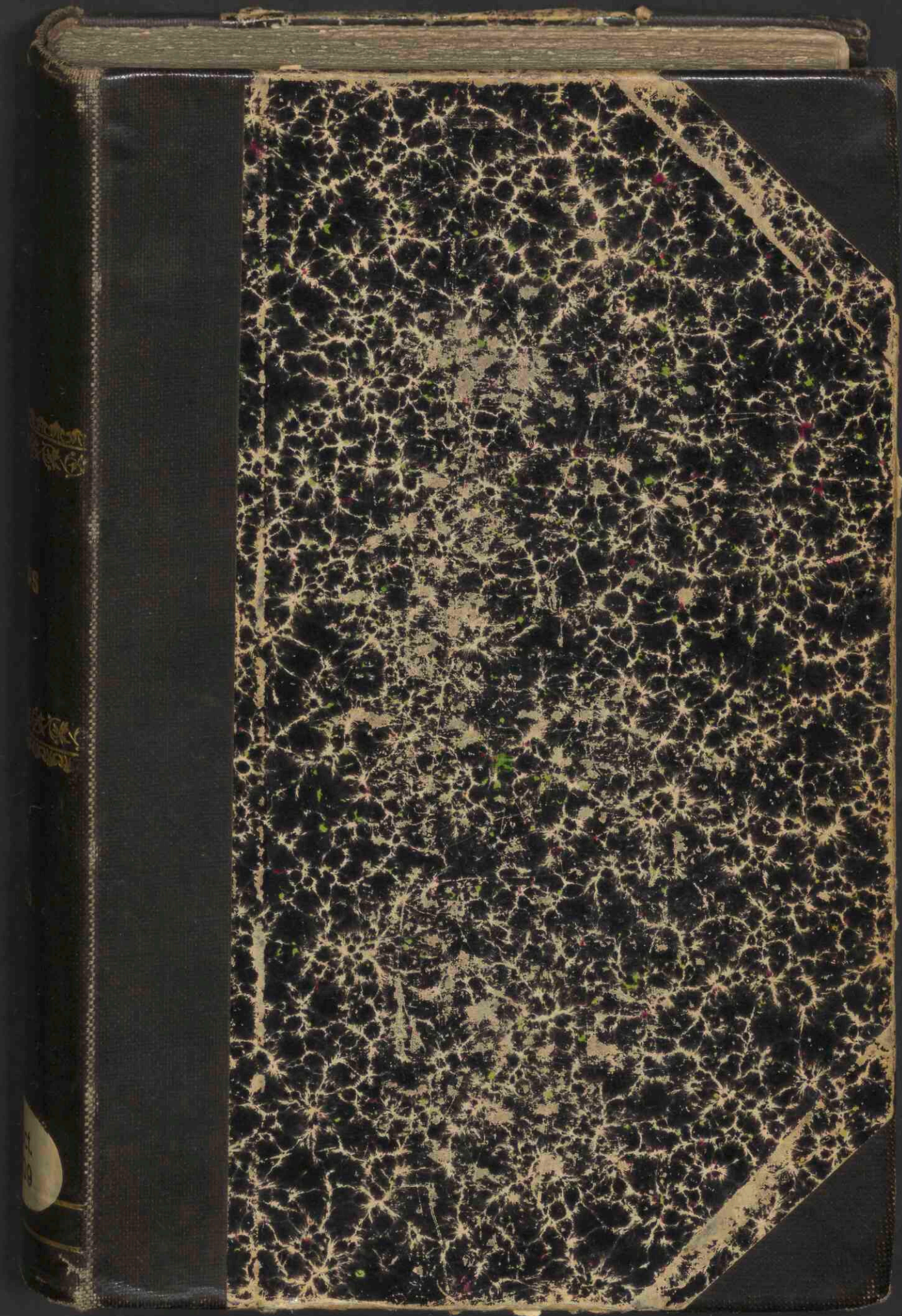


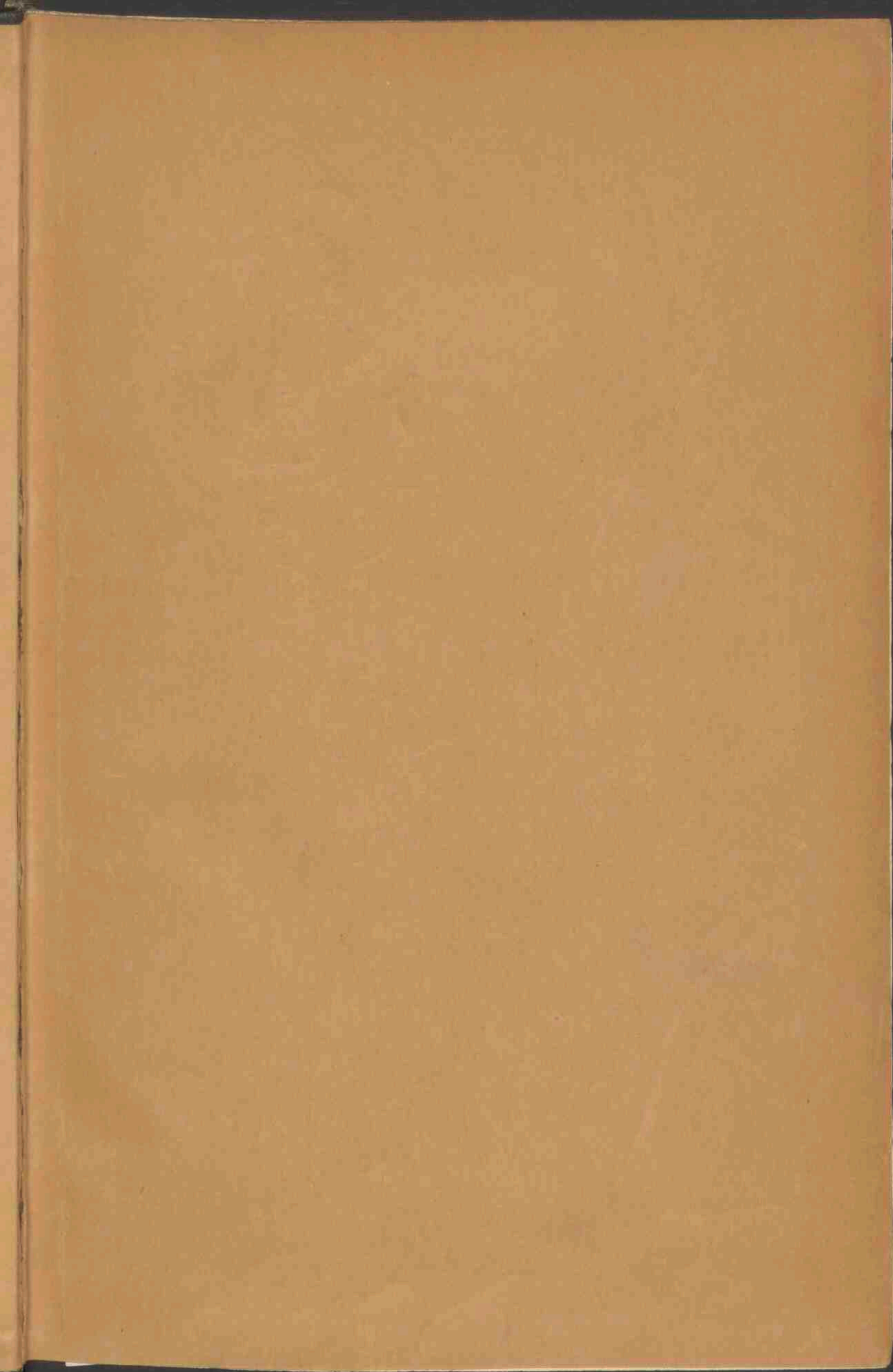


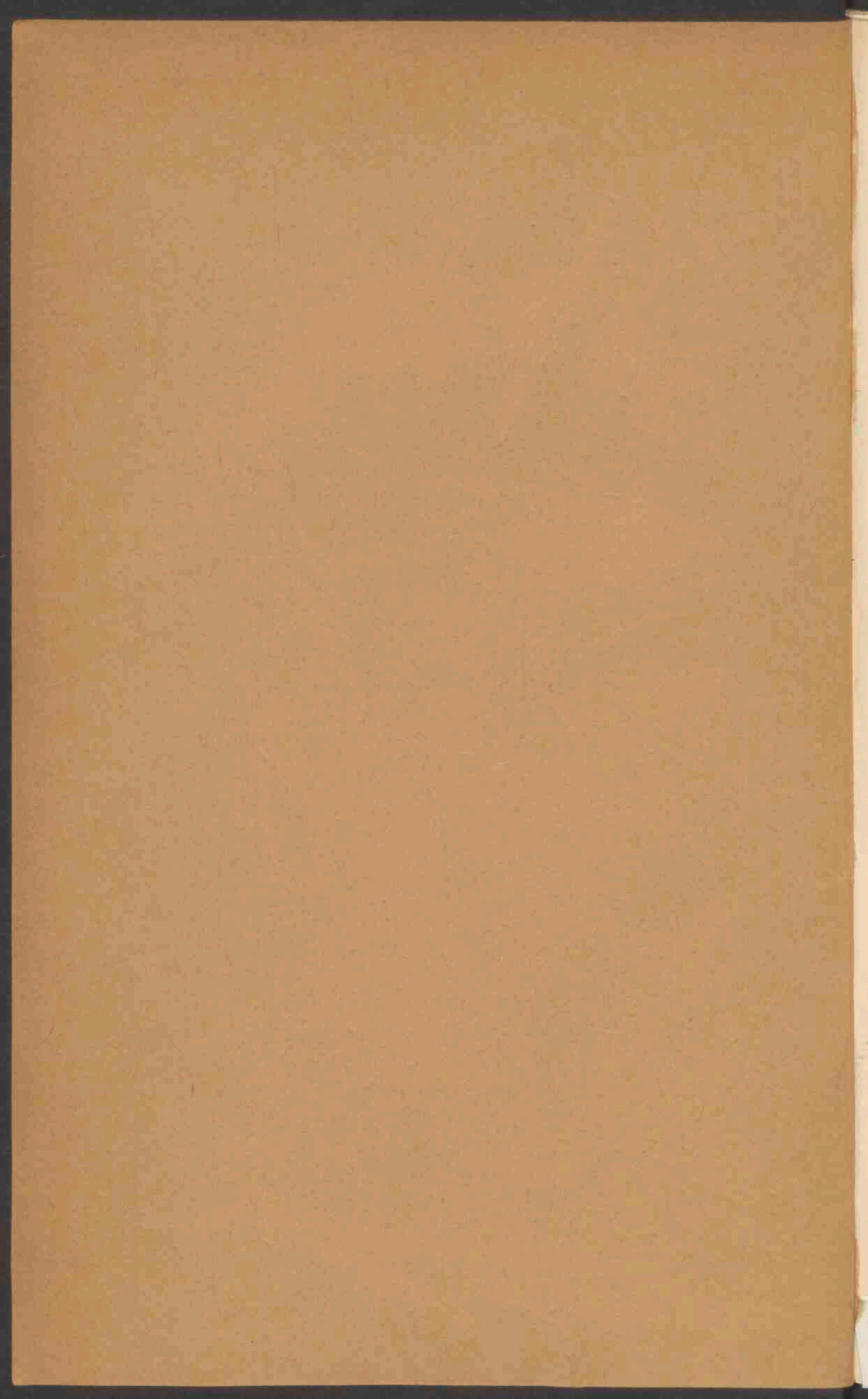
Themis : regtskundig tijdschrift : verzameling van bijdragen tot de kennis van het publiek- en privaatrecht.

<https://hdl.handle.net/1874/457033>



~~V.V.
26
F~~





26 D/F
L. oct 5009

THEMIS

Verzameling van bijdragen tot de kennis
van het publiek en privaat recht

onder redactie van

Drs S. J. M. van Geuns, J. Ph. Suijling
C. W. de Vries, Chr. Zevenbergen
C. W. van der Pot, W. P. J. Pompe

ZES-EN-NEGENTIGSTE DEEL

□ 1935 □



's-Gravenhage
BOEKH. VH. GEBR. BELINFANTE N.V.
1935

BIBLIOTHEEK DER
RIJKSUNIVERSITEIT

9 - NOV. 1935

UTRECHT



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

MEDE-ARBEIDERS

Dr A. ANEMA, hoogleeraar aan de Vrije Universiteit te Amsterdam, Haarlem.

Dr C. BAKE, oud-secretaris van den Raad van State, 's-Gravenhage.

Dr JOH. J. BELINFANTE, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.

Dr G. J. VAN BRAKEL, kantonrechter te Arnhem.

Dr S. G. CANES, vice-president van de Arrondissements-Rechtbank te Rotterdam.

Dr W. L. A. COLLARD, lid van het Gerechtshof te 's-Gravenhage.

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

Jhr Dr RH. FEITH, president van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.

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

Dr B. DE GAAY FORTMAN, lid van de Arr.-Rechtbank te Amsterdam.

Dr P. S. GERBRANDY, hoogleeraar aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

Dr C. J. HEEMSKERK, lid der Arr.-Rechtbank te Amsterdam.

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

Dr ED. JACOBSON, advocaat en procureur, Rotterdam.

J. G. KLAASSEN, oud-Bewaarder der Hypotheken en van het Kadaster, notaris, Amersfoort.

Dr PH. KLEINTJES, hoogleeraar aan de Gemeentelijke Universiteit van Amsterdam.

Dr J. VAN KUYK, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.

B. J. DE LEEUW, Thesaurier-Generaal, Ned.-Indië, Weltevreden.

Jhr Dr B. C. DE SAVORNIN LOHMAN, hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Utrecht.

Dr A. J. MARX, lid van de Arr.-Rechtbank te Rotterdam.

Dr J. C. NABER, oud-hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Utrecht.

Mr J. VAN DER POEL, hoofdinspecteur der directe belastingen enz. te Rotterdam.

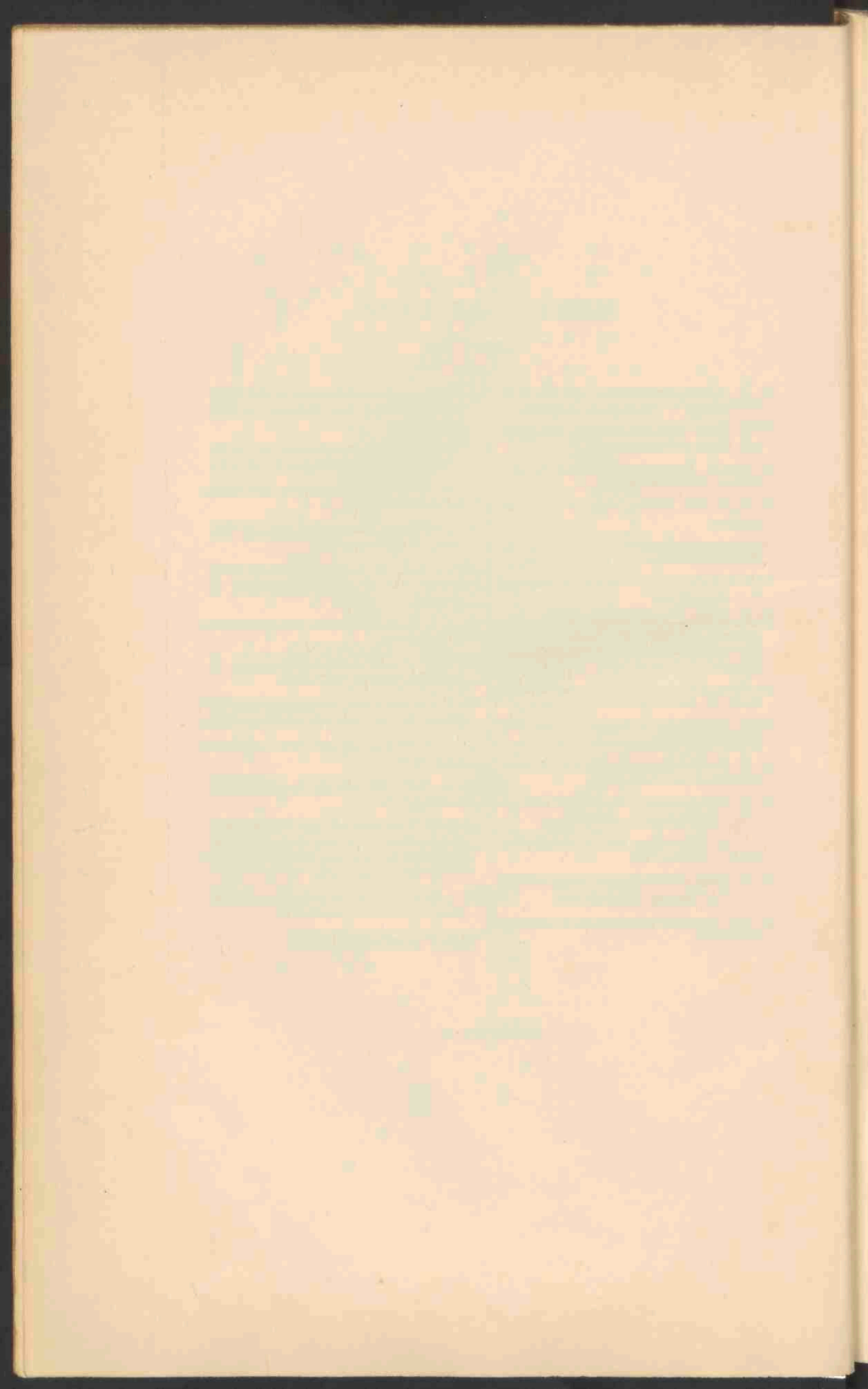
Dr A. ROMBACH, officier van justitie te Groningen.

Dr A. RUYS, lid van de Arr.-Rechtbank te Amsterdam.

Dr F. W. J. G. SNIJDER VAN WISSENKERKE, oud-president van den Octrooiraad en oud-directeur van het Bureau voor den industrieelen eigendom, 's-Gravenhage.

Dr J. M. VAN STIPRIAAN LUIJSCIOUS, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.

Dr H. VOS, advocaat, Leiden.



INHOUD

	Bladz.
<i>Thorbecke en Guizot</i> , door Dr L. W. G. SCHOLTEN, Utrecht . .	1
<i>Nationaal-Socialistisch Arbeidsrecht</i> , door Mr W. F. DE GAAY FORTMAN, 's-Gravenhage	33
<i>Algemeen schuldvereischte en de Leer van het materieele feit</i> , door Dr C. F. J. GOMBAULT, Rotterdam	46
<i>Onze krankzinnigenwet</i> . (De novelle van 1929), door Mr Dr S. J. M. VAN GEUNS, oud-Procureur-Generaal bij het Gerechtshof te Amsterdam	111
<i>Het standpunt van den Rechter</i> , door Mr H. R. HOETINK, Oud-Hoog- leeraar aan de Rechtschool te Batavia, Hoogleeraar aan de Gemeentelijke Universiteit van Amsterdam	134
<i>De beteekenis van art. 186 der Grondwet</i> , door Prof. Dr C. W. DE VRIES, Hoogleeraar aan de Nederlandsche Handelshoog- school te Rotterdam	160
<i>Het Volkenrecht der negentiende eeuw</i> , door Mr J. C. BAAK, Subst.-Griffier bij de Arr.-Rechtbank te Amsterdam, Membre adhérent de l'Académie Diplomatique Internationale. Oud- Directeur van de Ligue des Sociétés de la Croix-Rouge te Parijs	193
<i>De grondslag van het recht der Nederlandsche Bank tot het uitgeven of in omloop brengen van bankbiljetten</i> , door A. BOON, Candidaat-Notaris, Amsterdam	230
<i>Gemeenschapsrecht of de verrassende opgang van nieuwe rechts- beschouwingen</i> , door Jhr Mr C. M. O. VAN NISPEN TOT SEVENAER, Advocaat-Procureur, 's-Hertogenbosch	313
<i>Vaststelling van het begrip dwaling voor het Nederlandsch Burgerlijk Recht</i> , door Mr E. C. E. DE FROE, 's-Gravenhage	334
<i>Revolutie en Rechtsorde</i> , door Mr H. WINKEL, Advocaat-Procureur, Rotterdam	373
Dr J. CHR. F. VAN SANDICK, <i>De straftoemeting</i> . — 's-Gravenhage, Martinus Nijhoff, 1933, 409 blz.; — beoordeeld door Mr Dr S. J. M. VAN GEUNS, oud-Procureur-Generaal bij het Gerechtshof te Amsterdam	60

- Dr H. J. PIPPEL, *Sterilisatie*. — 's-Gravenhage, Martinus Nijhoff, 1933, 120 blz.; — beoordeeld door denzelfde 67
- Prof. Mr W. A. BONGER, *Problemen der democratie*. — P. Noordhoff N.V., 1934, Groningen-Batavia; — beoordeeld door Prof. Dr C. W. DE VRIES, Hoogleraar aan de Nederlandsche Handelshoogeschool te Rotterdam 75
- Geschriften van de Vereeniging voor Belastingwetenschap*. (Uitg. J. Muusses, Purmerend); — beoordeeld door Mr J. VAN DER POEL, Hoofdinspecteur der Dir. Belastingen, Invoerrecht en Accijnzen te Rotterdam 78
- De Couponbelastingwet 1934*, met uitvoeringsvoorschriften, toege- licht door P. KARMEK, Inspecteur der directe belastingen enz., gedetacheerd aan het Departement van Financiën, en Mr Dr E. TEKENBROEK, Advocaat en Accountant. — Uitg. Van Gorcum en Comp. N. V., Assen, 140 pag. f 2.75; — beoord. door denzelfde 83
- Mr W. L. P. A. MOLENGRAAFF, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsch Handelsrecht*, 2e dl., tweede stuk; *Verzeke- rings- en faillissementsrecht*, zesde druk, herzien door Mrs C. W. STAR BUSMANN en CHR. ZEVENBERGEN. — Uitg. De Erven F. Bohn N. V., 1934; — beoordeeld door Mr H. MULDERIJ, Advocaat-Procureur, Amsterdam 86
- J. VAN DER KOLK, *De oorzaak in het Fransche en Nederlandsche verbintenissenrecht*. Proefschrift, Utrecht. — Kemink en Zoon, Utrecht 1933; — beoordeeld door Mr A. WOLFSBERGEN, Advo- caat-Procureur, Rotterdam 90
- S. J. FOCKEMA ANDRÉE, *Het Hoogheemraadschap van Rijnland, zijn recht en zijn bestuur van den vroegsten tijd tot 1857*. Proefschrift, Leiden 1934. — N. V. Boek- en Steendrukkerij Eduard Ydo, Leiden; — beoordeeld door Dr J. PH. DE MONTÉ VER LOREN, Zeist 98
- Mr Ir M. M. VAN PRAAG, *Het vraagstuk der administratieve rechtspraak*. — N. Samsom N. V., Alphen a. d. Rijn 1934; — beoordeeld door Mr J. R. STELLINGA, Commies van Staat, 's-Gravenhage 166
- Mr J. THORS, *Het recht van terughouding* (Acad. Proefschrift, verdedigd te Amsterdam 10 Januari 1934); — beoordeeld door Mr Dr S. J. M. VAN GEUNS, oud-Procureur-Generaal bij het Gerechtshof te Amsterdam 171
- Mr G. J. VAN BRAKEL, *De bevoegdheden van den Kantonrechter in burgerlijke en in strafzaken*; — beoordeeld door Mr H. JUDELL, Advocaat-Procureur en Kantonrechter-plaatsvervanger te Bergen (N.-H.). 177
- C. GRUYS, *De strijd over de historische interpretatie*. — Utrecht, Ac. Proefschrift 1933; — beoordeeld door Dr G. J. VAN BRAKEL, Kantonrechter te Arnhem. 178

- Mr D. C. H. VERDAM, *Geschiedenis en inhoud der sociale wetgeving*. — Uitg. Handelswetenschappelijke Bibliotheek, Leiden; — beoordeeld door Prof. Dr C. W. DE VRIES, Hoogleraar aan de Nederlandsche Handelshoogeschool te Rotterdam 181
- J. N. ELENBAAS, *Handboek voor de beoefening van het Nederlandsche administratieve recht*, 5e druk (deel III, *Volksgezondheid*, bewerkt door Mr L. LIETAERT PEERBOLTE; deel IV, *Hinderwet* e. a., bewerkt door Mr A. KOELMA); — beoordeeld door Mr J. VINK 182
- H. WINKEL, *Le problème de la Juridiction suprême*. — Diss., Utrecht 1934 (Uitg. Kemink & Zoon, Utrecht); — beoordeeld door Mr Dr P. J. WITTEMAN, Advocaat-Procureur, Amsterdam 273
- Dr J. P. FOCKEMA ANDREAE, *Het geheim van de Raadkamer*. — 1934, Utrecht — Boekhandel H. de Vroede, 89 blz.; — beoordeeld door Mr Dr S. J. M. VAN GEUNS, oud-Procureur-Generaal bij het Gerechtshof te Amsterdam 277
- Geschriften der Vereeniging voor Belastingwetenschap*. — Uitgave J. Muusses, 1934, Purmerend; — beoordeeld door Mr J. VAN DER POEL, Hoofdinspecteur der Dir. Belastingen, Invoerrechten en Accijnzen te Rotterdam 286
- Het Nederlandsche Belastingrecht onder Hoofdleiding van Prof. Mr. J. PH. SUIJLING*. No. 5a, *De Registratiewet 1917. Supplement* op den 3en druk door Mr H. F. R. DUBOIS. — Uitg. Mij. W. E. J. Tjeenk Willink, Zwolle; — beoordeeld door denzelfde 293
- Inleiding tot de kennis van de wetten op de Inkomsten-, Vermogens- en Dividend- en Tantiëmebelasting* (in het bijzonder ten behoeve van het notarieel examen) met volledige wettekst. — Tweede herziene druk door A. J. VAN SOEST, Inspecteur der registratie en domeinen aan het Departement van Financiën en Candidaat-Notaris. — S. Gouda Quint, Arnhem 1935 — Ingehaaid f 8.—, gebonden f 9.— met register 280 blz.; — beoordeeld door denzelfde 293
- J. H. BEEKHUIS, *Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hare organen voor onrechtmatige daden*. — Proefschrift, Leiden. — Nijhoff, Den Haag, 1934; — beoordeeld door Mr A. WOLFSBERGEN, Advocaat-Procureur, Rotterdam 295
- Dr L. C. HOFMANN, *Het Nederlandsch Zakenrecht 1933 en Het Nederlandsch Verbintenissenrecht*, eerste deel, derde druk, 1933; — beoordeeld door Dr T. J. DORHOUT MEES, Rechter in de Arr.-Rechtbank te Utrecht 301
- J. N. ELENBAAS, *Handboek voor de beoefening van het Nederlandsche Administratieve Recht*. Deel II. *De Wetgeving betreffende het onderwijs*, bewerkt door J. C. LIGTVOET. — N. Samsom, Alphen a. d. Rijn, 1934; — beoordeeld door Mr P. MEYJES, 's-Gravenhage 305

- Het Nederlandsche Belastingrecht*, onder hoofdleiding van Prof. Mr J. PH. SULLING. No. 2, *De Wetten op de Vermogensbelasting en de Verdedigingsbelasting I*, door Dr P. J. A. ADRIANI, 4e druk. — N. V. Uitg.-Maatschappij W. E. J. Tjeenk Willink, Zwolle 1935, 497 pag.; — beoordeeld door Mr J. VAN DER POEL, Hoofdinspecteur der Directe Belastingen, Invoerrechten en Accijnzen te Rotterdam 397
- Dr B. VAN DEN TEMPEL JZN, *Publieke en semi-publieke ondernemingen*. — N. Samsom N. V., Alphen aan den Rijn, 1935; — beoordeeld door Prof. Dr G. W. VAN DER POT, Hoogleraar aan de Rijks-Universiteit te Groningen 403
- L. VAN PRAAG, *Juridiction et Droit international public. La juridiction nationale d'après le droit international public coutumier en temps de paix*. Supplément. — Librairie Belinfante Frères, La Haye, 1935; — beoordeeld door denzelfde . . . 409
- Dr J. VALKHOFF, *Twee nieuwe staatsvormen. Fascistische en Sowjetstaat. Overeenkomst en verschil*. — N. V. Uitgevers-Mij. Kosmos, Amsterdam, 1935; — beoordeeld door denzelfde . . 410
- Rechtspraak in ambtenarenzaken I*, 1 Maart 1933—1 Maart 1934, bewerkt door Mr C. J. F. CALJÉ. — N. V. Boekhandel vh. Gebr. Belinfante, 's-Gravenhage, 1934; — beoordeeld door denzelfde 411
- B. J. BELLAAR SPRUYT, *Het collectieve merk en de merkenbescherming in Nederland*. (Dissertatie); — beoordeeld door Prof. Mr J. VAN LOON, Bijzonder hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Utrecht, Deventer 412
- H. F. C. BELTMAN, *Steunregeling en Armenwet*. Ac. Proefschr., Amsterdam 1934. — N. V. Boek- en Steendrukkerij „De IJssel”, vh. R. Borst en Co., Deventer; — beoordeeld door Mr Dr S. J. M. VAN GEUNS, oud-Procureur-Generaal bij het Gerechtshof te Amsterdam 413
- Mr J. C. VAN OVEN, Hoogleraar te Leiden, *Overzicht van Romeinsch Privaatrecht*. — (N. V. Uitgevers-Maatschappij W. E. J. Tjeenk Willink, Zwolle 1934, 121 blz.); — beoordeeld door Dr J. M. NAP, Referendaris bij den Raad van State, 's-Gravenhage 417
- Dr P. D. PESTMAN, *De bescherming van den hypotheekhouder tegen beschadiging van den verbonden opstal door middel van verzekering*. Amsterdam 1934; — beoord. door Mr H. MULDERJE, Advocaat-Procureur, Amsterdam 427
- Mr CHR. ZEVENBERGEN, *Leerboek van het Nederlandsche Recht der Order- en Toonderpapieren*, 1e Ged., 3e dr. — N. V. Uitg.-Maatschappij W. E. J. Tjeenk Willink, Zwolle 1934; — beoordeeld door Mr G. H. A. GROSHEIDE, Adv.-Proc., Amsterdam 431
- Inhoud van binnen- en buitenlandse rechtsgeleerde tijdschriften* 105, 188, 307, 436

THEMIS

XCVIste DEEL — EERSTE STUK

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

Thorbecke en Guizot

THORBECKES denkbeelden en THORBECKES daden beteekenen een breuk in de geschiedenis der negentiende eeuw. Wie zijn geschriften vergelijkt met die van zijn onmiddellijke voorgangers en tijdgenooten, gevoelt terstond het diepgaande verschil. JOHAN MELCHIOR KEMPER, zijn zoon DE BOSCH KEMPER, de Amsterdamsche hoogleeraar DEN TEX, het zijn allen voorbeelden van denzelfden, wat zelfgenoegzamen, klassiek georiënteerden Hollandschen geest. Slechts HOGENDORP vertoont nu en dan frissche originaliteit.

Stel daartegenover THORBECKE.

Het is cliché geworden, zijn stijl gespierd te noemen.

Maar schenk dan aandacht aan den inhoud.

THORBECKES vragen zijn onze vragen.

Zijn probleemstelling is onze probleemstelling.

Zijn staatkundige visie is nog in veel opzichten modern.

Nog steeds is het onopgehelderd, hoe THORBECKE zich die inzichten heeft verworven. Zeker geschiedde dit niet aan het Amsterdamsche Athenaeum, noch aan de Academie te Leiden. Waarschijnlijk aanvaardde THORBECKE zijn studiereis naar Duitschland met een

geestelijke bagage, die weinig afweek van wat de sfeer der Nederlandsche universiteiten bood. Eerst in Duitschland is hij de wijsgeerige en historische richting heengezogen, die hem bij de staatswetenschappen zou brengen. Daar kwam hij onder invloed van SCHELLING en KRAUSE, van EICHHORN en SAVIGNY (1).

Maar is daaruit zijn staatsconceptie verklaard?

Het is een feit, dat THORBECKE nauwlettend had kennis genomen van de toenmalige Deutsche constituties (2). Die kennis kan hem echter moeilijk tot navolging hebben geleid, want de meeste daarvan zijn gebaseerd op de gedachte der standenmonarchie (3) en steeds en voortdurend heeft THORBECKE aan de Nederlandsche standen gelijke juridische beteekenis ontzegt (4).

Ook met de Engelsche staatsinstellingen was hij vertrouwd. Hij kende de gezaghebbende schrijvers als BLACKSTONE van nabij. Toch stond hij zeer afwerend tegen het parlementaire stelsel, het hart van het Engelsche politieke systeem en met kracht wees hij nog in zijn Narede (5) de nabootsing af, van hetgeen in Groot-Britannië door particulier gewoonterecht bestond. En inderdaad, nimmer was THORBECKE voorstander van een partijregeering als daar gebruikelijk is.

Er is echter nog een derde mogelijkheid en wel beïnvloeding door GUIZOT. VAN HOUTEN verdedigde

(1) v.g. hiervoor o. a. mijn: *Het blijvende bij Thorbecke* in *Stemmen des Tijds*, XXII, pag. 361 v.

(2) THORBECKE citeert in zijn Aanteekening op de Grondwet de constituties van Altenburg, Beieren, Brunswijk, Hessen, Meiningen, Pruisen e. a.

(3) v.g. de verwijzingen naar de constituties van Beieren en Pruisen; Hervorming van ons Kiesstelsel, pag. 3 noot 1.

(4) zeer sterk, Herv. Kiesstelsel, pag. 4 v.

(5) t. a. p. pag. XIII.

deze meening reeds in zijn geschrift „*De Staatsleer van Thorbecke*” (6): „THORBECKE heeft voorliefde voor een ministerieele dictatuur als van GUIZOT De Fransche ministers van de Julymonarchie zijn THORBECKES voorbeelden”.

Ook KRANENBURG heeft in zijn *Nederlandsch Staatsrecht* de aandacht op THORBECKES verhouding tot dezen Franschen staatsman gevestigd (7). Aanleiding vond hij daarvoor in het korte stukje, dat THORBECKE later in zijn *Historische Schetsen* heeft opgenomen en waarin een waardeerende en corrigeerende critiek in weinig woorden is samengeperst (8). Hij had nog een tweede aanleiding kunnen vinden. Ook de Narede begint met een zinsnede over GUIZOT. En wie GUIZOT kent, proeft daar ook verder uitdrukkingen, die kennelijk heenwijzen naar diens staatkundig systeem.

Merkwaardig, aan den ingang van zijn politieke carrière, Maart 1848, en bij het einde in zijn politieke testament van 1869, vestigt THORBECKE de aandacht op GUIZOT. Reeds daarom zou er reden te over zijn beider verhouding te onderzoeken.

Er is echter nog meer overeenkomst.

Beide zijn als historicus hun loopbaan begonnen en via de staatsgeschiedenis in de politiek gekomen.

Het afgepast doctrinaire van GUIZOT ziet men ook bij THORBECKE. Beider afkeer van populariteit was in het ooglopend (9).

De bovenmatige bewondering van het parlementair debat vond men bij den een en den ander (10).

(6) t. a. p. pag. 30.

(7) t. a. p. I pag. 196.

(8) *Historische Schetsen*, pag. 196 v. d.d. 7 Maart 1848.

(9) GUIZOT, *Mémoires*, VII pag. 3.

(10) v.g. o. a. GUIZOT: *L'église et la société chrétiennes*, pag. 4; THORBECKE, *Voorrede Parl. Red.*, pag. VIII en IX; Narede V.

En het censuskiesrecht, dat THORBECKE verdedigde, vindt op tal van plaatsen analogie met dat van GUIZOT.

Eigenaardig, dat zelfs de nieuwste schrijvers over THORBECKE zich wel verdiepen in vragen van secundaire beteekenis, b.v. of zijn vader al of niet een fatsoenlijk, maar onbemiddeld burger was, maar zich weinig gelegen laten liggen aan de vraag, van welke herkomst toch wel zijn staatkundig systeem was. Te meer merkwaardig, omdat THORBECKE herhaaldelijk zijn opvattingen genoemd heeft een onderdeel van algemeene West-Europeesche verschijnselen, van een modern constitutioneel jus gentium (11).

De bedoeling van de volgende studie is nu een vergelijking te treffen tusschen THORBECKE en GUIZOT.

Bezien wij eerst het milieu, waaruit beiden zijn gesproten, dan is zekere overeenkomst aanwijsbaar. GUIZOT was geboren uit een Fransch Protestantsch geslacht en zag zijn levensbeschouwing ontstaan onder den invloed van den rationalistischen voorrevolutionairen gedachtenkring, die zich onder anderen in het aristocratisch salonleven uitte. Zelf noemt hij zich te behooren tot hen, die door de beweging van 1789 naar voren zijn gebracht en niet van zins waren na de Restauratie hun plaats weer te ruimen.

Iets dergelijks zien wij bij THORBECKE. Zijn meer vrijzinnige Luthersche afkomst plaatste hem afwerend tegen al wat herstel van de staatskerk, herstel van de orthodoxie beoogde.

Maar dan houdt de overeenkomst op.

GUIZOT zag zijn vader onder de guillotine vallen. De gruwelen van de Revolutie maakte hij van nabij

(11) Aant. Grondwet² I, Voorrede XIII en passim.

mee. Begrijpelijk is dus zijn afkeer van al wat aan de Revolutie herinnert (12).

THORBECKE kwam tot ontwikkeling onder het vaderlijk bestuur van WILLEM I. 1830 en 1848 volgde hij uit de verte. Zoo miste hij de aanleiding, om zich als GUIZOT tot de orthodoxie te wenden.

GUIZOT voerde steeds strijd tegen twee zijden. Aan de eene zijde tegen hen, die in de Revolutie niets dan dwaling en misdaad zagen en slechts herstel van het ancien régime beoogden. Aan de andere zijde tegen diegenen, welke de beginselen der Revolutie goedkeurden, maar alleen de uitspattingen betreurden. De Charte constitutionnel, het verbond van legitimiteit en liberale vrijheid, was van Guizots streven de belichaming.

Een dergelijke dubbele positie vroeg de tijd in het algemeen van THORBECKE niet. Hij had in de gevestigde staatsorde voldoende steunpunt en kon van daar uit het conservatisme der regeering aanvallen. Ook waren hier te lande niet de uiterste groepen aanwezig, die in onverzoenlijke tegenstelling met de constitutie leefden.

Het spreekt vanzelf, dat het verschil in hetgeen de staatkundige toestand vroeg de opvattingen van THORBECKE en GUIZOT heeft gevarieerd. Toch zijn hun onderlinge verschillen niet alleen op deze wijze te verklaren.

Aan een enkel punt hoop ik dit nader aan te toonen.

Beschouwen wij daartoe eerst hun opvattingen over de soevereiniteit. Wat verstaat Guizot daaronder?

Hij ziet zich aan de eene zijde geplaatst tegenover de staatstheorie van het ancien régime, die de souve-

(12) Mémoires, Paris 1859, II pag. 240, 397; L'église et la société chrétiennes, pag. 218.

reiniteit in vollen omvang deed berusten bij den vorst: *Quod principi placuit legis habet vigorem*.

Aan de andere zijde neemt hij positie tegenover de leer van ROUSSEAU, die de *volonté générale* algemeene dwangbevoegdheid gaf.

Beide wijst GUIZOT af. Hij zoekt een ander steunpunt, dat niet gelegen is in de wil des vorsten, of in de wil van de meerderheid. Gelet op zijn afkomst is het niet te verwonderen, dat hij dit zoekt in een meer rationalistisch getinte opvatting over het wezen des rechts. Hij plaatst zich daarmede tusschen het dogmatisme der achttiende eeuw, vertegenwoordigd door WOLFF en KANT, en de historische richting zijner dagen. Aan de eerste verwijt hij een apriorische, theoretische vaststelling van het recht, afgeleid uit een geïsoleerden mensch. Bij de laatste ziet GUIZOT gemis aan eerbied voor algemeen geldende beginselen. Evenzeer als de waarheid er is voor dat de mensch haar kent, evenzeer bestaat het recht voor het zich in de samenleving verwerkelijkt. Bij die verwerkelijking van het recht versmelt het steeds min of meer met macht. Maar deze afwijking van het zuivere begrip des rechts kan nooit zoover gaan, dat de maatschappij zich geheel alleen aan de macht onderwerpt. Steeds blijft ook een regel van recht gelden. En die rechtsregel m a a k t de mensch niet, maar hij o n t v a n g t hem van boven.

Het individu is niet vrij, maar onderworpen aan hogere wetten. Deze vinden hun oorsprong in een sfeer, waar niet gesproken wordt over vrijheid, of over wat men wil of niet wil. Daar wordt de vraag gesteld, of iets waar is of valsch, rechtvaardig of onrechtvaardig.

Die hogere wetten worden gekend door een instinct voor waarheid en recht en rede, dat leeft op den bodem van ieder menschenhart. Het hoogste en

wezenlijke kenmerk van den souvereiniteitsdrager is nu, zegt Guizot, dat hij die hoogste wet tot openbaring zoekt te brengen.

Daaruit volgt, aldus Guizot, dat de volledige souvereiniteit niet kan berusten bij één mensch (dit tegen het ancien régime), maar ook niet bij alle leden of de meerderheid der volksgemeenschap. In beide gevallen zou die ééne persoon, of die allen of die meerderheid volkomen weten, wat de rede, de waarheid en de rechtvaardigheid eischen.

Daarom ontwikkelt Guizot een stelsel, waarin de souvereiniteit niet wordt verbonden aan een of meer door uiterlijke kenmerken aangewezen personen. Elke maatschappij is namelijk op de trap van haar ontwikkeling gekomen tot een zekere kennis van de goddelijke wet. De elementen van die kennis liggen echter door de gansche maatschappij verspreid. Het is nu de taak der regeering deze verspreide elementen te verzamelen. Als regeering, als souvereiniteitsdrager legitimeert zich nu het orgaan, dat uit den boezem der maatschappij de rede, de waarheid en het recht trekt, en deze hebben alleen de bevoegdheid over ons te regeeren.

De staatsphilosophische beschouwingen, waarvan het bovenstaande een korte resumptie is, vindt men in een college, door Guizot gehouden in de jaren 1820 en 1821 (13).

Ongeveer in denzelfden tijd verscheen van THORBECKES hand een anonieme brochure, waarin gelijksoortige beschouwingen worden aangetroffen. Met deze *Bedenkingen aangaande het Regt en den Staat*

(13) Histoire des origines du Gouvernement représentatif en Europe, I en II, Bruxelles, WOUTERS 1851; I pag. 68—91; II pag. 175—180.

opponeerde hij tegen KINKERS *Brieven over het Natuur-regt*, welke deze geschreven had tegen de staatsleer van BILDERDIJK, zooals die was vervat in diens *Korte ontwikkeling der gronden van het Natuurregt* (14).

THORBECKE staat hier in een positie, die eenigszins vergelijkbaar is met die van GUIZOT. BILDERDIJK vertegenwoordigt het ancien régime met zijn streng absolutistische denkbeelden. KINKER sluit zich aan bij KANT (15).

Het standpunt van BILDERDIJK, geïnspireerd door de staatstheorie van HOBBS, noemt THORBECKE (16) „niet-tegenstaande eenige, ten deele ware stellingen, in de uitvoering door vooroordeelen verwrongen, valsch en verkeerd, en dientengevolge verderfelijk”.

Nu had KINKER BILDERDIJK bestreden op den grondslag van een identificatie van zedelijkheid en redelijkheid. Het recht zou dan onder de zedelijkheid gesubordineerd zijn. THORBECKE verzet zich met kracht tegen deze onderschikking (17). „Op andere boomen groeien andere vruchten; en het is voor het staats- en regtsleven verre van onverschillig, of het besef en de behandeling des regts uit deszelfs waren stam spruite, dan als een vondeling door de zedelijkheid wordt opgevoed. Zedelijkheid en regt strijden zoo weinig tegen elkander, dat zij integendeel onderling in het innigst verbond en verband staan, en elkanders wasdom op alle punten van aanraking bevorderen: maar desniettegenstaande, of liever hiermede in overeenstemming is elk van beide zelfstandig, en heeft een eigen, aan het ander tegengesteld wezen en gebied”.

(14) De brochure van THORBECKE verscheen in 1825.

(15) v.g. voor de denkbeelden van KINKER: VAN DER WIJCK, *Levensbericht van Mr. Joh. KINKER*, Groningen 1864 en de daar geciteerde litt.

(16) t. a. p. voorrede pag. VI.

(17) t. a. p. pag. 1 v.

Nadat THORBECKE zoo een eigen plaats voor het recht heeft gevindiceerd, moet hij het eigen karakter daarvan aantoonen. Geheel anders dan GUIZOT volgt THORBECKE een zuiver rationalistische methode. Men gevoelt daarbij terstond, dat THORBECKE verreweg de meerdere is van GUIZOT in het behandelen van wijsgeerige problemen.

„Het regt”, aldus THORBECKE (18), „is een van handeling of wil onafhankelijke betrekking, welke behoort tot het wezen en de voltooiing van het menschelijk bestaan. Deze betrekking wordt door de rede aangegeven. Regt heeft het individu op ieder deel van den uitwendigen samenhang, waarmede hij een geheel uitmaakt, inzoover van dat deel betoogd kan worden, dat zonder deszelfs daarstelling het wezen zich niet op de met de rede strookende wijze te ontvouwen in staat is.”

THORBECKE deduceert dus de omvang van het recht, dat iemand toekomt, zuiver rationalistisch uit het begrip persoon. GUIZOT daarentegen noemde het recht de grens van den wil van iemand, aan dezen door zedelijk inzicht kenbaar gemaakt (19). Deze grens werd dus bepaald door een zeker instinct voor waarheid, recht en rede en afgeleid uit de samenleving.

In ander opzicht is er groote overeenkomst. Ook THORBECKE verwerpt een zuiver empirische rechtsleer. „Het recht is meer dan het verschijnsel. Een regel is recht, onafhankelijk van het bewustzijn. Wij hebben steeds een eeuwig recht in het oog, dat niet tot de verschijnselen behoort” (20).

Daarom kan THORBECKE met GUIZOT de leer van het contractum sociale verwerpen, omdat deze het recht

(18) t. a. p. pag. 27.

(19) Hist. Gouv. repr. II pag. 176.

(20) Bedenkingen, pag. 61.

in wilsovereenstemming zijn verbindende kracht zou doen vinden (21). Eveneens kan hij met Guizot betwisten, dat het recht alleen in macht zijn oorsprong kan hebben.

Bijzonder scherp komen de opvattingen van THORBECKE uit bij zijn constructie van de rechtsgemeenschap, de staat. KINKER had deze laten ontstaan uit de gelijke werking der gelijke rede bij alle individuen. Terecht had THORBECKE het onvoldoende van deze redeneering aangetoond (22).

THORBECKE past hier dan toe zijn algemeen philosophisch beginsel van de zelfstandigheid van het geheel en de zelfstandigheid van de onderdeelen (23). De gemeenschap is een eigen rechtswezen, waaraan eigen rechten toekomen, die uit zijn eigen wezen voortvloeien, evenals elke afzonderlijke persoon een eigen rechtswezen is met eigen rechten (24).

De staat is dus bij THORBECKE even oorspronkelijk als de persoon. De staat heeft ook eigen rechten, die voortvloeien uit zijn persoonzijn (25). De Overheid heeft deze rechten uit te oefenen.

GUIZOT ziet de staatsorganisatie steeds in betrekking tot haar doel. Die organisatie is de beste, welke het zuiverst de in de samenleving aanwezige elementen van de waarheid, de rede en het recht trekt.

THORBECKE beschouwt publiek recht als de verhouding van geheel en deelen. Zijn staatsorganisatie is zuiver het resultaat van een begripsmatige analyse.

Ondanks dat zien wij toch vaak treffende overeenkomst. Deze is echter voornamelijk uiterlijk. Uit een

(21) t. a. p. pag. 63.

(22) t. a. p. pag. 13—21.

(23) v.g. mijn hierboven geciteerd artikel Het blijvende bij THORBECKE.

(24) Bedenkingen, pag. 69.

(25) t. a. p. pag. 109.

vergelijking van beider inzichten omtrent de staatsstructuur blijkt dit duidelijk.

Guizot knoopt daarvoor aan bij zijn souvereiniteitsleer. De rechtvaardigheid, de rede, de waarheid moeten uit de maatschappij geëxtraheerd worden. Voor deze functie is, meent Guizot, de eene mensch meer geschikt dan de andere. Die geschiktheid wordt door den staat niet verleend, maar zij is er reeds en behoeft slechts te worden herkend, om te worden erkend. In zekeren zin is de geschiktheid, de capaciteit, dus legitiem.

Guizot construeert nu zijn staatsorganisatie op deze legitieme capaciteit. De souvereiniteit moet verdeeld worden naar de geschiktheid. Eerst vraagt men zich af, welke handeling er verricht moet worden. Dan gaat men na, wie daarvoor de geschiktheid bezit. Die geschiktheid moet niet alleen van te voren worden aangetoond, zij staat ook onder voortdurende controle. Guizot zegt niet, in tegenspraak met de leer der volkssouvereiniteit, dat de meerderheid altijd gelijk heeft. Hij stelt de mogelijkheid, dat de rede, de waarheid en het recht zijn aan de zijde van de minderheid. Daarom wordt deze uitgerust met alle mogelijke middelen, waardoor zij kan aantoonen, dat zij inderdaad gelijk heeft. Op dezen grond verdedigt Guizot de verantwoordelijkheid der ministers, de openbaarheid der regeeringshandelingen, de persvrijheid enz.

Zoo verdedigt hij ook de machtendeeling. Immers de feitelijke macht is slechts van rechtswege macht, insoover zij handelt overeenkomstig de waarheid, de rede en het recht. Aangezien niemand deze in al haar volkomenheid bezit, moet men de Overheid voor de noodzaak stellen te zoeken, wat de rede, de waarheid en de rechtvaardigheid eischen. Zulks doet men, als men elk overheidsorgaan slechts zooveel macht toe-

kent, dat zij voortdurend heeft aan te toonen, dat zij van rechtwege haar macht uitoefent. Zoo moet men komen tot een verdeeling van machten.

GUIZOT onderscheidt er vier: de Koning, de twee kamers van volksvertegenwoordiging en het kiezers-corps. Zij hebben slechts één doel, zich door discussie een eenstemmige meening te vormen.

Geen van deze machten is souverain, want geen van hen wordt geacht het recht volledig te kennen. De kiezers zijn niet de ware vertolkers van het recht, evenmin als de Pairs of het Huis van Afgevaardigden of de Koning. De kiezers hebben niet van te voren hun wil aan de afgevaardigden op te leggen. Het kiesrecht is geen souverain recht, maar een recht van zeer beperkte strekking. Het vormt het beweeglijke en bewegende element, dat noodig is, om de feitelijke souverainiteit voor degeneratie te behoeden. De openbaarheid der debatten, door de drukpers nog versterkt, is een uitnoodiging tot ieder, om mede te werken bij het zoeken van de waarheid.

Hieruit volgt onmiddellijk, dat de volksvertegenwoordiging ook geen vertegenwoordiging is van willen van souvereine individuen. Zij is slechts een orgaan, om de elementen van de kennis der goddelijke wet, die elk voor zich onvolledig zijn, te verzamelen, om daardoor die goddelijke wet de feitelijke macht te verschaffen. De wettelijke macht der „raison publique” moet feitelijke macht worden.

Daarom mogen tot de verkiezing van leden der volksvertegenwoordiging slechts diegenen medewerken, die de capaciteit om te kiezen bezitten. Ook deze geschiktheid wordt niet toegekend, maar slechts herkend en dan erkend, en wel als regel door een onderzoek in te stellen naar de vrije beschikking over persoon en goederen.

De verkiezing zelf moet niet in het geheim geschieden, maar na onderlinge discussies door colleges, die ook op ander terrein, b.v. als locale bestuurslichamen, samenwerken. Toch is Guizot geen bewonderaar van het systeem der indirecte verkiezingen, omdat op deze wijze het bewegende element te veel wordt verzwakt en er te licht coterietjes ontstaan.

Het volksorgaan wil hij splitsen in twee kamers, om zoodoende aansluiting te kunnen zoeken bij de structuur der maatschappij. Dan komen de hooger geclasseerden tevens te midden van huns gelijken en worden daardoor gedwongen niet door hun persoonlijk overwicht, maar door de kracht van hun argumenten hun meening ingang te doen vinden.

Voor een vruchtbare doeltreffende werking der volksvertegenwoordiging acht Guizot het bestaan van partijen noodzakelijk. Deze moeten zich vormen om een gemeenschappelijk staatkundig beginsel en streven naar een gemeenschappelijk doel. Maar bij alle verschil moeten de partijen toch een gemeenschappelijke wettelijke grondslag hebben. Geen der partijen moet naar vernietiging der anderen streven, of naar het omstooten der staatsorde. In een vrij land, waar men ook op de toekomst let, zijn de staatkundige partijen de dragers van het staatkundige leven (26).

In zijn *Mémoires* geeft Guizot een uitvoerige uiteenzetting over de positie van een monarch. Hoofdzaak is voor hem, dat deze zijn troon dankt aan erfrecht. Het is het algemeene legitimiteitsprincipe toegepast op de functie van den vorst. Het erfrecht is dan een

(26) *Hist. Gouv. repr.* I pag. 73—96; II pag. 83—90, 142—148, 159—164, 193—194; *De la démocratie en France*, 1849 Bruxelles, Kiessling et Cie, pag. 55—58; *Pourquoi la révolution d'Angleterre a-t-elle réussi?* Bruxelles, Méline 1850, pag. 66.

tegenwicht tegen het electoraal beginsel, dat de andere staatsorganen beheerscht.

„Maar deze troon”, aldus Guizot, „is geen leege stoel, die men door een voorwerp bezet heeft verklaard, opdat geen ander er op zal plaats nemen. In die stoel zit een persoon met verstand en wil, met eigen denkbeelden en gevoelens, wenschen en verlangens als ieder levend wezen. Zijn taak is het te regeren in overeenstemming met die andere groote machten, met hun instemming, hun bijval en hun ondersteuning. De taak der ministers bestaat niet in het doen heerschen van de macht des Konings, noch in het doen heerschen van de macht der volksvertegenwoordiging. Het ministerie heeft de gedachten van alle samenwerkende organen tot een te herleiden” (27).

In korte trekken is hiermede de staatsstructuur volgens Guizot geteekend. Zij bleek geheel consequent te zijn afgeleid uit één gedachte: de heerschappij van de rede, de waarheid en het recht is de eenige, die geoorloofd is. Deze opvatting huldigde Guizot als theoreticus; zij bleef ongewijzigd, ondanks zijn langdurige practisch politieke loopbaan. Nooit mag men dus een bepaald onderdeel denken zonder deze grondgedachte.

Op een andere plaats meen ik te hebben aange-toond, dat ook bij THORBECKE zulk een blijvende gedachte is aan te wijzen. Het is zijn begrip van het wezen van het organische, volgens welke en aan het geheel en aan de onderdeelen gelijke zelfstandigheid toekomt (28). Toegepast op de geschiedenis beteekent

(27) v.g. ook een merkwaardige uitspraak over de revolutie van 1830: *Nous ne choisissons point un Roi; nous trahisons avec un prince que nous trouvions à côté du trône*, Mémoires, II pag. 24 v.

(28) v.g. hiervoor mijn boven geciteerd artikel Het blijvende bij THORBECKE.

dit, dat er in elk tijdvak iets eigens schuilt, een zelfstandige kracht werkt. Voor den enkeling tegenover het historisch gebeuren houdt dit in, dat elk individu gebonden is in het geheel der natie en tevens aan wat voorbijging, maar toch ook weer zoo, dat ieder mensch iets eigens, iets apart heeft, waardoor hij tegelijkertijd een afzonderlijk geheel is, dat een eigen leven leidt. Daarmede is dan ook de taak van den staatsman gegeven. Hij heeft het eigen beginsel van beweging van het tijdvak, waarin hij is geplaatst, te onderkennen, om daardoor inzicht te verkrijgen in den algemeenen stand der dingen, waarheen de beweging leidt. Hierdoor zien wij in de staatsbeschouwing van THORBECKE een sterke historische inslag, die wij bij GUIZOT missen.

Het beginsel der volkssouvereiniteit zag THORBECKE als de drijvende kracht. Het jaar 1830 had hem geleerd, dat de Fransche revolutie geen afgesloten tijdvak was. Integendeel „al de werken, welke onzen leeftijd tusschen deze en de eerste Fransche omwenteling opgeworpen had, schijnen ineen te storten en over derzelver puin opent zich de breede weg, welke beide omwentelingen verbindt”.

Krachtens zijn wijsgeerig principe heeft THORBECKE nu dit beginsel te aanvaarden en voor zijn tijd bruikbaar te maken. Vooral in de jaren 1841 tot 1845 is hem dit bewust geworden (29).

Maar al aanvaardt THORBECKE het algemeen Europeesch beginsel, „de beweegoorzaak van onzen vormdriftigen tijd”, dat de geregeerden tevens regeerders zijn, toch ontveinst hij zich niet de destructieve werking van het principe der volkssouvereiniteit. Deze

(29) v.g. hiervoor de tweede uitgave van de Aanteekening; zeer zuiver zijn rede over Het hedendaagsche Staatsburgerschap, opgenomen in Hist. Sch. en de stukken bij het voorstel der Negenmannen, passim.

moet hij neutraliseeren door een juiste organisatie. „Niet over het beginsel, maar over de organisatie zal meer en meer in Europa de strijd gevoerd worden” (30).

Door een en ander zijn de gedachten van THORBECKE over de staatsstructuur volkomen bepaald. Gaan we dit op enkele punten na.

Letten wij eerst op zijn denkbeelden over de gewestelijke en plaatselijke autonomie. Hij ziet steeds provincie en gemeente als deel van den staat en als zelfstandig geheel. De ééne kracht der volkssouvereiniteit moet organiek worden gemaakt, door ze te laten werken in het centrale staatsorgaan en op de onderdeelen. „Provinciën en gemeenten behooren te zijn zelfstandige leden, niet enkel breuken van den staat, niet slechts geographische afdeelingen voor het algemeene bestuur”. En in de Narede noemt THORBECKE als een der kenmerken van de constitutioneele monarchie: „selfgovernment van provinciën en gemeenten, leden van het geheel en als zoodanig ondergeschikt, doch tot autonomische lichamen geformeerd met eigen Vertegenwoordiging naar het beeld en onder de hoede van het geheel”. Een dergelijke inschakeling van de autonomie der onderdeelen in de staatsstructuur zoekt men bij Guizot tevergeefs. Zij zou zich ook moeilijk verdragen met de Fransche geest van centralisatie, die sinds de Revolutie de Fransche staatsinstellingen heeft doortrokken (31).

Maar ook ten aanzien van het volksorgaan huldigt THORBECKE het beginsel van de zelfstandigheid der deelen en de zelfstandigheid van het geheel. Waar-

(30) Brieven van THORBECKE, pag. 42.

(31) v.g. hiervoor Brieven, pag. 41—42; Aanteekening II, pag. 7; Narede, pag. XIII; THORBECKES oordeel over de Fransche centralisatie, Aanteekening II pag. 1—4.

schijnlijk heeft hij dit nergens beter geteekend dan in zijn rede over het hedendaagsche staatsburgerschap. THORBECKE heeft dan al een lange ontwikkeling door-gemaakt. Oorspronkelijk bracht zijn opvatting van den organischen staat hem er toe, de volksvertegenwoordiging te doen kiezen langs indirecten weg over de provinciën. Zelfs in de tweede uitgave van zijn Aanteekening, waarvan de voorrede van het eerste deel, dat hier in aanmerking komt, gedateerd is op 25 Augustus 1841, vindt men nog een warme verdediging van dit systeem. Wel spreekt hij al over: „de algemeene beginselen, die een wereldkracht zijn geworden” (32), maar de toepassing daarvan op de volksvertegenwoordiging heeft hij nog niet gemaakt.

THORBECKE noemt de verkiezing van de leden der Tweede Kamer door de Staten der Provinciën, in 1814 gevestigd, „een natuurlijk systeem, historisch gefundeerd en moeilijk op een theoretisch juisteren grond te stellen Zoo op de keus der afgevaardigden het deelgenootschap rust aan de staatsregeering, wie zijn hiertoe eer bevoegd, zij, die de groote takken der volksmaatschappij, of de individus, die enkel zich zelf vertegenwoordigen?” (33).

Het directe kiesrecht „heeft een schoonen schijn, het wekt de belangstelling, wanneer het volk zelf de afgevaardigden benoemt. Het is de eenige onmiddellijke medewerking der burgerij tot het beleid der algemeene Landszaken; de handeling, waarbij het individu, dat toch niet enkel burger zijner plaats of provincie is, zich in den vollen zin Staatsburger gevoelt; heilzaam en tot wekking van burgerzin, en van wege haren invloed op de regeering Doch waarom is het vooral te doen. Om het middel, de uit-

(32) Voorrede pag. XIV.

(33) Aanteekening I, pag. 210 v.

oefening van het kiesrecht, als zoodanig, of om de uitkomst? Om de kiezers, of om de keuze? Moet men velen laten kiezen, al wordt de waarborg voor de beste keuze er door verzwakt?"

Deze constructie vanuit het doel der volksvertegenwoordiging gelijkt inderdaad op die van GUIZOT. Ook andere passages doen zeer sterk aan den Franschen staatsman denken. Men vindt sprekende voorbeelden, waar THORBECKE de nadeelen van kiezersvergaderingen ad hoc uiteenzet tegenover verkiezing door locale colleges en waar hij de mogelijkheid van kliekvorming bij te kleine kiescolleges aangeeft. Hij gebruikt dan argumenten, die woordelijk met GUIZOT overeenstemmen (34).

Kiesrecht is een vraagstuk van capaciteit, oordeelt THORBECKE. Het directe kiesrecht, zal, om de ongeschikten uit te sluiten, altijd een stelsel van voorrechten moeten scheppen op een grond, die met de eigenlijke vereischten van een goed kiezer niets gemeen heeft (35).

Ongetwijfeld is THORBECKE hier zeer beslist in zijn meening. Als echter een half jaar later, Mei 1842, zijn bekende brochure *Over de Hervorming van het Kiesstelsel* verschijnt, is zijn inzicht gewijzigd. Wel acht hij de indirecte verkiezing door de Provinciale Staten nog de redelijkste, de meest organische van alle kiesvormen, maar de uitvoering van dit beginsel acht hij gebrekkig en steeds meer in strijd met de volksmeening en daarom door een practisch staatsman te verwerpen (36). In elk geval acht hij een verkiezing van kiezers verkeerd. Een census voor de verkiesbaarheid, strenger voorwaarden van stemgerechtigdheid

(34) t. a. p. pag. 210 en 211.

(35) t. a. p. pag. 213.

(36) Herv. Kiesst. pag. 31 v. en 50.

zijn beter dan een breken der kiesmacht in stukken. Ook wijst hij op de richting der staatsrechtelijke begrippen der omringende constitutioneele wereld, die de tusschenkomst van gekozen kiezers eenparig verwerpt.

De inhoud van deze brochure is voor een goed deel overgegaan in het tweede deel van de Aanteekening, verschenen in December 1843. THORBECKES formulering is dan alleen scherper. Toch blijft hij ook thans nog de theorie als juist beschouwen, „dat de provinciale gemeente, vertegenwoordigd door de Staten, de leden der algemeene Vertegenwoordiging kieze”. Maar dan moeten de Staten wezenlijk vertegenwoordiging der provincie zijn. Maar „zijn zij het, in zamenstelling en werking niet, dan is hun kiesrecht de bekrompendste vorm, waarin men de oefening van het gewichtigste deel van het Staatsburgerschap, dat in de benoeming der Volksvertegenwoordiging bestaat, ooit heeft geperst. Een storm van vragen, uit de geloofsbelijdenis onzer staatsburgerlijke eeuw zal opkomen tegen eene inrigting, om welker wil de bijzondere ingezetenen het eerste burgerschap moeten missen”.

Ten slotte betwist THORBECKE, dat het *staatsburgerschap* middellijk door de Provinciale Staten wordt uitgeoefend. De ingezetenen kiezen namelijk de provinciale vertegenwoordiging op grond van hun *provinciaal* burgerschap.

De Staten kunnen dus nooit het *Staatsburgerschap* der ingezetenen vertegenwoordigen. Ook stemmen de Staten niet op grond van eigen *Staatsburgerschap*, maar als vertegenwoordigers der provincie.

Dit laatste betoog berust op een fijne onderscheiding, die echter juist voor ons onderzoek van belang is. Duidelijk blijkt, dat THORBECKES opvatting in formeelen zin ongewijzigd is gebleven. Kiesrecht blijft hij

zien als een vraagstuk van de verhouding van geheel en deelen. Door den gang der geschiedenis ziet hij evenwel die betrekking anders dan eertijds. Het staatsburgerschap is getreden naast het burgerschap van provincie en gemeente en heeft dit overvleugeld. Het vordert medewerking van elk individu, van elke bijzondere persoon aan de *Landsregeering* (37).

Beziet men de zaak zoo, dan kan het verwondering wekken, dat de Rede over het Hedendaagsche staatsburgerschap met zoo groote verbazing werd ontvangen en met het voorstel der Negenmannen beschouwd werd als een bewijs van een breuk in de ideeën van THORBECKE, die dan natuurlijk weer uit opportunistische factoren moest worden verklaard (38).

De genoemde rede is de historisch-staatsrechtelijk-theoretische onderbouw van het practisch-politieke voorstel der Negenmannen.

De groote vraag en beweegoorzaak van onzen vormdriftigen tijd is de erkenning van het staatsburgerschap der individuen, dat zich manifesteert in stemrecht voor de algemeene vertegenwoordiging, leert THORBECKE hier. In de plaats van ieders bijzondere stand, kwam eenzelfde betrekking tot den staat in zijn geheel. De staat streeft naar een groote nationale gemeente, door de leden gezamenlijk besteld. Daarbij sluit zich aan gemeene regeerbevoegdheid der leden met uitsluiting van voorrecht. Velen willen hetzelfde. Op het staatstooneel vereenigen zich regeeren en geregeerd worden. „Regeeren is niet meer een bijzondere wil, maar de wet van het geheel onder vrije medewerking van allen tot aanzijn gebracht”.

(37) Aanteekening II, pag. 74 v.

(38) vergelijk hiervoor mijn boven geciteerd artikel Het blijvende bij THORBECKE.

Ook hier vertoont zich de algemeen geldende levenswet: hoe hooger ontwikkeld organisch wezen, des te vrijer de leden, des te grooter hun medewerking tot regeling van het geheel. Het beginsel van algemeen stemrecht, aldus THORBECKE, ligt dus in de staatsgeschiedenis onzer eeuw. Toch komt hij ook hier tot het instellen van een census, om de onbekwamen uit te sluiten. „Men wordt geroepen om te stemmen, in de onderstelling, dat men een eigen wil hebbe. Hoe zou hij, die niet vrij is, die niet over zooveel uitwendig goed gebiedt om zich zelven te helpen, kunne regeren? De wet wordt dus, al ontzegt zij het stemmen aan hen welke de noodige vrijheid missen, het stelsel van algemeene stembevoegdheid niet ongetrouw”.

Mits de wetgever den census niet te hoog zet, zoodat slechts enkelen het kiesrecht kunnen verkrijgen. Dan toch „gaat men tegen de streek der hedendaagsche vaart lijnrecht in” (39).

Toen THORBECKE nu in hetzelfde jaar geroepen werd voor Zuid-Holland zitting te nemen in de Tweede Kamer, poogde hij onmiddellijk zijn denkbeelden omtrent de staatsorganisatie krachtens het recht van initiatief in een Grondwetsherziening te realiseeren. De meeste stukken van het bekende Voorstel der Negenmannen dragen door inhoud en formuleering sterk zijn karakter. Reeds de methode in zijn betoog stemt overeen. Voortdurend wordt gewezen op „de gemeenschap en onderlinge invloed der constitutioneele rijken, de gelijkvormigheid hunner bewegingen, die te groot en te onweerstaanbaar is”. En in de Memorie van Antwoord wijst hij op de wezenlijke, grondwettige verandering, die de meeste wes-

(39) Men vergelijke het geheele betoog in Historische Schetsen, pag. 84 v.

tersche rijken ondergingen. Hier werkte een algemeene oorzaak van hervorming. Verandering van wetgeving is onvermijdelijk.

Verkiezing door middel van de Provinciale Staten kan „te midden zoo veler blinkende voorbeelden van algemeene staatsburgerlijke medewerking” bij het volk niet het geloof levendig houden, alsof het volk door middel van zulk een vergadering zijn vertegenwoordigers benoemt.

Rechtstreeksche verkiezingen, „de natuurlijkste en eenvoudigste vorm”, is *staatsburgerlijke* deelgenootschap aan het beleid der Landszaak.

„Niemand verbeeldt zich, dat de burgerij, regtstreeks kiezende, louter groote en deugdzame mannen zal benoemen. Doch de vraag is, of een Volksvertegenwoordiging kracht genoeg uit een keus door Provinciale Staten ontleent. Of zij niet, om aan haar wezen te beantwoorden, in nauwer verband met het lichaam des volks behoort te worden gebracht? Of het wijs en regtvaardig is, de drang naar algemeener *staatsburgerlijke* bevoegdheid, die in onzen tijd ligt, langer te weerstaan?

Regtstreeksche verkiezing is, al mogt hare theorie niet de beste zijn, onvermijdelijk geworden

Het oogmerk is, dat de gansche Staat, dat de overheid in het bijzonder, uit vrije medewerking der burgerij die nieuwe kracht putte, welke in onzen tijd iedere Staat en elke Overheid, de onze bovenal behoeft” (40).

Bepaalde veranderingen in THORBECKES inzicht zijn thans niet meer aan te wijzen. Ook in het verslag van de Grondwetscommissie van 1848, kennelijk van

(40) Behalve de Mem. van Toel. en de Mem. van Antw. zijn van beteekenis de redevoeringen door THORBECKE gehouden en opgenomen in Parl. Red. I, pag. 68 v.

THORBECKES hand, wordt verwezen naar de „heden-daagsche spanning en stoute wending aller staten”, die een herziening van het kiesrecht noodzakelijk maakt. Staatsburgerschap, „de eerste drijfveer onzer eeuw”, mocht de Grondwet niet laten slapen. „De burgerij had tot hiertoe het besef, dat zij mederegeerde niet. Zonder dit besef rust de Staat niet op nationale kracht; en zonder hoogontwikkelde nationale kracht wordt heden ten dage geen Staat bewaard.” „Het is de vraag niet meer of regtstreeksche verkiezing *de beste* vorm zij; het is de vraag, of thans een andere vorm *mogelijk* zij.”

Nog scherper dan vroeger wordt de indirecte verkiezing verworpen. „De gekozen kiezer verbreekt den samenhang tusschen het volk der stembevoegden en den afgevaardigde”.

Toch is er iets tweeslachtigs in THORBECKES betoog.

Dient de vertegenwoordiging om uit de wil der staatsburgers te komen tot den wil van het geheele staatslichaam? Het werd geleerd in de Rede over het hedendaagsche staatsburgerschap. Dan moet de census verdedigd worden, zooals daar, om uit te schakelen, wie bij gemis van voldoende stoffelijk goed geen eigen vrije wil hebben. Een zwakke reminiscens vindt men in het verslag der staatscommissie-1848, waar eene bepaalde schatplichtigheid wordt voorgesteld als teeken van vastigheid.

Maar daarnaast vindt men de vertegenwoordiging voorgesteld als spiegel der meeningen, die in het volk leven. Kiesrecht moet gebaseerd zijn op het bezit van eigen meening. „Schatplichtigheid geldt, bij gebreke van ander bewijs, als teeken eener vermoedelijke bekwaamheid. Hetzelfde vermoeden schijnt, met meer regt zelfs, aan den rang in wetenschap en maatschappij, dien de graad van doctor geeft, te mogen worden gehecht”.

In de Bijdrage (41) vindt men beide zelfs naast elkaar gesteld als THORBECKE den census ziet als vermoeden van standsontwikkeling en onafhankelijkheid, die bij den doctorsgraad nog waarschijnlijker aanwezig zijn. Het is moeilijk te zeggen, welke meening THORBECKE nu het meest heeft verdedigd. Waarschijnlijk de laatste. Daarmede hangt dan samen, dat hij met voorliefde over de volksvertegenwoordiging spreekt als het verstandige deel der natie (42) en nog in de Narede looft hij de constitutioneele monarchie, omdat daar de *aristocratie van het verstand* zooveel kansen heeft om op haar plaats te komen (43).

Onmiddellijk moet hier echter een beperking gemaakt. Nooit ziet THORBECKE de parlementaire discussie als een behandeling van abstracte problemen (44), louter tot het zoeken van de waarheid en het recht (45). Steeds blijft het debat een inleiding tot handelen. Een parlement als spreekvergadering had zijn voorliefde niet (46). Hij keurt in een staatsman af, indien deze voert „une politique d'orateur plus que d'homme d'action" (47). Zou het niet zoo zijn, dat hij het kiesrecht ziet als een wilsuiting, waardoor de kiezer in vrijheid een verstandig man aanwijst, die weer volkomen onafhankelijk is van dengene, die hem heeft aangewezen, en voornamelijk langs verstandelijken weg de verschillende motieven afweegt tot het verkrijgen van een wilshandeling (48).

(41) t. a. p. pag. 41.

(42) o. a. Parl. Red. IV, pag. 40; v.g. ook M. v. T. Voorstel Negenm. Hand. 1845 pag. 68, 187.

(43) t. a. p. pag. XIV.

(44) hier v.g. men vooral zijn voortdurende strijd met GROEN, b.v. Parl. Red. III, pag. 211.

(45) denk hier vooral aan de meening van GUIZOT.

(46) v.g. Parl. Red. III, pag. 527 en 531.

(47) Narede, pag. V.

(48) v.g. Parl. Red. II, pag. 61.

Dan zien wij ook hier de gebrokenheid van zijn organische beschouwing. De volksvertegenwoordiging is iets anders dan wat de som der kiezers voorschrijft. Het kiezerscorps en de volksvertegenwoordiging behouden beide hun zelfstandigheid tegenover elkaar. De volksvertegenwoordiging beslist na afweging der motieven, niet op grond van het aantal der kiezers, die een bepaalde meening hebben verdedigd (49), en ook niet overeenkomstig de *wil* der kiezers. „Nooit heb ik mij beroepen op een volksgevoelen, op een volks-wil, als boven mijn gevoelen of boven mijn wil. Waar ik mij op beroepen heb, het is op mijn overtuiging, op de gronden van die overtuiging, op hetgeen ik voor waar, voor regt en goed houd” (50). Daardoor krijgen ook de staatkundige partijen een bepaalde functie. THORBECKE keurt, anders dan velen meenen, het bestaan van partijen niet af. Wel veroordeelt hij, dat een regeering de belangen van een partij, van een gedeelte van het volk in het oog houdt en daardoor de belangen van het volksdeel verzuimt (51). Maar een tegenstander van politieke partijen als zoodanig is hij niet. „Een politieke partij, naar THORBECKES begrip, eischt eenheid van overtuiging ten aanzien van doel en middelen, en handelt naar die overtuiging. „ . . . verre liefst van partijen niet te willen weten, zoodra er een partij bestaat, waarvan de overtuiging met de zijne strookt, en wier middelen hem eerlijk en juist schijnen, zal hij het zich tot plicht en eere rekenen, met die partij samen te werken, en er openlijk voor uit te komen, dat hij tot haar behoort. Hij zou gelooven, in die partij de politieke kern der natie te vinden” (52).

(49) Deze gedachte reeds eerder herhaaldelijk uitgesproken bij de behandeling van voorstellen in de Kamer; zeer sterk Parl. Red. V, pag. 313.

(50) Parl. Red. III, pag. 146.

(51) Parl. Red. III, pag. 36.

(52) Parl. Red. I, pag. 196.

Thans is het mogelijk een vergelijking tusschen THORBECKE en GUIZOT te trekken ten aanzien van de volksvertegenwoordiging. Beide redeneeren vanuit verschillend standpunt.

GUIZOT ziet de volksvertegenwoordiging als het middel, om uit den boezem van het volk de waarheid, de rede en het recht te trekken, die alleen bevoegd zijn over ons te heerschen. THORBECKE begint met vast te stellen, dat de tijd vraagt in een staatsorganisatie een ordening te geven, waarbij het verschil tusschen geregeerden en geregeerenden weg valt. Samen verwerpen zij de volkssouvereiniteit. GUIZOT, omdat het onjuist is te veronderstellen, dat *allen* volledige kennis hebben van de waarheid, de rede en het recht. THORBECKE, omdat de leer der volkssouvereiniteit een monistisch karakter draagt, dus niet-organisch is, en bij invoering de maatschappij zou vernielen. Volkssouvereiniteit is voor hem de chaos (53).

GUIZOT maakt de vertegenwoordiging los van het kiezerscorps, omdat hij tegenover ROUSSEAU de mandaattheorie verwerpt en het kiezerscorps niet wil doen gebieden buiten het toegewezen territoire. THORBECKE grondt zich op de zelfstandigheid van de macht, die het geheel vertegenwoordigt, ten opzichte van de individuen of bijzondere personen. Die vertegenwoordigende macht heeft met de regeering samen te *handelen* en moet zich daarbij laten leiden door redelijke motieven, die uit den aard der zaak onafhankelijk zijn van de meening der kiezers.

GUIZOT verdedigt de census, omdat hij slechts de geschikten tot het kiesrecht wil roepen. Die capaciteit wordt verondersteld bij hen, die een zelfstandige plaats in de maatschappij innemen en door hun vrijere positie in staat zijn een eigen staatkundige

(53) Parl. Red. V, pag. 311.

meening te vormen, en daardoor op hun terrein het zoeken van de waarheid en het recht kunnen bevorderen.

THORBECKE ziet in elke bijzondere persoon geregeerde maar tevens regeerder. Een regeerder moet zelfstandig zijn vrije wil kunnen bepalen; daarvoor is maatschappelijke zelfstandigheid noodzakelijk. Hij moet beschikken over een zekere kennis, om in redelijkheid zijn motieven te kunnen afwegen; daarvoor o. a. is het vereischte van den doctorsgraad voldoende. De censusconstructie is bij THORBECKE dus geheel anders als bij GUIZOT, al lijken zij uiterlijk op elkaar. Bij THORBECKE blijft zij het vermoeden voor de hoedanigheid van regeerder; bij GUIZOT is zij voorwaarde voor het hebben van een staatkundige meening. Het verschil blijkt sterk, wanneer men de lijn doortrekt. Censusverlaging zal bij THORBECKE kunnen plaats vinden, zoo spoedig ook minder welvarenden een zelfstandige wil hebben; zoo spoedig ook van hen medewerking kan worden verlangd bij het staatsbestuur. Bij GUIZOT gaat dit moeilijk, omdat door de census de stand wordt aangewezen, die door de meerdere welvaart gelegenheid heeft staatkundige ideeën te bezitten.

Beiden hebben zich dogmatisch vastgeklemd; GUIZOT aan zijn opvatting van de souvereiniteit, THORBECKE aan zijn schema van de verhouding van eenheid en deelen.

Beiden missen het oog voor die irrationeele relatie, die er moet bestaan tusschen regeerder en geregeerden, wil een bestuur zich sterk betoonen. Beiden hebben daardoor ongewild en onbewust groote volksgroepen van zich vervreemd. Hun bestuursvorm, dogmatisch verdedigbaar, had het contact verloren met een belangrijk deel der volksziel (53a).

(53a) Men denke b.v. aan THORBECKES reactie op de wenschen van de voorstanders der confessioneele school.

Beschouwen wij in de derde plaats THORBECKES opvatting omtrent de positie van den Koning. Herhaalde malen heeft hij zich daarover uitgesproken in polemiek vooral met GROEN VAN PRINSTERER, evenals met de conservatieven, die zich gaarne op hun meer monarchaal karakter beriepen.

Eén ding stellen wij terstond terzijde: THORBECKE heeft zijn monarchie niet bedoeld als een overgang naar de republiek. „Ik daag iedereen uit”, aldus sprak hij in de vergadering van 26 November 1863, „om in eenig woord van mij of in eenige handeling een teeken te vinden, dat dergelijke overgang mij ooit wensche-lijk zoo voorkomen, of dat in de rigting van mijn geest en mijn beleid immer een voorbereiding tot zoodanigen overgang lag” (54). Inderdaad was THORBECKES lofrede op de constitutioneele monarchie in zijn Narede (55) hem uit het hart gevloeid. Iets anders is het natuurlijk, of THORBECKES beginselen niet door anderen konden worden uitgewerkt in een anti-monarchalen, republikeinschen zin.

Het belangrijkste verschil met Guizot ligt hierin, dat de legitimizeitsgedachte, welke bij Guizot de monarchie beheerscht, aan het koningschap van THORBECKE vreemd is. Een „historisch koningschap” kent THORBECKE niet, slechts een constitutioneel koningschap (56). In liefde jegens hetgeen men in vroeger tijd aan het Huis van Oranje te danken had, doet THORBECKE voor GROEN niet onder, maar „hij wil niet, dat er een verwarring van begrip, van orde en regt gesticht worde, zoodat ten laatste niemand weet, waaraan zich te houden. Hij wil niet dat

(54) Parl. Red. IV, pag. 39.

(55) Narede, pag. X v.; v.g. ook Parl. Red. V, pag. 313.

(56) Parl. Red. IV, pag. 3; Onuitg. Parl. Red. II, pag. 44; III, pag. 153; v.g. ook M. v. A. Voorstel Negenmannen, pag. 137.

onder den naam van souvereiniteit van het Huis van Oranje ons eene niet geschreven Grondwet opgedrongen worde, een geheel willekeurige Grondwet naast, ja boven degene, die wij bezitten en waarnaar wij worden geregeerd" (57). De macht des Konings wordt gevonden door optelling van de in de Grondwet genoemde bevoegdheden (58). Het koningschap is een in Grondwet en wetten gekanaliseerde functie. Evenals een ondefinieerbare volkssouvereiniteit wijst hij ook een algemeene en onomschreven monarchie af. Ook hier blijft hij zijn afkeer van een monistische staatsopvatting getrouw. De Grondwet, het product van de samenwerking van koning en volksvertegenwoordiging, is ook de basis van het Nederlandsche koningschap (59).

Geheel in tegenstelling met Guizot wijkt bij THORBECKE de fysisch-psychische persoon des Konings terug. Hij spreekt over de Regeering en bedoelt dan de samenwerking van Koning en Ministerie. „De omgang van den Koning met de ministers is en moet blijven een geheim van de regeering, een gebied voor de parlementaire discussie heilig en door haar nimmer te betreden" (60). De persoon des Konings mag nimmer in de parlementaire debatten betrokken worden (61).

