worden toegegeven, dat hetgeen VON WENDT opgeeft, ook als punt van overeenstemming, namelijk dat beide wetten de instelling kennen, dat degenen, die vonnis moeten wijzen, in moeilijke of twijfelachtige gevallen raad moeten vragen, niet veel beteekent, aangezien dit een algemeen verbreid gebruik was bij schepengerechten (2). Het is dus waarschijnlijk, dat de Tirolensis invloed heeft gehad op de totstandkoming der Bambergensis. Van dezelfde meening is T. RUOFF in zijn in 1912 verschenen werk „Die Radolfzeller Halsgerichtsordnung von 1506" (bl. 148).

De geschiedenis van het strafrecht laat ons zooveel wreedheid zien, dat het den geschiedschrijver niet anders dan aangenaam kan zijn de aandacht te vestigen op

(1) T. a. p. bl. 100.

(2) THOMAS, Der Oberhof von Frankfurt, bl. VII—XVI; BRUNNENMEISTER, t. a. p. bl. 86, 87.

elke verzachting, elke schrede voorwaarts in de richting der humaniteit, die hij op dit gebied ontdekt. Uit dien hoofde verdienen twee feiten geregistreerd te worden.

Wij zagen, dat de regel van Keizer Frederik was: wie vijf solidi of eenig goed van die waarde steelt, wordt opgehangen met een strik. ALBERTUS GANDINUS (gestorven ± 1306) noemt dit voorschrift in zijn Libellus de Maleficiis uiterst streng (1). De Tiroolsche ordonnantie stelt dezelfde straf op diefstal van eenig goed van 25 pond Perner of meer. Daarentegen is de Bambergensis gematigder: zij dreigt niet met doodstraf wegens diefstal van goederen ter waarde van 5 gulden, zoolang er geen verzwarende omstandigheden zijn, maar laat de bepaling der straf over aan het gerecht, dat rekening heeft te houden met de waarde van het gestolen goed en de persoonlijkheid van den dader (2).

Een tweede verschijnsel van verzachting ligt hierin, dat verdrinken als straf voor vrouwen in de plaats komt van levend begraven. Naar middeleeuwsch recht werden vrouwen gewoonlijk niet gehangen, in plaats daarvan werden zij, ook volgens de Zuid-Duitsche rechten, levend begraven. De Tiroolsche Malefizordnung echter bepaalt, nadat zij gelast heeft: „Souerr aber ainer über fünffundzwainzig pfund, oder mermalen über zehen pfund stül, denselben mit dem stranngen zurichten", als volgt: „Der gleich frawen so der massen diebstall thätten, so man den Mann mit dem stranngen richt, die frawen zuertrencken". Men begon het levend begraven, gewoonlijk gepaard gaande met palen (d. i. het lichaam aan den grond verbinden met een door het lichaam geslagen paal), te wreed te vinden. De

(1) T. a. p. Rubr. de furibus et latronibus n. 10.

(2) Zie mijn voormeld opstel over de Bamb. bl. 327.

Bambergensis (art. 186) en de Carolina (art. 159) volgen het voorbeeld van de Tiroolsche wet en een raadsbesluit van Nürnberg van 1515 stelt uitdrukkelijk in de plaats van levend begraven een andere doodstraf, omdat het levend begraven te gruwelijk was. De Tirolensis schrijft het ook niet voor bij verkrachting (derselb sol ertrenckt werden), hoewel het in de Zuid-Duitsche rechten de voor verkrachting gebruikelijke straf was. Zoo laat zich ook in dit van zooveel gestrengheid en wreedheid getuigend strafrecht nog een lichtpunt ontdekken.

Het privaatrecht in Andorra

DOOR

H. VAN KOL

Als een rots, onbewogen te midden
der ziedende baren!

Elk der vier kleine Staatjes in Europa, die sedert eeuwen weerstand boden aan de historische gebeurtenissen, die buiten hun grenzen machtige Rijken zagen opkomen en verzinken, schijnbaar hecht samengestelde bonden zagen uiteenspatten, terwijl elders nieuwe bonden werden gesmeed — heeft een eigen karakter, vormt een ander terrein voor studie en onderzoek.

San Marino, gesticht door een vervolgden Christen, die er op een rots een klooster bouwde, waaromheen zich in 951 een onafhankelijke gemeenschap schaarde, heeft nog wel zijn „Arrengo", of vergaderingen der gezinshoofden en zijn „Statuta illustrissimae Rei publicae" of Grondwet der 13e eeuw, doch levert verder weinig merkwaardigs voor den navorscher, allerminst op juridisch gebied.

Liechtenstein, ofschoon staatsrechtelijk volkomen Souverein, stond ook op rechtsgebied sterk onder Oostenrijkschen invloed, en zijn geschiedenis sedert de 12e eeuw had het gewone verloop van die der talrijke vorstengeslachten in Midden-Europa, het was een historie vol persoonlijke intrigues, al leverde het enkele bekende Staatslieden.

Het zelfstandige Prinsdom *Monaco*, sedert 980 (volgens

de Guide Bleu van HACHETTE LA PROVENCE blz. 448 echter sedert 1297) in het bezit der Grimaldi, had een meer bewogen verleden, doch vormt thans een toleenheid met Frankrijk en volgt de Fransche wetgeving, ook wat het civiele recht betreft.

Alleen voor een studie van het mondaine leven, van menschelijke hartstochten, van speelzucht en bederf, is het steeds een dankbare bron van studie gebleven.

Doch het meest merkwaardige dezer vier is, het diep in vrijwel ongenaakbare bergdalen verscholen, *Andorra*, waarover de Fransche regeering en de Spaansche Bisschop van Urgel gezamenlijk de Suzereiniteit uitoefenen, als gevolg der „Pariage" in 1278 gesloten (1). Zij is nog heden van kracht en is steeds de Grondwet van Andorra gebleven, zij regelt nog thans het bestuur en de rechtspraak (2). Voor beoefenaren der studie van de *adat*, — waarvan Prof. VAN VOLLENHOVEN in Leiden door zijn onvermoeid streven het groote belang wist aan te toonen en zijn hoorders te doordringen van het nauwe verband tusschen recht en maatschappij, hun oogen te openen voor de aanpassing van het adatrecht aan nieuwe toestanden, — is Andorra dan ook een dankbaar terrein gebleven, vooral wat het familierecht betreft.

Volgens zooeven vermeld contract zou elk der twee Souvereinen worden vertegenwoordigd door een afgevaardigde later „viguier" genoemd, die over alle burgers de lagere-, middel- en hoogere justitie mocht uitoefenen.

---

(1) Paréage of pariage (Catalonisch Pariatge) noemde men gedurende den feodaaltijd, vooral in de 13e en 14e eeuw, een overeenkomst tusschen meestal geestelijke Seigneurs en een machtiger Landheer.

(2) Voor verdere bizonderheden over land en volk moet worden verwezen naar het Tijdschrift van het Aardrijkskundig Genootschap van Maart 1924.

Alle vonnissen moesten worden uitgesproken in naam der beide Prinsen.

Het nog echt feodale bestuur is er in handen van den „Illustre Conseil-Général et de la Terre", bestaande uit 24 leden door alle familiehoofden gekozen. De uitvoerende macht is in handen van een „Syndic-Procureur-Général" geheeten, ofschoon hij slechts geringe gerechtelijke bevoegdheden bezit; die tevens voorzitter is van de Volksvertegenwoordiging.

Elk der Seigneurs benoemt één *Viguier*, door den bisschop meestal onder de inwoners van Andorra aangewezen, terwijl de Fransche regeering niet zelden een Franschman aanstelt. De Seigneurs kiezen een bayle of rechter in éérste instantie van een lijst van 6 candidaten door den Conseil-Général opgemaakt, uit de „caps grossos" de aanzienlijke en als eerlijk bekend staande inwoners, benevens den rechter waarop appèl in civiele zaken mogelijk is. Alle vonnissen worden, volgens de Pariage van 1278 geslagen in naam der beide Prinsen; in lateren tijd zijn enkele kleine wijzigingen aangebracht, doch de juridische organisatie behield zoo trouw mogelijk haar feodaal karakter.

De *Viguiers*, die in naam der Seigneurs, alle prerogatieven der Souvereiniteit uitoefenen, waren aanvankelijk belast zoowel met de civiele als met de crimineele rechtspraak, doch oefenen thans nog alleen de laatste uit. Doch over deze geduchte macht beschikken zij dan ook zonder eenig voorbehoud; hun bevoegdheden in deze zijn zeer uitgebreid want zij kunnen alle straffen opleggen van af een eenvoudige boete tot de straffe des doods en als regel zelfs in laatste instantie. Hun beslissing wordt niet beïnvloed door een bepaald stelsel van wettelijke bewijzen; zij zijn niet gebonden aan geschreven wetten; hun persoonlijke overtuiging is hen voldoende; zij hebben

enkel en alleen te luisteren naar de stem van hun geweten.

De *bayles* zijn de plaatsvervangers van de Viguiers, die meestal niet in Andorra wonen; zij worden voor drie jaar gekozen en leggen op het kruisbeeld, dat zij daarbij moeten aanraken, den eed af in handen van den Conseil-Général. De bayles zijn verantwoordelijk voor de bescherming van het eigendom en hebben de zorg voor de zekerheid van leven en goed der inwoners. De betrekking van bayle is zeer gezocht; Frankrijk betaalt de zijne fr. 1200 per jaar, doch de veelvuldige wisseling van personen is een der vele wonde plekken van de justitie in Andorra. Hun plechtgewaad bestaat uit een groote zwarte toga, *gambetto* en een steek; de viguiers zijn de eenigen in den lande die het recht hebben een degen te dragen, als teeken van hun rechterlijke bevoegdheid en als hoofd der gewapende macht.

De *Corts* of rechtbanken zetelen in de massieve en plompe *Casa del Vall*, opgetrokken uit ruwe door den tand des tijds aangevreten granietblokken, tevens Parlementsgebouw met keuken voor de Illustres en stalling voor hunne muildieren, waarin naast een ruime keuken, een donkere Romaansche kapel, een slaapzaal en eetkamer, benevens een kinderschool worden gevonden, — in de „*Domus Consiliae et Sedes justitiae*". En dat, zoowel voor strafzaken (1) als voor civiele rechtspraak.

Geschreven wetten zijn er vrijwel onbekend, aloude gewoonten en gebruiken worden van mond tot mond overgeleverd; van codificatie, waarvan de waarde den modernen jurist zoo diep wordt ingeprent, is geen sprake; door het niet opschrijven der vonnissen kan de jurisprudentie dezen boerenrechters geen hulp verleenen. Van

---

(1) Men leze daarvoor het Tijdschrift voor Strafrecht van April 1924: Andorra en het Middeleeuwsche recht.

het aanpassen der wetten van Andorra aan de eischen van den tijd was geen sprake; vooral het familierecht wordt nog geheel en al aan den alouden adat overgelaten. Men vindt er dus vrijwel onveranderd, vooral op justitieel terrein, de versteende vormen der Middeleeuwen, tot zelfs in dwaze vertooningen, als het verhoor van lijken, nog trouw terug.

De civiele rechtspraak.

Custom is a fifth Nature. Arabic Proverbs.

Terwijl bij de moderne rechtspraak de neiging bestaat om de civiele processen zooveel mogelijk te vereenvoudigen, en daarentegen voor het crimineele recht zooveel mogelijk voorzorgen worden genomen om dwalingen te voorkomen, is in Andorra, op het voetspoor der Middeleeuwen, het omgekeerde het geval. De Corts b.v. mogen eerst als strafrechters optreden wanneer vooraf alle civiele zaken zijn afgedaan.

Alleen de *civiele rechtspleging* is officieel omschreven in een *Instructa* van het jaar 1740, en dan op een zeer zonderlinge wijze. De handhaving van oude formules, die in den tegenwoordigen tijd alle beteekenis hebben verloren, draagt er toe bij haar een geur van antiquiteit te geven, een waar onderwerp van vroolijkheid voor den jurist.

Alle rechtbanken eerbiedigen de *dies feriatos*, dat zijn de talrijke feestdagen waarop de justitie wordt geschorst, zoodat deze dagen voor de gestelde termijnen niet medetellen.

Het *privaatrecht* is echter niet in geschrifte verschenen, het berust op gewoonte en overlevering.

In dit gewoonterecht zijn dooreengeweven verschillende elementen in ongelijke hoeveelheden: Romeinsch recht, Catalonisch recht, Kanoniek recht, Fransch recht en

Castiliaansch recht. Van dit laatste zijn echter slechts sporen aan te wijzen in enkele juridische uitdrukkingen; het Fransch recht wordt toegepast door sommige rechters van Fransche afkomst; het Catalonisch recht heeft er een grooten invloed, doch het gewoonterecht predomineert ten slotte. Tot een en ander heeft het gebruik van Catalonische handleidingen en de opleiding der notarissen in dat nabuurland, benevens de overeenkomst der taal, in hooge mate bijgedragen. Aan het Romeinsche recht ontleenen de rechters vooral de algemeene beschouwingen en theorieën over de geldigheid van contracten; het werd door den Algemeenen Raad van 1876 als een aanvulling van het gewoonterecht erkend.

Het *Kanonieke recht* heeft gedurende langen tijd zijn invloed behouden, doch deze schijnt thans snel te verminderen, wat wel eenige verwondering mag baren in dit zoo bij uitstek katholieke land. De Kanonieke wetgeving beheerscht nog het belangrijke deel van het recht in Andorra, de huwelijken, die tot het rechtsgebied behooren der Officialité, dus van de kerkelijke autoriteiten. De godsdienstige verrichtingen hebben in Andorra een juridisch karakter: notarissen b.v. krijgen volmachten om een kind ten doop te houden. Een burgerlijke stand kent men er niet; alle acten betreffende den burgerlijken staat der personen worden, evenals die van den kerkelijken doop, het huwelijk of de begrafenis, door de geestelijkheid opgemaakt.

Uit het voorgaande volgt, dat een civiele rechter, alvorens een beslissing te nemen, eerst moet nagaan of dit geschil geregeld wordt door het Andorraansche gewoonterecht. Is het antwoord ontkennend, dan zal hij naar de juridische gegevens voor zijn vonnis moeten zoeken in de wetgeving van Catalonië en de verklaringen daaraan gegeven, daarna in de boeken van het Kanonieke

recht, in het Romeinsche recht en ten slotte in de Castiljaansche wet der *Siete partidas.*

Verder is de *rechtsmacht* er ten zeerste verdeeld. De administratieve autoriteit beschikt over tamelijk uitgebreide juridische bevoegdheden; de Raad der cuarts (gehuchten) en van de parochiën mogen boeten opleggen en de Conseil-Général zware straffen uitspreken. De scheidingslijn tusschen de administratieve en de rechterlijke macht is er dus geenszins scherp getrokken; elke autoriteit is met dwangmiddelen gewapend en oefent over zijn ondergeschikten een werkelijke rechtsmacht uit.

De *civiele rechtspraak* bevat drie graden: de *rechtbanken* der „bayles", die van den „*Juge des appellations*", om beurten door Spanje en Frankrijk benoemd, en ten slotte het „*Tribunal Supérieur*" of „tercera sala", dat voor Frankrijk te Perpignan zetelt, terwijl voor elk speciaal geval de bisschop daarvoor een priester aanwijst. Dit laatste appêl is uiterst gebrekkig geregeld, terwijl in eersten aanleg een abnormale gewoonte aan den eischer de keuze laat uit de beide bayles, door Frankrijk en door den bisschop benoemd. Alleen wanneer het bedrag, waarover het geschil gaat, meer dan 10 Catalonische ponden ($26^2/_3$ pesetas) bedraagt, is appèl op den bovenvermelden Juge geoorloofd.

Deze beroepsrechter, die kan wonen waar hij wil, beslist op stukken, dan wel kan ter plaatse de partijen hooren, doch het vonnis moet op Andorraansch gebied worden uitgesproken. Een termijn voor zijn beslissing is niet gesteld; hij is aan formaliteiten noch wetten gebonden, doch heeft alleen te letten op de voorschriften der aloude gewoonten, op het natuurrecht en zijn eigen ingeving te volgen. Hij zendt zijn uitspraak aan den bayle, die ze ter kennis brengt van de betrokken partijen. Van zijn beslissing is dan, naar keuze, nog appèl op een der beide

Seigneurs mogelijk, wat echter uiterst zelden wordt toegepast. De bayle beslist „alléén en zonder bijzitter", doch mag de adviezen van deskundigen inwinnen. Het toezicht van den Conseil-Général geschiedt door zijn „rahanadores", die moeten waken voor de trouwe handhaving van „de wetten en gewoonten sedert onheuchelijke tijden van Andorra".

Het is een vaste regel, dat de bayle begint met een poging tot verzoening der partijen; hij beproeft dan een minnelijke schikking of een vergelijk te vinden, waarin hij gemiddeld in één van de drie gevallen slaagt, waarvoor hij dan met een déjeuner wordt beloond. Eerst dan, wanneer hij het nuttelooze van zijn pogen inziet, treedt hij op als rechter. Deze praktijk der verzoening beperkt zich niet tot de rechtspraak in lager instantie, doch wordt zelfs bij de *visura*, het verhoor van lijken, toegepast. De leden van den Conseil-Général gaan dan ter plaatse hun mantel op den arm dragende en alleen indien zij er niet in slagen een accoord tot stand te brengen, trekken zij hun gambetto aan, zetten hun steek op en wordt er rechtbank gehouden. Het verfoeilijk stelsel der rechtspraak, waarover nader, dat eenvoudig leidt tot exploitatie van den rechtzoekende door den rechter, maakt het volkomen begrijpelijk, dat de ongelukkige Andorranen streven naar oplossing hunner conflicten buiten de rechtspraak om.

Ook de benoeming der *nunci* of deurwaarders en van de *notarissen* is aan de Co-Seigneurs overgelaten, die er twee aanstellen, een aantal te groot voor de geringe verdiensten in dit land waar zoo min mogelijk schriftelijke acten worden opgemaakt, wat vaak nog gratis moet geschieden.

Evengoed als de notarissen kunnen ook de pastoors authentieke acten in ontvangst nemen en acten van allerlei aard meer waarde geven door hun handteekening; zij

mogen zelfs testamenten sluiten. De notaris in Andorra is niet alleen een schrijver belast met het behoorlijk opstellen van overeenkomsten, dan wel het legaliseeren daarvan, doch hij kan ook afwezigen vertegenwoordigen en met het volste recht, nog wel zonder volmacht, in hun naam contracten sluiten wanneer daaraan geen lasten voor den afwezige zijn verbonden. Soms vertegenwoordigt hij nog niet-geboren kinderen, dus feitelijk nog niet bestaande wezens. Hun stempels, waarvan ik er enkele zag, zijn ingewikkelde hieroglyphen.

Ook de *Conseil-Général* beschikt over een deel der rechtspraak en is rechter over alle gedingen over servituten, terwijl de door hem aangestelde *veedors* beslissen over grensgeschillen der gronden.

Een handig gebruik makende van de onvoldoende voorschriften, heeft de Conseil-Général, gedurende de laatste jaren, ook op juridisch terrein zijn bevoegdheden bovenmate uitgebreid en zich prerogatieven toegeëigend waarop hij geen recht had: hij matigde zich o. a. aan zich in de rechtspraak te mengen en bij conflict de rechters door de Co-Seigneurs benoemd te ontslaan; greep ook meermalen in bij rechtsvorderingen van particulieren. Daarbij mag niet uit het oog worden verloren, dat de Conseil-Général, samengesteld uit belanghebbenden bij dergelijke twistgedingen, vaak handelt onder invloeden, die niets met de justitie hebben uit te staan, en evenmin steeds bevoegd is tot oordeelen, terwijl zijn adviezen niet altijd den toetssteen der waarheid kunnen doorstaan.

De R.-K. geestelijkheid vormt er een bevoorrechte kaste, die vrij is gesteld van de leekenrechtspraak; zij mag alleen voor de kerkelijke rechtbanken, de „Officialité", verschijnen. Men mist zelfs het recht priesters als getuigen te dagvaarden, indien niet vooraf de toestemming van het Episcopaat is verkregen en de priesters,

bijna allen van Spaansche afkomst zijnde, zijn trouwe agenten van den Bisschop van Urgel.

Voor zoover het *gewoonterecht* betreft in civiele zaken, is de waarde zeer uiteenloopend. De organisatie van de familie is zeer goed en aan het oud-Catalonisch recht ontleend. De regeling van het grondeigendom daarentegen, hoewel in eigen land ontsproten, is allerellendigst. Sterk gehecht aan hun woning en lapje grond, wordt van den verkoop met recht van wederinkoop een al te veelvuldig gebruik gemaakt en heeft dit tot niet te verwachten gevolg gehad een groote onzekerheid van het eigendom.

Het *huwelijk* wordt in Andorra uitsluitend beheerscht door de Kanonieke wet; alleen het kerkelijke huwelijk is er bekend; alle kwestiën worden aan de rechtbank der geestelijken onderworpen. Fransche en Spaansche katholieken gaan wel eens in Andorra hun verbintenis doen inzegenen, wanneer zij in eigen land bezwaar zouden ontmoeten om een burgerlijk huwelijk te sluiten. De verloving wordt er niet gevierd; van een verlovingsring is geen sprake; reeds een mondelinge belofte is van kracht, vooral wanneer deze gepaard gaat aan een of ander geschenk. Het onderzoek naar het vaderschap is er geoorloofd; het verleide meisje dient de aanklacht in en kan een vaste uitkeering eischen om te voorzien in het onderhoud van haar en het kind, wat aan den civielen rechter is opgedragen. Is het meisje minderjarig, dan kan de verleider nog strafrechtelijk worden vervolgd. In de XVIIe eeuw beval de bayle, op straffe des doods, aan de ongehuwde zwangere vrouw de vrucht die zij onder haar boezem draagt, goed te onderhouden.

De civiele rechten der vrouw, die ten deele onder den invloed staan van het Romeinsche en van het Spaansche recht, zijn onvoldoende vastgesteld: de man beheert de

goederen der vrouw, zij mag geen contracten sluiten noch voor de rechtbanken als eischeresse optreden zonder de uitdrukkelijke toestemming van den echtgenoot; zij mag niet stemmen noch gekozen worden. Jongens van 14 en meisjes van 12 jaar mogen reeds huwen en een testament maken; men spreekt dan ook niet van meerderjarigheid, doch van den leeftijd waarop men het recht heeft een testament te sluiten.

Sterft de vrouw het eerst, dan blijft niets van haar goederen aan den man, tenzij zulks uitdrukkelijk wordt bedongen. Zijn er kinderen, dan is de weduwnaar rechtens *administrador*, doch daaruit vloeit voor hem geen enkel voordeel voort, terwijl nog vaak wordt bepaald, dat hij, zoo hij de kinderen mocht overleven, van hen niets mag erven. Een enkele maal vertrouwen gehuwde vrouwen, bij testament, haar kinderen en goederen toe niet aan den echtgenoot, doch aan haar eigen vader. Het beschikbare deel is onveranderlijk, onverschillig hoeveel en welke erfgenamen er ook mogen wezen, en steeds $^1/_4$ der nalatenschap. Vele gebruiken en zelfs misbruiken bij de regeling van het erfrecht laten zich verklaren door het streven om aan den *héreu*, *areu* of eersten erfgenaam zooveel mogelijk goederen na te laten, terwille van de casa (woning) en zijn maatschappelijke positie. In vroegere tijden mochten de andere erfgenamen reeds tevreden zijn, wanneer zij werden afgescheept met de geijkte som van vijf sous. Vele jongens of meisjes, die niet in de gelegenheid zijn een „héreu", dus de bevoorrechte erfgenaam te vinden, zijn door gemis aan middelen niet in staat een huwelijk te sluiten, zij blijven dan levenslang vrijgezel, arbeidende *a l'utilitat de la Casa,* bedienden van iets hoogeren rang. Onwettige kinderen bestaan niet in de oogen van den Andorraanschen wetgever, hebben dus geen rechten en erven niets. Ook na zijn huwelijk blijft

de erfgenaam inwonen bij den pater familias, aan wiens autoriteit allen die in huis leven, zijn onderworpen.

Ook de pastoors mogen dus testamenten opmaken, waarin dan — bij dit vrome en geloovige volk — de belangen der kerk dikwijls beter tot hun recht komen, dan die der familie; kerkelijke legaten en stichting van fondsen voor missen spelen daarbij een groote rol. Een priester stelde eenmaal aan, tot zijn universeelen erfgenaam, God en zijn ziel; al zijn goederen moesten worden verkocht en voor de opbrengst zouden dan missen worden gelezen. Met zulk mystiek geloof zijn de Andorraansche gewoonten doorkneed: God, de heiligen, de ziel, genieten er juridische persoonlijkheid; zij ontvangen, bezitten, betalen door de tusschenkomst van voogden of curatoren. Wanneer de bayle niet zelf als de wettige voogd is aangewezen, benoemt hij er een en machtigt hem tot den verkoop, indien hij niet zelf de bezittingen van den minderjarige in bewaring neemt. Van successierechten is in Andorra geen sprake.

Het *eigendomsrecht* is weinig nauwkeurig geregeld. Ofschoon als regel de Andorraan bezitter is van zijn huis, komen er toch in alle parochiën huurhuizen voor, vooral in San-Julia, de vooruitstrevende handels- (en smokkelaars-) gemeente, de minst Andorraansche der Valleien. Verpachting van gronden komt er veelvuldig voor.

Verdeeling van het grondbezit heeft, om het erfgoed intact te houden, uiterst zelden plaats en wordt als een afkeurenswaardige inbreuk beschouwd op de aloude gewoonten. Hadden de voorvaderen dat gedaan, wat zou er nog van het eigendom der casa zijn overgebleven in dit land waar reeds nu met moeite een klein veld voor de familie werd behouden?

En terwijl andere volken zware offers brengen uit liefde voor het vaderland, denken deze in afzondering levende

bergbewoners alleen aan hun gezin, waarvan het hoofd zoo hoog staat in het aanzien der kinderen, dat zij hem meer bewonderen dan liefhebben, terwijl de groote grondbezitters een soort aristocratie vormen in dit patriarchale land. Vandaar, dat de keuze van den „*héreu*", erfgenaam, waardoor de onroerende goederen in ééne hand blijven steeds het pijnlijke vraagstuk is, dat vaak tot twist en haat, soms tot misdaden aanleiding geeft. De *cap de Casa* kiest zijn eenigen erfgenaam, terwijl de anderen — zooals boven vermeld — met een schijntje worden afgescheept; in den regel wordt daarover bij gelegenheid van een huwelijk beslist. Het „capitol", *huwelijkscontract*, dat het familiebezit regelt, speelt in Andorra een groote rol en waakt vooral voor de belangen van den aangewezen erfgenaam. Wanneer een jongeling, niet-erfgenaam, een meisje huwt als „pubilla" (erfgename) uitverkoren, is hij het die den bruidschat moet aanbrengen, als bijdrage voor het onderhoud van het gezin. Het vermogensrecht en het familierecht zijn aldus nauw aan elkaar verbonden; de familie vormt er een zelfstandig geheel, een rechtssubject. Zoowel staatkundig als voor het civiele recht wordt het individu opgeofferd voor de casa.

De onteigening ten algemeenen nutte is eerst sedert kort ingevoerd en eischt een besluit van den Conseil-Général, die alleen toestemming verleent aan openbare lichamen en syndicaten. Voor werken door den Conseil zelf uitgevoerd, komt zij van rechtswege tot stand; deze benoemt tevens de deskundigen met de schatting der waarde belast. Bij het aanleggen van een weg voldoende geld missende voor de onteigening, bepaalde de Algemeene Raad, dat alleen de bebouwde eigendommen contant zouden worden betaald, doch de eigenaren der onbebouwde zich voorloopig met de rente der afkoopsom moesten tevreden stellen.

Er bestaat in Andorra een soort van „vente à réméré", *a la carta de dio*, waardoor een verkooper van een stuk grond het recht behoudt, onverschillig wanneer, zonder eenige verjaring zijn eigendom terug te vragen. Zelfs eeuwen later hebben zijn erfgenamen het recht om de teruggave dezer gronden tegen betaling te eischen. Zulke verkoop met recht van wederinkoop komt veelvuldig voor, doch het Decreet van 1785, dat een en ander zou regelen, is nimmer afgekondigd, en de rechters passen zonder dralen een wet toe, waarvan zij nooit kennis hebben genomen. Afkeerig van formaliteiten is de handslag bij verkoop onbekend, en werd de inbeslagneming van een huis vroeger aangekondigd door een kruis op de deur te schilderen. Mondelinge waarborg is regel bij den koop van vee en het pachten van weidevelden. Zulke gewoonten bewijzen wel is waar eer aan de goede trouw der bevolking, doch leiden ook in Andorra tot veel twist, misbruiken en processen.

De *hypotheek* is in Andorra niet georganiseerd; zij wordt niet eens ingeschreven in een openbaar register en niet fijngevoelige schuldenaren maken daarvan wel eens misbruik, om zonder dat den nieuwen geldschieter mede te deelen, op hetzelfde reeds belaste goed nieuwe voorschotten op te nemen. Ook kan men een generale hypotheek sluiten op zijn geheele bezit, doch registers waarin dit dan wordt geboekstaafd worden er nog steeds niet gevonden.

De economische toestand van Andorra en vooral het gemis van muntspecie maken het vaak voor den schuldenaar noodig, bij gebrek aan geld, waarden af te staan, bij voorkeur een stukje grond of roerende goederen. Een loffelijke gewoonte maakt dat ploegvee, gereedschappen, de woning, eerst in de allerlaatste plaats in beslag worden genomen. Het in bezit nemen van een stuk

grond door den nieuwen eigenaar gaat gepaard met een aloude gewoonte: de bayle neemt den rechthebbende bij de hand, brengt hem op het veld, geeft hem een handje vol aarde in de vuist, dat hij over den bodem moet rondstrooien; geldt het een huis, dan geeft de bayle hem den sleutel en laat hem de deur openen en dichtmaken.

Het *faillissement* is feitelijk in Andorra onbekend, doch bij achteruitgang van zaken geeft men zijn geheele bezit in handen van het Tribunaal, dat dan zooverre mogelijk daaruit de crediteuren betaalt. Een vonnis wordt niet uitgesproken, een officieele bekendmaking daarvan heeft niet plaats, het gaat niet vergezeld van wettelijke ongeschiktheid, noch met verlies van rechten. Lijfsdwang bestond langen tijd in Andorra en droeg denzelfden naam als in Frankrijk *hostagium*, het was een gevolg van de behoefte der bewoners om zichzelf recht te verschaffen. De schuldige werd niet gevangen gezet, doch van den opgang tot den ondergang der zon, op een kerkhof opgesloten. Tusschen deze barbaarsche wijze van optreden en de normale, ligt een middenweg waarbij de crediteur zich niet wendt tot den rechter voor een vonnis, doch tot een ambtenaar om de „*pignoratio*" toe te passen, waardoor de bayle, nà overlegging van de bewijsstukken, tot executie kan overgaan.

Ook bij het *civiele recht*, met zijn verouderde procedure, zijn veel leemten en gebreken aan te wijzen. De *bayles*, bijgestaan door een rechter, de *banders* (omroepers) en *mostasas* (1), de gerechtelijke bevoegdheden van bestuur en gemeenteraden, brengen ons terug naar lang vervlogen

---

(1) De *mostasa* is de «Mohtésib» uit den tijd der Mooren, die ondergeschikt aan den Khadi (rechter) belast was met de taak, «het goede te bevelen en het kwade te verbieden».

tijden. Van welke zijde men het ook beschouwd, steeds stuit men bij het recht in Andorra op duisterheden en heerscht er een universeele verwarring, verkeert men voortdurend in het onzekere. Het samensmelten van diverse elementen uit het Catalonisch, Romeinsch en Kanoniek recht, vormde de gewoontewet van Andorra. Doch deze is onvolledig en zelfs wanneer vaststaande, ontleent zij nog veel aan andere wetgevingen, wat meestal het geval is met lokale gewoonten, die zich nu eens samensmelten dan weer sterk afwijken met die der naburen. Tòch bestaat dit gewoonterecht in werkelijkheid, heeft dit een eigen stempel en is voor sommige onderdeelen zeer nauwkeurig en origineel vastgesteld. Van de „costum d'Andorra" werd trouwens reeds melding gemaakt in de XVe eeuw, en zij zijn geenszins verdwenen.

Doch zelfs de meest vaststaande gebruiken, de keuze van een erfgenaam, de hypotheek, de vereeniging van verkoop en pacht, het recht van wederinkoop, geven aanleiding tot allerlei verwarring en rustverstoring. En te midden van al die onzekerheden, staan de meest eerbiedwaardige rechten en belangen vaak weerloos tegenover de willekeur der autoriteiten en tegenover de listen en stoutmoedigheid der particulieren. Van den eed op het kruis wordt een al te veelvuldig gebruik gemaakt om de beslissing te brengen in geval van twijfelachtige verplichtingen en contracten, en dat te meer daar in zulk arm land het niet moeilijk is om invloed uit te oefenen op de getuigen. Als hulp der betrokkenen bij de civiele rechtspraak worden procureurs noch advocaten toegelaten en de daarvoor aangegeven reden klinkt zonderling in onze ooren. Een decreet van den Conseil-Général van 20 Maart 1883 verklaart: „dat de beoefenaars van dergelijke functiën er licht toe komen om stoornis te brengen in den vrede der gezinnen en een minnelijke

schikking der verschillen te beletten". Wel kunnen vrienden of kennissen iemand bijstaan voor de rechtbank en een Fransch advocaat er pleiten, doch steeds zonder honorarium; wel wordt hun dan uit dankbaarheid voor zijn pleidooi wel eens een flesch olie geschonken. Het gebruik van scheidsrechters heeft het groote bezwaar, dat deze eenvoudige boeren niet altijd een duidelijk onderscheid weten te maken tusschen een advies op juridische beweegredenen berustende en de eigenlijke uitspraak van de arbiters. Verder is het een wonderlijk misbruik, dat de viguiers het recht hebben om de uitvoering van een vonnis *sine die* uit te stellen en den loop van het recht voor onbepaalden tijd op te schorten; alweer een overblijfsel der Vorstelijke willekeur gedurende de Middeleeuwen. Doch het meest ergerlijke misbruik, eveneens afkomstig uit vroegere eeuwen — en menigmaal werden daarover klachten geuit — is wel dat minder gewetensvolle rechters er geldelijk belang hebben bij de door hen uit te spreken vonnissen: zij ontvangen namelijk in civiele zaken $^1/_3$ der waarde van het geschil, benevens een deel der opgelegde boeten. Processen zijn aldus voor zulke rechters een buitenkansje, hun uitspraak een bron van verfoeilijk winstbejag; iemand schuldig verklaren is voor hen een middel om hun inkomsten te vermeerderen. Dat is eenvoudig schandelijk te noemen en het is dringend noodig, dat de justitie in Andorra verandere in een maatschappelijke functie en niet langer ontaarde in een uitbuiting van den rechtzoekende.

Met dat alles is er wellicht buiten Rusland, geen land in Europa, waar de vrijheid en het bezit der burgers zoo slecht worden beschermd door recht en wet, doch de Andorranen stellen zich daarmede tevreden, althans deden nooit een poging om hun justitie te verbeteren.

De *politieke* of liever *administratieve rechtspraak* wordt

uitgeoefend door de raden der cuarts, parochiën en van de Valleien. Voor deze raden worden gebracht alle feiten betrekking hebbende op overtreding der administratieve voorschriften en de twistgedingen tusschen de gemeenten en gehuchten. Particulieren nemen hun toevlucht tot deze rechtbanken „veheduria", voor alle zaken betreffende dienstbaarheden, grenzen, grenspalen, kanalen en afvoerleidingen. In lager instantie bestaan zij dan alleen uit de gemeenteraden; in hooger beroep uit de 10 consuls der parochiën, die niet in deze zaak zijn betrokken, en als laatste appèl uit de leden van den Algemeenen Raad. Deze benoemt dan in den regel een commissie om in zijn naam het vonnis te vellen, dan wel een Rapport op te maken, waarna de Conseil beslist. Steeds moet minstens de helft plus één der leden van elk tribunaal aanwezig zijn.

Zoo wist *Andorra* op juridisch en ander terrein, met ware hardnekkigheid, vrijwel onveranderd te handhaven zijn aloude instellingen, onverschillig voor den loop der beschaving daar ginds aan de andere zijde zijner jaarlijks, maandenlang onder sneeuw bedolven berghellingen. Geen zonnestraal drong er in door, evenmin als in zijn sombere afgronden; alles bleef er donker en als voor de eeuwigheid geschapen, even onbewegelijk als de zwarte Mariabeelden, die reeds meer dan duizend jaren troonen op de altaren.

Terwijl in het overige Europa alles werd dooreengeworpen in tragische worstelingen en uit de afgebrokkelde puinhoopen nieuwe bouwsteenen werden gevormd voor een nieuw en beter maatschappelijk leven, bleef Andorra het éénige land op wiens bodem gedurende acht eeuwen geen oorlog werd uitgevochten. Doch deze arme bergbewoners voelen zich gelukkig met hun versteende instellingen, in hunne eenzame dalen, met hun

eeredienst van het gezin. „De boomen die zich nooit bewegen", aldus hun oordeel, „zijn gelukkiger dan de dieren, zij doen elkander geen kwaad; elke boom voelt zich te huis en de zon schijnt gelijkelijk voor allen."

De zuiverheid van het water hunner bergstroomen is zóó groot, dat van de randen der diepe ravijnen de muildierdrijvers de forellen zien spartelen en Andorra zelf is een museum waarin de groote naties van Europa nog in volle helderheid kunnen terugvinden den toestand hunner eigen wetten en instellingen van acht eeuwen geleden (1); waarin het oude Frankrijk kan aanschouwen het aangezicht zijner jeugd en Italië het Romeinsche recht der Oudheid.

Te midden van een steeds sneller voortrennenden vooruitgang, veroorzaakt door steeds nieuwe wetenschappelijke ontdekkingen, bleef Andorra als een vaste rots onbewogen stand houden te midden der woedende baren, onberoerd door den tand des tijds.

---

(1) A. Vidar, Un Etat ignoré.

Welke ambten en bedieningen zijn vereenigbaar met de betrekking van onderwijzer aan eene bijzondere lagere school

DOOR

Dr. C. BAKE

Oud-Secretaris van den Raad van State

In deel LXIII en deel LXXXIII van *Themis* heb ik de vraag behandeld: welke ambten en bedieningen zijn vereenigbaar met de betrekking van onderwijzer aan eene openbare lagere school? Het zij mij vergund, thans dezelfde vraag te bespreken ten aanzien van den onderwijzer aan eene bijzondere lagere school.

Bepaalt art. 45, eerste lid, der L. O. wet ten aanzien van de onderwijzers bij het openbaar lager onderwijs, dat het hun op straffe van ontslag verboden is, „ambten of bedieningen te bekleeden, voor zoover deze niet zijn van kerkelijken of daarmede gelijk te stellen aard", en, voegt het tweede lid er bij, dat Gedeputeerde Staten, „den Inspecteur gehoord, van dit verbod vrijstelling (kunnen) verleenen", art. 97, tweede lid, bevat voor onderwijzers bij het bijzonder lager onderwijs wel niet een dusdanig uitdrukkelijk voorwaardelijk verbod, maar niettemin eene bepaling, die voor velen hunner op hetzelfde neerkomt. Tot recht verstand van die bepaling merk ik op, dat, naar luid van art. 56, eerste lid, het Rijk „over elk dienstjaar aan de gemeente de jaarwedden der hoofden en der volgens de artt. 27 en 28 verplichte onderwijzers" vergoedt, en dat het eerste lid van art. 97 bepaalt, dat het Rijk aan de besturen der

bijzondere scholen, die aan de in de artt. 88 tot en met 96 gestelde voorwaarden hebben voldaan, de jaarwedden der hoofden en onderwijzers vergoedt volgens denzelfden maatstaf als volgens artt. 56 tot en met 58 ten aanzien van de gemeenten wordt gevolgd.

Op die vergoeding nu, welke de bijzondere scholen genieten, wordt onder andere in mindering gebracht de jaarwedde of wedde van den onderwijzer, „die ambten of bedieningen bekleedt, voor zoover deze niet zijn van kerkelijken of daarmede gelijk te stellen aard", „tenzij Gedep. Staten, den inspecteur gehoord, vrijstelling hebben verleend".

Men gevoelt dus welk belang de schoolbesturen, die op de Rijksbijdrage aanspraak maken, er bij hebben, dat hunne onderwijzers de gevraagde vrijstelling aanvragen.

Staan wij thans eenige oogenblikken bij de geschiedenis dier bepaling stil.

Aangezien de onvereenigbaarheid alleen geldt voor onderwijzers wier wedde geheel of ten deele uit 's Rijks schatkist wordt betaald, spreekt het vanzelf, dat zij niet bestond vóór de invoering der wet van 8 December 1889 (Stbl. no. 175), die voor het eerst aan de bijzondere scholen aanspraak gaf op eene Rijksbijdrage.

Reeds in die wet had de bepaling kunnen zijn opgenomen. Dit is echter niet geschied. Voor het eerst treffen wij haar aan in de wet van 3 Juni 1905 (Stbl. no. 151).

In het ontwerp dier wet kwam zij niet voor. Maar bij de behandeling in de Tweede Kamer deden de heeren Ketelaar, Bos en Smidt het voorstel, om in art. 54 *bis*, achter 7°., te doen volgen twee nieuwe nummers, in het tweede waarvan onder meer den onderwijzers aan bijzondere lagere scholen op straffe van ontslag verboden werd, ambten of bedieningen te bekleeden, tenzij Gedep. Staten, den districtsschoolopziener

gehoord, vrijstelling hebben verleend (1). Tot toelichting van het amendement zeide de heer KETELAAR, in de vergadering van 28 April 1905 (2): „Ik begrijp ten „volle, dat tot nog toe dat verbod voor de bijzondere „onderwijzers niet heeft gegolden, omdat dezen geen be„paald minimum salaris hadden. Men heeft hun de „gelegenheid opengelaten bijverdiensten te hebben uit „anderen hoofde dan uit het onderwijs. Nu is echter de „toestand veranderd; thans krijgen de bijzondere onder„wijzers precies hetzelfde minimum tractement als de „openbare. Ik meen, dat het in het algemeen voor het „bijzonder onderwijs een voordeel zal zijn, indien voor „de bijzondere onderwijzers dezelfde bepaling getroffen „wordt als bestaat voor de openbare."

Nadat Minister KUYPER het amendement bestreden had en de heer KETELAAR had gedicnd van repliek, verklaarde de Voorzitter der Commissie van Rapporteurs, dat deze zich vereenigen kon met het amendement indien het zóó gewijzigd werd, dat de Rijksbijdrage zou verminderd worden met de minimum-jaarwedde van den onderwijzer die zonder toestemming van Gedep. Staten ambten of bedieningen bekleedde. Het gevolg hiervan was, dat de voorstellers hun amendement introkken, en thans eene bepaling voorstelden als de Commissie van Rapporteurs wenschte. De Minister verlangde, dat voor kerkelijke betrekkingen eene uitzondering zou gemaakt worden; de Commissie van Rapporteurs vereenigde zich daarmede, en stelde een sub-amendement in dien geest voor; nadat nog eene overgangsbepaling gemaakt was, waardoor intusschen de nieuwe bepaling wel iets van hare

(1) Handelingen der Staten-Generaal, Tweede Kamer, 1904—1905, Bijlagen 39, no. 14.

(2) Handelingen der Staten-Generaal, Tweede Kamer, 1904—1905, blz. 1828.

beteekenis verloor (1), nam de Minister amendement en sub-amendement over, en kwam de bepaling te luiden zóó als ik daar straks heb medegedeeld.

En nu de Lager-Onderwijswet 1920. Zoowel ten aanzien van de onderwijzers bij het openbaar lager onderwijs als ten opzichte van de onderwijzers bij het bijzonder lager onderwijs, heeft de bepaling verandering ondergaan; een verandering voor de eersten van meer belang dan voor de laatsten.

In het oorspronkelijk wetsontwerp kwam die wijziging niet voor (2). Edoch het Voorloopig Verslag (3) vermeldt bij art. 95: „Gevraagd werd, waarom het zonder ver-„gunning bekleeden van kerkelijke ambten en bedieningen „wel mogelijk wordt gemaakt voor bijzondere, maar niet „voor openbare onderwijzers."

De Minister van Onderwijs, Kunsten en Wetenschappen achtte — gelijk hij in de Memorie van Antwoord verklaarde — het „inderdaad billijk dit verschil op te heffen". Volgens eene nota van wijziging zou dienvolgens de aanhef van art. 48 luiden: „Het is hun [den onderwijzers „bij het openbaar lager onderwijs] op gelijke straf ver-„boden niet-kerkelijke ambten of bedieningen te bekleeden".

De heer Otto stelde nu als amendement voor, dien aanhef aldus te lezen: „Het is hem op gelijke straffe „verboden ambten of bedieningen te bekleeden voor „zoover deze niet zijn van kerkelijken of daarmede gelijk

---

(1) Art. 7. Art. 54*bis*, zesde lid, van de wet tot regeling van het lager onderwijs is niet van toepassing op onderwijzers, die bij het in werking treden dezer wet in dienst zijn, zoolang zij in dezelfde gemeente gevestigd blijven.

(2) Handelingen der Staten-Generaal, Tweede Kamer 1918–1919, Bijlagen 428, no. 2.

(3) Handelingen der Staten-Generaal, Tweede Kamer 1919–1920, Bijlagen 86, no. 3.

„te stellen aard". De Minister nam dit amendement over, met het voorbehoud, door den voorsteller zelf aangegeven, dat een algemeene maatregel van bestuur nader zou regelen, welke ambten met kerkelijke ambten zouden moeten worden gelijkgesteld. Van een dusdanigen algemeenen maatregel van bestuur — in art. 45 trouwens niet voorgeschreven — is echter niets gekomen (1).

Dezelfde wijziging werd daarop aangebracht in art. 97, tweede lid, dat betrekking heeft op de onderwijzers bij het bijzonder lager onderwijs.

Ofschoon het aantal gevallen waarin aan onderwijzers bij het bijzonder lager onderwijs de vrijstelling verleend is — naar uit de schoolverslagen blijkt — niet zoo heel gering is, zijn de Koninklijke besluiten die hierop betrekking hebben, toch niet zeer talrijk.

Ik laat een overzicht er van hier volgen.

Bij Koninklijk besluit van 31 Mei 1916, no. 27, werd gunstig beschikt op het beroep, ingesteld door G. DE KONING, onderwijzer aan de bijzondere lagere school te Reden, tegen een besluit van Gedep. Staten van Gelder-

(1) De heer OTTO bracht deze wijziging in verband met die welke ten gevolge van een amendement van de heeren VISSER VAN IJZENDOORN, DRESSELHUYS en VAN RAPPARD in art. 22 van het wetsontwerp was aangebracht. Aan dit artikel (in de wet art. 26) is daarbij een vierde lid toegevoegd, dat ten aanzien van het godsdienstonderwijs op de openbare lagere scholen met kerkelijke gemeenten gelijkstelt «vereenigingen, welke zich met het geven van godsdienstonderwijs aan schoolgaande kinderen belasten, en dit ter kennis van het gemeentebestuur hebben gebracht, mits» (en deze voorwaarde kwam eerst niet in het amendement voor, maar werd door den Minister aanbevolen, en door de voorstellers van het amendement er in opgenomen, waarna de Minister het amendement over nam) «deze vereenigingen voldoen aan bij algemeenen maatregel van bestuur te stellen eischen». Het Koninklijk besluit van 26 Mei 1922 (Stbl. no. 388) heeft die eischen gesteld.

land, die er bezwaar tegen gemaakt hadden, hem vrijstelling te verleenen om de bediening van agent der Onderlinge Levensverzekering-Maatschappij „'s-Gravenhage" te mogen bekleeden. De „vrijstelling bedoeld in art. 59, lid *b*, 2°. der Lager-Onderwijswet" werd door de Koningin verleend, nadat overwogen was: dat de aard en de omvang der werkzaamheden verbonden aan de bediening van agent der Onderlinge Levensverzekering-Maatschappij „'s-Gravenhage", niet de vrees wettigen dat de belangen van het onderwijs schade zullen lijden, indien aan den appellant de gevraagde vrijstelling wordt verleend, waartegen ook van de zijde van het schoolbestuur geen bezwaar bestaat; dat voorts de vrijstelling voor intrekking vatbaar is, wanneer mocht blijken dat de belangen van het onderwijs dit vorderen (1).

Eveneens bevat het Koninklijk besluit van 26 Februari 1920, no. 61 (2), eene gunstige beschikking, ditmaal op het verzoek van H. G. DE BOER, hoofd der Roomsch-Katholieke bijzondere school te Noordwijk, die de vrijstelling had aangevraagd „ten einde tevens te kunnen bekleeden de betrekking van administrateur van de Roomsch-Katholieke Woningbouwvereeniging „St. Jeroen" te Noordwijk". Overwogen werd, dat de aan die bediening verbonden werkzaamheden niet van zoodanigen omvang zijn dat behoeft te worden gevreesd, dat door verleening van de gevraagde vrijstelling de belangen van het onderwijs zullen worden geschaad; „dat evenmin te duchten is dat het bekleeden door den appellant van de bovenvermelde neven-functie een minder gewenschten invloed op zijne verhouding tot de ouders der leerlingen zal

(1) Raad van State, Afdeeling voor de Geschillen van Bestuur, LVI, blz. 751.

(2) De Rechtspraak van de Kroon in Geschillen van Bestuur, jaargang 1920, blz. 100.

uitoefenen; dat voor zoodanige vrees grond zou bestaan, indien de toewijzing der woningen mede tot zijn taak behoorde; dat hij echter als administrateur op die toewijzing geen invloed heeft; dat de vrijstelling voor intrekking vatbaar is wanneer mocht blijken dat de belangen van het onderwijs dit vorderen".

Daarentegen werd ongunstig beschikt op een verzoek van H. VAN GENT, onderwijzer aan de Christelijke school voor meer uitgebreid lager onderwijs te Bodegraven. Het gold daarbij de betrekking van vertegenwoordiger der Nederlandsche Middenstands-Spaarpandbriefbank te Groningen, en het Koninklijk besluit van 3 Maart 1920, no. 68 (1), overwoog, „dat Gedep. Staten te recht hebben geoordeeld dat het bekleeden der bovengenoemde betrekking door een onderwijzer op de verhouding tusschen de ouders der kinderen en den onderwijzer een minder gewenschten invloed kan doen ontstaan" (2).

Een volgend Koninklijk besluit, van 19 Augustus 1920, no. 73 (3), betrof het hoofd der Christelijke school te Purmerend G. H. VAN ZIJLL LANGHOUT. Op ongeveer dezelfde gronden als in het eerstvermelde Koninklijk besluit voorkomen, is hem de vrijstelling verleend, „voor zooveel betreft het waarnemen der betrekking van

(1) Aldaar blz. 108.

(2) Gedep. Staten hadden overwogen, dat de werkzaamheden zouden bestaan in het plaatsen van spaarpandbrieven; dat de verkoop daarvan, zelfs al geschiedt die niet aan leerlingen der school, aanleiding kan geven, dat de kinderen van koopers worden voorgetrokken, of dat men dit gaat veronderstellen; dat het vooral in eene kleine gemeente tot verkeerde verhoudingen tusschen een onderwijzer en de leerlingen kan leiden als eerstgenoemde tevens financieel belang heeft bij de plaatsing van bovengenoemde stukken en het derhalve minder gewenscht is, dat eene dergelijke bijbetrekking door een onderwijzer wordt bekleed.

(3) Aldaar blz. 308.

agent van de Naamlooze vennootschap „Nationaal Spaarfonds" gevestigd te 's-Gravenhage".

Een Koninklijk besluit van 5 Maart 1922, no. 2, verklaarde het beroep van H. M. Smits, hoofd van de Roomsch-Katholieke Jongensschool te Elst (G.), ongegrond, uit overweging, „dat blijkens de ingewonnen ambtsberichten het bekleeden der bediening van secretaris-penningmeester der Landbouwvereeniging „Helpt Elkander" te Elst door den appellant geacht moet worden niet te zijn in het belang van het onderwijs."

Bij Koninklijk besluit van 23 Februari 1923, no. 3, werd aan W. H. Zinkstok, hoofd der Christelijke school te Ovezande, en bij Koninklijk besluit van 1 Maart 1923, no. 67, aan P. J. Roozen, hoofd der Roomsch-Katholieke school te Eede (Z.), tot wederopzegging toe de vrijstelling verleend tot waarneming der betrekking van kassier der Boerenleenbank in hunne woonplaats, nadat overwogen was, dat de omstandigheden, zooals zij zich hier voordoen, geen voldoende aanleiding geven tot weigering van de gevraagde vrijstelling (1), die voor intrekking vatbaar is, zoo de belangen van het onderwijs dat vorderen.

Een Koninklijk besluit van 5 Maart 1923, no. 13, verleende aan A. van den Ende, hoofd eener bijzondere lagere school te Middelburg, tot wederopzegging toe de door hem gevraagde vrijstelling tot het blijven waarnemen der betrekking van kassier bij de Coöperatieve Volksspaarbank en Voorschotbank voor Zeeland te Middelburg. De rechtsoverweging luidt aldus: „dat niet is gebleken van omstandigheden, aan het belang van het onderwijs ontleend, die het niet verlengen wettigen van de door Gedep. Staten van Zeeland vroeger verleende

(1) In het tweede besluit: *vergunning.*

vergunning tot het uitoefenen van [bovengenoemd] kassierschap".

Voorts werd bij Koninklijk besluit van 11 April 1923, no. 33, met vernietigikg van een besluit van Gedep. Staten van Zeeland, aan P. A. DE MAAT, onderwijzer aan de bijzondere lagere school te Boschkapelle, uit overweging „dat de omstandigheden, zooals zij zich hier voordoen, geen voldoende aanleiding geven tot weigering van de gevraagde vergunning, die voor intrekking vatbaar is zoo mocht blijken dat de belangen van het onderwijs dit vorderen", tot wederopzegging toe de vrijstelling (verleend) bedoeld in het 2de lid onder *b* van art. 97 der Lager-Onderwijswet 1920, voor zooveel betreft het bekleeden van de betrekking van kassier der Coöperatieve Boerenleenbank te Boschkapelle (1).

Gedep. Staten hadden overwogen: „dat het in het belang van het onderwijs moet worden geacht dat de onderwijzer zich uitsluitend aan het onderwijs wijdt en hij niet dan bij uitzondering betrekkingen vervult, die met het onderwijs geenerlei verband houden; dat de bestaande salarisregeling kan geacht worden de noodzakelijkheid van het bekleeden van bijbetrekkingen uit financieel oogpunt uit te sluiten".

Eindelijk verleende het Koninklijk besluit van 18 Juni 1923, no. 46, tot wederopzegging toe aan A. J. LANSU, onderwijzer bij de Roomsch-Katholieke school te Clinge, de vrijstelling voor het bekleeden der betrekking van kassier bij de Boerenleenbank aldaar. Overwogen werd „dat uit het ambtsbericht van den Inspecteur van het lager onderwijs in de inspectie Middelburg, overgelegd naar aanleiding van de openbare behandeling dezer zaak voor de afdeeling van den Raad van State voor

---

(1) Bijvoegsel tot het Staatsblad over 1923, no. 78.

de Geschillen van Bestuur, niet is gebleken dat door het bekleeden van de genoemde bijbetrekking de belangen van het onderwijs zullen worden geschaad, zoodat geen voldoende aanleiding bestaat tot het weigeren van de gevraagde vrijstelling, die voor intrekking vatbaar is zoo mocht blijken dat de belangen van het onderwijs dit vorderen".

Lijst van „Ambten en Bedieningen", waarvan de colleges van Gedeputeerde Staten in de onderscheiden provinciën de bekleeding hebben toegestaan aan onderwijzers bij het bijzonder lager onderwijs, ontleend aan de verslagen van den staat der hoogere, middelbare en lagere scholen, over de jaren 1906—1922.

Administrateur van een Roomsch-Katholieke zuivelfabriek.
Directeur van fanfarekorpsen.
Agent van eene levens- en ongevallenverzekering.
Administrateur eener Roomsch-Katholieke coöperatieve vereeniging.
Secretaris-boekhouder eener coöperatieve landbouwvereeniging.
Het verrichten van redactie-, correctie- en correspondentiewerk voor eene uitgeversfirma.
Secretaris-penningmeester eener onderlinge coöperatieve brandwaarborgmaatschappij.
Secretaris van een boerenbond en kassier van eene boerenleenbank.
Secretaris van een vereeniging voor Christelijk onderwijs.
Directeur eener fanfaremaatschappij.
Directeur van een fanfaregezelschap.
Assistente-boekhoudster bij eene coöperatieve boerenleenbank.
Agent van eene brandassurantiemaatschappij en eene levensverzekeringmaatschappij.
Secretaris van een ziekenfonds.
Boekhouder van eene coöperatieve stoommalerij.
Boekhouder en lid van het burgerlijk armbestuur.
Secretaris van eene gezondheidscommissie.
Directeur eener zangvereeniging.
Correspondent van een blad.
Teller bij de negende algemeene tienjaarlijksche volkstelling.
Verrichten van correctiewerk voor een weekblad.

Agent eener levens- en neringverzekeringmaatschappij.
Agent voor eene firma in orgels.
Secretaris van een dorpspolder.
Kassier van eene coöperatieve boerenleenbank.
Kassier-boekhouder van een augurkenbond.
Penningmeester van een boerenbond.
Suppoost of adjunct-directeur der Martha-stichting.
Armvoogd bij het armbestuur.
Secretaris van een spaarbank.
Redacteur-administrateur van een weekblad.
Agent van een onderlinge landbouwongevallenverzekering.
Kassier bij eene boerenleenbank.
Het waarnemen van een agentschap in muziekinstrumenten.
Agent van eene levensverzekering.
Secretaris van de Kerkelijke administratie der Ned. Hervormde Gemeente.
Vertegenwoordiger van eene provinciale brand- en inbraakverzekeringmaatschappij.
Secretaris van eene woningvereeniging.
Vertegenwoordiger van eene levensverzekeringmaatschappij.
Tijdelijk redacteur van een dagblad.
Het verrichten van kantoorwerk.
Bode van een raad van beroep voor de ongevallenverzekering.
Secretaris-ontvanger der Ned. Herv. Kerk.
Controleur der boeken van een graanhandelaar.
Secretaris-boekhouder eener onderlinge ongevallenverzekering voor het land- en tuinbouwbedrijf.
Schrijver bij eene bankinstelling.
Secretaris der Gooische zomerkade.
Secretaris eener onderlinge kolenvereeniging.
Ambtenaar van een bureau voor rechtskundig advies aan arbeiders.
Hoofdagent eener levensverzekeringmaatschappij.
Directeur van een vrouwenkoor.
Agent van een orgel- en pianohandel.
Agent eener brandwaarborgmaatschappij en directeur eener zangvereeniging.
Bijhouden der boeken van een smid.
Secretaris van een augurkenbond.
Secretaris-penningmeester van twee polders.
Reserve-tweede-luitenant der infanterie.
Secretaris-rentmeester van een burgerlijk armbestuur.
Agent eener brandverzekeringmaatschappij.
Secretaris-penningmeester eener veenderij.
Tusschenpersoon voor de Invaliditeitswet en secretaris-penningmeester van een polder.
Secretaris-penningmeester eener vereeniging tot coöperatieven aankoop van levensmiddelen.
Agent eener verzekeringmaatschappij.

Lid en secretaris eener rente-commissie.
Secretaris van een burgerlijk armbestuur.
Tusschenpersoon voor de Invaliditeitswet.
Reserve-tweede-luitenant der infanterie.
Secretaris-penningmeester eener onderlinge brandwaarborgmaatschappij.
Secretaris-ontvanger der Ned. Herv. Gemeente.
Correspondent van eene coöperatieve boerenleenbank.
Leeraar aan eene visscherijschool.
Vertegenwoordiger der onderlinge landbouw-ongevallen enz. verzekering van een boerenbond.
Boekhouder van het filiaal eener spaar- en voorschotbank.
Reserve-officier.
Hoofdagent van een credietgenootschap.
Vertegenwoordiger van een credietgenootschap.
Penningmeester van een burgerlijk armbestuur.
Agent eener levensverzekeringmaatschappij en van eene ziekte- en ongevallenmaatschappij.
Tijdelijk hoofd van een paviljoen der inrichting te Neerbosch.
Secretaris eener woningbouwvereeniging.
Correspondent eener credietbank.
Secretaris-penningmeester van een polder.
Commissaris eener zeevisscherijmaatschappij.
Helper bij een brandwaarborgmaatschappij.
Volontair-klerk eener gemeentegasfabriek.
Agent eener levens-, brand- en ongevallenverzekeringmaatschappij.
Secretaris eener avondteekenschool.
Penningmeester eener avondteekenschool.
Secretaris herstellings- en vacantiekolonies.
Tijdelijk agent eener bank.
Secretaris-penningmeester der coöperatieve steenkolenvereeniging.
Kassier en boekhouder boerenleenbank.
Secretaris-penningmeester van den boerenbond en kassier boerenleenbank.
Boekhouder der coöperatieve aankoopvereeniging.
Agent eener onderlinge levensverzekeringmaatschappij.
Boekhouder.
Administrateur van een maandblad.
Agent eener brandwaarborgmaatschappij.
Administrateur van het blad *De Jonge Garde.*
Correspondent der Hanzebank.
Directeur der distributie-commissie.
Ambtenaar belast met de distributie van levensmiddelen.
Verrichten van kantoorwerkzaamheden.
Secretaris van een gemeentelijk werkloosheidsfonds.
Secretaris eener landbouwvereeniging.
Administrateur der brandstoffencommissie.
Administrateur van het levensmiddelenbedrijf.

Vertegenwoordiger der Pratt Food Company.
Administrateur der broodregeling.
Secretaris der distributiecommissie.
Boekhouder bij een particulier.
Het verrichten in avonduren van schrijfwerk ter secretarie eener gemeente.
Kassier der boerenleenbank en secretaris der coöperatieve malerij „Pijnacker en omstreken".
Correspondent der Coöperatieve Centrale Middenstands-Crediet-bank.
Kassier-boekhouder der Coöperatieve Raiffeisenbanken en directeur eener Christelijke zangvereeniging.
Agent eener ongevallen-verzekeringsmaatschappij.
Agent der naamlooze vennootschap „Nationaal Spaarfonds".
Bezoldigd organisator eener kiesvereeniging.
Secretaris der brandstoffencommissie.
Correspondent der coöperatieve Middenstands-Credietbank.
Kassier der coöperatieve volksspaar- en voorschotbank.
Agent van de Groningsche brandwaarborgmaatschappij.
Het verrichten van werkzaamheden in het distributiebedrijf.
Administrateur brandstoffencommissie.
Voorzitter brandstoffencommissie.
Secretaris-ontvanger van een waterschap.
Agent eener hypotheekbank.
Hulp voor den administrateur der Rijkskolendistributie.
Waarneming secretariaat van de landbouwcommissie.
Vertegenwoordiger van de Nederlandsche Spaarkas te Amsterdam.
Secretaris-penningmeester der afdeeling Angeren der Geldersch-Overijsselsche Maatschappij van Landbouw.
Secretaris eener onderlinge paardenverzekering.
Ambtenaar bij het distributiebedrijf.
Klerk bij de brandstoffencommissie.
Agent bij de Hanzebank te Utrecht.
Secretaris der landbouwvereeniging „Ons Belang" te Zieuwens.
Agent van het dagblad *De Standaard*.
Ambtenaar van den burgerlijken stand en gemeentebode.
Agent van de Vaderlandsche Hypotheekbank.
Controleur der boekhouding van het levensmiddelenbedrijf.
Boekhouder der coöperatieve verbruiksvereeniging „Zoekt elkanders Voordeel".
Correspondent van de uitvoering der werkeloosheidverzekering als bedoeld in het Werkloosheidbesluit 1917.
Administrateur bij de coöperatieve melkinrichting „de Volharding".
Administratief ambtenaar op het distributiebureau.
Plaatsvervangend voorzitter der Huurcommissie.
Schrijfwerk ten kantore van een notaris.
Secretaris der Landbouwcommissie.
Voorzitter der Huurcommissie.

Directeur der Christelijke zangvereeniging „Halleluja".
Plaatsvervangend lid der Huurcommissie.
Secretaris van de Werkloozencommissie.
Administratief ambtenaar bij het distributiebedrijf.
Directeur van het gemeentelijk levensmiddelenbedrijf.
Agent van de Nederlandsche R.-K. verzekeringmaatschappij „St. Willebrordus".
Secretaris der Huurcommissie.
Correspondent van de Plaatselijke Veecommissie.
Correspondent van een accountant.
Procuratiehouder bij een zaadhandel.
Administrateur Steuncomité.
Distribuant van steenkolen.
Secretaris-penningmeester der Coöp. Landbouwvereeniging.
Kassier van de Coöp. Volksspaar- en Voorschotbank.
Correspondent van de Centrale Land- en Tuinbouwbank.
Tusschenpersoon voor de uitvoering van art. 370 der Invaliditeitswet.
Secretaris-penningmeester van de landbouwvereeniging „Ons Belang".
Penningmeester Coöp. Bouwvereeniging.
Secretaris-penningmeester Vereeniging voor Volkshuisvesting.
Lid Brandstoffencommissie.
Agent *Algemeen Landbouwblad.*
Secretaris-penningmeester R.-K. Bouw- en Tuindersbond.
Schrijfwerk distributiebureau.
Secretaris Meisjesvakschool.
Secretaris Distributiecommissie.
Plaatselijk kassier eener Christelijke Coöp. Volksspaar- en Voorschotbank.
Agent eener hypotheekbank.
Boekhouder van eene coöperatieve bakkerij.
Boekhouder der Coöp. Vereeniging voor electrische verlichting.
Redacteur van het technisch gedeelte van *Het Platte land* (voor één jaar).
Agent der Algemeene Friesche Levensverzekeringmaatschappij.
Kassier der Christelijke Coöp. Volksspaar- en Voorschotbank.
Tijdelijk ambtenaar ter secretarie.
Directeur van het levensmiddelenbedrijf.
Administrateur eener landbouwvereeniging.
Secretaris-penningmeester van een coöperatieve landbouwvereeniging en van een kring van landbouwaankoopvereenigingen.
Vertegenwoordiger van een spaarfonds.
Administrateur van een landgoed.
Directeur van eene mannenzangvereeniging.
Secretaris eener commissie tot distribueering van Rijkskleeding en -schoeisel.
Correspondent van eene Hanzebank.

Agent van een hypotheekbank.
Secretaris van eene Huurcommissie.
Directeur van eene muziekvereeniging.
Administrateur van eene gemeentelijke gasvoorziening.
Secretaris der Burgerwacht.
Correspondent van een spaarfonds.
Commissaris van eene bank.
Secretaris-penningmeester van een polder.
Administrateur van eene woningbouwvereeniging.
Directeur van eene arbeidsbeurs.
Kassier van eene spaar- en voorschotbank.
Hoofdvertegenwoordiger en agent van eene middenstandsvereeniging.
Lid der Provinciale Staten.
Lid der Provinciale Staten en regent van een gemeentelijk gasthuis.
Boekhouder van een coöp. winkel.
Kassier-boekhouder van eene coöperatieve spaar- en voorschotbank.
Voorzitter van eene Huurcommissie.
Klerk bij een notaris.
Belast met distributiewerkzaamheden.
Agent van een middenstandsspaarpandbriefbank.
Secretaris van eene landbouwcommissie.
Kassier van een spaar- en voorschotbank.
Administrateur van een weekblad.
Secretaris-penningmeester van een avondteekenschool.
Correspondent van een dagblad.
Instructeur van een burgerwacht.
Plaatselijk agent van een volksspaarkas.
Directeur van een muziekkorps.
Secretaris-boekhouder van eene vereeniging voor electrische centrale verlichting.
Hoofdredacteur van het technisch gedeelte van een weekblad.
Werkzaamheden voor den Raad van Arbeid.
Directeur van een plaatselijk muziekkorps.
Boekhouder.
Ophaalster van premiën voor de ouderdomsverzekering.
Administrateur van een aankoopcommissie voor veevoederartikelen.
Lidmaatschap van de commissie voor de volkstuintjes.
Correspondent van eene centrale land- en tuinbouwbank.
Procuratiehouder van een gemeente-ontvanger.
Administrateur eener vereeniging.
Correspondent van een Middenstands Ziekenfonds.
Beheerder eener plaatselijke spaarbank.
Secretaris eener Huurcommissie.
Vertegenwoordiger of commissaris bij Raden van Arbeid.

Opzichter der algemeene begraafplaats.
Secretaris van het R.-K. Parochiaal Kerkbestuur.
Boekhouder van eene coöperatieve malerij.
Agent N. V. Eerste Nederlandsche Crediet-, Spaar- en Hypotheekbank.
Directeur van een internaat.
Plaatselijk kassier eener coöperatieve volksspaar- en voorschotbank.
Plaatselijk correspondent van eene coöperatieve volksspaar- en voorschotbank.
Secretaris van het departement Veendam der Maatschappij tot Nut van 't Aijgemeen.
Redacteur van het technisch gedeelte van een orgaan.
Boekhouder van het gemeentelijk electriciteitsbedrijf.
Het uitoefenen eener modistezaak.
Opzichter eener begraafplaats.
Administrateur-boekhouder eener bouwvereeniging.
Correspondent eener werkloosheidsverzekering en arbeidsbemiddeling.
Redacteur van een courant.
Agent van een spaarverzekering.
Commissaris eener middenstandscredietbank.
Agent eener ziekteverzekering.
Waarneming van de functie van tusschenpersoon van den Raad van Arbeid.
Boekhouder eener coöperatieve vereeniging.
Commandant van de afd. Burgerwacht.
Kassier eener coöp. volks-spaar- en voorschotbank.
Kassier eener coöp. volksspaarbank.

Publiek- en privaatrecht. Rechtsregel of rechtsverhouding uitgangspunt

DOOR

Dr. L. VAN PRAAG

te 's-Gravenhage

Bij de bewerking van Op de Grenzen van publiek en privaat recht heb ik, zonder reden daarvan op te geven, voor het trekken dier grenzen de rechtsverhouding op den voorgrond gesteld. Prof. SCHELTEMA daarentegen meent, in het Jaarboekje van de Juridische Fakulteit der Leidsche Studenten 1923—1924 bl. 4—7 (Overdruk bl. 2—5) en in R. Mag. 1924 bl. 246—250, dat we moeten uitgaan van de rechtsregels. De strijd hierover moge niet zoo oud zijn als het probleem zelf, ons door de termen publiek- en privaat recht voor den geest geroepen, nieuw is hij evenmin. In 1889 heeft PRAZÁK in het Archiv für öffentliches Recht 4 bl. 258 vlgg. SCHELTEMA's stelling verkondigd. Hij is bestreden door TRIEPEL in de Festschrift für H. Brunner 1914 bl. 537—541. Beide schrijvers in de noot 25 van mijn boven vermeld boekje (1) aanhalend, kon ik aannemen dat belangstellenden bij hen de argumenten voor en tegen zouden weten te vinden. Buitendien scheen die methodologische kwestie mij niet zoo heel belangrijk toe. Hetzij men aan het eene stelsel de voorkeur geeft of aan het andere, men komt toch ten gevolge van het ontbreken van een vast criterium in konkreete gevallen vaak tot uiteenloopende resultaten; aan de methode behoeft dat niet te liggen. En een andermaal leiden beide tot denzelfden uitslag. De indeeling der rechtstof behoort tot de juridische techniek. Men kan daarbij somtijds het licht laten vallen enkel op de rechtsregels (zoo bij de indeeling van het burgerlijk recht in recht der personen, recht der zaken en erfrecht), soms enkel op de rechtsverhoudingen (zakelijke rechten en verbintenissen), maar soms ook zoowel op deze laatste als op de eerste, wat juist bij onze onderscheiding plaats heeft. Reeds ULPIANUS heeft haar opgesteld met

---

(1) De opgave van litteratuur in die noot is aan te vullen met den 2en druk van DUGUIT's Traité I (1921) bl. 522—550, III (1923) bl. 403 vlgg., met E. ROGUIN, La science juridique pure)1923) I bl. 176—177, II bl. 16—17, III bl. 505—633, en met KRAFT in Zeitschr. für öffentl. Recht 1923 bl. 563—570. Over de hierboven bedoelde kwestie spreken deze schrijvers niet.

het oog op het objektieve recht, moderne wetsbepalingen als ons art. 154 Grw., art. 8 R. O., art. 23 no. 12 Zegelwet, maken haar voor de rechtsverhoudingen. Hierdoor ben ook ik er vanzelf toe gekomen de rechtsverhouding tot punt van uitgang te nemen. Wel zou het denkbaar zijn dat de aard eener rechtsverhouding als publiek- of privaatrechtelijk enkel kon worden gekend door een onderzoek naar de strekking der haar beheerschende regels. En het thans door SCHELTEMA geleverde betoog neemt aan dat dit zoo is. Maar, al heeft hij dat betoog principieel opgezet (Jaarboekje bl. 4 v. o., Overdruk bl. 2—3, R. Mag. bl. 246), hij schijnt toch te hebben gevoeld dat er aan dit principieele wel wat hapert. Want in het Jaarboekje bl. 6 (Overdruk bl. 4) zegt hij dat, bestond er een absoluut geldend criterium, men de verhouding daaraan zou kunnen toetsen, terwijl, omdat het niet bestaat, men z. i. omgekeerd moet te werk gaan. Zou men niet evengoed kunnen zeggen dat, nu er geen absoluut geldend criterium bestaat om de rechtsregels te onderkennen als publiek- of privaatrechtelijk, men omgekeerd de verhoudingen moet vooropstellen? Ik voor mij meen: de beste methode is die, welke voor de oplossing eener gestelde vraag het meeste belooft. Dat dit hier steeds de methode van SCHELTEMA zou moeten zijn, trek ik sterk in twijfel. M. i. voldoet zij slechts bij uitzondering, en zal men in den regel met de andere het doel beter benaderen.

Tegen het betoog van SCHELTEMA (Jaarboekje bl. 4 v. o., Overdruk bl. 2—3) dat de rechtsverhouding haar karakter moet ontleenen aan het objektieve recht, omdat daarin alle recht zijn grondslag vindt, is reeds dadelijk op te merken dat, ging die redeneering op, zij evenzeer zou moeten gelden voor de indeeling der vermogensrechten in zakelijke rechten en verbintenissen. Ook deze vinden hun grondslag in het objektieve recht. Niemand zal echter zeggen dat het objektieve recht, waardoor zij worden beheerscht, bestaat uit regels, deels van zakelijken aard, deels met een persoonlijk karakter, en dat daarom ook hierbij zou zijn uit te gaan van den aard dier rechtsregels. Wel wordt het verschil in rechtsgevolgen, waarnaar o. a. ook de onderscheiding tusschen zakelijke en persoonlijke rechten moet worden gemaakt, bepaald door den inhoud der rechtsregels. En voor de onderscheiding tusschen burgerlijke en andere rechten is het ook zoo, voorzoover de rechtsregels uitsluitsel geven. Nu is het om die rechtsgevolgen juist te doen, en daarom kan het onderzoek naar den aard der verhoudingen voor een goed deel samenvallen met dat naar de strekking der rechtsregels, die de verhoudingen beheerschen. Gaf onze wet duidelijk te kennen, naar welke gevolgen zij de onderscheiding tusschen burgerlijke en andere rechten gemaakt wil zien, dan zou het rationeel kunnen geacht worden, ook al stellen we met het oog op art. 2 R. O. de vraag voorop of we

te doen hebben met een privaatrechtelijke verhouding, toch het antwoord te zoeken aan de hand der wet, die de gevolgen zou aanwijzen. Intusschen die aanwijzing ontbreekt maar al te vaak. Meent SCHELTEMA door interpretatie het doel te kunnen bereiken, ik geloof niet, dat we op die wijze vasteren bodem onder de voeten zullen krijgen dan als we uitgaan van het door mij aanvaarde en door SCHELTEMA gekritiseerde kenmerk van het optreden „als zoodanig" in verband met het „objekt" der rechtsverhouding. Daarop kom ik hieronder terug. Hoe, vraag ik hier, kan interpretatie ons baten, indien we niet eerst weten, naar welk criterium is te onderkennen, of een rechtsregel, die zelf dáárover geen aanduiding behelst, publiek- of privaatrechtelijk is? Slechts dan, als er wèl een regel is, waarvan de aard door interpretatie is vast te stellen, vervalt dit bezwaar tegen SCHELTEMA's methode. Ik heb haar dan ook, gelijk hij terecht zegt, op bl. 13 en 15 van mijn boekje gevolgd. Maar, boven merkte ik het reeds op, m. i. is dat slechts bij uitzondering aan te bevelen.

Met de uiteenzetting van TRIEPEL t. a. p. kan ik mij niet geheel vereenigen. Toch geloof ik dat hij voor een goed deel gelijk heeft, o. a. ook in zijn weerlegging van PRAZÁK. Op bl. 537—539 herinnert TRIEPEL aan het bekende feit dat zelfs een burgerlijk wetboek aan den eenen kant somtijds mede verhoudingen regelt, die niemand voor privaatrechtelijk houdt (b.v. bij ons art. 649 lid 2), en aan den anderen kant niet alle toestanden en verhoudingen wil regelen, waarop zijn bepalingen naar haar bewoordingen zouden kunnen worden toegepast, zooals b.v. die over lastgeving geen betrekking hebben op een last, door een hoogeren ambtenaar aan een lageren ter zake van den dienst verstrekt. Nu kan men in het eerste geval toch kwalijk zeggen; de verhouding, die wij, hoewel het B. W. haar regelt, als publiekrechtelijke erkenning, is dit, omdat zij het karakter deelt van de wetsbepaling, die haar beheerscht. Om geen andere reden moeten wij de wetsbepaling zoo noemen, dan omdat de verhouding, door haar geregeld, dat is. En in het andere geval is de verhouding niet bloot deswege aan het B. W. onttrokken, omdat voor haar bizondere voorschriften bestaan. Ook al ontbraken deze, toch zouden we de verhouding publiekrechtelijk noemen, en wegens den aard dier niet vermogensrechtelijke verhouding de bepalingen van het B. W. over lastgeving op haar niet van toepassing achten. In den regel gaat op wat TRIEPEL bl. 540 zegt: niet de verschillende regeling in de wet maakt de levensverhoudingen publiek- of privaatrechtelijk, maar zij geschiedt, omdat de wetgever de verhoudingen als het eene of het andere beschouwt. Somtijds echter regelt de wet de verhoudingen zóó dat er ten gevolge zijner bepalingen een publiekrechtelijke verhouding ontstaat, die er zonder die bepalingen niet zou wezen, en die vroegere

privaatrechtelijke kan vervangen; men denke aan onze Ongevallenwet en Tiendwet. Maar daarom mag men nog niet zeggen dat *in het algemeen* de aard der wettelijke regeling primeert, en niet die der daarin geregelde verhouding.

SCHELTEMA's stelling (R. Mag. bl. 249) dat éénzelfde verhouding tegelijk door publiek- en door privaatrecht kan worden beheerscht, is ook door TRIEPEL, noot 2 bl. 539—540 als juist erkend. Ik ga daarin met hen mee. O. a. wat ik in hoofdstuk III van Grenzen heb gezegd zou zonder die stelling niet zijn vol te houden. Maar noch daar, noch in hoofdstuk IV ben ik gekomen tot de conclusie, die SCHELTEMA mij in den mond legt, dat er publiekrechtelijke overeenkomsten, of andere rechtshandelingen en verhoudingen zijn, die *geheel* door het burgerlijk recht (en dus *niet* door het publiek recht) worden beheerscht. SCHELTEMA laat mij eerst zeggen: geheel of zoo goed als geheel, om daarna die laatste toevoeging te laten vallen, waar hij, de tegenstelling tusschen hem en mij willende doen uitkomen, te kennen geeft dat naar zijn smaak het nooit gemotiveerd kan zijn, verhoudingen, die geheel door burgerlijk recht worden beheerscht, publiekrechtelijk te noemen. De door mij t. a. p. bl. 39—40 betuigde instemming met de uiteenzetting van MEIJERS in W. P. N. R. 2544 bl. 442 kol. 2 had SCHELTEMA kunnen doen inzien dat ik niet heb bedoeld wat hij als mijn zienswijze aanduidt. Indien bij een publiekrechtelijke verhouding steeds het voorbehoud is te maken dat eigen regels, door het algemeen belang gevorderd, moeten voorgaan, dan wordt de verhouding ook nooit geheel door het burgerlijk recht beheerscht. Of men wèl mag zeggen „zoo goed als geheel" hangt er van af, wat men hieronder verstaat. Breidt men het niet al te ver uit, dan zal het kunnen opgaan voor verhoudingen, waarvan ik heb aangenomen dat zij (mede) door het B. W. worden beheerscht, doordat men ze bij de invoering van dat wetboek voor privaatrechtelijk hield. Misschien zegt men: dat blijft toch een anomalie. Maar juist die anomalie verklaart de mogelijkheid dat voor een verhouding, die wij thans als publiekrechtelijk aanmerken, de regels toch grootendeels moeten worden gezocht in het B. W. Geheel beheerscht door burgerlijk recht worden echter ook m. i. publiekrechtelijke verhoudingen nooit. De door SCHELTEMA ontdekte gapende kloof bestaat dan ook enkel in zijn verbeelding, gewekt door een misverstand.

De Grondwet wil dat o. a. „het burgerlijk recht" in een algemeen wetboek wordt geregeld. Naar welken maatstaf moet nu volgens SCHELTEMA de wetgever, die in een bepaald geval mocht twijfelen of een of ander onderwerp tot het burgerlijk recht behoort, dien twijfel oplossen? Hij kan dat toch kwalijk doen naar den aard der door hem zelf te maken regels. Eveneens is het denkbaar dat een gemeentelijke wetgever zich

afvraagt of hij zeker in het B. W. niet behandeld onderwerp als wel of niet behoorend tot het burgerlijk recht, bij verordening mag regelen. Ook dan kan men hem moeilijk verwijzen naar den aard der regels. Wat anders kan hier richtsnoer zijn voor Rijks- of gemeentelijken wetgever dan de aard der te regelen verhoudingen?

Blijkens R. Mag. bl. 248 v. o., waar SCHELTEMA de in mijn Grenzen bl. 53 vermelde overeenkomst tusschen een polder en partikulieren over het maken eener keur en het heffen van een omslag bespreekt, gaat hij hiervan uit dat, bestaat er geen publiekrechtelijke regeling voor zeker onderwerp, dat onderwerp beheerscht wordt door het burgerlijk recht, als niet door het publieke recht ter zijde gesteld. Daarom noemt hij de bedoelde overeenkomst privaatrechtelijk. Wat is dan echter het gevolg? O. a. dit dat bij niet-nakoming art. 1277 B. W. toepasselijk is. Voldoet de polder niet aan zijn verplichting tot het maken der beloofde keur, of aan die tot het heffen van den omslag, dan zouden dus partikulieren gemachtigd kunnen worden dat zelf te doen? Vermoedelijk deinst ook SCHELTEMA voor die consequentie terug. Maar kan hij er aan ontkomen? De restrictie voor de toepassing van het B. W. op publiekrechtelijke verhoudingen dat zij niet mag geschieden, indien het algemeen belang haar niet gedoogt, kan men toch niet goed óók maken bij een burgerrechtelijke verhouding.

In het zooeven genoemde geval was de overeenkomst direkt gericht op hetgeen ik boven aangaf als inhoud der bedongen prestatie. Dàt is het, wat ik versta onder het „objekt" der overeenkomst, en daarom heb ik haar gerangschikt onder de publiekrechtelijke. Die kwalifikatie gaf ik eveneens aan de gebruiksvergunning, die b.v. een gemeente verleent ten aanzien van grond voor den openbaren dienst bestemd, voorzoover en omdat de gemeente dan optreedt als publiekrechtelijk lichaam, en niet als gelijk staande met elken partikulieren eigenaar, terwijl, verhuurt de gemeente een haar toebehoorend huis, zij wèl op gelijken voet staat met den partikulier, die in hetzelfde geval verkeert. Hierin ligt het onderscheid, waarnaar SCHELTEMA bl. 245 v. o.—246 v. b. navraag doet. Dat onderscheid aldus aangevend, kom ik vanzelf tot de bezwaren, die SCHELTEMA heeft tegen het door mij aangenomen criterium voor de publiekrechtelijke verhoudingen, welke ik noemde verhoudingen, waarin de overheid *als zoodanig* staat. Laat ik dadelijk zeggen dat het criterium ook mijzelf niet geheel bevredigt, omdat het nog voor zóóveel twijfel ruimte overlaat dat het mij geenszins verwondert, als men hiermee geen vasten grond onder zich voelt. In W. 10000 heb ik dan ook de meening geuit dat, wil een wet deze uitdrukking gebruiken, zij nadere definieering behoeft. En dat dit ook geldt bij een wetenschappelijke uiteenzetting ontken ik allerminst. Ik geef ook grif toe

dat mijn poging tot definieering op bl. 8—10 geen passepartout aan de hand doet, waarmee alle op dit gebied zich voordoende vragen gemakkelijk zouden zijn uit den weg te ruimen. Niet het minst om die reden heb ik tegen het einde mijner voorrede er van gewaagd dat anderen door hun studies het in de mijne nog ontbrekende zouden hebben aan te vullen. Ik heb gemeend dat het beter was met mijn boekje niet te wachten totdat ik zelf de, misschien nooit komende, gelegenheid zou hebben gevonden dat onderzoek te verrichten. Overigens blijkt het mij nu, ook dit wil ik toegeven, dat ik beter zou hebben gedaan hieromtrent iets uitvoeriger te zijn. Schrijvende, zooals SCHELTEMA opmerkt, voor meer gevorderde lezers, heb ik bij hen als voldoende bekend ondersteld dat buiten de burgerrechtelijke verhoudingen vallen b.v. de verhouding van het Rijk tot de burgers ter zake van den wettelijken dienstplicht, die der bestuurslichamen tot hun leden bij het heffen der belastingen, die van de rechterlijke macht tot de justiciabelen. In het algemeen voorts die van de administratie tot de burgers, al kan deze ook civielrechtelijk zijn, voorzoover zij hun burgerlijke rechten betreft. Al die verhoudingen had ik, met het zooeven aangaande de administratie gemaakte voorbehoud, in de eerste plaats op het oog bij mijn formuleering: welke verhoudingen vielen steeds en vallen „naar de algemeene opvatting" buiten de burgerrechtelijke. SCHELTEMA noemt de hier tusschen aanhalingsteekens geplaatste bijvoeging nietszeggend. Dat is zij niet, want ik wilde doen uitkomen dat ik in hetgeen zou volgen niet ben uitgegaan van wat *ik*, hetzij op grond van eigen hypothese, hetzij ingevolge het latere onderzoek, als publiekrechtelijk beschouwde, maar van hetgeen *iedereen* gewoon is zoo te noemen. Omdat die basis van het gebouw niet door mijzelf is gelegd, mag ik misschien, blijvend bij de door SCHELTEMA uit mijn voorrede overgenomen beeldspraak, nu hij vraagt naar de steentjes, die aan mijn theorie ten grondslag liggen, opmerken dat fundamenten wel eens voor het oog onzichtbaar zijn zonder daarom te ontbreken, en dat die, welke ik zooeven bloot heb gelegd, kunnen worden vergeleken bij rotsblokken, die alleen omdat zij nog onbehouwen zijn, moeten worden aangevuld met de steentjes, door anderen nog aan te dragen. Enkele voorbeelden (2) lijken mij wel geschikt tot nadere toelichting der tegenstelling tus-

(2) Ik ontleen ze grootendeels aan den „discours de rentrée" van den Luikschen Procureur-Generaal MEYERS van 1 Oct. 1921 over „La Compétence des Tribunaux et l'Administration" in La Belgique Judiciaire 1922, kol. 70. Zijn rede is van belang voor hem die kennis wil maken met de jurisprudentie op art. 92 der Belgische Grondwet, en vooral ook met de houding, die de Belgische rechter aanneemt ten opzichte der aansprakelijkheid van publiekrechtelijke lichamen voor door hen berokkende schade.

schen het publieke lichaam, handelend als zoodanig of, indien SCHELTEMA dezen term beter acht, als besturend lichaam, aan den eenen kant, en aan den anderen hetzelfde lichaam, zich plaatsend op gelijken voet met een partikulier. Er bestaat ongetwijfeld verschil tusschen het optreden van den Staat, als hij levensmiddelen koopt, een mijn of een handelsonderneming exploiteert, en zijn optreden als hij ambtenaren benoemt, garnizoenen verplaatst, ridderorden verleent, of den oorlog verklaart aan een anderen Staat. Verschil is er ook in het optreden van den Staat, als hij een huis verhuurt en zijn optreden als hij het bestemt voor zijn publieken dienst. Evenzeer neemt de Staat niet hetzelfde standpunt in, indien hij als eigenaar van een bosch hout verkoopt, en indien hij een kapverbod oplegt, noch ook ingeval hij als grondeigenaar art. 673 lid 2 B. W. niet mocht naleven, en ingeval hij werken laat maken voor stroomverbetering. Bij het heffen van successiebelasting beweegt de Staat zich op ander terrein dan als hij een vacante nalatenschap tot zich neemt. De voorbeelden waren te vermeerderen, maar de genoemde zullen wel voldoende zijn om te doen zien dat de theorie van het „als zoodanig" op vrij stevige fundamenten rust, en dus geen zeepbel is. Zij verdient dien naam niet, omdat zij uitgaat van het feit dat men, sprekend van publiek recht, steeds een afzonderlijke rechtspositie heeft willen toekennen aan de bestuurslichamen, die het wereldlijk gezag uitoefenen, voorzoover deze in die uitoefening, dus als bestuurslichamen, d. w. z. als zoodanig optreden.

Teleurstellen moet ik SCHELTEMA, als hij van de bestuurstaak dier lichamen een nadere bepaling verlangt. Ook al kon ik haar geven, zij ware in een boekje als het mijne niet op haar plaats geweest. Daarvoor zou men eerder een werk moeten naslaan als b.v. DUGUIT's Traité de droit constitutionnel, die in § 8 (speciaal bl. 55—60) van dl. II (2e dr.) de services publics behandelt (vgl. ook aldaar bl. 134—135). Maar ik heb te eer gemeend op bl. 10 van Grenzen te kunnen volstaan met de woorden: datgene wat de publiekrechtelijke gemeenschappen zelf onder haar bestuurstaak rangschikken, omdat het mij onmogelijk toeschijnt hier vaste lijnen te vinden (3).

Hierin ben ik het met SCHELTEMA eens dat er op het door mij in Grenzen betreden gebied nog heel wat te doen overblijft. Zoowel zijn in het R. Mag. geleverde kritiek als zijn stukje in het boven aangehaalde Jaarboekje, geven bijdragen tot de bestudeering van het onderwerp, die ik, ondanks het hier aangeduide verschil van opvatting, gaarne toejuich.

's-Gravenhage, Augustus 1924

---

(3) Vgl. ook R. KRANENBURG, Het Ned. Staatsrecht I bl. 15—18, en DUGUIT t. a. p. bl. 57.

Mr. L. Spanjaard. *Nederlandsche diplomatieke en andere bescherming in den vreemde*, 1795—1914. — Proefschrift Staatswetenschap Leiden, 1923. — 428 bladz.

Het bovenvermelde proefschrift bestaat uit twee deelen. Grondslag van het geheel is de in hoofdstuk IV opgenomen, uitvoerige lijst van 142 gevallen, waarin Nederland diplomatieke, consulaire of andere bescherming heeft verleend aan Nederlandsche onderdanen of beschermelingen. Op dezen grondslag is de verdere inhoud van het boek (hoofdstukken I—III) opgebouwd. De periode van 1795—1848 is daarbij veel vollediger behandeld dan die van 1849—1914, tengevolge van het feit, dat de S. alleen voor de eerstgenoemde periode nasporingen heeft kunnen doen in het archief van het Departement van Buitenlandsche Zaken en de legatie-archieven, en dus voor het latere tijdperk vaak met ontoereikende gegevens heeft moeten werken. In zijn inleiding kondigt de schrijver reeds aan, dat zijn proefschrift in hoofdzaak de bewerking van casuïstiek is en dus geenszins beoogt een Nederlandsche navolging te zijn van het op breede dogmatische basis opgetrokken werk van den Amerikaanschen hoogleeraar Edwin M. Borchard: „The diplomatic protection of citizens abroad or the law of international claims" (1915). Ook in een ander opzicht, n.l. wat de keuze der gevallen betreft, heeft de S. zich beperkt; slechts bij uitzondering zijn bijv. gevallen van schending van Nederlandsche rechtsbelangen op zeeschepen en protectiegevallen, die met het oorlogs- en neutraliteitsrecht samenhangen, behandeld. Zelfs binnen deze, door den S. voor zijn onderzoek en arbeid getrokken, grenzen is het werk tot een lijvig boekdeel uitgegroeid. Het geeft, in den trant van eene vroegere Leidsche dissertatie, van wijlen Mr. K. H. Corporaal (De internationaalrechtelijke betrekkingen tusschen Nederland en Venezuela, 1816—1920), voor Nederland de bewerking, uit juridisch gezichtspunt, van bronnen betreffende een stuk buitenlandsch beleid, — een nuttige arbeid, die, door meerderen en in de verschillende landen meer systematisch ondernomen, waardevolle gegevens aan het licht zou brengen over de praktijk van het internationaal diplomatiek verkeer.

Het werk is logisch opgezet en ingedeeld. Hoofdstuk I behandelt de Nederlandsche diplomatieke bescherming in het algemeen, in hare verhouding tot het internationaal gewoonte-

recht, de Nederlandsche grondwet en het Nederlandsch tractatenrecht; daartusschen is ingelascht een beschouwing over het rechtskarakter van het „recht op bescherming". Hoofdstuk II spreekt over de beschermingsorganen en de beschermde personen. Als „beschermingsorganen" hebben gefungeerd de autoriteiten, sedert 1795 successievelijk belast geweest met het opperbestuur der buitenlandsche betrekkingen, met hunne onder allerlei benamingen aangeduide Ministers van buitenlandsche zaken; soms ook Ministerraad, Kabinetsraad en Raad van State, in het bijzonder na 1868 de Staten-Generaal, verder de diplomatieke en consulaire dienst, de marine, het departement van koloniën en een enkele maal ook buitenlandsche of internationale organen, als vreemde consuls en gezanten, het corps diplomatique en arbiters. Voor bescherming kwamen in de eerste plaats in aanmerking Nederlanders en (praktisch ook vóór 1910) andere Nederlandsche onderdanen, daarnaast echter subsidiair ook vreemdelingen, hetzij als Nederlandsche protégé's in Oostersche landen, hetzij duurzaam krachtens internationale overeenkomst, zooals met Siam en Luxemburg, hetzij ingevolge tijdelijke delegatie in oorlogstijd, hetzij om humanitaire of andere bijzondere redenen. Hoofdstuk III beschrijft het „reclamatieproces"; eerst wordt de verhouding tusschen vaderland en reclamant ontleed, daarna afzonderlijk over officieele en officieuze bescherming gesproken, terwijl ten slotte de eisch, het antwoord en de resultaten der procedure worden behandeld.

De bijna 150 bladzijden beslaande lijst van zorgvuldig bijeenverzamelde, goed gedocumenteerde protectiegevallen in hoofdstuk IV, aangevuld met een veel kortere lijst van gevallen waarin omgekeerd vreemde Staten tegenover ons land hun recht tot bescherming hebben doen gelden, geeft een niet onbelangwekkend beeld van deze zijde van ons buitenlandsch beileid. In bonte verscheidenheid trekken allerlei gebeurtenissen, rechtskrenkingen of nalatigheden van vreemde staten en staatsorganen aan ons oog voorbij: gewelddadigheden tegen of arrestaties van Nederlandsche vertegenwoordigers en onderdanen, curieuze uitingen van haat tegen Joden, inbeslagneming van goederen en schepen, niet-betaling van schulden door Waldeck, Oostenrijk, Zweden, Spanje, Sardinië, Pruisen (Silezische schuld), Griekenland, Florida, Turkije, uitzettingen, paspoortmoeilijkheden, werkelijke of vermeende „dénis de justice", revolutionaire woelingen, enz.

Uit volkenrechtelijk en gedeeltelijk ook uit staatsrechtelijk oogpunt boezemt de bewerking der stof in de hoofdstukken I en III de meeste belangstelling in.

Zoolang het zoogenaamde „völkerrechtliche Indigenat" eene theoretische constructie en de positiefrechtelijke erkenning van zelfstandige internationale rechten van het individu in

den geest van Fiore's „diritti internazionali e positivi dell'uomo" hooge uitzondering blijft, is voor den enkelen mensch het intermediair van een of ander staatsgezag noodzakelijke voorwaarde voor internationale rechtsbescherming. Deze fundamenteele waarheid doet de theorie der internationale „claims" uiteenvallen in twee deelen, waarvan het eene de staatsrechtelijke verhouding tusschen den gelaedeerden mensch en het voor hem inspringende staatsgezag, het andere de volkenrechtelijke verhouding tusschen dit laatste en den laedeerenden staat betreft.

Wat de eerste, de staatsrechtelijke, verhouding aangaat, is men het er vrij algemeen over eens, dat de aanspraak op bescherming tot dusver geen afdwingbaar subjectief recht is en ook in een toekomstige regeling der administratieve rechtspraak niet als zoodanig zou kunnen worden erkend. Op dit terrein staat de discretionaire bevoegdheid der regeering vast, wat, zooals de S. op bladz. 26 en vlg. toelicht, ook door de rechtspraak van den Franschen Conseil d'Etat en de praktijk van het Amerikaansche State Department onveranderlijk wordt aangenomen. De aanspraak op bescherming is veeleer, naar een bekende constructie, de reflexwerking van eene naar het objectieve recht op de overheid rustende verplichting of functie (blz. 39 v.). Zoover heeft de S. in zijne uiteenzetting volkomen gelijk. Zeer betwistbaar echter schijnt mij zijn standpunt ten aanzien van eene andere zijde der kwestie, welke in hoofdstuk III, blz. 244 en vlg., 257 en vlg., behandeld wordt. Op de aangehaalde plaatsen bestrijdt de S. de leer van Anzilotti en Borchard, die den reclameerenden staat niet als den vertegenwoordiger van zijn gelaedeerden onderdaan willen aanmerken en die daarom de uitkeering van de schadeloosstelling aan dien onderdaan aan de internationale sfeer onttrokken en een zaak van interne administratie achten. Bij zijn critiek op die leer en zijn verdediging van de vertegenwoordigings-constructie beroept de S. zich op argumenten van verschillende orde, die m. i. echter alle even weinig overtuigend zijn. Vooreerst zou de bestreden leer een miskenning inhouden van „de jongere ontwikkeling van het volkenrecht, die immers aan het individu internationale vorderingsrechten niet meer ontzegt" (blz. 245), — welk argument in dit verband m. i. echter een pure petitio principii is. Dan volgt een verwijzing naar het bestaan van conventioneele regelingen tusschen de gedingvoerende staten, waarin de uitkeering eener schadeloosstelling aan den reclamant zelf wordt gestipuleerd (blz. 245 en 257/8); dat in die gevallen een volkenrechtelijke verplichting (en wel uitsluitend jegens de wederpartij in het internationaal geding) tot uitkeering bestaat, is ook m. i. niet te loochenen, maar bewijst niets voor de meerderheid der gevallen, waarin immers een dergelijk uitdrukke-

lijk beding, dat de reclameerende staat eventueel ook stellig zou kunnen afwijzen, ontbreekt. Als staatsrechtelijk argument wordt aangevoerd, dat, indien de Staat de schadeloosstelling niet als vertegenwoordiger ontving, voor de uitkeering uit de staatskas telkens een wet noodig zou zijn (blz. 259); dit argument spreekt voor mij daarom zoo weinig, omdat onze grondwet nu eenmaal allerlei cardinale punten betreffende de verhouding van de nationale rechtssfeer tot het volkenrecht met soevereine nonchalance voorbijgaat en omdat bovendien de materie der internationale claims en de regeling der uitkeeringen zeer wel te brengen zouden zijn onder het aan den Koning opgedragen opperbestuur der buitenlandsche betrekkingen, in welke functie begrepen is het optreden naar eigen inzicht als trustee van nationale en onderdanen-belangen tegenover het buitenland. De kwestie is allerminst van louter theoretisch belang; hare praktische beteekenis komt o. m. tot uiting in het door den S. besproken geval, dat de „gedaagde" staat toestemt in, of veroordeeld wordt tot, de betaling van een globale som, een „lump sum", ter voldoening van een groote groep van vorderingen. In een dergelijk geval nu moet m. i. de regeering, behoudens tegengesteld internationaalrechtelijk beding, vrij geacht worden om de uitkeeringen naar haar inzicht te regelen. Wanneer bijv. de eischende regeering, geplaatst tegenover een groote groep van reclames harer onderdanen wegens onrecht in land- of zee-oorlog of wegens revolutieschade, op gronden van opportuniteit of internationale politiek, bepaalde claims niet heeft willen doorzetten, of wel de wederpartij bepaalde claims niet heeft willen erkennen, blijft die regeering m. i. in het algemeen bevoegd, niettemin op gronden van recht en billijkheid, zooals zijzelve die waardeert, ook de indieners der niet doorgezette of erkende claims uit de globale som te laten mededeelen, dus ten nadeele — in S.'s leer — van de succesvolle „vertegenwoordigden".

Intusschen, hoofdzaak in de leer der internationale claims blijft de volkenrechtelijke verhouding tusschen de gedingvoerende staten. In de groote meerderheid der gevallen berust die verhouding nog op het internationaal gewoonterecht. De S. blijft, in overeenstemming met den opzet van zijn werk, meer aan den formeelen kant van het vraagstuk; de materieele zijde zou hem gebracht hebben midden in de moeilijke en zeer betwiste leer van het „volkenrechtelijk delict" in al zijn nuances en de internationale aansprakelijkheid der Staten daarvoor. De gewoonterechtelijke normen hebben somtijds erkenning of uitwerking gevonden in tractaten met vreemde mogendheden, hetzij ex post (arbitragetractaten naar aanleiding van protectiegevallen, het Pekingsche slotprotocol na den Boxer-opstand), hetzij bij voorbaat (consulaire conventies, de uitstervende „capitulaties"). Onder deze tractaatsnormen

zijn typisch, in het licht eenerzijds van het veelvuldig misbruik door de staten van hun beschermingsrecht gemaakt, en anderzijds van hunne pogingen om zich aan internationale aansprakelijkheid te onttrekken, de bepalingen, die bij voorbaat de uitoefening van het protectierecht aan banden leggen, zooals ingevolge de Calvo-leer, de revolutie-clausule in verdragen met Zuid-Amerika en de Drago-leer (blz. 42—63).

In hoofdstuk III behandelt de S. o. m. allerlei gronden, waarop de om steun aangeroepen regeering heeft geweigerd de reclame binnen de internationaalrechtelijke sfeer te brengen; het gedrag van den reclamant tegen den vreemden staat, fraude, onvoldoend bewijs, redenen van politieken aard of courtoisie, niet-uitputting van de locale rechtsmiddelen, afstand van het beroep op diplomatieken steun, enz. kunnen die weigering rechtvaardigen. Overigens vallen officieele en officieuze bescherming te onderscheiden. De laatste verschilt van de eerste, doordat zij belangen van zuiver particulieren aard raakt, zooals vorderingen uit concessies of staatsleeningen, en de regeeringssteun zich hier bepaalt tot hulp bij de behandeling der aangelegenheid door gemachtigden der reclamanten, waaromtrent eenige voorschriften gegeven zijn in het oude Koninklijk besluit van 3 November 1817 (S. 10 van 1821). Officieele bescherming begint met diplomatieke vertoogen, kan leiden tot arbitrage (Havanna-Packet 1881—83; pandkwestie-Narik 1913—18), afbreking van diplomatieke betrekkingen, retorsie, représailles en eventueel geweldmaatregelen, van welke laatste de wettigheid echter beperkt is door de IIde Conventie van 1907, de zoogen. Porter-conventie. Tenslotte behandelt de S. den aard en de elementen van het herstel, de wijze van genoegdoening, den omvang der schadeloosstelling en hare uitkeering, waarover hierboven reeds iets gezegd werd.

Zooals uit het voorafgaand overzicht blijkt, ligt aan dezen arbeid een zorgvuldig vooronderzoek ten grondslag; de waarde van het werk ligt dáárin en in de wijze waarop de aldus verzamelde gegevens zijn verwerkt tot een overzichtelijke samenvatting van de Nederlandsche praktijk op het netelig terrein der internationale protectie.

September 1924 J. H. W. Verzijl

Dr. H. A. Colijn. *La décision de la Société des Nations concernant les îles d'Aland.* — Academisch proefschrift Vrije Universiteit te Amsterdam, 1923. — XXI en 185 blz., met twee kaarten als bijlagen.

Met de in den titel van dit proefschrift genoemde beslissing van den Volkenbond bedoelt de S. een tweetal met elkaar samenhangende beslissingen van den Raad van dien Bond genomen op 20 September 1920 en 24/27 Juni 1921, en wel in het bijzonder voorzoover die beslissingen betrekking hebben op het Zweedsch-Finsche geschil over de al- of niet-erkenning van het zelfbeschikkingsrecht voor de bewoners der in den ingang der Botnische golf gelegen eilandengroep Åland. De in die beslissingen mede behandelde kwestie van geheel anderen aard, n.l. aangaande de demilitarisatie der eilanden, heeft de S. ter zijde gelaten.

Niet alleen de voorgeschiedenis en het verloop van het geschil, maar ook de geschiedenis van de procedure voor den Volkenbondsraad zijn vrij ingewikkeld. Beide worden door den S. uitvoerig uiteengezet. Na een korte samenvattende inleiding geeft de S. in hoofdstuk I een uitstekend overzicht over de historische betrekkingen tusschen de Ålandseilanden en Finland, eerst (van 1157—1809) onder de Zweedsche soevereiniteit, daarna (van 1809—1917) binnen het kader van het Russische Rijk, en vervolgens in hoofdstuk II over den oorsprong en de ontwikkeling van het reeds in het eind van 1917 langzaam opkomende geschil tusschen Zweden en Finland. Hoofdstuk III beschrijft het verloop van de behandeling van dit geschil voor den Conseil van het oogenblik af (19 Juni 1920), waarop Lord Curzon namens de Britsche Regeering diens aandacht erop had gevestigd op grond van art. 11 van het Bondsverdrag, tot de eindbeslissing. In hoofdstuk IV onderzoekt de S. de belangwekkende kwestie der competentie van den Volkenbondsraad, welke hij ontkent, terwijl hij tenslotte in hoofdstuk V ook de eindbeslissing aan kritiek onderwerpt.