De regeeringshandeling is als daad des Konings on-aantastbaar, niet als ministerieele daad, hetgeen zij altijd tegelijk is. En deze regeeringsdaad is onderworpen aan de contrôle van de volksvertegenwoordiging. Ook hier ziet men weer de organische gebrokenheid. De volksvertegenwoordiging moet met de Kroon,

(57) Parl. Red. IV, pag. 12.

(58) Bijdrage, pag. 16.

(59) Parl. Red. IV, pag. 12.

(60) VAN WELDEREN RENGERS, Schets I, pag. 109.

(61) Onuitg. Parl. Red. III, pag. 194, 281, 336.

dat is de Regeering, dat is de combinatie Koning en ministers, samenwerken, maar de invloed van de kamers strekt zich slechts uit over de ministers, niet over den Koning. De Kroon heeft het recht de kamers te onthinden, maar invloed op het kiezerscorps is haar ontzegd. Beide machten zijn op elkaar aangewezen, maar tevens blijven beide zelfstandig. En binnen de kring der Regeering zijn Koning en ministers onderling afhankelijk, als het hoofd en de andere leden, maar toch weer ten opzichte van elkander onafhankelijk. Een minister is geen hofbeambte; een beroep op 's Konings persoonlijke wil is ongeoorloofd en baat ook niets (62).

Scherp formuleerde THORBECKE deze opvattingen bij den strijd over de motie-KEUCHENIUS en de Luxemburgsche kwestie in 1868. Ook de Narede zegt het nog eens klaar en duidelijk. Daarbij blijkt ook zeer nauwkeurig, dat THORBECKE de verhouding tusschen de verschillende staatsorganen in de eerste plaats zuiver begripsmatig afpaalt volgens het beginsel der zelfstandigheid van geheel en deelen. Tegen het z. i. verkeerd gebruik der toegekende bevoegdheden geeft zij echter geen middel aan de hand.

En daarmee is ook hier het verschil met de leer van Guizot verklaard. Redeneerde deze van uit het doel van elke ware regeering, het tot heerschappij brengen van de rede, de waarheid en het recht, THORBECKE grondt zich op de redelijke analyse van het karakter en de taak der staatsorganen. Hij poogt het zelfstandige wezen, dat de Staat is, organisch te ordenen, zoo, dat het vorm kan geven aan het beginsel van beweging van het eigen tijdvak. En die staatsordening hangt samen met wat voorbijging, maar draagt ook weer een afzonderlijk karakter, omdat het speciale beginsel

(62) VAN WELDEREN RENGERS, Schets I, pag. 109.

van het tijdvak een bijzonder kenmerk vertoont. THORBECKE gevoelde zich als taak toegewezen die organisatie te scheppen. „Zijn constitutioneele monarchie kent één absoluten wil niet; zij bestaat in een verband van elkaar wederkeerig beperkende organen, aangelegd om met vrijheid samen te werken tot een wetgeving en bestuur, die aan de eischen van een juist, rechtvaardig, nationaal verstand beantwoorden”.

Thans kunnen wij tot een conclusie geraken. Op tal van punten vonden wij groote overeenkomst. Zij bleek echter veelal uiterlijk, omdat zij rustte op geheel verschillende principes.

GUIZOT stelt als hoogste souverein het recht. De organisatie van den staat behoort gezien te worden met het oog op de vraag, of zij al of niet de souvereiniteit van het recht verwerkelijkt.

THORBECKE herleidt alles tot zijn philosophisch beginsel der zelfstandigheid van geheel en deelen, waarin hij het organisch karakter van den staat ziet. Maar door dit zelfde principe te zien in de werking der geschiedenis en de taak van den staatsman, wordt hij gedreven in de richting van de volkssouvereiniteit, die hij te organiseeren heeft, omdat zij is „de beweegoorzaak van onzen vormdriftigen tijd”. Hier wordt hij geperst in de richting van het voluntarisme van ROUSSEAU. Maar de nawerking van de zedelijkheidsconstructie uit zijn jeugd brengt hem toch weer binnen den greep van het rationalisme van den kring, waaruit hij is voortgekomen.

Van GUIZOT werd eens door professorale mond gezegd:

„GUIZOTS naam wordt nauwelijks meer genoemd. Hij behoort tot een generatie, die met haar denkbeelden voorgoed is ten onder gegaan. Met de doctrinairén, tot

wier eminente hoofden hij behoorde, is hij vergeten Zijn werk als staatsman is zoo volkomen voorbij gegaan, dat men met moeite iets kan vinden, dat de heugenis van zijn naam bewaart Er is geen steen overgebleven van het politieke gebouw, dat Guizot heeft opgericht De architect gaat onder als zijn werk: *Omnia orta occidunt*" (63).

Dit oordeel is stellig te scherp. Ongetwijfeld is er in de lijn *onzer* staatkundige ontwikkeling een deel, men denke aan Buys, dat aan Guizot herinnert. Maar zoo de denkbeelden van den talentvollen Franschen staatsman op THORBECKE invloed hebben gehad, dan hebben zij hem toch niet kunnen afbrengen van de staatkundige visie, die hem gedurende zijn geheele politieke leven heeft beheerscht en die in laatste instantie tot zijn wijsgeerige opvattingen is terug te voeren.

(63) JORISSEN, Hist. Studiën, pag. 249.

Nationaal-Socialistisch Arbeidsrecht

Was vroeger Engeland het toonaangevende land op het gebied van het arbeidsrecht, zoo zelfs, dat iemand de receptie van het Engelsche arbeidsrecht door de andere West-Europeesche landen van minstens evenveel beteekenis genoemd heeft als de receptie van het Romeinsche recht (1), in de laatste vijftien jaar wekt vooral de ontwikkeling van het Duitsche arbeidsrecht belangstelling. Na den wereldoorlog werd daar met verrassende snelheid een arbeidsrecht ingevoerd, dat onmiskenbaar een uitvloeisel was van de ideeënwereld der nieuwe machthebbers, de sociaal-democraten (2). De kern van dit nieuwe arbeidsrecht werd gevormd door het „Betriebsrätegesetz” en de daarmee samenhangende wetten, waarbij men uitging van een zuivere tegenstelling kapitaal-arbeid, welke men uit den weg trachtte te ruimen door voor ondernemingen, waarin als regel minstens twintig personen werkzaam waren, de oprichting van een ondernemingsraad voor te schrijven, die de speciale behartiging van de belangen der arbeiders ten doel had en waarin de ondernemer geen zitting had. Naast de algemeene regeling der arbeidsvoorwaarden voor ondernemingen in eenzelfde bedrijfstak in collectieve arbeidsovereenkomsten, bedoelde het „Betriebsrätegesetz” c. a. een regeling te geven voor de meer interne organisatie der onderneming.

Van dit „nieuwe” arbeidsrecht is zoo goed als niets meer over. 12 Januari 1934 stelde de Deutsche rijksregeering het „Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit” vast, welke wet op 20 Januari d. a. v. werd afgekondigd en 1 Mei 1934 in werking is getreden. De in deze wet neergelegde en uitgewerkte beginselen zijn voor den Nederlandschen beoefenaar van het arbeidsrecht van veel beteekenis. Immers de vorming van het arbeidsrecht, voor een groot gedeelte althans, door de organi-

(1) STEPHAN BAUER in zijn artikel „Arbeiterschutzgesetzgebung” in het Handwörterbuch der Staatswissenschaften.

(2) Mr. S. MOK „De nieuwe Deutsche arbeidswet” R. B. A., XX, pag. 1.

saties van werkgevers en arbeiders in collectieve arbeidsovereenkomsten wordt er volkomen onmogelijk door gemaakt. De autoritaire Deutsche staat heeft aan deze ontwikkeling plotseling een einde gemaakt. De ordening van den arbeid zal van nu af aan in Duitschland ondernemingsgewijs geschieden en niet meer, zooals in ons land meestal gebeurt, bedrijfsgewijs. Niet alleen het „Betriebsrätegesetz” is ingetrokken, maar ook de „Tarifvertragsverordnung” (§ 65 sub 1 en 6) (3).

Voor wij tot een bespreking van de bepalingen dezer wet overgaan, moeten wij er de aandacht op vestigen, dat zij onder het begrip arbeid iets totaal anders verstaat dan tot nu toe algemeen gebruikelijk was. Algemeen verstaat men onder den arbeid, welke door het arbeidsrecht geregeld wordt, den arbeid van den loonarbeider, van hem, die in persoonlijke afhankelijkheid van een ander arbeid verricht (4). Het begrip arbeid van het nieuwe Deutsche arbeidsrecht omvat echter ook den arbeid van den ondernemer. Aangezien het het bestaan van een tegenstelling tusschen ondernemer en arbeider verwerpt, kon het ook het arbeidsbegrip van het oude arbeidsrecht niet meer aanvaarden.

Deze wet tot ordening van den nationalen arbeid toont duidelijk aan, dat het nationaal-socialisme het beginsel van den leider, aan wien absolute gehoorzaamheid verschuldigd is, op alle terreinen tracht door te voeren. Maar evenals er in den staat een nauwe gemeenschap bestaat tusschen den leider en het door hem geleide volk, zoo is er in de onderneming een nauwe band tusschen den „Führer”, den leider en de „Gefolgschaft”, het gevolg, de arbeiders. Hun beider gemeenschappelijk belang is het renderen van de onderneming. Van klassestrijd of zelfs maar van klasse- of belangentegenstelling is geen sprake (5)!

De opbouw van de onderneming in de wet is kennelijk geïnspireerd op GIERKE's uiteenzettingen over het oude Deutsche

(3) De tusschen haakjes gezette paragrafen verwijzen naar de corresponderende van de wet.

(4) Van de Nederlandsche schrijvers noemen wij LEVENBACH „Het nieuwe arbeidsrecht”; DIEPENHORST „De loonarbeid” pag. 2; ROMME „Over het begrip „arbeid” naar Nederlandsch recht”, pag. 5 e.v.

(5) De „Betriebsgemeinschaft”, waarvan de wet uitgaat, vertoont veel overeenkomst met de „Werksgemeinschaft”, waarvoor de zgn. „gele” vakverenigingen vroeger het pleit voerden. Voor deze „Werksgemeinschaft” zie men het werkje van VORWERCK-DUNKMANN „Die Werksgemeinschaft in historischer und soziologischer Beleuchtung”.

„Herrschaftsverband” (6). Naar binnen en naar buiten is daar de heer gezagsdrager. Hij is het verband, met hem staat en valt het. „Der Herr ist Träger und Quelle alles den Verband als solchen ergreifenden Rechts; sein ist der Verbandsfriede, dessen Wahrung und Herstellung und der Empfang der Sühne; sein das Gebot und Verbot, die Satzung und Ordnung in gemeinsamen Angelegenheiten; sein sind Dienste und Abgaben, die aus der Verbindung fließen; sein die Gliederung, die Ueber- und Unterordnung innerhalb des Verbandes” (7).

Geheel in overeenstemming hiermede is de positie van den ondernemer in de nationaal-socialistische onderneming allesbeheerschend. MANSFELD, de ontwerper der wet, gaat zelfs zoo ver hem den geboren leider der onderneming te noemen (8). De wet spreekt alleen van zijn sociale functies als zoodanig. Over zijn bevoegdheden op economisch terrein laat zij zich niet uit. Een ondernemer, die de bevoegdheid heeft verloren leider der onderneming te zijn, kan toch nog wat de economische aangelegenheden betreft aan het hoofd der onderneming blijven staan (9). De leider der onderneming beslist in alle aangelegenheden, die de onderneming raken. Zijn wil is wet. Het gevolg is verplicht hem trouw te zijn. Recht van meespreken in de sociale aangelegenheden der onderneming — om van de economische maar te zwijgen — heeft het niet. De leider is verplicht voor het welzijn van het gevolg zorg te dragen. De bedoeling der wet is het verloren gegaan persoonlijk contact tusschen ondernemer en arbeiders te herstellen. Geen tusschenpersonen mogen zich meer dringen tusschen leider en gevolg. Een sociale afdeeling, die belast is met de zorg voor de persoonlijke belangen der arbeiders, is uit den boze (10). De leider moet voor elk van zijn arbeiders te bereiken zijn; de arbeiders moeten zich in voorkomende gevallen rechtstreeks tot hem wenden. De verhouding tusschen leider en gevolg moet er een zijn van onderling vertrouwen. Daarom moeten in ondernemingen, waarin als regel minstens twintig arbeiders werk-

(6) Men zie o. a. zijn „Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2, pag. 42 e. v.

(7) GIERKE t. a. p. pag. 43.

(8) Dr. WERNER MANSFELD „Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20 Januari 1934”, Deutsches Arbeitsrecht II, 2, pag. 35 en 38.

(9) Zie de tekstuitgave der wet van Dr. LUDWIG MÜNZ, pag. 18, noot 2.

(10) MANSFELD t. a. p. pag. 35.

zaam zijn, „vertrouwensmannen” (11) worden gekozen, die den leider adviseerend ter zijde staan. Leider en vertrouwensmannen vormen tezamen den vertrouwensraad, waarvan de leider voorzitter is. De vertrouwensraad waakt er allereerst voor, dat de verhouding van wederkeerig vertrouwen bewaard blijft. Voorts moet hij beraadslagen over maatregelen ter verhooging van de arbeidsprestatie, over het ondernemingsreglement, over de vaststelling en doorvoering der algemeene arbeidsvoorwaarden, daarbij altijd in het oog houdend, dat de geheele gang van zaken in de onderneming moet strekken ter bevordering van het algemeen welzijn en tot versterking van den band van allen, die in de onderneming werkzaam zijn, met haar en met elkaar. Men ziet: de taak van den vertrouwensraad wordt eveneens weer bepaald door het beginsel van de gemeenschap van allen, die in de onderneming werkzaam zijn.

De vertrouwensmannen worden aangewezen door den leider der onderneming in overleg met den leider der nationaal-socialistische ondernemingscel. Het gevolg mag zich uitspreken over de door deze beiden opgestelde lijst van vertrouwensmannen. Keurt het deze lijst niet goed of komt om een andere reden een vertrouwensraad niet tot stand, dan worden de vertrouwensmannen benoemd door den „Treuhand der Arbeit”. In geen geval wijst dus het gevolg de vertrouwensmannen aan.

De bevoegdheden van den vertrouwensraad zijn louter adviseerende. De leider der onderneming beslist telkens. Een gering correctief hierop is, dat de meerderheid van den vertrouwensraad van beslissingen van den leider der onderneming inzake de vaststelling der algemeene arbeidsvoorwaarden, vooral van die inzake het ondernemingsreglement, in beroep kan gaan bij den „Treuhander”, wanneer deze beslissingen onvereinigbaar schijnen met de economische en sociale verhoudingen in de onderneming. De bedoeling is evenwel, dat dit beroep uitzondering blijft (12). Daarom is bepaald, dat een herhaald ongemotiveerd beroep op den

(11) Prof. Dr. H. SINZHEIMER meent — in zijn bespreking der wet in „De Vakbeweging”, Maart 1934 —, dat vrouwen niet als lid van den vertrouwensraad kunnen optreden (t. a. p. pag. 99—100). Dit is onjuist. De „Amtliche Verlautbarung zur zweiten Durchführungsverordnung des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit” van 10 Maart 1934 zegt met zoovele woorden bij de behandeling van de opstelling der lijst van vertrouwensmannen: „Frauen sind unter der gleichen Voraussetzung zugelassen wie Männer”.

(12) MANSFELD t. a. p. pag. 36.

„Treuhänder” een vergrijp is tegen de sociale eer. (§ 36 lid 1 sub 3).

Een belangrijke plaats nemen in het nieuwe arbeidsrecht in de zgn. „Treuhänder der Arbeit”. Zij zijn staatsambtenaren belast met het toezicht op de naleving der wet en op de ordening van den arbeid in het algemeen. Hun taak is, kort omschreven, al datgene te doen, wat dienen kan tot instandhouding van den arbeidsvrede. Zij moeten worden beschouwd als onpartijdige instanties, die wrijvingen in de ondernemingen, die tot hun ambtsgebied behooren, moeten voorkomen of tot een oplossing brengen. Zoo moet de leider der onderneming den „Treuhänder” schriftelijk kennis geven, wanneer hij in een onderneming, waarin als regel minder dan honderd personen werkzaam zijn, meer dan negen, of in een onderneming, waarin als regel minstens honderd personen werkzaam zijn, tien personen per honderd of meer dan vijftig in het geheel binnen vier weken ontslaat. Keurt de „Treuhänder” het ontslag goed, dan wordt dit van kracht vier weken na de aangifte. Ook kan de „Treuhänder” bepalen, dat het ontslag later van kracht wordt, echter niet later dan hoogstens twee maanden na de aangifte. Heeft de ondernemer gedurende den tijd, dat het ontslag nog niet van kracht is, voor de ontslagenen niet voldoende werk, dan kan hij met toestemming van den „Treuhänder” de arbeidstijd in zijn onderneming verkorten. Echter mag de arbeidstijd per week niet minder worden dan vierentwintig uur (13) (14). Voor algemeene en principieele gevallen worden de „Treuhänder” bijgestaan door een adviseerend college, de raad van deskundigen. Voor drie- vierde moeten zij deze raad kiezen uit een door het Deutsche arbeidsfront opgestelde lijst, éénvierde mogen zij geheel zelf benoemen. In bijzondere gevallen kunnen zij zich laten voorlichten door een door hen te benoemen commissie van deskundigen.

De groote macht van den leider der onderneming komt ook hierin tot uiting, dat hij in ondernemingen, waarin als regel minstens twintig personen werkzaam zijn, een ondernemings-

(13) Het spreekt vanzelf, dat deze regeling niet geldt voor seizoen- en campagnebedrijven (§ 20 lid 4).

(14) De noodzakelijkheid en de toelaatbaarheid van ontslag wordt hier dus beoordeeld door den staat in den persoon van den „Treuhänder”. Reeds in 1890 is er door BORNHAK het pleit voor gevoerd den staat op het ontslag van arbeiders in particuliere ondernemingen contrôle te laten uitoefenen. Men zie zijn „Das gewerbliche Arbeitsverhältnis” (Annalen des Deutschen Reiches, 1890, pag. 656 e. v.), aangehaald bij Dr. EMIL STEINBACH „Genossenschaftliche und herrschaftliche Verbände in der Organisation der Volkswirtschaft”, pag. 49 e. v.

reglement vaststelt. Naast bepalingen over boeten, begin en einde van den arbeidstijd enz. kan dit reglement ook voorschriften bevatten over de loonshoogte, maar deze voorschriften mogen alleen het minimumloon aangeven. Als beginsel voor de bepaling van het loon aanvaardt de wet: loon naar praestatie. Er moet dus gelegenheid blijven bestaan een arbeider, die buitengewoon werk levert, ook een buitengewone belooning te geven. Dit ondernemingsreglement moet niet verward worden met ons reglement. Immers dit laatste berust op de overeenkomst van ondernemer en arbeiders, het Duitsche ondernemingsreglement echter wordt eenzijdig door den leider der onderneming vastgesteld. Verandering kan er slechts in gebracht worden door den „Treuhänder”, indien de meerderheid van den vertrouwensraad daartoe een verzoek bij hem doet en hij dit verzoek gegrond acht. Wel kan de „Treuhänder” na overleg met een commissie van deskundigen richtlijnen vaststellen voor den inhoud van ondernemingsreglementen en individuele arbeidsovereenkomsten.

Een reminiscens aan de oude collectieve arbeidsovereenkomst is het collectieve arbeidsvoorwaardenreglement, dat de „Treuhänder” voor een groep ondernemingen kan vast stellen, wanneer dit tot bescherming van de in die ondernemingen werkzame personen noodig is. De bepalingen van deze collectieve arbeidsvoorwaardenreglementen zijn alle minimumbepalingen, wederom een uitvloeisel van het beginsel loon naar praestatie.

Geheel nieuw is de vierde afdeeling der wet, welke handelt over de vergripen tegen de sociale eer. Zij vangt aan met de volgende „beginselverklaring”: „Ieder, die behoort tot de gemeenschap eener onderneming, is verantwoordelijk voor de nauwgezette vervulling van de plichten, die in verband met zijn positie binnen die gemeenschap op hem rusten. Door zijn gedrag moet hij zich de achting waardig toonen, die hem naar aanleiding van die positie verschuldigd is. Vooral moet hij in voortdurend bewustzijn van zijn verantwoordelijkheid zijn geheele kracht in dienst der onderneming stellen en zichzelf ondergeschikt maken aan het algemeen welzijn”. De vergripen tegen de sociale eer worden nader als volgt omschreven:

1. Het moedwillig uitbuiten van de arbeidskracht van hen, die tot het gevolg behooren of het krenken van hun eer door ondernemers, leiders der onderneming of andere opzicht houdende personen door misbruik van hun machtspositie.
2. Het door moedwillige ophitsing van het gevolg in gevaar brengen van den arbeidsvrede in de onderneming door leden van het gevolg, vooral wanneer deze als vertrou-

wensmannen zich bewust ontoelaatbare inmenging in de ondernemingsleiding aanmatigen of den gemeenschapsgeest binnen de gemeenschap der onderneming voortdurend moedwillig verstoren.

3. Het herhaaldelijk lichtvaardig richten van ongegronde klachten of verzoeken tot den „Treuhänder” of het hardnekkig handelen tegen zijn schriftelijke beschikkingen door leden van de gemeenschap der onderneming.
4. Het door leden van den vertrouwensraad onbevoegd bekend maken van vertrouwelijke mededeelingen, ondernemings- of zakengeheimen, welke hun bij het vervullen van hun taak zijn bekend geworden en als zoodanig bestempeld zijn.

De straffen zijn: waarschuwing, berisping, boete tot 10.000 Mark, ontzegging van de bevoegdheid ondernemingsleider of vertrouwensman te zijn en verwijdering van het werk. Een procedure wegens een vergriep tegen de sociale eer wordt aanhangig gemaakt door den „Treuhänder”. De eererechtbank bestaat uit een jurist-voorzitter en twee bijzitters, een ondernemingsleider en een vertrouwensman. In ernstige gevallen is beroep mogelijk op het rijkseeregerechtshof.

De wet waakt er voor, dat de in de onderneming werkzame arbeider door den leider niet zonder meer kan worden ontslagen. Iedere arbeider, die minstens één jaar in de onderneming werkzaam is, kan, mits in de onderneming als regel minstens tien personen werkzaam zijn, een verzoek bij de arbeidsrechtbank indienen het ontslag te doen herroepen, wanneer dit onbillijk hard en niet door de verhoudingen in de onderneming geboden is. Wanneer in de onderneming een vertrouwensraad bestaat, moet de arbeider bij het instellen van zijn beroep een verklaring overleggen, dat over zijn ontslag vruchteloos in den vertrouwensraad beraadslaagd is. Deze verklaring behoeft hij niet over te leggen, wanneer hij kan aantoonen, dat de vertrouwensraad zijn zaak binnen vijf dagen, nadat hij deze bij haar aanhangig had gemaakt, nog niet behandeld had. Stelt de arbeidsrechtbank den ontslagen arbeider in het gelijk, dan heeft de leider der onderneming de keus hem weer te werk te stellen of hem een schadeloosstelling uit te keeren. Bij de bepaling der schadeloosstelling wordt rekening gehouden met de economische positie van den ontslagene en met de economische capaciteit der onderneming. De schadeloosstelling wordt voorts berekend naar den duur der arbeidsverhouding. Zij mag viertwaalfde van het laatste jaarloon niet te boven gaan.

Deze wet heeft recht op een billijke beoordeling. Het

nationaal-socialisme heeft in korten tijd geheel Duitschland stormenderhand veroverd. HITLER noemde zijn partij een „arbeiderspartij” en hij heeft meermalen verklaard een regeling van den arbeid voor te staan, welke in waarheid een rechtsregeling zou zijn. Deze eerste poging daartoe mag aanspraak maken op een onbevooroordeelde critiek. Met opzet noemen wij deze wet een *poging* tot ordening van den arbeid. Men heeft haar genoemd „een nationaal-socialistische proeve tot oplossing van het sociale vraagstuk” (15). Ten onrechte. De wet regelt alleen den arbeid in de onderneming. En al is het overgrootste deel der arbeiders arbeider-in-een-onderneming, een regeling alleen en uitsluitend van dien arbeid kan men toch moeilijk beschouwen als een poging tot oplossing van het zoo gecompliceerde sociale vraagstuk. Bovendien heeft MANSFELD uitdrukkelijk gezegd, dat deze wet slechts een begin is van nationaal-socialistisch arbeidsrecht. Zij is „nur ein Anfang in der Umgestaltung unseres sozialen Rechts” (16).

De wet moet wel geacht worden typisch nationaal-socialistisch te zijn. Uit verschillende artikelen blijkt dit. Ieder, die in de onderneming werkzaam is, moet allereerst het belang van den nationalen staat in het oog houden. Het eigenbelang wordt ondergeschikt geacht aan het algemeen belang. Het lidmaatschap van het nationaal-socialistische Deutsche arbeidsfront is van groot belang. (§ 8, § 23 lid 1). De wet in haar geheel is gegrond op de nationaal-socialistische levensbeschouwing. MANSFELD zegt daarover in zijn reeds meermalen aangehaald artikel: „Das Gesetz ist inhaltlich nichts anderes als die Uebertragung der Weltanschauung unseres Reiches auf das wichtige Gebiet des sozialen Lebens” (17). Nu leefde men tot nog toe in de meening, dat het nationaal-socialisme den chaos in het sociaal en economisch leven wilde verhelpen door een nauwe samenwerking van alle bij het productieproces betrokken groepen, en dat het als middel daartoe het vormen van corporaties aanpreef. Zeker hebben de propagandisten er voor in woord en geschrift daartoe aanleiding gegeven. Het „Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit” staat echter geheel op individualistisch standpunt (18). Van samenwerking tusschen de ondernemers onderling is geen sprake. Iedere ondernemer is baas in zijn eigen onderneming en stelt daar eigenmachtig de loonen en verdere arbeidsvoor-

(15) Mr. Dr. A. A. van RIELJN „HITLER en het sociale vraagstuk”, Algemeen Weekblad voor Christendom en Cultuur, 23 Februari 1934.

(16) MANSFELD t. a. p. 34—35.

(17) MANSFELD t. a. p. pag. 34.

(18) Scherp is dit uitgewerkt door Dr. van RIELJN in zijn even genoemd artikel.

waarden vast. Samenwerking van de arbeiders is al evenzeer uitgesloten. Vakverenigingen bestaan in het Derde Rijk niet meer. De arbeider werkt in de onderneming en behoort daardoor tot de „Betriebsgemeinschaft”, maar eenige verdere organisatorische band met de arbeiders in dezelfde onderneming is er niet. Evenmin bestaat er samenwerking tusschen den ondernemer en zijn arbeiders. Zeker, in de grootere ondernemingen is er de vertrouwensraad, maar positieve bevoegdheden heeft deze niet, met name niet ten aanzien van de vaststelling van het ondernemingsreglement. De wet is gericht op den persoon en die persoon is de ondernemer.

Wij laten daar, of dit uitgangspunt van de wet liberalistisch is (19). Het is o.i. al voldoende gekarakteriseerd met individualistisch. Daartegen hebben we groote bezwaren. Het ongebreidelde individualisme en de onbeperkte macht van den ondernemer hebben juist door de ontzettende misstanden, die er het gevolg van waren, de arbeidswetgeving noodzakelijk gemaakt. De collectieve arbeidsovereenkomsten maakten het vroeger den ondernemers althans onmogelijk met elkaar door het drukken der loonen te concurreren. Bovendien maakten zij ook concurrentie van de arbeiders onderling onmogelijk, omdat zij aan allen hetzelfde loon verzekerden. Thans zijn de ondernemers weer volkomen vrij de loonen vast te stellen, zooals zij het willen. De ondernemer is alleenheerscher. Op de samenstelling van den vertrouwensraad heeft hij grooten invloed en hij is in geen enkel opzicht aan de adviezen van dien raad gebonden. Slechts in tweeërlei opzicht vindt zijn macht beperking nl., wanneer hij moedwillig misbruik makend van zijn machtspositie de arbeidskracht van leden van het gevolg uitbuit, en wanneer hij hardnekkig handelt in strijd met schriftelijke beschikkingen van den „Treuhänder”. Het eerste vergrijp zal moeilijk te bewijzen zijn. Bovendien is de strengste straf, die tegen een ondernemer kan worden uitgesproken, ontzegging van de bevoegdheid leider der onderneming te zijn. Maar vaak zal de leider der onderneming tevens de ondernemer zijn en in dat geval blijft de afgezette leider toch voor het economisch gedeelte nog aan het hoofd der onderneming staan en zal hij dus tenminste zijdelings nog invloed behouden op de arbeidsverhoudingen.

De wet neemt het bestaan van een belangengemeenschap tusschen ondernemer en arbeiders aan. Zij wil van geen klassesrijd weten. Wij evenmin. Een *rechts*ordering van den

(19) Het „Algemeen Handelsblad” (avondblad, 23 April 1934) bestrijdt tegenover Prof. SINZHEIMER, dat de wet liberaal genoemd zou kunnen worden. De „Nieuwe Rotterdamsche Courant” (avondblad, 5 April 1934) acht de verhouding van ondernemer en werknemers wel degelijk in liberalen zin geregeld!

arbeid zal nooit te bereiken zijn, wanneer de er bij betrokken groepen en personen in vechtpositie tegenover elkaar staan. Maar dat ondernemer en arbeiders verschillende en soms tegenstrijdige belangen hebben, is een feit. Ook wanneer van weerskanten de wil en de gezindheid voorzit samen daarvoor naar een oplossing te zoeken, blijven die belangen botsen (20). De verzoening van deze belangen bereikt men zeker niet — de geschiedenis wijst het uit — door de beslissing alleen en uitsluitend in handen van de economisch sterkste partij, de ondernemer, te leggen. De vertrouwensraad vormt hiertegen geen voldoende tegenwicht. Wij deelen het bezwaar niet, dat de ondernemer voorzitter van den vertrouwensraad is (21). Een fout van de vroeger bestaande ondernemingsraden was juist, dat zij *eenzijdig, tegenover den ondernemer* de belangen der arbeiders moesten behartigen. Wanneer de ondernemer deel uitmaakt van de ondernemingsraad bevordert dit de samenwerking en het overleg, waarmee beide partijen meer gebaat zijn dan met een voortdurende strijd. Bovendien behouden de arbeiders in den vertrouwensraad de meerderheid. Maar de vertrouwensraad mist elke bevoegdheid om willekeur van den ondernemer te voorkomen of zelfs maar ongedaan te maken. Hij mag slechts adviseeren en een vertrouwensman maakt zich schuldig aan een vergrijp tegen de sociale eer, wanneer hij bewust op ontoelaatbare wijze ingrijpt in de leiding der onderneming. Op zichzelf is het heel begrijpelijk, dat dit tegengegaan wordt, alleen van dit vergrijp zal al heel spoedig sprake zijn, aangezien de leider der onderneming beslist in alle aangelegenheden haar betreffende. Leiding van van boven af moet er in een onderneming zijn. Zonder die kan zij niet bestaan, maar men moet er toch altijd rekening mee houden, dat in de onderneming allereerst menschen werken, voor wie deze arbeid levensvoorwaarde is, en dat daarom deze menschen ten aanzien van dien arbeid recht van meespreken moeten hebben.

De vakvereenigingen zijn door HITLER met bekwamen spoed gelijkgeschakeld. Van socialistische zijde maakt men daarover ernstig misbaar en klaagt men, dat de belangen der arbeiders nu onverzorgd zijn. Men vergeet daarbij echter, dat de vakvereenigingen in Duitschland vaak misbruik gemaakt hebben van hun politieke macht en zich niet beperkt hebben tot de behartiging van de belangen der arbeiders, maar vaak ongemotiveerd de ondernemers hebben zoeken te benadeelen.

(20) Treffend komt dit uit in het gesprek van den ondernemer met de in zijn fabriek werkzame arbeiders, beschreven door ADOLF KELLER in zijn „De onbekende God”, pag. 87 e. v.

(21) SINZHEIMER t. a. p. pag. 99 e. v.

De vakvereenigingen zijn in Duitschland al te veel strijdvereenigingen geweest. Het nationaal-socialisme is niet zonder reden gekant tegen alles wat naar vakvereenigingen zweemt! Organisaties van arbeiders afzonderlijk bestaan dus niet meer. Toch kunnen de ondernemers niet zoo maar, zonder eenige contrôle, hun gang gaan. Zij staan onder toezicht van de „Treuhänder der Arbeit”. De beteekenis van deze staatsambtenaren voor de ordening van den arbeid moet niet worden onderschat. Immers zij kunnen richtlijnen vaststellen voor den inhoud van ondernemingsreglementen en individuele arbeidsovereenkomsten. Een dergelijk voorschrift heeft geen zin, wanneer de leiders der betrokken ondernemingen zich niet aan deze richtlijnen behoeven te houden. De wet bedreigt dan ook straf tegen hen, die in strijd handelen met schriftelijke beschikkingen van de „Treuhänder” (§ 22 en § 36 lid 1 sub 3). Ook kan de „Treuhänder”, gelijk wij hierboven reeds opmerkten, voor een groep ondernemingen een collectief arbeidsvoorwaardenreglement vaststellen, maar deze bevoegdheid is van niet zooveel beteekenis, aangezien het de bedoeling is, dat bij uitzondering van haar gebruik zal worden gemaakt (22). Hetzelfde geldt — wij wezen daarop boven reeds — ten aanzien van de mogelijkheid bij geschillen tusschen den leider der onderneming en het overige gedeelte van den vertrouwensraad een beroep op den „Treuhänder” te doen.

Voor al ten aanzien van de loonsbepaling is de positie van den arbeider tegenover den werkgever te zwak. De geschiedenis heeft bewezen, dat de arbeider een macht achter zich moet hebben om zijn billijke aanspraken geldend te kunnen maken. Mits zij zich niet aan machtmisbruik schuldig maakt en de voor haar werkzaamheid gestelde grenzen in acht neemt, kan de vakvereeniging deze taak het best vervullen. De „Treuhänder” heeft tegen, dat hij een staatsambtenaar is en bemoeienis van den staat met het sociaal en economisch leven is altijd gevaarlijk, omdat een regeling van staatswege zelden de noodige soepelheid heeft. Inmenging van den staat op een zeker gebied heeft maar al te vaak bureaucratie tengevolge. Bovendien is het de bedoeling, dat de „Treuhänder” zich zooveel mogelijk van inmenging onthouden.

Men is in Duitschland zeer tevreden over de bepalingen inzake de vergripen tegen de sociale eer. Het zal geheel van de toepassing van deze voorschriften in de practijk afhangen, in hoeverre zij werkelijk zullen kunnen bijdragen tot bevordering van de gemeenschap in de onderneming. Veel hangt hier af van den „Treuhänder”, die eventuele gedingen aan-

(22) MANSFELD t. a. p. pag. 37.

hangig moet maken. Maar ook bij het lezen van deze bepalingen ontkomt men niet aan den indruk, dat zij eenzijdig tegen het gevolg gericht zijn. Zij wekken eerder de gedachte op, dat zij moeten strekken tot bevestiging van de toch reeds zoo groote macht van den ondernemer, dan dat zij moeten dienen tot bestraffing van aanrandingen van een in de onderneming bestaande gemeenschap. De wet poneert telkens het bestaan van die gemeenschap, maar haar eigen bepalingen maken het moeilijk aan het bestaan of zelfs aan het onder invloed dezer wet ontstaan dier gemeenschap te gelooven.

Nog het meest enthousiast kunnen wij zijn over de bepalingen ter bescherming der arbeiders tegen onrechtvaardig ontslag. Een verbetering bij vroeger is, dat zij thans reeds gelden voor ondernemingen, waarin als regel minstens tien arbeiders werkzaam zijn. Vroeger moest dit aantal twintig wezen. Daarnaast staan echter eenige verslechtingen. Als zoodanig beschouwen wij niet de bepaling, dat alleen beschermd wordt de arbeider, die minstens één jaar in dienst der onderneming is, want de wet gaat uit van een „Betriebsgemeinschaft” en deze is alleen mogelijk tusschen diegenen, die min of meer duurzaam tot het verband der onderneming behoren. Evenmin behoeft een verslechtering te zijn, dat beroep wegens onrechtvaardig ontslag alleen kan worden ingesteld op grond hiervan, dat dit ontslag onbillijk hard is en niet door de verhoudingen in de onderneming geboden, terwijl het vroegere recht den arbeider ook beschermde tegen ontslag op grond van zijn godsdienstige en politieke gezindheid enz. Op zich zelf is het niet ondenkbaar, dat een ontslag op grond van deze redenen zou kunnen worden gekenschetst als „onbillijk hard”. Echter wettigt de houding van het nationaal-socialisme tegen andersdenkenden, in het bijzonder tegen de Joden, de vrees, dat dergelijke onrechtvaardige ontslagen in de practijk zullen blijken niet onder deze wetsbepaling te vallen. Zeker is een achteruitgang, dat de schadeloosstelling, waarop de arbeider recht heeft, indien zijn beroep gegrond wordt verklaard, van zestwaalfde tot vier-twaalfde van het laatst verdiende jaarloon is teruggebracht. Vroeger werd die schadeloosstelling bepaald naar de economische positie van den betrokken arbeider en ondernemer. Thans wordt rekening gehouden met de economische positie van den arbeider en de economische capaciteit van de onderneming. Deze bepaling is verklaarbaar in een wet, die de „Betriebsgemeinschaft” als gegeven aanneemt. Immers die „Betriebsgemeinschaft” omvat alle in de onderneming werkzame personen, dus ook den ondernemer, maar toch is deze bepaling onbillijk, daar de financieele positie van den ondernemer gunstig kan zijn, zonder dat de onderneming econo-

misch veel mogelijkheden biedt. Ondanks al deze bezwaren is de Duitse wet, doordat zij de mogelijkheid schept een overigens rechtmatig ontslag ongedaan te maken, indien dit „onbillijk hard” is, onze wetgeving op dit punt nog steeds voor, gelijk Mok elders terecht heeft opgemerkt (23).

Resumeerende meenen wij te mogen zeggen, dat de wet gezien de sfeer, waarin zij ontstaan is, teleurstelling wekt, omdat zij een ordening van den arbeid geeft, die niet corporatief, maar zuiver individualistisch is. De positie van den ondernemer is eenzijdig sterk en vindt slechts een gering tegenwicht in het toezicht van de „Treuhand der Arbeit”. De rechten van den arbeider zijn onvoldoende gewaarborgd. De bepalingen over de sociale eer zijn meer geschikt voor uiterlijk vertoon dan voor opbouwend practisch werk op het terrein van den arbeid. Arbeidsrecht beantwoordt dan alleen aan zijn doel, wanneer het de samenwerking en de goede verstandhouding van alle bij den arbeid betrokkenen bevordert. Deze wet voldoet aan dezen eisch niet. Ook op het gebied van het arbeidsrecht heeft Duitschland de klok terug gezet. Wij willen hiermede volstrekt niet zeggen, dat het oude Duitse arbeidsrecht zoo in alle opzichten voortreffelijk was. Aan dit oude recht kleefde even goed als aan het nieuwe de fout, dat het overhaast werd ingevoerd door een politieke meerderheid, welke in dat recht haar opvattingen trachtte door te voeren zonder te vragen, of deze opvattingen ook klopten met de werkelijkheid in sociaal en economisch leven. Zij, die klagen over de verdwijning van het oude Duitse arbeidsrecht, mogen zich de aperte fouten van dat oude recht, met name van het „Betriebsrätegesetz”, nog wel eens te binnen brengen.

(23) Mok, t. a. p. pag. 10. Zie ook zijn artikel „Onrechtmatig en onrechtvaardig ontslag”, R. B. A. XIX, pag. 99 e. v.

MR. W. F. DE GAAY FORTMAN

Algemeen schuldvereischte en de Leer van het materielele feit

Op 8 Mei 1934 heeft de Strafkamer van de Arr.-Rechtbank te Rotterdam een belangrijk vonnis gewezen of liever het had een belangrijk vonnis kunnen en m. i. moeten zijn, indien de Rechtbank principieel zich had uitgesproken over de feiten en quaestie, welke opzettelijk aan het oordeel van de Rechtbank werden onderworpen en aan haar werden voorgelegd en *principieel* uiteengezet. Thans is wel een beslissing uitgesproken welke, bij het ingaan op de principiele stelling, eveneens zóó en niet anders had moeten luiden en welke voor den verdachte hetzelfde rechtseffect nl. *vrijspraak* opleverde, doch de eventueele *wetenschappelijke* waarde van het vonnis werd langs een zijweg teniet gedaan.

De casus-positie was de volgende: Iemand stond wegens vermoedelijke overtreding van de verscherpte bepalingen van art. 13 der wet van 19 Maart 1932 (*Stbl.* 110) te recht, omdat hij als „gebruiker” van een pand daarin een te groote hoeveelheid verboden (Belgisch) sigarettenpapier *voorhanden* had gehad, zonder daarvoor gedekt te zijn door een document der belastingautoriteiten (een *fiscaal* misdrijf derhalve).

Het verweer van den verdachte was, dat hij met het pand feitelijk niets te maken had, doch dat de eigenaar daarvan hem den *sleutel* gegeven had met het verzoek om, zoo zich een eventueele huurder van het leegstaande winkelhuis voordeed, dien sleutel aan den gegadigde af te geven tot bezichtiging van het pand. Verdachte had in het winkelhuis alléén Zaterdags tot Maandags twee hem toebehoorende rijwielen staan, ter stalling op die enkele dagen. Dit was het *eenige contact* van den verdachte met het betrokken winkelhuis. Verdachte stond bij de belasting-administratie niet als verdacht van smokkelarij bekend. In dit pand nu had iemand (dader onbekend) de te groote hoeveelheid sigarettenpapier neergelegd. Betoogd werd nu, dat deze verdachte aldaar dat sigarettenpapier „als gebruiker *voorhanden*” had gehad.

De Rijksadvocaat te Rotterdam achtte het bewijs van het te laste gelegde feit bewezen. De Officier van Justitie vroeg van de Rechtbank: *niet-toewijzing* van den eisch van den Rijksadvocaat, omdat hier volgens hem, geen sprake was noch van „gebruiker”, noch van „voorhanden hebben”, noch — ook

al was het eerste wél het geval geweest — van het aanwezig zijn van eenige, noodzakelijk geachte, „schuld” van verdachte en requireerde: vrijspraak.

Op 8 Mei 1934 viel de beslissing en het wèrd de gevorderde: vrijspraak, doch alléén op grond van het feit, dat de Rechtbank den verdachte niet als „gebruiker” van dat winkelhuis beschouwde en dat element van het strafbaar feit volgens haar niet bewezen achtte.

Over de al- of niet noodzakelijkheid van „schuld”, werd met geen woord gerept, hoewel het principieel „gepleit” (gerequireerd) was.

Waarom — zoo vraag ik me af — worden de moeilijkheden aldus ontweken? Omdat reeds direct één der in de overtreden wetsbepaling *uitdrukkelijk* gestelde *elementen* der delictsomschrijving niet bewezen werd geacht en er dús geen — *niet eens tot uitdrukking gekomen* — mogelijk noodzakelijk, verder element meer te toetsen noodig was. Dat zal wel de reden geweest zijn van dit *zoo sober* gemotiveerde vonnis. Het was immers slechts een vrijspraak en deze pleegt men nu eenmaal gewoonlijk niet „met redenen te omkleeden!”

Doch ook de *mérites* van een vrijsprekend vonnis kunnen van belang, ja soms van eminent belang zijn. Waarom wordt in een *civiele* zaak wél *ieder* punt, dat wordt tegengesproken en niet wordt erkend, besproken en in meer of minder aantal „overwegingen” gemotiveerd en *beslist*?

Bij voorbaat weet ik het te geven antwoord reeds: omdat de wet dit eischt en omdat strafrecht is geen civielrecht! Doch mijn wedervraag is dan: *als het punt van belang is voor de rechtszekerheid*, heeft de rechter dan ook in een strafprocedure niet zekere „*rechtsplichten*” of wil men liever zekere politesses in acht te nemen, ook als de *wet* deze niet uitdrukkelijk voorschrijft en op eene principieele beslissing — òók in het belang van verdachte — door één der procespartijen objectief wordt aangestuurd?

A bon entendeur, demi mot suffit!

Ik heb me hier ten doel gesteld deze schuldquaestie in het kort nader te belichten, zonder tot eene eigenlijke *eindtheorie* of tot eenig *eind-criterium* te (kunnen) geraken.

En dan is de eerste vraag, die om oplossing roept: wát is nu eigenlijk „Schuld?”

Het is nog niet zoo heel lang geleden, dat niemand minder dan Prof. Mr. H. VAN DER HOEVEN, destijds hoogleeraar in het strafrecht aan de Universiteit te Leiden en oud-vertegenwoordiger van ons hoogste O. M., uitnemend kenner zoowel van het theoretische strafrecht als van de toepassing daarvan, de gedenkwaardige zinsnede uitsprak in zijne rectorale rede op den 327sten Dies natalis der Hoogeschool: . . . eerlijk

moeten wij erkennen, dat wij niet weten te zeggen, wat we, in algemeenen zin en afgezien van elke positieve wetgeving, door „*delict*” hebben te verstaan, waarop ons recht om te straffen berust en waarom we straffen”, eene zinsnede, welke zijn zoon, de psychiater Dr. H. VAN DER HOEVEN te Utrecht aanvankelijk voor eene agnostische boutade versleet!

Laat ik er nog deze stelling aan toevoegen: dat strafrechts-wetenschap derhalve eene wetenschap is, waarvan de grondpijlers niet op rotsgrond, doch op drijfzand zijn opgebouwd, zoodat ze steeds gevaar opleveren op het onverwachtst te kunnen bezwijken, eene schijnwetenschap dus!

Eén van die twijfelachtige steunpilaren is *de schuld*.

Velen hebben getracht die schuld wetenschappelijk en theoretisch te toetsen. Vele theoretische stelsels zijn opgebouwd, doch het ei van Columbus is tot op heden nog niet gevonden en waarom niet? Omdat niemand zal vermogen het te grijpen en . . . vast te houden!

Wijlen mijn hooggewaardeerde leermeester Prof. Mr. G. VAN HAMIEL zag als schuld: „het teweegbrengen van een gevolg zonder inachtneming van die noodige voorzichtigheid en voorzienigheid, welke van een *goed huisvader* mag verwacht worden”. Men zou zoo kunnen zeggen: schuld is het onrechtmatig ingrijpen in den reeks van agentia en reagentia, gelegen tusschen de beginhandeling (de oorzaak) en het tot stand komen van een strafbaar gesteld gevolg”.

Doch *al* deze min of meer bruikbare algemeene definities hebben dit punt gemeen, dat men bij de détailontleding *steeds weer stuit* op begrippen, vaag-an-sich, die elk op zich zelf ook weer om eene oplossing zouden vragen b.v. de *goede* huisvader, de *bonus judex*, de terminologie: onrechtmatig, etc. etc.

Welken norm moet men hier aanleggen, welke minimum vereischen moet men hier stellen? Waar begint de verantwoordelijkheid van den één bij het teweeg brengen van het strafwaardig onrechtmatig gevolg, waar vangt deze voor den anderen mensch aan? Op welk tijdstip is deze te aanvaarden en waar en wanneer houdt ze op als sluitsteen bij het ingetreden gevolg?

Een tweede vraag is deze: kunnen wij denzelfden norm, denzelfden maatstaf, welken wij aan den *volwassen* mensch meenen te kunnen aanleggen, eveneens bezigen bij onvolwassenen, dus in ons *Kinderstrafrecht*?

Men weet den strijd, welke er in ons land op strafrechtelijk gebied gevoerd is om te komen tot eene wettelijke regeling, op welken leeftijd een *kind* verantwoordelijk zou mogen worden gesteld voor zijne onrechtmatige en strafwaardige daden. Men weet tevens, dat men in onze vroegere strafwetgeving

ten opzichte van het kind geëxperimenteerd heeft met leeftijds-grenzen, waar beneden geen strafrechtelijk *oordeel des onderscheids* werd aangenomen, en waarboven deze aansprakelijkheid wettelijk werd gedecreteerd. Men weet bovendien, dat de éénmaal aangenomen wettelijke leeftijdsgrenzen niet gehandhaafd zijn gebleven, doch meer naar boven zijn afgerond en naar ouderen leeftijd zich hebben toegespitst.

Degenen, die belang in het kinderstrafrecht stellen — en dat zijn er zeer velen in den lande — en zich wegens die belangstelling, hebben toegelegd op de studie van de kinderpsychologie, herinneren zich de voorstellen van verschillende zijden 1°. om alle kinderstrafrecht af te schaffen en te vervangen door *burgerlijk* kinderrecht zonder straffen doch alléén met opvoedings- en verbeteringsmaatregelen van paedagogische en sociale strekking, 2°. om het kinderstrafrecht alléén te handhaven voor kinderen, *boven* een zekeren leeftijdsgrens (den puberteitsgrens in ruimen zin) en daar beneden slechts civielkinderrecht met zijne maatregelen, en 3°. om géén kinderstrafrecht te laten vervallen voor geen enkele leeftijdsgrens, hoe laag ook, doch het aan den gespecialiseerden *rechter* (kinderrechter) overlatende *zelfstandig* vast te stellen, op welken *leeftijd* en in welke *gevallen* tot toepassing van het kinderstrafrecht alleen of in verbinding met het burgerlijk kinderrecht of tot de zegenrijke werkingsfeer van het enkele *civiele* kinderrecht moet worden overgegaan.

De laatste weg lijkt mij, psychologisch en ook van paedagogisch standpunt de eenige juiste, le juste milieu en ook voor het inslaan van dezen middenweg gaan in theorie en in de praktijk, bij paedagoog en bij psycholoog, de meeste stemmen op. Het is ook in die richting, waarin zich de *evolutie* der wetenschap van het kinderrecht beweegt en voortschrijdt.

Als men, zooals schrijver, jaren en jaren achtereen de ontwikkeling van het kinderrecht en de toepassing daarvan door den kinderrechter van zeer dichtbij mag meemaken en gadeslaan en er ook zelf actief aan kan medewerken, dan is wel het eerste wat men op ervaringsgronden opmerkt dit, dat het aannemen van een vasten *leeftijdsgrens* voor al- of niet toepasselijkheid van het *strafrecht* voor het kind voor het ééne individu een heel wat andere *uitwerking* zoude hebben dan dit het geval zoude zijn bij een ander dito. Dit hangt in de eerste plaats af van heredititeit, opvoedings- en milieu invloeden, van de twee laatste categorieën van factoren in het bijzonder. Een kind opgevoed bij onevenwichtige, ongeschikte, onbekwame of onwillige opvoeders reageert geheel anders en meer a-sociaal dan een kind of datzelfde kind zal doen, indien het in een evenwichtige, harmonieuze, humane en wilskrachtige omgeving is of zoude zijn geleid en groot gebracht. Bij

éénzelfden leeftijd dus geheel van elkaar afwijkende acties en reacties, consequenties en resultaten.

Niet de wetgever kan hier derhalve beslissen, doch slechts de rechter, na ampele voorlichting en met inachtneming van alle bijzondere omstandigheden! Derhalve geve de wetgever hier slechts richtsnoeren en leidraden, neergelegd in wettelijke, summiere regelingen en van zeer globalen aard. Hij onthoude zich in deze zoo subtiële aangelegenheid van alle détail-regeling of afdaling in futiliteiten, die bij de voortdurend en logisch voortschrijdende evolutie van alle dingen toch geen zin zouden hebben en tot geene aannemelijke resultaten zouden kunnen leiden.

Een kind ziet een asociale daad nu eenmaal met andere oogen dan de volwassene en voelt die asociale daden en handelingen ook geheel anders aan.

Waar de volwassene naast het begrijpen van den asociaal daad meer ingesteld is op het daarvan mogelijkerwijze te verwachten onrechtmatig *gevolg*, daar is het oog, de psyche van het kind in de eerste plaats gericht op de daad, de handeling zelve zonder zich veelal of te gelijktijd het eventueel intreden van een meestal niet vooruitgezien, gevolg voor oogen te stellen. De volwassene handelt bewust en reageert eveneens bewust, het kind handelt bewust, doch reageert veelal onbewust!

Het is hier, dat we aangekomen zijn op het gebied, dat psychologen noemen het territoire van het „Ernstspiel”. De daad, de handeling is spel, geen ernst; het eventueel intreden van een bewust gevolg zal eveneens of niet bewust worden onderkend of het zal als zoodanig niet voldoende in de kinderspsyche indringen en tot bewust en redelijk nadenken, overwegen en doorzien aanleiding geven. In de, *ook asociale* daden en handelingen van het kind zijn vele elementen van spel, slechts weinige van werkelijk inzicht. Ik denk hier b.v. aan diefstalletjes van appels, snoepgoed, speelgoed, bloemen, kleine gebruiksvoorwerpen, sportbenodigdheden als voetballen etc. etc. of heling van goederen, door vriendjes gestolen b.v. gezamenlijk snoepen (ten geschenken aannemen) van fruit, zoetigheid en dergelijke. Het kind realiseert zich, juist door het spontane van zijn (asociale) daad of handeling, die daad of handeling niet, noch minder geeft het zich reenschap van het eventueel in te treden gevolg!

In dien gedachtengang zou men eigenlijk slechts van een soort *kinderopzet*, *kinderschuld* kunnen spreken en wetenschappelijk eigenlijk ook alleen mogen spreken, doch deze spreekwijze is niet die des wetgevers, waar hij, ook in het kinderstrafrecht, slechts spreekt van gewoon opzet en gewone

schuld en verder geene onderscheiding, welke dan ook, voor zijne rekening neemt.

Doch, iets anders is het, of het toelaatbaar zou zijn op deze medegedeelde gronden en gebaseerd op de opgesomde argumenten, nu ook elk *strafrecht* voor kinderen uit den booze te achten?

Zóó ver zou ik niet willen gaan! Ik heb hier alleen willen aanstippen, hoe ongemeen voorzichtig men met het toepassen van de algemeene beginselen van ons strafrecht op kinderen van elken leeftijd noodwendig wel moet zijn.

Het zal daarom voor den *rechter, als autoriteit* bij de *kinderberechting* van zeer dichtbij betrokken, alléén met inachtneming van nog grootere voorzichtigheid en voorzienigheid dan van den bonus judex of van den „pater liberorum”, al stilzwijgend door den wetgever en de wetenschap verwacht wordt, zijn weggelegd le juste milieu in dit moeilijk ontwarbare labyrinth der kinderpsyche te ontdekken en te beheerschen.

Als men het bovenstaande nagaat en overdenkt, rijst onwillekeurig de vraag bij ons op: moet de wetgever dan weer, bij gebrek aan kinderopzet en kinderschuld in de strafwetgeving, terug naar den ouden tijd, toen, óók in onze *kinderstrafwetgeving*, (nog) gewerkt werd met het kinderlijk *oordeel des onderscheids*, het discernement der Franschen?

Het zou niet zooveel kwaad kunnen als vroeger, toen de rechter nog geenszins gespecialiseerd noch psychologisch geschoold was, toen we nog geen Kinderrechter in onze wetgeving kenden! Doch, zou de strafwetgever van thans aan den anderen kant niet *kunnen tegemoet komen* aan het *wettelijk gemis* en de moeilijkheid van aanvaarding van wat men een *kinderopzet* en *kinderschuld* zou *willen* noemen?

Ten deele, zeer zeker, doch dan alleen *bij deskundig, psychologisch onderkenningsvermogen* van den *strafrechter*.

In dit verband is het wel zeer eigenaardig, dat in de Fransche strafrechtswetenschap, welke zich ten doel stelt — zooals overal elders — de aanpassing van het Fransche strafrecht aan onze moderne tijden en tijdsstroomingen, deze richting voor het kinderstrafrecht wordt ingeslagen. Door de Commissie tot herziening van de Code Pénal toch wordt in 1930 niet meer en niet minder voorgesteld, dan het „*discernement*” voor kinder-aansprakelijkheid weder in de Fransche *wet* op te nemen, want, zoo luiden de betrokken voorgestelde artikelen 120 en 121 in het Tweede hoofdstuk over „des personnes irresponsables”: „le mineur, agé de *moins de 13 ans*, qui a commis un fait que la loi déclare punissable, est exempt de la peine attachée à l'infraction”, (art. 120), terwijl article 121 als volgt is geredigeerd: „le mineur de 13 à 18 ans

qui a commis un fait que la loi déclare punissable, est, de même, exempt de peine, s'il est décidé qu'il a agi *sans discernement*. Si le fait est qualifié *crime* ou *délit* par la loi, le mineur, sera, *selon les circonstances*, etc. etc. (volgen de maatregelen).

Si le fait est qualifié *contravention*, le mineur de 13 à 18 ans, ayant agi *sans discernement*, sera reprimandé etc. etc.

Tot zoover het ontwerp der Fransche Commissie van December 1930. De evolutie der strafrechtswetenschap zal in de toekomst moeten aangeven of dit Fransche voorbeeld aanbeveling en eventueel navolging verdient of dat zich, in ons land, met *onze* zeden en gewoonten, een *eigen*, nationale, strafrechtelijke evolutie zal ontwikkelen en voltrekken, waarop wij ons op dit oogenblik nog niet volledig zouden vermogen in te stellen en welke wij thans nog niet kunnen onderkennen!

De laatste vraag, welke ik mij gesteld had en welke ik zoude trachten aan te stippen (om niet te spreken van: op te lossen), is deze: hoe verhoudt zich de Hooge Raad, ons hoogste rechtscollege, o. a. ten doel hebbend de rechtséénheid en de rechtszekerheid te bevorderen, volgens zijn jurisprudentie tot de leer van het algemeene *schuldvereischte* tegenover de leer van het zgn. *materieele feit*?

Men kent den betoogtrant van de volgelingen van de leer van het starre, materieele feit, welke eens, nog niet zoo lang geleden, ook den Hoogen Raad onder hare discipelen had: komt in de omschrijving van het *misdrijf* of van de *overtreding* geen schuld of opzet voor, zoo behoeft noch opzet noch schuld bewezen te worden en staat met de overtreding der gebods- of verbodsbepaling, de aansprakelijkheid van den dader vast behoudens natuurlijk zijn beroep op overmacht of noodweer, een leer, die géén rekening houdt met dwaling in het recht, en enkel opgebouwd is op de fictie van: ieder wordt geacht de wet te kennen. Deze leer verliest voortdurend terrein en later zal men zich slechts verwonderen, dat ze eens bestaansreden heeft gehad en aanhangers vond.

Om de „schuldvraag” behoeft men zich hier niet te bekommeren, ja, men neemt zelfs aan, dat de rechter er niet op behoeft te letten en met een air de *dédain* beroep op *schuldvereischte* behoort te passeeren!

Daartegenover staan de voorstanders van de *schuldnoodzaak* bij *ieder* strafbaar feit, hetzij misdrijf, hetzij overtreding. *Steeds* moet hiër het aanwezig zijn van „schuld” door het O. M. bewezen worden en door den rechter als bewezen worden aangenomen. Valt geen schuld hoegenaamd aan te toonen, zoo zal vrijspraak van den dader *moeten* volgen!

Deze leer is een uitvloeisel van de moderne opvattingen van den laatsten tijd over *aard* en *wezen* van het straffbare feit, van het recht om te straffen door den Rechtsstaat en van het vermeerderd inzicht in de psychologie van den *dader* van een strafbaar feit. Zij legt het zwaartepunt niet meer op de begane asociale daad of handeling alléén, doch laat de *individualiteit* van den dader prelimineeren. Komt derhalve in strijd met alle dogmatiek en dogmatische stelsels der theorie en wijkt hemelsbreed af van vergeldings- en leedtheorieën, ja, zij is daarvan zelfs eene antipode en de negatieve pool.

Zooals gezegd, mijn laatste vraag in dit opstel is nu: hoe staat de Hooge Raad, ons hoogste rechtscollege, dat o. a. tot wettelijke taak heeft de *rechtscéenheid* en de *rechtszekerheid* in Nederland te *bevorderen* en zoo mogelijk te *consolideeren*, tegenover deze vraagstukken?

Heeft hij hier inderdaad eenig vast richtsnoer aan de hand gedaan of een vaste leiddraad gegeven, heeft hij in dit opzicht een zgn. *vaste jurisprudentie* geschapen, zoodat de lagere rechtscolleges luce clarius weten, waaraan zij zich te houden hebben en waarnaar zij hun standpunt kunnen bepalen?

En dan moèt het eenig mogelijke antwoord op dien vraag luiden: neen, verre daarvan! Ons hoogste rechtscollege heeft zelfs de oplossing vertroebeld!

Want wat is het geval?

Over een tijdsverloop van verschillende jaren is ons hoogste rechtscollege met deze materie in aanraking gekomen en de verschillende uitspraken in die reeks van jaren door den Hoogen Raad gedaan, vormen een alleszins voldoende en bruikbaar studiemateriaal, om zijne opinie te beluisteren. We gaan nu niet al te ver terug, doch bepalen ons tot de meest markante arresten van 1900 tot 1934 uitgesproken en gepubliceerd.

De rij wordt geopend door het bekende Arrest van 11 Juni 1907, W. 8567, waar het ging om de opgeworpen schuldvraag bij eene *overtreding*. Dan volgt het beroemde Arrest van 14 Februari 1918, W. 9958 eveneens eene wettelijke *overtreding* (politieverordening) betreffende. Vervolgens het Arrest van 31 December 1917, N. J. 1918 pag. 135 inzake een *misdrif* (art. 9 der Vervoer en Nederlage wet van 31 December 1915 (*Stbl.* 553) en ten slotte het Arrest van 23 Mei 1921, W. 10766, betrekkelijk een *Jachtwet-overtreding*. In al deze procedures werd een beroep op het *ontbreken* van iedere „schuld” gedaan.

Men kan deze Arresten splitsen in twee categorieën 1^o. in die van 1907 en 1915, welke zich vóór het schuldvereischte uitspraken en 2^o. in die van 1917 en 1921, welke, bij gebreke

van het schuldelement in de delictsomschrijving, het vereischte van schuld noodzakelijkheid niet konden aanvaarden.

Naar eenen anderen maatstaf zou men ze kunnen betitelen met de naam: de *apodictische, declaratoire* arresten 1907, 1917 en 1921 en het *gedocumenteerde* Arrest van 1916, het principieele Arrest waarvan wijlen Professor Mr. D. SIMONS in eene annotatie getuigde, dat daarvan „de victorie” begon, al naar gelang de Hooge Raad in zijne overwegingen slechts zijne meening uitsprak, zonder eenige motiveering van belang (*declaratoir*) en zijn standpunt niet alleen aangaf, doch eveneens met redenen omkleedde.

Slechts in 1916 werd eigenlijk alleen gemotiveerd, doch dan ook principieel. Men luistere slechts:

„Er is, ook in de geschiedenis van ons Wetb. van Strafr. geene reden, welke zou dwingen aan te nemen, dat bij het niet vermelden van schuld als element in de omschrijving van een strafbaar feit, in het bijzonder van eene overtreding, de wetgever het stelsel zou huldigen, dat bij gebleken afwezigheid van alle schuld niettemin strafbaarheid zou moeten worden aangenomen, tenzij er een grond tot uitsluiting daarvan in de wet mocht zijn aangenomen.

O. hieromtrent:

dat in de omschrijving van het volgens voormelde artikelen strafbare feit wel niet uitdrukkelijk is vermeld, dat bij hem, die dit feit pleegt, althans eenige schuld aanwezig moet zijn, doch hieruit geenszins mag worden afgeleid, dat bij geheel gemis van schuld de bepaling nochtans van toepassing is;

dat toch niets, bepaaldelijk niet de geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, er toe dwingt om aan te nemen, dat bij het niet-vermelden van schuld als element in de omschrijving van een strafbaar feit, in het bijzonder van een overtreding, onze wetgever het stelsel huldigt, dat bij gebleken afwezigheid van alle schuld niettemin strafbaarheid zou moeten worden aangenomen, tenzij er een grond tot uitsluiting daarvan in de wet mocht zijn aangewezen;

dat om deze tegen het rechtsgevoel en het — ook in ons strafrecht gehuldigde — beginsel „geen straf zonder schuld” indruischende leer te aanvaarden, de noodzakelijkheid daarvan uitdrukkelijk uit de omschrijving van het strafbare feit zou moeten volgen, hetgeen ten deze niet het geval is;

dat mitsdien de Rechtbank na in de voormelde overweging van haar vonnis blijkbaar feitelijk te hebben uitgemaakt, dat getuige D. zonder eenige schuld heeft gehandeld, terecht besliste, dat hij in dezen willoos werktuig was en de beklagde alzoo het ten laste gelegde in den zin van art. 47 1°. Strafr. heeft doen plegen, zoodat het middel niet tot cassatie kan leiden.”

Over dit principieele Arrest annoteerde SIMONS, dat de Hooge Raad *thans duidelijk* zijne opvatting heeft te kennen gegeven, dat ook bij overtredingen ook met het schuldver-eischte moet worden rekening gehouden. Bijna 30 jaar na de inwerkingtreding van ons wetboek komt deze speciale beslis-in een zin, waarover ik mij van ganscher harte verheug. De *mogelijkheid van straf zonder schuld* wordt *verworpen*, omdat zij *tegen het rechtsgevoel indruischt*. Ik hoop, dat dit Arrest rechtspraak zal vestigen". Het werd gewezen door den presi-dent Mr. HANLO en de raadsheeren: Mrs. HESSE, SAVELBERG, Jhr. Rn. FEITH en VISSER.

Edoch, Professor SIMONS had te vroeg victorie gekraaid, want reeds het volgende jaar wees de Hooge Raad, conform de conclusie van zijn Advocaat-Generaal Mr. BESIER, onder verantwoordelijkheid van den president Mr. HANLO en de raadsheeren Mrs. GRATAMA, BOSCH, NELISSEN en KOSTERS het nederlage-arrest van 31 Dec. 1917 inzake de aansprakelijkheid van een *gebruiker* van een pand in de zgn. eerste linie voor het daarin *aanwezig hebben* van ten uitvoer verboden goede-ren (art. 9 Nederlagewet 31 Dec. 1915 (*Stbl.* 533) waarin ons hoogste rechtscollege wederom de „zuivere" leer van het materielee feit huldigt, blijkens zijne overweging, dat het feit, dat een *ander buiten verdachtes medeweten* de verboden goederen in diens woning had gebracht op zichzelf de *ver-antwoordelijkheid* van den verdachte *voor de aanwezigheid* dier goederen in zijne woning niet *kan uitsluiten* (waarom niet G?) zoodat het Hof op *die* verdediging *niet* behoefde in te gaan.

Ter motiveering van zijn standpunt, dat schuld hier geen vereischte is, beroept Mr. BESIER zich tot mijn groote ver-wondering op 1^o. het *zwijgen* van de Nederlagewet over dit vereischte en 2^o. op de moeilijke *vatbaarheid* van toepassing der wetsbepalingen 9 en 12 dier wet, op een zuivere utiliteits-quaestie derhalve. Doch, zoo vraag ik mij af, mag utiliteit in deze tijden nog als een *deugdelijk* argument gelden, in het voordeel van de leer van het starre, materielee feit, doch tegen ieder modern begrip van *billijkheid* en *redelijkheid* vol-gens ontlukende begrippen van onze moderne strafrechts-wetenschap in?

Ik dacht, dat we vooruitgingen op strafrechtsgebied, zelfs in deze crisistijden, in dier voege, dat we thans reeds zoover waren om te kunnen argumenteeren: verbiedt de strafwet, ook wanneer zij er niet *uitdrukkelijk* gewag van maakt, het aannemen van een redelijk, billijk, algemeen beginsel als „schuld?" en zoo neen, dan mogen we dit *als* beginsel, als vereischte aanvaarden en ik meende ook dat dèze mijlpaal reeds verre overschreden was nl. om te beweren: de wet

spreekt er niet van, dus: verboden terrein, verboden beginsel — en wel op utiliteitsgronden!

Hoewel dit Arrest vrijwel direct volgde op het *principieele* Arrest van 1916, waarvan de victorie zoude uitgaan en waarvan school-making verwacht werd, werd hier slechts het tegenovergestelde van de meening van 1916 door de raadsheeren *gedecreteerd*, doch *niet gemotiveerd*, zoodat door eene *andere* samenstelling van ons hoogste rechtscollege toch hiër het goed gedocumenteerde standpunt van raden van datzelfde hooge rechtscollege werd verloochend en vrijwel gedesavoueerd!

En eenige jaren later, onder de samenstelling van Mr. DE SAVORNIN LOHMAN president en Mrs. HESSE, SAVELBERG, Jhr. P. VAN MEEUWEN en ORT, ging het bij Arrest van 23 Mei 1921 denzelfden kant op. Ook hier geene motiveering vrijwel en gééne principieele weerlegging van vroegere documentatie in 1916!

Onwillekeurig vraagt men zich af: wat mag hiervan de oorzaak zijn en waar blijft op die manier het bevorderen en zoo mogelijk het consolideeren van de algemeene rechtséénheid en rechtszekerheid, wanneer zelfs ons hoogste rechtscollege, *louter door andere en gewijzigde bezetting en samenstelling*, niet bij machte schijnt om hier een *vaste jurisprudentie* te scheppen en aldus een leiddraad te geven?

Wordt aldus niet de rechtseenheid en rechtszekerheid afhankelijk gemaakt van min of meer liberale of orthodoxe opvattingen omtrent aard en wezen van ons strafrecht, aard en wezen van het recht tot straffen, aard en wezen van den strafrechtelijken dader, naar gelang men van huis uit als criminalist of als civilist het recht intuïtief aanvoelt of van een der beide soorten van recht een bijzondere studie heeft gemaakt?

Doch dan zou hieruit tevens moeten voortvloeien, dat we slechts in een vicieusen cirkel blijven ronddraaien en dat we over honderd jaar nog even ver zijn, ja, zelfs niet verder kunnen zijn dan op het huidige oogenblik! Dat zou dan met moeten meebrengen eene *negatie der strafrechtswetenschap* als uiterste consequentie!

Hoe ik ook tuur, ik kan het niet anders zien en er is gééne oplossing, zelfs geen criterium, te vinden!

De *strafwet* stelt strafbaar: *onrechtmatige* daden van zeker gehalte en zij stelt die slechts strafbaar, wanneer een zekere *aansprakelijkheidsgraad* aan te toonen is (te bewijzen is), die wij met de *juridische* begrippen „*opzet* en *schuld*” aanduiden.

Om *aansprakelijkheidsmogelijkheid* te kunnen aannemen, welke binnen de door onze zintuigen waarneembare grenzen ligt — en deze grenzen moeten wel zeer globaal zijn, juist

omdat onze zintuigen zoo slecht en zoo gebrekkig waarnemen — moeten wij een soort evenredigheidsmaat, een soort *gemiddelde* als uitgangspunt en basis aanvaarden, waarnaar wij de al of niet aanwezige aansprakelijkheidsfactor (de mogelijkheid) *kunnen vaststellen*, welke dan weer door ons *subjectief* inzicht als „de juiste” wordt *aanvaard*.

Als uitgangspunt hebben wij — en wij zouden nooit anders kunnen — theoretisch aangenomen den *gemiddelden*, den *doorslag*-mensch met gemiddelde zintuigen, in staat op de gemiddelde wijze indrukken van buiten af in zich op te nemen en op de *gemiddelde* wijze op die aldus ontvangen indrukken — door middel van sensible en motorische nereven — te ageeren en te reageeren.

Wij kunnen slechts aldus redeneeren: een indruk *a*. brengt noodwendig voort een impuls *b*, welke als *vaste* reactie geeft *c* (de normale grondfactoren). Zijn *b* en *c* voldoende bekend, zoo is de *aansprakelijkheids*-reactie aanwezig en de dader *dus strafbaar*.

Doch hoe, als *b* en *c* niet voldoende bekend zijn of min of meer van de normale factoren afwijken; hoe moeten we er *dan* komen? Wij, die alleen *subjectief* kunnen beoordeelen en ontleden?

Dan wordt het slechts een *kansspel*, een *loterij*, een *quaestie* van gradatie en waardeering, slechts afgemeten naar en beoordeeld van uit een *subjectieven* gezichtshoek.

Zoodra wij het terrein van den *gemiddelden* mensch verlaten hebben met zijn bekende (*b* en *c*) agentia en reagentia, *tasten wij in volslagen duister*, waarin geen licht redding zal vermogen te brengen.

Wta voor den een als *aansprakelijkheidscoëfficiënt* kan worden aanvaard, is dat nog geenszins voor den ander. Alle *zekerheid* ontvalt ons hier en wij zullen *slechts „ruw”* kunnen *benaderen*! Hier is *de absolute negatie van elke mogelijke schuld*begrenzing en schuldomschrijving, van een al of niet *aansprakelijkheidsmogelijkheid* voor acties en reacties van derden, omdat ze *buiten onzen subjectieven* of den *objectieven* gezichtskring vallen.

Na het vooragaande rest mij nog één vraag te beantwoorden of liever daartoe eene poging te wagen:

Is in ons strafrecht, of liever in het algemeen in *eenig* strafrecht strafrechtelijke aansprakelijkheid, m. a. w. „*schuld*”, van *rechtspersonen* naast de natuurlijke personen mogelijk en noodzakelijk?

Men zal mij misschien direct toevoegen: onze tegenwoordige strafwetgeving, zij het dan ook al niet ons strafwetboek, kent *thans* immers reeds eene dergelijke aansprakelijkheid

van *rechtspersonen* in sommige *fiscale* strafwetten b.v. in art. 13 der wet van 4 April 1870 (*Stbl.* 61) (op het gedistilleerd)! Maar dan moet ik hierop antwoorden, dat wat in een *fiscale* strafwet geregeld is, nog geenszins als een argument mag worden gebruikt, dat eene dergelijke aansprakelijkheid nu òók voor *eigenlijk* strafrecht, voor modern strafrecht, mogelijk is, juist omdat het in eene *speciale fiscale* wet is neergelegd, omdat dit speciale strafrecht op geheel andere beginselen — of misschien op geheel geene rechtsbeginselen — berust dan het algemeene strafrecht, omdat daàr de „mogelijkheid” van toepassing der strafbepalingen hoofdbeginsel en uitgangspunt is, wegens vooraf *veronderstelde* schuld, omdat daàr kwade trouw wordt aangenomen en goede trouw moet worden bewezen — terwijl hiër (in het gewone strafrecht) met opzet en schuld moet worden gewerkt, terwijl hier dat opzet en die schuld maar niet zoo wordt verondersteld, doch uitdrukkelijk moet worden bewezen, terwijl het in het gewone strafrecht niet vrijwel alléén om „de *geldboeten en de verbeurdverklaringen*” (het materiele en materialistische deel), gaat, doch naast het opleggen van geldboeten òók het opleggen van *vrijheidsstraffen* mogelijk is en mogelijk moet zijn en geen straf kan worden opgelegd, of er moet eenige „schuld” bestaan!

Kan men nu werkelijk „schuld” bij een *rechtspersoon* aannemen en is men inconsequent, als men schuld van rechtspersonen in het *civiele* recht (b.v. art. 1401 B. W.) aanvaardt, terwijl men het voor toepassing van het strafrecht onaanneemelijk acht?

Geenszins: Het strafrecht is van zoo geheel anderen aard en structuur, op zulke geheel andere grondbeginselen opgetrokken en volgens die grondprincipes slechts verdedigbaar, dat eene vergelijking met het civiele recht — als elke vergelijking trouwens — volkomen mank gaat.

Het civiele recht heeft als machts- en dwangmiddelen slechts schadevergoedingen ten doel, kent zelfs geene reële executie, doch het bezit niet het middel tot het opleggen van: *straffen*!

Het civiele recht schept slechts het instituut „rechtspersoon” om een rechtssubject te hebben, dat naar binnen en naar buiten als aansprakelijke éénheid kan optreden of als verhaalobject kan fungeeren bij veroordeelingen tot betaling van schadeloosstellingen of schadevergoedingen, doch biologisch en psychologisch blijft de civiele rechtspersoon toch een *kunstmatige* uitvinding van wetenschap en wetgever, hetzij men nu al de fictie, de persoons- of de orgaanstheorie der rechtspersoonlijkheid of eenige andere fictie, al naar gelang van inzicht en gezichtspunt, wenscht te omhelzen.

Er is tusschen civiel- en strafrecht en de leerstukken, die er mede in verband staan b.v. culpa levis tegenover culpa lata, rechtspersoonlijkheid tegenover individuen, schadevergoeding tegenover straf etc. etc. niet *slechts* een *verschil in gradatie, en waardeering, doch er is een verschil in principe, in uitgangspunt, in wezen!*

Juist daarom gelden niet ipso jure voor het strafrecht de rechtsregelen, welke voor het civielrecht opgang maken.

Het strafrecht is een jus-in-sich, een jus sui generis, géén specios eiusdem generis!

Van harte hoop ik, dat ook het gulden adagium van ons tegenwoordig strafwetboek: „*alléén de natuurlijke persoon tegenover het strafrecht aansprakelijk voor zijn „schuld”, voor het strafrecht der toekomst in zijn geheel, zonder eenige uitzondering voor speciaal recht van bijzonderen aard, zal blijven aanvaard en gehandhaafd en dan onder het motto: nulla poena sine culpa!*“

Rotterdam, 12 Mei 1934

GOMBAULT

Dr. J. CHR. F. VAN SANDICK; *De straftoemeting.* —
's-Gravenhage, Martinus Nijhoff, 1933; 409 blz.

I. Het werk (proefschrift) van Dr. VAN SANDICK, verschenen als het vierde deel van de serie „Strafrechtelijke en criminologische onderzoeken”, wil het antwoord geven op twee vragen, nl. in hoeverre er in Nederland eenige eenheid en gelijkvormigheid is te bespeuren in de strafkeuze en straftoemeting bij de verschillende misdrijven, en — tweede vraag — hoe de praktijk op dit gebied zich ontwikkelt.

Ter beantwoording van deze vragen heeft schrijver twee jaren gekozen, nl. 1929 en het vóóroorlogsjaar 1913. Bij de bewerking van het uit de telkaarten over deze jaren verzamelde materiaal heeft hij twee schiftingsen gemaakt. De ééne ten aanzien van de opgelegde straffen, weergegeven in eene grafische voorstelling in den vorm van staafjes: van de zwaardere gevangenisstraffen af tot de hoogere, lagere en laagste geldboeten toe. De andere ten aanzien van de verschillende *misdrijven*, gegroepeerd in vijf rubrieken: vermogensmisdrijven (diefstal, gequalificeerde diefstal, verduistering, oplichting, heling); agressieve misdrijven (mishandeling, eenvoudige belediging en belediging van ambtenaren), ruwheidsmisdrijven (vernieling, dierenmishandeling); misdrijven tegen de openbare orde en het gezag (wederspannigheid, ongehoorzaamheid aan ambtelijk bevel) en misdrijven tegen de zeden (openbare schennis van de eerbaarheid, plegen van ontuchtige handelingen met iemand beneden de 16 jaren).

Wij hebben dus onze aandacht te bepalen bij de twee genoemde jaren en het verschil in berechting tusschen deze jaren onderling; bij een groot aantal straf-rubrieken, en bij de in vijf rubrieken gegroepeerde meest voorkomende misdrijven. En ten slotte bij de verschillende rechtsprekende organen: de meervoudige Kamer der Rechtbank, de Politie-rechter, de Kinderrechter, het Gerechtshof.

Reeds uit deze schets van de wijze, waarop schrijver het verzamelde materiaal heeft bewerkt, blijkt de onmogelijkheid om van den inhoud van het geschrift een — zelfs zeer vluchtig — overzicht te geven. De aard zelf van het werk — met zijn overvloed van cijfers en tabellen — verzet zich daartegen.

Anderzijds zou 't in strijd zijn en met de wetenschappelijke beteekenis van deze zeer verdienstelijke arbeidspraestatie en met de — zij 't uiteraard betrekkelijke en bescheiden — resultaten van het ingestelde onderzoek, om ons tevreden te stellen

met het weergeven van de belangrijkste van de verkregen resultaten, door schrijver aan het einde van zijne studie geresumeerd. Deze betreffen de twee volgende punten. Voor eerst het feit, dat — aan de hand van de uitkomsten van het onderzoek over 1929 — in ons land mag gesproken worden van *eenheid in de berechting* ten opzichte van een belangrijk gebied van de criminaliteit (agressieve misdrijven, ruwheidsmisdrijven, misdrijven tegen openbare orde en gezag), terwijl bij de economische en de zedenmisdrijven de strafpraktijk een ander beeld vertoont maar ook *hier* inzooverre eenheid is, dat men telkens groepen van arrondissementen en strafkamers vindt, waarin vrijwel dezelfde gedragslijn werd gevolgd (blz. 356). En daarnaast — tweede punt — het verschijnsel, dat de berechting — vergeleken met 1913 — milder is geworden (minder hooge gevangenisstraffen, meer geldboeten, afnemen van de korte gevangenisstraffen naar aantal en in verhouding; terwijl ook daar, waar min of meer positief blijkt van de „vergelding” in de rechtspraak, minder streng wordt vergolden; blz. 365—366) en dat in het *kinderstrafrecht* ’t vooral de onvoorwaardelijke tuchtschoolstraf en de onvoorwaardelijke terbeschikkingstelling waren, welke bestrijding ontmoetten, eene bestrijding welke in de rechtspraak weerklank vond.

Met het accentueeren van deze slotbeschouwingen kan, intusschen, zooals ik opmerkte, dezerzijds niet worden volstaan. Op onzen weg ligt ’t om uit de in de achtereenvolgende hoofdstukken voorkomende gegevens eenige naar voren te brengen en daarop het licht te doen vallen. Ten slotte zouden wij bij een drietal meer algemeene punten, interessant voor allen wien de strafrechtspraak — als vraagstuk van groote maatschappelijke beteekenis — ter harte gaat, een oogenblik willen stilstaan.

II. Wanneer wij dus thans het zeer lijvig (en lastig hanteerbaar!) boek gaan doorbladeren, dan vinden wij in het Eerste Hoofdstuk (diefstal) een drietal opmerkingen, welke ons toeschijnen van belang te zijn. Bij de *meervoudige Kamer* wordt geconstateerd, dat in 1929 de onvoorwaardelijke strafvorm het meest toepassing vond, en blijkbaar zoowel de hooge als de lage voorwaardelijke straf onwenschelijk werd geacht voor het type dader, hetwelk de meervoudige Kamer ter zake van diefstal te berechten krijgt (blz. 15). Bij den *Politierechter* treft ’t, dat deze over ’t algemeen weinig voelt voor de lage geldboete, een verschijnsel hetwelk schrijver in verband brengt met het opportuniteitsbeginsel van het O. M. en dan ook volkomen verklaarbaar vindt (blz. 24). Bij den *Kinderrechter* schetst schrijver den *modern*en Kinderrechter,

die op grond van de overweging, dat het kind leeft in eene georganiseerde samenleving, het weghalen van het kind uit zijne omgeving in beginsel afkeurt, zwaar doet wegen de bezwaren, verbonden aan het opsluiten van het kind in eene inrichting, en anderzijds een warm voorstander is van den maatregel van art. 39 decies W. v. Sr., de ondertoezichtstelling.

In het derde hoofdstuk wordt ons duidelijk gemaakt hoe en waarom de verduisteraar met groote tegemoetkoming door den rechter wordt behandeld, een verschijnsel hetwelk zelfs wordt waargenomen bij de meervoudige Kamers, die dan toch in 't algemeen de minder gunstige gevallen te berechten krijgen. — Scherp wordt geteekend het verschil tusschen den verduisteraar en den oplichter (pleger van „een van de gevaarlijkste en ernstigste vermogensdelicten”, blz. 123), een verschil o. a. blijkende uit het feit, dat de voorwaardelijke veroordeeling bij het misdrijf van oplichting niet die beteekenis heeft, welke zij bij het misdrijf van verduistering vertoont (blz. 129).

Een ander beeld wederom vertoont de heling (vijfde hoofdstuk). Hier wordt de meervoudige Kamer slechts zelden „aan het werk gezet”, terwijl bij den Politierechter de geldboete de gewone straf is en — waar niet tot geldboete wordt veroordeeld — de voorwaardelijke veroordeeling het meest doeltreffend wordt geacht (blz. 143, 148).

Overgaande tot de agressieve misdrijven zou ik bij de *mishandeling* vooral aandacht willen schenken aan de vergelijking tusschen de praktijk van de berechting in 1929 en in 1913. Deze praktijk was in 1929 milder; veel minder vlug werd overgegaan tot het opleggen van gevangenisstraf, en ook bij *ernstige* mishandeling was de straf „genadiger” dan in 1913 (blz. 188). Ook bij de *belediging* (artt. 266 en 267 W. v. Sr.) treft de vergelijking tusschen de beide genoemde jaren, *hier* echter ten opzichte van de criminaliteit: deze was in 1929 vergeleken met 1913 in bijna alle arrondissementen sterk toegenomen, waarbij intusschen dient te worden vermeld, dat — ondanks het grooter aantal veroordeelingen — het aantal der uitgesproken gevangenisstraffen was gedaald (blz. 210, 211).

Bij de *ruwheidsmisdrijven* (derde groep) trekt vooral het vermelde omtrent het optreden van den Kinderrechter onze aandacht, zoowel ten aanzien van de vernieling als ten aanzien van de dierenmishandeling. Bij de *vernieling* wordt door schrijver gewezen op de groote contrasten in de strafwijze: naast Kinderrechters die „geducht van leer trokken” stonden anderen, die den jeugdigen vernielers zeer mild beoordeelden, een feit waaraan schrijver de opmerking vastknoopt, dat

juist omdat het kind spoedig geneigd is tot vernieling (als echte kinderuiting), van den Kinderrechter een krachtige reactie dient uit te gaan (blz. 233, 234). Bij de *dierenmishandeling* vinden wij vermeld, dat de gevallen van veroordeeling van kinderen wegens dit misdrijf niet talrijk zijn, en het vermoeden uitgesproken, dat vele gevallen van door kinderen gepleegde dierenmishandeling onontdekt of onvervolgd blijven. Voorzoooverre de feiten wèl vervolgd werden, werd door de Kinderrechters van de geldboete een bijna uitsluitend gebruik gemaakt, hoewel de vraag zich voordoet, of daarmee eene goede keuze gedaan werd (blz. 250, 251).

Van de *vierde rubrick* komt voor ons met name de *wederspansnigheid* in aanmerking. In tweeërlei opzicht. Vooreerst ten aanzien van de vraag van de korte gevangenisstraf. Bij den Politierechter schijnt de onvoorwaardelijke gevangenisstraf van beneden ééne maand in 1929 de meest gebruikelijke te zijn geweest; blijkbaar werd een kort verblijf in de cel — ondanks de overbekende bezwaren daartegen — de meest geschikte straf geoordeeld. Het andere punt betreft het verband tusschen dit misdrijf en het alcoholgebruik. Juist *hier* blijkt de alcohol een zeer belangrijke criminaliteitsfactor te zijn, meer nog dan bij eenvoudige mishandeling of vernieling; vooral onder de ergere recidivisten is deze factor van bijzonder gewicht (blz. 279, 283).

Ten slotte de misdrijven tegen de zeden, waarvan behandeld worden de openbare schennis van de eerbaarheid en het misdrijf van art. 247 (plegen van ontuchtige handelingen met iemand beneden de 16 jaar). Bij de openbare schennis blijkt, dat in verreweg de meeste arrondissementen door de Meervoudige Kamer aan de voorwaardelijke veroordeeling de voorkeur wordt gegeven, welke praktijk schrijver goedkeurt, omdat juist voor dit soort delinquenten — die of ziekelijk of niet geheel normaal zijn — de voorwaardelijke veroordeeling, met de bijzondere voorwaarde dat de veroordeelde zich onder psychiatrisch toezicht en voortdurende contrôle stelle, geacht kan worden de juiste straf te zijn (blz. 309). Ook bij het misdrijf van art. 247 treedt het psychiatrisch onderzoek op den voorgrond, in dien zin, dat bij dit misdrijf, hetwelk tot de ernstigste zedenkrenkingen behoort, in vele gevallen ernstig vermoeden bestaat van geestelijke minderwaardigheid en dus een psychiatrisch onderzoek, ook op initiatief van den raadsman, als deze „verdachte teekenen” opmerkt, op zijne plaats is. In verband hiermede staat de — in de meeste arrondissementen bestaande — praktijk om in dergelijke strafzaken de voltallige Kamer te betrekken (blz. 330). Schrijver accentueert dit punt, er op wijzende, dat hier eene zeer zorgvuldige behandeling noodig is (ook met het oog op de getuigenis van

kinderen), aan welken eisch alleen door de Meervoudige Kamer ten volle kan worden voldaan. Met voldoening constateert hij dan ook, dat op dit terrein de bemoeiingen van den Politierechter over 't algemeen betrekkelijk gering waren; de in een paar arrondissementen gevolgde praktijk om de Meervoudige Kamer slechts bij uitzondering in de behandeling van dit misdrijf te betrekken keurt hij af (blz. 334 vlg.).

III. Wanneer wij nu, na eenige grepen te hebben gedaan uit de conclusies waartoe ten aanzien van de meest voorkomende misdrijven het ingestelde onderzoek Dr. van SANDICK leidde, ons nog eenige opmerkingen veroorloven omtrent een drietal algemeene punten, dan worde vooreerst de aandacht bepaald bij eene vraag, welke de praktijk van onze strafspraak voor een goed deel beheerscht, nl. de vraag, welke plaats de *Politierechter* feitelijk daarin inneemt. Eene vraag, in 't bijzonder ter harte gaande aan hen, die het instituut van den Politierechter hebben zien geboren worden en zien opgroeien en die — met warme sympathie voor dat instituut en met volle erkenning van de groote maatschappelijke beteekenis daarvan — waarschuwen tegen uitbreiding buiten de natuurlijke — door theorie en praktijk beiden aangegeven — grenzen.

Met betrekking tot de verhouding van de rechtspraak van den Politierechter tegenover die van de Meervoudige Kamer blijkt bij sommige misdrijven van groote contrasten tusschen de arrondissementen onderling. Neem b.v. den gequalificeerden diefstal. Terwijl in 1929 in een paar arrondissementen geen enkel vonnis door den Politierechter wegens dit feit werd uitgesproken, waren in een ander arrondissement alle uitspraken van dezen magistraat afkomstig, terwijl tusschen deze twee uitersten de overige arrondissementen stonden, met onderling sterk uiteenlopende percentages. Eenzelfde verward beeld vinden wij bij de oplichting en de heling: ook hier sterke uitersten, en daartusschen een bonte rij van de meest verschillende percentages. Schrijver tracht van deze groote verschillen eene verklaring te geven, eene verklaring welke hij o. a. vindt in de vaagheid van het begrip „eenvoudigheid” als criterium voor het optreden van den Politierechter, zoodat iedere Officier van Justitie voor zich zelf en naar eigen opvatting moet uitmaken, of in concreto dit criterium aanwezig is.

Als tweede punt zou ik willen aanstippen de voor de praktijk der voorwaardelijke veroordeeling zoo gewichtige vraag van het *toezicht* op de naleving van de door den rechter gestelde bijzondere voorwaarden. Het belang van deze vraag wordt door Dr. van SANDICK volkomen gevoeld, zooals blijkt

uit de noot op blz. 309 (schennis der eerbaarheid), waar hij constateert, dat waar bij zedenmisdriften eene voorwaardelijke veroordeeling wordt uitgesproken met de voorwaarde, dat de betrokkene zich stelle onder psychiatrisch toezicht en voortdurende contrôle, de hiermede bereikte resultaten over 't algemeen bevredigend zijn. Terecht wijst schrijver in dit verband op de bijzondere moeilijkheden, welke hier [en ook bij de toepassing van het instituut van de voorwaardelijke niet-vervolgving, een instituut dat ook mijns inziens de bijzondere aandacht verdient!] het toezicht met zich medebrengt. Inderdaad wordt van dit toezicht gevorderd, naast het medeleven van den toezichthouder met den „patiënt” en het steunen van dezen in het streven naar eigen behoud en den strijd tegen zijne verkeerde neigingen, die intense waakzaamheid en eventueel die strengheid, welke de volstreckte voorwaarden zijn voor het slagen van de voorwaardelijke veroordeeling in dit bijzondere en moeilijke geval, m. a. w. voor een tot zijn recht komen van de verschillende — gedeeltelijk tegenstrijdige — belangen welke bij de strafrechtspraak betrokken zijn. Zal hier het instituut van de voorwaardelijke veroordeeling inderdaad zegenrijk zijn, dan zal het toezicht dus aan zeer hooge eischen hebben te voldoen.

En nu tenslotte nog een woord over de altijd belangrijke — al is 't op dit oogenblik niet bepaald actueele — vraag van de Straftoetingskamer. Dr. van SANDICK constateert, dat zijn proefschrift een argument oplevert voor deze instelling. Naar zijn oordeel zal een dergelijke afzonderlijke Kamer de eenheid in de strafrechtspleging — waaraan in 1929 vooral op het gebied van de economische en de zedencriminaliteit veel ontbrak — bevorderen; terwijl die Kamer door — sterker dan *thans* — bij de berechting den vollen nadruk te vestigen op de straftoemeting zal demonstreeren, dat na de vraag van het *bewijs* van het strafbare feit het geding *thans* is getreden in een *nieuw stadium*, hetwelk tenminste even belangrijk is als het eerste.

Zou ik in deze mijne meening — mede gegrond op langdurige ambtelijke ervaring — mogen uitspreken, dan zou ik ten opzichte van het nieuwe instituut eene afwijzende, in ieder geval eene afwachtende houding willen aannemen. Gewaarschuwd moet m. i. worden tegen een te veel nadruk leggen op de *theorie*, welke zeker deugdelijke argumenten ten voordeele van de bedoelde Kamer aanbiedt, en een te weinig aandacht schenken aan de praktijk van de strafrechtspraak, de lessen der ervaring. Raadpleegt men die ervaring, dan kan de conclusie niet anders luiden dan dat de tegenwoordige strafrechter, na de vraag van het schuldig of onschuldig beslist te hebben, doordrongen is van het gewicht van de

strafstoemeting, en — ook in dit opzicht zich van zijne verantwoordelijkheid volkomen bewust en de draagwijdte van de te nemen beslissing ten volle inziende — zich op de meest volledige wijze laat inlichten omtrent al die gegevens, welke voor *deze* beslissing van belang zijn. Met andere woorden: de moderne strafrechter, die ook in het werk van Dr. van SANDICK telkens ten tooneele verschijnt en in Nederland waarlijk geen onbekende is, mag ook op *dit terrein*, met de voorlichting welke hij in het concrete geval noodig heeft en welke hem gegeven wordt, zich als deskundige beschouwen. Dat met den dag de groote maatschappelijke beteekenis der strafrechtspraak krachtiger gevoeld wordt en hare problemen, levende in de kringen der wetenschap en doordringende tot de volle maatschappij, wel allermint aan den strafrechter voorbijgaan, maar ook dezen voortdurend bezighouden, is een feit van moeilijk te overschatten beteekenis, mijns inziens *deze* uitspraak wettigende, dat ook op het gebied der strafstoemeting de strafrechter (die de zaak zelve behandelt) aan alle eischen van bekwaamheid en geschiktheid voldoet. Daarom: geen dualisme, maar de *beide beslissingen*, die over het schuldig en die over de straf, in ééne hand gehouden!

Onze schrijver verzuimt niet ook zijne *bezwaren* tegen de Kamer van Strafstoemeting te ontvouwen. Persoonlijk kom ik hier niet aan toe, omdat reeds de vóór de Kamer aangevoerde argumenten, ten aanzien van hare reden van bestaan, m. i. niet afdoende en overtuigend zijn. Op de vraag of de Kamer van Strafstoemeting bij ons wenschelijk is, in dien zin dat daaraan behoefte bestaat en invoering daarvan het peil onzer strafrechtspraak zou verhoogen, moet naar mijn bescheiden maar beslist oordeel het antwoord ontkennend luiden.

In zijn voorwoord noemt Dr. van SANDICK zijn ingesteld onderzoek een eersten aanloop om door te dringen tot de eigenlijke oorzaken van de verschillen in strafstoemeting. Deze eerste aanloop is geslaagd. Niet zoozeer om de algemeene resultaten, welke het onderzoek opleverde, de groote lijnen, welke op grond van deze resultaten kunnen worden getrokken. Maar vooral om al het detailwerk, den schat van door het werk heen verspreide gegevens, welke over de belangrijke vraag van de strafstoemeting licht verspreiden, ons in staat stellen de theorie aan de praktijk te toetsen, en ons inzicht in de sociale beteekenis en de evolutie van de strafrechtspraak verruimen.

Dr. H. J. PIPPEL, *Sterilisatie*. — 's-Gravenhage, Martinus Nijhoff, 1933; 120 blz.

Dit geschrift is eene belangrijke en welkome bijdrage tot de kennis van een vraagstuk, hetwelk ook hier te lande in den laatsten tijd de aandacht trekt in wetenschappelijke kringen, de publieke opinie begint bezig te houden en — ten aanzien van de vraag van eene wettelijke regeling — is doorgedrongen tot ons parlement. Het werk getuigt van eene weldadig aandoende erkenning van de hooge belangen der gemeenschap en van de eischen der menscheijkheid, en tevens van die objectiviteit, die wijsheid, dien ruimen blik, welke de volstrekte voorwaarden zijn voor eene vruchtbare behandeling van dit zoo gecompliceerde en netelige onderwerp. Wanneer de schrijver reeds aanstonds, in de Inleiding, van hen, die in deze materie voorlichting willen geven, de uiterste tact eischt en waarschuwt tegen overhaasting en een willen „forceeren” van wat eerst langzaam groeien moet tot communis opinio, dan mag hij zijnerzijds van den lezer verlangen, dat deze sine ira et studio kennis neme van de in het geschrift ontwikkelde beschouwingen en deze wikke en wege teneinde in het vraagstuk door te dringen en zich daarover eene eigene opvatting en overtuiging te verschaffen.

Naast deze aansporing tot onbevooroordeeld kennisnemen en rustig overdenken stelt de Inleiding zich ten doel om den lezer in de geschiedenis en de beteekenis van het vraagstuk van de sterilisatie te oriënteeren. Een terugblik in het verleden leert, dat reeds in 1300 dieven en andere misdadigers, die *geringe vergrijpen* begaan hadden, gecastreerd werden „ne filios generent, paternorum criminum imitatores”. Geconstateerd wordt, dat in het laatste decennium der vorige eeuw zoowel in Amerika als in Europa de belangstelling voor het vraagstuk sterk naar voren trad. Herinnerd wordt aan het in 1927 verschenen boek van den katholieken Dr. JOSEPH MAYER uit Paderborn en het pleidooi van diens geloofsgenoot MUCKERMANN, en aan de tegen de door hen verkondigde denkbeelden van de zijde der geestelijkheid gevoerde oppositie, welke steun vond in de Pauselijke Encyclick „*Casti Conubii*”. Wat de feitelijke beteekenis van het vraagstuk aangaat, voorzooverre 't gaat om de sterilisatie als strafrechtelijken maatregel, leeren de cijfers van onze Crimineele Statistiek met betrekking tot de zedenmisdrijven, dat niet alleen het gemiddelde over de jaren 1925—1929 vergeleken met het gemiddelde over de jaren 1911—1915 aanzienlijk is gestegen, maar de stijging, ook wanneer rekening wordt gehouden met de toeneming der bevolking, zeer belangrijk is. Waar zeker niet *alle*, maar dan toch een gedeelte van deze delinquenten

voor toepassing van den maatregel in aanmerking zouden komen, is dus een mader onderzoek alleszins op zijne plaats.

Wanneer Dr. PIPPEL nu na deze inleiding zijn onderwerp gaat ontleden, dan begint hij met te onderscheiden tusschen de sterilisatie als straf, als eugenetische maatregel, als beveiligingsmaatregel.

De sterilisatie *als straf* wordt terstond uitgeschakeld en uit schrijver's betoog geëlimineerd. Waar — terecht — de lijfstraffen en de doodstraf uit onze strafwetgeving zijn verdwenen, zou invoering van eene straf welke aan het lichaam van den schuldige wordt voltrokken, een stap achterwaarts beteekenen en — als steunende op de in het moderne strafrecht verlaten talio-gedachte — een terugkeer zijn tot middel-eeuwsche strafrechtspleging.

Bij de bespreking van de sterilisatie als *eugenetische maatregel* wordt op den voorgrond gesteld het verschijnsel, dat de geestelijk minderwaardigen in verhouding tot de geestelijk volwaardigen in onrustbarende mate toenemen, welk verschijnsel vooral verklaard wordt door het feit, dat de eersten zich sterker voortplanten dan de laatsten. De gevolgen van deze stijging van het minderwaardigheidspercentage zijn meerzijdig. Vooreerst is hier sprake van een degeneratieproces, hetwelk in de toekomst als een wezenlijk gevaar onder de oogen moet worden gezien. Hiermede in verband staan de geldelijke gevolgen, daar met de stijging van het aantal der abnormalen ook de financieele last groeit, welke op de gemeenschap drukt. En wat de gevolgen van het bedoelde verschijnsel voor het individu zelf aangaat, heeft de schrijver slechts weinig woorden noodig om vast te stellen, dat de toestand waarin de geestelijk minderwaardige zich bevindt treurig en zonloos is, of een voortdurende harde strijd om het bestaan of als toevluchtsoord het asyl.

Dat schrijver op grond van dit alles de wenschelijkheid uitspreekt, dat de minderwaardigen zich niet onbeperkt zullen voortplanten, ligt voor de hand. Intusschen — en dit is voor ons van belang — verwerpt hij elk stelsel van dwang. Uitdrukkelijk verklaart hij, dat naar zijn oordeel „om eugenetische redenen nooit gebruik mag gemaakt worden van dwingende wettelijke voorschriften, maar dat te dezer zake slechts zoo ver gegaan mag worden als bereikbaar is met toestemming van de betrokken individuen zelven” (blz. 20).

In de derde en laatste plaats de sterilisatie als *beveiligingsmaatregel*. De vraag, of hier *dwang* geoorloofd is, vindt hare behandeling en beantwoording in het tweede hoofdstuk. Er op wijzende, dat de beperking van de vrijheid van den mensch om naar believen over zijn lichaam te beschikken in ons Nederlandsch recht wordt erkend, constateert schrijver, dat de bedoelde dwang in beginsel gerechtvaardigd is, al is in

casu sprake *niet* van het verbod om iets te doen maar van den positieven dwang om zich aan eene lichamelijke behandeling te onderwerpen, en dus in zooverre een novum aanwezig. *In beginsel gerechtvaardigd*, echter onder voorwaarde, dat „de dwang alleen worde toegepast als beveiligingsmaatregel, d. w. z. ter beveiliging van de gemeenschap tegen een duidelijk en omgrensd gevaar” (bl. 27). Twee eischen moeten hierbij worden gesteld. Ten eerste, dat het bedoelde gevaar door toepassing van den maatregel op het betrokken individu voldoende kan worden bestreden. En voorts, dat *andere* beveiligingsmaatregelen zoowel voor de gemeenschap als voor het individu *aanzienlijker nadeelen* met zich mede zouden brengen.

Om dit punt tot klaarheid te brengen, m. a. w. de vraag te beantwoorden, of de sterilisatie als beveiligingsmiddel bevredigend werkt en zoowel dienstig voor de gemeenschap als zegenrijk voor het individu kan zijn, is kennisneming van de in het buitenland opgedane ervaringen en de daarmee verkregen resultaten noodzakelijk.

Aan de behandeling van dit onderdeel van het vraagstuk is het derde hoofdstuk gewijd. Op eene bespreking van de verschillende methoden van sterilisatie en het doel, waartoe de verschillende wijzen van sterilisatie bruikbaar zijn (waarbij met name aan de castratie aandacht wordt geschonken) volgt eene schets van de buitenlandsche regelingen. De Deensche wet van 1929, het in Noorwegen in 1932 ingediende wetsontwerp, en het in Zweden in 1931 ingediende voorstel van wet, welke drie regelingen hierin overeenstemmen dat zij geen van allen de gedwongen sterilisatie mogelijk maken. De in 1928 in het Zwitserse kanton Waadt in werking getreden wet, welke de eugenetische sterilisatie bestrijkt, en de sterilisatie in Noord-Amerika, welke zich eveneens in eugenetische richting ontwikkelt. Met betrekking tot Duitschland, waar de vraag van eene wettelijke regeling sedert tal van jaren aan de orde is, worden o. a. vermeld het in 1925 bij den Rijksdag ingediende „Entwurf zu einem Gesetz über die Verhütung unwerten und unglücklichen Lebens durch operationelle Massnahmen” (Lex Zwickau), welk ontwerp niet tot wet is geworden; vervolgens de Lex Zwickau II welke tengevolge van de daartegen uit de kringen van medici en van juristen gevoerde oppositie niet in behandeling is genomen, en laatstelijk het in 1932 door den „Preussische Landesgesundheitsrat” ahangig gemaakte — op de vrijwillige sterilisatie gegronde — wetsontwerp. Ten slotte Engeland, waar een wetsvoorstel „om machtiging te verleen tot vrijwillige sterilisatie van personen, die eene geestelijke afwijking vertoonen” in 1931 met groote meerderheid van stemmen werd verworpen.

De conclusie, door schr. uit dit onderzoek getrokken, is

tweeledig. Eenerzijds oordeelt hij, dat als beveiligingsmiddel hoofdzakelijk de castratie in aanmerking zou kunnen komen, maar tevens dat het denkbeeld van wettelijken dwang tot het castreren van bepaalde groepen van misdadigers thans niet kan worden aanvaard. Anderzijds, dat toejuiching verdient het Deensche stelsel: „regeling der sterilisatie en speciaal ook regeling van de mogelijkheid tot castratie van sexueele misdadigers met hunne toestemming of op eigen verzoek, waaraan dan vastgeknoopt behoort te worden eene voorwaardelijke invrijheidstelling nadat met eenige zekerheid kan worden aangenomen, dat de operatie het bedoelde succes heeft gehad” (blz. 57—58).

En zóó komen wij dan in het vierde hoofdstuk tot de vrijwillige sterilisatie. Achtereenvolgens behandelt schr. de *redenen*, welke 't ongewenscht kunnen maken, dat bepaalde personen nakomelingen zullen hebben, redenen welke voornamelijk zijn gelegen in het fysiek der individuen, geestelijke afwijkingen en sociale omstandigheden, en de *middelen*, welke in die gevallen kunnen leiden tot het gewenschte resultaat, nl.: 1°. „onthouding”, 2°. middelen tot voorkoming of verstorning van zwangerschap, 3°. sterilisatie. Uit schrijver's beschouwingen omtrent het derde middel vermelden wij tweeërlei. Vooreerst het betoog, dat er voor den wetgever geene reden is om op grond van godsdienstige overwegingen de vrijwillige sterilisatie op eugenetische gronden niet toe te staan, waar immers bepaalde Kerkgenootschappen volkomen in de gelegenheid zijn om aan hunne volgelingen te verbieden van deze wettelijke mogelijkheid gebruik te maken. En dan: de overweging, dat eene wettelijke regeling van de sterilisatie *kan* en *moet* gepaard gaan met eene strafbaarstelling van elke sterilisatie, welke verricht wordt in strijd met de wet. Zulks, opdat worde voorkomen schandalen als in 1933 te Graz aan het licht gekomen, waar personen met onvoldoende medische kennis en met verwaarloozing van alle eischen der hygiëne tal van jongelieden hadden onderworpen aan operaties, waardoor dezen onvruchtbaar werden.

Na deze over vier hoofdstukken verdeelde beschouwingen besluit Dr. PIPPEL zijn geschrift met de cristallisatie van zijne denkbeelden in een „Schema voor een Nederlandsche sterilisatiewet”, een ontwerp met toelichting, bevattende drie titels.

De eerste titel bestrijkt de sterilisatie van misdadigers en misdadig-aangelegden als *beveiligingsmaatregel*. Het verzoek kan worden gedaan door ieder meerderjarige, die zich tengevolge van een abnormaal gerichte of abnormaal sterke geslachtsdrift in gevaar ziet gebracht een misdrijf te begaan. Op het verzoek beslist de Minister van Justitie, nadat de Medische Raad voor de sterilisatie — na een medisch en psychiatrisch onderzoek van den verzoeker — advies heeft

uitgebracht. Wordt het verzoek door den Minister ingewilligd, dan zal deze tevens de wijze van sterilisatie bepalen welke zal worden toegepast; terwijl de zorg voor de uitvoering van den maatregel op de bepaalde wijze is opgedragen aan den Medischen Raad.

Van bijzonder belang is de bepaling — waarop wij straks nog terugkomen — dat, indien het verzoek gedaan wordt door iemand die gevangenisstraf ondergaat, de Minister, bij inwilliging, aan den Medischen Raad opdraagt rapport uit te brengen over de vraag, of de gesteriliseerde in aanmerking kan komen voor eene voorwaardelijke invrijheidstelling; welk voorschrift overeenkomstige toepassing vindt, indien het verzoek wordt gedaan door een in eene Rijkswenkinrichting geplaatste of door iemand, die ter beschikking van de Regeering is gesteld teneinde van harentwege te worden verpleegd.

De tweede titel behandelt de *eugenetische* sterilisatie, de sterilisatie van geesteszieken, zwakzinnigen en andere minderwaardige personen. Vermelding verdient met name, dat het betreffende verzoek aan den Minister van Justitie ten aanzien van „personen, van wie tengevolge eener waarschojnlijk ongeneeselijke geestesziekte of gebrekkige ontwikkeling hunner verstandelijke vermogens slechts geestelijk minderwaardige nakomelingen verwacht kunnen worden” door den betrokkene zelf, zijne ouders of voogden, of zijn curator kan worden gedaan, wanneer aannemelijk wordt gemaakt, dat de betrokkene anders gevaar loopt uit de samenleving te worden verwijderd. Hier is dus een element van *dwang* aanwezig insooverre ook tegen den wil van den betrokkene de maatregel kan worden toegestaan, een dwang intusschen, welke noodzakelijk wordt geacht, omdat juist onder de hier bedoelde personen er velen zijn van een geestestoestand „welke het niet mogelijk maakt, dat zij zelf behoorlijk kunnen beoordeelen, wat goed voor hen is” (blz. 87).

De derde titel bevat twee strafbepalingen, resp. tegen hem die — zonder bevoegd te zijn tot het uitoefenen van de geneeskunst — een persoon opzettelijk eene behandeling doet ondergaan, welke geslachtelijke onvruchtbaarheid tot gevolg heeft, en tegen hem, die iemand opzettelijk eene zoodanige behandeling doet ondergaan zonderdat de Minister van Justitie daartoe machtiging heeft verleend.

De schrijver meent, dat voor het oogenblik met deze wettelijke regeling kan en moet worden volstaan. De tijd voor eene *dwangregeling* ten aanzien van hen, die een bepaald soort misdrijven meermalen hebben begaan, is nog niet aangebroken. Eerst dan zal daarvan sprake kunnen zijn, wanneer de practijk ook hier te lande de waarde van de sterilisatie als beveiligingsmaatregel onomstootelijk heeft aangetoond en er tevens bewezen is, dat de maatregel in het belang van het

individu werkt door het gevaar voor herhaling van soortgelijke misdrijven als de door hen begane te verkleinen.

Ik heb gemeend goed te doen met van het werk van Dr. PIPPEL eene iets uitvoeriger resumptie te geven dan in het kader van eene simpele aankondiging past. Juist bij *dit* onderwerp scheen 't wenschelijk om op de in het geschrift ontwikkelde hoofdgedachten een scherp licht te doen vallen, aan de hoofdlijnen van schrijver's betoog relief te geven. Thans nog een paar aantekeningen mijnerzijds.

De door den schrijver gepubliceerde studie ontleent haar actueel belang — naast hare m. i. bijzondere wetenschappelijke beteekenis — aan het feit, dat het vraagstuk van de sterilisatie thans tot ons Parlement is doorgedrongen, immers daaraan beschouwingen werden gewijd in het Voorloopig Verslag op de laatste Justitiebegrooting en de daarop gevolgde Memorie van Antwoord (W. v. h. R. nos. 12664 en 12672). De Minister van Justitie verklaarde — naar aanleiding van de in het V. V. voorkomende passage — „tegenover castratie en sterilisatie op eigen verzoek van sexueele psychopathen, na medisch advies toe te passen”, zooal niet eene volstrekt afwijzende dan toch eene zeer gereserveerde houding noodzakelijk te oordeelen. Deze verklaring is m. i. van belang, omdat zij de erkenning inhoudt, dat het vraagstuk in ieder geval de ernstige aandacht van de overheid verdient, en de mogelijkheid opent, dat de wetgever eene zuiver negatieve houding zijnerzijds op den duur bedenkelijk zou achten.

Het moet in Dr. PIPPEL worden geprezen, dat hij bij het opstellen van zijn Schema van wet heeft onderscheiden tusschen hetgeen thans zou kunnen worden bereikt en datgene, wat vooralsnog terzijde moet worden gelaten omdat de *wetenschap* eerst zal hebben uitspraak te doen, de *ervaring* als leermeesteres zal dienen op te treden.

Inderdaad is hier groote behoedzaamheid geboden en eene „gereserveerde houding” alleszins gepast. In deze meening worden wij in 't bijzonder gesterkt door de mededeelingen omtrent de castratie op blz. 39—40 gedaan. Wanneer wij daar lezen, dat slechts „met waarschijnlijkheid” kan worden aangenomen, dat de operatie een genezenden invloed heeft op sexueel-abnormalen, en voorts dat over de vraag, of de operatie den mensch fysiek en psychisch zoo aangrijpt, dat zij „als absoluut schadelijk zou moeten worden gesignaleerd” de meeningen uiteenloopen, dan stemmen deze mededeelingen waarlijk wel tot nadenken en zijn zij voor den wetgever eene ernstige aansporing tot voorzichtigheid en behoedzaamheid. En dezelfde eisch van behoedzaamheid moet ertoe leiden om — met onzen schrijver — althans voor het tegenwoordige af

te zien van elke dwang-regeling ten aanzien van hen, die een bepaald soort misdrijf meermalen hebben begaan.

Brengen wij in dezen gedachtengang het vraagstuk van eene wettelijke regeling van de sterilisatie tot bescheiden proporties terug, dan leggen wij daarbij tevens den vollen nadruk op het element van het *eigen verzoek* van den betrokkene. Verlangd mag worden, dat deze wilsverklaring worde gedaan „in vrijheid”, naar de beteekenisvolle en gelukkige formulering van ons veelbesproken artikel 29 Wetboek van Strafvordering. De betrokkene moet zich volkomen bewust zijn van de draagwijdte van het door hem gedaan verzoek; elke twijfel daaromtrent zij uitgesloten. Voorts moet hij — zooals in het Schema uitdrukkelijk wordt gevorderd — toestemmen in de door de medische autoriteit in concreto voorgestelde wijze van sterilisatie, nadat hem is medegedeeld, welke de gevolgen der behandeling zullen zijn.

Ten aanzien van de van hunne vrijheid beroofden (hen, die gevangenisstraf ondergaan, in eene Rijkswerkinrichting verblijven of — als psychopathen — van Regeeringswege worden verpleegd) zal een prikkel om de aanvraag tot sterilisatie te doen gelegen zijn in de kans om — na de behandeling — voorwaardelijk in vrijheid te worden gesteld, vóór den in het algemeen voor voorwaardelijke invrijheidstelling bepaalden termijn. In dien zin wordt op den betrokkene invloed uitgeoefend, wordt hij aangespoord zich aan de behandeling te onderwerpen. Intusschen kan dit element van aandrang, het buigen van den wil van den betrokkene in de objectief gewenschte richting, door den wetgever met gerustheid worden aanvaard: ook onder deze omstandigheden kan het gedaan verzoek gezegd worden „in vrijheid” te zijn gedaan, waar immers het op verzoeker toepassen van de medische behandeling beantwoordt aan diens wensch, nl. het door hem tenslotte, na wikken en wegen van de voor- en de nadeelen van de sterilisatie, zelfstandig genomen besluit.

Ten slotte nog een woord naar aanleiding van schrijver's Schema inzake de eugenetische sterilisatie. Volgens art. 16 kan de Minister van Justitie toestaan, dat personen, die meenen dat hunne geestelijke of lichamelijke toestand 't blijvend ongewenscht maakt dat zij nakomelingen zullen hebben, zich aan eene behandeling onderwerpen welke geslachtelijke onvruchtbaarheid tot gevolg heeft. Terecht wordt bij de toelichting van het artikel gewezen op het gevaar voor misbruik van deze bepaling door hen, die „uit gemakzucht” het krijgen van nakomelingen willen uitsluiten, een gevaar hetwelk — getuige de in Frankrijk gebleken practijken — allerminst denkbeeldig is.

Is nu de in het Schema gestelde eisch, dat bij het verzoek worde overgelegd eene medisch verklaring welke het verzoek

steunt, voldoende om dit gevaar te keeren? Ik zou deze vraag ontkennend willen beantwoorden. Dr. PIPPEL erkent, dat het voorschrift geen afdoenden waarborg geeft „dat nimmer on-gegronde en ontoelaatbare aanvragen zullen worden ingediend” (blz. 89), eene mijns inziens euphemistische uitspraak. Aan dit ontbreken van afdoenden waarborg moet m.i. een krachtig argument tegen de mogelijkheid van *deze* sterilisatie worden ontleend. De overweging, dat de Medische Raad op het verzoek adviseert en de Minister tenslotte beslist, is niet voldoende om te leiden tot een gevoel van gerustheid omtrent de werking van het nieuwe instituut, om ons te geven een genoegzaam vertrouwen in de daarvan te verwachten resultaten. Is de vrees gegrond, dat op eenigszins ruime schaal gevolgen zullen intreden, welke — als lijnrecht ingaande tegen de beginselen der eugenetiek — bedenkelijk ja! noodlottig zijn, dan is daarmede *deze* door de overheid toegestane sterilisatie veroordeeld, dan is zeker *hier* onthouding van den wetgever plicht.

Het hier besproken werk is het tweede deel van de „Strafrechtelijke en Criminologische Onderzoekingen”, waarvan het eerste, derde en vierde deel, resp. van de hand van Dr. WIERSMA, Dr. RÖLING en Dr. VAN SANDICK reeds door mij in dit tijdschrift werden aangekondigd.

In enkele woorden zou ik deze vier geschriften als volgt willen karakteriseeren.

WIERSMA's „Toerekeningsvatbaarheid” werpt over dit begrip en de kenmerken van de ontoerekeningsvatbaarheid een nieuw licht en vormt eene bijdrage tot de kennis van het allerm minst verouderde maar steeds frissche en actueele vraagstuk van de positie en de taak van den psychiater in het strafproces.

De studies van PIPPEL en RÖLING betreffen onderwerpen, welke beiden voor de gemeenschap van eminent belang zijn. Onderwerpen, waarvan het eene, de sterilisatie, ook in ons land de algemeene belangstelling gaat wekken en zich als een nieuw probleem komt aanmelden, het andere, de wetgeving tegen de z.g.n. beroeps- en gewoonte-misdadigers, de bekoring van het nieuwe mist en — na alle theorie — thans dringend vraagt om eene practische oplossing.

Eindelijk VAN SANDICK's „Straftoemeting”, aan de hand van statistische gegevens de aandacht vragende voor belangrijke strafprocessueele quaesties en de verschillende vormen der criminaliteit.

Aan redactie en uitgever van de „Onderzoekingen” een woord van waardeering voor het publiceren van deze waardevolle geschriften, waarmede de strafrechtswetenschap en de criminologie in hooge mate zijn gebaat.

Amsterdam, Sept 1934

S. J. M. VAN GEUNS

Prof. Mr. W. A. BONGER. *Problemen der democratie.*
P. Noordhoff N.V. — 1934 — Groningen-Batavia.

Dit boek stelt den recensent voor bijzondere moeilijkheden. Is het bedoeld als een wetenschappelijk werk? Is het een strijdschrift vóór de democratie en tegen de autocratie? In het laatste geval kan gemakkelijk worden vergeven, dat tegen den bestuursvorm van de autocratie partij wordt gekozen en op den wereld-historischen inhoud van de autocratie niet wordt gelet. Maar dan nog, mag in een strijdschrift ten nadeele van den tegenstander alles worden gezegd? Bijv., wanneer de schrijver constateert, dat de huidige politieke atmosfeer is vervuld met den strijdkreet: weg met het individualistische, atomistische kiesrecht, dan geeft hij aan, dat hierbij de Roomsche-Katholieken op den voorgrond treden. Dan heet het bij den auteur „Het is alsof zij bij hun sympathieën voor de middeleeuwen met blindheid geslagen zijn” (pag. 76—77). En dan volgt een halve pagina schriftuur om den Roomsche-Katholieken de oogen te openen en hun de voordeelen van het bestaande kiesrecht nogmaals voor te houden. Zoude dit bijzonder overtuigend zijn?

Over MUSSOLINI wordt niet veel fraais gezegd. Maar is het geoorloofd, in een wetenschappelijk bedoeld geschrift dezen grooten staatsman te disqualificeeren als de „huidige Italiaansche imitator” na Napoleon? Wanneer de schrijver meent te mogen constateeren „veel meer dan autocratie en militarisme houdt het fascisme niet in” dan komt deze opmerking ten nadeele niet van het snel vooruitgaande Italië van onzen tijd, maar ten nadeele van den schrijver.

Intusschen, het boek is hiermede niet gediskwalificeerd. De schrijver biedt veel méér, hoewel het geheele boek sterk staat onder den druk van een vooropgezette meening: de bestuursvorm vna de democratie is de betere boven dien van de autocratie; de inhoud van de democratie is oneindig veel meer en veel beter dan de inhoud van de autocratie.

Om dit nu te bewijzen moeten alle zeilen worden bijgezet. Daartoe worden ons „problemen” der democratie voorgezegt, in een sociologische en psychologische studie. Het is niet gering. De psychologische studie is natuurlijk door den leek-jurist moeilijk te recenseeren. Vermeld wordt dus alleen dat dertien pagina's uit het boek zijn gewijd aan het Hoofdstuk III: Over de psychologie der democratie en der autocratie. Heb ik het mis, wanneer ik den indruk krijg, dat de autocraat er niet te best afkomt?

Anders is het met de afdeeling: Over de sociologie der democratie. (Hoofdstuk IV pag. 35—79). Hoewel hier veel

wordt geboden uit de rechtsgeschiedenis, zoodat het bijzondere aan de sociologie ontleend moeilijk opvalt, is hier toch een waardevol historisch geheel verkregen over den gang der democratie. Eindelijk moet nu ook door den schrijver wel de erkenning worden ingevoegd, dat de autocratie haar historische functie heeft vervuld (en vervullen zal)?

Hoofdstuk IV is ingedeeld in paragrafen. Na de inleiding volgt een §, van uitnemend belang over de democratie in het vrije vereenigingsleven. Terecht wordt geconstateerd: het selectiebegrip is der democratie inhaerent. Daarna volgt een § over de democratie bij de natuurvölker, op welk punt niet uitvoerig wordt ingegaan. De volgende §§ over de democratie in de oudheid en de democratie in de middeleeuwen vervolgen den gang der democratie. Als dan bij het begin der nieuwe geschiedenis het tijdperk van het autocratische absolutisme der nationale vorsten is aangebroken, kan de auteur in eens een sprong vooruit maken. De burger-democratie, de proletarische democratie verdienen later aandacht. „De burgerlijke democratie is eerder op het vrijheidsbeginsel, op de ontplooiing van de krachten van het individu gegrondvest, de proletarische eerder op het gelijkheidsbeginsel”. „Het accent ligt anders”. Met de volgende § over de organisatie der moderne democratie komt de schrijver op tal van bekende vraagstukken van partij-politiek en van partij-organisatie. Dan komt nog eens het zeer belangrijke selectie-vraagstuk in de democratie ter sprake. In de laatste § van dit Hoofdstuk zijn de sociologische conclusies opgenomen. Veel minder belangrijks en althans veel minder nieuws schijnt mij Hoofdstuk V „De kritiek op de democratie” te bevatten. Hier komt ook de zwakke zijde der democratie in bespreking. Maatregelen ter verbetering worden voorgesteld.

De lezer zal zich niet verwonderen over de korte woorden aangaande de autocratie „wat in haar credit staat”. Dan volgt méér: „En nu het debet der autocratie”. Daartegenover staan wel 10 (sic) punten (pag. 107—109) in het credit der democratie.

Het boek is met dit hoofdstuk feitelijk geëindigd. Wel volgt nog een „Bijzonder deel”, maar dit deel bevat niet meer dan losse aantekeningen, welke ook hadden kunnen zijn benut voor courantenartikelen of voor het vervullen van spreekbeurten in politieke vergaderingen. Ik bedoel hiermede niets gezegd te hebben ten nadeele van deze aantekeningen. Zij betreffen echter gedeeltelijk zelfs de partij-politiek van één bepaalde politieke partij. Van meer algemeenen aard zijn zeker §§ als die bijv. gewijd aan: „Samenstelling, omvang en werkwijze der parlementen”. Een ruim onderwerp. Schrijver maakt er een of eenige opmerkingen over (pag. 124—127)

in verband met hetgeen in het Algemeen Deel is gesteld. Het Bijzondere Deel maakt daardoor wel een onevenwichtigen indruk, maar velen kunnen er nog veel uit leeren.

In Hoofdstuk IX (Besluit) worden de voordeelen der democratie nog eens genoemd. De leuze der democratie is: De besten vóór!

En wanneer wij dan al die „problemen” der democratie hebben gelezen, groote en kleine problemen, dan komt de vraag op wat nu eigenlijk „het” probleem is der democratie en der autocratie beide. Dat is de vraag, waarom wordt er gehoorzaamd in de democratie, en waarom wordt er gehoorzaamd in de autocratie. Wordt die vraag gesteld dan valt de geheele onderscheiding autocratie, aristocratie en democratie weg. Dan verdwijnen de vragen hoeveel menschen regeeren, dan verdwijnt de belangrijkheid en de bestuursvorm, maar wordt gevraagd naar den grondslag en den inhoud van de bestuursvormen. En dan is er een algemeene regel geldende voor alle bestuursvormen. Er wordt gehoorzaamd omdat de burger in den Staat daarin zijn belang ziet, maar verder ook uit vrees voor de macht van de overheid en ten slotte omdat hij de overtuiging in zich draagt dat de overheid goed bestuurt en dat hij de overheid kan vertrouwen. Zie ik wel dan komen alle deze drie elementen in elken bestuursvorm voor. Het is weer een kwestie van accent. Zal men de democratische staten die staten kunnen noemen, waarbij de burger het minst gehoorzaamt uit vrees voor de macht van de overheid, het meest omdat hij vertrouwen heeft in de overheid en omdat hij zijn belang heeft bij de ondersteuning van de overheid. Als dit zoo is, is het dus ook mogelijk dat een staat die op autocratische wijze de overheid heeft zien geboren worden, in wezen toch een democratie is of althans op weg is een democratie te worden. Is Italië niet op dien weg?

Als regel zoude althans kunnen worden gesteld dat naar mate de wil van de overheid om rechtvaardig te zijn grooter is, het vertrouwen van de burgerij des te gemakkelijker het overheidsbevel aanvaardt, terwijl naar mate de macht van de overheid meer wordt ingezet om de naleving van een overheidsbevel af te dwingen, meer wordt gehoorzaamd uit vrees voor straf bij niet-nakoming van het overheidsbevel.

C. W. DE VRIES

Geschriften van de Vereeniging voor Belastingwetenschap

(Uitgave J. Muusses, Purmerend)

- No. 23. De belastingheffing van de coöperaties en van haar leden in verschillende landen door M. J. PRINSEN.
- No. 24. De Coupon-belasting. Praeadvies van Mr. Dr. E. TEKENBROEK.
- No. 25. De Couponbelasting (Beginselen en vergelijkend recht). Praeadvies van Mr. W. R. EMMEN RIEDEL.

In de eerbiedwaardige reeks geschriften die deze vereeniging in de 7 jaren van haar bestaan uitgaf, zijn de laatst verschenen nummers niet de minste; men ziet er den groei in weerspiegeld welke die wetenschap zelve meemaakt.

Het is daarom niet slechts eenvoudigheidshalve en omdat de besproken onderwerpen wel zeer sterk een fiscaal-technisch karakter dragen, onderwerpen zijn waarmee de doorsnejurist en de rechter slechts bijkomstig in contact komen, zoo dat een zeer uitvoerige behandeling in dit tijdschrift kan worden gemist, dat ik deze geschriften in onderling verband bespreek. Zij hebben méér gemeen, dan het simpele feit, dat zij alle zijn geschriften der Vereeniging voor belastingwetenschap.

Dat 24 en 25 bij elkaar hooren, spreekt reeds van zelf, doch het praeadvies van Mr. EMMEN RIEDEL heeft weer dit met het werk van den heer PRINSEN gemeen, dat zij beiden, ieder op eigen terrein, maar toch noodzakelijk op ruimer plan, treden in vergelijkende studies van uitheemsch belastingrecht.

Zij hebben voorts als Publicaties der Vereeniging voor belastingwetenschap iets bijzonders. Immers het werk van den heer PRINSEN is een bekroonde prijsvraagbeantwoording, de eenige welke die vereeniging ooit uitschreef; de rapporten van de heeren EMMEN RIEDEL en TEKENBROEK zijn uitgebracht in den vorm van praeadviezen, terwijl slechts één andere publicatie dier vereeniging in dien vorm verscheen (no. 8). Toch zijn het — ofschoon bij de vraag naar de al of niet wenschelijkheid of toelaatbaarheid eener couponbelasting beider standpunt noodzakelijk tegenover elkaar dient te worden gesteld — meer *rapporten*. De gescheiden behandeling is meer een kwestie van werkverdeeling, dan het tegenover elkaar stellen van twee van elkaar afwijkende meningen, waartusschen in den regel — niet hier — een weinig betekenissen hebbende stemming door de vergadering een pseudo-beslissing moet brengen.

De wijze van werken der Vereeniging voor Belastingwetenschap heeft zich wel heel anders ontwikkeld dan aanvankelijk in de bedoeling lag. Eén harer hoofddoeleinden was, jongeren systematisch een veel omvattend, nog weinig doorploegd, arbeidsveld te wijzen, waarop zij, onder leiding van oudere economen, juristen en hogere belastingambtenaren, zeer nuttig werk konden verrichten. Daarvan is niet veel gekomen; zelfs hulp bij het samenstellen van rapporten e. d. is door jongeren slechts op zeer bescheiden voet verleend (men zie nog den in Mei j.l. in het W. P. N. R. geplaatsten oproep voor medewerkers in de Successiebelasting-commissie!). De voordrachten en praeadviezen zijn alle van hen die op dat terrein of elders hun sporen reeds hadden verdiend.

Een poging hierin verbetering te brengen, was het uitschrijven der *prijsvraag* over de Coöperaties, een begrensde terrein, vatbaar voor onderzoek door elk der categorieën die gewoon zijn in die Vereeniging samen te werken. Doch ook *hiermee* werd het gestelde doel niet bereikt. Slechts twee antwoorden kwamen in en de prijswinnaar, de heer PRINSEN, behoort onder hen wier woord reeds lang gezag heeft.

Alvorens met een enkel woord op elk der geschriften, zoo mogelijk in onderling verband, nader in te gaan, zij den auteurs de lauwerkrans geboden die hun zoo geheel en zonder voorbehoud toekomt; zij hebben zich met volle toewijding en met onwifpelbare inspanning gekweten van hun taak; zij hebben aan de Geschriften der Vereeniging een drietal werken van blijvende waarde toegevoegd; „ils ont bien mérité de la patrie”.

Men moge met het geschrevene in de praktijk zijn voordeel doen.

Dat zal, wederom ten aanzien van alle drie, méér het geval kunnen zijn ten aanzien van de algemeene theorie, van regels omtrent stelsel, van concreet en overzichtelijk voorgesteld vergelijkend recht, dan wat de materie betreft, welke als titel is aangegeven.

Immers de heer PRINSEN komt tot de conclusie, dat de wetgeving hier te lande aan redelijke eischen voldoet, de heeren EMMEN RIEDEL en TEKENEROEK publiceerden hun praeadvies (de titel *De Couponbelasting* is te dien aanzien wellicht misleidend) over een couponbelasting in abstracto, op het moment dat juist een concreet belastingvoorstel was ingediend, terwijl naar het inzicht van den Voorzitter (vgl. het debat in Publicatie 26/27), aangezien de Vereeniging er een is van *Belastingwetenschap* alleen, de „politiek”, d. i. het aanhangig wetsontwerp, ook buiten de *Debatten* moest blijven.

PRINSEN en EMMEN RIEDEL hebben beide begrepen, dat men een speciaal onderwerp, een speciale belasting, niet kan behandelen zonder haar te zien, en haar plaats aan te wijzen in het in een bepaald land, b.v. Nederland, geldend stelsel (EMMEN RIEDEL spreekt alternatief — hij weet immers dat BORDEWIJK e. a. het bestaan van een „*stelsel*” hier te lande ten eenenmale ontkennen! — van „*Leitmotiv*”). Doch indien men een studie heeft te leveren van vergelijkend recht, heeft men zich er opnieuw rekenschap van te geven, dat men ook de *buitenlandsche* belasting in het *uitheemsch* stelsel heeft te zien.

Dat hebben zij beide ook gedaan, doch dit bracht mee, dat zij zich zekere beperkingen oplegden. Men kan in zoo'n geval bij *alle* (vele) landen grijpen, naar wat de wetgeving over het speciale onderwerp biedt. Zoo deed von SAHER (1), doch moest toen ook zuiveren compilatie-arbeid verrichten.

PRINSEN en EMMEN RIEDEL hebben begrepen, dat dit i. c. hun taak niet kon zijn en dat (plaats, tijd en ruimte aanwezig verondersteld!) hun werk bij keus van zóóveel landen zou uitdijen tot een encyclopaedie voor belastingstelsels.

Beiden *beperkten* zich dus. EMMEN RIEDEL door te geven een zeer korte samenvatting van het in ieder land geldend systeem (waarop volgt een *uitvoerige* uiteenzetting over de met een couponbelasting te vergelijken heffingen) en dit alles alleen voor Oostenrijk, Rusland, Tsjecho-Slowakije, Polen, Frankrijk, Roemenië, België. Een korte historische en systematische rangschikking van de systemen van nóg meer landen vindt men op p. 124. Alles te zamen een arbeid, waarvoor men op zich zelf reeds respect moet hebben.

PRINSEN bepaalde zich tot een drietal landen, maar puurt van deze de stof ook geheel uit. Het zijn hier Frankrijk, Duitschland en Engeland, landen welke min of meer als standaard van belastingwetgeving gelden uit welke ook voor ons recht herhaaldelijk is ontleend. Hij bepaalt zich daarbij niet tot constateeren, tot een schets van karakter en wezen, maar verbindt daaraan een op de daar vigeerende bepalingen gewenscht geachte kritiek.

Ik ben overtuigd, dat het speciaal *die* gedeelten in de beide rapporten zullen zijn, welke voor hem, die zich orienteeren wil in een bepaald deel van de belastingwetenschap, van blijvende waarde zullen blijken te wezen. Te weinig is nog steeds — al is daarin de laatste jaren groote verbetering gekomen — door bestudeering van vreemd recht naar verbetering van het landelijk belastingstelsel en verruiming van blik gestreefd.

(1) Internationales Gesellschaftsrecht. Rotterdam, W. L. en J. Brusse's Verlag, 1925.

Geen wonder! Zulk werk is omvangrijk en eischt training — beide schrijvers hebben voor anderen nuttig werk verricht (2). Daarom ook kan men er vrede mee hebben, dat een zóó groot deel van PRINSEN'S werk, niet over het eigenlijk onderwerp, de coöperatie, handelt!

Over diens arbeid zal ik verder kort zijn ;speciale opmerkingen zouden alleen beuzelingen kunnen betreffen of tot langere uiteenzettingen moeten voeren, die hier niet op haar plaats zijn.

Men vindt er hoofdstukken over de Rijksbelastingheffing van de Coöperaties en hare leden, een zeer zuiver gehouden bespreking van het wezen der coöperatie (het hangt van 's lezers standpunt af, of men al of niet met schrijver's conclusie instemt, dat van „het” wezen der verschillende vormen der huidige coöperaties feitelijk niet kan worden gesproken), en algemeene beschouwingen betreffende de te heffen belastingen van de coöperatie en hare leden.

Een lange algemeene literatuurlijst (men kan niet steeds zien, *waar* van die literatuur is gebruik gemaakt) sluit het werk.

Thans een enkel woord omtrent de praeadviezen.

In zooverre is aan het doorsnee karakter van praeadviezen voldaan, dat hunne conclusies van elkaar afwijken; EMMEN RIEDEL verwerpt de *zakelijke couponbelasting* geheel, kan een couponbelasting alleen als technische verbetering van de inkomstenbelasting, en onder reserves, aanvaarden; TEKENBROEK accepteert haar in een door hem gedacht systeem van zakelijke opbrengstbelastingen.

Ik volsta hier met het getuigenis, dat ik geen van beide meeningen deel en dat dit hoofdzakelijk voortspruit uit het ander standpunt, dat ik inzonderheid tegenover TEKENBROEK (zie p. 34 Debat) inneem omtrent vragen betrekking hebbende op „stelsels”. Wij mogen, met alle menschen van goeden wille, streven naar een volmaakt economisch en juridisch belastingstelsel, zooals wij met hen de waarheid zoeken en den vrede trachten te bevorderen.

Doch zoodra men het pad der abstracte wetenschap verlaat, valt er, in een moeilijk te overzien complex van diverse factoren, rekening te houden met het feit, dat met een bepaalde minimum *opbrengst* op een bepaald moment staat of valt het

(2) In de „Sammlung Götschen” (Leipzig, G. J. Göschen'sche Verlags handlung) is ook een deeltje „Die Steuersysteme des Auslandes”, doch het bevat, behalve een korte inleiding niet veel meer dan een zeer beknopte compilatie, die — zoo van eenig — van *Duitsch* standpunt uit is samengesteld.

voortbestaan en handhaven in een bepaalden vorm van den Staat zelf en dat er voor elke *afzonderlijke* belasting een zeker optimum punt is, waarboven de reële opbrengst niet meer stijgt; men kan dus over het beste „belastingstelsel” alleen spreken, handelende over een bepaald land, onder bepaalde omstandigheden; die vraag is (men zie uitvoeriger mijn studie in Publ. 7) afhankelijk van tijd en plaats. Dit alles moet, dunkt mij, thans minder aanvechting ontmoeten, dan eenige jaren geleden. De meening van den heer EMMEN RIEDEL over de „ontwikkeling der laatste jaren” (p. 84) (3) kon vijf jaar geleden wel als juist worden aanvaard — zij is nu vieux jeu en indien BORDEWIJK's anathema tegen het toenmalig belasting-complex juist geweest ware — zou het tegenwoordig conglomeraat (dat zich nog zooveel verder verwijderd heeft van de grondstellingen door hem als noodzakelijkheden vermeld, op straffe van ondergang) niet te torsen zijn, zelfs niet voor korten tijd. En toch leven wij!

Teleurstellend is voor beide praeadviseurs geweest het tekort aan klemmend debat — men had mogen verwachten, dat bondgenooten of tegenstanders aan één of aan beide zijden waren opgestaan! Mogen zij dit al kunnen beschouwen als bewijzen van de deugdelijkheid hunner betoogen — na zoo intensen arbeid haakt men naar het oogenblik van strijd, dat tot nog beteren tegen-attaque en tot gemotiveerd verweer kan leiden.

Wel is waar bestreden POLAK en SMEETS op ook den praeadviseur eerende wijze zijn talentvol gevonden systeem van „zakelijke opbrengstbelastingen”, doch er waren nog meer onderwerpen die beter peiling behoefde. Zoo het vraagstuk der „dubbele belasting”, verschillend beschouwd en gedefinieerd door elk der praeadviseurs.

Over het zgn. bankgeheim, dat naar het schijnt speciaal geschikt is, om er een beetje om heen te praten, is, naar aanleiding van een op zich zelf niet erg duidelijke uitslating van den heer EMMEN RIEDEL in het debat nog een en ander gezegd dat de zaak mijns inziens niet veel verhelderde. In de hierna volgende bespreking kom ik op dit onderwerp nog terug.

Beide praeadviezen zijn ernstige worstelingen om „Mehr Licht”. Trots de aandacht die de jonge belastingwetenschap na den oorlog (de jaren der eerste financieele nood) trok, is de theorie nog slechts onvoldoende gezien. Met elk nieuw geschrift bijna komen nieuwe ideeën naar voren, doch zij hebben geen kans te beklijven. De onklarheid, het zoekende

(3) Het op die blz. vermelde meeningsverschil over de Pers. Belasting — men zie het bedoelde debat — is er in eerste instantie één tusschen ADRIANI en mij.

en wordende, het omvormende karakter van het huidig wereldgebeuren beletten d'y voir clair.

Doch elk dóórdenken van een bepaalde materie op dergelijke wijze is winst voor de wetenschap.

— De afmetingen welke ook deze laatste nummers hebben, maken het gewenscht, dat voortaan aan de geschriften een alphabetische klapper of andere doeltreffende inhoudsopgave wordt toegevoegd. Bij het opslaan na eenigen tijd van een speciaal onderwerp moet men thans bij herhaling — niet-tegenstaande de goede systematische en technische verzorging overigens — zoeken.

Moge ik intusschen in het bovenstaand — voor zooveel nog noodig — belangstelling hebben gewekt voor den arbeid van de jongste praeadviseurs der Vereeniging voor Belastingwetenschap.

VAN DER POEL

De Couponbelastingwet 1934, met uitvoeringsvoorschriften toegelicht door P. KARMELK, Inspecteur der directe belastingen enz., gedetacheerd aan het Departement van Financiën, en Mr. Dr. E. TEKENBROEK, Advocaat en Accountant. Uitg. van Gorcum en Comp. N. V. Assen. 140 p. f 2.75.

„Niet alleen zij, die in den effecten- en couponhandel of in „het bankwezen werkzaam zijn, maar ook bestuurders van „naamlooze vennootschappen en coöperaties, particulieren, „die buitenlandsche effecten bezitten en hun raadgevers (be- „lastingconsulenten, advocaten en accountants) zullen een „goede toelichting op deze belastingwet niet kunnen missen”: zeggen de uitgevers in het prospectus, waarmee zij waar- schijnlijk implicite willen zeggen, dat *dit* werkje een goede toelichting is.

Ik meen, dat wel aanstonds te kunnen beamen en zou aan de opsomming van hen, voor wie het *boek* nuttig kan zijn ook de fiscale ambtenaren wel willen toevoegen. Het dient zich aan als een handleiding voor de praktijk, maar voor het zuiver stellen van verschillende vraagstukken was hier en daar theoretische uiteenzetting noodig.

De economische beteekenis van de Couponbelasting en de voor- en nadeelen daaraan verbonden vindt men er niet uiteengezet, doch het feit, dat één der praeadviseurs over hetzelfde onderwerp van de Ver. voor Bel.wetenschap (vgl.

de aan deze voorafgaande bespreking) één der schrijvers van dit boek is, geeft reeds waarborg, dat deze eenvoud van het werk, niet een gevolg is van gemakzucht, doch dat hetgeen is overwogen tot achtergrond houdt de breedere visie, welke aan de praeadviezen ten grondslag lag.

Wij weten trouwens reeds uit een eerder werk van dezelfde soort, wat de samenwerking van Dr. TEKENBROEK met een ook met de praktijk der wetsuitvoering bekend hoofdamtenaar der belastingen vermag; de *Omzetbelastingwet* mede bij de fa. van Gorcum, in dezelfde uitvoering verschenen, werd met den heer SCHENDSTOK op dezelfde wijze behandeld.

De schrijvers verontschuldigen zich min of meer, dat het slechts is geschreven voor de *praktijk*; mijns inziens ten onrechte. Over de merites eener couponbelasting in abstracto heeft het uiteraard allen zin breede beschouwingen te houden, doch niet over deze lage, concrete, heffing, die nauwelijks zal worden opgemerkt.

Intusschen — een korte historie en een algemeen overzicht van de indeeling der wet (welke laatste eigenlijk, ten gerieve van den niet fiscaal geschoolde beginnening, voor het verkrijgen van een overzicht, in geen enkel belastingleerboek mocht ontbreken) worden niet gemist. Het boek is verder een commentaar op de artikelen, terwijl een zaakregister het sluit.

Het is aangename lectuur en vertoont een eigen karakter. Al heeft men den lust tot het gebruiken van speciale benamingen voor bepaalde posities en dramatis personae in de wet voorkomende, en die we *hier* nu als geesteskinderen van Dr. TEKENBROEK herkennen — thans niet in die mate kunnen botvieren als bij de omzetbelastingwet, toch komt die neiging naar voren als de schrijvers de wet als „couponbelasting + buitenlandsche dividendbelasting” beter benoemd achten, of liever haar zoo noemen (p. 11, VI) (1). Ik kan dat zoo niet aanvoelen, te minder omdat het spraakgebruik zeker geen verschil maakt, en evenmin een bezwaar tegen den naam kan zijn, dat sommige dividend-(bewijzen) weer buiten de werkings-sfeer der wet vallen, doch in het door de schrijvers gestelde ligt de eisch, om het onderscheid tusschen beide duidelijk te maken, o. a. door het geven van een *definitie* van coupons. Ook in het debat (Geschrift der Ver. v. Bel.wetenschap no. 25/26 over de praeadviezen) is dit punt reeds door den heer TAVERNE naar voren gebracht.

(1) Een bezwaar van eenigszins anderen aard geldt het met nadruk, reeds in het voorwoord, door het geheele werk heen, en ook in het naschrift (in verband met opmerkingen van den heer PRINSEN) gebruiken van de benaming „zakelijke *inkomsten*belasting” inplaats van zakelijke *opbrengst*belasting.

Ik wil echter verder gaan. Mag al worde aangenomen, dat zij „die in den effecten- en couponhandel of in het bank-„wezen werkzaam zijn”, met alle gebezigde technische termen op de hoogte zijn, met de overige personen waarvoor het werkje is geschreven is dit toch zeker niet het geval.

Deze laatsten zouden het daarom op prijs hebben gesteld, indien tal van schrifturen, over welke thans als bekende grootheden wordt gesproken, hetzij in den tekst (of wellicht nog gemakkelijker in een apart lijstje achterin) zoodanig waren gedefinieerd, dat *alle* lezers zich een scherp beeld konden vormen van wat daarmee wordt bedoeld. Zoo wordt b.v. over scrips op vijf verschillende bladzijden gesproken, over affidavits op vier, doch nergens treft men een definitie daarvan aan.

Wat „effecten” betreft, wordt op p. 10/11 een globale omschrijving gegeven, en vindt men daarover uiteraard op verschillende bladzijden meer; een samenvattend overzicht, onder vermelding van afwijkende meening zou zeker zijn gewaardeerd, evenals t. a. v. claims (vgl. b.v. de afwijkende meening van ALTING MEES in W. D. I. A. tegenover die van VAN SOEST).

Een goede noot verdient (zie b.v. p. 22 en 99) dat wat men in uitgebreidheid vinden kan in boeken, die zij die dit werk hebben te raadplegen, toch onder hun bereik hebben, hier niet nog eens wordt herhaald. Dat gebeurt elders wel eens al te veel en maakt den prijs der boeken dan onnoodig hoog.

De conclusie op p. 97 lid 2, berustende op een analogische redeneering, terwijl een argumentum a contrario meer op zijn plaats zou zijn, schijnt mij gewaagd.

Van de omschrijving in art. 22, welke afwijkt van die in de slechts kort geleden opnieuw geredigeerde artt. 75 en 80 Wet Ind. Bel. en 23 Wet Verm. Bel. en die van art. 25, afwijkende b.v. van art. 52 Verm. Bel., ware een nadere toelichting wel wenschelijk geweest, te meer, omdat daaraan — mede in verband met het bepaalde bij art. 40 — consequenties kunnen zijn verbonden.

Ook in het praeadvies van EMMEN RIEDEL en in het debat (p. 9) zijn hieraan beschouwingen gewijd, mede in verband met het zgn. „bankgeheim” en de vrees welke de invoering der couponbelasting onder de contribuabelen heeft teweeg gebracht, een vrees welke zonder eenigen twijfel verband houdt met de indiening der wetsontwerpen op de Couponbelasting en op de Doode hand. Het debat op dit punt is heropend.

Naar mijne meening is den laatsten tijd wel niet een proces tot *opheffing*, maar althans tot *uitholling* van het bankgeheim merkbaar. En dat proces zal, gelet ook op wat nu

weer bij het „generaal pardon” gebleken is, moeilijk kunnen worden gestuit.

Men vleie zich toch niet met de meening, dat thans allereerste schoon schip is gemaakt; het feit dat het resultaat van den genomen maatregel in den regel onder meer verschilt naar mate de betrokken inspecteurs daarbij een lijdelijk dan wel een actief optreden als basis hebben gekozen, bewijst te dien aanzien genoeg.

Op p. 128 (art. 34) wordt beweerd, dat men algemeen aanneemt dat een rechtspersoon geen straf kan belooopen. Die meening is, naar ik meen, te subjectief. Niet alleen is in het algemeen in de strafrecht-theorie een kentering waar te nemen, die er toe leidt, minder dan voorheen den dader dan de daad op den voorgrond te stellen, maar bovendien is men een periode ingetreden die het Staatsbelang hooger aanslaat dan dat van den privé-burger.

Voorts is wel in te zien, dat een rechtspersoon geen *vrijheidsstraf* kan belooopen, maar niet, dat dit ook met *boete* niet het geval kan zijn. Evenmin staat vast, dat een rechtspersoon geen „schuld” zou kunnen hebben; indien b.v. — ik heb dit reeds eenige jaren geleden in een praeadvies voor de Ned. Jur. Ver. betoogd — een algemeene vergadering van aandeelhouders eener N. V. zou besluiten, valsche belastingzegels uit te geven, dan kan ik niet inzien, waarom beboeting dier N. V. niet een juiste maatregel zou kunnen zijn.

Mijn slotconclusie is, onaesthetisch genoeg, reeds vermeld aan het begin — ik moge nu daarnaar hier ook maar verwijzen.

VAN DER POEL

Mr. W. L. P. A. MOLENGRAAFF, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsch Handelsrecht*, 2e dl., tweede stuk; *Verzekerings- en Faillissementsrecht*, zesde druk, herzien door Mrs. C. W. STAR BUSMANN en Chr. ZEVENBERGEN. — Uitg. de Erven F. Bohn N. V. 1934.

Spoedig na de verschijning van Transportrecht is ook het tweede en laatste stuk van het tweede deel van den zesden druk, tevens het slot van het geheele werk, gepubliceerd bevattende het verzekerings- en faillissementsrecht.

Van de partijen bij een overeenkomst van verzekering wordt bij de nakoming daarvan in belangrijke mate inacht-

neming van de goede trouw verwacht en wel van partijen over en weer. Op blz. 772 noemt de Leidraad dit contract „uberrimae fidei”; de rechtspraakcitaten die dan volgen, getuigen vrijwel alle van een inroepen van het beginsel der goede trouw *tegen* den verzekeraar. Zoo besliste de Amsterdamsche Rechtbank 26 Januari 1912, W. P. N. R. 2210, dat een polisbeding, luidende:

„deze verzekering houdt op van kracht te zijn, indien
„de verzekerde binnen de eerste 8 dagen van ieder inge-
„treden verzekeringsjaar de premie niet mocht hebben
„betaald”

door den verzekeraar niet tegen verzekerde kon worden ingeroepen, toen de makelaar-assurantiebezorger, die blijkens den inhoud der polis voor de jaarlijks verschuldigde premie door den verzekeraar in rekening-courant werd belast, de premie niet aan den verzekeraar had afgedragen en deze den verzekerde daarvan onkundig had gelaten. De Rechtbank oordeelde dat deze houding niet was overeen te brengen met de goede trouw, waarmede elke overeenkomst moet worden ten uitvoer gebracht.

Het kan overigens in het midden blijven of bij de uitvoering der verzekeringsovereenkomst de goede trouw een *grootere* rol speelt dan bij andere contracten het geval is; de ontwikkeling van dit leerstuk ten onzent danken wij meen ik, niet in de eerste plaats aan de overeenkomst van verzekering.

Wel geeft de toepassing der praktijk aanleiding om te meenen dat inroeping van het beginsel der goede trouw ook *tegen* den verzekerde op haar plaats is.

De aan art. 251 Wetboek van Koophandel ontleende mededeelingsplicht omtrent aan den verzekerde ten tijde van het ontstaan der verzekeringsovereenkomst bekende omstandigheden, welke van belang zijn voor de risicoboordeeling, pleegt in de rechtspraak op een voor den verzekerde soepele wijze te worden gehanteerd; daartegenover heeft de verzekeraar op zijn beurt recht op een soepele toepassing der bewijsvoorschriften, ingeval kwade trouw van verzekerde of andere bevrijdende oorzaken moeten worden aangetoond, welke wijze van toepassing dan al niet op de, het contract beheerschende goede trouw moge gebaseerd zijn, in elk geval van soortgelijk beginsel mag worden afgeleid. In de verzekeringsvakbladen juist ook van den laatsten tijd is wel tot uiting gekomen dat inderdaad in dit opzicht aan den verzekeraar recht wordt gedaan, zoodat mag gezegd worden dat de verzekerde, doch evenzeer de verzekeraar niet tevergeefs een beroep op de toepassing van het goede-trouwbeginzel bij den rechter doen. In dit verband moge nog worden verwezen naar de vlugschriften der Vereeniging Handelsrecht betreffende de herziening van

het schadeverzekeringsrecht (1925) en van de wetgeving op de zeeverzekering (1930), dit laatste van de hand van Mr. H. T. ASSER.

Getrouw aan den opzet, vindt men belangrijke en minder belangrijke jurisprudentie en literatuur gecompleteerd en geklassificeerd. Met name wat de jurisprudentie betreft, is zulk een verwerking een veelomvattende en moeizame arbeid. Hoe omvangrijk handboeken ook mogen zijn, de overvloedigheid en veelvormigheid der praktijk zullen zij nimmer kunnen omvatten. Het is maar goed ook.

De beurspolis (Leidr. bl. 779) zonder nadere aanduiding van het interest, dekt alleen de schade bestaande in de beschadiging of het verlies van het gevaarsobject. De Hooge Raad 7 Februari 1910, W. 9491, aanvaarde als juist de stelling dat als in de polis de aanduiding van het belang ontbreekt, *elk* belang uit welken hoofde ook, dat de verzekerde bij het verzekerde voorwerp heeft, moet geacht worden onder de verzekering te vallen.

Een ruime niet formeele nitlegging — voegt de Leidraad daaraan toe — behoort te worden gevolgd.

Heeft nu de brandverzekeraar, wiens polis dienaangaande geen bijzondere voorschriften inhoudt, bij de bepaling van de door hem verschuldigde vergoeding en rekening houdende met eventueele onderverzekering zich te richten naar de onder den invloed van crisismaatregelen verhoogde „waarde” of „prijs” welke de verzekerde voorwerpen na het afsluiten der verzekering hebben verkregen of is de wereldmarktprijs beslissend, die tenslotte de waarde der goederen bepaalt?

Voor deze vraag, die in de afgelopen jaren zich in verschillende gedaante herhaaldelijk heeft voorgedaan en bij mijn weten niet (misschien nog niet) gerechtelijk is beslist, heb ik in geen der bestaande commentaren aanknoopingspunten kunnen vinden. De redacties of medewerkers van vakbladen oordeelen in verschillenden zin en de praktijk pleegt een oplossing te vinden zonder de toga er in te mengen.

De in den Leidraad vermelde beginselen (blz. 779 en 785) zullen er dunkt mij toe moeten leiden, wanneer de te vergoeden schade niet uitdrukkelijk tot den wereldmarktprijs is beperkt, den verzekeraar verplicht te houden, niet alleen dien prijs te vergoeden doch tevens de waarde van het vorderingsrecht hetwelk door inlevering van dergelijke goederen in gezonden staat bij de gewestelijke organisatie of andere bevoegde instantie ontstaat en tengevolge van het tenietgaan van het gevaarsobject verloren is gegaan.

Het geval levert een goede illustratie van de op blz. 777 van den Leidraad gemaakte onderscheidingen naar de begrippen „voorwerp van verzekering” en „gevaarsobject”;

immers bestaat in dit geval als gevolg van het tenietgaan van het gevaarsobject de schade niet alleen in de werkelijke (intrinsieke) waarde der verloren gegane goederen doch tevens in de waarde van het vorderingsrecht, hetwelk door het tenietgaan der goederen niet meer kan worden geldend gemaakt, welke vordering door het voorwerp van verzekering mede wordt omvat.

De taxatie der schade (Leidraad § 69) zal wel steeds bron van moeilijkheden blijven, ook als men op het voetspoor van Prof. Mr. STAR BUSMANN blijkens zijn onlangs gehouden diërede over „de verzekerbare en de verzekerde waarde in het wordende recht”, het idemniteitskarakter in de wetgeving nadrukkelijk zou doorvoeren. De Rechter kan nu eenmaal moeilijk anders doen dan op deskundigen bouwen, hetgeen zij in het algemeen ook zeer zeker zullen verdienen. Niettemin blijft het zaak van subjectief inzicht. Blijkens een arrest Hof Amsterdam 7 Dec. 1933, N. J. 1934, bl. 699, kwam de verzekerde tot een 3½ maal hooger schadebedrag dan haar deskundige vertrouwenslieden hadden becijferd, hetgeen het Hof echter geen reden acht tot aantasting dier taxatie nu kwade trouw der deskundigen niet werd beweerde.

Misschien zou het tot onbillijkheid kunnen leiden zoo men bij de vaststelling der te vergoeden waarde steeds (bl. 9 der in brochurevorm verschenen rede) zou onderscheiden tusschen vervangingswaarde en liquidatiewaarde, naar gelang voortzetting van een bedrijf en dus vervanging der tenietgegane goederen door den verzekerde al dan niet wordt beoogd. De verzekerde kan daarin niet altijd naar vrij believen handelen, hij is afhankelijk van credietgevers zoodat men het stopzetten van een bedrijf als gevolg van een sinister niet zonder meer met een vrijwillige opheffing van het bedrijf gelijkstellen kan; een opheffing die zou medebrengen dat de verzekerde slechts liquidatiewaarde kan eischen, omdat hij, werd hem de vervangingswaarde uitgekeerd belangrijk zou zijn bevoordeeld.

De zesde druk van den Leidraad bevat wat minder formuliercontracten en polissen dan in voorgaande drukken het geval was, hetgeen men ik niet behoeft te worden betreurd. Voorzoover ook reglementen en algemeene conditiën worden gepubliceerd, bestaat het bezwaar dat wijziging en aanvulling daarvan eerst bij opvolgende drukken kan worden aangebracht, zoodat de gebruikers zich steeds hebben af te vragen of de gegeven tekst nog wel de juiste is. Dit is met name in deze jongste editie niet het geval met het Rotterdamsche Expeditiereglement, waarvan onder de bijlagen blz. VII nog de tekst van 1910 wordt gegeven, ofschoon dit reglement laatstelijk in 1920 fundamenteel is gewijzigd.

Het in Juni 1934 ingediende wetsontwerp tot wijziging van

de wetgeving op de surséance van betaling dreigt den jongsten druk van den Leidraad reeds nu weder met veroudering, welke trouwens voor het wissel- en chèquerecht reeds weder een feit is geworden.

Het is een gelukkige omstandigheid dat de in bewerking zijnde derde druk van „De Faillissementswet verklaard” hierin wat eerstbedoeld onderdeel betreft zal kunnen voorzien, temeer nu de voorgestelde regeling van het accoord buiten faillissement zoozeer op het bestaande faillissementsrecht is ingesteld.

Mr. H. MULDERIJE

J. VAN DER KOLK, *De oorzaak in het Fransche en Nederlandsche verbintenissenrecht*. Proefschrift Utrecht, Kemink en Zoon, Utrecht. 1933.

Eenige jaren geleden heb ik, onderstellenderwijze, op denkbaar verband tusschen de „doeltheorie” t. a. v. de rechtspersoon en de causaleer de aandacht gevestigd (1).

Het verzoek der redactie, bovengenoemd proefschrift te bespreken heeft mij daarom des te meer verheugd, daar het gereede aanleiding gaf — waartoe anders niet zoo licht gelegenheid zou zijn gevonden — mij wat meer in het causavraagstuk te verdiepen.

De principieele wijze, waarop de schrijver van dit proefschrift het probleem stelt, maakt het gemakkelijk om, zonder de grenzen eener bespreking al te zeer te overschrijden, ook de toen opgeworpen kwestie nog even aan te roeren.

Men kan in beginsel de behandeling van een rechtsinstituut op drie wijzen doen geschieden: zuiver theoretisch-wijsgeerig, rechtshistorisch, of positiefrechtelijk. Wat de causa aangaat heeft men derhalve de keuze tusschen een beschouwing, of en wat causa zou moeten zijn — d. i. in idealen zin *is* —, hoe het instituut is gegroeid, en hoe het naar huidig recht is op te vatten. De eerste twee beschouwingswijzen kunnen, alnaar ieders inzicht in interpretatiemethode, op de beschouwing van het geldende recht meer of minder invloed hebben en kunnen anderdeels aanleiding geven tot kritiek op dat *ius constitutum*. Een volledige behandeling zoude al deze drie gezichtspunten moeten omvatten.

Ook in het onderhavige proefschrift vindt men die drie

(1) N. J. B. 1930, p. 9.

methoden terug — echter in geheel andere mate dan de titel van het proefschrift en de gewoonte zou doen vermoeden. De historie neemt een betrekkelijk groote plaats in ($\pm \frac{1}{3}$ van het geheel) — doch dat is nog niet vreemd, al kent de schrijver haar terecht niet meer dan een beperkt gezag toe. Men verwacht nu, om die reden, een uitvoerige rechtspraakanalyse, teneinde een inzicht in het geldend recht te verkrijgen, doch komt bedrogen uit — de schrijver schijnt recht en wet identiek te achten. In het heele boek wordt tweemaal een arrest H. R., en nimmer eenigerlei lagere Nederlandsche rechtspraak geciteerd! Dat is te curieuser omdat de schrijver het met de opvattingen van rechtspraak en doctrine in geen deele eens is, zoodat men juist daarom een uitvoerige weerlegging zou wenschen. Een der waardevolste lessen der studie van het Romeinsche Recht voor den Nederlandschen jurist is toch wel, dat dat voorbeeldige recht is geëvolueerd in de praktijk, casuïstisch, en niet aan de hand van wetten of leerstellige constructies. De Romeinen waren bij uitstek praktisch. Ook bij CAPITANT (p. 10) had de schrijver in de leer kunnen gaan: Une des principales fonctions du juriste n'est elle pas, à l'heure présente, d'interpréter le Droit jurisprudentiel . . . ?

Anders gaat deze auteur te werk: hij lost *het* probleem — wát causa is — op met behulp van een theoretisch betoog, dat zeker verdienstelijk is, maar, zelfs voor wien het overtuigt, niet voldoende kan zijn om nu ook aan te nemen dat hiermede *de oorzaak in ons verbintenissenrecht* uitputtend is behandeld en afdoend gedefinieerd.

Mr. v. D. KOLK dan — die in het algemeen een wel omljnd oordeel heeft en dat in een helder, uit goedgestyleerde zinnen opgebouwd betoog weet uiteen te zetten — valt terstond met de deur in huis.

Reeds in de eerste bladzijden van het proefschrift wordt zijn meening, die het leitmotif voor het volgende zal blijven, met beslistheid uiteengezet. Die meening is, dat onder oorzaak niet, gelijk de H. R. doet, moet worden verstaan de *strekking* der overeenkomst, noch — gelijk tot voor kort de gangbare leer was — bij wederkerige overeenkomsten: (het verkrijgen van) de contrapraestatie, doch dat men naar het motief moet zien, *waarom* iemand zich verbindt. Wie een pakhuis huurt met het doel daar gestolen goederen op te slaan, sluit een nietige overeenkomst, daar zijn verbintenis onzedelijke oorzaak heeft. Of de wederpartij dat wist of niet speelt geen rol — deze zal echter in geval van goede trouw schadevergoeding ex art. 1401 B. W. kunnen vorderen omdat de ander het deed voorkomen of een geldige overeenkomst werd aangegaan, doch in waarheid geen overeenkomst sloot.