Een welgefundeerd oordeel over de belangrijke rechtskwesties, welke hier in het geding waren, uit te spreken, is zonder nauwkeurige kennis van vele historische feiten niet mogelijk, en deze laatste zijn weder veel te talrijk en te gecompliceerd om hier in het kort te worden samengevat. In het bestek van

deze bespreking moet daarom, en kan trouwens ook na de vele publicaties over de strijdvraag, o. a. van de hand van Prof. Van der Vlugt, volstaan worden met een herinnering van wat voor een juist begrip van het onderwerp en de strekking van het proefschrift strikt noodzakelijk is.

Na de onafhankelijkverklaring van Finland in 1917 ontstond op de Ålandseilanden een separatistische beweging ten gunste van Zweden, tot welk land tot 1809 sinds eeuwen zoowel Finland als de eilandengroep behoord hadden. Zweden steunde deze beweging, ten gevolge waarvan de verhouding met Finland zeer gespannen werd. Toen het geschil door de Britsche tusschenkomst voor den Volkenbondsraad gebracht was, eischte Zweden voor de Ålanders de gelegenheid op om terstond door middel van een plebisciet te beslissen, of zij onder de soevereiniteit van Finland wilden blijven, of wel opnieuw met Zweden vereenigd wenschten te worden. Finland, dat, hoewel toen nog geen Bondslid, zich in deze zaak aan de Bondsprocedure had onderworpen, pleitte tegenover Zweden de exceptie van onbevoegdheid van den Volkenbondsraad, volgens het achtste lid van art. 15 van het Bondsverdrag, dat dien Raad verbiedt zich met een geschil in te laten, wanneer hij de juistheid moet erkennen van de bewering van een der partijen, „que le différend porte sur une question que le droit international laisse à la compétence exclusive de cette partie". Tot het uitbrengen van een advies over de netelige strijdvraag, of in casu de exceptie gegrond was, werd een juridisch driemanschap (Larnaude—Struycken—Huber) benoemd, dat in een uitvoerig rapport van 5 September 1920 de praejudicieele vraag van diep ingrijpende principieele beteekenis ontkennend, dus ten nadeele van Finland, beantwoordde, en wel voornamelijk op dezen grond, dat het geschil niet betrekking had op een definitief tot stand gekomen staatkundigen toestand, maar veeleer op een feitelijken toestand in een periode van politieke transformatie, waarin aan Finland nog niet het karakter van een definitief geconstitueerden Staat kon worden toegekend. De Conseil vereenigde zich op 20 September 1920 met dit rapport der juristen-commissie en verwierp dus de exceptie van onbevoegdheid; hij achtte het geschil echter te ingewikkeld om terstond, zonder nader advies, in de hoofdzaak te beslissen en benoemde daarom een nieuwe commissie van drie (Beyens—Calonder—Elkus), ditmaal politici, om de eindbeslissing voor te bereiden. Overeenkomstig het na plaatselijk onderzoek uitgebracht, uitvoerig advies dezer tweede commissie van 16 April 1921, besloot daarop de Conseil, in zijn zitting van 24/27 Juni 1921, de Finsche soevereiniteit over de eilandengroep te erkennen, maar tevens om, in het belang van den vrede, ten behoeve van de eilandbevolking nieuwe waarborgen voor te schrijven ter aanvulling van den inhoud der reeds

door Finland afgekondigde autonomiewet. In dit eenstemmig oordeel van den Volkenbondsraad hebben tenslotte beide partijen berust.

In het bijzonder het eerste advies, dat van de juristen-commissie, heeft van verschillende zijden critiek ontmoet, — zooals ik elders (*Weekblad van het Recht* no. 10680), naar aanleiding van Mr. Van der Vlugt's brochure van begin 1921: „La question des îles d'Åland. Considérations suggérées par le rapport des juristes", reeds verklaarde, m. i. volkomen terecht. Het blijft te betreuren, dat de drie juristen in hun rapport zoo openlijk een knieval hebben gedaan voor de brutale feiten, met staats- en volkenrecht in strijd; hun gedachtengang en conclusies schijnen mij dan ook alleen hieruit te verklaren, dat zij zich meer of minder bewust mede hebben laten leiden door overwegingen van politieke opportuniteit. Intusschen heeft de Volkenbondsraad hun advies gretig aangegrepen om zich de zaak definitief aan te trekken.

Wat nu de auteur van deze dissertatie als criticus doet, is vooreerst, in denzelfden geest als de Leidsche oud-hoogleeraar, het advies der juristen-commissie uiteen te rafelen en de zwakke plekken daarvan bloot te leggen; voorts aan te toonen, dat, op den keper beschouwd, het tweede advies, dat der drie rapporteurs-politici, in zijn juridische appreciatie eigenlijk veel juister dan het eerste, in elk geval lijnrecht daarmede in strijd was, en dat dientengevolge ook de twee opvolgende beslissingen van den Volkenbondsraad aan innerlijke tegenstrijdigheid lijden. Ook al kan men allerminst alle door den S. gebezigde argumenten onderschrijven — wat, gezien de exceptioneele en twijfelachtige rechtspositie van Finland onder het oude regime en den in vele opzichten nog onbestemden inhoud der volkenrechtelijke normen, ook niet te verwachten is —, zoo mag men, dunkt mij, toch het betoog van den S. in het algemeen geslaagd, althans zijn slotconclusies op blz. 177/8 juist achten.

De competentie van den Volkenbondsraad, in weerwil van de door het Grondverdrag erkende „exceptie van interne aangelegenheid", werd gegrond op de bewering, dat Finland, sinds 1917 van politieke banden bevrijd, niet eenvoudig een vroeger bestaan als autonome staatkundige gemeenschap had voortgezet, doch moest beschouwd worden als een in een overgangstoestand verkeerend „phénomène politique nouveau", en dat daarom ook de verhouding van het Finsche gezag tot de eilandengroep voorloopig niet met den normalen maatstaf der territoriale soevereiniteit kon gemeten worden. Hadden daarentegen de juristen en de Conseil, in overeenstemming met de reeds lang voorafgegane erkenningen „de jure" door Rusland zelf en door een reeks andere Europeesche staten (onder wie ook Zweden), Finland terstond als een door emancipatie onaf-

hankelijk geworden Staat beschouwd, en ware, als onmiddellijk uitvloeisel daarvan, het Finsche staatsgezag erkend geworden over al het gebied, dat tijdens de Russische heerschappij volkomen regelmatig en zonder schending van eenige aanspraak van welken derde ook, tot het autonome Finsche territoir gerekend was, dan zou elke buitenlandsche bemoeienis met de separatistische wenschen van een bevolkingsgroep als ongeoorloofde interventie in de interne aangelegenheden van het nieuwe onafhankelijke lid der statengemeenschap beschouwd hebben moeten worden. Deze tweeledige erkenning nu, welke de Raad in September 1920 nog had geweigerd, teneinde zichzelf tot kennisneming van het geschil competent te kunnen verklaren, werd in Juni 1921 juist aan de definitieve beslissing ten grondslag gelegd: „La souveraineté des îles d'Åland est reconnue comme appartenant à la Finlande", — geen toewijzing dus van territoir (waartoe de Raad trouwens niet eens bevoegd zou zijn geweest), maar eenvoudig de formeele erkenning van een, ook door de commissie van rapporteurs reeds als onbetwistbaar aanvaarden, rechtstoestand. Maar van het oogenblik van die erkenning af ontzonk aan de inmenging van den Conseil elke rechtsgrond. Daarom komt ook mij de conclusie onafwijsbaar voor, dat de eerste beslissing van den Raad onjuist is geweest, omdat de kwestie wel degelijk tot de interne aangelegenheden van Finland behoorde, en de tweede eveneens, omdat daarin de Raad, trots de uitdrukkelijke erkenning van Finland's soevereiniteit, zich niettemin, in strijd met het volkenrecht, nog in die interne aangelegenheden gemengd heeft.

Dit in een met overtuiging geschreven betoog aannemelijk te hebben gemaakt, is ongetwijfeld een verdienste dezer dissertatie. Het feit, dat zij in het Fransch is uitgegeven en, mede door opneming van kaartjes in den tekst en van twee grootere gekleurde kaarten als bijlagen, een aantrekkelijken uiterlijken vorm heeft, zal ongetwijfeld medehelpen haar ook buiten onze grenzen gehoor te verschaffen.

Wat mij bij herhaalde raadpleging van de dissertatie eenigszins hinderlijk getroffen heeft, is dat, wanneer ik bepaalde feiten of argumenten nog eens wilde naslaan, ik ze gewoonlijk eerst na eenig bladeren vond op een plaats, waar ik ze aanvankelijk niet zou gezocht hebben. Dit heeft bij mij twijfel gewekt, of het met de logische indeeling van de, inderdaad niet zoo gemakkelijk te bedwingen, stof wel geheel in orde is.

September 1924 J. H. W. Verzijl

Dr. (Mr.) I. A. Nederburgh, *Eenige hoofdlijnen van het Ned.-Indisch staatsrecht.* — 's-Gravenhage 1923.

Op een tijdstip, dat gewerkt werd aan een diepgaande wijziging van het geldend staatsrecht van Indië om te trachten te voldoen aan de nieuwe grondwettelijke voorschriften in deze aangelegenheid verscheen het werk, welks titel hierboven vermeld staat.

In dit geschrift behandelt de auteur voor een groot deel die onderwerpen, welke blijkens vroegere uitvoerige artikelen en geschriften van zijn hand reeds sinds geruimen tijd zijn voorliefde hebben. Deze bekende beoefenaar van het Indisch staatsrecht biedt slechts „eenige hoofdlijnen" aan. Allerbelangrijkste onderwerpen als die, welke betreffen de instelling en werkkring van den Volksraad, de invoering van de meer en meer toegepaste decentralisatie en haar invloed op het staatsbestel, de algemeene financieele inrichting, de zelfbesturen, en zooveel meer worden niet of nauwelijks aangestipt. Wellicht zullen de genoemde belangwekkende onderwerpen meer uitvoerig ter sprake komen in het nu reeds in uitzicht gestelde vervolg op dit boek.

Het werk bestaat na een inleiding uit twee gedeelten. Het eerste behandelt de bevolking en haar recht, waarbij een uiteenzetting wordt gegeven zoowel van de onderscheiding der personen naar den landaard en naar hun verhouding tot de staatsgemeenschap als van de soorten van recht. Het tweede gedeelte behandelt het opperbestuur en de regeering in Indië tot aan de grondwetsherziening van 1922.

Het karakter van die twee gedeelten is verschillend. Het eerste deel is over het geheel beschrijvend en draagt zoo goed als geen polemisch karakter, het tweede daarentegen is vol opmerkingen van critischen aard en toont den schrijver als een volijverig polemicus. Naast die critiek vindt de lezer een proeve „van een uit de Grondwet van 1848 opgebouwd stelsel betreffende 's Konings bevoegdheden ten aanzien van N.-Indië in verband met de bepalingen van het R. R. van 1854" (blz. 132). Bij de behandeling van dit onderwerp komt de auteur herhaaldelijk op tegen „een onsamenhangende en onwettige staatsrechtsleer", die het regeeringsreglement uitlegt zonder daarbij het noodzakelijk verband met- en de ondergeschiktheid aan de grondwet voortdurend in acht te nemen, en

die uit het oog verliest, dat het reglement de grondwet wilde nakomen, niet ontduiken (blz. 132).

Voor een uitvoerige bestrijding van alles, dat tot tegenspraak lokt — en dit is heel wat — is het hier de plaats niet. In dit korte bestek kan ik mij slechts tot een paar hoofdzaken beperken. Trouwens is een polemiek over al de twistpunten, die hier opgeworpen worden, nog wel van belang op een tijdstip, dat het geldend staatsrecht van Indië op het punt staat een algeheele verandering te ondergaan? Ik meen het te moeten betwijfelen.

Het principieele, het cardinale punt, waarover de schrijver en ondergeteekende van meening verschillen, betreft de bevoegdheid der Kroon ten aanzien van de overzeesche gewesten.

Mr. Nederburgh is de meening toegedaan, dat de Koning door de toekenning van bevoegdheden aan den gouv.-generaal in het reg.reglement niet wordt beroofd van zijn grondwettige macht om deze zelf uit te oefenen. De ondergeteekende meent daarentegen, dat de grondwet van 1848 niet voorschrijft zulk een alomvattende koninklijke macht als Mr. Nederburgh zich voorstelt.

Het merkwaardige hierbij is, dat deze door mij aangehangen, door den schrijver voor onwettig uitgemaakte, leer door de wetgevende macht zelve wordt gehuldigd en in practijk gebracht. Er schijnt dus heel wat voor te zeggen ten aanzien van deze leer het bordje van onwettigheid te verhangen.

Dat de door Mr. Nederburgh aangevallen oplossing inderdaad die des wetgevers is, wordt — het is reeds zoo vaak betoogd — onomstootelijk bewezen door de reg.reglementen van de West. De wetgever onttrekt in ondubbelzinnige bewoordingen in art. 48, lid 1, aan 's Konings macht drie met name genoemde onderwerpen. De Kroon mag niet het slot der rekening vaststellen, zij mag geen belastingen voorschrijven, zij mag geen geldleeningen aangaan. Zonder grondwetschennis kon de wetgevende macht dit decreteeren, daar de grondwet van 1848 door haar opdracht tot vaststelling van de reg.reglementen haar opdroeg de koninklijke macht voor het beleid in de koloniën te preciseeren en af te bakenen. Diezelfde opvatting huldigde de wetgever, toen hij in het reg.reglement voor de Oost in enkele artikelen — ik denk hier aan de artikelen 68 *a*, 68 *b*, 68 *c*, 77, 145 — ten aanzien van bepaalde materies het maken van een „ordonnantie" voorschreef, terwijl hij het verzamelwoord „algemeene verordening", dat ook de Kroon zoude bevoegd maken, vermeed. De Kroon kon hier door de bevelen van art. 20 R. R. haar macht doen uitoefenen, maar zelve mag zij niet optreden in plaats van den gouv.-

generaal, die door het gebruik van het woord „ordonnantie" werd aangewezen.

Met het oog op een en ander is de door mij voorgestane leer geheel in overeenstemming met den werkelijken toestand.

De meening, dat 's Konings ook elders in de grondwet uitdrukkelijk toegekend opperbestuur aan wettelijke regeling onderworpen kan worden, waardoor de in dien algemeenen term aangeduide Koninklijke macht nader wordt omschreven en begrensd, verkondigden staatsrechtsleeraren als o. a. THORBECKE, BUYS, STRUYCKEN en KRANENBURG (1). STRUYCKEN gewaagt hier van een „thans vrijwel algemeen aangenomen leer" (2).

De heer NEDERBURGH neemt aan, dat de onbeperkte uitvoerings- en wetgevingsbevoegdheid des Konings het uitgangspunt was der ontwikkeling van het Indisch staatsrecht. „Dit groeide als 't ware op uit één stam: de Koninklijke macht, van welken stam de verschillende Indische autoriteiten, als vertakkingen, hun bevoegdheden afleidden, voorzoover niet, later, uitzonderingen op de bevoegdheden des Konings werden gemaakt. In dit laatste geval zou men kunnen spreken van vertakkingen, die, als bij een waringin, zich allengs met eigen wortels in den grond (de Grondwet) vastzetten, maar toch nauw verbonden bleven met den stam: met de Koninklijke macht"(blz. 128). Tegenover deze met een dichterlijke vergelijking getooide opvatting zoude ik mijn meer prozaïsche meening willen plaatsen, dat de nadere bevoegdheden der organen in Indië principieel wortelen in het reg.reglement.

In verband met de verordenende bevoegdheid des Konings ten aanzien van de overzeesche gebieden wil ik hier nog wijzen op hetgeen de auteur op blz. 140 en 141 mededeelt. Hij beweert, dat het duidelijk is dat des Konings wetgevende bevoegdheid volgens de grondwet een andere is dan zijn macht om algemeene maatregelen van bestuur vast te stellen, en steunt deze verbluffende uitspraak op de bewering, dat „*naast* de bepaling van Grw. 55 (vroeger 56), den Koning in een *ander* artikel (eerst 59, later 61) wetgevende bevoegdheid werd toegekend onder de benaming Opperbestuur en hem thans zulk een bevoegdheid kan worden voorbehouden krachtens het slot van art. 61".

Ik moet ronduit bekennen, dat de beteekenis dezer m. i. hier te onpas aangebrachte analyse mij ontgaat. De wetgevende macht der Kroon komt ten aanzien van de overzeesche ge-

---

(1) Mr. A. A. H. STRUYCKEN, Het Bestuur der Buitenlandsche Betrekkingen, Arnhem 1918, blz. 11 e. v. en de daar aangehaalde literatuur. Mr. R. KRANENBURG, Het Nederlandsch staatsrecht, I, Haarlem 1924, blz. 382, 383.

(2) STRUYCKEN, blz. 13.

bieden tot uiting in koninklijke verordeningen, die art. 75 Gw. zelf betitelt met den naam van „algemeene maatregelen van bestuur". Zoude er inderdaad nog iemand zijn, behalve de schrijver van „Eenige hoofdlijnen", die de juistheid dezer bewering ontkent?

Een ander gewichtig punt van verschil tusschen den auteur en mij betreft het toetsingsrecht des rechters. Dat de gouvernementsrechter in Indië toetsingsrecht zoude hebben ten aanzien van de verbindendheid van algemeene verordeningen, met uitzondering van wetten, bestrijdt Mr. Nederburgh opnieuw breedvoerig na in 1922 in zijn geschrift „De Koninklijke en de Wetgevende Macht over Ned.-Indië in verleden en toekomst" een gelijken aanval te hebben ondernomen. Nieuwe argumenten worden voor deze oude opvatting niet aangevoerd. De aangevoerde vonden m. i. reeds lang geleden en nu weer onlangs wederlegging. Ik verwijs o. a. naar het bekende werk van Mr. Margadant over het reg.reglement, deel I, hetwelk in 1894 verscheen (blz. 197 e. v.), verder naar de Memorie ter aanvulling van „de Proeve van eene staatsregeling voor Nederlandsch-Indië" (1), 1923 (blz. 5 en 6). In 1921 heeft het Hooggerechtshof in een arrest het toetsingsrecht aanvaard (Ind. Tijdschrift van het Recht, dl. 115, blz. 241). In de practijk bestaat het dus.

Ik zoude den heer Nederburgh onrecht doen, wanneer ik hier niet gewag maakte van zijn alleszins merkwaardige opvatting omtrent de al of niet onschendbaarheid van de keuren van gewestelijke bestuurshoofden.

Hij deed ter staving zijner leer in de zooeven genoemde brochure van 1922 een beroep op de woorden in art. 31 R. R. voorkomende „Zij (de afkondiging) is, in geldigen vorm geschied, de eenige voorwaarde der verbindbaarheid" en concludeerde daaruit, dat een behoorlijk afgekondigde algemeene verordening dan ook *onvoorwaardelijk* verbindend is (zie ook „Eenige hoofdlijnen" blz. 183). Naar aanleiding van de in bovengenoemde Memorie gestelde vraag, hoe de Indische rechter sinds jaar en dag het toetsingsrecht van gewestelijke keuren toelaatbaar kon achten naast de woorden in art. 3, lid 2 Ind. Staatsblad 1858 no. 17, die van letter tot letter identiek zijn aan bovenstaande formule, wijst de auteur er thans op, dat wellicht ook die keuren onschendbaar zijn, immers „de afgekondigde gewestelijke verordeningen waren . . . . . door den G.G. of door den Direkteur, als diens gedelegeerde, goedgekeurd en stonden daardoor feitelijk gelijk met ordonnanties" (blz. 187). Als men weet, hoe een

(1) Memorie enz. door Mr. J. Oppenheim, Mr. J. H. Carpentier Alting, Mr. Ph. Kleintjes, Dr. C. Snouck Hurgronje, Mr. C. van Vollenhoven en Raden Mr. Oerip Kartodirdjo.

ordonnantie tot stand komt, zal men zich over die „feitelijke" gelijkstelling niet weinig verbazen.

Het is wel begrijpelijk, dat Mr. NEDERBURGH zoo voor de onschendbaarheid van algemeene verordeningen en gewestelijke keuren opkomt, immers volgens hem leidt een toetsingsbevoegdheid tot groote onzekerheid van recht en tot verwarring, belemmert zij den geregelden gang van zaken en ondermijnt zij het gezag der wetgeving (blz. 179, 180). Tegenover deze vernietigende uitspraak veroorloof ik mij een andere opvatting te stellen, die m. i. van een juist inzicht in deze materie blijk geeft. Zij is te vinden op blz. 5 van de hooger genoemde Memorie. Zij luidt: „Ieder die de ontwikkeling van het Indisch staatsrecht gevolgd heeft weet hoezeer die ontwikkeling belemmerd is geworden door de veeljarige opvatting volgens welke ordonnanties en algemeene maatregelen van bestuur niet door den rechter mochten worden getoetst; door dit wegvallen van rechterlijke contrôle verkeert een belangrijk deel van het Indisch staatsrecht nog heden in een zelfden toestand van wanorde en willekeur als waarin het Nederlandsche staatsrecht verkeerde vóór 1850".

In de behandeling van de stof openbaart dit vlot geschreven en aangenaam te lezen boek een zeer persoonlijk karakter. Het is te betreuren, dat Mr. NEDERBURGH bij de ontvouwing van zijn denkbeelden den lezer in den regel niet mededeelt, hoe rechter en administratie zich hebben uitgesproken. Immers meer nog dan de persoonlijke meening van den schrijver zal de lezer wenschen te weten, hoe het werkelijk geldend recht er uitziet. Met deze aanvulling in handen zoude de lezer kunnen ontwaren, dat het tegenwoordig in kracht zijnde recht vaak aan de in dit werk verkondigde theorieën geheel vreemd is.

Met het oog op het sterk polemisch karakter van het tweede gedeelte verzuime men niet de aangevallen auteurs in hun eigen geschriften te raadplegen.

Amsterdam, Juli 1924 PH. KLEINTJES

Tj. J. Dorhout Mees. *Verzekering „aan u of die het anders zoude mogen aangaan".* — Academisch proefschrift. — Leiden, 1922.

De aanstaande jonge doctor, die een dergelijke clausule uitkiest als onderwerp voor zijn proefschrift, legt daarmee zich zelven een lang niet gemakkelijke taak op. Met een onderzoek van wetgeving, literatuur en rechtspraak en een rechtsvergelijkende studie kan hij allerminst volstaan; ook de geschiedenis, die hem noodzaakt tot het nagaan van Spaansche, Portugeesche en Italiaansche bronnen, mag hij niet buiten beschouwing laten; eindelijk echter is vereischt een meer dan oppervlakkige kennis der verzekeringspraktijk, en daar hij daarbij hoogstwaarschijnlijk uit eigen ervaringen niet kan putten, is hij wel genoodzaakt om zijn licht te gaan opsteken bij mannen van het vak. Dit nu heeft de schrijver, die toont ook in de andere opzichten voldoende tegen zijn taak te zijn opgewassen, in 't algemeen op gelukkige wijze gedaan, althans wat de gebruiken in ons eigen land aangaat, door aan te kloppen bij mannen, wier gezag wel niemand in twijfel zal trekken. Doch dit neemt niet weg, dat het gebruiken van dergelijke „de auditu's", bepaaldelijk wat de buitenlandsche praktijk betreft, niet geheel onbedenkelijk (alhoewel bij dit onderwerp moeilijk te vermijden) mag heeten; de aldus verkregen inlichtingen kunnen zeer eenzijdig zijn, en wie wel eens een getuigenverhoor over het bestaan van eenig handelsgebruik heeft bijgewoond, zal inzien, hoe weinig zekerheid de wijze van verkrijgen van inlichtingen des schrijvers vermag te geven.

Na een inleiding van slechts enkele bladzijden, waarvan niettemin het grootste gedeelte (over verzekering in het algemeen) overbodig mag heeten en waarbij van alles en nog wat (zelfs Ibsen) te pas wordt gebracht, begint de schrijver zijn historische beschouwingen in het eerste hoofdstuk met een overzicht over wettelijke voorschriften en schrijvers in Portugal, Spanje en Italië; daarop volgen een zeer belangwekkend overzicht over de ordonnanties en placcaten in de Nederlanden en schrijvers, advocaten en jurisprudentie tijdens de Republiek en een slotparagraaf, welke den niet geheel aan den inhoud beantwoordenden titel „conclusie, codificatie" draagt; immers men zal daarin heel wat vinden over jurisprudentie uit den tijd vóór de eerste pogingen tot codificatie in den Napoleontischen tijd.

Het tweede hoofdstuk behandelt wet en praktijk in het buitenland (Duitschland, Frankrijk en Engeland) en behelst

een overzicht, dat stellig niet zonder verdienste is, doch wel eenigszins mank gaat aan het euvel, dat de schrijver te veel in een betrekkelijk kort bestek wil meedeelen; daarbij moeten wij veel aannemen op gezag van ons onbekende deskundigen.

In het derde hoofdstuk komt de schrijver tot het hedendaagsche Nederlandsche recht. Allereerst de geschiedenis onzer wet nagaande betoogt hij op goede gronden, dat de wetgever, die toch de clausule „voor rekening van wien het aangaat" kende als gebruikelijk en die niet door de wet verboden oordeelde, „er volkomen in geslaagd (is), zijne bedoelingen geheim te houden". Daarop volgt een behandeling van rechtspraak en literatuur. Dat de schrijver een en ander beknopt wil weergeven, verdient toejuiching (en ik wil hieraan toevoegen, dat hij daarbij ook met succes naar groote volledigheid heeft gestreefd); hoe hij dit alles echter, naar hij zegt, tot een harmonisch geheel wil vereenigen, is mij niet duidelijk geworden; voor de jurisprudentie kan de Hooge Raad voor de harmonie zorg dragen, maar voor de schrijvers? De slotsom dezer paragraaf is: de clausule renuntieert aan de artt. 256, 2°., 265 en 267 van het Wetboek van Koophandel — hetgeen toelaatbaar is — en breidt de werking van art. 263 ten behoeve van elken belanghebbende uit; iedereen, die bewijst eenig belang bij het verzekerde goed te hebben, heeft bij schade een vordering tot vergoeding, ook bij overgang van intrest *na* de ramp; willen assuradeuren uitsluitend een bepaald soort belang verzekeren, dan dient zulks uit de polis te blijken; dat de contractant uitsluitend dat had, doet hierbij niet ter zake. Met deze conclusie kan ik mij zeer wel vereenigen; tegen de argumentatie ware somwijlen wel het een of ander aan te voeren, doch zonder al te uitvoerig te worden, kan ik hierop onmogelijk nader ingaan. Natuurlijk komt hierbij het ongelukkige overblijfsel uit het Romeinsche recht, art. 1353 van het Burgerlijk Wetboek, ook ter sprake; de schrijver, die wel inziet, dat deze bepaling een zeer leelijke sta-in-den-weg zou kunnen worden, betoogt — naar mij voorkomt, op juiste gronden — dat de clausule „aan wien het aangaat" zeer goed in het kader dier bepaling past; als hij echter daarna zegt: „Doch haar rechtsgeldigheid behoeft zij niet aan art. 1353 te ontleenen; dit volgt reeds uit het fait accompli dat zij bestaat en dat de handel haar noodig heeft", dan is hij, vrees ik, ten aanzien van de gevaren, welke bedoelde wetsbepaling kan opleveren, optimistischer dan gerechtvaardigd lijkt.

De laatste paragraaf, over de clausule in de praktijk, is stellig niet de minst belangwekkende van het werk, bovenal ten aanzien van hetgeen de schrijver meedeelt aangaande de tegenstelling tusschen de Rotterdamsche en de Amsterdamsche praktijk.

Een laatste (vierde) hoofdstuk wijdt de schrijver dan nog aan de bepaaldelijk in Nederlandsche polissen veelvuldig voorkomende toevoeging aan onze clausule „vriend of vijand", een overblijfsel uit den tijd, toen onze voorouders zich met zooveel ijver plachten schuldig te maken aan landverraad in gematigden vorm door het drijven van handel met den landsvijand. De conclusie is, dat aan deze toevoeging èn door de rechtspraak èn door de praktijk nagenoeg geen beteekenis meer wordt gehecht; een wapen tegen kwade trouw van den verzekerde, verzwijging van het vijandelijke belang, is zij niet. Het is mij niet geheel helder, hoe hier van een praktijk sprake zou kunnen wezen, waar toch het niet in den wereldoorlog betrokken Nederland geen „vijanden" kon hebben. De aangehaalde jurisprudentie heeft dan ook betrekking op verzekeringen zonder de neutrale clausule, waarbij de goederen bleken aan onderdanen van oorlogvoerende mogendheden toe te behooren; het is duidelijk, dat dit met het beding „vriend of vijand" niets te maken heeft, en het wil mij voorkomen, dat de anders vaak zoo scherpzinnig redeneerende schrijver hier beide gevallen niet voldoende onderscheidt. De vraag, of de clausule, indien zij iets beteekende, niet nietig zou wezen, laat de schrijver onbeantwoord.

Onder de bijlagen treffen wij — behalve de lange lijst der door den schrijver, en blijkbaar met nauwgezetheid, geraadpleegde literatuur en een uittreksel uit de Allgemeine deutsche Seeversicherungsbedingungen van 1919 — als met het oog op de eerste hoofdstukken zeer te waardeeren inlasch aan enkele stukken uit de Observationes Tumultuariae van Van Bijnkershoek en Adr. Pauw.

Het valt niet te ontkennen, dat de schrijver de op zich genomen taak in hoofdzaak op zeer verdienstelijke wijze heeft vervuld; bovenal is te prijzen zijn groote belezenheid, en zijn geschrift geeft blijken van een grondig onderzoek van de stof en zijn aanleg voor zelfstandig juridisch denken. Een meer stelselmatige indeeling der stof ware voorzeker aan de overzichtelijkheid van het geheel ten goede gekomen; in theorie valt op die indeeling niets aan te merken, doch de schrijver houdt zich er niet overal streng aan, en somwijlen krijgt men den indruk, alsof hij van den hak op den tak springt. Het boekje is voorts vlot geschreven en laat zich gemakkelijk en aangenaam lezen .Bij ietwat nauwkeuriger correctie zouden waarschijnlijk niet slechts een aantal drukfouten, doch ook minder gelukkige of onjuiste uitdrukkingen („inningsbevoegd" op bl. 30, het Hof in „haar" uitspraak op bl. 62, het „vonnis" van het Hof op bl. 92) wel verbeterd zijn.

Rotterdam, October 1924 H. W. M. van Helten

De Wetgeving op het Notaris-Ambt, toegelicht door Mr. J. P. Sprenger van Eyk; vijfde herziene druk, bewerkt door Mr. Ph. B. Libourel. — Haarlem, erven Bohn, 1924.

Goede wijn behoeft geen krans. Zoo kan men ook bij een aankondiging van een nieuwen druk van het bekende boek van Sprenger van Eyk over de Notariswet een aanbeveling gevoeglijk achterwege laten. De goede eigenschappen van deze commentaar zijn bekend, zoodat ik meen te kunnen volstaan met enkele mededeelingen over aangebrachte wijzigingen en aanvullingen en een enkele opmerking.

Een nieuwe bewerking was ongetwijfeld noodig. In de eerste plaats gaven diverse wetswijzigingen aanleiding tot aanvulling of omwerking. Zoo is opgenomen met een enkele aanteekening het nieuwe artikel 49 *a* en de wet op het Testamentenregister, waarbij dat artikel in de Notariswet werd ingevoegd. Op verschillende plaatsen was wijziging noodig door de invoering van de Zegelwet 1917 en de Registratiewet 1917, waardoor o. m. de vele bladzijden over „Openbare Verkoopingen" konden vervallen. Wat het examen betreft wordt behalve de door het nieuwe academisch statuut noodzakelijke aanvulling, zelfs de wet van 4 April 1924 vermeld. Het ontwerp van de commissie uit de Broederschap van candidaat-notarissen omtrent wenschelijke wetswijzigingen wordt op meerdere plaatsen vermeld en de grondslag daarvan bij de behandeling van artikel 1 uitvoerig bestreden.

Het historisch gedeelte is uitgebreid met eenige aanteekeningen over Egyptisch notariaat. En dit is geen Toet-Ank-Amen belangstelling, want men kan daar inderdaad merkwaardige aanteekeningen omtrent gelijksoortigheid van akten van voor 2000 jaren met hedendaagsche aantreffen. Degeen, die zich omtrent buitenlandsch notariaat op de hoogte wenscht te stellen, vindt thans ook daarvoor een wegwijzer. Van de Fransche rechtspraak en litteratuur is meer gebruik gemaakt dan in vorige drukken.

Van veranderingen in de opvatting van den bewerker bleek mij bij vergelijking met den vorigen druk niet, behalve op een enkel ondergeschikt punt. Slechts zij vermeld, dat hij zijne meening over het onderscheid tusschen straf en disciplinaire maatregelen (bij art. 54) heeft gewijzigd en zich heeft aangesloten bij de bestrijding, welke hij van Van den Dries op dit

punt ondervond. Het onderscheid tusschen schorsing en ontzetting, waarvan hij 't eerste niet en het laatstgenoemde in verband met artikel 9 Wetb. v. Strafrecht wel als straf beschouwde, was m. i. niet houdbaar. Gelukkig is de vraag hoofdzakelijk theoretisch, want een positief antwoord krijgen wij ten slotte niet.

Uit de aanvullingen, welke het werk in verband met na 1910 verschenen litteratuur en rechtspraak heeft gekregen, zou men zeggen, dat er meer belangstelling in notarieele zaken is ontstaan. Maar ik kan niet nalaten in dit verband over de bewerking een opmerking te maken: de heer LIBOUREL gaat over het algemeen te uitvoerig in op bijzonderheden. Is hij het met een arrest of schrijver niet eens, dan laat hij zich verleiden, om daarover niet alleen zijn meening te zeggen, maar hij treedt in uitvoerig debat. Dat is m. i. in een boek als dit niet op zijn plaats; het stoort te veel de eenheid, die toch al door de bewerking als commentaar niet zoo bijster groot is. Ook is het niet noodig op al die punten zoo diep in te gaan. De studeerenden brengt het in de war, zij verdrinken in de bijzonderheden, en voor den notaris, den rechter is het voldoende, als deze in een boek als S. v. E. kan vinden, of en waar over de vraag is geschreven. Men zal zeggen: dan mist men de zoo gewaardeerde meening van den heer LIBOUREL over de kwestie; maar als een korte aanduiding van zijn standpunt hem niet voldoet, welnu wat belet hem dan elders in het strijdperk te treden? Het *W. P. N. R.* b.v. zal ongetwijfeld zijn kolommen voor hem openstellen.

Een enkel voorbeeld: op blz. 412 v. wordt in verband met art. 42 de vraag besproken, wie onmiddellijk belanghebbende personen zijn, aan wie de notaris afschriften enz. mag afgeven, zulks naar aanleiding van een arrest van den H. R. van 1913. Dat de bewerker, die over dit punt een artikel schreef, nog acht bladzijden noodig heeft om zijn meening tegenover die van den H. R. te stellen, lijkt mij teveel. De groote aanhalingen uit het arrest en het artikel van den bewerker zijn in een commentaar niet op haar plaats.

Zoo is het n. m. b. m. ook wel wat veel om ruim acht bladzijden te besteden aan de aanschrijvingen, welke van diverse Kamers van Toezicht zijn uitgegaan (blz. 460 v.).

Hoezeer het onderwerp van belang moge zijn, is de bestrijding omtrent den vorm van akten van den notaris-plaatsvervanger (blz. 495) m. i. ook veel te lang geworden.

Niettegenstaande o. m. 35 bladzijden (van de openbare verkoopingen) uitvielen, is het aantal bladzijden van 585 gestegen tot 668, dus wel een sterke toename. In een hand- en studieboek moet m. i. zooveel mogelijk naar beknoptheid worden gestreefd en vooral lange citaten vermeden.

Ik vond vrijheid het vorenstaande op te merken, omdat ik

weet, dat het aan de goede reputatie, welke het werk zoo terecht geniet, geen afbreuk zal doen. De heer LIBOUREL verdient ten volle de dankbaarheid zoowel van hen, die met de praktijk der Notariswet omgaan, als van studeerenden, dat hij zijn rijke notarieele ervaring en kennis wederom heeft besteed aan een bewerking van het boek van S. v. E., waardoor dit op de hoogte van den tijd blijft (1).

A. RUYS

---

(1) Als curiosum mag ik wel vermelden, dat op blz. 226 wordt gesproken van het overlijden der akte! De zetter heeft hier blijkbaar den corrector verschalkt.

Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht, door Mr. WILLEM ZEVENBERGEN, hoogleeraar aan de Vrije Universiteit te Amsterdam. Eerste deel. Algemeene leerstukken; ed. WOLTERS. — Groningen/Den Haag, 1924.

De verschijning van dit nieuwe leerboek wordt door den auteur in zijn voorwoord met tweeërlei gemotiveerd. Vooreerst heet het principieele uitgangspunt der leerboeken van VAN HAMEL, SIMONS en GEWIN niet geheel dat van Mr. ZEVENBERGEN. Op welk verschilpunt hier wordt gezinspeeld, kunnen wij slechts gissen; daarover straks nader. Wel is het duidelijk, dat hier gedoeld wordt op iets anders dan datgene wat men onder het uitgangspunt van een leerboek zou kunnen verstaan, t. w. de systematiek.

Deze toch wordt opgegeven als tweede bestaansreden voor het nieuwe leerboek. De schrijver heeft gestreefd naar een „doorzichtig, streng systeem", en als de centrale gedachte daarvan, den grondslag althans van de leer van het strafbaar feit, noemt hij de beteekenis der wettelijke omschrijving van de delictshandeling zooals die door BELING het eerst in helder licht zou zijn gesteld. „De welwillende lezer", zoo luidt het aan het einde van het voorwoord, „moge beoordeelen, of inderdaad in deze systematiek ook die paedagogische waarde en dus ook die doelmatigheid — en dit alleen moet beslissend zijn — schuilt, die ik daaraan heb leeren toekennen". Er is dus alle aanleiding om in deze bespreking allereerst de gevolgde systematiek in beschouwing te nemen.

In deze richting nu verdient niet alleen de ontwikkeling der leer van het strafbaar feit de aandacht, doch ook de systematische plaats welke aan het delict en aan de straf worden gegeven. Het begrip delict wordt behandeld als deel van de leer van het *subjectieve* strafrecht, welk laatste naast en met het *objectieve* strafrecht tot het materieele strafrecht behoort. Het objectieve strafrecht betreft karakter en elementen der strafwet, bronnen van strafrecht en uitlegging, de rest van het materieele strafrecht heet subjectief strafrecht, of strafrecht in subjectieven zin (jus puniendi), zijnde de in het objectieve strafrecht gegronde rechtsverhouding tusschen staat en delinquent, krachtens welke de eerste een vordering heeft dat aan den laatste een leed wordt toegevoegd en deze verplicht is dit leed te dulden. Het begrip delict wordt dan behandeld als een stel voorwaarden voor het ontstaan van dit subjectieve strafrecht, en de straf is de „inhoud" van dit subjectieve recht van den staat.

Nu hebben de eerste en meest algemeene ordeningslijnen

didactisch niet het grootste belang. Dit neemt niet weg, dat de aangeduide ineenzetting van het kennismateriaal gezocht en oneigenlijk aandoet. Zoo onmisbaar als de onderscheiding objectief-subjectief recht in het privaatrecht is, zoo weinig kenniswaarde bezit zij bij het materieele strafrecht.

Het zou intusschen niet gemotiveerd zijn bij dit punt stil te staan, ware het niet, dat deze systematiek kennelijk — hoewel de schrijver daarop niet uitdrukkelijk wijst — ten nauwste samenhangt met zijn opvatting van het wezen van het strafrecht. Hij ziet dit als een normeering niet van der menschen gedragingen, maar van het lijden (blz. 2); duidelijker nog o. a. op blz. 284: het strafrecht is in wezen leedtoejuichende (sic!) ordening. De strafrechtswetenschap is dan ook kennis van de normen betreffende den inhoud en de voorwaarden van het recht tot straffen. En dit is niet slechts een kwestie van accent, in dien zin dat — gelijk ook de schr. zegt — *strikt genomen* het strafrecht een reeks van voorschriften voor de menschelijke gedragingen niet geeft, doch slechts onderstelt. Veeleer treedt voor Mr. Z. de beteekenis van deze onderstelde normen op den achtergrond; het strafrecht bestaat uit geheel andere normen, welke de wetgever aan de overheid zelve, niet aan de onderdanen voorschrijft; de strafbedreigingen: . . . . . wordt gestraft enz., gekoppeld aan en beheerscht door de omschrijving der diverse delicten zijn de normen van het strafrecht. Daarom bestrijdt Mr. Z. ook de onderscheiding van Simons tusschen norm en sanctie, o. m. omdat de sanctie zelve ook een norm is. Als dan de schr. op pag. 18, sub 7 zegt, dat één norm meerdere sancties, speciaal meerdere penale sancties kan hebben, en in dat verband als voorbeeld o. m. noemt doleuse en culpose doodslag (?), zal hij met „norm" en „sanctie" wel iets anders bedoelen dan Simons; maar wat, is ons niet duidelijk.

Deze beschouwingswijze van het strafrecht als het recht regelende de straffen is wellicht het principieel afwijkende uitgangspunt, waarop in het voorwoord wordt gedoeld. Zij is in ieder geval principieel genoeg; zij draagt in zich de idee van straf als „Sebstzweck", van het strafrecht als het recht der gerechtigheid; zij verdraagt zich in beginsel niet met eenig doel van de straf, dat in verband staat met de positieve rechtsorde, haar handhaving en bescherming.

Gaan we na in hoever de strafrechtsphilosophische beschouwingen van Mr. Z. hiermede overeenstemmen. De auteur geeft in zake de rechtvaardiging der straf een tweezijdige probleemstelling; daar is eerstens de vraag van de redelijkheid van straf in verband met begaan onrecht, en tweedens de kwestie van de rechtvaardiging van het positieve strafrecht als het optreden der overheid tot bestraffing van kwaad. De idee der straf is voor Mr. Z. vergelding; den materieelen titel daarentegen voor het optreden der overheid als straffende hand

acht hij gelegen in de algemeene rechtswijsgeerige waarheid, dat de overheid gerechtigd is gezag over de onderdanen uit te oefenen, versterkt door de gedachte, dat straf voorshands onvermijdelijk is, en dat „Verstaatlichung" der vergelding een cultureele vooruitgang is tegenover de private wraak. Deze rechtvaardiging is wel zwak; zij wijst heen naar een of meer doeleinden van de straf, en hoewel de schr. dat niet met zoovele woorden zegt, is o. i. zijn § 51, handelende over het doel der straf, te beschouwen als een nadere rechtvaardiging. Daar blijkt toch, dat de straf als vergelding alleen zelf-doel is te achten in dien zin, dat de vergeldingsmaat naar boven niet mag worden overschreden (Wij zouden dan liever ronduit zeggen, dat de straf als vergelding niet Sebstzweck is). Overigens ligt, ook volgens Mr. Z:, de verwerkelijking eener zedelijke idee als het bedreigen en opleggen van straf ter zake van kwaad alleen op den weg van den Staat, voorzoover daarmede een min of meer tastbaar belang voor het algemeen welzijn gepaard gaat. Alzoo erkent hij de straf ook als middel in dienst van het geordend samenleven en dus als doel van de straf: handhaving of herstel der rechtsorde en beveiliging der maatschappij. Nader bepaald bestaat het doel in herstelling van de psychologische gevolgen van het onrecht, zijnde het geschokte aanzien van recht en overheid. Daarom zij de straf ook ultimum remedium.

In beginsel hebben wij niets tegen deze vereenigings- of gemengde straftheorie. Het stemt ook tot voldoening, dat deze hoogleeraar aan de Vrije Universiteit, levende en werkende temidden van theologen en een theologiseerende volksgroep, het dilettantisme op het gebied der strafrechtswijsbegeerte, bepaaldelijk ook van theologen, openlijk durft wraken, en vruchtbare beschouwingen ter zake eerst mogelijk acht, wanneer men doordrongen is van de beteekenis en waarde van het positieve recht. En dat laatste, voegen wij erbij, is zelfs bij den jurist van professie een zaak van langzamen geestesgroei.

De synthese tusschen den eisch der gerechtigheid en de utilistische fundeering van de positiefrechtelijke straf behoeft natuurlijk nog verdieping. Of evenwel hier niet steeds een zekere gebrokenheid zal blijven bestaan? Het is de tragiek der strafrechtswijsbegeerte, dat, naar het diepzinnige woord van Mr. Z., het rechtvaardigingsprobleem een toegepaste theodicee is.

Afgezien echter van de theorie als zoodanig meenen wij te mogen opmerken, dat zij een veel nauwer verband legt tusschen het positieve strafrecht en de rechtsorde in het algemeen, dan het uitgangspunt: strafrecht is het recht regelende de straffen, toelaat. In het licht van de eigen straftheorie van Mr. Z. schijnt bedoeld uitgangspunt bepaald formalistisch.

Prof. Z. geeft zich veel moeite om op kennis-theoretische gronden te betoogen, dat de dogmatische of juridisch-tech-

nische behandeling van het strafrecht logisch de eenig mogelijke is. Nu kan men natuurlijk van de verhouding tusschen strafrechtswetenschap en criminologie wel een methodologische kwestie maken, maar is het in de werkelijkheid niet in de eerste plaats een verschil in richting van belangstelling, voortvloeiende uit onderlinge afwijking van wereldbeschouwing? Het is immers begrijpelijk, dat een deel der deterministen onder de beoefenaren van het strafrecht geen bevrediging kan vinden in de studie van het positieve recht zonder meer, en daarom de criminogie bij de strafrechtswetenschap wil inlijven.

Een punt van in eerste instantie systematischen aard is de verhouding tusschen de begrippen delict en delinquent, waarover wij in verband met het werk van Mr. Z. eenige opmerkingen willen maken. De schr. wijdt aan het begrip delinquent een titel, volgende op dien betreffende de elementen van het delict. Dit laatste begrip is, in overeenstemming met de gebruikelijke voorstelling, zoo genomen, dat de dader *als regel* strafbaar is, n.l. wanneer er geen omstandigheden zijn, welke ten slotte de strafbaarheid van den dader uitsluiten; dan is er behalve een delict ook een delinquent (= strafbare dader); tengevolge van omstandigheden als bijv. de relatie van echtgenoot in het geval van art. 316 (1) Sr. is een delict zonder delinquent bestaanbaar. Het begrip delinquent vindt alzoo zijn bestaansreden in een aantal omstandigheden, welke volgens de wet de strafbaarheid van den dader of deelnemer, dus de strafbaarheid van het concrete feit, uitsluiten. In verband met art. 50 Sr. onderscheidt Mr. Z. (blz. 40, noot) tusschen uitsluiten der strafbaarheid in logischen en in rechtskundigen zin. De zooeven bedoelde omstandigheden moeten dan kennelijk gerangschikt worden onder die welke de strafbaarheid in rechtskundigen zin uitsluiten, immers *het delict* straffeloos maken. Wij kunnen echter zulk een onderscheid niet erkennen, d. w. z. niet anders dan als uitvloeisel van de verhouding tusschen de begrippen delict en delinquent, *zooals de schr. die opstelt.* Het gaat hier o. i. om niets anders dan den regel van strafbaarheid en uitzonderingen daarop. Om nu den zin der strafwet te benaderen verdient het ongetwijfeld aanbeveling, het ontbreken dier uitzonderingen niet in het delictsbegrip op te nemen; dat kan de aandacht van de uitzonderingen zelve en van haar uitzonderingskarakter afleiden. Maar datzelfde gevaar schuilt ook in de constructie van het begrip delinquent, waarvan immers de afwezigheid van uitzonderingen een kenmerk is. Wanneer dan nog de schr. voor deze uitzonderingen den algemeenen term heeft gevonden van: „in den persoon van den dader gelegen omstandigheden die de straf uitsluiten", schijnt hij geheel tevreden. Zoo acht hij bijv. door de overweging, dat de straffeloosheid van noodweer-exces noch de onrechtmatigheid noch

de schuld aantast, en dus moet gelegen zijn in een in den persoon van den dader gelegen omstandigheid, die de straf uitsluit, zich blijkbaar ontslagen van den plicht tot nadere bezinning omtrent den grond der straffeloosheid in dit geval. Dat heeft, dunkt ons, iets weg van scholastiek, en maakt ons huiverig voor het „strenge, doorzichtige systeem". Schrijver's verwijt aan het adres van SIMONS en VAN HAMEL, dat zij in gevallen als dit den grond der straffeloosheid niet aangeven (zie blz. 39, noot) is dan ook uit zijn pen niet voldoende gerechtvaardigd. Het begrip „in den persoon van den dader gelegen omstandigheid, die de straf uitsluit" leert ons toch ook niet, *waarom* c. q. de dader van een strafbaar feit niet strafbaar is.

De verhouding tusschen de begrippen delict en delinquent ligt bewust of onbewust ook ten grondslag aan de gewone, ook door Mr. Z. met betrekking tot art. 50 Sr. verkondigde leer, dat de bepaling van dit artikel niet geldt voor de persoonlijke omstandigheden, welke de strafbaarheid *bepalen.* Mr. Z. maakt daarbij evenwel geen verschil tusschen omstandigheden waarmede de strafbaarheid zonder meer staat of valt, en omstandigheden, welke z.g.n. de strafbaarheid wegens een bepaald delict beheerschen, doch ten slotte enkel de mate van strafbaarheid bepalen, zooals de voorbedachte raad in het misdrijf van moord. Toch geeft juist de opstelling van het begrip delinquent aanleiding om hier verschil te maken. Want het is duidelijk, dat bij art. 50 Sr. het begrip delict een ondergeschikte beteekenis heeft. De bepaling gaat uit van de veronderstelling, dat er iets is gebeurd dat als regel strafbaar is (delict), en zij individualiseert nu als 't ware, welke betrokkenen delinquent zijn (omstandigheden, die de strafbaarheid uitsluiten), en in welke mate (omstandigheden, welke de strafbaarheid verhoogen of verminderen). Mag hier niet geïndividualiseerd worden ter zake van *welk* delict iemand delinquent is? Het ligt o. i. geheel in de lijn van art. 50 om het wèl te doen, en dus bijv. ook een persoonlijke omstandigheid als de praemeditatie bij moord alleen in aanmerking te brengen ten aanzien van hem, dien zij persoonlijk betreft; zij betreft ook den uitlokker van of medeplichtige aan moord persoonlijk, als deze in zijn opzet, zijn voorstelling, den voorbedachten raad *van den dader* heeft opgenomen, maar niet als die praemedidatie buiten zijn voorstelling heeft gestaan. Bij uitlokking zal dit laatste niet zoo licht het geval zijn, bij medeplichtigheid eerder, doch bij beide is het denkbaar; in ieder geval behoeft op uitlokking tot of medeplichtigheid aan moord niet per se de strafmaat voor *moord* toepasselijk te zijn, — voor medeplichtigheid dan verminderd met een derde. M. a. w. in de gedachtensfeer van art. 50 Sr. behooren die persoonlijke omstandigheden waarvan de strafbaarheid wegens een bepaald delict doch niet de strafbaarheid zonder

meer (het delinquent zijn) afhangt, gerekend te worden tot die welke de strafbaarheid verhoogen of verminderen. Het resultaat van de toepassing dezer beschouwingswijze, zooeven voor moord gegeven, ligt ook in de lijn van art. 47 (2) en art. 49 (4) Sr.

In de ontleding van het begrip delict in zijn elementen noemt de schr. de strafwaardigheid als vierde eigenschap van de handeling als strafbaar feit naast 1°. het beantwoorden aan de wettelijke omschrijving; 2°. de onrechtmatigheid; 3°. het aan schuld te wijten zijn. De strafwaardigheid wordt omschreven als het passen op een strafbedreiging, en wordt in verband gebracht met den bijzonderen schuldvorm of schuldgraad, welke de wet voor de strafbaarheid mocht eischen. Als, zegt schr., een handeling beantwoordende aan de wettelijke omschrijving, onrechtmatig en aan schuld te wijten, niet „op een strafbedreiging past", dan komt dat omdat de door de wet geëischte bepaalde graad of vorm van schuld ontbreekt. Dat is ontegenzeggelijk waar, maar is het niet even waar, dat, als een onrechtmatige en aan de door de wet genoemde schuld te wijten handeling niet op een strafbedreiging past, dat komt omdat zij niet aan de wettelijke omschrijving beantwoordt? Een bijzonder verband tusschen strafwaardigheid als algemeene eigenschap van het strafbaar feit en schuldgraad bestaat o. i. niet. Dat blijkt het best bij die delicten, waarvan de wet z.g.n. een culposen naast een doleusen vorm kent. Van de beteekenis, welke Mr. Z. aan de eigenschap strafwaardigheid wil toekennen blijft dus slechts over, dat de wet soms of veelal den schuldeisch specificeert en dat het strafbaar feit . . . . . strafbaar is. Bij de behandeling van het positieve strafrecht kan straf*waardigheid* niets anders beteekenen dan strafbaarheid, d. w. z. met straf bedreigd zijn. De term strafwaardigheid blijkt in dit verband niet slechts minder juist, doch ook verwarring stichtend.

Merkwaardig is ook schr.'s ontwikkeling van de leer der bijkomende voorwaarden van de strafbaarheid. Niet alleen de voorwaarden, welker vervulling eerst kan intreden *na* de handeling, doch ook die, welke *tijdens* het verrichten der handeling worden vervuld, en die, welke reeds zijn vervuld vóórdat de handeling plaats greep, brengt de schr. onder dit begrip, en hij verzamelt aldus in één sluitpost alles wat in het delict z. i. niet betreft de handeling, de onrechtmatigheid of de schuld, en niettemin de strafbaarheid of mate van strafbaarheid mede bepaalt. Zoo noemt hij het failliet zijn in de artt. 340 en 341 Sr. een bijkomende voorwaarde van de strafbaarheid, ook in het geval van na de faillietverklaring gepleegde bankbreukige handelingen. Maar hier zouden wij in den trant van den schr. (zie § 17) spreken van „subjectieve modaliteit van het rechtsfeit". Is dit juist, dan is er o. i. aan den eenen of anderen kant een teveel aan systema-

tiek. Vermoedelijk wil echter Mr. Z. in dit geval niet spreken van een subjectieve modaliteit van het rechtsfeit, want hij wil de figuur der bijkomende voorwaarden van de strafbaarheid niet beperken, gelijk VAN HAMEL en SIMONS, tot *later* intredende omstandigheden, omdat *in dezelfde strafbepaling* de handeling gedacht wordt als zoowel vóór als na de faillietverklaring te kunnen plaats grijpen. Dit laatste is waar, maar wil toch juist zeggen, dat hier, als in zoovele strafwetsartikelen, meer dan één strafbepaling, immers meer dan één delict is; dat tegen die meerdere handelingen in één adem straf bedreigd wordt, doet toch zeker niet ter zake.

Wij zullen Mr. Z. niet verder volgen in de uitwerking zijner leer aangaande de bijkomende voorwaarden der strafbaarheid; vermelden we alleen nog, dat ook het gepleegd zijn van het delict binnen het rijk in Europa (territorialiteitsbeginsel) een (relatieve) bijkomende voorwaarde voor de strafbaarheid heet (blz. 188); daarentegen is in de gevallen van art. 5 Sr., waar deze voorwaarde niet geldt, doch de dader Nederlander moet zijn of geworden zijn, deze laatste voorwaarde weer *geen* bijkomende voorwaarde van de strafbaarheid, doch het ontbreken der kwaliteit van Nederlander een „in den persoon van den dader gelegen omstandigheid, die den dader straffeloos doet zijn (blz. 190).

Het is volgens Mr. Z. boven twijfel verheven, dat de wederrechtelijkheid der handeling in den regel niet hierdoor wordt beïnvloed dat ze buitenslands heeft plaats gehad. Wordt hier nu niet het delictsbegrip losgemaakt van zijn positiefrechtelijke basis, en uitgebreid buiten de grenzen der plaatselijke werking van de strafwet? Wij zouden veeleer meenen, dat, positiefrechtelijk gesproken, de wederrechtelijkheid in beginsel alleen bestaat voor binnen de landsgrenzen gepleegde feiten. Zelfs valt te betwijfelen, of een buitenslands verrichte handeling, beantwoordende aan de wettelijke omschrijving in de strafwet, wel is wat de schr. noemt: rechtsfeitverwerkeling; een gebeuren dus, dat geabstraheerd van de accidentalia logisch gesubsumeerd kan worden onder het „rechtsfeit", d. i. de wettelijke omschrijving der handeling. Om tot logische subsumptie aan een *wettelijke* omschrijving gerechtigd te zijn moet men blijven binnen de grenzen van de werking der wet, waarin die omschrijving staat. Het schijnt ons duidelijker, de materie van den omvang der werking van de strafwet buiten het delictsbegrip te houden. Waarom anders ook maar niet het gepleegd zijn na de inwerkingtreding der wet (art. 1 Sr.) als algemeene bijkomende voorwaarde van de strafbaarheid geconstrueerd?

Het bovenstaande moge genoeg zijn om er rekenschap van te geven, dat wij vooralsnog het werk van prof. Z. als leerboek niet onverdeeld kunnen bewonderen. Ook afgezien van de systematiek hebben wij tegen het werk bezwaren. De

auteur schijnt n.l. een voorkeur te hebben voor wijsgeerig getinte en geformuleerde voorstellingswijzen. Of is het soms, dat hij in de worsteling met de taal, die elke strafrechtsdogmaticus wel heeft, tot de philosophie zijn toevlucht moet nemen? In ieder geval is het bepaald typisch, hoe hij bijv. kans ziet een eenvoudige zaak als die van plaats en tijd van het delict in verband te brengen met een logische en een teleologische beschouwing van ruimte en tijd in de wet. Is dit Nederlandsche wetenschap?

Dan, en ook dit is vooral in een leerboek niet zonder bedenking, wordt de meening van anderen niet altijd juist weergegeven. Wij kunnen althans op blz. 162 middenin als weergave der opvatting van SIMONS en VAN HAMEL in zake de kwestie van het opzettelijk en wederrechtelijk niets anders lezen dan het tegenovergestelde van wat VAN HAMEL, Inleiding, 3e dr., blz. 363/65 en SIMONS, Leerboek I, 3e dr., blz. 207/208 leert. De verwarring is bij Mr. Z. vermoedelijk hierdoor ontstaan, dat VAN HAMEL spreekt van *scheiding* der termen opzettelijk en wederrechtelijk door het woord „en", terwijl SIMONS de beide termen door het woord „en" *verbonden* noemt.

Is hier sprake van een vergissing, de wijze waarop de schr. de z.g.n. voorstellingstheorie van VAN HAMEL e. a. voorstelt is, wat VAN HAMEL betreft, ten eenenmale onjuist, en hij maakt dit niet goed door in noot 2 op blz. 169 te vermelden, dat het voor dezen auteur „meer" een kwestie van terminologie is.

Ook bijv. in de laatste alinea op blz. 35/36 laat de schr. VAN HAMEL geen recht wedervaren, wanneer hij het ontoelaatbaar oordeelt, dat deze het aan de wettelijke omschrijving beantwoorden der handeling een bestanddeel van het begrip strafbaar feit noemt. Bedoelde auteur heeft het t. a. p. (Inleiding, blz. 205) in het geheel niet over het beantwoorden aan de wettelijke omschrijving, doch eenvoudig over de handeling.

Het wil ons voorkomen dat Mr. Z. hier en elders bij anderen fouten ziet, waar hoogstens sprake is van eenigszins afwijkende systematiek, veelal zelfs van niet meer dan een verschil in woordkeus. Wij vreezen, dat aldus de vermoeidheid onder de strafrechtsdogmatici, waarvan wel is gewaagd, er niet minder op zal worden, evenmin als het gevoel van hopelooze spraak- en begripsverwarring onder de juristen in het algemeen.

Intusschen waardeeren wij het streven van den auteur om logische en kennistheoretische inzichten aan de strafrechtsdogmatiek dienstbaar te maken. Langs dezen weg moeten vele controversen te beslechten zijn. En het is vooral dit streven, dat aan het boek van prof. ZEVENBERGEN een voor confessioneelen en niet-confessioneelen gelijke wetenschappelijke waarde heeft gegeven.

J. RIPHAGEN.

Arresten van het Burgerlijk Recht, verzameld en uitgegeven door mr. H. R. Hoetink, met een voorwoord van prof. mr. E. M. Meijers. — Haarlem. H. D. Tjeenk Willink en Zoon.

Studenten in de rechtsgeleerdheid zijn zelden bezitters van het *Weekblad van het Recht* of van eene andere verzameling onzer jurisprudentie en zij, die als docent een uitspraak van onze magistratuur met hunne hoorders behandelden, zullen, denk ik, menigmaal het gevoel gehad hebben, dat de pour acquit de conscience gedane aansporing van die uitspraak eens kennis te nemen, toch geen resultaat zou hebben. Aanschaffing van een verzameling van jurisprudentie is te kostbaar en tot een bezoek aan de bibliotheek enkel om eens een arrest te raadplegen komt men niet.

Bovenstaand werk nu voorziet in een stellig bestaande leemte. Ieder candidaat kan zich zonder bezwaar het werkje van mr. Hoetink aanschaffen en vindt dan daarin een honderddertiental arresten, meest van den Hoogen Raad, over ons civielrecht afgedrukt. Het oudste van 22 April 1870, het jongste van 4 April 1924.

Over het algemeen lijkt mij de keuze gelukkig — om ieder het naar den zin te maken is ondoenlijk — maar toch zou ik willen vragen of vóór 1870 geen uitspraken zijn gedaan speciaal op het gebied van het erfrecht, die ook thans nog practische beteekenis hebben en de vermelding waardig zouden zijn geweest.

De opneming van oudere jurisprudentie zou daarenboven het voordeel hebben gehad, dat de lezers zouden hebben kunnen zien, dat ook de jurisprudentie ten slotte toch slechts de neerslag vormt van den geest die de juristen in zekere periode beheerscht.

Zoo zou een arrest als dat van 22 Juni 1883, W. 4924 — bepalende, dat de regel van art. 1952 B. W. betreffende de bewijskracht van de bekentenis in zake van echtscheiding geen uitzondering lijdt, een dertigtal jaren vroeger niet wel mogelijk geweest zijn. Hoe de heerschappij van deze in de laatste decenniën der XIXe eeuw oppermachtige richting — ik waag te schrijven gelukkig — thans voorbij is, bewijst wel het arrest van 31 Januari 1919, W. 10365 omtrent de beteekenis van onrechtmatig in art. 1401 B. W. In het register wordt gesproken van art. 2401, o die drukfouten!

Is het werkje voor studenten zeer nuttig, wellicht dat het

ook, gelijk prof. MEIJERS in het voorwoord opmerkte, voor hem, die zijn studie volbracht heeft, nog gemak bezorgt. Ook voor hem toch heeft het nut arresten, die telkens geciteerd worden op gemakkelijk te vinden wijze, in een niet omvangrijk boek bijeen te hebben. Misschien zelfs, dat ook enkele juristen, die in de administratie of handel hun werkkring vinden en met het civielrecht weinig of niets meer hebben te maken, van deze verzameling zóó van belang voor de *studie* van eene wetenschap waarvoor zij misschien de liefde nog niet geheel hebben verloren, wel eens willen kennis nemen.

C. S.

Het Nederlandsch Belastingrecht onder hoofdleiding van prof. mr. J. Ph. Suijling.

Wetgeving op den In-, Uit- en Doorvoer en de Accijnzen in het Algemeen, door J. van der Poel, inspecteur der Directe Belastingen, Invoerrechten en Accijnzen te Enschede. — Zwolle. W. E. J. Tjeenk Willink. 1924.

Wanneer men een menschenleeftijd geleden zich op de hoogte wilde stellen van het hier te lande geldende recht betreffende invoerrechten en accijnzen was dit niet gemakkelijk. De lex fundementalis was de bekende Algemeene wet van 26 Augustus 1922 (*Staatsblad* n°. 38) over de heffing der regten van in-, uit- en doorvoer en van de accijnzen waarvan in 1882 de verificateur J. Meyer een bijgewerkte uitgave het licht had doen zien, de verschillende accijnswetten kon men vinden in de bekende uitgave van Van Dillen en Middelkoop.

Maar de in die uitgave verschenen bijgewerkte wetten waren niet steeds up to date en het bleef altijd noodig om in het *Staatsblad* na te gaan of er niet wellicht een wijzigingswet was gekomen.

Een handboek dat den outsider den weg in de fiscale wetgeving wees ontbrak, al konden de deelen III en IV van den zoogenaamden Nieuwen Cursus van den ontvanger M. P. Troelstra goede diensten bewijzen. Edoch men had daar te doen met een werk voornamelijk geschreven voor hen, die zich voor het examen van kommies-verificateur voorbereidden, een wetenschappelijk karakter droeg het werk niet en maar zelden kwam daarin jurisprudentie ter sprake.

Het is waar, er bestond een verdienstelijke commentaar op de Algemeene Wet van den „docteur en droit" en inspecteur bij het Belgisch ministerie van Financiën Adan. Edoch dit in het Fransch geschreven werk dateerde reeds van 1837 en behandelde het Belgische recht, dat — want men had na 1830 in België de wet van 1822 laten bestaan — wel op vele punten met het Nederlandsche gelijk was, maar dat zich toch in andere richting ontwikkeld had en waarin men natuurlijk niets aantrof van de groote hervormingen die ons recht sedert 1870 had ondergaan. Adan vervulde hier te lande eenigszins de rol die Delvincourt, Duranton en Toullier ten opzichte van ons civielrecht vervuld hadden vóór dat de bekende werken van Opzoomer en Diephuis waren verschenen. Men gebruikte hem maar in afwachting van een goed Nederlandsch werk,

Dat echter op zich liet wachten en waarvan het gemis maar al te zeer werd gevoeld, toen in 1886 het belastingrecht — helaas veel te weinig — bij de invoering van het nieuwe strafwetboek was gewijzigd.

Intusschen deed het gemis aan een goed werk zich toch minder gevoelen dan men oppervlakkig zou meenen. Heeft met de directe belastingen allicht ieder ingezeten, die over eenig inkomen beschikt te doen en dwingt de geest van vele belastinginspecteurs dien het boni pastoris est oves tondere sed non deglubere nu niet juist de hoogste wijsheid toeschijnt maar al te zeer de hulp van den rechter in te roepen, bij de invoerrechten en accijnzen is dit anders. Reeds de kring der geïnteresseerden is veel kleiner. Zij bepaalt zich afgescheiden van de grensbewoners en van hen, die met een koffer uit het buitenland aan een onzer grensstations aankomen — waar men dan volstaat met aangifte van hetgeen men zal invoeren en onmiddellijk betaling van de daarvoor verschuldigde belasting — tot de expediteurs, cargadoors en hunne bedienden. Zeker, theoretisch zijn er veel meer personen, die ten opzichte der invoerrechten — bij de accijnzen heeft men nog de slagers en de fabrikanten van accijnsplichtige goederen — jegens den fiscus verplichtingen hebben te vervullen, — men denke slechts aan den schipper en stuurman van inkomende schepen — doch in realiteit doet de cargadoor, natuurlijk tegen belooning, voor hen het werk. Voor dat werk is wetskennis natuurlijk noodzakelijk, doch dat deze algemeen werd was niet in het belang der geïnteresseerden en moeite daarvoor hebben deze zich dan ook zelden gegeven.

Hierin is sedert veel veranderd. De heer Franken gaf in de negentiger jaren een zeer uitvoerige commentaar van de Algemeene wet, daarna eene uitgave van de wet van 20 April 1895 (*Staatsblad* n°. 54), houdende nadere bepalingen omtrent de heffing van invoerrecht naar de waarde der goederen met aanteekeningen. Ook de heer Heinsius publiceerde een bruikbare uitgave der Algemeene wet en in 1906 verscheen bij Martinus Nijhoff het „Wetboek der Invoerrechten en Accijnzen" van A. H. de Joncheere ten deele echter weder verouderd.

Voornamelijk echter werd het fiscale strafrecht meer publiek eigendom. Den eersten stoot daartoe gaf in 1891 de Maastrichtsche rijksadvocaat Nijpels in zijn voortreffelijk, nog steeds niet verouderd „Het Rijks-fiscaal strafprocesrecht", van de hand van den heer Van Nieuwkuijck verschenen „Het fiscale recht" en „Fiscaal strafrecht", terwijl ook de dissertatie van den tegenwoordigen hoofddirecteur der directe belastingen, invoerrechten en accijnzen Sinninghe Damsté belangrijke beschouwingen over rijksfiscaal strafrecht behelsde. Voorts ontwikkelde zich in den loop der tijden een vaklitteratuur bij de ambtenaren die, al mag zij niet op één lijn gesteld

worden met wat het *Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie* biedt, toch lezenswaardige artikelen over ettelijke onderwerpen van dit deel onzer fiscale wetgeving bevat.

Wat echter steeds bleef ontbreken was een goede algemeene inleiding en waar men zich een veertigtal jaren geleden troostte met de gedachte, dat de invoerrechten en accijnzen bestemd waren om te verdwijnen en dus eene wetenschappelijke beoefening dezer „achterlijke" wetgeving toch eigenlijk de moeite niet loonde heeft de ervaring geleerd, dat men ook van deze wetgeving kan zeggen, „les gens que vous tuez se portent assez bien".

Het is thans de heer Van der Poel, die in zijn 775 bladzijden tellend dus omvangrijk werk die inleiding geeft en bij de doorlezing van het werk dacht ik onwillekeurig terug aan Cnaeius Flavius. Een deel van ons administratief recht dat behalve, waar het het strafrecht raakte, voor den normalen jurist terra incognita was, ligt nu als het ware open voor ons. Niet het minst doordat terecht niet de vorm van een commentaar der Algemeene wet van 1822 is gekozen maar die van een systematisch handboek.

Wat toch is de zaak? De wet van 26 Augustus 1922 (*Staatsblad* n°. 38) is nog wel altijd de basis van het bestaande recht der invoerrechten en accijnzen, maar juist, waar het betrof de formaliteiten bij den in-, uit- en doorvoer te vervullen, had zij in den loop der tijden grootendeels haar beteekenis verloren. Vastgesteld in een tijd, toen de stoomvaart nog zeer primitief, de spoorwegen hier te lande onbekend waren, had men verzuimd haar tijdig te wijzigen. Overtuigd van de juistheid van quod ministro placet legis habet vigorem had men zich met ministerieele resolutiën geholpen, totdat men omstreeks 1870 zich zoo had vastgewerkt, dat de hulp van den wetgever wel moest worden ingeroepen. Dit geschiedde bij de wet van 4 April 1870 (*Staatsblad* n°. 61) waarbij aan den Koning de bevoegdheid werd gegeven om bij algemeenen maatregel van bestuur afwijkingen vast te stellen van de formaliteiten in acht te nemen bij den invoer, uitvoer en doorvoer en vervoer van goederen in die gevallen waarin het treffen daarvan in het belang van handel, nijverheid of scheepvaart wenschelijk zou blijken, mits die afwijkingen zich niet uitstrekten tot bedrag en grondslag van recht of accijns. Op grond dezer bepaling zijn sedert tal van Koninklijke Besluiten uitgevaardigd waarvan wel het bekendste is het sedert herhaaldelijk gewijzigde van 26 Maart 1872 (*Staatsblad* n°. 19). De bedoeling was, zoo althans deed men het voorkomen, om nadat de nieuwe regeling in de praktijk proefondervindelijk zou zijn gebleken haar door een wettelijke te vervangen, maar daarvan is natuurlijk nooit iets gekomen. En zoo kreeg men

het merkwaardig schouwspel, dat de voorschriften der Algemeene wet op dit punt wel bleven bestaan, maar langzamerhand practisch alle beteekenis verloren, totdat plotseling in den laatsten tijd het autoverkeer, dat weder invoer langs de groote landwegen mogelijk maakte, wijziging bracht.

Een commentaar der Algemeene wet is op tal van punten een commentaar van recht, dat in onbruik is geraakt en terecht heeft de schrijver dan ook dien commentaar achterwege gelaten.

Wat hij schreef was een handboek waarin in afwijking van de andere werken dezer serie zelfs de tekst der te bespreken wetsvoorschriften ontbreekt (1). Toch blijft het een omvangrijk werk en zoo vindt men in 775 bladzijden eerst eene inleiding waarin het karakter der invoerrechten en accijnzen als belastingen behandeld wordt — m. i. niet het gelukkigste gedeelte van het recht —, vervolgens in 25 bladzijden een kort maar voortreffelijk overzicht van de geschiedenis en het tot standkomen onzer wetgeving en daarop volgen dan achter elkander de regeling van den invoer, uitvoer en doorvoer ter zee en aan de landzijde volgens de Algemeene wet en volgens de Koninklijke Besluiten, de entrepôts en de behandeling van verboden, onbekende en onbeheerde goederen. Dan volgen de aangiften, de bewaking en verzegeling; het binnenlandsch vervoer, de verboden magazijnen en nederlagen, het kustvervoer en de visitatiën. Vervolgens worden besproken de borgtochten, credieten en betalingen, het recht van parate executie en eindelijk het fiscale strafrecht verdeeld in twee hoofdstukken waarvan het eerste het strafrecht, het andere de strafvordering behandelt. Ten slotte wordt de waardewet behandeld en getoond welke middelen de fiscus bezit om te zorgen, dat van goederen die bij invoer naar hunne waarde belast zijn ook inderdaad de belasting volgens de werkelijke waarde wordt geheven. Het tarief der invoerrechten en de speciale accijnswetten blijven buiten bespreking.

Een omvangrijk werk en al had de auteur zich wel op het een of ander punt wat meer kunnen bekorten dan hij reeds gedaan heeft — een streven om kort te zijn is toch duidelijk kenbaar. Veel korter had hij trouwens niet kunnen zijn. Want

(1) Een leemte is dit niet, daar die tekst, speciaal die der Algemeene wet — ook de Fransche tekst — te vinden is in n°. 79 van de bekende uitgave der Nederlandsche Staatswetten van SCHUURMANS en JORDENS. Die uitgave, bewerkt door denzelfden auteur, zag in 1924 het licht. Dat achteraan in het thans verschenen werk een verzameling wetsartikelen is opgenomen waarmede een ambtenaar der invoerrechten en accijnzen wel eens te doen kan hebben is jammer. De schrijver heeft hier blijkbaar vergeten dat het juist een verdienste van zijn boek was, dat het voor iederen lezer, niet uitsluitend voor ambtenaren van het „dienstvak" was geschreven.

wat hij wilde geven en gegeven heeft was geen leerboek doch een handboek, dat ook een leiddraad zou zijn voor den practicus. En dan moet men wel vele details behandelen, te meer waar in de laatste twintig jaar bijkans onopgemerkte maar daarom niet minder ingrijpende wijzigingen in het bestaande recht zijn aangebracht.

Welnu, wat de schrijver geven wilde heeft hij verschaft, zijn werk is een aanwinst voor onze rechtslitteratuur. Op heldere wijze zet hij de verschillende vraagpunten uiteen, vermeldt litteratuur en jurisprudentie, doch verheelt ook niet eigen meening.. En dan is het opmerkelijk hoezeer deze beoefenaar van het administratieve recht eene volgeling is der historische rechtsschool. Niet alleen waar het geldt de beteekenis van een regeling uiteen te zetten maar ook waar het betreft de interpretatie der verschillende wetsvoorschriften, speciaal der Algemeene wet. Telkens wordt men er op gewezen, dat deze steunt op, al was zij ook niet de rechtstreeksche opvolgster der Wet van 3 October 1816 over de heffing der rechten van in-, uit- en doorvoer en dat deze weder gebouwd is op en ontleend is aan het zoogenaamde Groot Plakkaat van 1725.

Dit alles is, wanneer men gevoelt voor de historische school, natuurlijk prijzenswaardig, doch ik vraag mij af of de verdiensten dier school wel hoofdzakelijk zijn gelegen op het terrein der wetsinterpretatie. Zeker, het is wenschelijk na te gaan wat de wetgever heeft willen zeggen en om dit te weten te komen is het noodig het recht te kennen dat hij kende en al dan niet gewijzigd wilde codificeeren. Edoch ten slotte is toch de wet, zooals zij luidt, wet, en niet dat wat men heeft willen zeggen, maar dikwerf niet of slechts gebrekkig gezegd heeft. Alleen, wanneer men dit beseft, is men als wetsuitlegger in staat rekening te houden met de eischen der praktijk.

Als voorbeeld mag ik misschien wijzen op de beteekenis, die in art. 1401 B. W. aan het woord onrechtmatig is te geven.

Waar het wetboek van 1830 sprak van tout fait illicite en niet van tout fait illégal staat, geloof ik, niet vast, dat men in 1838 de engere, ten slotte door den Hoogen Raad bij arrest van 31 Januari 1919, W. 10365, verlaten opvatting heeft gewild. Maar al was dit anders, al was het duidelijk, dat men in 1838 zoo gedacht had. dan volgt daaruit niet, dat men in 1919 nog evenzoo moest denken nu èn het verkeer èn het rechtsgevoel van de groote meerderheid van hen, die zich over de zaak een oordeel konden vormen, eene andere oplossing verlangden en de tekst der wet die niet verbood.

Laat ik een ander voorbeeld voor de juistheid dezer stelling ontleenen aan den schrijver zelf.

Art. 239 der Algemeene wet bepaalt, dat de verbalen of relazen der ambtenaren wegens derzelver handelingen en ambtsverrichtingen, volle geloof in rechten verdienen, totdat de valschheid daarvan bewezen wordt.

Dit artikel had in 1822, toen hier te lande nog de Code d'Instruction Criminelle gold, die gelijk bekend is de vrije bewijsleer huldigde behoudens echter een uitzondering voor overtredingen en wanbedrijven, beteekenis (1).

Men mag toch aannemen, dat de processen-verbaal het bewijs opleverden van wat daarin gerelateerd was, maar dat tegenbewijs geoorloofd was. Slaagde men daarin, zoo verviel de bewijskracht. De „inscription de faux" was niet noodig, wilde men tegenbewijs leveren, maar evenmin was voor eene veroordeeling vereischt, dat de rechter uit het proces-verbaal de „conviction intime" had verkregen, dat datgene wat daarin vermeld werd ook inderdaad waarheid was.

Voor deze opvatting pleit niet alleen de tekst der wet doch ook de omstandigheid, dat art. 239 strekte ter vervanging van art. 277 der Wet van 12 Mei 1819 (*Staatsblad* n°. 20), dat niets anders bepaalde (2).

Daarbij komt, dat toen bij de behandeling der Algemeene wet er enkele leden waren, die betoogden, dat het Fransche stelsel dat tot aan de „inscription en faux" de processenverbaal onaantastbaar bewijsmateriaal opleverden de voorkeur verdiende, de regeering antwoordde, dat ook bij haar dit stelsel als het juiste werd erkend, maar . . . . . dat men het niet kon invoeren, daar er te veel oppositie tegen was. Wat merkwaardiger wijze de administratie niet verhinderde eenige

---

(1) Art. 154 C. I. Cr., toepasselijk verklaard in art. 189 voor délits correctionnels bepaalde:

Les contraventions seront prouvées, soit par procès-verbaux ou rapports, soit par témoins à défaut de rapports et procès-verbaux, ou à leur appui.

Nul ne sera admis, à peine de nullité à faire preuve par témoins outre ou contre le contenu aux procès-verbaux ou rapports des officiers de police ayant reçu de la loi le pouvoir de constater les délits ou les contraventions jusqu'à inscription de faux. Quant aux procès-verbaux et rapports faits par des agents, préposés ou officiers auxquels la loi n'a pas accordé le droit d'en être crus jusqu'à inscription de faux, ils pourront être débattus par des preuves contraires, soit écrites, soit testimoniales, si le tribunal juge à propos de les admettre.

(2) Art. 277 der Wet van 12 Mei 1819 (*Staatsblad* n°. 20) op den ophef van de in- en uitgaande regten en accijnzen luidt: De verbalen of relazen der ambtenaren wegens derzelver handelingen en ambtsverrigtingen verdienen volle geloof in regten totdat het tegendeel bewezen wordt. Fransche tekst: Les procès-verbaux des employés relatifs à leurs opérations et à l'exercice de leurs fonctions, font foi en justice jusqu'à preuve contraire. Zie ook art. 64 der Algemeene wet op de Invordering der indirecte belastingen van 15 September 1816 (*Staatsblad* n°. 41) en het gelijkluidend art. 239 der Wet van 3 October 1816 (*Staatsblad* n°. 53) over de heffing der regten van in- en uitvoer, benevens het tarief derzelve regten.

jaren later te pleiten dat dit stelsel toch was ingevoerd, een bewering die echter terecht het gerechtshof te Brussel bij arrest van 20 Juni 1827 uitdrukkelijk als onjuist verwierp (1).

Is nu door de invoering van 1838 van het Nederlandsche Wetboek van Strafvordering, waarin als grondbeginsel in art. 391 Sv. is aangenomen geen veroordeeling dan op wettige bewijsmiddelen waardoor echter de rechter van de schuld van den beklaagde overtuigd moet zijn, hierin wijziging gebracht?

Zonder twijfel is art. 154 I. C. niet ten onrechte door den heer Van Rappard in de IIde Kamer in 1836 een wanstaltige verordening genoemd — zie Voorduin VII, blz. 634 — verdwenen.

Is echter overigens alles hetzelfde gebleven?

De heer Van der Poel, blz. 684, beweert het op voorbeeld van Van Nieuwkuyk (2). En inderdaad met den tekst van art. 239 is dit niet in strijd. Edoch zeker is het, dat bij het tot stand komen van het Wetboek van Strafvordering aan art. 239 A. W. niet is gedacht. Moet men nu aannemen, dat bij vergissing — want een redelijk motief waarom bij de berechting van strafbare feiten als de hier bedoelde een ander bewijsrecht zou gelden als in art. 391 Sv. is aangegeven is niet aan te voeren — moet nu worden aangenomen, dat desniettemin hier een geheel ander, verouderd en hoogst verwerpelijk bewijsrecht zou gelden?

Is het niet veel rationeeler te betoogen, dat art. 239 geen inbreuk maakt op het grondprincipe van ons bewijsrecht, doch eenvoudig regelt welke wettige bewijskracht een proces-verbaal van een ambtenaar der invoerrechten en accijnzen bezit? Een bewijskracht, die doet denken aan die der authentieke akte waarvan in art. 1907 B. W. sprake is.

De tekst der wet verbiedt deze interpretatie niet. Zeker, zij is niet die, welke de wetgever in 1822 gehad heeft, maar kan men nu niet met recht betoogen: wat die wetgever toenmaals bedoeld heeft is niet beslissend, daar hij in 1838 in het W. v. Sv. een geheel ander stelsel heeft aangenomen. Met dat stelsel is

---

(1) Geciteerd bij Adan, blz. 239. „Attendu que l'article 239 de la „loi générale, du 26 Août 1822, admet la preuve de la fausseté des „procès-verbaux ou rapports des employés, et ne limite pas cette „preuve à l'inscription en faux; qu'ainsi il ne résulte pas de ces „procès-verbaux une présomption *légale*, mais seulement une pré„somption de *droit*, d'où il suit que les dispositions des codes, „relatives aux actes authentiques que l'administration invoque, ne „sauraient être applicables aux procès-verbaux dont il s'agit".

Dat de rechter bij twijfel de regel in dubiis pro reo zou laten gelden is voor den braven Adan een gruwel „il n'y aurait plus „pour l'administration qu'à jeter la manche après la coignée et „à laisser frauder impunément".

(2) Fiscaal Strafrecht § 255.

art. 239 A. W. niet in strijd mits het slechts wordt geïnterpreteerd gelijk hierboven geschiedt. Die interpretatie laat de tekst toe: atqui ergo.

Waar toch geen Nederlandsch rechter iemand verlangt te veroordeelen van wiens schuld hij niet overtuigd is — wat nog geheel iets anders is dan dat 's mans onschuld vaststaat — ligt m. i. eene aanvaarding van eene dergelijke opvatting voor de hand. Ja, ik ga verder, deze opvatting lijkt mij juist in overeenstemming met de zienswijze van hem die — en dit is toch de verdienste der historische school daarop den nadruk te hebben gevestigd — oog heeft voor de steeds voortgaande ontwikkeling van het recht. Vóór 1838 was een artikel als art. 239 A. W. noodig, want de administratie, die onder de fiscale strafbare feiten zoo misdaden als wanbedrijven kende, had er belang bij, dat voor *al* deze delicten beslist werd welke beteekenis een door haar ambtenaren opgemaakt proces-verbaal had. Na 1838, na het verdwijnen van den Code d'Instruction criminelle, was een andere bepaling zoo niet bepaald noodig dan toch nuttig, namelijk een wetsartikel, dat aangaf welke beteekenis aan een proces-verbaal door een ambtenaar der invoerrechten en accijnzen opgemaakt, als wettig bewijsmiddel toekomt. Welnu art. 239 A. W. opgevat, gelijk hier is verdedigd, vervult deze taak.

Onwillekeurig ben ik met den auteur in discussie geraakt. Maar de verzoeking is groot met een zoo verdienstelijk schrijver eens een lans te breken. Intusschen de ter beschikking staande plaatsruimte dwingt tot bekorting. Ik zal dus eindigen. Slechts op een drietal punten zij het geoorloofd even te mogen wijzen.

Het lijkt mij eene leemte, dat het karakter der fiscale straffen slechts ter loops wordt aangeroerd. Het fiscale strafrecht is menigmaal onnoodig hard, het bevat tal van voorschriften, die met het rechtsgevoel, niet van de aanhangers van eene bepaalde richting maar nagenoeg van een ieder, die in een strafproces geen welkome aanleiding ziet een beklaagde te ruïneeren, in strijd zijn. Verbetering is, sedert men in 1886 bij gelegenheid van de herziening van het nieuwe strafwetboek de gelegenheid tot hervorming heeft laten voorbijgaan, niet meer mogelijk. Want al dit grievend onrecht wordt steeds verdedigd met het argument, dat de fiscale straffen, ook waar het delict met belastingontduiking niets te maken heeft, zulk een geheel ander karakter dragen dan de in het gemeene recht bekende straffen. Is dit betoog echter juist, is het inderdaad goed gezien een straf te gebruiken als middel den fiscus schadeloos te stellen voor financieele schade wellicht door belastingontduiking geleden? Zulk een belangrijke vraag had m. i. eene principieele behandeling verdiend.

Hetzelfde geldt voor de vraag of aan een strafbaar feit

gedacht mag worden bij geheele afwezigheid van schuld. Meestal — er zijn uitzonderingen — zijn de strafbare feiten der invoerrechten en accijnzen zoo geformuleerd, dat noch opzet noch schuld een afzonderlijk element van het delict vormt. Maar bij de meeste overtredingen van het gemeen recht is dit niet anders. En toch heeft de Hooge Raad bij arrest van 14 Februari 1916, *W.* 9958, de leer gehuldigd, dat bij gebleken afwezigheid van alle schuld eene veroordeeling moet achterwege blijven. Geldt dit nu ook bij de strafbare feiten der wetgeving op de invoerrechten en accijnzen? Natuurlijk kan de wet hieromtrent een duidelijk antwoord hebben gegeven, bijv. in het geval bedoeld in art. 231 der Algemeene Wet (1). Maar wanneer dit niet het geval is? Op dit punt is der kennisneming waard een vonnis der rechtbank te *Alkmaar* van 14 November 1922, B. B. 3349.

En eindelijk mag men vragen of het bestaan van een afzonderlijk Openbaar Ministerie, dat in de praktijk er toe brengt, dat tal van belastingdelicten dikwijls meer dan een jaar nadat het feit is gepleegd berecht worden, voldoende wordt aangetoond in de enkele zinsnede die de schrijver op blz. 703 aan dit onderwerp wijdt (2). Zeker er zijn onder onze rijksadvocaten uitnemende juristen, die hun taak op voortreffelijke wijze vervullen. Is dit echter steeds het geval? Zou waarlijk een parket waarvan de chef zich ook met de behandeling

---

(1) Art. 231, 2de lid A. W. luidt: Wanneer zoodanige kooplieden of andere hierboven breeder opgetelde personen bekeurd mochten worden ter zake van fraude of andere overtreding dezer wet of der bijzondere wetten, en zijlieden tot hunne verontschuldiging zouden willen beweren, dat zulks door hunne bedienden, knechts of arbeiders, buiten hunne kennis is geschied, zullen zijlieden desniettemin, en ondanks hunne onbewustheid der daad de boeten verbeuren op dusdanige overtredingen gesteld.

(2) „Het oogenblik voor de afschaffing van de functie van Rijksadvocaat is nog niet aangebroken. Zoolang een afzonderlijk fiscaal strafrecht wordt gehandhaafd, zoolang het juridisch onderwijs aan de universiteiten niet meer dan terloops aan het fiscaal recht en strafrecht aandacht wijdt is het alleszins gewenscht, dat de openbare aanklager iemand zij, die door speciale studie, door veelvuldige praktijk thuis is in deze bijzondere materie, opdat het O. M. niet door gemis aan voldoend inzicht in de betreffende wettelijke bepalingen zonder noodzaak door de administratie processen doet verliezen. Daarom heeft men sinds 1822 de in art. 245 „provisioneel" bestendigde bepalingen ongewijzigd laten voortbestaan".

Inderdaad „ce n'est que le provisoire qui dure". Maar wat zegt men van rijksadvocaten, die steeds de maximumstraf vorderen? En zijn allen, die met de waarneming van dit ambt zijn bekleed inderdaad zoo thuis in deze bijzondere materie? Dat er onder hen, helaas, zijn, die niet begrijpen, dat men partij kan zijn zonder partijdig te wezen, is maar al te waar.

der strafzaken bemoeit niet deze delicten evengoed kunnen vervolgen als alle andere strafbare feiten?

Misschien, dat wanneer van het thans verschenen werk eens een tweede druk het licht ziet, de schrijver op deze punten de aandacht wil vestigen (1). Want dit mag men, geloof ik, wel voorspellen, ook dit werk zal zijn lezers vinden en is van de verschillende studiën die onder hoofdleiding van prof. SUYLING in het Nederlandsch belastingrecht het licht hebben gezien, waarlijk niet het minste.

C. S.

---

(1) Dit schijnt wenschelijk, omdat in de leerboeken van Strafrecht — nu weder in dat van prof. VAN ZEVENBERGEN, Leerboek van het Nederlandsch Strafrecht, blz. 27, in navolging van VAN HAMEL, Inleiding 3de druk, blz. 133 — de leer verkondigd wordt, dat het fiscale recht een „jus singulare" zou zijn, zoodat het „jus commune" slechts aanvullende kracht heeft. Die opvatting lijkt mij geheel onjuist, het fiscale recht staat ten opzichte van ons gemeene strafrecht en civielrecht niet in een andere verhouding dan het arbeidsrecht, het waterstaatsrecht, of welk ander administratief recht ook. Het gemeene recht is toepasselijk, tenzij de wet een uitzondering maakt. Maar exceptiones sunt restringendae. Het is hier de plaats niet aan te voeren wat ik ter verdediging dezer zienswijze meen te mogen zeggen, slechts mag ik niet verhelen, dat de leer van VAN ZEVENBERGEN practisch alle verbeteringen die men wil aanbrengen paralyseert. Steeds krijgt men ten antwoord: ja, maar hier hebben wij een jus singulare. Wanneer onze criminalisten de praktijk van ons positief fiscaal recht beter kenden, zouden zij spoedig bemerken, hoe zelden de uitzonderingen, wat iets anders is dan aanvullingen, op het gemeene recht reden van bestaan hebben.

THEMIS

LXXXVIste DEEL — DERDE STUK

De uitlegging der rechtshandelingen in cassatie Cassatie en vrijspraak in strafzaken

DOOR

Dr. L. VAN PRAAG

te 's-Gravenhage

§ 1. Inleiding

In het Rechtsgeleerd Magazijn van dit jaar vindt men van mijn hand een bijdrage, waarin ik heb getracht de algemeene beginselen weer te geven, die ten grondslag liggen aan de jurisprudentie van den Hoogen Raad bij de toepassing van art. 99 no. 2 R. O. Bl. 34 vlgg. dier bijdrage zijn gewijd aan de onderscheiding tusschen het in cassatie onaantastbare vaststellen (constateeren) en de aan de wet te toetsen kwalifikatie van het feitelijk vastgestelde. Die onderscheiding zullen we hier terugvinden, zoowel in 's Hoogen Raads jurisprudentie, in zake overeenkomsten (§ 2) en andere rechtshandelingen buiten proces (§ 3), als in die, betrekkelijk tot de processtukken,

speciaal de dagvaardingen in burgerlijke gedingen (§ 4) en in strafzaken (§ 5). En we zullen zien dat daarbij, gelijk in het algemeen (1), voor alle soorten van geschillen in beginsel hetzelfde geldt. Wel mag voor het goed begrip dier jurisprudentie het ten opzichte der procedure bestaande onderscheid tusschen burgerlijke en strafzaken uitteraard niet worden verwaarloosd, maar voor de toepassing van art. 99 R. O. is dat onderscheid niet van principieele beteekenis.

Ontelbare malen, het is algemeen bekend, heeft de Hooge Raad geoordeeld dat de door den lageren rechter aangenomen uitlegging der rechtshandelingen buiten proces (waaronder de voornaamste plaats toekomt aan de overeenkomsten), gelijk ook diens uitlegging der processtukken (en daarbij staat de dagvaarding op den voorgrond) in cassatie moet worden geëerbiedigd. Men weet eveneens dat er op dien regel uitzonderingen zijn, en dat de regel zelf èn wat de overeenkomsten, èn wat de dagvaardingen betreft, door onze juristen niet algemeen wordt goedgekeurd. Ook in Duitschland heeft er dienaangaande verschil van gevoelen bestaan, dat, als ik mij niet vergis, nog niet is opgeheven. Maar de Duitsche jurisprudentie houdt te zeer verband met de voor de Revision geldende processueele bepalingen dan dat het voor ons genoeg van belang zou zijn ze hier na te gaan. Men kan haar tot 1913 vermeld vinden bij GAUPP-STEIN, Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich, 11e dr. (1913) II bl. 83—84 in de noten. STEIN zegt daar dat zij niet één lijn volgt. Eigen meening ontwik-

(1) Vgl. hetgeen op dat punt wordt gezegd R. Mag. 1925 bl. 14 noot 1. — Misschien verschijnt het tweede gedeelte van dat opstel later dan het eerste van deze bijdrage, in welk geval de lezers der *Themis*, die de verwijzing op bl. 195 naar § 3 in het R. Mag. willen nagaan, eenig geduld zullen moeten hebben.

kelt hij in den tekst. Die meening is niet enkel voor de Duitsche Revision van gewicht, daar zij op een redeneering steunt, die ook bij ons zou kunnen worden, en ten deele is, gevolgd. Naar STEIN's zienswijze moet men bij de uitlegging van rechtshandelingen (o. a. van overeenkomsten, maar ook van de processueele, b. v. dagvaardingen) de rechtsgevolgen vaststellen naar den inhoud der verklaring, zonder dat het aankomt op een daarachter staanden wil, doch vaak wèl naar de omstandigheden van het gegeven geval. En omdat hierbij een algemeene levenservaring meespreekt, heeft de cassatierechter, zoo concludeert STEIN, de bedoelde uitlegging zelfstandig ter hand te nemen. Naar het mij toeschijnt, vergeet STEIN bij deze redeneering dat, al mag de cassatierechter eigen algemeen ervaringsoordeel, waar dit noodig is, in de plaats stellen van het oordeel des lageren rechters (2), hieruit niet volgt dat overal, waar een algemeen ervaringsoordeel noodig is, het ook noodig is dat de cassatierechter het zijne doet gelden boven dat van den lageren rechter. Buitendien zullen onder de omstandigheden van het gegeven geval, waarmee ook STEIN bij de uitlegging der rechtshandelingen rekening wil houden, de bedoelingen van partijen een groote rol moeten spelen. Is dat zoo, dan wordt de grondslag van STEIN's leer, de uitsluiting van den wil als element der uitlegging van de verklaring, ondermijnd (3).

---

(2) Hieromtrent zie nader R. Mag. 1925 bl. 26—29.

(3) Vgl. ook hieronder in den tekst bl. 182—183. STEIN had zijn hier geschetste leer reeds ontvouwd in zijn werkje, Das private Wissen des Richters (1893). Zie aldaar bl. 106, 128—135. Vgl. voorts BOLZE in Zeitschr. für deutschen Civilprozess 14 bl. 415—450. Over de vroegere jurisprudentie van het Duitsche Reichsgericht zie STAHL in Archiv für die civil. Praxis 67 (1884) bl. 144 vlgg.; FISCHER in Jahrb. für Dogmatik 38 (1898) bl. 315—330. — Wat K. HELLWIG, System des Deutschen Zivilproz.rechts I (1912) bl. 853 v. o.—854 v. b.

In het onderstaande zal ik uiteenzetten, hoe we naar mijn opvatting voor het Nederlandsche recht over de uitlegging der rechtshandelingen in cassatie hebben te denken, en nagaan of hetgeen ik boven ten aanzien der jurisprudentie regel en uitzondering heb genoemd, die benamingen verdienen, dat wil zeggen of er een verklaring van beide is te geven, die een logisch verband als regel en uitzondering aannemelijk maakt, dan wel of we hierbij voor ons hebben arresten, met elkaar aldus in strijd, dat die strijd niet is terug te brengen tot een leidende gedachte, welke ons zoowel met de eene reeks van arresten als met de andere kan verzoenen. Het spreekt overigens vanzelf dat, ook als dit laatste over het algemeen mocht gelukken, toch nog de mogelijkheid bestaat dat de Hooge Raad enkele keeren arresten heeft gewezen, die geheel afwijken van zijn gewone jurisprudentie, zonder dat er daarvoor een andere verklaring is te vinden dan het verschil van gevoelen, dat in een college, welks leden niet dezelfde kunnen blijven, van tijd tot tijd alleen reeds om die reden onvermijdelijk is.

§ 2. De overeenkomsten

De jurisprudentie, waarbij de Hooge Raad aanneemt dat in cassatie onaantastbaar is de op feitelijke gronden steunende beslissing der vraag, òf een overeenkomst is tot stand gekomen, gelijk ook die, tusschen wie zij is aangegaan (4), ga ik hier voorbij. Hoe men ook denke

---

zegt, is m. i. ook voor ons recht juist. Zie hieronder noot 9. Daarentegen kan een uiteenzetting als die van E. Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3e dr. (1911) bl. 199 vlgg., welke uitgaat van het Duitsche B. G. B. bij ons geen dienst doen.

(4) Zie uit den laatsten tijd voor het eene H. R. 13 Juni 1924 W. 11279, N. J. 1924 bl. 844, voor het andere H. R. 30 Nov. 1923 W. 11199, op het eerste cassatie-middel. Over het toetreden tot een tusschen anderen bestaande overeenkomst vgl. H. R. 23 April 1897 W. 6957.

over de kwestie, of bij de uitlegging eener overeenkomst en bij de beslissing over haar tot stand komen van dezelfde beginselen moet worden uitgegaan, de zooeven bedoelde jurisprudentie is slechts een toepassing van den gewonen regel dat beslissingen, die feiten constateeren, zelf zuiver feitelijk zijn en als zoodanig in cassatie te eerbiedigen (5).

K. JANSMA heeft in zijn proefschrift, Uitlegging van overeenkomsten, Amsterdam 1913, bl. 4—7, vooropgezet dat uitlegging eener overeenkomst niet is de opsporing der bedoeling, die partijen bij het aangaan er van hadden, maar het vaststellen van haar rechtsgevolgen. Hij is op dit punt bestreden door P. J. WITTEMAN, De grens tusschen recht en feit in de burgerlijke cassatie, proefschrift Amsterdam 1921, bl. 113—118, 121 v. o.—123. En zij, die deze bladzijden van WITTEMAN willen vergelijken met hetgeen hieronder volgt, zullen zien dat ik met het daarin gezegde grootendeels meega. JANSMA's leer, die in verband staat met zijn opvatting over den aard eener overeenkomst, waarover zoo aanstonds nader, was bij ons reeds verkondigd door HOUWING in W. P. N. R. 2179 bl. 463 en no. 2213, die zelf weer trad in de voetstappen van Duitsche schrijvers. Ook P. A. J. LOSECAAT VERMEER, Wil en verklaring bij overeenkomsten, proefschrift Leiden 1913, bl. 49—58 i. v. m. bl. 63—68 sluit zich aan bij HOUWING. In navolging van dezen (die weer in overeenstemming is met DANZ t. a. p. bl. 197—198), leidt hij op bl. 51 uit de juiste stellingen dat de uitlegging eener overeenkomst *ten doel heeft* vaststelling harer rechtsgevolgen, en dat bij verkeerde uitlegging ook

---

(5) De H. R. neemt dan ook niet hetzelfde aan voor de beslissing over de geldigheid van een contractueel beding; vgl. b.v. H. R. 7 April 1905 W. 8204.

de rechtsgevolgen verkeerd zullen worden vastgesteld, af dat we hier te doen hebben met éénzelfde verrichting. M. i. ten onrechte. Al heeft de uitlegging ten doel te komen tot genoemde vaststelling, daaruit volgt toch niet dat zij zelf reeds die vaststelling *is*. En dat een fout in de uitlegging invloed heeft op de juistheid der vaststelling van de rechtsgevolgen bewijst niet dat met de uitlegging de rechtsgevolgen reeds geheel zijn gegeven. Soms kan het zoo zijn, maar niet altijd is dat het geval. Immers kan de beteekenis van zekere gebezigde woorden door uitlegging zijn gevonden, zonder dat hiermee vanzelf de rechtsverhouding vaststaat, die met het oog op de aangenomen uitlegging tusschen partijen aanwezig is te achten (6).

JANSMA komt, o. a. bl. 32—33, in aansluiting aan DANZ (boven in noot 3 geciteerd) op tegen de leer dat overeenkomsten zijn de uitdrukking van den wil, van de bedoeling van partijen (7). In normale gevallen echter is de wil van partijen gericht op een wilsverklaring, die in de hoofdzaken hun beider overeenstemmende bedoeling weergeeft. Dat is zoo, ondanks de moeilijkheid precies

---

(6) Vgl. ook hieronder noot 29. Ik kan mij niet vereenigen met de opvatting, waarvan LOSECAAT VERMEER t. a. p. bl. 54 v. o.—55 uitgaat, als zou elk gebruikelijk beding in een overeenkomst aldus liggen opgesloten dat haar *beteekenis* per se door dat beding mede wordt vastgesteld. M. i. heeft ten aanzien van art. 1383 B. W. OPZOOMER, door L. V. bl. 53 aangehaald, gelijk. Overigens geef ik toe dat het nogal eens moeilijk is tusschen het uitleggen eener overeenkomst en het vaststellen van haar rechtsgevolgen scherp te onderscheiden, maar vaak is dat zeer goed mogelijk. — L. V.'s definitie, bl. 56, van een wilsverklaring, met navolging van TITZE gegeven, is niet onbetwistbaar.

(7) Daarover zie ook het boven aangehaalde proefschrift van LOSECAAT VERMEER. Vgl. op dit punt H. L. DRUCKER in R. Mag. 1914 bl. 176, en WITTEMAN t. a. p., alsmede v. S. in W. P. N. R. 2287.

aan te geven wat telkens hoofdzaak is. En het belet niet dat de verklaring verder reikende rechtsgevolgen kan hebben dan de bedoeling van partijen meebracht, zelfs gevolgen afwijkend van die bedoeling, dit krachtens de wet of krachtens de billijkheid en het gebruik, waarheen de wet verwijst. Hiervan uitgaande kan men evengoed aan de vereischten van het maatschappelijk verkeer en van de billijkheid voldoening schenken, als met een leer, die een wilsverklaring zonder wil, gericht op den zin der verklaring, verdedigt, volgens sommigen zelfs zonder wil, gericht op het afleggen der verklaring.

De Hooge Raad, die de uitlegging der overeenkomsten in beginsel onaantastbaar oordeelt in cassatie (8), volgt een ander spraakgebruik dan HOUWING en JANSMA. Onder uitlegging der overeenkomst verstaat hij niet het vaststellen harer rechtsgevolgen, maar het vaststellen van haar beteekenis en feitelijke strekking, in de eerste plaats

---

(8) JANSMA, prft. bl. 171—172, noemt een reeks van arresten, die gemakkelijk zou kunnen worden aangevuld, mede met de sedert elk jaar opnieuw in gelijken geest gewezene. Het komt hierbij, evenals in andere gevallen (zie hierover R. Mag. 1925 bl. 31—32) wel eens voor dat de H. R. niet streng consequent is en, als hij een uitlegging des lageren rechters juist acht, dit na zelfstandig onderzoek te kennen geeft; zie H. R. 22 Nov. 1872 W. 3526, v. D. HON. Z. R. S. 5 bl. 483, te vergelijken met H. R. 17 Dec. 1886 W. 5374. In 1886 was het de kwestie of de aangevallen beslissing steunde op met elkaar strijdende uitleggingen van éénzelfde overeenkomst, zoodat van die uitleggingen slechts ééne juist kon zijn. Toen werd de beslissing in cassatie onaantastbaar verklaard. In 1872 had de H. R. zelfstandig beslist dat door partijen in de overeenkomst twee met elkaar strijdende opvattingen waren neergelegd, en hij hechtte zijn zegel aan die, welke de lagere rechter juist had geacht. Vgl. de in W. 3535 door D(E) P(INTO) aarzelend, naar aanleiding van art. 409 *oud* Rv., op het arrest van 1872 gegeven kritiek, die eigenlijk vooral de inkleeding van dat arrest betreft.

naar den tekst harer bewoordingen, en bij door den lageren rechter aangenomen onduidelijkheid dier bewoordingen, ook naar de bedoeling van partijen. Men zie speciaal H. R. 17 Juni 1910 W. 9044, ook opgenomen in W. P. N. R. 2179, waar HOUWING dit arrest bestrijdt, juist omdat de Hooge Raad de uitlegging en het vaststellen der rechtsgevolgen tegenover elkaar had gesteld. Zelfs indien die bestrijding gegrond zou zijn, wat m. i. niet het geval is, dan kon zij toch het feit niet wegnemen dat de Hooge Raad het onderscheid maakt, waarvan HOUWING, JANSMA en LOSECAAT VERMEER niet willen weten. En met dat feit hebben we hier rekening te houden. De terminologie onzer juristen, welke haar oorsprong heeft in die der Romeinen (9), is deze dat de uitdrukking uitlegging eener overeenkomst soms wordt gebezigd in den zin, dien JANSMA en de zijnen er aan hechten, soms in dien van den Hoogen Raad. Ook al geeft men aan het spraakgebruik der eersten de voorkeur, dan mag men daarvan toch niet uitgaan bij de beschouwing en beoordeeling van de jurisprudentie. Het komt mij voor dat JANSMA zijn terminologie heeft ondergeschoven aan het Openbaar Ministerie bij den Hoogen Raad, waar hij bl. 177—178 gewaagt van een gemengd stelsel, dat niet de Hooge Raad, doch wel het Openbaar Ministerie zou hebben gevolgd in zijn conclusie vóór H. R. 31 Januari (niet Maart) 1896 W. 6770. Die conclusie huldigde een-

---

(9) Vgl. HELLWIG, in noot 3 geciteerd. Deze zegt: feitelijk is de vraag naar de beteekenis der verklaring, maar die naar hare rechtsgevolgen is een zuivere rechtsvraag, en dit laatste geldt ook voor de toepassing der wettelijke uitleggingsregelen, welke niet den werkelijken wil betreffen, maar den wil, die gewoonlijk bij verstandige menschen is aan te nemen; echter is de grens tusschen de wèl en de niet in cassatie aantastbare beslissing op dit punt vaak moeilijk aan te wijzen. — Vgl. boven noot 6.

voudig de leer dat wel de uitlegging der overeenkomst in cassatie onaantastbaar is, doch haar kwalifikatie niet. Hiervan zegt JANSMA: de kwalifikatie is slechts schijnbaar de grens, in werkelijkheid is iedere uitlegging ondeelbaar. Hij denkt hier weer kennelijk aan de vaststelling der rechtsgevolgen, maar genoemde conclusie ging uit van de opvatting dat in cassatie onaantastbaar is de uitlegging in den zin van de vaststelling der beteekenis van de woorden der overeenkomst. JANSMA erkent dat de Hooge Raad geen gemengd stelsel heeft aangenomen. Intusschen de Hooge Raad huldigt geen ander stelsel dan gemelde conclusie heeft gedaan. Bij talrijke arresten heeft hij de door den lageren rechter aan een overeenkomst gegeven kwalifikatie zelfstandig getoetst (10). Maar, en dat heeft JANSMA misschien mis-

---

(10) Voorbeelden zijn H. R. 15 Mei 1839 v. d. HON. Z. R. S. 1 bl. 64, 27 Juni 1839 t. a. p. bl. 73 (veilingsconditiën met betrekking tot het registratierecht, waarbij is op te merken dat men in vroeger jaren bij ons, gelijk in Frankrijk, gemeend heeft dat in registratiezaken ook de uitlegging der overeenkomst in cassatie zou zijn te toetsen, een sedert lang verouderde leer), H. R. 24 Febr. 1859 W. 2042, v. d. HON. Z. R. S. 4 bl. 274 (vgl. WITTEMAN prft. bl. 64 en HESSE in *Themis* 1923 bl. 134), H. R. 24 Maart 1871 W. 3320, v. d. HON. B. R. 35 bl. 573 (verkoop of aanneming van werk), 7 Febr. 1873 W. 3558 (kwalifikatie o. a. als al dan niet voorwaardelijk), 14 Nov. 1873 W. 3656, contra O. M. (de kwalifikatie: geen koopcontract, steunde op waardeering der rechtsgevolgen van de clausule „eigendomsoverdracht, indien die gevorderd wordt"), 25 Mei 1883 W. 4918, 28 Dec. 1883 W. 5000, contra O. M. (koop of cessie), 4 Febr. 1887 W. 5393, 15 Oct. 1891 W. 6097, contra O. M., 8 Dec. 1892 W. 6282, 3 Febr. 1899 W. 7239, 9 Juni 1899 W. 7296, 8 Dec. 1899 W. 7374, 5 Mei 1905 W. 8217, 26 Oct. 1906 W. 8444 op het derde cassatie-middel, 12 Nov. 1909 W. 8928 op het tweede cassatie-middel, 26 Jan. 1912 W. 9317, drie arresten van 30 Nov. 1914 W. 9718, 9719, 9726, N. J. 1915 bl. 145, 189, 225, 15 Maart 1915 W. 9799 bl. 2 kol. 2—3, 10 Juni 1918 W. 10302 bl. 2—3, N. J. 1918

leid, de Hooge Raad heeft ook wel anders gehandeld, doch bijna alleen dan ingeval de kwalifikatie dadelijk was gegeven met de uitlegging der overeenkomst, zoodat zij *enkel* op die uitlegging steunde. Men kan dit laatste soms herleiden tot de rubriek van het ius in causa positum, hier een kwalifikatie, die zelf enkel afhangt van de wisselende omstandigheden van het gegeven geval (11), maar meestal is de kwalifikatie

---

bl. 747, 15 Nov. 1918 W. 10387, N. J. 1919 bl. 39 (implicite en contra O. M.), 6 Maart 1922 W. 10884, N. J. 1922 bl. 538, 4 Dec. 1924 N. J. 1925 bl. 274. Zie ook voor de kwalifikatie eener rechtshandeling als wèl of niet een overeenkomst: H. R. 31 Maart 1876 W. 3978 en 25 April 1924 W. 11298, met noot 1 H. D. J.; vgl. voor de, na uitlegging der statuten eener vereeniging gegeven beslissing dat zij is een wederkeerige verzekeringmaatschappij, als bedoeld in art. 286 W. v. K., H. R. 25 Maart 1898 W. 7102, contra O. M. — Zie nog over de kwalifikatie als burgerrechtelijke overeenkomst H. R. 31 Maart 1882 W. 4765, contra O. M. Doch daarover anders H. R. 15 Oct. 1858 W. 2000, in welks lijn vgl. H. R. 9 Nov. 1908 W. 8767 bl. 1—2. Deze beide arresten namen een in cassatie onaantastbare beslissing aangaande de kwalifikatie aan. Zoo ook voor die van een afbetalingscontract (huurkoop) als huur, H. R. (K. v. Sz.) 12 Dec. 1910 W. 9121 bl. 1—2, misschien van meening dat toen de kwalifikatie enkel steunde op de uitlegging van het contract (vgl. de concl. O. M.). De eerbiediging der aangevallen beslissing betreffende een gelijk contract door H. R. (K. v. Sz.) 11 Jan. 1909 W. 8796 bl. 1—2 gold enkel de strekking der toenmalige overeenkomst.

(11) Vgl. H. R. 24 Maart 1871, in de vorige noot geciteerd, voorzoover de kwalifikatie toen hiervan afhing, of zeker beding was een hoofd-, dan wel een bijkomende bepaling. Voorts H. R. (K. v. Sz.) 5 April 1886 W. 5292, 22 Juni 1923 W. 11115 bl. 1—2, N. J. 1923 bl. 1034 (koop of speculatie op koersverschil). In Frankrijk zie Cass. 20 Juni 1922 D. P. 1923. 1. 186 met noten 1—2 die, naar het schijnt terecht, het arrest kritiseeren. Wel sprak dat van een beslissing, die de in cassatie aangevallen kwalifikatie had gegeven „en la circonstance", dus met het oog op de in het konkreete geval bestaande omstandigheden. Maar wat de noten t. a. p.

niet daarvan alleen afhankelijk, doch is er, als de Hooge Raad haar onaantastbaar oordeelt, te denken aan zijn in het Rechtsgeleerd Magazijn van 1925 bl. 38—39 gememoreerde wijze van doen dat hij kortheidshalve de rechtskundige beslissing, die geheel gegeven is met en door de in cassatie onaantastbare vaststelling des lageren rechters in één adem met deze laatste vaststelling ook voor onaantastbaar verklaart, doordat hij, Hooge Raad, dan toch niet tot een ander resultaat zou kunnen komen dan de lagere rechter, en het zoogenaamde eigen zelfstandig onderzoek slechts voor de leus zou geschieden (12).

---

meedeelen doet betwijfelen of de kwalifikatie (louage de transport ou de voiture) enkel steunde op die omstandigheden. — Naar aanleiding van de Fransche jurisprudentie over de kwalifikatie der overeenkomsten in cassatie zie tot 1905, behalve CHAUVEAU op CARRÉ, Lois de la Procédure civile, 3e dr. Brussel I (1846) Introduction bl. CXIII, en het werk van FAYE, La Cour de Cassation (1903): G. DEREUX, De l'interprétation des actes juridiques privés (1905) bl. 10—18, 71—124, 31 v. o., 457—458, 484—485.

(12) Voorbeelden van arresten, waarbij de met de uitlegging van het contract vanzelf gegeven kwalifikatie, als enkel op die uitlegging steunend, in cassatie onaantastbaar is verklaard, zijn H. R. 30 Juni 1847 W. 845, v. d. HON. B. R. 9 bl. 70, 29 Mei 1885 W. 5177 op het eerste cassatie-middel, 19 Juni 1885 W. 5191, 8 Nov. 1894 W. 6574, 15 Nov. 1894 W. 6580 (voor de kwalifikatie eener rechtshandeling als al dan niet schuldvernieuwing behelzend. De kwalifikatie werd geheel bepaald door 's rechters uitlegging van het vroegere contract, uitlegging hier in den zin van vaststelling èn der strekking èn der rechtsgevolgen van de overeenkomst), 4 Nov. 1907 W. 8609 bl. 2 (K. v. Sz.), 27 April 1917 W. 10126, N. J. 1917 bl. 693, op het eerste deel van het tweede cassatie-middel, zie concl. O. M. en vgl. H. R. 26 Juni 1914 W. 9672 bl. 1 kol. 1—3, N. J. 1914 bl. 1034; beide arresten betroffen de vraag: koop of belofte tot koop. — Bij het hier in den tekst voorafgaande zie WITTEMAN t. a. p. bl. 63 en 66—67. Ten onrechte spreekt hij op bl. 63 van een scheur in het systeem van den H. R. Hij verwijst

Onder het door JANSMA en de zijnen uitlegging eener overeenkomst genoemde vaststellen van haar rechtsgevolgen is te verstaan het vaststellen der gevolgen, die de overeenkomst naar de wet moet hebben, voorzoover namelijk de wet er in voorziet (13). Die rechtsgevolgen kunnen we onderscheiden van de gevolgen, beoogd door partijen. Doen we dit, en zeggen we dat de vaststelling der laatstbedoelde gevolgen in cassatie onaantastbaar is, die der eerste daarentegen in cassatie aan de wet te toetsen, dan wordt de hierbij te trekken grens niet aangewezen door hetgeen de werkelijkheid van het leven te zien geeft. Maar hiermee is het maken der onderscheiding niet veroordeeld. Het moge waar zijn dat, let men enkel op het praktisch resultaat der uitlegging van overeenkomsten, die uitlegging, zooals JANSMA t. a. p. bl. 178 v. b. zegt, een ondeelbaar begrip is, we hebben te bedenken dat de cassatie niet is een instelling, uit de behoeften van het dagelijksch leven ontstaan, maar een technisch juridisch middel, welks hoofddoel is de bevordering zooveel mogelijk van eenheid in de wetsuitlegging bij de rechtspraak (14). Zijn er ter benadering van dat doel min of meer kunstmatige onderscheidingen noodig, dan hebben we ons die te getroosten. Dat is

---

daar naar het door hem bl. 61 v. o. over de dagvaarding gezegde. Daaraan ligt echter een misverstand ten gronslag, zie hierna in § 4, ter plaatse waar de kwalifikatie der ingestelde vordering wordt besproken.

(13) Vgl. JANSMA t. a. p. bl. 180. In zijn noot daar doelt hij op arresten, die de beteekenis van het woord „wet" in art. 99 R. O. aangeven, welk woord in dat artikel, ook de voorschriften der lagere wetgevers in ons land omvat, doch niet b.v. een gewoonte, ook niet al wordt deze door de wet gesanktioneerd. Zoo althans is de jurisprudentie van den H. R., vermeld in mijn bewerking van Léon's Rechtspraak op art. 99 R. O. onder B no. 30.

(14) Vgl. de schrijvers in R. Mag. 1925 bl. 2, noot 1, aangehaald.

bij beoordeeling der jurisprudentie van den Hoogen Raad betreffende de uitlegging der overeenkomsten in cassatie niet uit het oog te verliezen. Aan den eenen kant geroepen de eenheid in de wetsuitlegging te handhaven, en aan den anderen kant er op bedacht dat de cassatie niet bedoelt een derde instantie aan partijen te geven, heeft onze Hooge Raad gemeend in cassatie niet te moeten onderzoeken de door den lageren rechter gegeven uitlegging der overeenkomst als vaststelling harer bewoordingen, noch ook diens vaststelling der ekonomische gevolgen, door partijen met haar overeenkomst beoogd, dat is van de strekking der overeenkomst (15). En ook het vaststellen, welke rechtsgevolgen partijen eventueel aan haar overeenkomst dachten te verbinden, is opsporing der bedoeling van partijen, overgelaten aan het eindoordeel van den lageren rechter. Maar voor het vaststellen der rechtsgevolgen, die een reeds uitgelegde overeenkomst naar de *wet* moet hebben, is in de eerste plaats noodig vaststelling der beteekenis van de in aanmerking komende wetsbepalingen, en dan de subsumtie der uitgelegde overeenkomst onder de uitgelegde wetsbepaling, wat de kwalifikatie aan de hand doet. Dat alles behoort tot de taak van den Hoogen Raad.

Hoewel JANSMA onder uitlegging eener overeenkomst iets anders verstaat dan de Hooge Raad, komt hij t. a. p. bl. 182 toch tot de slotsom dat diens jurisprudentie niet behoeft te worden gewijzigd. Hij gaat op bl. 180 hiervan

---

(15) Vgl. b.v. de zaak behandeld door H. R. 1 Nov. 1923 W. 11152, gewezen contra O. M., dat zich tegen de onaantastbaarheid der beslissing in cassatie er op beriep dat zij met de strekking der betrokken overeenkomst haar gevolgen had vastgesteld. Dat waren echter niet de gevolgen, die de rechter aan de wet ontleende, maar de ekonomische, door partijen bedoeld. Voor een op dit punt analoog geval zie H. R. 22 Maart 1907 W. 8512.

uit, dat ook voor het thans geldend recht, de vraag zich zou oplossen in die naar hetgeen wenschelijk is. Anders dan hij denkt over de wenschelijkheid, doch dan voor de toekomst, dus de lege ferenda (16), WITTEMAN t. a. p. bl. 112—139, die meer dan voor het stelsel van den Hoogen Raad gevoelt voor het volgens zijn opvatting bij de Duitsche Revision geldende systeem (17). De opmerking van STAR BUSMANN, Hoofdstukken van Burgerlijke Rechtsvordering, 2e dr. I (1924), bl. 68, dat de Duitsche Revision veel gelijkt op een derde instantie, kan een vingerwijzing zijn om te besluiten dat, zoolang wij de cassatie willen behouden in den geest, waarin zij bij ons als instelling bestaat, er — ook wat betreft de uitlegging der overeenkomsten — meer te zeggen is voor het stelsel van den Hoogen Raad dan voor dat van WITTEMAN. Deze heeft overigens ingezien dat tegen het zijne het bezwaar der derde instantie kan worden opgeworpen, maar bl. 137—138 meent hij daaraan voldoende tegemoet te kunnen komen door geen nieuwe feiten, noch nieuwe bewijzen in cassatie toe te laten. Dat komt ongeveer neer op hetgeen BOLZE (in noot 3 geciteerd) bl. 431—432 heeft uiteengezet. Deze komt voor de uitlegging der overeenkomsten tot een ander resultaat dan onze Hooge Raad, doordat hij aan de Duitsche Revision in het algemeen een veel ruimer strekking toekent dan die onze cassatie heeft. Slechts de bewijslevering sluit hij uit van het onderzoek. In het Rechtsgeleerd Magazijn van 1925, bl. 17—18, heb ik gezegd dat ons art. 409 Rv. niet tot een andere slotsom behoeft te voeren. Maar hij die dat erkent, zal toch hebben toe te geven dat bij ons in

(16) Zie daarover Handeln Ned. Jur. Vereenig. 1909 II bl. 110, 160—161, 182—183.

(17) Vgl. t. a. p. bl. 127, en daarbij bl. 144 noot. Zie ook hierboven bl. 178.

cassatie ook onaantastbaar zijn beslissingen, die niet de bewijslevering betreffen, maar door den Hoogen Raad worden geëerbiedigd, omdat hij blijkbaar meent dat anders de cassatie te veel op een derde instantie zou gaan gelijken. Het is iets anders te zeggen dat de roeping van den cassatierechter zich niet er tegen verzet dat hij beslissingen vernietigt op grond van haar tastbare feitelijke onjuistheid, dan aan te nemen dat in het algemeen elke feitelijke beslissing, mits geen nieuwe bewijslevering noodig zij, noch nieuwe feiten worden aangevoerd, in cassatie kan worden op zijde gezet. Dit laatste zou van de cassatie een derde instantie maken, het eerste, dat slechts bij hooge uitzondering kan voorkomen, niet.

Enkel inzoover als men het vermijden der derde instantie een wenschelijkheidsstandpunt kan noemen, is de jurisprudentie van den Hoogen Raad uit dat oogpunt met Jansma te beschouwen en te verdedigen. Voor die verdediging is het niet voldoende zich er op te beroepen dat de uitlegging eener overeenkomst, in den zin van den Hoogen Raad, voor een goed deel neerkomt op het opsporen der bedoeling van partijen, dus op de vaststelling van een intern feit, evenals dit laatste het geval is bij de beslissing, of een bepaald persoon heeft gehandeld met zeker opzet of oogmerk. Want al neemt m. i. bij de uitlegging der overeenkomsten het opsporen der bedoeling van partijen wel degelijk een voorname plaats in, toch is dat niet de eenige faktor, waarmee te rekenen valt. En voorzoover die faktor niet in aanmerking komt, kan hij niet dienst doen ter verklaring der jurisprudentie. De uitlegging van overeenkomsten en van andere rechtshandelingen is niet per se de vaststelling van een feitelijk element. Echter staat zij met een feitelijke vaststelling in dit opzicht op één lijn, dat beide praejudicieel zijn voor de te geven beslissing omtrent de rechtsverhouding van

partijen. Is die vaststelling verkeerd, dan wordt daardoor op zich zelf de wet niet verkeerd toegepast of geschonden. En in den zin, waarin de Hooge Raad deze termen van art. 99 R. O. opvat, geschiedt dat óók niet ten gevolge van een verkeerde uitlegging van rechtshandelingen, tenzij òf de fout in die uitlegging zelf een gevolg is van onjuiste wetsopvatting, òf de wetsbepalingen, die voor de rechtshandeling bepaalde vereischten stellen of haar uitlegging betreffen, verkeerd zijn toegepast, respektievelijk geschonden (18). Daarom is het standpunt, dat de Hooge Raad ter zake van de uitlegging der overeenkomsten en andere rechtshandelingen inneemt, in harmonie met het stelsel, dat hij bij de cassatie in het algemeen volgt.

Tegen de toepassing van dat stelsel bij de overeenkomsten mag niet, zooals vroeger vaak geschiedde, een beroep worden gedaan op art. 1374, lid 1 B. W. Al is een overeenkomst wet voor partijen, zij is geen wet in den zin van art. 99 R. O. Zij is dat ook dan niet, indien men aanneemt, dat zij een rechtsgrond in den zin van art. 48 Rv. oplevert, omdat zij het recht van partijen vaststelt (vgl. H. R. 18 April 1902, W. 7754). De „rechtsgrond" van art. 48 Rv. en de „wet" van art. 99 R. O. zijn geen identieke begrippen.

Ook dan, als het middel van cassatie beweert schending der wetsartikelen betreffende de uitlegging der overeenkomsten, terwijl uit de aangevallen beslissing niet blijkt dat de vereischten aanwezig waren om die artikelen toe te passen, verklaart de Hooge Raad de beslissing voor onaantastbaar (19). In burgerlijke zaken is art. 409 Rv. hiervoor in te roepen. Maar H. R. 3 December 1906

(18) Vgl. R. Mag. 1925 bl. 23—25 en Bolze t. a. p.

(19) Zie b.v. H. R. 22 Dec. 1921 W. 10852, N. J. 1922 bl. 227, 14 Maart 1924 W. 11250, N. J. 1924 bl. 654, 6 Nov. 1924 W. 11310. Vgl. verder Léon's Rechtspraak, 3e dr. R. O. art. 99 E no. 238.

W. 8467 bl. 1 kol. 1—3 heeft in een strafzaak niet anders geoordeeld. En de Hooge Raad gaat zelfs zoover dat hij in cassatie onaantastbaar acht ook de beslissing der vraag, of de bewoordingen eener overeenkomst vatbaar zijn voor één of meerdere uitleggingen. Met het oog op het hieronder in §§ 4 en 5 uiteen te zetten stelsel, dat de Hooge Raad voor de uitlegging der dagvaardingen aanneemt, zou men kunnen vragen, of het niet inconsequent is de uitlegging der dagvaarding in cassatie aan zich te trekken, indien deze naar het oordeel van den Hoogen Raad door den lageren rechter in strijd met haar tekst is geïnterpreteerd, en dat stelsel voor overeenkomsten alleen dan toe te passen, indien de lagere rechter zelf heeft te kennen gegeven dat hij van den tekst der overeenkomst is afgeweken, dit nog wel terwijl de wet in art. 1378 B. W. een voorschrift voor de uitlegging der overeenkomsten behelst, dat zij niet geeft voor die der dagvaarding. Zie ik juist, dan is deze inconsequentie meer schijn dan werkelijkheid. Dit om twee redenen, waarvan de eene eerst kan worden opgegeven, nadat we zullen hebben gezien, hoe de Hooge Raad art. 1378 toepast. De andere reden is deze. Voor het in cassatie toetsen der uitlegging van de dagvaarding in het geval dat die uitlegging afwijkt van den tekst, kan worden aangevoerd dat zulk een uitlegging de wettelijke bepalingen miskent, die het uitbrengen der dagvaarding voorschrijven, en in het belang van den gedaagde of beklaagde zijn gegeven. Bij de uitlegging der overeenkomsten kan men, meent kennelijk de Hooge Raad, niet aldus redeneeren. Wel strekt art. 1378, gelijk ook de daarop volgende artikelen, eveneens om te waken voor de belangen van hen, die partij zijn bij de overeenkomst. Maar de Hooge Raad vindt dat zijn stelsel art. 1378 niet in het gedrang brengt. Zijn argumentatie,

vooral neergelegd in het arrest van 7 Januari 1881 W. 4592, is deze. Omdat de uitlegging der overeenkomst uitsluitend behoort aan den lageren rechter, geldt hetzelfde voor de beoordeeling der meerdere of mindere duidelijkheid harer woorden. Dus kan den Hoogen Raad in cassatie alleen dan blijken van schending der genoemde wetsbepaling, indien de lagere rechter heeft uitgemaakt dat de woorden der overeenkomst duidelijk zijn, en er toch van is afgeweken. Intusschen is deze argumentatie meer bondig dan juist. Dat de Hooge Raad voor de beoordeeling der duidelijkheid van de woorden hetzelfde aanneemt als voor de uitlegging der overeenkomst in het algemeen, zal wel hieraan liggen dat die beoordeeling een onderdeel is van de uitlegging. Maar dat neemt niet weg dat een afzonderlijke wetsbepaling, art. 1378, voorschrijft, welke gevolgen de beoordeeling der duidelijkheid moet hebben. En nu kan men zeggen dat dus ook in cassatie is te onderzoeken, of de aangevallen beslissing art. 1378 heeft in acht genomen, ook dan al zegt zij niet zelf of ze het al dan niet heeft gedaan. Het is eigenaardig dat in Frankrijk, waar ons art. 1378 ontbreekt (maar de wet toch wordt toegepast, als bestond ook daar zulk een bepaling) het Hof van Cassatie op het hier aangeduide punt anders oordeelt dan onze Hooge Raad (20).

---

(20) Vgl. FAYE t. a. p., speciaal nos. 169*bis*, 173—174, 176—178; BAUDRY—LACANTINERIE, Obligations I no. 337, die het Hof van Cassatie bestrijdt; DEREUX (in noot 11 geciteerd) bl. 78—80, 85, 89 v. o.; JANSMA t. a. p. bl. 176—178. Evenals de H. R. houdt het Hof v. Cass. de uitlegging van contracten voor onaantastbaar in cassatie; zie b.v. Cass. 24 Jan. 1910 D. P. 1911. 1. 447, 24 Febr. 1913 D. P. 1913. 1. 217. En het is ook van meening dat de kwalifikatie en de op wetsuitlegging steunende beslissing over de rechtsgevolgen in cassatie zijn te toetsen; vgl. de noot 2 bij D. P. t. a. p. Maar het past den door hem, eerst voor de uitlegging van testamenten opgestelden, regel toe dat cassatie moet volgen wegens een uitlegging,

Toch kan, ondanks het bovenstaande, de jurisprudentie van den Hoogen Raad hiermee worden verdedigd — en in Frankrijk is het ook tegen het Hof van Cassatie aangevoerd — dat de vraag zelf, of de bewoordingen duidelijk zijn, zelden met zekerheid is uit te maken. M. i. is dit argument nader aldus te formuleeren dat de beantwoording der vraag of zekere woorden duidelijk zijn, enkel afhangt van de wisselende omstandigheden van het gegeven geval. Dáárdoor geldt voor die beanwoording het in § 3 mijner bijdrage in het Rechtsgeleerd Magazijn van 1925 meermalen gezegde omtrent het ius in causa positum. En op dien grond kan de Hooge Raad zich gerechtigd achten de hierover gegeven beslissing in cassatie onaantastbaar te verklaren. Echter met een niet onbelangrijk voorbehoud, hieruit voortspruitend dat bij uitzondering de omstandigheden van het gegeven geval somtijds zoo zijn dat de vraag naar de duidelijkheid der woorden wel degelijk a priori kan worden beantwoord. Ik zou dan ook meenen dat de Hooge Raad niet voor een in cassatie onaantastbare beslissing staat, als hij een overeenkomst voor zich krijgt (in een burgerlijke zaak: mits zij in de aangevallen beslissing is weergegeven) waarvan hem dadelijk blijkt dat de lagere rechter ten onrechte haar woorden duidelijk of onduidelijk heeft geoordeeld, met gevolg dat die rechter is begonnen met

---

afwijkend van de naar het oordeel van het Hof van Cassatie duidelijke woorden, omdat zulk een afwijking testament of contract „denatureert". Zie laatstelijk Cass. 4 Nov. 1918 D. P. 1923. 1. 102 en 30 Nov. 1921 D. P. 1922. 1. 38. (In de noot 2 D. P. 1923 t. a. p. wordt echter de toen aangevallen beslissing, als steunend op de bedoeling van partijen, in cassatie onaantastbaar geacht). Zoo ook de arresten van 1872—1910, vermeld D. P. 1911. 1. 448, noot, en Cass. 24 Nov. 1891 D. P. 1892. 1. 541. — Vgl. Hesse in *Themis* 1923 bl. 138—139.

het geven eener uitlegging, onvereenigbaar met den tekst (21). In dàt geval gaat op wat WITTEMAN bl. 121 zegt, dat de lagere rechter art. 1378 ongestraft zou kunnen schenden, indien de Hooge Raad (óók dan) zich bij diens beslissing neerlegt. Mocht men b.v. met WITTEMAN bl. 118—119 en met JANSMA bl. 172 (vgl. echter aldaar bl. 166) van oordeel zijn dan de Hooge Raad in zijn arrest van 7 April 1911 W. 9176, over het niet mogen aanvragen van een faillissement, is afgeweken van de zooeven besproken gewone jurisprudentie aangaande de toepassing van art. 1378 in cassatie, dan zou die afwijking zeer goed hiermee kunnen worden verklaard dat de Hooge Raad toen de woorden van het contract a priori duidelijk vond, al zijn genoemde schrijvers op dit laatste

---

(21) DEREUX t. a. p. bl. 85 zegt: het feit dat een Hof een overeenkomst anders heeft uitgelegd dan het opperste Hof nu meent te moeten doen, bewijst al de onduidelijkheid van het contract. Er zijn echter wel voorbeelden van quasi uitlegging, die veeleer den naam van inlegging verdient. — Een met de *letterlijke* beteekenis der woorden strijdende uitlegging kan strooken met de aan hen, die de overeenkomst aangingen, duidelijk kenbare bedoeling, en is dan niet onvereenigbaar met de woorden als teekens van gedachten. Over het verschil tusschen letterlijke en duidelijke beteekenis der woorden vgl. JANSMA t. a. p. bl. 151—170. Intusschen meen ik, anders dan JANSMA, dat wegens den nauwen samenhang van art. 1378 met art. 1379, in art. 1378 het woord „duidelijk" hetzelfde beteekent als „letterlijk", en dat beide termen doelen op het gewone spraakgebruik, hetwelk meestal het algemeene is, maar ook een lokaal spraakgebruik kan zijn. LOSECAAT VERMEER t. a. p. bl. 32 v. o. merkt op dat die opvatting tot de onbillijkste letterknechterij kan leiden. Dat geef ik toe, al zou het m. i. niet het geval zijn in het daar i. v. m. bl. 10 door hem genoemde voorbeeld, omdat de letterlijke zin niet noodzakelijk samenvalt met het algemeene spraakgebruik. M. i. echter moet de slotsom deze zijn dat artt. 1378 en 1379 anders hadden behooren te luiden dan zij doen.

punt van een andere opinie (22). M. i. intusschen hebben degenen gelijk, die als HESSE in *Themis* 1923 bl. 138 en de conclusie O. M. vóór H. R. 14 Maart 1924 W. 11250, N. J. 1924 bl. 654, weigeren in gemeld arrest van 1911 een afwijking van de gewone jurisprudentie te zien. Wat daarvan ook zij, WITTEMAN bl. 119—121 bespreekt nog een ander arrest, dat ook m. i. als zulk een afwijking is aan te merken, namelijk dat van 1 April 1920 W. 10572 bl. 1—2, N. J. 1920 bl. 469. WITTEMAN kritiseert dat arrest, maar begaat eenige onnauwkeurigheden, die voor de beoordeeling niet zonder belang zijn. Er was een herverzekering van een aantal schepen gesloten, waarbij een lijst dier schepen was opgemaakt (ten onrechte zegt WITTEMAN dat dit *na* de overeenkomst was geschied) en tevens bepaald dat niet verzekerd werden schepen, omtrent welker vergaan bericht was ingekomen (wat WITTEMAN bl. 121 leest, als stond er dat vergane schepen niet werden verzekerd). Nu was er bij het sluiten van het contract een op vergissing steunend bericht ingekomen van het vergaan der M. A. 47, genaamd de Ruyter, terwijl inderdaad vergaan was de M. A. 147, de Johanna. De herverzekering-maatschappij, die het verlies der Johanna had vergoed, vorderde na ontdekking der vergissing het betaalde terug; zij was van oordeel dat de kennelijke bedoeling der overeenkomst was vergane schepen niet te verzekeren. Het Hof, wiens arrest in cassatie was te beoordeelen, gaf haar gelijk, en zoo ook de conclusie van het Openbaar Ministerie vóór het arrest van den Hoogen Raad, die zelf echter casseerde, omdat z. i. de bewoordingen der overeenkomst duidelijk waren: de

(22) Vgl. ook HOUWING in W. P. N. R. 2216, die meent art. 1378 wegens artt. 1374—1375 restriktief te mogen uitleggen, en LOSECAAT VERMEER t. a. p bl. 40—42 i. v. m. bl. 31—39, beide schrijvers niet in verband met de cassatie.

Johanna stond op de lijst der verzekerde schepen, en toen de overeenkomst werd gesloten, was geen bericht ingekomen van het vergaan van dàt schip, doch, zij het bij vergissing, wèl van een niet vergaan schip. De bedoeling vergane schepen niet te verzekeren mocht motief voor partijen zijn geweest, zij was niet inhoud der duidelijke woorden van het contract, zoo oordeelde de Hooge Raad, en het Hof had ten onrechte een tegenstrijdigheid in de bewoordingen van het contract aangenomen, welke dit volgens de conclusie van het Openbaar Ministerie bij den Hoogen Raad onduidelijk zou hebben gemaakt. Hier kon de Hooge Raad met reden aannemen dat, al had het Hof niet zelf uitgemaakt dat de woorden der overeenkomst duidelijk waren, dit toch zóó klaarblijkelijk het geval was dat, nu het Hof er desniettemin van was afgeweken, in cassatie art. 1378 als geschonden moest worden beschouwd (23). — We kunnen thans den boven verzwegen grond aantoonen, weswege moet worden gezegd dat de Hooge Raad metterdaad niet inconsequent is, als hij ten aanzien der uitlegging van overeenkomsten een ander stelsel *schijnt* te volgen dan ten opzichte der uitlegging van dagvaardingen. Gelijk gezegd, is die schijn bedriegelijk. Als de Hooge Raad de aan een dagvaarding gegeven uitlegging niet eerbiedigt, ingeval hij die uitlegging in strijd acht met den tekst, wat wil dat anders zeggen dan dat hij de woorden der dagvaarding duidelijk vindt, en wel zóó duidelijk, dat de afwijking daarvan hem dadelijk blijkt? Is dit laatste niet het geval, dan zal de Hooge Raad ook bij een dagvaarding de daaraan door den lageren rechter gegeven uitlegging wel niet onvereenigbaar met den tekst

(23) Vgl. het uit de rede van BARTHÉLÉMY bij VOORDUIN, B. W. V bl. 68 v. b. overgenomene, al betrof diens voorbeeld meer de kwalifikatie dan de uitlegging.

verklaren. En daarom komt bij slot van rekening het bij de dagvaarding door den Hoogen Raad gevolgde stelsel toch op hetzelfde neer als dat, door hem voor de overeenkomsten aangenomen.

Hoe de Hooge Raad zijn leer toepast over het al dan niet aantastbare der beslissing, die een overeenkomst uitlegt, en haar op grond dier uitlegging kwalificeert en de rechtsgevolgen beoordeelt, moge hieronder blijken uit eenige arresten die ten deele min of meer twijfelachtige gevallen betreffen, ten deele op de vaststelling der rechtsgevolgen van overeenkomsten betrekking hebben.

Hij is van meening dat de beslissing der vraag, of zekere clausule in een contract een *voorwaarde* dan wel een *tijdsbepaling* inhoudt, dàn in cassatie onaantastbaar is, indien die beslissing enkel steunt op uitlegging (in den boven aangegeven zin, waarin de Hooge Raad dat woord bezigt) der overeenkomst, doch daarentegen in cassatie te toetsen, als zij mede steunt op toepassing der wet, die zegt wat onder een voorwaarde is te verstaan (art. 1289 B. W.). Voor het eerste zie men H. R. 25 November 1870 W. 3272, v. d. Hon. B. R. 35 bl. 190, 11 December 1885 W. 5248, 10 Februari 1888 W. 5920, en 21 Juni 1918 W. 10301, N. J. 1918 bl. 790, W. P. N. R. 2555, met een noot van E. M. M., die verwijst naar zijn noot in W. P. N. R. 2432 op H. R. 24 Maart 1916, het arrest over het afkalven eener koe, dat m. i. behoort tot de hier in de tweede plaats aangeduide rubriek, daar het implicite (het Openbaar Ministerie uitdrukkelijk) in cassatie te toetsen achtte de beslissing, of er bij verkoop eener drachtige koe, met bepaling levering na afkalving, een verbintenis was onder voorwaarde of met tijdsbepaling. De opvatting van Meijers dat de Hooge Raad hier het terrein van den lageren rechter betrad, is onjuist. Want de beslissing hing naar art. 1289 af van de beant-

woording der vraag, of het afkalven is een onzekere gebeurtenis. Wel zegt MEIJERS terecht in W. P. N. R. 2439, in zijn repliek op VOS' bestrijding aldaar van MEIJERS' noot in no. 2432, dat de rechter, die bij de wetstoepassing een algemeen ervaringsoordeel gebruikt, zich op feitelijk terrein beweegt. En of het afkalven een onzeker iets is, hangt van zulk een algemeen ervaringsoordeel af. Maar waarom de Hooge Raad in cassatie zich daarvan niet heeft te onthouden, is door mij in het Rechtsgeleerd Magazijn van 1925, bl. 26—28, uiteengezet.

We zagen dat de regel, naar welken de uitlegging van overeenkomsten in cassatie onaantastbaar is, uitgaat van de beteekenis van het woord uitlegging als vaststelling van den zin van het contract naar zijn bewoordingen, al dan niet in verband met de daarin uitgedrukte bedoeling van partijen. Diezelfde regel geldt niet voor de vaststelling der rechtsgevolgen eener overeenkomst, dus niet voor de uitlegging in JANSMA'S zin. *Deze* vaststelling steunt grootendeels op wetstoepassing, en is in dàt geval ook in cassatie te toetsen. Zij is het echter, althans meestal, niet, indien zij op iets anders dan wetstoepassing berust, of op een bloot middellijke toepassing van wetsbepalingen, die verwijzen naar andere kenbronnen van recht, welker miskenning naar art. 99 no. 2 R. O. geen grond is voor cassatie (24). Meestal, zeide ik, want m. i. is hier weer het voorbehoud te maken, waarover ik in § 2 mijner bijdrage in het Rechtsgeleerd Magazijn van 1925 heb uitgeweid, namelijk dat de Hooge Raad wèl kan casseeren, indien hij zonder nader onderzoek de beslissing kennelijk onjuist mocht achten.

Een voorbeeld van een niet op wetstoepassing steunende

---

(24) Zie de jurisprudentie hierover in mijn bewerking van Léon's Rechtspraak op art. 99 B, in no. 23 *a* en no. 30 *b*.

beslissing over de rechtsgevolgen eener overeenkomst, door den Hoogen Raad in cassatie onaantastbaar geoordeeld, is te vinden in het arrest van 27 November 1918 P. V. 1920 bl. 277. Het gold de uitgestrektheid der bevoegdheid van den raadsman van een belastingplichtige tot diens vertegenwoordiging voor den Raad van beroep: de aangevallen beslissing steunde op een waardeering in haar rechtsgevolgen van de aangegane overeenkomst, terwijl die rechtsgevolgen niet uit de wet waren af te leiden (25). Dat de op wetstoepassing berustende vaststelling der rechtsgevolgen in cassatie is te toetsen, besliste uitdrukkelijk H. R. 9 November 1888 W. 5637, betreffende eigendomsoverdracht door levering (26).

In het bizonder vermeld ik de volgende arresten.

Terwijl de beslissing of bij een lastgeving aan een zaakwaarnemer loonsbepaling is bedoeld, door H. R. 21 Mei 1850 W. 1148, v. d. Hon. Sr. 1850 I bl. 302 en door

---

(25) Andere voorbeelden zijn: H. R. 19 Nov. 1891 W. 6108, 26 Oct. 1906 W. 8444, 25 Juni 1917 N. J. 1917 bl. 825; vgl. ook concl. O. M. vóór H. R. 11 Febr. 1887 W. 5400.

(26) Bij dit arrest is te vergelijken dat van 11 Juni 1880 W. 4521. Zie verder H. R. 2 Febr. 1849 W. 1032, v. d. Hon. B. R. 10 bl. 235, contra O. M. Het O. M. beriep zich op H. R. 30 Juni 1847 (in noot 12 geciteerd), een der oudste arresten in de lange reeks, waarbij de H. R. heeft overwogen dat de wetsartikelen over de uitlegging der overeenkomsten slechts dan kunnen zijn geschonden, als blijkens de aangevallen beslissing de bij die artikelen gestelde vereischten aanwezig waren, en toch de artikelen niet zijn toegepast (zie boven noot 19). Voorts het in noot 10 genoemde arrest van 14 Nov. 1873, H. R. 17 Nov. 1876 W. 4057 (betreffende art. 771 Rv., bij welk arrest vgl. H. R. 6 Febr. 1851 W. 1200, v. d. Hon. B. R. 12 bl. 305, en 20 Maart 1857 W. 1838, v. d. Hon. B. R. 21 bl. 217, zie Léon—v. Rossem nos. 3, 5, 6 op art. 771 Rv.), H. R. 5 Maart 1886 W. 5306, 25 Mei 1888 W. 6114. Vgl. nog concl. O. M. vóór H. R. 7 Juni 1878, W. 4261, aangaande een bepaling in een cognoscement in verband met die der wet. — Voor Frankrijk zie Faye no. 176.

H. R. 16 Maart 1852 W. 1394 bl. 1 kol. 2—3, v. d. Hon. Sr. 1852 I bl. 118, als in cassatie onaantastbaar is aangemerkt, op motief dat geen wetsvoorschrift den zaakwaarnemer recht geeft op loon, heeft H. R. 24 Januari 1881 W. 4607, contra O. M., gemeend dat de beslissing der vraag, of krachtens een overeenkomst met een notaris loon is verschuldigd, in cassatie is te toetsen, indien die beslissing steunt op een rechtsbeschouwing omtrent den aard der betrekking van notaris, en diens bevoegdheid honorarium in rekening te brengen. En naar aanleiding van art. 408 C. P. toetste H. R. 14 Mei 1877 W. 4131, contra O. M., de beslissing of uit het geven van geld moest worden afgeleid dat er was „travail salarié". — H. R. 8 November 1877 W. 4176 nam aan dat, terwijl de beslissing dat zeker contract niet spreekt van een afstand van vruchtgebruik en dat niet blijkt van een op dien afstand gerichte bedoeling van partijen, in cassatie onaantastbaar is, daar wèl kan worden onderzocht of de aan het contract gegeven uitvoering toch dien afstand meebrengt. De Hooge Raad toetste die uitvoering aan art. 854 no. 4 B. W. — Voorts zie men H. R. 1 December 1882 W. 4845: de beslissing dat we, door aan te nemen dat hij die een wissel enkel ter inkasseering endosseert, geen wisselaktie heeft, tot gevolgen komen, noch door den wetgever, noch door partijen gewild, is geen uitlegging der gegeven overeenkomst in tegenstelling met andere dergelijke overeenkomsten. Daarom is zij niet, als steunend op zulk een uitlegging, in cassatie onaantastbaar. Zij beslist voor alle endossanten-lastgevers dat zij naar de bedoeling der wet en van partijen een wisselaktie hebben, en is in cassatie te toetsen. Zoo was ook H. R. 16 Januari 1914 W. 9659, N. J. 1914 bl. 401, contra O. M., van oordeel dat in cassatie is te toetsen de op uitlegging van art. 132 W. v. K. steunende beslissing dat een avallist

zich heeft verbonden voor den onderteekenaar van wissel of orderbiljet. Het Openbaar Ministerie meende dat de aangevallen beslissing berustte op de bedoeling van den avallist. Echter steunde zij (althans schijnt dat uit het arrest van den Hoogen Raad, in tegenstelling van de conclusie van zijn Advocaat-Generaal, te moeten worden opgemaakt) niet op de bedoeling enkel van den toen bij het geval betrokken avallist, maar op de uit art. 132 afgeleide bedoeling van *elken* avallist. Gold dit arrest geen eigenlijke overeenkomst, dat is van ondergeschikt belang, daar overeenkomsten hier slechts als het meest voorkomend type van rechtshandelingen worden behandeld, terwijl voor deze alle in het algemeen hetzelfde van toepassing is als voor de overeenkomsten in het bizonder (27). Voor andere gevallen hebben in gelijken geest als het zooeven genoemde arrest van 1882 beslist: H. R. 13 Januari 1905 W. 8169 en 17 Februari 1905 W. 8184 (contra O. M.), ten aanzien van art. 1862 B. W. en H. R. 20 December 1912 W. 9462, ten aanzien van art. 297 W. v. K. (28).

Een twijfelachtig geval is dat, waarop betrekking had H. R. 15 December 1922 W. 11007, N. J. 1923 bl. 323, in een noot door S. B. bestreden. De Hooge Raad merkte als feitelijk aan de uitlegging, steunend op de implicite gegeven beslissing dat het beding: „betaling per cheque" beteekent de uitbetaling in geld van de af te geven cheque,

(27) Zie § 3. — In het N. J. 1925 bl. 379 vv. door T. besproken geval was er geen uit de *wet* afgeleide vaststelling der bedoeling.

(28) Steunt in een burgerlijk geding de beslissing over de rechtsgevolgen eener overeenkomst op een bepaalde wetsopvatting, doch in cassatie wordt niet *deze* opvatting bestreden, maar een andere, die de eischer in cassatie ten onrechte in de aangevallen beslissing leest, dan kan de wetsuitlegging, waarop de beslissing wèl steunt, in cassatie niet worden getoetst: H. R. 2 Juni 1882 W. 4785. Dat is een gevolg van art. 419 lid 3 Rv.: cassatie is slechts mogelijk, als *de middelen klagen* over werkelijk begane wetschennis.

en dus niet betaling door het afgeven van de cheque. Indien de toen aangevallen beslissing niet bedoelde te gelden enkel voor de ter sprake komende overeenkomst, maar de opvatting huldigde (en uit het in het Weekblad meegedeelde schijnt te volgen dat het zoo was), dat in het algemeen betaling per cheque eerst geschiedt bij de verzilvering, dan was de beslissing niet feitelijk, maar juridiek. Intusschen onze wet regelt de cheque niet. Kon daarom de aangevallen beslissing aan geen wetsbepaling worden getoetst, en was zij op dien grond in cassatie onaantastbaar? De Zegelwet heeft niet de strekking te bepalen, wat in het burgerlijk verkeer als betaalmiddel is aan te merken, en is daarom m. i. voor onze kwestie zonder belang. Maar, al was de cheque onbekend toen het B. W. tot stand kwam, daaruit volgt niet dat de uitlegging van artt. 1417 vlgg. B. W. voor de hier gerezen vraag ook geen belang heeft. Wat die artikelen onder „betaling" verstaan, is in cassatie te onderzoeken. En dus m. i. ook de vraag, of een cheque naar het B. W. betaalmiddel is.

Een ander dubieus geval is het volgende. H. R. 13 Januari 1882 W. 4729 hield voor onaantastbaar in cassatie de beslissing dat een zonder bepaling van den duur eener erfpacht, onder heerschappij van art. 2 der wet van 10 Januari 1824 Stbl. 14 over die erfpacht aangegane overeenkomst tot 99 jaar was te beperken, omdat genoemd wetsartikel verbood erfpacht voor langer tijd te vestigen, en men op deze wijze het minst afweek van een vestiging voor altijd, die op zich zelf in de uitgifte zonder tijdsbepaling zou zijn opgesloten. Deze beslissing, zeide de Hooge Raad, steunde op vaststelling van zin en beteekenis van het contract, niet op wetsuitlegging. Dat zou zeker zoo zijn geweest, had de lagere rechter overwogen: omdat art. 2 der wet van 1824 geen vestiging voor meer dan

99 jaar gedoogde, moeten partijen bedoeld hebben een tot dien termijn beperkte vestiging, ondanks het feit dat, had die wetsbepaling niet bestaan, in de uitgifte zonder tijdsaanwijzing een vestiging voor altijd zou zijn opgesloten. Zulk een overweging ware een restriktieve uitlegging (in den zin van vaststelling der beteekenis van de bewoordingen) van het contract, gegeven met het oog op de wet. Maar uit het arrest van den Hoogen Raad en de daaraan voorafgegane conclusie van het Openbaar Ministerie schijnt te moeten worden afgeleid dat de lagere rechter anders had geredeneerd, en aldus had geoordeeld: het contract luidde op eeuwige erfpacht, doch ingevolge de wet van 1824 moet die worden beperkt tot 99 jaar. Vat men de in cassatie aangevallen beslissing zóó op, dan hield zij in een vaststelling, aan de hand der wet, van de rechtsgevolgen der overeenkomst, onafhankelijk van de beteekenis van haar termen en van de bedoeling van partijen. Al steunde die vaststelling niet op wetsuitlegging in engeren zin, zij berustte toch op wetstoepassing, en was m. i. in cassatie te toetsen. Daar zou de te beantwoorden vraag dan deze hebben moeten zijn: was de strekking der wet van 1824 een tegen haar verbod in voor onbepaalden tijd gevestigde erfpacht te beperken tot eene van niet meer dan 99 jaar? (29).

De conclusie van het Openbaar Ministerie vóór H. R. 16 November 1923 W. 11158, N. J. 1924 bl. 131, heeft twee voor ons onderwerp belangrijke punten

---

(29) Men kan uit dit voorbeeld zien dat DANZ t. a. p. bl. 135—137 (waarbij vgl. zijn bl. 197—198) ongelijk heeft met te zeggen dat het praktisch op hetzelfde neerkomt, of men te doen heeft met een uitlegging van het contract in den zin, waarin onze H. R. daarvan spreekt, of met vaststelling der rechtsgevolgen van het contract. Vgl. het boven bl. 181—182 naar aanleiding der beweringen van HOUWING en LOSECAAT VERMEER op dit punt gezegde.

behandeld. Het eene was dit: in cassatie is, zoo meende het Openbaar Ministerie, te toetsen de beslissing dat een contract van huur voor bepaalden tijd is aangegaan indien — hoewel het contract sprak van opzegging door iedere partij — slechts één der partijen de huur kan opzeggen, doordat zij steeds verlenging kan verlangen, en dat er enkel dàn eeuwigdurende huur zou zijn, indien de huur alleen door een nieuwe overeenkomst kon worden beëindigd. Dit punt heeft de Hooge Raad zelf niet onderzocht. M. i. had het Openbaar Ministerie gelijk. De aangevallen beslissing was niet een uitlegging van het contract (in den zin van den Hoogen Raad), maar een vaststelling van zijn rechtsgevolgen, steunend op uitlegging der woorden „gedurende een bepaalden tijd" in art. 1584 B. W.

Het tweede in de hier bedoelde conclusie besproken punt is wèl door den Hoogen Raad uitgemaakt. Hij hield voor onaantastbaar in cassatie de beslissing, *steunende op beschouwingen omtrent den zin der wet*, in dit geval van artt. 1354 en 1611 B. W., *die enkel strekten om aan de hand der wet voor het onderhavige geval den wil van partijen op te sporen.* Hierin verschilde de Hooge Raad van gevoelen met het Openbaar Ministerie. Volgens diens conclusie was er niet bloot een uitlegging der speciale in die zaak betrokken overeenkomst, maar van een bepaald soort van huurcontract, namelijk het contract met beding dat zoolang de huurder verlenging verzoekt, deze geldt. Op dit punt meen ik met den Hoogen Raad te moeten meegaan, daar, al zou de Rechtbank voor elk gelijkluidend contract evenzoo hebben beslist als zij toen had gedaan, dit niet wegneemt, dat zij, gelijk de Hooge Raad oordeelde, enkel voor de onderhavige zaak (en dus anders dan het geval schijnt te zijn geweest bij het op bl. 202 v. o. vermelde arrest van 16 Januari 1914)

de bedoeling van partijen had opgespoord. Dat had zij gedaan met toepassing der artikelen 1354 en 1611. Maar niet, zooals het middel van cassatie stelde, door uit art. 1354 af te leiden dat een contract, ongeldig indien het naar de bedoeling van partijen werd uitgelegd, door dat artikel geldig zou worden (vgl. de boven besproken zaak van 1882), doch zóó als de Hooge Raad het vonnis opvatte, wat hij in zijn arrest uitvoerig heeft gemotiveerd. Wel was in cassatie aantastbaar de beslissing dat artt. 1354 en 1611 inhouden hetgeen de Rechtbank er in las, maar daarover liep het middel van cassatie niet (de opvatting der Rechtbank van die artikelen was dan ook niet werkelijk kwestieus). Het hier bedoelde cassatie-middel bestreed ten deele een uitlegging van art. 1354, die de Hooge Raad terecht niet gegeven achtte, ten deele zag het over het hoofd dat de Rechtbank het artikel dienst liet doen om te bepalen wat partijen, die een rechtsgeldig contract wenschten, konden hebben bedoeld.

We zagen dat de Hooge Raad in den regel de aan een overeenkomst door den lageren rechter gegeven kwalifikatie zelfstandig onderzoekt, en dat hij diens beslissing over de rechtsgevolgen van een contract toetst aan de wetsbepalingen, krachtens welke die gevolgen zouden moeten intreden. Van beide geeft het arrest van 6 Januari 1905 W. 8167 een interessant voorbeeld. De beslissing van het Hof had geloopen over de kwalifikatie der betrokken overeenkomst als een wederkeerige. Hieromtrent deed de Hooge Raad meer implicite uitspraak dan uitdrukkelijk. Hij overwoog in dezen geest. De beslissing dat uit de bij de dagvaarding weergegeven overeenkomst van geen enkel belang daarbij voor verweerder is gebleken, en dat daarom de vordering tot ontbinding dier overeenkomst niet-ontvankelijk is, kan in cassatie worden getoetst, daar zij behelst een rechtskundige gevolg-

trekking, uit de in de dagvaarding gestelde overeenkomst gemaakt, ten einde te beslissen of een volgens den lageren rechter door de wet voor een wettelijke [lees: wederkeerige?] overeenkomst verlangd bestanddeel [namelijk het wederzijdsch ekonomisch belang] bestaat. — Dit arrest is inzoover contra O. M. gewezen, dat de Hooge Raad niet enkel onderzocht of de aangevallen beslissing terecht noodig had geacht een voor beide partijen *equivaleerend belang*, doch ook of de bij de dagvaarding gestelde overeenkomst voor beide partijen *ekonomisch belang* had, en daarmee implicite, of de lagere rechter terecht noodig had geacht belang bij *beide* partijen, terwijl het Openbaar Ministerie het onderzoek der hier genoemde punten in cassatie slechts geoorloofd oordeelde, met deze restriktie dat feitelijk was de overweging dat uit de dagvaarding niet bleek van belang. Dat was een vergissing van het Openbaar Ministerie, daar 's Hofs beslissing niet steunde bloot op uitlegging der dagvaarding, doch op de bij de dagvaarding gestelde overeenkomst. En het gold hier niet een uitlegging der overeenkomst in den zin, waarin de Hooge Raad dien term bezigt (de beteekenis der woorden was niet kwestieus), maar de vaststelling harer rechtsgevolgen, namelijk de beantwoording der vraag, of de overeenkomst, ook zonder dat er van wederzijdsch belang bleek, de rechtsgevolgen had, die eischer beweerde. Dit nu is, gelijk ook het Openbaar Ministerie meende, een rechtskundige beslissing. En de Hooge Raad, die implicite als zijn oordeel te kennen gaf dat wederzijdsch belang voor een wederkeerige overeenkomst wordt vereischt, ging daarmee zijn taak als cassatie-rechter niet te buiten. Een andere vraag is het, of hij dit ook niet deed door zijn uitdrukkelijk gegeven beslissing dat bij de onderhavige overeenkomst beide partijen belang hadden. Die vraag lijkt mij van delikaten aard. Want aan den eenen kant gold het

hier de subsumtie van het feitelijk vastgestelde onder hetgeen de Hooge Raad uit het wettelijk begrip van wederkeerige overeenkomst had afgeleid, en de subsumtie is steeds toepassing van het gevonden begrip op het konkreete geval. Maar als een subsumtie enkel afhangt van de telkens wisselende omstandigheden, is de Hooge Raad gewoon de beslissing van den lageren rechter te eerbiedigen. Was er hier aanleiding dit eveneens te doen? De kategorie van het ius in causa positum betreft in de eerste plaats de kwalifikatie. Hangt *deze* af enkel van de konkreete omstandigheden, en geldt dáárom ook hetzelfde van de subsumtie, dan oordeelt de Hooge Raad de aangevallen beslissing in cassatie onaantastbaar. Hier echter was dat met de kwalifikatie niet het geval en om die reden kan men zeggen dat de Hooge Raad terecht de subsumtie zelf heeft gegeven.

Een vraag van subsumtie is er ook bij de beslissing of de *uitvoering eener overeenkomst* (en men weet dat de Hooge Raad ook statuten van vennootschappen en van vereenigingen onder de overeenkomsten rangschikt) in den zin van art. 1374 lid 3 B. W. *te goeder trouw* is geschied, dat wil zeggen op een wijze, die objektief redelijk is te achten. Die beslissing heeft de Hooge Raad in de laatste jaren bij verschillende arresten als in cassatie aantastbaar aangemerkt (30). Naar aanleiding dier arresten zijn twee opmerkingen te maken. Ten eerste dat men hier weer kan twijfelen, of zij niet in strijd komen met

(30) H. R. 10 Febr. 1921 W. 10706, N. J. 1921 bl. 409, 17 Juni 1921 W. 10740, N. J. 1921 bl. 737, 29 Nov. 1923 W. 11147, N. J. 1924 bl. 129, 1 Febr. 1924 W. 11185, N. J. 1924 bl. 715. Zie v. D. Does in W. 11187 bl. 4 kol. 1: in cassatie kan worden onderzocht of men uit de door den lageren rechter vastgestelde feiten de gevolgtrekking kan (*niet*: moet) maken dat zekere door partikulieren gegeven beslissing al dan niet strijdt met goede trouw en billijkheid.

het beginsel dat in cassatie onaantastbaar is de beslissing, die enkel afhangt van de omstandigheden, in het gegeven geval bestaande. Maar op dit punt is te zeggen dat de beslissing hier niet uitsluitend van die omstandigheden afhangt, doch daarvan in verband met de algemeene begrippen over hetgeen objektief redelijk is te achten. Om die reden kan de Hooge Raad hierin zelf meespreken. Al gaat zijn tegenwoordige jurisprudentie misschien verder dan de vroegere gewoon was te doen, in strijd met deze laatste schijnt zij niet te zijn. Men vergelijke ook hetgeen ik in het Rechtsgeleerd Magazijn van 1925 bl. 30—31 zeg naar aanleiding der jurisprudentie over het onderzoek in cassatie van de vraag, of b.v. de oorzaak eener overeenkomst strijdt met de goede zeden: ook dan zijn algemeene begrippen over wat de goede zeden meebrengen, richtsnoer, en niet enkel de wisselende omstandigheden van het gegeven geval. — Hierbij nu sluit zich een tweede opmerking aan. Bij een verwijzing in de wet naar begrippen als billijkheid, redelijkheid of goede trouw, goede zeden, zou men geneigd kunnen zijn te redeneeren zooals H. R. 4 December 1874 W. 3795 heeft gedaan bij een verwijzing naar een kerkelijk reglement. Ondanks de verwijzing in de wet, zou men dan hebben te zeggen, wordt bij miskenning van datgene, waarheen deze verwijst, niet de wettelijke verwijzing miskend, en dus niet die wetsbepaling geschonden of verkeerd toegepast, doch enkel datgene, waarheen is verwezen, en dat is hier geen wet, over welker verkeerde toepassing of schending in cassatie kan worden geklaagd. Echter staan niet alle gevallen van verwijzing in dit opzicht gelijk. Zijn algemeene begrippen als waarvan hier nu sprake is, in de wet aangeduid, dan zijn zij daardoor tevens wettelijke begrippen, zoodat hun nadere omlijning die is van een wetsbegrip, en hun toepassing wetstoepassing. Deze behoort

tot hetgeen in cassatie is te onderzoeken. Daarentegen is de uitlegging van een reglement, gelijk ook de vaststelling eener gewoonte (die buitendien feitelijk is) geen wetsuitlegging, vallende onder het bereik van art. 99 no. 2 R. O. Het arrest van 1874 is dan ook niet uit te breiden tot ons geval.

De aandacht is nog hierop te vestigen dat, terwijl artt. 1378 vlgg. B. W. bedoelen bepalingen te geven over de uitlegging der overeenkomsten in den zin, waarin de Hooge Raad dien term gebruikt, de artt. 1374 en 1375 over de rechtsgevolgen handelen. Men heeft wel beweerd dat het eene van het andere niet kan worden gescheiden. Dat gaat m. i. te ver, al is er een nauw verband, en al moet worden erkend dat metterdaad ook de hier eerstgenoemde artikelen ten deele meer de rechtsgevolgen dan de uitlegging in engeren zin betreffen. Alleen op deze laatste echter ziet de boven besproken jurisprudentie aangaande art. 1378. Daarom is het niet inconsequent, als de Hooge Raad zich bij deze op een ander standpunt stelt dan voor de toepassing van art. 1374 lid 3 (31).

---

(31) Ook in het geval, besproken door DEREUX (in noot 11 geciteerd) bl. 11—12, 98—99, 113—117, waarbij vgl. meer in het algemeen aldaar bl. 102—103, 123 en de noot, en waarvoor hij een ruimere opvatting der taak van den cassatierechter bepleit dan die in Frankrijk aangenomen, heeft men niet te doen met de uitlegging in engeren zin van de overeenkomst, maar met het vaststellen harer rechtsgevolgen naar billijkheid. Juist deze kan onze H. R., zonder zijn stelsel ontrouw te worden, zelfstandig toetsen. Doet hij dat in een geval als het door DEREUX bedoelde, n.l. dat van verzwijging bij verzekering, dan zal hij, dunkt me, allicht meer dan DEREUX bl. 98 heeft gedaan (die over het hoofd zag wat het Parijsche Hof over de vermeerdering van risiko had overwogen) eventueel rekening er mee houden dat wat billijk is in het eene geval, onbillijk kan zijn in het andere, en dat, heeft de lagere rechter dit in acht genomen, onthouding voor den cassatierechter in de lijn van diens jurisprudentie ligt. Vgl. nog aangaande de

Het voorafgaande kort samenvattend kunnen we over de taak van den Hoogen Raad ten aanzien der uitlegging van overeenkomsten het volgende zeggen. Die uitlegging, in den zin van vaststelling van haar beteekenis en feitelijke strekking, zoowel van de beteekenis der woorden als van de overeenstemmende bedoeling van partijen, is in cassatie onaantastbaar. Niet is dat het geval voor de kwalifikatie met het oog op de wet. Doch indien de kwalifikatie dadelijk vanzelf is gegeven met de uitlegging, is het onnoodig haar in cassatie te herhalen, waaruit is te verklaren dat de Hooge Raad dan de geheele beslissing van den lageren rechter als onaantastbaar eerbiedigt. Ook doet hij dat, indien de kwalifikatie enkel afhangt van de omstandigheden in het gegeven geval. En aan de wetsbepalingen over de uitlegging der overeenkomsten toetst hij de aangevallen beslissing slechts dan, als deze zelf te kennen geeft dat die bepalingen toepasselijk waren, en zich daaraan toch niet heeft gehouden, alsmede bij hooge uitzondering ook, indien den Hoogen Raad a priori blijkt dat van de duidelijke woorden der overeenkomst kennelijk is afgeweken, wat hij tot dusver, als ik het wel heb, enkel bij één arrest (dat van 1 April 1920, zie bl. 197) heeft aangenomen. De beslissing over de rechtsgevolgen der overeenkomst toetst de Hooge Raad, tenzij deze niet op wetstoepassing steunt.

§ 3. De uitlegging der andere niet processueele rechtshandelingen, en der vonnissen, in cassatie

Na al hetgeen over de uitlegging der overeenkomsten in de vorige paragraaf is gezegd, behoeft bij de andere

---

latere arresten in Frankrijk, E. H. Perreau, Technique de la jurisprudence en droit privé (1923) II bl. 218. — Wat de door Dereux bl. 111—113 besproken zaak betreft, vgl. mijn Inleiding R. Org. bl. 224 v. o.

rechtshandelingen buiten de processueele niet lang te worden stilgestaan. Ter loops vermeld ik dat voor *uiterste wilsbeschikkingen* de Hooge Raad hetzelfde stelsel huldigt als voor contracten. De uitlegging er van is in cassatie onaantastbaar (32), de kwalifikatie niet (33). En ook wat betreft de wettelijke regelen op de uitlegging oordeelt de Hooge Raad hier evenals in § 2 voor de overeenkomsten is gezegd (34).

In cassatie onaantastbaar is voorts b.v. de uitlegging van brieven of briefkaarten (laatstelijk H. R. 25 Mei 1923 W. 11136, N. J. 1923 bl. 900), van een telegram (H. R. 8 December 1911 W. 9303), van een kwitantie (laatstelijk H. R. 7 Juni 1918 W. 10923, N. J. 1918 bl. 715), van een wissel of orderbiljet of van daarop voorkomende verklaringen (H. R. 12 Februari 1904 W. 8035, 13 Januari 1911 W. 9129, 28 December 1921 W. 10844, N. J. 1922 bl. 229).

Het is onnoodig hier verder in details te treden. Alleen de uitlegging van authentieke akten worde nog speciaal vermeld. Dat zij in cassatie onaantastbaar is besliste in de laatste jaren H. R. 21 Mei 1915 W. 9838, N. J. 1915 bl. 876, en dat hun kwalifikatie daar wèl is te onderzoeken, o. a. H. R. 11 Juni 1852 W. 1340, v. D. HON. B. R. 15 blz. 1 (tevens voor de uitlegging als voren); vgl. daarbij voor de kwalifikatie als onderhandsch geschrift, H. R. 25 November 1898 W. 7205. — H. R. 12 Januari 1855 R.spr. 49 § 22, nam contra O. M. (dat een feitelijke

(32) Laatstelijk H. R. 21 Maart 1924 W. 11221, N. J. 1924 bl. 520. Vgl. ook H. R. 5 Dec. 1924 N. J. 1925 bl. 147.

(33) Vgl. H. R. 29 Oct. 1841 W. 237, v. D. HON. Z. R. S. 2 bl. 83, 28 April 1848 W. 912, v. D. HON. B. R. 9 bl. 337, 12 Febr. 1858 W. 1932, v. D. HON. Z. R. S. 4 bl. 237 (deze twee arresten tevens over de uitlegging als boven is gezegd), 19 Mei 1882 W. 4784 (contra O. M.).

(34) H. R. 2 Febr. 1894 W. 6462, 20 Febr. 1903 W. 7884.

uitlegging der authentieke akte aanwezig achtte) dit aan: indien een beslissing, die het bestaan eener verzekeringpolis vaststelt, eensdeels hierop steunt dat bij authentieke akte is verklaard dat zeker perceel in een verzekeringmaatschappij is opgenomen, anderdeels op de omstandigheid dat art. 255 W. v. K. een schriftelijke polis verlangt, bevat die beslissing niet een in cassatie onaantastbare uitlegging der authentieke akte, maar een rechtskundige gevolgtrekking uit art. 255. en is zij daarom in cassatie te toetsen. Kennelijk had de aangevallen beslissing aldus geredeneerd: omdat art. 255 een schriftelijke polis eischt, is het waarschijnlijk dat partijen aan dit vereischte hebben voldaan, nu bij authentieke akte is verklaard hetgeen hierboven is aangeduid. Die gevolgtrekking steunt op de stelling: tot bewijs van het tegendeel is aan te nemen dat de wet is nageleefd. Maar kan zij dan aan die wet worden getoetst? Wel redeneert zij uit het bestaan van art. 255, doch uit dat artikel leidt zij geen rechtsgevolg af. Behalve ten opzichte van de vraag, of de wetsbepalingen in zake het bewijs in acht waren genomen, was m. i. de beslissing in cassatie onaantastbaar.

Tot de authentieke akten behooren ook 1°. administratieve regelingen en beschikkingen, welker uitlegging meermalen in cassatie onaantastbaar is verklaard (zie b.v. voor een uitvoervergunning H. R. 18 Maart 1918 W. 10260), en 2°. rechterlijke beslissingen of beschikkingen. Rechterlijke beslissingen behooren niet tot de eigenlijke processtukken, indien zij een vorige procedure hebben beslist, en ook de andere zijn niet van partijen afkomstig. Daarom staan zij niet op één lijn met de processtukken, die in de twee volgende paragrafen zullen worden besproken. Dat de uitlegging van vonnissen, arresten en rechterlijke beschikkingen in cassatie onaantastbaar is, mag weer

vaste jurisprudentie worden genoemd (35). Speciaal naar aanleiding der vraag, of een interlocutoor op zeker punt als eindvonnis was aan te merken, besliste in dien zin H. R. 9 Mei 1895 W. 6669. Daarbij vgl. H. R. 17 October 1895 W. 6722: de uitlegging van het interlocutoor moet in cassatie worden geëerbiedigd, en bij die uitlegging is de beslissing van het aangevallen arrest dat er een eindbeslissing was, juist. Meermalen heeft de Hooge Raad laatstbedoeld punt zelf onderzocht, zoo o. a. H. R. 24 Januari 1913 W. 9473, N. J. 1913 bl. 405, te vergelijken met de meer in den geest van het arrest van 9 Mei 1895 luidende conclusie van het Openbaar Ministerie. — Bezigt een vonnis een uitdrukking der wet, die een rechtskundig begrip weergeeft, zooals „gezamenlijke erfgenamen" (art. 4 no. 6 Rv.), dan toetst de Hooge Raad het vonnis aan het betrekkelijke wetsartikel. Zoo deed H. R. 15 April 1898 W. 7117, waarbij is te vergelijken de hierna in §§ 4 en 5 te vermelden jurisprudentie over de taak van den Hoogen Raad ten aanzien der in een aangevallen beslissing vervatte uitlegging der dagvaarding, waarbij de woorden der wet zijn nageschreven.

Eén uitzondering neemt de Hooge Raad aan op het beginsel dat de door den lageren rechter gegeven uitlegging van rechterlijke uitspraken in cassatie is te eerbiedigen, namelijk dan, als het de uitlegging geldt van een arrest van den Hoogen Raad zelf. Hieromtrent zie men de arresten van 4 Februari 1859 W. 2035, v. D. HON. B. R. 23 bl. 71 (contra O. M.), van 17 Augustus 1918 W. 10310, N. J. 1918 bl. 965, en van 5 November 1920 W. 10671 (met noot van H. D. J.), N. J. 1921 bl. 3.

(35) Zie laatstelijk in strafzaken H. R. 3 Juni 1901 W. 7613, in andere zaken H. R. 29 Juni 1923 W. 11118 bl. 2 kol. 1—2, N. J. 1923 bl. 1160; 16 Mei 1924 W. 11238, N. J. 1924 bl. 824.

Het arrest van 1859 en de conclusie van het Openbaar Ministerie in 1918 beriepen zich op artt. 422 en 424 Rv. Dat arrest van 1918 zelf voerde nog, evenals dat van 1859, het argument aan dat de Hooge Raad heeft kennis te nemen van de uitvoering zijner arresten. Ook werd daarbij overwogen dat er hier niet is een beslissing omtrent daadzaken als bedoeld in art. 105 R. O. Dit laatste volgt reeds hieruit dat art. 105 spreekt van daadzaken, die in aanmerking zouden komen bij het ten principale recht doen door den Hoogen Raad, als hoedanig een arrest van den Hoogen Raad tot verwijzing kwalijk kan worden beschouwd. Art. 105 staat dan ook buiten de kwestie. Maar, al is een arrest van den Hoogen Raad geen wet, en al kan dus uit art. 99 R. O. niet direkt de stelling worden afgeleid dat de Hooge Raad heeft te zorgen voor de goede uitvoering zijner arresten, nu het zijn taak is te casseeren bij verkeerde toepassing of schending der wet, moeten ook zijn dienovereenkomstig gewezen arresten worden nageleefd, zal de cassatie aan haar doel beantwoorden. En men zou kunnen zeggen dat middellijk de wet toch wordt geschonden, indien de wetsuitlegging, bij het casseerend arrest gevolgd, na verwijzing niet in acht wordt genomen, waardoor de cassatie juist niet aan haar doel beantwoordt. In het arrest van verwijzing kan men daarom implicite opgesloten achten het bevel zich naar de wetsuitlegging, die tot cassatie heeft geleid, te gedragen. Intusschen werd althans vroeger de plicht hiertoe niet erkend (36).

Behalve van de tot dusver genoemde is ook van andere, in een burgerlijke, straf- of administratiefrechterlijke procedure ter sprake komende, verklaringen en bewijs-

---

(36) Vgl. hieromtrent nader den 3en dr. van Léon's Rechtspraak, no. 26 op artt. 105—106 R. O.

stukken de uitlegging in cassatie onaantastbaar. Dat geldt zoowel voor de uitdrukkelijke eenzijdige wilsverklaring (37), als voor de stilzwijgende (38). Het is van kracht voor de bewijsstukken in het burgerlijk proces (39), voor de daar afgelegde bekentenis of erkentenis (40), voor den opgedragen eed (41), gelijk voor de strekking der opdracht tot het afleggen van een eed (42). Het geldt eveneens voor de verklaringen in het strafgeding (43).

---

(37) B.v. H. R. 4 Dec. 1918 P. V. 1920 bl. 278.

(38) Vgl. H. R. 29 Dec. 1911 W. 9272, 1 Nov. 1915 W. 9865, N. J. 1915 bl. 1211.

(39) Laatstelijk H. R. 1 Febr. 1918 W. 10248, N. J. 1918 bl. 331.

(40) Uit de laatste jaren: H. R. 16 Dec. 1910 W. 9117.

(41) Laatstelijk H. R. 24 Nov. 1911, W. 9293; vgl. H. R. 4 Nov. 1921 W. 10847, N. J. 1922 bl. 68.

(42) H. R. 8 of 13 Nov. 1918 W. 10364, N. J. 1918 bl. 1229.

(43) Laatstelijk H. R. 25 Juni 1923 W. 11098, N. J. 1923 bl. 1199 kol. 1, tweede arrest. Vgl. Pasicrisie v°. Cassatie in strafzaken nos. 473, 474, 485—490, 499; Léon—Teixeira no. 10 op art. 217, no. 12 op art. 427, no. 1 op art. 432, no. 15 op art. 439 Sv. *oud* en Suppl. 1—3; Léon—Hulshoff no. 11 E op art. 198, nos. 34 B, 40, 40 *a—c*, 41, 42, 45, 49, 52, 52 *b—c* op art. 346 Sv. 1886 en Suppl. 1—3; de Bosch Kemper Sv. II bl. 588, III bl. 377; A. A. de Pinto, Herzien Wb. v. Sv. II bl. 186 noot 1; Simons, Handl. Sv., 6e dr. bl. 179 v. o.—180, en noot D. S. in W. 10504 op H. R. 17 Nov. 1919; R. A. Fockema in W. 7999 bl. 3—4 en in T. v. S. 11 bl. 357—359, 19 bl. 75—78, 25 bl. 210—214. — In W. 10567, noot op H. R. 6 April 1920, meent D. S. dat de H. R. toen terugdeinsde voor zijn gewone leer, dat, ten gevolge der onaantastbaarheid van des lageren rechters uitlegging der verklaringen, bij strijd tusschen diens opvatting en de in het procesverbaal der zitting uitgedrukte, in cassatie moet worden uitgegaan van eerstbedoelde opvatting. Er was in 1920 een veroordeeling op aanwijzingen, volgens het vonnis mede geput uit de opgaven van beklaagde ter zitting, terwijl beklaagde wel op de eerste, doch niet op de tweede zitting was verschenen. Die tweede zitting was noodig geworden doordat de Rechtbank, wegens haar gewijzigde samenstelling, een nieuwe behandeling had bevolen. Kennelijk bedoelde de Rb. met de opgaven van beklaagde ter zit-

Zoo ook voor die van beklaagde in de instruktie (44). En het is van kracht zoowel voor de uitlegging van het proces-verbaal der terechtzitting (45), als voor die van procesverbalen van ambtenaren of van andere schriftelijke bescheiden (46). Maar de kwalifikatie van een geschrift is weer in cassatie te toetsen (47).

(Wordt vervolgd)

---

ting die ter eerste zitting, vermeld in het procesverbaal. Er was daarom m. i. geen strijd tusschen vonnis en procesverbaal, en de H. R. week dus niet af van zijn vroegere leer. Hij casseerde, omdat op de opgaven ter eerste zitting geen acht geslagen had mogen worden, doch niet omdat zou zijn gebleken dat een verklaring niet was afgelegd, waarvan het vonnis had aangenomen dat zij wèl was afgelegd.

(44) O. a. H. R. 20 Juni 1921 W. 10779, N. J. 1921 bl. 1027, 2e arrest.

(45) Laatstelijk H. R. 19 Maart 1900 W. 7413.

(46) Een der jongste arresten is H. R. 2 Mei 1921 W. 10752 bl. 1—2, N. J. 1921 bl. 734.

(47) Zie b.v. H. R. 26 April 1870 W. 3216 bl. 1, v. d. Hon. Sr. 1870 bl. 203, en in het arrest van 31 Maart 1891 W. 6016 bl. 2 kol. 1—2 de overweging over het „terecht" aanmerken als het aannemen van valschen naam en hoedanigheid. Het O. M., dat de beslissing daaromtrent onaantastbaar had geacht, had gelijk voor de uitlegging der onderteekening, niet voor de kwalifikatie der uitgelegde onderteekening (men zie het W. t. a. p.). Daar de kwalifikatie hier met de uitlegging vanzelf was gegeven, zou intusschen een onaantastbaarverklaring der geheele beslissing niet hebben kunnen verwonderen, met het oog op de boven bl. 187 en 212 vermelde gedragslijn van den H. R. in zulk geval bij overeenkomsten. Strikt genomen is het juister te onderscheiden zooals in deze zaak gebeurde.

Wat is het voorwerp van bewijs in het burgerlijk geding?

DOOR

Mr. C. C. TIELEMAN

Kantonrechter te Rotterdam

De feiten op grond waarvan een partij in een geding een rechtsgevolg voor zich inroept heeten rechtsfeiten. Behalve op rechtsfeiten beroepen partijen zich dikwijls op andere feiten. Onze wet kent namelijk naast het zoogenaamde directe of onmiddellijke bewijs ook het bewijs door feitelijke vermoedens; dit laatste wordt ook wel indirect of middellijk bewijs genoemd. Wanneer b.v. een partij niet in staat is om een rechtsfeit, waarvan de bewijslast op haar drukt, direct te bewijzen, zal zij andere feiten mogen bewijzen, die „gewichtig, nauwkeurig bepaald met elkaar in overeenstemming" (zie art. 1959 B. W.) de conclusie wettigen, dat het rechtsfeit bestaat. Men denke b.v. aan het geval dat in een echtscheidingsprocedure de eischer (de man), nadat de gedaagde (de vrouw) het door den eischer gestelde overspel ontkend heeft, stelt en nà ontkenning door de gedaagde bewijst, dat deze meerdere malen met een anderen man dan hij, eischer, gedurende een geheelen nacht heeft door gebracht in een kamer, waarin zich slechts één bed bevond. Op grond van deze feiten roept de eischer geen rechtsgevolg voor zich in; hij beroept zich op die feiten ten bewijze dat het door hem gestelde rechtsfeit (het overspel) bestaat. Het zijn dus geen rechtsfeiten, doch feitelijke vermoedens. Vindt

de rechter ze zoo gewichtig en nauwkeurig, bepaald en met elkaar in overeenstemming, dat hij daaruit de conclusie trekt dat het gestelde overspel is geschied dan is dit rechtsfeit middellijk of door feitelijke vermoedens bewezen.

De hier gemaakte onderscheiding tusschen rechtsfeiten (feiten, die een rechtsgevolg te weeg brengen) en feitelijke vermoedens (bewijzende feiten) is van beteekenis: 1o. omdat het den eischer gedurende den loop van het geding niet geoorloofd is, dan binnen de door art. 134 Rv. getrokken grenzen, andere of meerdere dan de aanvankelijk gestelde rechtsfeiten aan zijn rechtsvordering ten grondslag te leggen, terwijl het hem geoorloofd is gedurende den loop van het geding nieuwe feiten te stellen *ten bewijze* dat de door hem aan zijn rechtsvordering ten grondslag gelegde rechtsfeiten bestaan; 2o. omdat het den rechter geoorloofd is uit feitelijke vermoedens, die ten processe vaststaan de conclusie te trekken dat een gesteld rechtsfeit bestaat, ook wanneer de partij, die dat rechtsfeit stelde, zich op die feitelijke vermoedens niet beriep, terwijl het hem niet geoorloofd is om bij het nemen zijner beslissing rekening te houden met een rechtsfeit, waarop door partijen geen beroep is gedaan. Zoo zal b.v. de rechter den verkooper, die een kooper tot betaling der koopsom aansprekende, verzuimde te stellen, dat hij het verkochte leverde zijn rechtsvordering daarom alleen niet kunnen toewijzen. Wanneer echter een man een rechtsvordering tot echtscheiding tegen zijn vrouw instelt, op grond van door haar gepleegd overspel, hetwelk de vrouw ontkent en hij er niet in slaagt dit overspel onmiddellijk te bewijzen, doch in het geding zoodanige feiten komen vast te staan, die de conclusie wettigen dat het gestelde overspel is geschied, dan mag de rechter tot het bestaan van dat overspel besluiten, ook al beriep de

eischer zich op die feiten niet. Geheel in overeenstemming hiermede is het arrest van den Hoogen Raad van 4 Februari 1916 W. 9950, N. J. 1916, 457, waarbij werd beslist: „dat om uit een daadzaak een vermoeden te kunnen putten niet wordt vereischt dat die daadzaak door partijen of een hunner is gesteld". De regel dat de rechter bij het geven zijner beslissing slechts rekening mag houden met feiten, waarop partijen zich beriepen, is dus beperkt tot rechtsfeiten. Het essentieele verschil tusschen rechtsfeiten en feitelijke vermoedens hangt samen met het verschil dat er bestaat tusschen de werkzaamheden van den rechter bestaande in het besluiten van een vaststaand feit tot een ander feit en die bestaande in het besluiten van een feit tot het bestaan van een rechtsgevolg. Al neemt men ook met HAMAKER (Verdeeling van bewijslast dl. V, blz. 1 en vlg.) aan, dat ook in het laatste geval de rechter een conclusie trekt, welke slechts een grond van waarschijnlijkheid bezit, dan kan men toch niet ontkennen dat tusschen die beide werkzaamheden een essentieel verschil bestaat. Bij het besluiten van een vaststaand feit tot een ander feit is de rechter geheel vrij (zie art. 1959 B. W.), heeft hij slechts met zijn eigen overtuiging te rade te gaan, kon men hoogstens zeggen dat hij een formeelrechtelijk voorschrift (art. 1959 B. W.) toepast, bij het besluiten van een vaststaand feit tot het bestaan van een rechtsgevolg is hij gebonden aan den objectieven rechtsregel, dien hij op het vaststaande feit toepast. Door deze beide werkzaamheden des rechters niet te onderscheiden miskent men de algemeen erkende onderscheiding tusschen materieel- en formeelrecht.

Bij het bovenstaande gingen wij er van uit, dat slechts *feiten* het voorwerp van bewijs kunnen zijn. Aangenomen dat dit in volstrekten zin juist is, volgt hier dan niet uit dat de eischer slechts feiten en nooit een subjectief recht

of een rechtsbetrekking aan zijn rechtsvordering ten grondslag kan leggen? Geenszins. Hij, die meent dat slechts feiten het voorwerp van bewijs kunnen zijn, kan niettemin met succes volhouden, dat naast feiten ook een recht of een rechtsbetrekking den grondslag van een rechtsvordering kan uitmaken. Dit zal bij voorbeeld het geval kunnen zijn, wanneer partijen, bij een geschil dat haar verdeeld houdt, het eens zijn over het bestaan van een subjectief recht of ook over een tusschen haar bestaande rechtsbetrekking, die dat geschil onderstelt. Met eenige voorbeelden lichten wij dit nader toe.

A, eigenaar van een stuk bouwland, dagvaardt B om hem te doen veroordeelen tot de vergoeding der schade, welke deze hem veroorzaakt heeft, door over zijn bouwland te loopen. B ontkent niet dat A eigenaar is van het in de dagvaarding omschreven stuk bouwland, doch verweert zich met te ontkennen dat hij over dat land geloopen heeft. Een en ander stond reeds door een tusschen partijen gehouden bespreking vast, vóór dat de dagvaarding werd uitgebracht. A zal nu bij de dagvaarding kunnen stellen, dat hij eigenaar is van het bouwland, waarover B volgens hem geloopen zou hebben, zonder dat het noodig is dat hij de feiten stelt, waarop zijn eigendomsrecht berust. Wij gelooven ten minste niet, dat er in ons land een rechter is te vinden, die in het onderhavige geval van A zou vergen, dat hij om in zijn rechtsvordering te kunnen slagen, ook die feiten stelt en bij ontkenning bewijst, die den grondslag van zijn eigendomsrecht vormen.

Een ander voorbeeld. A stelt tegen B een rechtsvordering in tot ontruiming van het door B bewoonde huis, dat B indertijd van A gehuurd heeft, doch welke huur naar A's beweren door opzegging is geëindigd. B verweert zich slechts met de opzegging te ontkennen. Is

het nu noodig, nu van te voren tusschen partijen reeds vaststond, dat tusschen haar ten aanzien van het door B bewoonde huis een rechtsbetrekking van huur en verhuur bestond, en zij slechts verdeeld zijn over de beantwoording der vraag of die rechtsbetrekking al dan niet door opzegging geëindigd is, dat A de overeenkomst stelt, waaruit de rechtsbetrekking is voortgevloeid of kan hij volstaan met te stellen dat B het door dezen bewoonde huis van hem in huur heeft? Ons dunkt, deze vraag kan moeilijk anders dan in laatstgemelden zin beantwoord worden.

Wij meenen dan ook te mogen zeggen, dat wanneer partijen een geschil hebben, dat het bestaan van een den eischer toekomend subjectief recht of een tusschen haar bestaande of bestaan hebbende rechtsbetrekking onderstelt, de eischer kan volstaan met dat recht of die rechtsbetrekking te omschrijven, zonder dat het noodig is, dat hij de feiten stelt, waaruit dat recht of die rechtsbetrekking is voortgevloeid (1).

Wij zien dus dat het zeer goed mogelijk is, dat een recht of een rechtsbetrekking deel uitmaakt van den grondslag van een rechtsvordering, ook al neemt men aan dat slechts feiten het voorwerp van bewijs kunnen zijn. Eveneens volgt uit het voorgaande dat een recht of rechtsbetrekking aan een rechtsvordering ten grondslag

(1) Meermalen is door onze jurisprudentie uitgemaakt dat het voldoende is, dat in de dagvaarding alleen het zakelijk recht dat de eischer voor zich inroept, gesteld wordt, zonder dat daarbij de opgave van de feiten, waaraan dat recht zijn ontstaan te danken heeft, noodzakelijk is, ook al werd dat zakelijk recht door den gedaagde ontkent. Eerst nà de ontkentenis van dat recht door den gedaagde heeft de eischer de feiten te stellen, waaruit het is voortgevloeid. Zie jurisprudentie aangehaald door MEIJERS, W. P. N. R. no. 2356, blz. 95, 2de kolom en verder H. R. 29 Dec. 1916, W. P. N. R. no. 2469; MEIJERS, W. P. N. R. no. 2470.

gelegd door de erkentenis van den gedaagde kan komen vast te staan, zonder dat het feit of de feiten waaruit dat recht of die rechtsbetrekking is voortgevloeid ten processe vaststaan. Onjuist achten wij daarom — wij stellen dit met nadruk voorop — de zoogenaamde substantieëeringstheorie, volgens welke slechts feiten den grondslag van een rechtsvordering kunnen uitmaken en de rechter een recht of een rechtsbetrekking slechts dan als bestaande mag erkennen, indien het feit of de feiten, waaraan het objectieve recht dat recht of die rechtsbetrekking als gevolg verbindt ten processe vaststaan. Mag men nu een recht of een rechtsbetrekking, die door de erkentenis van den gedaagde is komen vast te staan *bewezen* noemen? Wij meenen van niet. Door de erkentenis van den gedaagde is de omvang van den rechtsstrijd bepaald en niets bewezen. Weliswaar wordt ook door de bekentenis van een feit door den gedaagde afgelegd de rechtsstrijd der partijen bepaald, en heet het feit, dat aldus in het geding komt vast te staan volgens onze wet *bewezen*. Dit is echter slechts een gevolg hiervan, dat de wet in art. 1903 B. W. de bekentenis tot de bewijsmiddelen rekent, hoewel door de bekentenis van een feit, dat feit wel komt vast te staan, doch in eigenlijken zin (1) niet bewezen wordt. De bekentenis tot de bewijsmiddelen te rekenen was van onzen wetgever niet juist gedacht. In de praktijk noemt men dan ook een feit, dat door een bekentenis komt vast te staan doorgaans niet bewezen. Gewoonlijk toch leest men in een vonnis of arrest, wanneer de rechter uitmaakt dat door een bekentenis een feit is komen vast te staan: „overwegende dat tusschen partijen vaststaat" of ook „overwegende dat tusschen partijen in confesso

(1) Zie over de onderscheiding tusschen bewijzen in eigenlijken en in oneigenlijken zin ons proefschrift «De Bewijskracht van Akten» Leiden 1910, Hoofdst. I.

is" zelden: „overwegende dat door de bekentenis van den gedaagde (of van den eischer) is bewezen".

Vroeger gold in de rechtswetenschap als een axioma, dat slechts feiten, en geen rechten of rechtsbetrekkingen voorwerp van bewijs kunnen zijn. In zijn artikelen: „Bijdrage tot de leer van het middellijk bewijs" (W. v. P. N. R. nos. 2290, 2291) en „De bewijskracht eener schriftelijke erkenning van rechten" (W. v. P. N. R. nos. 2355, 2356) heeft MEIJERS hieraan een einde gemaakt. In het eerste artikel wijst de schrijver er op dat onze wet zoogenaamde wettelijke rechtsvermoedens kent, dit zijn rechtsvoorschriften, die den rechter verplichten om op grond van het vaststaan van een feit of feiten (feitelijke vermoedens en geen rechtsfeiten) onmiddellijk tot het aanwezig zijn van een rechtsbetrekking te besluiten, zonder dat het noodig is dat het feit of de feiten, waaruit de rechtsbetrekking is voortgevloeid, in rechte vaststaan. Als voorbeelden van zoodanige voorschriften noemt hij art. 221, art. 626 (opgevat als de Hooge Raad dat doet), art. 681 en art. 2014 B. W. (opgevat gelijk SCHOLTEN dit voorschrift uitlegt). Verder betoogt hij dat ook buiten deze gevallen de rechter op gelijke wijze tot het bestaan van een rechtsbetrekking mag komen en dat in strijd met de heerschende leer deze laatste methode van bewijsvoering in de rechtspraak regelmatig toepassing vindt.

In het tweede artikel leert de schrijver dat er niet het minste bezwaar tegen bestaat om door een schriftelijke verklaring, waarbij iemand den eigendom van een ander erkent, dien eigendom tegenover dien onderteekenaar volledig bewezen te achten, ten minste wanneer die verklaring is afgelegd om tot bewijzen te dienen.

Laten wij beginnen met de wetsbepalingen, die MEIJERS als voorbeelden van wettelijke rechtsvermoedens noemt nader te bekijken.

Art. 626, lid 1 B. W. bepaalt: de eigendom van den grond bevat in zich den eigendom van hetgeen op en in den grond is. Nemen wij een oogenblik met LAND (II, blz. 119) aan, dat de wetgever met deze bepaling slechts een deeling van onroerend goed in deelen, die *naast* elkander liggen, heeft willen toelaten en daarmede een deeling, waardoor het eene rechtsobject *boven* het andere gelegen zal zijn heeft willen uitsluiten, dan kunnen wij deze bepaling niet anders beschouwen dan als een omschrijving van den *omvang* van het eigendomsrecht van onroerend goed. De Hooge Raad legt echter op grond van de geschiedenis deze bepaling in dien zin uit, dat hij, die eigenaar van een perceel onroerend goed is, geacht wordt ook eigenaar te zijn van hetgeen op en in den grond is, en dat hij, die beweert dat iets op of in den grond van een ander zijn eigendom is, bij ontkenning door den eigenaar de feiten waarop zijn eigendomsrecht berust zal hebben te bewijzen. De Hooge Raad ziet dus in art. 626, lid 1 B. W. niet een bepaling, waarbij wordt vastgesteld hoever het eigendomsrecht van een onroerend goed zich *altijd*, doch slechts *als regel* zich uitstrekt. Men zou dus kunnen zeggen dat volgens de jurisprudentie van den Hoogen Raad art. 626, lid 1 B. W. een omschrijving geeft van den *normalen* omvang van het eigendomsrecht van een perceel onroerend goed. Ook al vat men art. 626, lid 1 B. W. op, zooals de Hooge Raad zulks doet, dan is dit artikel geen wettelijk rechtsvermoeden, het bevat geen voorschrift dat den rechter verplicht op grond van een bepaald *feit* tot het bestaan van een recht te besluiten. Er is zelfs in art. 626, lid 1 B. W. in het geheel van geen feit sprake.

Tot een andere conclusie komen wij ten aanzien van art. 681, lid 1 B. W. dat bepaalt: alle muren dienende tot afscheiding tusschen gebouwen, landerijen, hoven en

tuinen worden gerekend gemeene muren te zijn, ten ware een titel of teeken het tegendeel aanduidende mocht bestaan. Dit artikel bevat een voorschrift dat den rechter verplicht om op grond van den feitelijken toestand tot het bestaan van een zekeren rechtstoestand te besluiten.

De wet beveelt hier den rechter uit het feit, dat een muur dient tot afscheiding van twee perceelen, af te leiden, dat hij tusschen de eigenaren dier beide perceelen gemeen is. De eigenaar van een perceel van een aangrenzend perceel door een muur gescheiden, die door middel van een titel aantoont, dat die scheidingsmuur hem alleen in vollen eigendom toebehoort, levert geen tegenbewijs; hij bewijst een feit, waaruit volgt dat er een rechtstoestand bestaat, die afwijkt van den rechtstoestand, zooals de wet dien in verband met den feitelijken toestand als normaal heeft gedacht.

Wanneer de eigenaar van een perceel van een aangrenzend perceel door een muur gescheiden bewijst, dat die muur een der in art. 682 B. W. genoemde teekenen heeft, dan bewijst hij dat die muur zich in een feitelijken toestand bevindt, waaruit de rechter moet afleiden, dat hij behoort tot, begrepen is in den eigendom van zijn perceel en hem dus in vollen eigendom toebehoort. Met het oog op den feitelijken toestand van den scheidingsmuur beschouwt de wet het als normaal, dat hij hem toebehoort. Niettemin zal het den eigenaar van het aangrenzend perceel geoorloofd zijn om een titel te bewijzen, waaruit volgt, dat de scheidingsmuur, in afwijking van hetgeen de wet op grond van den bijzonderen feitelijken toestand van den muur als normaal beschouwt, behoort tot, begrepen is in zijn eigendom en hem dus in vollen eigendom toebehoort. In dat geval levert hij geen tegenbewijs. Evenals art. 681 is dus ook art. 682 B. W. een wettelijk rechtsvermoeden.

Eveneens beschouwen wij art. 221 l. l. B. W. als een rechtsvermoeden, omdat het den rechter verplicht op grond van een vermoeden (de algemeene bekendheid) tot het bestaan van een recht (het eigendomsrecht der vrouw) te besluiten.

De vraag of art. 2014 B. W., gelijk SCHOLTEN het uitlegt een rechtsvermoeden is laten wij hier onbeantwoord. Of onze wet een rechtsvermoeden meer of minder kent doet niet ter zake, de vraag waarom het hier gaat is of onze wet rechtsvermoedens kent en die vraag beantwoorden wij met MEIJERS bevestigend. Wij erkennen dus dat onze wet voorschriften heeft, die den rechter verplichten om op grond van vermoedens rechtstreeks tot het bestaan van een subjectief recht te besluiten, zonder dat het noodig is dat het feit of de feiten, waaraan het objectieve recht dat recht verbindt, ten processe vaststaan.

Vragen wij ons nu af, wat is de aard van een zoodanig voorschrift? In welke verhouding staat het tot de beginselen, die de *verdeeling* van den bewijslast beheerschen? Is het een uitzondering daarop? Geenszins. Wanneer de wet den rechter voorschrijft om op grond van een zeker feit tot het bestaan van een recht te besluiten, bepaalt zij daarmede niets omtrent de beantwoording der vraag wie dat feit te bewijzen heeft. Wat doet zij dan wel? Zij *verlicht* den bewijslast; zij zegt met andere woorden: „gij, die dit recht voor u inroept, zal in geval van ontkenning door uw tegenpartij kunnen volstaan met dit feit te bewijzen, in plaats van het feit of de feiten, die volgens het objectieve recht moeten bestaan om het door u ingeroepen recht te doen ontstaan". Een rechtsvermoeden is dus een uitzonderingsbepaling op den algemeenen regel, dat hij die zich op een hem toekomend recht beroept in geval van ontkenning door de tegenpartij zal hebben te bewijzen het feit of de feiten, waaraan

dat recht volgens het objectieve recht zijn ontstaan te danken heeft. Een rechtsvermoeden is dus niet een uitvloeisel van een algemeen beginsel; het mag dus niet bij analogie uitgebreid worden tot andere gevallen dan dat waarvoor het is gegeven; als uitzonderingsbepaling is het strictissimae interpretationis. Op grond hiervan alleen zouden wij ons gerechtigd achten om de leer volgens welke de rechter steeds bevoegd is om buiten de gevallen, waarin de wet zulks voorschrijft, op grond van vermoedens rechtstreeks tot het bestaan van een subjectief recht of een rechtsbetrekking te besluiten als onjuist te veroordeelen. Bovendien, indien men deze leer huldigt, dan zal men KAN (Bewijslast en bewijswaardeering. Proefschrift Amsterdam 1921) moeten toegeven, dat niet feiten, doch subjectieve rechten en rechtsbetrekkingen voorwerp van bewijs zijn en dat de feiten bewijsgronden zijn die met behulp van de bewijsmiddelen worden aangevoerd. Doch indien men deze consequentie als juist aanvaardt, dan rijst de vraag, waartoe dient dan het objectieve recht nog? KAN (blz. 35) antwoordt hierop: „het objectieve recht wordt toegepast op het subjectieve recht, niet op de feiten . . ." Neemt men nu een oogenblik aan dat dit mogelijk is — wij verklaren in allen eenvoud des harten niet te begrijpen, hoe zulks in zijn werk gaat — dan zal men moeten toegeven, dat het subjectieve recht moet vaststaan, voordat het objectieve recht er op toegepast kan worden. Doch wanneer het subjectieve recht vaststaat, dan is een toepassing van het objectieve recht niet meer noodig. Het beginsel volgens hetwelk het den rechter steeds geoorloofd is op grond van zekere feiten (vermoedens) tot het bestaan van een subjectief recht of een rechtsbetrekking te besluiten, zonder dat het feit of de feiten, waaraan dat recht of die rechtsbetrekking volgens het objectieve recht zijn of haar ontstaan

te danken hebben, ten processe vaststaan, leidt consequent doorgedacht tot de conclusie, dat het objectieve recht iets overbodigs is en is daarmede, dunkt ons, afdoende veroordeeld. Wij ten minste houden ons liever aan de oude leer volgens welke rechtspreken is het toepassen van objectieve rechtsregels op ten processe vaststaande feiten en beschouwen zoowel de leer van MEIJERS als van KAN als een te ver doorgevoerde reactie tegen de in haar algemeenheid onjuiste substantieëeringstheorie, volgens welke een subjectief recht of een rechtsbetrekking slechts dan door den rechter als bestaande mag worden erkend, indien het feit of de feiten, waaraan het objectieve recht dat subjectieve recht of die rechtsbetrekking als gevolg verbindt, ten processe vaststaan.

Er is nog een ander argument, door MEIJERS zelf genoemd, tegen de juistheid van zijn leer aan te voeren.

Naar algemeen aangenomen wordt kan men behalve den eigendom van onroerend goed, alle andere zakelijke rechten op het onroerend goed van een ander, voor zoover de wet niet het tegendeel bepaalt, door verjaring verkrijgen. Neemt men nu aan dat het eigendomsrecht van onroerend goed en een zakelijk recht op het onroerend goed van een ander door vermoedens bewezen kan worden, dan zou hij die in een geding wil aantoonen, dat hij eigenaar is van een onroerend goed of dat hij een zakelijk recht op het onroerend goed van een ander heeft, waar hij zich anders op verkrijgende verjaring zou moeten beroepen en zoo voor de moeilijke taak komen te staan om in gevolge art. 2000 B. W. òf zijn bezit krachtens rechtstitel gedurende twintig jaren of zijn bezit gedurende dertig jaren aan te toonen, kunnen volstaan met feiten (vermoedens) te stellen en in geval van ontkenning te bewijzen, op grond waarvan de rechter het door hem gestelde recht als bewezen zal kunnen

aannemen. Bij een beroep op verkrijgende verjaring toch zal de rechter slechts tot het bestaan van het gestelde recht mogen besluiten, wanneer de door art. 2000 B. W. gestelde vereischten voor het ontstaan van dat recht ten processe vaststaan, terwijl bij bewijs door vermoedens de rechter door geen art. 2000 B. W. gebonden, slechts met zijn eigen overtuiging zal hebben te rade te gaan bij de beantwoording der vraag of het gestelde recht al of niet bestaat. Natuurlijk zal iedereen in een zoodanig geval den gemakkelijksten, dit is den laatsten weg kiezen om den rechter tot de erkenning van het recht dat hij voor zich inroept te krijgen; zoo zou art. 2000 B. W. door toepassing van een beginsel van ons bewijsrecht feitelijk geheel ter zijde gesteld kunnen worden. Dat er een dergelijke tegenstrijdigheid tusschen ons materieel recht en ons bewijsrecht zou bestaan achten wij onaannemelijk. De mogelijkheid dat een recht door vermoedens bewezen wordt is met de mogelijkheid dat het door verjaring verkregen wordt onvereenigbaar.

Al meenen wij hiermede aangetoond te hebben, dat de regel dat het den rechter steeds geoorloofd is op grond van vermoedens rechtstreeks tot het bestaan van een recht of rechtsbetrekking te besluiten en zijn algemeenheid onjuist is, daarmede hebben wij geenszins gezegd dat de rechter nooit op grond van vermoedens rechtstreeks tot het bestaan van een recht of een rechtsbetrekking mag besluiten. Dit zal hij b.v. mogen doen ten aanzien van een uit een overeenkomst voortgevloeide rechtsbetrekking die duurzaam werkt. Nemen wij b.v. eens aan dat ten processe vaststaat dat een zeker door A bewoond huis B in eigendom toebehoort; dat A aan B wekelijks een bedrag betaalt overeenkomende met de wekelijksche huurwaarde van het door hem bewoonde huis; dat B dat huis onderhoudt, doch A de geringe

en dagelijksche reparaties van het huis voor zijn rekening doet verrichten, dan zal de rechter zeker op grond van die feiten mogen aannemen dat A het door hem bewoonde huis van B in huur heeft, m. a. w. dat er tusschen A en B met betrekking tot dat huis een rechtsbetrekking bestaat als huurder en verhuurder, zonder dat de aan die rechtsbetrekking ten grondslag liggende huurovereenkomst ten processe is komen vast te staan. Eveneens zal het bestaan van de rechtsverhouding voortgevloeid uit een arbeidsovereenkomst, de dienstbetrekking, dikwijls rechtstreeks door vermoedens bewezen kunnen worden, zonder dat de arbeidsovereenkomst, die den feitelijken grondslag van die dienstbetrekking vormt bewezen wordt. Zoo zal de rechter ook op grond van vermoedens tot het bestaan van een rechtstoestand mogen besluiten, wanneer het objectieve recht dien rechtstoestand wel kent, doch in gebreke is gebleven te bepalen hoe hij ontstaat; men denke b.v. aan de openbaarheid van een weg.

Bovendien is er een recht dat krachtens zijn aard slechts door vermoedens bewezen kan worden, wij bedoelen het recht van bezit. Bezit toch is de heerschappij over een zaak met den wil van rechthebbende uitgeoefend hetzij door den bezitter zelf hetzij door een ander te zijnen behoeve. Hij, die in een geding zijn bezit van een zaak wil aantoonen, zal stellen en zoo mogelijk bewijzen, feiten (bezitsdaden) waaruit de rechter de conclusie zal kunnen trekken, dat het beweerde bezit d. i. de beweerde heerschappij met den wil van rechthebbende bestaat, zonder dat, zooals bij andere rechten en rechtsbetrekkingen in geval van ontkenning, het noodzakelijk is, dat hij die feiten stelt en bewijst, waardoor zijn bezit ontstaan is. Wanneer men nu, evenals wij, bezit als een recht beschouwt, dan zal men op goede gronden kunnen volhouden, dat bezit een recht is dat door vermoedens (bezitsdaden) bewezen

kan worden (1). Geschiedt zulks, dan is dat niet een toepassing van den algemeenen regel dat rechten in het algemeen door vermoedens bewezen kunnen worden, doch een gevolg van den bijzonderen aard van het bezitrecht, welks voortbestaan afhankelijk is van het voortbestaan van de heerschappij met den wil van rechthebbende en welks bestaan door den rechter kan worden erkend, zonder dat de feiten, waardoor het ontstaan is ten processe vaststaan. Wanneer nu iemand, die zich in een geding beroept op zijn eigendomsrecht van een onroerend goed of op een zakelijk recht op een onroerend goed van een ander, nà ontkenning door zijn tegenpartij, dit recht beweert door verjaring verkregen te hebben en zijn twintigjarig bezit uit kracht van een wettigen rechtstitel of zijn dertigjarig bezit zonder titel bewijst, dan moet de rechter op grond daarvan tot het bestaan van dat eigendomsrecht of dat zakelijk recht besluiten; nooit mag hij op grond van vermoedens alleen, zonder dat het door art. 2000 B. W. vereischte bezit is komen vast te staan, rechtstreeks tot het bestaan van dat eigendomsrecht of dat zakelijk recht besluiten. Tegenover MEIJERS' bezwaar hiertegen uitgedrukt in de vraag: „Zou b.v. iemand door een beroep op de uitoefening van een recht gedurende den voor verjaring vereischten tijd zijn recht onweerlegbaar kunnen staven, maar zou één dag vóór het verstrijken van dien termijn deze langdurige uitoefening van dat recht, gepaard gaande met het ontbreken van iedere tegenspraak, niet eens een voor tegenspraak vatbaar vermoeden voor dat recht kunnen opleveren?" (2) zouden wij willen opmerken, dat men moet onderscheiden

(1) Zie Rb. Leeuwarden 8 Februari 1912, W. 9398; Rb. Alkmaar 9 Juni 1916, W. 10002; H. R. 25 April 1919, W. 10420, en 12 Maart 1920, W. 10576.

(2) W. P. N. R. no. 2291, blz. 563, kolom 1.

naar gelang die uitoefening van dat recht ten tijde van het beroep daarop nog bestaat of niet. Wie toch bewijst dat hij een zakelijk recht op een onroerend goed van een ander met den wil van rechthebbende uitoefent en dat recht dus bezit, zal bij voorraad als de werkelijk rechthebbende worden aangemerkt, zonder dat de eigenaar van het onroerend goed zich met vrucht op art. 626, lid 1 B. W. zal kunnen beroepen. Dit is het gevolg van een aan ons bezitrecht ten grondslag liggend beginsel, dat de bezitter van een recht bij voorraad als de werkelijk rechthebbende moet worden aangemerkt. (Zie artt. 604, n°. 1 en 605, n°. 1 B. W.). Heeft hij, die beweert een zakelijk recht op het onroerend goed van een ander te hebben, het bezit van dat recht verloren, dan zal hij, wanneer hij beweert dat recht door verkrijgende verjaring verkregen te hebben, moeten bewijzen zijn vroeger bezit, dat art. 2000 B. W. voor het ontstaan van dat recht vereischt. Alleen de bezitter van een recht, niet hij die een recht *heeft* bezeten, wordt bij voorraad als de werkelijk rechthebbende aangemerkt.