Het voornaamste argument voor deze leer is de stelling, dat de rechtsorde niet kan dulden dat het algemeen belang wordt benadeeld doordien dergelijke overeenkomsten gelding zouden bezitten — waar de gemeenschapsorde botst met de contractsvrijheid moet de laatste wijken. De andere aangevoerde argumenten als: oorzaak beteekent naar spraakgebruik motief (!) (2); het Engelsche „consideration” doet ook aan psychische factoren denken (3); de analogie met het „waarom”, dat de eischer in een proces moet stellen, als grondslag voor het „wat” van de vordering zelve — dat alles mist zoozeer overtuigende kracht, dat het betoog door de invoeging en zelfs vooropstelling van een en ander niet sterker wordt.

Naar mijn oordeel berust schrijvers inzicht op een dooreenhalen van recht en moraal. Tallooze zedelijk afkeurenswaardige handelingen vormen een onvoldoenden prikkel tot het in werking stellen van de rechtsorde. Slechts met het maatschappelijk *gebeuren* — of met gemoedstoestanen welke zoodanig gebeuren doen verwachten — bemoeit het recht zich. Wanneer echter de *rechtsfeiten*, i. e. de handelingen van partijen, de rechtsorde niet kwetsen, kunnen psychische grondslagen geen verschil maken. Zeker, bescherming kent het objectieve recht alleen toe aan subjectieve doelstellingen, welke niet strijden met objectieve normen. Het woord „subjectief” is hier echter slechts bedoeld in den zin van: „bij het subject aanwezig”, niet van „individueel”. Integendeel, voor de beoordeeling der doelstelling moet ook het recht werken met den normalen mensch, den homo noumenon; louter wat in het algemeen als doelstelling eener bepaalde, op haar beschermingsaanspraak te waardeeren, rechtshandeling moet worden begrepen, kan in aanmerking komen. En, gezien de aard der *rechtsorde*, kan daarbij slechts van belang zijn, wat het „kennelijke” doel van het subject is; het recht dwingt niemand om ethisch te *zijn*, doch om behoorlijk te *handelen*.

Wie een rechter omkoopt om een rechtvaardig vonnis te wijzen is zeker niet immoreel — de overeenkomst is niettemin

(2) Aan „oorzaak” als tegenstelling van „gevolg” mag hier toch in het geheel niet worden gedacht! Alsof dan ooit een oorzaak zou kunnen ontbreken! Zie ook de schrijver zelf p. 49: „elke feitelijke overweging is nog geen juridische”.

(3) De schrijver zegt: „het in hetzelfde verband gebruikte woord „consideration”. Maar het is toch wel een heel ander begrip dan *causa*, al bestaat er zekere gelijkenis. En ook *consideration* is toch een objectief te bepalen kenmerk! Dat het woord „doet denken” aan psychische motiveering zegt wetenschappelijk al bijzonder weinig.

nietig (4). Of, wil men een voorbeeld van beiderzijdsche moraliteit: nietig dunkt mij ook de overeenkomst, waarbij iemand zich tegen een belooning verbindt een derde tijdelijk van zijn vrijheid te berooven, omdat, gelijk beide partijen weten, die derde van plan is, in dien tijd een misdrijf te plegen, hetwelk zodoende zou kunnen worden belet.

Niet over iemands karakter oordeelt het recht, doch over zijn handelingen. Iemand wiens doen en laten volkomen wordt beheerscht door het brandend verlangen, nog eens zoo machtig en vermogend te worden dat hij een vijand in het ongeluk kan storten, is een slecht mensch, maar pleegt niet uitsluitend nietige rechtshandelingen.

Het gevolg van deze zienswijze is uiteraard, dat bij de wederkeerige overeenkomsten oorzaak en inhoud vrijwel samenvallen. Dat lijkt mij geen groot bezwaar — historisch is na te gaan hoe de oorzaak-eisch, aanvankelijk alleen bedoeld voor de stipulatie en de reële contracten, na de receptie is veralgemeend, tot een geldigheidsvoorschrift van alle verbintenissen, door onze wet bovendien gemaakt tot *essentiale der overeenkomst*. Ook op historische gronden is de heerschende leer, meen ik, te aanvaarden — wanneer men de geschiedenis op de juiste wijze gebruikt en de les eruit put, gemaakte fouten te vermijden. De variatie van den H. R., die de strekking der overeenkomst als haar oorzaak beschouwt, blijft toch steeds met objectief vast te stellen criteria rekening houden.

De oorzaak heeft dan voornamelijk nog belang voor de schuldbekentenis, wellicht de cessie- en de eenzijdige overeenkomsten, voorop de schenking.

Gaat men daarentegen met Mr. v. d. KOLK de beweegredenen der partijen na, dan stuit men terstond op de vraag, waar men moet ophouden.

A koopt een rijpaard. Door te gaan paardrijden hoopt hij in connectie te komen met den bekenden ruiter B, en door diens bemiddeling met den rijkaard C; wellicht zal hij met C's dochter D kunnen huwen en zodoende de aanzienlijke bruidschat verwerven om met behulp daarvan (men mocht over de moraliteit van het voorgaande in twijfel verkeer!) eene maitresse E te kunnen onderhouden.

Het paard is niet terstond betaald. A blijkt nu niet in B's smaak te vallen, zoodat hij voor zijn plan in elk geval geen paard nodig heeft. Kan hij het teruggeven, betaling weigeren en een *schadeactie* afwachten, alles onder het mom van:

(4) Vgl. dit voorbeeld bij VAN OVEN, W. P. N. R. 3330. Schadevergoeding wegens niet-nakoming door den rechter is dus niet mogelijk; terugvordering wellicht wel.

onzedelijke oorzaak? Of zal den verkooper goedgunstiglijk worden toegestaan te bewijzen — gelijk de schrijver wil (p. 69) — dat A toch wel had willen paardrijden, ook zonder het vooruitzicht op Mej. D of Mej. E? (vgl. p. 69).

Mr. v. d. Kolk knoopt hieraan vast de vraag der gedeeltelijke nietigheid, b.v. alleen van het den maximumprijs overschrijdende deel van den koopprijs. De schrijver neemt dit wel wat luchtig op — er ligt in algeheele nietigheid toch een, door hem vooral, niet te versmaden preventieve werking. Vooral omdat in dergelijke gevallen de *turpitudō solius accipientis* pleegt te zijn.

Een gevolg van de in het proefschrift verdedigde opvatting is verder, dat de regeling van de gevolgen der nietigheid al heel simpel, doch in gelijken graad onbevredigend is. Prof. van OVEN's artikel in W. P. N. R. 3328/32 was nog niet verschenen — temeer reden voor den schrijver die moeilijke vragen onder het oog te zien! Dat op dit punt reeds voortreffelijke arbeid was verricht door Mr. PERR, in diens dissertatie, kan den schrijver niet hebben weerhouden — hij kent die dissertatie niet! Zoo iets, dan is dat een onvergefelijke fout — de belangrijkste recente Nederlandsche literatuur behoort een promovendus te bestudeeren.

Mr. van der Kolk's oplossing is: men geve den bona fide gedupeerden medecontractant een actie ex art. 1401 B. W., omdat slechts een (nietig) schijncontract werd gesloten. Was de wederpartij in het complot, dan komt haar geen vergoeding toe. De tusschenliggende stadia zijn door meer of minder vergoeding — met als basis: minder of meer eigen schuld — tevreden te stellen.

Dit is niet scherp doordacht. Als A aan B f 1000 geeft om hem van een misdrijf te weerhouden is er *turpitudō solius accipientis* — volgens Romeinsch Recht is derhalve de conditie toegestaan. Ons billijkheidsgevoel zegt hetzelfde — natuurlijk: vele eeuwen levende rechtsregels worden toch niet zomaar verzonnen omdat zij goed in een constructie passen! Maar is nu A „te goeder trouw”? Dat kan men toch niet volhouden, en het is ook volledig zijn eigen „schuld” — in de art. 1401-sfeer gedacht — als hij zijn geld kwijt is; het initiatief der overeenkomst is geheel van hem uitgegaan.

Genoeg, dunkt mij, om te toonen dat van der Kolk's uitgangspunt en de daaraan verbonden consequenties mij niet bekoren.

Maar hij heeft zijn standpunt, dat hij nu eenmaal heeft gekozen en dat inderdaad de charme van het verrassende bezit, niet zonder talent verdedigd. Zelfs uit de historie weet

hij bewijsmateriaal te putten. Dat is niet alles van even groote waarde.

Mr. v. D. KOLK laat zijn wensch soms wel al te veel de vader zijn niet slechts van zijn eigen gedachten maar ook van die van anderen.

Wanneer DOMAT in Bk. I, sect. 4, art. 2, de nevenovereenkomsten besprekend, ietwat onnauwkeurig zegt: *Et ces conventions (= nevenovereenkomsten!) ont le fondement de leur équité sur les motifs particuliers des contractants. Ce vendeur, par exemple, est déchargé de la garantie, parcequ'il donna à un moindre prix* — dan legt onze auteur (p. 37) verband tusschen dit woord „ces conventions” en het conventie-begrip van DOMAT. Aangezien conventions is „un nom général qui comprend toute sorte de contrats, traités et pactes de toute nature” — daarom „ligt de gevolgtrekking voor de hand, dat DOMAT het fondement niet alleen van de pacta of nevenovereenkomsten maar van de overeenkomsten in het algemeen zoekt in de afzonderlijke partij-motieven”. Hieraan behoeft wel niets toegevoegd; op deze wijze kan men ieder alles laten zeggen.

Evenzeer worden de woorden van PORTALIS, p. 41-42, zeer tendentieus, ja zelfs m.i. onjuist geïnterpreteerd.

Intusschen is de historie in deze materie in den ban gedaan door den H. R.

Onze wet spreekt niet van oorzaak der verbintenis maar — abrupt in 1838 afbrekend wat de geschiedenis van 2000 jaar had gebouwd — van die der overeenkomst; met Code, DOMAT et tutti quanti hebben wij dus niets te maken (5).

VAN DER KOLK trekt zich zijnerzijds van dat arrest niets aan, doch betoogt onverfren, dat overeenkomst volgens onze wet — den tekst onzer wet — is: debiteursbelofte, zoodat overeenkomst = verbintenis en de wederkeerige overeenkomst: twee voorwaardelijk aaneengekoppelde individueele beloften. Dan had hij liever den gedachtengang van Mr. van DOORNE (SCHOLTEN's opstellen pp. 116/119) mogen volgen, die uiteenzet dat 's Hoogen Raads leer toch weer bij de tegenpraestatie terecht komt, en in resultaat derhalve niet afwijkt. Al vraagt men zich af of deze zelfde eenvormigheid tusschen: oorzaak der remuneratieve verbintenis = tegenpraestatie, en: oorzaak der overeenkomst = hare strekking ook bestaat, wanneer niet het bestaan doch de geoorloofdheid der oorzaak in het spel is.

Wat hiervan zij, v. D. KOLK's redeneering lijkt weinig steekhoudend, in het algemeen trouwens is zijn dissertatie niet

(5) H. .R. 6 Januari 1922, N. J. 1922, p. 265 en 17 November 1922, N. J. 9128, p. 43.

juist geschikt om de woorden der wet als voornaamste kenbron van het recht te doen apprecieeren, als men ziet waartoe dit den schrijver voert. Telkens doet hij op die *woorden* een beroep, ook al is het gebruik van een min juiste uitdrukking of min juist inzicht van den wetgever zeer aannemelijk. Zoo, waar hij art. 1372 B. W. niet alleen op schuldbekentenissen toepasselijk wil achten (p. 26); waar hij de leer: oorzaak = onderwerp afwijst als in strijd met de woorden van art. 1356 B. W. (p. 73); of waar hij overeenkomst gelijkstelt met debiteursbelofte — zonder zelfs maar aan de noodzakelijke *aanneming*, wil een overeenkomst — ook een eenzijdige — tot stand komen, aandacht te wijden; tenslotte waar hij de terugvordering van het betaalde niet wil uitsluiten op grond van regels als: *nemo auditur suam turpitudinem allegans*, of: *in pari turpitudinis causa cessat repetitio*, alleen vanwege den tekst der wet, die terugvordering wegens onverschuldigde betaling „duidelijk toekent” (p. 71). Het woord „duidelijk” is voor art. 1395 goed gekozen!

Met de woorden der wet kan men trouwens heel wat gedaan krijgen. Spreekt artt. 937/38 van *beweegreden*? Dan mag daaruit analogisch worden afgeleid dat de wet in artt. 1371-1373 het woord oorzaak als synoniem van beweegreden bezigt” (p. 24). Dat de beweegreden moet zijn *vermeld*, ziet de schrijver over het hoofd.

Echter, na zooveel kritiek, mag toch niet ontbreken een vermelding van meer positiefs. Een opsomming van de behandelde onderwerpen zal den lezer duidelijk maken, wat in groote lijnen de opzet van Mr. v. d. Kolk's werk is.

Allereerst geeft hij den principieelen grondslag van zijn opvatting; vervolgens wordt nagegaan hoe de oorzaak in het systeem der wetsvoorschriften is te beschouwen — met als resultaat: de oorzaak der *verbintenis* is de — desnoods meer verwijderde — beweegreden.

Daarna volgt de geschiedenis — Domat, de codificateurs, het canonieke recht, en het oud-Vaderlandsche recht.

De schrijver bespreekt dan eerst de ongeoorloofde oorzaak, welke de verbintenis nietig doet zijn, wanneer zij bestaat op het oogenblik van contraheeren; de oorzaak wordt vermoed geoorloofd te zijn. In dit verband komen dan ter sprake eenige hierboven reeds aangestipte kwesties, gelijk: gedeeltelijke nietigheid, bekendheid wederpartij met ongeoorloofde oorzaak etc. Tevens gebruikt Mr. v. d. Kolk deze gelegenheid om de klassieke causaleer (oorzaak = tegenverbintenis) en het anticausalisme te behandelen.

De valsche oorzaak = dwaling is het volgende onderwerp. Hierbij toch nog een enkele opmerking:

De schrijver hecht bij de overeenkomst met valsche oorzaak aan voor de wederpartij onbekende motieven geen gewicht, omdat daar maatschappelijke belangen niet in het spel zijn; het verdient nu opmerking, dat de rechtspraak juist andersom ertoe neigt, voor de beoordeeling van het *bestaan* der oorzaak wèl iets dieper te zien dan alleen naar den inhoud der overeenkomst, naar hare objectieve strekking. Dat is, dunkt mij, ook volkomen begrijpelijk. Bij de geoorloofdheid speelt slechts een rol, wat in het rechtsleven, naar buiten, zich manifesteert; de aanwezigheid der vermeende oorzaak is noodzakelijk omdat anders de *toestemming* wordt gevitieerd — het ontbreken dier oorzaak is toch slechts een andere naam voor: dwaling. Ook Mr. v. d. Kolk beziet het zoo, en wijdt dan ook het hoofdstuk „valsche oorzaak” vrijwel geheel aan de bespreking der dwalingsregelen, gepaard aan die omtrent verborgen gebreken, daaraan vastknoopend een hoofdstuk over „ontbindingsrecht bij wanpraestatie”, dat hij met de causaleer nauw verbonden acht en waarin ook de *exceptio non adimpleti contractus* en het risico in versneld tempo de revue passeeren.

„Zonder oorzaak” blijkt tenslotte te moeten worden opgevat als: zonder redelijke oorzaak — en zoo fundeert de schrijver in de laatste bladzijde de leer van het *justum pretium*.

Alles bijeen: een stellig uit een bekwame pen spruitend proefschrift, welks schrijver blijk geeft een probleem te kunnen bezien in zijn samenhang zoowel met dieper liggende als met naastgelegen onderwerpen. Wel is, doordien v. d. Kolk wat veel de entourage beziet, het beschouwen van de oorzaak-leer zelve wat tekort gekomen. Als titel van het proefschrift ware juister geweest: „de plaats van de oorzaak in het verbintenissenrecht”. Het geheele werk schijnt nog eerder een luchtphoto dan een close up — maar heeft dan ook de daaraan eigen attractie, te doen zien hoe het eigenlijk in het oog gevatte onderwerp is samengeweven en een eenheid vormt met andere objecten. Daarmede is nog niet gezegd dat alle luchtphoto's geheel scherp zijn! Maar deze is zeker het aanzien ten volle waard.

Mr. A. WOLFSBERGEN

S. J. FOCKEMA ANDRÉE, *Het Hoogheemraadschap van Rijnland, zijn recht en zijn bestuur van den vroegsten tijd tot 1857*. — Proefschrift Leiden 1934. — N. V. Boek- en Steendrukkerij Eduard IJdo, Leiden.

Het omvangrijke boek, door Dr. FOCKEMA ANDRÉE aan Rijnland gewijd, bevat een schat van gegevens over ieder onderdeel van de geschiedenis van dit Hoogheemraadschap.

Op het belang van dit werk voor de kennis speciaal van Rijnlands bestuursorganisatie wil ik hier echter niet ingaan. Ik meen veeleer te moeten wijzen op die punten, welke een verdere strekking hebben.

Hiertoe behooren in de eerste plaats de beschouwingen over Middeleeuwsche Nederlandsche waterschappen in het algemeen.

De schrijver begint, sprekende over het waterschap als instelling van publiekrecht, met er op te wijzen, dat oudtijds „de verhouding van publiek- tot privaatrecht afweek van de „tegenwoordige, zoodat bijv. overheidsfuncties voorwerpen „van eigendom en bezit evenzeer als van overeenkomsten „konden zijn, zonder deswege iets van hun publiekrechtelijk „karakter te verliezen” (blz. 9). De juistheid van deze algemeene opmerking zal telkens blijken in het vervolg van het boek.

Op blz. 10 leest men: „In de vroege Middeleeuwen ont- „moeten we den Graaf als drager van het overheidsgezag in „waterstaatszaken”. In dit verband had de schrijver echter moeten vermelden, dat de Graaf dit gezag uitoefent in samenwerking met het Gravengerecht. Dit blijkt bijv. uit de op blz. 12 aangehaalde oorkonde van 1122, waarin bij de opsomming van hetgeen in de Gouw Lek en IJssel tot de rechtsmacht van het „seculare placitum” behoort ook genoemd wordt: „justitia in aggeribus”. Het „placitum”, het gerecht, heeft dus de beslissing in dijkzaken. De Graaf, als rechter in den ouden zin, zal voor de uitvoering van het beslotene moeten zorgen. Bovendien vermeldt de schrijver, dat in Zeeland de berechting van waterstaatszaken in de dertiende eeuw nog tot de bevoegdheid der algemeene grafelijke vierschaar behoort (blz. 12).

De Graaf treedt dus ook in waterstaatszaken oorspronkelijk op in samenwerking met een gerecht, m. a. w. als rechter in Germaanschen zin. Dit had de schrijver op den voorgrond moeten stellen.

Vervolgens schetst Dr. FOCKEMA ANDRÉE de wijze, waarop zijns inziens de locale waterschapsorganen in het Westen des

lands zijn ontstaan, te weten in Holland, Zeeland, het Nedersticht en de Tieler- en Bommelerwaarden c. a. Denzelfden ontwikkelingsgang treft men aan in de Noordelijke gewesten. „In Friesland doet zich echter nog een ander verschijnsel voor; „de oude markgenootschappen, de hemrikken, zijn na het „verdwijnen der gemeene gronden als waterschappen blijven „voortbestaan Voor de hamrikken in de Groninger „Ommelanden geldt hetzelfde.

„In Overijssel, Drenthe en het grootste deel van Gelderland „ blijkt de plaatselijke waterstaatszorg bij de be- „sturen der marken of maalschappen te hebben berust, in den „regel zonder optreden van een eigen orgaan voor waterstaats- „zaken. Eerst in de negentiende eeuw heeft de afscheiding „der waterschapsfunctie hier ten volle haar beslag gekregen” (blz. 14).

In dit verband bespreekt de schrijver het uiterst belangrijke vraagstuk der oorspronkelijke markenorganisatie in Holland. Hij wijst op verschillende sporen van markeverhoudingen aldaar op de geest- en de hogere kleigronden (1).

„Is dit voldoende”, vraagt hij op blz. 18, „om de bedoelde „ambachten — let wel we zijn nog steeds in de duinstreek „en in de latere middeleeuwen — niet slechts als waterschap- „pen, maar ook als markgenootschappen aan te merken? Men „kan op deze vraag bevestigend antwoorden, doch eraan toe- „voegen, dat deze functie van het ambachtsbestuur als mark- „bestuur op zijn waterstaatstaak, zijn hoofdtaak, destijds „weinig invloed (meer) had.

„In de waterschapsfunctie leven de oude „marke”-ambachten „en de ambachten, die uit jonge veenontginningen zijn ont- „staan en nooit marke-verhoudingen of vroeg-middeleeuwsche „hoforganisaties hebben gekend, naar één gemeen recht: het „waterschapsrecht. De markefunctie slaapt, waar ze bestond, „van de vijftiende eeuw af zoetjes in, zonder dat de betrokken „ambachten of hun besturen daarvan eenigen invloed onder- „gaan.”

Nadat het oude normaal type van het Nederlandsche waterschap is behandeld, bespreekt de schrijver de twee nieuwe vormen van waterschappen, welke zich naast dit oude type ontwikkeld hebben.

„De eerste groep is die der nieuwe bedijkingen. Aan de „ondernemers hiervan geeft de graaf, onder andere gunst- „bewijzen, veelal ook het recht tot instelling van een eigen „waterschapsbestuur, met meer vrijheid van inrichting en

(1) Belangrijk is in dit verband ook hetgeen op blz. 92 en 93 over „gemeen grondgebruik” in Rijnland wordt medegedeeld.

„werking dan het gemeene landrecht aan de waterschappen „van het oude land toestond” (blz. 20).

„De tweede groep met een eigen karakter is die der hoofd- „waterschappen. We verstaan hieronder waterschappen, wier „taak zich over werken van streek- of landsbelang en wier „territoir zich over dat van meerdere der oude normaal- „waterschappen uitstrekt, afgezien van den aard der verhou- „dingen, die daarbij tusschen de besturen van de hoofd- of „hooge waterschappen en de, nu „lage”, normaal-waterschap- „pen zijn ontstaan.

„Van bijna alle hoofdwaterschappen in Nederland is de „instelling nog na te gaan, daar deze steeds in de latere „Middeleeuwen of in den nieuweren tijd blijkt te vallen. Voor „het meerendeel dateert de oprichting uit de 13e en 14e eeuw; „voor nog een aantal uit de 15e, voor zeer enkelen uit de „16e en 17e eeuwen” (blz. 21).

Deze goed gefundeerde indeeling onzer waterschappen in drie groepen is van veel belang en zal in het algemeen de bestudeering van waterschapsrechtelijke verhoudingen vergemakkelijken.

Een ander punt eveneens van algemeen belang is de uiteenzetting van het feit, dat de dijkgraaf rechter in Germaanschen zin is, d. w. z. leider der waterschapsrechtspraak en executeerend orgaan. Hij is dus de uitvoerder van de beslissingen door het college van hoogheemraden genomen, maar heeft geen stem bij het tot stand komen dezer beslissingen.

Waar men — bekend met den tegenwoordigen toestand — geneigd is ook oudtijds in den dijkgraaf niet alleen de leider en uitvoerder, maar tevens een lid van het waterschapsbestuur te zien, is het van veel belang, dat er de nadruk op gelegd wordt, dat dit een latere wijziging is, die in Rijnland eerst in 1857 zijn beslag kreeg. Sindsdien is de dijkgraaf ook lid van het bestuur. Duidelijk wordt de vroegere positie van den dijkgraaf beschreven op blz. 176 e. v., waar tevens het verschil blijkt met den tegenwoordigen toestand:

De dijkgraaf is „de landsheerlijke officier van justitie bij „het hoogheemraadschap” (blz. 176). „Zijn positie is als die „van den schout in het stadsbestuur. Gelijk deze geniet ook „de dijkgraaf als vertegenwoordiger van den landsheer eers- „halve den voorrang bij elk officieel optreden der instelling „naar buiten; maar inwendig ziet hij zich tot het vervullen „van zijn rol in de rechtspraak, de wetgeving en de politiezorg „bepaald; met het bestuur, sedert de zestiende eeuw de be- „langrijkste taak van het college, heeft de dijkgraaf niet van „doen” (blz. 177).

Voor juristen is in het bijzonder van belang hetgeen de schrijver op blz. 58 e. v. meedeelt over de rechtspraak van

het Hoogheemraadschap. Daarbij wordt ook het juridisch karakter van de schouw behandeld:

„De schouw is in oorsprong een ommevande rechtbank; „zij wordt onder rechterlijke vormen gehouden. De dijkgraaf is „eischer en vraagt op elk vak van het te schouwen banwerk, „of het aan de gestelde voorschriften voldoet; heemraden „wijzen terstond vonnis, daar de feiten voor hun oogen zijn „en verder onderzoek overbodig is” (blz. 59). Later ontstond de gewoonte de eigenlijke rechte dag na de schouw te houden, waardoor de schouw zelf tot een inspectie werd.

Na den gewonen rechtsgang voor dijkgraaf en hoogheemraden besproken te hebben, wijst de schrijver op de belangrijke plaats, die de arbitrage ook hier innam. Hij geeft talrijke voorbeelden, waarin aan hoogheemraden wordt „gebleven”. Zelfs in zaken van niet waterstaatsrechtelijken aard kwam dit voor. De reden hiervan was, dat de hoogheemraden beschikten over een zeer effectieve wijze van tenuitvoerleggen hunner uitspraken, de executie naar dijkrecht, „tweeschat an „gelde, vierschat an pande”. In dit verband wijst Dr. FOCKEMA ANDRÉE er zeer terecht op, dat in de Middeleeuwen „het zich „verwillekeuren voor publieke lichamen met krachtige executoriale bevoegdheid een algemeen gebruik was; het geschiedde b.v. te Utrecht evenzeer voor den stadsraad als „alom voor de geestelijke rechters, de officialen”, en men zou er aan toe kunnen voegen: bovenal voor de landsheerlijke Raden (blz. 64).

Bij de bespreking van de bevoegdheid tot het geven van keuren wordt de vraag gesteld: „Zou . . . deze wetgeving bij „gebreke van een titel een onrechtmatige, aangemattigde „functie zijn geweest?” (blz. 68). De schrijver beantwoordt deze vraag ontkennend, doch zonder het voornaamste argument duidelijk te noemen. Hij had er met nadruk op moeten wijzen, dat de keurbevoegdheid voortvloeit uit de rechtspraak en zich automatisch evenver uitstrekt als deze laatste.

Immers een keur is in wezen niets anders dan een vonnis met algemeene strekking. Een bewijsplaats hiervoor geeft de schrijver zelf op blz. 68, waar men leest: „De oudste ons „overgeleverde keur, in den vorm van een vonnis van heemraden, is van het jaar 1310”.

Het is historisch niet juist een scherp onderscheid te maken tusschen rechtspraak en keurbevoegdheid, temeer daar ook aan het geven van een keur een concreet geschil ten grondslag kan liggen, zooals de schrijver op blz. 68 aantoonst.

Een gevolg van het feit, dat de schrijver zich de oorspronkelijke eenheid van rechtspraak en wetgeving niet voldoende voor oogen heeft gehouden, is de onjuiste uitspraak op blz. 98. Bij de bespreking van het rechterlijke orgaan der lokale nor-

maal-waterschappen, schout en heemraden der ambachten, leest men: „Keurbevoegdheid hebben schout en heemraden in „het algemeen niet; zij kan hun voor bepaalde gevallen door „het hoogheemraadschap verleend worden”. In werkelijkheid hebben echter schout en heemraden wetgevende bevoegdheid op het geheele terrein, waarover hun rechtspraak zich uitstrekt. Of deze wetgevende bevoegdheid zich uit in den vorm van vonnissen met algemeene strekking of anderszins, maakt geen verschil, immers de schrijver heeft er zelf op gewezen, dat een keur den vorm van een vonnis kan hebben. Het hoogheemraadschap behoeft aan het locale waterschapsbestuur slechts uitdrukkelijk keurbevoegdheid te verleenen in zaken, die buiten het terrein van de locale waterschapsrechtspraak vallen, bijv. om op een feit een hogere boete te mogen stellen, dan het locale bestuur mag opleggen.

Dezelfde onjuistheid treft men nogmaals aan op blz. 341: „Eigen wetgeving, autonomie, heeft het Rijnlandsche ambacht niet; . . .” In plaats hiervan had de schrijver moeten zeggen: uit den aard der zaak strekt de wetgevende bevoegdheid van het ambacht zich evenver uit als zijn rechtspraak.

Op blz. 96 leest men: „De schout is ook in het waterschap „naar oude opvatting de rechter, later de rechtsvorderaar, „de leider en het openbaar ministerie, gelijk de dijkgraaf in „het hoogheemraadschap”. Het woord „later” is hier fout; schrapt men dit, dan is de uitspraak zeer juist en vermoedelijk is zij door den schrijver ook zoo bedoeld.

Op blz. 119 spreekt de schrijver over 's Graven „opperrechterschap”, zonder hierbij duidelijk onderscheid te maken tusschen zijn opperrechterschap in Germaanschen zin, den oorsprong van 's Graven positie, en zijn opperrechterschap in modernen zin, zooals de Graaf dat in de Middeleeuwen geleidelijk verworven heeft.

's Graven opperrechterschap in den ouden zin is van denzelfden aard als de functie van den dijkgraaf, die rechtsvorderaar is, maar geen deel heeft aan de beslissing. Waar de schrijver op blz. 120 vragenderwijze veronderstelt, dat de Graaf bij de hoofdwaterschappen „in den oudsten tijd mis- „schien zelf als dijkgraaf heeft gefungeerd”, vat hij dus 's Graven opperrechterschap in den ouden zin op. Wanneer hij daarentegen op blz. 119 betoogt, dat de Graaf krachtens zijn opperrechterschap o. a. „nieuw recht schept” moet men dit rechterschap opvatten als een rechterschap in modernen zin, want een rechter in den ouden zin heeft juist geen deel aan de rechtsvorming, nimmer schept hij recht, zulks kan alleen het gerecht doen. Evenmin kan hij „afwijkingen van het gewoonterecht toestaan” of „vonnissen in zware gevallen

bevestigen" (blz. 119). Dit past alleen in het kader van een opperrechterschap in modernen zin.

Op blz. 193 leest men: „Tot zijn eigen dienst had het college „(van Hoogheemraden) een twee- of drietal Haagsche advocaaten als vaste „consulenten” in betrekking, welke heeren „niet slechts op alle rechtsgeschillen met andere lichamen „hadden te adviseeren, maar ook bij de rechtdagen, min of „meer in de functie van pensionarissen, tegenwoordig moesten „zijn. In de tweede helft der achttiende eeuw vooral hebben „de adviezen der consulenten op de instandhouding, de stelselmatige ontwikkeling en de toepassing van het heemrecht „invloed gehad, al kon ook deze invloed niet beletten, „dat er soms vermenging van Romeinsche en oud- „Vaderlandsche beginselen viel te constateeren”.

Deze uitspraak is niet juist, immers het consulteeren van juristen werkte juist in de hand (in stede van het te beletten), dat er Romeinschrechtelijke beginselen door het inheemsche recht gemengd werden.

In hoofdstuk V wordt op uitnemende wijze aangetoond, hoe de Bataafsche revolutie op waterschapsgebied een volkomen échec heeft geleden.

De conclusie van Dr. FOCKEMA ANDREÆ over het resultaat van al hetgeen zich in de periode 1795—1803 heeft afgespeeld, luidt:

„Het principe van standen-vertegenwoordiging mocht voor „den staat en het gewest vernietigd zijn, in de hoofdwaterschappen — niet in Rijnland alleen — heeft het de omwenteling glansrijk doorstaan. „Volkskeuze en eene geregelde afwisseling” waren hoeksteen der publieke instellingen geworden en — voorloopig althans — gebleven; maar het „bestuur van het hoogheemraadschap is rehtens en feitelijk „weer in handen eener aristocratische oligarchie. Welbewust „sluit het regime van 1803 bij de in 1795 afgebroken of verzwakte tradities aan; als symbool ervan wordt de wapenkaart der bestuursleden in de vergaderzaal, die met 1795 „was geëindigd, met 1803 weer voortgezet en het compromitteerende revolutiebestuur genegeerd; de harmonie „van het ancien régime is herleeft en de vaste orde, die het „bestuur van nu af kenmerkt, vindt in de nieuwe inwendige „reglementen der organen en instructies der ambtenaren haar „uitdrukking” (blz. 252 en 253).

In dit verband zij er aan herinnerd, dat ook thans nog in het waterschapsrecht een der grondbeginselen van het ancien régime voortleeft, n.l. het geërfdenbeginsel.

Juist in een boek over waterschapsrecht moet de tegenstelling: geërfden tegenover inwoners scherp in het oog worden gehouden, omdat in een waterschap, ook thans nog, niet de

daar wonende individuen invloed op het bestuur hebben, maar de eigenaars van een grondbezit aldaar van bepaalde grootte, ook al zijn zij buiten het waterschap gevestigd.

Naar aanleiding van het bovenstaande moet ik wijzen op een onnauwkeurigheid, die men op blz. 10 aantreft. Daar wordt gesproken van „de Friesche gewesten, waar de grafelijke macht nog vóór den uitgroei der landsheerlijkheid ten „val is gekomen en een volksregeering heerschte”. In plaats van „een volksregeering” moet men hier lezen „een geërfdenregeering”. Een volksregeering toch wil zeggen een regeering van individuen als zoodanig, terwijl oudtijds ook in Friesland slechts die personen medezeggenschap in het landsbestuur hadden, die geërfd waren.

In de waterschappen komt eveneens tot uiting het nut van een sterke continuïteit „door politieke tweedracht nauwelijks „beroerd” (blz. 120), hetgeen ook thans nog van vele waterschappen gezegd kan worden.

Zeër verdienstelijk is de wijze, waarop de schrijver voortdurend aantoont, hoe zich in de ontwikkeling van Rijnlands bestuursorganisatie het beeld afteekent van 's lands geschiedenis. Daardoor verkrijgen deze plaatselijke beschouwingen algemeene historische waarde.

J. PH. DE MONTÉ VERLOREN

INHOUD VAN BINNEN- EN BUITENLANDSCHE RECHTSGELEERDE TIJDSCHRIFTEN

Nederlandsch Juristenblad, 9e jaargang, no. 33. — v. d. Pot, Revolutionaire vertegenwoordigers in openbare lichamen; no. 34. — LEENDERTZ, Handhaving der orde op strafzittingen; no. 35. — IDEMA, Nieuwe banen in de Indische rechterlijke organisatie in het burgerlijk procesrecht; no. 36. — LANGEMEYER, Onrechtmatige daad en concurrentiestrijd; no. 37. — KAN, Verplichte verzekering tegen schade aan derden in de luchtvaart (I); no. 38. — KAN, Verplichte verzekering tegen schade aan derden in de luchtvaart (slot). — ROSENDAHL-HUBER, Zijn de gemeentebesturen bevoegd parkeergeld te heffen? no. 39. — v. NISPEN TOT SEVENAER, De strijd om en de grenzen van het natuurrecht (I); no. 40. — v. NISPEN TOT SEVENAER, De strijd om en de grenzen van het natuurrecht (II, slot); no. 41. — v. OVEN, Bezitsverkrjiging door derden (I). — KAMPSCHREUR, Overgang van persoonlijke rechten bij rechtsopvolging onder bijzonderen titel (I); no. 42. — v. OVEN, Bezitsverkrjiging door derden. — GOMBAULT, Individu en (of) gemeenschap geen tegenstelling doch een harmonische eenheid; no. 43. — OVERWATER, Unus judex of meervoudige kamer in burgerlijke kinderzaken. — GOMBAULT, Individu en (of) gemeenschap geen tegenstelling doch een harmonische eenheid (I); no. 44. — OVERWATER, Unus judex of meervoudige kamer in burgerlijke kinderzaken (II, slot). — JANSONIUS, Heffing van parkeergelden; no. 45. — v. OVEN, Geldverduistering, Ius constituendum (I); no. 46. — v. OVEN, Geldverduistering, Ius constituendum (II, slot).

Weekblad van het Recht, jaargang 1934, no. 12804. — DORHOUT MEES, De taak van den strafrechter; no. 12810. — VEEGENS, Samenloop van strafbaar feit en tuchtrechtelijke overtreding bij de toepassing der Landbouw-Crisiswet; no. 12816. — VERZIJL, Volkenbond en Internationale Arbeidsorganisatie; no. 12828. — VERZIJL, Wapenembargo en Volkenbondspact.

Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie, jaargang 65, no. 3378. — v. HELLENBERG HUBAR, Het afbetaalingscontract en het ontwerp tot regeling daarvan (slot); no. 3379. — DE BENEDICTY, Evolutie van „autonome” naar

„heteronome” overeenkomst (I). — v. NISPEN TOT SEVENAER, De oorzaak der overeenkomst; no. 3380. — DE BENEDITTY, Evolutie van „autonome” tot „heteronome” overeenkomst (slot). — COEBERGH, Verbintenis of schenking? (art. 1, lid 2, 1e zin i. f. j^o, art. 80, 15^o Succ.wet); no. 3381. — ADRIANI, Belastingsschuld — aangifte — aanslag — ontheffing (I). — ADRIANI, Het vijftigjarig bestaan van de Vereeniging voor Kadaster en Landmeetkunde; no. 3382. — ADRIANI, Belastingsschuld — aangifte — aanslag — ontheffing (slot); no. 3383. — v. GORKUM, De overgang van de rechten van den crediteur op den borg, die betaald heeft (I); no. 3384. — v. GORKUM, De overgang van de rechten van den crediteur op den borg, die betaald heeft; no. 3385. — v. OVEN, De oorzaak der overeenkomst (I); no. 3386. — v. OVEN, De oorzaak der overeenkomst (II); no. 3387. — v. OVEN, De oorzaak der overeenkomst (III). — GEERLING, Een vraag van huwelijksgoederenrecht betreffende staatloozen; no. 3388. — v. OVEN, De oorzaak der overeenkomst (IV); no. 3389. — v. OVEN, De oorzaak der overeenkomst (slot); no. 3390. — DRIELSMA, De fiscale rechtspraak ten aanzien van bedingen omtrent bewijs in huwelijksvoorwaarden; no. 3391. — Mej. Mr. E. SCHELTEMA, De beteekenis van het internationale en vergelijkende recht voor de practijk van het notariaat (I). — J., De toepassing van de Wet op de Belasting van de Doodse Hand 1934 (m. o. v. P. J. A. A.); no. 3392. — Mej. Mr. E. SCHELTEMA, De beteekenis van het internationale en vergelijkende recht voor de practijk van het notariaat (slot).

Indisch Tijdschrift van het Recht, deel 140, afl. 2. — GUYT, Kerapatan-adat. — DUURSMA, De invloed van overstroming, grondverzakking en aardverschuiving op het adat-grondenrecht in de onderafdeelingen Solok, Alahan Pandjang en Moeara Laboeh. — TER HAAR, Inheemsche verhandelingen over Minangkabausch adatrecht. — DUURSMA, Een bijzondere wijze van grondoverdracht in Minangkabau; afl. 3. — ZEYLEMAKER, Hervorming van het burgerlijk procesrecht (I). — RODENBURG, Openbare rij- of voertuigen en openbaar aanbod; afl. 4. — ZEYLEMAKER, Hervorming van het burgerlijk procesrecht (II, slot). — LOGEMANN, Aanteekening over onteigening. — KNOTTEBELT, Woonrecht. — BUDDINGH DE VOOGT, Het ambtsgeheim van den notaris.

Deutsche Juristen-Zeitung, Jhrg. 39, Heft 19. — FRANK, Die Einwirkung des national-sozialistischen Ideengutes auf das deutsche Rechtsleben. — SCHAFFSTEIN, Der Begriff „Strafanspruch” und sein rechtspolitischer Gehalt. — KÜHNE, Zur Reform der Sozialversicherung. — LEHMANN, Zur Reform des Kartellrechts. — WITTLAND, Die Aenderung des preusz.

Dienststrafrechts. — KLÜBER, Die Neuregelung der Devisenbewirtschaftung. — GROTEN, Doppelwohnsitz und Saarabstimmung. — SCHUBART, Urteilszustellungen an Ausländer. — KÖSTER, Kapitalabfindungen, Siedlungskredite, Entschuldungsverfahren. — BERGMANN, Das Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften.

Jhrg. 39, Heft 20. — v. FREYTAGH-LORINGHOVEN, Die 15. Völkerbundsversammlung. — SIEBERT, Wandlung und Fortbildung des Treuhandrechts. — DIETZ, Das neue Arbeitszeitrecht. — WILHELM, Der Vollstreckungsschutz. — GÜLDE, Grundsätzliches zur Reichsstrassenverkehrsordnung. — OSWALD, Jeremias Gotthelf über Staat, Recht und Gesellschaft. — SCHUMACHER, Ohne Unvermögensbescheinigung kein Armenrecht. — ROTH, Streithilfe für Selbstverwaltungskörper durch die Aufsichtsbehörde. — DOSE, Kann ein landwirtschaftliches Entschuldungsverfahren nach dem Tode des Betriebsinhabers für seine Erben fortgeführt werden? — SCHEERER, Darf das Anerbengericht im Verfahren nach § 37, Abs. 2. Reichserbhofgesetz die Veräusserung von Grundstücken eines Erbhofes genehmigen, der sich im landwirtschaftlichen Entschuldungsverfahren befindet? — KRÖGER, Die abgetretene Forderung als Kommanditisteneinlage. — LUFFT, Stärkere Pflege der rechtswissenschaftlichen Forschung in England.

Jhrg. 39, Heft 21. — LANGE, Entscheidung und Ausgleich im bürgerlichen Rechte. — KLEE, Zum kommenden deutschen Strafrecht. — REINHART, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. — JONAS, Die Aenderungen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung. — ADAM, Die Strafbestimmung im Gesetz zur Regelung des Arbeitseinsatzes. — v. STAUFFENBERG, Die Zuständigkeit des Ständigen Internationalen Gerichtshofs für die sogenannten politischen Streitigkeiten. — BAUER, Steuererleichterungen bei der Umwandlung und Auflösung von Kapitalgesellschaften. — WALD, Das Verhältnis von § 450, Abs. 2 zu §§ 283, Abs. 529, Abs. 2. 3 Z. P. O. — HEYCK, Der deutsche Flugstützpunkt D. „Westfalen“.

Jhrg. 39, Heft 22. — RITTERBUSCH, Rechtswissenschaft und Politik. — BLÜMICH, Das neue Einkommensteuergesetz. — ZÜLOW, Das neue Körperschaftssteuergesetz. — WALSMANN, Anordnung bestimmten Verhaltens in Unterlassungsurteilen. — MEYER, Gutsüberlassungsvertrag und Erbhofrecht. — CLAREN, Gerichtsherren und Gerichte. — SCHUMACHER, Die Neuregelung des Befreiungsverfahrens vom Ehehindernis des Ehebruchs. — FROMM, Behalten Schiedsklauseln in Satzungen ihre Rechtswirksamkeit. — HENNEBERG, Ersatzansprüche bei Verfolgung von Verbrechern. — REICHARD, Geojurisprudenz.

Jhrg. 39, Heft 23. — HEYMANN, Selbständigkeit des Handels-

rechts und Lehrbetrieb. — SCHWISTER, Gesetz und Richteramt. — HÜBSCHMANN, Das neue Umsatzsteuergesetz. — ZIMMERL, Der politische Ueberzeugungsverbrecher im neuen Staat. — WIEACKER, Zum Wandel der Eigentumsverfassung. — HASSELBLATT, Der Völkerbund und die deutschen Schulpetitionen aus Polen. — ARNOLD, Wie ist die Verbindung der Dollarklausel mit der Goldmark oder Reichsmark in Schuldverschreibungen zu verstehen? — FORTLAGE, Auslegung des § 20, Abs. 2 des Jugendgerichtsgesetzes.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Band 100, Heft 2/3. — MÜLLER, Treuhandvergleich und Konkurs. — SCHWEIGHÄUSER, Das Prozeszführungsrecht des Haftpflichtversicherers. — GROSCHEFF, Die Löschung im Handelsregister. — WERNEBURG, Die Provisionsforderungen mehrerer Mitmäckler. — REINHARD Freiherr von GODIN, Die erfolgte Kapitalherabsetzung. — VON MILLER, Zur Aktienrechtsreform.

Band 100, Heft 4. — GIERKE, Reform des deutschen Firmenrechts.

Zeitschrift für öffentliches Recht, Band 14, Heft 4. — LOEWENSTEIN, Eine Verfassung im Mikroskop (Staatsrechtliche Betrachtungen zu den Verfassungswirren in Andorra). — KIRCHHEIMER, Zur Geschichte des Obersten Gerichtshofes der Vereinigten Staaten von Amerika. — STEFAN v. SZASZY, Die parlamentarische Mitwirkung beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge. — SVORODA, Völkerrecht bricht Landesrecht.

Revue trimestrielle de Droit civil, 33e année, no. 3. — STOJANOVICI et BARASCH, Chose jugée et état civil. — SAVATIER, Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats.

Revue critique de Législation et de Jurisprudence, 74e année, nos. 7-8-9-10. — SAVATIER, Règles générales de la responsabilité civile. — PLASSARD, De l'intervention des groupements professionnels en cause d'appel. — DE LA PRADELLE, La notion de service public.

Revue de Droit pénal et de Criminologie, 14e année, nos. 8-9-10. — TERMICOURT, L'article 30 de la Charte coloniale. — VAN ELEWELJCK, L'éclairage public de la ville de Gand sous Marie Thérèse.

14e année, no. 11. — DESTESCHE, Magistrats d'autrefois.

Revue de Droit international et de Législation comparée, 1934, no. 3. — RUNDSTEIN, Le caractère juridique des différends internationaux. — GENET, Notes sur l'acquisition par occupa-

tion et le droit des gens traditionnel (suite et fin). — MUULS, Le traité international et la Constitution belge. — MERIGGI, Considérations sur le problème des sources du droit des gens. — SILZ, Le droit pénal international d'après les nouveaux codes polonais (suite et fin). — PAPASIAN, Le mariage religieux des différents cultes et le mariage civil en Turquie (suite et fin).

Yale Law Journal, November 1934, no. 1. — MORRISON, The Constitutionality of the Ship Mortgage Act of 1920. — PHILLIPS, A. Lawyer's Approach to commercial Arbitration. — NUSSBAUM, Comparative and International Aspects of American Gold Clause Abrogation. — December 1934, no. 2. — WEHLE, Railroad Reorganization Under Section 77 of the Bankruptcy Act; New Legislation suggested. — ROBINSON, Law - An unscientific Science. — PLOSCOWE, The Career of Judges and Prosecutors in Continental Countries.

Rivista internazionale di Filosofia del Diritto, Anno XIV, fascicolo VI. — MOÓR, Creazione e applicazione del diritto. — DEKOFF, Norma giuridica e volontà privata. — PERTICONE, Regime politico e ordinamento giuridico (I). — DEL VECCHIO, Etica, diritto e Stato.

THE HISTORY OF

THE CITY OF BOSTON
FROM THE FIRST SETTLEMENT
TO THE PRESENT TIME
IN TWO VOLUMES
BY NATHANIEL PHILLIPS

LONDON: PRINTED BY J. JOHNSON, ST. PAULS CHURCH-YARD.
1846.

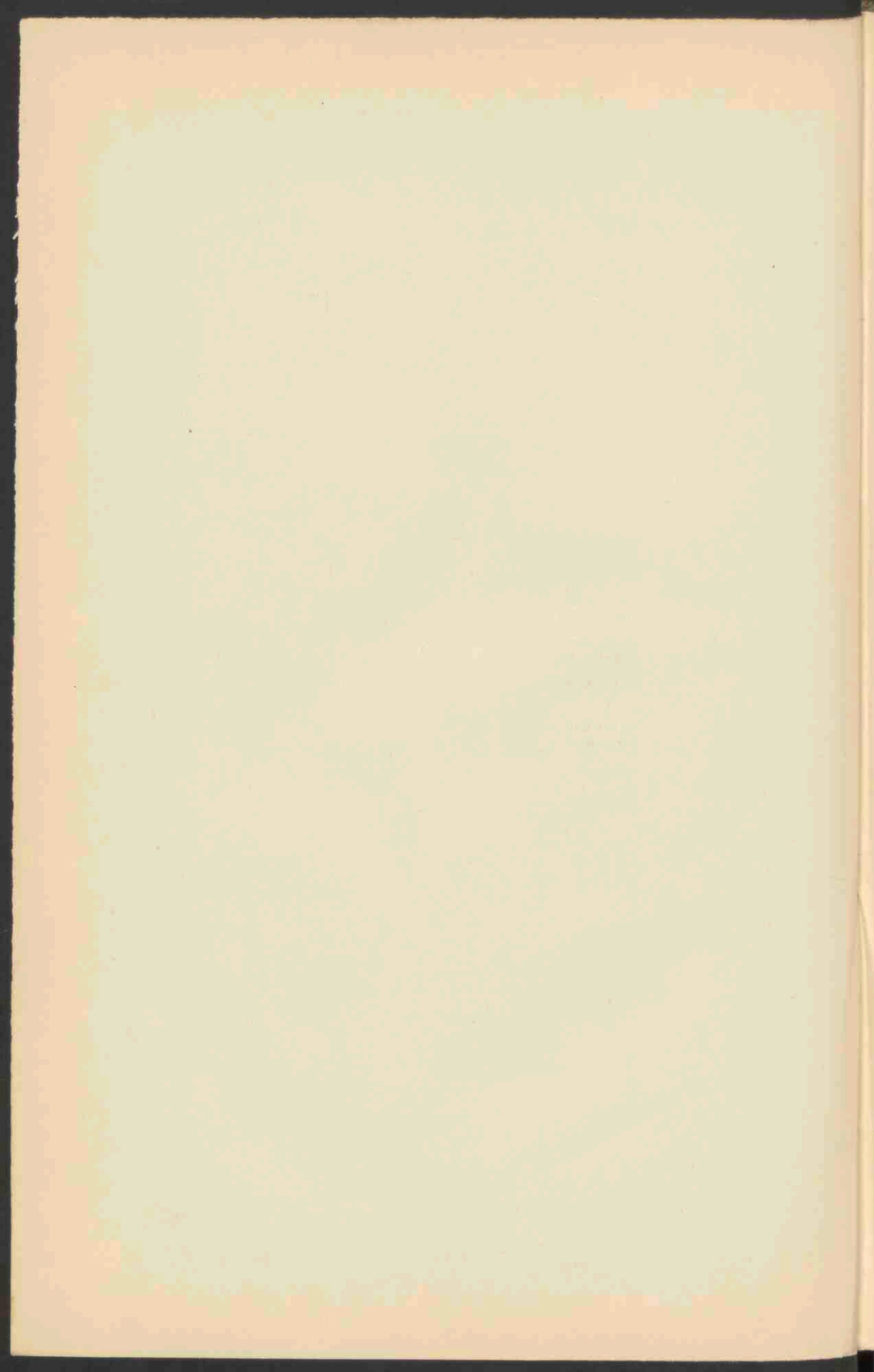
THE HISTORY OF THE CITY OF BOSTON, FROM THE FIRST SETTLEMENT TO THE PRESENT TIME, IN TWO VOLUMES. BY NATHANIEL PHILLIPS. LONDON: PRINTED BY J. JOHNSON, ST. PAULS CHURCH-YARD. 1846.

THE HISTORY OF THE CITY OF BOSTON, FROM THE FIRST SETTLEMENT TO THE PRESENT TIME, IN TWO VOLUMES. BY NATHANIEL PHILLIPS. LONDON: PRINTED BY J. JOHNSON, ST. PAULS CHURCH-YARD. 1846.

THE HISTORY OF THE CITY OF BOSTON, FROM THE FIRST SETTLEMENT TO THE PRESENT TIME, IN TWO VOLUMES. BY NATHANIEL PHILLIPS. LONDON: PRINTED BY J. JOHNSON, ST. PAULS CHURCH-YARD. 1846.

THE HISTORY OF THE CITY OF BOSTON, FROM THE FIRST SETTLEMENT TO THE PRESENT TIME, IN TWO VOLUMES. BY NATHANIEL PHILLIPS. LONDON: PRINTED BY J. JOHNSON, ST. PAULS CHURCH-YARD. 1846.

THE HISTORY OF THE CITY OF BOSTON, FROM THE FIRST SETTLEMENT TO THE PRESENT TIME, IN TWO VOLUMES. BY NATHANIEL PHILLIPS. LONDON: PRINTED BY J. JOHNSON, ST. PAULS CHURCH-YARD. 1846.



THEMIS

XCVIste DEEL — TWEEDE STUK

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

Onze krankzinnigenwet **(De novelle van 1929)**

I

INLEIDING

Ook al ontbreekt aan de novelle van 1929 het karakter van eene principieele wijziging van onze krankzinnigenwet van 1884, toch mag zij geacht worden voor het krankzinnigenwezen hier te lande van beteekenis te zijn. Met het tweeledig karakter der vereischte regeling had de wetgever ook thans rekening te houden: eenerzijds het verhoogen van de waarborgen tegen ongerechtvaardigde — d. w. z. niet voldoende gemotiveerde — interneering in een krankzinnigengesticht en niet voldoende gemotiveerd verblijf aldaar; anderzijds de behartiging van de medische belangen, in dien zin, dat de geesteszieke worde gebracht daàr waar zulks met het oog op zijn toestand geraden is en deze overbrenging niet onnoodig worde bemoeilijkt of — wat vaak een dringende eisch is — niet onnoodig worde vertraagd. Met dit tweeledig karakter had de wetgever rekening te

houden en daaraan heeft hij naar mijn oordeel ook inderdaad alle recht doen wedervaren.

Op *dit* karakter moge te dezer plaatse terstond de nadruk worden gelegd. En daarbij moge schrijver dezer regelen 't uitspreken, dat hij — bij het letten op de beide kanten van het vraagstuk hetwelk voortdurend hem bezig hield en zijne aandacht boeide — niet zoozeer aanwezig ziet een strijd van belangen, waartusschen een compromis moet worden gesloten (1), als wel twee belangen naast elkaar, welke beiden op volledige behartiging aanspraak maken en ook daadwerkelijk tot hun recht *kunnen* komen. Vooreerst de grootst mogelijke zekerheid, dat aan den niet-krankzinnige het leed van eene interneering in een krankzinnigengesticht worde bespaard en aan hem, die aldaar niet thuis behoort, volledig recht worde gedaan (2). *Daarnaast* de aanspraken der geesteszieken op eene zoo deugdelijk mogelijke medische behandeling, opdat de zegen van de resultaten der steeds voortschrijdende wetenschap ook hun deelachtig worde. En wanneer in de volgende bladzijden meer aandacht aan het eerste dan aan het tweede punt zal worden gewijd, dan is zulks geenszins uit mindere waardeering voor de psychiatrische zijde van het onderwerp, maar alleen omdat ondergetee-

(1) Zie o. a. de uitlating van Minister KAN in de Tweede Kamer op 20 November 1928 — bij de beraadslaging over het vijfde hoofdstuk der begroting — over den strijd op dit terrein tusschen medici en juristen, waarbij de eene partij 't opneemt voor de medici, de andere voor de juristen (Handelingen 1928—1929, blz. 498). De bij deze gelegenheid over de krankzinnigenwet gehouden gedachtenwisseling bevat motieven, welke straks, bij de debatten over het ontwerp-novelle, nader zouden worden uitgewerkt.

(2) Bij de beraadslagingen in de Tweede Kamer werd door den heer VAN DER HEIDE, die het debat opende, op deze zijde van het vraagstuk de nadruk gelegd en in dit verband de wijziging der wet urgent genoemd; Handelingen 1928—1929 (blz. 2123 en 2124 vergadering van 1 Mei 1929).

kende zich op *dit* terrein minder thuis gevoelt en voorts omdat het *eerste* punt ook nog onlangs in de dagbladers werd besproken, en voorlichting van de publieke opinie door hem, die wil bijdragen tot een juist inzicht in ons krankzinnigenwezen en veel waarde hecht aan het algemeene vertrouwen op dit gebied, zeer zeker op hare plaats is.

II

WAARBORGEN VOOR DE PERSOONLIJKE VRIJHEID

Wij hebben achtereenvolgens stil te staan bij de inbewaringstelling (art. 14 der wet), de rechterlijke machtiging tot plaatsing in een krankzinnigengesticht (artt. 16 en 17) en het verzoek tot ontslag uit het gesticht (art. 29). Zóó komen wij in aanraking met de voornaamste door de wet aan de persoonlijke vrijheid geschonken waarborgen.

Ad primum. Art. 14 behandelt de inbewaringstelling, den spoedmaatregel, welke door den Burgemeester der betrokken gemeente kan worden genomen. Het karakter van *spoed*, de eisch van eene onverwijlde voorziening, is hier het essentieele element. Geene bepaalde stukken of verklaringen worden in het artikel genoemd; het spreekt slechts van de overlegging van „bescheiden, waaruit de krankzinnigheid blijkt”. Een eisch, waaraan *niet* werd voldaan in het door het Staatstoezicht op krankzinnigen en krankzinnigengestichten in het Verslag over 1930 vermeld geval, waarin de inbewaringstelling geschiedde enkel op mondeling medisch advies en hetwelk den Inspecteur van het Staatstoezicht aanleiding gaf te wijzen op de onwenschelijkheid om een dergelijken ingrijpenden maatregel louter mondeling te behandelen. Wordt eene geneeskundige verklaring

overgelegd (welke eisch stellig als regel moet worden gesteld), dan zal ook mijns inziens met eene summier diagnose als „staat van krankzinnigheid” niet kunnen worden volstaan maar zal moeten blijken van „feiten en verschijnselen, waaruit het bestaan van krankzinnigheid en het spoedeischende van het geval mag worden afgeleid” (3).

Wat de wijzigingen en aanvullingen aangaat, door de novelle in art. 14 aangebracht, vermelden wij vierderlei.

Vooreerst de verwijdering uit het artikel van de „gevangenis” als mogelijke plaats (alleen bij onvermijdelijke noodzakelijkheid) van inbewaringstelling. Deze verwijdering, volkomen rationeel en wenschelijk, behoeft geene nadere toelichting.

Van meer practisch belang is de nieuwe bepaling, dat vooraf (vóór de toepassing van den maatregel) zoo mogelijk overleg wordt gepleegd met den huisarts van den betrokkene. Met deze inschakeling van het medische element in de materie van de inbewaringstelling vereenig ik mij volkomen: de overweging, dat op deze wijze de medicus, die den patiënt en diens gezin reeds langer kent, in de gelegenheid wordt gesteld zijne meening over de inbewaringstelling te doen kennen, komt mij voor juist en afdoende te zijn (4). Ook al moet in het algemeen aan het oordeel van een op dit gebied *deskundige* (psychiater) een grooter gezag dan aan den huisarts worden toegekend (5), en ook al zou de huisarts zelf tegen zijn optreden bezwaar kunnen hebben en huiverig zijn om in de toepassing van den voor den patiënt vaak

(3) Verslag van het Staatstoezicht over 1931, blz. 95.

(4) Memorie van Antwoord, Algemeene Beschouwingen, § 1.

(5) Dr. Vos in de reeds genoemde vergadering der Tweede Kamer, t. a. p. blz. 2125, eerste kolom.

pijnlijken maatregel te worden betrokken (6), *hier*, bij de toepassing van *dezen* maatregel, waarvan de urgentie zoo sterk op den voorgrond treedt en psychiatrische voorlichting — vooral ten plattelande — vaak moeilijk zal zijn, is m. i. de huisarts de aangewezen persoon om zijne stem te doen hooren.

De derde innovatie, in art. 14 aangebracht, mag geacht worden eene heilzame beteekenis te hebben. Voorgeschreven wordt de kennisgeving door den Burgemeester van de inbewaringstelling niet alleen — zooals tot nu toe — aan den Officier van Justitie maar óók aan den Inspecteur van het Staatstoezicht, onder mededeeling van de gronden, waarop de inbewaringstelling is geschied. Dat de Inspectie, de centrale macht op het terrein van het krankzinnigenwezen, welke door haar krachtig initiatief en hare voortdurende activiteit er zooveel toe bijdraagt om ons Nederlandsch krankzinnigenwezen op hoog peil te houden, in de toepassing van den ingrijpenden maatregel terstond wordt gekend en eventueel een onderzoek kan instellen, is een stap in de goede richting. Merkwaardig is, dat bij de behandeling van de novelle in de Tweede Kamer zich stemmen deden hooren, welke in verband met de plaats, welke de *deskundigen* bij de plaatsing in een gesticht hebben in te nemen, en de taak welke zij daarbij hebben te vervullen, aandrongen op eene uitbreiding van de functie der Inspecteurs, eene uitbreiding, welke naar het oordeel van den Minister van Binnenlandsche Zaken hare bezwaren zou hebben, omdat de Inspec-

(6) „Op grond van een en ander meen ik mij overtuigd te mogen houden, dat vele huisartsen gaarne het standpunt zullen innemen, dat het in het algemeen aanbeveling verdient dat zij bij de plaatsing van een patiënt in een gesticht voor krankzinnigen niet in belangrijker mate betrokken worden dan volstrekt onvermijdelijk is”, Dr. J. H. SCHUURMANS STEKHOVEN in de bijeenkomst van het psychiatrisch-juridisch Gezelschap van 5 Mei 1923, Verslag, blz. 20.

teurs te zwaar zijn belast (7). *Hier* intusschen bij de inbewaringstelling, zal dit bezwaar zich niet zoo sterk doen gevoelen en zal dus *deze* uitbreiding hunner eventueele bemoeijingen met gerustheid kunnen worden aanvaard.

Ten slotte de termijn der inbewaringstelling. Deze is gebracht van acht dagen op drie weken (8). Met de overweging, dat de termijn van acht dagen in de practijk gebleken was te kort te zijn, zoodat verlenging door den Officier van Justitie herhaaldelijk noodig bleek, is deze verandering voldoende gemotiveerd. Bovendien zal — zooals de Memorie van Toelichting opmerkt (9) — thans eerder *binnen den termijn* (bij eene acute geestesstoornis) kunnen blijken, dat het aanvragen van eene rechterlijke machtiging tot plaatsing in een krankzinnigengesticht niet noodig is. Op deze wijze zal dus datgene kunnen worden voorkomen, wat voor den betrokkene van zulk eene beteekenis is en voor diens geheele persoonlijkheid zulke ernstige gevolgen kan hebben.

Ad secundum. Wij komen nu tot de rechterlijke machtiging tot plaatsing in een krankzinnigengesticht en ontmoeten daarbij aanstonds de door de wet geëischte geneeskundige verklaring, welke den grondslag vormt van het rechterlijk onderzoek (10) en aan eischen van deugdelijkheid en volledigheid moet voldoen. Volledig moet de rechter worden ingelicht omtrent de vragen, of de persoon in een toestand van

(7) Minister KAN, t. a. p. blz. 2130, tweede kolom, — Het aantal Inspecteurs is *thans* drie.

(8) De Officier van Justitie is bevoegd dezen termijn te verkorten of te verlengen, indien hij zulks noodzakelijk acht; art. 14, derde lid.

(9) Memorie van Toelichting, blz. 2.

(10) Zie de bijdrage van Mr. G. J. VAN BRAKEL, „Het verhoor, bedoeld in art. 17, lid 3, der krankzinnigenwet”, in W. v. h. R. no. 11295.

krankzinnigheid verkeert en of zijne verpleging in een krankzinnigengesticht „noodzakelijk of wensche-lijk” is (art. 16). In dit verband verdient aandacht het voorschrift van art. 3 sub *c* van den krachtens het nieuwe derde lid van art. 16 der wet vastgestellten Algemeenen Maatregel van Bestuur (van 17 September 1929), voorschrijvende, dat bij de vermelding in de geneeskundige verklaring van de feiten en verschijnselen, waaruit de krankzinnigheid blijkt, die, welke door den geneesheer zelven zijn waargenomen, en die, welke hem door anderen zijn medegedeeld, afzonderlijk worden vermeld. Eene uitnemende bepaling, waardoor bij den rechter elk misverstand met betrekking tot de voldoende betrouwbaarheid en objectieve zekerheid der hem verschaftte gegevens wordt voorkomen en hem de gelegenheid wordt geschonken zich te overtuigen van de juistheid van het voorgebrachte feitenmateriaal (11).

Het door den wetgever omtrent de waarborgen voor eene juiste rechterlijke beslissing ingenomen standpunt komt mij voor juist te zijn: vrijheid van den magistraat bij de beantwoording van de vraag, hoever hij zijn onderzoek (uiteraard denken wij hierbij aan de meer moeilijke, twijfelachtige gevallen) zal uitstrekken. De rechter, in deze actief optredende, niet

(11) In art. 24 der wet wordt *thans* uitdrukkelijk de overlegging van een geneeskundige verklaring vereischt voor de *verlenging* van een reeds vroeger door de Rechtbank toegestaan verblijf in een krankzinnigengesticht. Vóór onze novelle was dit vereischte reeds aangenomen in de beschikking van den Hoogen Raad van 20 Februari 1903 (W. v. h. R. no. 7885), zulks op grond van het verband tusschen de artt. 22, 23 en 24, en op grond van de overweging dat de in art. 24 genoemde geneeskundige aantekeningen slechts betreffen de omtrent den patiënt gedane *waarnemingen*, terwijl de geneeskundige verklaring, de wetenschappelijke gevolgtrekking uit die waarnemingen bevattende, tot taak heeft den rechter voor te lichten.

een „strooman” (12), niet eene decoratieve figuur, maar ook *hier* zoekende naar de waarheid en zich bewust van zijne verantwoordelijkheid in verband met de beteekenis der door hem te geven beslissing, heeft vrij en zelfstandig na te gaan inhoeverre hij na kennisneming van de geneeskundige verklaring nog meer licht noodig heeft. Vrijheid ten aanzien van de vraag, of hij nog *meer* deskundige voorlichting behoeft, en vrijheid ten aanzien van de vraag, *welke deskundige* hem de eventueel noodig geachte voorlichting zal geven.

Omtrent het eerste punt heerscht bij ons vrijwel eenstemmigheid, in dien zin dat onze wetgever *terecht* niet bepaalt, dat het hooren, op de ingediende aanvraag tot plaatsing, van een tweeden deskundige verplicht is, m. a. w. in dit opzicht geen imperatief, voor alle gevallen geldend, voorschrift heeft gegeven. Ook mijns inziens terecht. Tegenover de in het algemeen geldende overweging, dat de hier bedoelde „procedure” niet noodeloos omslachtig moet zijn en niet moet worden vertraagd, heeft de practijk ten aanzien van de onderhavige vraag niet aangetoond, dat sterkere waarborgen voor de persoonlijke vrijheid noodig zijn en dus eene meerdere omslachtigheid zou zijn geboden. Is er geen reden tot twijfel, acht de rechter eene nadere voorlichting onnoodig, dan heeft het hooren van een tweeden deskundige tot staving van de overgelegde geneeskundige verklaring geen zin. De ratio, welke de Regeering ertoe leidde den eisch, dat de verklaring zelve van twee medici afkomstig zij, te streng te achten (13), mag ook *hier* den

(12) Zie over de taak van den rechter in deze, als onafhankelijke en onpartijdige macht, in staat om de beschikking te verkrijgen over alle gegevens welke voor het nemen van eene beslissing noodig zijn: Dr. SCHUURMANS STEKHOVEN, t. a. p. Verslag blz. 14—19. „De rechter mag geen strooman zijn”.

(13) Memorie van Antwoord, Algemeene Beschouwingen, § 1.

doorslag geven: slechts indien de overgelegde geneeskundige verklaring niet overtuigend is of er overigens omtrent de wenschelijkheid van de gevraagde plaatsing twijfel bestaat, worde een tweede deskundige gehoord.

Het tweede punt, de quaestie van de keuze van de deskundigen, is voorzeker lastiger. De vraag, of ook in dit opzicht de rechter geheel vrij moet zijn, is niet zoo eenvoudig. En de voorstanders van het in de Tweede Kamer ingediende amendement, strekkende om in art. 17 — waar gesproken wordt van de voorlichting door deskundigen — in te voegen „door Ons aangewezen” (deskundigen) (14), konden voor deze beperking deugdelijke argumenten aanvoeren. Dat er waarborgen noodig zijn, „dat de rechter steeds de meest gewenschte en de meest geëigende personen zal aanwijzen”, en dat er uit dien hoofde voor eene algemeene aanwijzing van de deskundigen door de Kroon iets valt te zeggen, kan moeilijk worden ontkend. Toch zal m. i. ook *zonder de bedoelde beperking* geene vrees behoeven te bestaan voor eene minder gelukkige keuze van de deskundigen door de rechterlijke macht: waar de practijk in dit opzicht tot nu toe tot volkomen gerustheid stemt, zijn er voor de gewilde beperking van de vrijheid der rechterlijke macht, welke beperking inderdaad een *abnormaal* karakter zou hebben (15), geene dwingende motieven aanwezig. *Hierin* ligt m. i. de *cardo quaestionis*. Zou van de aanwijzing door de Kroon, de voorgestane selectie, inderdaad mogen worden verwacht een krachtiger waarborg voor de deugdelijkheid van het deskundig onderzoek, ik zou mij gewonnen geven en

(14) Amendement van den heer VAN SCHAİK c. s., in de vergadering van 2 Mei 1929 verworpen met 40 tegen 22 stemmen.

(15) Zie de opmerking van Minister DONNER in de Tweede Kamer, t. a. p. blz. 2133, eerste kolom.

aan het *tegen het amendement* aangevoerde argument, dat de aanwijzing van bepaalde deskundigen zou kunnen beteekenen eene *disqualificatie* van de niet-aangewezenen, geene overwegende beteekenis toekennen. Nu de selectie echter m. i. in beginsel niet voldoende is gerechtvaardigd en evenmin steun vindt in de lessen der ervaring, is terecht de onbeperkte vrijheid van den rechter aangenomen bij de beslissing, *welke deskundige* voor hem het noodige licht zal ontsteken.

Waar de vóórliggende quaestie mij zeer ter harte gaat, veroorloof ik mij nog eene opmerking naar aanleiding van het aangevoerde argument, dat *zonder* de voorgestelde beperking in de particuliere gestichten en instellingen elke willekeurige door den rechter aangewezen deskundige zal kunnen optreden en uiteraard bij zijne observatie van den patiënt deze zal uitstrekken tot de inrichting zelve, hetgeen zeer ongewenscht is en tot conflicten kan leiden (16). Voorzeker een ongewenschte toestand, welke echter alleen dan zou intreden, wanneer de rechter een deskundige aanwees, die minder geschikt is voor de vervulling van zijne moeilijke en kiesche taak en bij de observatie optreedt op een aanvechtbare wijze. Het komt dus ook voor dit punt er op aan, of de rechter bij de aanwijzing van den deskundige eene goede keus doet, en, zooals gezegd, mag men in dit opzicht gerust zijn. Daarom verdient de thans getroffen regeling, waarbij de rechter niet in zijne keuze beperkt wordt, m. i. de voorkeur boven de door het amendement voorgestelde, waarbij de Regeering eene algemeene aanwijzing zou geven, en voor het geval dat zij daarbij niet voldoende rekening zou houden „met de ver-

(16) Zie het slot van de rede van den heer VAN SCHAİK in de Tweede Kamer, t. a. p., blz. 2128, eerste kolom.

schillende richtingen en stroomingen" onder de deskundigen, deswege door de Volksvertegenwoordiging ter verantwoording zou kunnen worden geroepen (17).

Vrijheid dus van den rechter met betrekking tot de beide thans besproken punten! Moet deze vrijheid zich nu ook uitstrekken tot de vraag, of de patiënt zelf zal worden gehoord? Wij komen hier tot het derde lid van art. 17, waarin dit verhoor — bij de wet van 1841 verboden (18) — facultatief wordt gesteld, en wij brengen in herinnering, dat naar aanleiding van een geruchtmakend geval hetwelk in dit jaar de publieke opinie bezig hield, stemmen zijn opgegaan, welke aandrongen op het omzetten van deze bevoegdheid in eene verplichting. Wat hebben wij hieromtrent te zeggen?

Diep doordrongen van de noodzakelijkheid om met de rechten en belangen van het individu *ook in deze materie* ten volle rekening te houden en de plaatsing in het krankzinnigengesticht te omringen met alle waarborgen voor de eerbiediging van de persoonlijke vrijheid, heb ik deze vraag ernstig overwogen. Het is alleszins verklaarbaar, dat men het verhoor van hem, op wien de bedoelde maatregel tegen zijn wil en ondanks zijn verzet dreigt te worden toegepast, noodzakelijk acht, m. a. w. den rechter daarover niet wil laten beslissen alvorens deze den betrokkene heeft gezien en gehoord. Toch zou ik

(17) „Ik ben er van overtuigd, dat de Regeering, haar aanwijzingen doende, rekening zal houden met de verschillende richtingen en stroomingen. In ieder geval, wanneer de Regeering dat doet, doet zij dat onder verantwoordelijkheid aan de Volksvertegenwoordiging en kunnen wij haar hier voor haar keuze ter verantwoording roepen, terwijl als de rechterlijke macht dat doet, wij er niets aan kunnen doen en men zich iedere aanwijzing zal moeten laten welgevalven" (de heer VAN SCHAİK, t. a. p. blz. 2133).

(18) Art. 16, slot, der wet van 29 Mei 1841, „De krankzinnige persoon kan nimmer worden gehoord”.

persoonlijk van oordeel zijn, dat eenerzijds aan een dergelijk verplicht verhoor bezwaren kunnen zijn verbonden, anderzijds, dat — ook hier weder naar wat de ervaring leert — aan den rechter met gerustheid mag worden overgelaten de beantwoording van de vraag, of het verhoor wenschelijk is. Hij overwege, of daartoe termen zijn en of het eventueele verhoor aan de juistheid (deugdelijkheid) van de door hem te nemen beslissing zal ten goede komen (19).

Ad tertium. Het laatste te behandelen punt betreft de bij de novelle in art. 29 aan den verpleegde zelven gegeven bevoegdheid om aan het bestuur van het gesticht zijn ontslag te verzoeken. Van eene eigenlijke bespreking van dit novum meen ik mij te mogen onthouden, waar ik reeds vroeger in dit tijdschrift voor dit „klaagrecht” eene lans mocht breken en mijne stem mocht voegen bij de talrijke in den lande, welke op de bedoelde bevoegdheid als een eisch van recht en menscheijkheid hadden aangedrongen (20). Dat ook de Regeering ten aanzien van dit punt in onze wet van 1884 eene leemte aanwezig zag, welke dringend op aanvulling wachtte, blijkt uit het feit, dat zij in hare Memorie van Toelichting op het ontwerp-novelle reeds bij de Algemeene Beschouwing wees op het nieuwe in art. 29 vervatte voorstel. En dat dit voorstel in de Tweede Kamer algemeene instemming vond en er ook van medische zijde werd gewezen op de groote principieele beteekenis van de voorgestelde aanvulling „waardoor een recht gegeven werd aan

(19) Bij eene voorgenomen overbrenging van een preventief-gedetineerde (gedurende het gerechtelijk vooronderzoek) naar eene inrichting tot onderzoek van zijne geestvermogens moet ex art. 197 W. v. Sv. de verdachte worden gehoord (of opgeroepen). *Hier* zijn voor een dergelijk imperatief voorschrift alle termen aanwezig.

(20) „Onze krankzinnigenwet en de persoonlijke vrijheid”, Themis, 1928, op blz. 136 vlg.

een zieke die tot dusver volkomen rechteloos was" (21), stemt tot vreugde.

Ook de uitwerking van het nieuwe beginsel, de loop der „procedure" na indiening van het verzoek om ontslag, mag m.i. eene gelukkige worden genoemd. Ik meen te dien opzichte naar de betrekkelijke voorschriften van het artikel te mogen verwijzen en zou alleen nog willen aanteekenen: 1°. dat bij een door de Rechtbank bevolen onderzoek aan de benoemde deskundigen gelegenheid wordt gegeven tot observatie, welke ook buiten het gesticht kan plaats hebben; 2°. dat zoowel het bestuur van het gesticht als de Officier van Justitie (die, indien het ontslag door het bestuur *niet* verleend wordt, de beslissing der rechtbank vraagt) een ingediend verzoek buiten behandeling kunnen laten in de speciaal in het artikel genoemde gevallen, eene bepaling welke noodzakelijk was om het gevaar te keeren, dat — zooals de M. v. T. 't uitdrukt — „een quaeruleerend verpleegde, zijne bevoegdheid tot het vragen van ontslag kennde, het gestichtsbestuur met verzoekschriften zou overstelpen".

Door deze wettelijke regeling is eene volkomen bevredigende voorziening getroffen, waardoor aan de rechteloosheid van den verpleegde, die tegen zijne interneering in opstand komt, een einde wordt gemaakt, aan dezen gegeven wordt datgene, wat hij in redelijkheid kan verlangen, en de gelegenheid wordt geopend om in die gevallen, welke de publieke opinie beroeren, aan deze de overtuiging te schenken, dat

(21) Dr. Vos, t. a. p. blz. 2126, eerste kolom. In gelijken zin Dr. TH. VAN SCHELVEN aan het slot van zijn belangrijk opstel „de Krankzinnigenwet" in W. v. h. R. no. 11943: „De geestelijk abnormale mag niet rechteloos zijn".

ook op dit gebied *recht* te krijgen is, en haar zooveel mogelijk te bevredigen.

Volledigheishalve willen wij nu nog bij twee in 1929 aangebrachte wijzigingen de aandacht bepalen, omdat zij — zij 't minder dan de drie behandelde hoofdpunten — in verband staan met de plaatsing in het gesticht en het verblijf aldaar.

De eerste wijziging betreft het oogenblik waarop — na de door den Kantonrechter of den President der Rechtbank verleende machtiging tot plaatsing — de Rechtbank in de zaak wordt gekend. De termijn van vier weken (na de machtiging) is verlengd tot zes maanden; art. 22. Zóó zal — naar de door de Regeering bij deze wijziging gegeven toelichting — voor vele verpleegden de tusschenkomst der Rechtbank kunnen vervallen, omdat zij reeds vóór de zes maanden het gesticht hebben verlaten, zoodat de Rechtbank „des te meer aandacht zal kunnen wijden aan de overblijvende gevallen”.

De tweede wijziging — of liever: aanvulling — betreft de thans in art. 30 geopende mogelijkheid, dat de Officier van Justitie zich tot de Rechtbank wende en aan deze eene beslissing vrage niet alleen indien hij het ontslag wenschelijk acht maar reeds wanneer hij *twijfelt*, of de verpleegde wel langer geïnterneerd behoort te blijven (welke bevoegdheid eene *verplichting* wordt indien de Inspecteur van het Staatstoezicht hem verzoekt zich tot de Rechtbank te wenden en hare beslissing te vragen). Deze bepaling toont ons nogmaals, hoe onze wetgever voor dergelijke twijfelgevallen een open oog heeft en alles doet om te bevorderen dat, als daartoe termen zijn, de beslissing der Rechtbank worde ingeroepen en eventueel de interneering worde beëindigd.

DE „AANGEWEZEN INRICHTINGEN” — HET BRANDMERK DER
KRANKZINNIGHEID — NAZORG

Het was aan het einde van de bijeenkomst van het psychiatrisch-juridisch Gezelschap van 5 Mei 1923, gewijd aan de behandeling van het onderwerp „de toepassing der krankzinnigenwet ten aanzien van de plaatsing in een krankzinnigengesticht”, dat de voorzitter Prof. SIMONS een woord sprak, hetwelk niet naliet op de aanwezigen grooten indruk te maken en ook bij ondergeteekende in sterke herinnering is gebleven. Een woord van „groote droefheid” over het feit, dat bij de in de bijeenkomst gehouden discussie gesproken was over het brandmerk der krankzinnigheid. Wel is waar had de inleider, Dr. SCHUURMANS STEKHOVEN (Inspecteur van het Staatstoezicht), in zijne repliek het woord „brandmerk” niet gebezigd, — hij had betoogd, dat men met den stempel van krankzinnigheid voorzichtig moet omgaan, had het feit geconstateerd, dat het in een krankzinnigengesticht verpleegd zijn eene min of meer ernstige belemmering is op den verderen levensweg, en in verband hiermede het verschil tusschen het verblijf in een krankzinnigengesticht en het verblijf in eene zenuwinrichting sterk geaccentueerd. Maar, al was dan het woord „brandmerk” niet gebezigd, de voorzitter mocht toch wijzen op de ernstige beteekenis van de bedoelde uitlatingen en in dien gedachten-gang spreken van de dringende noodzakelijkheid om de gewezen krankzinnigen van dit brandmerk te bevrijden, en de psychiaters oproepen om ’t luide te verkondigen, „dat krankzinnigheid eene ziekte is als elke andere en dat verpleegd worden in een krank-

zinnigengesticht niet anders is dan verpleegd worden in eenig ander ziekenhuis" (22).

Voorzooverre aan dien oproep de wensch werd verbonden, dat alles moge gedaan worden om aan het verblijf in een krankzinnigengesticht het karakter te verleenen van zuivere ziekenverpleging, mag worden verklaard, dat vanwege de krankzinnigenverpleging zelve aan dien wensch volkomen wordt voldaan. Hij, die de zoo belangrijke en verblijdende evolutie op dit terrein heeft gevolgd, niet alleen in den loop der eeuwen maar speciaal ook in Nederland in de laatste decennia weet, hoe de aard van het krankzinnigengesticht eene fundamenteele verandering heeft ondergaan. Eene verandering, waarvan de schrijver dezer regelen destijds — bij zijne ambtelijke bezoeken aan de gestichten — doordrongen werd, toen hij door een hem rondleidenden gestichtsgeneesheer werd opmerkzaam gemaakt op de aanplantingen en bloembedden in de afdeeling voor de „onrustige" patiënten en zijn geleider hem met groote voldoening vertelde, dat de genomen proef volkomen geslaagd was.

Dat van de zijde der medici het groote publiek op dit nieuwe karakter der gestichten gewezen wordt en de leek als 't ware te dien aanzien wordt *opgevoed*, is begrijpelijk en gelukkig. Zoo werd door den Amsterdamschen psychiater, die ook voor de maatschappelijke zijde van het krankzinnigen-vraagstuk zooveel gevoelt, de wenschelijkheid uitgesproken, dat de medicus aan de omgeving van den patiënt, die in een krankzinnigengesticht wordt opgenomen, duidelijk maakt, dat dit gesticht in zijn wezen een (gewoon)

(22) Verslag bijeenkomst, blz. 43—46. Op blz. 45 lezen wij: „Toen de voorzitter bij interruptie opmerkte, dat de stempel *krankzinnig* toch geen brandmerk is, liet spr. door een hoofdbeweging merken, dat dit stempel toch wel eenige overeenkomst daarmede heeft”.

ziekenhuis is (23). Zoo kon ook de inleider op de bijeenkomst van het psychiatrisch-juridisch Gezelschap van 12 Juni 1932 naar aanleiding van eene gemaakte opmerking omtrent het odium der krankzinnigheid hetwelk als een onteerend vonnis op den betrokkene blijft rusten, spreken van een streven om bij het publiek andere opvattingen omtrent den aard van het krankzinnigengesticht aan te kweeken, en constateeren, dat de publieke opinie bezig is zich in dit opzicht langzamerhand te wijzigen (24).