Van een ander gevoelen, dan het door ons hier verdedigde, dat het eigendomsrecht van onroerend goed nooit door vermoedens bewezen kan worden, gaf de Hooge Raad blijk in zijn arrest van 23 Januari 1874, W. 3686. Iemand, die de revindicatie tegen den bezitter te goeder trouw van een onroerend goed had ingesteld achtte zich door een arrest van het Provinciaal Hof van Friesland bezwaard, omdat het hem niet als eigenaar erkend had, ondanks het feit dat het onroerend goed in de daartoe bestemde registers op zijn naam was overgeschreven; hij toch was van meening, dat hij op wiens naam een onroerend goed in die registers is overgeschreven tot het bewijs van het tegendeel wordt vermoed de eigenaar te zijn. De Hooge Raad verwierp weliswaar die stelling, doch uit de

overweging, waarmede hij zulks deed: „dat de bedoelde overschrijving niet oplevert een wettig vermoeden, maar alleen een zoodanig, waarvan de waardeering aan den rechter is overgelaten", blijkt toch dat de Hooge Raad van meening was, dat de rechter uit het feit dat een onroerend goed op iemands naam is overgeschreven, de conclusie mag trekken, dat hij de eigenaar is.

Nu een voorbeeld van een geval, waarbij de Hooge Raad niet slechts de mogelijkheid van bewijs van eigendomsrecht van onroerend goed als mogelijk onderstelt, doch een rechterlijke beslissing, waarbij zulks is geschied en waartegen op grond daarvan cassatie was aangeteekend, bevestigde.

De eischer beweerde dat de gedaagde zijn eigendomsrecht van een stuk grond had geschonden en vorderde van hem vergoeding van de daardoor ontstane schade. De gedaagde erkende de door den eischer gestelde handelingen verricht te hebben alsmede de daardoor volgens eischer ontstane schade, doch verweerde zich met te beweren, dat niet de eischer, doch hij, gedaagde, de eigenaar van den grond in quaestie was. In eersten aanleg werd de rechtsvordering ontzegd. Het Hof te Arnhem wees bij zijn arrest van 16 Juli 1919, W. 10450 de rechtsvordering toe op grond dat het door den appellant (eischer in eersten aanleg) gestelde eigendomsrecht door vermoedens bewezen was. Het beroep van den geïntimeerde (gedaagde in eersten aanleg) bij pleidooi op art. 639 B. W. gedaan om te betoogen, dat de rechter niet door vermoedens het eigendomsrecht als bewezen mag aannemen, zonder tevens aan te geven welke wijze van eigendomsverkrijging had plaats gehad, meende het Hof te kunnen weerleggen met de overweging: „dat het leerstellige en onvolledige art. 639 is van geen beteekenis en men er zeker niet uit kan afleiden, dat de rechter onbevoegd

zou zijn om het eigendomsrecht bewezen te achten, zonder de wijze van eigendomsverkrijging aan te geven".

De geïntimeerde ging van dit arrest in cassatie. De tweede der in zijn cassatie-middel vervatte grieven kwam volgens den Hoogen Raad hierop neer, dat de wet en met name art. 639 B. W. verbiedt, in deze het eigendomsrecht van den verweerder in cassatie (eischer in eersten aanleg) aan te nemen, nu de wijze van verkrijging van den eigendom door hem of zijn rechtsvoorgangers niet is komen vast te staan. De Hooge Raad maakte zich niet zoo gemakkelijk van de moeilijkheid af als het Hof gedaan had door art. 639 B. W. eenvoudig van geen beteekenis te verklaren, doch achtte niettemin de grief ongegrond. Ons hoogste rechtcollege overwoog te dezen aanzien: „dat bij de beoordeeling van de tweede grief dient vooropgesteld te worden, dat het Hof in deze niet het bestaan van het recht in geschil heeft aangenomen op grond dat het bewijs van het ontstaan zou zijn geleverd, maar juist onafhankelijk daarvan, en het dus enkel de vraag kan zijn, of door dit te doen het de wet, met name art. 639 B. W. heeft geschonden; dat dit niet is in te zien, indien slechts bedoelde bewijslevering niet in strijd komt met de uitdrukkelijk in de wet gestelde eischen voor verkrijging van eigendomsrecht en voor het te dien aanzien noodige bewijs hetwelk in deze niet is beweerd, gelijk dan ook in de aangevallen arresten te dien aanzien niets te vinden is, met name tot betrekking tot de eigendomsverkrijging door verjaring, nu het tijdperk, waarover de feiten, uit welke het Hof zijne gevolgtrekking omtrent het bestaan van het recht heeft gemaakt, hebben geloopen, ver reikt buiten het aanvangspunt der verjaring tot eigendomsverkrijging vereischt". Neemt men aan, zooals de Hooge Raad schijnt te doen, dat uit de feiten, die ten processe waren komen vast te staan, viel af te

leiden, dat de eischer gedurende den voor de verkrijgende verjaring vereischten termijn het stuk grond in quaestie had bezeten en derhalve den eigendom daarvan had verkregen, dan had het Hof, zooal niet de artt. 639 en 2000 B. W., dan toch zeker, nu de eischer-appellant zich blijkbaar niet op de verkrijgende verjaring had beroepen, art. 1987 B. W., dat den rechter verbiedt dit rechtsmiddel ambtshalve toe te passen, geschonden; door toch op grond van de ten processe vaststaande feiten rechtstreeks tot het bestaan van het door den eischer gestelde eigendomsrecht te besluiten, zonder dat een wijze van eigendomsverkrijging als bewezen werd aangenomen, paste het Hof, hoewel niet expressis verbis, in werkelijkheid het rechtsmiddel der verkrijgende verjaring ambtshalve toe; in schijn wendde het het *bewijs*middel van vermoedens aan, in werkelijkheid het *rechts*middel der verkrijgende verjaring. Jammer genoeg was bij het cassatie-middel de schending van art. 1987 B. W. niet beweerd.

Voor de rechtbank te Tiel eischte iemand zekere perceelen gronds als zijn eigendom van een ander op; de gedaagde ontkende eischers eigendomsrecht. Hierop legde de eischer een aaneensluitende reeks van titels over van de gerevindiceerde perceelen.

Gedaagdes verweer hiertegen was, dat van den eersten overgang van de perceelen van W. Kok (prod. II) niet vaststond, dat deze ze had gekocht van den eigenaar, waardoor dus de eigendom van al zijn opvolgers en ook van den eischer onbewezen zou zijn. Bij haar vonnis van 26 October 1923 W. 11132 verwierp de rechtbank dit verweer overwegende: „dat niet ontkend kan worden, dat van bedoelden overgang niet is bewezen dat de in prod. II genoemde verkoopers werkelijk waren de eigenaars, doch de rechtbank uit de omstandigheid, dat na dien eersten rechtsovergang de bewuste perceelen zijn

overgegaan gelijk boven is vermeld zonder dat daartegen van de zijde van gedaagde of van welke zijde ook, althans voor zoover is gebleken, ooit is opgekomen, het vermoeden mag worden geput, dat ook de in prod. II vermelde rechtsovergang geschiedde a domino". In deze overweging komt duidelijk uit dat èn de eischer èn de rechtbank art. 2000 en dientengevolge ook art. 1987 B. W. voorbij zagen. Art. 2000 B. W. dient juist om te voorkomen, dat men in de onmogelijkheid is zijn eigendomsrecht van een onroerend goed aan te toonen, doordat de tegenpartij zijn eigendomsverkrijging a vero domino en die van zijn rechtsvoorgangers tot in het oneindige ontkent (1). Naar het ons voorkomt had de eischer nà de ontkenning van zijn eigendomsrecht door den gedaagde zich moeten beroepen op verkrijgende verjaring, de rechtbank had dan uit de door den eischer gestelde door den gedaagde niet weersproken feiten de conclusie kunnen trekken dat de eischer te goeder trouw krachtens een wettigen titel de gerevindiceerde goederen gedurende twintig jaar bezeten had en dus door verkrijgende verjaring eigenaar was geworden. Nu deed zij door eischers eigendomsrecht op grond van vermoedens te erkennen in anderen vorm hetzelfde en schond zij dus art. 1987 B. W. dat den rechter verbiedt het middel van verjaring ambtshalve toe te passen.

Een ander voorbeeld van een gerechtelijke beslissing, waarbij naar wij meenen ten onrechte op grond van vermoedens tot het bestaan van eigendomsrecht werd besloten levert het vonnis van de rechtbank te Amsterdam van 9 Mei 1906, W. 8508. De gemeente Amsterdam had in een gang en plaatsje behoorende bij eenige perceelen gelegen aan de Rozengracht te Amsterdam buizen doen

(1) Planiol I, no. 2645.

aanleggen en een lantaarnpaal doen oprichten. De Vereeniging tot ondersteuning van Minvermogenden te Amsterdam meende dat zulks onrechtmatig was geschied, daar zij meende eigenares van gang en plaatsje te zijn en sprak daarom den burgemeester van de gemeente Amsterdam q. q. aan om de buizen en den lantaarnpaal te verwijderen en daarna gang en plaatsje weder in den ouden staat te herstellen. Bij de daartoe strekkende rechtsvordering stelde de eischeres o. a. dat zij eigenares was van de perceelen aan de Rozengracht en van de daarbij behoorende gang en plaatsje. De gedaagde ontkende niet dat zij eigenares was van de bedoelde perceelen, doch wel dat zulks het geval was ten aanzien van de gang en het plaatsje; volgens hem moesten die geacht worden tot de openbare gemeentewegen te behooren. Door de eischeres werd hiertegenover opgemerkt, dat waar haar eigendomsrecht van de perceelen ten processe vaststond, het slechts de vraag is of bedoelde gang en plaatsje tot die perceelen behooren; volgens haar volgde dit uit de eigendomspapieren in verband met de kadastrale boeking, ten bewijze waarvan zij in het geding bracht een door den landmeter van het kadaster voor extract-conform geteekend en door den bewaarder der hypotheken en van het kadaster afgegeven uittreksel van het kadastrale plan van de gemeente Amsterdam; subsidiair beriep zij zich er op dat zij door een dertigjarig bezit in ieder geval eigenares van de gang en het plaatsje was geworden en bood aan, zoo noodig, haar dertigjarig bezit door getuigen te bewijzen. De rechtbank overwoog hieromtrent: „dat eischeres beweert als eigenares van de perceelen aan de Rozengracht te Amsterdam ook eigenares van gang en plaatsje tot die perceelen behoorend te zijn, terwijl gedaagde den eigendom dier perceelen erkennend dien van gang en plaatsje heeft betwist;

dat het opmerking verdient, dat gedaagde wel heeft ontkend, dat eischeres eigenaar zou zijn van gang en plaatsje, maar niet heeft beweerd, dat de eigendom daarvan aan de gemeente Amsterdam of aan een ander dan eischeres zou toekomen;

dat toch gedaagde alleen heeft volgehouden, dat bedoelde gang en plaatsje zouden zijn openbare weg, maar dit, nu een openbare weg immers ook mogelijk is over grond aan particulieren toebehoorend, niet in zich sluit een bewering van eigendom bij de gemeente;

dat voorts partijen het er thans over eens zijn, na daaromtrent eerst te hebben gestreden, dat bij het kadaster gang en plaatsje bekend staan als te behooren tot perceelen van eischeres;

dat dit nu wel geen afdoend bewijs oplevert, dat de eigendom van eischeres zich inderdaad over de bedoelde stukjes grond uitstrekt, maar die boeking toch wel een vermoeden voor dat feit geeft, en zulks zeker tegenover hem, die wel den eigendom van den geboekten eigenaar betwist, maar niet aangeeft, wie dan volgens hem eigenaar zoude zijn;

dat dit vermoeden wordt versterkt door den feitelijken toestand van gang en plaatsje."

Na een beschrijving van den feitelijken toestand van gang en plaatsje overweegt de rechtbank verder: „dat nu naar het oordeel der rechtbank uit dezen feitelijken toestand in verband met de kadastrale boeking en met het feit, dat gedaagde niet heeft beweerd zelf eigenaar te zijn en evenmin heeft aangegeven, wien volgens hem de eigendom der bewuste stukken grond zou toekomen, volgt, dat genoemde gang een deel van, en alzoo behoort tot het aan eischeres toebehoorend perceel kadastraal no. 765".

Naar wij meenen zou de rechtbank beter gedaan

hebben, indien zij de omstandigheid, dat de gang en plaatsje volgens de kadastrale boeking tot het eigendom van de eischeres behooren en den feitelijken toestand van gang en plaatsje buiten beschouwing had gelaten. Van beiden toch één, òf de gedaagde heeft het door de eischeres gestelde eigendomsrecht niet behoorlijk ontkend, dan zou de rechtbank verplicht geweest zijn om bij gebrek aan behoorlijke ontkenning het door de eischeres gestelde eigendomsrecht van gang en plaatsje te erkennen, zonder dat eenig bewijs van wat dan ook noodig ware geweest òf de gedaagde had het door de eischeres gestelde eigendomsrecht behoorlijk ontkend, doch dan zou zij hebben moeten beslissen, dat de eischeres de feiten heeft te bewijzen, waaruit haar eigendomsrecht is voortgevloeid m. a. w. dan had zij de eischeres moeten toelaten tot het door haar aangeboden bewijs, dat zij gang en plaatsje dertig jaar bezeten had. De motiveering, zooals zij thans luidt, hinkt op twee gedachten, het door de eischeres gestelde eigendomsrecht wordt erkend, eensdeels omdat het niet afdoend is ontkend, anderdeels omdat het wegens den feitelijken toestand in verband met de kadastrale boeking bewezen is.

Het is wellicht niet onmogelijk dat de rechtbank in dit geval haar toevlucht nam tot bewijs door vermoedens, omdat de door de wet aangewezen weg (t. w. het beroep op verkrijgende verjaring) om tot de erkenning van het gestelde eigendomsrecht te komen, in dit geval voor de eischeres zoo uitermate moeilijk te begaan was. Het bezit toch van een stuk grond, waarop sinds onheugelijke tijden de last van openbaren weg rust en dientengevolge voor een groot deel aan de heerschappij van de overheid was onderworpen, is indien al niet onmogelijk, dan toch zeker zeer moeilijk aan te toonen. Dit is misschien ook de reden, waarom de eischeres stelde dat zij *eigenares*

van gang en plaatsje was in plaats van *bezitster*. Wat hier van zij, de bijzondere omstandigheid dat op den grond, waarvan het eigendomsrecht door vermoedens bewezen werd geacht, de last van openbaren weg rustte, belet naar onze meening het vonnis der rechtbank aan te voeren als een bewijs voor de stelling dat onze rechtspraak het beginsel huldigt dat naast feiten, ook rechten en rechtsbetrekkingen door vermoedens bewezen kunnen worden.

Wij, die meenen dat een recht dat door verjaring verkregen kan worden, niet voor bewijs door vermoedens vatbaar is, kunnen, het behoeft wel haast geen betoog, geen vrede hebben met het arrest van den Hoogen Raad van 17 December 1909, W. 8949, waarbij beslist werd dat een wettelijk rechtsvermoeden van art. 682 B. W. dat den rechter voorschrijft om op grond van een zekeren feitelijken toestand tot den uitsluitenden eigendom te besluiten, door een feitelijk vermoeden (de omstandigheid dat de feitelijke toestand gedurende slechts korten tijd bestond) van zijn kracht beroofd kan worden. Art. 682 B. W. onderscheidt niet of de daarin omschreven feitelijke toestand reeds lang of nog pas kort bestaat. Bovendien; staat men den rechter toe op grond van feitelijke vermoedens een wettelijk rechtsvermoeden ter zijde te stellen, dan berooft men een zoodanig wetsvoorschrift nagenoeg geheel van zijn beteekenis. Want evengoed als er altijd wel een stok te vinden is om een hond te slaan, zal er dan altijd wel een feitelijk vermoeden te vinden zijn door middel waarvan de toepassing van een wettelijk rechtsvermoeden kan worden voorkomen.

Hij, die zich op verkrijgende verjaring beroept in een geval, waarin alleen bezit, en geen titel uit kracht waarvan bezeten wordt, ter verkrijging van een recht vereischt wordt, zal slechts bezitsdaden hebben te bewijzen. Immers

slaagt hij er in zijn bezit gedurende den vereischten tijd te bewijzen, dan is de rechter verplicht op grond hiervan het bestaan van het recht te erkennen. Het heeft er in een dergelijk geval veel van dat dat recht door vermoedens (bezitsdaden) bewezen is, het is echter theoretisch juister te zeggen dat de rechter het recht heeft erkend op grond van het bewezen bezit.

Onder ons oud-Vaderlandsch recht goldt in sommige steden ten aanzien van erfdienstbaarheden den regel dat „possessie boven memorie van menschen" moet gehouden worden voor een stilzwijgende constitutie (1); het langdurige bezit van de erfdienstbaarheid nam derhalve de plaats in van haar vestiging; de rechter was verplicht op grond van het langdurig bezit tot het bestaan van den ontbrekenden rechtstitel te besluiten. In vele Fransche costumen gold hetzelfde voor rechten, die niet door verjaring konden worden verkregen.

Zoo schrijft POTHIER in § 278 van zijn Traité de la préscription. Lorsque quelqu'un a pu justifier avoir possédé une certaine chose ou avoir joui d'un certain droit pendant cent ans et plus, cette possession centenaire, qu'on appelle aussi *possession immémoriale* équivaut à un titre, et établit le domaine de propriété qu'il a de cette chose aussi pleinement et aussi parfaitement que s'il rapportait un titre d'acquisition en bonne forme, par lequel quelqu'un de ses auteurs aurait acquis la chose de ceux qui avaient le droit d'en disposer.

C'est ce qu'enseigne DUMOULIN in Consuet. Par. § 12 gl. 7 n. 14 en ces termes *Hujusmodi praescriptio (centum annorum sive temporis immemorialis) habet vim constituti.* Il se fonde sur ce qui est dit en La Loi 3 § 4 ff. d. aq. quotid. *Ductus aquae cujus origo memoriam*

---

(1) FOCKEMA ANDREAE I, blz. 271, 272.

excessit, jure constituti loco habetur: c'est-à-dire que la possession immémoriale en laquelle quelqu'un est d'avoir un aqueduc sur l'heritage voisin pour y passer les eaux dont il a besoin, tient lieu de titre constitutif de ce droit.

Ce principe a lieu à l'égard de certaines choses et certains droits que les Lois déclarent n'être sujets à aucune préscription, par quelque laps de temps que ce soit. Ces Lois ne s'étendent point à la possession centenaire ou immémoriale, et n'empêchent point que celui qui peut établir cette possession, ne soit fondé à se prétendre propriétaire desdites choses ou desdits droits, de même que s'il en rapportait le titre d'acquisition. C'est ce que enseigne DUMOULIN, au lieu cité en ces termes: *Unde nunquam censetur exclusa, etiam per legem prohibitivam, et per universalia negativa et geminata verba, quamcumque praescriptionem excludentia.* La raison est, dit cet auteur ailleurs, en son conseil 26, que la possession centenaire doit être regardée plutôt comme un titre, que comme une préscription: *Non tam est praescriptio quam titulus.* Zoo schrijft ook DUNOD DE CHARNAGE in zijn Traité des préscriptions, d'aliénation des biens d'églises et des dixmes (3°. partie, chap. VI) van de velderfdienstbaarheden sprekende: la longue jouissance est présumée connue à la partie interessée; sa patience opère un consentement tacite et tient lieu de titre et de tradition.

Zoowel onder ons oud-Vaderlandsch recht, als onder het Fransche costumiere recht beschouwde men dus, wanneer op grond van „possessie boven memorie van menschen" of „possession immémoriale" het bestaan van een recht werd aangenomen, den titel van dat recht en niet het recht zelf *bewezen.* Door echter toe te laten dat de rechter in deze gevallen besloot tot het bestaan van een recht, dat niet door verjaring verkregen kon worden, handhaafde men het voorschrift, dat de verkrijging door

verjaring verbood, slechts in theorie; in werkelijkheid toch werd het bestaan van het recht op grond van langdurig bezit — al was de duur van het bezit bijzonder lang — d. w. z. op grond van verjaring erkend.

De code civil nu, nà bij art. 691 bepaald te hebben, dat voortdurende niet zichtbare erfdienstbaarheden en de niet voortdurende zichtbare of onzichtbare erfdienstbaarheden niet door verjaring verkregen kunnen worden, laat er onmiddellijk op volgen: „la possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir". Ook art. 746 B. W. zegt, nà bepaald te hebben, dat voortdurende en te gelijker tijd onzichtbare erfdienstbaarheden, zooals ook de niet voortdurende, hetzij deze zichtbaar of onzichtbaar zijn, slechts bij een titel gevestigd kunnen worden, „het genot (1) zelfs sedert onheugelijke jaren is niet voldoende om dezelve te verkrijgen". Beschouwt men nu deze woorden in het licht der geschiedenis, dan zal men moeten toegeven, dat zij geen andere beteekenis kunnen hebben, dan dat het den rechter verboden is op grond van een langdurig bezit eener erfdienstbaarheid, die niet door verjaring verkregen kan worden, tot het bestaan van haar titel te besluiten. De wetgever geeft hiermede dus te kennen, dat het hem ernst is met zijn voorschrift, dat erfdienstbaarheden, die niet voortdurend en tevens zichtbaar zijn, niet door verjaring verkregen kunnen worden m. a. w. dat hij niet wil dat dit voorschrift ontdoken

---

(1) In verband met art. 593, lid 2 B. W., waarin bepaald wordt, dat niet voortdurende en niet zichtbare erfdienstbaarheden, niet het voorwerp van bezit kunnen zijn, spreekt de wetgever hier van «genot» in plaats van «bezit». Dit neemt natuurlijk niet weg, dat die erfdienstbaarheden evengoed als andere zakelijke rechten op eens anders goed bezeten kunnen worden. Het gevolg van art. 593, lid 2 B. W. is echter dat het bezit van de daar bedoelde erfdienstbaarheden niet beschermd wordt.

wordt, doordat op grond van langdurig bezit tot het bestaan van den titel wordt besloten. Is dit juist dan zal men ons moeten toegeven, dat het bewijs door vermoedens van erfdienstbaarheden, die niet door verjaring verkregen kunnen worden, evenmin mogelijk is als van die, welke wel door verjaring verkregen kunnen worden. Door toch in dit geval het bewijs door vermoedens toe te laten, zou men weer de mogelijkheid openen, dat die erfdienstbaarheden feitelijk door verjaring worden verkregen, en wel door een verjaring, wier termijn niet bepaald is.

Thans gaan wij over tot de beantwoording der vraag in hoeverre onze rechtspraak, afgezien van de reeds besproken beslissingen, het beginsel erkent, volgens hetwelk het den rechter geoorloofd is op grond van vermoedens, ook wanneer de wet zulks niet voorschrijft, rechtstreeks tot het bestaan van een subjectief recht of een rechtsbetrekking te besluiten.

Behalve Meijers in zijn reeds genoemde artikelen gaf ook Van Kuyk in zijn artikel „Rechtspraak over bewijs door vermoedens" voorkomende in het Advocatenblad van 15 April 1919 (blz. 68 en 69) eenige rechterlijke beslissingen, waarin de rechter volgens hem onmiddellijk tot een rechtsbetrekking besloot. Wij moeten dus nagaan om een juist antwoord op bovengestelde vraag te vinden of bij die beslissingen een subjectief recht of een rechtsbetrekking op grond van vermoedens als bewezen is aangenomen en of in de gevallen waarin die vraag bevestigend beantwoord moet worden, die beslissingen toepassingen zijn van een door den rechter algemeen erkend beginsel, dan wel dat er bijzondere omstandigheden waren, die den rechter noopten af te wijken van den algemeenen regel, volgens welken hij die zich in een geding op een subjectief recht of een rechtsbetrekking beroept bij ont-

kenning door de tegenpartij den feitelijken grondslag van dat subjectieve recht of die rechtsbetrekking zal hebben te bewijzen.

Wanneer men bij hetgeen wij zooeven omtrent den aard van het bezitrecht hebben opgemerkt in het oog houdt, dat onze rechter den regel „met betrekking tot roerende goederen geldt bezit als volkomen titel" (art. 2014, lid 1 B. W.) opvat in dien zin, dat bezit van roerend goed eigendom is, dan begrijpt men licht dat hij op grond van vermoedens (bezitsdaden) tot het bestaan van eigendomsrecht van roerend goed kan besluiten, zonder daarmede bestaan van den regel te erkennen dat subjectieve rechten en rechtsbetrekkingen in het algemeen door vermoedens bewezen kunnen worden. Met een paar voorbeelden aan de praktijk ontleend zullen wij dit nader toelichten.

In 1882 werd op een bureau van het Grootboek van de Nationale Schuld in of tusschen den omslag van een boekje, dat vóór dien tijd bij een toen reeds overleden boekhouder J. C. de B. op dat bureau in gebruik was geweest, twee-en-twintig bankbiljetten van f 1000.— gevonden. De weduwe J. C. de B. eischte voor zich zelve en uit eigen hoofde en als moeder-voogdes van haar minderjarigen zoon en eenig kind, geboren uit haar huwelijk met J. C. de B. dit bedrag van den Staat der Nederlanden op. Zij stelde een aantal feiten om aan te toonen 1°. dat haar overleden echtgenoot een bedrag als de ten processe bedoelde bankbiljetten moet hebben nagelaten; 2°. dat er goede grond bestaat om aan te nemen, dat hij die verborgen heeft op de wijze als en ter plaatse waar zij gevonden zijn en werd tot het bewijs der feiten toegelaten (zie interlocutoir arrest van 16 April 1885, W. 5159). Bij zijn eindarrest van 4 December 1885, W. 5245 overwoog de Hooge Raad: „dat door het ge-

houden getuigenverhoor in verband met datgeen wat als erkend of onbetwist tusschen partijen vaststaat, alsook met hetgeen uit de overgelegde stukken als bewezen resulteert het bewijs der onderscheidene bij het interlocutoir arrest omschreven feiten ten genoege rechtens is geleverd" en nà dit in bijzonderheden te hebben uitgewerkt overwoog de Hooge Raad verder: „dat alzoo beide bij het interlocutoir arrest aangewezen punten door het aangevoerde voldoende zijn gestaafd; dat deze het rechtsvermoeden opleveren op grond waarvan voor bewezen is te houden, dat de bedoelde bankbiljetten waren het eigendom van J. C. de B. en niemand anders".

De gedachtengang van den Hoogen Raad is, begrijpen wij het arrest goed, deze: hij acht door vermoedens bewezen, dat de op het bureau van het Grootboek der Nationale Schuld gevonden bankbiljetten daar door J. C. de B. geborgen zijn en, daar hij deze handeling van J. C. de B. als een bezitsdaad beschouwt, neemt hij aan dat J. C. de B. bezitter en dus ook eigenaar van de bankbiljetten was. Dat de Hooge Raad hier van „het bewijs van eigendom" kon spreken was een gevolg van de omstandigheid, dat het hier den eigendom van roerende goederen betrof. Dit arrest mag men dus niet aanvoeren tot bewijs der stelling dat onze rechtspraak het bewijs van rechten en rechtsbetrekkingen door vermoedens in het algemeen toelaat.

Een ander voorbeeld. Voor de rechtbank te 's-Gravenhage vorderde Olivier van Blankers als zijn eigendom op de door hem, Olivier, reeds in beslag genomen roerende goederen (paarden, rijtuigen enz.), die Blankers in een door Olivier gehuurden stal onder zich had gehad en die Blankers uit dien stal had doen wegvoeren en doen deponeeren bij Van der Velde te Wassenaar.

De rechtbank oordeelde bij haar vonnis van 1 October

1914 (niet gepubliceerd) dat de door den eischer in het geding gebrachte stukken genoegzaam eischers voorstelling steunden dat de eischer, Olivier, de stalhouderij voor zijn rekening dreef en dat deze hem met den inventaris toebehoorde om hem tot den suppletoiren eed tot bewijs van zijn eigendom toe te laten. Blankers, de gedaagde, ging van dit vonnis in appèl. Bij zijn arrest van 26 April 1915, W. 9803 legde het Hof te 's-Gravenhage den eischer ambtshalve getuigenbewijs op van de feiten:

1°. de geïntimeerde Olivier dreef tot begin Augustus 1914 met de in beslag genomen goederen, die zich in den door hem gehuurden stal aan de Beestenmarkt bevonden, een stalhouderij, die aan hem toebehoorde;

2°. de appellant had, tijdens hij in begin Augustus 1914 die goederen in bezit nam en vervoerde of deed vervoeren naar Wassenaar het oogmerk zich die goederen wederrechtelijk toe te eigenen" en voegde hieraan toe: „dat wanneer de eischer deze feiten bewijst, *hij den eigendom der goederen der stalhouderij waaronder de gerevindiceerde, zal hebben bewezen doordat hij daarvan bezitter was* en tevens, daar de wegneming der goederen door den appellant is erkend, de diefstal, die uit vermoedens kan worden afgeleid, is bewezen".

Uit de door ons gecursiveerde woorden, die zonder twijfel terugslaan op het sub 1°. omschreven feit, volgt onzes inziens duidelijk dat het Hof „het met de in beslag genomen goederen een stalhouderij drijven" beschouwde als het bezit dier goederen en dat, daar de bezitter van roerend goed de eigenaar is, door het bewijs van dat feit het eigendomsrecht van den eischer op die goederen zou komen vast te staan. Dat het Hof hier van bewijs van den eigendom kon spreken is weer een gevolg van de omstandigheid dat het hier den eigendom van roerende goederen betrof. Ook uit dit arrest valt niet de

conclusie te trekken, dat volgens onze rechtspraak het bewijs van rechten en rechtsbetrekkingen door vermoedens in het algemeen mogelijk is.

Mag men een rechterlijke beslissing, waarin de openbaarheid van een weg over particulieren grond, die niet krachtens het zakelijk recht van openbaren weg openbaar is, rechtstreeks uit vermoedens wordt afgeleid, aanvoeren tot bewijs der stelling, dat volgens onze rechtspraak een subjectief recht of een rechtsbetrekking rechtstreeks door vermoedens bewezen kan worden? Een rechtsbetrekking onderstelt minstens twee rechtssubjecten en die zijn er bij een openbaren weg nooit; een subjectief recht onderstelt minstens één rechtssubject en dat is er bij een openbaren weg, die niet krachtens het zakelijk recht van openbaren weg openbaar is, evenmin. Op grond hiervan alleen zou een ontkennend antwoord op de gestelde vraag geoorloofd zijn. Men bedenke echter ook dat nergens in de wet het ontstaan van een openbaren weg op particulieren grond geregeld is, zoodat de rechter, waar hij het bestaan van een openbaren weg op particulieren grond wil erkennen, bij gebrek aan wettelijken ontstaansgrond wel genoodzaakt is om het bestaan uit vermoedens af te leiden. Zoo is aan het arrest van den Hoogen Raad van 4 Mei 1900, W. 7749, waarbij werd uitgemaakt, dat het Hof te Arnhem had mogen beslissen dat op een erf de last van openbaren weg rustte op grond van de feiten, dat de weg op den legger geplaatst was en dat die weg een verbinding vormde tusschen twee andere openbare straten, omdat het Hof daarmede „uit behoorlijk bewezen feiten van het voorkomen van dat terrein op den legger een vermoeden heeft geput, waaruit het Hof in verband met andere omstandigheden tot het bewijs van de openbaarheid van het terrein meende te mogen besluiten", geen argument te ontleenen voor de stelling, dat volgens

onze rechtspraak subjectieve rechten en rechtsbetrekkingen rechtstreeks door vermoedens bewezen kunnen worden. Wij achten dan ook MEIJERS' beroep (1) op dat arrest tot bewijs dier stelling onjuist.

Wij gaan thans over tot de bespreking van een reeks van gevallen, waarin de rechter weliswaar formeel op grond van vermoedens tot het bestaan van een subjectief recht besluit, doch in werkelijkheid geheel iets anders doet.

De rechter ten onzent beschouwt zich op het gebied der geschiedenis steeds als deskundig, deskundig niet alleen in dien zin, dat hij zich, zooals welhaast vanzelf spreekt, bevoegd acht tot de historische interpretatie van een regel van objectief recht, doch ook in dien zin, dat hij zich bevoegd acht om geheel zelfstandig zonder voorlichting te besluiten over het al of niet bestaan van een historisch feit. Een gesteld feit, dat naar zijn oordeel historisch vaststaat, beschouwt hij als ten processe vast te staan; een gesteld feit, dat hij langs den weg van historisch onderzoek van hem door partijen verschafte oude stukken, akten, kaarten en leggers afkomstig uit openbare en particuliere archieven, als bestaande aanneemt, noemt hij *bewezen*. Zoo doende is hij soms verplicht aan zoodanige stukken *bewijskracht* toe te kennen, die zij volgens ons bewijsrecht niet hebben. Juister zou hij onzes inziens doen, indien hij een feit, dat hij langs den weg van historisch onderzoek heeft vastgesteld, niet bewezen noemde, en indien hij de oude stukken enz. uit archieven afkomstig geen „bewijskracht", doch „historische geloofwaardigheid" toekende, omdat hier van geen bewijs in den zin van ons bewijsrecht sprake is.

De feiten nu, die de rechter langs den weg van

---

(1) Bijdrage tot de leer van het middellijk bewijs, W. P. N. R. 2291, blz. 562.

historisch onderzoek vaststelt — welke methode wij voortaan gemakshalve kortweg de historische methode zullen noemen — maken gewoonlijk niet den grondslag van een subjectief recht uit, doch zijn meestal feiten, die het bestaan van een subjectief recht waarschijnlijk maken. Op grond van die feiten besluit hij tot het bestaan van het subjectieve recht zelf. De vraag of dit geoorloofd is laten wij onbesproken. De omstandigheid, dat hij in zoo'n geval de feiten door historisch onderzoek vastgesteld „vermoedens" noemt, en het zoo doet voorkomen alsof er een bewijsconstructie in overeenstemming met de beginselen van ons bewijsrecht plaats heeft, heeft grond gegeven tot de meening, dat volgens onze rechtspraak het bewijs van rechten door vermoedens in veel ruimere mate plaats heeft, dan in werkelijkheid het geval is. Dat hier toch slechts schijnbaar bewijs door vermoedens wordt geleverd, ziet men licht in, indien men bedenkt dat een feit volgens de regelen van ons bewijsrecht moet vaststaan, voordat de rechter daaruit een vermoeden mag putten. Wij zijn dus gerechtigd met te zeggen, dat onze rechter in den vorm van bewijs door vermoedens subjectieve rechten ontstaan in een tijdperk, dat reeds tot de geschiedenis behoort, langs den weg van historisch onderzoek vaststelt. De beslissingen waarbij zulks is geschied zijn te talrijk om in dit opstel ieder afzonderlijk te behandelen. Wij bepalen ons daarom tot de meest sprekende.

De eischers beweerden dat zij het recht van krijtende tiend onder de gemeente Geldermalsen hadden en dat dat recht zich ook over de hofstede van den gedaagde uitstrekte. De gedaagde ontkende zoowel het een als het ander. Tot bewijs van hun beweerd recht legden de eischers tal van stukken over, waaronder drie akten van transport d.d. 25 Januari 1667, 3 Augustus 1669 en 7 April

1772, een schepenbrief van Deil d.d. 31 December 1774, twee voor eensluidend afschrift door den Rijksarchivaris te Utrecht geteekende akten behoorende tot het archief van St. Pieter, de eene behelzende de voorwaarden der verpachting over 1795 voor den decanus en capitulairen der St. Pieterkerk te Utrecht van de krijtende tiedens van schaapen en varkens onder Geldermalsen enz., de tweede van gelijken inhoud, behoudens dat het betreft een publieke verpachting over het jaar 1797, een door den rentmeester van het Kroondomein te Tiel voor conform geteekend uittreksel uit den 22en October 1821 door den Directeur van de registratie en domeinen te Arnhem genummerden en geparafeerden legger no. 1 der dominiale tienden te zijnen kantore berustende. De gedaagde verweerde zich o. a. met de opmerking, dat deze stukken, in het bijzonder de akten van tiendverpachting en de dominiale legger geen bewijs tegenover hem kunnen opleveren, daar zij van de auteurs der eischers afkomstig en buiten de auteurs van gedaagden omgegaan, voor hem zijn eene res inter alios.

De rechtbank te Tiel, die deze zaak te berechten had, meende het verweer van den gedaagde te kunnen weerleggen door in haar vonnis van 15 November 1905, W. 8373 te overwegen: „... *dat al hebben eischers of hun auteurs aan die stukken zeer zeker nimmer eenig recht tegenover gedaagde of diens auteurs kunnen ontleenen,* en al heeft mitsdien evenmin uit kracht van die stukken de tiendplichtigheid van gedaagdes hofstede kunnen ontstaan, toch uit hetgeen die stukken (welker echtheid niet door gedaagde is betwist en die ook, voor zoover ze niet zijn authentieke akten, aan de rechtbank alleszins betrouwbaar voorkomen) vermelden, *vermoedens* mogen worden geput tot het bestaan van het pretense recht". Waar de rechtbank hier spreekt van „echtheid" en „alleszins

betrouwbaar", kon moeilijk anders bedoeld zijn dan echt en betrouwbaar uit een historisch oogpunt; dat toch de rechtbank de stukken, voor zoover zij onderhandsch waren, niet echt oordeelde in den zin van „van den gedaagde of diens rechtsvangers afkomstig", blijkt duidelijk, naar wij meenen, uit de door ons gecursiveerde woorden.

Ondubbelzinniger nog wordt de historische methode toegepast in een vonnis van hetzelfde rechtscollege van 14 April 1916 (N. J. 1917, 1157). Tusschen partijen was in confesso dat het door den eischer gestelde vischrecht — zoo dat ooit bestaan had — van een zekeren W. Verhagen op den eischer was overgegaan. Bij de beantwoording of de eischer er in geslaagd was dit vischrecht aan te toonen, overwoog de rechtbank: „dat de rechtbank meent, dat eischers gepretendeerd vischrecht is bewezen door vermoedens — waar elk ander bewijsmiddel uit den aard der zaak hier ontbrak — en dat deze vermoedens zijn gevolgtrekkingen, die de rechtbank op grond van art. 1952 B. W. meent te mogen maken uit bekende daadzaken, niet op de wet gegrond, maar die van algemeene bekendheid zijn en die de rechtbank dus uit eigen wetenschap als vaststaande mag aannemen, feiten derhalve die ieder ontwikkeld mensch kent of uit algemeen toegankelijke bronnen kan putten, waartoe de rechtbank in casu rekent de verschillende boven aangehaalde kaarten, geschiedboeken en archiefstukken, waarin de inhouden, voor zooverre betrekking hebbende op het water, waarop eischer zijn vischrecht heeft gepretendeerd, met elkander zijn vergeleken en in overeenstemming bevonden;

dat wijders de rechtbank van oordeel is dat ook *de akten, titels en verdere bescheiden door eischer uit eigen archief overgelegd tot staving van zijn recht wel niet voor rechtstreeksch schriftelijk bewijs in aanmerking kunnen komen*, doch dat de rechtbank ook daaruit met de noodige om-

zichtigheid zijne *vermoedens* mag putten, *zonder daarbij afhankelijk te zijn van eenige erkenning van den kant van gedaagde*".

Wij zien dus dat de rechtbank het gebruik van vermoedens, gegrond op feiten geput uit voor ieder openstaande archieven, in overeenstemming met de beginselen van ons bewijsrecht tracht te brengen, door zich te beroepen op den regel, dat de rechter de feiten, die van algemeene bekendheid zijn, uit eigen wetenschap kent en als ten processe vaststaand mag aannemen. De redeneering lijkt ons gewrongen; men kan toch moeilijk volhouden dat de feiten, waaruit het bestaan van een een particulier toekomend vischrecht afgeleid kan worden van algemeene bekendheid zijn, omdat zij door een onderzoek in een voor ieder openstaand archief vastgesteld kunnen worden. Wij toch zouden geneigd zijn te zeggen, dat juist uit de omstandigheid, dat een onderzoek noodig was, blijkt dat zij niet van algemeene bekendheid waren. Doch wat hiervan zij, door te beslissen dat zij ook vermoedens mag putten uit akten, titels en bescheiden, uit eigen archief van den eischer tot staving van zijn beweerd recht in het geding gebracht, „zonder daarbij afhankelijk te zijn van eenige erkenning van den kant van gedaagde" kent zij aan die stukken, voor zoover het geen authentieke akten zijn, bewijskracht toe, wat zij volgens ons bewijsrecht niet hebben en leidde zij het bestaan van het beweerde vischrecht mede af uit gegevens, die zij door historisch onderzoek verkregen had.

Wij gaan nu een paar gevallen bespreken, waarin ons hoogste rechtscollege de wettigheid van de historische methode had te beoordeelen. Nadat toch de lagere rechter op grond van vermoedens, volgens ons geput uit door historisch onderzoek verkregen gegevens, tot het bestaan van een recht had besloten, kwam de in het ongelijk

gestelde partij in cassatie daartegen op, bewerende dat daardoor de wet was geschonden.

Iemand stelde voor de rechtbank te Almelo een rechtsvordering in tot revindicatie van een zeker in de gemeente Ambt-Almelo gelegen boerenplaatsje „de Knoopskamp". Bij haar vonnis van 3 Maart 1881 (niet gepubliceerd) wees de rechtbank die vordering af. In hooger beroep werd dit vonnis door het Hof te Arnhem vernietigd en den eischer zijn rechtsvordering alsnog toegewezen. Het Hof achtte appellants eigendomsrecht van hetgeen hij revindiceerde bewezen op grond van vermoedens, welke het putte uit de door den appellant overgelegde registers en papieren. Het maakte uit, zooals wij lezen in de conclusie van den advocaat-generaal voorafgaande aan het arrest van den Hoogen Raad d.d. 3 Juni 1881, W. 4647, dat registers en papieren, die opklimmen tot 1698, en voortloopen tot na het midden der tegenwoordige eeuw, en zeer geregeld gehoudene leggers of staten van die eigendommen van des appellants auteuren en verantwoordingen door hunne rentmeesters van de opbrengsten er van gehouden en onder die eigendommen „de Knoopskamp" als in huur of pacht voor f 35.— per jaar bij de auteuren van geïntimeerden en onder de opbrengsten die pacht als ontvangen vermelden, kunnen geacht worden op te leveren een vermoeden voor het eigendomsrecht van appellants auteuren en dus in verband met de scheidingsakte van 3 October 1851, ook voor dat van appellant.

Tegen dit arrest van het Hof (niet gepubliceerd) teekenden de geïntimeerden beroep in cassatie aan. Een der beide middelen was: „schending van de artt. 1918, 1902 en 1903 B. W. die bepalen dat registers en huiselijke papieren geen bewijs opleveren ten voordeele van dengene, die ze heeft gehouden, en in strijd waarmede *in casu* uit zoodanige registers of papieren bewijs is geput". De

Hooge Raad oordeelde bij het zooeven genoemde arrest dit middel ongegrond overwegende: „dat art. 1918 B. W. blijkens zijn inhoud en opschrift van den titel, waarin het voorkomt, alleen handelt over schriftelijk d. i. rechtstreeksch bewijs, dat als zoodanig, als *titre* gelijk het wordt uitgedrukt in art. 1331 C. C. de registers en huiselijke papieren niet kunnen dienen voor hem, door wien of wiens last zij zijn geschreven maar dat noch deze, noch een andere wetsbepaling verbiedt in zaken, waarin in het algemeen het bewijs door vermoedens niet is uitgesloten, uit deze registers en papieren een vermoeden te putten ook ten voordeele van wien zij zijn uitgegaan".

Volgens dit arrest van den Hoogen Raad kan dus door registers en huiselijke papieren niet bewezen worden een rechtsfeit, op grond waarvan hij die ze schreef of ze deed schrijven een rechtsgevolg voor zich inroept, doch wel een feit, waaruit hij een vermoeden wil putten, of wat hetzelfde is, waaraan hij bewijskracht wil ontleenen, omdat in het laatste geval eigenlijk geen schriftelijk bewijs, doch bewijs door een vermoeden plaats heeft. Dat dit niet juist kan zijn behoeft welhaast geen betoog. Een feit immers, om er een vermoeden uit te kunnen putten, moet ten processe vaststaan. Hieruit volgt, dat het in geval van ontkenning bewezen moet worden. Wanneer nu een feit, waaruit de rechter een vermoeden zal kunnen putten, door middel van geschrift bewezen wordt, dan heeft er behalve bewijs door een vermoeden bewijs door geschrift plaats en de bewijskracht van een geschrift is niet verschillend naar gelang een rechtsfeit, dan wel een feit, waaruit een vermoeden geput kan worden, voorwerp van het bewijs is. Zoo is het dus onaannemelijk dat een feit al of niet door registers of huiselijke papieren bewezen zal kunnen worden, naar

gelang men zich op dat feit beroept om er bewijskracht dan wel een rechtsgevolg aan te ontleenen.

Het Hof te Arnhem kon in het onderhavige geval slechts tot het bestaan van het gestelde eigendomsrecht besluiten op grond van de historische betrouwbaarheid van de door den eischer overgelegde registers en huiselijke papieren; bewijskracht hebben zij volgens ons bewijsrecht (art. 1918 B. W.) ten voordeele van hem, die ze schreef of deed schrijven (in casu den eischer), niet. Het paste dus inderdaad de historische methode toe, al deed het ook voorkomen alsof het door toepassing van de regelen van ons bewijsrecht tot de erkenning van het bestaan van het gestelde eigendomsrecht kwam. Ook de poging van den Hoogen Raad om het te doen voorkomen alsof hier in overeenstemming met de met bewijs door vermoedens had plaats gehad achten wij mislukt.

Nu het tweede geval.

De eischeressen hadden tegen den gedaagde voor de rechtbank te Tiel een rechtsvordering ingesteld tot erkenning van haar eigendomsrecht op een grafkelder. De rechtbank verklaarde bij haar vonnis van 6 Februari 1920, W. 10536, N. J. 1920, 202 de eischeressen in haar rechtsvordering niet ontvankelijk. In hooger beroep erkende het Hof te Arnhem bij zijn arrest van 5 Januari 1921, W. 10763 het eigendomsrecht van de appellanten (oorspronkelijk eischeressen) op den grafkelder. Op grond van de door de appellanten overgelegde rekening van den Mr. metselaar B. de Graaff te Vianen d.d. 12 October 1829 wegens „op het nieuw Burgerlijk begraafplaats gebouwd voor rekening van mevrouw Carpentier (1) onder opzigt van den heer Willemse van Eck een grafkelder

---

(1) d. v. J. W. Livingston wed. Carpentier een rechtsvoorgangster van appellanten.

ter grootte.... kostende samen f 115.96" met de daarop voorkomende kwijting op den 20en October 1829 in verband met andere vaststaande feiten, nam zij als bewezen aan dat destijds J. W. Livingston(e) weduwe J. Carpentier, de uitsluitend rechthebbende op den onderwerpelijken kelder was.

Dat het Hof in den vorm van bewijs door vermoedens de historische methode toepaste lijkt ons niet voor betwisting vatbaar. Het Hof kent toch aan de overgelegde rekening (een onderhandsche akte) zonder daarbij te vermelden, dat de geïntimeerde de handteekening als echt erkend heeft. Doch ook al had die erkenning nu werkelijk plaats gehad, dan nog zou het volgens ons in hooge mate twijfelachtig zijn of die rekening met de daarop gestelde kwijting volgens de beginselen van ons bewijsrecht eenige bewijskracht tegenover de geïntimeerden had. Dat het Hof aan deze overgelegde akte tegenover den geïntimeerde bewijskracht toekende, kan alleen geweest zijn, omdat zij het wegens zijn hoogen ouderdom beschouwde als een historisch stuk.

De geïntimeerde bestreed voor den Hoogen Raad 's Hofs arrest bewerende dat het Hof daarmede o. a. art. 1959 B. W. had geschonden „doordat het Hof als bewezen aanneemt, dat de weduwe Carpentier-Livingstone uitsluitend rechthebbende op den grafkelder was, op grond van vermoedens, ontleend aan eene rekening van een derde, en eigen daden van deze weduwe en hare erfgenamen, ten onrechte, daar wel feiten, waardoor het recht vaststaat, doch niet zonder meer het recht zelf door vermoedens kan bewezen worden". De Hooge Raad verwierp bij zijn arrest van 9 December 1921, W. 10889 dit cassatiemiddel, overwegende „dat hiermede de in het middel aangehaalde wetsbepalingen niet kunnen zijn geschonden vermits zij.... niet verbieden uit zekere feiten de gevolgtrekking te maken,

dat een recht als bestaande moet worden aangenomen, ja in art. 1902 B. W. de mogelijkheid van dat bewijs wordt erkend, en als bewijsmiddelen daarvoor in art. 1903 vermoedens uitdrukkelijk worden genoemd, terwijl daartegen geen beroep kan worden gedaan op art. 1952, trouwens niet in het middel aangehaald, vermits de daarin voorkomende omschrijving van een vermoeden, in verband met de zooeven vermelde bepalingen, niet mag worden afgeleid, dat de onbekende daadzaak, welke de rechter uit hem bekende feiten afleidt ook niet het bestaan van een recht zoude kunnen zijn, — terwijl ook van uitsluiting van getuigenbewijs, krachtens art. 1959 B. W. medebrengende uitsluiting van bewijs door vermoedens ten deze niet de rede is".

Wij zien hier dus dat ook de Hooge Raad aan de historische methode een wettelijken grondslag tracht te geven of wellicht juister gezegd de historische methode in het systeem van ons bewijsrecht tracht in te voegen door het te doen voorkomen alsof het Hof hier het bewijsmiddel vermoedens had toegepast. Na hetgeen wij in het begin van dit opstel zeiden, behoeven wij hier zeker niet meer te betoogen dat die poging niet gelukt is. Immers voor dat de rechter uit een feit de gevolgtrekking tot een onbekend feit mag maken, moet het eerste feit ten processe vaststaan en door de door appellanten overgelegde rekening met daarop gestelde kwijting kan naar de beginselen van ons bewijsrecht geen enkel feit tegenover den geïntimeerde, die de handteekening op het stuk voorkomende niet eens als echt erkend had, bewezen worden. De omstandigheid dat onze wet hier en daar, zooals ook in art. 1902 B. W. van bewijs van rechten spreekt, doet hier niets toe af. Bovendien, dat de Hooge Raad niet geslaagd is, blijkt vooral daaruit dat hij zich verplicht zag om tot de gewenschte uitkomst te

geraken aan het woord „daadzaak" in art. 1952 B. W. een zoo ruime beteekenis te geven, dat daaronder ook een subjectief recht valt.

Veel oprechter komen ons de volgende beslissingen voor.

Iemand had een vischrecht op de Beningen, een ander op het daaraan grenzende Spui. De eerste meende dat de pachter van het vischrecht van den tweede binnen de grenzen van zijn vischrecht gevischt had en sprak deze aan tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad. De pachter, die de hem te laste gelegde handelingen niet ontkende, doch meende daartoe gerechtigd te zijn, omdat de plaats waar zij verricht waren binnen de grenzen van het door hem gepachte vischrecht was gelegen, riep zijn verpachter in vrijwaring op. Deze laatste verweerde zich met de bewering, dat de plaats, waar zijn pachter gevischt had, het Spui heet en derhalve binnen het gebied van zijn vischrecht is gelegen. De rechtbank te Rotterdam wees eischers rechtsvordering af, omdat volgens haar het bewijs niet was geleverd, waar de grens tusschen Beningen en Spui liep en derhalve niet vaststond dat de pachter in eischers vischwater gevischt had. De eischer kwam van het vonnis der rechtbank in hooger beroep en herhaalde zijn bewering dat de plaats waar de pachter gevischt had binnen het gebied van zijn vischrecht had gelegen, dat deze plaats tegenwoordig weliswaar Spui heet, maar vroeger ten tijde van de vestiging van het vischrecht de Beningen was genaamd en legde tot bewijs daarvan oude kaarten over. De geïntimeerde beweerde hiertegenover dat de tegenwoordige grens tusschen Spui en Beningen tot op het bewijs van het tegendeel, ook als de oorspronkelijke zou moeten worden aangenomen. Naar aanleiding hiervan overwoog het Hof te 's-Gravenhage bij zijn arrest van 25 Juni 1894, W. 6550, dat zoodanig vermoeden, wat daarvan in het algemeen

moge zijn, in dit geval wijkt en wel in de eerste plaats: „voor de door appellant overgelegde bescheiden uit vroeger eeuwen, in het bijzonder wel uit de verschillende *oude kaarten, welke ofschoon niet voldoende aan de voor schriftelijk bewijs geldende wettelijke regelen als historische bronnen van wetenschap den rechter omtrent verleden toestanden mogen inlichten,* uit welke kaarten toch een veel noordelijker grens tusschen de beide wateren blijkt dan de door den geïntimeerde beweerde enz."

Hier zien wij dus duidelijk een toepassing van de historische methode, met de openhartige bekentenis er bij dat hier niet een bewijsconstructie volgens de beginselen van ons bewijsrecht heeft plaats gehad. Men vergelijke ook het arrest van het Hof te 's-Gravenhage van 31 Mei 1915, N. J. 1916, 35, waarin ook bewijskracht aan oude kaarten wordt toegekend, zonder dat het Hof het doet voorkomen alsof hier het bewijsmiddel vermoedens is aangewend. Dat de rechter bij het toepassen van de historische methode de beginselen van ons bewijsrecht niet in acht neemt blijkt ook uit het arrest van het Hof te 's-Hertogenbosch van 17 Maart 1914, W. 9621 waarbij het besliste dat „vermeldingen van het recht in oude stukken bewijs opleveren van het bestaan van dat recht ook tegenover derden" en uit het arrest van hetzelfde college van 1 Maart 1921, W. 10710, waarbij het uitmaakte, dat het voorschrift van art. 1925 B. W. de kracht van een schriftelijk bewijs is in de oorspronkelijke akte gelegen niet op oude stukken van vóór 1838 kan worden toegepast en deze beslissing motiveerde met te overwegen: „dat oude copie-akten zeker die voortgekomen uit openbare archieven, dan ook steeds in de jurisprudentie als geldige bewijsmiddelen zijn erkend geworden, tenzij er bleek of de tegenpartij kon aantoonen, dat om de eene of andere reden hun die bewijskracht niet toekwam", en

ten slotte uit het arrest van het Hof te 's-Gravenhage van 9 April 1915, W. 9870 waarin onomwonden werd verklaard, dat de in het geding overgelegde stukken: „als uit een kerkelijk archief afkomstig tegenover derden en dus ook tegenover geïntimeerden bewijskracht hebben".

Wij zagen dat onze rechter in de door ons besproken gevallen zich niet gebonden achtte aan de beginselen van ons tegenwoordig bewijsrecht. Wij zagen niet, dat hij zich gebonden achtte aan de beginselen van een ander bewijsrecht, b.v. van dat hetwelk van kracht was ten tijde van het ontstaan van het recht, tot welks bestaan hij besloot, doch dat hij bij de beantwoording der vraag of een bepaald feit (gewoonlijk vermoeden genoemd) op grond waarvan tot het bestaan van een subjectief recht kon worden besloten, zich slechts gebonden achtte door de beginselen van wetenschappelijk historisch onderzoek. Ook al neemt men dus als juist aan, dat naar ons oud-Vaderlandsch recht het bewijs van rechten door vermoedens algemeen was toegelaten, bestaat er een essentieel verschil tusschen de toepassing van de historische methode en de toepassing van de beginselen van ons oud-Vaderlandsch bewijsrecht krachtens art. 47 van de wet van 16 Mei 1829 (Stbl. no. 29) houdende bepalingen wegens den overgang van de vroegere tot de nieuwe wetgeving ten aanzien van een recht, dat onder zijn heerschappij zou zijn ontstaan. Bewijs door vermoedens heeft slechts dan plaats, wanneer de feiten, waaruit de rechter zijn gevolgtrekking maakt *processueel* vaststaan, is dit laatste niet het geval, staan de feiten slechts *historisch* vast, dan beweegt de rechter bij het maken van zijn gevolgtrekking zich niet meer op het gebied van het recht, doch op dat der geschiedenis.

Thans zullen wij de vraag bespreken of door de schriftelijke erkenning van een recht of van een rechtsbetrek-

king, dat recht of die rechtsverhouding in rechte *bewezen* kan worden.

Iedereen zal ons toegeven, dat de rechter, wanneer in een geding een partij A zich beroept op een door haar tegenpartij B geteekend geschrift, waarin B uitdrukkelijk erkent, dat een zeker stuk grond A in eigendom toebehoort, er bij het geven van zijn beslissing van uit moet gaan, dat A eigenaar van dat stuk grond is; drukt men zich nu theoretisch juist uit, wanneer men zegt dat A zijn eigendomsrecht bewezen heeft?

Nemen wij eens aan dat er vroeger een geschil tusschen A en B heeft bestaan, waaraan zij een eind hebben gemaakt door een dading aan te gaan, bij welke overeenkomst B erkend heeft, dat A van een zeker stuk land eigenaar is. Wanneer B nu later in een geding met A diens eigendomsrecht op dat stuk land zou ontkennen, dan zou A zich zeker kunnen verweren met een beroep op de met B gesloten dading; zoo noodig zal hij de akte, waarbij de dading is aangegaan, in het geding brengen om haar te bewijzen. Doet A zulks, dan staat het, naar wij meenen, onomstootelijk vast, dat de rechter in dat geval bij zijn beslissing zal moeten aannemen dat A eigenaar is van bedoeld stuk land. Waarom? Omdat de tusschen A en B gesloten dading hen *bindt*. Door bij de dading A als eigenaar te erkennen heeft B zich verbonden om A's eigendomsrecht in de toekomst niet meer te betwisten of te ontkennen. Maakte B's ontkenning het noodig dat A de akte van dading in het geding bracht, dan heeft A door middel van die akte de tusschen hem en B gesloten dading bewezen en op grond van die dading zal de rechter moeten aannemen, dat A de eigenaar van het stuk land in quaestie is. Kan men nu zeggen, dat A door middel van die akte zijn eigendomsrecht *bewezen* heeft? Ook al neemt men

met ons aan, dat naar ons recht akten materieele bewijskracht hebben d. w. z. dat men er niet alleen mede bewijzen kan *dat* de onderteekenaars verklaard hebben (tegenover iedereen), doch ook wat zij verklaard hebben (tegenover hen), dan is men toch niet tot een bevestigend antwoord verplicht. De materieele bewijskracht kan zeer goed tot de feiten beperkt zijn. Niets dwingt ons tot de conclusie dat door de akte van dading A's eigendom *bewezen* is. Wij achten het dan ook theoretisch juister te zeggen, dat de dading partijen *bindt* d. w. z. haar verbiedt elkaar de rechten te betwisten of te ontkennen, die zij tegenover elkaar erkend hebben, en dat de rechter op een betwisting of een ontkenning in strijd met dat verbod gedaan geen acht mag slaan.

Even goed als men nu door middel van een dading aan een *bestaand* rechtsgeschil een eind kan maken, zoo kan men ook een overeenkomst sluiten om een rechtsgeschil *in de toekomst* te voorkomen. Dit doet men, wanneer men een recht van een ander uitdrukkelijk schriftelijk erkent en deze dit geschrift aanneemt. Ook een zoodanige overeenkomst is, tenzij de wet anders bepaalt, bindend in denzelfden zin als een dading dit is; op een betwisting of een ontkenning in strijd hiermede gedaan, mag de rechter geen acht slaan. Door zich in een geding tegenover B op een door deze schriftelijk gedane erkenning van zijn eigendomsrecht te beroepen *bewijst* A zijn eigendomsrecht dus niet, doch belet hij dat B's ontkenning of betwisting van dat recht gevolg heeft, maakt hij die ontkenning krachteloos.

Wij achten het derhalve theoretisch onjuist om met Meijers te spreken van de bewijskracht eener schriftelijke erkenning van rechten. Juister zou het volgens ons zijn te spreken van de verbindende kracht van een schriftelijke erkenning van rechten. Wij zouden ons met

zijn betoog vervat in zijn reeds genoemd artikel „de bewijskracht eener schriftelijke erkenning van rechten" geheel kunnen vereenigen, indien de schrijver in plaats van de „bewijskracht" de „verbindende kracht" van de schriftelijke erkenning van rechten had geschreven. Ook de Hooge Raad drukte zich in zijn arrest van 24 Maart 1916 (N. J. 1916, 558, W. 9973, W. P. N. R. no. 2462) naar onze meening onjuist uit met te zeggen: „dat de erkenning eener rechtsgeldige verbintenis, door den schuldenaar bij akte van schuldbekentenis gedaan het bestaan dier verbintenis bewijst". Juister had ons hoogste rechtscollege zich onzes inziens uitgedrukt, indien het gezegd had: „dat door de erkenning eener rechtsgeldige verbintenis door den schuldenaar bij akte van schuldbekentenis gedaan, het bestaan dier verbintenis tusschen partijen komt vast te staan".

Wat wij hier zeggen van een dading of schriftelijke erkenning eener verbintenis, geldt evenzeer van een gerechtelijk gewijsde, waarbij een recht als aan een der partijen toekomende is erkend. Mocht een der partijen b.v. haar wederpartij een recht dat bij een gerechtelijk gewijsde als deze laatste toekomend is erkend betwisten, dan zal deze door zich op dat gerechtelijk gewijsde te beroepen en bij ontkenning door de overlegging van een expeditie het bestaan van dat gerechtelijk gewijsde te bewijzen, aan die betwisting haar kracht ontnemen. Een gerechtelijk gewijsde bindt partijen in denzelfden zin als een dading dat doet. (Zie art. 1895 B. W.)

Onze eindconclusie laat zich aldus samenvatten:

Aan ons objectief recht ligt het beginsel ten grondslag, dat de rechter in geval van ontkenning een gesteld subjectief recht of een rechtbetrekking niet als bestaande mag erkennen, indien de feiten, waaraan het objectieve

recht dat recht of die rechtsbetrekking als gevolg verbindt, niet ten processe vaststaan.

Het is den rechter derhalve verboden, behalve in de gevallen, waarin de wet zulks uitdrukkelijk voorschrijft of de aard van het recht (bezitrecht en eigendomsrecht van roerend goed) of van de rechtsbetrekking (verhouding van huur en verhuur en dienstbetrekking) zulks medebrengt, op grond van vermoedens rechtstreeks tot het bestaan van een recht of rechtsbetrekking te besluiten.

In het algemeen zijn slechts feiten, geen subjectieve rechten of rechtsbetrekkingen, voorwerp van bewijs. Behoudens de gevallen, waarin op grond van vermoedens tot het bestaan van eigendomsrecht van onroerend goed werd besloten (1), heeft onze rechtspraak deze beginselen ten aanzien van rechten en rechtsbetrekkingen, die onder onze tegenwoordige wetgeving zouden zijn ontstaan, als juist erkend.

Rechten, wier feitelijke grondslag is gelegen in een tijdperk, dat reeds tot de geschiedenis behoort, heeft de rechter meermalen op grond van historische gegevens (gewoonlijk vermoedens genoemd) als bestaande erkend.

Tenzij de wet het tegendeel bepaalt, bindt een schriftelijke erkentenis van een recht of rechtsbetrekking hem, die haar aflegde, in dien zin dat de rechter bij een beroep op die erkentenis tegenover hem op een ontkenning zijnerzijds geen acht mag slaan.

Gorinchem, Maart 1924

---

(1) Hoe onze rechter er toe kwam om in het algemeen eigendomsrecht op onroerend goed door middel van vermoedens bewijsbaar te achten, zullen wij in een afzonderlijk artikel bespreken.

N. G. Veldhoen, Ned. Herv. predikant te Alphen aan den Rijn. *Het proces van den apostel Paulus.* Academisch proefschrift, Leiden 1924.

Zou een onderwerp als het proces van den apostel Paulus niet reeds om den persoon, dien het geldt, in breede kringen belangstelling wekken, die belangstelling althans verdienen? Ik voel mij overtuigd, de vraag in stellig bevestigenden zin te mogen beantwoorden, vooral wanneer zooals hier de schrijver op merkwaardige wijze theologische en juridische vorming in zich vereenigt. Met een werk, dat van grondige studie getuigt en bovendien in aantrekkelijken vorm is gesteld, heeft hij onze Romanistische litteratuur verrijkt. Al heeft hij hier en daar eene vergissing begaan — kon het anders bij een moeilijk onderwerp als dit, waarbij diepgaande kennis zoowel van Romeinsche als van Israëlietische aangelegenheden vereischt werd? — toch heeft hij in vele opzichten onze kennis verrijkt. Moge dit mijn gunstig oordeel in de volgende regelen stilzwijgend worden ondersteld en niet worden uit het oog verloren, wanneer ik somtijds met den Schr. niet kan meegaan.

Den lezer van de Handelingen der Apostelen is de aanleiding tot het proces bekend. Toen Paulus zich te Jeruzalem bevond, werd hij door de Joden beschuldigd, met de wet strijdige leeringen te hebben verkondigd en bovendien een heiden, den Griek Trophimus binnen den tempel te hebben geleid (21, 28 vlg.). Ingevolge die aanklacht werd de apostel door den Romeinschen krijgstribuun Claudius Lysias gearresteerd en in boeien geslagen (21, 33). Zelfs noopte de dreigende houding der menigte den krijgstribuun te bevelen, dat Paulus onder geeseling zou worden verhoord (22, 24). Doch toen Paulus zich als Romeinsch burger bekend maakte (22, 25) en er op wees, dat hij als zoodanig niet gegeeseld mocht worden, bleef hij voor dit laatste gevrijwaard en werden bovendien zijne boeien geslaakt (22, 30).

Uit een rechtshistorisch oogpunt is de eerste vraag deze, welke Romeinsche wet(ten) Paulus voor de geeseling vrijwaarde(n). De Schr. (blz. 34) verwijst hiervoor in de eerste plaats naar de *lex Julia de vi publica*, subsidiair naar de oudere *lex Porcia*. „Het kan . . . . niet anders", zegt hij, „of Paulus heeft zich beroepen op deze wet (bedoeld wordt de *lex Julia de vi publica*) waarachter dan de *lex Porcia* ligt."

Ten betooge, dat het beroep van den apostel Paulus steunde op de *lex Julia de vi publica* beroept Mr. VELDHOEN zich op PAULUS *Sententiae* V, 26, 1, *lege Julia de vi publica damnatur qui aliqua potestate praeditus civem Romanum antea ad populum provocantem, nunc imperatorem appellantem necaverit, necarive insserit, torserit, verberavit inve publica vincula duci insserit.*

In tegenstelling met Mr. VELDHOEN ben ik van meening, dat het beroep van den apostel Paulus in de *lex Julia de vi publica* geen steun vond. Van de verschillende argumenten, die mij tot deze opvatting nopen, is het eerste de omstandigheid dat blijkens de terminologie de *lex Julia de vi publica* alleen voor de stad Rome gold, dus niet voor de provinciën.

Dit blijkt in de eerste plaats uit de uitdrukking (*de vi*) *publica*. *Publicus* doelt bijna altijd op de stad Rome als woonplaats van het *populus Romanus*. *Vis publica* is eene machtsuitoefening die namens het *populus Romanus* plaats vindt, hetgeen alleen te Rome denkbaar is. Dit geldt natuurlijk ook van *vincula publica*.

Dit geldt eveneens van het begrip *potestas*: de wet onderstelt een Overheidspersoon, die met *potestas* is bekleed (*potestate praeditus*). Nu onderscheidt het Romeinsche Staatsrecht — ook in den eersten Keizertijd — streng tusschen tweeërlei Overheidsgezag, *potestas* en *imperium* (1). *Potestas* is de civielrechtelijke macht, welke in de hoogste mate toekomt aan het Romeinsche volk en door dit laatste *binnen zijne woonplaats* (de stad Rome) kan worden gedelegeerd. Al wordt sinds het einde der Republiek het streven merkbaar, ook buiten Rome, doch in Italië de civielrechtelijke *potestas* uit te oefenen (2), dit blijft het karakter dragen eener machtsoverschrijding. Staatsrechtelijke *potestas* is in beginsel alleen te Rome bestaanbaar en is in de provinciën ondenkbaar.

Naast de civielrechtelijke *potestas* staat het krijgsgezag, het *imperium*, dat overal buiten Rome wordt uitgeoefend. Zoo treedt in de provinciën de Romeinsche Overheid niet op krachtens *potestas*, doch krachtens *imperium*. Toen de krijgstribuun Claudius Lysias den apostel Paulus wilde doen geeselen, maakte hij gebruik van uit het *imperium* voortvloeiende bevoegdheden.

Blijkens het bovenstaande was de *lex Julia de vi publica* om twee redenen niet toepasselijk op de betrekking tusschen den krijgstribuun Claudius Lysias en den apostel Paulus. Vooreerst had de wet geen betrekking op het *imperium* of krijgs-

---

(1) MOMMSEN, *Staatsrecht* I³, bl. 22 vlg. *Ges. Schr.* IV, bl. 99.

(2) Een voorbeeld daarvan bij TACITUS *ann.* 13, 28 (36 na Chr.) *simul prohibiti tribuni ius praetorum et consulum praeripere aut vocare ex Italia cum quibus lege agi posset.*

gezag krachtens hetwelk de krijgstribuun optrad (3). Bovendien gold zij niet in de provincies.

Er is echter meer. Afgescheiden van het bovenstaande blijkt uit de wet zelve dat zij geene betrekking had op de casuspositie. Op de aangehaalde plaats (PAULUS V, 26, 1) volgt onmiddellijk een tekst, die voorzoover mij bekend, bij de talrijke besprekingen van het proces van den apostel Paulus nog niet ter sprake is gebracht. PAULUS V, 26, 2, *Hac lege (Julia de vi publica) excipiuntur, qui artem ludicram faciunt, iudicati etiam et confessi et qui ideo in carcerem duci iubentur, quod ius dicenti non obtemperaverint, quive contra disciplinam publicam fecerint, tribuni etiam militum et praefecti classium alarumve, ut sine aliquo impedimento legis Juliae per eos militare delictum coerceri possit.*

Het blijkt dus, dat ingevolge *de lex Julia de vi publica* zelve hare bepalingen niet toepasselijk waren op krijgstribunen, derhalve ook niet op den krijgstribuun Claudius Lysias. Had dus de apostel zich tegenover dezen laatste op de *lex Julia de vi publica* beroepen, dan zou Paulus' geleerdheid hem — wel is waar niet tot razernij — maar toch tot eene vergissing hebben geleid.

Eene andere vraag is natuurlijk deze, op welke wet de apostel Paulus zich dan wel had kunnen beroepen. Mr. VELDHOEN verwijst, behalve naar de *lex Julia de vi publica*, ook naar de *lex Porcia*. Ook ik ben van meening dat deze laatste wet Paulus voor geeseling vrijwaarde.

Gaan wij thans na, wanneer deze *lex Porcia* is tot stand gekomen. De Schr. meent deze wet te moeten toeschrijven aan M. Porcius Cato maior (overleden in 149 v. Chr.) en steunt die opvatting op LIVIUS X, 9, 4 (4) en FESTUS (*pro scapulis*). Over beide bewijsplaatsen aanstonds nader.

Vaststaat, dat ten tijde der Republiek drie *leges Porciae* zijn tot stand gekomen (CICERO *de re publia* 2, 31, 57). Uit den aard der zaak moet slechts de laatste *lex Porcia* hier in aanmerking komen: het geldt immers hier eene strafzaak, die onder het Keizerrijk wordt behandeld. Nu vermeldt de aangehaalde plaats bij LIVIUS wel is waar eene *lex Porcia*, maar schrijft die niet toe aan M. Porcius Cato maior. De naam van den magistraat, die de wet tot stand heeft gebracht, wordt bij LIVIUS niet vermeld, zoodat althans uit deze plaats niet kan worden afgeleid, dat de Romeinsche wet, die den

---

(3) Wanneer MOMMSEN, die ons het onderscheid tusschen *potestas* en *imperium* heeft geleerd, in dezen (*Ges. Schr.* III, bl. 440) dit onderscheid over het hoofd heeft gezien, moet hier eenvoudig aan eene vergissing worden gedacht.

(4) LIVIUS X, 9, 4: *Porcia tamen lex sola pro tergo civium lata videtur, quod gravi poena, si quis verberasset necassetve civem Romanum, sanxit.*

apostel Paulus voor geeseling vrijwaarde, door Cato maior is tot stand gebracht.

Wat nu de plaats bij FESTUS betreft, zij luidt, voorzoover hier vereischt, aldus:

„*Cato in dissuasione de rege Attalo et vectigalibus Asiae: C. Licinio praetore remiges scribti cives Romani sub portisculum, sub flagrum conscribti veniere passim. Pro scapulis cum dicit Cato, significat pro iniuria verberum.*"

Gaan wij na, wat uit deze plaats valt af te leiden. Het blijkt, dat een Romeinsch magistraat, Cato geheeten, eene redevoering heeft gehouden over de nalatenschap van Koning Attalus III van Pergamum, die het Romeinsche volk tot zijn erfgenaam had ingesteld, en over de instelling van belastingen in de Romeinsche provincie Azië. Blijkbaar bestreed Cato het plan, de opbrengst der nalatenschap onder de Romeinsche burgers te verdeelen en in de provincie Asia belastingen te heffen. Doch in die redevoering besprak hij ook misbruiken, die sinds lang in het Romeinsche leger werden aangetroffen bij de lichting van manschappen, die voor den dienst op de vloot werden aangewezen. Met name bracht hij in herinnering het gebeurde ten tijde dat C. Licinius praetor was (172 v. Chr., LIVIUS 42, 27), toen sommige Romeinsche burgers als roeiers waren ingeschreven, m. a. w. voor den dienst op de vloot door de militaire Overheid waren aangewezen. Dat het bij die inschrijving (en bij den daarop volgenden gang naar de haven van vertrek) hardhandig toeging, blijkt uit de mededeeling, dat die inschrijving plaats vond onder den *portiseulus* (d. i. onder den hamer waarmede bij het roeien de maat werd aangegeven, doch waarmede nu de dienstplichtigen werden geslagen) en onder den *flagrum* of geesel. Hetgeen Cato zegt, komt dus hierop neer, dat in 172 v. Chr. de dienstplichtigen, die voor den dienst op de vloot waren aangewezen, met hamer- en geeselslagen naar de haven van vertrek moesten worden gedreven. In die redevoering van Cato kwam eveneens voor de uitdrukking *pro scapulis*, letterlijk voor de schouders, in de beteekenis van: voor de geeselslagen.

Eerst in den laatsten tijd is komen vast te staan, door welken Cato de bedoelde redevoering is gehouden. Te voren was de plaats bij FESTUS eene ware *crux interpretum*. Aangaande die plaats zegt CICHORIUS, *Untersuchungen zu Lucilius* S. 84: „Diese Stelle hat bisher allen Erklärern ganz verzweifelte Schwierigkeiten bereitet". Men heeft haar toegeschreven aan Cato maior (overleden 149 v. Chr.). Doch zij maakt melding van *vectigalia Asiae*, welke eerst sedert 123 v. Chr. bestonden, toen Cato maior dus reeds meer dan 25 jaar overleden was. Cato maior kan dus onmogelijk de bedoelde redevoering hebben gehouden. Daarom betoogt CICHORIUS, naar wien wij verwijzen, op afdoende gronden, dat de tekst bij

FESTUS niet van Cato maior afkomstig is, doch van zijn kleinzoon M. Cato, consul in 118 v. Chr. en dus tijdgenoot der Gracchen. Deze M. Cato moet dus de bij FESTUS bedoelde redevoering hebben uitgesproken en de *lex Porcia* tot stand hebben gebracht. Te meer moet dit worden aangenomen, omdat deze M. Cato, de consul van 118 v. Chr., bevriend was met Tiberius Gracchus (5) en omdat CICERO herhaaldelijk de *lex Porcia* met de Gracchen in verband brengt. CICERO *pro Rabirio* 4, 13. *Tu mihi etiam legis Porciae, tu C. Gracchi, tu horum libertatis . . . . . mentionem facis?* VERR. V, 67, 163. *O lex Porcia legesque Semproniae!*

Op deze *lex Porcia* heeft betrekking de in het proefschrift van Mr. VELDHOEN opgenomen zeer fraaie reproductie der munt van M. Porcius Laeca. Op de achterzijde der munt vinden wij in het midden een soldaat in wapenrusting, vóór hem staat een *magistratus Romanus togatus,* naar wien hij de hand uitstrekt; achter hem een lictor met de *fasces,* en onder dat alles het bekende „*provoco*".

Nu voldoende vaststaat, dat deze *lex Porcia* in het tijdperk der Gracchen moet zijn tot stand gekomen, zij het mij vergund eene poging tot dateering dier wet te doen. Terecht wordt algemeen aangenomen, dat zij vóór den Jugurthijnschen oorlog (SALLUSTIUS, Jug. 69) moet zijn tot stand gekomen (6). Aan den anderen kant kan deze wet tot bescherming van den Romeinschen burger tegen het imperium van den magistraat onmogelijk ouder zijn dan het jaar 138 v. Chr. Dit toch blijkt uit LIVIUS ep. 55: *C. Matienus accusatus est apud tribunos plebis, quod exercitum in Hispania deseruisset, damnatusque sub furca diu virgis caesus est et sestertio nummo veniit.*

De deserteur C. Matienus verlaat het leger in Spanje en vlucht naar Rome, doch wordt daar in hechtenis genomen. Hij spreekt wel is waar de *provocatio ad populum* uit en richt zich dientengevolge tot de volkstribunen. Aangezien dezen laatsten is gebleken, dat de deserteur het leger heeft verlaten en dus „provoceert" tegen het *imperium* van den Romeinschen veldheer, geven zij aan de *provocatio* geen gevolg, op grond dat tegen het *imperium* van den magistraat geen *provocatio* is toegelaten. Vandaar dat de volkstribunen de volksvergadering niet bijeenroepen, doch toelaten dat Matienus naar krijgsrecht met geeseling en verlies der vrijheid gestraft wordt. Uit den samenhang bij LIVIUS blijkt, dat dit laatste in 138 v. Chr. is geschied. De *lex Porcia,* die den Romeinschen burger tegen het *imperium* van den veldheer beoogde te beschermen, was dus destijds nog niet tot stand gekomen.

Intusschen heeft het gebeurde met C. Matienus, zooals hier-

---

(5) CICERO de amicitia 11, 39. *At vero Ti. Gracchum sequebantur C. Carbo, C. Cato.*

(6) Vgl. MOMMSEN, *Strafrecht* bl. 31, noot 3.

onder zal blijken, tot eene beweging geleid, welke het verleenen van *provocatio* aan den Romeinschen burger die in het leger diende ten doel had. Al was in dat geval de *provocatio* destijds nog niet toegelaten, toch blijkt dat Scipio Aemilianus — ongetwijfeld onder den druk der publieke opinie — den Romeinschen burger, die in het leger dienst deed, zooveel moglijk spaarde. Immers, wij lezen bij LIVIUS ep. 57: (*Scipio*) *quem militem extra ordinem deprehendit, si Romanus esset, vitibus si extraneus, fustibus cecidit.*

Het blijkt dus, dat Scipio, toen hij Numantia belegerde, den schuldigen Romein met een tak van de wijnstok, den niet-Romein daarentegen met den knuppel liet slaan, als wilde hij te kennen geven, dat hij als veldheer slechts noode zijne medeburgers tot lijfstraffen veroordeelde. Het was dus niet te verwachten dat hij zich zou verzetten, wanneer den Romeinschen burger, die als soldaat in het leger diende, het recht van *provocatio* tegen geeselstraf werd toegekend. Op mij althans heeft deze plaats bij LIVIUS reeds jarenlang den indruk gemaakt, dat zij de invoering van *provocatio* ten behoeve van Romeinsche burgers, die in het leger dienden, moest toelichten en rechtvaardigen. Te meer schijnt die opvatting juist, omdat de invoering van dien maatregel het gezag van een beroemd en voorspoedig veldheer noodig had. De Romeinen konden alleen dan den burger tegen het *imperium* van den magistraat *provocatio* verleenen, wanneer een veldheer van erkend gezag als Scipio Aemilianus dezen maatregel toelaatbaar had verklaard. De *lex Porcia*, waarbij de bedoelde *provocatio* is ingevoerd, kan dus niet jonger zijn dan het jaar 129 v. Chr., het sterfjaar van Scipio Aemilianus. Omdat de *lex Porcia* alleen dan verklaarbaar is, wanneer zij door een veldheer als Scipio Aemilianus wordt verdedigd en toegelicht, is deze wet stellig tot stand gekomen in 129 v. Chr. toen Scipio — stellig in het belang van het leger — de rechten der bondgenooten door eene wet wilde doen uitbreiden (7). Ongetwijfeld heeft hij tegelijkertijd betoogd dat aan den Romeinschen burger, die in het leger diende, het recht van *provocatio* moest worden toegekend. En wat den soldaat werd toegekend, kon onmogelijk den Romeinschen burger, die niet in het leger diende, ont-

---

(7) APPIANUS b. c. 1, 19, 78 vlg. . . . . οἱ Ἰταλιῶ ται Κορνήλιον Σκιπίωνα, ... ἠξίουν προστάτην σφῶν ἀδικουμένων γενέσθαι. ὅ δ᾽ἐς τοὺς πολέμους αὐτοῖς κεχρημένος προθυμοτάτοις ὑπεριδεῖν τε ὤκνητε . . . . . Blijkbaar moet hier gedacht worden aan bepalingen der *lex Porcia* ter bescherming van bondgenooten. Vgl. *lex Antonia de Termessibus* II, regel 10 vlg., *neive quis magistratus prove magistratu legatus neive quis alius facito neive inperato, quo quid magis iei dent praebeant ab ieisve auferatur, nisei quod eos ex lege Porcia dare praebere oportet oportebit* (BRUNS—MOMMSEN, *Fontes* I⁷, p. 94).

houden worden. Onze slotsom is dus deze, dat in 129 v. Chr., op voorstel van den volkstribuun M. Porcius Cato de *lex Porcia* tot stand is gekomen, waarbij aan ieder Romeinsch burger, onverschillig of hij al dan niet in het leger diende, het recht van *provocatio* is toegekend tegen het *imperium* van den magistraat. Bij de toelichting van zijn wetsontwerp zal deze Cato de redevoering hebben gehouden, waarvan een fragment bij Festus is bewaard. Blijkens dit fragment bracht Cato in herinnering, dat ook bij de lichting van manschappen voor de vloot, die in 172 v. Chr. tegen Perseus, den Koning van Macedonië, uitgezonden werd, Romeinsche burgers gegeeseld en als slaven verkocht waren. Toen Cato in 129 v. Chr. dit mededeelde, had hij dus in het bijzonder het oog op manschappen, die naar een overzeeschen oorlog werden uitgezonden. En dit past volkomen bij C. Matienus (Livius ep. 55) en in het algemeen bij de soldaten, die eenige jaren te voren over zee naar Spanje waren gezonden om onder Scipio Aemilianus Numantia te belegeren. Het fragment bij Festus doelt bovendien op Romeinsche burgers, die door de militaire Overheid voor den dienst op de vloot zijn aangewezen, met hamer- en geeselslagen naar de plaats van bestemming zijn geleid en later, nadat zij overal (*passim*) zijn opgespoord, als slaven worden verkocht. Dit laatste is alleen hieruit te verklaren, dat zij — evenals Matienus bij Livius ep. 55 — gedeserteerd zijn.

Zooals te Rome gebruikelijk was, zal de in 129 v. Chr. bij de *lex Porcia* tot stand gekomen regeling der *provocatio* bij latere wetten zijn herhaald en in herinnering gebracht. Hoe dit ook zijn moge, het was deze regeling der provocatio, welke den krijgstribuun in Hand. 22, 29 weerhield, den apostel Paulus te geeselen.

Een ander punt, ten aanzien waarvan ik met den Schr. van meening verschil, betreft de poging tot tempelontwijding. De Joden meenden, dat Paulus den Ephesiër Trophimus, een heiden, in den tempel had gebracht. Dienaaangaande zegt de Schr. (bl. 57) :„gesteld, dat dit werkelijk was geschied en bewezen kon worden, dan had Paulus, hoewel een Romein zijnde, door het Sanhedrin ter dood veroordeeld kunnen worden, en de stadhouder had, na het vonnis getoetst en naar Romeinsch recht in orde bevonden te hebben, dit moeten bevestigen en executeeren".

De Schr. neemt hier een verplichting der Romeinsche Overheid aan, om een doodsvonnis te bevestigen en te voltrekken, dat uitgesproken is over een Romeinsch burger die zich binnen de grenzen van het heilige tempelterrein heeft gewaagd. Die verplichting kan ik niet aannemen. Wel was op straffe des doods volgens Joodsch recht aan iederen niet-Jood verboden, een voet te zetten binnen dit gebied. Wel eerbiedigden de Romeinen dit voorschrift inzoover dat zij — het blijkt uit

de bekende Grieksche inscriptie, waarvan de tekst bij den Schr. te vinden is — waarschijnlijk oogluikend den Joden toelieten, op staanden voet den niet-Jood te dooden, die binnen het terrein werd aangetroffen. Men heeft hier blijkbaar te doen met eene soort lynchwet. Maar daaruit volgt niet dat de Romeinsche Overheid zich verplicht achtte, deze eigenrichting ook dan als wettig te erkennen, wanneer zij zich tegen een Romeinsch burger had gekeerd. Eene zoodanige verplichting vind ik evenmin vermeld bij SCHÜRER, Geschichte des Jüdischen Volkes II, bl. 209 vlg.

„Für einen speciellen Fall war den Juden das Zugeständniss gemacht worden, dass selbst gegen römische Bürger nach dem Masstab des jüdischen Gesetzes verfahren wurde. Wenn nämlich ein nicht-Jude im Tempel zu Jerusalem die Schranke überschritt, über welche hinaus nur den Juden ein weiteres Vorgehen in den inneren Vorhof gestattet war, so wurde er mit dem Tode bestraft, selbst wenn er ein Römer war. Natürlich bedurfte auch in diesem Fall das Urtheil des jüdischen Gerichtes der Bestätigung durch den römischen Procurator. Denn aus den Worten, mit welchen bei Josephus davon die Rede ist, darf nicht geschlossen werden, dass die Juden auch nur in diesem Specialfall ein unbedingtes Recht sum Vollzug der Todesstrafe hatten. Auch aus der Thatsache der Steinigung des Stephanus (Act. 7, 57 flg.) geht ein solches nicht hervor. Diese ist vielmehr entweder eine Competenzüberschreitung oder ein Act tumultuarischer Volksjustiz."

Duidelijker nog spreekt MOMMSEN, *Jur. Schr.* III, p. 441, noot 6 zich uit: „In römischer Zeit richtet sich dies Verbot (bedoeld wordt het verbod, het tempelterrein te betreden) ohne Zweifel zunächst gegen die in Jerusalem garnisonierenden Soldaten und wird als Militärdelict streng behandelt worden sein, aber man darf doch billig zweifeln, ob ein römischer Stattthalter den Juden, der hiegegen sich vergangen hatte, capital bestraft haben würde". Wat twijfelachtig is wanneer een Jood de schuldige is, is stellig onaannemelijk wanneer het een Romeinsch burger betreft. Ik acht het niet denkbaar dat — althans in normale toestanden — de Romeinsche stadhouder zou medewerken om een doodsvonnis te voltrekken aan een Romeinsch soldaat eenvoudig omdat deze laatste het gewaagd had, een kijkje te nemen in den Tempel te Jeruzalem.

Nadat Porcius Festus den apostel gevraagd heeft, of hij de verdere behandeling zijner zaak naar Jeruzalem wenscht te zien overbrengen, antwoordt Paulus (Hand. 25, 10): ἐστὼς ἐπὶ τοῦ βήματος Καίσαρός εἰμι, οὗ με δεῖ κρίνεσθαι. Volkomen juist zegt MOMMSEN, *Jur. Schr.* III, p. 445, 1, dienaangaande: „Die Worte des Paulus können nur ausdrücken, was nachher einfacher gesagt wirdt: Καίσαρα ἐπικαλοῦμαι; unmöglich

kann jenes βῆμα dass statthalterliche sein". Hiertegen voert de Schr. aan (bl. 78), dat in de papyri herhaaldelijk het βῆμα van den stadhouder in Egypte genoemd wordt: τὸ ἱερώτατον τοῦ ἡγεμόνος βῆμα. Volgens den Schr. is voor Paulus het βῆμα Καίσαρος dat van den stadhouder, zoolang Festus nog niet beslist heeft.

Ik kan mij met deze opvatting niet vereenigen. Het is mij niet duidelijk, hoe de Schr. hier aan de benaming van den rechterstoel van den praefect in Alexandrië een argument kan ontleenen. Die rechterstoel wordt als „zeer heilig" gekwalificeerd omdat de praefect te Alexandrië de rechtsopvolger is der Ptolemaeen, wier koninklijke waardigheid een sterk sprekend sacraal karakter had. Maar de rechterstoel van den praefect is niet τὸ βῆμα Καίσαρος, maar τὸ βῆμα τοῦ ἡγεμόνος. MOMMSEN's opvatting van Hand. 25, 10 acht ik dan ook volkomen juist.

Oorsprong en rechtskarakter der *appellatio* op den Keizer zijn den Schr. niet geheel duidelijk. Wij lezen (bl. 88) het volgende: „(De *appellatio*) is een rechtsmiddel, dat in zijn wezen geheel vreemd is aan het oud-Romeinsche recht. Hier vinden we de mogelijkheid, dat van een vonnis van een lageren rechter geappelleerd kon worden op een hoogeren; de hoogere rechter kon in tweede instantie het vonnis niet alleen casseeren, maar ook reformeeren. . . . . Omtrent het ontstaan, den aard en den rechtsgrond van deze voor de Romeinen inderdaad nieuwe schepping heerscht groote onzekerheid en als gevolg daarvan verschil van meening. MOMMSEN schrijft: „es liegt im gansen Gebiet des römischen Staatsrechts nichts so im Dunkel wie die Appellation an den Kaiser" en dat wijl het „an authentischen Berichten mangelt" (*Staatsrecht* II, 2, p. 918).

Toegegeven dat aan MOMMSEN *destijds* de oorsprong der *appellatio* niet duidelijk was. Dit neemt echter niet weg dat hij *in later tijd* een volkomen helder inzicht in deze rechtsinstelling heeft verkregen, dat hij in het kort *Strafrecht*, bl. 260, noot 2, heeft uiteengezet. Volkomen terecht merkt MOMMSEN aldaar op, dat de oorsprong van de *appellatio* op den Keizer gezocht moet worden in de macht van den Keizer als volkstribuun. Reeds onder de Republiek werd somtijds een beroep gedaan op de volkstribunen, hetzij om de *provocatio ad populum* in te leiden, hetzij om voor eene veroordeeling of voor de executie van een vonnis te worden gevrijwaard. (Een voorbeeld van dit laatste bij ASCONIUS *in oratiorum in toga candida*, ED. STANGL, p. 65. C. Antonius is gedaagde in een *iudicium imperio continens* en wordt door den praetor M. Lucullus veroordeeld. Nu heet het bij ASCONIUS: *Quum Lucullus id quod Graeci* (de eischers) *postulabant decrevisset, appellavit tribunos* (*Antonius.*)

Uit den aard der zaak werd onder de Republiek de *appellatio* tot alle negen volkstribunen gericht, die allen dezelfde *potestas tribunicia* hadden. Doch na den slag bij Actium heeft de Senaat de *tribunicia potestas* van Augustus, die destijds ook volkstribuun was, in drieërlei opzicht uitgebreid. Vooreerst zou zij levenslang van kracht blijven. In de tweede plaats zou zij ook buiten de stad kunnen werken (dit althans schijnt uit de desbetreffende, incorrecte mededeeling bij Dio Cassius 51, 19, te moeten worden afgeleid). In de derde plaats zou de Keizer (ongetwijfeld als volkstribuun) bevoegd zijn, recht te spreken, wanneer een der partijen bij hem in beroep was gegaan (ἔκκλητον δικάζειν). Op deze bepaling nu steunt het recht van beroep op den Keizer, in het bijzonder het beroep dat door den apostel Paulus is ingesteld.

Zeer leerzaam is het laatste hoofdstuk van het proefschrift, waar in verband met den Latijnschen papyrus B. G. U. 628 eene nieuwe verklaring gegeven wordt van het slotvers van de Handelingen der Apostelen. Blijkens dezen papyrus mag voor de regeering van Nero het volgende worden aangenomen (proefschrift bl. 112). Indien in appèlzaken de appellant zich afwezig hield, bleef het eerste vonnis van kracht; en indien de geïntimeerde wegbleef, dan zou ten gunste van den aanwezigen appellant beslist worden en deze dus worden vrijgelaten. In het edikt werden de termijnen nauwkeurig aangegeven; in geval van zaken, waarbij het om de doodstraf ging en partijen uit overzeesche gewesten kwamen, één jaar en zes maanden.

Met den Schr. (bl. 118) meen ook ik het volgende te mogen aannemen. Paulus is te Rome gevangen en moet wachten of binnen den gestelden termijn de Joden uit Jeruzalem tegen hem zullen verschijnen. Het verloop echter van de gebeurtenissen voor Felix, Festus en Agrippa en het schrijven van Festus, waarmede Paulus naar Rome was gezonden, waren voldoende om hen te doen vreezen, dat zij daar in het ongelijk zouden worden gesteld. De in Handel. 28, 30 vermelde termijn van twee geheele jaren, gedurende welke Paulus bleef in zijne eigene gehuurde woning, zal wel identiek zijn met de in den papyrus vermelden termijn van één jaar en zes maanden. Met den Schr. wil ook ik dit gaarne aannemen. En ten slotte moge ik opmerken, dat de termijn van één jaar en zes maanden, binnen welken het proces moet afloopen, waarschijnlijk identiek is met den termijn vermeld bij Gaius IV, 64. *Legitima sunt iudicia quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes cives Romanos sub uno indice accipiuntur; eague e lege Julia iudiciaria, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant et hoc est quod vulgo dicitur, e lege Julia litem anno et sex mensibus mori.*

Het blijkt dus dat ingevolge eene *lex Julia iudiciaria* de processen binnen een jaar en zes maanden een einde moeten nemen. Naar alle waarschijnlijkheid moeten onder deze *lex*

Julia iudiciaria de gezamenlijke twee *leges Juliae* (GAIUS IV, 30) worden begrepen, te weten de *lex Julia iudiciorum publicorum* en de *lex Julia iudiciorum privatorum*. Is deze opvatting juist, dan is de termijn van twee jaren, vermeld in Handel. 28, 30 eenvoudig eene minder juiste benaming voor hetgeen in de *lex Julia publicorum* als een jaar en zes maanden wordt omschreven.

Voor het oogenblik nemen wij afscheid van het werk van Mr. VELDHOEN. De bedenkingen, die ik heb moeten maken, golden in hoofdzaak ook zijne voorgangers in de behandeling van dit onderwerp en hebben mij niet verhinderd het proefschrift met genoegen te lezen. Moge hij werkzaam blijven in de studie van het rechtsleven der Oudheid, waar de oogst wel groot, maar de arbeiders weinige zijn.

J. M. NAP

Het Nederlandsche Staatsrecht

DOOR

Mr. R. KRANENBURG

Hoogleeraar aan de Universiteit van Amsterdam

EERSTE DEEL.

Haarlem — H. D. TJEENK WILLINK EN ZOON — 1924

Men behoort den hoogleeraar KRANENBURG dankbaar te zijn voor zijn belangrijke verrijking onzer staatsrechtelijke litteratuur met het voortreffelijke handboek, waarvan het eerste deel voor ons ligt. Wie zijn vorige publicaties heeft gelezen weet, voor hij het boek opslaat, dat zijn kennis vermeerderd en zijn inzicht verdiept zal worden. Meer dan wellicht iemand anders is de heer KRANENBURG in staat, ons het geldende Nederlandsche staatsrecht te teekenen tegen een achtergrond van rechtsfilosofie, rechtshistorie en rechtsvergelijking. Op geen dier terreinen is hij een vreemde en hij bezit de gave verband te leggen tusschen deze verschillende wetenschappen, die ook inderdaad innerlijk verwant zijn. Daarbij bezweek hij niet voor de verleiding, op de verderliggende problemen dieper in te gaan dan de samenhang met het eigenlijke onderwerp vorderde. Het geldende staatsrecht — zelf trouwens ook niet *te* breed behandeld — blijft hoofdzaak, de achtergrond domineert niet de figuur die in het midden der schilderij staat.

Zoo is het boek niet slechts interessant voor den lezer die vermag op te merken, welke algemeene studie achter deze behandeling onzer constitutie ligt, maar ook voor hem, wien het er meer om te doen is alleen maar een overzicht te verkrijgen van het Nederlandsche staatsrecht onzer dagen, al ontgaan hem misschien soms de attaches met de diepere vraagstukken die de schrijver aanvoert. De auteur kan dan ook verzekerd zijn van succes in ruimen kring. En dat te eerder, daar sinds „Onze Constitutie" verscheen — daargelaten het groote werk van STRUYCKEN, dat helaas slechts kon worden aangevangen — geen handboek over het Nederlandsche staatsrecht het licht zag.

Natuurlijk leent een handboek zich niet tot een resumtie. Wie zal trouwens — overigens een niet ongewone manier — van een handboek de recensie ter hand nemen om zich de lezing van het geschrift zelf te kunnen besparen? Daarbij is

de systematiek, waartoe zich een samenvatting toch wel zou moeten bepalen, in zooverre iets bijkomstigs, dat vooral hier het „variis modis bene fit" geldt. En de door Mr. Kranenburg gekozen manier, de indeeling naar de staatsfuncties en de daarmede samenhangende organen, voorafgegaan door een kort overzicht van het ontstaan van het Koninkrijk der Nederlanden als gedecentraliseerden eenheidsstaat, *is* ook o. i. goed en overzichtelijk.

Misschien is het jammer, dat het doorloopend verhaal onzer staatsrechtelijke ontwikkeling in 1815 is afgebroken, om in het vervolg stuksgewijze, in verband met speciale staatsrechtelijke onderwerpen, te worden voortgezet. Wellicht had ook in dit boek van meer principieelen aard een zoo breedvoerige behandeling van het evenredig kiesrecht kunnen zijn gemist, al begrijpen wij de belangstelling van den schrijver als volbloed democraat voor dit onderwerp, dat weinig bekoorlijks heeft voor hem die meer sceptisch staat tegenover de pogingen, steeds „zuiverder" den „volkswil" tot openbaring te brengen. Liever hadden wij b.v. meer plaats willen zien ingeruimd aan de bespreking van het revolutionaire tijdperk, dat èn met het oog op de relatie tusschen staatsrecht en staatsrechtelijke theorie èn met het oog op de continuïteit in het recht zoo bijzonder gewichtig is. Ook misten wij bij de geschiedenis van 1848 een verhaal van de op den Koning uitgeoefende pressie, die de reformatie min of meer maakte tot een revolutie welke zich in de vormen van het recht voltrok en die dus belang heeft voor de waardeering van wat toen voorviel.

Maar dit zijn allerminst ernstige grieven. Ook in de keuze der stof valt over de smaken niet te twisten en alles tezamen genomen valt ook naar onzen smaak de keuze te loven.

Echter moet ons, vóór wij eenige meer principieele opmerkingen maken, toch nog een min of meer ernstig bezwaar van het hart betreffende de wijze waarop de auteur soms zekere onderwerpen heeft behandeld.

Men zou dezen voortreffelijken kenner onzer parlementaire historie onrecht doen, als men hem in het algemeen partijdigheid verweet bij zijn beoordeeling van politieke tegenstanders. Maar niettemin blijkt een enkele maal ook uit zijn werk, hoe moeilijk het is, zich in de gedachte van dengene met wien men principieel niet homogeen is, volkomen te verplaatsen.

Wij denken allereerst aan de crisis van 1856.

Het is niet verwonderlijk, dat degenen, die voor Groen van Prinsterer een dergelijke bewondering hebben als de auteur voor diens grooten antagonist Thorbecke, nog steeds wat gevoelig zijn op het punt van de al of niet-weigering van Groen in 1856 om als kabinetsformateur op te treden. Toen kreeg — ziehier de gewone voorstelling — de eeuwige criticus een kans te toonen wat hij positief vermocht. En die kans heeft hij

laten glippen, omdat hij, zooals tot ons leedwezen ook KRANENBURG neerschrijft, „voor de aanvaarding van een ministerzetel was teruggedeinsd" (p. 145).

Welnu, is dat waar, dan beduidt dat een ernstige disqualificatie van een staatsman van GROEN's maat, tenzij wanneer hij goede redenen had voor deze afwijzende houding.

Doch — en dit is ons bezwaar — het *is* zeker *niet* waar, zooals het daar staat en dit had aan Prof. KRANENBURG bekend kunnen zijn. Niet slechts staat historisch vast, dat GROEN alleen maar is *gepolst* vanwege den Koning en dat hem de formatie niet is aangeboden, maar tevens, dat hij toen volstrekt niet heeft geweigerd, doch alleen gelegenheid voor rijp beraad heeft begeerd en als voorwaarde heeft gesteld voorafgaand overleg met de personen die voor een ministerschap in aanmerking kwamen, in tegenwoordigheid des Konings, van wien immers gebleken was, dat hij zich voor de onderwijsquaestie zeer interesseerde. Daarop wordt niets meer door GROEN vernomen, totdat VAN DER BRUGGEN, inmiddels door den Koning geheel buiten GROEN om voor de vorming van het Kabinet aangezocht, hem in een kort schrijven om een onderhoud vraagt, waarbij hij dan GROEN om zijn steun verzocht na hem te hebben meegedeeld: „*Ik, niet gij, ben de man van het oogenblik*". Dit zijn de feiten, voorzoover ons bekend, door niemand betwist. Wil men daaruit afleiden een terugdeinzen voor de aanvaarding van een ministerzetel, dan kan men zeker niet met een eenvoudige ongemotiveerde assertie volstaan (1).

Bovendien — dit in parenthesi — schept het verwarring, als men met Mr. KRANENBURG de L.O.-wet van 1857 „kleurloos" noemt. Niet omdat zij niet voldoende anti-revolutionair gekleurd was verliet GROEN de Kamer, maar omdat de wet wel verre van kleurloos, zeer bepaald liberaal was getint. GROEN althans zag — men zie zijn „Over het Ontwerp van wet op het Lager Onderwijs" (1857) — tusschen deze wet en het tweede ontwerp-VAN REENEN, waaraan de Koning zijn sanctie niet had willen geven, geen principieel verschil. Vandaar dat hij schrijven kon in de aanteekeningen, hieronder in een noot vermeld: „THORBECKE werd bondgenoot en meester. Ik werd plichtshalve opposant".

Bedenkelijker is intusschen, wat op bl. 205 over de kieswet-TAK wordt meegedeeld.

---

(1) Zie GROEN VAN PRINSTERER, „Hoe de Onderwijswet van 1857 tot stand kwam" (1876) blz. 18/26, vooral 35.

Mr. GROEN VAN PRINSTERER, een bibliografie, door Mr. T. DE VRIES (1908) bl. 117, met een excerpt uit aanteekeningen van GROEN.

ELOUT VAN SOETERWOUDE, door Mr. D. P. D. FABIUS (1894) bl. 22, noot 2, met een mededeeling van ELOUT aan Mr. FABIUS over het gebeurde en een opgave van verdere litteratuur over de zaak.

Dat Prof. KRANENBURG, overtuigd verdediger van het algemeen kiesrecht, het ontwerp-TAK toejuicht, is hem allerminst euvel te duiden. Ook is het zijn goed recht te meenen, dat dit ontwerp niet met de grondwet streed. Maar in een wetenschappelijk werk doet het vreemd aan de volgende ontboezeming te lezen: „Conservatisme en politieke machtsbegeerte hulden zich in het kleed van eerbied voor de grondwet" (bl. 205). Zóó vanzelfsprekend was de grondwettigheid van het ontwerp wezenlijk niet, dat men mir nichts dir nichts bij hen, die constitutioneele bezwaren opperden, onoprechtheid mag veronderstellen.

Intusschen, ook dit zijn, als men wil, details.

Liever staan wij eenige oogenblikken stil bij enkele beschouwingen van den auteur die in zooverre van grooter gewicht zijn, als zij met zijn algemeene theoretische en praktische kijk op ons staatsrecht verband houden. Wij doen daarbij slechts enkele grepen.

Onze eerste opmerking betreft een betoog dat typisch is voor de algemeen-wetenschappelijke methode van den schrijver.

Gelijk door hem meermalen met talent is uiteengezet, verwerpt Mr. KRANENBURG de meening, dat de uit haar aard subjectieve levensbeschouwing tenslotte ons inzicht in het wezen van het recht bepaalt, zoodat wat de hoogste beginselen aangaat in zooverre bewering tegenover bewering staat, dat daar alle verstandelijke redeneering en wetenschappelijke bewijsvoering ophoudt en alleen het „een elk zij in zijn gemoed ten volle overtuigd" geldt. Volgens hem is dit slechts schijn. Inderdaad zijn alle normale menschen het evengoed over de allereerste principiën van het recht eens, als zij b.v. allen de wetten der logica aanvaarden. De „laatste rechtsgrond", zooals hij het ergens noemt, is bij allen dezelfde, wij stellen allen den zoog. „evenredigheidseisch", deze n.l. dat er evenredigheid moet zijn tusschen b.v. lust resp. onlust veroorzaken, -genieten, -lijden. Dat leert inductief onderzoek, rechtsvergelijkend en historisch. De rechtsverscheidenheid is daarmede niet in strijd omdat het beginsel, toegepast op verschillende belangen, verband houdende met de historisch geworden maatschappelijke structuur, tot verschillende concrete rechtsoordeelen leidt. En het verschil in opvatting tusschen de personen die rechtsoordeelen vellen komt met die bewering niet in conflict, omdat het kan voorkomen, dat de één de belangen waarom het gaat anders ziet dan de ander. Bij die afgeleide rechtsoordeelen past dus een bescheiden „naar mijn oordeel", zooals ook de auteur in het boek dat voor ons ligt meermalen die reserve maakt. Maar bij de allereerste praemissen is een dergelijke reserve onredelijk, want zij zijn *self-evident*. Rechtsfilosofie, rechtsvergelijking en rechtshistorie leeren ons nu die algemeene wetten — langs den weg van phychologische analyse en vergelijkende en historische inductie — te vinden; de

rechtswetenschap handelt over de toepassing van die wetten op de maatschappelijke belangen.

De rechtswetenschap draagt dus een volstrekt objectief karakter, evenals b.v. de astronomie of een dergelijke wetenschap. Zij gaat van *objectieve* praemissen uit. Objectief niet zooals elk niet-relativist aan de praemissen die hij stelt objectieve waarde toekent, n.l. in dien zin dat elkeen ze *behoort* te aanvaarden, maar objectief zooals b.v. de wetten der logica objectief zijn, n.l. in dien zin dat elkeen ze ook *feitelijk* aanvaardt. Zoo geeft hij van de rechtswetenschap de definitie: „een wetenschap in den zin van een samenhangend, geordend complex van oordeelen, dat een objectief karakter heeft in zoover het door *menschen* kan worden begrepen" (1). „Begrepen" n.l. omdat de menschen *als zoodanig*, als menschen, op dezelfde manier oordeelen.

Het is hier zeker niet de plaats om deze methode te bestrijden. Wij brengen alleen deze grondopvatting van den auteur naar voren om naar aanleiding van een door hem gehouden betoog over een zeer belangrijk onderwerp, n.l. den rechtsgrond van de samenstelling der volksvertegenwoordiging, eenige vragen te kunnen stellen, zonder gevaar te loopen de tegenwerping te vernemen, dat wij ons niet de moeite heb ben gegeven ons den gedachtengang van den schrijver in te denken.

Voor discussie zou misschien weinig aanleiding bestaan, als de heer Kranenburg alleen maar als algemeen-menschelijk beschouwde het „evenredigheidsbeginsel", omdat, waar daarbij in het midden wordt gelaten de maatstaf waarnaar de evenredigheid wordt gemeten, men o. i. met dat beginsel niet heel veel verder komt; het draagt een vrijwel formeel karakter.

Maar de schrijver blijft daarbij niet staan. Principieel democraat als hij is, meent hij, ondanks den oppervlakkigen schijn van het tegendeel, ook het zoog. meerderheidsprincipe der democratie als self-evident, als algemeen menschelijk te kunnen poneeren. En dat beginsel heeft wèl inhoud, tenzij men de formuleering daarvan zóó clausuleert — en het is voor ons de vraag of de schrijver dat op de plaats waarover wij ons eenige opmerkingen veroorloven niet doet — dat er van het principe zelf niet heel veel overblijft.

Eenigszins hachelijk is het intusschen wel, twijfel uit te spreken aan de juistheid van zulk een „vanzelfsprekende" stelling. Want men riskeert dan ten antwoord te krijgen: „tenzij wanneer ik u als een zonderlinge afwijking zou moeten beschouwen moet ik aannemen, dat gij u zelf niet kent; gij waardeert *eigenlijk* anders dan gij *denkt* te waardeeren;

---

(1) Handelingen van de Vereeniging voor Wijsbegeerte des Rechts IV, 1921, p. 20.

qua-mensch kunt gij de grondstelling niet verwerpen; gij *waardeert* niet verkeerd naar *mijne* meening, waartegenover dan *uw* opvatting zou staan, maar gij *denkt* verkeerd; uw houding is onwetenschappelijk in denzelfden zin als het b.v. voor den natuurkundige onwetenschappelijk zou zijn de causaliteit te betwijfelen".

Toch wagen wij het er op, want tegenover deze kwade kans staat een goede kans. Een beroep op het gevoelen van anderen en van zichzelf kan nooit beslissend zijn in een discussie tusschen personen die, waar het waardeeringsoordeelen betreft mèt ons van meening zijn, dat bij de hoogste beginselen tenslotte alleen eigen overtuiging beslist. Maar wie met den auteur aan zekere waardeeringsoordeelen algemeen-menschelijke waarde toekent, kan een beroep op het feit dat toch lang niet ieder dat oordeel aanvaardt, *niet* wraken; integendeel, zoo dat beroep juist is, valt daarmede de zelf-evidentie, en op die zelf-evidentie alleen is dat vooropgezette oordeel zelf gebaseerd.

Wij vleien ons niet, dat wij het succes zullen hebben dat de S. zal gaan twijfelen aan de „objectiviteit", de „zelf-evidentie" van zijn praemisse, doch misschien geven onze opmerkingen den geleerden auteur aanleiding, bij gelegenheid zijn bedoeling te verduidelijken.

De stelling, waarover wij het hebben willen is de volgende.

In tegenstelling tot een Hoogerhuis is de „eigenlijke volkskamer" „onmiddellijk evident voor het rechtsbewustzijn", omdat „daarin het evenredigheidsbeginsel zoo duidelijk aan het licht treedt". En nu volgt de stelling — die dus zelf ook onmiddellijk-evident mag worden genoemd — „In een groep menschen, die geacht mogen worden vrij hun doeleinden te kunnen bepalen, dus in een gemeenschap van rechts*subjecten*, behoort in de besluitvorming bij materies, die *allen* raken, bevoegdheid tot evenredige medewerking van *alle* subjecten te zijn; voor elke afwijking moet een rechtsgrond worden aangegeven, de gegrondheid daarvan moet m. a. w. worden *aangetoond*" (bl. 248). En leest men dan een plaats uit een ander geschrift van den schrijver, waarnaar wordt verwezen, na, dan blijkt, dat hier inderdaad als onmiddellijk-evident wordt gesteld, dat in een gemeenschap van gelijkwaardige subjecten de meerderheid de minderheid bindt. Anders gezegd, de praesumtie is voor den democratischen staatsvorm, wie in bepaalde omstandigheden daarvan wil afwijken, zal de redelijkheid daarvan moeten bewijzen, b.v. met het betoog, dat één, of meerderen, of een groep, geschikter zijn dan anderen om gezag uit te oefenen „om de lotsbepaling der gemeenschap te bepalen". Praktijk en theorie heeten dat te bevestigen.

Is dat waar?

Wij betwijfelen het en zouden eerder van meening zijn, dat dit beginsel past in een bepaalde staatkundige ideologie, maar

die geenszins, noch in de praktijk, noch in de theorie, altijd en overal is aanvaard geworden.

Toch wel, antwoordt KRANENBURG, want „men" heeft het gezagsrecht van één, enkelen of velen altijd verdedigd met een beroep op de bijzondere geschiktheid van een bepaalden gezagdrager, bepaalde gezagdragers of een bepaalde organisatie.

Evenwel, daargelaten of dat juist is voorzoover de staatstheorie betreft — wat o. i. nog niet zoo vast staat, de geleerde „men" heeft zooveel beweerd — als wij over een vanzelfsprekendheid voor het rechtsbewustzijn handelen zijn van veel minder belang de intellectueele verklaringen der verschijnselen door de theoretici, dan de wezenlijke motieven die bij het vòlk den inhoud van het rechtsbewustzijn bepalen. En dan wil het ons toeschijnen, dat in het volksrechtsbewustzijn zeer dikwijls de vraag naar de meerdere of mindere geschiktheid nauwelijks wordt gesteld. De inhoud van het rechtsbewustzijn der menigte wordt veel meer door gevoels- dan door verstandelijke of utilistische motieven bepaald. Neem zelfs in den tegenwoordigen tijd, nu de „democratie" inderdaad voor de meerderheid „self-evident" is, de positie van ons Oranjehuis. Waarom wil het volk Oranje? Omdat de vorsten uit dat huis zoo geschikt zijn gebleken voor hun taak, omdat b.v. Oranje getoond heeft boven de partijen te staan? Die motieven werken bij vele meer ontwikkelden, die de historie kennen, mee. Maar het hoofdmotief van de groote massa is veel meer emotioneel, het is van denzelfden aard als het motief waarom het kind eigen ouders prefereert, wat het waarlijk niet doet omdat het de paedagogische geschiktheid van dat ouderpaar zooveel hooger aanslaat dan de geschiktheid van andere ouders. Trouwens erkent de schrijver zelf, dat meermalen „het geloof aan de speciale goddelijke uitverkiezing van een bepaald persoon, een bepaald geslacht", enz. de voorkeur heeft bepaald en dan was toch dat geloof aan de goddelijke leiding primair en secundair de overweging, dat *dus* die persoon enz. geschikter was voor zijn taak dan een ander. Misschien zal de schrijver ons antwoorden, dat juist door zulke emotioneele en religieuse motieven het rechtsbewustzijn wordt vertroebeld. Men moet het daarvan zuiveren en *dan* blijft over, dat „men", ook de groote Men, niet slechts de theoretici, als eenige, gezagstitel de meerdere geschiktheid beschouwt. Maar waarom moet het daarvan worden gezuiverd? Omdat eenmaal de stelling als self-evident is vooropgezet? Dat zou een petitio principii zijn, die niet mag worden ondersteld. Doch waarom dan wel? Het is er toch alleen om te doen de motieven, hoe a-rationeel misschien ook, van een bepaalde rechtswaardeering te vinden, in dit geval van de waardeering die rechtswaarde toekent aan de heerschappij van den één inplaats van den ander of de anderen.

Maar toegegeven voor een oogenblik, dat elk speciaal gezagsrecht feitelijk zou worden verdedigd met een beroep op de bijzondere geschiktheid van een persoon, een groep, een geslacht, een organisatie, tot gezagsuitoefening, volgt daaruit dat, wanneer die bijzondere geschiktheid niet kan worden bewezen, de democratie als vanzelfsprekend wordt aanvaard? O. i. spreekt dat lang niet vanzelf. Het is zeer goed mogelijk dat ook in een gemeenschap waar allen zich even geschikt achten, toch het gezag van enkelen wordt aanvaard, omdat men in het bloote feit dat enkelen inplaats van de meerderheid het gezag in handen hebben een waarborg ziet voor goed bestuur, b.v. uit overweging dat iemand als gezaghebber wegens de verantwoordelijkheid die aan gezagsuitoefening is verbonden billijker en rechtvaardiger oordeelen zal vellen dan dezelfde persoon zou doen als nummer in een groote menigte.

En mocht Prof. Kranenburg die mogelijkheid toegeven, maar die gedekt achten door zijn opmerking, dat de democratie ook *dan* wijken moet, als een bepaalde „organisatie" bijzonder geschikt lijkt voor de gezagsfunctie — wij hebben, ook wegens het zinsverband, tot nu toe daarbij niet aan organisatie *van* den staat, maar aan een groep, een organisatie *in* den staat gedacht — dan vragen wij ons toch af, of dàn niet de exceptie op den regel zóó ruim wordt geformuleerd, dat er van den regel zelf — de vanzelfsprekendheid der democratie — uiterst weinig overblijft. Want dan wordt toch eigenlijk gezegd, dat alleen als twee staatsvormen, de democratische en de niet-democratische, juist even geschikt zijn om het goede staatsdoel te bevorderen, a. h. w. natuurnoodwendig de democratische gekozen zal worden. Het zou dan niet in strijd zijn met de vooropgestelde vanzelfsprekende stelling, wanneer men een anderen dan den democratischen staatsvorm prefereert, alleen maar omdat die beter functioneert!

Doch hoe dat zij, reeds dáárom lijkt ons een beschouwingswijze die uit beginsel aan een bepaalden staatsvorm en dan wel den democratischen de voorkeur geeft geenszins selfevident, omdat volgens het rechtsinzicht van zeer velen primair is het doel van den staat en volstrekt secundair de staatsvorm, het middel tot het doel. Wie het recht als van hoogeren oorsprong beschouwt kan zelfs niet anders oordeelen; het instrument tot rechtsproductie en handhaving van het recht heeft voor hem in hoofdzaak alleen als zoodanig, dus als instrument waarde. „ Maar moogt gij dan", zoo hooren wij Prof. Kranenburg vragen, „krachtens uw rechtsbeginsel uw opvatting omtrent het recht" — alsof dat trouwens in de democratie niet gebeurde — „aan anderen opleggen? Meent gij dat wezenlijk, is dat werkelijk uw rechtsovertuiging?" Wij antwoorden met Prof. Scholten, toen in een discussie tusschen hem en zijn collega dezelfde vraag werd opgeworpen: *„zeer zeker"*. „Men mag opleggen datgene wat men meent, dat inder-

daad recht is, als men er van overtuigd is, dat het al in het volk erkend wordt *of erkend worden kan*" (1). Vooral de laatste woorden die wij cursiveerden zijn teekenend, want wie zóó spreekt is o. i. in onderscheiding van Mr. KRANENBURG geen principieel democraat, al noemt Mr. SCHOLTEN zijn stelling ook „juist het beginsel van democratie". Neen, wie dit zegt aanvaardt *niet* de democratische stelling die Prof. KRANENBURG poneert en waar er nu zeer velen zijn die redeneeren in den geest van b.v. SCHOLTEN, meenen wij gerechtigd te zijn de zelf-evidentie van die stelling in twijfel te trekken.

Wij verwerpen daarmede ook de om zoo te zeggen *afgeleide* vanzelfsprekendheid van het algemeen kiesrecht, gegeven dan de maatschappij zooals zij thans is samengesteld. Dat toch betoogt de schrijver, want de stelling dient om die zelf-evidentie van het A. K. hic et nunc te bewijzen. Dat alle rechtssubjecten — aldus ongeveer Mr. K. — de bevoegdheid bezitten, aan de besluitvorming mee te werken, spreekt vanzelf, wie het tegendeel beweert moet kunnen aantoonen dat één of sommigen of velen geschikter zijn voor die taak dan anderen. In de tegenwoordige maatschappij kan dat bewijs alleen van de volstrekt sociaal-onwaardigen en de psychisch-defecte personen — de uitsluitingen van art. 81 grondwet — worden geleverd: atqui ergo. Aldus de redeneering.

Maar wij ontkennen èn dat zelfs in den gedachtengang van den schrijver het A. K. vanzelfsprekend is — er zijn wel degelijk, *ook* in de tegenwoordige maatschappij andere stelsels, waarbij niet allen over één kam worden geschoren, denkbaar — èn, dat „men" het A. K. hic et nunc niet anders dan op de manier van den schrijver verdedigen kan. Voor velen is het motief voor de aanvaarding van het algemeen kiesrecht volstrekt niet geweest dat wat voor KRANENBURG, op grond van zijn grondstelling, toegepast op de bestaande verhoudingen, de rechtsgrond is. Maar velen hebben in 1917 geredeneerd als volgt. Primo: De staatsman heeft met historische en massa-psychologische factoren rekening te houden. Al is het bestaande zeer-uitgebreide individualistische kiesrecht geenszins vanzelfsprekend, het bestaat nu eenmaal, kan niet in een handomdraaien worden vervangen door een ander systeem, en het is onmogelijk den aandrang tot de laatste uitbreiding te weerstaan zonder het volk in voortdurende onrust te houden. En dan moet wat het zwaarst is ook het zwaarst wegen. Secundo: Het bestaande beperkte kiesrecht is onredelijk, omdat het vele personen toelaat die ongeschikter zijn dan vele uitgeslotenen. Ontneming van kiesrecht is om psychologische redenen vrijwel onmogelijk. Bovendien is het kiesrecht thans zóó uitgebreid, dat het technisch ondoenlijk is in onze zeer

---

(1) Handelingen Vereeniging Wijsbegeerte des Rechts l. c. bl. 49.

gecompliceerde maatschappij zoowel de ongeschikten die het kiesrecht bezitten als de geschikten die het missen te classificeeren. Dan is het maar beter allen toe te laten behalve de groepen ongeschikten die wèl gemakkelijk onder een algemeene formule zijn te brengen. Het rechtsgevoel wordt daardoor ook beter bevredigd dan door de bestaande regeling. Want het rechtsgevoel van een geschikte wordt meer gekwetst als hij zich door een ongeschikte ziet gepasseerd dan wanneer hij, zelf toegelaten, moet goedvinden dat een ongeschikte met hem zijn voorrecht deelt.

Is dat dan niet hetzelfde als wat ik beweer, aldus wellicht Mr. Kranenburg? Allerminst. Want wie redeneert als boven weet zeer goed dat hij tallooze personen toelaat die wel degelijk *bewijsbaar* ongeschikt zijn of ongeschikter dan vele anderen. Ook ten opzichte van het staatsbestuur staat de tierende menigte in den Dierentuin „bewijsbaar" niet gelijk met een vergadering van de Koninklijke Academie. Maar al kan ik bewijzen, zoo zegt de verdediger van het algemeen kiesrecht op bovengenoemde gronden, dat A, B en C ongeschikter zijn dan D, E en F, ik kan dat niet onder regels brengen omdat, gegeven het individualistisch kiesrecht dat er nu eenmaal is en dat een classificatie naar sociale groepen verhindert, hier elke generalisatie afstuit op de ingewikkeldheid van de huidige samenleving. Als ik dus A, B en C noodgedrongen toelaat doe ik dat volstrekt niet, omdat zij krachtens het zoog. zelfevidente grondbeginsel dat aan de staatsorganisatie ten grondslag heet te liggen in het kiezerscorps zouden moeten worden opgenomen, daar ik niet kan *bewijzen*, dat zij minder geschikt zijn, want dat kan ik wel degelijk. Alleen maar kan ik er geen generalisatie voor opstellen die volkomen bevredigt. Mijn rechtsgrond is *niet*, dat ik den *regel* van uw grondbeginsel moet toepassen, omdat het aanwezig zijn van de *exceptie* niet kan worden aangetoond, mijn rechtsgrond is alleen dat ik gegeven den historisch geworden toestand, algemeen kiesrecht meer in het staatsbelang acht dan beperkt kiesrecht, omdat het appaisement geeft en bovendien billijker is dan een zeer uitgebreid beperkt kiesrecht dat ongeschikten in- en geschikten uitsluit.

Wie zoo spreekt houdt principieel de baan vrij b.v. voor organisch kiesrecht, of voor meervoudig kiesrecht, in de plaats van of als aanvulling van algemeen kiesrecht. Wie op Kranenburg's standpunt staat zit, zoolang de maatschappij blijft als zij is, principieel aan het algemeen kiesrecht vast. Dat is het praktisch verschil.

Onze breede uitweiding verbreekt de economie van een evenwichtige bespreking. De beteekenis van den auteur en het belang van het onderwerp mogen ons verontschuldigen.

Wij komen zoo tot onze tweede en laatste, veel kortere opmerking, ditmaal naar aanleiding van een beschouwing die

verband houdt met des schrijvers kijk op de praktijk van ons staatkundig leven.

Niet het minst ontleent het boek zijn waarde aan de belangwekkende uiteenzettingen over de ontwikkeling van het parlementaire stelsel.

Dat de schrijver voor dat systeem groote sympathie heeft blijkt op elke bladzijde. *Volstrekte* objectiviteit *kan* men hier nauwelijks verwachten, niet bij de appreciatie, maar zelfs niet bij de *beschrijving* van het systeem; te veel is hier onzeker, dan dat men het stelsel zou kunnen uiteenzetten zóó dat elk zich met de schets zou kunnen vereenigen. Wat men gaarne ziet, ontdekt men ook spoedig, wat men liever niet opmerkt, laat men gemakkelijk in het halfduister. Bijna niemand kan die neiging geheel overwinnen.

Des te meer moet worden gewaardeerd, dat Prof. KRANENBURG voor de gebreken van het stelsel niet blind is.

Als de drie groote voordeelen van den parlementairen regeeringsvorm noemt hij de openbaarheid, het direct en voortdurend geldend-maken der verantwoordelijkheden en het evidente voor het rechtsbewustzijn.

Maar hij erkent, dat de twee eerstgenoemde voordeelen van het parlementarisme „in mindere mate eigen zijn aan de laatste phase van het parlementarisme in Nederland" (bl. 177). Hij denkt daarbij aan den toenemenden invloed van de georganiseerde Kamerfracties der meerderheid, waardoor de belangrijkste beslissingen in geheime conclaves der Kamerfracties vallen en de verantwoordelijkheid der Ministers wordt verzwakt. En hij schreef dit nog wel vóór de jaarwisseling 1923/1924, die in dit opzicht al zeer leerzaam is.

Intusschen, is dit een ontaarding of een consequentie van het parlementarisme? There is the rub; altijd als het om de waardeering van politieke instellingen gaat kan die vraag worden gesteld. Men denke aan de Fransche Revolutie, haar beginselen en praktijk. De aanhangers dier beginselen zagen in de gruwelijkheden der praktijk niet dan afwijkingen van een schoone leer, de bestrijders dier principes zagen er in consequente toepassingen van een verderfelijke doctrine. „Ongeloof en Revolutie" van GROEN is voor een goed deel aan de verdediging van de laatste stelling gewijd.

Zonder nu bepaald partij te kiezen in het proces van het parlementaire stelsel, lijkt het ons toch niet zonder belang den auteur te doen opmerken dat wat hij ex post als een min of meer *accidenteel* verschijnsel constateert, reeds door een ervaren parlementariër voor vijf en twintig jaar als een waarschijnlijk *uitvloeisel* van dat stelsel is voorspeld.

In 1900 besloot de heer DE SAVORNIN LOHMAN een memorie over het parlementaire stelsel in Nederland, hoewel erkennende, dat het in het algemeen moeilijk te zeggen is welk der beide

stelsels, het monarchale of parlementaire beter is voor de natie, met de volgende treffende woorden:

„Toutefois, ce qui n'est pas douteux, c'est que le système parlementaire prive la nation d'une critique efficace des actes du gouvernement.

La majorité doit se ranger du côté de ses ministres, et ceux qui sont appelés à critiquer le gouvernement gouvernent eux-mêmes.

Les minorités sont à la merci de la majorité.

Par un détour on revient au pouvoir absolu, une des grandes erreurs de la Constitution du temps de notre République, puisque les gouvernants se contrôlent eux-mêmes et ne sont plus soumis à une critique impartiale, indépendante et sévère" (1).

Indien wij een aanmerking zouden willen maken zou het deze zijn, dat op dien kant van de zaak over het algemeen te weinig door den schrijver van het handboek is gelet.

Wij eindigen onze te lange bespreking. Nu wij haar nalezen treft ons, dat onze bedenkingen een veel grooter plaats innemen dan onze betuigingen van ingenomenheid. Mocht daardoor de indruk worden gewekt dat onze waardeering voor zijn werk niet groot zou zijn, dan zal de schrijver zonder twijfel onze verzekering willen aanvaarden, dat het tegendeel het geval is. Met verlangen zien wij het tweede deel van zijn uitnemend handboek tegemoet.

Utrecht, September '24 DE SAVORNIN LOHMAN

---

(1) Bulletin de la Société de législation comparée T. XXIX Paris 1900, 10e question du Programme du Congrès international de droit comparé, p. 8.

Jhr. Mr. A. W. Wichers. *De rechtsleer der levensverzekeringsovereenkomst*; afl. 11.

Ditmaal is de hoofdschotel voor ons de behandeling van één der moeilijkste onderdeelen van de materie van de levensverzekering, zeker het meest ingewikkelde en veelzijdige, ook omdat het zich uitstrekt ver buiten de grenzen van de juridische constructie der levensverzekeringsovereenkomst, n.l. de premiereserve. Het is onzen schrijver gelukt om van dit onderwerp — binnen het kader van zijn geschrift — eene heldere en systematische uiteenzetting te geven en daardoor bij te dragen tot die klaarheid van voorstelling, welke het vraagstuk van de premiereserve ook hier te lande in hooge mate noodig heeft.

Het zestiende hoofdstuk (blz. 666—710) is aan dit onderwerp gewijd. Daaraan gaan drie kleinere hoofdstukken vooraf. Een hoofdstuk over het in kracht herstellen van eene teniet-gegane overeenkomst, bij welk herstellen, streng-juridisch gesproken, eene nieuwe overeenkomst wordt gesloten, maar van den anderen kant ruimte is voor de practische constructie, dat de verzekeraar eenvoudig terugkomt op eene door hem geproclameerde opheffing van de verzekering, welke verzekering dus eigenlijk geacht wordt nimmer te zijn beëindigd. — Een hoofdstuk over zoogenaamde onaantastbare polissen, een instituut, hetwelk zijn oorsprong vond in Engeland en Amerika en bij ons slechts aarzelend is aanvaard, en waarvan de beteekenis vooral deze is, dat de „onaantastbaarheid" in de practijk veel verliest van haar absoluut karakter en dus cum grano salis moet worden opgevat, en dat voorts de tegen haar aangevoerde bezwaren niet overwegend zijn, zoodat voor eene wettelijke regeling van de onaantastbaarheid, voorzooverre deze niet in strijd is met de goede trouw, geen aanleiding bestaat. — En eindelijk een hoofdstuk over de termijnen van verjaring der overeenkomst, welke termijn — behalve ten aanzien van de lijfrenten; 5 jaar, zie art. 2012 B. W. — is 30 jaar, omdat immers het instituut der verjaring is van openbare orde en dus de wettelijke bepalingen op dit gebied zijn van dwingenden aard. Deze termijn van 30 jaar is echter hier te lang en worde, jure constituendo, tot 5 jaar teruggebracht. Ten aanzien van den *aanvang* van den verjaringstermijn houde men vast aan den eisch van de wetenschap (bij den belanghebbende) van het opeischbaar worden van het verzekerd bedrag, dus niet aan het objectieve feit van den „Versicherungsfall", al zal in de practijk het oogenblik van

het opeischbaar worden van het bedrag èn dat van de bedoelde wetenschap wel meestal samenvallen.

En thans de premiereserve! Eerlijk wil ik bekennen, dat voor mij — zelfs in mijne qualiteit van in hoofdzaak objectief referent van de studie van den heer WICHERS, mij tevreden stellende met een leesbaar en zoo scherp-geformuleerd mogelijk overzicht van den rijken inhoud van dit geschrift — de tocht door dit labyrinth iets beangstigends, ja! schier benauwends had, en 't mij moeite kostte om mij met een gevoel van berusting aan de leiding van dezen vertrouwden gids over te geven. Leest men in de „algemeene opmerkingen", hoeveel gevaar voor verwarring juist *hier* dreigt, hoeveel moeite de jurist heeft om zich vertrouwd te maken met de begrippen afkoop, voorschot, individueele reserve, vrijkomen van reserve, enz. dan maakt zich zekere onbehagelijkheid van ons meester. Gelukkig, dat het zuiver-technisch terrein, het wiskundig element in het vraagstuk van de premiereserve, voor ons gesloten blijft; het is ons alleen te doen om de rechtsvragen, welke met de premiereserve in verband staan, vragen, die in de practijk eene groote rol spelen en waarmede eene nieuwe wet rekening zal hebben te houden.

Op de algemeene opmerkingen volgen nu de belangrijke beschouwingen van den schrijver over de twee onderdeelen van het aan de orde zijnde onderwerp, n.l. aard en karakter van de premiereserve, èn rechten van de verzekerden op de premiereserve.

Ad primum.

Jhr. WICHERS houdt ons telkens en telkens vóór oogen, bindt 't ons als het ware op het hart: de premiereserve is een algemeen begrip, een collectief begrip, een verzamelbegrip. Foutief, en dus misleidend en verwarrend, is de redeneering: de premiereserve is datgene, wat *ik* teveel heb betaald of vooruit heb betaald. Neen, de premiereserve is een ondeelbaar geheel, met betrekking tot eene bepaalde groep verzekerden. Er is te meer reden om hierop zeer nadrukkelijk te wijzen, omdat de *practijk* wel degelijk met een begrip als „individueele reserve" werkt, hoewel zoodanig begrip eene fictie is, een onberekenbaar iets, waar men immers de kansen van den „enkeling" zelfs niet met eenige waarschijnlijkheid berekenen kan. Daarnaast dreigt nog een ander gevaar, n.l. de uitdrukking „vrijkomende reserve", eene uitdrukking welke wederom tot misverstand aanleiding geeft, n.l. tot de voorstelling, dat het mogelijk zou zijn deze reserve individueel te berekenen, en dat uit die „overbodig" wordende reserve de verzekerde som zou worden betaald.

Aan de onsplitsbaarheid van de premiereserve houde men dus bepaaldelijk vast. Van een persoonlijken band tusschen die reserve èn den individueelen verzekerde kan geen sprake zijn. En hieruit volgt al weder de onjuistheid van de theorie,

welke in de reserve een soort *spaarpot* van de verzekerden ziet. Wil men deze vergelijking maken, dan is daartegen geen bezwaar, mits men dan denke aan een spaarpot . . . . . van den verzekeraar, welken hij zelf bestemt voor de toekomst en welke dan ook voor een geheel ander complex verzekerden bestemd is dan die deze reserve hebben bijeengebracht.

Zoo komt schrijver tenslotte tot deze definitie, welke zich streng houdt op civielrechtelijk terrein: „Premiereserve is dat deel der door de gezamenlijke verzekerden betaalde premiën, hetwelk door den verzekeraar wordt opgelegd en afzonderlijk beheerd, teneinde daaruit de later te betalen risicopremiën dier verzekerden, voorzooverre deze nog bestaan en te zamen de werkelijk betaalde premiën te boven gaan, aan te vullen".

Ad secundum.

Bij de vraag naar de rechten van de verzekerden op de premiereserve onderscheide men tusschen ons positief recht èn het jus constituendum.

Wanneer wij ons stellig recht nagaan, dan vinden wij daarin niets van eenig recht van den nemer op de reserve, terwijl evenmin partijen bij het aangaan van de overeenkomst iets bedingen omtrent de vorming van eene zoodanige reserve. Er is dus alle aanleiding om ons nadrukkelijk af te vragen, welke dan wel de „rechten" van de verzekerden op de reserve zijn, m. a. w. welke de *rechtsgrond* in deze is. Merkwaardig is 't, dat wij bij het zoeken naar dien rechtsgrond telkens komen tot een negatief resultaat, tot het constateeren van negatieve factoren en tenslotte tot het aanvaarden van het feit, dat de hier bedoelde „rechten" slechts aan den dag komen bij *abnormale* beëindiging van de overeenkomst en nimmer, wanneer deze op de gewone wijze een einde neemt. Negatief is het antwoord op de vraag, wèlk recht hier dan toch wel zou zijn bedoeld. Een zakelijk recht? Eigendom of bezit? Een privilege? Negatief is eveneens het antwoord op de vraag, wie deze rechten mag uitoefenen. En zoo ligt de conclusie voor de hand, dat de hier bedoelde rechten slechts als zeer vaag en als negatief zijn te beschouwen. Wel mag dan ook onze eindindruk aldus worden geformuleerd (blz. 689, 690), dat wij ons hier in een labyrinth bevinden, en dat naar ons stellig recht geen sprake kan zijn van eenige aanspraak van den nemer of wien ook op de premiereserve, zoo dit niet uitdrukkelijk is bedongen of uit anderen hoofde aanwezig is.

Van het positief recht afscheid genomen hebbende, komt nu schrijver via het bestaande gewoonterecht (hetwelk in bijzondere gevallen een recht erkent) tot het jus constituendum, de vraag, of de nemer of de begunstigde in bijzondere gevallen recht op eenige uitkeering moet hebben. Na een uitvoerig onderzoek, hetwelk zich tot de nieuwe buitenlandsche wetge-

vingen uitstrekt, bepleit hij (blz. 696) deze algemeene bepaling, dat in al die gevallen, waarin de verzekering een ontijdig einde neemt of waarin de verzekeraar zich op de exceptie van ongehoudenheid kan beroepen, de rechter de bevoegdheid heeft, zoo door partijen niet anders is gestipuleerd, de uitkeering voor te schrijven, aan den nemer, den begunstigde of een ander belanghebbende, van zoodanig deel der aanwezige reserve als hem met inachtneming van de omstandigheden, de bestaande gewoonte, de aan den verzekeraar berokkende schade, de door dezen gemaakte kosten en de mate van schuld billijk zal voorkomen, eene bepaling, waarin de bestaande practijk is opgesloten. Hiernaast, dus naast deze algemeene bepaling, erkent hij de bevoegdheid van partijen om bij uitdrukkelijk beding daarvan af te wijken, een beding hetwelk niet geacht kan worden tegen de goede zeden te strijden en waarvan in de practijk geen gevaren zijn te duchten, en hetwelk door de concrete omstandigheden volkomen gerechtvaardigd kan zijn.

Schrijver doet nu nog een tweeden stap. Hij bepleit de aanmoediging van het afgeven — casu quo — van een premievrije polis, zoo deze mogelijk is, en doet zulks met even groote beslistheid als waarmede hij zich kant tegen een recht op afkoopwaarde als uitvloeisel van een recht op de reserve. Die premievrije polis immers komt op de meest rationeele wijze tegemoet aan werkelijk onvermogen van den nemer om met de premiebetaling voort te gaan. Daarom zij aan den *rechter* de bevoegdheid gegeven om in de gevallen, waarin afkoop niet mogelijk is, de afgifte van eene premievrije polis voor te schrijven, en hebbe anderzijds de *verzekeraar* de bevoegdheid om in plaats van de door den rechter te bepalen uitkeering aan den belanghebbende eene premievrije polis af te geven.

Na eenige oogenblikken te hebben stilgestaan bij de beleening van de polis (het leenen door den verzekeraar van eene som aan den nemer, waarvoor door dezen de polis wordt in pand gegeven) komt de heer Wichers tot het laatste onderdeel van het vraagstuk van de premiereserve, n.l. de vraag van een eventueel *voorrecht* ten behoeve van de „verzekerden" op de premiereserve. Ook hier weêr worden streng gescheiden het geldend recht èn het jus constituendum.

Voor het *geldend recht* wordt de vraag hoofdzakelijk deze, of de vestiging van een *pandrecht* op de premiereserve juridisch mogelijk moet worden geacht. Bij deze juridische constructie doen zich tallooze bezwaren voor o. a. in verband met het vereischte, dat er moet zijn een pandhouder, d. w. z. een of meer schuldeischers, die houders zijn van het pand, daarover dus door detentie kunnen beschikken. Denkt men speciaal aan een pandrecht ten behoeve van de gezamenlijke nemers, dat moet dit geacht worden volgens ons bestaand recht en in zijne practische werking niet mogelijk te zijn en

bovendien wegens de daaraan verbonden bezwaren niet aanbevelenswaard.

Jure constituendo wordt de vraag deze, of hier een privilege moet worden geschapen, eene vraag, welke de Nederlandsche Juristenvereeniging in 1884 bezig hield en — ten aanzien van een voorrang op toekomstige baten ten behoeve van toekomstige crediteuren — toestemmend werd beantwoord. Jhr. WICHERS formuleert zijn oordeel over een zoodanig privilege aldus, dat het — in tegenstelling tot een zoogenaamd pandrecht — principieel kan worden aanvaard, maar dat het ten opzichte van de levensverzekering niet urgent is en zelfs niet gewenscht. Hij acht een dergelijk voorrecht, uitsluitend met betrekking tot de premiereserve, in eene streng-civielrechtelijke regeling misplaatst. De vraag van een privilege ten behoeve van de „verzekerden" is er eene van administratiefrechtelijken aard, welke niet *hier* te pas komt maar in eene wet op het bedrijf. Acht men een bijzonder privilege, ten aanzien van de premiereserve, in verband met het Staatstoezicht, gewenscht, dan zij het in ieder geval ten behoeve van alle belanghebbenden, niet alleen van hen, die een „recht" op de premiereserve beweren te hebben, en in geen geval ten behoeve van den eenling.

Amsterdam, Januari 1925 S. J. M. VAN GEUNS

G. L. Willinge Gratama. *Immateriëele schade bij Zeeverzekering op Casco en Goederenbeurspolis.* Academisch proefschrift, Leiden, 1924.

Is onder schade aan het verzekerde goed alleen te verstaan materiëele schade, d. i. beschadiging, of ook waardevermindering daarvan, welke niet uit beschadiging voortspruit, en zoo ja, in hoeverre en wanneer? Het zijn deze vragen, welke de schrijver van het proefschrift zich voorstelt te beantwoorden, en in die zaak mag hij over het geheel ook goed geslaagd heeten.

Het spreekt wel vanzelf, dat het werkje aanvangt met een overzicht over de oudste bronnen van het verzekeringsrecht, waarbij eerst de Portugeesche, Spaansche en Italiaansche, en dan de verordeningen van Filips II en Alva en de latere stedelijke placcaten ter sprake komen; het spreekt evenzeer van zelf, dat het overgroote gedeelte van den inhoud van dit overzicht is ontleend aan het bekende boek van Reatz: een eigen onderzoek ware hier niet te vergen. Daarop volgt een bespreking van de Ordonnance de la Marine van 1681, en van de commentaren van Fransche schrijvers, waarbij bovenal aan Emérigon aandacht wordt geschonken, waarna de schrijver overgaat op den Code de Commerce en de ontwerpen van 1807 en 1809 voor het Koninkrijk Holland. De slotsom dezer beschouwingen is: alleen schade aan schip en lading werd vergoed, doch enkele schrijvers neigen tot uitbreiding der verplichtingen van den verzekeraar tot bijdragen in de schade, te betalen bij aanvaring door twijfelachtige oorzaak.

Het tweede — en verreweg belangrijkste — hoofdstuk is gewijd aan het geldende Nederlandsche recht. De schrijver vangt aan met een bespreking van het arrest van den Hoogen Raad van 17 April 1862, waarin deze zegt, dat bij zeeverzekering het voorwerp daarvan is in het algemeen het met de geheele reis in verband staande belang van den verzekerde, hetgeen hij afleidt uit de algemeene bewoordingen van art. 246 van het Wetboek van Koophandel; art. 637 van dat wetboek is dan geen speciaal voorschrift voor het zeerecht, doch meer een aanwijzing (met voorbeelden toegelicht) van hetgeen naar de bedoelingen des wetgevers voor rekening der verzekeraars behoort te komen. De schrijver trekt te velde tegen deze „ruime" leer, welke hij ondanks den bijval, dien zij bij de meeste schrijvers heeft gevonden, juridisch onjuist acht, en blijft van oordeel, dat art. 637 noopt om de historische lijn niet te verlaten. Deze bladzijden behooren tot de beste van

het boek; de schrijver weet tal van alle overweging verdienende argumenten voor zijn meening aan te voeren. Inderdaad lijkt het mij uiterst gewaagd om aan het bij wijze van aanloopje een algemeene omschrijving van wat men zoo al verzekeren kàn gevende art. 246 beslissende beteekenis te hechten of er een leidend hoofdbeginsel in te zien. Een andere vraag is echter, of art. 637 zelf vergoeding van immateriëele schade zoo volstrekt uitsluit als de schrijver, mede op historische gronden, aanneemt. Zeker is het wat al te gemakkelijk om, zooals de Hooge Raad (en Mr. J. A. Levy in M. v. H. 1860) doen, die woorden, omdat zij in strijd lijken met een (ondersteld) beginsel der Wet, maar als niet geschreven te beschouwen, doch men mag niet uit het oog verliezen, dat de Wet spreekt van „alle verliezen en schaden, die aan de verzekerde voorwerpen overkomen" en daarna van „alle schade, veroorzaakt door nalatigheid, verzuim of schelmerij van den schipper of de scheepsgezellen" enz. Nu zou ik erop willen wijzen, dat schade niet hetzelfde is als beschadiging en op zich zelf reeds immateriëele schade, b.v. waardevermindering, kan omvatten; daarenboven echter wijst ook de opsomming van schade-oorzaken in die richting. In een later arrest (dat van 24 December 1920, *W.* 10695, waarvan de schrijver de overwegingen niet volledig weergeeft) vermeldt de Hooge Raad neming, en Prof. Molengraaff voegt in zijn aanteekening onder dat arrest daaraan nog toe schelmerij van den schipper, b.v. diefstal. Beide voorbeelden lijken mij niet gelukkig gekozen: zoowel het eene als het andere toch komt neer op totaal verlies, en van verliezen spreekt de wet ook; bovendien kan schelmerij des schippers ook materiëele schade ten gevolge hebben. Een beter voorbeeld ware daarom mijns inziens verklaring van oorlog, welke moeilijk anders dan onstoffelijke schade kan veroorzaken. Minder eenvoudig is de zaak, als het gaat, zooals in het arrest van 1862, om de vergoeding, aan anderen verschuldigd ten gevolge van aanvaring. Wel is die het gevolg van verzuim van schipper of scheepsgezellen, doch immateriëele schade aan het schip is zij toch eigenlijk niet.

Uitvoerig staat de schrijver stil bij het laatstgemelde arrest van ons hoogste rechtscollege, gevolgd op het vonnis der Rechtbank te Rotterdam van 7 December 1918 en het arrest van het Hof te 's-Gravenhage van 5 Maart 1920, alle gewezen in de bekende zaak der „Raven". Hij drukt zich hierbij evenwel niet geheel juist uit; dat de H. R. het cassatieberoep verwierp op dezelfde gronden als die, waarop het Hof het vonnis der Rb. bevestigde, is niet waar, want de H. R. zegt alleen, dat blijkens de polis was verzekerd het belang der verzekerden als eigenaren, en dat tegen zulk een verzekering geen wettelijke bezwaren bestaan, omdat art. 637 verzekering van immateriëele schade niet verbiedt. Dit is echter iets anders dan dat het die voorschrijft.

In het slot van het hoofdstuk trekt de schrijver dan zijn conclusies uit hetgeen jurisprudentie en literatuur hem leeren. Niet elke waardevermindering wordt vergoed, alleen die, welke in werkelijkheid schade *aan* het goed is, en wel niet van tijdelijken, doch van blijvenden aard. Zoo komt hij tot de definitie: „de verzekeraar is aansprakelijk voor waardeverlies of waardevermindering, die het gevolg is van het feit, dat de verzekerde na het transport" (waartoe die laatste woorden? Zij lijken mij overbodig) „niet of niet ten volle de economische beschikking over schip of goed heeft verkregen". Of deze omschrijving werkelijk de uitkomsten van den schrijver volkomen juist weergeeft, waag ik te betwijfelen — doch dit punt acht ik van gering belang; een minder goed geslaagde — en trouwens niet noodzakelijke — definitie bepaalt niet de waarde van het geschrift.

In een laatste hoofdstuk geeft de schrijver een overzicht over wetgeving, rechtspraak en literatuur betreffende zijn onderwerp in Frankrijk, Duitschland en Engeland, dat tal van belangwekkende gegevens bevat, doch uitteraard slechts summier kon wezen. Terloops moet ik opmerken, dat zijn kennis van het Duitsche recht grooter is dan die van Duitsche taal, waarvan bl. 90 de bewijzen levert. Of valt ook hier te denken aan drukfouten, welke elders in het boek in hooger mate dan oorbaar lijkt zijn aan te treffen?

Dit proefschrift, geschreven in een vlotten en gemakkelijken stijl, geeft een zeer goed overzicht over de daarin behandelde vragen, en, al opent het geen nieuwe gezichtspunten, toch zal de daarin belangstellende lezer het niet onbevredigd ter zijde leggen. De lof van zich in zijn onderwerp uitstekend te hebben ingewerkt en van literatuur en rechtspraak nauwgezet, en met vrucht, kennis te hebben genomen, mag den jongen doctor niet worden ontzegd.

Rotterdam, December 1924 H. W. M. VAN HELTEN

De pijnbank in de Nederlanden, door mr. dr. P. VAN HEYNSBERGEN. (P. NOORDHOFF, Groningen.)

Gaarne volbreng ik de mij opgelegde taak het bovenvermelde geschrift van mr. VAN HEYNSBERGEN in dit tijdschrift aan te kondigen.

Uitvoerig behoeft die aankondiging niet te zijn. In de eerste plaats reeds daarom niet, omdat de inhoud van het geschrift niet nieuw is, doch een herdruk vormt van in een tweetal tijdschriften verschenen opstellen. In de tweede plaats, omdat eene historische schets, zooals hier wordt gegeven, noch aanleiding biedt tot eene kritische bespreking noch met hare vele bijzonderheden zich goed leent tot eene resumtie van haren inhoud. Wie in het onderwerp belang stelt leze de schets zelf, zooals zij hem geboden wordt; het is voldoende de aandacht op haar te vestigen.

Mijnerzijds verklaar ik gaarne, dat ik van de geschiedkundige uiteenzetting door den schrijver gegeven, die overal den indruk maakt van degelijke studie en die op zoodanige wijze is geschreven, dat men haar gemakkelijk en met genoegen leest, met belangstelling heb kennis genomen.

Het blijft altijd nuttig aan de geschiedenis van het strafproces zijne aandacht te schenken. Wanneer men teruggaat naar tijden, die betrekkelijk nog zoo kort van de onze verwijderd zijn, wanneer men dan leest dat ernstige mannen, die waarschijnlijk niet zoo veel wreeder waren van natuur dan wij, met diepen ernst en oprechte overtuiging eene lans braken voor een strafproces, waarvan een zoo bezadigd oordeelend man als mr. VAN HEYNSBERGEN moet zeggen, dat het een laag staand proces was, waarin de wreede pijnbank volkomen paste, wanneer wij lezen met hoeveel ruwheid die pijnbank in toepassing werd gebracht, wanneer wij bedenken dat dit geschiedde op last van rechters, die meenden, als thans de onze, de rechtsorde te handhaven en op te komen voor recht en waarheid, wanneer men dit alles aan zijn geestesoog laat voorbijtrekken en nog eens medeleeft met het zoo ontzettend onbarmhartige en ruwe strafproces van nog geen twee eeuwen geleden, dan krijgt men eenigen moed om op te komen tegen instellingen van den tegenwoordigen tijd, die zoo vaak als onontbeerlijk voor de rechtsorde van nu worden voorgesteld met dezelfde eerlijke en oprechte, maar vermoedelijk met de niet minder sterk dwalende overtuiging, waarmee indertijd de pijnbank werd bepleit en verdedigd. Ik betwijfel eenigermate, of juist het geven van deze les het doel was van de historische

studie van mr. Van Heynsbergen, doch hij zal het mij niet euvel duiden, wanneer ik allereerst met dezen indruk de lectuur van de door hem geschreven bladzijden beëindigde.

In die bladzijden vinden wij eene heldere beschrijving van de geschiedenis van de tortuur in verband met de ontwikkeling van het inquisitoire proces, aan welks ontwikkeling ter vervanging van het oorspronkelijke accusatoire geding het eerste hoofdstuk gewijd is, eene beschouwing over de beginselen, die de toepassing der tortuur beheerschten, over de practijk, die in menig opzicht daarvan afweek, en waarbij dikwijls veel verder gegaan werd dan eigenlijk naar de strenge regelen was toegelaten, over de bestrijding en de verdediging van de pijnbank, eindelijk over hare afschaffing. Vooral de lezing van dit laatste hoofdstuk is in verband met hetgeen ik reeds opmerkte, belangwekkend en leerzaam.

Zooals ik reeds zooeven zeide, behandelt de schrijver in het eerste hoofdstuk oorsprong en opkomst van het inquisitoire proces. Naar aanleiding daarvan zou ik mij tweeërlei opmerking willen veroorloven. De schrijver stelt het enkele malen voor, alsof bij het inquisitoire proces het bewijs zou hebben opgehouden van formeelen aard te zijn en stelt daarbij de formeele waarheid van het burgerlijk proces tegenover de materieele van het strafproces (bl. 2 en noot 1, bl. 28 en bl. 29. Ik geloof, dat deze voorstelling, natuurlijk onopzettelijk, misleidend en onjuist is. Het verschil tusschen het inquisitoire en het oude accusatoire proces ligt daarin, dat in dat laatste proces eigenlijk elk onderzoek omtrent het feit zelf achterwege bleef; de bewijsmiddelen, zooals de ordalien en het gerechtelijk duel, betroffen eigenlijk niet de aan het proces ten grondslag liggende feiten doch gingen buiten deze om. Daaraan kwam in het inquisitoire proces verandering; de bewijsvoering liep over het misdrijf zelf, doch was in zooverre streng formeel, dat zij aan zeer vaste wettelijke bewijrsegelen gebonden was en zeer weinig ruimte liet aan de overtuiging van den rechter. De formeele waarheid, niet de materieele gold als grondslag voor de rechterlijke beslissing. Garraud, Traîté théorique et pratique d'instruction criminelle I, bl. 503, zegt volkomen terecht: „Aux XVIe et XVIIe siècles le système des preuves légales était complètement arrêté, et il subsista tant que dura la procédure inquisitoire". Mijne tweede opmerking betreft de passage, waarmee de schrijver zijne beschouwingen van het eerste hoofdstuk besluit. Hij stelt daarbij de vraag, of de invoering van het inquisitoire proces een vooruitgang is geweest en wil die vraag bevestigend beantwoorden. Misschien is dat antwoord juist, wanneer men zich er rekenschap van geeft, dat een hervormende ontwikkeling van het accusatoire beginsel niet goed mogelijk schijnt te zijn geweest en dus wel om eene hervorming te verkrijgen, die door de veranderde maat-

schappelijke verhoudingen gevorderd werd, aanvaarding van een gansch ander beginsel noodzakelijk was. Doch wanneer de schrijver zegt, dat het inquisitoire proces den weg heeft gewezen tot zachtere vormen, tot betere rechtspraak, dan stel ik mijnerzijds een groot vraagteeken. Zachtere vormen, betere rechtspraak moeten nog altijd bevochten worden door strijd tegen het inquisitoire strafproces; terug naar het accusatoire beginsel, naar het beginsel der gelijkgerechtigde partijverhouding, is de leus, waaronder de strijd voor een hervormd strafproces wordt gevoerd en moet worden gevoerd. De hervorming wordt tegengewerkt door hen, die nog aan de grondgedachte van het inquisitoire proces, de beklaagde middel van onderzoek in handen van den rechter, willen vasthouden. „Wie viele Strafrichter mag es denn bei uns geben, denen der Grundgedanke des Anklageprozesses wirklich in Fleisch und Blut übergegangen ist" schreef Von Liszt in zijne brochure over „Die Reform des Strafverfahrens" bl. 10. Ook bij ons zijn er nog vele rechters, die meer aan het leidende beginsel van het inquisitoire, dan aan dat van het accusatoire geding hun hart verpand hebben.

Naar mr. Van Heynsbergen zelf verklaart (bl. 63), was het inquisitoire, het extra-ordinaire proces een samenstel, dat aan de eerste eischen van beschaving en gerechtigheid niet voldeed. Wij lijden met ons verouderd strafproces, dat in zijn vooronderzoek geheel op het inquisitoire beginsel steunt, nog altijd onder de werking van dat aldus gekenschetste proces, dat niettemin, naar mr. Van Heynsbergen ons wil doen gelooven, den weg zou hebben gewezen naar eene betere rechtspraak.

„Het strafproces bezit uit sociaal, juridisch en ethisch oogpunt ten allen tijde eene groote beteekenis". Deze woorden van mr. Van Heynsbergen neem ik met volkomen instemming over. Inderdaad „der Strafprozess bildet den Gradmesser für den politischen Sinn des Volkes". Misschien zal bij de invoering van het nieuwe wetboek het dan in werking getreden strafproces een beter getuigschrift geven van de politieke gezindheid van ons volk dan het thans nog geldend strafgeding, waarin wij met te groote lijdzaamheid hebben berust. Ik hoop, dat ook mr. Van Heynsbergen ertoe zal willen medewerken, dat dit getuigschrift zoo gunstig mogelijk zal kunnen zijn.

Utrecht, Januari 1925 D. Simons

De Arbeidsovereenkomst (wet van den 13den Juli 1907, *Stbl.* 193), met inleiding en aanteekeningen, ontleend aan de gewisselde stukken, de gevoerde beraadslagingen en de rechtspraak, door Mr. E. M. MEIJERS, hoogleeraar aan de Rijksuniversiteit te Leiden, derde, herziene druk; Haarlem, H. D. Tjeenk Willink & Zoon, 1924.

Een aankondiging van bovenstaand geschrift geeft aanleiding tot tweeërlei: in de eerste plaats dank te betuigen, als man der praktijk, aan den Leidschen hoogleeraar, die tijd en lust vond in dezen derden druk de nieuwere rechtspraak en literatuur op dit gebied in zijn veelgebruikt boek te verwerken, in de tweede plaats om op enkele onderwerpen afzonderlijk aandacht te vestigen.

Allereerst dan de zoogenaamde collectieve (arbeids)overeenkomst, wier rechtskarakter nog steeds betwist is. Schr. verwerpt de dezerzijds indertijd (1) voorgestelde oplossing, waarbij de C. A. als een complex van rechtsnormen wordt aangemerkt, waardoor zij van rechtswege bindende kracht kan hebben (2), zelfs ten aanzien van niet-aangesloten arbeiders of werkgevers. Schr. verwijst (3) naar de bijdrage van Mr. Vos in R. B. VII 21/22, welk betoog evenwel niet als afdoende is aan te merken, reeds daarom wijl 't uitsluitend gegrondvest is op een opvatting der C. A. als zuiver privaatrechtelijke overeenkomst, hetgeen onvolledig, zoo niet onjuist is, ook volgens schr. Deze toch omschrijft zelf de C. A als een „regeling" (4) omtrent arbeidsvoorwaarden, met dezelfde „eigenaardigheid" als een reglement, t. w. haar bestemming om *alle* (5) arbeidsovereenkomsten binnen zekeren kring op dezelfde wijze te beheerschen als de regelen van het objectieve recht doen, naast welke (hoofd)bestemming de C. A. ook nog werkt als overeen-

(1) *Rechtsg. Mag.* 1917, blz. 515 v.

(2) Niet: „heeft", immers zulks hangt van de feitelijke omstandigheden, kwaliteit en kwantiteit der toegetreden vereenigingen enz., af, terwijl trouwens rechtsgeldig afgeweken kan worden van de C. A., totdat de in art. 1637 *n* B. W. bedoelde nietigverklaring is uitgesproken.

(3) Blz. 44, 45.

(4) Niet: overeenkomst! Aldus ook art. 1637 *n*, 2e lid.

(5) Cursiv. is van ons.

komst, d. i. als bron van rechten en verplichtingen der contracteerende partijen (6). Doch ook indien ware aan te nemen, dat de C. A. uitsluitend op „gebonden" arbeiders en werkgevers toepasselijk is te achten (7), — inderdaad is voor die opvatting steun te vinden in het huidige artikel 1637 *n* B. W., dat van zoodanige gebondenheid rept (8) —, dan nog is opmerkelijk, dat schr. zijn vroeger met zooveel woorden gedaan beroep op de billijkheid (9) thans laat vallen, en artt. 1638 *z* en 1639 *d* B. W. ter sprake brengt (10), hetgeen nog minder overtuigend schijnt. Nieuw is voorts schr.'s juiste opmerking, dat de in art. 1637 *n* B. W. bedoelde nietigverklaring een geheel andere is dan die van art. 1276 B. W., welke laatste trouwens toch geen toepassing zou kunnen vinden, waar het te vernietigen beding gesloten is met iemand, die niet door de C. A. gebonden was, daar (niet: dat?) de vernietiging dan betreffen zou een tusschen andere partijen gesloten overeenkomst; jammer is slechts, dat schr. de door hem bedoelde schrijvers dier afwijkende meening niet noemt (11). Voorts worde gewezen op schr.'s nieuwe uiteenzetting over de schadevergoeding, die een vereeniging kan vorderen wegens niet-naleving eener C. A.; schr.'s meening, als zou deze schade ten slotte neerkomen op de door de leden der vereeniging geleden schade, schijnt, ook na herlezing van zijn bijdrage in *W. P. N. R.* 2604, niet juist: hier kan toch wel gesproken worden van de schade, door de vereeniging zelve geleden, en rechtens voor vergoeding vatbaar (vgl. art. 1637 *w* B. W.) (12).

Terwijl de afzonderlijke uiteenzetting over het boetebeding vervallen is (13), en in verkorten vorm bij de artikelsgewijze behandeling van art. 1637 *u* B. W. wordt ondergebracht, is daarentegen ingelascht een uiteenzetting over de wijziging en

---

(6) Blz. 42.

(7) Anders: Cour de Cassation 24 Oct. 1916 (*S.* 1920, 1, 17), aangehaald door J. Bonnecase in diens voor wetsuitlegging en (cassatie)rechtspraak belangrijk supplement I op Baudry-Lacantinerie (Paris, Sirey 1924, bl. 290), welk supplement tevens voor de algemeene rechtsleer van belang is (Gény, Duguit).

(8) Blijkbaar steunen daarop de door schr. op blz. 45 aangehaalde vonnissen [o. a. Ktg. Utrecht 2 Nov. 1922, *R. B.* XI (niet: XL) 17/18], die bedoeld begrip evenmin nader omschrijven.

(9) Commentaar, 2e druk blz. 75 (de voorafgaande tekst der wetsartikelen is terecht bij den derden druk weggelaten, zoodat deze nieuwe uitgave, niettegenstaande de vermeerdering der stof, niet in omvang toenam).

(10) Blz. 44.

(11) Blz. 44.

(12) Blz. 46 (schr.'s beroep in *W. P. N. R.* 2604 op het expeditiecontract gaat hier ook daarom niet op, wijl de wet zulks afzonderlijk regelt; ook de opvatting, als zou de vereeniging als trustee harer leden optreden, schijnt betwistbaar).

(13) 2e druk blz. 79 v.

overneming eener arbeidsovereenkomst (bedoeld is: de daaruit voortvloeiende rechtsbetrekking) (14). Daarbij is ook van belang de elders (15) ter sprake gebrachte vraag, of een voor onbepaalden tijd aangegane dienstbetrekking gewijzigd wordt in eene voor bepaalden tijd aangegaan, doordat een (eenzijdige) opzegging heeft plaats gehad; zelfs bij een accoordgaan door de wederpartij met den datum der beëindiging, zou, ofschoon minder juist, zulks ontkend kunnen worden, waar de aard der dienstbetrekking immers desalniettemin ongewijzigd is gebleven.

In dit verband is ook van belang schr.'s hernieuwde uiteenzetting van het stakings- en uitsluitingsbegrip; zijn opvatting (16), als zou er pas van beëindiging der dienstbetrekking sprake kunnen zijn, indien het „opzet" tot die beëindiging aanwezig is, schijnt evenwel zwak, daar dit motief toch bezwaarlijk gewicht in de schaal kan leggen, waar aan de wederpartij zulks niet, althans niet met zekerheid bekend kan zijn; bij langdurige onderbreking van den arbeid zou echter wèl de beëindiging daarvan aangenomen kunnen worden; ook hier hangt alles af van de bijzonderheden van elk geval, gelijk schr. trouwens even tevoren ten aanzien der door hem opgesomde systemen opmerkt. Voorts is niet overtuigend schr.'s bestrijding van de dezerzijds vroeger verkondigde opvatting (17), dat het geven van dringende reden en het verschuldigd-zijn van schadevergoeding nog niet behoeven samen te gaan: art. 1639 *t* 2e lid gewaagt n.l. van het door opzet of schuld geven eener dringende reden, zoodat, al is ook elk staken of iedere uitsluiting een opzettelijke daad, de aanleiding daartoe nog niet met opzet of schuld gepaard behoeft te zijn gegaan, gelijk b.v. bij onweerstaanbaren, o. a. met repressaillemaatregelen samengaanden drang, door een arbeidersorganisatie op den staker uitgeoefend, het geval is; daarnaast kan echter tegelijkertijd in het staken of uitsluiten een dringende reden gelegen zijn.

Wat de artikelsgewijze behandeling aangaat, worde gewezen op schr.'s betoog, als zou bij art. 1638 *q* niet gesteld behoeven te worden, dat de niet-betaling aan den werkgever is toe te schrijven (18). Daargelaten, dat de geschiedenis van het voorschrift het tegendeel reeds zou doen vermoeden (19), pleit voor een afwijkende opvatting, die het stellen van dit element van

(14) Blz. 50.
(15) Blz. 174.
(16) Blz. 54.
(17) *Rechtsg. Mag.* 1915 blz. 91 v. (ten onrechte op blz. 56, regel 3 v. o. niet aangegeven).
(18) Blz. 143.
(19) Verg. Commentaar van Mr. CANES blz. 219 v., in het bijzonder het aldaar op blz. 220 inzake het voorstel van Mr. LOHMAN betreffende den bewijslast betoogde.

deze bijzondere vordering noodig acht ook de woordenkeus van het artikel, waarbij niet van een „straf"- (20) opheffende omstandigheid sprake is; overdreven formalisme, waartegen schr. elders terecht opkomt (21), kan dit dan ook niet genoemd worden.

Evenmin kan schr.'s betoog in zake art. 1639 *e* geheel worden onderschreven (22); de dienstbetrekking voor een bepaald werk lijdt immers veelal aan het gemis van een met zekerheid aan te geven tijdsduur; tevoren weten arbeider en werkgever dus niet, hoelang zij jegens elkander verbonden zullen zijn, en is 't dus redelijk, en geenszins onbillijk alsdan een dienstbetrekking voor onbepaalden tijd aan te nemen. Trouwens geeft schr. toe, dat hier (hoogstens) van een slechts vermoedelijken duur der dienstbetrekking sprake kan zijn, het tegendeel dus van een objectief aangegeven tijdstip van beëindiging, waarvan schr. gewaagt, en tevens een bron van noodelooze processen, waartegen schr. terecht waarschuwt (23).

Wat art. 1639 *o* aangaat, toont schr. zich een voorstander der onsplitsbaarheid van het verweer, indien dit neerkomt op een erkentenis van het ontslag, onder toevoeging van een beroep op een dringende reden (24). Daargelaten, dat het door schr. aangehaalde arrest (25) een andere kwestie, de rechtsvordering van art. 344 *a* B. W. betreft, zou hier wellicht van een z.g. „aveu complexe" (26) gesproken kunnen worden, in zooverre dat de aan de erkenning van het ontslag toegevoegde feiten geenerlei „natuurlijken" samenhang vertoonen met het ontslag; hoe dit ook zij, vooralsnog schijnt het in den regel, overeenkomstig de eischen eener praktische procesvoering, aan den verweerder opgelegde bewijs der dringende reden de voorkeur te verdienen, temeer nu de wettelijke omschrijving van art. 1639 *o* daaraan mede steun verleent, ook al moge zulks niet altijd een juist richtsnoer zijn (27).

Ten slotte nog een lijstje van drukfouten en onvolledige verwijzingen, ook voor een eventueelen vierden druk van

---

(20) CANES blz. 222.

(21) Blz. 166, 218, 219, waarbij evenwel niet vergeten moet worden de somtijds volslagen onvoldoende processtukken, waarmede ongestudeerde arbeidscontract-gemachtigden den rechter overladen, terwijl in andere gevallen een gebrek aan gegevens valt waar te nemen; ook daarom ware een toezicht op de zaakwaarnemers en arbeidsbureaux wenschelijk.

(22) Blz. 172—174.

(23) Blz. 199.

(24) Blz. 190.

(25) H. R. 2 Nov. 1917, *W.* 10195; *Ned. Jur.* 1917 blz. 1171.

(26) Vgl. conclusie Proc.-Gen. Mr. NOYON, aan het arrest voorafgaande.

(27) Vgl. M. L. KAN, Bewijslast en bewijswaardeering, ac. pr. A'dam 1921, blz. 115.

belang: blz. 45 regel 3 v. b.: XL, lees: XI; blz. 52 regel 11 v. b., achter: 25/26: *Ned. Jur.* 1914 blz. 1032; regel 19 v. o.: 16, lees: 10; regel 17 v. o.: 15/6, lees: 5/6; blz. 54, regel 8 v. o.: *R. B.* 17/18, lees: *R. B.* IV 17/18; blz. 56 regel 3 v. o., achter „uitsluiting" inlasschen: *Rechtsg. Mag.* 1915 blz. 91 v.; blz. 85 regel 18 v. o., achter blz. inlasschen: „27"; blz. 86 onderste regel, achter: 17/18 inlasschen: *Ned. Jur.* 1915 blz. 533; blz. 112 regel 9 v. b.: Werij, lees: Wery; blz. 166 regel 19 v. b.: onvermodeng, lees: onvermogend; blz. 167 regel 5 v. b.: H. B., lees: H. L.; blz. 179 regel 8 v. b., „Art.", lees: „art."; regel 16 v. b. achter: 15/16, inlasschen: *Ned. Jur.* 1914 blz. 308, bev. Rb. Rotterdam 27 Febr. 1913 *R. B.* V 1/2, *Ned. Jur.* 1913 blz. 555; op regels 17 en 18 doorhalen: Rb. Rotterdam 27 Febr. 1913 *R. B.* V 1/2; blz. 198 regel 21 v. b.: VII 24/25, lees: III 24/25; blz. 203 onderste regel achter 10988 inlasschen: *Ned. Jur.* 1923 blz. 155; blz. 204 regel 15 v. b., inlasschen: Marx in *W. v. h. R.* 9804; blz. 218 regel 6 v. b.: ven, lees: vern.; blz. 224 regel 3 v. b.: appelabiliteit, lees: appellabiliteit. Wat de aangehaalde rechtspraak betreft worde voorts in het oog gehouden dat deze niet volledig is, en behoort het kaartsysteem der *Ned. Jur.* steeds geraadpleegd te worden.

G. J. van Brakel

Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsch Handelsrecht, door Mr. W. L. P. A. MOLENGRAAFF, oud-hoogleeraar. Vijfde herziene druk. Haarlem, De Erven F. Bohn.

Van den leidraad bij de beoefening van het Nederlandsche Handelsrecht van den oud-hoogleeraar MOELENGRAAFF is thans, nadat in 1923 het eerste deel verschenen was, het tweede gedeelte gepubliceerd.

Nog steeds is de opzet van het werk dezelfde als in den eersten druk, die in 1899 gereed kwam. Bedoeld als leidraad voor de leerlingen van den toenmaligen docent aan de Utrechtsche Hoogeschool is het werk al zeer spoedig en met iederen nieuwen druk in meerdere mate *het* handboek voor Handelsrecht geworden van den Nederlandschen practischen jurist. Ik twijfel zelf of een zoo omvangrijk werk als het thans verschenen zijnde bij het onderwijs van het handelsrecht nog wel van veel nut zal kunnen zijn. Maar daar staat dan tegenover, dat de litteratuur van het handelsrecht thans een meesterwerk bevat dat men elders vruchteloos zal zoeken.

Het werk werd aan de redactie van *Themis* ter recensie gezonden. Maar dergelijke werken recenseert men niet. Hier past alleen bewondering.

Merkwaardig deze bloei onzer rechtsgeleerde litteratuur in eene periode waarin toch van een vooruitgang van de rechtswetenschap moeilijk kan worden gesproken.

C. S.

De boeren en de handel, door F. A. E. H. VAN DER LOO. Uitgave van het Geert-Groote-Genootschap, nummer 90, 1924.

Waar dit werkje, een afdruk van eene rede door den heer VAN DER LOO op eene vergadering van den Boerenvakbond gehouden, aan de redactie van *Themis* ter recensie is toegezonden zou het niet welwillend zijn daarvan niet met een enkel woord gewag te maken.

De spreker, blijkbaar een R.-K. geestelijke, wijst op tal van praktijken door de landbouwers, waar het betreft het van de hand doen van de producten van hun bedrijf gebezigd. Niet altijd kunnen deze den toets der Christelijke zedeleer doorstaan en waar dit niet het geval is waarschuwt hij daartegen. Ten slotte eindigt hij met een pleidooi voor Zondagsrust ook op de beide specifiek als Zondag te vieren Katholieke feestdagen van 15 Augustus en 1 November. Dit alles geschiedt op een voor het publiek waarvoor de rede bestemd was bevattelijke wijze en men kan slechts wenschen, dat de hoorders hetgeen de spreker hun aanbeval ter harte zullen nemen. Er zijn praktijken zoo algemeen gebruikelijk, dat men, ofschoon zij niet door den beugel kunnen, ze niet meer als onrecht en in strijd met de Christelijke zedeleer gevoelt ofschoon zoowel het een als het ander ontwijfelbaar het geval is. Dit op duidelijke en onderhoudende wijze te zeggen heeft zeker zijn verdienste, al zegt men dan ook niets wetenschappelijks.

Eigenaardig is het, dat de spreker niet bloot zich bepaalde zijn publiek tegen door hem afgekeurde praktijken te waarschuwen doch ook adviseert wat te doen staat, wanneer men voor de verzoeking is bezweken en het geldt het verkeerde weder te herstellen. Hier nadert hij het positieve recht, dat trouwens ook elders, want de meeste gesignaleerde misbruiken zijn daarmede in strijd, niet uit het oog werd verloren.

Merkwaardig, doch bij een Katholiek geestelijke begrijpelijk, is het telkens voorkomende beroep op het natuurrecht. Ofschoon ik geloof, dat het een groote verdienste van VON SAVIGNY is geweest dat hij de magische kracht die men aan het natuurrecht toekende althans voor een eeuw heeft gebroken, heb ik daartegen geen bezwaar mits men slechts erkent, dat dit natuurrecht in tegenstelling met de Christelijke zedeleer niet minder een product is van den menschelijken geest en dus even feilbaar als andere menschelijke Errungenschafte. Maar het bestaat reeds lang en als hulpmiddel bij de beoor-

deeling van de zedelijke waarde van in landbouwkringen niet ongebruikelijke handelingen hecht ik heel wat meer waarde aan dit natuurrecht dan aan het subjectieve rechtsgevoel van door up to date zijnde hoogleeraren tot onpractische ideologen opgekweekte rechtsgeleerden. Behalve op het natuurrecht let de schrijver echter ook op het bestaande Nederlandsche recht en geeft daarvan ook wel eens eene uitlegging. Of deze steeds de juiste is?

De gevallen die hij behandelt zijn meestal zeer eenvoudig, maar reeds als student heeft mij de ervaring opgedaan bij het doorwerken van JEHRING's Jurisprudenz der täglichen Lebens geleerd, dat niet alle eenvoudig schijnende rechtsvragen inderdaad eenvoudig zijn. In elk geval zijn zij dikwerf niet gemakkelijk op te lossen. De schrijver zal het mij dan ook wel niet euvel duiden wanneer ik op dit punt wel eens met hem van meening verschil.

Zij het vergund dit met een enkel voorbeeld aan te toonen.

Spreker behandelt het geval, dat iemand een bepaald voorwerp: stel een bepaald paard aan A verkocht heeft en later bemerkende, dat hij van B een beteren prijs kan bedingen dit zelfde paard aan B verkoopt.

Hij keurt die handeling onvoorwaardelijk af en terecht. Hoe staat het echter, zoo vraagt hij, met de rechten en plichten van den tweeden kooper? Is B verplicht van den koop af te zien ter wille van A?

Hier moeten wij onderscheid maken, zoo vervolgt hij, tusschen het geval, dat B, toen hij den koop sloot, al dan niet te goeder trouw was.

„Handelde B te kwader trouw, m. a. w. wist hij van dien „eersten koop af, dan moet hij van den koop afzien en zelfs „als het paard hem al geleverd was, het teruggeven aan A. „Dat staat wel niet in het Burgerlijk Wetboek, maar schrijft „wel degelijk de deugd der rechtvaardigheid voor. Hij maakt „immers willens en wetens inbreuk op het recht, dat A zich, „als eerste aanbod, door zijn koop verworven had, hij bedrijft „dus onrecht en dat onrecht heeft hij goed te maken. Hij kan „dat alleen doen door het paard — stel dat het al in zijn „bezit is — aan A af te staan voor den prijs, die tusschen „dezen en den verkooper was overeengekomen. Wat hij er zelf „meer voor betaald heeft, kan hij terugvorderen van den ver-„kooper. Wil deze daar niet van weten, dan geeft de wet hem „wel is waar geen gelegenheid, om tegen den verkooper te „gaan procedeeren, maar dan mag hij, desnoods in het geheim, „zich uit de goederen van den verkooper schadeloos stellen. „De rechtsvordering tot schadevergoeding die de wet toekent „tegenover den verkooper aan A kan daarvoor soms als mid-„del dienen."

Tegen dezen raad heb ik meerdere bedenkingen.

In de eerste plaats betwijfel ik of B door een koopovereen-

komst te sluiten met den man, die het paard reeds aan A verkocht had, willens en wetens inbreuk zou maken op A's recht. Dit recht — dat de verkooper A het paard zal leveren — blijft volkomen ongerept. De proef op de som is, dat, wanneer de verkooper niet aan hem, B, doch aan A levert deze over niets heeft te klagen en niet de minste schade lijdt. Schade lijdt A alleen, wanneer de verkooper hem niet levert, te zijnen opzichte wanpraestatie pleegt. En nu is het zedelijk afkeurenswaardige van B, dat hij door den koop te sluiten wetende, dat de verkooper aan de daaruit voor hem voortspruitende verplichtingen niet kan voldoen dan door jegens A wanpraestatie te plegen, toch met dien verkooper contracteert, dezen derhalve in de verzoeking brengt om zich afkeurenswaardig te gedragen. Hij lokt eenigszins het plegen van onrecht uit, maar *zelf* maakt hij op A's rechten geen inbreuk. Niet door den koop, maar ook niet door, wanneer de verkooper hem het paard levert, dit aan te nemen. Daartoe is hij zelfs verplicht of juister, hij kan de aanneming wel meestal weigeren maar tot betaling van den koopprijs is hij jegens den verkooper verplicht.

Het is m. i. dan ook niet juist, wanneer de spreker spreekt van een teruggeven van het paard door B aan A. Hoe kan B iets aan A teruggeven dat deze nooit gehad heeft? Immers A is juist doordat niet aan hem maar aan B het paard geleverd is nooit eigenaar daarvan geworden. Een oogenblik later spreekt de heer v. D. L. van „afstaan van het paard aan B". Maar „afstaan" is geenszins hetzelfde als „teruggeven".

Voorts is de raad dien hij aan B geeft niet zonder bedenking. Juist is die m. i. slechts voor een deel. Wanneer het aan B, die over zijn handeling om met den verkooper te contracteeren berouw krijgt, niet gelukt dezen te bewegen om de tusschen hen gesloten rechtens volkomen geldige koop en verkoopovereenkomst ongedaan te maken — de heer v. D. L. spreekt niet van zulke pogingen, maar ik neem aan dat hij veronderstelt, dat die vruchteloos gedaan zijn — dan doet B verstandig het paard in ontvangst te nemen en den koopprijs waarvoor hij het gekocht heeft te betalen. Immers tot dit laatste is hij rechtens zeker verplicht. Hij kan nu naar A gaan en dezen voorstellen van hem het paard te koopen voor den prijs dien hij, A, met den weinig scrupuleusen verkooper had afgesproken. Neemt A aan, dan heeft deze geen schade. Voorts kan hij, B, bedingen, dat A hem alle rechten die hij, A, tegen den verkooper heeft cedeert. Misschien is het mogelijk, dat hij daardoor een deel der schade — bestaande in het verschil van de koopprijzen dien hij aan den verkooper heeft betaald en van A verkrijgt — op den verkooper kan verhalen. Veel succes voorspel ik hem echter niet, al was het reeds, omdat de verkooper vermoedelijk het bestaan eener door hem, verkooper, met A gesloten koop en verkoopovereenkomst zal ontkennen

en het bewijs moeilijk, zoo niet onmogelijk, zal zijn te leveren. Dat B zich desnoods in het geheim uit de goederen van den verkooper schadeloos kan stellen wordt beweerd maar, naar het mij toeschijnt, ten onrechte. Quo jure verricht B deze geheimzinnige handelingen, die bijkans steeds in strijd zullen zijn met het bestaande recht? En wanneer dit het geval is, zijn dan zulke handelingen waardoor men een ander, hij moge dan ook niet lofwaardig gehandeld hebben, onrecht aandoet moreel geoorloofd?

De spreker bepaalt zich niet tot het hier besproken geval maar ziet ook het geval onder het oog, dat de tweede kooper B, toen hij den koop sloot te goeder trouw was en eerst later van de overeenkomst tusschen den verkooper en A heeft vernomen. In dit geval maakt hij onderscheid tusschen het geval, dat hij die wetenschap verkrijgt vóór dan wel nà de levering van het paard.

In het laatste geval is alles in orde. Op B rust geenerlei verplichting en wel omdat hij bona fide bezitter is. Ik ga met den schrijver accoord, al lijkt mij zijn argument niet afdoende. M. i. is B tot niets gehouden omdat hij niet alleen rechtens maar ook moreel niets afkeurenswaardig heeft gedaan. Dat het paard reeds aan A verkocht was heeft hij eerst vernomen, toen aan hem, B, reeds geleverd was, dus op een moment, dat de geheele zaak reeds was afgedaan. Hij heeft zich niets te verwijten.

Maar hoe heeft B te handelen, wanneer hij na den koop maar vóór de levering van den eersten koop kennis verkrijgt? Dan, zoo luidt het antwoord van den heer v. D. L., moet hij het wederom aan A afstaan „want qui prior est tempore „potior est jure, aldus de algemeen erkende rechtsregel vrij „vertaald. Wie het eerste aan bod is, heeft ook de eerste „rechten".

Ik waag te twijfelen of de gegeven solutie wel juist is.

Ik kan mij begrijpen, dat B van den eersten verkoop vernemende den verkooper tracht te bewegen wat tusschen hen gedaan is ongedaan te maken. Maar wat nu te doen, wanneer de verkooper, die waarschijnlijk aan hem, B, tegen een hoogeren prijs verkocht dan aan A daartoe niet genegen is en integendeel van hem vordert, dat hij zijne uit de tweede rechtsgeldige overeenkomst voortvloeiende verplichtingen zal nakomen? Onwaarschijnlijk is dit niet, in de praktijk zal de verkooper in den regel de geheele met A gesloten overeenkomst ontkennen. Wat moet nu B in een dergelijk geval doen? Dan is hij m. i. verplicht den verkooper den koopprijs te betalen en volkomen, ook moreel, gerechtigd het paard in ontvangst te nemen. Is hij nu echter ook verplicht het paard aan A af te staan, dat is dit aan dezen te verkoopen voor den prijs waarvoor deze het van den onbetrouwbaren verkooper had gekocht?

De schrijver meent dit, maar ik vraag waarom nu juist B

de schade, bestaande uit het verschil tusschen de beide koopprijzen — wij nemen aan dat aan B voor hooger prijs verkocht is — moet dragen? Omdat A eerder aan bod was? Bij wien? Toch enkel bij den verkooper. Bij B was niemand aan bod. Tegen zijn wensch dwong hem de verkooper eene op hem rustende obligatoire verplichting, wier bestaan hij niet kon noch mocht ontkennen, na te komen. Want, men denke er aan, van toepassing van art. 1507 B. W., koop en verkoop van eens anders goed, is jure nostro geen sprake. Het door den verkooper aan A verkochte paard is door dien verkoop waarop geen levering volgde volstrekt niet A's eigendom geworden.

Ik vrees, dat hier het natuurrecht den schrijver parten speelt of dat hij, wellicht denkende aan den een of anderen Franschen schrijver voor wien de regel la propriété s'acquiert par le seul fait de la convention waarde had, het recht van A heeft gesteld boven dat van B.

Ten onzent geldt echter tradionibus et usucapionibus non nudis pactis dominia acquiruntur. Naast het inderdaad eerder ontstaan vorderingsrecht van A staat het later rechtmatig verkregen eigendomsrecht van B, dat in het vorderingsrecht van A geen wijziging brengt. Waarom moet nu, waar zoowel A als B vertrouwen stellende in den verkooper met dezen hebben gecontracteerd, A geholpen worden ten koste van B? Immers men vergete niet de situatie. B heeft niet vrijwillig van zijn recht om van A de levering van het paard te eischen gebruik gemaakt. Hij was bereid de met den verkooper gesloten overeenkomst ongedaan te maken. Maar de verkooper was daartoe niet genegen. Hij wilde leveren en wel tegen voldoening van de bedongen koopsom. Die koopsom moest B betalen; dat hij het paard op de levering waarvan hij recht had in ontvangst nam is volkomen begrijpelijk en m. i. niet af te keuren.

Onwillekeurig ben ik met den auteur in een uitvoeriger discussie getreden dan bedoeld was. En waar hij zich in zijne rede niet bepaalde tot eene uiteenzetting van de eischen der Christelijke zedeleer, bepaalde ik mij niet uitsluittend tot het positieve Nederlandsche recht. Wij konden moeilijk anders, al deed ik het zeker niet zonder aarzeling. Want waar dwalen menschelijk is en geen verstandig mensch iemand een error juris euvel zal duiden is het zich aan een dwaling op het terrein der moraal schuldig maken niet zonder bedenking.

C. S.

De begrippen „werkwijze", „stof" en „voortbrengsel" in het Nederlandsche octrooirecht, door W. Wessel, scheikundig ingenieur, proefschrift Delft 1924 (uitgegeven bij J. Waltman Jr., Delft, ook in den handel).

De belangstelling van den ingenieur in juridische kwesties, waarvan elders in dit tijdschrift sprake is, komt in bovengenoemd, aan *Themis* ter aankondiging toegezonden proefschrift op gelukkige wijze tot uiting. In een vlot geschreven betoog legt de met de praktijk van het octrooirecht bekende schrijver zijn zienswijze bloot over deze veelbestreden materie. Hij toont daarbij ook historisch inzicht te bezitten, doordat hij ook aan de z.g. stof-octrooien, in vorige eeuwen verleend, aandacht wijdt, en deed een goed werk deze octrooien, elders — in de handboeken — niet opgenomen, in haar oorspronkelijken tekst af te drukken; ook verdient het streven van schr. naar volledige literatuuropgave, zelfs van courantenartikelen, alle waardeering.

Wat de huidige wettelijke regeling betreft, kunnen wij instemmen met schr.'s voorstel (blz. 50) in art. 4 O.W. in te lasschen werkwijzen, bestaande in een andere behandeling dan bereiding eener stof, doch onverklaarbaar is, waarom schr. daarnevens voorstelt om bij het te verleenen octrooi dan conclusies op te nemen, op de aldus behandelde (bewerkte) voortbrengsels gericht; immers het octrooi strekt zich daarover dan vanzelf uit, krachtens het aldus aangevulde art. 4; trouwens een alsvoren bedoelde, geformuleerde conclusie, op het voorwerp gericht, zou strijden met het in art. 1 der wet neergelegde beginsel, dat uitsluitend voor de uitvinding octrooi verleend wordt; welnu, deze vinding is alleen in de werkwijze te zoeken, waarvoor schr. dan ook in de eerste plaats een conclusie verleend wenscht te zien (vgl. blz. 37, 77): de utiliteitsredenen, welke schr., als man der praktijk, dan ook wil laten voorgaan boven andere motieven (blz. 30), spelen hier een te groote rol, en zijn blijkens zijn eigen voorstel tot bovenbedoelde wetswijziging, ook ongegrond.

Wat art. 43 der wet betreft, schijnt schr. over het hoofd te zien, dat krachtens het door den wetgever uitgesproken vermoeden, niet op den eischer, doch op gedaagde de bewijslast (i. c. het aannemelijk-maken) gelegd is (blz. 55); voorts blijkt een niet-jurist aan het woord, waar schr. dit „rechts"-vermoeden en de strafprocedure verder ter sprake brengt (blz. 67 v.).

Trouwens deze laatste afdeeling (5), alsmede de daarop volgende hoofdstukken bevatten niet alleen teveel polemiek met andersdenkende schrijvers, doch maken een eenigszins onsamenhangenden indruk, afgezien van den minder goeden stijl: een zin, luidende: „Inderdaad is de meening van een vooraan„staand industrieel, dat octrooien voor werkwijzen een niet „voldoende bescherming geven, zoodat de bedoelde omstandig„heid bestaat" ((blz. 70), schijnt ons geen goed Hollandsch. Het is jammer, dat de promotor, bij het doorlezen van schr.'s manuscript, hem hierop niet gewezen heeft; het ontsiert eenigszins het overigens zoo lezenswaardige proefschrift.

G. J. van Brakel

Handboek voor de studie van het Nederlandsche Octrooirecht, door Mr. W. H. Drucker, tweede stuk, 's-Gravenhage, Martinus Nijhoff, 1924.

Het vertrouwen, dat Prof. Drucker binnen afzienbaren tijd zijn standaardwerk zou voltooien, is niet beschaamd geworden: in kloek formaat, duidelijk gedrukt, en in den bekenden, metaalblauwen band, waarin de firma Nijhoff haar wetenschappelijke werken pleegt uit te geven, ligt thans, na de verschijning van het tweede stuk, het geheele werk voor ons. Een aankondiging, gelijk in de vierde aflevering van jaargang 1923 van dit tijdschrift ten aanzien van het eerste stuk gegeven werd, ligt niet in onze bedoeling, niet slechts ter wille der beperkte plaatsruimte, doch ook in verband met den aard der thans behandelde onderwerpen, die tot dusverre hier te lande nog weinig of geen toepassing in de praktijk vonden. Volstaan worde dan ook met een aanduiding van enkelen dier thans behandelde onderwerpen: rechtskarakter, omvang, uitlegging en rechtsgevolgen van het octrooi, de licentie en andere beperkingen van het octrooirecht, nietigverklaring en opeisching daarvan, benevens de wijze, waarop een octrooi verleend wordt, waarbij ook het wezen van den Octrooiraad, tweeslachtig, n.l. administratief èn rechsprekend van aard, aan de orde komt, alles uitvoerig toegelicht aan de hand der trouwens spaarzame Nederlandsche rechtspraak dienaangaande, en telkens met waardevolle verwijzingen naar buitenlandsche wetgevingen en literatuur.

Met de grootste belangstelling hebben wij wederom van schrijvers beschouwingen, in helderen betoogtrant weergegeven, kennis genomen; wij kunnen niet anders dan bewondering hebben voor den veelomvattenden arbeid, die aan het geheele werk, eenig in zijn soort hier te lande, moet zijn voorafgegaan. Den schrijver worde dan ook namens allen, die belangstellen in dit onderdeel van het recht, of, met inbegrip der rechterlijke macht, met de toepassing daarvan in aanraking zullen komen, voor een en ander wezenlijke dank betuigd, en tevens den uitgever hulde gebracht voor de royale wijze, waarop hij dit werk het licht deed zien.

Rotterdam G. J. van Brakel

De rechtskennis van den ingenieur, Eerste deel: Publiek recht, door Mr. Dr. K. H. Beyen, Mr. J. W. Beyen, Mr. K. H. Corporaal, Mr. Th. P. J. Masthoff en Mr. J. Kunst, bewerkt in opdracht van de Vereeniging van Delftsche Ingenieurs, L. J. Veen, uitgever, Amsterdam (z. j.).

Recht en wet voor den technicus, Handleiding voor de kennis van wetten en verordeningen ten dienste van bouwkundigen, waterbouwkundigen, werktuigkundigen en andere technici, door G. F. E. Kiers, Kapitein der Genie, Directeur der Scholen bij het Regiment Genietroepen, V. V. Uitgevers-Maatschappij voorheen Van Mantgem & de Does, Amsterdam (z. j.) [Beide werken in 1924 verschenen].

Men moet, gelijk de schrijver dezer aankondiging, gedurende eenige jaren onder technisch gevormde lieden verkeerd hebben, om bijzondere belangstelling te koesteren voor de twee hierboven genoemde werken, beiden bestemd voor de rechtsgeleerde voorlichting van den ingenieur. Alsdan toch is men zich bewust niet alleen van de bijzondere belangstelling van technici voor juridische kwesties, — de geschriften van ingenieur Moorrees zijn er een voorbeeld van —, doch tevens van de veelal merkwaardige verzekerdheid, waarmede sommigen van de ingenieurs een oordeel uitspreken over bedoelde, buiten hun eigenlijk studieveld liggende kwesties. Voorts is opvallend de daarbij gebezigde methode om dergelijke rechtsgeleerde vragen te beantwoorden: volstaan wordt in den regel met een beroep op de bewoordingen der wet en op de totstandkoming van het wettelijk voorschrift; argumenten, ontleend aan algemeene rechtsbeginselen blijven meestal buiten beschouwing, hetgeen trouwens veelal maar gelukkig is. Een verklaring voor dergelijke, aan alle abstractheid gespeende methode van uitlegging, is zeer zeker, althans voor een deel, te zoeken in de op het concrete gerichte opleidingswijze van vrijwel alle technici, die eerst op hoogere burgerschool, daarna aan de Technische Hoogeschool hun vorming ge-

noten hebben. De veelal materialistische opleiding, — dit zij in het voorbijgaan opgemerkt —, doet zich trouwens ook in ander opzicht gelden; men denke — als tegenstelling —, aan de in het bijzonder te Delft beoefende Hegeliaansche wijsbegeerte, of aan de aldaar gepropageerde wereldbeschouwing van RUDOLF STEINER, beiden symptomen, die er op wijzen, hoezeer door de technisch gevormde lieden zelf vaak gevoeld wordt, dat zij een tegenwicht behoeven voor de bij uitstek op de materie gerichte studie der techniek, — al heeft deze zeer zeker ook immaterieele kanten, vooral bij de „hoogere" natuurwetenschappen — verschijnselen bovendien, welke niet van belang ontbloot zijn bij de somtijds voorgestane geheele of gedeeltelijke afschaffing der „klassieke" opleiding.

Hoe dit alles ook zij —, Prof. HEYMANS en zijn psychologisch geschoolde volgelingen zouden hier een vruchtbaar terrein kunnen vinden —, de belangstelling van vele technici in juridische kwesties bestaat nu eenmaal, is trouwens voor hen vaak een noodzakelijkheid, waar hun werkkring hen bijna dagelijks daarmede in aanraking brengt. Toonaangevende ingenieurs en enkele juristen vormden dan ook, op initiatief der Delftsche Ingenieursvereeniging, een commissie, die een reeks beknopte handleidingen betreffende de voor ingenieurs benoodigde rechts- en wetskennis zou samenstellen en vonden een aantal, meerendeels jongere rechtsgeleerden bereid een handboek te schrijven, waarvan het eerste deel thans verschenen is.

Zonder op den degelijken inhoud te willen afdingen, moge toch de vraag gesteld worden, of althans met dit algemeene deel, — er volgen nog gedeelten over bijzondere onderwerpen, voor den ingenieur van belang, — de uitgave wel aan haar doel zal beantwoorden, n.l. of de technicus met dergelijke juridische voorlichting inderdaad gebaat zal zijn, daargelaten nog dat, wat het thans behandelde publiekrecht betreft, de bestaande leerboeken, o. a. het bondige werk over staatsrecht van Prof. KRANENBURG, evenzeer de gewenschte raadpleging mogelijk maken. Al te zeer toch blijft aan dergelijk werk, als het onderwerpelijke, het bezwaar verbonden, dat de niet-jurist zal meenen zich daarmede een voldoend oordeel over velerlei juridische kwesties te kunnen verschaffen. Gewezen worde b.v. op de door den betreurden wijlen Mr. (Dr.) CORPORAAL aan de orde gestelde vraag van de begrippen: wetgevende en uitvoerende macht, ter sprake gebracht in diens opstel over de Nederlandsche staatsinrichting, waarin ook, niettegenstaande de uiterste beknoptheid, de uitlegging van art. 154 der Grondwet in zake de aan de rechterlijke macht opgedragen twistgedingen van burgerrechtelijken aard aangeroerd wordt. Nog te klemmender schijnt ons dit gevaar van „schijnwijsheid" te bestaan ten aanzien van het knappe, diepzinnige opstel van Mr. MASTHOFF over het Nederlandsche strafrecht:

ook al heeft de bekwame schrijver zijn overzicht kort en duidelijk behandeld, toch valt te betwijfelen, of een buitenstaander de op dit terrein verscholen moeilijkheden, ook van rechtswijsgeerigen aard, zelfs maar zal „aanvoelen".

Bij ons is dan ook de vraag gerezen, of de schrijver van het in de tweede plaats genoemde werkje ten slotte niet een voor den prakticus nuttiger boekje samenstelde: weliswaar staat 't geenszins op het peil van het eerstbesproken handboek, bevat 't geen wetenschappelijke verhandeling, doch ten slotte zal de man der praktijk meer nut trekken uit de in dit tweede werkje vervatte overzicht van velerlei bepalingen uit grondwet, burgerlijk wetboek (buren-, verbintenissen-, en vennootschapsrecht), waterstaatsrecht en talrijke wetten van socialen aard, alles nauwkeurig weergegeven en voorzien van een beknopte toelichting, voor de praktijk bestemd.

Voor de rechtsgeleerde wereld daarentegen heeft enkel eerstbedoeld werk waarde, reden waarom 't in dit tijdschrift wordt aangekondigd: opstellen als van Mr. Dr. K. J. Beyen over concessies, en van Mr. J. W. Beyen over de staatsbegrooting en 's rijks financieele politiek verdienen ook voor den jurist alle aandacht; in zooverre behoort op dit handboek, waarvan de volgende deelen met belangstelling tegemoet gezien worden, de opmerkzaamheid van rechtsgeleerden gevestigd te blijven.

G. J. van Brakel

Naschrift. Nadat het bovenstaande was neergeschreven, verschenen van „De rechtskennis van den ingenieur" in vlot tempo, — een voorbeeld voor andere vervolgwerken —, ook het tweede en derde deel, aan burgerlijk en handelsrecht gewijd; hoofdzakelijk is hier Mr. G. J. H. Kuyk aan het woord, die in kort bestek het zakenrecht en het grootste gedeelte van het verbintenissenrecht, benevens de verjaring voor zijn rekening nam, terwijl Mr. A. F. Zwaardemaker het bewijsrecht en het handelsrecht — het laatste enkel ten aanzien van eenige onderdeelen — behandelde. Terwijl deze schrijvers zich vrijwel stipt hielden aan den tekst der desbetreffende wetsartikelen, goten twee andere medewerkers, Mr. J. J. Hage en Mr. W. J. Keuskamp, hun opstel over de arbeidsovereenkomst resp. de aanneming van werk in een eenigszins anderen vorm. Weliswaar wordt ook in deze bijdragen aan de wettelijke voorschriften nauwkeurig de hand gehouden, doch daarnevens geven deze schrijvers somtijds voorbeelden uit de praktijk, waardoor wellicht beter aan het doel der uitgave, voorlichting van den niet-jurist, tegemoet gekomen wordt. In het bijzonder hebben wij dan ook deze opstellen met genoegen doorgelezen, hetgeen evenwel niets afdoet aan den deugdelijken inhoud der trouwens veel meer omvattende bijdragen der twee eerstgenoemde schrijvers.

G. J. v. B.

Aanvulling.

In aansluiting aan noot 2 op blz. 458 van *Themis* 1924 (aankondiging van Mr. LEO POLAK's proefschrift, getiteld: De zin der vergelding) worde opgemerkt, dat een korte uiteenzetting van schrijver's opvatting inzake het wezen der straf te vinden is in het verslag der op 17 December 1921 gehouden vergadering der Vereeniging voor Wijsbegeerte des Rechts (Handelingen dier Vereeniging, jaargang 1922, n°. VI).

G. J. v. B.

THEMIS

LXXXVIste DEEL — VIERDE STUK

De uitlegging der rechtshandelingen in cassatie
Cassatie en vrijspraak in strafzaken

DOOR

Dr. L. VAN PRAAG

te 's-Gravenhage

(Slot)

II

§ 4. De uitlegging der dagvaarding en van andere processtukken in cassatie
Burgerlijke zaken

Thans kom ik tot de uitlegging van die processtukken, welke in civiele zaken van de partijen uitgaan, en tot de door den lageren rechter uit die stukken en uit de geheele houding, door partijen vooral in het proces zelf aangenomen, afgeleide gevolgtrekkingen. Het voornaamste stuk is hier de dagvaarding. Als regel is voorop te stellen 's Hoogen Raads vaste jurisprudentie dat de beslissing hieromtrent in cassatie onaantastbaar is. Op dien regel bestaan echter enkele uitzonderingen. De voornaamste is deze. Voorzoover de wet voor de geldigheid van eenig

stuk, in het bizonder van de dagvaarding, bepaalde vereischten stelt, houdt de Hooge Raad, indien de lagere rechter voor zijn onderzoek der vraag of die vereischten zijn in acht genomen (48), het stuk (de dagvaarding) heeft moeten uitleggen, zich aan die uitlegging niet gebonden. Intusschen zijn er enkele arresten, waarbij de Hooge Raad ook in dat geval heeft gemeend aan de uitlegging in de aangevallen beslissing vervat, niet te kunnen tornen. Die arresten betreffen een onder-uitzondering op de zooeven genoemde uitzondering. Zoo dadelijk kom ik daarop terug. Andere arresten voegen bij de eerste uitzondering een tweede, door voor onderzoek in cassatie wèl vatbaar te achten de uitlegging, die onvereenigbaar mocht zijn met den tekst der dagvaarding. Nadat de Hooge Raad dit sedert 1912 of 1913 in strafzaken herhaaldelijk had overwogen, heeft hij in den laatsten tijd hetzelfde ook voor burgerlijke geschillen verkondigd (49). Als derde uitzondering kan nog worden genoemd de uitlegging eener dagvaarding, die zelf steunt op verkeerde toepassing of op verwaarloozing van niet de dagvaarding zelf betreffende wetsbepalingen, vooral als die uitlegging der dagvaarding afhankelijk is van wetsuitlegging; maar in tegenstelling met de strafzaken komt dit in burgerlijke of administratiefrechtelijke ge-

---

(48) De vraag hiernaar valt in het geheel niet samen met die, welke WITTEMAN t.a.p. bl. 110 v. b. noemt de vraag naar de objektieve beteekenis der woorden van de dagvaarding. Tegen W.'s gelijkstelling der twee vragen zie KOSTERS in W. P. N. R. 2717 bl. 26 kol. 2 v. b. — Bij hetgeen hier volgt vgl. R. Mag. 1925 bl. 24—25.

(49) H. R. 30 Dec. 1920 W. 10735, N. J. 1921 bl. 215, 9 Dec. 1921 W .10889, N. J. 1922 bl. 219, 6 April 1923 W. 11058, N. J. 1923 bl. 804, meer implicite H. R. 27 Maart 1924 W. 11250, N. J. 1924 bl. 656.

dingen, waarop het wetboek van B. Rv. toepasselijk is, hoogst zelden voor.

Onder de voorschriften van dat wetboek aangaande de cassatie behoort art. 409. Ten gevolge van die bepaling reeds kan de Hooge Raad een niet in de aangevallen beslissing weergegeven stuk slechts dan ter hand nemen om te onderzoeken of de feitelijke grondslag der middelen van cassatie is bewezen, indien er geklaagd wordt over miskenning van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, een geval, dat zich juist voordoet, indien nietigheid der dagvaarding wegens vormverzuim wordt beweerd. De op dit punt betrekking hebbende jurisprudentie, die dan de dagvaarding zelfstandig uitlegt, heeft zich hiervoor meermalen op art. 409 beroepen. Maar H. R. 10 December 1915 W. 10036 en 10254, N. J. 1916 bl. 258 heeft dat beroep onnoodig gevonden. Dat de Hooge Raad buiten art. 409 om tot dezelfde slotsom kan komen, volgt ook hieruit dat, terwijl het wetboek van Sv. een gelijke bepaling als art. 409 Rv. niet bevat, de Hooge Raad dezelfde kwestie in strafzaken evenzoo beantwoordt als in de burgerlijke.

Boven heb ik van een onder-uitzondering op de eerstgenoemde uitzondering gewaagd. Die uitzondering zelf was deze dat de Hooge Raad wèl onderzoekt de met betrekking tot de geldigheid der dagvaarding gegeven uitlegging (50). De onder-uitzondering, die den regel der onaantastbaarheid doet herleven, betreft de beslissing der vraag, of hetzij de dagvaarding, hetzij een conclusie,

---

(50) Zie laatstelijk H. R. 10 Dec. 1915, reeds in den tekst vermeld, en, implicite, H. R. 7 Febr. 1924 W. 11186, N. J. 1924 bl. 369. Bij beide arresten vgl. de conclusies van het O. M. — Voor de onderuitzondering vgl. b.v. H. R. 19 Maart 1909 W. 8842, en vroegere arresten, waarvoor zie Léon, R. O., 3e dr. op art. 99 E no. 268 c.

voor de tegenpartij voldoende duidelijk is. Dat is te herleiden tot de rubriek: ius in causa positum. De waardeering der duidelijkheid van dagvaarding of conclusie voor de tegenpartij hangt enkel af van de omstandigheden van het gegeven geval. En door dit punt in cassatie te onderzoeken zou, evenals indien in het algemeen de uitlegging der dagvaarding of conclusie steeds door den Hoogen Raad zelf werd ter hand genomen, de cassatie gaan ontaarden in een derde instantie. Ook hier geldt dus voor onthouding hetzelfde motief, dat we vroeger bij de overeenkomsten hebben op den voorgrond gesteld (51).

Gelijk gezegd, de regel voor burgerlijke zaken is dat de uitlegging der dagvaarding en der andere dingtalen in cassatie onaantastbaar is. Het is niet noodig stil te staan bij de overtalrijke arresten, die dat hebben aangenomen (52). Slechts van enkele worde hier gewag gemaakt, namelijk van die, welke vooral in verband met de daaraan voorafgaande conclusies van het Openbaar Ministerie hiervoor in aanmerking komen. Zoo in de eerste plaats het arrest van 13 November 1914 W. 9766 (met noot J. W. M.), N. J. 1915 bl. 106, gewezen contra O. M., met welks conclusie J. W. M. instemt. In die zaak kwam het m. i. vooral aan op de uitlegging van het in

(51) Ook bij de dagvaarding behoeft men, ter verklaring der jurisprudentie van den H. R., zich niet er op te beroepen dat voor de uitlegging vaak (niet steeds) noodig is opsporing der bedoeling van den steller van het stuk, dus opsporing van een intern feit. Overigens zijn beslissingen over zulke bedoelingen altijd feitelijk. Zoo dus ook die over den wil te berusten of te erkennen. Maar hieruit volgt niet dat de vraag naar het aanwezig zijn van berusting of erkenning *altijd* enkel is een vraag naar bedoeling of wil van den betrokkene, zooals WITTEMAN bl. 109 v. b. meent.

(52) Vgl. uit den laatsten tijd H. R. 27 Maart 1924, in noot 49 geciteerd; 28 Maart 1924 W. 11225.

cassatie aangevallen arrest, en hebben noch het Openbaar Ministerie, noch de Hooge Raad, de strekking van 's Hofs arrest juist weergegeven, doch zou, had de Hooge Raad dat wèl gedaan, de door hem gegeven motiveering goed zijn geweest. Ten gevolge daarvan is de beslissing van genoemd arrest van 1914 te onderschrijven, maar moet men haar losmaken van de m. i. niet er bij passende motiveering (53). — Voorts wijs ik op twee arresten, het eene van 21 Mei 1915 N. J. 1915 bl. 874 (dit arrest implicite), het andere van 21 Mei 1916 W. 10025, beide weer contra O. M. gewezen, en betreffende beslissingen over de vraag, of enkel volledige schadevergoeding was gevorderd, dan wel óók de vergoedingen van artt. 1639 *r* en *t* B. W. Het Openbaar Ministerie merkte op dat de juridische gevolgtrekkingen uit de aan de dagvaarding gegeven uitlegging in cassatie zijn te toetsen. Die op zich zelf juiste opmerking was m. i. hier misplaatst, omdat de beantwoording der vraag, wat een eischer vordert, niet is een juridische gevolgtrekking uit de reeds uitgelegde dagvaarding (of ander stuk), maar deel uitmaakt der uitlegging daarvan, en van de in cassatie onaantastbare waardeering der strekking van eischers vordering (54). — Ook bij het contra O. M. gewezen arrest van 16 Maart 1923 W. 11083, N. J. 1923 bl. 806, achtte het Openbaar Ministerie een rechtskundige gevolgtrekking uit de feiten aanwezig. Het vonnis a quo (van Rb. 's-Gravenhage

---

(53) Ik zet dat nu niet nader uiteen, omdat het voor het onderwerp van dit opstel verder niet van belang is. Men kan het zelf nagaan.

(54) Over H. R. 21 Mei 1915 en de concl. O. M. zie ook WITTEMAN bl. 35, en vgl. bij het arrest dat van 30 Nov. 1919 W. 10511 bl. 2—3, N. J. 1920 bl. 5, aangaande de beslissing, of er naast schadevergoeding loon was gevorderd, nu schadevergoeding wegens gederfd loon werd geëischt.

6 Juni 1922 W. 11062) had in appèl beslist dat, stelt een dagvaarding inbreuk op eischers auteursrecht door een violist en een pianist gepleegd, terwijl blijkt dat een zoogenaamd strijkje de inbreuk heeft begaan, het bij de dagvaarding gestelde niet overeenkomt met hetgeen is geschied. De Hooge Raad zeide hier te staan voor een in cassatie onaantastbare belissing. M. i. terecht. Van een gevolgtrekking, die aan de wet kon worden getoetst, was hier geen sprake. Wel kan men met het Openbaar Ministerie twijfelen aan de juistheid der aangevallen beslissing, nu de twee gedaagden, de violist en de pianist, deel hadden uitgemaakt van het strijkje. Maar die beslissing was niet zoo kennelijk onjuist, dat dáárin voor den Hoogen Raad een voldoende reden lag om haar in cassatie ter zijde te stellen: al bestond het strijkje mede uit de twee gedaagden, identiek met deze was het toch niet. — Twijfel aan de juistheid der aangevallen beslissing was ook mogelijk in het geval, berecht door H. R. 22 Maart 1894 W. 6479. Hier gold het niet de opvatting des lageren rechters aangaande de dagvaarding, maar die over de strekking van een middel van niet-ontvankelijkheid, door gedaagde voorgesteld, en door het Hof in hooger beroep anders geduid dan de Rechtbank had gedaan. Uit het arrest van den Hoogen Raad en de daaraan voorafgaande conclusie van het Openbaar Ministerie is niet met zekerheid op te maken, welke dier twee opvattingen de ware was. De Hooge Raad overwoog dat, nu die van den appèlrechter afweek van de meening der Rechtbank, de rechter in cassatie was gebonden aan de zienswijze van dien in hooger beroep.

Van de jurisprudentie betreffende de in cassatie onaantastbare uitlegging der dagvaarding in een burgerlijk proces verdienen hier nog twee arresten vermelding bij wijze van overgang tot de boven genoemde derde uitzon-

dering op den regel. Het eerste der twee arresten, die ik hier op het oog heb, is dat van 21 December 1894 W. 6604. Het betrof een dagvaarding, naar aanleiding van welke de lagere rechter had aangenomen dat voor een scheepsgezagvoerder de lossing en lading van een schip mede omvat het ontvangen worden der lading. De beslissing van den Hoogen Raad kan naar haar strekking aldus worden weergegeven: bezigt een dagvaarding een woord, dat in den kring, waartoe eischer behoort, een bepaalde technische beteekenis heeft, die in verband staat met de wettelijke rechtsregelen, waardoor de rechtsverhouding in geschil wordt beheerscht, dan is de uitlegging, overeenkomstig bedoelde technische beteekenis aan de dagvaarding door den lageren rechter gegeven, in cassatie onaantastbaar. Bij dit arrest van 1894 is te vergelijken het tweede, dat ik hier wil noemen, namelijk het arrest van 18 Januari 1907 W. 8493. Daarbij oordeelde de Hooge Raad als volgt. Stelt een dagvaarding dat aan gedaagde telkens afrekeningsnotas over zekere transakties zijn gezonden, dan is de beslissing dat de, met het niet afweten van die *toezending* gemotiveerde ontkenning door gedaagde, geen behoorlijke ontkenning is, omdat hij het *ontvangen* der notas stellig had te erkennen of te ontkennen, zoodat moet worden aangenomen dat de notas zijn toegezonden en ontvangen, een in cassatie onaantastbare uitlegging der dagvaarding, waarbij aan de uitdrukkingen „gezonden zijn" en „ontvangen" dezelfde beteekenis wordt gehecht, namelijk die van het gekomen zijn in het bezit van geadresseerde, zoodat in de dagvaarding de ontvangst mede is gesteld. Bij dit arrest van 1907 was er niet, gelijk in 1894, sprake van een bepaalde technische beteekenis. M. i. ging de Hooge Raad in 1907 uit van een wel mogelijke, maar waarschijnlijk onjuiste uitlegging der aangevallen beslis-

sing. Want meer voor de hand lag het, dunkt me, aan te nemen dat het Hof, omdat op afzending in den regel ontvangst volgt, had gemeend dat hij, die afzending stelt, hiermee stelt een feit, dat het vermoeden van ontvangst wettigt, met gevolg dat gedaagde zich ook over die ontvangst heeft uit te laten, wat hij trouwens in deze zaak, naar het mij toeschijnt, implicite ook had gedaan (55).