Waar nu dit evolutieproces in de publieke opinie nog pas in wording is, moet ook de wetgever met het objectieve feit van den bestaanden afkeer tegen de krankzinnigverklaring en het verblijven in het krankzinnigengesticht rekening houden. Onze wetgever, zich hiervan bewust, heeft in 1904 (bij de wijziging van de wet van 1884) van het begrip „gesticht” uitgezonderd de zoogenaamde „aangewezen inrichtingen” (art. 7), een instituut, hetwelk zich sedert groote populariteit heeft verworven. En bij de novelle van 1929 heeft hij onder algemeene instemming op dezen weg een flinken stap verder gedaan, een stap waarvan de beteekenis voor een groot gedeelte de waarde van deze laatste wetswijziging bepaalt.

Op den voorgrond stellende, dat dank zij het instituut der „aangewezen inrichtingen”, zij, „die mede werken”, door hunne verpleging in zoodanige inrichting kunnen ontkomen aan de plaatsing in een (officieel) krankzinnigengesticht, en voorts constateerende, dat deze uitweg *niet* openstaat voor hen wier verpleging komt ten laste der gemeenschap (omdat onvermogen alleen indien de overheid bereid is de kosten te dragen in eene aangewezen

(23) Dr. F. S. MEIJERS in W. v. h. R. no. 11943.

(24) Dr. J. M. ROMBOUTS in het debat naar aanleiding van zijne voordracht over „De krankzinnigheidsverklaring bij paranoide en-querulerende personen”, Verslag blz. 24 vlg.

inrichting worden verpleegd, welke bereidheid echter meermalen ontbreekt), stelde de Regeering eene aanvulling van de armenwet voor, waarmede de onvermogenen in dit opzicht zouden zijn gebaat. En bovendien stelde zij — naar aanleiding van eene opmerking in het Voorloopig Verslag — in het gewijzigd ontwerp eene aanvulling van de krankzinnigenwet zelve voor, waardoor het terrein van de aangewezen inrichtingen in den bedoelden geest werd uitgebreid (25).

Deze voorgestelde regeling, waardoor 't aan de onvermogenen mogelijk werd gemaakt ook hunnerzijds de weldaad van de bedoelde inrichtingen deelachtig te worden, vond bij de Tweede Kamer warme sympathie. Van alle kanten werd zij toegejuicht als een stap in de goede richting. Dr. Vos wees op de groote beteekenis, welke het in behandeling zijnde wetsontwerp door *deze* wijziging had gekregen, en op den grooten zegen, daardoor aan duizenden arm-lastige krankzinnigen geschonken (26). Mej. KATZ bracht in herinnering, dat men tegenwoordig slechts dan den stempel van krankzinnigheid op de menschen wil drukken, indien zulks dringend noodig is, en sprak de hoop uit dat ook dit wetsontwerp een stoot zou geven in de gewenschte richting (27). En Mr. VAN SCHAİK, vaststellende dat totnutoe de financieel krachtigen zich in eene particuliere of andere

(25) De betrokken *uitzondering* op het voorschrift dat als krankzinnigengesticht wordt beschouwd elke woning, waarin iemand meer dan twee niet tot zijn gezin behorende krankzinnigen verpleegt, omvat thans: „de door Ons aan te wijzen inrichtingen en woningen of gedeelten van inrichtingen en woningen, staande onder openbaar bestuur dan wel onder bestuur van eene instelling van weldadigheid in den zin der armenwet, *rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging of stichting*”; de geursiveerde woorden zijn nieuw (art. 7 der wet).

(26) T. a. p. blz. 2126, eerste kolom.

(27) T. a. p. blz. 2129, eerste kolom.

inrichting konden laten opnemen maar zij die daartoe niet in staat waren zich eerst door den rechter het stigma van krankzinnigheid op het hoofd moesten laten drukken, verheugde zich er over, dat door de voorgestelde wijziging zou worden weggenomen deze, spreker zou haast zeggen: schreeuwende onrechtvaardigheid (28).

Sluiten wij ons bij dezen laatsten gedachtengang aan, dan kunnen wij concludeeren, dat 't ook *hier* niet minder dan bij de waarborgen voor de persoonlijke vrijheid welke in het tweede gedeelte (sub II) van dit opstel de revue passeerden, gaat om een eisch van recht. Bedriegen wij ons niet, dan is 't vooral *deze* zijde van onze novelle, welke — afgescheiden van de meer juridische en meer medische vragen — daaraan hare maatschappelijke beteekenis geeft en haar eene voorname plaats in onze samenleving verzekert (29).

(28) T. a. p. blz. 2127, tweede kolom.

(29) Met betrekking tot de quaestie van de „inrichtingen” tegenover het krankzinnigengesticht troffen wij in het Verslag van het Staatstoezicht over 1915—1929 (Eerste deel, bewerkt door den Inspecteur Dr. J. H. SCHUURMANS STEKHOVEN) op blz. 26 eene zeer belangrijke passage aan. Na de herinnering aan het feit, dat voor vele lijdens aan psychosen dwangverpleging niet noodig of wenschelijk is en deze lijdens weerhouden worden zich te laten verzorgen daar waar het verblijf hen stempelt tot krankzinnigen, lezen wij: „Men zou hieruit kunnen afleiden, dat het wenschelijk ware om, mede ten dienste van de onvermogenen, in sneller tempo dan tot dusver inrichtingen voor zenuwlijders en psychiatrisch-neurologische klinieken tot stand te brengen; evenwel in die richting liggen in geldelijk opzicht tal van voetangels en klemmen; bovendien worden hierbij de belangen van hen, voor wie dwangverpleging noodig is, niet gebaat, waarschijnlijk zelfs geschaad; *immers naarmate het aantal inrichtingen toeneemt waar lijdens aan psychosen zonder dwang en zonder verlies van burgerlijke rechten kunnen worden verpleegd, ontvangt het officieel krankzinnigengesticht voor de betrokkenen een des te afschrikwekkender etiket*”. Het komt mij voor, dat deze laatste uitspraak (waarvan de woorden door mij werden gecursiveerd) in hooge mate de aandacht en ernstige overweging verdient.

Thans nog een woord over het belangrijke onderwerp van de *nazorg* of liever over de officieele erkenning van de vereenigingen, welke zich met de nazorg bezighouden. Deze erkenning geschiedt in art. 28, tweede lid, van de wet, handelende over den terugkeer in de maatschappij van den uit het gesticht ontslagene. Volgens de Regeering — in hare Memorie van Toelichting — kan deze eerste door den wetgever gedane stap wellicht leiden tot nauwere betrekkingen tusschen de bedoelde vereenigingen en de overheid. De vraag van de nazorg mocht van de zijde der Tweede Kamer zich in bijzondere belangstelling verheugen, zoowel in het Voorloopig Verslag, waarin gewezen werd op de groote beteekenis van de nazorg — even groot als die van de vóórzorg — en er aan herinnerd werd, dat in de psychiatrische wereld de voor- en de nazorg als een integreerend deel van de krankzinnigenverpleging worden beschouwd, als bij de mondelinge gedachtenwisseling, waarbij Dr. Vos verklaarde nog verder te willen gaan dan de Regeering en pleitte voor een instituut van nazorg over de geheele linie, waardoor zou worden verkregen een groot voordeel voor de verpleegden en tevens eene belangrijke besparing, omdat op deze wijze het verblijf in de gestichten en in de ziekenhuizen aanmerkelijk zou kunnen worden bekort (30).

Wij willen op dit laatste punt niet verder ingaan. Slechts worde nog aangestipt, dat de Regeering zich *niet* vereenigde met het in het Voorloopig Verslag

(30) T. a. p. blz. 2126. Op de noodzakelijkheid van een voor- en nazorgdienst ook in economisch opzicht — in verband met het duurder zijn van gestichtsverpleging dan verzorging in het eigen gezin of in dat van vreemden — werd gewezen door Prof. VAN DER SCHEER in zijn artikel „Voor- en nazorg voor geesteszieken” in het Algemeen Handelsblad van 19 November 1933. Zie ook diens inaugureele rede („Een blik in het arbeidsveld van den psychiater”, 1930), blz. 11—12.

aan de hand gedane denkbeeld om aan de vereenigingen welke zich met de nazorg bezighouden, rechten te verschaffen ten aanzien van het *ontslag* van patiënten: de Regeering achtte 't voldoende, dat deze vereenigingen zich kunnen wenden tot anderen, „die ingevolge de wet eene beslissing over het verleen van ontslag kunnen uitlokken”.

IV

SLOTWOORD

Wij meenen hiermede onze beschouwingen over de voornaamste wijzigingen, door de novelle van 1929 in onze krankzinnigenwet aangebracht, te mogen besluiten.

Eenige, opzichzelf belangrijke punten lieten wij onbesproken; o. a. de nieuwe bepaling, dat voor het indienen van een verzoekschrift aan de Rechtbank tot verblijf of verlengd verblijf in het gesticht (artt. 22 en 24 der wet) de tusschenkomst van een procureur niet noodig is; alsmede de wijzigingen, aangebracht in de artt. 33 en 34, resp. handelende over den provisioneelen bewindvoerder en de curatee van een in een gesticht verpleegde. Wij meenden ons te mogen bepalen tot de beide zijden van het onderwerp, zooals die in de Inleiding werden aangegeven.

Ook van vermelding van eigen desiderata willen wij ons onthouden. Persoonlijk hechten wij veel aan de mogelijkheid van eene op de wet steunende *voorafgaande medische observatie* (voorafgaande aan de plaatsing in een gesticht), en betreuren wij 't, dat van *deze* wetswijziging geen gebruik is gemaakt om in eene gebleken leemte te voorzien door eene regeling, welke — volkomen passende in het stelsel onzer wet — aan de behoeften der practijk zou heb-

ben voldaan. Intusschen, wij willen niet napleiten en hebben dus nu ten slotte ons oordeel te formuleeren over de waarde van de novelle in hare tegenwoordige gedaante.

Dit oordeel is onverdeeld gunstig. De groote be-teekenis der novelle mag geacht worden *deze* te zijn, dat zij ten aanzien van eenige punten, welke voor de krankzinnigenverpleging van belang zijn, een stap in de goede richting heeft gedaan en perspectieven voor de toekomst heeft geopend, en dat zij eenerzijds heeft versterkt de voorwaarden voor een zich handhaven van ons krankzinnigenwezen op het hooge peil waartoe het zich heeft opgewerkt, anderzijds heeft verhoogd de rechtswaarborgen voor hen, wier plaats *niet* in het krankzinnigengesticht is.

Dat ook dit laatste met, wij mogen wel zeggen: algemeene instemming is geschied, was te verwachten. Immers, ook al ziet men voor de „inrichtingen” mede ten gevolge van de wetswijziging eene mooie toekomst weggelegd, zóó dat — om met één van de woordvoerders in de Tweede Kamer te spreken — het niet lang meer zal duren of de dwanginterneering van krankzinnigen behoort grootendeels tot het verledene, dan is 't tevens de plicht van den wetgever om zich aan deze toekomst-muziek niet teveel over te geven, m. a. w. om datgene te doen wat op dit oogenblik zijn plicht is. De wetgever heeft dien plicht te vervullen teneinde te versterken het algemeen vertrouwen, dat volledig recht wordt gedaan aan een ieder, die met de voorschriften der krankzinnigenwet in aanraking komt.

Natuurlijk — het worde steeds in het oog gehouden! — kan de wetgever in dit opzicht niet *alles* doen. De krankzinnigenverpleging zelve handhave zich op haar hoog peil, met een open oog voor de resultaten der steeds voortschrijdende wetenschap.

Het Staatstoezicht heeft voortdurend actief en waakzaam te zijn. De medicus moet zich van het vaak moeilijke en altijd verantwoordelijke van zijne taak bewust zijn. En van de justitie mag worden verwacht, dat zij harerzijds alles doe om de door de wet aan de persoonlijke vrijheid verleende bescherming tot eene daadwerkelijke te maken.

Dit overwegende, mogen wij concludeeren, dat de wetgever in 1929 zijn plicht heeft gedaan en een goed werk heeft verricht.

S. J. M. VAN GEUNS

Het Standpunt van den Rechter ⁽¹⁾

Auctoritas non Veritas facit Legem

HOBBS, LEVIATHAN

Een gevaar waaraan wij juristen in bijzondere mate schijnen bloot te staan is dat van louter theoretische speculatie, die uit het oog verliest op welke praktische problemen de gemaakte onderscheidingen eigenlijk betrekking hebben en tot de oplossing van welke concrete vraagstukken de theoretische overlegging oorspronkelijk is opgezet en ten slotte leiden moet. Nog onlangs heeft MELJERS gewaarschuwd bij de beschouwingen over de rechtspersoon, over haar eigenlijke wezen en waren aard, toch niet te vergeten welke praktische verschillen de onderscheiden theorieën meebrengen, ja nimmer uit het oog te verliezen dat uitsluitend in de beslissing van praktische rechtsvragen de geheele theorie over de rechtspersoon haar bestaansreden en rechtvaardiging kan vinden.

Het verschijnsel, hoezeer te betreuren, is begrijpelijk. Vele werkzaamheden, waartoe de mensch zich heeft gezet ter bereiking van een bepaald doel, krijgen wanneer hij er zich gedurende eenigen tijd met toewijding aan geeft, voor hem een eigen waarde, of anders gezegd, de bezigheid bevalt hem zoo goed dat hij ganschelijk vergeet waarom hij haar eigenlijk begonnen is en er in vele gevallen zelfs mee voortgaat ofschoon ze meer schade dan nut toebrengt aan het doel dat hij oorspronkelijk met zijn arbeid wilde bereiken.

Zoo gaat het den jurist, die, gesteld voor de toepassing van een bepaald wetsartikel op een voorgelegd geval, de oorsprong daarvan wenscht te weten en eenmaal begonnen zich te verdiepen in de wordingsgeschiedenis van het Burgerlijk Wetboek en van den Franschen Code Civil, via POTHIER, terecht is gekomen bij oude Fransche schrijvers en nu daarin zoo'n smaak vindt dat hij niet alleen de concrete rechtsvraag geheel vergeten is, maar soms zelfs zijn vondsten en onderzoekingen aanprijst en van waarde acht ofschoon ze in strijd zijn met wat hij aanvankelijk ten opzichte van

(1) Bewerking van een op 8 December 1933 te Batavia gehouden voordracht.

* Dit artikel verschijnt gelijktijdig in het Indisch Tijdschrift van het Recht.

het oorspronkelijk hem voorgelegde geval nog mogelijk, billijk of passend geoordeeld had, zulk een jurist, zeg ik, gaat het als een kortademig stadsmensch aan wien door den dokter een verblijf in de bergen is aangeraden en die nu, aldaar vertoevend, steeds meer smaak krijgt in wandelingen en klautertochten langs bergruggen en afgronden, totdat hij, uitgegaan om herstel van gezondheid te zoeken, door overmaat van gezondheid uitglijdt en naar beneden valt.

Evenzoo als het historisch onderzoek aldus kan „doorschieten” en tot doel op zich zelf worden, kan dit het geval zijn met de theoretische verwerking van de rechtstof en ook hier komt het niet zelden voor dat de theorie ten slotte in juist tegenovergestelde richting voert als waarin men zich aanvankelijk op weg begeven had.

In § 534 van het ontwerp voor een Duitsch Burgerlijk Wetboek waaraan men in het laatst van de 19e eeuw werkte, werd aan den huurder van een stuk land uitdrukkelijk het recht ontzegd om op grond van een door buitengewone omstandigheden veroorzaakte misoogst vermindering van de pachtsom te verlangen. Want, zoo lezen wij in de Motive, vroeger was dit wel is waar hier en daar anders, maar het is logisch dat de verhuurder aan den huurder slechts het genot der zaak heeft te verschaffen en van uit dit standpunt blijkt het recht van den pachter om in bepaalde gevallen vermindering te verlangen van de pachtsom „ein des rechtlichen Fundaments entbehrendes bloß auf der Billigkeit beruhendes Recht” (2).

Voor zoover nu de jurist uit is op de beslissing van practische rechtsvragen en historisch onderzoek zoowel als dogmatische speculatie als hulpmiddel daartoe aanwendt, is het voor hem zaak dat hij zich van deze verhouding steeds klaar bewust blijft. Het is zeker mogelijk om historisch onderzoek ter wille van het historisch onderzoek te bedrijven en ook aan de beoefening van de theorie om de theorie kan men een eigen waarde niet geheel ontzeggen, maar wie zulks doet dient zich daarvan terdege rekenschap te geven. Indien iemand terwille van de bevordering der botanische wetenschap op de meest gevaarlijke plaatsen in de bergen naar planten en bloemen draaft, met het groote gevaar zijn hals te breken, is deze bezigheid toch volkomen rationeel indien hij na rustige overweging van het voor en tegen heeft gezegd: ik neem dat risico, en het zou van wanbegrip getuigen als men hem tegemoet zou voeren: „Ge handelt dwaas, want

(2) Motive II, S. 424; gecit. naar Mr. P. A. TICHELAAR, De beteekenis van het Romeinsche Recht voor Wetenschap en Onderwijs, 1894, blz. 21.

ik vind die bloemen niet belangrijk". Een dwaas echter is hij, die zelf die bloemen niet belangrijk vindt en toch bij het plukken ervan gevaar loopt naar beneden te vallen. Evenzoo moet de jurist wien het om passende beslissingen op practische rechtsvragen te doen is, dit doel steeds voor oogen houden, juist wanneer hij zich te dien einde verdiept in historische onderzoekingen of theoretische bespiegelingen.

Om dit nauwe verband des te duidelijker te doen gevoelen wil ik het op zich zelf zeer theoretische vraagstuk, waarover ik eenige opmerkingen wensch te maken, vastknoopen aan enkele gevallen uit de rechtspraak. Het betreft het probleem welken maatstaf de rechter heeft te gebruiken bij het vaststellen van den inhoud van die begrippen welke de wet niet nader omschrijft. Zooals ieder jurist bekend is, gebruikt de wet zeer vaak woorden van vage beteekenis en laat het aan den rechter over haar inhoud nader te bepalen (3). Ik noem begrippen als: misbruik, zedelijk, goede trouw, goede zeden, naar billijkheid, onrechtmatig, goede huisvader (4). De vraag is nu: moet de rechter zich bij de beoordeeling of zekere feiten onder dit begrip vallen, stellen op het standpunt van partijen, althans van de kringen van de betrokken justiciabelen of dit beoordeelen naar zijn eigen, persoonlijk, inzicht of is er misschien nog een derde mogelijkheid?

Dit probleem ligt een stuk dieper dan de vraag of men de beteekenis van de woorden van de wet moet vaststellen met behulp van het algemeene beschaafde spraakgebruik, of letten moet op de speciale technische of wetenschappelijke beteekenis van zekere woorden dan wel ook rekening moet houden met in zekeren engeren kring heerschend taaleigen.

Jaren geleden (H. R. 13 Maart 1899, W. 7254) kwam de Hooge Raad eens voor de vraag te staan of een Keulsche boterpot een verpakking was in den zin van art. 2 der Boterwet van 1889. De requirant deed een beroep op het algemeen Nederlandsche spraakgebruik, dat voor een „verpakking” vereischt de algeheele afsluiting en onttrekking

(3) De rechtsonzekerheid die hiervan noodzakelijk het gevolg is, wordt scherp in het licht gesteld door J. W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln, Eine Gefahr für Recht und Staat* 1933, vooral S. 66 ff. Zie voor het strafrecht Prof. Mr. V. H. RUTGERS, *Strafrecht en Rechtsstaat*, Rede 1933, blz. 35 v.v.

(4) Terecht merkt C. GRUYS, *De strijd om de historische interpretatie*, Diss. Utrecht 1933, blz. 132 op: „Men meene niet, hier met enkele uitzonderingen te doen te hebben, die van modernistische zijde zijn opgeblazen en al te nadrukkelijk in het centrum der belangstelling werden geplaatst. Leest men de wet nauwkeurig, dan vindt men een zeer omvangrijk aantal vage, niet op bevredigende wijze te omschrijven begrippen”.

aan het menschelijk oog. In de kringen van de menschen voor wie het voorschrift in het bijzonder bestemd was, heerschte echter een ander spraakgebruik en hierbij sloot de Hooge Raad zich aan, overwegende „dat verpakking is het technische woord, waaronder wordt verstaan het omhulsel, waarin de waar in den handel wordt gebracht, onverschillig in hoever de waar door dat omhulsel aan het oog wordt onttrokken” (5).

Eveneens behooren nog niet geheel tot ons vraagstuk de gevallen waarin de Hooge Raad had uit te maken, hoe de rechter moet onderzoeken of een woord als beledigend was te beschouwen. Het woord moet, zoo besliste de H. R. destijds (H. R. 6 Dec. 1897, W. 7053 en H. R. 21 April 1902, W. 7764): „of in zijn gewonen of in overdrachtelijken zin beledigend zijn, want het wordt dit niet doordat men het bezigt als scheldwoord”. Hoe moet echter die zin worden bepaald? In het arrest van 1902 betreffende het woord „*kraai*” werd alleen gewag gemaakt van de volkstaal, in het arrest van 1897, over het woord „*schoremers*” werd meer uitvoerig gezegd dat de Rechtbank had moeten onderzoeken of hetzij taalkundig, hetzij in de volkstaal ter plaatse waar het misdrijf zou zijn gepleegd, de hier gebezigde uitdrukking een zoodanige beteekenis heeft, dat zij als beledigend moet worden aangemerkt (6).

Gevalen waarin ons probleem zuiver ten toets kwam, zijn niet talrijk. Mr. PÉTER, die in zijn dissertatie over Overeenkomsten in strijd met de goede zeden (1920, blz. 53—55) op ons probleem te spreken komt, vermeldt wel gevallen uit de Duitsche rechtspraak, doch slechts één Nederlandsch. Dit is het arrest van het Hof in 's-Hertogenbosch van 18 Mei 1915, N. J. 1916, 101, waarin men de overweging aantreft: „dat zelfs een verbintenis om zich tegen belofte van geld (door M.) te verzoenen (met zijn eigen vrouw) wel als minder kiesch, maar niet als tegen de goede zeden zou zijn aan te merken, *zeker niet in den maatschappelijken stand, waartoe H. behoort*”.

(5) Zie J. P. FOCKEMA ANDREÆ, Tien jaren Rechtspraak van den Hoogen Raad, Bijdrage tot de leer der Wetsuitlegging. Diss. Leiden 1904, blz. 78.

(6) FOCKEMA ANDREÆ, Diss. blz. 85. Over het afwegen van het min of meer grove van beledigingen als reden voor scheiding van tafel en bed, zie LÉON'S Rechtspraak Burg. Wetb. 4e druk, bewerkt door Mr. J. WIJNVELDT (1933) ad art. 288 B. W., blz. 522, nos. 10, 12 en 29. Het artikel van DEBRA, De Grove belediging als grond voor echtscheiding in de Belgische rechtspraak, Rechtskundig Tijdschrift voor België, 28e jaarg., no. 1, kon ik in Indië niet raadplegen.

Het betreft hier echter een overweging ten overvloede, waaraan wij weinig houvast hebben. Wij zoeken naar sprekkender gevallen waarin de maatstaven ter beoordeeling van de rechtmatigheid of de geoorloofdheid van een handeling of een toestand verschillen in verschillende kringen van de maatschappij. Bezien we in dit verband eens een strafzaak die in het jaar 1923 aanving voor den Kantonrechter te Goes, daarna in hooger beroep kwam bij de Rechtbank te Middelburg, welk vonnis werd vernietigd door den Hoogen Raad, die de zaak verwees naar het Hof te 's-Gravenhage, wiens arrest wederom werd gecasseerd door den Hoogen Raad, die ten tweede maal de zaak verwees, ditmaal naar het Hof te 's-Hertogenbosch.

De gemeente Ierseke had een verordening gemaakt dat men huizen aan de binnenzijde van oesterputten niet mocht bewonen of laten bewonen. Vóórdat deze verordening in werking was getreden had zekere de B. een aldaar gelegen huis verhuurd aan Damme en ook na den datum waarop het gemeentelijk verbod in werking trad, had hij Damme in dat huis laten wonen. Daarom werd een strafvervolgning tegen hem ingesteld en de Kantonrechter veroordeelde hem tot een boete van 50 cents. In de verdere lange geschiedenis van deze zaak interesseert ons hier nu alleen het beroep dat de veroordeelde deed op overmacht: want, zei hij, art. 1550 (1586) B. W. verplicht mij als verhuurder,

1°. om het verhuurde aan den huurder te leveren — dit deed ik op een tijdstip dat het nog volkomen geoorloofd was —, maar ook

2°. om den huurder het rustig genot van het verhuurde te doen hebben zoolang de huur duurt.

Het Hof onderzocht dit beroep op overmacht.

De verhuurder stond inderdaad voor de keuze om òf zijn huurcontract na te komen òf de verordening op te volgen, doch waar hem aan den eenen kant, bij niet-nakoming van zijn huurcontract een vordering van zijn huurder tot ontbinding van de huur of tot schadevergoeding dreigde, stond aan den anderen kant, indien hij de vordering overtrad, het onberekenbaar nadeel waaraan zoowel de volksgezondheid als de oesterhandel blootstond door mogelijke infectie van 35 oesterputten en mitsdien was volgens het Hof van overmacht geen sprake.

In het pleidooi in cassatie (zie Hooge Raad 7 April 1924, W. 11200; N. J. 1924, blz. 760 en het pleidooi in N. R. Crt. van 4 Oct. 1924, Ochtendblad) werd nu het volgende naar voren gebracht:

„Beklaagde is een eenvoudig burger van beperkten gezichtskring, die dit huisje, dat reeds jaren lang bewoond is,

in zijn bezit heeft. Met de oesterteelt heeft hij niets te maken: hij is caféhouder. Het Hof heeft nu van dezen eenvoudigen Zeeuwschen boer geëischt aannemelijk te maken, dat de schade waarmede hij bedreigd werd onevenredig groot zou zijn in vergelijking met het gemeenschapsbelang. Hierbij moet men zich echter rekenschap geven van den beperkten gezichtskring van beklaagde. Uit het huurcontract blijkt dat de man voorzieningen had getroffen om de oesterputten tegen infectie te vrijwaren. Het spreekt dan ook vanzelf dat in zijn oog de schade, die hijzelf zou hebben geleden door verbreking der huurovereenkomst oneindig grooter was dan de schade die door de bewoning van het huisje aan het gemeenschapsbelang kon worden toegebracht. Het Hof bekijkt deze zijde van het vraagstuk natuurlijk anders, doch het begaat hierbij de fout, dat het voor de beoordeeling der zaak zijn eigen maatstaf bezigt en niet de maatstaf des daders." Helaas kwam de Hooge Raad niet toe aan de beslissing van deze quaestie. Wel vinden wij in de conclusie van den Advocaat-Generaal Mr. BESIER toegegeven dat men zich bij de beoordeeling van het dilemma waarin beklaagde verkeerde, moet plaatsen op het standpunt van beklaagde, „die bij pleidooi als een eenvoudig man wordt voorgesteld”.

Is deze rechtszaak nu een goed voorbeeld van onze quaestie? Niet geheel en al. Want in dit geval ging het eigenlijk niet hierom dat beklaagde een anderen maatstaf aanlegde ter beoordeeling van zekere gedragingen of toestanden, maar hij beoordeelt de grootte van bepaalde belangen verkeerd. Hij was door zijn beperkte ontwikkeling niet in staat den omvang en het gewicht van het in gevaar gekomen gemeenschapsbelang te onderkennen. Hij maakte een intellectueele fout die voor herstel vatbaar was. Ik geef echter gaarne toe dat het verschil subtiel is, gelijk reeds hieruit kan blijken dat het taalkundig moeilijk valt de grootte van het belang, in den zin van de mogelijk benadeelde levensgoederen en het gewicht van het belang, d. i. de waarde die men aan die goederen hecht, scherp uit elkaar te houden (7).

Als een m. i. zuiverder geval noem ik het vonnis van Rb. Utrecht 9 October 1929, N. J. 1930, 1276.

De heer B. en zijn verloofde zagen vanuit de spoorcoupé, langs Abcoude rijdende, in een tuin een groot houten bord staan, vermeldende dat het bijbehorende perceel te koop was en te bevragen bij de makelaars Benschop & Zonen te Amsterdam. Zij stelden zich in verbinding met een der fir-

(7) Verg. KRABBE'S onderscheiding van „onpartijdigheid” en „kennis van belangen” in *De moderne Staatsidee* (1915), blz. 115 v.

manten, den heer P. Benschop, en kwamen overeen dat deze den eigenaar van het huis, die in Amerika woonde, zou trachten te bewegen het huis voor f 14.000 te verkoopen en dat hij, indien de verkoop zou doorgaan, als provisie van den heer B. zou ontvangen f 250.

De heer B. wist, door langdurig verblijf in het buitenland, niet dat de makelaarsgebruiken in Holland zoodanige afspraak allermintst goedkeuren en toen hij hiervan op de hoogte kwam en te weten was gekomen dat het Bestuur van de Makelaarsvereniging te Amsterdam in een brief de handeling van den makelaar Benschop op de meest strenge wijze had veroordeeld en afgekeurd, weigerde hij hem de afgesproken f 250 te betalen, ofschoon de verkoop was doorgegaan en de levering had plaats gehad, daar — zeide hij — de overeenkomst volkomen in strijd was met de goede zeden en dus nietig. Hier hebben wij te doen met een conflict tusschen de maatstaf voor goede zeden in twee rechtsgroepen. Naar het algemeen rechtsbewustzijn toch kan men niet zeggen dat het ongeoorloofd is dat een bemiddelaar van beide partijen provisie ontvangt, maar zulks is wel in strijd met de beroepsmoraal der makelaars. De Rechtbank moest dus een keuze doen:

Zij overwoog:

„dat het naar het oordeel der Rechtbank niet strijdig is met de goede zeden dat een tussenpersoon een belooning bedingt en ontvangt van de beide partijen tusschen wie hij bemiddelend optreedt, terwijl de vraag of een bepaalde handeling in strijd is met regelen tusschen beroepsgenooten van kracht, al dan niet in de uitoefening van het beroep geoorloofd is, een andere is dan de vraag of zoo'n handeling in strijd is met de openbare orde of met de goede zeden, welke alleen ter beoordeeling van den rechter is”

De Rechtbank houdt zich dus aan den algemeenen maatstaf, die in dit geval minder streng is dan de moraal van de betrokken partijen.

Kort na het wijzen van dit vonnis deed zich in een andere rechtszaak (Rechtbank Alkmaar 1 Mei 1930, W. 12258; N. J. 1930, blz. 1281) een dergelijke quaestie voor.

Ons Burgerlijk Wetboek noemt, behalve de gewone, z.g.n. civiele verbintenis, in art. 1395 ook de natuurlijke verbintenis, zonder evenwel te zeggen wat daaronder moet worden verstaan. De tegenwoordige rechtspraak begrijpt hieronder onder meer ook „verplichtingen van moraal en fatsoen”. De vraag is dus mogelijk: naar de maatstaven van welke kringen moet dat beoordeeld worden? Het vermelde vonnis van

de Rechtbank te Alkmaar geeft op dit punt deze beslissing dat de vraag of een natuurlijke verbintenis bestaat, niet afhankelijk is van het subjectieve inzicht van een der partijen — die zich in geweten verplicht achtte —, maar moet worden beantwoord „naar objectieve regelen”. De Rechtbank zegt er echter niet bij waar die regelen te vinden zijn.

In het bovenvermelde makelaarsgeval zagen wij dat de beroepsmoraal in den engeren kring van betrokkenen strenger was dan de algemeen in de maatschappij aanvaarde maatstaf en dat de rechter zich hield aan den algemeen maatstaf. Ook het omgekeerde kan zich voordoen. Ik wil dit toelichten aan een recent vonnis van de Rechtbank te Rotterdam (3 Februari 1933, W. 12648).

Daar was een assurantie-maatschappij aangesproken tot betaling van schade door brand van een verzekerd schip, geladen met riet. Doch hoe was de brand ontstaan? Het schip met riet, genaamd „de Waal”, werd gesleept door een motorboot „de Wilhelmina” met vonkenden uitlaatklep. Een leek, gelijk ik ben op het gebied van het vervoer te water van riet, zou denken: hier is sprake van grove onvoorzichtigheid. Men hoore echter wat de Rechtbank overwoog:

„dat er uit de uitlaat van den motor van „de Wilhelmina” wel eens vonken spatten, maar niet meer dan uit andere motorbooten; dat het in het algemeen minder gewenscht moet worden geacht een met riet beladen schuit vlak tegen den achterkant van een motorboot vast te maken zonder dat er maatregelen tegen vonken uit de uitlaat zijn genomen, maar deze manier van vastmaken nu eenmaal daar in de buurt gebruikelijk is;

dat de tochten van dergelijke sleepen gewoonlijk zonder brand verlopen, maar in dit geval vermoedelijk juist toen de sleep draaide en de deklust van „de Waal” bij de uitlaat kwam, een vonk uit de uitlaat is gespat; dat bij het ontstaan van brand gewoonlijk een zekere mate van onnadenkendheid een rol speelt, waar nu eischer niet anders heeft gehandeld dan in dergelijke omstandigheden pleegt te geschieden, hier moet worden aangenomen, dat de brand door een ongelukkigen samenloop van toevallige omstandigheden is veroorzaakt,”

Het komt mij voor dat de rechter zich hier geheel en al stelt op het standpunt van betrokkenen, in wier kringen, door welke oorzaken dan ook, een vrij groote mate van

zorgeloosheid en onnadenkendheid als normaal schijnt te gelden (8).

Merkwaardig is wel dat in strafvonnissen uit den laatsten tijd juist het tegenovergestelde standpunt kan worden opgemerkt. Heel duidelijk komt dit tot uiting in een vonnis van 21 December 1932 (Maandblad XII, 1933, p. 82) betreffende een poging om met een cent een kwartjesautomaat te laten werken. De rechter, Mr. Muller uit Amsterdam, overwoog:

„ deze misdrijven komen in dezen eersten tijd van algemeen gebruik van automaten door winkeliers, zeer veel en epidemisch voor, en zij worden bovendien door velen meer als een grap dan als een misdrijf beschouwd. Leering en afschrikking door de strafrechtspraak is daarom noodzakelijk ter bescherming van den bedreigden winkelier”.

Hier wordt, om de woorden van Mr. RÖLING te herhalen, aan wien ik dit geval ontleen (9), niet gestraft omdat bestaande opvattingen zijn aangetast, maar om nieuwe opvattingen te vormen. Een dergelijk vonnis poogt een nieuwe norm in het volksbewustzijn te vestigen. Men stelle zich een oogenblik voor oogen welke afgrond deze opvatting van de taak van het recht scheidt van de romantische sagen der Historische School over den aard van het recht.

Voor Indië klinkt de hier door den Amsterdamschen strafrechter Mr. MULLER aangeslagen toon niet geheel vreemd.

In het eerste strafvonnis van den Raad van Justitie te Medan, die in 1908 werd ingesteld, leest men „dat de boete niet te gering mag zijn, waar de beklaagde tegenover een strafbaren koelie op zijn wijze de taak van den strafrechter heeft overgenomen”. Een duidelijke wenk dus, zeide Mr. F. H. POSER in zijn belangwekkende herdenkingsrede (10), „wat er

(8) Mr. CH. PETIT, Overeenkomsten in strijd met de goede zeden. Diss. Leiden 1920, blz. 54 wil in geval werkelijk in de lagere ethische eischen het gerechtigheidsoordeel der groep tot uiting komt, ze als normatief aanvaarden voor de leden der groep. „De rechter”, zegt hij, „mag de justiciabelen niet onderwerpen aan een hoogere ethiek dan waar ze bevattelijk voor zijn”. Dit schijnt mij moeilijk vol te houden en de rechtspractijk doet dan ook dagelijks anders.

(9) Mr. B. V. A. RÖLING, Het progressieve stelsel van strafuitvoering. Themis 94 (1933), blz. 439, noot 3. Vgl. dezelfde in W. 12730 over „Generaal-preventieve straffen”.

(10) De Raad van Justitie te Medan 25 jaar; Rede ter herdenking op 1 April 1933 gehouden door Mr. F. H. POSER, President van den Raad van Justitie te Medan (z. pl. o. j.), blz. 17 e. v.v.

gebeurt, laat het straffen aan den rechter over", maar een wenk, die niet dadelijk in alle deelen dezer gewesten is begrepen of opgevolgd, want nog twaalf jaren later, in 1920, ziet de Raad zich genoodzaakt te overwegen, dat het de bijzondere plicht is voor den rechter ter Oostkust van Sumatra om wantoestanden te normaliseeren.

Het behoeft dan ook niet te verwonderen dat de rechter zich in vele gevallen weinig aantrok van de in de kringen der betrokkenen, speciaal der beklaagden, heerschende opvattingen.

In 1918 wordt overwogen „dat de Raad in het feit, dat het herhaaldelijk voorkomt, dat Europeanen meenen zich niet te behoeven te storen aan bevelen en verzoeken van Inlandsche politie-agenten, terwijl deze in de uitoefening hunner bediening zijn, en onbehoorlijk tegen hen te mogen en te kunnen optreden, aanleiding vindt beklaagde een betrekkelijk zware straf op te leggen”.

Het komt echter omgekeerd ook voor dat de rechter in het lichte oordeel dat de omgeving waarin de betrokkene verkeert, over de gepleegde handeling velt, reden ziet tot verlichting van de straf. Want wel wordt eenerzijds door den Raad overwogen (in 1912) „dat krachtig behoort te worden opgetreden tegen daden als de onderhavige, welke van bandeloosheid en minachting voor andere rassen de uiting zijn en maar al te licht aanleiding kunnen geven tot uitbarstingen van rassenhaat; dat de Raad met het oog hierop het opleggen van een vrijheidsstraf noodzakelijk acht, opdat beklaagde eens voor al leere inzien, dat men het schaamtegevoel van een eerbare vrouw heeft te ontzien, onverschillig van welk ras zij is”, maar anderzijds wordt toch ook gezegd dat in dit geval de Raad in ruime mate verzachtende omstandigheden aanneemt „op grond van den betrekkelijk onschuldigen aard van zijn handeling en de omstandigheid, dat beklaagde leeft in een maatschappij, waarin nog vrij algemeen de opvatting gangbaar is, als zoude men zich tegenover niet-Europeesche vrouwen grootere vrijheden mogen veroorloven dan tegenover Westersche”.

Het schijnt dus dat in de strafrechtspraak het feit dat in de kringen van den beklaagde het gepleegde feit als een licht vergriep of als nog minder wordt beschouwd, nu eens als een strafverzwarende, een ander maal als een verzachtende omstandigheid wordt aangemerkt. Een aanwijzing hoe het standpunt van den rechter zich in het algemeen verhoudt tot dat van de kringen van betrokkenen, vinden wij ook hier niet.

Een ander in dit verband belangwekkend geval, dat zich

in 1924 voordeed, betreft een vordering van een vrouw tegen haren man tot scheiding van tafel en bed op grond van mishandeling. Vast stond in deze zaak dat de man de vrouw had geslagen met een theekopje. Doch de man had dit gedaan in een opwelling van boosheid, omdat de vrouw hem tegenover derden had vernederd. Zooals de Rb. het uitdrukt:

„hij (d. i. de man) had het aan D., een neef van vaderszijde van de eischeresse, die eenig timmerwerk in het huis van partijen had aangenomen, doen voorkomen, dat een ander het voor minder dan den overeengekomen prijs kon doen; de eischeresse heeft toen in tegenwoordigheid van D. aan gedaagde gezegd dat hij gelogen had, waarop de slag met het theekopje is gevolgd”

De man had dus inderdaad gelogen, althans een bewuste onwaarheid gezegd om zich te bevoordeelen. De vrouw zegt hem dat in het gezicht in bijzijn van den derde, dien de man om den tuin had willen leiden. Als de man daarop kwaad wordt is er dan sprake van gerechtvaardigde woede of verontwaardiging? Men kan het zeker betwijfelen. Zij die aan het dagelijksch gedrag van hun medemenschen strenge eischen stellen van waarachtigheid en eerlijkheid zullen waarschijnlijk van een ander oordeel zijn en van een rechter van deze overtuiging kan men niet verwachten dat hij evenzoo zou beslissen als de Alkmaarsche rechtbank deed in het vermelde geval van de mishandeling met het theekopje (Rb. Alkmaar 9 October 1924, W. 11260). Zij overwoog n.l.:

„dat het in dit geval eenigszins te verontschuldigen is geweest, dat de man zich tegenover zijn vrouw heeft vergeten al is het nimmer goed te praten wanneer een man zijn vrouw slaat, het is aan den anderen kant voor een man die met een handelstrucje een geringeren prijs tracht te bedingen, ten zeerste vernederend, wanneer zijn vrouw ongevraagd haar man ontmaskert en onder deze omstandigheden is het niet onbegrijpelijk dat hij kwaad wordt en zich vergeet, dat de Rechtbank het slaan met het theekopje onder dit licht beschouwd, niet als van zoo'n ernstigen aard beschouwt, dat deze mishandeling het instellen van den eisch tot scheiding van tafel en bed wettigt”

In hooger beroep bevestigde het Hof te Amsterdam (27 Maart 1925, W. 11364) dit vonnis op de volgende overweging:

„O. dat, nu uit het getuigenverhoor is gebleken, dat getimeerde appellante met een theekopje op het hoofd heeft geslagen, nadat zij hem, naar aanleiding van een gesprek dat hij met een derde voerde, op ongepaste wijze in tegenwoordigheid van dien derde onder het oog had gebracht, dat

hetgeen hij dezen meedeelde in strijd met de waarheid was, de Rechtbank terecht aannam, dat aan de handeling van geïntimeerde een dusdanig ernstig karakter ontnomen werd, dat zij de toewijzing der vordering wettigde."

De pijnlijkste conflicten op dit gebied kunnen zich voordoen waar de verschillen in religieuze overtuigingen in het Nederlandsche volk in het spel komen (11). Zoo heeft het Hof te 's-Gravenhage (vgl. Hooge Raad 19 November 1928, W. 11933; N. J. 1929, 277 m. o. P. S.) eens gezegd dat:

„bij opdracht van de voogdij aan requesitante dit Protestantsche kind na haar voorgenomen huwelijk in een — zij het dan ook respectabel — Israëlitisch milieu zou komen.", en al behoeft achter deze woorden niet noodzakelijk de gedachte te liggen: „t Is toch altijd maar een Joodsch gezin, als is het dan respectabel", het is niet te ontkennen dat deze interpretatie voor de hand ligt.

Van een heel wat krasser geval, dat men niet licht zal vergeten, zijn de bijzonderheden door Mr. H. J. van LEEUWEN (12) medegedeeld. Het betrof de weigering van een verzoek tot herstel in de voogdij van een ontzette moeder-voogdes op grond van het feit dat zij niet in staat werd geacht haar kinderen een katholieke opvoeding te geven (Rb. 's-Hertogenbosch 19 Juni 1928, W. 11879; N. J. 1928, 1632. Cassatie verworpen door Hoogen Raad 10 December 1928, W. 11938; N. J. 1929, 275 m. o. P. S.).

De moeder was Katholiek en werd in 1923 ontzet. Daarna werd haar huwelijk door echtscheiding ontbonden, waarna zij hertrouwde met een Protestantschen man. Eenigen tijd later vraagt zij herstel in de voogdij. Politierapporten over het gezin luiden gunstig, er is op de menschen niets aan te merken. De Rechtbank wijst echter het verzoek tot herstel in de voogdij af, omdat de moeder, die gescheiden is, wel wettelijk is hertrouwd, doch dat dit volgens de opvatting der Katholieke Kerk gelijk staat met in concubinaat leven; dat de tegenwoordige echtgenoot van requesitante niet katholiek is; dat de kinderen thuis dus geen goede katholieke opvoeding zullen ontvangen; dat het belang der kinderen zich verzet tegen het herstel in de voogdij.

VAN OVEN (13) heeft deze uitspraak in bescherming genomen omdat de kinderen tot dusver katholiek waren opge-

(11) Vgl. Mr. J. C. van OVEN, Ouderlijke macht en Godsdienst, Ned. Juristen Blad 1929, blz. 241 v.v.

(12) Mr. H. J. van LEEUWEN, Ouderlijke macht en Godsdienst, Ned. Juristen Blad 1929, blz. 304—310.

(13) T. a. p. blz. 260.

voed en grootgebracht in de Katholieke zedeleer en *vanuit hun standpunt dus*, de levenswijze van hun moeder afkeurenswaardig was, een feit dat van belang was voor de verdere ontwikkeling van die kinderen. Maar moet de rechter zich hierbij aldus stellen op het standpunt van betrokkenen? Mag hij niet zelf beoordeelen of hij dat standpunt deelt of afwijst? Dat althans de Bossche rechter niet geheel en al vrij stond, kan blijken uit het verslag van de behandeling der voogdijzaak, aangenomen dat Mr. VAN LEEUWEN die juist heeft weergegeven:

„President: U leeft immers in concubinaat?

Mr. v. L. namens juffrouw B.: Pardon, meneer de President, juffrouw B. is getrouwd met v. D.

President: Kan wel zijn, maar uw man leeft nog en u staat gelijk met een hoer, met de eerste de beste meid van de straat, die met een man leeft.

Mr. v. L.: Maar meneer de President, ik heb hier het trouwboekje, de kinderen zijn gedoopt en de vrouw gaat geregeld naar de Kerk.

President: Dat haar kinderen zijn gedoopt, zegt niets en zij wordt natuurlijk niet uit de Kerk geweerd, maar zij kan er beter wegblijven.

Mr. v. L.: Meneer de President, de eenige vraag is toch, of de toestand, die tot de ontzetting aanleiding heeft gegeven, nog bestaat. En dit is niet zoo, dat staat vast blijkens de politie-rapporten, die de voogdijraad zelf heeft uitgelokt.

President: Al is dat zoo, sindsdien is er dit bijgekomen. De Rechtbank denkt er niet over om de kinderen in zoo'n milieu te brengen, waar ze elken avond hun moeder met een man de slaapkamer zien binnengaan, terwijl ze weten dat ze volgens hun geloof eigenlijk niet getrouwd zijn . . .”

Uit de behandeling in hooger beroep voor het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch deelt Mr. VAN LEEUWEN deze opmerkingen van den President mee:

— „Hoofdbezwaar is dat U Roomsch ben en hertrouwd met een anderen man.”

— „Ik ben volgens de wet getrouwd. Er valt op ons niets te zeggen.”

— „U bent toch Katholiek, U kunt ze niet katholiek opvoeden, U bent buiten de Kerk gesloten, U hadt niet moeten hertrouwen. Dat was een hoogst ernstige misstap, die haast niet te herstellen is. Het is geen gemengd huwelijk, U leeft volgens de Kerk openlijk in overspel. U hadt beter ongehuwd kunnen samenleven, daarmede hadt U tenminste kunnen ophouden. Uw kinderen moeten dat natuurlijk weten of te weten komen op den duur.”

Er kan dus conflict zijn tusschen den maatstaf van par-

tijen als personen en van den rechter als persoon, of tusschen den maatstaf van den socialen kring waartoe partijen behooren en van dien, waartoe de rechter behoort. Hebben wij met het laatste geval te doen, dan is het mogelijk dat de opvatting van den kring van betrokkenen zich heeft verdicht tot een gewoonte. Het bovenvermelde geval van de makelaarsmoraal ging al sterk in de richting van een makelaars-usance. Onze vraag wordt in zulk een geval iets verschoven, want dan wordt de quaestie: Hoe staat de rechter tegenover de gewoonte van den kring van betrokkenen? Moet hij een bestaande gewoonte zonder meer aanvaarden of mag hij de waarde van de gewoonte beoordeelen en een gewoonte die hem onbillijk voorkomt, buiten toepassing laten? In vroeger tijd heeft men altijd de onderscheiding gemaakt tusschen „goede” en „slechte” gewoonten en ofschoon de Historische School, bij monde van Otto GIERKE, wel heeft beweerd dat elke gewoonteregel toegepast diende te worden, alleen omdat het gewoonte is, lijdt het, dunkt mij, geen twijfel dat er in bepaalde kringen gewoonten kunnen ontstaan en heerschen, die door den rechter niet behooren te worden gehandhaafd (14).

In de Nederlandsche rechtspraak is deze quaestie gerezen naar aanleiding van het contract van huwelijksmakelaardij en van zekere handelsgebruiken.

Een teekenend vonnis is dat van de Rechtbank te Rotterdam van 10 Juni 1926, W. 11618: de heer Z. had in opdracht van derden, aan een bankinstelling een gebouw te koop aangeboden. De Bank was niet op de zaak ingegaan; echter had zij eenigen tijd later aan een ander opdracht gegeven, te trachten het bedoelde pand voor haar te koopen. De heer Z. vroeg nu de Bank provisie of schadeloosstelling en hij grondde zijn aanspraak o.m. op een „in de koopmanswereld

(14) Op dit punt verschil ik dus van meening met Mr. G. J. VAN BRAKEL, *Recht, Wet en Rechter*, Themis 1918, blz. 10, die zich voor aanvaarding der geldende gedragsregels uitsprak. De rechter zou zich volgens hem moeten houden aan de gebruikelijke usances al acht hij die afkeurenswaardig en aan de z.g.n. zakenmoraal, omdat hij is rechtsprekend en niet zedepreekend orgaan. Ik sluit mij liever aan bij het hiertegen door Mr. C. W. STHEEMAN, *Praeadvies voor de Ned. Jur. Ver.* 1919, blz. 118, noot 2, opgemerkte.

Vóór de toepassing zelfs van een in de oogen van den rechter onbillijke gewoonte J. KOSTERS, *Plaats van Gewoonte en Volks-overtuiging in het Privaatrecht* 1912, blz. 98, bij wien zich aansluit K. JANSMA, *Uitlegging van Overeenkomsten*. Diss. Amsterdam 1913, blz. 128.

Vgl. ook P. SCHOLTEN, *Algem. Deel*, blz. 170, in verband met het arrest van den Hoogen Raad van 8 Juni 1923, N. J. 1923, 1031 over het opzetcontract.

geldend gebruik". De Rechtbank wees de vordering af „daar een dergelijk gebruik zou leiden, in strijd met de eischen van het maatschappelijke verkeer, tot een beperking van de vrijheid om met wien ook verbintenissen aan te gaan” Meer voorbeelden van terzijdestelling van handelsusances als „misbruiken” heeft onlangs Mr. A. VAN PRAAG (in W. P. N. R. 3263) verzameld.

Hiermede zijn dus eenige gevallen bijeengebracht waaruit men ziet hoe binnen eenzelfde rechtsorde kan bestaan verschil in maatstaf ter beoordeeling van het gewicht van verschillende belangen. Men heeft, hoop ik, aan deze voorbeelden gezien dat de zoo abstract klinkende vraag naar het standpunt dat de rechter moet innemen, er een is die op de oplossing van talrijke zeer gewone dagelijksche rechtsgevallen invloed heeft, ja die, bij even nadenken, geen ander bestaan heeft dan juist alleen een kant te zijn aan de beantwoording van concrete rechtsvragen.

Maar uit de beslissingen zelf rijst voor ons op de algemeen gestelde vraag geen antwoord. Wij moeten hier tot andere overwegingen onze toevlucht nemen om de vraag te beantwoorden die het voorgelegde materiaal stelt: op welk standpunt behoort de rechter zich te plaatsen?

Wat laat zich hierover in het algemeen — en zeer in het kort — opmerken?

Voor hen die meenen dat bij alle menschen in den grond één zelfde maatstaf aanwezig is, bestaat ons probleem eigenlijk niet. Zij zien wel dat verschillende personen, verschillende sociale kringen, verschillende volkeren en menschen van verschillende tijden over dezelfde feiten en handelingen zeer uiteenlopende oordeelen vellen, maar zij verklaren dit hoofdzakelijk hierdoor, dat zij niet alle de belangen, die in het spel zijn en waarmee rekening moet worden gehouden, voldoende overzien. Het gaat volgens deze opvatting dus in het wezen der zaak niet om een verschil in maatstaf, maar om een intellectuele fout, n.l. een te beperkten gezichtskring. De menschen, zoo zeggen de aanhangers van deze m.i. al te intellectualistische zienswijze, leggen niet een verschillende maatstaf aan de onderscheiden belangen aan, maar de oogen van velen zijn voor bepaalde belangen nog geheel of half gesloten. Zij, die op dit standpunt staan, maken dus den stand van zaken die ik meende op te merken in het geval van de oesterputten tot de alles-beheerschende verklaringshypothese. Ik nam daar aan dat de beklaagde caféhouder geen oog genoeg had voor de belangen van de oester-teelt en de algemeene volksgezondheid; welnu, er zijn schrijvers die elk verschil in juridische of ethische oordeelvelling terugvoeren op zoodanige beperktheid van gezichtskring.

Op deze wijze wordt ons probleem op een m.i. al te simplistische wijze weggewerkt (15). Dit geschiedt evenzeer indien men meent het geheele vraagstuk te kunnen terzijde stellen met een verwijzing van den rechter naar de „algemeene rechtsovertuiging”. Inderdaad, voor zoover er zooiets bestaat doet ons probleem zich niet voor, maar voor het geval dat er juist een conflict is tusschen de rechtsovertuiging van een bepaalden kring en de algemeene rechtsovertuiging, blijkt deze laatste niet meer dan de overtuiging van een grootere groep menschen te zijn en rijst de vraag of en waarom de rechter zich altijd zou moeten stellen aan de zijde van de grootere groep.

Uit theoretisch noch practisch oogpunt kan ik daarom veel waarde hechten aan de in een arrest van 22 Februari 1924, W. 11189 m.o. Mff., N. J. 1924, 488, neergelegde meening van ons hoogste rechtscollege, den Hoogen Raad, die als kenbron der goede zeden ten aanzien van gebruik van middelen ter verstoring van zwangerschap aanmerkte: „hetgeen ten huidige dage het Nederlandsche volk in zijn geheel al dan niet als regel van moraal erkent en naleeft”.

Dergelijke regels bestaan vaak niet; en in die gevallen brengt het ons geen stap verder indien wij pogen ons aan dergelijke ficties vast te klampen.

Men geeft zich over aan een illusie en miskent de werkelijkheid indien men zich verschuilt achter termen als „Kulturnormen”, „rechtsbewustzijn der natie” of de „rechtsover-

(15) Aldus CH. PETIT, Overeenkomsten in strijd met de goede zeden, Diss. Leiden 1920, § 3: de vaststelling der normen, blz. 35—55. In beginsel wijst Mr. PETIT als maatstaf aan: „het in de rechtsgemeenschap heerschende rechtsbewustzijn”; nader toegeelicht in noot 1, blz. 42 als: „niet speciaal de reactie, die, concreet, in het bewustzijn der menschen kan worden aangetroffen, maar in het algemeen: het rechtsoordeel dat aan de volksopvattingen beantwoordt”. Het is dus iets dat moet beantwoorden aan iets anders, dat er niet is.

Op blz. 47 volgt dan de uiteenzetting dat de in de rechtsgemeenschap heerschende rechtsopvatting die is, welke aan het rechtsbewustzijn van de meerderheid der volksgenooten beantwoordt. Dit meerderheidsoordeel is, volgens Mr. PETIT, echter allerminst te beschouwen als de som van individueele oordeelen. Integendeel; daar volgens hem, „de rechtsmaatstaf voor alle menschen dezelfde is”, maar in vele individueele oordeelen door storende factoren in hare werking belemmerd wordt, „heffen, zoo meent hij, in het meerderheidsoordeel zelf de subjectief-divergeerende verschillen elkaar grootendeels op en blijft het objectieve element, de rechtvaardigheidsfactor als het gemeenschappelijk element over”. Wien metaphysica wil bedrijven, staat dit vrij, maar hij moet het duidelijker zeggen.

tuiging van het volk". Men schijnt daarmee te hebben uitgedrukt dat de rechter dan naar objectief bestaande maatstaven oordeelt. Hij zou zijn beslissing niet gronden op wat hij, maar op wat men denkt. Hij zou geen waarden „setzen" maar „feststellen". Als beschrijving van de werkelijkheid zijn deze uitdrukkingen onaanvaardbaar; haar aanvaardbaren zin is dat zij een afkeer en een veroordeeling van een oordeelen naar des rechters subjectieve willekeur te kennen geven. Zij geven te verstaan dat de rechter steeds onbewust tast naar steun buiten zich zelf, houvast zoekt in de publieke opinie. Zij zijn een uiting van angst voor de subjectiviteit, maar hebben geen beteekenis als verklaring van wat geschiedt. Zij zijn slechts expressie van eigen wensdroom, of wil men dat liever hooren, van een „politieke overtuiging", geen descriptie der realiteit.

Men behoeft geen hedendaagsche nationalistische Duitsche auteurs als GEORG DAHM, wier blik voor den werkelijken stand van zaken gescherpt is door de waarneming van de diepgaande tegenstellingen op moreel en politiek gebied in het volk in wiens midden zij leefden en door de vrijheid van negtende-eeuwsche ideologieën, die zij verworven hebben, te lezen om dit inzicht uitgedrukt te vinden:

„Die Kulturnorm ist nichts eindeutig Feststehendes . . . ; beim Zurückgehen auf die Kulturnorm wird das Recht ergriffen von der Kulturnot unserer Tage. Die Objektivität der richterlichen Entscheidung wird beeinträchtigt durch die Gespaltenheit unserer Bildung, die Zerrissenheit unserer Anschauungen, den Gegensatz der Klassen, Bekenntnisse, Parteien, Generationen. So wird die Schwangerschaftsunterbrechung verschieden beurteilt von Katholiken, Protestanten und Dissidenten; der „Fememord" je nach der politischen Ueberzeugung

So wird die Abwägung der Interessen bei der Entscheidung über die Zumutbarkeit ganz verschieden ausfallen je nach dem, ob man diesem ethischen Zumutbarkeitsurteil *die Anschauungen der herrschenden, an der bestehenden Rechts-güterordnung interessierten Schicht zugrunde legt oder die Dinge beurteilt vom Standpunkt des proletarischen Rechtsbrechers*, der individuelle Not stärker wertet als den Bestand einer bestenfalls gleichgültigen Ordnung" (16),

doch reeds geleerden uit de ons thans rimpelloos-rustig toeschijnende laatste jaren van de vorige eeuw hebben het illusionistische karakter van een volksovertuiging en daar-

(16) GEORGE DAHM, Die Zunahme der Richtermacht im modernen Strafrecht, 1931, S. 19.

mee van een in dien zin „objectieve” gerechtigheid ingezien (17).

„Es ist eitel Selbsttäuschung”, zeide reeds VON LISZT (18), „wenn man meint, dasz in allen Theilen des Deutschen Reichs und in allen Klassen der Bevölkerung dieselben Anschauungen über das herrschen, was die „guten Sitten” verlangen oder was sie verbieten” (19).

Een zoo strenge eisch als van den Hoogen Raad ziet men dan ook zelden gesteld. Meestal wordt gesproken van: „de in behoorlijke kringen heerschende overtuiging: „die Durchschnittsanschauung der anständig und billig denkenden Menschen” (20), de „Durchschnittsmeinung der anständig gesinnten Volksgenossen”, „die Meinung die heute im Kreise

(17) wie KOELLREUTTER es treffend ausdrückt: „Die Gerechtigkeitsidee ist immer auch gleichzeitig eine politische Idee”. OTTO STOLL, Das bürgerliche Recht in der Zeiten Wende 1933, S. 21.

(18) Die Deliktobligationen im System des Bürgerl. Gesetzbuches, 1898, S. 43.

(19) Sprekende voorbeelden hoe het rechtsbewustzijn in de verschillende sociale klassen der maatschappij kan verschillen, geeft Dr. E. WULFEN, Psychologie des Verbrechers 1908, II, S. 90—99. Hij wijst o. m. op kindermoord kort na de geboorte, abortus, overspel (ik voeg erbij leenen en niet teruggeven of verder-uitleenen van boeken!). „Wechsel mit gefälschten Akzepten auszugeben, gilt in gewissen Kreisen als erlaubt, wenn man sie nur rechtzeitig einlöst”:

De dienstbode die haar vrijer laat mee-etēn, acht dit geen „Genussmittelentwendung, noch Diebstahl”. Ein auffällig mangelhaftes Rechtsbewusstsein besteht für Kohlendiebstahl aus den Hauskellern. Auch für Holzentwendungen aus Wäldern”.

Dat omtrent het begrip „Treu und Glauben” „mindestens auf sozialpolitischem Gebiet ein Konsensus nicht besteht”, geeft KAHN-FREUD, Das Soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts, S. 28, toe; zie de bespreking v. KRELLER in Arch. f. d. Civil. Prax. 136, S. 363.

Mr. PETIT, Overeenkomsten in strijd met de goede zeden, Diss. 1920, blz. 50, erkent dat de rechtsopvattingen verschillen naar de onderscheiden maatschappelijke kringen. „Wat in een stad betrekkelijk gewoon is, wordt op het platteland dikwijls schandelijk gevonden en omgekeerd”.

Smokkelen gold en geldt nog in vele kringen, in bepaalde omstandigheden, niet als onbehoorlijk. In het algemeen zegt A. SROOP, Analyse de la Notion du Droit, Haarlem 1927, p. 236, van de normen van het fiscale recht: celui qui les viole ne fait rien de blâmable aux yeux de ses semblables.

(20) O. v. GIERKE, Recht und Sittlichkeit, Logos VI, S. 214.

anständiger Volksgenossen überwiegt" (21) en dergelijke uitdrukkingen (22).

Doch hiermee is verlaten de feitelijke overtuiging van de grootste groep en is ingevoerd het *element van de persoonlijke meening* van den rechter. Hij beoordeelt of wie een bepaalde opvatting huldigt nog „anständig" mag heeten. Dan is het zeker verkieslijker ronduit de persoonlijke overtuiging van den rechter in het middelpunt te stellen, dan deze min of meer tersluiks te doen werken door het criterium der Anständigkeit.

Aldus doet openlijk Mr. PAUL SCHOLTEN.

Hij is van oordeel dat de rechterlijke beslissing in den grond der zaak een *gewetensbeslissing* is en aarzelt dan ook niet te verklaren dat de persoonlijke overtuiging van den rechter omtrent wat zedelijk goed of slecht is, mag meespreken bij het geven van zijn rechtsbeslissing. „Wie meent, aldus SCHOLTEN (23), dat het recht deel heeft aan het zedelijk leven, dat de rechtsbeslissing wortelt in het zedelijk oordeel, die kan een beginsel niet als rechtsbeginsel aanvaarden, dat hij in zijn geweten als verfoeilijk verwerpt. Hij moet het toetsen aan die gewetensuitspraak". „Een onzedelijk beginsel — door welk gezag ook uitgesproken en uitgewerkt in bijzondere regels — is nooit recht".

SCHOLTEN stelt het geval dat het denkbeeld van het opzegbaar huwelijk door de Nederlandsche wetgeving werd aanvaard, dan zou dit voor den rechter van Christelijke overtuiging toch niet zijn een rechtsbeginsel. Wie op dit Christelijk standpunt staat „zou de positieve regeling aanvaarden, maar iedere uitbreiding op grond van het beginsel bestrijden. Alle regels, waarin uitvloeisel van het beginsel werd aangewezen, zouden naar den letter moeten worden uitgelegd" (24).

(21) MAX RUMPF, Richter und Rechtsprechung, in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft hrsg. v. STIER-SOMLO, Bd. V, S. 145.

(22) Als leefden wij nog in de, om met KARL MANNHEIM te spreken, „nachtwandlerische Sicherheit ungebrochener Zeiten" en zonder dat blijkbaar de gebeurtenissen van de laatste jaren hem het oog voor de hier liggende problemen hebben geopend, schrijft in W. 12803 Mr. T. J. DORHOUT MEES over De Taak van den Strafrechter. Men leze hiernaast eens het uitnemende artikel van Mr. H. SAMKALDEN, Rechtseenheid en Groepsnorm in Mensch en Maatschappij, X (1934), blz. 326 v.v.

(23) PAUL SCHOLTEN, Algemeen Deel, blz. 90. Vgl. echter ook blz. 88 waar SCHOLTEN schrijft dat een rechter niet onvoorwaardelijk aan een in de wet uitgedrukt rechtsbeginsel is gebonden. Hij mag dit in bepaalde gevallen terzijde laten „maar hij is daarbij gebonden aan het oordeel der betrokkenen".

(24) PAUL SCHOLTEN t. a. p., blz. 91.

Hier wordt dus de kern van het recht gelegd in de gerechtigheid en daarmee aan de zedelijke overtuiging van den rechter een principieelen invloed toegekend.

Dat de toepassing van deze zienswijze in landen als Nederland en vooral Nederlandsch-Indië tot voor de justiciabelen onbevredigende beslissingen leiden kan, schijnt mij moeilijk voor bestrijding vatbaar, maar wat meer is, het schijnt mij twijfelachtig of deze opvatting wel in overeenstemming is met het wezen en de taak van het recht (25).

Is het dan wellicht beter als principe te stellen dat de rechter zich plaatse op het standpunt van betrokkenen (26).

Zeker moet aan Mr. KOSTERS worden toegegeven dat „het heil der samenleving in wier belang de rechter zijne taak vervult, medebrengt, dat hij zich niet boven hare opvattingen plaatse, doch zijn uitspraken geve in overeenstemming met de in de maatschappij, bijzonderlijk in de kringen der betrokkenen, heerschende met orde en zedelijkheid zich verdragende inzichten”. In de formuleering is, zooals men ziet, een zeer gewichtig voorbehoud opgenomen. Voor wien naar de suprematie van rechter of volksovertuiging — indien die laatste al bestaat — vraagt, brengt deze uitspraak geen oplossing. Men kan inderdaad op den langen duur geen recht toepassen, wanneer niet met de gewoonten der menschen en de zich daarin openbarende maatschappelijke opvattingen rekening wordt gehouden, maar daarmee is nog niet bevestigend beantwoord de vraag of de gewoonten van den kring der betrokkenen waar zich het gegeven geval afspeelde, den maatstaf moeten vormen bij de vaststelling der rechten en verplichtingen ter zake bestaande (27).

(25) Anders G. RADBRUCH, Rechtsphilosophie 3 Aufl. 1932, S. 83: „Für den Richter ist es Berufspflicht, den Geltungswillen des Gesetzes zur Geltung zu bringen, das eigene Rechtsgefühl dem autoritativen Rechtsbefehl zu opfern, nur zu fragen, was Rechtens ist, und niemals ob es auch gerecht sei

Wir verachten den Pfarrer, der gegen seine Ueberzeugung predigt, aber wir verehren den Richter, der sich durch sein widerstrebendes Rechtsgefühl in seiner Gesetzestreue nicht beirren lässt; denn das Dogma hat nur als Ausdruck des Glaubens, das Gesetz aber nicht nur als Niederschlag der Gerechtigkeit seinen Wert, sondern auch als Bürgschaft der Rechtssicherheit und vornehmlich als solches ist es in die Hand des Richters gegeben. Ein gerechter Mann gilt mehr als ein nur rechtlicher, nur gesetzestreuer Mann, von „rechtlichen“ Richtern aber pflegen wir nicht zu reden, sondern nur von „gerechten Richtern“ denn ein rechtlicher Richter ist eben dadurch und nur dadurch auch schon ein gerechter Richter.”

(26) Aldus Mr. J. KOSTERS, Plaats van Gewoonte en Volksovertuiging in het Privaatrecht 1921, blz. 101.

(27) KOSTERS, blz. 106.

Dit zou evenzeer in strijd zijn met den aard van het recht als de opvatting die ons conflict wil oplossen door naar het persoonlijk geweten van den rechter te verwijzen (28).

Het gaat om de vraag welken maatstaf de rechter bij zijn beslissing moet aanleggen, een vraag die haar antwoord slechts kan vinden uit de beschouwing die men in het algemeen huldigt omtrent de taak van den rechter. Zelfs in het gunstigste geval zal dit antwoord niet het karakter kunnen dragen van een vraagbaak die voor allerlei bijzondere concrete gevallen uitsluitel geeft, maar het zal hoogstens zijn de aanwijzing van een richting waarin de oplossing door den rechter moet worden gezocht.

Aangezien nu op haar beurt die taak van den rechter ten nauwste samenhangt met den aard van het recht zelf, vinden wij ons dus hier op deze principieele quaestie teruggeworpen. De rechter immers is niet om zijns zelfs wille daar, hij vindt zijn bestaansgrond in het recht.

Voor hen die de voorstelling van een *semper et ubique* geldend natuurrecht afwijzen, kan dit niet anders beteekenen, dan dat de rechter zijn taak bepaald vindt door een hier of daar geldend recht. Zou een Duitsche rechter, om aan te knopen bij het bovenvermelde geval van weigering van herstel in de voogdij van de hertrouwde Katholieke moeder (29), thans „objectief” de twee vragen onder het oog zien die zich in een dergelijke casus voordoen, n.l.: 1°. mag geëischt worden dat het kind een Katholieke opvoeding krijgt? en 2°. kan dat in dit geval geschieden? indien het niet betrof een Katholieke, maar een opvoeding in communistischen geest? Zou een Duitsche rechter heden ten dage ten opzichte van de keuze tusschen een communistische en een nationaal-socialistische opvoeding objectief, dus indifferent *mogen* zijn? Naar het mij voorkomt niet, want het geldende Duitsche recht heeft een uitgesproken voorkeur voor de eene boven de andere opvoeding. De vraag of een Russische rechter, in het geval dat het er om gaat het kind een orthodox-Christelijke opvoeding te geven, de waarde hiervan objectief, d. i. met persoonlijke indifferentie, zou beoordeelen schijnt eveneens gemakkelijk ontkennend te beantwoorden. De

(28) Tegen de opvatting die den rechter wil binden aan den maatstaf en de opvattingen van de kringen van betrokkenen zie PAUL SCHOLTEN, Waarde van het Romeinsche Recht 1907, blz. 25, met beroep op R. STAMMLER, Lehre v. d. richtigen Rechte, S. 153 ff.; PAUL SCHOLTEN, Beschouwingen over Recht, blz. 50 en 51 en thans vooral ook C. GRUYS, De Strijd om de historische interpretatie, Diss. Utrecht 1933, blz. 184—185.

(29) Men kan ook denken aan een artikel als § 1666 B. G. B.

Sovjet-rechter heeft in deze zaken een uitgesproken voorkeur en behoort die als toepasser van Sovjet-recht ook te hebben. De Nederlandsche rechter evenwel behoort in het aangehaalde geval tusschen Katholieke en Protestantsche levensbeschouwing en geloof géén voorkeur te hebben, ook al heeft hij die persoonlijk wél, omdat het Nederlandsche recht in deze geen voorkeur heeft. De Nederlandsche rechter, als toepasser van Nederlandsch recht, is in *deze* keuze objectief, indifferent.

Wil dit nu zeggen dat hij in het gehéél geen voorkeuren heeft, dat hij altijd „objectief” is, dat hij ten opzichte van alle onderscheidingen en verschillen indifferent is? Allerm minst. Indien de vrouw in het aangehaalde geval een publiek onzedelijk leven leidde, zou hij ten opzichte daarvan niet indifferent zijn, het niet *mogen* zijn omdat het Nederlandsche recht het niet is. Niet ten aanzien van de keuze tusschen Protestantsche of Katholieke opvoeding, maar wel ten aanzien van het leven in huwelijk of concubinaat heeft het Nederlandsche recht — en dus de Nederlandsche rechter — een uitgesproken voorkeur. Toen een langstlevende der ouders zich na scheiding van tafel en bed tot de Rechtbank te Amsterdam wendde met het verzoek tot voogd te worden benoemd, overwoog en besliste de Rechtbank (Rb. Amsterdam 1 Februari 1933, N. J. 1934, 166):

„O. dat krachtens het bepaalde bij art. 301 a B. W. in het onderhavige geval verzoeker tot voogd behoort te worden benoemd, tenzij er gegronde vrees bestaat, dat de minderjarige alsdan zal worden verwaarloosd;

O. dat ten deze inderdaad gegronde vrees voor zoodanige verwaarloozing bestaat;

dat immers door verzoeker bij gemelde verhooren is opgegeven, dat hij thans leeft in concubinaat; dat hij zulks doet om redenen van principiëelen aard, sedert lang door hem verdedigd, en dat hij, hoezeer weduwnaar, dan ook niet voornemens is te hertrouwen, doch zijn concubinaat wenscht te bestendigen;

O. dat onder deze omstandigheden voor genoemden minderjarige, zoo verzoeker tot voogd zou worden benoemd, ernstig gevaar zou bestaan voor verwaarloozing in moreelen zin, aangezien immers die minderjarige alsdan zou worden overgeleverd aan eene omgeving, waar het huwelijk, een der peilers (lees pijlers H.) der samenleving, welbewust wordt afgebroken en neergehaald en het concubinaat wordt aangeprezen;

O. dat mitsdien het verzoek, voor zooveel de benoeming van verzoeker tot voogd betreft, behoort te worden afgewezen en dat — blijkens het navolgende — ook aan het verzoek tot

benoeming van Z. tot toezienden voogd geen gevolg kan worden gegeven

De voorkeur van den rechter voor het huwelijk boven het concubinaat is evident. Alleen neemt hij de mond te vol als hij, zoo geheel in het algemeen, het monogame huwelijk zooals wij dat thans opvatten, een der pijlers der samenleving noemt. Er waren en zijn nog vele samenlevingen die zonder deze pijler bestaan (30). Maar het geldende Nederlandsche recht beschouwt het monogame huwelijk als voor Nederlanders van groote waarde, en deze opvatting staat bovendien uitdrukkelijk in de wet (31). Dit is voor den Nederlandschen rechter voldoende. Of er overal en ten allen tijde zoo groote waarde door andere rechten en zeden aan is toegekend, doet voor hem die heden de plicht heeft Nederlandsch recht te spreken, niets ter zake.

(30) De polygamie is als een goddelijke instelling gewaarborgd krachtens de Openbaring in den Koran, IV, 3. Dit kan nog heden als de heerschende leer worden aangemerkt, al zijn er hier en daar afwijkende opvattingen. Zie I. GOLDBLUM, *Die Richtungen der islamischen Koranauslegung*, Leiden 1920, S. 360—63.

Het gezaghebbend handboek tot de Wetgeleerdheid van AL-BADJURI († 1861) wijst op de goddelijke wijsheid, die verborgen is in de beperking der vrouwen tot vier, daar dit aantal geheel in overeenstemming is met de natuur der menschen. De schrijver stelt daar tegenover de onbeperkte polygamie in de wetgeving van MOZES, de monogamie in de wetgeving van JEZUS; MOZES' wet lette alleen op het voordeel van den man, JEZUS' wet op het voordeel van de vrouw, eerst de Islam deed man en vrouw gelijkelijk recht ervaren. Zie de desbetreffende plaats, in verkorten vorm, bij SNOECK HURGRONJE, *Verspreide Geschriften III*, blz. 178.

Een rechtsleeraar aan een rechtzinnige Moslimsche rechtsschool zou hier zeker van een „natuurlijke norm in het positieve recht” spreken.

Men moet wel uitsluitend den geestelijken blik op zijn eigen naaste omgeving en haar ideologie gevestigd gehouden hebben om niet te beseffen, dat bij bepaalde economische en sociale omstandigheden de polygynie een nuttige instelling is.

Vgl. bijvoorbeeld A. J. B. WAVELL, *A modern Pilgrim in Mecca*, London 1918, p. 27 en D. WESTERMANN, *The African Today*, London 1934 p. 142 f.

(31) Dat het Hof te Amsterdam (21 Maart 1934, W. 12780; N. J. 1934, 432) in appèl uitmaakte dat het onderzoek der feiten in appèl de gegrondheid van de redeneering der Rechtbank in het onderhavige geval niet heeft aangetoond, zoodat het Hof in het gegeven geval het bezwaar der Rechtbank als niet voldoende klemmend beschouwt om de gegronde vrees voor zedelijke verwaarloozing aan te nemen, doet aan het bovenstaande natuurlijk niets af.

Het is niet geheel en al toevallig dat het Nederlandsche recht een uitgesproken voorkeur voor het monogame huwelijk en voor zooveel andere zaken heeft. Het recht valt niet uit de lucht, het is „een historisch verschijnsel”. Art. 27 (84) B. W. heeft zijn oorzaken, wij kennen zijn lange geschiedenis. Het geeft uitdrukking aan de opvatting van hen, die het recht vormden. In daden van wetgeving zien wij deze rechtsvorming voor ons in bijzonder acuten vorm; de opvattingen van hen die het recht vormden worden dan aangeduid als de wil van den wetgever. Met het neerschrijven van de rechtsopvattingen zijn deze zelf echter niet voor goed vastgelegd, zij kunnen veranderen. Aldus ontstaat de kloof tusschen wat men blijft noemen: de wet en wat men noemt de interpretatie, de rechtspraak. Het probleem dat hier ligt, in het in den loop van den tijd uiteengaan van de neergeschreven rechtsopvattingen en de in den geest der levende menschen bestaande, is thans niet het onze (32). Mijn oogmerk was gericht op het vraagstuk welke de houding van den rechter moet zijn indien in een gegeven tijd bij een groep menschen die van éénzelfde rechtsorde deel uitmaken, de rechtsopvattingen verschillen. WESTRATE raakt dit probleem aan het slot van zijn studie even aan, maar stelt het niet in zijn scherpte:

„Wanneer een rechter, die van karakter een individualist is, een geval te beoordeelen krijgt, waarin het belang van een gemeenschap en van een individu om den voorrang strijden, zal hij, indien de wet hem niet den weg wijst, niet zijn neiging moeten volgen, en het individueele belang voorop stellen, maar zal hij rekening moeten houden met de onmiskenbare strooming ten gunste der collectiviteit. Niet volgens zijn eigen rechtsbewustzijn, ik zou haast zeggen, zijn privé-rechtsbewustzijn, moet de rechter recht doen, maar volgens het rechtsbewustzijn, dat blijkens de ontwikkeling van het recht leeft in de rechtsgemeenschap, welke hij dient” (33).

Inderdaad, indien een rechter met individualistische neigingen staat tegenover een „onmiskenbare strooming” dan is de vraag gemakkelijk genoeg te beantwoorden. Doch als de rechter deel uitmaakt van een groep, van een groote groep, en anderzijds de tegengestelde gedachte ook leeft bij een groot deel der rechtsgenooten? Moet de rechter dan de hoofden tellen en zich met de rechtsopvattingen van de meerderheid vereenigen? Of moet hij zich dan maar houden aan den z.g.n.

(32) Hierover leze men bijv. de samenvattende studie van Mr. C. WESTRATE, *Het Burgerlijk Recht in Evolutie*, De Gids 1932, II, blz. 341 v.v.

(33) T. a. p. blz. 360—361.

wil van den wetgever en dus, indien de levenden het niet eens zijn, de dooden laten heerschen, terwijl een wijziging in de rechtsopvattingen van de geheele homogene rechtsgemeenschap de macht zou hebben in strijd met den wil van den wetgever een nieuwe interpretatie te vestigen? Zou de macht van den wil van den wetgever aldus afhangen van de mate van homogeniteit die de wijziging in de rechtsopvattingen vertoont?

Vragen wij ons af wáárom de rechter niet naar zijn privé-rechtsbewustzijn mag oordeelen.

Omdat hij niet is orgaan van de *gemeenschap*, zooals SCHOLTEN zegt (34), maar omdat hij is orgaan van het *bestaande gezag*. Dáárom is rechtspraak geen individueele en subjectieve aangelegenheid van den rechter als persoon, maar een werkzaamheid die naar zijn wezen dienstbaar is aan het behoud en de handhaving van de bestaande maatschappelijke ordening, van „rust, zekerheid en orde”.

Al deze woorden, zal men vragen, hebben toch geen objectieven, algemeen aanvaardden zin?

De functie van het recht in de menschelijke samenleving geeft de richting van de interpretatie aan de hand (35). „What the courts do day by day is to apply rules the object of which is to protect the existent order . . . Law, seeking order as its highest end, attains that order by satisfying the requirements of the stronger part of society” (36).

(34) PAUL SCHOLTEN, Algemeen Deel, blz. 170.

(35) ULPIANUS, D. 47.10.15.6: *adversus bonos mores sic accipiendum non eius qui fecit sed generaliter accipiendum adversus bonos mores huius civitatis*.

Vgl. mijn opmerkingen tegen Prof. KAMPHUISEN in Ind. T. 138, blz. 626—627.

(36) HAROLD J. LASKI, „Justice and the Law” in *Studies in Law and Politics*, 1932, p. 278.

„Jede Rechtsordnung ist ein grosses System von Machtverhältnissen, die sich innerhalb eines Volkes im Laufe seiner geschichtlichen Entwicklung herausgebildet haben. Die Interessen der herrschenden Klassen, wenn sie sich dauernd behaupten, verwandeln sich in Rechte und Rechtsnormen, die von den übrigen Staatsgenossen als etwas objektiv Gegebenes Anerkennung heischen.” A. MENDER, Ueber die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft (Wiener Rektoratsrede 1895), 2 Aufl. 1905, S. 21.

Vgl. ook GUSTAV ICHHEISER, Die Antinomie zwischen Politik und Moral nach MACHIAVELLI, Zeitschr. für Völkerpsychol. und Soziologie, III, 1927, S. 302—303.

Het ontstaan en de ontwikkeling van de straf is uit dit gezichtspunt beschreven door MIECZYSLAW SZERER in een te weinig bekend boek, *La conception sociologique de la peine*, Paris 1914, die den grond van de straf meent gevonden te hebben in „la volonté

Geordend menschelijk samenleven toch is eerst mogelijk doordat zich een macht vormt, die sterker is dan elk individu op zich zelf en die zich verbonden stelt tegenover het individu (37).

„Recht treedt steeds op als een ordening boven U en mij” ik hoorde het VAN DER VLUGT zeggen (38). Het behoort tot zijn wezen dat het kan worden *opgelegd*.

..... *Pacis imponere morem* (AENEIS VI, 852); in de verbinding van deze drie begrippen is de kern van alle recht bevat. Dit inzicht beheerscht zoowel wetgeving als rechtspraak en bepaalt ook het „standpunt van den rechter”.

qu'ont les dominants de maintenir la formation sociale telle qu'elle est au moment et à l'endroit donnés” (p. 69).