En nu het bl. 320 v. o. omschreven derde uitzonderingsgeval, waarin de Hooge Raad de in de aangevallen beslissing vervatte uitlegging niet eerbiedigt. Het is het geval, waarin die uitlegging samenhangt met wetsopvatting of met verwaarloozing eener wetsbepaling, al betreft deze niet de dagvaarding zelf. Slechts schijnbaar behoort daartoe het arrest van 12 Februari 1904 W. 8032. Toen achtte de Hooge Raad implicite niet onaantastbaar de beslissing der vraag, of een vordering de voldoening eener verbintenis uit een faillieten boedel ten doel heeft in den zin van art. 26 Faillissementswet. Hij overwoog namelijk dat een vordering waarbij betaling werd geëischt eener vóór het faillissement ontstane schuld, „terecht" was aangemerkt als ten doel hebbend voldoening eener verbintenis uit den boedel. WITTEMAN bl. 62 ziet hierin een in cassatie gegeven uitlegging der dagvaarding. Maar het arrest wil niet zeggen dat de in dit speciale geval ingestelde vordering zóó moest worden opgevat dat zij bedoelde voldoening uit den boedel te verkrijgen, doch veeleer was de beslissing van den Hoogen Raad deze dat *in het algemeen* een vordering als hier ingesteld het doel of de strekking heeft die voldoening te erlangen. Dat nu is een subsumtie onder art. 26 F.w. Het geval

---

(55) Over het toezenden als doen toekomen, in verband met de uitlegging der dagvaarding, nu in een strafzaak, vgl. het slot van het arrest van 12 Dec. 1921 W. 10860, N. J. 1922 bl. 268.

verschilde dan ook van dat, berecht door H. R. 6 December 1923 W. 11151, N. J. 1924 bl. 137, waarbij het enkel aankwam op de strekking der toen ingestelde vordering.

Wel treffen we een voorbeeld van de boven bedoelde derde uitzondering aan in het bl. 215 reeds genoemde arrest van 15 April 1898 W. 7117, welk arrest zich voor de beteekenis eener uitdrukking, die het vonnis a quo aan de dagvaarding, en deze weer aan de wet had ontleend, niet hield aan de uitlegging van den lageren rechter. — Verder overwoog H. R. 18 Juni 1875 W. 3867 (contra O. M.) dat, al is de beslissing over de beteekenis eener dagvaarding, als gemeenlijk gegrond op uitlegging van haar woorden, voorzoover noodig toegelicht door andere ten processe *vaststaande* feiten, in den regel in cassatie onaantastbaar, dit anders is, indien de beslissing mede steunt op een buiten de dagvaarding liggend feit, waarvan wordt beweerd dat het zonder bewijs is aangenomen. Immers zouden dan de wetsbepalingen op het bewijs zijn geschonden (56).

Evenals in 1875 de uitlegging der dagvaarding niet onaantastbaar werd geoordeeld, omdat zij samenhing met een beschouwing, waaraan schending van wetsbepalingen

---

(56) De uitlegging die in het geval van 1875 de lagere rechter aan de dagvaarding had gegeven, beschouwde die dagvaarding als te zijn uitgegaan van eischers als vormende het bestuur eener vereeniging tot harddraverij, terwijl het bestaan eener vereeniging niet vaststond, en de dagvaarding enkel zeide: als President en leden van het bestuur eener harddraverij. — Bij gemeld arrest van 1875 vgl. H. R. 28 Maart 1913 W. 9498 bl. 1—2, N. J. 1913 bl. 673: de beslissing, steunend op uitlegging der dagvaarding, en inhoudend dat eischer niet in privé, maar als liquidateur eener ontbonden vennootschap vordert, is in cassatie onaantastbaar. Het arrest van 1913 had niet, gelijk dat van 1875, te maken met de mogelijkheid van schending der wetsbepalingen aangaande het bewijs.

ten grondslag kon liggen, was ook samenhang der opvatting van den lageren rechter over de processueele houding van een partij met een rechtsbeschouwing de reden, waarom H. R. 11 Mei 1906 W. 8377 de aangevallen beslissing niet eerbiedigde. Het Bestuur der Registratie had een dwangbevel uitgevaardigd, doch dit op daartegen gedaan verzet met een gering bedrag verminderd. Na de opmerking van opposant dat de erkenning te veel te hebben gevorderd het geheele dwangbevel krachteloos maakte, had het Bestuur subsidiair, namelijk voor het geval dat de Rechtbank het eens mocht zijn met die opmerking van opposant, aangeboden te bewijzen dat het oorspronkelijk gevorderde verschuldigd was. Daarop had de Rechtbank (die blijkens haar eindvonnis zich met de bedoelde opmerking van opposant vereenigde) bij interlocutoor beslist dat door het subsidiaire bewijsaanbod de vermindering van het gevorderde was ingetrokken. Dit, zoo zeide nu de Hooge Raad, was niet een uit de processueele houding van het Bestuur afgeleide, als zoodanig in cassatie te eerbiedigen, beslissing, maar eene, die in cassatie was te toetsen, daar zij samenhing met het oordeel der Rechtbank over het al dan niet geoorloofd zijn eener vermindering van het bij dwangbevel gevorderde. — Mocht men tegen dit arrest van 1906 willen aanvoeren: het Bestuur had zijn bewijsaanbod niet gedaan voor het geval dat de opmerking van opposant objektief juist was, maar voor het geval dat de Rechtbank het met die opmerking eens zou zijn, zoodat, ook al steunde het oordeel der Rechtbank op wetsuitlegging, en al mocht die wetsuitlegging onjuist zijn, de wet er toch niet door werd geschonden of verkeerd toegepast, dan zou daartegen zijn te zeggen dat, onverschillig of het al dan niet een met gezag van gewijsde bekleede beslissing geldt, des rechters subjektief

oordeel over een in het proces te beslissen vraag rechtens gelijk staat met een objektief antwoord op die vraag, behoudens mogelijke vernietiging van het vonnis door den hoogeren rechter. Het gevolg is dan dat het hier toch van, uit dat oogpunt beschouwd, objektief te geven wetsuitlegging afhing, of de vermindering van het bij dwangbevel gevorderde was ingetrokken. Overigens nam wel de door den Hoogen Raad bedoelde samenhang niet weg dat de in cassatie aangevallen interlocutore en eindbeslissingen beide steunden op een waardeering der judicieele houding van het Bestuur, maar dat Bestuur had zelf zijn houding afhankelijk gesteld van 's rechters wetsuitlegging. Het beroep van verweerder in cassatie op het feitelijk karakter der interlocutore beslissing diende ter bestrijding van het cassatie-middel, gericht tegen de eindbeslissing, waarbij, nadat de door het Bestuur aangeboden bewijslevering was mislukt, en het Bestuur toen weer had geconcludeerd tot handhaving van het dwangbevel voor het verminderd bedrag (dus zijn eerste intrekking had ingetrokken, of met andere woorden, de vermindering had hersteld) de Rechtbank, die een vermindering van een dwangbevel ongeoorloofd achtte, het verzet van waarde had verklaard. Ook al had de Hooge Raad in het interlocutoor een feitelijke beslissing over de houding van het Bestuur gezien, dan zou dat hem toch niet hebben belet het eindvonnis te casseeren, daar het tegen dat vonnis gerichte middel van cassatie niet miskende dat de vermindering eerst was ingetrokken, doch kennelijk uitging van het later terugkomen door het Bestuur op die vroegere intrekking, zoodat het bezwaar van den verweerder in cassatie hem niet kon baten. Ten onrechte meende in deze zaak het Openbaar Ministerie bij den Hoogen Raad dat de Rechtbank had nagelaten te beslissen, of er een vermindering aanwezig was. Hierop

steunde zijn conclusie tot verwijzing. De Hooge Raad deed terecht uitspraak ten principale.

Dat de *kwalifikatie* van het bij dagvaarding gestelde, in het bizonder die van de ingestelde vordering zelf, in cassatie is te toetsen, heeft de Hooge Raad meermalen aangenomen. Die jurisprudentie is niet altijd goed begrepen. Zoo doet WITTEMAN bl. 61 v. o. (57) de verkeerd gestelde vraag: als de uitlegging der dagvaarding feitelijk is, waarom dan niet ook de beslissing hierover of eischer bedoelde een bezits- dan wel een eigendomsvordering in te stellen? Die vraag is daarom verkeerd gesteld, omdat de Hooge Raad niet van oordeel is dat de beslissing enkel loopend over eischers bedoeling te dien opzichte, in cassatie aan de wet zou kunnen worden getoetst. Wèl echter meent hij dat te moeten doen ten aanzien der beslissing, of de ingestelde vordering is te kwalificeeren als bezits- of als eigendomsvordering. Al moge het ook voor die beslissing noodig zijn eerst de vraag te stellen, wat eischer bedoeld heeft, een vraag die inderdaad uitsluitend door den lageren rechter is te beantwoorden, dit zijn antwoord is nog niet de kwalifikatie zelf, die de beslissing behelst van de vraag: welke vordering *is* er (objektief) ingesteld. Men vergelijke op dit punt b.v. het door WITTEMAN bl. 36—37 in verband met bl. 61 v. o. vermelde arrest van 15 Juni 1883 W. 4926, dat juist over een bezitsvordering liep. Andere arresten, waarbij de Hooge Raad zich niet gebonden achtte aan de kwalifikatie, door den lageren rechter aan de ingestelde vordering gegeven, zijn die van 26 Maart 1847 W. 840

(57) In R. Mag. 1925 bl. 34 vlgg. heb ik gewezen op het onjuiste standpunt, dat WITTEMAN in het algemeen aangaande de kwalifikatie in verband met de cassatie inneemt. Dit standpunt verklaart dat hij bl. 59—62 werkelijke uitlegging en kwalifikatie niet uiteenhoudt.

bl. 1 kol. 2—3, v. d. Hon. G. Z. 6 bl. 28 (contra O. M., met welks conclusie Hesse in *Themis* 1923 bl. 137 v. o. schijnt mee te gaan) voor de kwalifikatie: schadevergoeding uit de wet of uit overeenkomst (58), 4 November 1853 W. 1487, v. d. Hon. B. R. 17 bl. 185 (59), en 5 Januari 1855 W. 1613, v. d. Hon. B. R. 19 bl. 1 (60), deze beide weer voor de kwalifikatie: bezits- of eigendomsvordering; 4 Mei 1871 W. 3330, v. d. Hon. B. R. 36 bl. 45: persoonlijke of zakelijke vordering (61); 4 Maart 1881 W. 4621: hetzelfde, en speciaal voor de vraag, vordering uit art. 1401 of zakelijke eisch (62); implicite H. R. 16 Februari 1883 W. 4880: al dan niet bezitsvordering; voorts H. R. 9 Juni 1893 W. 6361: al dan niet betwisting der wettigheid van den aanslag (63).

Met de tot dusver hier vermelde jurisprudentie houdt verband, in de eerste plaats die aangaande het al dan niet in cassatie toetsen der beslissing van de vraag, of een eischer *het onderwerp zijner vordering heeft veranderd.* Steunt die beslissing op uitlegging van art. 134 Rv., dan

(58) Dit arrest betrof de vordering eener verzekeringmaatschappij tegen een scheepvaartmaatschappij wegens aanvaring, van welke vordering beweerd werd dat zij steunde op het assurantiecontract. Vgl. de in noot 67 te vermelden arresten van 1886, 1909 en 1912.

(59) Vgl. de concl. O. M. en de in noot 67 aan te halen arresten van 1846 en 1878.

(60) Vgl. de concl. O. M.

(61) Vgl. het in noot 67 te citeeren arrest van 1918.

(62) Vgl. in noot 67 de arresten van 1887 enz., hierop betrekkelijk.

(63) Bij dit arrest vgl. die bedoeld in Themis 1921 bl. 405 noot 29, en H. R. 27 Febr. 1924 W. 1154, N. J. 1924 bl. 289.

Zie in Frankrijk voor de kwalifikatie eener vordering als alternatief, Cass. 12 Mei 1914 D. P. 1916. 1. 88, S. et P. 1915. 1. 52 (implicite), en voor de kwalifikatie eener conclusie als incidenteel, Cass. 29 April 1895 D. P. 1895. 1. 454.

onderzoekt de Hooge Raad of ze juist is, maar hij eerbiedigt haar, indien zij enkel steunt op vergelijkende uitlegging van dagvaarding en conclusie van eisch (64). In de tweede plaats is er verband met de jurisprudentie omtrent de kwalifikatie eener vordering als zijnde *een nieuwe eisch* in den zin van art. 348 Rv. Ook die kwalifikatie heeft de Hooge Raad, indien feitelijk vaststond wat bij de twee vorderingen werd geëischt, in cassatie getoetst (65). Voorzoover echter de beslissing berust op onderlinge vergelijking der vorderingen, is zij weer onaantastbaar (66).

Hangt de kwalifikatie eener rechtsvordering *enkel* af van de opvatting der feitelijke strekking van de dagvaarding, zoodat met de beslissing over die strekking de kwalifikatie vanzelf is gegeven, dan zien we hetzelfde verschijnsel als bij de overeenkomsten. De Hooge Raad vindt het dan onnoodig de kwalifikatie te scheiden van de beslissing over de zooeven bedoelde strekking der vordering, en hij verklaart de aangevallen beslissing in haar geheel voor onaantastbaar in cassatie. Dat komt herhaaldelijk voor (67).

---

(64) Zie voor beide eventualiteiten o. a. H. R. 20 Oct. 1911 W. 9284. Vgl. laatstelijk H. R. 6 Nov. 1924 N. J. 1925 bl. 236.

(65) H. R. 27 Febr. 1863 W. 2462, v. d. Hon. B. R. 27 bl. 283, 21 Nov. 1895 W. 6744. — In cassatie is ook te toetsen de kwalifikatie: nieuwe weer van rechten (art. 348 lid 2 Rv.), zie laatstelijk H. R. 28 April 1921 W. 10747, N. J. 1921 bl. 751.

(66) H. R. 13 of 14 Dec. 1849 W. 1088, v. d. Hon. B. R. 11 bl. 116, zie de concl. O. M. bij v. d. Hon. bl. 128—129.

(67) Zie de arresten van 27 Nov. 1846 W. 790, v. d. Hon. B. R. 8 bl. 209, 10 Mei 1878 W. 4249 (beide over petitoor ingekleede bezitsvorderingen; vgl. boven de arresten van 1853 en 1855), 25 Maart 1887 W. 5433: zakelijke eisch of vordering uit art. 1401 (vgl. het boven vermelde arrest van 1881, dat zelf toetste), waarvoor zie ook H. R. 6 April 1888 v. d. Hon. B. R. 54 bl. 158, 16 Juni 1893 W. 6362, 3 Febr. 1898 W. 7083, 31 Mei 1901 W. 7614. H. R. 16 Juni 1911

De conclusies van het Openbaar Ministerie vóór de arresten van 5 Januari 1855 en van 15 Juni 1883, beide bl. 331 geciteerd, zeiden: het hangt af van de omstandigheden in elk gegeven geval, of de beslissing aangaande de ingestelde vordering al dan niet vatbaar is voor onderzoek in cassatie. Zij is het wèl, indien zij de kwalifikatie betreft, doch niet als het te doen is om uitlegging der processtukken. Die onderscheiding is niet onjuist, maar dat ze op verre na niet voldoende is tot

---

W. 9194 (met noot E. M. M.) betrof twee beslissingen: 1° die dat bij een dagvaarding, klagend over aantasting van eigendom en stoornis in het bezit daarvan, geen bezitsvordering is ingesteld, en 2° die dat met het stellen eener daad, welke het recht krenkt van een ander dan den eigenaar, niet mede is gesteld een daad, die het recht des eigenaars krenkt. Op dit tweede punt heeft E. M. M. m. i. ten onrechte het arrest bestreden met een beroep op andere, die niet ter zake afdoen. Vgl. R. Mag. 1925 bl. 38 noot. — H. R. 1 Maart 1912 W. 9324 gold de kwalifikatie: vordering uit contract of uit onrechtmatige daad (vgl. het boven geciteerde arrest van 1847, dat zelf toetste), H. R. 25 Jan. 1918 W. 10234, N. J. 1918 bl. 298 de kwalifikatie: zakelijke of persoonlijke vordering tot ontruiming, als steunend op eigendom of op arbeidscontract (vgl. het boven aangehaalde arrest van 1871). — Bij deze arresten zie ook de twee volgende, welke beslissingen van den lageren rechter betroffen die, kennelijk alleen steunend op uitlegging der dagvaarding, hadden uitgemaakt wat de grondslag was der ingestelde vordering, n.l. H. R. 16 April 1886 W. 5285: in welke rechtshandeling vindt de vordering haar grond, en 19 Maart 1909 W. 8846: beslissing dat de vordering is gebaseerd op een overeenkomst, en dus niet op eenig wisselrechtelijk obligo. Beide arresten verklaarden de aangevallen beslissingen voor onaantastbaar. Dat is zulk een beslissing inderdaad, voorzoover zij enkel hierover loopt, op welken grondslag eischer zijn vordering heeft doen steunen. Zij is het niet meer, als zij, na dien grondslag te hebben vastgesteld, de kwalifikatie geeft met het oog op de wet. Maar, gelijk gezegd, indien die kwalifikatie dan vanzelf onmiskenbaar zonder nadere wetsduiding uit de feitelijke vaststelling volgt, dan is de Hooge Raad gewoon de geheele beslissing als onaantastbaar te eerbiedigen.

een goed begrip der jurisprudentie, blijkt uit het bovenstaande.

In mijn bewerking van LÉON's Rechtspraak op de wet R. O., bl. 104 heb ik, bij de vermelding van het daar geciteerde arrest van den Hoogen Raad van 20 April 1923 W. 11072, N. J. 1923 bl. 689 (contra O. M. gewezen) de vraag gesteld, of de Hooge Raad toen terecht de implicite door het Hof gegeven uitlegging der dagvaarding ter zijde heeft gezet. Ik zeide daar dat de aangevallen beslissing van Hof 's-Gravenhage 16 Juni 1922 W. 11037, N. J. 1922 bl. 1159, de vordering had opgevat als eene tot opruiming van werken voor waterloozing met schadevergoeding, de Hooge Raad als een eisch tot schadevergoeding, waarvan de opruiming deel uitmaakte. Dat verschil in zienswijze, voegde ik er bij, betrof de kwalifikatie der vordering met het oog op art. 2 R. O., in verband met de uitlegging der dagvaarding. En de kwalifikatie van den Hoogen Raad paste alleen bij een uitlegging der dagvaarding als behelzend een primaire vordering tot schadevergoeding, terwijl de kwalifikatie van het Hof sloeg op een uitlegging als vordering tot ontkenning eener publiekrechtelijke bevoegdheid, en dientengevolge tot opruiming met accessore schadevergoeding. Verder merkte ik op, dat, zooals het Openbaar Ministerie bij den Hoogen Raad de dagvaarding heeft weergegeven (en bij onderzoek is mij gebleken dat dit met juistheid was geschied) beide uitleggingen mogelijk waren. Dat had m. i. voor den Hoogen Raad reden moeten zijn zich bij de uitlegging van het Hof, als in cassatie onaantastbaar, neer te leggen, waarvan dan het gevolg zou zijn geweest dat de kwalifikatie van het Hof, als terecht gegeven, had moeten zijn aanvaard. Zoolang er voor des lageren rechters uitlegging van een dagvaarding wel iets te zeggen is, heeft de Hooge Raad

toch, afgezien van de boven vermelde uitzonderingsgevallen, haar in cassatie te eerbiedigen. Dat hier de uitlegging door het Hof enkel implicite was gegeven, maakt m. i. geen verschil. Ook zulk een stilzwijgend geschiede uitlegging is in cassatie onaantastbaar. Zij kan niet gelijk gesteld worden met het ontbreken eener uitlegging in de aangevallen beslissing, in welk geval er vanzelf geen sprake is van een in cassatie onaantastbare uitlegging, en de Hooge Raad daarom de dagvaarding zelfstandig kan uitleggen. Dat kan hij m. i. ook doen bij een kennelijk onjuiste uitlegging van den lageren rechter. Want ik zou meenen dat 's Hoogen Raads formuleering van een der boven genoemde uitzonderingen, namelijk die, welke spreekt van een met den tekst onvereenigbare uitlegging, niet de ware is. Staat het vast dat gedaagde weet wat eischer heeft bedoeld, dan moet m. i. die bedoeling prevaleeren, zoowel indien zij niet vereenigbaar is met den tekst, uitgelegd naar het spraakgebruik, als indien zij daarmee wèl vereenigbaar is (68). Maar in de zaak van 1923 was er geen kwestie van een kennelijk onjuiste of met den tekst onvereenigbare uitlegging.

Met het oog op de hier voorafgaande bladzijden komt het mij voor dat H. R. 31 Maart 1916 W. 10027, N. J. 1916 bl. 667 (gewezen contra O. M.) ten onrechte als een onaantastbare uitlegging der dagvaarding heeft aangemerkt wat inderdaad was een op rechtskundige gronden steunende beslissing over den aard der ingestelde vordering, in cassatie aan de wet te toetsen. Het was hier te doen om de vraag, of een vordering tot schadevergoeding wegens verborgen gebreken een andere is dan een der vorderingen, bedoeld in art. 1543 B. W.

---

(68) Daarover nader bij de bespreking der dagvaarding in strafzaken, hieronder bl. 342—343.

Al neemt men aan dat de beslissing hieromtrent niet was een eigenlijke kwalifikatie der ingestelde vordering, zij steunde toch op wetsopvatting: vgl. art. 1528 i. f. B. W. — In het geval, berecht door H. R. 8 Februari 1883 W. 4875 hing het af van de uitlegging van het aangevallen arrest, of de daarbij gegeven beslissing dat de ingestelde vordering niet steunde op art. 1528 in verband met art. 1532, maar op art. 1538, juist was. Maar dat die beslissing, gelijk de Hooge Raad meende, haar grond vond in uitlegging der dagvaarding, en niet in een — overigens juiste — wetsopvatting, kan op zijn minst worden betwijfeld. En zeker ten onrechte heeft de Hooge Raad toen de beslissing dat de vordering uit contract geen steun kon vinden in art. 1402, beschouwd als een uitlegging der dagvaarding; men vergelijke het bl. 330—331 vermelde arrest van 26 Maart 1847. — Ten onrechte ook heeft H. R. 2 November 1855 v. d. Hon. B. R. 20 bl. 52 feitelijk geoordeeld een beslissing, die voor het voorwerp eener vordering van visitatiegeld de kwalifikatie inhield als persoonlijke of zakelijke schuldplichtigheid. Blijkens de conclusie van het Openbaar Ministerie was dit een gevolg van de inderdaad feitelijke overweging dat er niet bleek van een verbintenis uit overeenkomst (69). — H. R. 12 Maart 1863 W. 2466, v. d. Hon. B. R. 27 bl. 312, hield voor onaantastbaar in cassatie een beslissing, waarbij een der deelen van het petitum, als overtollig, niet werd meegeteld bij de bepaling der waarde van de vordering voor de beoordeeling der bevoegdheid van den Kantonrechter naar art. 38 R. O. Daargelaten of het vonnis a quo juist

---

(69) Zie hierbij nog H. R. 30 Juni 1853 W. 1466, v. d. Hon. B. R. 17 bl. 78, waarvan in een geval gelijk aan het bij dat arrest berechte het boven bl. 331 vermelde arrest van 5 Jan. 1855 afweek.

was (70), in de eerste plaats betrof het de algemeene vraag, of overtollige vorderingen meetellen bij de zooeven bedoelde waardebepaling, en in de tweede plaats steunde het vonnis op een rechtsbeschouwing over hetgeen in het algemeen ligt opgesloten in des rechters verklaring dat de daad, waartegen eischer opkomt, onrechtmatig is. Om beide redenen was het vonnis m. i. in cassatie te toetsen. Dat deed dan ook H. R. 3 Maart 1848 W. 895, v. d. Hon. B. R. 9 bl. 301 voor een arrest, betreffende een vordering, die het Hof had aangemerkt als alleen strekkend tot schadevergoeding, ondanks de mede verlangde eigendomsverklaring, welke het Hof overtollig, en daarom zonder invloed, hier op den aard der vordering, had geoordeeld.

Min of meer twijfelachtig waren de nu volgende gevallen (71).

Ten eerste H. R. 4 April 1873 W. 3578, v. d. Hon. B. R. 38 bl. 177, achtte, als steunend op uitlegging der dagvaarding, in cassatie onaantastbaar de beslissing dat hij, die bij den Kantonrechter een schadevergoeding van ten minste f 60 vordert, bedoelt een vordering van niet boven de f 200 in te stellen, en dat dit hier buitendien daarom er voor was te houden, omdat het koopcontract over f 115 liep, en het onaannemelijk was dat eischer zou beweren een schade van meer dan f 200 te hebben geleden. Die laatste overweging maakte zeker dat het vonnis onvatbaar was voor toetsing in cassatie. Maar van de eerste zou men kunnen zeggen dat zij niet enkel

(70) Vgl. R. Mag. 1922 bl. 494—495.

(71) Ik vermeld daarbij niet H. R. 22 Febr. 1895 W. 6630, waarop Witteman bl. 62 wijst. De H. R. schijnt toen enkel de uitlegging van den lageren rechter te hebben gevolgd. De te beslissen vraag was slechts of er in de dagvaarding nog iets anders had moeten zijn gesteld dan was geschied.

de dagvaarding in dit proces betrof, doch een regel stelde voor elke bij den Kantonrechter aangebrachte vordering, geformuleerd als zooeven is aangeduid. Echter was er ook dan toch een uitlegging der dagvaarding, die niet steunde op een noodzakelijke gevolgtrekking uit een wettelijken regel. Want de Rechtbank wilde niet te kennen geven dat ingevolge art. 38 R. O. elke aldus ingestelde vordering zoo *moest* worden opgevat als zij deed, doch enkel dat art. 38 die uitlegging der dagvaarding waarschijnlijk maakt.

Met het zoo juist genoemde arrest van 1873 kan men ten tweede in verband brengen dat van 28 December 1900 W. 7538. Voor dit arrest kan ik verwijzen naar het daarover in Themis 1923 bl. 446—448 gezegde.

Ten derde H. R. 12 Juni 1908 W. 8722, W. P. N. R. 2027. Dit, contra O. M. gewezen arrest overwoog aldus. De beslissing, die een eischer niet-ontvankelijk verklaart in zijn vordering tot herstel en handhaving in bezit, is, omdat het stellen van bezit in de dagvaarding niet insluit het stellen van het door art. 585 B. W. bedoelde bezit, als betreffende inhoud en strekking der dagvaarding, in cassatie onaantastbaar. Het Openbaar Ministerie had gemeend, dat met het stellen van bezit bedoeld moest zijn het bezit van art. 585. Daartegen kan men zeggen: wel is dit waarschijnlijk bedoeld, maar zekerheid hieromtrent bestaat er niet, zoodat het geval in dit opzicht gelijkenis vertoont met dat, berecht bij het zooeven in de eerste plaats genoemde arrest van 4 April 1873. Er was dan ook geen sprake van een met den tekst der dagvaarding onvereenigbare uitlegging door den lageren rechter. Toch kan men een grensgeval aannemen, als men van oordeel is dat de waarschijnlijkheid, die pleit voor de opvatting der dagvaarding, door het Openbaar Ministerie voorgestaan, groot genoeg was om de aangevallen beslissing

kennelijk onjuist te achten, maar ik zou meenen dat men dan de hand licht met hetgeen door die laatste uitdrukking hier mag worden aangeduid. Men vergelijke de kritiek van het arrest door J. C. v. OVEN in W. P. N. R. 2027 bl. 549—552, die echter ten onrechte in het arrest iets leest, dat het z. i. implicite zou hebben beslist, maar dat het niet kàn hebben beslist, doordat de Hooge Raad de voorziening in cassatie deed afstuiten op de uitlegging, die de lagere rechter aan de dagvaarding had gegeven.

Vierde twijfelachtig geval. In een noot op H. R. 3 November 1911 in W. 9247, bestrijdt E. M. M. dit arrest, volgens hetwelk in cassatie onaantastbaar zou zijn de beslissing dat in het naast een eisch tot ontbinding eener wederkeerige overeenkomst gevorderd schadebedrag, eischers waardeering van zijn belang bij de geheele vordering is te zien. Ik ben het eens met MEIJERS. De Hooge Raad had doen voorafgaan dat het in die beslissing neergelegde altijd opgaat. Nu zou het wel kùnnen zijn dat de Hooge Raad bedoeld heeft: het gaat altijd op, en buitendien is de dagvaarding in deze zaak zoo uitgelegd. Maar dat is toch niet waarschijnlijk, want het vonnis a quo steunde juist niet op een uitlegging der toenmalige dagvaarding, doch het gaf een algemeene motiveering voor de waarde van een vordering als hier omschreven (72).

Ten vijfde noem ik H. R. 24 Maart 1916 W. 9973, N. J. 1916 bl. 558, W. P. N. R. 2462 (met noot E. M. M.). Dit arrest was van opinie dat een dagvaarding, steunend op een schuldbekentenis, die verwees naar het contract, waaruit zekere beweerde schuld zou voortspruiten, hierdoor insloot dat eischer het bestaan der schuld had

(72) Vgl. overigens W. P. N. R. 2781.

gesteld, omdat erkenning de verbintenis bewijst. De lagere rechter had beslist dat de dagvaarding niet mede steunde op het contract. E. M. M. t. a. p. en WTTEWAALL in W. P. N. R. 2482 meenen dat de Hooge Raad de uitlegging, door den lageren rechter aan de dagvaarding gegeven, ter zijde zette (73). Maar er was hier niet bloot een uitlegging der dagvaarding van dat proces, doch een uit de wettelijke regelen over het bewijs (artt. 1912 in verband met 1907 B. W.) afgeleide gevolgtrekking voor elke dagvaarding, die op de aangeduide wijze een schuldbekentenis stelt. De Hooge Raad behoefde niet te gewagen van de mogelijkheid van tegenbewijs, daar die mogelijkheid niet in den weg staat aan zijn gevolgtrekking. Doordat hier de beslissing berustte op een gevolgtrekking, die volgens haar uit de wet *moest* worden afgeleid, verschilde het geval van het boven besprokene van 1873.

In de zesde en laatste plaats het arrest van 25 Mei 1923 W. 11095, N. J. 1923 bl. 913. Toen nam de Hooge Raad, contra O. M., aan dat in cassatie onaantastbaar is, als de judicieele houding van partijen betreffend, een beslissing in hooger beroep, waarbij is geoordeeld dat een verweerder in eersten aanleg, die daar een door hem vóór het geding volgehouden bewering niet heeft aangevoerd, hierdoor afstand heeft gedaan van het voeren van dat verweer. Het Openbaar Ministerie dacht op dit laatste punt anders. Maar wat daarvan zij, of de aangeduide houding afstand insluit, moet afhangen van de wisselende omstandigheden van het gegeven geval. En deze zijn overgelaten aan het eindoordeel van den lageren rechter.

---

(73) Zie ook de aan het arrest voorafgaande concl. O. M. (met verbetering in W. 9974 bl. 4) in den geest van MEIJERS.

§ 5. De uitlegging der dagvaarding en van andere processtukken in cassatie. Strafzaken

Ook hier staat voorop dat in den regel in cassatie moet worden geëerbiedigd de uitlegging, door den lageren rechter aan de dagvaarding gegeven (74). En hetzelfde geldt voor andere processtukken. Bij voorbeeld voor een akte van appèl (75). Of ook voor een klaagschrift bij een klachtdelikt (76), en voor een bevel van verwijzing (77). Evenzoo is het met de uitlegging van een verweer van beklaagde, niet in strijd met de bewoordingen van dat verweer (78).

---

(74) Zie o. a. de jurisprudentie, vermeld bij LÉON—HULSHOFF no. 15 op art. 346 Sv. (met de supplementen) en LÉON—v. PRAAG no. 260 *a* op art. 99 E R. O. (bl. 756 en 909). Vgl. bij deze § 5 R. Mag. 1925 bl. 24—25.

(75) Zoo laatstelijk H. R. 17 Dec. 1906 W. 8474. Ook reeds H. R. 18 Aug. 1840 W. 153 (121, 122), v. D. HON. Sr. 3 bl. 315, contra O. M. Men kan aan diens conclusie gelijk geven, als men uitgaat van de tegenwoordig, o. a. voor de dagvaarding geldende jurisprudentie dat de H. R. een met den tekst onvereenigbare uitlegging niet heeft te eerbiedigen, en als men de uitlegging „namens iemand appelleeren" onvereenigbaar acht met de woorden „namens iemand te zijn verzocht te appelleeren". Vgl. LÉON no. 266 op art. 99 E R. O.

(76) H. R. 24 Dec. 1906 W. 8481, 27 Mei 1907 W. 8553 bl. 1—2, 29 Nov. 1909 W. 8943. Anders voor Duitschland LÖWE, geciteerd Arch. für die civil. Praxis 67 bl. 139.

(77) H. R. 8 April 1889 W. 5708, ook in P. v. J. 1889 no. 58; vgl. daar D. S. en in T. v. S. 4 bl. 523 v. b. J. D. N. tegen het arrest.

(78) H. R. 19 Nov. 1917 W. 10204 bl. 2—3, N. J. 1917 bl. 1238. Vgl. voor de uitzondering op den regel, zoo dadelijk in den tekst. Ten onrechte meent de Red. W. v. h. R. in een noot op dit arrest dat het O. M. er anders over dacht, zie BESIER in W. 10207 bl. 3—4. De Rb. had bij een vervolging wegens overtreding der Leerplichtwet het verweer van beklaagde dat zijn kind als ongevaccineerd door den hoofdonderwijzer niet was toegelaten, verkeerdelijk aangemerkt als een beroep op het ongevaccineerd zijn,

Heeft de lagere rechter het processtuk, of de verklaring, niet uitgelegd, dan bestaat er op dit punt ook geen onaantastbare beslissing, en kan men den Hoogen Raad de zelfstandige uitlegging niet ontzeggen.

Sedert ongeveer 1913 neemt de Hooge Raad een uitzondering op den regel der onaantastbaarheid aan bij een uitlegging, in strijd met den tekst van het stuk of van de verklaring, in het bizonder van de dagvaarding (79). Ook vroeger was het wel voorgekomen dat de Hooge Raad zulk een uitlegging niet eerbiedigde, maar daar hij dan de reden niet meedeelde, en zijn jurisprudentie toen niet vast op dit punt schijnt te zijn geweest, is het moeilijk te zeggen, door welke gedachte hij zich liet leiden (80). In elk geval is de tegenwoordige jurisprudentie m. i. in beginsel, dat wil zeggen de formuleering daargelaten, rationeel. Afwijking van de dagvaarding is in strijd met de wetsbepalingen, die de dagvaarding hebben voorgeschreven opdat beklaagde wete, waarvoor hij zich heeft te verantwoorden. M. i. echter, en daarom maakte ik een voorbehoud ten opzichte van 's Hoogen Raads formuleering, geeft de tekst der dagvaarding naar den zin,

---

dus als zou beklaagde zich hebben beroepen op datgene, waarop de hoofdonderwijzer zich had beroepen. Die misvatting van het verweer was onvereenigbaar met de bewoordingen er van, zooals Besier terecht opmerkte tegen den Hoogen Raad, die het ontkende.

(79) H. R. 28 Juni 1915 W. 9843 (met noot D. S.), N. J. 1915 bl. 1022, noemde de met den tekst onvereenigbare uitlegging een ongeoorloofde wijziging der dagvaarding. Het woord „wijziging" is niet bijster gelukkig gekozen. In de dagvaarding zelf wordt immers geen verandering aangebracht. Het Fransche Hof van Cassatie spreekt, vooral bij testamenten en overeenkomsten, van „dénaturer"; vgl. boven bl. 194—195 noot 20. Er is hier afwijking van den tekst der dagvaarding.

(80) Vgl. hetgeen hieronder zal worden gezegd naar aanleiding der in 1873 gewezen arresten.

dien deze volgens het spraakgebruik zou moeten hebben, niet altijd de ware beteekenis der dagvaarding weer, en moet zij, gelijk elk geschrift, worden uitgelegd naar de voor dengene, voor wien zij bestemd is, kenbare beteekenis, door den steller er aan gehecht. Om die reden zou het, dunkt mij, de voorkeur verdienen de hier bedoelde uitzondering op den regel der onaantastbaarheid niet aan te nemen in het geval dat volgens de aangevallen beslissing beklaagde heeft geweten dat des lageren rechters uitlegging, hoewel afwijkend van den tekst, overeenkomt met hetgeen de steller der dagvaarding heeft willen zeggen (81), een geval overigens, dat zich waarschijnlijk niet vaak zal voordoen.

---

(81) Zie H. R. 8 Jan. 1906 W. 8320 en vgl. het bl. 335 op dit punt over de dagvaarding in burgerlijke zaken gezegde.

Soms kan men twijfelen aan de juistheid van een door den H. R. aan een dagvaarding gegeven uitlegging, waar hij die zelf ter hand neemt, evengoed als aan de juistheid der uitlegging van den lageren rechter. En hetzelfde geldt voor de uitlegging van diens vonnis door den H. R., hier speciaal ten aanzien der uitlegging van de dagvaarding. Zie b.v. H. R. 27 Nov. 1916 W. 10050 bl. 1—2 met noot D. S. Vgl. ook H. R. 7 Jan. 1901 W. 7550 en 26 Maart 1917 W. 10100. — H. R. 10 Nov. 1924 W. 11299, N. J. 1925 bl. 162, van oordeel dat een enkel met het woord „althans" subsidiair geschiede tenlastelegging van een ander *feit* dan dat der primaire aanklacht (het in de concl. O. M. en de noot D. S. in W. l. l. vermelde arr. H. R. 28 Dec. 1915 W. 9934 bl. 2—3, N. J. 1916 bl. 549, doelde op een andere *kwalifikatie* van éénzelfde gebeuren) „kwalijk" anders kan worden verstaan dan aldus dat de subsidiaire aanklacht enkel is geschied voor het geval dat de primaire *onbewezen* wordt verklaard, moet, in afwijking van het O. M., hiermee hebben willen zeggen dat alleen die uitlegging der dagvaarding vereenigbaar is met haar tekst. Wil de steller der dagvaarding zijn subsidiaire tenlastelegging laten dienen voor elk geval, waarin de primaire niet tot een veroordeeling leidt, dan, zoo meende de H. R., mag van hem worden verwacht dat deze voor beklaagde min gunstige opvatting tot uiting komt in de

In strafzaken evengoed als in burgerlijke, laat de Hooge Raad mede een uitzondering op de onaantastbaarheid in cassatie der uitlegging van de dagvaarding gelden, als de lagere rechter die uitlegging heeft gegeven om te onderzoeken of de dagvaarding en haar beteekening voldoet aan de daarvoor bij de wet gestelde vereischten (artt. 143 en 144 Sv. 1886). Hier kan men spreken van een nagenoeg, doch niet geheel vaste jurisprudentie. Daarom moet ik haar eenigszins uitvoerig vermelden, opdat men er zich een juist beeld van kan vormen. Toen de oorspronkelijke redaktie van het wetboek van strafvordering nog van kracht was, is in den zooeven aangeduiden zin beslist, o. a. door H. R. 19 Januari 1885 W. 5138 (op art. 223 oud) en implicite door H. R. 2 December 1862 W. 2436 bl. 2 kol. 1—2 (op art. 224 oud). Doch anders H. R. 15 December 1884 W. 5125, in overeenstemming met het Openbaar Ministerie, dat verwees naar het in diezelfde zaak gewezen arrest van 3 December 1883 W. 4982, waarvoor echter op art. 223 Sv. oud geen beroep was gedaan. Onder den sedert 1886 geldenden tekst zie men in den boven bedoelden zin in de eerste plaats H. R. 17 October 1887 R.spr. 147 § 11, 30 Nov. 1903 W. 8003, 21 December 1903 W. 8009, 5 of 12 December 1904 W. 8153 bl. 1—2, R.spr. 198 § 52, 27 Januari 1908 W. 8652 bl. 1—2, en 19 October 1908 W. 8758. Laatstgenoemd arrest is merkwaardig,

---

redaktie der dagvaarding. Hieruit is af te leiden dat de H. R. geen rekening heeft willen houden met de z. i. in den tekst der dagvaarding niet uitgedrukte bedoeling van haar steller, een bedoeling (in den zin van oogmerk, en niet in dien van de aan de woorden gehechte beteekenis) welke in de toen berechte zaak zelfs geen andere kàn zijn geweest dan die het O. M. bij den H. R. als leidraad voor de uitlegging wilde nemen. (Vgl. H. R. 29 Maart 1920 W. 10566, N. J. 1920 bl. 449).

omdat de Hooge Raad uitdrukkelijk overwoog niet gebonden te zijn aan de uitlegging van den lageren rechter, en daarop, na zelfstandig onderzoek, zich met diens uitlegging vereenigde. Daaruit volgt dat het motief voor de overweging niet te zijn gebonden, bij den Hoogen Raad niet kan zijn geweest dat hij de aangevallen beslissing kennelijk onjuist achtte. Verder heeft hij nog tal van keeren in denzelfden geest beslist (82). Maar in anderen zin zijn gewezen de arresten van 29 December 1890 W. 5981, van 11 Februari 1918 W. 10240, N. J. 1918

---

(82) H. R. 27 Dec. 1910 W. 9129, 27 Febr. 1911 W. 9153 (in een noot door de Red. van het W. bestreden), 15 Jan. 1912 W. 9278 contra O. M.) in de derde overweging, terwijl in de zesde en zevende overwegingen, die niet het onderzoek der vraag betroffen, of vormvereischten in acht genomen waren, des lageren rechters uitlegging werd geëerbiedigd. Voorts H. R. 24 Juni 1912 W. 9365 bl. 2 kol. 1—2, 13 Mei 1913 W. 9506 bl. 1—2, N. J. 1913 bl. 983, 12 Jan. 1914 W. 9608 bl. 2 kol. 2—3, N. J. 1914 bl. 489, 6 April 1914 W. 9643 bl. 1—2, N. J. 1914 bl. 817 (contra O. M.), 15 Nov. 1915 W. 9877, N. J .1916 bl. 77, 2 Oct. 1916 W. 10007 bl. 1—2, N. J. 1916 bl. 1091, 12 Juni 1922 W. 10932 bl. 1 kol. 1—2, N. J. 1922 bl. 927 (contra O. M., met welks conclusie D. S. in het W. zich vereenigt), 16 April 1923 W. 11072 bl. 2 kol. 1—2, N. J. 1923 bl. 924 kol. 1, eerste arrest (op het tweede cassatiemiddel implicite). — Met deze arresten is niet in strijd H. R. 27 Nov. 1911 W. 9251. Wel rees ook toen de vraag of de wettelijke vormen bij een dagvaarding waren in acht genomen, maar het gold toen niet de dagvaarding in die zaak zelf, doch een vroegere, nu als bewijsmiddel gebezigd (vgl. de concl. O. M. vóór het arrest en Léon no. 257 op art. 99 E R. O.). Toch meen ik dat ook in 1911 de H. R. die vroegere, in art. 75 Sv. 1886 bedoelde, dagvaarding zelfstandig had kunnen uitleggen, omdat ware de uitlegging van het Hof onjuist geweest, daardoor een wetsartikel verkeerd zou zijn toegepast, dat een vereischte stelt voor de geldigheid der zooeven bedoelde dagvaarding (vgl. R. Mag. 1925 bl. 24 v. o.—25 v. b.). M. i. is dit een voldoende reden om hier een uitzondering aan te nemen, ook op den regel dat de uitlegging der bewijsmiddelen in cassatie onaantastbaar is.

bl. 342, van 23 October 1922 W. 10966 (vgl. de noot Red. W.), N. J. 1923 bl. 18, en implicite dat van 14 Januari 1924 W. 11160 bl. 3—4, N. J. 1924 bl. 327, te lezen in verband met de conclusie van het Openbaar Ministerie. Dat met deze uit den jongsten tijd dagteekenende arresten de vroegere jurisprudentie verouderd is geworden, kan men, met het oog op die van 1922 en 1923, in noot 82 aangehaald, nog niet zeggen.

Bij het, niet de uitlegging der dagvaarding betreffende, arrest van 21 Maart 1910, W. 9003 bl. 2 kol. 1—2, onderzocht de Hooge Raad, of de dagvaarding voldoende was om beklaagde in staat te stellen tot de voorbereiding zijner verdediging. Maar voor het geval dat dit afhangt, hetzij van een tijdsbepaling met het oog op de gegeven omstandigheden, hetzij van de eveneens met die omstandigheden in verband staande bepaling der plaatselijke gesteldheid, heeft de Hooge Raad aangenomen dat dan de uitlegging des lageren rechters in cassatie onaantastbaar is (83). — H. R. 12 Mei 1902 W. 7770 hield voor

(83) H. R. 15 Juni 1903 W. 7944, 12 April 1915 W. 9819 bl. 2—3, 18 Juni 1923 W. 11097 bl. 3—4, N. J. 1923 bl. 1175 (deze arresten bij tijdsbepaling), H. R. 22 Dec. 1884 W. 5133 bl. 1 kol. 2—3, 18 Juni 1888 W. 5575 bl. 2 kol. 2—3, 27 Juni 1892 W. 6215 bl. 2—3, 13 Nov. 1916 W. 10042, N. J. 1917 bl. 38 (deze arresten bij plaatsbepaling). H. R. 12 Maart 1900 W. 7410 nam hetzelfde aan voor het geval dat volgens de aangevallen beslissing beklaagde zelf verklaard heeft te weten, welke plaats is bedoeld. De concl. O. M. vóór H. R. 8 Mei 1916 W. 9992, N. J. 1916 bl. 830, achtte feitelijk de beslissing der vraag, of beklaagde door een onjuiste plaatsvermelding in de dagvaarding, in zijn verdediging is benadeeld, ook voor het geval dat de onjuistheid hierin bestaat dat, hoewel het feit niet binnen het Rijk in Europa is gepleegd, dit volgens de dagvaarding wèl zoo zou zijn. D. S. bestrijdt die opvatting van het O. M. in een noot in het W. M. i. ten onrechte. Al is het in het algemeen waar dat het al dan niet in de verdediging benadeeld zijn *kan* samenhangen met overwegingen van rechtskundigen aard,

onaantastbaar in cassatie de beslissing dat het aan beklaagde, door het hem beteekende afschrift der dagvaarding, ondanks een daarin voorkomende afwijking van het origineel, bekend was waarvoor hij terecht stond, en dat hij niet in zijn verdediging was benadeeld (84).

H. R. 28 Juni 1897 W. 6992 bl. 1 kol. 1—2 achtte uitlegging der dagvaarding door den lageren rechter niet aanwezig bij diens nietigverklaring eener dagvaarding, waarbij was ten laste gelegd als houder van een in de plaatselijke hondenbelasting vallenden hond niet vóór 31 Januari aangifte te hebben gedaan, een nietigverklaring, die hierop steunde dat de dagvaarding niet vermeldde, waar en wanneer beklaagde houder was van den hond, hoewel dit naar de verordening element van de overtreding was. De Hooge Raad meende hier enkel te staan voor een beslissing door den lageren rechter van de vraag, of de dagvaarding voldeed aan art. 143 Sv., wat in cassatie was te onderzoeken. En hij overwoog dat de dagvaarding wèl de zooeven bedoelde vermelding

---

daaruit volgt niet dat dit hier zoo was: de toepasselijkheid der Nederlandsche strafwet hangt af van de plaats des misdrijfs, maar niet van een juiste vermelding dier plaats in de dagvaarding. Bij onjuiste vermelding kan beklaagde zich toch verdedigen met de bewering dat het misdrijf elders is gepleegd dan de dagvaarding zegt en dat de Nederlandsche strafwet daardoor niet toepasselijk is. Dus *behoeft* hij niet in zijn verdediging te zijn benadeeld door de onjuiste plaatsvermelding, en is er geen reden te ontkennen dat de beslissing over het wel dan niet benadeeld zijn, hier afhangt van de omstandigheden in het gegeven geval.

H. R. 18 Febr. 1895 W. 6628 betrof een tijdsbepaling in de dagvaarding, maar niet de door den lageren rechter gegeven uitlegging dier dagvaarding, doch de vraag wat in art. 143 Sv. is te verstaan onder het woord „behelst". Dat onderzocht het arrest met het oog op de subsumtie.

(84) Vgl. nog H. R. 15 Nov. 1909 W. 8941, 8 Jan. 1917 W. 10068, 2 April 1917 W. 10106 bl. 2—3.

inhield, als opgesloten in hetgeen zij uitdrukkelijk behelsde. M. i. onderzocht de Hooge Raad hiermee metterdaad of de door den lageren rechter wel degelijk implicite gegeven uitlegging der dagvaarding kon worden gehandhaafd. — Gelijke opmerking geldt voor het arrest van 27 April 1896 W. 6808 (contra O. M.), waarbij de Hooge Raad een beslissing, omdat zij niet berustte op de overweging dat de bekendheid met zekere omstandigheid in de dagvaarding *uitdrukkelijk* zou zijn vermeld, achtte te steunen op het motief dat zoodanige vermelding, als begrepen in hetgeen uitdrukkelijk was ten laste gelegd, overbodig was, reden waarom de Hooge Raad de beslissing voor onderzoek in cassatie vatbaar oordeelde. Inderdaad had het Hof uitdrukkelijke vermelding in de dagvaarding overbodig, maar tevens een implicite gegeven tenlastelegging aanwezig geacht; dit laatste ten onrechte: zie het arrest van den Hoogen Raad. M. i. was er hier wel degelijk een uitlegging der dagvaarding door het Hof, al is dit ontkend door den Hoogen Raad, die haar ook hier niet eerbiedigde.

Uit de bovenstaande jurisprudentie is in de eerste plaats op te maken dat de Hooge Raad de beslissing, die een dagvaarding uitlegt om na te gaan of zij en haar beteekening voldoet aan artt. 143 en 144 Sv. bij sommige arresten, die echter een minderheid vormen, in cassatie onaantastbaar heeft geacht, zonder dat daarvoor van speciale redenen blijkt, doch dat hij dit meestal niet doet. Maar ten tweede kan uit die jurisprudentie worden afgeleid dat de Hooge Raad de onaantastbaarheid weer wèl aanneemt als de beslissing enkel afhangt van de omstandigheden van het gegeven geval (waarbij vooral tijds- en plaatsbepaling in aanmerking komen), ook dan indien de beslissing afhangt van de beantwoording der vraag, of beklaagde in zijn verdediging wordt belemmerd.

Wat dit laatste betreft, zou men tegen 's Hoogen Raads zienswijze als argument kunnen aanvoeren dat aan art. 143 Sv. de gedachte ten grondslag ligt dat zulke belemmering niet mag plaats hebben. Maar of zij aanwezig is, hangt dan enkel af van de in het konkreete geval bestaande omstandigheden, wier beoordeeling de Hooge Raad overgelaten acht aan den lageren rechter; het zou niet consequent zijn daarvan juist voor art. 143 Sv. af te wijken. Echter is het zeer begrijpelijk dat de Hooge Raad ten opzichte van dat artikel niet den regel der onaantastbaarheid van de uitlegging toepast, wat hem zou beletten voor handhaving der bepaling te waken. Casseert hij, dan geschiedt dat hier niet wegens de onjuiste uitlegging der dagvaarding op zich zelf, maar wegens de daarop steunende verkeerde toepassing of schending van art. 143. Anders is het bij wetsbepalingen die niet, zooals dat artikel, voorschriften voor de dagvaarding zelf behelzen. Voor de handhaving dier bepalingen kan de Hooge Raad waken, ook al gaat hij uit van den door den lageren rechter aan de dagvaarding gegeven uitlegging.

Ik heb nu nog, ook weer evenals bij de burgerlijke zaken het geval was, als derde uitzondering op den gewonen regel der onaantastbaarheid van de uitlegging der dagvaarding, die te bespreken, welke de uitlegging betreft, zelf samenhangend met wetsuitlegging. Maar omdat met die uitzondering de laatste paragraaf van dit opstel in verband staat, stel ik haar behandeling te dezer plaatse nog uit, om eerst na te gaan wat men tegen den regel zelf heeft aangevoerd.

De gangbare leer van den Hoogen Raad dat als regel de uitlegging der dagvaarding in cassatie moet worden geëerbiedigd, heeft bestrijding ondervonden èn in sommige conclusies van het Openbaar Ministerie bij den Hoogen

Raad, èn van den tegenwoordigen hoofdredakteur van het Weekblad van het Recht, professor D. SIMONS. Ook is de Hooge Raad zelf in sommige oudere arresten van den regel afgeweken, zonder dat een der uitzonderingen, die hij tegenwoordig aanneemt, aanwezig was. Hij deed dat meermalen in aansluiting aan de conclusies van zijn toenmaligen Advocaat-Generaal POLIS. Deze heeft in zijn conclusie vóór H. R. 10 Maart 1873 W. 3579 het volgende gezegd: in cassatie is niet enkel te onderzoeken, of de dagvaarding voldoet aan de formeele vereischten [nu door art. 143 Sv. 1886 gesteld], maar ook of het ten laste gelegde is ter competentie van den rechter, die er over heeft geoordeeld, en of deze naar aanleiding der dagvaarding heeft beraadslaagd en beslist, dan wel kennis genomen van een ander feit dan in de dagvaarding is ten laste gelegd. En dat alles, zoo meende de Advocaat-Generaal, kan door den Hoogen Raad niet worden uitgemaakt zonder eerst na te gaan, wat de dagvaarding inhoudt, en of hetgeen de lagere rechter daarin acht te zijn bedoeld, er werkelijk in is opgesloten. Tegen die opvatting kan men aanvoeren dat de Hooge Raad dit alles wèl kan uitmaken, ook al neemt hij des lageren rechters uitlegging tot uitgangspunt. De argumentatie van POLIS gaat dan ook niet op. Hieronder zullen we intusschen zien of er toch voor een der door hem genoemde gevallen (misschien ook voor andere) reden bestaat met zijn conclusie mee te gaan. In het genoemde arrest van 1873 heeft de Hooge Raad die conclusie gevolgd. Hij heeft de dagvaarding toen zelfstandig uitgelegd ten behoeve van het onderzoek der vraag, of hij stond voor een werkelijke vrijspraak dan wel voor een bedekt ontslag van rechtsvervolging. Afgezien van de eventualiteit dat de dagvaarding de woorden der wet herhaalt — waarop ik hieronder terugkom — is de

Hooge Raad tegenwoordig gewoon, als hij voor de zooeven aangeduide vraag staat, de uitlegging door den lageren rechter aan de dagvaarding gegeven, te eerbiedigen (85).

De beantwoording der kwestie over de uitlegging in cassatie van de dagvaarding ter wille der competentievraag tot zoo aanstonds mij voorbehoudend, kom ik nu eerst tot het door Polis in zijn zooeven genoemde conclusie vermelde onderzoek der vraag of de lagere rechter heeft beraadslaagd en beslist naar aanleiding der dagvaarding, dan wel kennis genomen van een ander feit dan

(85) Zie o. a. H. R. 6 Dec. 1886 W. 5376 bl. 1—2 (contra O. M.), 17 Oct. 1892 W. 6252, 26 Juni 1899 W. 7311 (contra O. M., in een soortgelijk geval als dat van 1873), 4 Dec. 1899 W. 7373, 7 Mei 1906 W. 8378, 18 Febr. 1907 W. 8500 bl. 1—2, 26 April 1909 W. 8869, 2 Juni 1914 W. 9658 bl. 1—2, N. J. 1914 bl. 945, 3 Jan. 1922 W. 10856, N. J. 1922 bl. 331. Vgl. voor het geval eener dagvaarding, die de woorden der wet herhaalde, H. R. 3 Maart 1924 W. 11188 bl. 2 kol. 1—2, N. J. 1924 bl. 538: *feitelijk* heeft de lagere rechter zekere woorden der dagvaarding, gelijk aan die der Arbeidswet 1919, zóó uitgelegd dat zij denzelfden zin hadden als in die wet, en aan die wet heeft hij een juiste uitlegging gegeven, met gevolg dat hij heeft onderzocht een der elementen van het feit, zooals dat volgens zijn opvatting der dagvaarding was ten laste gelegd, en dat zijn vrijspraak valt onder art. 347 Sv. — In gelijken geest H. R. 30 Jan. 1922 W. 10871 bl. 1 kol. 1—2, N. J. 1922 bl. 466. — Men kan zeggen: als de H. R. in het hier in den tekst bedoelde geval de uitlegging der dagvaarding zelf ter hand wilde nemen, ware er toch geen sprake van een derde instantie, omdat het zou geschieden ten einde de ontvankelijkheid van het ingestelde beroep te beoordeelen. Maar verklaart de H. R. dat beroep ontvankelijk, zou hij dan niet ook voor de behandeling der zaak ten gronde de eens door hem gegeven uitlegging der dagvaarding moeten doen gelden boven die des lageren rechters? Zoo ja, dan zou de behandeling in cassatie weer naderen tot een derde instantie; het is lang niet zeker dat het zelden zou voorkomen. Echter is voor een ontkennend antwoord op de zooeven gestelde vraag bij analogie te wijzen op het in noot 82 vermelde arrest van 15 Jan. 1912, als de aangevallen uitlegging in het eene geval wèl, in het andere niet eerbiedigend.

het ten laste gelegde, met andere woorden of die rechter is gegaan buiten de door de dagvaarding gestelde grenzen. Hierin heeft de jurisprudentie POLIS niet gevolgd. De Hooge Raad eerbiedigt ook ten aanzien van dat onderzoek de uitlegging van den lageren rechter (86). Is deze jurisprudentie te verkiezen boven de leer van POLIS? De

---

(86) Van de overtalrijke arresten, die hierop betrekking hebben, noem ik die van 1923 en 1924: H. R. 2 Jan. 1923 W. 11025, N. J. 1923 bl. 385, 23 April 1923 W. 11078 bl. 3, N. J. 1923 bl. 937, 25 Juni 1923 W. 11100 bl. 1—2, N. J. 1923 bl. 1196, 12 Mei 1924 W. 11220 bl. 2—3, N. J. 1924 bl. 797. Arresten als dat van 30 Maart 1925 W. 11329, N. J. 1925 bl. 398, waarbij de H. R. aan de hand der dagvaarding nagaat of de lagere rechter buiten haar grenzen is gegaan, doch zonder aan haar een uitlegging te geven, onafhankelijk van die in aangevallen vonnis of arrest, zijn niet in strijd met de hier bedoelde beslissingen. Tot deze beslissingen behooren die over de strekking der dagvaarding als ten laste leggend het strafbare feit *a* en niet het strafbare feit *b*, zoodat beklaagde moet denken terecht te staan voor *a* en niet voor *b*. Dat dit niet is een kwalifikatie van het ten laste gelegde (die aan de wet ware te toetsen) maar, als enkel steunend op uitlegging der dagvaarding, in cassatie moet worden geëerbiedigd, zeiden H. R. 14 Jan. 1901 W. 7553 en 5 Oct. 1903 W. 7969. Zie ook H. R. 23 Juni 1890 W. 5889, 28 Maart 1892 W. 6167, en 25 April 1898 W. 7121 (dit contra O. M.). In het geval van het arrest van 1892, implicite en ondanks afkeuring der juridieke motieven van het Hof gewezen, was er m. i. niet bloot uitlegging der dagvaarding, maar een kwalifikatie van het ten laste gelegde, die ten gevolge had dat art. 188 Swb. voor niet toepasselijk werd gehouden. De H. R. achtte de gegeven kwalifikatie verkeerd, maar hield haar slechts voor een onjuiste motiveering, welke de beslissing dat het O. M. in de strafvervolging niet ontvankelijk was, niet deerde. M. i. verviel echter de grond voor die niet-ontvankelijkverklaring van het O. M., als men met den H. R. meent dat art. 188 toepasselijk was, en heeft de H. R. ten onrechte de kwalifikatie des lageren rechters geëerbiedigd, als ware er *enkel* uitlegging der dagvaarding. — Soortgelijke opmerking geldt voor het geciteerde arrest van 1898, betreffende de beslissing dat de dagvaarding ten laste legde beleediging door twee uitdrukkingen,

wetsbepalingen, die den rechter verbieden buiten de grenzen der dagvaarding te gaan, staan, al betreffen zij de dagvaarding, niet op gelijke lijn met de voorschriften, die de vereischten voor haar geldigheid behelzen. Er is dus geen strijd tusschen de arresten, die in het laatste geval weigeren de uitlegging van den lageren rechter te eerbiedigen, en die, welke dat wèl doen in het eerste geval. Toch zou men van meening kunnen zijn dat in beide gevallen voor zelfstandig onderzoek door den Hoogen Raad dezelfde reden aanwezig is, deze namelijk dat het gevolg der verkeerde uitlegging vaak kan zijn dat aan beklaagde de waarborg wordt ontnomen, die de wet door haar op de dagvaarding betrekking hebbende voorschriften hem wil geven. Maar zou die redeneering niet tot het resultaat leiden dat men dan ook verder moet gaan en zeggen dat bij *elke* verkeerde uitlegging der dagvaarding de wettelijke waarborgen voor hem, die terecht staat, krachteloos kunnen worden gemaakt? Dan zou men een veroordeeling wegens een strafbaar feit, waarvan een der elementen ten onrechte door den lageren rechter als in de dagvaarding omschreven is aangemerkt, schending der betrekkelijke bepaling van het strafwetboek

---

en niet tevens bedreiging met een tegen het leven gericht misdrijf. M. i. hield de tweede uitdrukking zulk een bedreiging in. Wat de lagere rechter over het in de dagvaarding voorafgaande had overwogen was slechts schijnbaar een bloote uitlegging van deze. Kennelijk was zijn gedachtengang: de steller der dagvaarding moet bedoeld hebben enkel beleediging ten laste te leggen. Diens mogelijke bedoeling (niet gericht op de beteekenis der woorden, maar op hetgeen hij zich voorstelde met de dagvaarding te bereiken) deed echter niet ter zake, nu de dagvaarding een uitdrukking inhield, te kwalificeeren als bedreiging. M. i. was de H. R. ook hier niet gebonden aan wat slechts in schijn enkel uitlegging der dagvaarding was, doch metterdaad mede een kwalifikatie inhield.

hebben te noemen. Zoo raakt men verzeild in het vaarwater van hen, die den geheelen regel der onaantastbaarheid van de uitlegging der dagvaarding in cassatie verwerpen. Nu is het wel waar dat er verschil bestaat tusschen de wettelijke bepalingen, die op de dagvaarding zelf betrekking hebben en die van het strafwetboek. En om deze reden zou POLIS' zienswijze kunnen worden verdedigd. Toch verdient m. i. die van den Hoogen Raad de voorkeur. Want, we hebben het reeds gezegd, aan genoemden regel ligt deze gedachte ten grondslag (evenals bij de uitlegging der overeenkomsten) dat het zelfstandig onderzoek in cassatie, ook dan als daarvoor geen exceptioneele redenen pleiten, hier den Hoogen Raad zou maken tot een rechter in derde instantie. En de bewering dat de aangevallen beslissing buiten de grenzen der dagvaarding is gegaan kan, ook zonder chicane, zoo dikwijls worden gevoerd dat zij, den Hoogen Raad telkens weer nopend tot een zelfstandige uitlegging der dagvaarding, het proces in cassatie allicht zeer op een derde instantie zou doen gelijken. De Hooge Raad zou zelfs, zoo noodig, rekening moeten houden met allerlei nader door hem vast te stellen feitelijke omstandigheden, voor de juiste uitlegging van belang. Blijft 's Hoogen Raads onderzoek daarentegen beperkt tot de genoemde en nog te noemen uitzonderingsgevallen, die niet zoo vaak voorkomen, dan is er voor ontaarding der cassatie in een derde instantie geen gevaar.

In het boven gezegde ligt het antwoord op de vraag der Redaktie van het Weekblad van het Recht, die herhaaldelijk de juistheid der leer van den Hoogen Raad in twijfel heeft getrokken, waarop toch die leer steunt. En ook haar meening (87), dat er geen goede reden

---

(87) Zie D. S. op H. R. 28 Juni 1915 in W. 9843.

zou zijn voor het onderscheid, dat de Hooge Raad maakt tusschen de wèl en de niet met den tekst vereenigbare uitlegging, is weerlegd in het door mij op dit punt gezegde. Ik moet nu nog den aanval bespreken, dien de tegenwoordige Procureur-Generaal bij den Hoogen Raad indertijd tegen den in de jurisprudentie vervatten regel heeft gericht in zijn conclusies vóór de twee arresten van 26 Juni 1899 W. 7309 en 7311. In laatstbedoelde conclusie beriep hij zich hierop dat de Hooge Raad dikwijls zelf heeft beslist of een deel der tenlastelegging als feitelijke omschrijving dan wel als kwalifikatie moest worden beschouwd. Daar echter de kwalifikatie in cassatie is te toetsen, heeft de Hooge Raad ook zelfstandig na te gaan, wat al dan niet als kwalifikatie is aan te merken. Daarop zich te beroepen om ook elke uitlegging der dagvaarding te laten onderzoeken, gaat niet aan. In de andere conclusie zeide de toenmalige Advocaat-Generaal: in de beoordeeling der beteekenis van het feit dat de dagvaarding zekere woorden inhoudt ligt de rechtskundige waardeering der feiten opgesloten, en die waardeering is niet onttrokken aan de controle van den Hoogen Raad. En dus, zoo meende hij, is de vraag, of in de gebezigde woorden duidelijk een feit is omschreven, en of dit is een strafbaar feit, een vraag, welker beantwoording niet uitsluitend den lageren rechter is overgelaten. Dientengevolge was genoemde conclusie van oordeel dat met 's Hoogen Raads jurisprudentie, die de uitlegging der dagvaarding voor onaantastbaar houdt, niet te vereenigen is de jurisprudentie, waarbij hij zelfstandig beoordeelt, of de dagvaarding een strafbaar feit inhoudt; ook dat toch is beoordeeling van den zin der woorden van de dagvaarding. — M. i. is het om te beginnen onjuist dat in de uitlegging per se de rechtskundige waardeering der feiten zou zijn opgesloten: de

uitlegging gaat logisch vooraf aan die waardeering, al kan de laatste met de eerste soms geheel zijn gegeven, in welk geval, gelijk we zagen, de Hooge Raad meestal de geheele aangevallen beslissing in cassatie onaantastbaar verklaart, hoewel het strikt genomen logischer zou zijn de twee punten van elkaar te onderscheiden. In de tweede plaats is de beantwoording der vraag, of het ten laste gelegde een strafbaar feit is, niet zelf een beoordeeling van den zin der woorden van de dagvaarding. Die beoordeeling (ik herhaal het, want eigenlijk hebben we bij NOYON te doen met dezelfde argumentatie in omgekeerde volgorde) moet de lagere rechter doen voorafgaan, en is dan door den Hoogen Raad als uitgangspunt te aanvaarden, anders dan de daarop volgende, zooeven bedoelde beantwoording: deze zelf is het toetsen der reeds uitgelegde dagvaarding aan de wet, wat het uitleggen der dagvaarding niet is. NOYON haalde als voorbeeld aan het geval eener veroordeeling wegens diefstal. Uit haar, zoo dacht hem, volgt de opvatting van den rechter, die veroordeeld heeft, dat het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening in de dagvaarding is opgenomen. Daartegen is de vraag te stellen, of het ondenkbaar is dat de lagere rechter aan dit element niet voldoende aandacht heeft gewijd. Dat de Hooge Raad, is het genoemde oogmerk niet in de dagvaarding uitgedrukt, het veroordeelend vonnis casseert, is dan ook m. i. niet in strijd met zijn leer, waartegen NOYON te velde trok. Deze zeide nog geen arrest te hebben gevonden, waarin de Hooge Raad eigen opvatting heeft gemotiveerd. Inderdaad heeft de Hooge Raad dat niet vaak gedaan, maar toch wel enkele malen, namelijk bij de arresten van 14 Januari 1884 W. 5019 en van 10 December 1894 W. 6597. Een andere vraag is het, of de toen gegeven motiveering afdoende is. De Hooge Raad voerde aan dat de rechter door een onjuiste uit-

legging der dagvaarding de wet niet kan schenden of verkeerd toepassen. Al is dat waar, denkbaar is de tegenwerping dat dit toch wèl kan gebeuren *ten gevolge* der onjuiste uitlegging van de dagvaarding. En dan zou men geneigd kunnen zijn dit bij elke zoodanige uitlegging te laten gelden. Daartegen wil ik hier verwijzen naar het door mij in R. Mag. 1925 bl. 15 gezegde, dat uit de jurisprudentie van den Hoogen Raad voor de toepassing van art. 99 no. 2 R. O. deze algemeene regel is af te leiden: cassatie kan slechts dan volgen, indien verkeerde toepassing of schending der wet, hetzij direkt in de aangevallen beslissing ligt opgesloten, doordat zij zelf de wet miskent, hetzij indirekt, doordat de beslissing berust op miskenning der strekking eener wetsbepaling. Behalve bij een dagvaarding, die zelf op wetsuitlegging steunt, valt uitlegging der dagvaarding niet onder den zooeven genoemden regel. Maar aan dezen heb ik t. a. p. bl. 16, op grond van arresten, die m. i. een uitzondering op dien regel hebben aangenomen, nog dit toegevoegd: hetzij dat verkeerde toepassing of schending der wet het gevolg is eener miskenning van al dan niet in de wet neergelegde rechtsbeginselen, of van feiten, welke de Hooge Raad dadelijk kan vaststellen zonder een onderzoek, dat de cassatie tot een derde instantie zou maken. Onder het laatste deel dier toevoeging valt de boven besproken uitzondering op de onaantastbaarheid voor de met den tekst onvereenigbare uitlegging, althans indien deze formuleering eenigszins wordt geamendeerd, zooals ik boven heb aangeduid. Onder het eerste deel der toevoeging valt de eveneens boven behandelde uitzondering, die betrekking heeft tot de wetsbepalingen, welke de vereischten voor de geldigheid der dagvaarding behelzen: schending dier bepalingen is het gevolg der miskenning van het rechtsbeginsel, dat aan die bepalingen ten grondslag ligt,

een miskenning die in de verkeerde uitlegging der dagvaarding in dit geval kan zijn gelegen.

Eén punt uit de boven aangehaalde conclusie van Polis vóór het arrest van 10 Maart 1873 is tot dusver door mij nog niet behandeld. Die conclusie gewaagde ook van het onderzoek der vraag, of het ten laste gelegde is ter competentie van den rechter, die er over heeft geoordeeld. Naar aanleiding van zulk onderzoek heeft H. R. 3 Maart 1884 W. 5032 een vonnis gecasseerd wegens een uitlegging der dagvaarding, die schending van art. 44 lid 1 R. O. meebracht. Die uitlegging was onvereenigbaar met den tekst der dagvaarding, maar de Hooge Raad zeide niet dat dit zijn motief was. Daar mij geen andere arresten bekend zijn, die in verband staan met de vraag, welke ons thans bezig houdt, en betrekking hebben op de rechterlijke competentie, kan ik niet nagaan of de Hooge Raad waarschijnlijk ook thans nog zou beslissen zooals hij in 1884 heeft geoordeeld. Het zou zeer wel doenlijk zijn zonder van de cassatie een derde instantie te maken. En zou het niet in dezelfde lijn liggen als waarin de jurisprudentie gaat, die art. 347 Sv. 1886 niet toepasselijk acht op een vrijspraak, gegeven door een onbevoegden rechter? Voor die restriktieve uitlegging van art. 347 biedt dat artikel zelf geen argument. Ook kan de ware reden er van m. i. niet die zijn, welke de Pinto, Handleiding Strafvordering, 2e dr. (1882) bl. 573 opgeeft, namelijk dat art. 380 oud Sv. (art. 346 Sv. 1886) zonder uitzondering onbevoegdheid als reden tot cassatie erkent. Want datzelfde geldt ook van de andere daar genoemde aanleidingen tot cassatie. Juist art. 347 is zelf een uitzondering op art. 346. Voor de hier bedoelde restriktieve uitlegging van art. 347 kan ik alleen deze reden vinden, dat de Hooge Raad meent speciaal te moeten waken tegen het ter zijde zetten van

competentiebepalingen, wat zou kunnen geschieden door een ten gevolge van miskenning dier bepalingen geheel op schending der wet steunende vrijspraak, een uitspraak die bij letterlijke opvatting van art. 347 aan zijn controle zou ontsnappen, terwijl de wetgever bij het opstellen van dat artikel aan de competentiebepalingen waarschijnlijk niet heeft gedacht. Het is in den geest van den wetgever, die aan competentiebepalingen overigens zóóveel gewicht heeft gehecht, dat hij overtreding er van als een bizondere reden voor cassatie heeft genoemd — hoewel dit overbodig was wegens den ook dit punt omvattenden term „schending der wet" — ter handhaving dier competentiebepalingen art. 347 restriktief uit te leggen en toe te passen. Maar is het dan niet evenzeer, misschien nog meer, in 's wetgevers geest, dat de Hooge Raad bij zijn onderzoek of de lagere rechter al dan niet bevoegd was, wat toch vóór alles van de dagvaarding afhangt, zich aan haar uitlegging, in de aangevallen beslissing gegeven, niet gebonden acht, opdat niet door verkeerde uitlegging der dagvaarding de competentiebepaling van haar kracht wordt beroofd? Ook hier kan miskenning der wet met bedoelde verkeerde uitlegging gepaard gaan.

Als het aangaande de competentiebepalingen gezegde juist is, dan dunkt mij dat het mede opgaat voor de voorschriften, welke de appellabiliteit regelen. Ook de vatbaarheid van een vonnis voor hooger beroep hangt voornamelijk af van de dagvaarding. En de daarop betrekkelijke bepalingen vertoonen zekere gelijkenis met die over de competentie, doordat de vragen naar de appellabiliteit van het vonnis en naar de competentie van den rechter in hooger beroep elkaar ongeveer dekken. Bij zijn arrest van 7 April 1873 W. 3592 heeft de Hooge Raad een vonnis gecasseerd wegens een onjuiste uitlegging der dagvaarding, die schending van art. 44 lid 2 R. O.

ten gevolge had. Weer was hier die uitlegging onvereenigbaar met den tekst der dagvaarding, maar ook uit genoemd arrest blijkt niet dat dit het motief is geweest, waarom de Hooge Raad de uitlegging van den lageren rechter niet eerbiedigde. Het is mogelijk dat hij veeleer voortging in het spoor, waarin de conclusie van zijn Advocaat-Generaal vóór het boven besproken arrest van 10 Maart van hetzelfde jaar hem had geleid. In dat spoor is, gelijk boven is aangetoond, de Hooge Raad in het algemeen later niet gebleven. Ook niet ten opzichte van het onderzoek naar de appellabiliteit, waarvan genoemde conclusie overigens niet had gewaagd. Voor dat onderzoek hebben de arresten van 17 October 1887 R.spr. 147 § 11, van 11 Mei 1908 W. 8712, en van 17 October 1910 W. 9069 bl. 2—3, gemeend de uitlegging van den lageren rechter te moeten eerbiedigen. — Ik zeide reeds niet te gelooven dat, indien de Hooge Raad wèl een uitzondering op de onaantastbaarheid in cassatie der uitlegging van de dagvaarding zou aannemen bij het onderzoek naar de appellabiliteit, hij het richtsnoer uit het oog zou verliezen, dat voor het volgen van den regel geldt, namelijk het vermijden der derde instantie. En nam hij die uitzondering aan, dan zou dit het voordeel hebben dat op eenvoudige wijze de impasse werd vermeden, waarvoor de Hooge Raad kan komen te staan in het geval, door mij aangeduid op bl. 474 mijner bewerking van LÉON's Rechtspraak op de wet R. O., art. 44 lid 2 (88).

---

(88) Aldaar staat: omdat de vraag controvers is. Dat wil zeggen, controvers is de vraag naar de vatbaarheid van het vonnis voor hooger beroep. Bij het op de aangehaalde bladzijde v. o. met „tenzij" gemaakte voorbehoud had nog een tweede kunnen worden gevoegd, betreffende het gezag van gewijsde der het eerst door den Hoogen Raad te geven uitspraak. Daarover zie hieronder in noot 89.

Stellen we, iemand wordt gedagvaard voor het Kantongerecht, met tenlastelegging der overtreding van art. 453 lid 1 Swb., en wel zóó dat de in lid 2 van dat artikel bedoelde herhaling in de dagvaarding wordt omschreven, echter in bewoordingen, die twijfel overlaten of het onherroepelijk geworden zijn der vroegere veroordeeling mede er in is te lezen. Nadat de Kantonrechter heeft veroordeeld, met overweging dat de onherroepelijkheid implicite in de dagvaarding is aangeduid, raadpleegt de betrokkene een advocaat, die de dagvaarding onduidelijk vindt en, niet wetend hoe Rechtbank en Hooge Raad over de appellabiliteit zullen oordeelen, aanraadt tegelijk hooger beroep en beroep in cassatie aan te teekenen (89). Als

(89) Dat dit niet geoorloofd zou zijn, heeft de Hooge Raad wel is waar vroeger herhaaldelijk beslist. Echter zijn dat oude arresten, terwijl het onzeker is of die jurisprudentie thans zou worden gehandhaafd. Vgl. H. R. 20 Oct. 1840 v. d. Hon. Sr. 4 bl. 139, 5 April 1842 W. 297, v. d. Hon. Sr. 7 bl. 185, 1 Nov. 1842 v. d. Hon. Sr. 8 bl. 368, 4 Maart 1856 W. 1847 bl. 3, v. d. Hon Sr. 1856 I bl. 173, speciaal ook H. R. 5 Mei 1851 W. 1298 bl. 2—3, v. d. Hon. Sr. 1851 I bl. 208. De concl. O. M. vóór dit arrest van 1851 zeide: werd het appèl ontvankelijk geoordeeld, nadat te voren beroep in cassatie is aangeteekend, dan konden, bij wisselende bezetting van den Hoogen Raad, twee tegenstrijdige uitspraken van dat college (in dezelfde aangelegenheid) het gevolg zijn. Hieromtrent is dit op te merken. Het is de vraag of de eerste beslissing van den H. R. gezag van gewijsde zou hebben ten aanzien van de daarin gehuldigde rechtsbeschouwing, hoewel deze louter praejudicieel is voor het onderwerp (voorwerp) der uitspraak zelf van dat arrest. Neemt men aan van wèl, dan is de H. R. bij zijn tweede arrest gebonden aan die rechtsbeschouwing van het eerste, en vervalt dus de mogelijkheid van twee tegenstrijdige uitspraken. Maar m. i. moet de zooeven bedoelde vraag ontkennend worden beantwoord, en bestaat genoemde mogelijkheid dus inderdaad. Zij kan echter praktisch worden ontweken door te zorgen dat de H. R. tijdig kennis krijgt van het tegelijk of kort na elkaar bezigen der twee rechtsmiddelen. Want dan kan de H. R. zijn twee uitspraken òf te gelijk geven òf wel

die raad wordt gevolgd, zijn er verschillende mogelijkheden. De behandeling in appèl kan ongeveer parallel loopen aan die in cassatie, en dan kan de Hooge Raad wèl of niet kennis krijgen van het bestaande hooger beroep. Krijgt hij er kennis van, dan kan de zaak zoo worden geregeld dat een onbevredigende situatie wordt vermeden (90). Draagt de Hooge Raad daarentegen geen kennis van het bestaan van een hooger beroep, zoodat met dat hooger beroep bij de toepassing van art. 364 Sv. 1886 geen rekening kan worden gehouden, en meent

---

die over het ingestelde appèl laten voorafgaan aan de andere, nu zijn arrest over het appèl dit tot voorwerp en dus daarvoor gezag of gewijsde heeft, waaruit volgt 's Hoogen Raads gebondenheid aan dat arrest bij de tweede uitspraak over de ontvankelijkheid van het beroep in cassatie, die afhangt van het al dan niet appellabel zijn van het vonnis. — Hoewel de gedachte, waarvan de in deze noot vermelde arresten uitgaan, n.l. dat een vonnis niet tegelijk vatbaar kan zijn voor hooger beroep en voor beroep in cassatie door dezelfde partij, ongetwijfeld juist is, daaruit volgt niet dat men, in het onzekere over de vraag naar de appellabiliteit, niet beide rechtsmiddelen zou mogen beproeven, al zal dan één der twee niet-ontvankelijk moeten zijn. — Vgl. nog v. D. HOEVEN in T. v. S. 5 bl. 566 v. o.— 567, en C. DE JONGE in W. 1301 bl. 3, deze laatste over het arrest van 1851, dat zich ten onrechte heeft beroepen op artt. 97 en 103 R. O. Art. 97 zegt er niets over. Wat art. 103 betreft, wordt in cassatie het vonnis niet appellabel bevonden, dan is ook de gewone manier van procedeeren niet toereikend. Dat is voldoende tot het wraken eener argumentatie uit dit artikel, waarmee buitendien de appèlrechter niet te maken heeft.

Wel is het mogelijk dat, als de appèlrechter eerst beslist en het appèl ontvankelijk oordeelt, zijn beslissing in stand blijft, doordat er niet tegen op wordt gekomen, terwijl de H. R. het vonnis niet appellabel zou achten. Maar als partij dan ook beroep in cassatie heeft ingesteld, zal zij daarvan dan niet afstand doen, nu zij zich heeft neergelegd bij de beslissing van den appèlrechter? In dat geval komen er toch geen tegenstrijdige beslissingen.

(90) Zie de vorige noot.

hij de door den Kantonrechter aan de dagvaarding gegeven uitlegging te moeten eerbiedigen, dan is het gevolg dat hij diens vonnis appellabel zal oordeelen, en dus het beroep in cassatie niet-ontvankelijk verklaart. Nu kan inmiddels de Rechtbank de dagvaarding anders hebben uitgelegd dan de Kantonrechter had gedaan, en op dien grond het hooger beroep niet-ontvankelijk hebben verklaard. Als dan daarop weer beroep in cassatie van haar vonnis volgt, is m. i. de Hooge Raad niet, ingevolge het gezag van gewijsde van zijn eerst gewezen arrest, genoopt de appellabiliteit van het vonnis des Kantonrechters ook bij zijn tweede arrest aan te nemen, en op *dien* grond het vonnis der Rechtbank te casseeren (91). Blijft hij trouw aan zijn leer dat des lageren rechters uitlegging der dagvaarding in cassatie ook dan moet worden geëerbiedigd, indien het te doen is om de appellabiliteit van een vonnis te beoordeelen, dan zal de Hooge Raad, ook al mocht zijn in het eerst door hem gewezen arrest neergelegde meening over de appellabiliteit van des Kantonrechters vonnis niet zijn gewijzigd, toch niet enkel daarom het vonnis der Rechtbank kunnen casseeren. Want hij moet in onze onderstelling ditmaal uitgaan van *haar* uitlegging der dagvaarding, gelijk hij bij zijn eerst gewezen arrest is uitgegaan van de uitlegging des Kantonrechters. En op die manier heeft hij dan bij de twee arresten twee tegenstrijdige uitleggingen derzelfde dagvaarding te eerbiedigen. Maar de Hooge Raad kan die anomalie ontgaan, als hij wil terugkeeren tot hetgeen hij heeft aangenomen bij zijn boven vermeld arrest van 7 April 1873: geen gebondenheid aan de door den lageren rechter gegeven uitlegging der dagvaarding, als het gaat om de vraag, of een vonnis appellabel is. Dan

(91) Vgl. het hieromtrent in noot 89 gezegde.

kan hij zoowel de uitlegging van den Kantonrechter als die der Rechtbank, zoo noodig, ter zijde zetten.

De behandeling der derde uitzondering op den regel dat de uitlegging der dagvaarding in cassatie onaantastbaar is, heb ik boven uitgesteld. Zij moet nu hier volgen. Die uitzondering betreft de dagvaarding, welker uitlegging berust op wetsopvatting. In dat geval is er, wegens het doel der cassatie, de controle op de wetsuitlegging van den lageren rechter, voor den Hoogen Raad alle reden die controle uit te oefenen, en als hij des lageren rechters uitlegging van de wet afkeurt, ook de daarop steunende van de dagvaarding niet te eerbiedigen. Dat heeft de Hooge Raad implicite dan ook niet gedaan bij zijn arrest van 14 November 1904 W. 8141. De uitlegging der dagvaarding betrof de vermelding daarin dat iemand was beneden den voor de meerderjarigheid geldenden leeftijd, en het was nu de vraag, of die vermelding de stelling insloot dat hij minderjarig was. Deze vraag heeft de Hooge Raad zelfstandig onderzocht en in anderen zin dan het Hof beantwoord (92).

Vooral dan kan er sprake zijn van een op wetsopvatting steunende uitlegging der dagvaarding, als deze de woorden der wet herhaalt. Te dien opzichte is de Hooge Raad zich zelf niet steeds gelijk gebleven. Wel is het feit dat hij in sommige arresten zulk een uitlegging niet, en in andere haar wèl heeft geëerbiedigd, op zich zelf nog geen grond om hier van een onvaste jurisprudentie te spreken. Want de gevallen kunnen zóó van elkaar verschillen, dat er een goede reden is op dit punt in het eene anders te beslissen dan in het andere. Immers al herhaalt een dagvaarding de woorden der wet, de mogelijkheid bestaat dat de lagere rechter haar

(92) Bij dit arrest vgl. de er aan voorafgaande concl. O. M., die uitdrukkelijk zeide dat de H. R. niet gebonden was.

niet heeft geduid in den zin, die objektief aan de woorden der wet is te hechten, doordat hij van meening was dat de steller der dagvaarding die woorden heeft gebezigd in een beteekenis, subjektief door dien steller aan de woorden der wet gehecht (93). En dan is er voor den Hoogen Raad geen aanleiding af te wijken van den regel dat de uitlegging der dagvaarding in cassatie onaantastbaar is. Want de in de dagvaarding overgenomen woorden der wet worden niet bij wijze van wetsuitlegging miskend, als zij in de dagvaarding een andere beteekenis kunnen hebben dan hun in de wet zelf toekomt. Daarentegen is er wèl verkeerde wetsuitlegging, indien de woorden in wet en dagvaarding gelijke beteekenis moeten hebben, en dientengevolge de lagere rechter mèt de dagvaarding ook de wet onjuist heeft uitgelegd. Daarom is het naar mijn meening goede stelsel: in het eene geval, dat waarin hetzelfde woord in wet en dagvaarding verschillend kan worden geïnterpreteerd, den gewonen regel te volgen, en in het andere — dat zich nog op verschillende wijze kan voordoen (94) — de uitzondering aan te nemen, die

(93) Blijkt niet duidelijk, welk dezer twee gevallen zich voordoet, dan is m. i. om psychologische redenen aan te nemen dat de steller der dagvaarding de woorden der wet heeft gebezigd in de beteekenis, die hij persoonlijk er aan hechtte, dus onafhankelijk van de beteekenis, die de rechter aan die woorden *in de wet* zal hechten. En me dunkt daarom dat bij twijfel over de op dit punt aan de in cassatie aangevallen beslissing te geven uitlegging, moet worden ondersteld dat zij de dagvaarding in den hier aangeduiden zin heeft opgevat. Naar hetgeen hier in den tekst volgt, leidt dit tot het toepassen van den regel der onaantastbaarheid in het geval van den in deze noot bedoelden twijfel.

(94) Of wel in dezen vorm dat de lagere rechter bij den steller der dagvaarding de bedoeling heeft aangenomen de wet in haar objektieve beteekenis te volgen, òf aldus dat deze rechter, zonder naar de bedoeling van dien steller te vragen, eigen interpretatie van wet en dagvaarding heeft vereenzelvigd. Vgl. bl. 370—371.

meebrengt dat de Hooge Raad niet is gebonden aan de uitlegging eener dagvaarding, welke de woorden der wet herhaalt. Maar dat de jurisprudentie van den Hoogen Raad dit stelsel steeds zou hebben gehuldigd, mag allerminst worden beweerd. Die jurisprudentie is daarom onvast, omdat zij in geheel gelijksoortige gevallen nu eens wèl, dan weer niet de uitlegging van den lageren rechter in cassatie onaantastbaar heeft geacht. Zij is neergelegd in de volgende arresten. Die van 6 December 1886 W. 5376 bl. 1—2, 4 of 17 October 1892 W. 6252, 25 April 1898 W. 7123, 7 Januari 1901 W. 7550, 12 Maart 1906 W. 8350, 7 Mei 1906 W. 8378, 29 Mei 1906 W. 8386, 10 Februari 1913 W. 9465 bl. 1—2, N. J. 1913 bl. 618 (contra O. M.), 20 April 1914 W. 9649, 11 Mei 1914 W. 9652 bl. 1 kol. 1—3, N. J. 1914 bl. 896, 2 Juni 1914 W. 9660, 26 Maart 1917 W. 10100, 5 Mei 1919 W. 10421 bl. 2, N. J. 1919 bl. 554, 29 Maart 1920 W. 10566, N. J. 1920 bl. 449, 21 Juni 1920 W. 10613 bl. 3, N. J. 1920 bl. 767, en 28 Juni 1920 W. 10614, N. J. 1920 bl. 814 (op het eerste cassatie-middel onder *b*) eerbiedigden de uitlegging van den lageren rechter. Daarentegen deden H. R. 9 Mei 1879 W. 4381, 12 Maart 1883 W. 4896, 22 Mei 1888 W. 5563, 15 October 1894 W. 6563, 4 Januari 1897 W. 6913, 4 Februari 1901 W. 7562 bl. 1—2, 21 Mei 1907 W. 8551 bl. 1—2, 8 November 1915 W. 9876 bl. 1 kol. 1—2, N. J. 1916 bl. 119, 23 October 1916 W. 10025, N. J. 1916 bl. 1235, 6 November 1916 W. 10012 bl. 1—2, N. J. 1916 bl. 1226 (waarbij vgl. H. R. 6 November 1916 W. 10012 bl. 2—3, N. J. 1916 bl. 1223), 6 November 1916 W. 10031 (95),

---

(95) Dit arrest is echter ingekleed alsof de H. R. de uitlegging van den lageren rechter eerbiedigde op grond dat deze, blijkens zijn aanhaling van het in aanmerking komende wettelijke voor-

27 November 1916 W. 10047, N. J. 1917 bl. 58, 28 April 1924 W. 11211, N. J. 1924 bl. 733, 15 December 1924 W. 11316 bl. 2—3, N. J. 1925 bl. 211, en 23 Februari 1925 N. J. 1925 bl. 596, het niet. Vele dier arresten zijn implicite gewezen, en voor deze verkeert men in onzekerheid, hoe de gedachtengang van den Hoogen Raad op dit punt is geweest. Het eerstbedoelde der drie arresten van 6 November 1916 echter overwoog dat, nu het Hof de woorden der dagvaarding in dezelfde beteekenis had opgevat, welke hun in de wet toekwam, de uitlegging in cassatie niet onaantastbaar was. Dat is het door mij boven voorgestane stelsel. Gelijk geval had zich intusschen voorgedaan, niet enkel in de zaken, berecht b.v. door de arresten van 1879, 1883 en 1888, maar ook in die, waarin de anders beslissende arresten van 1892, 1898, 7 Januari 1901, 12 Maart 1906, 1913, 2 Juni 1914, 1919, en 21 Juni 1920 zijn gewezen. Geoordeeld naar den m. i. juisten maatstaf van H. R. 6 November 1916 W. 10012 bl. 1—2, zijn dus die arresten van 1892, enz. af te keuren. Daarentegen had de lagere rechter in de gevallen van 29 Maart en van 28 Juni 1920 aangenomen

---

schrift, slechts bedoeld zou hebben de beteekenis te aanvaarden, die het woord in dat wettelijk voorschrift had, en alleen omdat hij deze beteekenis verkeerd duidde, ook de dagvaarding (implicite nam het arrest aan: schijnbaar) anders had opgevat dan de H. R. wegens *zijn* opvatting van het voorschrift ten slotte deed. Metterdaad achtte de H. R. zich aan des lageren rechters uitlegging der dagvaarding (hier terecht) niet gebonden, waarbij hij aan dien rechter een andere uitlegging der dagvaarding toeschreef dan deze werkelijk had gegeven. — Bij wijze van pendant vgl. H. R. 3 Maart 1924, in noot 85 geciteerd, en H. R. 23 Febr. 1925 N. J. 1925 bl. 596. Toen ging de H. R. mee met de wetsuitlegging van den lageren rechter, zoodat hij van diens uitlegging der dagvaarding niet behoefde af te wijken.

dat de dagvaarding de woorden der wet had gebezigd in den zin, waarin de steller dier dagvaarding de wet had opgevat, onafhankelijk van hetgeen de rechter in de wet zou meenen te moeten lezen. Tegen die arresten is dus van mijn standpunt niets in te brengen (96).

Voor zoover de aangevallen beslissing inhoudt dat zekere woorden der dagvaarding, eensluidend met die der wet, wèl of niet als een kwalifikatie zijn op te vatten, is zij, als uitlegging der dagvaarding onaantastbaar. Luidt zij dat er een kwalifikatie is (naar de objektief uit te leggen wet), dan is de verdere uitlegging dier kwalifikatie in cassatie aan de wet te toetsen. Men zie op dit punt, naar aanleiding van art. 416 *oud* Swb. (waarbij vgl. nu ook art. 417 *bis*) de arresten van 25 April en 17 Juli 1905 W. 8213 en 8259 bl. 1—2 (97).

---

(96) Naar het schijnt is het evenzoo met het arrest van 11 Mei 1914. Ook dat van 6 Dec. 1886 nam, contra O. M., aan dat toen de vrijspraak niet steunde op uitlegging van het woord in de wet, maar enkel in de dagvaarding, terwijl de Rechtbank van meening was geweest dat de dagvaarding was gesteld met het oog op de wet, die hetzelfde woord bevatte. Het blijkt niet dat de Rb. had aangenomen dat in de dagvaarding het woord een beteekenis had, onafhankelijk van die, welke objektief aan dat woord in de wet is toe te kennen, en dus enkel subjektief de beteekenis, die de steller der dagvaarding er aan toekende; doch vgl. boven noot 93. Alleen als men moest aannemen dat het eerste het geval was, steunde de uitlegging der dagvaarding door de Rb. op haar wetsuitlegging. — Omtrent het arr. van 7 Mei 1906 is het onzeker of de H. R. toen meende dat de aangevallen beslissing de dagvaarding had uitgelegd, onafhankelijk van de aan de wet te geven uitlegging, dan wel of hij het stelsel volgde der hier in den tekst onjuist geachte arresten van 1892, enz.

(97) Vgl. Léon no. 262 *c* op art. 99 E R. O. en bij het bovenstaande ook aldaar bl. 761 v. o.—762, het slot van *b*.

§ 6. Vrijspraak of bedekt ontslag van rechtsvervolging in verband met de uitlegging der dagvaarding in cassatie.

De in de vorige paragraaf gegeven uiteenzetting kan, dunkt mij, niet enkel licht werpen op het vraagstuk, hoe de Hooge Raad in een strafzaak staat tegenover de uitlegging van een dagvaarding, die de woorden der wet herhaalt, maar tot op zekere hoogte ook op de kwestie, of er is een echte vrijspraak dan wel een bedekt ontslag van rechtsvervolging, namelijk voorzoover die kwestie met eerstbedoeld vraagstuk samenhangt (98).

Ingeval de Hooge Raad de zooeven bedoelde uitlegging eener dagvaarding niet in cassatie onaantastbaar acht, en beklaagde is vrijgesproken, omdat naar het oordeel van den lageren rechter niet bewezen was hetgeen ten laste was gelegd, zooals die rechter dat ingevolge eigen wetsuitlegging heeft opgevat, welke wetsuitlegging de Hooge Raad echter onjuist vindt, zegt deze dat er een ander feit is ten laste gelegd dan de lagere rechter in de dagvaarding (die dan ondersteld wordt zich te hebben gerefereerd aan de objektieve beteekenis der wet) heeft gelezen, en dat er dientengevolge is vrijgesproken van een ander feit dan het ten laste gelegde. Die vrijspraak houdt de Hooge Raad, hoewel zij van het standpunt des lageren rechters met reden is gegeven, meestal niet voor een echte vrijspraak, omdat, ware de volgens den Hoogen Raad juiste wetsuitlegging gevolgd, ook de dagvaarding in dien zin zou zijn uitgelegd, en beklaagde dan niet zou zijn vrijgesproken. Daarom oordeelt de Hooge Raad dàn art. 347 Sv. 1886 niet toepasselijk (99). Maar

(98) Vgl. SIMONS in T. v. S. 19 bl. 402—406.

(99) Zie H. R. 9 Mei 1879, 6 Nov. 1916 W. 10012 bl. 1—2, N. J. 1916 bl. 1226, en 15 Dec. 1924, alle bl. 366—367 geciteerd.

vaak (100) acht de Hooge Raad het artikel wèl van toepassing, indien hij, zich vereenigend met des lageren rechters uitlegging der wet, en daardoor ook der dagvaarding, dientengevolge meent dat, nu het werkelijk ten laste gelegde onbewezen is geoordeeld, de vrijspraak ook terecht is gegeven (101): dan is er niet vrijgesproken van een ander feit dan volgens den Hoogen Raad is ten laste gelegd. Bij slot van rekening zal zoodoende de beantwoording der vraag, echte of onechte vrijspraak, hiervan afhangen, of de Hooge Raad zich al dan niet vereenigt met de wetsuitlegging van den lageren rechter, wel te verstaan als het geval zich zoo voordoet, gelijk hier is aangeduid, het geval, waarin wordt aangenomen dat de dagvaarding bedoelt de wet in haar objektieve beteekenis te volgen, ook al mocht haar steller die wet onjuist hebben opgevat (102). Dikwijls intusschen schijnt de Hooge Raad, zoo niet uitdrukkelijk, dan toch stilzwijgend, te hebben aangenomen dat de aangevallen beslissing, *zonder* te willen zeggen dat de steller der dagvaarding zou hebben bedoeld

(100) Niet altijd: zie H. R. 12 Maart 1883, 22 Mei 1888 (beide bl. 366 geciteerd), van oordeel dat er, nu de gegeven vrijspraak enkel op wetsuitlegging steunde, reeds daardoor een bedekt ontslag van rechtsvervolging was. Vgl. het hier zoo aanstonds in den tekst volgende.

(101) Vgl. b.v., behalve de in de noten 85 en 95 bedoelde arresten van 3 Maart 1924 en 23 Febr. 1925, uit de oudere jurisprudentie H. R. 25 Febr. 1868 W. 2987, en daarbij T. v. S. 19 bl. 398.

(102) Hetgeen hier in den tekst voorafgaat en volgt, gaat uit van de meening dat men niet zonder noodzaak tegenstrijdigheid tusschen de verschillende arresten van den H. R. moet aannemen, en geeft van zijn jurisprudentie een voorstelling, die overeenstemming van de hier bedoelde arresten met elkaar meebrengt. Maar meer dan een hypothese is deze voorstelling niet. De mogelijkheid dat zij onjuist is en die dat er toch tegenstrijdigheid der arresten onderling bestaat, zijn beide niet uitgesloten.

de wet in haar objektieve beteekenis na te volgen, direkt eigen interpretatie der wet heeft vereenzelvigd met haar interpretatie der dagvaarding. En dan is de uitkomst deze: een dientengevolge gegeven vrijspraak steunt *enkel* op wetsuitlegging, en is daarom geen zuivere vrijspraak (103). Maar de vrijspraak berust niet *enkel* op wetsopvatting, indien de wetsinterpretatie des lageren rechters meebrengt, dat voor de strafbaarheid van het ten laste gelegde een zelfstandig feitelijk element wordt vereischt, dat dus een *onderdeel* van de wettelijke omschrijving vormt, van welk element die rechter aanneemt dat het in het gegeven geval onbewezen is (104). In dat geval primeert de onbewezenverklaring van het zelfstandige feitelijke element, en is er daarom een zuivere vrijspraak, in het vorige

---

(103) Zie b.v. H. R. 27 Mei 1907 W. 8556 bl. 1 kol. 1—2. Vgl. noot 94 en den daarbij behoorenden tekst.

(104) Vgl. b.v. het opkooper-arrest van 3 Mei 1875 W. 3860 bl. 2 kol. 1—2 (T. v. S. 19 bl. 398), het brandgang-arrest van 26 Nov. 1906 W. 8464 (T. v. S. 19 bl. 391—392). In deze zaak van 1906 hield de uitlegging der dagvaarding verband met die der verordening, en middellijk steunde hierop het uitgesproken ontslag van rechtsvervolging. Wel was de uitlegging der dagvaarding toen niet in cassatie te eerbiedigen, maar er had moeten zijn vrijgesproken, omdat een zelfstandig feitelijk element, dat naar die uitlegging implicite was — en moest zijn — ten laste gelegd, onbewezen werd verklaard. Bij het door SIMONS T. v. S. 19 bl. 392 v. o. genoemde boonen-arrest van 28 Oct. 1845, v. D. HON. J. en V. 2 bl. 230, was er geen sprake van zulk een zelfstandig feitelijk element, doch was op het onbewezen verklaarde de geheele kwalifikatie naar het wettelijk voorschrift, die in de dagvaarding was herhaald, niet toepasselijk geoordeeld. — Een kwalifikatie kan soms tevens zijn een feitelijk begrip, en dan eerbiedigt de H. R. de gegeven vrijspraak. Zie de boven bl. 366 vermelde arresten van 4 of 17 Oct. 1892 en van 25 April 1898.

Uit de laatste jaren te vergelijken H. R. 2 Juni 1924 W. 11223, N. J. 1924 bl. 787, op beroep in cassatie van Rb. Groningen 13 Maart 1924 W. 11187.

geval neemt de Hooge Raad dit laatste niet aan, omdat dan de wettelijke kwalifikatie primeert.

Gaandeweg ben ik er toe gekomen het terrein der uitlegging van de dagvaarding in cassatie te verlaten, en mij te begeven op dat van de toepassing van art. 347 Sv. 1886, ook als er geen uitlegging der dagvaarding in het spel is. Dat artikel staat met art. 99 R. O. in nauw verband. Want, terwijl art. 346 lid 2 Sv. de in art. 99 R. O. genoemde gronden voor cassatie (die alle, op de overschrijding van rechtsmacht na, geheel zijn te herleiden tot verkeerde toepassing of schending der wet) nader omschrijft, geeft art. 347 daarvoor een beperking aan ten aanzien van het gewone beroep in cassatie, dat wil zeggen afgezien van de cassatie in het belang der wet. Enkele opmerkingen over dat art. 347 (in gewijzigden vorm overgenomen in art. 408 Sv. 1921) en over de jurisprudentie op die bepaling wil ik hier nog laten volgen. Het artikel zou vrijwel overbodig zijn, indien het enkel doelde op een vrijspraak, steunend op zuiver feitelijke overwegingen (105). Immers tegen zulk een vrijspraak is reeds ingevolge art. 99 R. O. het beroep in cassatie bijna altijd niet-ontvankelijk, mede dat, ingesteld in het belang der wet. Al neemt men aan dat de Hooge Raad overigens ook kan casseeren wegens een hem zonder nader onderzoek blijkende kennelijke feitelijke onjuistheid, ten gevolge van welke de wet verkeerd is toegepast, dit geval is zoo hooge uitzondering dat de wetgever niet deswege art. 347 kan hebben ingevoegd, te minder daar hij er hoogstwaarschijnlijk in het geheel niet aan heeft gedacht.

---

(105) Blijkens bij. 409—411 van zijn belangrijk opstel in T. v. S. 19 bl. 374—411 heeft SIMONS in dit opzicht de strekking van art. 347 miskend. — Bij dat opstel, vgl. over de vroegere jurisprudentie v. TEYLINGEN in Themis 1870 bl. 58—96.

Doordat art. 347 een beperking van art. 346 bevat, is het te verklaren dat ook een op rechtsdwaling (b.v. die aangaande de wettigheid van een bewijsmiddel) steunende vrijspraak onder art. 347 kan vallen (106). Maar zal de gegeven vrijspraak door art. 347 worden getroffen, dan moet eerst vaststaan dat er een werkelijke (echte, zuivere) vrijspraak is, dat wil zeggen dat een feitelijk element onbewezen is verklaard. Alleen in dat geval zijn, naar de jurisprudentie van den Hoogen Raad, rechtsoverwegingen, die de lagere rechter *mede* — en niet bijkans alléén — in aanmerking heeft genomen, geen reden om het gewone beroep in cassatie ontvankelijk te achten. Dat beroep is echter wèl ontvankelijk, indien de vrijspraak *geheel of hoofdzakelijk* op zulke overwegingen steunt (107). Door deze restriktie — waarin de bijvoeging van het woord hoofdzakelijk, ontleend aan het in de vorige noot vermelde arrest van 1912, tot moeilijkheid aanleiding geeft, omdat men wel eens kan twijfelen, wat de Hooge Raad als hoofdzakelijk zal aan-

---

(106) Zie LÉON—TEIXEIRA no. 3 op art. 381 *oud* Sv., LÉON—HULSHOFF no. 8, met Suppl. 1, op art. 347 Sr. 1886; voorts H. R. 22 Nov. 1875 W. 3935 bl. 1—2, 31 Jan. 1876 R.spr. 112 § 2, SIMONS t. a. p. bl. 382 v. o.

(107 Vgl. H. R. 3 Juni 1912 W. 9354 bl. 2—3. Het O. M. meende toen dat de beslissing *uitsluitend*, de H. R. dat zij *hoofdzakelijk* berustte op rechtsbeschouwingen. — Vgl. verder b.v. LÉON—TEIXEIRA no. 10 op art. 381, nos. 20 en 23 op art. 382 *oud* Sv.; ook H. R. 27 Mei 1907 W. 8556 bl. 1 kol. 1—2, en over dit arrest SIMONS t. a. p. bl. 396—397. — Men mag, dit volgt uit het in den tekst hier voorafgaande, niet a contrario redeneeren uit een arrest dat, zooals H. R. 2 Juni 1924 W. 11226 bl. 2 kol. 3, N. J. 1924 bl. 797, heeft gedaan, art. 347 Sv. toepasselijk verklaart, omdat de aangevallen beslissing in het geheel niet steunt op rechtsoverwegingen. In deze opmerking ligt het antwoord op de vraag van D. S. in zijn noot op dat arrest van 1924 in het W. v. h. R.

merken — waakt deze tegen miskenning van art. 348 Sv. door het geven van een bedekt ontslag van rechtsvervolging, ingekleed als vrijspraak. -- De vrijspraak moet ook niet terugslaan op een ander feit dan het ten laste gelegde (108). En zij moet zijn gegeven na behoorlijk onderzoek, daar anders de desbetreffende wetsbepalingen reeds vóór de vrijspraak zijn geschonden door het verzuim van op nietigheid voorgeschreven vormen (109). Eveneens sluit de vrijspraak, afkomstig van een onbevoegden rechter het gewone beroep in cassatie niet uit (110). Zulk een vrijspraak steunt *geheel* op een schending der wet. Het onderzoek naar de competentie dient, ook in cassatie, vooraf te gaan aan dat van de zaak ten gronde, dus mede aan dat der vraag, of er ruimte is voor vrijspraak. — Ten opzichte van de eventueel door den lageren rechter gevolgde wetsuitlegging en toepassing, voorzoover die aan de orde komt, *nadat* over de feitelijke elementen is beslist, is art. 347 niet toepasselijk, dus niet ten aanzien der kwalifikatie van hetgeen als feitelijk vaststaande is aangenomen.