„Der Richter muss rechtsschöpferisch die Entscheidung selbst finden, aber nicht nach eigenem Gutdünken, sondern unter Berücksichtigung der vorhandenen Wertungen und insbes. wie der Gesetzgeber, in Erforschung der richtungsweisenden Gedanken der herrschenden Wertordnung, heute also der naz.-soc. Rechtsidee.”

Prof. Dr. STOLL, Die nationale Revolution und das bürgerliche Recht, Dt. Jur. Ztg. 1933, Sp. 1231.

Tot rechtsnoer strekke den rechter dus „die herrschende Wertordnung”, zegt STOLL terecht, dat is heden in Duitschland de nationaal-socialistische, gisteren was het een andere, morgen kan het een andere zijn, elders is het een andere.

(37) Vgl. S. FREUD, Das Unbehagen in der Kultur, S. 55, Warum Krieg? Paris 1933, S. 29 v. en Die Zukunft einer Illusion, S. 66.

(38) Mr. W. VAN DER VLUGT, Algemeene Inleiding tot de Rechtsgeleerdheid, 1925, blz. 77.

Batavia

H. R. HOETINK

De beteekenis van art. 186 der Grondwet

Noch bij gelegenheid der behandeling in de Tweede Kamer van de interpellatie-SNEEVLIET, noch in het onlangs verschenen Witboek omtrent de uitzending van Nederlandsche troepen naar het Saargebied, heeft de regeering zich uitgelaten over de vraag of zij, krachtens de Grondwet, bevoegd moet worden geacht desnoods ook gewone dienstplichtigen aan te wijzen deel uit te maken van een Nederlandsch contingent der Volkenbondstroepen.

Een bepaalde tekst hieromtrent is in de Grondwet niet te vinden. Wel zegt art. 186 der Grondwet: „De dienstplichtigen te land mogen niet dan met hunne toestemming naar Nederlandsch-Indië, Suriname of Curaçao worden gezonden”. Maar zal men de bovengestelde vraag hiermede beantwoord kunnen achten in dien zin, dat de Grondwet een uitzending van dienstplichtigen te land naar Oost-Azië blijkbaar toelaat, mits slechts de dienstplichtigen uit ons Oost-Azië worden geweerd, tenzij hun toestemming mocht zijn verkregen?

Beter schijnt een stricte, historisch verantwoorde interpretatie, welke de bedoeling der Grondwet vast legt.

Is deze bedoeling duidelijk, dan zal zij niet kunnen worden op zijde gezet met een beroep op het Volkenrecht. Aan dit beperktere Volkenbonds-recht kan de regeering in Nederland wel de bevoegdheid ontleenen om over de weermacht te beschikken ten einde aan een Volkenbondsverplichting te voldoen, maar dit internationale recht beslist niets omtrent de wijze waarop de regeering haar medewerking zal verleenen. Het Volkenbonds-recht schept de bevoegdheid der regeering om over de weermacht te beschikken ten einde aan de Volkenbondsverplichting te voldoen. Het nationale recht regelt en beperkt eventueel de uitoefening van die bevoegdheid door de regeering.

Heeft nu ons nationale recht in de Grondwet een regeling gevonden zoodanig, dat de regeering niet bevoegd zoude zijn dienstplichtigen aan te wijzen om te behooren tot een Nederlandsch contingent Volkenbondstroepen? Wat zegt hieromtrent een stricte, historische grondwetsinterpretatie?

De vraag wordt in beginsel door de Grondwetsherziening van 1848 beslist. In 1815 bestond de vraag niet. De Grond-

wet van 1815 eischte in art. 204 dat er ten alle tijde zoude worden onderhouden „eene toereikende zee- en landmagt” „aangeworven uit vrijwilligers, hetzij inboorlingen (nationaux) of vreemdelingen, om te dienen in of buiten Europa, naar de omstandigheden”. Deze vaste krijgsmacht, deze staande armée naar het voorbeeld van het Staatsche Leger gevormd, stond ter beschikking van de regeering. Naar historische interpretatie zoude dus, wanneer niets in de Grondwet was gewijzigd, ook nu de regeering dit staande leger hebben kunnen benutten voor nieuwe doeleinden. Over de dienstplichtigen (militie) had dan de regeering zeker niet mogen beschikken, want deze beschikkingsbevoegdheid was nu juist met allerlei waarborgen omkleed. Art. 210 bepaalde: de militia mag nimmer en in geen geval naar de Koloniën worden gezonden en art. 211 luidde: „De militia kan nimmer zonder bijzondere toestemming der Staten-Generaal buiten de grenzen van het Rijk worden gezonden, tenzij in een oogenblikkelijk dringend gevaar, of ook wanneer bij garnizoensverandering de kortste marschroute over vreemden bodem loopt. In beide gevallen geeft de Koning van de door hem deswegen gestelde orders zoodra mogelijk kennis aan de Staten-Generaal”. Naar historische interpretatie zoude dus, wanneer niets in de Grondwet ware gewijzigd, de regeering nu, onder de nieuwe omstandigheden, niet de bevoegdheid hebben om over de dienstplichtigen te beschikken „buiten de grenzen van het Rijk”.

Heeft de Grondwetsherziening van 1848 dit nu gewijzigd? Op deze vraag ware het antwoord al zeer gemakkelijk, wanneer THORBECKE's voorslag ware gevolgd. Onder zijn leiding wilden de negen mannen, de commissie van 17 Maart 1848, en enkele weinige leden der Tweede Kamer bij de grondwetsherzieningsdebatten de eenheid van de krijgsmacht grondwettelijk vastleggen. In de „Bijdrage” zal THORBECKE het nog eens omschrijven. Hij teekent aan:

„*Inrigting der krijgsmacht.* In art. 176 (1) vindt men art. 202 (art. 204 van 1815) der Grondwet, dat de Commissie weglief, hersteld. De gedachte der Commissie was die der voorstellers van 1844, een droom door de waarheid, een onjuist, ijdel gebod door een uitvoerlijk plan te doen vervangen.”

Wat THORBECKE bestrijdt is het „tweederlei armee”-stelsel. „Maar de militia, zamengesteld uit vrijwilligers en lotelingen,

(1) Min. Ontw. art. 176. *De Koning zorgt, dat er ten allen tijde eene toereikende zee- en landmagt onderhouden worde, aangeworven uit vrijwilligers, hetzij inboorlingen of vreemdelingen, om te dienen in of buiten Europa naar de omstandigheden.*

is het eigenlijke eenige leger geworden; buiten hetwelk geene *toereikende*, afzonderlijk bruikbare, voltallige landmagt meer, zoo veel wij weten, aanwezig of mogelijk is". (Bijdrage, pag. 105).

„De Commissie van 17 Maart bragt, even als de voorstellers van 1844, voor tweederlei armee, door de Grondwet vruchteloos geweld, eenheid van wapenmagt in plaats."

En dan volgt op pag. 106 de voor onze vraag beslissende gedachte: „In dit stelsel van eenheid der krijgsmagt hief de Commissie de beperkingen van beschikking over de militie, die nu niet meer als afzonderlijk ligchaam voorkwam, grootendeels op". En dit sprak nu ook wel vanzelf. De ééne weermacht, te land en ter zee, stond en moest staan ter beschikking van de regeering. Ware deze voorslag gevolgd, dan zoude naar historische interpretatie de regeering nu, onder de nieuwe omstandigheden, de bevoegdheid hebben gehad ook buiten de grenzen van het Rijk over de dienstplichtigen van nu te beschikken bijv. tot het samenstellen van een Volkenbondscontingent.

Maar de Bijdrage is niet de Grondwet van 1848. THORBECKE zelf wijst er op: „Men heeft het voorstel der Commissie, even als dat van 1844, miskend". Dit „men" is duidelijk. De voorstellen tot grondwetsherziening der regeering hebben de hoofdzaak van 1815 hersteld en slechts enkele Kamerleden kozen — zonder succes — THORBECKE's partij.

De staande armee moest in allen vorm, in de Grondwet behouden blijven. Hiermede was THORBECKE's stelsel definitief verworpen.

Het regeringsontwerp van 1848 heeft dan allereerst art. 204 (202 van 1840) gehandhaafd. Naast de vaste zee- en landmacht kwam, als van ouds, aanvullend de Nationale Militie. Maar nu had de regeering toch ook iets nieuws aangedurfd en een nieuwe bepaling voorgesteld die zoude luiden: „Er is steeds eene nationale militie, zooveel mogelijk zamen te stellen uit vrijwilligers, om te dienen, hetzij te land, hetzij ter zee, op de wijze in de wet bepaald". De zee-militie werd dus in de Grondwet opgenomen. „De verpligte dienst ter zee wordt door de wet op de militie geregeld."

Tegen deze bepalingen richt zich nu het geheele verzet uit de Tweede Kamer en deze bepalingen heeft de regeering dan ook niet kunnen houden. De personeele verplichtingen van de miliciens werden gevaarlijk bedreigd geacht. De regeering scheen te vergeten dat de militie ook ter zee slechts aanvulling was van de staande armee!

Het verzet uit de Kamer dwingt de regeering ten aanzien van de zee-miliciens dan ook nog iets toe te geven. Er zal nu slechts komen te staan: Een gedeelte der militie *kan* voor de

dienst ter zee worden bestemd op de wijze door de wet te bepalen. Hiertegen was nog verzet. De heer ROMME wil niets liever dan de waarborg: „Niemand kan tegen zijn wil voor de zeedienst worden bestemd”, maar dit verzet wordt opgegeven.

Hiermede is dus de niterste grens getrokken waartoe de personeele verplichting der militie mag worden uitgebreid.

In de Tweede Kamer wordt daarnaast alleen nog gelet op de waarborgen ten behoeve der militie. Het, de miliciens beschermende, gewijzigd voorschrift: „De lotelingen bij de militie te land mogen niet dan met hunne toestemming naar de overzeesche bezittingen worden gezonden”, vindt dan ook geenerlei bestrijding. Maar niemand dacht er aan voor de militie te bepalen, wat wel geldt voor de staande armee: „om te dienen in of buiten Europa”.

Of THORBECKE's gevoelen dan in de vergadering geheel niet naar voren kwam? Zeker wel. De leden VAN DAM VAN ISSELT en VERWY MEJAN spraken in zijn geest. De laatste vraagt: „of het werkelijk zoo noodig is onze strijdkrachten bij de Grondwet zoo angstig en naauwkeurig te verdeelen in vaste zee- en landmagt en in eene nationale militie en in schutterijen? Zal bij dergelijk stelsel de eenheid der krijgsmagt bevorderd worden?”

De groote meerderheid van de Tweede Kamer volgt dezen spreker echter allermint. De eenheid der krijgsmagt is immers juist een gevaar voor de militie! De regeering wil dan ook slechts een militie met een aanvullende taak „voor de defensie van het land geschikt.” (rede van den Minister van Oorlog (2)). Slechts enkele tegenstemmers handhaven het denkbeeld van de eenheid van de krijgsmacht.

Wordt een historische, stricte interpretatie gevolgd dan kan niet anders worden gezegd, dan dat THORBECKE's stelsel is verworpen. De militie is beschermd door grondwettelijke waarborgen en door het feit dat een vaste armee althans wordt verondersteld te bestaan. De regeering wil allermint een militiedienst: „in of buiten Europa”. De Grondwet van 1848 geeft geen mogelijkheid voor de veronderstelling dat de regeering bevoegd zoude zijn om over de dienstplichtigen te beschikken buiten de grenzen van het Rijk.

Het schijnt dan ook onjuist wanneer Mr. HEEMSKERK in zijn bekende Praktijk van de Grondwet tot de conclusie komt: „de militie mag thans, zoowel buiten als binnen de grenzen, zelfs op grooten afstand van het Rijk in Europa worden gebruikt” (pag. 133).

(2) Handelingen Herziening der Grondwet 1847—1848, Tweede Deel blz. 536.

De militie was voor de landsdefensie bestemd! Er was natuurlijk iets verleidelijks in de gedachte de militie ook in Indië te gebruiken. De toestand was nu eenmaal zóó dat vrijwilligers voor Indië moeilijk waren te verkrijgen. Voor de vloot was de oude ronselarij reeds gevreesd; voor Indië moesten zeer hooge premiën worden gesteld om de vrijwilligers te engageeren. Wat wonder dat het denkbeeld op kwam, dat de regeering bevoegd zoude zijn de vrijwilligers en de lotelingen van de militie ook voor Indië te gebruiken. De Grondwet schept nu een uitzonderingsbevoegdheid voor de regeering, want met hun toestemming mogen de lotelingen althans naar de koloniën worden uitgezonden. Deze bevoegdheid is strictissimae interpretationis. De uitzondering mag niet worden uitgebreid.

Bij de nu volgende grondwetsherziening heeft de regeering-HEEMSKERK een poging gedaan deze uitzondering uit te breiden en dus de waarborg voor den dienstplichtige te verkleinen. Het regeeringsvoorstel luidde: „De dienstplichtigen te lande mogen niet dan krachtens eene wet buiten Europa worden gezonden.” Maar Buys (Grondwet, deel II, pag. 679) en de Tweede Kamer komen op voor de waarborgen ten behoeve der dienstplichtigen.

Buys wijst er op: „Niemand behoeft er zich over te verwonderen, dat dit voorstel in de afdeelingen grooten tegenstand ontmoette”. „Aan de mannelijke bevolking mochten ook door den wetgever geene verder reikende verplichtingen kunnen worden opgelegd dan die, bij art. 178 (ons art. 177) omschreven”.

Het voorschrift, dat den *wetgever* machtigt onze dienstplichtigen naar de koloniën te zenden, wordt door den tegenstand van de Tweede Kamer uit de Grondwet geweerd.

Het zoude dan naar historische interpretatie geoorloofd zijn dat de *regeering* de dienstplichtigen uitzond in of buiten Europa (mits niet naar Nederlandsch-Indië, Suriname en Curaçao)? Het antwoord schijnt ontkennend te moeten luiden.

In 1920 kwam de regeering voor de gestelde vraag te staan. De eenheid van weermacht was door de Grondwet van 1887 niet verkregen. En ook nu nog bestaan de vaste corpsen, waarbij de dienstplichtigen worden ingedeeld. Wij hebben ook nu nog het geraamte van het vaste leger en daarnaast de dienstplichtigen, die worden ingedeeld. Het door THORBECKE bestreden „tweederlei armée-stelsel” hebben wij nog.

Toen de Volkenbondsraad aan onze regeering had verzoekt een klein contingent te leveren voor het internationale leger, dat politiediensten zoude hebben te bewijzen in Wilna, schreef onze regeering na aanneming van het verzoek, uit-

drukkelijk in de memorie van toelichting bij het wetsontwerp, tot aanvulling van het hoofdstuk der begrooting (1920) voor het departement van Buitenlandsche Zaken, luidende: „Voor-schotten aan den Volkenbond ter zake van de uitzending van een detachement Nederlandsche militairen naar Wilna: *alleen op vrijwilligers kan daarvoor een beroep worden gedaan*”.

De regeering achtte zich dus aan den waarborg, ten behoeve van dienstplichtigen in de Grondwet geschreven, gebonden, en de regeering beschouwde het als uitgesloten, dat voor de verwezenlijking van dit doel een bepaalde eenheid van 's lands landmacht zou worden aangewezen. Alleen aan de mariniers en aan andere beroepssoldaten bij de bereden wapens bijv. kon worden gedacht.

Toen kwam de grondwetsherziening van 1922. De regeering-RUYS DE BEERENBROUCK dacht er niet aan bij de Staten-Generaal nieuwe en ruimere bevoegdheden ten behoeve van de regeering aan te vragen. Zoo juist had deze zelfde regeering ervaren dat art. 186 der Grondwet haar macht streng inperkte. Alleen vrijwilligers, geen dienstplichtigen mochten, in Europa worden uitgezonden om deel te nemen aan een expeditie, door den Volkenbondsraad uitgezonden in het belang van de handhaving van orde en rust in een streek waar de orde zeer gemakkelijk was te verstoren. De internationale rechtsorde was door een dergelijk optreden van den Volkenbondsraad gediend. Weliswaar waren hier geen verplichtingen van onze regeering tegenover den Volkenbond aan de orde, maar door mede te doen nam de regeering een verplichting op zich. Wanneer deze regeering de bestaande macht om vrijwilligers te zenden onvoldoende had geacht, zij had in de grondwetsherziening ook dit artikel begrepen.

Toch veranderde in art. 186 der Grondwet in 1922 niets. De regeering achtte uitbreiding van haar macht dus geenszins noodig. Verzwaring van de personeele lasten der dienstplichtigen werd niet voorgesteld.

Zoo was dus het optreden der regeering in zake de uitzending van een troepenmacht naar de Saar van te voren bepaald. Van een verplichting was geen sprake. Toen de regeering de uitnoodiging accepteerde was zij slechts bevoegd vrijwilligers (beroepssoldaten) naar de Saar te zenden en zóó is geschied.

Over de vraag of de Grondwet moet worden herzien om uitzending van dienstplichtigen mogelijk te maken, handelt dit artikel natuurlijk niet.

C. W. DE VRIES

Mr. Ir. M. M. VAN PRAAG, *Het vraagstuk der administratieve rechtspraak*. — N. Samsom N. V., Alphen a. d. Rijn, 1934.

De schr. staat, behoudens enkele afwijkingen, op het standpunt van de „Reine Rechtslehre” van Kelsen e. a., en wil onder het licht daarvan het vraagstuk der administratieve rechtspraak bezien. Op het voetspoor van genoemde richting ziet hij den staat niet meer als een reëel verband, meent hij het staatswezen niet meer als een primair verschijnsel te kunnen aanvaarden. In plaats daarvan wil hij onderzoeken, hoe de rechtsorde tot stand wordt gebracht, en komt dan tot deze analyse, dat het recht trapsgewijze, trede voor trede vanaf den abstracten, generalen oorsprongsnorm wordt concreetiseerd en geïndividualiseerd, totdat eindelijk de eindvorm is bereikt: de individueele, concrete rechtsnorm (de zoogenaamde Stufentheorie). Het tot stand brengen van de rechtsnormen op verschillende treden zijn evenzovele functies, welke rechtvoortbrengingshandelingen of rechtsfuncties genoemd kunnen worden. Het geheel van deze functies zou men dan, al acht de schr. dit overbodig, Staat kunnen noemen. Van dit staatsbegrip moet echter onderscheiden worden de Staat als rechtspersoon, welke met alle andere rechtspersonen, als naamlooze vennootschap, commanditaire vennootschap enz. op één lijn staat. Beide staatsbegrippen, welke de schr. onderscheidenlijk qualificeert als „rechtswezensbegrip Staat” en „rechtsinhoudsbegrip Staat”, staan z. i. in geen enkel verband met elkander.

Met deze onderscheiding correspondeert nu volgens den schr. een uiteenvallen van de handelingen, welke men als overheidshandelingen pleegt aan te duiden, in twee categorieën t. w. handelingen, welke het karakter van rechtvaststelling dragen, en de overige handelingen, welke dat karakter niet bezitten. Door het verrichten van laatstbedoelde handelingen onderscheidt de Staat zich niet van de andere rechtspersonen. De schr. gaat nog verder en wil een individu of college slechts Overheid noemen, voorzover het rechtvaststellingsorgaan is.

De genoemde onderscheiding acht de schr. voorts van fundamenteel belang voor het vraagstuk der administratieve rechtspraak. In de eerste plaats concludeert hij, dat de administratieve rechtspraak t. a. v. de rechtvaststellings-

handelingen het karakter van een beroepsinstantie heeft, aangezien deze handelingen zelf reeds rechtspraak in eersten aanleg zijn. Een tweede gevolgtrekking, waartoe de schr. komt, is, dat de politiedwang, waartoe bijv. in art. 210 der Gemeentewet aan den raad de bevoegdheid wordt verleend, niet voor contrôle, voor appèl vatbaar is, daar de dwang-handeling, welke zelf het karakter van rechtvaststelling bezit, onmiddellijk nadat vastgesteld is, dat de voorwaarden daarvoor vervuld zijn, voltrokken wordt en ook voltrokken moet worden. Voorts is de schr. van oordeel, dat slechts het feit, dat de z.g. administratie, die belast is met de rechtvaststelling, ook nog representant is van groote belangen, de roep naar administratieve rechtspraak heeft tengevolge gehad. Niet administratieve rechtspraak kan z. i. dan ook in deze verbetering brengen, doch scheiding en splitsing. Ten slotte wil de schr. alle z.g. overheidshandelingen, welke geen rechtvaststellingshandelingen zijn aan de contrôle van de gewone rechterlijke macht zien onderworpen.

Wat is daar nu van? Om te beginnen moge ik opmerken, dat door Prof. DOOYEWEERD in verschillende zijner publicaties de onhoudbaarheid van de „Reine Rechtslehre” van Kelsen, waarvan de schr. uitgaat, is in het licht gesteld. Het zou het bestek van deze bespreking te buiten gaan en bovendien ook weinig zin hebben de door genoemden hoogleeraar tegen die theorie aangevoerde bezwaren hier in den breede uiteen te zetten. Daartoe moge naar diens geschriften worden verwezen (1). Slechts op één punt moge hier nader worden ingegaan, t. w. de elimineering van het staatsbegrip, waartoe de schr. in navolging van Kelsen meent te moeten komen. Prof. DOOYEWEERD toch heeft aangetoond, dat deze elimineering slechts schijn is. „In de oorsprongsnorm wordt immers”, zoo merkt hij op, „onverschillig of het rechtssysteem bij het volkenrecht, dan wel bij de individueele staatsrechtsorde aanknoopt, steeds een *hoogste staatsorgaan* met de absolute, geen innerlijke grenzen kennende competentie tot rechtsvorming bekleed. En zoo is zijn vermeend juridisch functiebegrip inderdaad *geen zuiver functiebegrip*, maar veeleer *aan de individueele statelijke rechtsvorming georiënteerd*; en deze, van den staat uitgaande rechtsvorming wordt, *onder het masker eener zuiver logische systematiek*, tot de eenige en

(1) Zie zijn „De beteekenis der Wetsidee voor Rechtswetenschap en Rechtsphilosophie”, alsmede de artikelen, getiteld: „De bronnen van het stellig recht in het licht der wetsidee” in „Antirevolutionaire Staatskunde”, driemaandelijksch orgaan, in het bijzonder jaargang 1934, blz. 63 vlg.

geen competentiegrenzen kennende rechtsvorming verabsoluteerd" (2).

Dat ook bij den schr. zulks het geval is, blijkt hieruit, dat hij bij het uitzetten van het proces der rechtvaststelling steeds uitgaat van het door den staat gepositieveerde recht. Zoo wanneer hij op blz. 32 de totstandkoming van de rechtsorde wil demonstreeren aan een voorbeeld, t. w. dat der Veiligheidswet. En dan vangt hij aldus aan: „De wetgever ontleent zijn bevoegdheid aan de Grondwet, past deze toe en legitimeert daardoor haar bepalingen als rechtsnormen" (3). Ook op blz. 47 leidt de schr. de bevoegdheid tot rechtvaststelling weer af uit de Grondwet. Wel stelt hij, dat aan den top der rechtsorde de oorsprongsnorm staat. Op welke wijze men echter van deze oorsprongsnorm tot de Grondwet afdaalt, ligt bij hem volkomen in het duister. Kenmerkend is daarvoor zijn betoog op blz. 82, wanneer hij de gebondenheid der Overheid aan het recht in zijn systeem tracht te construeeren. Hij constateert daar met Kelsen, dat het kenmerkende van het positieve recht tegenover het natuurrecht is, dat het door menschen wordt gemaakt. „Maar", zoo gaat hij voort, „die rechtvaststellende mensch is weer Overheid op grond van een anderen rechtsregel, die hem tot Overheid (dat is rechtvaststellingsorgaan) verheft en slechts voorzoover die andere rechtsregel hem competentie verleent. Deze andere rechtsregel is weer het werk van menschen, op grond van een derden rechtsregel. Maar uiteindelijk (en hier maakt de schr. een salto mortale), aan den top van den kegel der rechtsorde staat een norm, die een eerste competentie vestigt, een eerste rechtvaststellingsorgaan inzet; een norm, die niet meer door menschen vastgesteld wordt, doch voorondersteld moet worden (Kelsen's oorsprongsnorm).” En dan volgt zijn conclusie: „In laatste instantie is dus het recht geen overheidswil, noch overheidsoordeel, maar schepper der Overheid". Hoe echter het door de Overheid gevormde recht ineens kan stijgen boven die Overheid en de schepper van deze kan worden, is met dit al echter nog niet aangetoond. De schakels, waar het op aankomt, ontbreken juist!

In wezen kan de schr. den staat als rechtsvormer dan ook niet ontberen en derhalve is ook bij hem het elimineeren van den staat slechts schijn. Maar met het constateeren van dit feit wordt tevens 's schrijvers opvatting van het Overheidsbegrip aangetast. Immers wanneer de staat wel degelijk als een reëel verband blijkt te bestaan, dan kan men de Overheid niet anders beschouwen dan als het complex van

(2) „Antirev. Staatskunde", driem. orgaan 1934, blz. 69.

(3) Cursivering van mij. S.

organen, waardoor dat verband wordt bestuurd en waardoor het zich manifesteert. Elke andere opvatting is dan met de werkelijkheid in strijd. Men kan natuurlijk het etiket „Overheid” wel verleenen uitsluitend aan de „rechtvaststellende” individuen en colleges, zooals de schr. doet, maar dit is dan geheel willekeurig. De onhoudbaarheid van dit overheidsbegrip volgt bovendien reeds uit het betoog van den schr. zelf, wanneer hij in zijn stelsel den buurman van art. 714 B. W. tot rechtvaststellingsorgaan en dus ook tot Overheid moet stempelen! (4)

Wel kan den schr. worden toegegeven, dat de handelingen, welke door de Overheid plegen te worden verricht, niet alle van hetzelfde karakter zijn. Zoo kan men met hem instemmen, wanneer hij constateert, dat sommige handelingen der administratie geen principieel verschil vertoonen met de rechtspraak, zooals deze door de rechterlijke macht wordt uitgeoefend. Maar daarentegen is de door den schr. voorgestane indeeling van de overheidshandelingen in rechtvaststellings- en niet-rechtvaststellingshandelingen, waarvan dan de laatste aan de contrôle van den gewonen rechter zouden moeten worden onderworpen, niet zonder meer te aanvaarden. Dit is ook weer uit 's schr.'s eigen betoog aan te toonen. Nemen we bijvoorbeeld de al of niet goedkeuring door Gedeputeerde Staten of in hooger beroep door de Kroon van gemeentebegrotingen. Schr. acht dit, en m. i. terecht, geen rechtvaststellingshandelingen. Maar dan zou men, om consequent te blijven, ook hier contrôle door den burgerlijken rechter moeten aanvaarden! Blijkbaar, heeft de schr. dit niet bedoeld, maar het volgt niettemin uit zijn betoog.

Het is duidelijk, dat men hier met een categorie overheids-handelingen te doen heeft, welke geen rechtvaststellingshandelingen zijn, maar anderzijds ook niet voor contrôle door den burgerlijken rechter in aanmerking kunnen komen. Men zal dus eerder tot een driedelige indeeling der overheids-handelingen moeten komen. Het is opmerkelijk, dat de schr. dit eigenlijk zelf erkent, wanneer hij op blz. 66 t. a. v. het al of niet goedkeuren van gemeentebegrotingen opmerkt: „Het zijn hier inderdaad zuiver quaesties van beleid, die bij het centrale gezag meer op haar plaats zijn, dan bij een administratieven rechter”. Kunnen dus niet alle conclusies, waartoe de schr. komt op grond van de indeeling der overheids-handelingen in rechtvaststellings- en niet-rechtvaststellingshandelingen juist worden geacht, zoo zijn voorts ook de gevolgtrekkingen, waartoe de schr. t. a. v. de categorie der rechtvaststellingshandelingen afzonderlijk komt, m. i. niet

(4) Blz. 52—53.

alle te aanvaarden. Juist lijkt mij zijn opmerking, dat, voor zoover de handelingen der administratie rechtvaststelling beoogen, de administratieve rechtspraak reeds het karakter van een beroepsinstantie zal dragen en derhalve nog een volgende instantie overbodig schijnt. In dit verband moge er terloops op worden gewezen, dat de veelvuldig door schr. aangehaalde Hinderwet slechts één beroepsinstantie kent, n.l. de Kroon.

Te ver gaat de schr. echter m. i., wanneer hij uit het rechtvaststellingskarakter der door de Overheid verrichte handelingen van politiedwang in verband met de hierbij bestaande noodzaak van onmiddellijk ingrijpen wil concludeeren, dat hier voor appèl of contrôle geen plaats zou zijn. Immers, dit kan geenszins volgen uit het rechtvaststellingskarakter dezer handelingen, maar evenmin uit het feit, dat de executie hier onmiddellijk moet volgen. Men kent toch bijv. ook in het burgerlijk procesrecht de executie bij voorraad niettegenstaande verzet, hooger beroep of cassatie. Wel zal een dwanghandeling niet steeds ongedaan zijn te maken, maar er bestaat toch de mogelijkheid van schadeloosstelling. Zoo geeft bijv. art. 89 van het Wetboek van Strafvordering voor het geval, dat ten onrechte preventieve hechtenis blijkt te zijn ondergaan, den gewezen verdachte aanspraak op een geldelijke tegemoetkoming ten laste van den Staat.

Ook lijkt niet zonder meer te aanvaarden schr.'s stelling, dat uit het feit, dat de administratie behalve dat zij belast is met rechtvaststelling ook nog representante is van groote belangen, zou volgen, dat niet administratieve rechtspraak, doch scheiding en splitsing hier verbetering kan brengen. De vraag moet toch rijzen, of een dergelijke verdeeling der Overheidstaak over verschillende organen wel mogelijk en wenschelijk is. Voorts is echter een dieper ingaan op dit denkbeeld niet wel mogelijk, nu de schr. met slechts een simpel lanceeren daarvan volstaat en iedere nadere uitwerking ontbreekt.

Het is uiteraard ondoenlijk op alles wat in dit boekje wordt gegeven nader in te gaan. Vermeld zij nog, dat in hoofdstuk V de kwestie van waarborg- en instructienormen en het onderscheid tusschen rechtmatigheids- en doelmatigheidsgeschillen onder de oogen worden gezien, terwijl de schr. in het laatste hoofdstuk de jurisprudentie omtrent de onrechtmatige overheidsdaad toetst aan de door hem voorgestane onderscheiding der overheidshandelingen in rechtvaststellings- en niet-rechtvaststellingshandelingen.

Ten slotte kan niet worden gezegd, dat stijl en betoogtrant het lezen van dit geschrift steeds tot een aangename taak

maken. Dikwijls is het zeer moeilijk te vatten, wat de schr. eigenlijk bedoelt. Het veel voorkomen van germanismen is waarschijnlijk een gevolg van het feit, dat de schr. grootendeels Duitsch schrijvende auteurs heeft geraadpleegd, doch dit had voor hem toch juist een aansporing moeten zijn om zich voor Deutsche smetten zooveel mogelijk te hoeden.

J. R. STELLINGA

Mr. J. THORS, *Het recht van terughouding*. (Ac. proefschrift, verdedigd te Amsterdam 10 Januari 1934).

Een frisch en interessant onderwerp, van bescheiden omvang, theoretisch aantrekkelijk en practisch van belang. Zich niet leenende tot dogmatische beschouwingen maar rijk aan juridische figuren uit het werkelijke leven, het maatschappelijk gebeuren, welke vragen om eene in het recht wortelende en tevens aan het billijkheidsgevoel beantwoordende oplossing. Waar het onderwerp in ons B. W. slechts onvolledig is geregeld en dus de *wetenschap* deze regeling heeft aan te vullen; waar in ons land — na de behandeling in de Juristenvereniging in 1873 (1) en de verhandeling van SEERP GRATAMA in het Rechtsgeleerd Magazijn (1887, 1888) — de literatuur over het retentierecht van bescheiden omvang is, was 't eene goede gedachte van Mr. THORS om zijne krachten daaraan te beproeven. Hij heeft deze taak op verdienstelijke wijze vervuld, zijn onderwerp in een viertal streng gescheiden onderdeelen afbakende, beknoptheid parende aan volledigheid en zijne denkbeelden op eenvoudige en heldere wijze ontwikkelende.

In het eerste hoofdstuk wordt het recht van retentie in drieërlei opzicht afgebakend. Vooreerst tegenover het recht — bij wederkeerige overeenkomsten — om, aangesproken tot het voldoen aan de daaruit voortvloeiende verplichting, de praestatie van de wederpartij te vorderen (*exceptio non adimpleti contractus*), welk recht, weliswaar, evenals het retentierecht steunt op het wederkeerigheidsbeginsel maar daarvan toch dient te worden onderscheiden. In de tweede plaats tegenover de schuldvergelijking, welke met de retentie veel overeenkomst vertoont en waarvan deze laatste eene aanvulling kan worden genoemd. En ten slotte tegenover het privilege, het recht, door den wetgever toegekend aan den eenen schuldeischer boven den anderen, alleen uit hoofde van

(1) „Pandrecht, praeferenzie en retentie in handelszaken” (prae-adviseurs Mr. REEPMAKER en Mr. TYDEMAN).

den aard der schuld, met welk recht de retentie dit gemeen heeft, dat de retinent in eene „bevoorrechte positie” verkeert wanneer de debiteur financieel onmachtig wordt.

Waar het recht van terughouding op een algemeen beginsel berust en geen privilege is ja zelfs daarvan verschilt, komt schrijver tot eene ontkennende beantwoording van de vraag, of het retentierecht beperkt is tot de in de wet met name genoemde gevallen; eene opvatting, welke zich — tegenover de veelal vroeger verdedigde engere leer — ook hier te lande geleidelijk baan gaat breken.

Aan dit Hoofdstuk zou ik nog willen doen aansluiten schrijver's schets (blz. 74 vlg.) van de historische ontwikkeling van het retentierecht tot een recht, hetwelk in vele opzichten meer gelijkt op *pand*, een weg, welke door het Deutsche recht werd betreden en waarop Zwitserland nog verder is gegaan, maar welke voor ons recht is afgesloten zoolang de wet niet is veranderd (2).

Wanneer wij thans — vóór het *tweede* hoofdstuk — aan de beide laatste hoofdstukken onze aandacht schenken, dan vinden wij vooreerst de vragen, *waarvoor* eene zaak en *welke* zaak mag worden teruggehouden. Vóór staat het vereischte van de connexiteit, „het verband tusschen de teruggehouden zaak en de verplichtingen, welke nakoming men door de retentie dier zaak wil bereiken” (blz. 58), een eisch waaraan de Hoge Raad in zijn arrest van 26 Juni 1914 W. 9738, N. J. 1914, bl. 1025) streng vasthield, toen hij het recht van den lasthebber ex art. 1849 B. W. beperkte tot hetgeen deze *als zoodanig* onder zich heeft. Een eisch, welke intusschen er niet toe leiden mag om den lasthebber een retentierecht te ontfangen voor de schadevergoeding, welke hij bij ontbinding der overeenkomst op grond van wanpraestatie van den lastgever kan vorderen, zulks omdat volgens de door schrijver van groot practisch belang geachte uitspraak van ons hoogste rechtscollege (arrest van 14 Februari 1929, W. 11957, N. J. 1929, blz. 1336) ook dan het bedoelde verband aanwezig is, immers ook dan 't gaat om de betaling van hetgeen de lasthebber ten gevolge van de ontbonden lastgeving te vorderen heeft, terwijl daartegenover aan het beroep op art. 1301 B. W. (werking van de ontbindende voorwaarde, zóó dat de zaak weder tot den vorigen stand wordt teruggebracht alsof er geene verbintenis bestaan had) geen afdoend contra-argument kan worden ontleend.

Een tweede punt betreft den negatieven eisch, dat het recht

(2) Onze Juristenvereniging verklaarde zich in 1873 voor een algemeen recht van retentie en privilege tusschen kooplieden ter zake van hun handel „in de manier waarop dit tegenwoordig in Duitschland bestaat” (Handelingen, II, blz. 168, 169).

van terughouding niet worde *misbruikt* om méér te krijgen dan naar recht en billijkheid van de wederpartij kan worden gevorderd, m. a. w. om den eischer te dwingen tot eene onevenredig hooge tegenpraestatie (blz. 70). Een gedachtengang, welke o. a. tot uiting kwam in de zaak, waarop betrekking had het arrest van den Hoogen Raad van 19 November 1926, N. J. 1927, blz. 546, waarbij een bewaarnemer, die retentierecht wilde uitoefenen voor eene onmatig hooge kostenvordering, in zijne verwachtingen werd teleurgesteld, en door het Gerechtshof te 's-Gravenhage werd overwogen, dat slechts die kosten kunnen worden in rekening gebracht, welke noodzakelijk zijn en redelijkerwijze voor den te verrichten arbeid mogen worden berekend.

Het laatste hoofdstuk behandelt de vraag, of het retentierecht kan worden vervangen door eene zekerheidstelling van de zijde van den eigenaar der zaak, eene vraag welke schr. bevestigend beantwoordt voor het geval dat de retentor niet enkel zijn goed recht wil uitoefenen maar door zijn retentierecht de wederpartij wil dwingen tot eene te hooge of onverschuldigde praestatie (blz. 81). Met ingenomenheid vermeldt schr. in dit verband twee beslissingen van den President der Amsterdamsche rechtbank in kort geding (1922 en 1923), waarbij op grond van het *misbruik*, hetwelk de gedaagde blijkbaar van het retentierecht wilde maken, het stellen van zekerheid ter vervanging van dat recht, werd toegestaan. En in dezen gedachtengang kan Mr. Thors zijne beschouwingen omtrent dit punt besluiten met een nadruk leggen op de *gelijkheid* van beide partijen, welke het retentierecht wil trachten te verwezenlijken, eene gelijkheid, welke door eene juiste afweging van belangen kan worden verkregen.

Thans nog eenige opmerkingen naar aanleiding van het tweede hoofdstuk, het m. i. belangrijkste gedeelte van het proefschrift, waarin de meest moeilijke en tot verschil van meening leidende vragen aan de orde komen. Het betreft de werking van het retentierecht tegenover derden, een punt van groote beteekenis omdat — naar de uitspraak van PLANIOL (3) — juist in die werking het groote nut van het recht is gelegen.

Allereerst worde dan vastgesteld, dat het retentierecht geen zakelijk recht is. Niemand minder dan DIEPHUIS was van een ander gevoelen, eenerzijds verwerpende het argument, dat op grond van het recht geene zakelijke rechtsvordering kan worden ingesteld en het *daarom* geen zakelijk recht zou zijn, anderzijds nadruk leggende op de *werking* van het recht en uit die werking zijn karakter afleidende (4). Terecht wordt

(3) Droit Civil, II, no. 2536.

(4) Systeem, VII, blz. 687.

deze leer door Mr. Thors verworpen. Waar het retentierecht in 't algemeen niet werkt ten aanzien van derden, waar bovendien daarbij niet kan worden gesproken van eene min of meer uitgebreide heerschappij over de zaak en het recht ook overigens geen der elementen van een zakelijk recht vertoont, moet het als een *persoonlijk* recht worden beschouwd, een recht dat geldt tegenover een bepaalden persoon (blz. 57). Eene beschouwing, welke de bij ons heerschende meening weergeeft en mijns inziens als juist moet worden aanvaard.

Is dus op deze wijze het terrein geëffend, dan komen thans de veel lastiger vragen, welke tot veel meningsverschil aanleiding hebben gegeven en waarvan de twee hoofdvragen hier mogen worden aangeduid.

Wij beginnen met de vraag, wát rechtens is, indien eene zaak door den eigenaar in *huurkoop* is gegeven, de huurkooper deze aan een derde in reparatie geeft, en de eigenaar haar van dien derde opvordert (het geval van de Dordrechtse Autogarage, arrest H. R. 16 Maart 1933, W. 12597, N. J. 1933, blz. 790). De voor deze casuspositie aangegeven oplossing, waarbij de huurkooper, die de reparatiewerkzaamheden deed verrichten ten bate van den eigenaar, wordt geacht te zijn opgetreden als diens negotiorum gestor, zoodat de eigenaar verplicht is de overeenkomst na te komen en het retentierecht te eerbiedigen (5), wordt door Mr. Thors verworpen, mijns inziens terecht, omdat deze constructie eene gewrongene is, immers in strijd is met het feit, dat voor het oogenblik juist de huurkooper zelf door de reparatie wordt gebaat, en de verbintenis door dezen niet in naam van den eigenaar is aangegaan (blz. 51).

Zijnerzijds wijst onze schrijver op de billijkheid en de eischen van het maatschappelijk verkeer: de *bewaarnemer* mag te goeder trouw aannemen, dat de bewaargaver eigenaar der zaak is, behoeft niet na te gaan, of 't in casu een „huurkoop-goed” betreft, en mag dus verwachten, dat de aan de zaak bestede kosten hem zullen worden voldaan; terwijl — wat den *eigenaar* aangaat — deze zich rekenschap dient te geven van de normale gevolgen welke voortvloeien uit het huurkoop-contract (waaronder de eventueele herstelling, welke de huurkooper doet verrichten) en van het risico, hetwelk hij in dit opzicht loopt, en zich dus niet kan beklagen indien hem, zijn eigendom opvorderende, een retentierecht wordt tegen-
geworpen.

Men kan met deze beschouwingen medegaan en tòch van oordeel zijn, dat voor het bedoelde retentierecht de juridische grondslag ontbreekt, dit recht in onze wet geen steun vindt.

(5) L. D. FRANK, De overeenkomst van huurkoop (ac. pr. 1929), blz. 118—120; in anderen zin Prof. CHR. ZEVENBERGEN, Het afbetalingscontract, 1930, blz. 77.

Het door schrijver gedaan beroep op art. 630 B. W. (retentierecht van den bezitter te goeder trouw) lijkt mij zwak, waar aan onze wet zelve geen argument is te ontleenen voor de stelling, dat wij deze bepaling analogisch op den houder mogen toepassen, en waar eene verwijzing naar het ontwerp-1820 (waarin aan bezitter en houder in 't algemeen dezelfde rechten werden toegekend en bepaaldelijk aan houders of bezitters te goeder trouw, die kosten tot bewaring enz. van de zaak hadden aangewend, een recht van retentie werd gegeven) onvoldoende is om die stelling te schragen. Evenmin kan m. i. de overweging, dat 't hier betreft onkosten, welke aan de zaak zijn ten goede gekomen, hier — bij de juridische constructie — uitkomst brengen. Neen! eene basis voor dit retentierecht is nòch in de wettelijke bepalingen, nòch in het stelsel der wet te vinden. Beslissend is m. i. de overweging, dat de *werking* van de tusschen den huurkoop en den houder gesloten overeenkomst tot de beide contractanten is beperkt, en dat de eigenaar der zaak, die geheel buiten deze overeenkomst stond, op geenerlei wijze (uitdrukkelijk of stilzwijgend) daartoe is toegetreden, dus zuiver als *derde* is te beschouwen en nimmer tot eerbiediging van het retentierecht kan worden gedwongen.

Dit over de eerste vraag.

Moeilijker is de andere vraag: die van de al- of niet gebondenheid van den *nieuwen eigenaar*, die door koop den eigendom der zaak heeft gekregen en nu komt te staan tegenover den *houder*, aan wien tegenover den vroegeren eigenaar het recht van terughouding toekomt. *Hier* is twijfel omtrent de juridische constructie alleszins begrijpelijk, en zijn voor eene beantwoording der vraag in *utramque partem* inderdaad deugdelijke argumenten aan te voeren.

Voor schrijver's betoog, dat op den kooper overgaat de eigendom der zaak en daarmede tevens de vordering tot afgifte, welke de verkooper tegen den houder heeft, m. a. w. dat de verkooper aan zijn opvolger niet meer recht kan verschaffen dan hij zelf heeft en het retentierecht, hetwelk aan *zijne* vordering door den houder kan worden tegengeworpen, niet door den verkoop kan doen verdwijnen (blz. 29), valt zeker veel te zeggen. Toch zou ik tot eene beantwoording der gestelde vraag in anderen zin overhellen, omdat schrijver's redeneering mij voorkomt meer te steunen op overwegingen van billijkheid dan op ons stellig recht. Waar de vordering van den oorspronkelijken eigenaar tegen den houder — waaraan het retentierecht kan worden tegengeworpen — een zuiver persoonlijke is, is naar den algemeenen rechtsregel de opvolger (nieuwe eigenaar) aan de overeenkomst niet gebonden. Deze regel moet, bij gemis van eene uitdrukkelijke afwijkende wetsbepaling, ook *hier* gelden.

„Het komt mij voor” — zegt Mr. Thors op blz. 30 — „dat de nieuwe rechthebbende bij rechtsopvolging onder bijzonderen titel *niet zuiver als derde* is te beschouwen, nu deze, hoewel oorspronkelijk een vreemde ten opzichte van de verhouding, die retentie deed ontstaan, door de opvolging *in zeker opzicht* aan die verhouding is gebonden”, in welk citaat de cursiveeringen van mij zijn. Daartegenover mag m. i. gesteld worden dat ’t juist de vraag is, of de nieuwe rechthebbende aan de bedoelde verhouding wordt gebonden, en dat, nu hiervoor geen voldoende grond kan worden aangevoerd, hij zuiver als *derde* is aan te merken. De simpele overweging van het arrest van het Gerechtshof te Amsterdam d.d. 24 Januari 1923 (W. 11119, N. J. 1923, blz. 1063) „dat met name het retentierecht van den bewaarnemer.... niet anders is dan een contractuele bevoegdheid van den bewaarnemer tegen den bewaargever om niet terug te geven vóór deze het ter zake van de bewaring verschuldigde heeft voldaan” schijnt mij zoo afdoende, dat ik ten slotte (na ernstige overweging en rijp beraad) niet aarzel om mij aan de zijde van de voorstanders der door het Hof gehuldigde leer te scharen. Het standpunt van den garagehouder, die de auto slechts aan den nieuwen eigenaar wil afgeven tegen betaling der verschuldigde kosten, moge — zooals schr. op blz. 31 opmerkt — *begrijpelijk* zijn, in onze wet vindt het m. i. geen voldoende steun.

Ik meende deze losse opmerkingen omtrent de in het tweede hoofdstuk behandelde hoofdvragen te mogen maken, waar die vragen wetenschappelijk niterst belangrijk zijn en de practijk, het maatschappelijk verkeer, telkens casusposities aanbiedt, waarvan de oplossing in de beantwoording dier vragen is gelegen. Zochten — naar de mededeeling van GRATAMA (6) — de Romeinsche juristen den grondslag van het retentierecht in de *aequitas*, de billijkheid, het rechtsgevoel (tegenover het strenge *jus civile*), dan is ’t voor het heden van belang om na te gaan, in hoeverre *rechtens* met die billijkheid moet worden rekening gehouden, *welke plaats* daaraan moet worden toegekend in die gevallen waarin de rechter over een beweerd retentierecht heeft te oordeelen. Misschien kan kennisneming van de motieven, welke niet zelden tot eene voor den retinent ongunstige beslissing leidden, er toe bijdragen om het feit te verklaren, dat — zooals SULLING opmerkt (7) — de rechtspraak het retentierecht niet welgezind is.

(6) Mr. S. GRATAMA, R. M. 1887, blz. 2.

(7) Inleiding tot het burgerlijk recht, tweede stuk (tweede druk, 1934), no. 270, blz. 439.

Mr. G. J. VAN BRAKEL, *De bevoegdheden van den Kantonrechter in burgerlijke en in strafzaken.*

De bestudeering van den inhoud van bovengenoemd handboek moet den lezer wel de overtuiging geven, dat hetzelfde hem veel meer biedt dan de titel heeft doen bevroeden.

Uit de aanwending toch van het woord „bevoegdheden” zoude men geneigd zijn te meenen, dat het schrijver’s bedoeling is geweest aan een bespreking te onderwerpen de „rechten, welke de Wet den Kantonrechter verleend heeft bij de uitoefening van zijn taak”. (De schrijver spreekt zelf op meerdere plaatsen even terecht van „bemoeiingen”). Bij nadere beschouwing evenwel blijkt de schrijver een veel ruimer terrein tot onderwerp gekozen te hebben, namelijk die taak zelve en ofschoon hij zich reeds de erkentelijkheid van velen zou hebben verworven door te compileeren datgene, wat die taak volgens de algemeene wetten is, zoo kan het wel niet anders of het feit, dat mede alle die bijzondere wetten, welke den Kantonrechter zekere werkzaamheden opdragen, door hem zijn bijeengebracht, zal die erkentelijkheid bij hen, voor wie dit werk in de eerste plaats is geschreven, nog aanmerkelijk vergrooten.

Waar dit boek nu, zooals de schrijver in zijn voorwoord aangeeft, is geschreven voor de practijk, meenden wij niet beter te kunnen doen dan, ten einde de bruikbaarheid er van als zoodanig te beoordeelen, den inhoud daadwerkelijk aan de practijk te toetsen.

Wij ontwierpen daarom een aantal casus-posities, welke — het zij eerlijkheidshalve erkend — met opzet vaak de normen van de gewone practijk te buiten gingen, casus-posities, die ons voerden van een onder voogdij staande minderjarige, die een strafbaar feit heeft gepleegd, terwijl hem tevens een erfenis is toegevallen, welke zijn voogd weigert te aanvaarden, langs partijen, die velerlei excepties tot de hunne maakten en zoo via boedelscheiding en diverse machtigingen naar de Crisispachtwet.

Zonder voorbehoud kan worden verklaard, dat ons in alle die gevallen, waarin wij het boek van Mr. VAN BRAKEL raadpleegden, het ons een volledig en betrouwbaar raadsman gebleken is te zijn. Als gemis voelden wij slechts de afwezigheid van een alfabetisch register en van een opsomming van de in de tekst behandelde c. q. aangehaalde wetsartikelen, een en ander met de verwijzing naar de betreffende pagina’s. Bij een tweeden druk, welke, naar wij vertrouwen, niet lang op zich zal laten wachten, moge deze opmerking wellicht de aandacht van den schrijver hebben.

Uit de slot-beschouwing, zonder dewelke de schrijver zijn

werk niet heeft willen besluiten, blijkt, dat ook hij behoort tot degenen, die herziening van de kantonale procedure dringend noodig achten. De enkele door hem aangehaalde sprekende voorbeelden zouden wij met vele andere kunnen aanvullen; zoo lang echter door de harde tijdsomstandigheden genoodzaakt, het Departement van Justitie alle krachten op een crisis-wetgeving moet blijven concentreren, tot zoo lang zullen de wenschen nopens wijziging van de Kantongerechts-procedure wel tot de vrome blijven behooren.

H. JUDELL

C. GRUYS, *De strijd over de historische interpretatie*. — Utrecht, Acad. proefschrift, 1933.

Moge al het befaamde opstel van SUIJLING „Wetsuitleg en historisch onderzoek” in *Rechtsgeleerd Magazijn* 1915, blz. 723 v. niet van eenzijdigheid zijn vrij te pleiten, anderzijds deed de origineele hoogleeraar er goed aan ook de schaduwzijden van „historische” wetsuitlegging nog eens in het licht te stellen. In het bijzonder was diens opstel belangwekkend ook daarom, wijl ’t duidelijk deed zien, hoe de z.g. historische wetsuitlegging slechts een ondergeschikte rol kan spelen, zoodra ’t niet gaat om zonder méér de wordingsgeschiedenis van een wets- of rechtsvoorschrift uiteen te zetten, doch om haar te bezigen, wanneer het recht moet worden toegepast. Moge ’t eerste de taak zijn van den rechtshistoricus, ’t laatste blijft de taak van ieder, die het recht — niet: de wet! — moet toepassen en wel in den vorm eener rechtsbeslissing in een concreet geval, waartoe de rechter of de arbiter geroepen is. Hem toch, in het bijzonder den rechter — de taak van den scheidsman laten wij eenvoudigheidshalve hier buiten bespreking — is ’t niet te doen om de (historische) wetsuitlegging zonder méér, doch integendeel speelt deze, gelijk SUIJLING in het licht stelt, bij de rechtspraak slechts een ondergeschikte rol, ja zelfs kan zij door den rechter op zijde gesteld worden, indien de uitkomsten van het historisch wetsonderzoek in strijd zou komen met een rechtsbeslissing, waarbij immers ook andere factoren een rol spelen: de goede trouw, althans de behoeften van het maatschappelijk verkeer enz.

T.a.v. den schrijver van het proefschrift, waarvan een bespreking hier aan de orde is, moet nu de vraag gesteld worden, of hij zich wel steeds voldoende voor oogen gehouden heeft bovenbedoelde tweeledige strekking van de historische wetsinterpretatie, t.w. die, waarbij deze, gelijk bij den rechtshistoricus, uitsluitend doel is, en die andere,

waarbij zij, zooals bij de rechtstoepassing het geval is, slechts hulpmiddel is. Schrijver bedoelt blijkens zijn geheele betoog uitsluitend de rol aan te geven, die de historische interpretatie kan spelen bij de rechtstoepassing, doch met zooveel woorden wordt zulks niet door hem uitgesproken, en slechts uit den opzet van zijn boek valt 't op te maken. Trouwens ook uit den titel van zijn werk, dat wellicht beter met: „De strijd *om* de historische interpretatie” aangeduid ware, is zulks af te leiden.

Gevraagd mag echter worden, of schrijver zijn onderwerp, de aanwending van historische wetsuitlegging bij de rechtstoepassing, niet eenvoudiger had kunnen opzetten. Thans immers maakt zijn boek, hoeveel wetenswaardigs 't ook bevat, den indruk een onsamenhangenden inhoud te hebben, hetgeen reeds blijkt uit het eerste hoofdstuk, getiteld: „Beginselen der gangbare rechtsbeschouwing”, waarbij hij een reeks onderwerpen aan de orde stelt, die op zichzelf belangrijk mogen zijn, doch slechts in verwijderd verband staan met zijn eigenlijke onderwerp t. w. of en, zoo ja, in hoeverre bij een rechtstoepassing gebruik mag worden gemaakt van historische wetsuitlegging.

In Hoofdstuk I toch stelt schrijver aan de orde niet minder dan 6 onderwerpen: 1. het onderscheid tusschen *jus constitutum* en *jus constituendum*; 2. het wetenschapskarakter der rechtswetenschap (bedoeld is: het normatieve karakter van het recht, in tegenstelling met het „feitelijk” karakter der natuurwetenschappen); 3. het beroep op axiomata (d. w. z. het gevaar, verbonden aan het zich beroepen op „Romanistische” (?) stelregels: „*nemo plus . . .*” enz.); 4. de onwenselijkheid van den jurist om zich te beroepen op het „logische” of „natuurlijke” eener rechtsbeslissing; 5. den willekeur inzake de bewijslast-verdeeling, alsmede 6. het door den jurist veelal aangewezen verschil tusschen theorie en praktijk, wanneer 't gaat over een bepaalde interpretatie.

Dit alles moge interessant zijn, doch afgezien van de beknoptheid van schrijver's beschouwingen op dit gebied — in 18 bladzijden worden al die vragen afgedaan — heeft het geheele eerste hoofdstuk al heel weinig te maken met den strijd „om” de historische (wets)interpretatie, waaraan hij zijn onderzoek wil wijden. Eveneens ware als een bezwaar van schrijver's werk aan te merken, wanneer hij in hoofdstukken 7 en volgende een beschouwing wijdt aan wat hij noemt: „woord en begrip”; „causale en teleologische rechtskennis”; het woord „historisch” en zijn gevaren; de suggestie van het woord „interpretatie”; „de interpretatie als het centrale probleem”, en de methode van interpretatie. Veel wetenswaardigs, niet alleen omtrent het verschil in strekking van elk historisch onderzoek voor den rechtshistoricus

— vgl. o. a. blz. 126 — resp. voor den rechter, wordt daarin door schrijver ten beste gegeven, evenals omtrent het wezen van elke wetsuitlegging zelve, doch een duidelijk beeld omtrent de door schrijver aan de orde gestelde strijdvraag, of historische wetsinterpretatie al dan niet geoorloofd is, vindt men daarin niet weergegeven.

Meer ter zake dienende schijnt ons daarentegen schrijver's, zij 't ook kort gehouden hoofdstukken II en III, waarin hij von SAVIGNY's interpretatietheorie en, in het bijzonder, diens invloed in de 19e eeuw behandelt, ook al komt hij hierbij aanstonds tot interpretatievoorbeelden uit arresten (en daaraan voorafgaande conclusies) door den Hoogen Raad gegeven in de latere jaren; niet alleen b.v. van 1881, dus zeer geruimen tijd na SAVIGNY's optreden, maar zelfs van 1922 (blz. 35). Dadelijk daarna, in hoofdstuk IV, gaat schrijver dan over tot degenen, die zich tegen de historische (wets)-interpretatie gekant hebben: eenerzijds KOHLER in Duitschland, en SULLING hier te lande, anderzijds de aanhangers der z.g. vrije rechtspraak („vrije rechtsvinding”), waarna hij in hoofdstuk V in het bijzonder SCHOLTEN — vgl. diens Algemeen Deel in ASSER's Handleiding — ter sprake brengt ten einde daarmede aan te toonen, hoe de tegenstelling tusschen vrije en gebonden rechtsvinding opgeheven kan worden. In hoofdstuk VI geeft schrijver vervolgens een uitvoerig — zeer leerzaam — overzicht (1) van civielrechtelijke en strafrechtelijke alsmede staats en administratiefrechtelijke beslissingen, waarbij wetsuitlegging met zooveel woorden aan de orde komt. Hier nu is schrijver aangeland tot het uitgangspunt van zijn eigenlijke onderwerp, en ontvouwt hij ons een beeld der rechtspraak in den loop der jaren, voor zoover daarbij in meer of minder mate rekening gebruik is gemaakt van de historische wetsuitlegging. Gelijk schrijver terecht opmerkt — blz. 97 —, is daarbij van een consequent doorgevoerd systeem van interpretatiemethode geen sprake gebleken: somtijds toch past de Hoge Raad in het bijzonder de historische interpretatie wel toe, in andere gevallen wil ons hoogste rechtscollege niets daarvan weten, doch wordt een teleologische interpretatie gevolgd: niet alleen in civilibus geldt dit, doch, gelijk schr. terecht opmerkt en met voorbeelden staamt, ook in strafrechtelijke en administratiefrechtelijke beslissingen.

Moge blijkens de door ons in alle bescheidenheid gegeven opmerkingen omtrent schrijver's werk de indeeling daarvan niet gelukkig zijn te achten — hij had o. i. beter gedaan eerst

(1) Jammer genoeg wordt daarbij in den regel uitsluitend het W. v. h. R. aangehaald en de Nederl. Jurisprudentie meestal verzwegen.

het rechtspraak-overzicht aan de orde te stellen om daaruit zijn conclusies te trekken en daaraan desgewenscht nog eenige theoretische beschouwingen vast te knoopen, waarbij de tegenstelling *SULJING-SCHOLTEN* e. a. duidelijk in het licht gesteld, werd —, dit alles neemt niet weg, dat den veel belezen schrijver hulde toekomt voor zijn omvangrijken arbeid: ook al heeft hij er o. i. veel te veel bijgehaald, wat hij beter achterwege had kunnen laten, zijn werk blijft een bron van materiaal, zoodra men zich omtrent den huidige stand der historische wetsinterpretatie wil oriënteren: in zooverre kan schrijver met voldoening op zijn arbeid terugzien.

Arnhem

G. J. VAN BRAKEL

Mr. D. C. H. VERDAM, *Geschiedenis en inhoud der sociale wetgeving*. — Uitgave Handelswetenschappelijke Bibliotheek, Leiden.

In de groote serie-uitgave der Handelswetenschappelijke Bibliotheek te Leiden zullen de twee keurige deeltjes van Mr. VERDAM zeker geen slecht figuur maken. Met een weinig geschiedenis, telkens tot inleiding en met weinig theorie, wordt een goed overzicht der nederlandsche sociale wetgeving gegeven. De inhoud wordt door opsomming van de materie, niet door onderscheiding van leerstelling verkregen.

De doelstelling van het boek houdt verband met bepaalde exameneischen. Van een algemeen hand- of leerboek is dus geen sprake. De schrijver gaat samenvattend, ordelijk en eenvoudig te werk. De eigenlijke theoretische moeilijkheden en onderscheidingen worden gepasseerd; met de historische „vraagstukken” geen rekening gehouden. Bereikt is dat de leek in staat is gesteld, zonder de noodzakelijke juridische opleiding te hebben genoten, den weg te vinden in wat een doolhof voor hem scheen.

Of een dergelijk werk nu ook een prikkel is tot meer diepgaande studie? Ik geloof het niet. Een werk als dit leert juist met de gegeven stof genoeg te nemen. Maar wellicht dat de schrijver tot zich zelf zegt: een volgende keer wil ik dieper graven; de historie zelve onderzoeken; daardoor van zelf kleine — eigenlijk onbegrijpelijke — foutjes wegnemen, die alleen konden gemaakt worden omdat niet werd geschreven uit de volheid van veroverde kennis maar met behulp van de gelezen boeken. Lang niet alles werd uit de eerste hand bewerkt.

De leek kan met dit werk uitnemend volstaan. Tal van examen-vragen zijn in de beschrijving verborgen en beantwoord.

C. W. DE VRIES

J. N. ELENBAAS, *Handboek voor de beoefening van het Nederlandsche administratieve recht*, 5de druk (deel III, Volksgezondheid, bewerkt door Mr. L. Lietaert Peerbolte; deel IV, Hinderwet e. a., bewerkt door Mr. A. Koelma).

Het bekende handboek van ELENBAAS beleeft zijn vijfden druk, den eersten, die niet meer door den schrijver zelf is bewerkt.

Of bij de hierboven genoemde deelen nog gebruik is gemaakt van de plannen, welke ELENBAAS blijkens het voorbericht bij deel I reeds met den uitgever had besproken, is niet na te gaan. In ieder geval heeft elk der bewerkers op zijn arbeid een eigen stempel gedrukt. De behandeling van het deel „Volksgezondheid” door den Directeur-Generaal van de Volksgezondheid draagt het sterk persoonlijke, hier en daar haast polemiserende karakter, dat ons ook uit andere werken van dezen auteur bekend is. In tegenstelling daarmede bewaart Mr. KOELMA in deel IV meer de methode der wetenschappelijke objectiviteit.

Deel III bevat, na een eenigszins schetsmatige inleiding over de ontwikkeling van het begrip „volksgezondheid” en van de Overheidstaak op dit gebied, in de eerste afdeeling („Volksgezondheid”) achtereenvolgens een behandeling van het Staats-toezicht, de uitoefening der geneeskunst en der artsenijsbereiding, de Begrafeniswet, de wetgeving tot bestrijding van besmettelijke ziekten, de drankwetgeving en het toezicht op levens- en genotmiddelen. Daarna volgt in afdeeling II („Volks-huisvesting”) een bespreking van de Woningwet en de Landarbeiderswet, ingeleid door eenige algemeene beschouwingen.

Van den ouden ELENBAAS is in deze indeeling, evenals in de behandeling zelve, weinig meer te herkennen. In zeker opzicht is dit het werk ten goede gekomen. Bij alle verdiensten van den oorspronkelijken schrijver had diens liefde voor het detail toch wel dikwijls tot gevolg, dat men de groote lijnen uit het oog verloor. Ontegenzeggelijk geeft de nieuwe bewerking den gebruiker een veel beter inzicht in den geest en de structuur der behandelde wetten en uitvoeringsmaatregelen, alsook in het onderlinge verband tusschen al deze regelingen, die gezamenlijk het in de inleiding geschetste gebied der volksgezondheid bestrijken. Dat hier bovendien een man aan het woord is, wien de bij zijn onderwerp betrokken volksbelangen na aan het hart gaan, blijkt op menige bladzijde overduidelijk en ook dit draagt er toe bij, het werk meer tot den lezer te doen spreken.

Daartegenover heeft de bewerking echter de niet te missen schaduwzijde, dat zij op verschillende punten de

studiosi — voor wie het boek toch in de eerste plaats bestemd is — te veel aan zich zelf en aan de commentaren van den schrijver en anderen overlaat. Al zij den bewerker gaarne toegegeven, dat het zelf verwerven van gedetailleerde wetskennis den gebruikers meer ten nutte zal zijn dan een volledige beschrijving van den wettekst in het handboek, dit behoeft toch niet mede te brengen, dat de bewerking hier en daar in een ander uiterste omslaat en de detaillering bijwijlen geheel of nagenoeg geheel achterwege blijft. Zoo kan het bezwaarlijk aan den opzet van het handboek beantwoorden, indien b.v. een belangrijke en ingewikkelde wet als de Drankwet met een summiere behandeling in 10 bladzijden (102—112) wordt afgedaan, waarna de lezer voor verdere bijzonderheden wordt verwezen naar de commentaren. Het maakt het werk als geheel ook eenigszins onevenwichtig, wanneer daarnaast aan andere, voor de praktijk zeker minder belangrijke onderwerpen een naar verhouding veel meer gedetailleerde behandeling wordt gegeven (zoo b.v. de uitoefening der geneeskunst en der artseneijbereidkunst, blz. 36—66). Ook de juiste verhouding tot de in afzonderlijke deelen behandelde wetten (deel II, Onderwijs, deel IV, Hinderwet e. a.) komt op deze wijze wel eenigszins in het gedrang.

Over het geheel kan men zich niet aan den indruk onttrekken, dat door een te vluchtige bewerking van deze, den schrijver zoozeer vertrouwde stof de finishing touch ontbroken heeft, zoowel ten aanzien van de evenmaat in de bespreking der verschillende onderdeelen, als met betrekking tot de rangschikking daarvan in het kader van het geheel. Dat b.v. de „buitenwettelijke strijd voor volksgezondheid (tuberculose, kinderhygiëne, geslachtsziekten)” een plaats heeft gevonden onder de paragraaf „Toezicht op levens- en genotmiddelen”, had toch bij de revisie wel de aandacht moeten trekken.

De inhoud van het boek leent zich niet voor bespreking in een beperkt bestek. Daarvoor is de stof te veelzijdig en levert de behandeling ervan — vooral bij onderwerpen als Drankwet, Woningwet, e. d. — te veel vraagpunten op. Slechts enkele algemeene trekken dienen te worden vermeld, omdat deze van invloed zijn op de waardeering van het werk als handboek voor studeerenden.

Wat het meest opvalt is de op menig punt sterk subjectieve kleur der behandeling, waarbij de schrijver zich soms door zijn sentiment te ver laat medevoeren; dit laatste b.v. bij zijn weinig fraaien — en zeker in een leerboek misplaatsten — uitval over de „Nederlandsche politieke beteekenis” van het woord „neutraal” (blz. 129). Al naar de persoonlijke inzichten van den bewerker verkrijgen de besproken onder-

werpen nu eens rijkelijk veel relief, om elders weder al te zeer in de schaduw te blijven. Men bespeurt duidelijk, waar de schrijver stokpaardjes uit de departementale stoeterij berijdt. Ik denk hierbij o.m. aan de in beginsel voortreffelijke, doch ten slotte in een overdreven voorstelling uitlopende beschouwingen over de tegenstelling ééngezinshuis-meergezinshuis (blz. 134 e. v.); verder aan de veroordeeling der „onwettige” praktijk van stratenplannen i. p. v. uitbreidingsplannen en van privaatrechtelijke regeling der bebouwing i. p. v. (of naast) publiekrechtelijke (1), welke zelfs geadstrueerd wordt door de volledige opneming onder de (twee) bijlagen van het K. B. van 7 Juli 1932, S. 329 (blz. 165/167 en bijlage II). Hoe zou men wenschen, dat eenzelfde vuur den schrijver had bezielde bij de behandeling van het euvel der lintbebouwing, dat zeer onvolledig in één bladzijde wordt afgedaan (blz. 161/162) of in het algemeen ten aanzien van een groot volksbelang als het behoud van natuurruimte en natuurschoon.

Een hiermede verwante trek is, dat de kritiek vaak eenzijdig is gericht. De schrijver is niet zuinig met het geven van slechte aantekeningen en vooral niet (zooals ook reeds in zijn vroeger werk bleek), indien hij die kan toebedeelen aan de lagere organen in het staatsbestel. Ik veroorloof mij de volgende bloemlezing. Op blz. 142 heet het: „Reeds eeuwen geleden waren er gemeenten, welker overheid zich met gebruik van grond en plaatsen van opstallen bemoeide, maar dat alles was primitief en had niet bepaald een ethisch of sociaal motief”. Op dezelfde bladzijde lezen wij: „zoolang gemeentebesturen den bril van het individueele eigenbelang op den neus hadden, gebeurde er niets (2) en men kan helaas — ondanks de Woningwet — nog niet zeggen, dat zij allen dien bril hebben afgezet; met name geldelijke belangen van grondeigenaren en grondspeculanten spelen nog meermalen aan die groene tafels een bedenkelijke en voor de gemeenschap schadelijke rol” (3). Aan de vermelding van het gebod tot vaststelling van bouwverordeningen (blz. 147) acht de schrijver het noodig toe te voegen: „Maar het lag ook voor de hand, dat de wetgever de gemeenteraden niet vrij liet wat betreft de wijze van naleving van dat gebod. Hij kende zijn pappenheimers.” En in gelijken zin treft ook op andere plaatsen een met name voor de gemeentebesturen geringschattende toon.

(1) Zie over deze laatste vraag het rapport der daartoe vanwege het Ned. Instituut voor Volkshuisvesting en Stedebouw ingestelde commissie, opgenomen in «Gemeentebestuur» 1934, blz. 351 e. v.

(2) D. w. z. in het belang der volkshuisvesting.

(3) Soms tijds helaas ja, maar vinden die belangen ook niet wel eens hogere beschermers tegen de gemeenten?

Afgezien van de vraag, of deze geesteshouding gerechtvaardigd is, kan een leerboek voor studiosi toch wel niet de plaats worden geacht om haar op een dergelijke wijze tot uiting te brengen. Te minder, omdat de kritiek op de lagere organen niet haar evenwicht vindt in een even vrijmoedige houding ten aanzien van hetgeen in de behandelde materie aan den wetgever en de Regeering kan worden toegerekend. Wel bekent de schrijver ergens, dat niet alles wat de wet bepaalt goed is, en betreurt hij elders het ontbreken van een ziekenhuis- en ziekenfondswetgeving, maar op die plaatsen, waar voor kritiek ten opzichte van de wetgeving op de volksgezondheid gereede aanleiding zou zijn geweest — en juist tegen deze wetgeving is zoowel uit een oogpunt van wetstechniek als uit een van samenhang met de organieke wetten zeker wel het een en ander aan te merken! — zoekt men daarnaar te vergeefs. Een kenmerkend staal van de wijze, waarop de schrijver zijn materie ziet, levert wel de bespreking van het in 1932 gestrande, naar vrij algemeen oordeel lang niet feillooze ontwerp-geneesmiddelenwet (blz. 52); een bespreking, welke wel zeer de verbondenheid van den schrijver met het wetsontwerp verraadt.

Hier treedt een bezwaar voor den dag van de omstandigheid, dat de schrijver tevens als Directeur-Generaal van de Volksgezondheid de behandelde materie onder zijn hoede heeft. Dit bezwaar raakt een verschijnsel van meer algemeenen aard. Een enkele opmerking daarover mag dan ook niet achterwege blijven.

Het wordt in de laatste jaren meer en meer gebruik, om voor het bewerken van commentaren e. d. een beroep te doen op hooggeplaatste Regeeringsambtenaren, die bij de voorbereiding en uitvoering van de desbetreffende wetten zijn betrokken, waarna deze werken dan met een aanprijzing als afkomstig te zijn van „zeer bevoegde hand” aan het publiek worden aangeboden. Voor zoover hierdoor een zoo deskundig mogelijke voorlichting wordt bereikt, is zulks niet anders dan te loven. De schrijvers en uitgevers zullen ook stellig niets anders bedoelen. Niettemin acht ik het zeer de vraag, of het gesignaleerde gebruik wel aanbevelenswaardig is.

Wat is immers het groote gevaar der commentaren e. d. van „zeer bevoegde hand”? Dat zij door de gebruikers niet alleen, zelfs niet in de eerste plaats zullen worden gewaardeerd naar hun innerlijke waarde, doch naar de ambtelijke positie en den invloed van de schrijvers en dat dientengevolge de daarin verdedigde meeningen voor studie en praktijk, maar vooral voor deze laatste, een zoodanig gezag zullen hebben, ook wanneer zij dat op zich zelf genomen zouden moeten missen, dat een vrije ontwikkeling der administratieve jurisprudentie

over die onderwerpen welhaast bij voorbaat is uitgesloten. Ook zonder dat de schrijvers dat bedoelen worden hun commentaren door velen, vooral in de kleinere gemeenten, bejegend met een eerbied, die slechts door het daaraan toegekende semi-officieele karakter is te verklaren. In het algemeen ziet men nu eenmaal op tegen conflicten en wanneer men dan de wetenschap heeft, dat het eigen inzicht afwijkt van de authentieke leer dier commentaren, bedenkt men zich wel eens alvorens dat inzicht bij de uitvoering der wettelijke regeling te handhaven tegenover de meening van hen, die op de in hoogste instantie te geven beslissing een belangrijken invloed kunnen hebben. Het lijdt weinig twijfel, of het veldwinnende systeem der semi-officieele wetsinterpretatie voert in belangrijke mate tot het ongewenschte gevolg, dat de Rijksadministratie — althans in feite — zelve vraagpunten van uitlegging beslist, waarvoor naar de bedoeling van den Wetgever de administratieve rechtspraak was aangewezen.

Daarenboven is het als een niet minder ernstig bezwaar te beschouwen — vooral in een tijd, nu ook het uitlokken van contraire besluiten een vroeger ongekenen omvang heeft aangenomen — dat, zoo het tot een administratiefrechtelijk geschil komt, bij de behandeling door de afdeeling contentieux van den Raad van State reeds bekend is, hoe het inzicht luidt van den Regeeringsambtenaar, door wien de verantwoordelijke Minister zich bij het overwegen van haar advies zal doen voorlichten. Voor de afdeeling, die toch reeds niet het laatste woord heeft, schept dit nog te meer een sfeer van onvrijheid.

Het is onnoodig op te merken, dat deze beschouwingen in sterker mate gelden voor commentaren, dan voor een handboek als het thans besprokene. Het algemeene verschijnsel, waarop ik wees, scheen mij echter van te veel belang, om dat niet — met eerbiediging, ik herhaal het, van de uiteraard prijzenswaardige intenties van de schrijvers — in dit verband aan te roeren.

Kan de waardeering van deel III niet geheel onvermengd zijn, deel IV stelt den beoordeelaar voor een dankbaarder taak.

Afdeeling I hiervan (Hinderwet) vangt aan met een geschiedkundig overzicht en een behandeling van de grondslagen der wet. Daarna volgen beschouwingen over het verband tusschen de Hinderwet en andere wetten en over de bevoegdheid van den gemeenteraad. Het verdere deel van deze afdeeling bevat een bespreking van de bijzonderheden der wettelijke regeling. De afdeelingen II en III behandelen achtereenvolgens de Veiligheidswet en de Stoomwet, voor zoover zulks noodig is om van de algemeene strekking dezer wetten een indruk te geven.

In verband met den opzet van het handboek neemt de behandeling van de Hinderwet de voornaamste plaats in. Deze kenmerkt zich door helderheid en systematischen zin; zij is, hoewel beknopt, zeker voldoende voor hen, wien het werk in de eerste plaats beoogt te dienen en zal ook voor degenen, die zich met de toepassing der wet hebben bezig te houden van nut kunnen zijn. Dat niet alle detailvragen bespreking vinden, mag geen verwondering wekken. In dit opzicht, evenmin als bij het vermelden der uitgebreide jurisprudentie, zou volledigheid in het kader van het handboek te bereiken zijn geweest.

Mr. J. VINK

INHOUD VAN BINNEN- EN BUITENLANDSCHE RECHTSGELEERDE TIJDSCHRIFTEN

Nederlandsch Juristenblad, 10e jaargang, no. 1. — v. OVEN, Handelsdaden, kooplieden en art. 1934 B. W. exeunt. — ZAAIJER, De Hooge Raad en de autobusdiensten; no. 2. — PARSEER, Het gewijzigd Wets-ontwerp op de Handelsagenten en Handelsreizigers (I); no. 3. — DE BEUS, Het arrest van het Permanente Hof in de zaak-Chinn; PARSEER, Het gewijzigd Wets-ontwerp op de Handelsagenten en Handelsreizigers (II, slot); no. 4. — DE HAAN, Film en auteursrecht (I). — DIJKMANS v. GUNST, De radio-omroep en het recht; no. 5. — LANGEMEIJER, „Crisis” en verscherpte straffen. — DE HAAN, Film en auteursrecht (II, slot); no. 6. — MARX, Keuze en werkwijze onzer deskundigen in strafzaken; no. 7. — KOLLEWIJN, Echtscheiding van Duitsers in Nederl. Indië en in Nederland; no. 8. — VON SCHIMD, De Revolutie-gedachte in de Thomistische wijsbegeerte; no. 9. — TAVERNE, Op den grondslag der telastlegging (I); no. 10. — TAVERNE, Op den grondslag der telastlegging (II, slot).

Weekblad van het Recht, jaargang 1935, no. 12849. — v. BEMMELEN, Het juridische jaar 1934. — VERZIJL, Het nieuwe Kongo-recht (I); no. 12850. — VERZIJL, Het nieuwe Kongo-recht (II, slot); no. 12853. — RÜLING, Verscherpte vrijheidstraf?; no. 12858. — VERZIJL, Openbaarheid of geheim der internationale raadkamer (I)?; no. 12859. — VERZIJL, Openbaarheid of geheim der internationale raadkamer (II)?; no. 12869. — KRANENBURG, De Hooge Raad en de aanvullingsbevoegdheid; no. 12870. — SCHOKKING, Overspanning der delegatie?; no. 12877. — KRANENBURG, De „aanvullingsbevoegdheid”.

Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-amt en Registratie, jaargang 65, no. 3393. — MEIJERS, De uitbanning der kooplieden en der handelsdaden uit ons recht (I). — DE LANGE, Hypotheekrecht en sierteeltvergunning. — ADRIANI, Een schattings-kwestie; no. 3394. — MEIJERS, De uitbanning der kooplieden en der handelsdaden uit ons recht (II); no. 3395. — MEIJERS, De uitbanning der kooplieden en der handelsdaden uit ons recht (III, slot); no. 3396. — ADRIANI, Het begrip „Vermogen” in het belastingrecht (I). — BUNING, Ambtszegel; no. 3397. — ADRIANI, Het begrip „Vermogen” in het

belastingrecht (II); no. 3398. — ADRIANI, Het begrip „Vermogen" in het belastingrecht (III, slot); no. 3399. — SCHOLTEN, Eggens' Bewijsrecht (I). — KUIJK, Hypotheekrecht en sier-teeltvergunning; no. 3400. — SCHOLTEN, Eggens' Bewijsrecht (II, slot); no. 3401. — DUIJFJES, Een vraag van huwelijks-goederenrecht; no. 3402. — LAND, Uitlegging van belasting-wetten in crisis-tijd.

Indisch Tijdschrift van het Recht, deel 140, afl. 5. — ZEYLEMAKER, Het ontwerp van de commissie-Harthoorn en de procesgang in eersten aanleg voor de raden van justitie. — BUDDINGH DE VOOGT, Het ontwerp van de commissie-Harthoorn en de arbeidszaken; afl. 6. — WEYERS, Nieuw burgerlijk procesrecht I. De waarheidsplicht; — LEMAIRE, Gedeeltelijke onderwerping aan het Europeesche burgerlijk-handelsrecht en faillissement.

Deutsche Juristen-Zeitung, Jhrg. 40, Heft 1. — KISCH, Ziel und wege einer Zivilprozessreform — VON GLEISPACH, Grundsätzliches zum kommenden deutschen Strafrecht. — MÜGEL, Die Falligkeit der Aufwertungshypotheken. — MASZ-FELLER, Die Stellung des Arztes im Verfahren vor dem Erbgesundheitsgericht. — SEIDEL, Ueber die wirtschaftliche Not des juristischen Nachwuchses. — ENGELHARDT, Kosten des zur Hauptsache erledigten Beschwerdeverfahrens. — ZAPF, Ist das Führen von Kraftfahrzeugen in angetrunkenem Zustande noch strafbar? — KÖSTER, Der rechtliche Charakter der Frontzulage.

Jhrg. 40, Heft 2. — HÖHN, Führer oder Staatsperson? Um eine neue Staatsrechtliche Dogmatik. — LEHMANN, Die Zukunft der Wirtschaftswissenschaften im neuen Deutschland. — FISCHER, Neugestaltung der Zwangsvollstreckung. — AUBARTIN, Notstand und Verfassung. Eine Entscheidung des Obersten Bundesgerichts der Vereinigten Staaten. — GOLD-MANN, Die Jugend des Führers in der Akademie für Deutsches Recht. — BRAUWEILER, Die ersten Entscheidungen in der sozialen Ehrengerichtbarkeit. — VOLKMANN, Die Neuregelung des Vorfahrtrechtes. — WEIMAR, Firmenänderung der schuldig geschiedenen Handelsfrau. — SCHACK, Ersatzansprüche bei Verfolgung von Verbrechern.

Jhrg. 40, Heft 3. — GRIMM, Die Emigranten an der Saar. — MEZGER, Sicherungsverwahrung und Entmannung in der Praxis. Ein Jahr Gesetz gegen Gewohnheitsverbrechen. — WALDMANN, Patentsgesetz und Patentrecht. Das neue Patents-gesetz als Vorläufer für ein „Deutsches Rechtsbuch über das geistige Erbgut". — GLISZMANN, Preisüberwachungsrecht. — ERDSIEK, Strassenhandel und Gemeingebrauch. — ARNOLD, Kommt dem Absinken des Dollars ein Einfluss auf deutsche

Schuldverschreibungen zu? — WEYMANN, Macht Trunkenheit allein den Kraftwagenführer schon strafbar? — DÖLLE, Anerbfolge und Vorerbschaft. — BUNGE, Eheverbot des § 1313 B. G. B. und Parteiwillkür. — ERMEL, Die Anordnung des Volkstreckungsgerichts gegen Miszbrauch von Vollstreckungsmöglichkeiten ist unanfechtbar.