Hiermee meen ik de algemeene strekking der jurisprudentie aangaande het onderwerp dezer paragraaf in groote trekken te hebben weergegeven. Al zegt de Hooge Raad zelf niet, wat zijn stelsel is, het kan worden opgemaakt uit de talrijke hierover gewezen arresten. Naar het mij voorkomt, bestaat er tusschen die arresten, over het geheel genomen (dus afgezien van enkele afwijkingen) geen onderlinge tegenstrijdigheid, al geven de door SIMONS t. a. p. vermelde op het eerste gezicht soms aanleiding

(108) Zie LÉON—HULSHOFF no. 31 in Suppl. 4 op art. 347 Sv., en vgl. het op dit punt hierboven bl. 369—370 gezegde.

(109) Vgl. o. a. H. R. 29 Mei 1893 W. 6355 bl. 1 kol. 1—3, en de arresten, aangehaald in de bij dat van 1893 behoorende concl. O. M.

(110) LÉON—TEIXEIRA no. 35 op art. 381 *oud* Sv. Zie boven bl. 358.

het tegendeel te meenen (111). Maar, zooals ik reeds in noot 102 heb gezegd, ik kan op een of ander punt hebben gedwaald. De kans daarop is in deze materie te grooter, nu, gelijk men weet, de Hooge Raad en zijn Openbaar Ministerie hier zeer dikwijls van meening hebben verschild, een bewijs dat het niet gemakkelijk is op dit punt tot de ware bedoelingen van ons hoogste rechtscollege door te dringen. Daarom zou m. i. een nadere opheldering door een der leden van den Hoogen Raad zelf gewenscht zijn, ten einde niet bloot voor zijn Openbaar Ministerie, maar ook voor de belanghebbenden en hun pleitbezorgers, alsnog mogelijken twijfel op te heffen.

's-Gravenhage, 26 Juni 1925

---

(111) Vgl. b.v. H. R. 26 Nov. 1906 (in noot 104 vermeld) met H. R. 11 Dec. 1899 W. 7374 (T. v. S. 19 bl. 395—396), en beide arresten met H. R. 21 Maart 1910 W. 9003 bl. 2—3. De casuspositie in 1910 heeft schijnbaar groote gelijkenis met die in 1899 (zie de concl. O. M. in 1910), maar m. i. inderdaad meer met die in 1906. Zie ook het in noot 104 geciteerde arrest van 3 Mei 1875, in een geval, waarin een niet *uitdrukkelijk* in de verordening opgenomen feitelijk element onbewezen was verklaard. Een andere vraag is het, of de H. R. ten deze terecht onderscheid maakt tusschen het uitdrukkelijk en het implicite in een wettelijk voorschrift opgenomen feitelijk element, wat ik niet kan beamen. — In het geval van H. R. 19 Febr. 1912 W. 9305 was, om de redenen in W. 9313 bl. 4 door de Redaktie opgegeven, de beslissing kwestieus. Vgl. W. 9308 bl. 4.

De rechtsgevolgen van Internationale Verdragen voor Derde Staten

DOOR

DR. A. C. J. MULDER

«Eine Octroyierung von Völkerrecht ist ausgeschlossen». STRUPP

Wanneer de regel *„pacta sunt servanda"* aan het volkenrecht ten grondslag ligt, zijn hiermede twee gelijkwaardige, het geheele volkenrecht beheerschende beginselen gegeven: de Staten zijn verplicht overeenkomstig hun pacta te handelen, doch aan den anderen kant zijn zij slechts gebonden voor zoover van een pactum sprake is (1). De betrekkingen der Staten worden door het recht beheerscht, hiervan moeten de Staten steeds meer doordrongen worden, doch dit recht moet uit een gezamenlijk zoeken der Staten naar rechtvaardigheid en billijkheid geboren worden. Geen onafhankelijken Staat, hoe klein ook, kan tegen zijn wil een verplichting opgelegd worden. Door geen enkelen Staat kan dit uitvloeisel der souvereiniteit en gelijkheid der Staten te zeer in eere gehouden worden. Wanneer dan ook in den na-oorlogschen tijd in de statenpraktijk en bij de auteurs een tendenz is op te merken, die met het boven uitgesproken beginsel op eenigszins gespannen voet schijnt te staan, is dit te

(1) VERDROSZ geeft in zijn „Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtverfassung" (1923) een zeer geslaagd historisch overzicht van de verschillende volkenrechtstheorieën. Ten onrechte neemt hij zelf echter aan, dat de regels, door de meerderheid der Staten erkend, ook de minderheid binden. Hiertegen SCHÜCKING „Die Satzung des Völkerbundes" (1924) blz. 169.

betreuren. Dat de overwinnaars in den wereldoorlog zich veroorloofden zich in de aangelegenheden van derde Staten te mengen en meenden deze buiten hun medewerking verplichtingen te kunnen opleggen, behoeft natuurlijk geen verwondering te wekken. Dat echter vooraanstaande juristen zich min of meer bij deze statenpraktijk aansluiten, is ernstiger, vooral wanneer de Volkenbond zich door zijn uitspraken tot tolk maakt van de gewraakte tendenz. De Volkenbond, welke allen vredesvrienden ter harte gaat, zal slechts zijn doel bereiken, wanneer hij den grootsten eerbied toont voor de onafhankelijkheid der Staten. Tegen elke uitspraak zijner organen, welke dit, al is het in nog zoo geringe mate, schijnt te vergeten, dient geprotesteerd te worden. Het zijn dan ook twee uitspraken van organen van den Bond, de verklaring van den Raad van 18 Febr. 1920, waarbij hij zich accoord verklaarde met het advies door de juristencommissie uitgebracht in zake de Alands-eilanden, en het vonnis van het Hof van Internationale Justitie van 17 Augustus 1923, in zake de „Wimbledon", welke ons tot het schrijven van deze verhandeling brachten.

Alvorens nu in een nader onderzoek te treden van deze uitspraken, schijnt het ons gewenscht, het vraagstuk in zijn algemeenheid te onderzoeken, en ons af te vragen, welke rechtsgevolgen tractaten kunnen hebben ten aanzien van derde Staten. Het zal ons aldus gemakkelijker vallen genoemde uitspraken aan de op deze wijze verkregen resultaten te toetsen.

Hoewel nu vooropgesteld dient te worden, dat Staten buiten hun medewerking niet door regels van het volkenrecht gebonden kunnen worden, vloeit hieruit niet voort, dat tractaten voor derde Staten nooit verbindend zouden zijn. Want in de eerste plaats is het mogelijk, dat een Staat, zonder zich, door bij het sluiten van een

verdrag partij te zijn, direct te binden, op indirecte wijze de regels, in het verdrag vervat, accepteert, doordat hij van te voren verklaard heeft met den inhoud van het verdrag accoord te gaan: m. a. w. het is mogelijk, dat er regels bestaan, — welke op zich zelf natuurlijk door de betrokken Staten geaccepteerd moeten zijn, — krachtens welke bepaalde verdragen ook voor derde Staten bindend zijn. En in de tweede plaats is het mogelijk, dat ook verdragen, welke geen *law-making treaties* zijn, in bepaalde omstandigheden voor derde Staten verplichtingen in het leven roepen.

We zien ons derhalve voor de taak geplaatst na te gaan, welke regels van positief volkenrecht verdragen voor derde Staten bindend verklaren. Dat we deze vraag in haar algemeenheid onderzoeken, en niet onderscheiden tusschen tractaten, welke objectief recht bevatten, en de overige, eischt eerst echter een nadere verklaring. Terwijl toch de vraag, waaraan tractaten, waarin het objectieve volkenrecht geformuleerd wordt, hun verbindende kracht ontleenen, het probleem van het volkenrecht zelve stelt, en hierop geen juridisch geformuleerd antwoord mogelijk is (2), is het laatste wel mogelijk ten aanzien van verdragen, welke geen *law-making treaties* zijn, daar deze bindend zijn krachtens den regel, dat overeenkomsten nageleefd moeten worden. Zoo schijnt ook voor beide soorten ver-

---

(2) Toegegeven moet worden, dat vele verdragen, welke objectief recht bevatten, hun kracht ontleenen aan den regel, dat overeenkomsten moeten worden nageleefd. Men denke slechts aan de handelsverdragen. Aldus is het ook mogelijk dat *law-making treaties* op grond van een rechtsregel voor derde Staten bindend zijn. Zich stellend op het standpunt, dat het recht in het rechtsbewustzijn geworteld is, beteekent dit, dat deze verdragen niet constateeren wat objectief recht is, doch dat zij de rechtsregels in het leven roepen.

dragen de vraag naar hun verbindende kracht tegenover derde Staten, een geheel andere. Toch is dit laatste niet het geval. Of een verdrag regels van objectief recht bevat, dan wel slechts concrete verplichtingen in het leven roept, is in dit verband niet van belang: in beide gevallen is het door derde Staten gesloten verdrag het rechtsfeit, waardoor Staten gebonden worden.

In het geschreven volkenrecht nu is geen enkele regel aan te wijzen, krachtens welken verdragen voor derde Staten bindend zijn. Bestaan nu zulke regels krachtens gewoonterecht? De betreffende regels zouden eventueel in drie categorieën verdeeld kunnen worden: op grond van de hoedanigheid der contracteerende Staten of op grond van hun inhoud zouden verdragen voor derde Staten bindend kunnen zijn, terwijl ook het samentreffen beider omstandigheden vereischt zou kunnen zijn.

Dat een verdrag verbindend zou zijn voor derde Staten op grond der hoedanigheid der verdragspartijen, is in het huidige volkenrecht zeer zeker niet waar. Er is geen algemeene regel aan te wijzen, krachtens welken de minderheid der Staten door de meerderheid gebonden zou worden (3). Ook de zgn. wereldverdragen zijn slechts voor de toegetreden Staten bindend. Verbindt een verdrag derhalve derde Staten niet op genoemde gronden, ook de groote mogendheden nemen in deze geen geprivelegeerde positie in. Het bestaan van zulk een regel zou toch al zeer onwaarschijnlijk zijn: het zou het verdwijnen der kleine mogendheden beteekenen.

Vragen we ons nu af of *jure constituendo* het wenschelijk

---

(3) Anders ten onrechte VERDROSZ. Hij grondt bovendien zijn meening niet op het bestaan van een regel van positief recht, doch komt hiertoe, omdat uit het wezen van het volkenrecht zou voortvloeien, dat de meerderheid der Staten de minderheid bindt.

zou zijn, dat er een regel zou bestaan, waardoor de minderheid der Staten door de besluiten der meerderheid gebonden zou worden, of, — wat practisch hetzelfde zou beteekenen (4), — dat er een wereld-wetgever in het leven geroepen werd, dan schijnt bij de huidige constellatie der wereld de vraag ontkennend te moeten worden beantwoord. Gezien het weinige idealisme, waarvan de Staten blijk geven, het weinige geloof in de zaak van het Recht, zou zulk een lichaam al spoedig in een politiek machtmiddel ontaarden. Het is zelfs de vraag of ook in zeer gunstige omstandigheden een wereld-wetgever wenschelijk zou zijn. Bij het ontbreken van een centraal orgaan zal voor het bestaan van een regel directe aanneming door de Staten vereischt zijn. Ontbreekt eenstemmigheid, zoo zal men tot een compromis moeten komen: men denke slechts aan de verdragen, die het internationaal privaatrecht regelen. Aldus tot stand gekomen regels zullen waardevoller zijn dan regels, slechts door de meerderheid der Staten in het leven geroepen. Toch is niet altijd overeenstemming te bereiken: het woord „contrabande" zegt in deze reeds genoeg. Welnu voor deze gevallen schijnt verplichte arbitrage de aangewezen weg. Het Hof van Internationale Justitie zal aldus ook een wetgevende taak bezitten, welke het onder

(4) Theoretisch natuurlijk niet. Als illustratie diene het door Duitschland voorgestelde amendement op art. 405 van het verdrag van Versailles. Voorgesteld werd hierbij, dat de algemeene conferentie van de Internationale Arbeidsorganisatie de bevoegdheid zou hebben bij versterkte meerderheid internationale normen vast te stellen, welke voor alle leden der organisatie zouden gelden. Dat de minderheid der Staten hier gebonden zou worden door een door de meerderheid gesloten verdrag, is niet juist. Want de conferentie is als een internationaal wetgevend orgaan te beschouwen, welks besluiten voor de Staten, die het orgaan in het leven riepen, verbindend zijn.

gunstiger voorwaarde zal kunnen verrichten dan een internationale wetgever. Want het Hof zal, uit hoogstaande juristen samengesteld, geheel aan politieken invloed onttrokken zijn, terwijl ook het altijd min of meer hatelijke meerderheidsstelsel niet van toepassing zal zijn.

Ook zijn, behoudens een enkele uitzondering, in het hedendaagsche volkenrecht geen regels aan te wijzen, welke op grond van hun inhoud derde Staten binden. De meening is geuit, — we komen er op terug, — dat verdragen in het algemeen belang der Staten gesloten, ook voor derde Staten bindend zouden zijn. Doch ook deze meening is onjuist. Ook zou zijn bestaan allerminst gewenscht zijn. Wat dient onder het begrip „algemeen belang" verstaan te worden? De inhoud van dit begrip is verre van objectief bepaald. In stede van het belang der Staten te dienen, zou deze regel slechts een nieuwe bron vormen van oneenigheid tusschen de Staten en gelegenheid geven om ongeoorloofde interventie juridisch te maskeeren. Slechts bij het bestaan eener verplichte arbitrage zouden deze bezwaren vervallen.

Resumeerende kunnen we derhalve vaststellen, dat in het hedendaagsche volkenrecht een regel, krachtens welken tractaten, in het algemeen belang gesloten, ook voor derde Staten bindend zouden zijn, niet bestaat, terwijl ook het bestaan van zulk een regel, zoolang verplichte arbitrage ontbreekt, ongewenscht zou zijn.

Het komt ons voor, dat naar stellig recht slechts in één enkel geval verdragen ook voor derde Staten bindend zijn: we hebben het oog op de staatsservituten (5). De vraag in hoeverre deze benaming gemotiveerd is en in

---

(5) Monographieën van erkende auteurs bestaan niet over dit onderwerp. Men is dus op de algemeene handboeken aangewezen.

hoeverre overeenkomst bestaat met de privaatrechtelijke erfdienstbaarheden laten we voorloopig rusten. 't Liefst zouden we het gebruik van den term, welke tot zooveel verwarring aanleiding gaf, geheel vermijden, doch dit is, gezien de wenschelijkheid van een korte uitdrukkingswijze, niet mogelijk. We sluiten ons daarom bij het spraakgebruik der meeste schrijvers aan, terwijl wij eerst later ons af zullen vragen in hoeverre het gebruik van den term te verdedigen is. Al te laakbaar schijnt ons dit niet, op voorwaarde, dat wij het begrip duidelijk definieeren. Van een staatsservituut nu zal sprake zijn, wanneer op grond van een verdrag een Staat tegenover elken Staat de aanspraak heeft, dat op een bepaald gebied gezagsdaden, waarbij de onderdanen niet direct betrokken zijn, niet verricht zullen worden, of dat hij niet gestoord wordt in het uitoefenen van dergelijke daden op het gebied van een anderen Staat. Het bestaan der staatsservituten zal in het positieve volkenrecht moeten worden aangetoond. Vele schrijvers vergeten deze waarheid. Het meerendeel der oudere auteurs neemt het bestaan der staatsservituten aan op grond van hun natuurrechtelijke dogma's, waarbij zij eenvoudig de bepalingen van het Romeinsche privaatrecht op het volkenrecht overbrengen. Meer recente schrijvers begaan de tegenovergestelde fout. Daar zij van meening zijn, — en terecht —, dat volkenrecht en privaatrecht geheel gescheiden onderdeelen zijn van het recht, willen zij van een staatsservituut niet weten. Voorzoover het hier slechts gaat om een vraag van terminologie, is hierop niets aan te merken. Doch de ontkenning van het bestaan van staatsservituten mag de auteurs niet tot de verklaring brengen, dat een verdrag, hetwelk een bepaalde beperking van de territoriale souvereiniteit inhoudt, alleen de verdragspartijen *kan* aangaan. Of dit al dan niet het geval zal zijn, vermag

slechts de statenpraktijk te beantwoorden. Wanneer dan ook b.v. SCHÖNBORN (die Staatensuccessionen blz. 46) zich tegen het gebruik van den term „staatsservituut" verzet, daar in het volkenrecht geen zakelijke rechten zouden voorkomen, mag hij hieruit niet de conclusie trekken, dat nimmer een verdrag absolute werking zou hebben.

Wenden we ons thans tot de statenpraktijk. Herhaaldelijk verplichten de Staten zich bepaalde gezagsdaden te verrichten, zich ervan te onthouden, of wel te dulden, dat op hun gebied door andere Staten dergelijke daden verricht worden. Een Staat kan aldus gehouden zijn een bepaalde wet tot stand te brengen, zich van het invoeren van den dienstplicht te onthouden, te dulden dat een vreemde Staat op zijn gebied jurisdictie uitoefent, of dat een buitenlandsche mogendheid troepen door zijn gebied zendt (6).

De meeste dezer verdragen zijn voor derde Staten slechts *res inter alios actae*, hierover bestaat bij de schrijvers geen verschil van meening. Men twist slechts over de vraag of verdragen, waarbij een Staat verplicht wordt gezagsdaden, waarbij zijn onderdanen niet direct

---

(6) Men heeft wel beweerd (zoo b.v. onlangs nog de Duitsche verdediging in de Wimbledon-zaak), dat zulke verdragen rechtskracht zouden missen, daar zij in strijd zouden zijn met de souvereiniteit der Staten. Doch deze meening is onjuist. Van een beperking der souvereiniteit in den zin van aantasting der onafhankelijkheid is geen sprake: de Staat ziet zich de verplichtingen niet door een vreemden Staat opgelegd. Komt men echter tot bovengenoemde meening op grond van den aard der souvereiniteit, welke het onvervreemdbaar recht zou zijn anderen te binden, waardoor de staatswil de eenige bron van het recht zou zijn, zoodat van een gebondenheid van den Staat nooit sprake kan zijn, — het begrip Autolimitation lijdt toch aan een innerlijke tegenspraak, — zoo bewijst men meer dan men wil, daar in dit geval noch van volkenrecht, noch van intern publiek recht sprake zou kunnen zijn.

betrokken zijn, na te laten (7), of te dulden, dat een andere Staat dergelijke daden op zijn gebied verricht, ook tegenover derde Staten werken. Als voorbeelden van zulke verdragen worden veelal genoemd de tractaten, welke verplichten tot het niet-versterken van een bepaald gebied, tot het verleenen van doortocht aan vreemde troepen. Gaat men nu de statenpraktijk na, zoo zal men o. i. tot de conclusie moeten komen, — ons ontbreekt hier de plaats om aan de hand der gedragingen der Staten onze meening waar te maken —, dat inderdaad genoemde verdragen absolute werking hebben, m. a. w., dat de rechthebbende Staat tegenover elken anderen Staat de bepalingen uit het verdrag kan geldend maken (8).

Heeft b.v. een land eenmaal vrijen doortocht voor zijn troepen bedongen door een bepaald gebied, zoo zal niet alleen een nieuwe verkrijger van dit gebied, doch ook de Staat, die door een *occupatio bellica* in bezit ervan treedt, door het verdrag gebonden zijn.

Vragen we ons nu af of de rechtsfiguur door de schrijvers als staatsservituut aangeduid, deze benaming te recht draagt, zoo kan het antwoord o. i. niet ont-

---

(7) Dat Staten zich verplichten gezagsdaden, welke niet direct de onderdanen betreffen, te verrichten, — men denke b.v. aan de verplichting versterkingen aan te leggen, — komt zelden voor. Hierdoor is niet vast te stellen, of in zulk een geval van een servituut sprake kan zijn, en er een zekere analogie zou bestaan met b.v. het Romeinschrechtelijke servituut oneris ferendi. De schrijvers noemen zelfs de mogelijkheid niet.

(8) In elk geval is vereischt, dat bij de gezagsdaden de onderdanen niet direct betrokken zijn. Is het tegenovergestelde het geval, zoo kan van een servituut geen sprake zijn, ook al worden de gezagsdaden slechts op een bepaald deel van het territoor nagelaten. Zoo kan o. i. een verdrag, waarbij een Staat zich verplicht een douane-zône in te stellen, geen servituut in het leven roepen.

kennend luiden (9). Dat hiervoor noodig is, dat men een begrip „zakelijk recht", d. w. z. een recht, dat op zaken betrekking heeft en een absoluut karakter draagt, accepteert, dat zich op het geheele terrein van het recht geldend maakt, schijnt ons geen bezwaar. Wanneer nu het staatsservituut als een specimen van zulk een ruim begrip van zakelijk recht is aan te merken, — het zou een absoluut recht op het staatsgebied moeten zijn —, zoo dient dit servituut, als zijnde een *jus in re aliena*, in dezelfde verhouding tot een volkenrechtelijk zakelijk recht te staan als het privaatrechtelijk servituut tot den eigendom. Ook dit blijkt het geval te zijn. Want welke opvatting men ook moge hebben van het veelomstreden souvereiniteitsbegrip, zoo kan er geen bezwaar bestaan het op het terrein van het volkenrecht te beschouwen als een aanspraak, welke een Staat tegenover elken anderen Staat geldend kan maken, om niet op zijn gebied in het uitoefenen van gezag gestoord te worden. Zoo gezien is de souvereiniteit volkenrechtelijk het meest uitgebreide zakelijk recht, en blijkt zij de onbekende grootheid, welke we in bovengenoemde vergelijking zochten.

Resumeeren we nu het voorloopig resultaat van ons onderzoek, zoo blijken regels, krachtens welke derde Staten door verdragen gebonden worden, zeer sporadisch voor te komen, en schijnen verdragen, welke staatsservituten in het leven roepen, het eenige voorbeeld van internationale overeenkomsten, welke derde Staten binden.

Geeft men deze waarheid toe, zoo wil dit echter niet zeggen, dat het bestaan van een verdrag een derden Staat geheel niet aangaat. Immers zonder dat een tractaat een derden Staat bindt, is het mogelijk, dat het voor

(9) Zie over de vraag of souvereiniteit als een zakelijk recht is aan te merken vooral HEILBORN „System des Völkerrechts", blz. 5 vlg.

hem op de eene of andere wijze rechtens van belang is. We willen dus nu deze gevallen onder de oogen zien.

Vooreerst de *open verdragen*, verdragen waarbij de verdragspartijen verklaren genegen te zijn ook derde Staten in het verdrag op te nemen. Dit aanbod kan tot alle erkende Staten gericht zijn, zooals bij de neutraliteitsverdragen van 1907 het geval was, terwijl het ook mogelijk is, dat de verdragspartijen zich slechts tot bepaalde Staten richten (volkenbondspact). Het is duidelijk, dat de derde Staten geheel vrij zijn tot toetreding tot het verdrag. Er is slechts sprake van een bindend aanbod der oorspronkelijke partijen.

Nu onderscheide men deze toetreding wel van het feit, dat naast normen, in een tractaat vervat, een regel van gewoonterecht opkomt tusschen de verdragspartijen en een derden Staat: A en B sluiten een verdrag, terwijl later een norm, met denzelfden inhoud als die in het verdrag genoemd, tusschen A, B en C langs gewoonterechtelijken weg tot uiting komt. Staat C zal nu niet door het verdrag gebonden zijn: interpretatie of wijziging van het verdrag gaat hem niet aan. Hetzelfde zal het geval zijn, wanneer tusschen A, B en C een gewoonterechtsnorm bestaat, welke door A en B in een verdrag wordt vastgelegd. Ook in dit geval zal het verdrag voor C geheel een *res inter alios acta* blijven.

Thans eenige opmerkingen over die verdragen, welke wij, naar analogie van het privaatrecht, *tractaten ten behoeve van derde Staten* zouden willen noemen. Verdragen kunnen bepalingen bevatten, welker naleving door de partijen ook voor derde Staten van het hoogste belang kan zijn. Voorbeelden liggen slechts voor het grijpen. Zoo werd door het Weener-congres bepaald, dat de vestingwerken van Hüningen, welke de omgeving van Basel beheerschten, gesloopt zouden worden. Zwitserland, dat

door hetzelfde verdrag neutraal werd verklaard, had natuurlijk het grootste belang bij het naleven dezer bepaling, ook al behoorde het niet tot de mogendheden, die in Weenen over het wel en wee der wereld beschikten. Amerika en Engeland spreken bij het Hay-Pauncefote-verdrag in 1901 af, dat het Panama-kanaal voor alle schepen open zal zijn. Het belang dezer bepaling voor alle Staten behoeft wel niet nader te worden aangetoond.

Nu is het volkomen duidelijk, dat de Staten, die buiten het verdrag staan, niet reeds door het feit, dat zij bij de naleving van het verdrag belang hebben, rechten tegenover de verdragspartijen geldig zouden kunnen maken. De omstandigheid, dat het tractaat voor derde Staten voordeelig is, heeft evenmin als het feit, dat het voor hen nadeelig is, — voorzoover althans de rechten van derden niet geschonden worden, — juridisch eenige beteekenis. Doch wel kan het zijn, dat het in de bedoeling der verdragspartijen ligt, dat bepaalde Staten uit zulk een verdrag rechten zouden ontleenen. Een algemeene regel is hieromtrent niet op te stellen; wij hebben hier eenvoudig met een interpretatievraag te doen. Zoo schijnt b.v. wel vast te staan, dat Zwitserland recht heeft op naleving van de bepalingen van het Weener-congres, welke op de provincies Chablais en Faucigny betrekking hebben. Want ter gelegenheid van het cedeeren van dit gebied door Sardinië aan Frankrijk (1860), erkende de koning van Sardinië dat Zwitserland een recht had op het naleven der bepalingen, ten aanzien van dit gebied door het Weener-congres gestipuleerd. En ook nog onlangs werd door Frankrijk in het Verdrag van Versailles in een voor Zwitserland eenigszins verrassenden vorm erkend, dat Zwitserland recht heeft op naleving der bepalingen, welke op de douane-zône betrekking hebben. Geval voor geval zal derhalve moeten

worden nagegaan, in hoeverre derde Staten rechten kunnen geldend maken uit verdragen, welke voor hen van belang zijn. Onjuist schijnt ons derhalve de meening van de Juristen-commissie in zake de Alands-eilanden, dat Zweden, omdat het geen partij was bij den Vrede van Parijs van 1856 of bij de geannexeerde conventie, niet als *praedium dominans* zou kunnen worden beschouwd ten aanzien van het eventueele demilitarisatie-servituut, op de Alands-eilanden rustend.

Men houde ten slotte wel in het oog, dat derde Staten niet *ipso jure* aan verdragen rechten kunnen ontleenen. Want ook ten dezen aanzien blijven verdragen voor derden *res inter alios actae.* Ook hier is slechts van een aanbod der verdragspartijen sprake. Slechts wanneer een derde Staat op dit aanbod ingaat, verkrijgt hij een recht. In zooverre is er dus overeenkomst met de open verdragen, doch van toetreding tot het oorspronkelijke verdrag in zijn geheel is geen sprake. Ook hier berusten dus de betreffende rechten en verplichtingen op een verdrag. Het bijzondere bestaat slechts hierin, dat in tegenstelling met hetgeen gewoonlijk geschiedt, het obligatore verdrag niet schriftelijk tot stand komt. In den regel zal zelfs niet van een uitdrukkelijke wilsovereenstemming sprake zijn.

Ook de verdragen, welke de *clausule der meestbegunstigde natie* bevatten, dienen in dit verband genoemd te worden. Want ook hier kunnen verdragen voor een Staat, die geen verdragspartij is, van belang zijn. Van een gebonden zijn door tractaten van andere Staten is echter geen sprake. Slechts op grond van de door partijen zelf gestipuleerde clausule worden de rechten en verplichtingen der partijen gewijzigd, wanneer een verdrag, door een der partijen met een anderen Staat aangegaan, daartoe aanleiding geeft.

Ten slotte moeten ook volledigheidshalve de regels,

welke op de *Statensuccessie* betrekking hebben, genoemd worden. Tengevolge van deze regels kan de successie-staat zich belast zien met verplichtingen, welke uit de verdragen van zijn voorganger voortvloeien. Het is echter duidelijk, dat deze regels slechts indirect aan verdragen rechtsgevolgen verbinden voor derde Staten. Niet op grond der verdragen zelve, doch slechts door het feit, dat de successie-staat het geheele gebied of een gedeelte ervan verkrijgt van een anderen Staat, is deze gebonden.

Voordat we nu, aan het einde van ons algemeen onderzoek gekomen, de twee uitspraken, welke we in het begin van ons opstel noemden, nader gaan beschouwen, willen we nog één vraag, welke met onze nasporingen in verband staat, onder de oogen zien.

Behoudens zeer enkele gevallen verbindt een verdrag derde Staten niet. Wat zijn nu de gevolgen van deze waarheid voor die tractaten, welke met haar geen rekening houden? Wanneer uit een verdrag zou voortvloeien, dat de verdragspartijen ook derde Staten door het verdrag gebonden achten, heeft deze meening voor derde Staten geen gevolgen. Wanneer b.v. Chili en Argentinië in het Verdrag van Buenos-Aires verklaren, dat de Straat van Magellaan eeuwig neutraal zal zijn, – en zij krachtens de gebruikte terminologie blijkbaar van meening zijn, dat krachtens dit tractaat ook derde Staten geen oorlogsdaden in genoemde zeeëngte zouden mogen verrichten, — mogen derde Staten deze verklaring als kennisgeving naast zich neerleggen.

Het kan verder zijn, dat Staten zich verplichten daden te verrichten, welke ten aanzien van andere Staten onrechtmatig zijn. Ongetwijfeld kunnen Staten bij verdrag van volkenrechtsregels, voorzoover zij niet dwingend zijn, afwijken. Doch ook zulk een verdrag heeft tegenover derde Staten geen werking. Is nu een verdrag nietig,

wanneer partijen zich aldus verplichten daden te verrichten, welke tegenover derde Staten onrecht zijn? Het antwoord zal afhangen van de opvatting, welke men heeft van het volkenrecht. Beschouwt men dit recht als het recht der statengemeenschap, dan zal een verdrag, dat indruischt tegen een zijner regels, ongetwijfeld nietig zijn. Meent men echter, dat volkenrecht slechts de verhoudingen tusschen twee Staten kan regelen, en dat men aldus niet van een universeel volkenrecht kan spreken, dan heeft op een verdrag geen invloed, dat zijn inhoud strijdig is met verplichtingen, welke tegenover een derden Staat gelden.

Wenden we ons thans tot de uitspraak van de Juristencommissie, belast door den Raad van den Volkenbond met het geven van een advies in zake het Finsch-Zweedsch geschil betreffende de Alands-eilanden (10) (Journal officiel de la Société des Nations, Octobre 1920. Supplément spécial No. 3).

De oorzaak van het instellen dezer commissie is in het kort de volgende. Reeds kort na Finlands onafhankelijkheidsverklaring rees tusschen dezen Staat en Zweden een ernstige moeilijkheid, welke op de Alandseilanden betrekking had. Verklaarde Finland, dat de souvereiniteit over deze eilandengroep hem toekwam, Zweden hield vol, dat het, gezien den wensch der bevolking zich bij Zweden aan te sluiten, aanspraken op de eilanden kon doen gelden. Het geschil liep zoo hoog, dat de diplomatieke betrekkingen tusschen beide landen

(10) Zie voor litteratuur over dit onderwerp, H. A. Collijn, „La décision de la Société des Nations concernant les îles d'Aland", Ac. Prfschrft, V. U. Amsterdam 1923. Het proefschrift zelf bespreekt slechts de beslissing der commissie in zake de souvereiniteit der eilanden.

werden afgebroken. Op dit oogenblik bracht Engeland het geschil onder de oogen van den Raad van den Volkenbond, die zich hierop 7 Juli 1920 in Londen vereenigde. Finland beriep zich op art. 15 [8] van het Volkenbondspact, verklarend dat de Raad niet bevoegd was van het geschil kennis te nemen. Om over dit punt nader ingelicht te worden, riep de Raad een commissie van drie juristen in het leven, welke tevens advies zou moeten geven, „sur l'état actuel des obligations internationales en matière de démilitarisation concernant les îles d'Aland". Op 5 September 1920 bracht de commissie verslag uit van haar onderzoek. Het is nu het gedeelte van dit rapport, waarbij de commissie de vraag der demilitarisatie der Alands-eilanden aan een nader onderzoek onderwerpt, dat wij thans van nabij willen gaan beschouwen.

Den 30 Maart 1856 sloten Frankrijk en Engeland met Rusland een conventie, waarbij laatstgenoemd land zich verbond de Alands-eilanden niet te versterken, noch een militaire of maritime basis op deze eilanden te vestigen. Art. 33 van het op denzelfden dag gesloten vredesverdrag van Parijs, verklaart dat de genoemde conventie dezelfde kracht zal hebben, als ware zij in het verdrag zelve opgenomen. Van deze conventie uitgaande, onderzoekt de commissie of de conventie nog van kracht is en komt tot een bevestigend antwoord. Op dit deel van het rapport der commissie gaan we niet in, daar het voor ons onderzoek van minder belang is. Doch hetgeen de commissie vervolgens opmerkt, zal onze geheele aandacht vragen.

Komende tot de vraag of door de conventie van Parijs een staatsservituut in het leven geroepen is, geeft de commissie geen beslist antwoord, hoewel zij schijnt over te hellen tot het ontkennen der vraag, daar staatsservituten niet zouden bestaan. Zij constateert dat het bestaan

der staatsservituten door bekwame juristen aangenomen wordt, door anderen wordt ontkend. Zoo herinnert zij aan de uitspraak van het Hof van Arbitrage van 7 September 1910 in zake de visscherij op de Amerikaansche kusten van den Atlantischen Oceaan, waarbij het Hof het bestaan van staatsservituten ontkend zou hebben (11).

De commissie was zeer zeker in haar recht, gezien de moeilijkheden, het bestaan van staatsservituten vast te stellen, een non-liquet uit te spreken. Haar meening echter, dat Zweden in elk geval niet als servituutgerechtigde beschouwd zou kunnen worden, daar „dit land geen partij was bij de conventie of het verdrag van 1856, en zijn naam zelfs niet in deze verdragen genoemd werd", schijnt ons te verwerpen. Dat Zweden geen partij was bij de verdragen van 1856 is niet voldoende om dit land elk recht uit deze tractaten te ontkennen (zie blz. 388). De commissie schijnt dit gevoeld te hebben, daar zij verder verklaart, dat zelfs Zweden in het verdrag niet genoemd werd. Dit laatste argument schijnt ons echter niet beslissend. Of een land, dat bij een verdrag geen partij was, uit dit verdrag rechten zal kunnen ontleenen, zal van de bedoeling der

---

(11) Deze meening schijnt ons onjuist. Integendeel schijnt het ons toe, dat het Hof hun bestaan erkende. Het verklaart, dat het bestaan van een servituut in casu o. a. moet worden ontkend, „because a servitude in international law predicates an express grant of a sovereign right and involves an analogy to the relation of a praedium dominans and a praedium serviens, whereas by the treaty of 1818 one State grants a liberty to fish, which is not a sovereign right, but a purely economic right, to the inhabitans of another State". Zonder twijfel erkent het Hof hiermede het bestaan der staatsservituten, doch het Hof verklaart, dat een staatsservituut betrekking moet hebben op een „sovereign right" (zie boven blz. 382). Er is hier niet sprake van het dulden van vreemde gezagsuitoefening op eigen territoor.

verdragspartijen afhangen. Dat een bepaald land in een verdrag niet genoemd wordt, kan een aanwijzing zijn van den wil der verdragspartijen. De eenige aanwijzing is dit echter niet. Want ook uit de omstandigheden, waaronder het tractaat tot stand kwam, kan blijken, dat de partijen aan andere Staten rechten wilden toekennen. Het ligt echter hier niet op onzen weg in casu in dit feitelijk onderzoek te treden.

De neiging der commissie zich tegen het bestaan der staatsservituten uit te spreken, zou men wellicht afleiden uit haar eerbied voor het beginsel *„pacta aliis nec prosunt nec nocent"*, en uit haar schroom het bestaan van een regel te erkennen, krachtens welken in bepaalde gevallen ook derde Staten door een verdrag gebonden worden. Uit het vervolg van het rapport blijkt echter, dat dit geenszins het geval is, zoodat vooral tegen de thans te bespreken inzichten der commissie geprotesteerd moet worden.

De commissie begint met te verklaren, dat het onjuist zou zijn te meenen, dat de Conventie van 1856 alleen de verdragspartijen zou aangaan. De conventie is gesloten in een Europeesch belang en daaruit leidt de commissie af, dat door de conventie „een Europeesch publiek recht" geschapen is, dat de verdragspartijen een objectief recht hebben willen scheppen.

Tegen deze meening der commissie zijn ernstige bezwaren aan te voeren.

Eerst een opmerking van minder gewicht. Ook wanneer de beschouwing van de commissie juist zou zijn, schijnt het ons minder juist te meenen, dat door de conventie objectief recht geschapen zou zijn. Uit het feit, dat elke Staat gebonden is door het verdrag, en een aanspraak heeft op zijn naleving, behoeft nog niet te worden afgeleid, dat men met een objectieve rechtsnorm te

doen heeft. Ons schijnt het toe, — ware het uitgangspunt der commissie juist, — dat de conventie niet in abstracto vaststelde, wat recht zou zijn, doch dat zij slechts rechten en plichten in het leven riep. Doch bij dit punt, als van secondair belang, willen we niet langer stilstaan.

Uit de opmerking der commissie blijkt, dat zij uitgaat van de gedachte, dat, wanneer een verdrag in het Europeesch belang gesloten is, het ook voor derde Staten bindend is. Een eerste, zeer ernstige grief is de commissie ervan te maken, dat zij het bestaan van dezen regel aanneemt, zonder na te gaan of zij door de Staten erkend wordt. Het is mogelijk, dat in bepaalde gevallen derde Staten door verdragen gebonden worden, doch het is slechts mogelijk op grond van een regel, door alle betreffende Staten geaccepteerd. Zulk een regel moet in de practijk aan te wijzen zijn, in elk geval mag haar bestaan niet worden verondersteld. Of neemt de commissie het bestaan van dezen regel aan op grond van het feit, dat „de mogendheden in talrijke gevallen, sedert 1815, „en vooral ter gelegenheid van het sluiten van vredes-„verdragen, een waar objectief recht hebben trachten op „te stellen, ware politieke statuten, waarvan de gevolgen „zich zelfs buiten den kring der verdragspartijen doen „gevoelen"? Is dit de gedachtengang der commissie, zoo dient deze meening van de hand gewezen te worden. Het is ongetwijfeld waar, dat de Staten, vooral in hun machtsbewustzijn na een overwinning in een oorlog, getracht hebben de rechten van derden aan te tasten of hun verplichtingen op te leggen, — aan voorbeelden van recenten datum ontbreekt het niet, — doch de protesten der getroffenen doen duidelijk blijken, dat zij zulk een handelwijze niet accepteeren.

Er zijn echter meerdere bezwaren. Want ook al ware in het positieve volkenrecht het bestaan van den regel

aan te toonen, dat een verdrag in het Europeesch belang gesloten, voor alle Staten bindend is, dan ware nog in casu de toepasselijkheid van dezen regel te betwisten. Of van een algemeen belang der Staten sprake is, zal slechts met de grootste voorzichtigheid mogen worden aangenomen (zie blz. 381). De commissie mocht zich — gelijk zij doet — in geen geval beroepen op de preambule van de conventie en van het Verdrag van Parijs, waarin de verdragspartijen verklaren de Alands-eilanden in een algemeen Europeesch belang te demilitariseeren. Of van een algemeen belang sprake is, mag niet aan het oordeel of de verklaring van verdragspartijen worden overgelaten. De commissie zou wel van naïveteit blijk geven, wanneer zij de schoonklinkende verklaringen, waarvan de diplomatie een rijkelijk gebruik maakt, onmiddellijk *au sérieux* zou nemen.

Gaan we nu aan de hand der feiten na, of de conventie geacht moet worden in een algemeen Europeesch belang gesloten te zijn, dan schijnt een ontkennend antwoord gegeven te moeten worden. Engeland en Frankrijk maakten gebruik van het feit, dat Rusland in den Krimoorlog de nederlaag leed, om de macht van dit land, zoowel in de Zwarte Zee, als in de Oostzee te knotten. Slechts morrend onderwierp Rusland zich aan deze voor dit land zoo vernederende vredesvoorwaarden. Geen wonder, dat Rusland trachtte zich van deze bepalingen te ontdoen en daarin ook slaagde wat betreft zijn verplichtingen op de Zwarte Zee betrekking hebbend. De demilitarisatie der Alands-eilanden vond slechts haar oorzaak in het beginsel van het politieke evenwicht, waaronder de wereld nog heden ten dage zucht.

Resumeerende komen we derhalve tot de volgende conclusie.

Dat derde Staten gebonden zouden worden door ver-

dragen in een algemeen Europeesch belang gesloten, zou slechts op grond van een door alle betreffende Staten erkenden regel aangenomen mogen worden. Het bestaan van zulk een regel is echter te ontkennen. In ieder geval zou zulk een regel in casu niet van toepassing kunnen zijn. Verwerpt men de meening, dat door de conventie betreffende de Alands-eilanden een staatsservituut in het leven werd geroepen, zoo heeft de conventie slechts kracht tusschen partijen. Het is mogelijk, dat de partijen, zoo zij een algemeen Europeesch belang op het oog hadden, een objectief recht schiepen, waarvan de commissie spreekt. Doch dit objectieve recht zou slechts gelden binnen den kring der verdragspartijen.

Thans komt de beslissing van het Permanente Hof van Internationale Justitie in zake de „Wimbledon" onze nadere aandacht vragen. Alleen echter voorzoover het arrest verband houdt met het onderwerp onzer verhandeling, zullen wij haar aan een onderzoek onderwerpen.

De aanleiding tot het geschil, waarin het Hof geroepen werd een uitspraak te geven, is in zeer korte trekken de volgende.

Een Engelsch stoomschip, de „Wimbledon", door een Fransche maatschappij gecharterd, van Saloniki naar Polen op weg met een lading munitie, werd 21 Maart 1921 door Duitschland de toegang tot het kanaal van Kiel ontzegd. Door de geallieerden werd beweerd, dat Duitschland hiermede art. 380 van het Verdrag van Versailles schond, welk artikel aldus luidt: „Het kanaal van Kiel „en zijn toegangen zullen steeds vrij en geopend zijn „op voet van volkomen gelijkheid voor de oorlogs- en „koopvaardijschepen van alle Natiën, die in vrede met „Duitschland zijn." Door Duitschland werd daarentegen volgehouden, dat in het onderhavige geval art. 380 niet

tot toelating van het schip verplichtte. Frankrijk, Engeland, Italië en Japan maakten de zaak daarop bij het Hof aanhangig, dat zich op grond van art. 386 van het Verdrag van Versailles bevoegd verklaarde van het geschil kennis te nemen. Op grond van art. 62 van het Statuut van het Hof trad Polen als tusschenkomende partij op. Den 17 Augustus 1923 werd door het Hof uitspraak gedaan in deze zaak, waarbij Duitschland in het ongelijk werd gesteld.

Uit de vele vraagstukken, waarvoor het Hof zich gesteld zag, willen wij er slechts één releveeren, als voor ons onderzoek van direct belang.

Welke gevolgen had art. 380 van het Verdrag van Versailles voor Rusland, dat bij dit verdrag niet partij was? Doordat het Hof deze vraag moest beantwoorden, was het genoodzaakt zich af te vragen, welke gevolgen verdragen voor derde Staten kunnen hebben. De vraag deed zich voor het Hof voor in den volgenden vorm. Uitgaande van de veronderstelling, dat art. 380 niet alleen betrekking heeft op vredestijd, doch ook op oorlogstijd, beteekent dit, dat ook in tijd van oorlog Duitschland verplicht is het kanaal voor alle schepen open te stellen, voorzoover zij althans niet behooren tot naties, waarmee Duitschland in oorlog verkeert. Het bestaan nu dezer verplichting sluit in zich een derogatie aan het bestaande neutraliteitsrecht. In afwijking van het algemeene recht der neutralen, zooals dit in 1907 werd geformuleerd, zal Duitschland zijn neutraliteit niet schenden, — althans tegenover de mogendheden, die het Verdrag van Versailles onderteekenden —, wanneer het oorlogsschepen der oorlogvoerende mogendheden door het Kieler-kanaal laat varen, zal dit land zelfs verplicht zijn deze schepen toegang te verleenen. En verder zouden ook neutraliteitsverordeningen van Duitschland, voor zoover met art. 380

in strijd, tegenover de Staten, waarvoor art. 380 geldend is, geen gevolgen hebben, zoodat, wanneer Duitschland een handeling toe zou laten in overeenstemming met het Verdrag van Versailles, doch in strijd met zijn neutraliteitsverordeningen, een oorlogvoerende Staat er zich niet over zou kunnen beklagen, dat ten zijnen nadeele de neutraliteitsverordening niet was nagekomen en aldus Duitschland zijn neutraliteit geschonden had, daar toch ook tegenover laatstgenoemden Staat Duitschland verplicht was in overeenstemming te handelen met het verdrag, zoodat zulk een handeling nooit als onrechtmatig zou zijn aan te merken.

Daar Duitschland beweerde den „Wimbledon" den toegang tot het kanaal van Kiel geweigerd te hebben, omdat het hiertoe door zijn neutraliteitsplichten tegenover Rusland, met Polen in oorlog, genoodzaakt was, gaat het Hof na, welke gevolgen de wijziging van het neutraliteitsrecht ten aanzien van het kanaal van Kiel voor Rusland had. Mocht blijken, dat ook Rusland door art. 380 gebonden was, zoo kon een handelen van Duitschland in overeenstemming met deze bepaling, in ieder geval nooit tegenover Rusland als een neutraliteitsschending zijn aan te merken.

Het Hof komt nu op de volgende gronden tot het besluit, dat de bepalingen van het Verdrag van Versailles, op het Kieler-kanaal betrekking hebbend, ook voor Rusland geldend zijn (12) (13).

---

(12) Het Hof was derhalve niet genoodzaakt zich de vraag te stellen of, zoo mocht blijken, dat het Verdrag van Versailles Rusland niet aanging, Duitschland's verweer van waarde was. De mogelijkheid toch bestond, dat ook in genoemd geval, Duitschland verplicht bleef tegenover de geallieerden art. 380 na te leven.

(13) Zooals we hieronder uiteen zullen zetten, komt genoemde

Het Hof onderwerpt eerst de verdragen, betrekking hebbend op de kanalen van Suez en Panama, beide evenals het kanaal van Kiel kunstmatige waterwegen, twee vrije zeeën met elkaar verbindend, aan een nader onderzoek. Beide kanalen werden voor alle schepen opengesteld. Hoewel de positie van beide waterwegen niet geheel identiek is, blijkt toch, dat de verdragspartijen in beide gevallen bedoelden, dat de genoemde kanalen ook in oorlogstijd voor oorlogsschepen en andere vaartuigen, welker toelating in het algemeen in strijd zou zijn met de neutraliteitsplichten, zouden openstaan, terwijl uit de houding der mogendheden, die geen verdrags-

---

opvatting van het Hof ons onjuist voor, en beschouwen we het Verdrag van Versailles in deze voor Rusland geheel een *res inter alios acta*. Toch meenen ook wij, dat Duitschland ongelijk had, doch op andere gronden dan het Hof.

Wanneer het doorlaten van de „Wimbledon" niet in overeenstemming zou zijn geweest met de bijzondere neutraliteitsplichten, in 1907 geformuleerd, wanneer derhalve de „Wimbledon" als een oorlogsschip of een convooi te beschouwen was, zou deze handeling tegenover Rusland, buiten het Verdrag van Versailles staande, een schending van Duitschland's neutraliteit beteekend hebben. In dat geval zou o. i. het recht aan Duitschland's zijde geweest zijn, daar niet aan te nemen is, dat Duitschland door het Verdrag van Versailles gedwongen kon worden ten aanzien van een derde mogendheid een onrechtmatige daad te plegen (zie boven blz. 390).

In casu waren de omstandigheden echter anders. De „Wimbledon" was geen oorlogsschip, terwijl het schip ook niet als een convooi schijnt beschouwd te kunnen worden. Het neutraliteitsrecht van 1907, zooals dit voor Rusland geheel intact bleef gelden, verbood Duitschland niet schepen, tot welker categorie de „Wimbledon" behoorde, in het Kieler-kanaal toe te laten, zoodat Duitschland ook tegenover landen, waarvoor het Verdrag van Versailles niet gold, zijn neutraliteit niet zou schenden, wanneer het genoemde schepen in zijn wateren toeliet. Nu had Duitschland echter een neutraliteitsverordening uitgevaardigd, waarbij elke doorvoer

partijen zijn, kan blijken, dat zij dit standpunt accepteeren. Uit deze precendenten leidt het Hof af, dat art. 380 in het Verdrag van Versailles ook ten aanzien der Staten, die geen verdragspartijen waren, voor het Kieler-kanaal een bijzonder neutraliteitsrecht schiep. De genoemde precedenten geven toch, naar het Hof meent, de algemeene opvatting weer, „volgens welke, wanneer een kunstmatige „waterweg, welke twee vrije zeeën met elkaar verbindt, „op blijvende wijze bestemd is voor het gebruik der „gansche wereld, deze waterweg wordt gelijkgesteld met „natuurlijke zee-engten, in dien zin, dat de doorvaart „zelfs van een oorlogvoerend oorlogsschip de neutraliteit „van den souvereinen Staat, onder wiens rechtsgebied

---

van munitie voor de oorlogvoerende mogendheden bestemd, verboden werd. Hoewel Duitschland in beginsel vrij was genoemd vervoer toe te staan, was Duitschland, eenmaal den maatregel genomen, krachtens zijn neutraliteit verplicht den maatregel met de grootst mogelijke onpartijdigheid te handhaven. Nu was het mogelijk, doch dit is een vraag van intern recht, dat de neutraliteitsverordening niet betrekking had op het kanaal van Kiel. In dit geval bleef Duitschland geheel vrij het vervoer van munitie, mits dit niet geschiedde door middel van convooien, door het kanaal toe te laten. Doch het is ook mogelijk, dat de verordening ook het Kieler-kanaal op het oog had. In dit geval zou Duitschland tegenover Rusland verplicht zijn geweest, de „Wimbledon" de doorvaart te verbieden. Doch aan den anderen kant hadden de geallieerden het recht van Duitschland de doorvaart te vorderen. Wanneer Duitschland zich in moeilijkheden bracht, had dit land dit aan zich zelf te wijten. Duitschland toch kon zich door een eenzijdige handeling, als het uitvaardigen van een neutraliteitsverordening, niet aan zijn plichten tegenover de geallieerden onttrekken. — Op dezen grond zouden we meenen, dat de geallieerden het recht hadden van Duitschland de doorlating van de „Wimbledon" te vorderen. De uitspraak van het Hof zelve bestrijden we derhalve niet. Het is ons slechts te doen om de beginselvraag, door het Hof opgeworpen.

„zich de betreffende wateren bevinden, niet in gevaar „brengt".

Wat is van deze opvatting van het Hof te denken? Dat Duitschland tegenover Rusland zijn neutraliteit niet schond in het onderhavige geval, ook wanneer het toelaten van de „Wimbledon" in strijd zou zijn geweest met het algemeene neutraliteitsrecht, zou tweeërlei reden kunnen hebben. Het zou kunnen zijn, dat naar algemeen volkenrecht kanalen, welke twee vrije zeeën met elkaar verbinden, ten allen tijde voor alle schepen zouden openstaan, en zoodoende ook in het neutraliteitsrecht een bijzondere positie innamen. Aldus zou art. 380 slechts een algemeen erkenden regel uitdrukkelijk gereleveerd hebben. Het zou echter ook mogelijk zijn, dat krachtens een door alle Staten erkenden regel tractaten, waarbij betreffende kanalen voor de scheepvaart geheel open worden gesteld, althans tot op zekere hoogte ook voor derde Staten bindend zouden zijn.

De eerste mogelijkheid moet worden verworpen. Een kanaal is het resultaat van menschelijke inspanning. Een Staat, die een kanaal graaft of doet graven, zal er nooit in toestemmen, dat hij *ipso jure* tegenover de andere Staten verplicht zou zijn het kanaal voor de scheepvaart open te stellen, vooral daar deze openstelling geheel tegen het doel, waarmee het kanaal gegraven werd, zou kunnen indruischen. Zoo werd het Kieler-kanaal door Duitschland geheel met een strategisch oogmerk gegraven. Het land zal derhalve wel nooit gedroomd hebben, dat het eens gedwongen zou zijn, het kanaal voor alle oorlogsbodems open te stellen.

Rest dus, daar de Staten niet buiten hun wil gebonden kunnen zijn, de tweede mogelijkheid. Het Hof stelt zich op dit standpunt door te verklaren, dat slechts wanneer een kanaal op blijvende wijze *bestemd* is voor

het gebruik der gansche wereld, het met natuurlijke zeeëngten in bepaalde opzichten wordt gelijkgesteld. Het Hof moest echter het bestaan van den regel, krachtens welken bepaalde kanaalverdragen, althans tot op zekere hoogte voor derde Staten bindend zijn, aannemelijk maken. Het Verdrag van Konstantinopel van 1888, het Hay-Pauncefote-verdrag en het Verdrag van Versailles, voor zoover het op het kanaal van Kiel betrekking heeft, hoewel alle uitgaande van het beginsel van de vrije doorvaart voor alle schepen, verschillen op belangrijke punten. De kanalen van Panama en Suez worden beide tegen oorlogsdaden beschermd. Ten aanzien van het kanaal van Kiel ontbreekt zulk een bepaling. Ten opzichte van het kanaal van Suez geldt, dat het land, binnen welks territoor het kanaal gelegen is, zelfs den vijandelijke oorlogsschepen den toegang niet mag weigeren, terwijl zulk een bepaling ten aanzien van de kanalen van Panama en Kiel ontbreekt. Elk verdrag heeft dus zijn bijzondere bepalingen, en uit niets blijkt, dat door de Staten de regel geaccepteerd is, dat dergelijke verdragen integraal ook voor derde Staten bindend zouden zijn. Het Hof heeft zich dan ook niet op dit standpunt gesteld. Doch al de genoemde verdragen hebben dit gemeen, — ook wanneer zij dit niet uitdrukkelijk verklaren, blijkt dat dit de bedoeling der verdragspartijen was, — dat zij vaststellen, dat ook in oorlogstijd de betreffende kanalen voor alle schepen zullen openstaan, althans voor zoover het geen vijandelijke schepen betreft ten aanzien van het land, op welks gebied het kanaal zich bevindt. Het Hof meent nu den regel te mogen opstellen, dat de verdragen, waarbij kanalen, welke vrije zeeën met elkaar verbinden, worden opengesteld voor de scheepvaart der geheele wereld, ten aanzien van de bepaling, dat de kanalen ook in oorlogstijd voor alle schepen zullen openstaan,

ook voor derde Staten verbindend is. Het college meent dit te mogen afleiden uit het feit, dat zoowel ten aanzien van het kanaal van Suez als ten opzichte van het Panama-kanaal derde Staten nooit tegen de naleving van deze bepaling geprotesteerd hebben.

We kunnen de meening van het Hof echter niet volgen. In de eerste plaats schijnt het ons toe, dat uit het feit, dat alle Staten zich vereenigd hebben met de opvatting, dat het toelaten van schepen in de kanalen van Panama en Suez nooit een neutraliteitsschending zou kunnen beteekenen, niet zonder meer mag worden aangenomen, dat ten aanzien van elk kanaal, twee vrije zeeën verbindend, en voor de scheepvaart bij verdrag opengesteld, hetzelfde zou gelden.

In de tweede plaats meenen we, dat het geenszins zeker is, dat buiten de verdragspartijen de Staten in het toelaten van schepen in de kanalen van Suez en Panama nooit een neutraliteitsschending zouden zien. De derde Staten hebben nooit geprotesteerd tegen het toelaten van oorlogvoerende oorlogsschepen in deze kanalen, zegt het Hof. Ten aanzien van het kanaal van Suez zou zulk een protest geheel misplaatst zijn geweest, aangezien de meeste Europeesche zeevarende mogendheden tot het verdrag van Konstantinopel toetraden, en zij als verdragspartijen nooit een naleving van het verdrag als een neutraliteitsschending zouden kunnen beschouwen. Dat tegen het feit, dat Amerika als neutrale mogendheid oorlogsschepen der oorlogvoerende mogendheden tijdens den wereldoorlog door het kanaal van Panama liet, nooit geprotesteerd werd, schijnt op zich zelf niet te bewijzen, dat de Staten Amerika's handelwijze accepteerden. Het zwijgen der mogendheden zou zeer wel slechts beschouwd kunnen worden als een gevolg van het feit, dat geen enkele oorlogvoerende Staat zich het ongenoegen van

het machtige neutrale Amerika op den hals wilde halen. Ook uit een ander feit meenen wij te kunnen afleiden, dat behalve voor Amerika, Engeland en Panama het neutraliteitsrecht ten aanzien van het kanaal van Panama niet gewijzigd werd. Derde Staten zouden in zulk een wijziging ongetwijfeld alleen toestemmen, wanneer zij ook een aanspraak hadden op de vrije doorvaart hunner schepen. Zij zouden de gevolgen van deze vrije doorvaart ten aanzien van het neutraliteitsrecht niet willen accepteeren, wanneer zij in dit opzicht zelf geen recht hadden. Het is echter wel zeker, dat Amerika geenszins bedoelde, dat alle Staten uit het Hay-Pauncefote-verdrag zulk een recht zouden afleiden. Door genoemd verdrag werd een einde gemaakt aan den strijd, door Engeland en Amerika tal van jaren gevoerd om het bezit van het te graven Panama-kanaal. Amerika behaalde in dezen strijd de overwinning, doch moest aan Engeland de concessie doen, dat het kanaal voor de scheepvaart geheel zou worden opengesteld. Zoo gezien is het duidelijk, dat Amerika zich slechts tegenover Engeland verbond het Panama-kanaal open te stellen.

Dat het Hof op zulke aanvechtbare gronden aan verdragen, op bepaalde kanalen betrekking hebbend, tot op zekere hoogte ook voor derde Staten bindende kracht toekent, schijnt ons een gevolg van de tendenz, zich in den laatsten tijd openbarend, om aan verdragen ook buiten de verdragspartijen gevolgen toe te kennen, om met name verdragen in een bepaald algemeen belang der Staten gesloten ook voor derde Staten bindend te achten. Het Hof erkent, dat slechts op grond van een door alle Staten erkenden regel van zulk een gebonden zijn sprake kan zijn. In stede van echter het bestaan van zulk een norm als een uitzondering, met groote voorzichtigheid aan te nemen, schijnt het Hof er toe over te hellen,

haar bestaan te veronderstellen en al spoedig in een feit een aanwijzing te zien van de aanwezigheid van zulk een regel.

Hiermede zijn we aan het einde van ons onderzoek gekomen.

We hebben, juist omdat deze waarheid in den laatsten tijd meer of minder vergeten schijnt te worden, uitdrukkelijk willen constateeren, dat verdragen, – zoowel zij, welke slechts een concrete werking hebben als zij, welke algemeene regels bevatten —, slechts voor derde Staten bindend zijn in zooverre deze Staten zelve zulk een werking er aan toekennen.

Wil de Volkenbond en vooral een zijner belangrijkste organen, het Permanente Hof van Internationale Justitie, het vertrouwen der Staten winnen, zoo dient deze waarheid niet vergeten te worden.

Niet dat men zich geheel op het standpunt dient te stellen: *„pas de code, pas de cour"*. Het is mogelijk en zelfs wenschelijk, dat de Staten bij ontbreken van overeenstemming aan het Hof opdragen zelfstandig het recht te zoeken en dit lichaam aldus ook een wetgevende taak toekennen. De laatste alinea van art. 38 van het Statuut van het Hof schijnt aan partijen de bevoegdheid te verleenen aan het Hof in een bepaald geschil een dergelijke taak op te dragen. Aldus zou ook het Hof geroepen kunnen worden zelfstandig vast te stellen, wanneer verdragen voor derde Staten bindend zijn. Aldus opgestelde regels zouden echter, gezien de opdracht aan het Hof verleend, ook als door alle Staten geaccepteerde normen te beschouwen zijn. Ontbreekt echter zulk een machtiging, zoo zal het Hof slechts aan de hand van door alle Staten erkende regels vast kunnen stellen wat recht is.

Verdragen zijn slechts voor derde Staten bindend, voorzoover de betreffende Staten zelve deze kracht er aan toekennen, ziehier een der grondwaarheden van het volkenrecht, voor alle Staten van het hoogste gewicht, doch waarop vooral door de kleinere Staten als een der kostbaarste gevolgen van hun onafhankelijkheid niet genoeg de nadruk gelegd kan worden.

Parijs, Maart 1924

De verhouding tusschen Engeland en de Britsche Dominions

DOOR

DR. J. B. BREUKELMAN

ADAM SMITH heeft in zijn standaardwerk de meening verdedigd, dat het raadzaam is de koloniën op te voeden tot zelfstandige staten, en al wordt deze passage meestal aangehaald naar aanleiding van en toegepast op de Noord-Amerikaansche koloniën, die toen (1776) juist voor hunne onafhankelijkheid streden, toch blijft de opmerking in het algemeen juist (1). Zeide GIJSBERT KAREL VAN HOGENDORP niet hetzelfde: „Met alzo „koloniën te stichten en het oogmerk om een aanstaande on„afhankelijkheid derzelve openlijk te belijden vordert de staat „derhalve in alle opzigten op den weg van welvaart en grondt „onophoudelijk zijn bijzonder geluk op algemeen menschelijk „geluk". (2)

De bekende secretaris van staat, ROGERS, in het kabinet-Gladstone (1868—1874) verklaarde ook altijd geloofd te hebben, dat de bestemming der koloniën was zelfstandigheid en de groote historicus FROUDE dacht er niet anders over.

Intusschen bedenke men, dat niet alle koloniën of wat men daaronder verstaat, op dezelfde wijze kunnen geregeerd worden. De oudere schrijvers verdeelden de koloniën economisch in verschillende soorten. Zoo onderscheidt Prof. VISSERING: volksplantingen, landbouwkoloniën, plantagekoloniën, nederzettingen tot mijnontginning, handelsvestigingen, versterkte posten en strafinrichtingen (3).

DE LOUTER verdeelt de koloniën in landbouwkoloniën, plantagekoloniën, handelskoloniën, visscherijkoloniën, deportatiekoloniën en militaire koloniën (4).

Een andere verdeeling der koloniën uit staatsrechtelijk oogpunt is die in autonome en niet-autonome; de laatste noemt men dikwijls kroonkoloniën, waarvan bijv. Britsch-

---

(1) *An inquiry into the nature and causes of the Wealth of nations*, Book IV chapt. VII § 3.

(2) Verhandeling over den Oost-Indischen handel, II, bl. 121—124.

(3) Handboek der Praktische Staathuishoudkunde, I, bl. 115.

(4) Handboek voor het staats- en administratief recht van Nederlandsch-Indië, 6e uitgave, bl. 13 vlg.

Indië lang een type geweest is. Men kan wel zeggen, dat de ontwikkeling der koloniën aangeeft tot welke der beide laatste categorieën ze moeten geacht worden te behooren. Het kan toch voorkomen, dat èn landbouw- èn handelskoloniën, zelfs deportatie- en militaire koloniën een dergelijken graad van ontwikkeling bereiken, dat ze langzamerhand een eigen eenheid gaan vormen en de banden met het moederland nu wel niet verbroken, doch veel losser worden, dan ze aanvankelijk geweest zijn. In dit geval nu spreekt men van autonome koloniën, waartoe o. a. Canada, Nieuw-Zeeland, Australië en Zuid-Afrika behooren.

Bepalen we ons in dit opstel verder in 't bijzonder tot deze koloniën.

Wanneer men Canada (waarover beneden) uitzondert, bleven de Britsche koloniën in het algemeen onder directe heerschappij van het moederland tot omstreeks 1840. Vanaf dit jaar dagteekenen de eerste emancipatiepogingen, die hun hoogtepunt vonden in de belangrijke wet van 1866, waarbij aan de Britsche koloniën het recht wordt gegeven een eigen constitutie te ontwerpen. In dat jaar heeft het woord *Dominion* een bijzondere beteekenis gekregen. Bepaald werd toen dat de twee provinciën van Canada, benevens Nieuw-Schotland en Nieuw-Brunswijk voortaan één *Dominion* zullen vormen onder den naam *Dominion of Canada*. Uit de toen gevoerde gedachtenwisseling blijkt, dat de term *Dominion*, tot dusver een gewoon woord om bezitting aan te duiden, in den sinds gebezigden vorm het resultaat is van een compromis tusschen twee richtingen, waarvan de eene, voorgestaan door Canadeesche gedelegeerden, de uitdrukking *Kingdom* wenschte gebruikt te zien, terwijl de andere, voorgedragen door Engelsche juristen van het Departement van Koloniën, de voorkeur gaf aan het woord *Colonies* (5).

Sinds is men nu aan den naam *Dominion* de beteekenis gaan hechten van alles wat met lokale zelfstandigheid en vrijheid samenhangt. En toen in 1907 de zoogenaamde koloniale conferentie den naam van *imperial conference* aannam, begon men langzamerhand onder *Dominions* te begrijpen politieke organisaties in de andere werelddeelen, welke op deze conferenties vertegenwoordigd waren.

Van 1867 dagteekent dan de geleidelijke invoering van het stelsel van autonomie en self-government. In dit stelsel wordt meestal de wetgevende macht in zuiver koloniale zaken uitgeoefend òf door een wetgevenden raad, door de Kroon benoemd, òf door een vergadering, geheel of ten deele in de kolonie gekozen, òf door een daadwerkelijk

(5) Zie hierover uitvoeriger: Duncan Hall, The British Commonwealth of nations.

parlement, bestaande uit twee Huizen, waarvan òf beide òf één van wetgevenden aard zijn. Overal oefent een gouverneur, gouverneur-generaal of commissaris, door de Kroon benoemd, door haar gedelegeerde uitvoerende macht uit, terwijl een Secretaris van Staat te Londen voor het koloniaal beheer verantwoordelijk is.

Een enkel woord over de belangrijkste autonome koloniën: Canada, Australië en Zuid-Afrika.

In Canada is de eerste akte van belang die van 1774, akte van Quebec genoemd, waarbij aan de inwoners vrijheid van godsdienst werd toegekend en een wetgevend lichaam in 't leven geroepen van 23 leden, door de Kroon benoemd. Bij de constitutie van 1791 werd een vertegenwoordiging ingesteld, bestaande uit een *Legislative council* en een *House of assembly* voor de twee provinciën Boven- en Beneden-Canada, waarin Pitt de kolonie verdeelde.

Na den opstand van 1837 werd de constitutie geschorst en kwam drie jaren later de grondwet van 1840 tot stand met een *Legislative Council* en een *Legislative Chamber*, die ten deele uit ambtenaren werden samengesteld, waarin in 1854 weer een verandering kwam, doordat de Chamber electief gemaakt werd, zoodat deze bestaan zou uit 48 gekozen en 22 benoemde leden.

Maar de groote verandering kwam eerst in 1867. De vijf provinciën Manitoba, Britsch Columbia (in 1871 erbijgevoegd), Prins Edwardseiland, Alberta en Saskatchewan werden bij de oorspronkelijke (Ontario, Quebec, Nieuw-Schotland en Nieuw-Brunswijk) gevoegd, waarnaast nog territoriën bestonden, geregeerd door een Commissaris benoemd door een Canadeeschen minister. In die provinciën zijn twee kamers met 't wetgevend gezag bekleed: *legislative council* en *legislative chamber*. Tezamen vormen zij het *Dominion of Canada*, dat ook een parlement heeft met een verantwoordelijk ministerie. De gouverneur-generaal, door den Koning van Engeland aangewezen, vertegenwoordigt de Britsche oppermacht (6).

De Australische staten vormen ook sinds 1900 een Commonwealth, behalve Nieuw-Zeeland, dat op zichzelf staat. Op het oogenblik behooren tot den in 1900 door het Engelsche parlement gevormden federatieven staat met een dergelijke constitutie als Canada heeft, Zuid-Australië, West-Australië, Tasmanië, Victoria, Nieuw-Zuid-Wales en Queensland.

Ten slotte Zuid-Afrika. Men weet, dat sinds het begin der 19e eeuw de Kaapkolonie, vroeger Hollandsch bezit, aan Engeland is gekomen en dat in 1852—1854 de Transvaalsche Repu-

---

(6) Vgl. Dareste, Les constitutions modernes, II, bl. 827. Newfoundland en Labrador behooren niet tot het *Dominion*.

bliek en de Oranje-Vrijstaat als Hollandsche republieken ten noorden daarvan zijn ontstaan. Toen Mashona- en Matabelenlnad door Engeland waren veroverd en bij zijn koloniaal gebied gevoegd — men brenge zich den naam van CECIL RHODES te binnen — en op het terrein van genoemde republieken ook goud en diamanten gevonden werden, ontstond er een zekere drang om ook deze terreinen bij het Britsch bezit te voegen. DISRAELI's poging in 1877 om de Transvaal te veroveren, aanvankelijk gelukt, werd na den heldhaftigen opstand van 1880, in 1881 door GLADSTONE ongedaan gemaakt en in 1884 herkreeg de Transvaal haar zelfstandigheid met deze luttele beperking, dat de met andere staten dan de Vrijstaat en inlandsche stammen gesloten verdragen, door Engeland moesten worden goedgekeurd.

Men zal zich herinneren, dat tegen het einde der negentiger jaren het imperalistisch kabinet van lord SALISBURY zijn slag in Zuid-Afrika heeft geslagen. Het verdrag van Vereeniging (31 Mei 1902), waarbij het overschot van het Transvaalsche leger met BOTHA, DE WET en DE LA REY zich aan de Engelschen onder ROBERTS overgaf, stelde zelfbestuur in het vooruitzicht en het liberale kabinet-Campbell-Bannermann voldeed daaraan zoo loyaal mogelijk. Zoo kon de akte van 21 Augustus 1909, door koning EDUARD VII op 24 September d.a.v. bekrachtigd, de Zuid-Afrikaansche Unie in het leven roepen. Ook het statuut der *Dominions* is toegekend aan Ierland bij schikking van 6 December 1921 en bij de constitutie van den Ierschen vrijstaat, waarbij de bepalingen van het statuut nader worden geregeld. Volgens art. 1 der Iersche constitutie van 1922 is de Iersche Vrijstaat een der leden van de gemeenschap van naties die de „*Society* of *British nations*" vormen.

Toen nu de Britsche koloniën een zekere autonomie hadden verkregen, begonnen ze een economische staatkunde in te leiden, die *Downing street* de haren te berge deed rijzen. Immers, op een enkele uitzondering na, had hun economische politiek een beslist beschermend karakter.

Deze autonomie had nog een ander gevolg: n.l. de aaneensluiting der koloniën. Immers, in de tachtiger jaren ontstaat tusschen de verschillende Britsche koloniën een nauwere aaneensluiting, die door sommige schrijvers *Imperial federation* genoemd wordt. Aanleiding daartoe was de groote ontwikkeling van enkele koloniën, vooral van Canada en van de Australische gebieden. Te Londen zag men deze interkoloniale toenadering, deels met instemming, deels met beduchtheid; met instemming inzoover krachtige koloniën voor het Rijk van groote beteekenis konden worden; van beduchtheid, omdat daardoor de mogelijkheid van afscheiding van het moederland weder grooter zou worden, dan zij reeds was. Vandaar

dat het kabinet-Gladstone de beweging trachtte te leiden en in 1884 de *Imperial federation Ligue* tot stand kwam.

De Londensche Kamer van Koophandel bemoeide zich met de quaestie en schreef in 1886 een prijsvraag uit over dit onderwerp, nadat op een algemeen congres der Kamers van Koophandel over een en ander nader van gedachten was gewisseld.

Zoo kwam in 1887, bij gelegenheid van het vijftigjarig jubileum van koningin VICTORIA, de Eerste koloniale conferentie, uit afgevaardigden der koloniën bestaande, tot stand, ten einde advies uit te brengen over de beste wijze om het Rijk in tijden van nood te dienen en om te onderzoeken hoe de betrekkingen tusschen moederland en koloniën, door het in het leven roepen van een uniform post- en telegraafverkeer, zouden kunnen worden bevorderd. Reeds op deze conferentie vielen de vertegenwoordigers van Queensland en de Kaap de vrijhandelspolitiek aan en andere koloniën gaven hun instemming daarmede te kennen, maar in Engeland wilde zelfs het conservatief-unionistisch kabinet-Salisbury-Chamberlain zoover nog niet gaan, zoodat men wel kan zeggen, dat de eerste conferentie, althans wat dit punt betreft, onverrichterzake afliep.

In 1891 werd de vraag over de verhouding tusschen Engeland en zijn koloniën een brandende quaestie. In Canada had zich namelijk een partij gevormd, die op den grondslag van de sinds 1 October 1890 in de Unie geldende Mac Kinley-Act een tolunie met de Vereenigde Staten van Amerika in haar vaandel had geschreven, hetgeen ook uit een politiek oogpunt voor Engeland bedenkelijke gevolgen had kunnen hebben. Tegelijk nam de sinds eenigen tijd aan den gang zijnde beweging voor bescherming in Australië toe; beschermend recht naar buiten, vrij verkeer naar binnen was daar het parool. Het was dan ook niet te verwonderen, dat op de vergadering der Kamers van Koophandel in 1892 opnieuw de verhouding tusschen Engeland en zijn koloniën ter sprake kwam. Reeds toen werd de vraag in het Lagerhuis behandeld, welke ook in de *Imperial Federation Ligue* was aangeroerd, of het niet zaak was de tractaten door Engeland gesloten met België en het Zollverein op te zeggen, omdat Engeland zich daarbij verplicht had gelijke behandeling voor zijn koloniën toe te kennen. Een plan, hetwelk eerst in den tegenwoordigen tijd verwezenlijkt zou worden, namelijk de invoering van een soort van rijksraad, bestaande uit vertegenwoordigers van Engeland en zijn koloniën, welke zich bij alle vragen van buitenlandsch beleid zou doen kennen, werd toen reeds geopperd.

Aanvankelijk bleef de geheele quaestie rusten, omdat het in 1892 opgetreden Ministerie-Gladstone haar geen aandacht schonk, maar alle opmerkzaamheid wijdde aan de Iersche quaestie. Men oordeelde toenmaals algemeen, dat door een tol-

unie tusschen Engeland en zijn koloniën met een differentieel tarief een aantal onontbeerlijke grondstoffen der Engelsche industrie, zooals katoen en wol, evenals levensmiddelen duurder zouden worden en tevens de afzet van Britsche producten in het buitenland in gevaar zou worden gebracht. Ofschoon men op de tweede conferentie te Ottawa geen stap verder kwam, ontstond toch spoedig een groote verandering. Immers, na het kortstondig Ministerie van graaf ROSEBERY werd het Lagerhuis ontbonden en trad graaf SALISBURY weder op aan het hoofd van een conservatief-unionistische combinatie, die een meerderheid had van honderdvijftig stemmen. De Minister van Koloniën, de bekende JOSEPH CHAMBERLAIN, die in 1886 met den graaf VAN DEVONSHIRE en volgelingen, uit het liberale kabinet-Gladstone was getreden, omdat zij tegen *home rule* gekant waren, scheen niet ongenegen het denkbeeld van een tol-unie tusschen Engeland en zijn koloniën te overwegen, zoo noodig te verwezenlijken.

Zijn houding had ook invloed op de derde koloniale conferentie — sinds spreekt men steeds van *imperial conferences* — die in 1897 te Londen plaats had, waar werd bepaald, dat de koloniën gemachtigd werden ten opzichte van het moederland preferentie-tarieven in het leven te roepen. De aanleiding tot dezen maatregel, die volgens het zeggen van den premier geen inbreuk maakte op de tot dusver gevolgde vrijhandelspolitiek, was dat in Canada een wet was aangenomen, die bepaalde, dat een gradueele verlaging van rechten zou intreden voor artikelen, ingevoerd door landen, welke Canadeesche producten van invoerrechten vrijstelden. Het Ministerie-Salisbury achtte het onpolitiek om deze gunst af te wijzen, maar het moest er een offer voor brengen. Immers, in de handelstractaten, welke Engeland gesloten had met België (1861) en met het Zollverein (1865) was, zooals boven is opgemerkt, niet alleen meestbegunstiging toegestaan in de Britsche koloniën, maar ook gelijke behandeling aldaar als in Engeland zelve. Wilde Engeland nu profiteeren van de Canadeesche wet, dan was zulks niet meer mogelijk; vandaar dat beide verdragen moesten worden opgezegd, wat dan ook geschiedde (7).

De vierde der *Imperial Conferences*, die sinds te Londen zijn gehouden, had plaats in 1902 en daar hield men zich voor het eerst met defensiezaken bezig.

Vóórdat de vijfde conferentie bijeen moest komen had in het moederland een groote politieke verandering plaatsgegrepen. Reeds in 1903 had genoemde CHAMBERLAIN in een geruchtmakende rede de quaestie der preferentierechten op

(7) In 1898 is tusschen Engeland en het Zollverein een nieuw meestbegunstigingsverdrag gesloten waarbij de koloniën zijn uitgezonderd.

den voorgrond gesteld (8), wellicht hopende op een ommekeer in de algemeene denkbeelden, doch deze ommekeer was uitgebleven; bij de verkiezingen in 1905 behaalden de liberalen de meerderheid; een kabinet-CAMPBELL-BANNERMANN met ASQUITH en GREY kwam aan het bewind, waardoor tevens was uitgemaakt, dat Engeland trouw bleef aan de vrijhandelsbeginselen. Vandaar dan ook dat de conferentie van 1907 weinig uitrichtte; alleen valt daaromtrent op te merken, dat daar voor de eerste maal de Zuid-Afrikaansche kolonie als Britsch autonoom gebied vertegenwoordigd is; overigens werden de aangenomen beginselen nader uitgewerkt.

De conferentie van 1911 is belangrijk uit twee oogpunten; vooreerst omdat toen een voorstel van sir JOSEPH WARD uit Nieuw-Zeeland, om een soort van super-parlement, uit twee Kamers bestaande, hetwelk in hoogste instantie over de rijksbelangen zou beslissen, verworpen werd, en in de tweede plaats, omdat de meeste koloniën deelneming eischten aan de diplomatieke beslissingen door Engeland's regeering genomen.

Toen de wereldoorlog uitbrak rees in Groot-Britannië de vraag of de koloniën daaraan zouden deelnemen en deze vraag werd toestemmend beantwoord; de autonome koloniën bleken een steun voor het moederland: òf door zelve den vijand in zijn koloniën te bestoken, zooals in Zuid-Afrika, òf door het zenden van hulptroepen naar het continent. En geen wonder dan ook, dat in 1916 het gereconstrueerd, uit *alle* partijen bestaand verzoeningskabinet, onder LLOYD GEORGE, de Eerste Ministers der koloniën uitnoodigde om deel te nemen aan de zittingen van het Engelsche kabinet ten einde gezamenlijk te beraadslagen over de militaire operaties en de voorwaarden waaronder het mogelijk zou zijn den oorlog te beeindigen.

Dit aanbod werd aangenomen en zoo vergadert het oorlogskabinet in 1917 met de vertegenwoordigers der koloniën. Twee belangrijke besluiten zijn toen genomen. Vooreerst dat de Eerste Ministers der verschillende koloniën het recht hebben om direct overleg te plegen met den Engelschen Eersten Minister en wel zonder voeling te houden met het Departement van Koloniën. En in de tweede plaats werd overeengekomen dat de autonome regeeringen en Britsch-Indië het recht zullen hebben om een gedelegeerde aan te wijzen die hen zal vertegenwoordigen in het Britsch oorlogskabinet, hetwelk met regelmatige tusschenpoozen zitting zal houden. Dergelijke bijeenkomst is voor het laatst in November 1918 gehouden.

Het was dus, zooals blijkt, gewoonte geworden om de koloniën over alle belangrijke vragen te raadplegen. Nadat het tractaat van Versailles en de daarmede correspondeerende

(8) Hij was in het begin van 1903 uit het kabinet getreden om des te vrijer zijn denkbeelden van protectionistische strekking te kunnen ontwikkelen.

verdragen van Saint-Germain, Trianon en Neuilly waren totstandgekomen, werden de koloniën over alle belangrijke zaken gehoord; zoo bijvoorbeeld in 1921 over de ontwapening van Duitschland, de Conferentie van Washington, de verdeeling van Opper-Silezië, de opzegging der alliantie met Japan.

In verband met het bovenstaande staat nu de bevoegdheid der koloniën om verdragen met vreemde mogendheden te sluiten.

Dit recht heeft zich geleidelijk ontwikkeld. Reeds in 1894 kende de Britsche regeering aan de Dominions het recht toe, om hunne belangen in bijzondere gevallen te doen regelen door het benoemen van gedelegeerden en om de Britsche vertegenwoordigers bij onderhandeling met andere staten bij te staan. Zoo is bijv. de overeenkomst van 7/28 Mei 1906 tusschen ons land en Canada over postwissels geteekend door den Canadeeschen Postmaster-general en onzen directeur-generaal van posterijen en telegrafie; zoo is de overeenkomst over radiotelegrafie van 5 Juli 1912 de eerste, welke, in naam van den Engelschen koning, geteekend is èn door gedelegeerden van het Rijk èn door gedelegeerden der Dominions (9).

En te Versailles zijn deze afzonderlijk vertegenwoordigd en teekenen zij het daar gesloten verdrag van 28 Juni 1919 naast de afgezanten van het moederland. De Engelsche koloniën behooren dan ook tot de afzonderlijke leden van den Volkenbond en uit de onderhandelingen is gebleken, en wel in het bijzonder bij de besprekingen over de zoogenaamde mandaten, dat de autonome koloniën een belangrijke rol gespeeld hebben en bijvoorbeeld in hooge mate rekening is gehouden met de denkbeelden van generaal Smuts.

Daarna gaat de emancipatie hoe langer hoe verder. Op 10 Mei 1920 verleende het *Foreign office* te Londen aan het Dominion of Canada het recht om, zonder het beginsel der diplomatieke eenheid te schenden, aan den Britschen ambassadeur te Washington een gevolmachtigd minister uit Canada toe te voegen, in het bijzonder belast met de behandeling der Amerikaansch-Canadeesche betrekkingen, welke gevolmachtigde bij afwezigheid van den Britschen gezant dezen zou kunnen vervangen. Zoo teekende op 28 Februari 1923 de Canadeesche minister voor de visscherijen, daartoe door het *Foreign office* gemachtigd, geheel alleen het verdrag betreffende het verbod van haringvangst op de Noord-Amerikaansche kusten.

Deze positie der koloniën heeft haar bekrachtiging gevonden op de laatste *Colonial conference* in het najaar van 1923 te Londen gehouden, waarin een resolutie werd aangenomen, in hoofdzaak behelzende „dat elke regeering van het Britsche

(9) Zie Lagemans *Recueil de traités* etc. nos. 971 en 1068. De conventie van 1912 vindt men ook in *Stbl.* no. 132 van 1913.

Rijk het recht heeft om een tractaat te sluiten, met inachtneming van de belangen des Rijks, en dat elke andere regeering van het Britsche Rijk aan de onderhandelingen kan deelnemen, wanneer haar belangen daarbij betrokken zijn. Interesseert een gesloten tractaat slechts een der regeeringen dan zullen alleen haar vertegenwoordigers het verdrag teekenen". Verder voorziet de resolutie in 't geval eener internationale conferentie; alsdan zal de akte geteekend worden door elk der Britsche koloniale regeeringen met voldoende volmacht voorzien.

Daaruit volgt dat de verschillende ministers van Buitenlandsche Zaken steeds mededeelingen zullen doen aan de koloniale ministers van hetgeen op hun gebied voor belangrijks is geschied. Zoo zijn deze op de hoogte gebracht omtrent de toestand in Mesopotamië en wat over Mosoel is overeengekomen. Beweerd werd zelfs dat de koloniale regeeringen een druk op het *Foreign office* kunnen oefenen; een der redenen, waarom LLOYD GEORGE's oorlogszuchtige verklaringen in het Lagerhuis over Tchanak in 1922 onuitgevoerd zijn gebleven, zou namelijk gelegen zijn in de omstandigheid, dat Australië en Canada uitdrukkelijk verklaard hebben geen oorlog te willen.

Op één punt bestaat er nog groot verschil van meening tusschen Engeland en de *Dominions*, en dat wel op het stuk der defensie. Want wel hebben de koloniën Engeland in den wereldoorlog geholpen, maar na de totstandkoming des vredes hebben alle pogingen van Britsche zijde beproefd, om de *Dominions* te bewegen hunne strijdkrachten te organiseeren, gefaald. Zoowel de plannen, die reeds in 1917 zijn ontworpen, als het voorstel van admiraal JELLICOE zijn op den tegenstand der Dominions afgestuit.

Wat de poging in 1917 betreft, zij opgemerkt, dat reeds in dat jaar de toenmaals zetelende conferentie de Admiraliteit had uitgenoodigd om tegen het einde der vijandelijkheden een algemeen defensieplan voor te bereiden; dat tengevolge daarvan in 1918 besprekingen plaats hadden tusschen deskundigen der Admiraliteit en gedelegeerden der koloniën. Op 17 Mei 1918 stelde de Admiraliteit voor om een marine in het leven te roepen onder één directie, maar de koloniën weigerden; hetzelfde lot trof het plan van genoemden admiraal, die als basis aannam de cijfers der bevolking. Hij stelde voor, dat het Vereenigd Koninkrijk zou deelnemen voor 74, Australië voor 7, Nieuw-Zeeland voor 2, Canada voor 12 en Zuid-Afrika voor 3 percent van de marine-uitgaven. Uit de koloniale gedeelten zou een vloot worden in het leven geroepen voor 't verre oosten, met het centrum Singapore; deze vloot zou bestaan uit 8 dreadnoughs, 8 gevechtskruisers, 10 lichte kruisers, 3 flottillevaartuigen, 36 onderzeeërs, 10 torpedojagers en 4 vlieg-

tuigen. Over de eenheid van commando zou eerst in tijd van oorlog beslist worden (10).

Doch ook tegen dit plan was groote oppositie en het einde was, dat de koloniale regeeringen onbeteekenende credieten voteerden.

Sinds is er niets geschied; wel trachtte de conferentie van 1921 den ijver opnieuw op te wekken en kwam het denkbeeld ter sprake om een belasting te heffen gegrond op de respectieve bevolkingen der Britsche naties, doch het mocht niet baten.

Toch is er in den laatsten tijd bij de Engelsche koloniën een neiging om aan deze zaak meer aandacht te wijden, vooral in verband met den toestand in het Verre Oosten. Al moge dit in de eerste plaats voor Australië gelden, ook in Canada begrijpt men den ernst van den toestand. Trouwens, het tegen het einde van 1924 te Londen opgetreden conservatieve kabinet-Baldwin zal wel alles doen om de koloniën tot andere gedachten te brengen. Waarschijnlijk ten genoegen van Australië, misschien ook van Canada, heeft het verklaard de door Mac Donald opgegeven Singapore-vloot-basis opnieuw te zullen versterken, waardoor natuurlijk een onaangename indruk te Tokio kan worden gemaakt, die, het moet erkend, het *Foreign Office* zooveel mogelijk heeft getracht weg te redeneeren. In het voorbijgaan zij opgemerkt dat de tegenstand tegen het befaamde protocol van Genève in de Dominions voornamelijk verband houdt met de omstandigheid, dat Engeland bij de behandeling dezer zaak te Genève tegen de bedoeling der Dominions toegegeven heeft aan den eisch van Japan, waarbij trouwens komt dat de Dominions van oordeel zijn dat Engeland zich moet losmaken van alles wat het aan het Westen kan binden, vooral van elke militaire alliantie, ten einde op een gegeven oogenblik zijn volle weermacht op zee te kunnen brengen, waar de veiligheid van Indië kan gevaar loopen (11).

Voorloopig ligt dus het groote succes der jongste phase van de koloniale emancipatiebeweging in het economische element.

In 1917 werd reeds een preferentieel régime voor Engeland en zijne koloniën vastgesteld; ook werden daarbij middelen in overweging gegeven om maatregelen te nemen om emigranten te bewegen zich onder een Britsch bestuur te vestigen.

---

(10) Zie de aangehaalde cijfers in het tijdschrift *Le Correspondent* van 10 December 1923 bl. 779.

(11) Toen de regeering van Mac Donald ertoe overging de vlootbasis-plannen los te laten, besloten de regeeringen van Australië en Nieuw-Zeeland haar eigen vlootmacht te vergrooten en aanzienlijk meer kosten aan de marine te besteden. Nu het ministerie-Baldwin de Singapore-basis weder opvat, zal met deze plannen wel rekening moeten worden gehouden.

Een belangrijke vraag houdt met het bovenstaande verband: welke is de volkenrechtelijke positie van het Britsche wereldrijk sinds 1919?

Een korte historische herinnering is niet overbodig.

Sinds de Unie-akte met Schotland onder koningin Anna in 1707 is het Britsche Rijk een eenheidsstaat, waartoe de koloniën behooren, welke in het tijdsverloop van 1763—1783 de grootste uitbreiding hebben gekregen. In laatstgenoemd jaar moest Engeland de Noord-Amerikaansche koloniën, behalve het zoo juist op Frankrijk veroverd Canada, vrij verklaren. Sinds de tweede helft der 19e eeuw zijn nu de meeste koloniën geëmancipeerd, maar daardoor heeft Engeland niet opgehouden een eenheidsstaat te zijn. Een enkel schrijver — Rivier (12) — meent, dat tusschen Engeland en Britsch-Indië sinds 1877 een personeele unie bestaat, omdat de *Royal Titles-Act* van dit jaar aan de Engelsche koningin de bevoegdheid heeft gegeven om bij haar titel dien van „keizerin van Indië" te voegen, doch uit de geschiedenis blijkt, dat het hier slechts om een titel te doen is, die met het wezen der Britsche wetgeving en de juridieke verhouding der koloniën tot het Rijk niets te maken heeft.

Hoe staat het nu echter met de autonome koloniën Canada, Nieuw-Zeeland, Australië en Zuid-Afrika? Uit het boven opgemerkte is reeds gebleken, dat het *self-government* der koloniën uitsluitend een gevolg is van het hun door het Rijksparlement verleend octrooi.

De koloniale parlementen hebben wetgevende bevoegdheid en de Kroon wordt vertegenwoordigd door een door haar benoemden gouverneur.

De verhouding tusschen de parlementen der Dominions en het Rijksparlement wordt uitvoerig uiteengezet door Berriedale Keith (12), die betoogt, dat het Rijksparlement *volledige* wetgevende macht heeft, terwijl de koloniale parlementen slechts een afgeleide wetgevende macht hebben, verleend door het parlement te Westminster, of, in het geval van Newfoundland, door de Kroon krachtens haar bevoegdheid om de wetgevende macht uit te oefenen waar het geldt de verzekering van orde en goed bestuur in de Dominions.

Daaruit volgt, dat de wetgeving der parlementen dezer Dominions aan zekere beperkingen onderhevig is. Vooreerst

(12) *Principes du droit des gens* (1896), Dd. I, bl. 95, waar men leest: L'empire indien forme depuis le 1er Janvier 1877 un Etat indépendant uni personnellement au royaume de la Grande Bretagne et d'Irlande; la reine de la Grande Bretagne est impératrice des Indes. Mérignhac t. a. p. II, bl. 13, bestrijdt deze opvatting.

(13) *War Government of the British Dominion*, aangehaald in Rolin's artikel: „*Le statut des Dominions*" in de *Revue de droit international et de législation comparée* van 1923, bl. 213.

houdt haar macht op bij de territoriale grenzen der Dominions, daaronder begrepen de territoriale wateren, terwijl het Engelsche parlement wetgevende macht heeft ten opzichte van de Britsche onderdanen in de geheele wereld. In de tweede plaats kan een parlement van een Dominion geen wetgevende bevoegdheid uitoefenen, die naar buiten werkt, tenzij een dergelijke bevoegdheid speciaal is toegekend aan het koloniale parlement. In de derde plaats is de wetgeving van een Dominion steeds ondergeschikt aan die van het parlement van Westminster en kan dus het koloniale parlement niet afschaffen de door het wetgevend parlement voor het Dominion gemaakte wetten, zooals reeds in 1865 — ten allen overvloede wellicht — bij de *Colonial laws validity act* bepaald is. In de vierde plaats kunnen de wetten van het Dominion afgeschaft worden door het Rijksparlement; de gouverneur kan zich ook de goedkeuring van een wetsontwerp voorbehouden, ten einde het ter fine van onderzoek, naar Londen te zenden; in dit geval vervalt 't koloniale wetsontwerp indien het niet binnen een bepaalden tijd goedgekeurd is.

Evenmin kan, in beginsel althans, de uitvoerende macht in de koloniën verdragen sluiten of een vreemden vertegenwoordiger ontvangen.

Ook andere schrijvers behandelen de hier bedoelde quaesties. MÉRIGNHAC bijvoorbeeld maakt onderscheid tusschen *staten* en *internationale personen,* waaronder hij dan verstaat: organen, welke internationale zelfstandigheid genieten, maar niet souverein zijn. Als zoodanig noemt hij de afzonderlijke leden der Zwitsersche, Duitsche en Amerikaansche statenbonden, vóór deze bondsstaten waren geworden, evenals de koloniën en protectoraatstaten als Tunis, Egypte (toenmaals althans), Anam en Cambodja (14). Men zou denken, dat MÉRIGNHAC deze laatste groep niet tot de *staten* rekent, maar hij schijnt toch te twijfelen, immers men leest op blz. 217: „A tous (namelijk aan de bovengenoemde internationale personen) il est logique d'accorder le titre *d'Etat* si l'on se contente de leur prétendue souveraineté où de le denier à tous si cette souveraineté paraît insuffisante. En réalité les auteurs qui refusent par exemple le titre d'Etat aux membres des collectivités fédérales et l'accordent aux pays protégés, se laissent tromper par le même mirage, que les juristes allemands attribuant à ces mêmes collectivités le rang d'Etat par eux déniés aux colonies autonomes". MÉRIGNHAC beschouwt ze wel als *staten,* maar de koloniën missen toch, zooals hij 't noemt: *l'élément indispensable pour constituer un Etat: la souveraineté.* Juridisch zijn ze dan geen staten, ofschoon ze dikwijls een

(14) *Traité de droit public international,* I, bl. 217; II, bl. 157, juncto I, bl. 187, 325 vg.

grootere rol spelen dan de staten. Per slot, zoo voegt hij erbij, blijft men sommigen dezer internationale personen *staat* noemen, omdat zij dit vroeger geweest zijn, terwijl men aan de koloniën die *vroeger niet, thans wèl* autonoom zijn en dikwijls veel onafhankelijker dan deze, dien naam niet geeft.

Ook RIVIER (15), NIJS (16) en DE LOUTER (17) maken, al zeggen ze 't niet uitdrukkelijk, dit onderscheid; inzoover ze in de genoemde Britsche koloniën wel staten zien, maar geen *souvereine* staten, die als koloniën tot het Britsche koninkrijk blijven behooren. OPPENHEIM (18) heeft een middenopinie: volgens dezen kenner van het volkenrecht zijn deze koloniën geen staten; hij weigert zelfs dezen de hoedanigheid van internationale persoon, ofschoon hij hen wel de bevoegdheid toekent om over verdragen te onderhandelen, want, zoo merkt hij op, doen zij dat, dan worden ze geacht te handelen met goedvinden en met machtiging der moederlandsche autoriteiten.

Het komt mij voor, dat de verschillende tegenstrijdige meeningen zijn te overbruggen door de aandacht te vestigen op de internationale erkenning der staten, aangenomen natuurlijk, dat deze voor het volkenrechtelijk bestaan van staten noodzakelijk is. Men weet, dat vrij algemeen de schrijvers van oordeel zijn, dat eerst door de erkenning door andere staten een staat subject van volkenrecht wordt.

Zeer juist zegt RIVIER: „La reconnaissance implique un engagement formel de respecter dans la personne nouvelle du droit des gens les droits et les attributions de la souveraineté, les droits et les attributions lui appartiennent indépendamment de toute reconnaissance, mais ce n'est qu'après avoir été reconnue qu'elle en aura l'exercice assuré. Des relations politiques régulières n'existent qu'entre états, qui se reconnaissent réciproquement" (19). BONFILS—FAUCHILLE drukt het eigenaardig uit door een onderscheid te maken tusschen *jouissance* en *exercice de la souveraineté*. De *jouissance* behoort van zijn geboorte af aan den staat, terwijl de *exercice — mise en action* — slechts mogelijk is, wanneer de staat door andere staten is erkend (20). Welnu, in dien gedachtengang ligt 't voor de hand, dat Canada, Australië, Nieuw-Zeeland en Zuid-Afrika wel als internationale personen kunnen be-

---

(15) T. a. p. I, bl. 95.

(16) *Le droit international*, I, bl. 375.

(17) *Het positief volkenrecht*, I, bl. 215. Prof. DE LOUTER spreekt hier van *koloniale staten*.

(18) International Law, I, § 94 (ed. VAN ROXBURGH).

(19) *Droit des gens*, I, bl. 57.

(20) BONFILS FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, I, bl. 306 (laatste editie, van 1922).

schouwd worden, maar geen staten zijn, omdat hier, wat ROLIN noemt, een *pouvoir originaire* ontbreekt (21).

Uit de praktijk vóór den oorlog blijkt, dat wel de Dominions bij onderhandelingen met vreemde staten vertegenwoordigd waren, maar dat Engeland het te sluiten verdrag teekende, ook voor de koloniën. Als voorbeeld zij gewezen op het algemeen postverdrag en de daarmede verband houdende overeenkomsten van 1897 (22), welk verdrag geteekend wordt door Engelsche gedelegeerden: *Pour la Grande Bretagne et diverses colonies britanniques*" en dan nog afzonderlijk door gedelegeerden voor *l'Inde britannique; pour les colonies britanniques de l'Australasie; pour le Canada* en *pour les colonies britanniques de l'Afrique du Sud.* Bij de onderteekening van het verdrag van 9 September 1886 over de bescherming van den litterairen en artistieken eigendom (evenals trouwens bij dit van 13 November 1908) (23) is door Engeland verklaard, dat de onderteekening van Engeland impliceert die der Britsche koloniën en het zich de bevoegdheid voorbehoudt om het voor een of meer der koloniën op te zeggen.

Opgemerkt dient ook te worden, dat de vragen van buitenlandsche politiek, die zich tusschen 1900 en 1914 hebben voorgedaan, buiten de koloniën om, zijn behandeld. Over de twee vredesconferenties van 1899 en 1907 en over de zeeoorlogsconferentie van 1908—1909 zijn de koloniën niet geraadpleegd en toen de bovengenoemde *imperial conference* van 1911 hierop de aandacht vestigde, verklaarde ASQUITH, Engeland's Eerste Minister, de Dominions bij een volgende gelegenheid te zullen hooren. Doch bij de beraadslagingen te Londen in de jaren 1912 en 1913 gehouden met het doel om den uitgebroken Balkankrijg te localiseeren en zoo mogelijk te doen beëindigen, waren de koloniale afgevaardigden evenmin tegenwoordig. Zoo zagen deze zich in 1914 plotseling in den oorlog gewikkeld, zonder te hebben kunnen pogen dezen te voorkomen; geen wonder, dat sommige schrijvers de Engelsche regeering daarvan een verwijt hebben gemaakt (24).

Een aantal schrijvers is nu echter van meening, dat het statuut der Britsche Dominions een ingrijpende verandering heeft ondergaan tegen het einde van den wereldoorlog en daarbij wordt vooral gedacht aan de rol, door deze Dominions gespeeld bij de totstandkoming van het verdrag van Versailles

---

(21) T. a. p. bl. 213.

(22) LAGEMANS *Recueil des traités et conventions* etc., dl. XIII, no. 861. Zie *Stct.* 1898 no. 102.

(23) Waartoe ons land is toegetreden. Zie LAGEMANS no. 1020 (Dl. XVII).

(24) Vgl. het bij ROLIN t. a. p. bl. 210 aangehaald werk van „*Egerton British Colonial policy in the XXth century*", vooral deel IV.

van 28 Juni 1919 en aan de plaats, die hun is toebedeeld in den Volkenbond.

Het is bekend, dat Engeland op 4 Augustus 1914 den oorlog aan Duitschland verklaard heeft, dat ook de koloniën het daarin gevolgd zijn en dat het moederland gedurende dien vierjarigen oorlog niet alleen de autonomie van de Dominions heeft geëerbiedigd, wat niets bijzonders is, maar ook telkens bij belangrijke aangelegenheden de koloniën heeft geraadpleegd. Boven is er reeds op gewezen, dat in 1917 en 1918 zittingen van het *Imperial War Cabinet* werden gehouden, samengesteld uit gedelegeerden van Engeland en zijn koloniën. Kan men nu daaruit en uit hetgeen vroeger gebeurd is concludeeren dat de koloniën van onderworpen gebieden *staten* zijn geworden?

Het blijkt, dunkt me, niet, uit het verdrag van Versailles; immers, wat de préambule aangaat, vindt men onder de opsomming der staten, die het verdrag hebben geteekend, de *Dominions* niet speciaal genoemd. Daarna leest men dat de Koning van het „*Royaume Uni de Grande Bretagne et d'Irlande et des territoires britanniques au delà des mers*" vertegenwoordigd wordt door een eerste groep van vijf gevolmachtigde ministers en dan door vijf groepen van andere gevolmachtigde ministers, te weten twee voor het Dominion van Canada, twee voor Australië, twee voor Zuid-Afrika, één voor Nieuw-Zeeland en twee voor Indië. Daaruit volgt dat het Britsche Rijk *alleen: „partie contractante"* is (25).

Had het stelsel gezegevierd, dat elke Dominion als op zichzelf staande eenheid het verdrag had geteekend, dan ware het met de eenheid van het Britsche Rijk gedaan geweest.

Sommige schrijvers zijn echter van oordeel dat, ofschoon het Volkenbondsverdrag de koloniën niet uitdrukkelijk noemt, dat verdrag in het wezen der zaak een vereeniging van *staten* is, daar alleen staten een dergelijke overeenkomst kunnen sluiten, vooral bijvoorbeeld waar het de artikelen 10 en 16 geldt (26). Daaruit volgt toch dat de Dominions gehouden kunnen zijn tot het deelnemen aan vijandelijkheden. Mij komt het voor dat de *politiek* in 1919 een groote rol heeft gespeeld en dat Engeland de koloniën, die hadden geholpen den strijd te

---

(25) Ook wat de préambule van andere tractaten, o. a. dat van *Washington* van 1921/1922 aangaat, geldt dezelfde opmerking.

(26) In art. 10 verbinden de leden van den Bond zich om de territoriale integriteit en de onafhankelijkheid van alle leden te eerbiedigen en te handhaven en in art. 16 verbinden zij zich om alle betrekkingen af te breken met leden, die in strijd met de bepalingen der artikelen 12, 13 en 15 hun toevlucht nemen tot oorlog. Men weet, dat bij de artikelen 4, 5 en 6 van het jongste Protocol van Genève van October 1924 deze bepalingen nog nader uitgewerkt zijn.

winnen, niet voor het hoofd heeft willen stooten, en geen bezwaar heeft gezien in hunne vertegenwoordiging in den Volkenbond. Daarbij vergete men niet, dat de staatslieden te Versailles genegen waren om in hun overwinningsroes veel toe te geven, wat ze mogelijk in andere omstandigheden niet zouden hebben toegestaan. Opmerkelijk dat een gezaghebbend orgaan toen kon schrijven: „Il est d'ailleurs presque inutile de faire observer qu'aucune des démocraties de l'Empire britannique n'a compris l'étendue de ses obligations envers la Société des Nations, et qu'elles n'hésiteraient pas un instant à les répudier, si elles étaient mises à l'épreuve" (27). Daarbij komt dat art. 36, 2e lid van het Statuut van het Permanente Hof van International Justitie *Staten* noemt *naast leden van den Volkenbond*: *„Les Membres de la Société et Etats"*, etc.

Men moet het dus zoo opvatten, dat de koloniën, in het Volkenbondstractaat, dus bij speciale overeenkomst, als zelfstandige staten zijn beschouwd, doch deze fictie niet verder reikt, dan *dit* verdrag.

Groot-Britannië is en blijft dus een eenheidsstaat, al moge bij de koloniën de autonomie zoover mogelijk zijn doorgevoerd. Immers — mocht al door een of andere gebeurtenis Groot-Britannië uit de rij der staten verdwijnen, dan zouden ook de thans autonome koloniën *res nullius* — onbeheerde zaken — zijn geworden, die daardoor gedwongen zouden worden om zelve een vorm van regeering te kiezen en zich een constitutie te geven. Zeker, dit zou des te gemakkelijker gaan nu die koloniën thans een bijna onafhankelijke positie bekleeden. Maar dit bewijst dat ze nu *geen souvereine staten* zijn.

Trouwens, Britsch-Indië wordt in het tractaat van Versailles met de Dominions gelijkgesteld en niemand zal toch wel beweren, dat deze Kroonkolonie op den naam van staat aanspraak kan maken.

Nog een enkel woord over hetgeen in den laatsten tijd is voorgevallen en in het bijzonder om er op te wijzen, dat de verhouding tusschen moederland en koloniën — speciaal de onafhankelijkheidsneigingen der Dominions — een groote rol heeft gespeeld bij de behandeling van het fameuse protocol van Genève. In zijn groote rede, door den Engelschen Minister van Buitenlandsche Zaken, CHAMBERLAIN, in het begin van Maart 1925 voor den Volkenbondsraad gehouden, zeide hij, dat de tijd had ontbroken voor persoonlijk overleg met de vertegenwoordigers der Dominions, maar dat uit schriftelijke en telegrafische gedachtenwisseling gebleken was, dat het niet waarschijnlijk was, dat de regeeringen van Canada, Australië,

---

(27) *Revue de droit international et de législation comparée* 1923, bl. 213.

Nieuw-Zeeland, Zuid-Afrika en Britsch-Indië het protocol zouden kunnen aanvaarden.