Jhrg. 49. Heft 4. — v. FREYTAG-LORINGHOVEN, Memel. — SURÉN, Zur deutsshen Gemeindeordnung. — HUBER, Der Treuhänder der Arbeit. — BRAUWEILER, Das neue Organisationsrecht des deutschen Handwerks. — TOLLE, Das Reichserbhofgesetz und die Grundstückbeslagnahme in der Zwangsversteigerung. — THIEME, Savigny und das Allgemeine Landrecht. — KNAUTH, „Gesetzmässige Verwaltung“ und Polizeigewalt. — MUSKE, Ueber die Neuordnung des Gnadenwegens im Bereich der justizverwaltung. — KÜPER, Können einem Erwerbslosen Zeuengebühren gezahlt werden?

Jhrg. 40, Heft 5. — HUBER, Das Reichstatthaltergesetz vom 30 Januari 1935. — MÜNZ, Neue Tendenzen im Sozialrecht. — MÜLLERS, Die Treupflicht im bürgerlichen Recht. — REINHARDT, Leitungsprinzip und Wettbewerbsrecht. — BECK, Zur neuesten Entwicklung der französischen Rechtslehre. — VOGELS, Behandlung der Vorerbschaft im Reichserbhofgesetz. — HOFFMANN, Der Stand der deutschen Urheberrechtsreform. — KELZ, Das neue polnische Strafregister. — BERTERMANN, Die Bestrafung wegen fahrlässiger Tötung und Führerflucht bei rechtmässigen und unbefugtem Gebrauch eines Kraftwagens.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Band 101, Heft 1/2. — MÜLLER—ERZBACH, Konrad Cosack. — RAISER, Das Rektapapier. — KLÜBER, Der Effektenhandel im Devisenrecht. — NEUKAMP, Zur Umgestaltung des Handelsregisters. — KATZAROFF, Zum Problem der Einmanngesellschaft. — OERTMANN, Subjektive Teilnichtigkeit. — LAUE, Die Pfändung künftiger Provisionsansprüche des Agenten.

Zeitschrift für öffentliches Recht, Band 14, Heft I. — KÖSTLER, Das neue österreichische Konkordat. — WESTPHALEN FÜRSTENBERG, Gleichheitsprinzip als Grundrecht. — LACHS, Die Meeresfretheit.

Revue trimestrielle de Droit civil, 33e année, no. 4. — JULLIOT, Des justifications de propriété régulière et libre en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. — WEINSTOCK, Du sens et des effets de la clause pénale dans le partage d'ascendant. — LEPAULLE, Le droit français connaît-il des actions en vue d'établir un droit?; — MUL-

HEISEN, Les jugements déclaratoires en Alsace et Lorraine.
— WAHL, Le statut de chèque.

Revue critique de Législation et de Jurisprudence, 74e année, nos. 11—12. — HÉBRAUD, Procédure civile. — SALLÉ DE LA MARNIÈRE, L'Habeas corpus anglais et la liberté individuelle en France. — BERNAYS, La défaillance de l'acheteur et la préservation des droits du vendeur dans les vents à crédit.

Revue de Droit pénal et de Criminologie, 15e année, no. 1. — LEY, Le régime des cliniques libres pour malades mentaux en Belgiqùes. — PASCU, Le droit et la procédure policière.

Revue de Droit international et de Législation comparée, 1934, no. 4. — FACHI, La porte ouverte en Chine et en Mandchourie. — DE VISSCHER, De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'Etat sous la législation duquel cette société s'est constituée. — VAN PRAAG, La question de l'immunité de juridiction des Etats étrangers et celle de la possibilité de l'exécution des jugements qui les condamnent (1. partie). — FENCKIDÈS, Rapports de droit interne et de droit international en matière de chose jugée. — EFREMAFF, Projet de pacte régional de non-agression, d'assistance mutuelle et de conciliation (1. partie).

Yale Law Journal, january 1935, no. 3. — CLARK and MOORE, A new Federal Civil procedure I (The Background). — FINKELSTEIN, The corporate entity and the income tax.

February 1935, no. 4. — SIMPSON, Legislative changes in the Law of equitable conversion by contract. — MERRILL, Jurisdiction to Tax—Another word. — GROSSMANN, The legal philosophy of Roscoe Pound.

Rivista internazionale di Filosofia del Diritto, Anno XV, fascicolo I. — NIKOLAEFF, Le concezioni neorealiste dello Stato. — PARESCÉ, Diritto, norma, ordinamento (III). — POGGI, La Filosofia giuridica di Hegel.

THE HISTORY OF THE
CITY OF BOSTON
FROM THE FIRST SETTLEMENT
TO THE PRESENT TIME
IN TWO VOLUMES
BY NATHANIEL BENTLEY
OF THE BARRISTER AT LAW
IN GREAT BRITAIN
AND OF THE COUNSELLOR AT LAW
IN MASSACHUSETTS
PUBLISHED BY J. B. BENTLEY
AT THE CORNER OF NASSAU AND NINTH STREETS
IN THE CITY OF NEW-YORK
1825

THEMIS

XCVIste DEEL — DERDE STUK

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

Het Volkenrecht der negentiende eeuw

door

Mr J. C. BAAK

Subst.-Griffier bij de Arr.-Rechtbank te Amsterdam
Membre adhérent de l'Académie Diplomatique Internationale
Oud-Directeur van de Ligue des Sociétés de la
Croix-Rouge te Parijs

(*Vervolg van «Themis» 1934, vierde stuk, blz. 365*.)

Inhoud

	Blz.
Natuurrecht	194
Positief recht	198
De leer der grondrechten	205
Natuurrechtelijke theorieën der 19e eeuw	207
De natie als grondslag van het volkenrecht	210
Noodzaak van keuze tusschen objectief en subjectief principe	214
Aanval op de leer der grondrechten	216
Leer van den «Gesamtwille» der Staten	218
Leer van de solidariteit der Staten	221
Primaat van Staats- of Volkenrecht	222
Conclusie: Noodzaak van een keuze tusschen een positieven en een natuurrechtelijken grondslag van het recht	228

Geheel dezelfde antinomie (1) van subjectieve autonome persoon en objectieve rechtsorde die, zooals wij zagen, het staatsrecht der 19e eeuw beheerschte, zal ons blijken ook het volkenrecht van dat tijdperk te beheerschen.

Natuurrecht. Reeds tijdens de heerschappij van het natuurrecht kan men de eerste sporen van deze antinomie onderscheiden. Zij gaat (zoo niet formeel-constructief, maar dan toch in werkelijkheid) zich afteekenen, sedert natuur- en positief recht practisch als twee zelfstandige, los van elkander staande ordeningen worden beschouwd, waarvan de eerste (het natuurrecht) niet meer als een innerlijke, leven-

(1) Een klassieke formuleering van de antinomie en de mogelijkheid van haar overwinning vindt men in het „Entretien de Pascal avec M. de Saci”: „C'est donc de ces lumières imparfaites qu'il arrive que l'un (EPICTÈTE), connaissant les devoirs de l'homme et ignorant son impuissance, se perd dans la présomption et que l'autre (MONTAIGNE), connaissant l'impuissance et non le devoir, il s'abat dans la lâcheté; d'où il semble que puisque l'un conduit à la vérité, l'autre à l'erreur, l'on formerait en les alliant une morale parfaite. Mais au lieu de cette paix, il ne résulterait de leur assemblage qu'une guerre et qu'une destruction générale: car l'un établissant la certitude, l'autre le doute, l'un la grandeur de l'homme, l'autre sa faiblesse, ils ruinent les vérités aussi bien que les faussetés l'un de l'autre. De sorte qu'ils ne peuvent subsister seuls à cause de leurs défauts, ni s'unir à cause de leurs oppositions, et qu'ainsi ils se brisent et s'anéantissent pour faire place à la vérité de l'Evangile. C'est elle qui accorde les contrariétés par un tout divin, et, unissant tout ce qui est de vrai et chassant tout ce qui est de faux, elle en fait une sagesse véritablement céleste où s'accordent ces opposés, qui étaient incompatibles dans ces doctrines humaines. *Et la raison en est que ces sages du monde placent les contraires dans un même sujet*, car l'un attribuait la grandeur à la nature et l'autre la faiblesse à cette même nature, ce qui ne pouvait subsister, au lieu que la foi nous apprend à les mettre en des sujets différens: tout ce qu'il y a d'infirme appartenant à la nature, tout ce qu'il y a de puissant appartenant à la grâce”.

wekkende grondslag, maar als een uiterlijke grens van het positieve recht wordt aangezien (2).

Terwijl het *jus gentium* in de Middeleeuwen en tot ver in den nieuwen tijd als een de Staten volstrekt bindende ordening (3), en de Staat als een slechts binnen bepaalde grenzen met de hoogste macht uitgeruste gemeenschap werd beschouwd (4) (welke hoogste macht nog in laatste instantie tot het natuurrecht teruggebracht diende te worden), kwam het nominalistische element in het natuurrecht dit kader ondermijnen.

Waar GROTIUS het positieve recht op het verdrag baseert (waarvan dan alleen nog de natuurrechtelijke norm „*pacta sunt servanda*”, zelf formeel geïnterpreteerd, een laatste objectieve band vormt (5), heeft hij theoretisch reeds de constructie van den „staatswil” als grondslag van het positieve recht voorbereid. En daarnaast zou de practisch onbegrensd-vrije interpretatie van het *jus gentium*, die elke Staat zich toeëigende, de objectieve werking van het *jus gentium* geleidelijk ondermijnen.

Het kan dan ook geen verwondering wekken, wanneer het volkenrecht aldaar in een overgangspositie niet alleen, maar in een positie vol innerlijke tegenspraak zich zou bevinden. Principieel bleef het *jus gentium* de objectieve norm, practisch echter zou het aan de vrije interpretatie van elk der Staten meer en meer onderworpen worden: het antinomische begrip van het „*jus inter gentes*” werd nog in het natuurrechtelijk kader geboren (6).

(2) Vgl. Themis 1934, pag. 266.

(3) KOSTERS. Les fondements du droit des gens.

(4) VERDROSS. Die Einheit des rechtlichen Weltbildes, pag. 5—35.

(5) GROTIUS. Vgl. Themis 1934, pag. 266.

(6) Eerste formuleering bij VITTORIA: „*Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit vocatur jus gentium*”.

ZOUCHE. Juris et iudicii fecialis sive iuris inter gentes et quaestionum de eorum explicatio (1650), Washington, 1911, pag. 2, verklaart, dat het volkenrecht geldt „*inter eas gentes aut populos, penes quos est Imperium vel universalis et summa potestas*”. Vgl. ook pag. 1: „*Jus gentium est quod inter Principes vel populos diversarum gentium communiter intercedit*”.

VATTEL. Le droit des gens ou principes de la loi naturelle. Amsterdam, 1775, pag. XVII: „*Les modernes s'accordent généralement à réserver le nom de droit des gens au droit qui doit régner entre les nations ou Etats souverains*”, en pag. 1: „*Le*”

De wetenschap zou een evolutie doormaken, volgens welke de souvereiniteit, van een competentie *in* het volkenrecht, allengs zou worden tot basis *van* het volkenrecht (zie volgende pagina's). Deze evolutie heeft VERDROSS in zijn „Einheit des rechtlichen Weltbildes” kort en scherp geteekend (7). GROTIUS legt er bij de definitie van de „summa potestas” nog den nadruk op, dat deze potestas als hoogste kan worden beschouwd niet in vergelijking met de rechtsorde, maar slechts in vergelijking met andere potestates (8). In een latere evolutie echter, en wel bij de positivisten en HEGEL, zou de „summa potestas” als boven de rechtsorde geplaatst beschouwd worden (tevens antinomisch als aan de rechtsorde onderworpen).

In de constructie van het volkenrecht als „*jus inter gentes*” worden de objectieve rechtsnormen niet meer als *boven*, doch als *tusschen* de Staten geldend verklaard. Van deze constructie kan men zich geen duidelijk begrip maken, en wel omdat zij de vereeniging is van alle bovengenoemde onderling antinomische constructies.

Doch reeds zou het principe van de objectieve rechtsnorm zelf worden uitgehold, sedert het „*droit des gens*” naar inhoud een individualistisch karakter ging vertoonen. Dit laatste geschiedt met name bij VATTTEL. Nog had het mathematische natuurrecht met HOBBS (9) en PUFENDORF (10) de natuurrechtelijke beginselen gelijkelijk op individuen en Staten toepasselijk verklaard. Ja, ook WOLF, die toch aan de Staten het „*summum imperium*” toekent, verleent aan zijn „*Civitas Maxima*” wetgevende bevoegdheid (11). Hiertegenover beschouwde VATTTEL het echter als een verdienste van „*M. le Baron de Wolf*”, het natuurrecht slechts in afgeleiden vorm op de statengemeenschap te hebben toegepast (12).

In zijn eigen constructie geeft VATTTEL (door KANT als een

droit des gens est la science du droit qui a lieu entre les nations ou Etats, et des obligations qui répondent à ce droit”.

(7) T. a. p., pag. 13—35.

(8) De jure belli ac pacis I, III, § VII, 1: „Summa est potestas quam arbitrium alterius voluntatis humanae auferri non potest”.

(9) De Cive XIV § 4.

(10) De jure naturae et gentium. Amsterdam, 1704.

(11) Jus gentium, 1749, resp. §§ 11 en 20.

(12) T. a. p., pag. XIX.

der „leidige Tröster” gequalificeerd (13) aan het *jus gentium* een zóódanigen vorm, dat van de twee door hem aanvaarde principes, dat der samenwerking en dat der zelfhandhaving der Staten, slechts het tweede als een afdwingbaar recht kon worden beschouwd (14). De antinomie is geboren, waar de objectieve rechtsorde met een ordening van subjectieve rechten wordt geïdentificeerd. De „territoriale souvereiniteit” van den Staat, anders genaamd zijn „*droit d'indépendance*” werd aldus tot de grondpijler van het moderne volkenrecht (15); de „ondoordringbaarheid” tot een essentieel criterium van den Staat. Het „*jus gentium*” hield op, zelf de

(13) Zum ewigen Frieden. Frankfurt und Leipzig, 1796, pag. 30.

(14) Vgl. de beroemde onderscheiding die Vattel maakt tusschen „*le droit nécessaire*” (ook „*droit interne*” genaamd) en „*le droit volontaire*” (of „*droit externe*”), t. a. p., pag. XXV, 3, 7; en, in dit „*droit volontaire*”, tusschen „*les obligations parfaites*” (door dwang gesanctioneerd) en „*les obligations imparfaites*” (waarvan men slechts de vervulling kan verzoeken). De vraag schijnt ons onvruchtbaar, of het „*droit imparfait*” tot het recht of de moraal moet worden gerekend te behooren; de hoofdzaak is, vast te stellen dat tusschen objectief natuurrecht en „*droit imparfait*” een antinomie heerscht.

Vgl. verder t. a. p., pag. 7: „On comprendra maintenant sans difficulté, pourquoi le droit est toujours imparfait quand l'obligation qui y répond dépend du jugement de celui en qui elle se trouve”, benevens pag. 6: „Les devoirs envers soi-même l'emportent incontestablement sur les devoirs envers autrui”, en: „De cette liberté et indépendance, il suit que c'est à chaque nation de juger de ce que la conscience exige d'elle”.

Uit het postulaat der gelijkheid leidt Vattel af (pag. 8): „Chacune (des nations) prétend en effet avoir la justice de son côté dans les difficultés qui peuvent survenir, et il n'appartient ni à l'un ni à l'autre des intéressés, ni aux nations, de juger la question”.

(15) President MARSHALL inzake schooner „Exchange”, 1812, J. CRANCH 116: „The jurisdiction of the nation within its own territory is necessarily exclusive and absolute. It is susceptible of no limitation not imposed by itself” (in deze laatste toevoeging komt de antinomie met de zelfbindingsleer om de hoek kijken).

Vgl. PILLET. Les droits fondamentaux des Etats. R.G.D.I.P., 1898, pag. 73 vlg.

DUGUIT. T. a. p. II, pag. 47: „L'exclusivité du territoire est condition de la puissance politique”.

rechtspositie der individuen te regelen: de Staat werd tot eenig object van het volkenrecht (16).

Ook bij KANT is het objectieve volkenrecht van sancties ontbloot (17).

Positief recht. Waar het volkenrecht tot een dergelijk punt van evolutie was gekomen en tot een dergelijken graad was vervaagd, kon het geen verwondering wekken, wanneer de Staat niet slechts als eenig *subject* van volkenrecht, maar ook als zijn *grondslag* zou gaan worden beschouwd. Deze stap werd door MOSER ondernomen, die daarmede het positivisme in het volkenrecht definitief heeft ingevoerd en daarmede de antinomie van objectieve rechtsorde en subjectieve, autonome rechtspersoon definitief gegrondvest (18).

Deze antinomie kwam reeds tot uiting bij een auteur, welke als voorlooper van de positivistische methode is te beschouwen, RACHEL (19). Deze liet zich niet uit over de vraag of Staten, die niet uitdrukkelijk het algemeen volkenrecht erkend hebben, toch aan dit laatste gebonden zijn. Het is geen toeval dat RACHEL dit vraagstuk stilzwijgend voorbij gaat. Immers het vormt voor de positivisten de onoplosbare crux, waarin het bestaan der bovengenoemde antinomie zich openbaart: of een Staat is slechts door zijn eigen wilsverklaring verbonden (20), of er bestaat een hogere norm, krachtens welke, direct of indirect, de Staten ook tegen of zonder hun wil kunnen worden verplicht.

GROTIUS en zijn navolgers hadden het algemeen volkenrecht op de „*voluntas gentium*” gebaseerd, welke op haar beurt op het natuurrecht gefundeerd en door het natuurrecht beperkt was (21). In verband daarmede is de quaestie onvruchtbaar,

(16) Vgl. het citaat van ZOUCHE, pag. 195, noot (6).

(17) *Metaphysik der Sitten*. Leipzig, 1907, §§ 57, 58.

(18) J. J. MOSER. *Grundsätze des jetzt üblichen europäischen Völkerrechts*. Frankfurt, 1763, § 6.

(19) *Dissertatio altera de jure gentium*, 1676. Ed. Washington, 1916, pag. 259.

(20) VATTEL. T. a. p. pag. 8: „Comme il est évident qu'un traité n'oblige que les parties contractantes, le droit des gens conventionnel n'est point un droit universel, mais un droit particulier”.

(21) *De jure belli ac pacis*. I, I, § 14, 1: „Jus gentium, id est quod gentium omnium aut multarum voluntate vim obligandi accepit”.

of deze „voluntas gentium” als het rechtsbewustzijn der menschheid (22), dan wel als de gezamenlijke wil der Staten (23) dient te worden beschouwd. Immers, aangezien de Staten volgens GORTIUS nog aan het natuurrecht onderworpen zijn, en het natuurrecht gelijkelijk Staten en individuen beheerscht, valt tusschen rechtsbewustzijn der menschheid en gezamenlijke wil der Staten alsnog geen principieel onderscheid te maken. Dit onderscheid zou zich eerst opdringen, sedert het positieve volkenrecht zich steeds meer van het objectieve natuurrecht emancipeerde. Bij GROTIUS een criteriumloos algemeen rechtsbewustzijn der menschheid construeeren, beteekent een modern rechtsbegrip in het oude natuurrecht invoeren.

Het „jus inter gentes” zou op deze wijze blijken op een dubbele antinomie te berusten: 1. een objectieve rechtsorde, welke op den subjectieven wil van autonome Staten gebaseerd is (deze constructie van den staatswil ziet het aprioristische element, dat in hare poneering gelegen is, geheel voorbij; de wil scheen, als geconstateerd „feit”, geen nadere verklaring te behoeven; de oorzaak van de antinomie van norm en feit, n.l. het laten gelden als feit wat slechts als deel van een normstelsel te begrijpen ware, is hier tot in zijn oorsprong vervolgd); en 2. een objectieve rechtsorde, welke de subjectieve rechten der Staten tot primairen inhoud heeft (wij laten nog buiten beschouwing de anomalie van een objectief recht, dat door de Staten geheel vrij kan worden geïnterpreteerd en gesanctionneerd).

De voorstelling van het tusschen de Staten geldende recht werd nog geconfirmeerd door de Romeinsch-rechtelijke voorstelling van het internationale verdrag als een contract (24). Bij deze voorstelling van twee vrije en gelijke contrahenten (de Staten), moest de leer van de individueele personen als volkenrechtssubjecten geheel verloren gaan. Maar tevens blijkt ons, hoe deze constructie op de bekende positivistische antinomie van objectief recht en subjectieven staatswil ge-

(22) TELDERS. Staat en Volkenrecht, Leiden, 1927, pag. 9.

(23) KOSTERS. Les fondements du droit des gens. Leiden, 1925, pag. 46.

(24) O. m. nog verdedigd bij HEFFTER—GEFFCKEN. Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart, 1888, pag. 182 vlg. Allereerst o. m. bij G. F. VON MARTENS. Précis. §§ 4, 46, 65; vgl. opgave bij TRIEPFEL, t. a. p. pag. 33.

baseerd was. In het civiele recht immers ontleent het contract zijn bindende kracht, naast den wil der partijen, aan het objectieve recht. Bij het volkenrecht zou de bindende kracht van het verdrag, naast den wil der partijen, evenzeer op het objectieve recht moeten gebaseerd zijn. Daar het positivisme echter dit objectieve recht met den subjectieven wil van elk der Staten vereenzelvigt of dit recht op dien subjectieven wil baseert, blijft de subjectieve staatswil in laatste instantie de eenige bewust aanvaarde, hoewel inderdaad innerlijk tegenstrijdige bron der verdragen.

Even tegenstrijdig als bij de constructie ter fundeering van het volkenrecht, zal het positivisme blijken te zijn bij de omschrijving der materiele staatscompetenties (later bij de leer der grondrechten nader te analyseeren). Bij het wegvallen van een objectieve volkenrechtsorde bleef slechts een criteriumlooze, *abstracte* bevoegdheid van elk der Staten over. Ook hier, evenals bij het interne staatsrecht, schijnt het oordeel, als zou het positivisme de ongelimiteerde vrijheid der staatscompetenties hebben geleerd (25), niet juist te zijn. De leer was integendeel in de antinomie van gebondenheid en vrijheid van den Staat tegenover het objectieve recht bevangen. Niet omdat de wetenschap de staatscompetentie onbegrensd zou doen zijn, moest zij een groote onzekerheid veroorzaken; het was juist doordat deze competentie innerlijk tegenstrijdig was en de Staat eenerzijds aan het recht gebonden, anderzijds boven het recht verheven werd gezien, dat de wetenschap alle noodzakelijke fundamenten zou verliezen.

Slechts bij HEGEL schijnt de leer van de absolute staatscompetentie te worden gehuldigd. Het is bij dezen auteur dat de baseering van het volkenrecht op den bijzonderen staatswil haar classieke formuleering vindt (26). Hier wordt tevens een objectieve norm met een subjectief principe geïdentificeerd — slechts op een wijze, ongelijk stringenter dan bij VATTTEL — door HEGEL's beginsel van de absolute, sub-

(25) Zooals dit o. a. wordt verklaard door JAMES W. GARNER. Des limitations à la souveraineté nationale dans les relations extérieures. R.D.I.L.C. 1925, pag. 36—58.

(26) De wederzijdsche rechten der Staten „haben nicht in ihrem allgemeinen zur Macht über sie konstituierten, sondern in ihrem besonderen Willen ihre Wirklichkeit“ (Grundlinien der Philosophie des Rechts. § 333).

stantieele staatsmacht, die tevens de hoogste gerechtigheid vertegenwoordigt (27). Daarnaast erkent HEGEL wederom het volkenrecht, doch slechts als „das allgemeine an und für sich zwischen den Staaten gelten *sollende* Recht” (28), en verklaart, dat een verhouding tusschen Staten „an sich rechtlich sein *soll*”, terwijl hij toch anderzijds zelfs de regel „*pacta sunt servanda*” aanneemt (29).

De innerlijke antinomieën, waarin HEGEL's stelsel zich „beweegt”, keeren dus ook in het volkenrecht terug. De antithesen tusschen norm en feitelijkheid (30), vorm en inhoud (31), rede en werkelijkheid (32), „Recht an sich” en „Recht für sich” (33), abstract recht en „System der Bedürfnisse” (34), persoonlijkheid en zedelijkheid (35), begrip en realiteit (36), subjectief bewustzijn en objectieve gelding (37):

(27) Der Boden des Rechts ist überhaupt das Geistige und seine nähere Stelle und Ausgangspunkt der Wille, welcher frei ist, so dass die Freiheit seine Substanz und Bestimmung ausmacht und das Rechtssystem . . . als eine zweite Nation ist” (t. a. p., § 4).

„Die Wirklichkeit des substanziellen Willens ist der Staat” t. a. p., § 258).

„Das Volk als Staat ist der Geist in seiner substanziellen Vernünftigkeit und unmittelbaren Wirklichkeit, daher die absolute Macht auf Erden” (t. a. p., § 331).

„Die Idealität *aller* besonderen Berechtigung ist die Souveränität” (t. a. p., § 278).

„Das sittliche Ganze, die Verwirklichung der Freiheit” (t. a. p., § 258 Zusatz).

„Was an und für sich in demselben (im Völkerrecht) ist, erhält daher die Form des Sollens, weil dass es wirklich ist, auf unterschiedenen souveränen Willen beruht” (t. a. p., § 330).

(28) T. a. p., § 333, vlg. „Das Verhältnis von Staaten ist das von Selbstständigkeiten, die zwischen sich stipulieren, aber zugleich über diesen Stipulationen stehen” (t. a. p., § 330 Zusatz).

(29) T. a. p., § 333.

(30) „Der Staat ist die Wirklichkeit der sittlichen Idee” (t. a. p., § 33).

(31) T. a. p., § 36.

(32) „Was vernünftig ist, das ist wirklich und was wirklich ist, das ist vernünftig” (Vorrede Rechtsphilosophie).

(33) T. a. p., § 82 Zusatz; §§ 211, 330.

(34) T. a. p., §§ 36, 209.

(35) T. a. p., § 33.

(36) Die Wissenschaft der Logik³. Ed. Lasson, 1923, pag. 408.

(37) Grundlinien. §§ 210—211.

zij vinden ook in het volkenrecht de innerlijk antinomische synthese die zij ook in het interne staatsrecht vonden.

Daarom is de interessante poging, door een Nederlandsch auteur ondernomen, om, zich baseerende op HEGEL's constructie van het recht als Idee (synthese van begrip en werkelijkheid), ook het volkenrecht als recht, ten minste als „werdendes Recht”, te beschouwen (38) (immers HEGEL concludeerde onlogisch uit het niet *bestaan* van een praetor tusschen de Staten tot het niet *kunnen* bestaan van een objectief gegarandeerde volkenrechtsorde (39) niet als geheel geslaagd te beschouwen. Het is niet geoorloofd om uit de verschillende reeksen van antithesen, welke HEGEL in zijn systeem laat gelden, slechts eene (n.l. die van norm en feit) uit te nemen en op deze dan een „wordend” volkenrecht te baseeren. Het systeem van HEGEL vormt te zeer één geheel, dan dat men van de andere reeksen van antithesen zou kunnen abstraheeren. Waar HEGEL elders de antithese van persoonlijkheid en zedelijkheid laat gelden, antithese die hij in den Staat tot oplossing brengt, beschouwt hij de internationale rechtsorde slechts als door de „Weltgeschichte, welke das Weltgericht ist”, beheerscht (40). Teneinde zijn stelling in HEGEL's geest aannemelijk te maken, had TELDERS moeten bewijzen, niet dat het volkenrecht zich *thans experimenteel* tot een objectief geldend rechtsorde *ontwikkelt*, maar dat het zich *in principe logisch noodzakelijk* tot een objectief geldende rechtsorde *ontwikkelen moet*. Bovendien (en dit hangt met het voorafgaande argument eng samen), verbergt de term „wordend recht” een innerlijke antinomie: zij kan beteekenen, in HEGEL's geest, de synthese van norm en feit in de logische ontwikkeling; in dien zin is elk positief recht een wordend recht; daarnaast kan zij ook beteekenen de evolutie van subjectief tot objectief gefundeerd en gesanctionneerd recht: het is in dezen zin dat TELDERS het begrip gebruikt. De logische evolutie wordt bij hem onverhoeds tot evolutie in de tijdsorde.

De antinomische *grondslag* van een dergelijk gefundeerde rechtsorde moest noodzakelijkerwijze de *uitwerking* van deze rechtsorde in een stelsel van vele tegenstrijdigheden en lacunes brengen.

(38) TELDERS. Staat en Volkenrecht. Leiden, 1927.

(39) T. a. p., pag. 95.

(40) T. a. p., §§ 333 vlg.

De toetssteen voor het rechtskarakter van het volkenrecht werd het al of niet bestaan van een (abstract) *droit* (of: excuse) *de nécessité*, waarvan naast het instituut der représailles enz. voornamelijk het instituut van den *oorlog* een uitvloeisel is. De oorlog, waarvan de verklaring praktisch in het vrije believen der soevereine Staten was gesteld (recht *tot* den oorlog), was tevens het rechtsmiddel waardoor de normale wederzijdsche rechtsplichten der Staten op vèrgaande wijze konden worden opgeheven althans opgeschort (recht *van* den oorlog) (41). De vraag, na den wereldoorlog door STRISOWER nogmaals opgeworpen (42), n.l. deze, of gedurende de laatste eeuw het recht der Staten *tot* het voeren van oorlog door objectieve normen geregeld was, is wegens de fundamenteele antinomieën waarin zij verstrikt is: tegelijk bestaan van objectieve, *hoevel* individualistische en abstracte normen, en een vrije interpretatie hiervan door de Staten, principieel onoplosbaar.

Sedert VATTEL kwam de gewoonte in de wetenschap op, het recht van oorlog afzonderlijk van het recht van vrede te behandelen (43). Daardoor was de mogelijkheid geschapen, een schijnbaar sluitend systeem van volkenrecht te ontwikkelen, immers sluitend behoudens de aanvaarding van de lacune, die door het oorlogsrecht werd veroorzaakt. Vele auteurs, onder welke HEILBORN (44), wijzen er terecht op, dat deze scheiding reeds zuiver systematisch niet wel volgehouden worden kan, daar zeer vele normen gelijkelijk in vredes- en in oorlogstijd gelden.

Was de quaestie van het subjectieve *recht tot* den oorlog aan de fundamentele antinomie onderworpen, dan scheen een andere verklaring het wezen van den oorlog beter te benaderen: het was die van een bijzonder „Erlaubnis” (45).

(41) HEILBORN. Das System des Völkerrechts. Berlin, 1896, pag. 283: „Ich möchte demnach annehmen, das Völkerrechts schütze die Person der Staaten, solange sie sich nicht im Kriege befinden”.

(42) STRISOWER. Der Krieg und die Völkerrechtsordnung. Wien, 1919.

(43) VATTEL. T. a. p., Livre III (Tome II). De la Guerre.

Reeds een verijning van dit onderscheid bij HEFFTER—GEFFCKEN, Das Europäische Recht der Gegenwart. Pag. 9: Das Recht des Friedens und Das des Unfriedens oder Actionenrecht.

(44) HEILBRON. T. a. p., pag. 325.

(45) JELLINEK. System. pag. 301.

Dit „Erlaubnis” betreft echter niet alleen de „Selbsthilfe als Mittel zur Erzwingung rechtlicher Ansprüche, sondern auch zur Befriedigung von Interessen” (46). Hiermede is de antinomie, inplaats van opgeheven, versterkt: „die Befriedigung von Interessen” is een volstrekt abstracte „Erlaubnis”, die de objectieve rechtsorde op losse schroeven zet.

Zoo ligt de consequentie voor de hand, dat vele geleerden onder wie LAWRENCE (47) er toe gebracht werden, den oorlog als een enkel feit te beschouwen, dat dan door het recht min of meer geregeld zou zijn. Hiermede is echter een nieuwe antinomie, die van norm tot feit, ingehaald, die zich logisch noodzakelijk bij de reeds bestaande antinomieën betreffende den oorlog aansluit.

Evenzoo waren het recht van „représailles”, interventie, enz. geëigend, de volkenrechtelijke regels op onzekere basis te stellen. De toepassing en uitvoering dezer rechten, aan het individueele inzicht van elk der Staten overgelaten, was als het ware een invalspoort voor de negatie van het volkenrecht.

Het volkenrecht kan er zich niet toe bepalen, slechts op den wil van den Staat te zijn gebaseerd. Deze uiterst formeele basis moest spoedig verder evolueeren. De practijk kon zich niet beperken tot een constructie, die van elken inhoud abstraheert en daardoor (als bij HEGEL) onverhoeds van een machtstheorie het offer kan worden (48). Het kon niet uitblijven, dat de constructie van den formeelen staatswil met inhoud werd gevuld; nadat VARTÉL reeds de principes van de „liberté, indépendance et égalité (49) des nations” had opgesteld, zou KLÜBER dezen stap definitief met zijn leer van de *grondrechten* der Staten ondernemen (50).

(46) HEILBRON. T. a. p., pag. 334.

(47) LAWRENCE. *International Law* 3. § 155.

ANZILOTTI. *Dir. Int.* § 80.

RAPISARDI—MIRABELLI. *Il significato della guerra.*

(48) Als Positivisten van naam citeeren wij: CALVO. *Le droit international théorique et pratique.* Paris, 1896;

BULMERINQ. *Praxis, Theorie und Codification des Völkerrechts.* Leipzig, 1874;

DE LOUÏER. *Het stellig volkenrecht.* Den Haag, 1910.

(49) T. a. p., pag. 7.

(50) J. L. KLÜBER. *Droit des gens moderne de l'Europe.* Stuttgart, 1819, § 21.

De leer der grondrechten. De leer der grondrechten is niet meer dan een materieele versterking van de fundamenteele antinomie tusschen subjectieve staatswil en objectieve rechtsorde, maar materieel is zij inderdaad als versterking der antinomie zeer belangrijk, daar slechts abstracte criteria als „zelfbehoud”, „vrijheid” enz. tot inhoud der grondrechten werden gestempeld (51). Zoo worden de grondrechten tot natuurlijke individualistische rechten, immers aprioristisch aanvaard en als onveranderlijk voorgesteld (52). Daardoor wordt eenerzijds het bestaan van een objectief, bovenstaatsch volkenrecht miskend; anderzijds het subjectieve volkenrecht practisch tot een anarchische rechtsorde gereduceerd. De abstracte formuleering leent zich tot een uiterst gevarieerde interpretatie vanwege elk der Staten. Tegenover het abstracte grondrecht staat de even abstract geformuleerde uitzondering: zoo mist men een objectief criterium ter beoordeeling van de vraag, of in een bepaald geval *représailles*, die met een grondrecht strijden, geoorloofd kunnen zijn. PILLET heeft volkomen terecht het grondrecht der onafhankelijkheid als de practische negatie van het volkenrecht gekarakteriseerd (53). Het antinomische aan deze grond-

(51) Vgl. *Déclaration du droit des gens* van den Abbé GRÉGOIRE bij NYS, *Etudes de droit international*. Pag. 394 vlg.; en bij RIVIER, t. a. p. I, pag. 40—41.

Een merkwaardige verwarring tusschen de verschillende grondrechten bij CALVO. *Le Droit international théorique et pratique*. Paris, 1896.

PILLET. *Recherches etc.* § 1 no. 1: „Il est à peu près sans exemple, que l'énumération de l'un soit identique à l'autre”.

HEFFTER—GEFFCKEN t. a. p. spreekt van „Die allgemeinen Staatenrechte im Einzelnen”: pag. 64 vlg.

Het argument van DE LOUTER (Het stellig volkenrecht. Den Haag, 1910) dat de varieteit van grondrechten bij de verschillende schrijvers niet tegen het principe der grondrechten strijdt, is volkomen juist: de juridische natuur der grondrechten is juist deze, dat zij een innerlijk tegenstrijdig karakter bezitten.

(52) Waar von LISZT (*Völkerrecht*, pag. 59, Anm. 1) verklaart, de grondrechten zouden geen „naturrechtliche Truggebilde”, doch op het positieve recht gebaseerd zijn, vervalt hij in deze antinomie, dat hij natuurrechtelijken inhoud en positieve fundeering der grondrechten identificeert.

(53) *Recherches sur les droits fondamentaux des Etats dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître*. R.G.D.I.P., 1898, pag. 66—89 en 236—264, en 1899, pag. 503—532.

rechten is dat zij als de objectieve volkenrechtsorde worden voorgesteld.

En inderdaad laat deze constructie een uiterst precair, want innerlijk tegenstrijdig minimum aan „objectief” recht bestaan. Zij brengt een voorloopig schema van materieel volkenrecht. Zij leert, dat zonder een speciale bevoegdheid (hoezeer abstract dan ook geformuleerd en hoezeer aan de subjectieve interpretatie van elk der Staten onderworpen) een Staat niet op een grondrecht van een anderen Staat inbreuk mag maken (54); zij vormt een voorloopige basis voor de leer van de gelijkheid der Staten. Maar zij zou, omdat zij het principe der soevereiniteit en der „ondoordringbaarheid” van den Staat niet doorbrak, onbruikbaar blijken — afgezien van hare innerlijke antinomieën — sedert den tijd, dat het bestaan van een „droit international commun” zich weder onafwijsbaar aan de practijk en de theorie opdrong (55).

Beschouwt men de grondrechten niet als onveranderlijke rechten, doch slechts als presumpties, wijkende voor een concreet tegengesteld recht (56), dan heeft men van het fundamentele karakter der grondrechten afstand gedaan.

De leer der grondrechten, in de laatste jaren min of meer in discrediet geraakt, heeft in de Duitsche wetenschap, als afweer tegen het Verdrag van Versailles, een nieuwe opleving gevonden. Gewoonlijk wordt bij de Duitsche schrijvers

(54) „Kein Staat kann rechtlich von dem anderen etwas fordern oder ihn rechtmässig zu etwas zwingen, als auf Grund eines Rechtssatzes”: JELLINEK. System der s. o., Rechte. pag. 302, 304.

(55) Vgl. reeds art. 7 van verdrag van Parijs 30 Maart 1856.

Déclaration d'Aix-la-Chapelle van den 15 Nov. 1818: „Les souverains, en formant cette union auguste, ont regardé comme sa base fondamentale leur invariable résolution de ne jamais s'écarter . . . de l'observation la plus stricte des principes du droit des gens”.

Déclaration de Londres van 13 Mei 1871: vgl. ERICH KAUFMANN, Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus. 1910.

Verdrag van Berlijn art. 40: Servische reizigers in Turkije „seront traités suivant les principes généraux du droit international”.

(56) Vgl. HOLTZENDORFF. Handbuch II, pag. 59.

na den oorlog het grondrecht van de wederzijdsche achting in het centrum van het volkenrecht geplaatst (57).

Het „équilibre politique” bezit, in *politiek* opzicht, eenzelfde minimum van algemeen-objectieve maatstaven, als de leer van de grondrechten van *juridisch* standpunt bezit. Dit minimum aan objectieve maatstaven is dan nog bij beide leerstukken aan de volstrekt-vrije interpretatie van elk der Staten overgelaten.

Natuurrechtelijke theorieën der 19e eeuw. Gedurende de geheele 19e eeuw heeft de wetenschap dan ook tegenover de abstract-individualistische grondrechten andere, helaas evenzeer abstracte beginselen geplaatst. Het zou een optische vergissing zijn, de 19e eeuw enkel als het tijdperk van het positivisme te beschouwen: die eeuw is niet minder de eeuw van hooggestemde natuurrechtelijke of quasi-natuurrechtelijke constructies; echter waren deze constructies vaak met de meest verschillende antinomieën belast. Het dualisme met het positieve recht bleef bestaan, aangezien practisch het volkenrecht toch weder tot den souverainen wil der Staten of van elk der Staten werd teruggebracht. Zoo wijzen wij op H. B. OPPENHEIM, voor wien de „Geltungsgrund” van het volkenrecht het „allgemeine Rechtsbewusstsein” is, maar die de formeele grondslag in de autonomie der Staten legt (58); op BLUNTSCHLI, die de consensus en convictio beide als grondslagen beschouwt (59), en op WESTLAKE, die het volkenrecht zoowel op den staatswil als op den wil der individuen fundeert (60). De quasi-natuurrechtelijke grondslag van het algemeene rechtsbewustzijn komt bij verschillende schrijvers voor, van welke wij in dit principieele overzicht slechts enkele noemen (61).

Dat hiermede de bovengenoemde antinomie van autonome

(57) PETRASCHKE. Grundrecht und Völkerrecht, Arch. R. und S. Phil. 1934, Heft 4.

(58) System des Völkerrechts. Frankfurt, 1845. Kap. I, § 4.

(59) Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt. Nördlingen, 1868, I, § 13.

(60) Collected Papers. Cambridge, 1914, pag. 78.

(61) BULMERINQ. Völkerrecht. Freiburg i/B., 1884, pag. 187.

SCHMALZ. Das Europäische Völkerrecht. Berlin, 1817.

RIVIER. Principes du droit des gens. Paris, 1896, pag. 13, 21, 27 vlg.

persoon tot objectieve rechtsorde geenszins overwonnen, doch slechts bewust in het systeem is opgenomen, behoeft geen betoog.

Andere auteurs, als VON MOHL (62), PHILLIMORE (63), WHEATON (64), MANCINI (65), LORIMER (66), kennen een meer overwegende rol bij de rechtsvorming aan het natuurrecht of aan een quasi-natuurrechtelijke bron als de coexistentie der Staten (67) toe, hoewel hunne materiele preciseering van dat natuurrecht onderling zeer uiteenloopt. In elk geval verkreeg elk van hen door zijne constructie reeds een objectieven grondslag voor het volkenrecht.

Weder anderen huldigen de z.g. „Anerkennungstheorie“, welke positiefrechtelijke theorie het natuurrecht benadert: zij houdt rekening, bij hare baseering van het volkenrecht op den staatswil, met een zekere noodzakelijkheid, die elk der Staten tot erkenning van bepaald volkenrecht heeft kunnen nopen (68).

Afgezien van de leer van LORIMER, die zuiver natuurrechte-

(62) Staatsrecht, Völkerrecht, Politik. Tübingen, 1860, I, pag. 579—636: „Die Pflege der internationalen Gemeinschaft als Aufgabe des Völkerrechts“. Speciaal: pag. 587 vlg.: „Gegensatz von Souveränität und Gemeinschaft“.

(63) Commentaries upon International Law. 3rd ed. London, 1879, pag. 15.

(64) Elements of International Law. 1836, I, § 11.

(65) Diritto Internazionale. Napoli, 1873, pag. 72.

(66) Institutes of the law of nations. Edinburgh—London, 1883, I, pag. 27.

(67) Zoöals PASQUALE FIORI. Nouveau Droit International Public. 2e éd. fr. Paris, 1885, pag. 153.

RENAULT. Introduction à l'étude du droit international. Paris, 1879, pag. 13.

(68) BIERLING. Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. Gotha, 1877.

Idem. Juristische Prinzipienlehre. I, Freiburg & Leipzig, 1894.

HEFFTER—GEFFCKEN. Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart⁸. Berlin, 1888, pag. 3 vlg.; speciaal pag. 7.

HEILBORN. Völkerrecht. Tübingen, 1908, pag. 486.

VON ULLMANN. Völkerrecht, Tübingen, 1908, pag. 39—45.

VON LISZT. Völkerrecht. pag. 11.

JELLINEK. System. pag. 402 vlg.

VON HOLTZENDORFF. Handbuch des Völkerrechts. I, pag. 83.

WOOLSEY. Introduction to the study of International Law. New York, 1899, §§ 15, 16.

lijk is geconcipieerd (69), blijft bij alle deze theorieën een antinomie bestaan, doordat *tevens* de soevereine staatswil en de grondrechten gehandhaafd blijven (70).

Ter vermindering van misverstand zij er op gewezen, dat natuurlijk niet elke dualistische fundeering van het volkenrecht op een innerlijke antinomie behoeft te berusten. In dit opzicht kunnen wij niet met BULMERRINCQ accoord gaan (71). Het dualisme berust slechts dan op een antinomie, wanneer een der twee grondslagen tegelijk als op de andere gebaseerd en als zelfstandig wordt voorgesteld.

Zoo beschouwen wij de leer van VON KALTENBORN, ondanks enkele (onbedoelde) afwijkingen, niet als in een innerlijke antinomie bevangen (72). Deze auteur, even als VON HOLTZENDORFF (73), onderscheidt een objectief en een subjectief principe van het volkenrecht, waarvan hij echter de wetenschappelijke basis minder scherp formuleert: de beide principes blijven onverzoend naast elkander staan.

Een interessante constructie ter verkrijging van een objectieven grondslag van het volkenrecht is die, waarin LORENZ

(69) LORIMER. T. a. p., I, pag. 18: „The law of nations is the law of nature realised in the relations of separate political communities”.

(70) De antinomie klassiek geformuleerd bij RIVIER, t. a. p., I, pag. 27: „Les Etats sont indépendants, partant autonomes. Mais, *dans leur autonomie*, ils ont adopté, ils adoptent certaines règles de conduite pour leurs relations mutuelles; *ils se soumettent à des principes communs dont ils reconnaissent la nécessité*”. (Cursivering van ons.) De auteur gaat verder: „La conscience juridique procède elle-même de deux éléments infiniment liés l'un à l'autre: la nécessité et la raison”. Welk een opeenstapeling van begrippen!

Juist dit „infiniment lié” van nécessité en raison (voorzoover een logisch begrip aan dezen intiemsten band kan worden verbonden), is de grond van alle antinomieën.

(71) BULMERRINCQ. Völkerrecht. Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts. Bd. I, Freiburg i/B., 1884, § 4, pag. 178—179).

(72) VON KALTENBORN. Kritik des Völkerrechts. 1847, pag. 257 vlg., bijzonder pag. 263.

(73) VON HOLTZENDORFF. Handbuch des Völkerrechts. Berlin—Hamburg, 1885, Bd. I, § 9.

Volgens JELLINEK (System. pag. 305—306), heeft de „Anerkennung” van een Staat tengevolge zoowel het bestaan van dien Staat als geïsoleerd rechtssubject en als lid der statengemeenschap.

VON STEIN, voortbouwend op een gedachte van von MOHL (74), een „internationales Verwaltungsrecht” aan het subjectieve (politieke) recht der Staten toevoegt (75). Von STEIN precieert op juridische wijze een moreel postulaat van von MOHL, die zelf de principes van eigenbelang en van wederzijdsche hulp als de grondslagen van het volkenrecht had aangezien (76). Von STEIN vertaalt nu het principe van eigenbelang in juridische termen als „das Verhältnis der einzelnen Staaten zur Gemeinschaft” (een analogie tot de absolute rechten), terwijl hij het principe van wederzijdsche hulp in het internationale administratiefrecht plaats als „gegenseitige Verkehrsverhältnisse”, en het juridisch aldus formuleert: „ein Recht in der Verwaltung des einen für den anderen”. De „Gesellschaft” wordt voor von MOHL en sterker nog voor von STEIN het terrein van de samenwerking der menschen.

Voor een tijdperk, gedurende hetwelk, onder HEGEL's invloed, de absolute rechten van den Staat als den uitsluitenden maatstaf van het volkenrecht werden gezien, dient men deze bijdrage tot een objectieve fundeering van het volkenrecht in elk geval dankbaar te begroeten.

HEILBORN heeft aan de indeeling in absolute en sociale rechten nog een derde categorie toegevoegd, die der „internationale Obligationen” (77).

De natie als grondslag van het volkenrecht. Teneinde de individualistische ordening der soevereine Staten innerlijk te doorbreken (en niet alleen uiterlijk te begrenzen), heeft het rationalisme een grootsche serie constructies ondernomen, die echter alle hare antinomieën zouden blijken te bezitten. Wij hebben gezien, hoe het formeele rationalisme, op verschillende wijzen een zekeren inhoud in zijn begrippenschema's opnemend, voortdurend voortgaat uit zichzelf nieuwe tegenstellingen in het leven te roepen. Waar het den sovereinen Staat tot grondslag der volkenrechtsorde proclameerde, vermocht het niet een noodzakelijk-geldende basis voor die orde op te stellen.

(74) T. a. p., pag. 583.

(75) „Einige Bemerkungen über das internationale Verwaltungsrecht”. (Schmoller's Jahrbuch. Leipzig, 1882, pag. 427 vlg.).

(76) T. a. p., pag. 587.

(77) T. a. p., pag. 389 vlg.

Zooals het rationalisme in het interne recht de maatschappij bij ROUSSEAU en HEGEL tot Staat had doen worden, zoo zou het ook te zijner tijd in het volkenrecht de *natie* als eenig *volkenrechtssubject* aanwijzen. Deze op de formeele autonomie der natie gebaseerde leer had tot strekking, de individualistische ordening der soevereine Staten innerlijk te doorbreken.

Men kan echter reeds voorspellen, dat ook deze leer der formeele autonomie in een antinomische verhouding tot de objectieve rechtsorde zal komen. Inderdaad zal de ervaring dit ook uitwijzen.

Het formeel-autonome begrip der natie mist reeds in zichzelf een materieel criterium, waardoor het een voldoende praktische precisering zou kunnen ontvangen. De formeele autonomie verlangde slechts, dat de „*reign of Law*” gelijkelijk over individuen en sociale groepen zou heerschen, doordat beide elk hunne eigen wet hadden aangenomen. Geen onderwerping onder een eigen-gerechtigde Overheid zou deze rechtsheerschappij naar binnen of naar buiten mogen verstoren. Niet alleen met de objectieve rechtsorde, maar ook *onderling* zouden dus deze autonome constructies met elkander in strijd moeten komen, hetgeen wij inderdaad verder zullen constateeren.

Op dezen grondslag kan als de „natie” allereerst materieel worden beschouwd: het staatsvolk (78). De natie wordt alsdan niet aan den Staat tegenovergesteld, maar als grondslag van den aan een autonome rechtsorde onderworpen Staat aangezien. Zoo beschouwt KANT in zijn „*Zum ewigen Frieden*” als de eerste voorwaarde voor de mogelijkheid van een Volkenbond: „*Die bürgerliche Verfassung in jedem Staat soll republikanisch (= autonom gefundeert) sein*” (79). De *bin-*

(78) Vgl. ook de term: *international law*, *droit international*.

VATTEL. T. a. p., pag. 1: „*Le droit des gens est la science du droit qui a lieu entre les nations ou Etats et des obligations qui répondent à ce droit*”.

„Wenn der Staat mit der Nation in Eins zusammenfällt, so ist dies ein grosses Glück”. HEGEL: (Werke, XVIII: 48). Vgl. Grundlinien §§ 258, 260, 261 (Zusatz), 265 (Zusatz), 270 (Zusatz).

Das Recht ist . . . die Freiheit als Idee”. (T. a. p., § 29).

(79) *Zum Ewigen Frieden*. Frankfurt & Leipzig, 1796, pag. 19: Erster Definitivartikel zum ewigen Frieden. — Vgl. pag. 21—23 de argumentatie, dat deze „*Verfassung die Einzige ist, die zum ewigen Frieden führen kan*”. — Vgl. ook pag. 6: Zweiter Preli-

nenlandsche staatsvorm werd alzoo een *volkenrechtelijk* postulaat. Als tweede „Definitivartikel” sluit dan daarbij aan: „Das Völkerrecht soll auf einen Föderalismus *freier* Staaten gegründet seyn” (80). Wij hebben in onze vorige artikelen reeds de innerlijke antinomie van deze theorie trachten te analyseeren.

Vervolgens kan als de „natie” worden gezien: een zekere sociale groepeerings, waarvan wij de nadere analyse aan sociologen, historici en cultuurphilosophen moeten overlaten (81). Men begeeft zich bij nadere determinatie hiervan in een labyrinth van criteria. Voor onze analyse is het voldoende er op te wijzen, dat dit begrip juridisch reeds meer materieel van karakter is dan het vorige, dat a. h. w. slechts een reflex van de staatsorganisatie was. Hier wordt dan ook de natie tegenovergesteld, wel niet aan den Staat als zoodanig, maar toch aan diën bepaalden Staat, die niet als „nationale Staat” kan worden beschouwd. De „natie” wordt hier, onder den invloed van politieke stroomingen, als een materieel-natuurrechtelijk postulaat geponeerd en als eenig constitueerend element van den Staat voorgesteld. Het was MANCINI die, zich op Vico baseerende, aan deze theorie een blijvende formuleering gaf (82).

minärartikel: „Es soll kein für sich bestehender Staat (klein oder gross, das gilt hier gleichviel) von einem anderen Staate durch Erbung, Tausch, Kauf oder Schenkung, erworben werden können”. — Ook pag. 33: „der freye Föderalismus, den die Vernunft mit dem Begriffe des Völkerrechts notwendig verbinden muss”.

(80) T. a. p., pag. 28 vlg.

Een typisch voorbeeld van de innerlijke antinomie is ook in den volgenden zin gelegen: „trachtet allererst nach dem Reiche der reinen praktischen Vernunft (d. w. z. autonome practische rede) und nach seiner Gerechtigkeit, so wird euch euer Zweck (die Wohlthat des ewigen Friedens) von selbst zufallen”. (T. a. p., pag. 76).

(81) RENAN. Qu'est-ce que c'est qu'une nation? 1871.

(82) Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti. Turin, 1851, pag. 29: „(la) coesistenza delle Nazionalità seconda la legge del Dritto il fatto primo della scienza nostra”. — Vgl. pag. 45—46: „Laonde per un popolo sottostare a legge che esso non ha fatte, ma che sono opera di una volontà ad esso straniera, . . . e tale abissa di abbiezione e di miseria che nell'individuo non trova paragone fuorchè nella schiavitù o nel suicidio”. Daarnaast wordt antinomisch de „libera ed armonica coesistenza di tutti” gesteld.

Wij accepteren geheel de theorie van REDSLOB, waar deze een logische analogie tusschen de eerstgenoemde, formeele en de laatstgenoemde, materieele theorie van de natie constateert (83).

Deze materieele theorie van de natie zou in latere tijden zich o. a. ontwikkelen tot de z.g. leer van het zelfbestemmingsrecht der naties (84). De antinomie in deze leer (eenerzijds onmogelijkheid om een natie apriori juridisch te determineren; anderzijds politieke eisch om aan elke natie een Staat te geven) is slechts een bepaald aspect van de groote antinomie tusschen formeele autonomie van de persoon en objectieve rechtsorde.

Een derde phase van het rationalisme stelt de natie als materieel begrip niet alleen aan een bepaalden staatsvorm, maar aan den Staat als zoodanig tegenover. Zij beschouwt

„La nazionalità non è che la esplicazione collettiva della libertà”. (Mancini. Diritto internazionale. Napoli, 1873, pag. 38). De antinomie van objectieve rechtsorde (*esplicazione collettiva*) en subjectieve persoon (*della libertà*) keert ook hier terug.

Bevangen in het formeele autonome denken, ziet MANCINI echter elders zelf *niet* de meerdere materieele preciseering welke hij, in vergelijk met HEGEL, aan de Natie heeft gegeven, waar hij de keuze van het punt van uitgang: „Staat” of „Natie” beschouwt als een simpele questie van „precedenza logica” (t. a. p., pag. 44).

(83) REDSLOB. Origines du principe des nationalités. Académie Diplomatique Internationale. Séances et Travaux. 1929, décembre, pag. 14—21.

(84) Punt III van de vier complementaire punten van President WILSON, geformuleerd den 12 Febr. 1918: „Tout règlement territorial se rapportant à cette guerre doit être fait dans l'intérêt „et au bénéfice des populations intéressées et non pas comme „partie d'un simple arrangement ou d'un compromis de revendications entre Etats rivaux”;

Punt IV: „Toutes les aspirations nationales bien définies „devront recevoir la satisfaction la plus complète qui puisse „être accordée sans introduire de nouveaux ou perpétuer d'anciens „éléments de discorde ou d'antagonisme susceptibles, avec le „temps, de rompre la paix de l'Europe et par conséquent du „monde”.

Vgl. hiermede de antinomie in President WILSON's Declaratie van 27 Sept. 1918: „Aucun intérêt individuel ou spécial d'une „nation quelconque ou d'un groupe quelconque de nations ne „pourra inspirer une partie de l'arrangement qui ne correspon- „drait pas à l'ensemble des intérêts de tous”. (Bulletin de l'Institut Intermédiaire International. I, 1919, pag. 27).

den Staat als het *bijzondere*, te overwinnen element, en de natie als den *algemeengeldigen* grondslag voor de algemeene wereldorde (85). Wij vermogen echter niet in te zien, waarom ook niet de natie als het bijzondere, op „willekeur”, gebaseerde principe zou kunnen optreden, daar zij toch, in haar autonomie, aan geen enkele objectieve maatstaf gebonden is.

Elk van de drie vermelde theorieën stelt de „natie” in oppositie: en wel de eerste tegenover de eigen-gerechtigde Overheid; de tweede tegenover een bepaald type van Staat; de derde tegenover den Staat als zoodanig. Elk der drie theorieën is op het formeele rationalisme gebaseerd. Elk der drie theorieën staat in een antinomische verhouding tot de objectieve rechtsorde: er is met de autonomie der natie (op welke wijze dit laatste begrip ook materieel is gepreciseerd) geen materieele garantie gegeven voor een „Sainte Alliance des Nations”, voor de heerschappij van het recht.

Noodzaak van keuze tusschen objectief en subjectief principe. De fundamenteele antinomie, welke aan elk der vooraangaande constructies ten grondslag lag, is indertijd scherp gezien door BERGBOHM. Hij was de eerste, die de principieele onvereinigbaarheid van objectief volkenrecht en staatssoevereiniteit inzag en daarom, schijnbaar consequent naar één zijde de beslissing doende vallen, het volkenrecht op den eigen wil der Staten baseerde (86). Ook BULMERINCQ verklaarde, hoewel op andere gronden, zooals wij zagen, dat de twee principes onvereinigbaar waren (87). Wij zullen in een latere studie trachten aan te toonen, inhoeverre een dualiteit van rechtsorden in één systeem aannemelijk zou kunnen zijn.

Al blijkt het ook, dat zelfs deze eenzijdige oplossing weder regelrecht in de antinomieën voert, daar immers op die wijze de verbindende kracht van het volkenrecht op een innerlijk tegenstrijdige basis wordt geplaatst (88), dan heeft zij toch haar groote nut inzooverre als zij dwingt naar de eene of andere zijde een beslissing over de grondslagen van het volkenrecht te nemen.

(85) RENNER. Nation und Staat. Leipzig & Wien, 1918.

(86) „Ihren eigenen Willen können die Staaten doch unbeschadet ihrer Selbständigkeit für sich gelten lassen”: Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts. Dorpat, 1877, pag. 19.

(87) T. a. p.

(88) Vgl. ook JELLINEK. Die rechtliche Natur der Staatenverträge. Wien, 1880.

Evenals in het staatsrecht, zou het blijken, dat ook in het volkenrecht de leer van de zelfbinding van den Staat aan het recht werd toegepast, teneinde te pogen de fundamenteele antinomie van autonome persoon en objectieve rechtsorde te overwinnen (89). JELLINEK heeft deze constructie ondernomen, waardoor hij de conclusie van BERGBOHM juridisch trachtte uit te bouwen en te rechtvaardigen. De critiek, welke wij bij de analyse van de staatsrechtelijke constructie hebben gegeven, moge ook voor de volkenrechtelijke theorie volstaan. JELLINEK's fundeering van den regel „pacta sunt servanda” (hij baseert hem formeel op den staatswil, materieel op de staatsinteressen (90), en bovendien nog op de „Grundsätze der Sittlichkeit”) doet de antinomie nogmaals naar voren treden.

Neemt men de beslissing naar de zijde van den individueelen staatswil, dan kan men voorloopig in positivistischen gedachtengang het rechtskarakter van het volkenrecht „redden”. Bij enkele auteurs wordt het volkenrecht aldus tot „äusseres Staatsrecht” (91). Wegens de boven geformuleerde innerlijke antinomie kan men practisch bij deze fundeering niet blijven staan en moet men dus, consequent doordenkend, tot de leer van de individueele staatsmacht als den grondslag van het volkenrecht zijn toevlucht nemen.

Deze consequentie, die o. a. door A. LASSON resoluut wordt getrokken (92), toont ten minste de machtsleer, welke in het subjectieve standpunt verscholen is, scherp aan en dwingt ons als het ware, teneinde het rechtskarakter van het volkenrecht inderdaad te redden, het objectieve standpunt tot uitgang te kiezen.

(89) VERDROSS. Die gesellschaftlichen Grundlagen der Völkerrechtstheorie. A. R. W. Ph. XVIII, 1925, pag. 419—420) is de eerste, die op deze analogie heeft gewezen.

BERGBOHM. Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts. Dorpat, 1877, pag. 19, 39 enz.

JELLINEK. Die rechtliche Natur der Staatenverträge. Wien, 1880, pag. 9 vlg., pag. 18.

Idem. Die Lehre von den Staatenverbindungen. Pag. 31 vlg.

(90) JELLINEK. Die rechtliche Natur der Staatenverträge. Pag. 47.

(91) PH. ZORN. Die Deutsche Staatsverträge. (Zeitschrift f. d. gesammte Staatswissenschaft. 36 Bnd., 1880, pag. 1 vlg.).

(92) Prinzip und Zukunft des Völkerrechts. Berlin, 1871.

Aanval op de leer der grondrechten. Alnaarmate de internationale betrekkingen in intensiteit toenamen, zou het ook practisch steeds meer bezwaarlijk zijn, het volkenrecht op den souverainen wil der Staten te baseeren. Echter was de leer der souveriniteit tezeer een erfgoed van de volkenrechtswetenschap, dan dat men dit leerstuk direct zou kunnen attaqueeren.

Een strooming, die tegen het einde der vorige eeuw in Frankrijk en Duitschland tegelijkertijd opkwam, zocht haar punt van aanval speciaal in de abstracte formuleering van de leer der grondrechten. In Frankrijk was het PILLET, die de traditioneele serie der abstracte grondrechten en speciaal het „droit d'indépendance" als met het objectieve volkenrecht materieel in strijd verwierp, en slechts den concreten juridischen kern, die onder de abstracte formuleering dreigde verloren te gaan, aanvaardde. Hij aanvaardde als eenig grondrecht slechts dat van de „personnalité de l'Etat", waartegenover hij als complement de plicht tot respect van deze „personnalité" uitdrukkelijk poneerde.

PILLET bracht door zijn formule van het „respect de la personnalité" de relaties der Staten tot meer concrete juridische proporties terug: een inbreuk op het grondrecht der „personnalité" diende voortaan met een beroep op een concreten objectieven rechtsregel, als b.v. de personeele souveriniteit, gerechtvaardigd; niet meer voldoende was een beroep op een abstract subjectief grondrecht (93).

Langs analoge wegen kwam derzelfder tijd in Duitschland JELLINEK met zijn „Anerkennungstheorie" tot eenzelfde practisch resultaat, toen hij de leer der grondrechten aldus omschreef: „Kein Staat kan rechtlich von dem anderen etwas „fordern oder ihn rechtmässig zu etwas zwingen, als auf „Grund eines Rechtssatzes" (94).

HEILBORN accepteert alleen het grondrecht der rechtspersoon. Hij aanvaardt dan ook niet het abstracte „recht op zelfbehoud"; wèl ziet hij in den „Notstand" de essentiele manifestatie van de volkenrechtelijke rechtspersoon, manifes-

(93) *Recherches sur les droits fondamentaux des Etats dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître.* R.G.D.I.P., 1898, pag. 66—89 en 236—264, en 1899, pag. 503—532.

(94) *System der subj. öff. Rechte.* Pag. 298 vlg. — De „Anerkennungstheorie" is gebaseerd op BIERLING. *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe.* Gotha, 1877.

tatie die zelfs de opschorting van internationale tractaten niet onrechtmatig zou maken (95). Hij acht echter een opsomming der concrete normen, welke een inbreuk op deze rechtspersoon zoo niet rechtvaardigen, dan toch aan deze inbreuk hare onrechtmatigheid ontnemen, noodzakelijk (96).

Gedurende den wereldoorlog werd de „Verklaring der grondrechten en grondplichten der Staten”, door het Amerikaansche Instituut voor Internationaal Recht in 1916 te Havana, tot grondslag van het nieuwe volkenrecht geproclameerd (97).

(95) System des Völkerrechts. Pag. 279 vlg.

(96) T. a. p., pag. 321—368: Krieg (und Neutralität), Repressalien, Retorsion, Intervention und Friedensblockade.

(97) Institut Américain de Droit International. La Déclaration des Droits et Devoirs des Nations. Washington, 1916, pag. 91:

I. „Toute nation a le droit d'exister, de protéger et de conserver son existence, mais ce droit n'implique pas le pouvoir et ne justifie pas le fait, par un Etat, de commettre, pour se protéger, ou conserver son existence, des actes injustes contre d'innocents „Etats qui ne font aucun mal.”

II. „Toute nation a le droit d'indépendance, en ce sens qu'elle „a droit à la poursuite du bonheur, et qu'elle est libre de se développer sans immixtion ou contrôle d'autres Etats, pourvu qu'en agissant ainsi, elle ne commette ni intervention, ni violation des „justus droits des autres Etats.”

III. „Toute nation est, en droit et devant le droit, l'égale de „tout autre membre de la société des nations, et tous les Etats „ont le droit de proclamer, et, conformément à la Déclaration „d'Indépendance, des Etats Unis, de prendre, parmi les puissances „du globe, la situation séparée et égale à laquelle les lois naturelles et divines leur donnent droit.”

IV. „Toute nation a le droit de posséder un territoire dans les „limites déterminées, et d'exercer une juridiction exclusive sur „son territoire, en même temps que sur toutes les personnes „étrangères qui s'y trouvent.”

V. „Toute nation qui a un droit, en vertu de la loi des nations, „a le droit de le voir respecté et protégé par toutes les autres „nations, car le droit et le devoir sont corrélatifs, et, où il y a „droit pour l'un, il y a pour tous, devoir de l'observer.”

VI. „Le droit international est, tout à la fois, national et international, national au sens qu'il est la loi du pays et s'applique „comme tel à la décision des questions qui mettent en jeu ses „principes, international dans le sens qu'il est la loi de la société „des nations et, comme tel, s'applique à toutes questions entre „les membres de la société des nations qui mettent en jeu ses „principes.”

Gaat men de geschiedenis der doctrine na, dan blijkt, hoezeer de leer der grondrechten en die van den souverainen staatswil logisch samenhangen, ja hoezeer de eerste den inhoud voor de tweede heeft gegeven. Men tast dus de fundamenteele antinomie niet aan, wanneer men slechts de anarchische uitwassen van den *rechtsinhoud* besnoeit en de tegenstrijdigheden, welke in de leer van den formeel-souverainen *staatswil* opgesloten liggen, onaangetast laat. In dezen geest baseert RIVIER nog het internationale administratiefrecht op de „Grundrechte und deren Einschränkung” (98).

Leer van den „Gesamtwille” der Staten. Een andere strooming in de wetenschap, die terzelfder tijd opkwam, was dan ook vruchtbaarder, daar zij de leer van den souverainen staatswil zelf aan critiek onderwierp. TRIEPEL voltrok de meest vergaande evolutie, welke het oude positivisme maken kan, doordat hij het volkenrechtelijke verdrag niet alleen op den individueelen wil van elk der contracteerende Staten, maar daarenboven nog op hun gemeenschappelijken wil baseerde (99). Zijn oogmerk hierbij was, een objectieven grondslag voor het volkenrecht te vinden.

De hier aangeroeerde quaestie van onderscheiding tusschen twee soorten verbintenissen is een zeer gecompliceerde, waaraan verschillende schrijvers een verschillende oplossing hebben trachten te geven. De eerste, die dit probleem naar materieele criteriën analyseerde, was BERGBOHM (die zelf o. i. voortbouwde op de onderscheiding, welke von MOHL en von STEIN tusschen Völkerrecht” en „Gesellschaftsrecht” hadden gemaakt), welke zijn onderscheiding tusschen „Rechtssätze” en „Rechtsgeschäfte” legde in het *doel* van partijen (100): bij het afsluiten van „Rechtssätze” zouden partijen objectief recht willen erkennen, bij dat van „Rechtsgeschäfte” zouden zij slechts subjectieve rechten willen vestigen of opheffen.

Daarnaast treedt, zooals bij BINDING, een onderscheiding naar voren, volgens welke het verschil tusschen „Vertrag” en „Vereinbarung” ligt in een objectief criterium. Bij een „Vertrag” zouden noodzakelijkerwijze twee partijen tegenover elkander staan, die wederzijds een contraire, min of meer

(98) Principes du droit des gens. Paris, 1896, I, §§ 20—31.

(99) Völkerrecht und Landesrecht. Leipzig, 1899, pag. 35 vlg.

(100) Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts. Dorpat, 1877, pag. 77 vlg.

équivalente prestatie bedongen; bij een „Vereinbarung” daarentegen zou een in principe onbeperkt aantal contractanten naast elkander staan en te zamen een zelfde rechtsgevolg beoogen (101). De „Vertrag” zou de bevrediging van tegengestelde, de „Vereinbarung” die van gemeenschappelijke of gelijke interessen moeten dienen.

TRIEPEL nu neemt de terminologie van BINDING over, en beschouwt de „Vereinbarung”, niet den „Vertrag”, als bron van het volkenrecht. Hij nuanceert echter de beteekenis, welke BINDING aan het begrip „Vereinbarung” gaf, doordat hij speciaal op den „Gesamtwille” als grondslag van *de bindende kracht* van de „Vereinbarung” den nadruk legt. Op deze wijze beoogt TRIEPEL, zooals gezegd, een objectieve basis aan het volkenrecht te geven: het tractaat staat volgens deze constructie „boven” de partijen (102).

De tegenstelling tusschen „Vertrag” en „Vereinbarung” is door verschillende auteurs bestreden, met name door KRABBE (103). Hunne argumenten kunnen aldus samengevat worden, dat zoowel bij een „Vertrag” als bij een „Vereinbarung” beide partijen denzelfden wil hebben. Het *doel*, dat elk der partijen nastreeft, zou voor het recht niet in aanmerking komen, en trouwens zelfs bij een „Vereinbarung” vermogen de verschillende partijen een ander doel te beoogen.

Teneinde tusschen deze verschillende standpunten een juiste weg te vinden, dient men wèl te onderscheiden tusschen inhoud en verbindende kracht van een internationaal tractaat.

Een onderscheiding kan slechts dààr gemaakt worden, waar men den *inhoud* nader gaat preciseeren. Deze onderscheiding kan echter niet in de zuiver empirische criteria van een zekere uitwisseling van prestaties tegenover gelijk-

(101) Die Gründung des norddeutschen Bundes. Leipzig, 1889, pag. 69 vlg.

(102) T. a. p., pag. 63 vlg., speciaal pag. 70 vlg.: „Die Staaten „können objektives Recht schaffen, wenn sie eine Regel vereinbaren, nach der sich ihr künftiges Verhalten dauernd bestimmen „soll”; pag. 79: „Einen Rechtssatz, der nicht als Macht über den „Subjekten steht, an die er sich wendet, kann ich mir nicht „denken . . . Im Völkerrechtssatze tritt eben dem Staate *nicht* „nur sein eigener Wille, sondern ein Gemeinwille entgegen . . .” Vgl. ook pag. 81 vlg.

(103) Die moderne Staats-Idee. Pag. 290 vlg.

heid van doelstelling worden gezien. Immers deze criteria kunnen geen principieelen maatstaf vormen: vandaar ook de eindeloze onderscheidingen die de wetenschap te dezen opzichte maakt. Wij zien de onderscheiding, in den geest van BERGBOHM, hierin, dat de „Vereinbarung” (als „Rechtssatz”) een bepaalden inhoud aan het objectieve recht toevoegt, terwijl het „Vertrag” (als „Rechtsgeschäft”) geen inhoud daaraan toevoegt. In dezen gedachtengang schijnt ons de onderscheiding van „Vertrag” en „Vereinbarung” zeer wel aanmerkelijk.

Zij is vruchtbaar voor de determinatie van het internationaal wetsbegrip. Niet, zooals gezegd, alsof de „Vereinbarung” op zich zelf, zonder objectieve norm, objectief recht zou scheppen. Maar het normatieve *rechtsgevolg*: het bestaan van „law making treaties” wordt bij het aanvaarden van de „Vereinbarung” verklaard (104). Dus is deze onderscheiding meer voor een *materieel* dan voor een *formeel*, zooals TRIEPEL wil, volkenrechtelijk wetsbegrip vruchtbaar.

Wat het verschil in *bindende kracht* tusschen „Vertrag” en „Vereinbarung” betreft, de „Gesamtwille”, die den partijen bij de „Vereinbarung” in tegenstelling tot den „Vertrag” tegemoet treedt, is op zichzelf voor de bindende kracht geen voldoende grondslag. Immers het enkele feit van een overeenstemmende wil vormt nog geen basis van een tractaat. Anders interpreteert men in dezen overeenstemmenden wil een element, dat er op zichzelf niet aan inhaerent is, n.l. de leer van de bindende kracht van verdragen. De positivistische verklaring van de norm door het feit heeft zich dan ook hier herhaald, en dezelfde antinomie, die wij bij de theorie van de zelfbinding hadden ontmoet, n.l. de antinomie van de vrije persoon tot de objectieve rechtsorde, keert ook hier terug. Ook het internationale tractaat verlangt, evenals het civielrechtelijke verdrag, voor zijn gelding althans het bestaan eener objectieve rechtsnorm. Een distinctie tusschen „Vereinbarung” en „Vertrag” kan dus o.i. in verband met de bindende kracht van verdragen *niet* gemaakt worden. Wij

(104) RIVIER. T. a. p., I, pag. 37: „Les traités générateurs du „droit des gens: Les traités qui ne sont pas de simples documents „de la coutume, mais qui forment, dans le sens défini plus haut, „des sources du droit des gens, sont ceux où l'intention des Etats „contractants est précisément de légiférer en matière de droit des „gens”.

meenen zelfs, dat deze distinctie ook nutteloos is en in belang geheel achterstaat bij de materieele, zooeven genoemde onderscheiding. Eventueele onderscheidingen, welke met betrekking tot den inhoud van een verdrag te maken zijn, zullen blijken minstens zoozeer op het objectieve recht als op den wil van partijen gebaseerd te zijn.

De constructie van TRIEPEL schijnt ons dus niet aannemelijk. Onze auteur heeft echter belangrijke bouwstenen aangebracht tot het zoeken van een objectieve fundeering van het volkenrecht; latere generaties zouden dit doel langs andere wegen trachten te bereiken.

Leer van de solidariteit der Staten. Andere schrijvers, als DUGUIT, SCHELLE, stelden tegenover het aprioristische postulaat van den souverainen staatswil een nieuw, contrair postulaat, dat van de *solidariteit der Staten*, op. Weliswaar baseeren de aanhangers deze leer op het sociale substraat: de feitelijke solidariteit der Staten. Echter is de oncritische overgang van de feitelijke solidariteit tot de solidariteit als juridisch begrip op de oude antinomie van feit en norm gebaseerd. Wanneer de solidariteit, als geconstateerd feit, in een juridisch systeem zonder nadere juridische basis wordt aangevaard, dan is zij daardoor tot een aprioristische, ja, tot een natuurrechtelijke constructie geworden. Zij berust dan niet alleen op de antinomie van norm en feit, maar ook op die van natuur- tot positief recht.

Slechts de vaagheid van het begrip der solidariteit kan schijnbaar hare innerlijke antinomieën bedekken. Deze vaagheid is echter een noodzakelijk defect dezer leer, daar haar, evenals aan de leer der „*Volonté Générale*”, elk objectief criterium ontbreekt. Zij is tegelijk een logisch en een empirisch begrip; tegelijk een abstract juridisch begrip en een politiek postulaat; oncritisch zoowel basis van de rechts-gelding als van den rechtsinhoud. Overigens geldt ten opzichte van de leer der solidariteit datgene wat gezegd is bij de critiek op DUGUIT in een vorig artikel.

Wat de analyse van de theorie der solidariteit zoo uitermate bemoeilijkt is het feit, dat zij, afgezien van hare innerlijk tegenstrijdige basis, nog nauwelijks een systematische uitwerking voor de practijk bezit.

Hier is het misschien op zijn plaats een principieele critiek op de leer der solidariteit in te vlechten. Wanneer deze

leer zich vleit, een getrouwe weergave van de werkelijkheid te zijn, dan heeft zij toch niet aan een essentieel element der werkelijkheid: de menselijke persoonlijkheid, voldoende recht doen wedervaren.

Bij haar onbestemd logisch karakter misschien moeilijk met een concrete doctrine te vereenzelvigen, heeft de leer der solidariteit in elk geval principieel niets gemeen met de door VITTORIA en GROTIUS verdedigde leer van de „socialitas” der menschen. Terwijl de leer der „socialitas” op het natuurrecht en daarmede bij VITTORIA op de objectief-kosmische wetten, bij GROTIUS op de algemeene mathematische redewaarheden gebaseerd was, is de leer der solidariteit een abstract aprioristisch postulaat. De „socialitas” der klassieken was derhalve van de volheid der rechtsidee vervuld, waarin individueele vrijheid en sociale gebondenheid beide, hoewel in elk dezer theorieën anders gefundeerd, hare harmonische samenstelling vonden. De „solidariteit” echter is enkel en uitsluitend het principe van de volstreckte prioriteit van de gemeenschap. Het is de gemeenschap welke, enkel ter bereiking van hare doeleinden, zoowel de „solidarité par similitude” als de „solidarité par division de travail” opstelt. Deze theorie is voor ons inacceptabel: vooreerst is dit begrip der gemeenschap even weinig materieel gedefinieerd en definieerbaar als ROUSSEAU's „Volonté Générale”, zoodat het begrip geen maatstaf voor de verdeling van rechten en plichten kan zijn. Wanneer het dan toch de „solidarité par division de travail” naast de „solidarité par similitude” als norm poneert, is dit een geheel willekeurige preciseering; immers het blijft bij DUGUIT onzeker, of de gemeenschap hiertoe door een hoogere wet genoodzaakt is, dan wel of zij deze indeeling vrijmachtig heeft gemaakt en dus weder kan ongedaan maken. De laatste interpretatie schijnt ons de juiste, aangezien DUGUIT de „solidarité” als eenige hoofdmaatstaf opstelt. Onze conclusie moet dus zijn, dat DUGUIT's constructie innerlijk antinomisch is (immers zoowel de „solidarité par similitude” als — „par division de travail” tot dezelfde „solidarité sociale” terugbrengt) en de waarde van de persoonlijkheid principieel miskent (in dat laatste geval zou de „division de travail” *slechts* als sociale functie begrepen kunnen worden).

Primaat van Staats- of Volkenrecht. O.i. staat de wetenschap nog altijd voor de beslissing, waar BERGBOHM haar eens

voor stelde, n.l. de beslissing tusschen subjectief en objectief gefundeerd volkenrecht. De subjectieve oplossing heeft onveranderlijk antinomieën ten gevolge gehad, waar zij een verklaring van de objectieve rechtsorde had te geven.

Wanneer men er dus toe gebracht wordt, een objectieve fundeering te zoeken, is daarmee nog niet over den aard van deze fundeering geprejudicieerd. Zoo schijnt ons met name de bekende methodenstrijd, die sedert de laatste jaren in Duitschland wordt gestreden, n.l. de strijd om het *primaat van het staats- of van het volkenrecht*, slechts een voorbereiding tot deze fundeering te zijn. Voor de positivistische wetenschap scheen deze strijd te gaan om een *primaat* tusschen twee positieve rechtsordeningen: de staatsrechts- en de volkenrechtsorde. Dat het hier echter in werkelijkheid reeds ging om een strijd tusschen positiefrechtelijke of natuurrechtelijke fundeering, kon bij de almacht der positivistische leerstellingen nog niet steeds erkend worden.

Het is wederom de verdienste van TRIEPEL, het probleem van de basis van het volkenrecht zóó te hebben gesteld, dat daarop later de strijd om het *primaat* „sinnvoll” kon worden gestreden. TRIEPEL stelde tusschen „Völkerrecht” en „Landesrecht” een dualisme op, hetwelk *hij zelf* fundeerde op een verschil in *bron* (105) en *subjecten* van beide rechtsordeningen (106).

Nu schijnt deze fundeering zelf op de positivistische leer van TRIEPEL te berusten. Wat het verschil in *bron* betreft, hebben wij zooeven bij de analyse van de verdiensten en de onvolmaaktheden der Vereinbarungstheorie dit verschil verworpen (107). Het verschil in *subjecten* (het volkenrecht, op coördinatie der Staten berustend, zou de Staten; de Staat zou alle andere rechtspersonen tot subject hebben) is een aprioristische voorstelling. De quaestie van de volkenrechtelijke rechtssubjecten kan slechts met inachtneming van den rechtsinhoud hare oplossing vinden.

Hoe het zij, TRIEPEL neemt een scheiding tusschen beide rechtsordenen aan, die hij aldus formuleert: „Völkerrecht und Landesrecht sind nicht nur verschiedene Rechtsteile, sondern

(105) TRIEPEL. T. a. p., pag. 217 vlg.

(106) T. a. p., pag. 9 vlg., bijz. pag. 11 vlg.

(107) Vgl. DUGUIT. T. a. p. pag. 116: „la différence de source de droit n'implique pas une différence dans la nature du droit”.

auch verschiedene Rechtsordnungen. Sie sind zwei Kreise, die sich höchstens berühren, niemals schneiden" (108).

Niettemin scheidt TRIEPEL volken- en staatsrecht niet absoluut: hij neemt tevens een zekere eenheid aan, die hij echter slechts als „Bild" laat gelden (109). In zijn analyse van het positieve recht — VERDROSS heeft er terecht op gewezen (110) — brengt TRIEPEL trouwens beide rechtsordningen nauw tezamen, terwijl zijn geheele leer van het „völkerrechtswidrige", „völkerrechtsgemässe" en „völkerrechtlich zugelassene" staatsrecht (111) zonder het aannemen van een zekere relatie tusschen beide geen zin zou hebben.

Het is dus niet de positivistische *fundeering* van het dualisme van volkenrecht en staatsrecht, die wij als vruchtbaar voor de wetenschap begroeten, dan wel het *poneeren* van dit dualisme op zichzelf. De wetenschap is daardoor a. h. w. gedwongen geworden, zich van de relatie der beide ordeningen scherp rekenschap te geven.

Mocht men tot de eenheid van beide concludeeren, dan deed zich de noodzaak van een nieuwe beslissing voor: of het volkenrecht op het staatsrecht, of het staatsrecht op het volkenrecht, of beide tezamen op een hoogere (natuur?) rechtsorde te fundeeren (112). In elk geval had TRIEPEL een meer diepgaand onderzoek naar de objectieve rechtsgrondslagen in belangrijke mate voorbereid, doordat hij het probleem gesteld had van de relatie tusschen de twee *rechtsordeningen in abstracto*, zonder apriori het probleem te zien als een relatie van volkenrecht tot een metajuridischen staatswil. Door methodologisch de beide rechtsordeningen niet *apriori* op een metajuridische rechtsbron (in casu den

(108) T. a. p., pag. 111.