Dat de Dominions toch ook in deze haar zelfstandige opvattingen hebben is o. a. duidelijk geworden doordat Canada aan den secretaris-generaal van den Volkenbond heeft medegedeeld het protocol niet te willen onderteekenen, voornamelijk vanwege de militaire en economische sancties. Opmerkelijk ook dat Canada het protocol afwijst, niet alleen in zijn belang, maar ook in dat van *het Britsche Rijk*. Men zou zoo zeggen, dat dit laatste het best door Engeland zelve kan worden beoordeeld.

In het voorbijgaan zij opgemerkt, dat de politiek der Dominions zich hoe langer hoe meer naar eigen behoeften gaat richten, niet naar de Europeesche, maar naar de Aziatische, Amerikaansche of Australische belangen, evenals indertijd, toen, zooals boven is herinnerd, het verdrag met Japan op aandrang van Australië, Canada en Nieuw-Zeeland is opgezegd. Wellicht, dat later zal blijken, dat de tegenstand der *Dominions* tegen het opgeven van de *Singapore*-basis door het ministerie-Mac Donald wel tot den val dezer arbeiderscombinatie heeft bijgedragen.

Nog valt omtrent de verhouding van Engeland tot de Dominions de aandacht te vestigen op de correspondentie tusschen de Engelsche regeering en het Secretariaat van den Volkenbond naar aanleiding van de omstandigheid, dat de Iersche Vrijstaat ingevolge art. 18 van het Volkenbondstractaat bij dat Secretariaat verzocht heeft het tusschen den Vrijstaat en Engeland gesloten verdrag van 6 December 1921 te registreeren. Men weet, dat de bedoeling van de registratie is om daardoor het verdrag algemeen geldig te doen zijn (28). Nadat dus het Secretariaat van deze tot stand gekomen registratie mededeeling aan de Britsche regeering had gedaan, antwoordde deze in een hoogstbelangrijke depêche van 27 November 1924, dat art. 18 bovengenoemd niet op de door de Dominions gesloten verdragen toepasselijk is. „Since the covenant of the Society of Nations came into force", zoo luidde het antwoord. „His Majesty's Government have consistently taken the view that neither it, nor any convention concluded under the auspices of the League are intended to govern the relations *inter* se of the various parts of the British commonwealth. H. M.'s Government considers therefore that the

---

(28) Art. 18 bepaald: Tout traité ou engagement international conclu à l'avenir par un Membre de la Société devra être immédiatement enregistré par le secrétariat et publié par lui, aussitôt que possible. Aucun de ces traités ou engagements internationaux ne sera obligatoire avant d'avoir été enregistré.

terms of article 18 of the covenant are not applicable to the Articles of agreement of the 6th December 1921".

In verband met het bovenstaande is het van belang mede te deelen het antwoord van de regeering van den Vrijstaat, aan wie genoemd schrijven der Britsche regeering ter kennisneming gezonden is, aan het Secretariaat van den Volkenbond. Dit luidt als volgt: „The Government of the Irish Freestate cannot say that any useful purpose would be served by the initiation of a controversy as to the intentions of any individual signatory to the covenant. The obligations contained in art. 18 are in their opinion, imposed in the most *specific terms* on every member of the League and they are unable to accept the contention that the clear and unequivocal language of that article, is susceptible of any interpretation compatible with the limitation which the British Government now seeks to read into it. They accordingly dissent from the view exposed by the British Government that the terms of art. 18 are not applicable to the treaty of 6 December 1921".

De bedoeling der Britsche regeering is duidelijk. Zij beschouwt art. 18 als niet te gelden, wanneer het koloniën (autonome of niet-autonome) of bezittingen betreft. Daargelaten de vraag of deze interpretatie in de geschiedenis van art. 18 haar grond vindt, is er veel voor de opvatting der Iersche regeering te zeggen, dat er thans geen reden bestaat om over dit verschil van opvatting een polemiek aan te binden en ik zou er willen bijvoegen, dat dit te minder noodzakelijk is, nu het Secretariaat hierin blijkbaar *geen* quaestie gezien en het verdrag op 11 Juli 1924 geregistreerd heeft, waarbij in art. 1 Ierland wordt gelijkgesteld met de Dominions in het algemeen en in art. 2 met Canada in het bijzonder (29).

Gaat de door Engeland gehuldigde opvatting op, dan kan de Vrijstaat zich niet beroepen op den Volkenbond of op het Hof van Internationale Justitie, wat van belang kan zijn met het oog op moeilijkheden met Engeland over de nog niet geregelde Iersche grensquaestie van Ulster. Opgemerkt worde nog, dat in 1919 de vijf Dominions als *original members* van den Volkenbond zijn toegelaten en thans de Iersche Vrijstaat door de Volkenbondsvergadering door de toelating beschouwd wordt als *any full governing state* (vgl. art. 1, 2e lid van de Pacte) en de overige Dominions, met welke de Vrijstaat in het verdrag als gelijke wordt behandeld, niet op deze qualificatie kunnen aanspraak maken, daar deze uitdrukking in het eerste lid van art. 1, waar de oorspronkelijke leden worden genoemd, niet wordt gebezigd.

---

(29) Zie het verdrag en de correspondentie over art. 18 in het *Recueil* van den Volkenbond in dl. XXVII, bl. 1 en 249.

Doch, wat hiervan zij, als Engeland zelfs Ierland als een zoogenaamd *full governing state*, niet als *staat* beschouwt, dan behoeft men er waarlijk niet aan te twijfelen, dat het de andere Dominions niet als zoodanig erkent, al mogen die *original members* van den Volkenbond genoemd worden. Een en ander is natuurlijk geen reden om dit *volkenrechtelijk* aan te nemen, ofschoon het vermoeden dan sterk pleit voor de beantwoording in ontkennenden zin van de vraag of de Dominions als staten moeten beschouwd worden.

Vóór ik eindig, zij mij nog de volgende opmerking veroorloofd, in aansluiting aan hetgeen boven is medegedeeld. Wanneer in de laatste jaren door Engeland verdragen gesloten werden, waarbij een of meer der koloniën betrokken zijn, werden deze verdragen door een of meer Britsche vertegenwoordigers geteekend namens het *Empire Britannique* of *Royaume Uni*: (*British Empire* of *United Kingdom*) (30), terwijl in de meeste gevallen, waar Engeland alleen voor zich teekent, gesproken wordt van *Grande Bretagne* of *Great Britain* (31). Intusschen ook hier is de terminologie niet constant. Zoo leest men in het handelstractaat met Afghanistan van 5 Juni 1923 (32) *Grande Bretagne*, terwijl men toch zou denken, dat de uitdrukking *Royaume Uni* (*United Kingdom*) beter op hare plaats ware; immers de koloniën, in 't bijzonder Britsch-Indië, hebben bij deze overeenkomst groot belang, evenveel belang zeker, als bij de verlenging van de abitrageverdragen met Italië en Amerika (33) en bij de overeenkomst over het Statuut van Tanger (34) waar van *United Kingdom* (*Royaume-Uni*) sprake is. Daarentegen is het te begrijpen, dat in de telefoonovereenkomst met Frankrijk—Zwitserland, die alleen voor 't moederland beteekenis heeft, weer *Grande Bretagne* staat (35).

Handelstractaten hebben dan eens den term *Grande Bretagne*, dan weer *Royaume Uni*; dit hangt er van af, met welken

---

(30) Bijvoorbeeld de verdragen van *Lausanne* van 24 Juli 1923 (Recueil des traités et engagements internationaux enregistré par le Secrétariat de la Société des Nations, dl. XXVIII, bl. 112 vg.).

(31) Bijv. de tractaten van 3 Februari 1923 met Frankrijk en Zwitserland en van 23 Mei 1924 met China over postpakketten (zie *Recueil* t. a. p. dl. XXVIII, bl. 403 en 481).

(32) *Recueil* t. a. p. dl. XXI, bl. 89.

(33) In de verlengingsconventie van het arbitrageverdrag met Frankrijk van 29 Augustus 1923 leest men daarentegen van *Grande Bretagne* (*Recueil* t. a. p. dl. XX, bl. 183) evenals in het tusschen beide staten gesloten verdrag van 29 September 1923 over de oestervisscherij buiten de territoriale wateren (*Recueil* t. a. p. dl. XXI, bl. 137).

(34) *Recueil* t. a. p. dl. XXVIII, bl. 541.

(35) *Recueil* t. a. p. dl. XXVIII, bl. 409.

staat. Zoo wordt de eerste term gebruikt in het verdrag van Engeland met Tsjecho-Slowakije van 31 Januari 1923 (36) omdat het hier eenvoudig vrijstelling van douanerecht voor monsters betreft; de tweede in het handelsverdrag met Letland van 22 Januari 1923 (37), hetwelk volgens art. 26 ook op Indië en de autonome koloniën kan toegepast worden. Zoo is de wisseling van nota's met Costa-Rica van 25 Juli 1923 betreffende den invoer van morphine en dergelijke verdoovende middelen geteekend namens de regeering van het *Royaume Uni*, waarschijnlijk omdat deze nota'swisseling ook op de West-Indische koloniën betrekking kan hebben (38).

Onze conclusie kan dus geen andere zijn dan deze, dat wèl de koloniën een vergevorderde autonomie hebben, maar in volkenrechtelijken zin *geen staten* zijn. Daarin heeft ook het verdrag van Versailles en de Volkenbond geen verandering gebracht of kunnen brengen.

---

(36) *Recueil* t. a. p. dl. XX, bl. 59.
(37) *Recueil* t. a. p. dl. XX, bl. 395.
(38) *Recueil* t. a. p. dl. XX, bl. 19.

Enkele opmerkingen naar aanleiding der wet van 29 April 1925 (Stbl. no. 171) tot bevordering van de richtige heffing der directe belastingen.

Wanneer er ooit een wetsontwerp is geweest, dat tegen de algemeene verwachting in het Staatsblad heeft bereikt, dan is het wel geweest het bij Koninklijke Boodschap van 28 Juli 1924 ingediende ontwerp tot bevordering van de richtige heffing der directe belastingen. Ofschoon een alles behalve gunstig Voorloopig Verslag werd uitgebracht en inzonderheid de aan het ontwerp ten grondslag liggende hoofdgedachte uitvoerig werd bestreden, hield de Minister van Financiën voet bij stuk. Eerst na de schriftelijke behandeling deed hij eene concessie, die practisch niet zonder beteekenis, toch in het wezen van hetgeen voorgesteld werd, geenerlei wijziging bracht. Dan echter ziet men hem het bewijs leveren wat met wijs beleid een bewindsman, die zijn menschen kent, met een door parlamentaritis aangetaste vergadering vermag. Terwijl hij aan het beginsel van het ontwerp vasthield, liet hij de redactie, de wijze waarop men aan die gedachte uiting wilde geven, geheel aan de legislatoren der Tweede Kamer over en het resultaat was, dat in den boezem der vertegenwoordiging eene redactie, tot stand kwam, die, zeker weinig beter dan de oorspronkelijk voorgestelde, juist omdat zij de vrucht was van den arbeid der anders zoo onbarmhartige critici, thans zóó weinig kritiek uitlokte, dat men hoofdelijke stemming zelfs niet noodig achtte.

En in de Eerste Kamer bracht de scherpe en zeker niet ongerechtvaardigde kritiek toch slechts vier leden tot tegenstemmen. Voorwaar een succes, wanneer althans kan worden aangenomen, dat de grondgedachte van het ontwerp ook nog in de wet van 29 April 1925 (*Stbl.* no. 171) is terug te vinden.

Is dit toch niet het geval, dan is het niet onmogelijk, dat men te doen heeft met een herhaling van hetgeen gebeurd is bij de wet van 19 Mei 1922 (*Stbl.* no. 328), toen de toenmalige Minister van Financiën De Geer voor inkomsten uit bronnen van inkomen, die bij den aanvang van het belastingjaar nog geen vol kalender- of boekjaar hadden bestaan een geheel nieuwe regeling wilde treffen, doch ten slotte maar zeer weinig

tot stand bracht, omdat hij verzuimd had zijne gedachte behoorlijk in de nieuwe wet tot uiting te doen komen (1).

Zij het daarom geoorloofd de vraag — of inderdaad iets van beteekenis tot stand is gekomen — met het oog op de beschikbare ruimte zoo kort mogelijk te beantwoorden.

Wanneer men de memorie van toelichting van het 28 Juni 1924 ingediende wetsontwerp inziet, blijkt al spoedig, dat het niet de bedoeling is geweest de eigenlijke fraude bij de directe belastingen — het ontwerp spreekt van de personeele belasting, de Rijks- en plaatselijke inkomstenbelasting, de vermogensbelasting en de verdedigingsbelastingen — niet van de dividend- en tantièmebelasting, die trouwens door velen niet als eene directe belasting wordt beschouwd — te treffen.

Natuurlijk, dat onjuiste en onvolledige aangiften tot onjuiste aanslagen kunnen leiden en leiden, doch daartegen achtte de administratie zich wel gewapend. Ook tegen gefingeerde handelingen, tegen schijncontracten, die in realiteit niet bestaan en dus geen rechtsverhoudingen scheppen, al wil men tegenover den fiscus het anders doen voorkomen en die in het wezen der zaak meestal niet veel anders zijn dan hulpmiddelen om aan onjuiste aangiften een schijn van waarheid te geven, meende de Regeering geen nieuwe wapens noodig te hebben. „Met voldoening", zoo leest men in de Memorie van Toelichting, „kan worden geconstateerd, dat zoowel de Raden „van Beroep voor de directe belastingen als de Hooge Raad

---

(1) H. R. 30 April 1924, B. B. 3404.

O. dat nu inderdaad uit de in de toelichting tot het cassatiemiddel vermelde Memorie van Toelichting en Memorie van Antwoord op het Voorloopig Verslag der Tweede Kamer der Staten-Generaal op het wetsontwerp dat de wet van 19 Mei 1922 (*Stbl.* no. 328) is geworden. — G. S. Zitting 1921/1922, 391 3 en 5 — valt af te leiden, dat de toenmalige Minister van Financiën omtrent de beteekenis van art. 14, gelijk die na de bovengenoemde wet zou luiden, eenzelfde opvatting had als thans in het middel wordt verdedigd, doch dat deze omstandigheid niet beslissend is, nu die opvatting welke met eene logische toepassing zich kwalijk laat rijmen in den tekst *niet* is uitgedrukt;

O. dat de wet van 19 Mei 1922 zich dan ook uitsluitend bepaalt tot de vaststelling der feiten met welke men bij de begrooting van het inkomen rekening mag houden, maar geenszins regelt het tijdsverloop waarover men moet begrooten, zoodat dan ook niet kan worden aangenomen, dat door deze wet wijziging zou zijn gebracht in het stelsel der wet op de Inkomstenbelasting, dat medebrengt belastingheffing over het *werkelijke* door den belastingplichtige in het geval bedoeld bij art. 13 in het afgeloopen kalender- of boekjaar verworven en in dat vermeld in art. 14 in den loop van het belastingjaar te verwerven inkomen en niet over een min of meer abstract inkomen per jaar.

„der Nederlanden van den aanvang af het standpunt hebben „ingenomen, dat het voor de toepassing der belastingwetten „op de werkelijke feiten aankomt en niet op de voorstelling „die belanghebbenden van de feiten gelieven te geven".

Wat men wilde tegengaan was het *ontgaan* of juister — de uitdrukking is bij de beraadslagingen in de Staten-Generaal meermalen gebezigd — het *ontduiken* van belasting.

Intusschen niet in iederen vorm. Die eene onjuiste aangifte doet en daardoor de administratie misleidt, ontduikt en ontgaat de belasting. Toch was, gelijk gezegd, het niet noodig de hulp van den wetgever daartegen in te roepen. En al ligt in ontduiken de gedachte van iets onbehoorlijks, in ontgaan van belasting is op zich zelf zeker niet iets onbehoorlijks gelegen.

Wanneer de wet het bestaan van een belastingplicht van zekeren omvang vastknoopt aan het bestaan van een rechtstoestand, omdat grosso modo het bestaan van dien toestand wijst op zekere draagkracht, gaat het niet aan om, wanneer die toestand niet aanwezig is, doch aanwezig had kunnen zijn, tot belastheffing te besluiten.

Niet het inkomen, dat men kan verwerven, doch dat wat men verwerft is aan de inkomstenbelasting onderworpen. Uitdrukkelijk — en met het oog op de redactie die de wet ten slotte gekregen heeft is het niet onnoodig hierop de aandacht te vestigen — heeft men hierop in de Memorie van Toelichting de aandacht gevestigd. „Wanneer iemand bijv. een dienstbode „afschaft, is er geen sprake van, dat hij iets doet waarop de „Staat zou moeten reageeren. Voortgezette heffing der perso„neele belasting — gesteld dat er ooit over zou worden ge„dacht de mogelijkheid daartoe te scheppen — zou veeleer in „strijd zijn met het beginsel der verteringsbelasting, dat ieder „door de regeling hetzij van zijn algemeene vertering, hetzij „van bijzondere verteringen, zelf invloed moet kunnen hebben „op het aandeel dat hij in de belasting draagt".

Hij, die geen pleiziervaartuig houdt, kan ook niet voor het houden daarvan worden aangeslagen, ook al zouden zijne financieele krachten hem zulk een luxe wel veroorloven en al is het motief waarom hij, een echte waterrat, niet vaart, bloot omdat hij onwillig is om tot eene zijns inziens een nationale sport onbillijk hoog treffende belasting bij te dragen. Immers niet het in de mogelijkheid verkeeren om pleziervaartuigen te houden, doch het houden van zulke vaartuigen is een grondslag voor de Personeele Belasting.

Wat de Regeering wilde verhinderen was, dat men door misbruik van een rechtsvorm verhindert, dat de rechtstoestand, welke tot belastingheffing aanleiding zou kunnen geven, ontstaat, doordat men te voorschijn doet treden een anderen rechtstoestand, die juridisch een ander karakter dragende toch feitelijk met den eerste slechts zeer weinig verschilt.

Zoo zal om ons tot de Personeele Belasting te bepalen de feitelijke positie tusschen den houder van luxe paarden en den man, die met een paardenhandelaar een overeenkomst heeft gesloten, krachtens welke deze hem het genot van maandpaarden verstrekt, slechts luttel verschillen.

Toch is de rechtspositie anders. De „houder" van luxe paarden, die art. 25 der Personeele Belastingwet op het oog heeft, is bezitter, wellicht eigenaar, althans detentor, de huurder der maandpaarden, die bij den verhuurder gestald worden en slechts gereden worden door een in dienst van den verhuurder zijnden koetsier is dit zeker niet. En toch is het genot dat de paarden verschaffen in het wezen der zaak hetzelfde.

Met recht bevat dan ook art. 26 der wet op de Personeele belasting reeds lang eene aanvulling waaraan men duidelijk kan bespeuren, dat zij de vrucht is van practische ervaring (2).

Het voorbeeld staat niet op zich zelf. Niet alleen de wet op de Personeele belasting, ook die tot heffing der successiebelasting — om van de wetgeving op de registratie en de zegelbelasting te zwijgen — bevat tal van voorschriften, waarmede men meestal met succes een gaatje in de belastingwet, waardoor men aan de heffing wist te ontsnappen, heeft weten te dichten. Alleen ontdekten de heeren notarissen dikwijls weder een nieuwe leemte en dan duurde het in den regel eenige jaren eer ook hier weder de te breede mazen van het net waren ingekort. Soms door maatregelen, die op zich zelf beschouwd alles behalve billijk waren te achten, al aanvaardde men ze ook al omdat anders normale belastingheffing onmogelijk zou worden.

Is het te verwonderen, dat toen het omzetten van tal van bloeiende bedrijven in familie-naamlooze vennootschappen, waardoor verkregen werd dat niet alleen met succes een belangrijk jaar-inkomen aan den greep van den fiscus werd onttrokken, maar ook voortaan alleen inkomstenbelasting kon worden geheven van dat inkomen uit het bedrijf, dat de directeuren-aandeelhouders zich voortaan in den vorm van salaris geliefden uit te keeren tot ingrijpen noopte, men bij het Departement van Financiën een anderen weg wilde inslaan? Zeker men kon de dividend-belasting in eene winstbelasting omzetten, doch de ervaring bij de oorlogsbelasting — voor naamlooze vennootschappen inderdaad een winstbelasting — opge-

---

(2) Wie krachtens overeenkomst de beschikking heeft over één of meer paarden van een ander wordt te dier zake geacht een gelijk aantal paarden te houden, ook al worden niet steeds dezelfde verstrekt; ten ware de overeenkomst met inbegrip van verlenging ter keuze van een der partijen, blijkt over een korter tijdvak dan een en twintig dagen te loopen.

daan was deze gedachte niet gunstig (3). Voorzichtige bedrijfspolitiek was den rijksaccountants en ettelijke inspecteurs een doorn in het oog geweest en tal van processen waren daarvan het gevolg geweest waarin de fiscus meestal was verslagen.

En zoo lag voor de hand, dat men de aan de *actio Pauliana* ten grondslag liggende gedachte aangreep om voor wat de belastingheffing betreft, aan overigens op zich zelf volkomen rechtmatige rechtshandelingen in bepaalde gevallen rechtsgevolgen te ontzeggen, wanneer die handelingen kennelijk geschied zijn om, zonder dat in realiteit een wijziging van eenig belang was geschied, toch een andere rechtsfiguur te doen ontstaan, die belastingheffing of onmogelijk althans slechts tot een lager bedrag mogelijk maakte.

Een typisch voorbeeld van dergelijke handelingen is het in de Memorie van Toelichting vermelde geval van den eigenaar van een buitenplaats, die deze met de stoffeering inbracht in eene naamlooze vennootschap, waarvan hij al zeer spoedig uitsluitend aandeelhouder was en zich tot directeur benoemde. Vervolgens verhuurde hij q.q. de buitenplaats met mobilair en bediening aan zich in privé. Vermindering der personeele belasting tot ⅔ voor de grondslagen huurwaarde en

---

(3) Wanner bijv. in het kalenderjaar 1922 in zeker bedrijf — vooral in den diamanthandel is dit voorgekomen — goede winsten waren gemaakt, doch te verwachten was, dat deze in 1923 belangrijk minder zouden zijn, zorgde men er voor, dat vóór 1 Mei 1923 het bedrijf was ingebracht in eene naamlooze vennootschap waarvan de vroegere eigenaars der zaak de aandeelhouders waren, die zich tot directeuren aanstelden.

Het resultaat was dat van de in 1922 gemaakte belangrijke winst — stel dat in het bedrijf f 80.000 was verdiend, dus voor ieder der beide vennooten f 40.000 — slechts luttel belasting werd betaald.

Immers 1 Mei 1923 was de vroeger bestaan hebbende vennootschap onder firma verdwenen. De vroegere firmanten, die nu niet meer het bedrijf van diamanthandelaar uitoefenden, waren derhalve voor inkomen uit dat bedrijf niet meer belastingplichtig. Wèl daarentegen voor de inkomsten die zij geacht moeten worden te maken in het belastingjaar 1 Mei 1923—30 April 1924. Maar deze bepaalden zich tot het salaris als directeur der n. v., stel f 8000 per man. Zeker, ook van inkomsten genoten als tantième en als dividend op de aandeelen in het tijdvak 1 Mei 1923—30 April 1924 was belasting verschuldigd. Maar, wanneer men nu slechts zorgde, dat in die periode nòch tantième nòch dividend werd uitgekeerd was ook geen belasting verschuldigd. En die zorg was niet moeilijk, daar, gelijk gezegd, de verdiensten in het bedrijf in 1923 slechts matig zouden zijn. Door de in de zaak te maken winst, die men niet als inkomen meende noodig te hebben niet uit te keeren, kon men althans vooralsnog daarover belastingheffing ontgaan. De bij gewone naamlooze vennootschappen bij de aandeelhouders bestaande drang naar een hoog dividend ontbreekt hier ten eenenmale.

mobilair en onbelastbaarheid der dienstboden als wordende gebruikt in het bedrijf der vennootschap was hiervan het gevolg (4).

Is het nu op zich zelf zoo dwaas, dat in dergelijke gevallen niet alleen de wetgever gebruik maakt van zijn recht tot wetsuitbreiding, doch dat reeds aan hen, die met de toepassing der wet belast zijn een recht tot — analogische wetstoepassing zou niet geheel juist uitgedrukt zijn — inroeping eener fiscale actio Pauliana wordt gegeven?

Het waren toch soortgelijke „artificial transactions or arti-„ficial operations for the purpose of avoiding the payement „of the tax" (5) die de Minister COLIJN wilde lam leggen, toen hij voorstelde om voor de heffing der meerbedoelde directe belastingen geen rekening te houden met „rechtshandelingen, „die al dan niet in verband met andere rechtshandelingen „kennelijk zijn verricht om de heffing van een dier belastingen „overeenkomstig haar doel, geheel of ten deele onmogelijk te „maken".

De klemtoon behoort hier te vallen op de woorden *overeenkomstig haar doel,* als is het opmerkelijk, dat vermoedelijk opzettelijk in de Memorie van Toelichting daarop niet de aandacht werd gevestigd. Eerst toen in het Voorloopig Verslag de uitdrukking als „zeer vaag en zwevend" werd gequalificeerd, werd een verdediging beproefd. Dat onder „doel der belastingwetten" zou zijn te verstaan het brengen van geld in de schatkist, is met recht in de Memorie van Toelichting een onredelijke uitlegging geacht. Zeer zeker is dit het doel van iedere belastingwet, doch het is den wetgever niet onverschillig quo modo zulks geschiedt. Juist om dit aan te geven dient de belastingwet. De Minister koos dan ook in de Memorie van Antwoord partij voor eene andere in het V. V. gegeven definitie, die onder doel eener belastingwet verstond: „de „speciale wijze waarop de belastingwet het beginsel der be-

---

(4) Cf. art. 33 § 1 3de lid in verband met de artikelen 11 § 3, en 17 § 3 der wet op de Personeele belasting. In het arrest van den Hoogen Raad van 20 Februari 1924, BB 3379, heeft men met een soortgelijk geval te doen. Bij de behandeling van het ontwerp in de IIde Kamer is betoogd, dat men hier met ficties te doen zou hebben. Ik betwijfel dit ten zeerste, wat gebeurd is is juridisch volkomen reëel. Slechts is het de vraag of de vrijstelling voor den grondslag dienstboden gerechtvaardigd is. H. R. 25 Juni 1924, B. B. 3427.

(5) Woorden ontleend aan de Engelsche Finance Act 1915, Part. III 443 excess profits duty. Vermoedelijk zal ook wel gedacht zijn aan de Duitsche Reichsabgabenordnung speciaal § 5. Zie hierover Dr. E. BECKER, Reichsabgabenordnung, Berlin, Carl Heymans verlag.

„lasting tot uitdrukking brengt". Maar men mag zich afvragen of ook deze definitie de gedachte wel juist weergeeft.

Wanneer zich toch de rechtstoestanden, die de wetgever op het oog had, niet voordoen, doet zich ook de speciale wijze waarop de belastingwet het beginsel der belasting tot uitdrukking brengt niet voor.

Het doel van den belastingwetgever is, geloof ik, iets anders en wel om, wanneer men een belastingsubject aantreft wiens draagkracht zich uit in een zekeren economischen toestand, den fiscus het recht te geven van hem een bepaalde belastingsom te heffen. Nu moet men — in een geordende staat kan het niet anders — wèl het recht tot belastingheffing vastknoopen aan het bestaan van bepaalde rechtsverhoudingen, rechtstoestanden, maar het geval kan zich voordoen, dat er een andere rechtstoestand is ontstaan, feitelijk wat de draagkracht van den belastingplichtige betreft, zóó luttel verschillend van die welke de wetgever op het oog heeft gehad en waaraan hij het recht tot belastingheffing heeft verbonden, dat men door ook hier tot belastingheffing over te gaan, niet in strijd met, ja veeleer in overeenstemming zou handelen, met het doel van den belastingwetgever.

Nu zou men op dezen grond een recht tot analogische wetstoepassing bij belastingheffing hebben kunnen voorstellen. Doch dit heeft men, gedachtig aan de mentaliteit der fiscale ambtenaren, met recht niet aangedurfd. Men bepaalde zich tot het construeeren van eene fiscale actio Pauliana, tot het verleenen van het recht om rechtshandelingen, kennelijk verricht om de belastingheffing onmogelijk te maken — ofschoon door die rechtshandelingen een rechtstoestand in het leven is geroepen, die, wat de draagkracht van den belastingplichtige betreft, al zeer luttel verschilt met die welke wèl tot belastingheffing het recht zou hebben gegeven — als niet geschied te beschouwen.

Een tot dusverre in ons recht nog niet gehuldigde gedachte en men begrijpt dan ook de oppositie die er tegen ontstond. Vandaar, dat men — de juistheid der grondgedachte een oogenblik in het midden gelaten — terecht in elk geval aan de voorgestelde regeling twee eischen stelde zonder welker vervulling de aanneming van het ontwerp onmogelijk werd geacht, n.l. eene duidelijke redactie waarin de bedoeling helder wordt weergegeven en een methodus procedendi, die overdreven fiscaliteit zou keeren.

Op dit laatste punt nu bleef het ontwerp geheel in gebreke, maar hier heeft de behandeling in de Tweede Kamer stellig verbetering gebracht.

Waar aanvankelijk de beslissing of al dan niet van de in de wet verleende bevoegdheid gebruik zou worden gemaakt, geheel was bij de met den aanslag belaste autori-

teiten — des natuurlijk, dat men tegen hare beslissing in beroep kon komen bij den administratieven rechter — is de toestand thans, dat voor de vaststelling van een aanslag met toepassing van de hier bedoelde bevoegdheid steeds de machtiging van den Minister van Financiën is vereischt.

Op zich zelf nu zou deze autorisatie bij het gering gezag dat de Minister in werkelijkheid over de inspecteurs uitoefent niet veel beteekenen, ware het niet, dat als eisch gesteld wordt, dat slechts dàn een aanslag, met toepassing van het eerste lid van art. 1 der wet, mag tot stand komen, wanneer de inspecteur vooraf aan den belanghebbende bij aangeteekenden brief van zijn voornemen om aldus te handelen eene met redenen omkleede mededeeling heeft gedaan.

De belanghebbende heeft nu de keuze. Hij kan berusten in het voornemen van den inspecteur, doch hij kan ook, mits binnen den in de wet bepaalden tijd, zich richten, bij request, tot het Gerechtshof te 's-Gravenhage met verzoek het besluit van den inspecteur te vernietigen. Na eene eenvoudige procedure beslist dan het Gerechtshof en deze beslissing is niet alleen bindend voor partijen, doch ook voor den administratieven rechter, wanneer deze later de juistheid van een opgelegden aanslag heeft te beoordeelen.

Wat men in het leven heeft geroepen is eene fiscale actio Pauliana, des echter, dat, tenzij de belanghebbende stilzit, de nietigheid der hier bedoelde rechtshandelingen slechts mag worden aangenomen, wanneer deze door den bepaald daartoe aangewezen rechter is uitgesproken.

Intusschen hoe merkwaardig — onberispelijk zou ik niet gaarne aannemen — deze regeling moge zijn, hoofdzaak is toch of de gedachte die de basis der wet vormt juist is uitgedrukt, m. a. w. of de redactie van art. 1 aan billijke eischen voldoet.

En dan trekt het de aandacht, dat waar het oorspronkelijk ontwerp geen rekening hield met rechtshandelingen kennelijk verricht om de heffing der belasting overeenkomstig haar doel geheel of ten deele onmogelijk te maken, de woorden „over „eenkomstig haar doel" uit de wet zijn verdwenen.

Thans wordt voor de heffing der met name in het artikel genoemde directe belastingen „geen rekening gehouden met „rechtshandelingen waarvan op grond dat zij geen wezenlijke „verandering van feitelijke verhoudingen hebben ten doel „gehad of op grond van andere bepaalde feiten en omstandig„heden moet worden aangenomen, dat zij zouden achterwege „gebleven zijn, indien daarmede niet de heffing van een dier „belastingen, ingeval zij reeds toepassing heeft gevonden of „voor toepassing in aanmerking zou komen, voor het vervolg „geheel of ten deele zou worden onmogelijk gemaakt".

Fraai is de redactie niet, zij is noodeloos ingewikkeld en,

wat erger is, men mag twijfelen of zij aan redelijke eischen voldoet. Het oordeel van Prof. MEIJERS in no. 2883 van het Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie is dan ook zeer ongunstig en, naar ik meen, niet geheel zonder grond.

Het beste is het eerste gedeelte, waarin sprake is van rechtshandelingen, die geen wezenlijke veranderingen van feitelijke verhoudingen ten doel hebben gehad. Met dergelijke rechtshandelingen, al hebben zij ook wel de rechtsverhoudingen gewijzigd, houdt men voor de heffing der hierbedoelde belastingen geen rekening. Intusschen mag men zich toch afvragen of de ontwerper van dit gedeelte van het artikel — het is ontleend aan een amendement van den heer DRESSELHUYS — er wel aan gedacht heeft, dat men een rechtshandeling verricht kan hebben, waarvan het doel wel was geen wezenlijke verandering in feitelijke verhoudingen tot stand te brengen, maar waar het resultaat toch is geweest dat zulk een verandering inderdaad is ingetreden.

Men denke aan het geval, dat iemand een aantal effecten bij een derde niet in bewaring geeft maar aan dien derde ter hand stelt, waartegenover deze zich verbindt om, wanneer dit verlangd wordt, soortgelijke effecten aan den vroegeren eigenaar in eigendom te zullen overdragen. Door de overeenkomst en levering ontstaat eene geheel andere rechtsverhouding dan vroeger door de inbewaargeving. Edoch, economisch is de toestand in beide gevallen vrij wel gelijk, wanneer slechts de nieuwe eigenaar solvent is en blijft. Wordt hij het slachtoffer van eene financieele debâcle, geraakt hij in deconfiture, dan is ook de feitelijke toestand een geheel andere. Waar toch de man, die effecten in bewaring geeft, eigenaar is en blijft en nevens de persoonlijke actie uit bewaargeving krachtens zijn eigendomsrecht als separatist in een faillissement van den bewaarnemer kan optreden, heeft hij, die zijn eigendomsrecht heeft overgedragen, enkel een persoonlijk recht, dat bij onvermogen van den debiteur waardeloos is.

Is het nu aan te nemen, dat de voorsteller van het amendement van den vroegeren eigenaar nog steeds vermogensbelasting wil heffen, ook al bezit hij niets meer en al heeft hij geenerlei inkomsten?

En toch, partijen die de debâcle niet voorzagen, hebben geen wezenlijke verandering van feitelijke verhoudingen ten doel gehad. Aanwezig is echter die verandering maar al te zeer.

Vermoedelijk heeft men aan zulk een geval niet gedacht en denkende aan de voorbeelden die de Minister in de Memorie van Toelichting en bij de discussie gaf het als van zelf sprekend beschouwt, dat wel de rechtsverhouding, maar niet de feitelijke verhouding wijziging had ondergaan.

Dit is zelfs waarschijnlijk, maar dit neemt niet weg, dat de

tekst van het artikel alleen spreekt van „rechtshandelingen, „die geen wezenlijke veranderingen van feitelijke verhoudingen „ten doel hebben".

Kan nu eene redactie, die aldus de spreuk „men telt het doel „alleen en rekent d' uitslag niet" in practijk brengt, niet onberispelijk heeten, volledig is zij evenmin.

Waarom toch bloot het oog geslagen op rechtshandelingen, die geen wezenlijke verandering in eenmaal bestaande feitelijke verhoudingen ten doel hebben en laat men buiten beschouwing rechtshandelingen, die een rechtstoestand in het leven roepen, die in werkelijkheid en economisch al uiterst weinig verschilt met eene, die wèl tot belastingheffing aanleiding zou gegeven hebben, al is men ook zoo slim geweest om er voor te zorgen, dat deze rechtstoestand niet is ingetreden? Om ons te houden aan het in de Memorie van Toelichting vermelde geval van den directeur-eenig aandeelhouder eener naamlooze vennootschap tot het verhuren van gemeubileerde woningen, die zijn vroegere buitenplaats met meubelen aan zich zelf verhuurde, is er aanleiding de wet anders toe te passen, wanneer de directeur-verhuurder, vroeger eigenaar, gebruiker was dan wanneer dit wel is waar niet het geval is geweest maar toch vaststaat, dat de naamlooze vennootschap enkel is opgericht om deze een buitenplaats met mobilair te doen aanschaffen, welke dan vervolgens aan den directeur-aandeelhouder wordt verhuurd?

Men gevoelt het — wanneer men werkt met het begrip van „Misbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts" — is daarvoor geen aanleiding en men begrijpt het dat de heer Van Schaik wiens amendement ten slotte art. 1, 1ste lid, der wet is geworden, wel de redactie van Mr. Dresselhuys wilde overnemen, maar daarmede toch niet meende te kunnen volstaan.

Maar in stede van nu ook het Duitsche stelsel aan te nemen of althans mede te deelen waarom hij dit niet deed, hield hij zich aan het systeem van het ontwerp dat bloot eene fiscale actio Pauliana — het niet rekening houden met rechtshandelingen in bepaalde gevallen — invoerde, en ontwierp hij — en dit is jammer, want het stelsel eene Pauliana in te voeren heeft op het Duitsche systeem veel voor — terzelfdertijd eene redactie, die niet alleen breedsprakig was, maar tevens zoo ruim, dat het doel van het ontwerp verre werd voorbijgeschoten.

Immers houdt men nu geen rekening met rechtshandelingen.... waarvan moet worden aangenomen „dat zij achter„wege gebleven zouden zijn, indien daarmede niet de „heffing.... voor het vervolg geheel of ten deele zou worden „onmogelijk gemaakt".

Volgt hieruit nu, dat, zoo iemand een pleziervaartuig

„houdt", en hij, omdat de personeele belasting met de opcenten hem te zwaar valt, dit vaartuig niet meer wil houden maar aan een derde verkoopt en levert, voortaan toch voor de belastingheffing wordt beschouwd als houder van het vaartuig? Was dit zoo, er zou voor den houder van het vaartuig niet veel meer overblijven dat dit „weg te brengen". Het is echter niet aan te nemen, dat men dit gewild zou hebben. Edoch, volgens de letter der wet is het niet anders, de verkoop met levering van het jacht zijn rechtshandelingen geschied, omdat men het vaartuig niet meer wilde hebben, daarvoor niet meer belastingplichtig wilde zijn, het zijn rechtshandelingen die achterwege gebleven zouden zijn, indien niet daarmede de heffing der personeele belasting voor het vervolg onmogelijk zou worden gemaakt (6).

En toch is het niet aan te nemen, dat dit in de bedoeling zou hebben gelegen.

Men vergete toch niet dat dezelfde Minister, die in de Memorie van Toelichting uitdrukkelijk verklaarde, dat de wetsvoordracht niet gericht was tegen „personen, die door „beperking van uitgaven hun belasting verminderen" in de zitting der Tweede Kamer van 20 Maart 1925 verklaarde tegen het amendement-Van Schaik, geen bezwaar te hebben „omdat het amendement volkomen dekt hetgeen ik oorspron„kelijk in art. 1 van het ontwerp heb neergeschreven" (7).

Nu is het waar, niet wat een Minister in een wetsontwerp leest, maar wat daarin geschreven staat is wet, maar daarom is de wetsuitlegger toch nog niet verplicht eene wetsuitlegging te aanvaarden die tot absurde resultaten voert. En dan mag men toch vragen of het niet absurd is belasting te heffen in gevallen waarin noch de rechtstoestand noch de feitelijke toestand wijst op het geval dat de wetgever op het oog had, toen hij in de belastingwet belastingheffing mogelijk maakte. Anders komt men er toe den rentenier, die Arnhem verlaat en naar Nijmegen verhuist, omdat de plaatselijke inkomstenbelasting hem te hoog is, steeds als inwoner van Arnhem aan te slaan, als is ook in die gemeente geen spoor meer van hem te vinden.

Wat men wilde, althans wat de Regeering wilde, is door tal van voorbeelden èn in de Memorie van Toelichting èn bij de beraadslagingen door den Minister aangegeven. Niet het

---

(6) Dubois, Wet tot bevordering van de richtige heffing der directe belastingen, blz. 15, leert: „Indien in een bijzonder geval „een huwelijk of een echtscheiding mocht voorkomen met in „hoofdzaak fiscaalrechtelijk oogmerk zou deze onder de wet vallen. „Hetzelfde geldt voor het opzeggen van eene dienstbode of het ver„wisselen van een automobiel tegen een goedkoopere".

(7) Handelingen IIde Kamer 1924/25, blz. 1839.

ontgaan, maar de juridische ontduiking van belasting wilde men tegengaan. En dat niet door aan rechtshandelingen op voorbeeld der Duitsche Reichsabgabenordnung andere rechtsgevolgen te verbinden dan in het gemeene recht het geval is, maar enkel, en hier knoopt men vast aan de gedachte die aan de Pauliana ten grondslag ligt, door bij de heffing van bepaalde belastingen, op zich zelf rechtsgeldige rechtshandelingen uit te schakelen, daarmede „geen rekening" te houden, wanneer het gewilde resultaat dier rechtshandelingen is, dat een nieuwe rechtstoestand is ingetreden, die de belastingheffing geheel of ten deele onmogelijk maakt, al verschilt die rechtstoestand feitelijk en economisch niet van die welke wèl tot belastingheffing aanleiding zou hebben gegeven.

Nu wil ik niet ontkennen, dat de tekst der wet bloot spreekt van rechtshandelingen, wier doel het was de juiste heffing der in de wet bedoelde belastingen onmogelijk te maken. Maar is het niet rationeel te vorderen dat dit doel ook inderdaad bereikt zou zijn?

Ook hier zou ik met Julianus — l. 15, D. 42.8 — willen zeggen: exigimus èt consilium èt eventum.

Het doel der rechtshandeling moet zijn de belastingheffing geheel of ten deele onmogelijk te maken. Daarvoor moet de rechtshandeling verricht zijn en van toepassing der wet is geen sprake, wanneer men kan aannemen, dat afgezien van dit doel de rechtshandeling toch geschied zou zijn. Nergens wordt echter de eisch gesteld, dat uitsluitend met dit doel gehandeld moet zijn. Wanneer derhalve iemand eene rechtshandeling verricht om de heffing der vermogensbelasting voor een deel onmogelijk te maken, behoeft de fiscus nog niet op zijde te gaan, enkel omdat blijkt, dat eveneens ontduiking van successiebelasting is beoogd. Wel meent Prof. Meijers in no. 2883 van het W. P. N. R., dat dit het geval is, doch deze eisch, dat er slechts bij de rechtshandeling één doel, ontduiking van bepaalde in de wet aangewezen belastingen zou mogen bestaan, wordt door den wetgever niet gesteld. En dit is ook maar gelukkig, want zelden zal men een rechtshandeling verrichtende, daarmede slechts één doel hebben. Voldoende is m. i., dat het geheel of ten deele onmogelijk maken van bepaalde belastingheffingen in art. 1 aangewezen hoofddoel is. Kan worden aangenomen, dat de rechtshandeling toch geschied zou zijn, ook al was daarvan geen fiscaal voordeel het gevolg geweest en beoogd, dan maakt de omstandigheid, dat ook dit gevolg voorzien en gewild is, de rechtshandeling voor de belastingheffing niet nietig.

Ik kan dan ook niet inzien, dat er *op dit punt* veel verschil bestaat tusschen de redactie van art. 1, zooals deze door den heer Van Schaik tot stand is gebracht en de veel eenvoudiger lezing die Prof. Meijers jammer genoeg eerst toen de behan-

deling in de Tweede Kamer reeds was afgeloopen aan de hand deed (8). Het hoofddoel der rechtshandeling of rechtshandelingen — want men zal meermalen te doen hebben met verschillende overeenkomsten, die ieder op zich zelf genomen niet maar wel in onderling verband en samenhang dit doel beoogen — moet zijn om de belasting te ontduiken. Of er nog een ander doel is doet niet ter zake, mits het maar niet het hoofddoel is.

Nu zal het in de practijk dikwerf moeilijk genoeg zijn om het bestaan van dit hoofddoel aan te toonen. Immers het ligt voor de hand, dat belanghebbenden het bestaan daarvan zullen betwisten en bijv. waar een naamlooze vennootschap wordt opgericht veeleer andere argumenten bijv. de beperkte aansprakelijkheid — men denke aan de single ship companies bij Rijnsleepschepen — of de meerdere gemakkelijkheid om zich crediet te verschaffen als het hoofddoel van de omzetting der zaak in eene naamlooze vennootschap zullen aangeven. In dergelijke gevallen is beleidvol en gematigd optreden noodzakelijk en zal men verstandig doen de zaak voorloopig eens aan te zien.

Want dit vergete men niet, de administratie heeft wèl de bevoegdheid, maar geenszins de verplichting om met rechtshandelingen, als wij hier op het oog hebben, geen rekening te houden. Het is waar, wèl maakt de letter van het eerste lid van art. 1 den indruk alsof dit geen rekening houden steeds zou moeten geschieden, wanneer slechts kan worden aangenomen dat het hoofddoel der gewraakte rechtshandeling vermindering van belasting is, doch uit het tweede en derde lid blijkt anders. Immers is het eerste lid slechts toepasselijk, wanneer de machtiging van den Minister is verkregen en de betrokken inspecteur het besluit om het eerste lid toepasselijk te achten behoorlijk aan belanghebbende heeft medegedeeld — alles formaliteiten die niet vervuld zullen worden, zoo de administratie van het haar verleende recht geen gebruik wenscht te maken. Ook hier weder heeft men overeenstemming met

---

(8) Zie no. 2883 W. P. N. R. Voor de heffing van de rijks- en plaatselijke directe en indirecte belastingen behoeft geen rekening gehouden te worden met bepalingen in rechtshandelingen waarvan op grond van bepaalde feiten en omstandigheden moet worden aangenomen, dat het hoofddoel was belastingheffing te voorkomen of te verminderen.

Bepalingen in rechtshandelingen is niet hetzelfde als *rechtshandelingen* waarvan het artikel gewaagt. Toch is het verschil niet groot. Een contract, dat meerdere bepalingen inhoudt maar waarvan eene kennelijk vermindering van belasting beoogt kan, wanneer kan worden aangenomen, dat zonder deze bepaling het contract nimmer zou zijn gesloten, beschouwd worden als een rechtshandeling tot hoofddoel hebbende vermindering van belasting.

art. 1377 B. W., waar de benadeelde schuldeischer de nietigheid der door den schuldenaar onverplicht verrichte handelingen wel *kan* doch niet *moet* inroepen en door de ervaring geleerd, dit dan ook slechts in de uiterste noodzakelijkheid doet.

Maakt nu de administratie van haar recht gebruik, berust de belanghebbende daarin, wanneer de inspecteur hem het voornemen om het eerste lid van art. 1 toe te passen mededeelt of beslist het Haagsche Gerechtshof, dat daartoe het recht bestaat, dan wordt met de hierbedoelde rechtshandelingen voor de heffing van de in art. 1 bepaaldelijk opgenoemde belastingen — Rijks- en plaatselijke inkomstenbelasting, vermogensbelasting, verdedigingsbelasting en de personeele belasting — geen rekening gehouden.

De door de administratie gemaakte rechtshandelingen zijn niet nietig (9), maar geldig, de daaraan door het gemeene recht vastgeknoopte gevolgen treden in, ook waar het geldt de heffing over andere belastingen, bijv. de dividend- en tantième-belasting, en allerminst mag m. i. worden aangenomen, dat eene andere rechtsverhouding in het leven is geroepen dan die welke volgens het ten deze toepasselijke gemeene recht is geboren — een voorschrift in den geest van de Duitsche Reichsabgabenordnung: „die Steuern sind so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltnis zu erheben waren" zal men in onze wet niet aantreffen — bloot waar het de heffing betreft der hier genoemde belastingen kan men doen alsof niets is geschied (10).

---

(9) Wel is in de bijeenkomst der IIde Kamer van 23 Maart 1925 door het lid mr. Gerritsen die nietigheid beweerd omdat eene overeenkomst door partijen getroffen om belasting te ontgaan eene ongeoorloofde oorzaak zou hebben, maar hier verwart men oorzaak met motief, nog daargelaten, dat het motief zeker niet steeds onbehoorlijk is te achten. Had de heer G. gelijk, zoo zou art. 1377 B. W. trouwens overbodig zijn. Immers dan zou de overeenkomst die een schuldenaar met een derde aangaat evenals deze wetende, dat daarvan benadeeling van schuldeischers het gevolg zal zijn, steeds nietig zijn, immers eene overeenkomst uit ongeoorloofde oorzaak. Tot dusverre nam men dit echter niet aan en meende men, dat naast art. 1371 ook de actio Pauliana nog reden van bestaan had.

(10) Opmerkelijk is het, dat waar in het eerste lid van art. 1 sprake is van de „heffing" der Personeele belasting enz., het tweede lid spreekt van eene machtiging van den minister vóór de vaststelling van den aanslag. Heffing van belasting is m. i. ruimer dan het opleggen van een aanslag en betreft m. i. ook het behandelen van verzoeken om ontheffing wegens staking van een bedrijf enz. Niet echter de invordering van den aanslag — gelijk Dubois op cit. bl. 43 meent. Hier geldt, althans zal krachtens de

Zoo zal men dus, wanneer twee kantoorbedienden eene naamlooze vennootschap tot het drijven van den handel in edelgesteenten oprichten en op de statuten de Koninklijke bewilliging is verkregen, wanneer de inspecteur er in geslaagd is een uitspraak van het Haagsche Gerechtshof te verkrijgen, dat men hier te doen heeft met een rechtshandeling als in art. 1 bedoeld, zonder meer nog niet mogen aannemen, dat deze lieden nu in vennootschap onder firma den handel in edelgesteenten drijven. Het is mogelijk, dat er aanwijzingen bestaan, die dit aannemelijk maken, dat hetgeen wat zij verrichten, nu men het niet mag beschouwen als handelingen door bestuurders van eene naamlooze vennootschap als zoodanig verricht, daarop wijst, uit het enkele feit, dat de naamlooze vennootschap als niet bestaande wordt beschouwd volgt het nog niet. Gemakkelijker is de oplossing, wanneer twee kooplieden onder eene vennootschap onder firma dien handel dreven en nu eene naamlooze vennootschap hebben opgericht, waarin zij hun zaak voortzetten met ontbinding der bestaande vennootschap onder firma. Is over deze rechtshandelingen een soortgelijk oordeel geveld, staat dus voor de heffing der inkomstenbelasting vast, dat er geen naamlooze vennootschap is opgericht en geen vennootschap onder firma is ontbonden, dan kan men uit de handelingen die deze lieden verrichten al zeer spoedig de conclusie trekken, dat dit handelingen zijn verricht in het bedrijf van koopman in edelgesteenten uitgeoefend in eene vennootschap onder firma (11).

Het zal dikwijls moeilijk zijn om vast te stellen welke nu wèl de rechtstoestanden zijn waarmede men bij een aanslagregeling rekening heeft te houden. De wet zegt niet anders dan dat zekere rechtshandelingen — dus ook wat hare gevolgen betreft — als niet geschied worden beschouwd, maar verder gaat zij niet. Of men zich wel altijd heeft afgevraagd wat daarvan de gevolgen zijn, is twijfelachtig, intusschen zal m. i. toch vast gehouden moeten worden, dat eene uitspraak van het Haagsche Gerechtshof alleen strekt tusschen hen, die

---

wet van 28 Mei 1925 (*Stbl.* no. 215) sedert 1 Mei 1926 ook voor de vermogensbelasting en verdedigingsbelasting I, het gewone recht der directe belastingen gelden. Derhalve de wet van 22 Mei 1845 (*Stbl.* no. 22) sedert herhaaldelijk gewijzigd en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Bij deze belastingen nu heeft men steeds scherp onderscheiden tusschen *heffing* en *invordering* der belasting. Waar bij de behandeling van het ontwerp de zienswijze van DUBOIS door den Minister en ettelijke leden der Staten-Generaal is verworpen is er zeker geen reden die leer te aanvaarden die, de schrijver zelf toont het aan, tot onmogelijke resultaten voert.

(11) Zie hierover mr. RUSSEL, De naamlooze vennootschap, III, blz. 168.

daarbij partij waren en hunne rechtverkrijgenden (12). Ook hier heeft men de gelijkenis met de actio Pauliana, die, althans naar mijne opvatting en natuurlijk uitgesloten het geval, dat zij is ingesteld door den curator in een faillissement, alleen werkt ten opzichte van den schuldenaar die haar heeft ingesteld (13).

Wat is nu de strekking van eene mededeeling van den inspecteur waartegen niet is opgekomen of van eene uitspraak van het Haagsche Gerechtshof? Geldt deze alleen voor de heffing der belasting in het jaar waarop de mededeeling betrekking heeft of voor goed?

Het is zeker opmerkelijk, dat de wet op zulk een gewichtige vraag niet rechtstreeks een antwoord geeft. Zou men werkelijk die vraag niet overdacht hebben?

Het schijnt mij niet noodig na te gaan wat de ontwerper van het oorspronkelijk wetsontwerp gedacht heeft nu dit tijdens de behandeling in de Tweede Kamer zóó is gewijzigd dat slechts eene oplossing mogelijk schijnt. En dit is dan deze, dat de mededeeling slechts voor één jaar geldt. Immers telkens zal de inspecteur vóór de vaststelling van den aanslag van zijn besluit art. 1 toe te passen, aan den belanghebbende mededeeling hebben te doen. Uit den aard der zaak kan zulk een mededeeling eerst geschieden, wanneer men zich met de voorbereiding van dien aanslag onledig houdt. Zoo zal de inspecteur, die in Juni 1926 bezig is met de aanslagen voor de

---

(12) Zoo zal bijv. iemand die klerk is bij eene naamlooze vennootschap, met welker akte van oprichting ingevolge art. 1, 1ste lid, geen rekening wordt gehouden, toch zijn salaris als zoodanig genoten onder zijn belastbaar inkomen hebben te rangschikken. Voor hem bestaat de naamlooze vennootschap wel, is de akte van oprichting volkomen rechtsgeldig. Maar anders zou ik willen oordeelen voor den directeur-oprichter tegen wien is uitgemaakt, dat de akte bij de heffing der inkomstenbelasting als niet bestaande mag worden beschouwd. Gaat men hem nu toch aanslaan voor het salaris als directeur genoten, dan is dit illogisch. In de toelichting op art. 2 der wet, luidende: „Indien krachtens artikel 1 „een vennootschap, vereeniging, maatschappij of stichting als niet „bestaande wordt beschouwd, heeft dit voor de heffing naar het „inkomen geen invloed op de belastbaarheid der belooningen die „van de vennootschap, vereeniging, maatschappij of stichting zijn „of worden genoten" scheerde men ten onrechte beide gevallen over één kam. De auri sacra fames! Gelukkig heeft een bij de beraadslagingen opgenomen tweede lid: „Deze bepaling vindt geen „toepassing, indien en voorzooverre dezelfde persoon *voor* het „zelfde bedrag in dezelfde belasting dubbel zou worden getroffen" de grofste onbillijkheden opgeheven. Men had het artikel, nu het den fiscus toch niet meer toelaat van twee wallen te eten echter beter laten vervallen.

(13) Colin et Capitant, II, blz. 60.

belastingjaren 1 Mei 1925—30 April 1926 en 1 Mei 1926—30 April 1927 wel kunnen mededeelen wat hij bij de vaststelling der aanslagen voor *die* jaren van zins is te doen en op zijn plan vooraf de goedkeuring van den Minister kunnen vragen en verkrijgen, maar hij kan onmogelijk reeds dan mededeelen wat hij bij latere aanslagen wil doen.

Immers daargelaten, dat hij niet kan weten of hij dan nog met de regeling der aanslagen belast zal zijn, is het hem geheel onbekend òf er dan nog voor oplegging van een aanslag eenige aanleiding zal bestaan. Zelfs de vraag of de belastingplichtige dan nog zal leven is niet op te lossen.

Een dergelijke mededeeling zou in dier voege voorbarig zijn, dat men haar niet gewild kan hebben. Vandaar dat ieder jaar opnieuw, wil men toepassing van het eerste lid van art. 1, de in het tweede en derde lid voorgeschreven weg moet worden ingeslagen.

En dit is niet noodeloos omslachtig, ook niet in strijd met het gezag dat aan het gewijsde van het Haagsche Gerechtshof toekomt, doch m. i. geheel in overeenstemming met de bedoeling van het rechtsmiddel, wanneer het geoorloofd is deze uitdrukking te bezigen.

Wanneer men toch de mogelijkheid opent om aan op zichzelf volkomen rechtsgeldige rechtshandeling bij de heffing der beteekenis te ontzeggen, geschiedde dit omdat men een heffing wilde, die in overeenstemming was met de werkelijkheid.

Geen rekening wordt dus gehouden met het bestaan eener naamlooze vennootschap, die rechtsgeldig bestaat, maar in fraudem fisci opgericht, feitelijk, wat de inkomsten uit het bedrijf betreft, de directeuren-aandeelhouders geheel in dezelfde feitelijke positie laat als toen zij nog in eene vennootschap onder firma hun bedrijf uitoefenden.

Geen verhuur in detrimento fisci wordt erkend van de gemeubileerde buitenplaats die de directeur-aandeelhouder aan zich zelf verhuurt, nadat hij het gebouw met mobilair, dat hij als eigenaar bewoonde, heeft ingebracht in de door hem opgerichte naamlooze vennootschap.

Maar met de jaren kan de toestand anders worden. De oudvennooten-directeuren kunnen zijn overleden. De naamlooze vennootschap kan eene echte familie-vennootschap zijn geworden, waarin directeuren inderdaad voor de familieleden-aandeelhouders hunne functiën uitoefenen. De bewoner der buitenplaats kan zijn verhuisd en de aandeelen gekomen in handen der in de groote steden niet onbekende naamlooze vennootschappen tot verhuren van gemeubileerde woningen en zulk een onderneming kan nu door de van haar afhankelijke directie de buitenplaats op volmaakt reguliere wijze laten verhuren.

Is er dan nog aanleiding art. 1, eerste lid, toepasselijk te

achten, omdat indertijd de rechtshandelingen waartegen men is opgekomen „geen wezenlijke verandering van feitelijke ver„houdingen ten doel zou hebben gehad", al zijn ook thans de feitelijke verhoudingen geheel anders als toen men de eerste maal een beroep deed op art. 1?

Ik zou meenen, dat het antwoord ontkennend moet luiden. Het beginsel der wet is dat de belastingheffing zich zooveel mogelijk aansluit bij de realiteit en dit doet men door in een dergelijk geval art. 1, 1ste lid, *niet* toe te passen. En daartoe komt men het gemakkelijkst door telken jare alvorens men tot toepassing van art. 1 overgaat eerst na te gaan of dit noodig is.

Huldigt men het stelsel om uit eerbied voor de res judicata, waarvan echter m. i. geen sprake is, daar het de regeling van een anderen aanslag geldt, een rechtshandeling waaromtrent eens is beslist dat er „geen rekening mede wordt gehouden" voortaan steeds buiten rekening te laten, zoo komt men wanneer de feitelijke omstandigheden sedert het moment waarop de uitspraak viel, geheel zijn veranderd voor niet op te lossen moeilijkheden. Dit alles wordt voorkomen door in dergelijke gevallen art. 1, 1ste lid, niet toe te passen.

De ruimte in deze aflevering voor deze bijdrage beschikbaar gesteld is reeds verre overschreden. Ik zal dus eindigen. Trouwens een eenigszins volledige commentaar op een wetsvoorschrift is slechts mogelijk, wanneer dit eenige jaren is toegepast. Slechts één vraag zou ik nog willen stellen en wel deze: is inderdaad de wet van 29 April 1925 (*Stbl.* 171) zóó gebrekkig als men toen zij tot stand moest komen bijkans algemeen aannam?

Een antwoord daarop is thans moeilijk te geven, slechts lijkt mij de redactie van het eerste lid van art. 1, zooals het uit den parlementairen brouwketel te voorschijn is gekomen, gebrekkig, althans zeker minder juist dan die van het oorspronkelijk ontwerp der regeering. En wanneer ten slotte de uitvoering der wet alleen was opgedragen aan de dikwijls zeer fiscale inspecteurs der belastingen, zou men zonder twijfel komen tot een failure. Thans, nu het laatste woord is aan het Haagsche Gerechtshof, staat de zaak anders.

Nu is a fair trial mogelijk.

En dan is het niet ondenkbaar, dat de wet van 29 April 1925 een mislukking zal blijken (14) (15). Het is zelfs waar-

(14) Zie bijv. P. J. A. A. in W. P. N. R. no. 2899.

(15) Prof. MEIJERS betoogt in no. 2883 W. P. N. R., dat alle strijd tegen belastingontduiking vergeefs en onredelijk zal zijn, zoolang men de fout niet in den wortel aantast en ophoudt met de stelsellooze opportunistische en fragmentarische belastingwetgeving van tegenwoordig. Zeker, maar is de wet op de Inkomstenbelasting zoo stelselloos? Men kan, misschien met recht, eene regeling niet juist

schijnlijk, wanneer men het bekende tenere verba legis als *de* bij wetstoepassing alleen mogelijke methode beschouwt. Maar het zal ook anders kunnen zijn, wanneer men de gedachte die aan de wet ten grondslag ligt en door de parlementaire bouwmeesters slechts gebrekkig tot uiting is gebracht, weet op te sporen en deze voorzooveel dit mogelijk is in toepassing weet te brengen. Er zijn meer voorbeelden dat een verstandige jurisprudentie een gebrekkige wet toch voor de practijk bruikbaar heeft weten te maken.

Zou het voor het Haagsche Gerechtshof, dat hier ten slotte het meeste gewicht in de schaal kan leggen, niet mogelijk zijn het voorbeeld te volgen van het Parijsche parlement, dat meermalen door eene beleidvolle jurisprudentie gebrekkig geredigeerde Edits du Roi zóó wist toe te passen, dat eene voor het publiek bruikbare regeling werd verkregen? (16).

Juli 1925

---

achten — bijv. de zoogenaamde bronnentheorie — maar daarom is zij niet stelselloos. M. i. is de wet op de Inkomstenbelasting, en over die op de Dividend- en Tantièmebelasting is mijn oordeel niet anders, een op zich zelf verdienstelijke wet, die de minister BERTLING slechts op enkele punten heeft kunnen bederven. Zij is volstrekt niet de poel van onrecht dien fiscale inspecteurs en chicaneuse belastingconsulenten van haar trachten te maken. De wet van 1925 is geenszins „het ei van Columbus" maar zij heeft toch de verdienste te hebben gebroken met een stelsel van wetgeving waarvan, speciaal bij de successiebelasting, toch wel de onvoldoende resultaten voldoende zijn gebleken. Uit vrees voor misbruik gaat men langzamerhand talrijke door de billijkheid geboden wetsvoorschriften schrappen en gaat ten slotte — het beeld is ontleend aan de M. v. A. op het V. V. der Eerste Kamer — gelijken op den wetgever, die om diefstal tegen te gaan den eigendom afschafte.

(16) Zie bijv. P. J. A. A. in W. P. N. R. no. 2899. Het ware zeker meer in overeenstemming met de bestaande regeling der rechtspraak in belastingzaken geweest, zoo men de taak thans aan het Haagsche gerechtshof opgedragen had opgelegd aan de Raden van Beroep. Wie intusschen de rechtspraak van sommige dezer colleges — helaas van meerdere — kent begrijpt, dat men dit niet durfde. Op zich zelf lijkt mij de gedachte de rechtspraak in dit bepaald aangewezen geval aan één college — en wel een gerechtshof — op te dragen niet verkeerd. Dat men, waar veel chicane staat te wachten, teneinde ellenlange procedures te voorkomen geen beroep in cassatie toelaat is ook verdedigbaar. Slechts had men het cassatieberoep in het belang der wet moeten toelaten. Voor de eenheid in de rechtspraak is dit gewenscht en de praktijk der huurwetten heeft geleerd dat men met dit instituut goede resultaten kan bereiken. Waarschijnlijk hebben onze legislatoren er niet aan gedacht, dat het ongewenscht is, dat het Haagsche gerechtshof op dit punt aan de censuur van den cassatierechter geheel is onttrokken. De wet van 29 April 1925 (*Staatsblad* no. 171) is echter een eerste stap en zal wel binnen niet te langen tijd op de helling komen.

De huwelijkstrouw in het Romeinsche recht

DOOR

MR. S. K. DE WAARD

te Groningen

De Romeinen maakten onderscheid tusschen twee groepen van vrouwen: voor de eene bestond een door gewoonterecht of wet gesanctionneerde verplichting tot eerbaarheid, voor de andere niet. De laatste groep omvatte slavinnen (1) en *personae viles* als publieke vrouwen (2), dienaressen in herbergen (3), bordeelhoudsters en tooneelspeelsters (4) — de eerste in het algemeen alle andere vrouwen. Alleen ten opzichte dezer vrije, niet ex officio oneerbaar geachte vrouwen kon van de vergrijpen *adulterium* en *stuprum* sprake zijn. Terwijl adulterium, in overeenstemming met de veronderstelde etymologie van het woord (5), het overspel der getrouwde vrouw aanduidt, vinden wij stuprum zoowel in ruimeren als in engeren zin gebezigd (6). In den ruimeren zin, dien ook de *Lex Julia de adulteriis coercendis* van 18 of 17 v. Chr. er aan hechtte, werd hieronder iedere ontucht verstaan en was dus het adulterium een der vormen, waarin zich het stuprum kon

---

(1) Vgl. J. MARQUARDT, Das Privatleben der Römer, 1886, I pag. 178 v., die o. m. citeert PETRONIUS: *nec turpe est quod dominus iubet*; L. FRIEDLÄNDER, Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms in der Zeit von August bis zum Ausgang der Antonine, 1910, I pag. 486; Dig. 48, 5, 6 pr.; Cod. 9, 9, 24.

(2) Vgl. H. BLÜMNER, Die Römischen Privataltertümer 1911, pag. 368; Dig. 48, 5, 14, 2.

(3) In het algemeen niet de herbergierster, die kellnerinnen in haar dienst heeft, zelve. Het hing er volgens CONSTANTIJN, Cod. 9, 9, 28, van af of de vrouw *plerumque ipsa intemperantiae vina praebuerit.*

(4) Dig. 48, 5, 11, 2.

(5) AUGUSTINUS, Sermones 51, 22: appellatum est adulterium quasi *ad alterum.* Onwaarschijnlijk, zooals dikwijls de etymologie der Romeinsche juristen, is die van PAPINIANUS, Dig. 48, 5, 6, 1: . . . . . *propter partum ex altero conceptum composito nomine.*

(6) Vgl. PAULY—WISSOWA, Real Encyclopädie der class. Altertumswissenschaft, 1894, s. v. adulterium, 432.

voordoen (7). Omstreeks het begin der 3de eenw na Chr. stelden PAPINIANUS (8) en MODESTINUS (9) adulterium en stuprum tegenover elkaar. Zij beperkten het gebruik van den term stuprum, afgezien van de tegennatuurlijke ontucht, die mede daaronder valt, tot de geslachtelijke gemeenschap door en met ongehuwde vrouwen gepleegd.

Schuldig aan adulterium of stuprum kunnen zijn èn de tot een eerbaren levenswandel verplichte vrouw, die daarvan afwijkt, èn haar medeplichtige. Maar *niet* maakt zich aan adulterium of stuprum schuldig de man, die, hoewel zelf met een andere vrouw getrouwd, omgang heeft met bovengenoemde vrouwen van mindere orde. Op zich zelf genomen brengt de geslachtelijke gemeenschap met deze vrouwen voor hem rechtens geen enkel bezwaarlijk gevolg mee; alleen bijkomende omstandigheden, waarover nader, doen dit in sommige gevallen intreden, maar dan nog is van adulterium of stuprum geen sprake.

Het Romeinsche recht ging er dus van uit, dat de eerbaarheid der vrouw van zekeren maatschappelijken stand moest worden beschermd. Het hield zoowel voor de vrouw zelf, die deze eerbaarheid verzaakte, als voor haar medeplichtige ernstige sancties in. Evengoed als de ongehuwde medeplichtige man zag zich de gehuwde aan toepassing daarvan blootgesteld. Het was dan echter niet omdat hij zou hebben misdreven tegenover zijn eigen echtgenoote, maar omdat hij de eerbaarheid, waartoe de andere vrouw verplicht was, niet had ontzien (10). Indien hij zich op dezelfde wijze met een slavin of persona vilis had gedragen, dan zou hij in het algemeen genomen vrij zijn uitgegaan. Het blijkt dus dat adulterium niet aequivalent is aan wat men onder het Fransche adultère en het Nederlandsche overspel pleegt te verstaan, daar men hieronder den buitenechtelijken omgang van den gehuwden man met *elke* andere vrouw begrijpt.

Adulterium en stuprum zijn niet bestaanbaar zonder opzet. Toen THEODORA, een eerbare ongehuwde vrouw, geloof sloeg aan de praatjes van een vreemdeling, die, voorgevende vrijgezel te zijn, een mater familias in de provincie had achtergelaten, en met hem naar zij meende een geldig huwelijk aanging, terwijl zij toch rechtens ongehuwd bleef, maakte zij zich niet aan stuprum schuldig (11). Evenmin kan, voor zoover den

---

(7) Vgl. TH. MOMMSEN, Römisches Strafrecht, 1899, pag. 694 noot 2.

(8) Dig. 48, 5, 6, 1: *sed proprie adulterium in nuptam committitur . . . . . stuprum vero in virginem viduamve committitur.*

(9) Dig. 48, 5, 35, 1; 50, 16, 101.

(10) PAULY—WISSOWA t. a. p. pag. 433.

(11) Cod. 9, 9, 18, 1.

man betreft, van adulterium worden gesproken, indien hij omgang heeft met een hem tevoren onbekende vrouw, die *passim venalem formam exhibuit ac prostituta meretricio more vulgo se praebuit,* maar in werkelijkheid tot een stand behoort, waarvoor wel de verplichting tot eerbaarheid geldt (12). JUVENALIS (13) verhaalt hoe een keizerin des nachts, gekleed als een vrouw van slechte zeden, heimelijk het paleis ontvlucht en zich aan mannen, die haar aanzien voor wat zij voorgeeft te zijn, aanbiedt. In dit geval pleegt alleen de keizerin adulterium, in het eerstgenoemde alleen de gehuwde vreemdeling stuprum.

Aan adulterium en stuprum verbond zoowel het strafrecht als het privaatrecht gevolgen. Vóór de lex Julia de adulteriis heeft, voor zoover bekend, bij de Romeinen geen wet bestaan, die deze feiten strafbaar stelde. Op de schuldigen kon toen echter het in de familie geldende tuchtrecht worden toegepast. Ten gevolge van de *in manum conventio,* waardoor de vrouw, als ware zij de dochter van haar man, aan zijn potestas of aan die van zijn pater familias was onderworpen, stond hierbij de *adultera* in veel ongunstiger positie dan de *adulter* (14). Voor hem toch kon geen ander familierecht gelden dan dat van de familie, waaruit hij zelf gesproten was. Dit voerde den bedrogen echtgenoot er toe tegen den adulter eigen richting toe te passen, hetgeen als geoorloofd werd beschouwd. De lex Julia de adulteriis heeft deze bevoegdheid tot bepaalde gevallen beperkt (15).

Naast het tuchtrecht der familie en de eigen richting noemt MOMMSEN (16) een disciplinair optreden, waartoe het priestercollege der Pontifices tegenover degenen, die zich aan adulterium of stuprum hadden schuldig gemaakt, kon overgaan. Zoowel van de toepassing van het familierecht als van de bestraffing door de Pontifices is weinig naders bekend. Alleen staat wel vast, dat de straffen zwaar en vermoedelijk dikwijls van een uitgezochte wreedheid zijn geweest. De wijze waarop een Vestaalsche maagd, die haar gelofte van kuischheid schond en zich dus aan stuprum schuldig maakte, werd ter dood gebracht, geeft daarvan blijk (17). De schuldige werd ontdaan van de teekenen harer priesterlijke waardigheid en levend op een doodenbaar onder lijkgezangen naar een onderaardsche spelonk gedragen. Daar werden een legerstede, een brandende lamp, een stuk brood en kruiken met water, melk

---

(12) Cod. 9, 9, 22.
(13) Sat. VI, 115—132.
(14) MOMMSEN t. a. p. pag. 689.
(15) PAULY—WISSOWA t. a. p .pag. 432, 434.
(16) T. a. p. pag. 689.
(17) MOMMSEN t. a. p. pag. 928 v.

en olie in geplaatst. Onder gebeden van den Pontifex Maximus moest de veroordeelde in haar graf neerdalen langs een ladder, die daarna omhooggetrokken werd. De opening werd dichtgemetseld en wij, het van zulk een onmenschelijkheid gruwende nageslacht, kunnen slechts vrede hebben bij de onwaarschijnlijke veronderstelling, dat misschien een verwant, of de minnaar, indien hij zich aan vervolging had weten te onttrekken, of eenvoudig een ander medemensch, zich heimelijk in den nacht een toegang heeft gegraven en de vervulling van de toegedachte straf verijdeld.

De lex Julia de adulteriis coercendis gaf voor het eerst een volledige wettelijke regeling, zoowel ten aanzien van hetgeen later meer speciaal adulterium als van wat stuprum zou worden genoemd. Zooals gezegd beperkte zij de eigen richting tot bepaalde gevallen, hetgeen voor die gevallen een uitdrukkelijke erkenning insloot. De vader, die zijn dochter, over wie hij de patria potestas uitoefende, op heeterdaad, „in ipsis rebus Veneris", in zijn eigen huis of dat van zijn schoonzoon (18) betrapte, had het recht beide onmiddellijk te dooden, ongeacht de persoon van den adulter (19). De bedrogen echtgenoot zelf mocht alleen den adulter, die slaaf was of tot de *personae viles* behoorde, b.v. dansers, zangers, ook tot straf veroordeelden, en bepaald aangewezen vrijgelatenen, ter dood brengen (20). De algemeen geldige straffen bestaan voornamelijk in verbeurte van een belangrijk deel van het vermogen en in verbanning, waarbij aan beide schuldigen afzonderlijke verblijfplaatsen werden aangewezen (21). De aanklacht kon in de eerste plaats geschieden door den vader der vrouw en den echtgenoot; de laatste was hiertoe in sommige gevallen zelfs verplicht, als de vader er niet toe overging. Had hij b.v. na betrapping op heeterdaad geen gebruik gemaakt van eigen richting, voor zoover toegestaan, en stelde hij in dit geval ook in het geheel geen vervolging in, dan kon hij zelf wegens *lenocinium* (souteneurschap) worden vervolgd (22). Vóórdat hij echter de strafvervolging kon uitlokken, moest hij eerst het huwelijk verbreken, hetgeen eenzijdig en zonder ambtelijke tusschenkomst kon worden gedaan. Na dit z.g.n. *repudium,* waarover straks nog nader, hadden hij en de vader der vrouw zestig dagen tijd om de aanklacht in te dienen; na verloop van dien termijn kon ieder ander als aanklager optreden.

Latere keizers hebben de lex Julia de adulteriis in verschil-

---

(18) Wij hebben hier dus met een huwelijk zonder *manus* te doen.

(19) Dig. 48, 5, 24.

(20) Dig. 48, 5, 25.

(21) MOMMSEN t. a. p. pag. 698 v.

(22) MOMMSEN t. a. p .pag. 699, 700 (2)

lende opzichten gewijzigd. CONSTANTIJN verving de verbanning door de doodstraf, maar beperkte de bevoegdheid om aan te klagen tot den echtgenoot en de naaste verwanten der vrouw. JUSTINIANUS schafte voor de vrouw de doodstraf weer af en stelde daarvoor in de plaats opsluiting in een klooster, voor den tijd van twee jaar als de echtgenoot vergiffenis schonk en anders voor het heele leven (23). Dat adulterium en stuprum tot de zwaarste vergrijpen werden gerekend blijkt ook uit een constitutie van THEODOSIUS II en VALENTINIANUS III (24). „Als de eerste Paaschdag is aangebroken", zoo bepaalden zij, „dan houde geen kerker meer een gevangene gekluisterd, aller boeien worden geslaakt. Maar hiervan zonderen wij uit hen, door wie wij meenen, dat de algemeene vreugde en blijdschap, indien zij werden losgelaten, veeleer zou worden bezoedeld. Want wie zal op geheiligde dagen toegevend zijn tegenover een heiligschenner? Wie zal in een tijd van kuischheid een echtbreker, of iemand, die zich aan ontucht of bloedschande heeft schuldig gemaakt, vergeven?" Daarna noemen de keizers nog enkele andere zeer ernstige misdrijven, vallende buiten de werking van hun lankmoedigheid.

Tot zoover over de Romeinsche strafrechtpleging bij adulterium en stuprum. Daarnaast is op het gebied van het privaatrecht de buitenechtelijke geslachtsgemeenschap in het algemeen van beteekenis in verband met de echtscheiding. Maar dan moet dadelijk worden opgemerkt, dat zij *niet*, zooals in het hedendaagsche recht, een grond oplevert om echtscheiding te vorderen. Als algemeene regel, waarvan tenminste in en na de z.g.n. klassieke periode van het Romeinsche recht geen belangrijke afwijkingen bekend zijn, kan worden aangenomen, dat elk der echtgenooten tegen den wil van den ander en zonder bepaalde reden, te allen tijde, zonder eenige voorafgegane vordering, in staat is den huwelijksband te verbreken. Dit heette repudium. De lex Julia de adulteriis heeft hiervoor een vorm vastgesteld, doch de bevoegdheid zelf geheel onverkort gelaten (25). Ook de constituties der Christelijke keizers hebben het effect van een zelfs geheel ongerechtvaardigd repudium niet weggenomen (26). Wel hebben zij aan zulk een repudium sancties verbonden, die door de juristen en keizers van vroegeren tijd uit den booze werden geacht. PAULUS, in de eerste helft der derde eeuw, zegt nog: *inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi, sive futura*

---

(23) P. F. GIRARD, Manuel élémentaire de droit romain, 1911, pag. 168, noot.

(24) Cod. 1, 4, 3.

(25) Dig. 24, 2, 9.

(26) GIRARD t. a. p. pag. 163; H. DERNBURG, Pandekten, 1887, III, pag. 17.

sive jam contracta (27), en zijn tijdgenoot keizer ALEXANDER SEVERUS: *libera matrimonia esse antiquitus placuit. Ideoque pacta ne liceret divertere non valere, et stipulationes quibus poenae inrogarentur ei, qui divortium fecisset, ratas non haberi constat* (28). Een eeuw later begon echter CONSTANTIJN poenae vast te stellen, waardoor ook zonder eenig voorafgegaan *pactum ne liceret divertere,* diegene der echtgenooten, die tot een ongerechtvaardigd repudium overging, zou worden getroffen. In het algemeen stond hij aan dezelfde vermogensrechtelijke nadeelen bloot als de echtgenoot, die den ander aanleiding tot repudium gaf. CONSTANTIJN, en ook zijn opvolgers, somden nu bij verschillende constituties op, wanneer het repudium gerechtvaardigd was (29), en in die opsommingen nemen uit den aard der zaak ook gevallen van buitenechtelijke geslachtelijke gemeenschap een plaats in. Maar, zooals gezegd, wij hebben hier niet te doen met gronden van echtscheiding, daar echtscheiding toch zonder eenigen grond ook mogelijk was, doch met redenen, die de echtscheiding als gerechtvaardigd deden aanmerken.

Enkele dezer stellen de Romeinsche opvattingen ten aanzien van de huwelijkstrouw nader in het licht. Wat de vrouw aangaat spreekt het, na wat is medegedeeld over de strafrechtelijke behandeling van het adulterium, wel van zelf, dat het de verstooting door den man rechtvaardigt (30). Wij hebben gezien, dat hij hiertoe soms zelfs verplicht werd gerekend, daar hij, geen aanklacht tegen de adultera indienende, zelf aan de beschuldiging van lenocinium kon blootstaan en daar een aanklacht tegen haar niet mogelijk was dan na voorafgegane scheiding. Omgekeerd vinden wij in een constitutie van THEODOSIUS II en VALENTINIANUS III (31) het adulterium van den man genoemd als rechtvaardigingsgrond voor repudium door zijn echtgenoote. De adulter werd, gelijk een moordenaar, samenzweerder, struikroover of falsaris, als een gevaarlijk misdadiger beschouwd en als zoodanig stond hij aan het repudium zijner echtgenoote bloot. Maar het rechtsgoed, welks aantasting adulterium opleverde, was niet zijn eigen, doch het andere huwelijk. Behoorde zij, met wie de man overspel pleegde tot de categorie vrouwen van lagere orde, voor welke geen wettelijke plicht tot eerbaarheid gold, dan bestond er geen adulterium en de buitenechtelijke copulatio op zich

(27) Dig. 45, 1, 134 pr.
(28) Cod. 8, 38, 2.
(29) Vgl. MODDERMAN—DRUCKER—TICHELAAR, Handboek voor het Romeinsche recht, 1906, II pag. 25, en de daar aangehaalde plaatsen.
(30) Cod. 5, 17, 8, 1 en 3.
(31) Cod. 5, 17, 8, 2.

zelf vormde voor de echtgenoote geen rechtvaardiging van het repudium. Toch kan, volgens de constitutie van THEODOSIUS en VALENTINIANUS, indien de man daarbij op zoo liederlijke wijze handelt, dat hij andere vrouwen in zijn huis haalt en zijn echtgenoote ooggetuige doet zijn van zijn buitensporigheid, die rechtvaardiging intreden. JUSTINIANUS geeft hieraan in een Novelle (32) eenige uitbreiding. Hij zegt: „Als een man in zijn eigen huis, waarin hij met zijn echtgenoote verblijft, zonder haar te eerbiedigen, zich met andere vrouwen ophoudende wordt aangetroffen, of als bewezen wordt, dat hij dikwijls in hetzelfde land in een ander huis met een andere vrouw verblijft en hij, na hiervan twee malen hetzij door zijn eigen verwanten, hetzij door die der vrouw, hetzij door andere betrouwbare personen te zijn beschuldigd, zich van deze loszinnigheid niet heeft onthouden, dan kan de vrouw het huwelijk verbreken". Het is er dus nog ver van, dat ieder buitenechtelijke omgang van den man het repudium door de vrouw zou sanctionneeren.

De vrouw daarentegen kan niet volstaan met zich enkel van adulterium te onthouden. Ook een verkeer met andere mannen, dat geen adulterium insluit, kan den echtgenoot een geldige aanleiding tot repudium geven. Zoodanige aanleiding deed zich volgens THEODOSIUS II en VALENTINIANUS III onder meer voor wanneer zij buiten zijn weten of tegen zijn wil met andere mannen dineerde of naar een circus of schouwburg ging (33) — volgens JUSTINIANUS wanneer zij dezelfde badinrichting bezocht als andere mannen (34).

Wanneer ik op de aangevoerde gronden constateer, dat het Romeinsche recht groot verschil heeft gemaakt tusschen de eischen, op het punt van huwelijkstrouw aan beide echtgenooten gesteld, zou men mij misschien de volgende, aan ULPIANUS ontleende plaats (35) kunnen tegenwerpen: *Iudex adulterii ante oculos habere debet et inquirere an maritus pudice vivens mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit. Periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigit, quam ipse non exhibeat.* Deze woorden op zich zelf kunnen den indruk vestigen, dat het Romeinsche recht aan den gehuwden man en de gehuwde vrouw op sexueel gebied dezelfde eischen stelde. Daartegen kan echter worden aangevoerd, dat *pudice vivere* bij de Romeinen een geheel verschillende beteekenis had, al naar gelang wij den levenswandel van den man of van de vrouw beoordeelen; de *pudicitia*, welke zij in acht moet nemen is volstrekt, die, waartoe hij gehouden

(32) Nov. 117, 9 (5°.).
(33) Cod. 5, 17, 8, 3.
(34) Cod. 5, 17, 11, 2; Nov. 117, 8 (4°.).
(35) Dig. 48, 5, 14, 5.

is, betrekkelijk. Maar ook als men toch in deze plaats de bedoeling wil lezen om van den man een geheel gelijke ingetogenheid te vorderen als van de vrouw, dan nog moet zij worden beschouwd als de uiting eener persoonlijke zienswijze, waaruit rechtens geen gelijkheid van verplichtingen voortvloeit. Dit blijkt uit de woorden op bovenstaand citaat volgende: *Quae res potest et virum damnare, non rem ob compensationem mutui criminis inter utrosque communicare.* Ook indien de man zelf zich dus slecht heeft gedragen, kan hij de vrouw, die adulterium pleegt, vervolgen. Zijn eigen wangedrag *kan* ook hem aan een vervolging of een gerechtvaardigd repudium blootstellen, maar dan ligt dat alleen aan de verboden *soort* van buitenechtelijken omgang, waaraan hij zich heeft schuldig gemaakt.

Wanneer dus den man, naast de verboden, ook een niet verboden soort van buitenechtelijken omgang mogelijk is, dan moet hierbij toch een voorbehoud worden gemaakt en wel dit, dat een voortdurende en openlijke betrekking met een andere vrouw dan de zijne niet geduld wordt. Het concubinaat, dat het Romeinsche recht veroorloofde, was *niet* een verhouding van een gehuwden man met een andere vrouw. De bigamie, in de rechtskundige beteekenis van dubbel huwelijk, kwam bij de Romeinen zelf alleen voor in uitzonderingsgevallen, waarvan ik in het voorgaande een noemde. Maar de zeden van andere, aan de Romeinsche heerschappij onderworpen volkeren veroorloofden dubbel of zelfs meervoudig huwelijk. Dit heeft Diocletianus in 285 na Chr. (36) aanleiding gegeven nog eens uitdrukkelijk vast te stellen: *neminem, qui sub dicione sit Romani nominis, binas uxores habere posse vulgo patet.* Omstreeks een eeuw later evenwel heeft Theodosius I een herhaling van dit verbod ten opzichte der Israëlieten noodig geacht en verordend: *Nemo Judaeorum morem suum in conjunctionibus retineat, nec juxta legem suam nuptias sortiatur, nec in diversa sub uno tempore conjugia conveniat* (37).

De willekeurige en gemakkelijke wijze, waarop men zich eenzijdig van den band des huwelijks kon ontslaan, heeft, althans in den laatsten tijd der Republiek en den keizertijd vóór Constantijn (306—337), die aan een ongerechtvaardigd repudium sancties hechtte, tot vele lichtvaardige huwelijken en echtscheidingen geleid (38). Naast belangrijker nadeelen was echter aan deze regeling een voordeel verbonden. Zij bracht mede, dat in den regel de feitelijke verbreking van het huwelijk met de wettelijke samenging. Dat dit van groot be-

(36) Cod. 5, 5, 2; Mommsen t. a. p. pag. 121 noot 3.
(37) Cod. 1, 9, 7.
(38) Marquardt t. a. p. pag. 71 v.; Friedländer t. a. p. pag. 484 v.

lang kan zijn toont een vergelijking met het hedendaagsche recht. Verondersteld, dat de eene echtgenoot ten tijde van het huwelijk ernstige buitensporigheden pleegt, dat daarop het huwelijk voorgoed wordt verbroken, doch alleen feitelijk, niet ook rechtens, en dat lang daarna de andere echtgenoot een betrekking aanknoopt met een derde. Volgens de interpretatie der Nederlandsche rechtspraak levert deze betrekking, ondanks het feit dat er nog slechts formeel een huwelijk bestaat, overspel op. Eerstgenoemde echtgenoot kan zich dus een vordering tot echtscheiding en uitkeering voor levensonderhoud zien toewijzen, een resultaat, dat ik met de billijkheid strijdig acht. Toch doet het mij geenszins de wederinvoering van het Romeinschrechtelijk repudium voorstaan — wel daarentegen een andere interpretatie ten opzichte van overspel, hetwelk naar mijn meening niet dan bij een ook feitelijk bestaand huwelijk kan worden aangenomen.

Groningen

Mr. H. A. IDEMA, *Parlementaire Geschiedenis van Nederlandsch-Indië, 1891—1918.* — 's-Gravenhage 1924.

Met het aftreden van het ministerie MACKAY in Augustus 1891 eindigt VAN WELDEREN RENGERS zijn bekende Schets eener parlementaire geschiedenis van Nederland. Als vervolg op dit werk, hetwelk zich ook met koloniale politiek bezig hield, behandelt Mr. IDEMA het boven aangeduide 27-jarig tijdperk van de parlementaire historie van Indië. Het betreft de periode, die een aanvang neemt met de benoeming van VAN DEDEM tot minister van Koloniën en die eindigt met de ontslagverleening aan minister PLEYTE in September 1918.

Met een captatio benevolentiae begint de schrijver. Hij pleit clementie. Niet zonder goede reden, naar ik meen. Het verschil in bewerking van de soortgelijke stof door dezen auteur en diens voorganger is wel opvallend.

In dit nieuwe werk mist men datgene, wat aan den terecht zoozeer geprezen arbeid van VAN WELDEREN RENGERS zijn groote aantrekkelijkheid verleent: de eigen rake kenschets, de eigen beschouwing, de eigen meening van den schrijver. Hier daarentegen wordt de objectiviteit op de spits gedreven. Mr. IDEMA brengt Kamerleden ten tooneele, geeft hun het woord, doch zelf houdt hij zich met zijn oordeel op den achtergrond. De lezer moet zelf maar uit het gevoerde debat zich een eindoordeel vormen. Enkel bij de keuze van het in de Handelingen opgestapelde materiaal — redevoeringen van de oppositie, van den minister en diens aanhang — is de auteur subjectief. In critisch opzicht blijft deze parlementaire geschiedenis een heel stuk ten achter bij de Schets van Mr. RENGERS. En toch begroet ik de verschijning van dit nieuwe, met strikte onpartijdigheid geschreven, werk met vreugde. Het is een getrouwe spiegel historiaal. En bij alle objectiviteit is het met opgewektheid bewerkt. Het lezen verveelt nimmer, al komt men ook slechts bij uitzondering buiten de aanhalingsteekens van het gesproken woord. Ik twijfel er geen oogenblik aan, of dit boek zal bij de bestudeering van het Indisch staatsrecht aan de cupida legum iuventus goede diensten kunnen bewijzen.

Een gemakkelijke, betrouwbare orientatie op het parlementair terrein van af het ministerie VAN TIENHOVEN was, wat

Indië betreft, hoog noodig. Welnu, Mr. IDEMA heeft ons die geschonken. Wij zijn er hem dankbaar voor.

De schrijver volgde bij de groepeering van de stof de methode door Mr. RENGERS met succes toegepast, niet die door VAN KOL in practijk gebracht in diens in 1911 verschenen boek „Nederlandsch-Indië in de Staten-Generaal van 1897 tot 1909".

In zeven hoofdstukken tracht de auteur den lezer een inzicht te geven in de parlementaire historie, waarbij acht ministers van Koloniën de hoofdrol hebben vervuld. De jaarlijksche Indische begrootingen dienen hier als leidraad en zoo passeeren niet minder dan 27 begrootingen, stuk voor stuk, de revue. Naast deze bescheiden komt dan verder chronologisch gerangschikt andere legislatieve arbeid aan de orde.

Hier en daar had ik bij dit laatstbedoelde wetgevend werk wat meer uitvoerigheid gewenscht o. a. bij de behandeling der decentralisatiewet van 1903 (bl. 164).

Bij het lezen van al dat geordende illustratie-materiaal van een stuk ontwikkelingsgang onzer Indische staatsinstellingen valt het langzame tempo, waarmede hervormingen tot stand komen, wel zeer sterk op. Ook de groote, vaak overdreven, voorzichtigheid, die daarbij betracht wordt.

Volgens Mr. IDEMA was het nuttig „vooraf met zevenmijlslaarzen ook die geschiedenis vóór '91 even door te nemen (sic)".

Zoo begint dan het eerste hoofdstuk met een overzicht van de Indische politiek gedurende meer dan veertig jaren (1848—1891) in slechts 21 bladzijden. Het doet dus dienst als een soort historische inleiding op het te behandelen onderwerp.

Met kleine onjuistheden zal ik den schrijver niet lastig vallen. Enkel wil ik, met het oog op een eventueelen herdruk, de aandacht vestigen op de foutieve spelling van een paar eigennamen (zie bl. 60, 73, 80 en 107) en op de vergissing, begaan op bl. 128, door te gewagen van „Professor PIJNAPPEL". Met dit Kamerlid wordt bedoeld Mr. M. J. PIJNAPPEL, indertijd de verdienstelijke afgevaardigde van Amsterdam I in de Tweede Kamer, sieraad van de balie der hoofdstad, doch geen hoogleeraar.

Een tweede druk zoude het werk aan bruikbaarheid doen winnen door de toevoeging van een, zij het ook beknopt, zaakregister, en door een doorloopende korte vermelding van de vindplaatsen der geciteerde redevoeringen in de Handelingen.

Amsterdam, Juli 1925.

PH. KLEINTJES.

R. STAMMLER, *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, 2 *deelen*; dezelfde: *Praktikum der Rechtsphilosophie zum akademischen Gebrauche und zum Selbststudium (104 blz.)*; 1925.

Dank zij de welwillendheid der redactie van *Themis* kan hier de aandacht gevestigd worden op twee, kort geleden verschenen werken van den bekenden Berlijnschen hoogleeraar STAMMLER. Indien zulks hier ter plaatse geschiedt, staat daarbij de bedoeling voor oogen te wijzen op het belang dezer geschriften, ook voor den praktisch werkzamen jurist. Gewezen worde op het opstel, in het eerste deel der verspreide geschriften opgenomen, over het wezen van privileges en voorrechten, ook uit rechtshistorisch oogpunt belangwekkend, voorts op schrijvers opstel over overeenkomsten en contractsvrijheid, verder op de in het tweede deel voorkomende bijdrage over de collectieve (arbeids-) overeenkomst. Ook staatsrechtelijk zijn verschillende opstellen van belang: schrijvers redevoering over BISMARCK's staatsopvatting en zijn referaat in zake gemeentelijke belastingheffing.

Naast deze positiefrechtelijk getinte bijdragen mag echter ook gewezen worden op andere opstellen, waarvan de lezi· g den blik van den lezer op de rechtswetenschap verruimt. Wij denken daarbij in de eerste plaats aan het schitterende opstel over de historische school, waarmede het eerste deel aanvangt, voorts aan verschillende bijdragen, betrekking hebbende op de nieuwere richtingen in de rechtspraak, verder — om een nog algemeener terrein te betreden — aan schrijvers bijdragen over het wezen van elke rechtsbeslissing, een onderzoek naar rechtsbegrip en rechtsidee, het laatste in meer bekende formuleering als „richtiges Recht" aangeduid. Ten slotte de opstellen, gewijd aan de anarchistische en marxistische theorieën; in het bijzonder worde voorts gewezen op het aan ROUSSEAU gewijde opstel.

Lichte lectuur zijn deze verspreide geschriften geenszins; geeft men zich echter de moeite om deze volstrekt niet duistere, somtijds zelfs populair geschreven bijdragen door te lezen, dan zal de moeite daarvan rijkelijk beloond worden door den algemeenen kijk, dien men daardoor op de rechtsproblemen van velerlei aard krijgt. Wenscht men intusschen

minder zwaren kost, dan schaffe men zich het Praktikum der Rechtsphilosophie aan, teneinde op volstrekt nieuwe wijze een indruk te krijgen van verschillende vragen van rechtswijsgeerigen aard: een beknopt boekje, een reeks citaten inhoudende uit de meest verschillende bronnen, — geenszins enkel wetenschappelijke werken, HAUFF, SIENKIEWICZ, SHAKESPEARE e. a. —, aan de hand waarvan de geheele rechtsphilosophie in vraagpunten doorloopen wordt, een bewijs tevens van schrijvers klaarblijkelijk talent voor doceeren van dergelijke anders veelal dorre onderwerpen: het werkje is dan ook voor dit terrein een curieuze aanwinst.

G. J. v. B.

Na het afdrukken der drukproef werd ons nog ter aankondiging toegezonden de nieuwe druk van STAMMLER'S *Rechts- und Staatstheorien der Neuzeit* (116 blz.), eveneens een leiddraad voor het hooger onderwijs en voor zelfstudie, waarin de sedert MACCHIAVELLI verkondigde leerstellingen over rechts- en staatsbegrip op bondige wijze worden uiteengezet; het ware van belang, indien ook uit staatsrechtelijk oogpunt STAMMLER'S methode en uiteenzetting, ook in dit werkje neergelegd, eens aan een kritisch onderzoek onderworpen werd; wellicht vindt een bevoegd liefhebber daartoe nog eens tijd en lust.

v. B.

Arresten over Handelsrecht en Burgerlijk Procesrecht, verzameld en uitgegeven door Mr. H. R. HOETINK, met een voorwoord van Prof. Mr. F. G. SCHELTEMA. — Haarlem, H. D. Tjeenk Willink en Zoon.

Arresten over Staatsrecht, verzameld en uitgegeven door Mr. L. G. VAN DAM, met een voorwoord van Prof. Mr. R. KRANENBURG. — Haarlem, H. D. Tjeenk Willink en Zoon.

Het succes door de uitgevers Tjeenk Willink en Zoon behaald met de uitgave van de door Mr. HOETINK bewerkte arresten van het Burgerlijk Recht heeft hen er toe gebracht nu ook arresten op het gebied van het Handelsrecht, Faillissementsrecht en Burgerlijke Rechtsvordering en van het Staatsrecht te publiceeren.

Voor het eerste werkje heeft men weder bij den heer HOETINK aangeklopt, terwijl Mr. VAN DAM de zeker niet gemakkelijke taak op zich nam eenige bekende arresten op het terrein van het Staatsrecht aan te wijzen. Beide auteurs hebben zich op verdienstelijke wijze van hun taak gekweten.

Natuurlijk is het aantal arresten op handelsrechtelijk terrein — op Zeerecht wordt, maar dit is met het oog op de nieuwe wetgeving begrijpelijk, niet veel gegeven — meer dan op dat van het formeele recht. Dit is echter juist gezien, de meeste vragen van procesrecht, die in de practijk voorkomen, zullen studenten, die deze niet kennen, slechts matig belang inboezemen. En het gevaar bij eene publicatie als deze is eer, dat men te veel dan dat men te weinig geeft.

Intusschen zou ik toch willen vragen of inzonderheid Mr. VAN DAM, waar hij, tel ik juist, slechts 46 rechterlijke uitspraken publiceerde, niet wat al te matig is geweest. Zeker, de hoogleeraar KRANENBURG heeft gelijk, wanneer hij in zijn voorwoord zegt, dat de verzameling uit den aard der zaak veel kleiner moet blijven dan die der arresten over Burgerlijk Recht. Men moet zich bepalen tot het Staatsrecht en niet treden op het terrein van het eigenlijke administratieve recht. Die grens is echter niet altijd gemakkelijk te

vinden en het schijnt mij, dat de schrijver wel wat al te bevreesd is geweest die te overschrijden. Zoo mist men noode het arrest van den Hoogen Raad van 27 Februari 1924, W. 11154 over de bevoegdheid van den burgerlijken rechter omtrent de beoordeeling van de wettigheid van een aanslag in eene plaatselijke belasting. Mij dunkt, men had dit arrest en de daaraan voorafgaande conclusie van den Advocaat-Generaal LEDEBOER waarin men een zoo leerzaam overzicht vindt van de geschiedenis der vraag waarop de uitspraak betrekking heeft, zonder bezwaar kunnen opnemen. En zoo had als voorbeeld ook wel eens een arrest gewezen krachtens de wet van 19 December 1914 (*Staatsblad* no. 564), waarin het recht op ambtshalve cassatie wordt erkend, kunnen zijn opgenomen.

Intusschen bij een volgende editie — en ik hoop, dat die nog wel eens zal komen — is aanvulling mogelijk. Dat men zich beperkt heeft, al is het mijns inziens wat al te sterk, is zeker een verdienste.

Ook deze werkjes zijn niet alleen voor studenten nuttig, al zullen zij hun lezers wel voornamelijk bij deze discipelen van het recht vinden.

C. S.

Directe Volkswetgeving, Referendum en Volksinitiatiefrecht, door Mr. F. A. BIJVOET. — Amsterdam, H. J. Paris, 1925.

Mr. BIJVOET heeft als onderwerp voor zijn academisch proefschrift gekozen het referendum met bijbehoorende rechtsinstellingen. Het is te begrijpen. Er is na het einde van den oorlog een regenbui van nieuwe grondwetten op ons werelddeel neergedaald en bestaande grondwetten zijn herzien. Bij al die wijzigingen heeft het referendum cum annexis een belangrijke rol gespeeld, vaak met positief, soms met negatief resultaat. Reeds vóór den oorlog had men het in Engeland en elders in nadere overweging genomen, omdat men met de werking van het parlementaire stelsel op den langen duur slechts matig ingenomen was. De Ned. Jur.-Vereeniging heeft er in 1917 ééne harer zittingen aan gewijd. Reden te over dus, om het te kiezen als studie-voorwerp voor een proefschrift, te meer, nu de laatste behandeling in dissertatie-vorm dateerde van 1908 en er dus sindsdien op staatsrechtelijk gebied heel wat nieuwe gegevens waren.

Een meesterstuk van compositie is des schrijvers arbeid niet. Hij begint met een inleiding over zijn algemeen principieel-staatsrechtelijk standpunt, die uitmondt in de slotsom, dat het vraagstuk van het referendum er een is van zuivere doelmatigheid en utiliteit en dat het derhalve met de door hem beleden algemeene beginselen niets te maken heeft. Maar dan had hij heel die inleiding gevoegelijk kunnen weglaten, zulks te eer, omdat het daar gezegde meermalen elders vollediger en beter is uiteengezet. Hoofdstuk I en II geven een nadere omschrijving van het referendum in zijn verschillende vormen met een uiteenzetting der voor- en nadeelen. Het eerste is goed, maar het laatste verstoort het redebeleid van het boek op hinderlijke wijze; pas aan het eind van het boek willen wij de conclusie's vinden, waarin de waardeering is vervat. Hetzelfde geschiedt in hoofdstuk III — thans in één hoofdstuk — met het volksinitiatiefrecht. De hoofdstukken IV—XV brengen dan een overzicht van historie en practijk der directe volkswetgeving in Zwitserland; dit onderzoek neemt niet minder dan twee derde van het heele boek in beslag, 200 van de ruim 300 bladzijden; dan wordt in ruim 10 bladzijden getracht een

dogmatische constructie te geven van de behandelde rechtsinstellingen; als tusschengerecht worden dan eenige fantasieën van Baboeuf, Considerant, Coignet en Rittinghausen besproken in 7 bladzijden, die met het overige in zeer los verband staan; volgt een overzicht van de ontwikkeling van referendum en volksinitiatief in Amerika, Australië, Engeland, Natal, Estland, Lithauen, Oostenrijk, Duitschland, Tsecho-Slowakije en Zweden, alles samen in elf bladzijden; een kort historisch-staatsrechtelijk overzicht van Nederland in . . . . . vier blazijden; voorts de meeningen van Nederlandsche juristen en staatslieden over het referendum, waarna de schrijver besluit met zijn eigen conclusie te trekken voor de vraag, of in Nederland op een of andere wijze invoering van een referendum gewenscht is. Een korte bibliografie wordt als bonum superadditum toegevoegd.

Deze opsomming is meer dan voldoende, om te doen zien, dat wij hier voor een moles indigesta staan. De titel en de opzet zijn met de uitwerking volstrekt in tegenstrijd, er wordt geen stelselmatige behandeling gegeven der aangekondigde onderwerpen. Wat de schrijver in werkelijkheid geeft is een onderzoek naar de werking van referendum en volksinitiatief in Zwitserland en in zijn Kantons, en de lessen daaruit te trekken voor de invoering dier instellingen in Nederland. Dat had hij in den titel moeten zetten en al het andere uit zijn boek moeten schrappen, dan had hij tal van hoofdstukken kunnen missen, die thans het boek naar vorm en inhoud ontsieren.

Neemt men het boek zóó, en beschouwt men het als een monografie over het Zwitsersche referendum, dan komt men geheel anders voor de zaak te staan en kan den schrijver van harte een „bene meritus" worden toegeroepen. Hij heeft geen moeite geschuwd om zich een levend beeld der Zwitsersche toestanden, hun historische wording en hun practische beteekenis te verwerven, en dit is hem voortreffelijk gelukt. Op alle kanten der zaak laat hij het volle licht vallen, onbevooroordeeld verdeelt hij licht en schaduw, hij dringt in alle kleinigheden door, maar komt telkens op de groote lijnen terug. Deze stof, een zeer moeilijke en ingewikkelde, is hij meester, hij heeft haar onder de knie, en zoo weet hij een boeiende schildering te geven van het practische politieke leven in Zwitserland, ook in verhouding tot de rechtsregeling, waarop het berust. En de conclusie's, die hij, al beschrijvend, telkens trekt, getuigen, dat hij bezadigd en onbevooroordeeld weet te blijven bij al de liefde, die zijn onderwerp hem — terecht! — heeft ingeboezemd. Dit gedeelte van zijn boek — en het vormt het overgroote deel — geeft hem volle aanspraak op den rang van den doctor iuris. Ik geef hem daarvoor al het overige cadeau, met de stille ver-

zuchting, dat ik wilde, dat hij het mij ook cadeau gedaan had.

Nog één opmerking moet mij van het hart: zou de schrijver onze mooie taal niet wat minder hebben kunnen mishandelen? Het is metterdaad ergerlijk, zooals hij met haar huishoudt. Op blz. XVIII heeft hij het over theorieën, die „zich aan de*n* ernstige*n* fout (hebben) schuldig gemaakt"; op blz. XXV en XXVIII spreekt hij van regelen, die in een bewustzijn zijn „gegrif*d*"; op blz. XXVIII van „de*n* norm"; op blz. 67 van „glanzende" resultaten; op blz. 75 vindt hij het woord souvereiniteit een „akelig" woord; op blz. 85 verkrijgt iemand „de*n* opdracht"; op blz. 102 overschrijdt een aantal „de*n* 30.000 niet"; op blz. 103 vervullen partijen „die*n* rol"; van blz. 172 haal ik dezen volzin aan: „een krachtige executive is niet een essentieele, maar een accidenteele van het referendum"; op blz. 206 wordt gesproken van een plechtige H. Mis met „uitstelling" van het Allerheiligste (of hebben wij hier met een kerkelijken kunstterm te doen?); op blz. 243: „op fransche*n* leest is geschoeid"; op blz. 251 is een volk voor iets geschikt „door zijn speciale eigenaard"; op blz. 264 wordt gesproken van „door den Kroon aan een voorstel ingestorte rechtskracht"; op blz. 278 leest men „*op* de eerste plaats" waar „*in* de eerste plaats" bedoeld is; op blz. 300 wordt iets „verlang*t*" en speelt Zwitserland „geen groote*n* rol". Als ik nu zeg, dat ik al deze plaatsen heb aangestreept zonder speciale aandacht te besteden aan taal- en stijlfouten, dan valt hier een ernstig tekort aan verzorging van den vorm te constateeren.

Alles saamgenomen: een boek, dat goede verwachting voor de toekomst rechtvaardigt, mits nog heel wat aan- en afgeleerd worde.

ANEMA