(109) T. a. p., pag. 259.

(110) Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft. Wien, 1926, pag. 34.

(111) T. a. p., pag. 156 vlg.: Die denkbaren Beziehungen verschiedener Rechtsverordnungen zueinander. Pag. 169: Zweites Kapitel: Das Verhältniss der Rechtssätze; pag. 253: Drittes Kapitel: Das Verhältniss der Rechtsquellen.

(112) VERDROSS (Konstruktion des Völkerrecht, Z. V., pag 329 vlg.) was de eerste, die de noodzakelijkheid van een monistische constructie en derhalve van een keuze tusschen het „Primat des Staatsrechts" en het „Primat des Völkerrechts" betoogde. Het eenheidsbeginsel herhaald bij VERDROSS. Die Einheit (Vorwort en passim).

staatswil) te baseeren, hield TRIEPEL voor latere onderzoekers den weg tot een zuivere rechtsbaseering vrij.

Het probleem van het primaat van staats- of volkenrecht kan beschouwd worden volgens de normlogische (113) theorie of volgens de theorie der rechtservaring (114).

In ons eerste artikel hebben wij bij de analyse van Kelsen's theorie de philosophische redenen uiteengezet, die ons tot een verwerping van de normlogische methode hebben gebracht. Maar zelfs vanuit de normlogische methode meenen wij om positiefrechtelijke redenen het primaat van het staatsrecht te moeten verwerpen. Het eenige wetenschappelijke criterium dat deze methode aanvaardt is de innerlijke geslotenheid: welnu, bij aanvaarding van het primaat van het staatsrecht verwikkelt men zich in zeer veel talrijker logische moeilijkheden dan bij aanvaarding van het volkenrechtsprimaat. Deze moeilijkheden zien wij niet alleen, zooals VERDROSS, in de door wetenschap en practijk gelijkelijk aanvaarde identiteit van den Staat ondanks het feit der revolutie (115). Wij zien haar ook in de algemeen aanvaarde norm van art. 15 § 8 van het Volkenbondspact (116). Deze norm verklaart dat zelfs betreffende geschillen tusschen Staten, die betrekking hebben op de z.g. exclusieve competentie van een Staat, de beslissing over het bestaan van deze

(113) Kelsen. Allgemeine Staatslehre. Pag. 119—136.

(114) VERDROSS. (Die Einheit des rechtlichen Weltbildes. Pag. 138, noot):

„Daher ist auch die „dualistische“ Völkerrecht und staatliches „Recht gesondert begründende Konstruktion nicht aus methodischen Gründen, wie Kelsen meint, sondern deshalb abzulehnen, „weil beide Rechtskreise in der Erfahrung der Rechtssätze miteinander verbunden vorgefunden werden“.

(115) Die Einheit. Pag. 142 vlg.

Vgl. verklaring der Londensche Conferentie van 19 Febr. 1831. (N. R. X, pag. 197).

Primaat van het staatsrecht verdedigd bij WENZEL. Juristische Grundprobleme. 1920.

Primaat van het volkenrecht o. m. verdedigd bij SANDER. (Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. Z. f. ö. R., 1919, Bd. 1).

(116) „Si l'une des Parties prétend et si le Conseil reconnaît „que le différend porte sur une question que le droit international „laisse à la compétence exclusive de cette Partie, le Conseil le „constatera dans un rapport, mais sans recommander aucune „solution.“

exclusieve competentie niet aan dien Staat zelf, maar aan den Raad van den Volkenbond is overgelaten. Terwijl deze norm vanuit de leer van het staatsrechtsprimaat een zeer gecompliceerde verklaring verlangt, kan zij in de leer van het primaat des volkenrechts een eenvoudige verklaring vinden.

Tenslotte stelt het door de Staten erkende bestaan van een „droit international commun” de leer van het staatsrechtsprimaat voor dezelfde onoplosbare puzzle als het bestaan van art. 15 § 8 van het Volkenbondspact.

Daarentegen gaan wij niet met Kelsen accoord, waar deze in de acceptatie van het primaat van het staatsrecht impliceert de souvereiniteit van den eigen Staat over de geheele volkenrechtsorde besloten meent te zien (117). Immers men dient dan tevens de souvereiniteit van alle andere Staten over de geheele volkenrechtsorde te aanvaarden.

Wanneer het primaat van het staatsrecht vanuit normologisch standpunt dient te worden verworpen, dan dient zij dit ook a fortiori vanuit de theorie der rechtservaring.

Wil dit zeggen dat om deze reden de leer van het primaat van het volkenrecht dient te worden aanvaard? Herinneren wij ons allereerst de definitie, die Verdross aan deze leer geeft, n.l.: „das Primat des Völkerrechts besagt nur, dass das Völkerrecht wenigstens in seiner obersten Spitze über den Staaten schweben muss” (118).

Onze eerste vraag dient nu te zijn: welke is deze „oberste Spitze”, die volgens Verdross boven de Staten uitgaat? Verdross noemt alleen de regel „pacta sunt servanda” (119). Deze regel is echter geen volkenrecht, maar natuurrecht. Zoo worden wij reeds door Verdross regelrecht gebracht, en moeten wij ook, in verband met de innerlijke antinomie van de „Vereinbarungs”theorie, gebracht worden naar een (in laatste instantie) natuurrechtelijke fundeering van staats- en volkenrecht (120). Maar zelfs Kelsen, die de mogelijkheid van een keus tusschen één der beide primaten handhaaft (121), impliceert in het primaat van het volkenrecht

(117) T. a. p., pag. 124.

(118) Die Einheit. Pag. 134, noot.

(119) Verfassung. Pag. 28 vlg., 116 vlg.

(120) Die Einheit. Pag. 134: „Es ist daher sowohl der Primat des Völkerrechts, wie auch der des staatlichen Rechts abzulehnen”.

(121) Das Problem. Pag. 14, passim.

tevens de „hypothetische Grundnorm” (122), welke naar zijn eigen verklaring van natuurrechtelijk karakter is.

Doch ook een analyse van de leer van het volkenrechts-primaat zelf moet tot de onhoudbaarheid van deze leer doen besluiten.

Stelt men de wetenschap voor de noodzakelijke keuze: primaat van staats- of van volkenrecht, dan beschouwt men staats- en volkenrecht als deelen van één rechtsorde, doch stelt ze tevens oncritisch als zelfstandige entiteiten aan elkander tegenover. Ze worden als deelen van één orde beschouwd, inzooverre het ééne normencomplex van het andere *afhankelijk* wordt gezien; ze worden echter gescheiden, ja, tegenover elkander gesteld, inzooverre juist het *ééne* normencomplex van het *andere* afhankelijk moet zijn: de oude antinomie tusschen vrije rechtspersoon en objectieve rechtsorde, die tegelijk geïdentificeerd en geopponeerd worden. Tevens worden zij als naar inhoud en omvang vast omljnde rechtscomplexen beschouwd, terwijl zij in werkelijkheid wisselend zijn.

Daarnaast lijdt de leer van het primaat der volkenrechtsorde aan het euvel, dat aan Kelsen's leer eigen is, n.l. de identificatie van rechtsworm en rechtspersoon (123). Door deze identificatie is met name Kelsen niet in staat, *vanuit zijn eigen systeem* te onderscheiden tusschen een (statische) directe afleiding van rechtshouden uit een hogere rechtsworm, en een (dynamische) afleiding van rechtshouden door formeele delegatie of erkenning vanwege een rechtspersoon. Het is waar dat Kelsen later deze onderscheiding desniettemin scherp opstelt (124), maar zij is niettemin niet op zijn systeem gebaseerd, daar dat laatste elke rechtspersoon zonder onderscheid als fictie verwerpt. Wij zien hierin een nieuwe illustratie van de antinomie in Kelsen's systeem, waar hij hier gelijktijdig oncritisch de rechtsorde op rechtshouden en formeele competentie baseert.

Wanneer dit juist is, dan heeft men tevens de verklaring

(122) T. a. p., pag. 126: „Es ist die die Völkerrechtsordnung und mit ihr die Einheit des totalen Rechtssystems konstituierende Grundnorm, die Ursprungshypothese des Völkerrechts”.

(123) Allgemeine Staatslehre. Pag. 66.

(124) „Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechts„positivismus”. Philosophische Vorträge, veröffentlicht von der Kant-Gesellschaft. Heft 31, 1928.

gevonden voor het feit, dat Kelsen bij de analyse van de leer van het primaat oncritisch de „statische” en „dynamische” rechtsafleiding door elkander gebruikt. Terwijl hij bij het primaat van het staatsrecht de „dynamische” beschouwing schijnt te huldigen (immers hij spreekt van een „Anerkennung” van het volkenrecht door den Staat (125), schijnt hij bij het primaat van het volkenrecht de „statische” rechtsafleiding te veronderstellen (aangezien hij o. a. de „Anerkennung” van nieuwe Staten niet op een verklaring van den erkennenden Staat, maar op een „generellen Rechtssatz” baseert (126).

Wij vinden deze oncritische beschouwing bij Verdross terug, hoewel deze auteur, die trouwens niet de normlogische methode huldigt, tusschen rechtsnorm en rechtspersoon wél onderscheidt (127). Bij de analyse van den z.g. „Stufenbau des Rechts” ziet Verdross oncritisch de hierarchische verhouding der verschillende rechtsorden nu eens als een formeele, „dynamische” competentieschakel (128), dan weer als een „statische” rechtsafleiding (129), ja, op enkele plaatsen (130) zelfs als beide tegelijk.

De verdienste van deze leer was, een constructie te geven, die het oogmerk had elke Staat in een objectieve rechtsorde te verankeren.

Conclusie: Noodzaak van een keuze tusschen een positieven en een natuurrechtelijken grondslag van het recht. Wij meenen echter, dat men bij het zoeken naar een objectieve fun-

(125) Allgemeine Staatslehre. Pag. 121—122.

(126) T. a. p., pag. 126.

(127) Einheit.

(128) Verfassung. Pag. 23, 119, 164.

(129) T. a. p., pag. 42, 46, 75.

(130) T. a. p., pag. 43: „Diese Gliederung erfolgt in der Weise, „dass die obersten Normen *nicht alles selbst regeln*, sondern be- „stimmte Menschen zur weiteren Normsetzung ermächtigen”; en: „Es (das Recht) besteht aus generellen Normen mehrerer Schich- „ten, . . . individuellen . . . Normen und blossen Vollzugsakten, „die alle untereinander in einem *Delegationszusammenhang* „stehen”.

Ibid., pag. 165 erkent Verdross echter uitdrukkelijker het onderscheid tusschen „beauftragter” en „selbständiger” staatlicher Wirkungskreis.

deering van het recht niet bij de volkenrechtsorde kan blijven staan. De noodzaak van een beslissing tusschen een subjectieve of objectieve basis dwingt ons verder te gaan en tevens een beslissing te nemen tusschen een in laatste instantie *positieven* of een *natuurrechtelijken* grondslag van het recht. Hiervan hopen wij in een later artikel een nadere uitwerking te geven.

De grondslag van het recht der Nederlandsche Bank tot het uitgeven of in omloop brengen van bankbiljetten

Van de uitgebreide litteratuur over het geld is het aantal werken, waarin de problemen worden behandeld, welke het geld voor het recht oplevert, naar verhouding zeer gering.

In „Das Geld in Theorie und Praxis des Deutschen und Ausländischen Rechts” (Tübingen, 1925) heeft Prof. ARTHUR NUSSBAUM slechts eenige bladzijden voor een opsomming dier werken noodig; voor een lijst van alle geschriften over het geld zou zeker wel een dik boekdeel vereischt zijn.

Van de rechtslitteratuur over het geld is nog verreweg het grootste deel gewijd aan de vraagstukken betreffende goudclausules en andere valutaproblemen. Over den inhoud van het uitsluitend recht der circulatiebanken tot het uitgeven of in omloop brengen van bankbiljetten is wel zeer weinig gepubliceerd, hoe vaag dit privilege in de wetgeving van de meeste landen, waaronder het onze, ook is omschreven. Terwijl onze economen bijvoorbeeld al bijna een eeuw strijd hebben gevoerd over het karakter van het bankbiljet, is aan den aard van dat papier door onze schrijvers over het burgerlijk recht weinig aandacht geschonken; slechts terloops wordt het bankbiljet bij het toonderpapier vermeld.

Een van de voornaamste oorzaken hiervan is wel, dat moeilijkheden in het rechtsverkeer niet tot een onderzoek naar den aard van het bankbiljet en van het privilege onzer circulatiebank hebben genoopt. Zoo is de vraag welke Kist bespreekt, of het uitgeven van een enkel bankbiljet volgens de Bankwet is verboden, voor de praktijk van geen waarde, gelijk door den schrijver wordt erkend. De werkelijke moeilijkheden werden in de praktijk opgelost vóór het tot een onderzoek naar den aard rechtens van het privilege onzer circulatiebank kwam.

De herhaalde pogingen in de laatste twintig jaren tot het in omloop brengen van „privaat geld”, hoofdzakelijk veroorzaakt door den toestand, waarin het „staatsgeld” na 1914 in tal van landen kwam te verkeerren, hebben aan de vraagstukken, welke aan de wettelijke regeling der bankbiljetten-uitgifte zijn verbonden, meer praktisch belang gegeven. Vooral in Duitschland heeft men op allerlei wijzen geprobeerd bonnen, aanwijzingen, enz. „evenals” bankbiljetten te laten

circuleeren. Met eene wet van 1922 (Notgeldgesetz van 17 Juli 1922) is daar getracht het in omloop brengen van gemeld papier te keeren. Deze wet vertoonde blijkbaar tal van lacunes. Bij de verordeningen van 6 en 30 October 1931 (R.G.Bl., I, S. 562 en S. 669) werden de mazen gestopt, althans vernauwd.

Ook in ons land begint zich een bedrijf te ontwikkelen, dat uit het circuleeren van betaalzegels, bonnen, spaarzegels, credietzegels e. d. voordeel tracht te behalen. Dit heeft echter een andere oorzaak dan de hiervoor genoemde, — de Geldschieterswet, ten volle in werking getreden op 1 Maart 1933. Deze wet is het in elk geval, die de uitbreiding van bedoeld bedrijf heeft veroorzaakt.

In Duitschland was de „private Geldschöpfung” in gemelden vorm een plaag van zoodanigen omvang, dat zij als een monetair probleem moest worden opgelost. Bij ons is dit gelukkig anders. Voor den winkeliersstand, die thans toch al een benarden tijd doormaakt, mag het in omloop zijn van credietzegels e. d. dan al als een ernstig nadeel worden aangemerkt, als een verkeerde toestand welke ons geldwezen raakt is die circulatie nauwelijks te herkennen.

Dit verschil in belangrijkheid (althans tot op heden) rechtvaardigt het, de kwestie der credietzegels slechts te gebruiken als aanleiding tot — en als een toets bij — deze poging de basis van het privilege der Nederlandsche Bank tot het uitgeven van bankbiljetten naar ons recht te formuleren, althans te naderen.

Met betrekking tot het bestaande recht in objectieven zijn bij het scheppen van een privilege twee gevallen mogelijk. Onder dit recht kan voor gelijke bevoegdheid als het privilege reeds plaats zijn of nog niet.

In het eerste geval brengt het verleenen van het privilege mede, dat gelijk subjectief recht (of meer dan dat) aan anderen voor het vervolg zal zijn ontzegd. De goede orde zal in den regel eischen, dat ten aanzien van dit laatste nitdrukkelijk (verbods)bepalingen worden uitgevaardigd bij het verleenen van het privilege. Noodzakelijk is dit echter niet, men kan aannemen, dat het ontbreken voor anderen van gelijke bevoegdheid voor het vervolg, in het verleenen van het privilege ligt opgesloten. Uit den aard van het privilege zou zelfs kunnen volgen, dat aan anderen dan de betrokken circulatiebank geacht moet worden voor het vervolg meer bevoegdheden te zijn ontzegd dan het privilege zelf inhoudt.

In verband met het feit, dat het privilege der circulatiebanken in elk geval betrekking moet hebben op de uitgifte van schuldbewijzen, althans stukken waaruit blijkt van het recht op eenige praestatie (verder genoemd papier), brengt

het vorenstaande mede, dat naast de volgende twee grondslagen geen derde mogelijk is.

De eene grondslag moet zijn een bijzondere eigenschap, welke bij de wet uitsluitend aan zeker soort door de circulatiebank uitgegeven papier is toegekend, en wel een eigenschap welke andere personen en instellingen volgens het geldende recht in objectieven zin aan hun papier niet kunnen geven. Bij dezen grondslag is het voor andere personen en instellingen niet mogelijk papier van denzelfden aard in omloop te brengen.

De andere grondslag voor het privilege der circulatiebanken kan alleen zijn een algemeen verbod tot de uitgifte van papier, dat een zekere eigenschap of hoedanigheid heeft of kan hebben.

Het zou nu voor de hand liggen dat degenen die laatstgemelde opvatting huldigen, ter oplossing van de kwesties, welke zich met betrekking tot het uitsluitend recht der circulatiebanken voordoen, alle aandacht schonken aan de vraag in hoeverre bij het verleenen van het privilege bevoegdheden aan anderen werden ontzegd. Dit is echter niet het geval. Steeds gaat men uit van het privilege der circulatiebanken zelf. Dit wordt duidelijk, wanneer men bedenkt dat er veelal geen wettelijke bepalingen zijn, waarbij bedoelde bevoegdheden aan anderen worden ontzegd, zoodat zelfs het ontbreken aan anderen van gelijk recht als het privilege der circulatiebanken al uit den aard van dit privilege moet worden afgeleid.

Dat beide grondslagen voor het privilege der circulatiebanken tot het uitgeven van bankbiljetten hun verdedigers hebben, blijkt uit de behandeling van de kwestie of de eenvormige wet op chèques een verbod moest inhouden tot de uitgifte van een chèque door den trekker op zichzelf getrokken, in de tweede zitting van de internationale conferentie ter unificatie van het wissel-, orderbiljet- en chèque-recht, gehouden te Genève in 1931, in welke zitting de tekst dier wet werd vastgesteld.

Overeenkomstig de werkwijze, aangenomen in de eerste zitting, welke leidde tot het verdrag tot invoering van een eenvormige wet op wisselbrieven en orderbriefjes, werd ter conferentie in die tweede zitting als basis voor de besprekingen het ontwerp aanvaard, samengesteld door een comité van „Legal Experts” van den Volkenbond.

Volgens bedoeld ontwerp zou het mogelijk zijn dat een chèque door een trekker op zichzelf wordt getrokken. Aan de Hooge Verdragsluitende Partijen zou evenwel het recht zijn voorbehouden de uitgifte te verbieden van toonderchèques door den trekker op zichzelf getrokken. Dit voorbehoud was, blijkens een daarbij gestelde aantekening, opgenomen in

verband met den strijd, welke tusschen gemelde chèques en bankbiljetten zou kunnen ontstaan.

Bij de besprekingen van gemeld onderwerp welke op 25 Februari 1931 aanvingen, bleek het dat volgens eenige deelnemers het bankbiljet zich van ander papier onderscheidde door de hoedanigheid van wettig betaalmiddel, terwijl volgens andere afgevaardigden het vrijlaten van de uitgifte van op zicht en aan toonder betaalbare schuldbekentenissen in strijd zou zijn met het privilege der circulatiebanken.

De eenvormige wet is per slot zoodanig geredigeerd, dat een chèque betaalbaar kan worden gesteld aan toonder, doch niet kan worden getrokken op den trekker zelf, behalve wanneer het betreft een chèque, getrokken tusschen verschillende kantoren van een zelfden trekker (artt. 5 en 6). Elke staat heeft echter de bevoegdheid bij de eenvormige wet, die binnen haar grondgebied wordt ingevoerd: *a.* te bepalen, dat buiten gemeld geval een chèque kan worden getrokken op den trekker zelf (art. 8 der „Voorbehouden”), en *b.* hetzij die staat de chèque op den trekker zelf getrokken in het algemeen toelaat, hetzij die staat de chèque op den trekker zelf getrokken slechts toelaat in geval van meerdere kantoren, de uitgifte van een zoodanige chèque aan toonder te verbieden (art. 9 der „Voorbehouden”).

Ons land heeft slechts van eerstgenoemde reserve gebruik gemaakt. De nieuwe bepalingen van het Wetboek van Koophandel over de chèque houden geen enkele beperking in t. a. v. het trekken door een trekker op zichzelf en het betaalbaar stellen eener chèque aan toonder (Vergel. de artt. 183 en 184). Evenmin is er verwezen naar een beperking welke voortvloeit uit de wettelijke bepalingen, waarop het privilege onzer circulatiebank steunt. Ook staat in geen der Kamerstukken iets over de onderhavige kwestie vermeld (1).

Al hetgeen onze wetgever ten aanzien van de uitgifte van bankbiljetten in het algemeen heeft bepaald, is te vinden in art. 1 der Bankwet 1919 (Stbl. 475 van 1918), hetwelk geheel gelijk is aan art. 1 der eerste Bankwet van 22 December 1863 (Stbl. 148):

(1) De commentaren, welke tot dusver over ons nieuwe chèque-recht zijn, vermelden de kwestie niet. Volgens Mr. R. F. VAN LIER (De nieuwe wettelijke bepalingen omtrent wissels, chèques, enz., bl. 99) houdt art. 1 der Bankwet 1919 een verbod in voor *banken* op zicht betaalbare *promessen* aan toonder uit te geven.

„Geen circulatiebank kan worden opgericht en geen buitenlandsche circulatiebank mag hare bankbiljetten hier te lande in omloop brengen, anders dan krachtens eene bijzondere wet en op den voet en de voorwaarden bij zoodanige wet te stellen.

Onder circulatiebank wordt verstaan elke inrichting, bestemd om bankbiljetten uit te geven of in omloop te brengen.”

Geen enkele bepaling, welke gemelde wet verder inhoudt, heeft betrekking op de uitgifte van bankbiljetten of een andere papiersoort in het algemeen; evenmin komt een dergelijk voorschrift in onze andere wetten voor.

Van de schrijvers over ons order- en toonderpapier is KIST het uitvoerigst over art. 1 der Bankwet. Hij gaat daarbij uit van de stelling van vele Duitsche schrijvers in het midden van de vorige eeuw, dat alleen de Staat of zij, die autorisatie van den Staat verkregen hebben, gerechtigd zijn tot de uitgifte van papier aan toonder, waarbij betaling van een geldsom beloofd wordt, welke stelling werd gebaseerd op het politieke argument, dat groote uitgiften van papier aan toonder door particulieren, voor de geldcirculatie in een Staat nadeelig kan zijn. Naar zijn meening zou dit voor den wetgever misschien een reden zijn om de uitgifte van papier aan toonder zonder goedkeuring van Staatswege te verbieden, maar niet om te beweren dat zulk een uitgifte is verboden (2), terwijl hem bij ons geen wettelijke bepaling bekend is, waarbij het papier aan toonder verboden of aan eenige goedkeuring van Staatswege onderworpen wordt, behalve die van art. 1 der Bankwet, hetwelk een beperking ten aanzien van bankbiljetten inhoudt.

De conclusie waartoe KIST komt is vaag. Z. i. valt alleen op te merken dat onze wet, hoewel geen verbod bevattende om papier aan toonder, een belofte tot betaling van geld behelzende, uit te geven, niet gunstig voor de uitgifte van dergelijk papier gestemd is.

Uit de wijze van behandeling blijkt echter duidelijk de opvatting van den schrijver, dat het privilege der Nederlandsche Bank niet steunt op de bijzondere eigenschappen welke

(2) Vergel. Prof. ARTHUR NUSSBAUM, t. a. p. bl. 17.

„Die Befugnis des Staates zur Regelung des Geldverkehrs ist von jeher ein unbestrittenes Attribut der Staatsgewalt gewesen”. „Im allgemeinen entspricht es dem staatlichen Interesse, die Geldemission dem Staat oder den von ihm beauftragten Instituten vorzubehalten. Immerhin bedarf ein solcher Vorbehalt der gesetzlichen Grundlage”. Over de „Geldhoheit” van den Staat hierna meer.

de wetgever aan de bankbiljetten dier instelling heeft toegekend, doch gebaseerd is op een in art. 1 der Bankwet vaag omschreven verbod of beperking tot de uitgifte van een zeker soort papier, welk verbod alleen is uitgevaardigd, of welke beperking alleen is aangelegd, in verband met het feit dat er tusschen de circulatie van dat soort papier en van geld een zekere betrekking bestaat.

Het laat weinig twijfel, dat ook MOLENGRAAFF art. 1 der Bankwet zoo heeft gezien. Volgens hem bevat het artikel een verbod op zicht betaalbare rentelooze toonderpromessen voor vaste bedragen op groote schaal uit te geven. Alleen deze, laat de schrijver er op volgen, kunnen dezelfde functie vervullen als bankbiljetten en maken, in 't groot uitgegeven, de bank tot circulatiebank. Met die functie kan MOLENGRAAFF niet anders hebben bedoeld dan de betrekking tusschen de circulatie van bankbiljetten en het geldverkeer.

Zoowel volgens KIST als volgens MOLENGRAAFF steunt het privilege der Nederlandsche Bank dus op een algemeene verbodsbepaling tot de uitgifte van een papier dat zekere eigenschappen heeft en niet op bijzondere eigenschappen, welke de wetgever aan de biljetten dier instelling heeft toegekend en welke andere personen en instellingen aan hun papier niet kunnen geven. Het bestaan van enkele aanwijzingen voor laatstgemelden grondslag voor het privilege onzer circulatiebank kan echter niet worden ontkend.

In de eerste plaats ontbreekt elke sanctie welke men bij een verbodsbepaling kan verwachten, terwijl een sanctie juist niet aan de orde komt wanneer het voor anderen dan de circulatiebank niet mogelijk is papier uit te geven van denzelfden aard als de biljetten dier instelling. Onvolledigheid der regeling van het privilege onzer circulatiebank kan echter evengoed de oorzaak zijn van het ontbreken der sanctie.

In de tweede plaats zijn er wetsvoorschriften ten aanzien van de biljetten der Nederlandsche Bank, welke het voor andere personen en instellingen onmogelijk maken papier uit te geven, in aard geheel gelijk aan die biljetten.

Door de hoedanigheid van wettig betaalmiddel welke de biljetten der Nederlandsche Bank krachtens de wet hebben, zal er bijvoorbeeld tusschen die biljetten en het door anderen uitgegeven papier steeds verschil blijven bestaan. Die hoedanigheid kregen de biljetten der Nederlandsche Bank echter eerst door de wet van 18 Juli 1904 (Stbl. 189), waarmede geenszins een nieuwe regeling van het privilege onzer circulatiebank werd beoogd.

Van de overige bepalingen onzer wet betreffende de biljetten der Nederlandsche Bank worden alleen nog bij die van art. 21

der Bankwet (3) eenige bijzondere eigenschappen aan die biljetten toegekend, welke andere personen en instellingen aan het door hen uitgegeven papier niet kunnen geven. Uit de parlementaire geschiedenis van dit artikel blijkt echter niet dat het de bedoeling van den wetgever is geweest het privilege der Nederlandsche Bank op die bepalingen te doen steunen.

Naast dezen grondslag voor het privilege der Nederlandsche Bank blijft alleen over die, welke een algemeen verbod inhoudt tot de uitgifte van papier, dat zekere eigenschappen bezit of kan bezitten.

Aangezien art. 1 der Bankwet, het eenige artikel waarin het verbod te vinden moet zijn, dit verbod niet met zoovele woorden inhoudt, is het zaak daarvoor de geschiedenis van ons circulatiebankwezen te raadplegen. Ook wanneer men aanneemt, dat MOLENGRAAFF bedoeld verbod juist heeft omschreven, blijven nog vragen over, waarvan die, of en waardoor het verbod is gesanctionneerd, voor de praktijk wel tot een van de belangrijkste kan worden gerekend.

Zooals hierna zal blijken heeft het zijn nut verder terug te gaan, dan de parlementaire geschiedenis van art. 1 der Bankwet en het daaraan voorafgaande overleg tusschen de Regeering en de Nederlandsche Bank. Vooraf zij evenwel het volgende over meergemeld verbod opgemerkt.

De bankbiljetten onzer circulatiebank bezitten alle eigenschappen, welke MOLENGRAAFF in zijn omschrijving van het verbod heeft opgesomd. Het privilege van de Nederlandsche Bank zou dus juist die rechten omvatten, waarop het algemeen verbod slaat. Het behoeft geen betoog dat dit voor den grondslag, waarop het privilege der Nederlandsche Bank moet steunen, niet noodzakelijk is. Bij dien grondslag is het ook

(3) Dit artikel luidt:

„De houder van een bankbiljet is bij uitsluiting gerechtigd om de betaling der daarin uitgedrukte geldsom van de Bank te vorderen.

Wegens verlies of vernietiging van bankbiljetten behoeft door de Bank geene vergoeding verleend te worden.

Bij verdenking wegens misdrijf of op schriftelijk aanzoek der belanghebbenden, staat het de directie vrij quiteering en afteekening der biljetten te vorderen van hem, die ze ter inwisseling aanbiedt.

De bepalingen van artt. 229i—229k van het Wetboek van Koophandel alsmede de wettelijke voorschriften betreffende de vermelding van den naam en de plaats van vestiging eener naamloze vennootschap, in geschriften, gedrukte stukken en aankondigingen, waarin de vennootschap partij is of die van haar uitgaan, zijn niet van toepassing op bankbiljetten”.

In dit artikel kunnen met bankbiljetten alleen bedoeld zijn die van de Nederlandsche Bank.

mogelijk, dat bij het algemeen verbod meer rechten zijn ontzegd, dan aan de circulatiebank als privilege zijn toegekend.

In het werk van Prof. Mr. A. M. DE JONG, „De Geschiedenis van De Nederlandsche Bank”, verschenen voor zoover betreft het tijdperk van 1814 tot 1863, is als vaststaand aangetoond, dat voor het eerste octrooi dier bank de regeling in andere landen, speciaal Engeland, tot voorbeeld heeft gediend.

Welke uiterlijke overeenkomst er ook moge hebben bestaan tusschen de bankbiljetten der N. B. onder haar eerste octrooi en het kassiers- of soortgelijk papier, waarvan de handel zich omstreeks 1814 in ons land heeft bediend, noch bij genoemd octrooi, noch bij andere ontwerpen welke daaraan zijn voorafgegaan, is op dit papier acht geslagen, evenmin als op de inrichting en werkwijze van de beroemde wisselbanken te Amsterdam en te Middelburg, welke als twee der voorloopers van de moderne circulatiebanken kunnen worden aangemerkt.

ISAAC JAN ALEXANDER GOGEL, wiens plannen de basis hebben gevormd voor het eerste octrooi van de N. B. heeft er uitdrukkelijk op gewezen, dat hij de Engelsche regeling tot leidraad heeft gebruikt.

Naar het mij voorkomt dragen ook de van GOGEL afkomstige voorschriften, welke den aard van het recht der N. B. tot de uitgifte van bankbiljetten onder gemeld octrooi bepaalden, daarvan de sporen. Er zijn echter tevens zooveel punten van verschil met de Engelsche bepalingen t. a. v. de bankbiljetten-uitgifte, dat bedoeld recht der N. B. zeker niet van gelijken aard is geweest als het privilege van de Bank of England (B. o. E.).

Vóór de behandeling van GOGEL's voorschriften zij het volgende over de Engelsche regeling opgemerkt.

Historisch staat vast, dat de eerste biljetten der B. o. E. (4)

(4) Buiten beschouwing blijven hier de „sealed bills”. Tot het uitgeven hiervan was de B. o. E. bevoegd krachtens de Tonnage Act. Deze stukken kunnen als bewijzen voor de schuld van den Staat worden aangemerkt. Het merkwaardige is dat de B. o. E. de leeningen aan den Staat voor een deel in deze schuldbewijzen verstrekke. De sealed bills steunden op de wet; hierdoor verschilden zij in aard van het andere papier dat de B. o. E. uitgaf (Goldsmith's notes, running cash notes, lettered notes, etc.). Voor het onderwerp van dit artikel zijn de sealed bills niet van belang, aangezien deze zeker de voorloopers niet zijn geweest van de eigenlijke bankbiljetten der B. o. E. (Vergel. R. D. RICHARDS, *The early history of banking in England*, London 1929, bl. 149, 158 e. v.; Mr. W. ROOZEGAARDE BISSCHOP, *De opkomst der Londen-sche geldmarkt, 1620—1826*, bl. 44 e. v.).

in wezen gelijk waren aan — althans weinig in vorm verschilden van — het papier, dat de Londensche goudsmiden aan het einde van de zeventiende eeuw in omloop brachten, welk papier ongetwijfeld veel overeenkomst heeft gehad met dat van onze kassiers (5). Voor de uitgifte van dat papier is de B. o. E. echter zeker niet speciaal in het leven geroepen. In hoofdzaak had de stichting der B. o. E. ten doel het plaatsen van een Staatsleening te vergemakkelijken.

Het is mogelijk, dat men bij de stichting der B. o. E. reeds het plan heeft gehad die instelling een bedrijf te laten voeren als dat van genoemde goudsmiden, een regeling der uitgifte van een bepaald soort papier houdt de Tonnage Act van 1694 (5 and 6 Wm. & M. c. 20), de wet waarin de bevoegdheid tot vereeniging der inschrijvers en bijdragers tot de Staatsleening tot „one body corporate and politic, by the name of governor and company of the bank of England” werd verleend, niet in (6).

Van het verleen van een uitsluitende bevoegdheid aan de B. o. E. is eerst recht sprake bij de tweede Bank Act van 1697 (8 & 9 Wm. III c. 20, s. 28): „That during the continuance of the corporation of the Governor and the Company of the Bank of England no other bank, or any corporation, society, fellowship, company or constitution in the nature of a bank shall be erected or established, permitted, suffered, countenanced or allowed by Act of Parliament within this kingdom”.

Bij het scheppen van dat privilege werden zekere bevoegdheden, de uitoefening van het bankbedrijf, voor het vervolg aan anderen ontzegd, althans voorzoover de tusschenkomst van den wetgever daarvoor noodig was. Dit kon niet verhinderen, dat instellingen, welke niet het uitgesproken karakter van een bank hadden, papier bleven uitgeven, gelijk aan dat van de B. o. E. Het was in verband hiermede, dat het bij de wet van 1707 (6 Anne, c. 22, s. 9) onwettig werd verklaard voor „any body politic or corporate whatsoever, erected or to be erected (other than the said Governor and Company of the Bank of England, or for any other persons whatsoever united or to be united in covenants or partnerships exceeding the number of six persons, in that part of Great Britain called England, to borrow, owe, or take up any sum or sums of money on their bills or notes, payable at demand, or at any less time than six months from the borrowing thereof”.

(5) Er bestaan zelfs aanwijzingen dat het bedrijf onzer kassiers in de eerste helft van de 17e eeuw van invloed is geweest op de werkwijze der Londensche goudsmiden. (Vergel. Mr. W. ROOSEGAARDE BISSCHOP t. a. p. bl. 20).

(6) Behalve dan wat betreft gemelde „sealed bills”.

Deze clausule werd herhaald bij een wet van 1708 (7 Anne, c. 7, s. 61) en in het Bankcharter van 1742 (zie hierna) nog scherper geredigeerd.

Uit de geschriften van dien tijd is wel komen vast te staan, dat de uitoefening van het bankbedrijf niet mogelijk werd geacht, wanneer men de bevoegdheid miste tot het uitgeven van gemeld papier. Dat men de uitgifte van gemeld papier als beslissend kenmerk voor een bank hield, zou uit den tekst der wetten van 1707 en 1708 kunnen worden afgeleid.

Er bestaat alle reden om aan te nemen, dat men met de verbodsbepalingen geen ander doel heeft beoogd dan concurrentie met de B. o. E. door de uitgifte van meergemeld papier te voorkomen en dat men in de uitsluitende bevoegdheden, welke aan de B. o. E. werden verstrekt, niet meer heeft gezien dan een contra-praestatie voor de bemiddeling, welke de B. o. E. verleende bij de geldleeningen aan den Staat. Dit geldt niet alleen voor de eerste bankwet, de Tonnage Act, maar ook voor de wetten van 1707, 1708 en 1742.

Het kan zijn dat men bij de stichting der B. o. E. en bij genoemde wetten reeds eenigszins heeft beseft, dat het op zicht betaalbare papier aan toonder in het economisch verkeer steeds gemakkelijker een of meer functies ging vervullen, waarvoor vroeger alleen munten geschikt waren, bij de wettelijke regeling van al hetgeen de B. o. E. betrof is men daarvan zeker niet uitgegaan. Uitdrukkelijke erkenning als geld in zekeren zin vonden bankbiljetten overigens ook eerst in de tweede helft van de achttiende eeuw (7).

Bij de verlenging van het Charter der B. o. E. in 1764 en in 1781 zal men de economische functie van het op zicht betaalbare papier aan toonder steeds beter hebben ingezien; er bestond toen echter geen reden die functie als basis voor de regeling der bijzondere bevoegdheid van de B. o. E. in de wet tot uitdrukking te doen komen, aangezien de bestaande regeling voor de praktijk voldoende was. Eerst in de geschriften uit den tijd, voorafgaande aan de Bankwet van 1844 (Peels Act) vindt men het besef van de taak der B. o. E. van leidster van het geldverkeer (8); dus na het eerste Octrooi van de Nederlandsche Bank (9).

(7) De uitspraak van Lord MANSFIELD in het proces MILLER v. RACE in 1791 en het geval COLLIN v. MARTIN in 1797.

(8) Vergel. Lord OVERSTONE: Tracts and other publications on Metallic and Paper Currency; Reflections suggested by a perusal of Mr. J. HORSLEY PALMER'S Pamphlet on the causes and consequences of the pressure on the money market, London 1837; herdruk van 1858, bl. 6.

(9) Deze taak der circulatiebanken is slechts in een enkele bankwet omschreven. Zie § 1 der Duitsche Bankwet van

De eerste vorm aan zijn plannen voor een centrale bank gaf GOGEL bij zijn schema voor een Algemeene Nationale Beleen-, Disconto- en Depositobank, ingediend bij de Eerste Kamer van het Vertegenwoordigend Lichaam des Bataafschen Volks op 29 December 1798 (10).

Hoe GOGEL zich de verhouding heeft gedacht tusschen het recht der bank tot uitoefening van haar bedrijf en de bevoegdheid van andere personen en instellingen tot het uitoefenen van hetzelfde bedrijf, blijkt uit de volgende zinsneden in gemeld schema:

„Dat de biljetten der Bank in alle buitengewone heffingen, van den Lande, als Comptant-geld zullen worden aangenomen” (11), en

„Dat het Vertegenwoordigend Lichaam al verder verklaard, gedurende denzelfden tijd (25 j.) geene instellingen van denzelfden aart binnen de Republiek te zullen invoeren, noch aan dezelve eenige sanctie of bescherming verleenen, doch (enz.)”.

Van eenige beperking in de bevoegdheid van anderen dan de bank tot uitgifte van een bepaald soort papier is dus geen sprake. De biljetten der bank zouden zich van ander papier alleen onderscheiden, doordat het onder zekere omstandigheden aan den Staat in betaling zou kunnen worden gegeven en door het vertrouwen, dat de medewerking van den Staat aan de bank zou kunnen opwekken. De nieuwe instelling zou de eenige door den Staat geruggesteunde bank zijn.

Heeft GOGEL iets anders bedoeld met het raadselachtige art. 6 van zijn ontwerp van een reglement en octrooi voor een Algemeene Bataafsche Beleen-, Discompto- en Deposito Bank, ingediend bij het Wetgevend Lichaam op 21 Mei 1802? Gemeld artikel luidde:

„Gedurende den voorschreven tijd van vijf en twintig jaren, en mitsdien tot den dertigsten Juny 1827, zal aan geene andere Corporatie, Sociëteit of Compagnieschap binnen deze Republiek worden verleend gelijk Octroy, noch eenige faculteit tot emissie op publiek gezag van Bankbiljetten of Promessen aan Toonder, of te eenige andere voordeelen en voorrechten, bij dit Reglement en Octroy aan de voorschreven Corporatie en Sociëteit geaccordeerd. Wordende dezelve expresselijk en

30 Augustus 1924: „Die Reichsbank ist eine von der Reichsregierung unabhängige Bank, welche die Eigenschaft einer juristischen Person besitzt und die Aufgabe hat, den Geldumlauf im gesamten Reichsgebiete zu regeln (enz.)”.

(10) Bijlage tot de besluiten van dit College, deel V, 2e stuk.

(11) De bank zou in hoofdzaak moeten dienen om een buitengewone geldheffing te vergemakkelijken.

bij uitsluiting van alle andere Corporatiën, Sociëteiten of Vereenigingen van Personen, hoe ook genaamd, verklaard uit te maken: De Algemeene Bataafsche Beleen-, Discompto- en Deposito Bank" (12).

Men vergelijke hierbij de vijfde clause van de hiervoor vermelde Engelsche wet van 1742 (15 George II, c. 13, s. 5) (13).

Aan de hand van deze clause kan worden nagegaan hetgeen GOGEL waarschijnlijk *niet* heeft bedoeld: het beperken der bevoegdheid van andere personen of instellingen een bepaalde papiersoort uit te geven, of het verleenen van bijzondere eigenschappen aan de biljetten der nieuwe bank.

Het laat geen twijfel, dat GOGEL de clause oorspronkelijk als leidraad heeft gebruikt. Voor de zinsnede „Wordende dezelve expresselijk verklaard uit te maken (enz.)” weet ik thans geen andere verklaring, dan dat zij een onmogelijke vertaling is van de woorden uit gemelde clause der Engelsche wet van 1742: „who are hereby declared”, zoodat er geen beteekenis aan kan worden toegekend (14).

(12) Van het dienstbaar maken aan een geldheffing was bij dit plan geen sprake. Een bepaling, dat de biljetten aan den Staat bij een geldheffing in betaling zouden kunnen worden gegeven, ontbreekt dan ook. Vergel. Prof. DE JONG t. a. p. bl. 14.

(13) Deze clause luidt:

„And to prevent any doubts that may arise concerning the privilege given by former Acts of Parliament, to the said Governor and Company of exclusive banking, and also in regard to the erecting of any other bank or banks by Parliament, or restraining other persons from banking during the continuance of the said privilege granted to the Governor and Company of the Bank of England, as before recited, it is hereby further enacted and declared, by the authority aforesaid that it is the true intent and meaning of the Act that no other bank shall be erected, established or allowed by Parliament, and that it shall not be lawful for any body politic or corporate whatsoever, erected or to be erected, or for any other persons whatsoever, united or to be united, in covenants or partnerships, exceeding the number of six persons, in that part of Great Britain called England, to borrow, owe, or take up any sum or sums of money, on their bills or notes, payable at demand, or at any less time than six months from the borrowing thereof during the continuance of such said privilege of the said Governor and Company, who are hereby declared to be and remain a corporation with the privilege of exclusive banking, as before recited”.

(14) Dat GOGEL ook bij zijn tweede ontwerp niet méér heeft bedoeld dan een enkele door den Staat geruggesteunde bank, waaraan alleen „faveuren en faciliteiten” werden verleend ter voorkoming van concurrentie, kan mede worden afgeleid uit zijn „Aanmerkingen op de gronden van weigering van het Wetgevend Ligchaam ten opzichte der geprojecteerde Algemeene Bataafsche

JOHANNES GOLDBERG, de chef der afdeeling koophandel van het departement van buitenlandsche zaken heeft in zijn (in Maart 1814 samengesteld) ontwerp tot oprichting van de Nederlandsche Bank gemeld voorschrift van GOGEL nagenoeg letterlijk overgenomen. Paragraaf 2 van bedoeld ontwerp luidt:

„Gedurende den voorschreven tijd van vijf en twintig jaren zal aan geen andere corporatie, sociëteit of compagnieschap binnen deze landen worden verleend gelijk octrooy, nochte eenige der faculteiten, voorrechten en gunsten, aan deze Bank verleend; wordende dezelve wel expresselijk en bij uitsluiting van alle andere corporatiën, sociëteiten of vereenigingen van personen, hoe ook genaamd, verklaard uit te maken De Nederlandsche Bank”.

Waarschijnlijk als gevolg van de bespreking van het ontwerp op 14 Maart 1814, door den Souvereinen Vorst, GOLDBERG, den commissaris-generaal voor de financiën ELIAS CANNEMAN, en den directeur-generaal der Centrale Kas en der Nationale Schuld C. C. SIX VAN OTERLEEK (15) is het laatste deel van het artikel, aanvangende met de woorden „wordende dezelve” geschrapt. In het octrooi der N. B. van 1814 was GOGEL's voorschrift derhalve teruggebracht tot de volgende clause (art. 3): „Gedurende den voorschreven tijd van vijf en twintig jaren, zal aan geene andere corporatie, sociëteit of compagnieschap, binnen deze Landen, worden verleend gelijk octrooi, nochte eenige der faculteiten, voorregten en gunsten aan deze Bank verleend.”

Was de strekking hiervan een andere dan die welke GOGEL zich van zijn hiervoor besproken voorschrift heeft voorgesteld?

De veranderingen in den tekst brachten naar mijn meening geen wijziging in de strekking van het voorschrift. Het laat weinig twijfel, dat GOLDBERG den tekst slechts heeft willen bekorten. Aangezien de zinsnede „wordende dezelve” zelf geen beteekenis had (zie hiervoor) kon het vervallen van die zinsnede geen wijziging in de strekking van het voorschrift brengen.

Van meer belang is het feit, dat de „faculteit tot emissie op publiek gezag van Bankbiljetten of Promessen aan Toonder” niet meer vermeld werd. Aangezien bij de woorden

Beleen-, Disconto- en Deposito Bank”. Zie J. A. SILLEM „De politieke en staathuishoudkundige werkzaamheid van IZAAC JAN ALEXANDER GOGEL, diss. Amsterdam 1864, bl. 330 en 340. Daaruit blijkt ook hoe GOGEL zich de verhouding tusschen de biljetten der bank en het papier der kassiers dacht.

(15) Zie Prof. DE JONG, t. a. p. bl. 39 en 45.

„faculteiten, voorregten en gunsten” in GOLDBERG's concept geenerlei beperking voorkwam, kan men echter niet aannemen, dat deze ontwerper met laatstgemelde verandering in den tekst een wijziging in de strekking der clause heeft beoogd, of — zijn bedoeling terzijde gelaten — onbewust heeft bewerkt.

Voor de beoordeeling in hoeverre GOGEL's voorschriften hun strekking hadden behouden is het ook zaak den invloed na te gaan van de wijziging, welke onze wetgeving had ondergaan gedurende de jaren, welke sedert GOGEL's eerste plannen tot de oprichting der N. B. waren verlopen.

Tot de invoering van de Code de Commerce in 1811 was voor de oprichting van actiën-societeiten geen medewerking van de overheid noodig, daarna echter werd voor de oprichting van naamlooze vennootschappen de goedkeuring vereischt van de Regeering, die geheel vrij was de goedkeuring te verleen of te weigeren.

Het valt te verdedigen, dat deze wijziging in onze wetgeving een verandering tengevolge had in de strekking van GOGEL's meergemelde voorschriften, en wel in dier voege, dat de oprichting van een naamlooze vennootschap met het doel bankbiljetten (zeker soort papier) in omloop te brengen, door de Regeering niet zou worden toegestaan. Eigenlijk zou men daarbij een stap verder hebben moeten gaan en moeten aannemen, dat de uitgifte van bedoeld papier ook nimmer zou hebben kunnen liggen binnen den kring der werkzaamheden, welke uit het in de statuten van naamlooze vennootschappen genoemde doel voortvloeien (16).

Tegen gemelde opvatting kan echter worden aangevoerd, dat noch uit de overige bepalingen van het eerste octrooi der N. B., noch uit de punten van verschil tusschen dit octrooi en GOGEL's ontwerpen valt af te leiden, dat aan den invloed der bepalingen van den Code de Commerce t. a. v. de oprichting van naamlooze vennootschappen ook maar gedacht is.

In de eerste twintig jaren na de oprichting der N. B. heeft men de bevoegdheid tot het in omloop brengen van bankbiljetten zeker niet beschouwd als een uitsluitend recht tot het uitgeven van een zekere soort papier of van papier met bepaalde eigenschappen, welke andere personen of instellingen aan hun papier niet konden verleen, evenmin als een recht, hetwelk van de naamlooze vennootschappen in ons land alleen aan de N. B. zou toekomen. Het volgende kan daarvoor als bewijs dienen:

(16) Ongeveer dezelfde moeilijkheid was later ongetwijfeld de aanleiding om het octrooi van de Javasche Bank zoo te wijzigen, dat onder circulatiebank zou worden verstaan niet alleen de inrichting die uitsluitend, *maar ook die als deel harer operatiën* bankbiljetten uitgeeft of in omloop brengt.

„De „Algemeene Nederlandsche Maatschappij tot begunstiging van de Volksvlijt te Brussel” (17), door Koning Willem I opgericht in 1822, was volgens art. 5 harer Koninklijk goedgekeurde statuten bevoegd biljetten aan toonder (18) af te geven, ofschoon bedoelde maatschappij volgens art. 2 dier statuten „in hare handelingen nimmer inbreuk (zou) mogen maken op de voorregten, verleend bij octrooi van 25 Maart 1814 aan de Bank, te Amsterdam opgericht onder den naam van Nederlandsche Bank”. Hierin zou men nog kunnen zien een wijziging door den Souvereinen Vorst van door hem zelf gestelde regelen. Uit de wordingsgeschiedenis van gemelde maatschappij blijkt echter wel, dat men in het toekennen der bevoegdheid tot uitgifte van biljetten aan toonder zoodanige wijziging niet zag.

Dat van een uitsluitend recht tot de uitgifte van een bepaalde soort papier geen sprake was blijkt bovendien nog uit het feit, dat in de eerste twintig jaren na de oprichting van de N. B. niet werd geageerd tegen de wijze waarop in dien tijd op zicht betaalbare toonderpromessen werden uitgegeven door de Rotterdamsche kassiers (19). Juist in gemeld tijdvak moeten promessen „voor ronde bedragen en op groote schaal uitgegeven” in omloop zijn geweest. De staking der betalingen door een groot kassiershuis te Rotterdam in 1839, veroorzaakt door de plotselinge aanbieding van een groot aantal promessen, schokte het vertrouwen zoozeer, dat de circulatie zoo goed als ophield (20).

In hetzelfde jaar begon een groote kassiersinstelling te Amsterdam, als gevolg van een conflict tusschen de kassiers daar ter stede en de N. B. over het tarief voor incasseeringen, aan toonder luidende kassierskwitanties op groote schaal in omloop te brengen. Deze uitgifte had een ander karakter, dan die van de Rotterdamsche kassiers. Het doel was niet minder, dan de bankbiljetten van de N. B. uit de circulatie te verdringen.

De N. B. verzette zich hiertegen niet door het recht te betwisten van gemelde kassiersinstelling tot de uitgifte op groote schaal van op zicht betaalbaar toonderpapier. Zij stelde, dat

(17) Hiervan is de Société Generale de Belgique te Brussel de voortzetting. Vergel. voor de wordingsgeschiedenis Prof. DE JONG, t. a. p. bl. 140.

(18) Uit den geheelen opzet blijkt, dat bedoeld papier van denzelfden aard zou zijn als de banknoten of promessen van de N. B.

(19) Ook in Schiedam moeten langen tijd veel promessen van f 250.— in omloop zijn geweest van een vermogenden brander en graanhandelaar. Hierop werd ook gezinspeeld in het Voorloopig Verslag betreffende de Bankwet van 1863 (bl. 10).

(20) Zie Mr. R. MEES, Gedenkschrift van de firma R. MEES & ZONEN (1720—1920), bl. 40.

de kwitanties geen „kassiersbriefjes” waren in den zin van art. 9 der wet van 31 Mei 1824 (Stbl. 36) en derhalve niet vrij van zegel waren. De Amsterdamsche Rechtbank besliste op 18 December 1839 anders (21); het vonnis werd bevestigd door den Hoogen Raad bij arrest van 25 Juni 1840 (22).

Het conflict was inmiddels bijgelegd; gemelde kassiersinstelling staakte de uitgifte van haar „quitanties”.

Reeds eerder had de Javasche Bank met gelijke moeilijkheid te kampen gehad.

Voor het octrooi der J. B., verleend met ingang van 1 Januari 1828, had het octrooi der N. B. tot voorbeeld gediend; de bepalingen der beide octrooien waren dan ook bijna gelijkkluidend.

De kleinste coupure der biljetten van de J. B. was f 25; het publiek had echter de meeste behoefte aan kleinere coupures. In verband daarmede vatte een te Batavia gevestigd Engelsch handelshuis het plan op, aan toonder luidende en op zicht betaalbare promessen van f 10 in omloop te brengen (23).

Tot de uitgifte van die promessen is het niet gekomen. Waarschijnlijk heeft de firma haar plannen opgegeven toen zij vernam, hoezeer de Regeering daartegen gekant was. Uit de adviezen van het Hoog-Gerechtshof en van den Raad van Ned.-Indië blijkt echter wel, dat men het octrooi der J. B. geen beletsel vond tot de uitgifte van gemelde promessen. Zelfs de Directie der J. B. moest erkennen „dat noch de privilegiën, aan de Javasche Bank geschonken, noch de hier te lande beschreven wetten, het uitgeven van promessen kunnen weren”.

In 1861 werd voor de tweede maal sedert de oprichting van de J. B. een poging gedaan „particulier papieren geld” in omloop te brengen (24). Aanleiding hiervoor was de intrekking in 1858 van de recepissen van f 1 en f 5. In plaats daarvan werden zilveren guldens en rijksdaalders in omloop gebracht. Door den uitvoer dier munten ontstond een gebrek aan papieren geld van klein bedrag.

Een van de grootste particuliere banken in Ned.-Indië wenschte in deze behoefte te voorzien en ging in September 1861 op zicht betaalbare toonderbiljetten uitgeven en wel

(21) In het W. v. h. R. no. 62, staat deze beslissing slechts in het kort vermeld.

(22) W. v. h. R. no. 105.

(23) Uitvoerig is deze poging om „particulier geld” in omloop te brengen beschreven in het Tijdschrift v.h. Ned. Gen. voor Munt- en Penningkunde, 1896, Mr. J. A. VAN DER CHIJS, Particulier papieren geld in Nederlandsch-Indië. Vergel. ook L. DE BREE, Gedenkboek van de Javasche Bank, 1828—1928, Dl. I, bl. 237 e. v.

(24) Vergel. DE BREE, t. a. p. Dl. II, bl. 89 e. v.

15.000 van f 5 en 10.000 van f 2.50. Ook deze maatschappij legde het hoofd in den schoot toen de Regeering liet blijken, dat de uitgifte van gemeld papier haar instemming niet had.

Bij het tot stand komen van de Bankwet van 1863 waren de opvattingen over de bevoegdheid om bankbiljetten uit te geven, welke de N. B. tot dusver had gehad, verdeeld. Tal van schrijvers waren van oordeel, dat een uitsluitend recht tot uitgifte van een bepaald soort papier, bankbiljetten, geen sprake was (25).

Uit veel geschriften van dien tijd blijkt echter een andere meening. Ook de Regeering verdedigde in de memorie van beantwoording tot het wetsontwerp betrekkelijk, dat de N. B. tot dusver een uitsluitend recht had gehad tot het in omloop brengen van bankbiljetten. Zij definieerde daarbij een bankbiljet als „een geldelijke verbintenis, blijkbaar bestemd om als ruilmiddel om te loopen”.

Uit tal van uitlatingen der Regeering welke op het wetsontwerp betrekking hadden blijkt, dat zij het uitsluitend recht der N. B. om bankbiljetten uit te geven in de Bankwet wilde vastleggen.

Moeilijk verenigbaar met gemelde opvatting der Regeering schijnt echter de door haar voorgestelde redactie van art. 1 der Bankwet. Dat de Regeering er niet voor te vinden was aan de toekenning van het uitsluitend recht aan de N. B. (volgens de meening der Regeering eigenlijk een verlenging en bevestiging van dat recht) een strafbeding te verbinden op het in omloop brengen van bankbiljetten door anderen, is tot daaraan toe. Niet duidelijk is het hoe de Regeering er toe kon komen de oprichting van circulatiebanken te verbieden in plaats van de uitgifte van bankbiljetten. Hierover kan de geschiedenis van de onderhandelingen tusschen de Regeering en Mr. W. C. MEES, destijds secretaris van de N. B. (26) en later met de Directie dier bank, klaarheid brengen.

De eerste richtlijnen voor het ontwerp der Bankwet werden aangegeven door Mr. J. G. GLEICHMAN, referendaris bij het Departement van Financiën (27).

(25) Vergel. R. N. L. MIRANDOLLE, *Economist* 1864, bijblad, bl. 107; P. VERLOREN, *De Verhouding van den Staat tot het Bankwezen*, Utrecht 1864, bl. 339. Adres v. d. K. v. K. te Rotterdam, gericht aan de Tweede Kamer, opgenomen in de *Nieuwe Rott. Courant* van 29 Aug. 1863, no. 238.

(26) Mr. W. C. MEES werd bij K. B. van 26 Februari 1863 tot President der N. B. benoemd.

(27) De gegevens over de onderhandelingen tusschen de Regeering en de N. B. zijn geput uit het archief van laatstgemelde instelling.

Mr. GLEICHMAN, een overtuigd aanhanger van het „banking-principle”, achtte het het beste art. 25 der Belgische Wet van 5 Mei 1850, betreffende de Banque Nationale tot voorbeeld te nemen. Dit artikel luidt: „Aucune banque de circulation ne peut être constituée *par actions*, si ce n'est sous la forme de société anonyme et en vertu d'une loi”. De oprichting van circulatiebanken door particulieren, handelsvennootschappen onder firma (behalve dan bij wijze van geldschieting *op aandelen*) en misschien ook door burgerlijke maatschappen, bleef hiermede vrij. In beginsel zou er dus vrijheid in de uitgifte van bankpapier bestaan (28).

Mr. MEES, voorstander van het „currency-principle”, kon hiermede niet accoord gaan en stelde voor het verbod tot de oprichting van circulatiebanken algemeen te doen luiden: „Aucune banque de circulation ne peut être constituée qu'en vertu d'une loi”.

Hetgeen Mr. MEES in zijn repliek op de nota van Mr. GLEICHMAN t. a. v. de staatsbemoeiing opmerkt is merkwaardig:

„Als terugwerking van de vroeger dikwijls te uitgebreide Staatsbemoeiing met allerlei zaken, is men in den lateren tijd niet zelden onmatig tegen elke Staatsbemoeiing ingenomen geworden. „The best Government would be no Government at all” is een stelling, die wel door weinigen wordt uitgesproken, maar die toch tot grondslag van veler redeneeringen ligt.

Onderscheidene banking-principle mannen, en daaronder ook de heer G., komen mij voor niet geheel vrij van die kwaal te zijn, wanneer zij in bankzaken volstrekke onthouding van alle, hetzij handelende, of regelende Staatsbemoeiing als het ideaal stellen, waarnaar men te streven heeft. Zij zouden slechts een stap verder te doen hebben om ook alle Staatsbemoeiing met muntzaken af te keuren, en zich zelve gelijk blijvende zouden zij eigenlijk den moed moeten hebben om dien stap te doen. Want het is grootendeels dezelfde maatschappelijke behoefte, die ten grondslag ligt voor beide bemoeiingen. De Staatszorg voor de munt toch berust niet op

(28) Vergelijk voor de opvattingen in België over de strekking van gemeld artikel: Documents officiels relatifs à la prorogation de la Banque Nationale de Belgique, 1872; Rapport fait par M. EUDORE PIRMEZ, au nom de la Section centrale de la Chambre des Représentants, p. 47: „En droit, la liberté de créer des banques d'émission existe pour les particuliers, pour les sociétés en nom collectif et pour les sociétés en commandite simple; elle n'existe pas pour les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions”. Zie ook het verslag van CHARLES A. CONANT voor de „National Monetary Commission” uitgebracht over de B. N. d. B. (Washington, Government Printing Office, 1910), bl. 85 e. v.

een geheimzinnig den Souverein aanklevend regt om zekere metaalstukken te stempelen; maar blootelijk: op het wensche-lijke, dat aan alle ingezetenen het gemak van een goed ruilmiddel en daarmede tevens van eene zoo goed mogelijke waardemaat gewaarborgd worde, en op het onmogelijke om dien waarborg zonder Staatsbemoeiing te verschaffen."

Het is vreemd, dat Mr. MEES art. 25 der Belgische wet van 1850 als basis bleef gebruiken. Mr. GLEICHMAN had dit gedaan, omdat hij de uitgifte van bankbiljetten in beginsel vrij wilde laten. Mr. MEES wilde een algemeen verbod van bankbiljetten-uitgifte. In zijn antwoord op de nota, waarin Mr. GLEICHMAN zijn zienswijze had uiteengezet, kwam Mr. MEES niet verder dan een algemeen verbod tot de oprichting van circulatie-banken.

In zijn eerste op verzoek van de Regeering gemaakte ontwerp voor de wet is Mr. MEES hier evenwel op teruggekomen en heeft hij voorgesteld de eerste drie artikelen der nieuwe wet te doen luiden:

„Art. 1. De Nederlandsche Bank zal, na het eindigen van haar tegenwoordig octrooi, gedurende een nieuw tijdperk van vijf en twintig jaren bevoegd blijven tot het in omloop brengen van bankbiljetten, mits zich regelende naar de bepalingen, vervat in de artikelen 4 en volgende dezer wet.

Art. 2. Gedurende gezegd tijdperk *zal niemand buiten De Nederlandsche Bank bankbiljetten mogen in omloop brengen*, tenzij hem daartoe eveneens bij een bijzondere wet de bevoegdheid verleend zij.

Art. 3. Hij die, zonder daartoe bevoegd te zijn, bankbiljetten in omloop gebragt of ingevoerd zal hebben, zal worden gestraft met”.

Van het ontwerp, dat hierop door de Regeering werd samen-gesteld aan de hand van het concept van Mr. MEES, luiden de eerste twee artikelen:

„Art. 1. Behoudens de bepalingen van het Wetboek van Koophandel (29) *mag niemand bankbiljetten uitgeven of in omloop brengen*, tenzij hem bij eene bijzondere wet de bevoegdheid gegeven zij.

Art. 2. Hij die, zonder daartoe bevoegd te zijn, bankbiljetten uitgegeven of in omloop gebragt zal hebben, zal worden gestraft met”.

(29) Het is niet duidelijk wat de Regeering met deze eerste acht woorden voorhad. Waarschijnlijk wilde men daarmede laten uitkomen, dat de uitgifte van kassierspapier en ander papier, geregeld bij de artt. 221 e. v. W. v. K. in het algemeen geoorloofd zou blijven.

De Raad van State kon daarmee blijkbaar niet accoord gaan. Op advies van dit college werd art. 1 weder veranderd in een bepaling in den geest van art. 25 der Belgische wet van 1850:

„Geen circulatiebank kan onder den vorm eener vennootschap bij wijze van geldschieting of onder dien eener naamlooze vennootschap worden opgericht dan krachtens een bijzondere wet, en op den voet en de voorwaarden bij zoodanige wet te stellen”.

Hiermede was men weder teruggekeerd tot het beginsel van vrijheid van bankbiljetten-uitgifte. Een strafbepaling op de uitgifte van bankbiljetten was hier dus niet op haar plaats en ontbrak dan ook. Zonder medewerking van de Regeering kon een circulatiebank in den vorm eener naamlooze vennootschap niet worden opgericht. Ook daarop behoefde dus geen sanctie te worden gesteld. Het is echter moeilijk in te zien, waarom geen strafbepaling noodig werd geacht op de oprichting eener circulatiebank als vennootschap bij wijze van geldschieting.

De laatstgemelde redactie van art. 1 stuitte weder op verzet van de Directie der N. B. Deze verlangde wijziging van het artikel, zoodanig, dat geen circulatiebank, *onder welken vorm ook*, zou kunnen worden opgericht anders dan krachtens een bijzondere wet. Voorts wenschte zij een definitie in de wet van een circulatiebank als „eene inrigting bestemd tot het uitgeven of in omloop brengen van bankbiljetten”.

Met de definitie kon de Minister (Betz) accoord gaan. Het andere verzoek meende hij niet te kunnen inwilligen.

De Directie der N. B. gaf hierna toe, doch bleef aandringen op de bepaling, dat geen circulatiebank *onder welken vorm ook* zou kunnen worden opgericht anders dan krachtens een bijzondere wet. Het artikel zou ook iets algemeener kunnen worden geredigeerd, waardoor het niet noodig zou zijn de woorden „onder welken vorm ook” te gebruiken. Uitdrukkelijk gaf de Directie te kennen hiermede te willen bereiken, dat de uitoefening van het bedrijf van bankbiljetten-uitgifte *door wie dan ook* niet anders zou kunnen geschieden dan krachtens een wet.

Per slot heeft de Minister de tweede wensch der Directie van de N. B. toch nog verhoord en de woorden „onder den vorm worden” uit laatstgemeld ontwerp van art. 1 laten vervallen. Art. 1 van het wetsontwerp, zooals dit naar de Staten-Generaal ging, luidde:

„Geen circulatiebank kan worden opgericht anders dan krachtens eene bijzondere wet en op den voet en de voorwaarden bij zoodanige wet te stellen.

Onder circulatiebank wordt verstaan elke inrigting, bestemd

om bankbiljetten uit te geven of in omloop te brengen" (30).

Had de laatste verandering in den tekst van het volgens het advies van den Raad van State geredigeerde artikel tot gevolg, dat dit artikel weder een algemeen verbod ging inhouden tot het uitgeven van bankbiljetten door hen die daartoe niet vooraf bij een bijzondere wet de bevoegdheid tot die uitgifte verkregen? Alleen indien men in elk uitgeven van bankbiljetten het oprichten van een circulatiebank ziet, kan men tot die conclusie komen. Deze eisch is niet gering.

De N. B. had met de laatste redactiewijziging wel de bedoeling gehad gemelde beteekenis aan art. 1 der Bankwet te geven. Van belang is echter alleen of de wetgever geacht kan worden bedoelde strekking van het artikel te hebben beoogd.

Is het niet mogelijk, dat het eerste lid der Bankwet de beteekenis heeft, dat alleen dan de uitgifte van bankbiljetten verboden is, ingeval zij geschiedt door een circulatiebank? Dit kan slechts indien men aanneemt, dat het aanvangen met de uitgifte van bankbiljetten niet altijd het „oprichten" eener „inrichting bestemd om bankbiljetten uit te geven of in omloop te brengen" in zich behoeft te sluiten.

Voor deze oplossing pleit, dat men hierbij niet als bij de hiervoor aangegeven beteekenis van art. 1 der Bankwet het uitgeven van bankbiljetten dient te vereenzelvigen met het oprichten van een circulatiebank, — iets waartoe men slechts moeilijk kan besluiten, aangezien het oprichten van een circulatiebank in het algemeen spraakgebruik zeker een anderen zin heeft dan het uitgeven van bankbiljetten.

Ten opzichte van deze moeilijkheid blijkt het nut van vorenstaand relaas der geschiedenis van de onderhandelingen tusschen de Regeering en de N. B. Ingeval op andere gronden kan worden verdedigd, dat de wetgever met het eerste artikel der Bankwet een algemeen verbod tot uitgifte van bankbiljetten heeft bedoeld, biedt gemelde geschiedenis een verklaring voor den onduidelijken tekst. Deze tekst, die oorspronkelijk werd ontworpen voor een regeling waarbij de uitgifte van bankbiljetten in beginsel is vrijgelaten, zou dan bruikbaar zijn gemaakt voor een regeling, welke een algemeen verbod tot bankbiljettenuitgifte inhoudt. Hiermede zou dan verklaard zijn door welke oorzaak de wetsbepaling zoo gewrongen en onduidelijk onder woorden werd gebracht.

Hoe weifelend de Regeering ook tijdens de voorbereiding van het wetsontwerp mocht zijn geweest t. a. v. de kwestie: algemeen verbod of verbod alleen voor zekere instellingen,

(30) Het artikel heeft in de Tweede Kamer geen andere wijziging ondergaan dan de invoeging van de woorden: „en geene buitenlandsche circulatiebank mag hare biljetten hier te lande in omloop brengen" na het woord „opgerigt" in het eerste lid.

daarna heeft zij steeds het algemeen verbod verdedigd. Ook in de Tweede Kamer heeft men zich de strekking van art. 1 van het wetsontwerp zoo voorgesteld.

Ten blijke hiervan zij het volgende aangehaald uit de kamerstukken.

In de Memorie van Toelichting was de Regeering op bedoeld punt uiterst kort doch zeer duidelijk: „*Geen papieruitgifte, geen circulatiebank alzoo, anders dan krachtens de wet*” (§ 5, blz. 7).

In de Memorie van Beantwoording ging de Regeering nog verder. Daarin stelde zij, zooals hiervoor reeds terloops werd vermeld, dat de bevoegdheid der N. B. tot uitgifte van bankbiljetten ook tot dusver een uitsluitend recht was geweest. Tevens blijkt er uit, zij het vaag, hoe de Regeering de verhouding dacht tusschen bankbiljetten en het papier, geregeld bij de artt. 221 e. v. W. v. K. (31).

(31) „De vraag wat een bankbiljet is, beantwoordt de Regeering aldus: eene geldelijke verbintenis, blijkbaar bestemd om als ruilmiddel om te loopen. Ziedaar het — naar de meening der Regeering — tastbaar onderscheid aangegeven tusschen bankbiljetten en het papier aan toonder, waaromtrent het Wetboek van Koophandel regelen geeft. Het uitgeven van laatstgemeld papier aan banden leggen, de daaromtrent bestaande vrijheid te besnoeien, komt de Regeering niet in de gedachte.

Terecht wordt in het verslag opgemerkt, dat het Wetboek van Koophandel alles, wat de bankbiljetten betreft, zorgvuldig ter zijde laat. Het bankbiljet is hier te lande steeds beschouwd als een papier sui generis; in de faculteit om bankbiljetten uit te geven ligt de quintessence van de „voorregten en gunsten” die het octrooi van 1814 bij uitsluiting van anderen aan de Nederlandsche Bank verleende; diezelfde bij uitsluiting gegeven faculteit vormt het hoofdmoment bij de verlenging van het octrooi. Zonder die bij uitsluiting gegeven faculteit hebben de beide octrooien geen redelijken zin, geen raison d'être. Wanneer de octrooien geen uitdrukkelijk verbod aan anderen inhielden om bankbiljetten uit te geven, dan was dit, omdat het, naar men meende, geheel van zelf sprak.

Om het regt te hebben van bankbiljetten uit te geven moest men — zoo was de meening — een octrooi bezitten, het gold hier eene verigting, waartoe men geoctrooieerd moest worden. De Nederlandsche Bank ontving dit octrooi en wel onder de uitdrukkelijke verklaring dat „gedurende den tijd van vijf en twintig jaren aan geene andere corporatie, sociëteit of compagnieschap binnen dit Rijk (zou) worden verleend gelijk octrooi, noch eenige der voorregten en gunsten aan deze Bank verleend” (art. 3).

Het bankbiljet stond dus geheel op zich zelf.

Nu komt, naar het voorstel der Regeering, de wetgever; hij vindt, den octrooivorm voor dien der wet verlatende, het bankbiljet als een papier sui generis erkend; hij gedraagt zich aan die opvatting, grijpt op geenerlei wijze in de bepalingen van het Wetboek van Koophandel, en zegt alleen: de toelating van eene

Niet uit alle besprekingen in de Tweede Kamer blijkt even duidelijk, dat met het eerste lid van art. 1 een algemeen verbod tot uitgifte van bankbiljetten werd beoogd (32).

Uit de door het Kamerlid oud-Minister VAN BOSSE voorgestelde strafbepaling, kon dit niet worden afgeleid. Dit amendement had tot strekking een nieuw art. 2 in de wet te voegen, luidende:

„Het uitgeven of in omloop brengen van bankbiljetten in strijd met de wet wordt gestraft met”.

Deze bepaling zou zeer goed alleen kunnen slaan op de uitgifte van bankpapier *door een circulatiebank*, welke in strijd met de wet was opgericht.

Een opmerking van het Kamerlid VAN HEUKELOM over dit amendement was echter voor den Minister aanleiding het volgende in het midden te brengen, waaruit wel zeer duidelijk blijkt, dat hij een algemeen verbod bedoelde:

„Deze (de heer VAN HEUKELOM) beweerde, dat art. 1 niet volledig zou zijn; in het stelsel der wet, zeide hij moest het ook aan bijzondere personen verboden wezen bankpapier uit te geven. Ik vraag: waar staat het in de wet, dat dit niet verboden is?

Art. 1 zegt, dat onder circulatiebank wordt verstaan *elke inrigting*, bestemd om bankbiljetten uit te geven of in omloop te brengen. Al gingen nu een of twee personen op een kantoor zitten, met het doel om bankbiljetten uit te geven of in omloop te brengen, dan vestigen zij eene inrigting in den zin der wet. De wet veronderstelt niet, dat aan het hoofd daarvan eene naamlooze vennootschap of iets dergelijks sta. Het woord *inrigting* is algemeen en omvat in dit opzicht alles.

Ik heb gemeend dit nog te moeten doen uitkomen, opdat, bij de toepassing der wet, uit mijn stilzwijgen geene verkeerde gevolgtrekkingen zouden worden afgeleid.”

Een tweede voorstel van Mr. VAN BOSSE voor een strafbepaling, aan het slot van de beraadslagingen over het wetsontwerp ingediend, luidde dan ook:

„Ingeval bankbiljetten door anderen dan door de circulatiebanken, krachtens art. 1 daartoe bevoegd, worden uitgegeven, gestraft met”.

Dit voorstel paste alleen bij een algemeen verbod tot bankbiljettenuitgifte.

De amendementen tot het opnemen van een strafbepaling

of meer inrigtingen, die zich het uitgeven van die bankbiljetten ten doel stellen, blijft van mij afhankelijk” (§ 7, bl. 15).

(32) De ingelaschte woorden „en geene buitenlandsche circulatiebank mag hare biljetten hier te lande in omloop brengen” zijn strikt genomen overbodig naast een algemeen verbod.

zijn in hoofdzaak gestrand op de moeilijkheid een juiste definitie voor het bankbiljet te vinden.

Over die definitie hierna uitvoeriger. Eerst zij verhaald welke moeilijkheden zijn voortgevloeid uit het feit, dat het eerste lid van art. 1 der Bankwet het algemeen verbod tot uitgifte van bankbiljetten niet met zoovele woorden inhoudt en een omschrijving van het bankbiljet ontbreekt. Ofschoon men bij die moeilijkheden zeker papier als bankbiljetten moet hebben herkend is men, voorzoover valt na te gaan, bij het onderzoek naar de beslissende kenmerken van het bankbiljet niet verder gekomen dan in 1863.

Tijdens het tot stand komen van de Bankwet van 1863 moet een bank te Amsterdam „kassiersbriefjes” met gedrukte som en watermerk, van f 100 en f 1000 in omloop hebben gebracht. Hierop wordt tenminste gezinspeeld in het Voorloopig Verslag (blz. 10). Van grooten omvang en langen duur schijnt die uitgifte niet geweest te zijn; er zijn geen maatregelen tegen getroffen.

Meer dan in ons land schijnt het in Nederlandsch-Indië te zijn gekomen tot uitgifte op groote schaal van op zicht betaalbaar papier aan toonder voor vaste bedragen.

Hiervóór werd reeds een geval aangehaald, dat zich in 1861 heeft afgespeeld. Waarschijnlijk was dit de aanleiding om in het octrooi der Javasche Bank in 1880 (33) de redactie van art. 1 der Bankwet van 1863 niet geheel te volgen. Van het eerste artikel van dit octrooi der J. B. kwam het tweede lid te luiden: „Onder circulatiebank wordt verstaan elke inrigting, bestemd tot — of onder hare operatiën opnemende — het uitgeven en in omloop brengen van bankbiljetten”.

Hoewel bij het nauwkeurig nagaan der Kamerstukken betreffende de Bankwet van 1863 dus blijkt, dat de wetgever een algemeen verbod heeft beoogd met art. 1 dier wet, uit gemelde afwijking valt af te leiden dat men dit artikel de hiervoor omschreven meer beperkte strekking (verbod tot uitgifte ingeval die door een circulatiebank geschiedt) dacht te hebben.

In het hiervoor reeds enkele malen aangehaalde Gedenkboek der Javasche Bank van de hand van L. DE BREE worden niet meer gevallen beschreven van het in omloop brengen van „particulier papieren geld”. Voorzoover valt na te gaan zijn er, behalve na te melden voorstel met toelichting van de J. B. tot wijziging van art. 1 van haar octrooi van 1880 (gedrukt te Batavia in 1904 bij H. M. van Dorp & Co.) geen geschriften, waarin de kwestie van het „particulier papieren geld” wordt behandeld. Dat dit papier nog werd uitgegeven, en, zij het ook op kleiner schaal, ook thans nog in omloop wordt gebracht,

(33) K. B. van 16 October 1880 (N.-I. Stbl. 220).

zal aan verzamelaars van munten en papieren geld bekend zijn. In tal van collecties kan men dit geld van plantages, financieele en handelsinstellingen aantreffen.

De door de Javasche Bank voorgestelde redactie van art. 1 van haar nieuw octrooi ter vervanging van dat, verleend bij voormeld K. B. van 1880, volgt hieronder. Er naast is, ter vergelijking, de tekst vermeld van art. 1 van het bestaande octrooi en van het eerste artikel van het octrooi, zooals het per slot werd vastgesteld.

Voorstel J. B.

Geene circulatiebank kan in Nederlandsch-Indië worden opgericht en geene bankbiljetten mogen in Nederlandsch-Indië worden uitgegeven of in omloop gebracht, dan krachtens een Koninklijk besluit en op den voet en de voorwaarden bij zoodanig besluit te bepalen.

Onder circulatiebank wordt verstaan elke inrichting die, hetzij uitsluitend, hetzij als een deel harer operatiën, bankbiljetten uitgeeft of in omloop brengt.

Onder bankbiljetten wordt voor dit Octrooi verstaan alle niet op hoog gezag uitgegeven papieren geld, dienende om als algemeen ruilmiddel ter vertegenwoordiging van eene daarin uitgedrukte hoeveelheid Nederlandsch-Indische of vreemde munt in omloop te worden gebracht.

Met . . . wordt gestraft hij die in Nederlandsch-Indië bankbiljetten uitgeeft of in omloop brengt zonder daartoe bij Koninklijk besluit de bevoegdheid te hebben verkregen.

Gelijke straf wordt toegepast op den bestuurder of den vertegenwoordiger eener naamlooze vennootschap, welke zonder bij Koninklijk besluit aan haar verleende bevoegdheid bankbiljetten uitgeeft en in omloop brengt.

Bestaand octrooi

Geene circulatiebank kan in Nederlandsch-Indië worden opgericht en geen bankbiljetten van buiten Nederlandsch-Indië gevestigde circulatiebanken mogen aldaar in omloop worden gebracht dan krachtens een Koninklijk besluit en op den voet en de voorwaarden bij zoodanig besluit te bepalen.

Onder circulatiebank wordt verstaan elke inrichting, bestemd tot — of onder hare operatiën opnemende — het uitgeven en in omloop brengen van bankbiljetten.

Nieuw octrooi van 1906

Geene circulatiebank kan in Nederlandsch-Indië worden opgericht en geen bankbiljetten mogen in Nederlandsch-Indië worden uitgegeven of in omloop gebracht dan krachtens een besluit van ons en op den voet en de voorwaarden bij zoodanig besluit te bepalen.

Onder circulatiebank wordt verstaan elke inrichting die, hetzij uitsluitend, hetzij als een deel harer operatiën, bankbiljetten uitgeeft of in omloop brengt.

Hiervóór werd reeds opgemerkt, dat het verbod in art. 1 der Bankwet van 1863 aan buitenlandsche circulatiebanken om haar biljetten hier te lande in omloop te brengen strikt genomen overbodig was naast het algemeen verbod om bankbiljetten uit te geven, dat de wetgever heeft bedoeld met de bepaling, dat geen circulatiebank kan worden opgericht dan krachtens een bijzondere wet. Dat men het algemeen verbod om bankbiljetten uit te geven in het nieuwe octrooi opnam was ongetwijfeld een verbetering. Uit het feit, dat men het verbod om een circulatiebank op te richten daarbij handhaafde en uit het scherper redigeeren van het tweede lid van het artikel blijkt, dat men ook in 1904 hetgeen de wetgever in 1863 had bedoeld met het verbod om circulatiebanken op te richten, niet beseftte (34).

Uit de toelichting der Javasche Bank tot haar ontwerp zij het volgende letterlijk aangehaald over de definitie van het bankbiljet:

„Die definitie levert echter geen geringe moeilijkheden op, want hoe algemeen ook het begrip van een bankbiljet bekend zij, door den schijnbaar verwanten aard van dat papier met tal van anderen, als bijv. chèques, wissels en promessen aan toonder en ander kassierspapier, was het moeilijk het zoodanig te omschrijven, dat:

a. eenerzijds daarin niets anders viel, dat wat men onder bankbiljet pleegt te verstaan, en

b. anderzijds de definitie niet zoo beperkt was, dat daaronder door opzettelijke kleine afwijkingen niet zoude begrepen zijn papier dat in werkelijkheid zeer zeker voor geregelde circulatie bestemd is.

Met het oog op het sub *a* gereleveerde zijn gebezigd de woorden „niet op hoog gezag uitgegeven papieren geld” (zie art. 32, 1ste lid Algemeene Bepalingen van Wetgeving), „algemeen ruilmiddel” en „ter vertegenwoordiging” welke, naar het voorkomt, uitsluitend passen voor bankbiljetten (enz.).

Ter bereiking van het sub *b* beoogde is niet gesproken:

1°. van betaalbaarheid op vertoon, omdat de ondervinding leert dat dit gemakkelijk te ontduiken is door het stuk volgens den tekst eenige dagen na zicht betaalbaar te stellen, doch in werkelijkheid steeds dadelijk te voldoen; noch

2°. van betaalbaarheid aan toonder, omdat dit te ontduiken zoude zijn door het stuk uit te schrijven aan de order van een bepaald aan de Bank verknocht persoon en dezen daarna in blanco te endosseeren; (enz.).”

De Regeering bleek tot een wijziging, als door de J. B. voor-

(34) Zie echter hierna de opmerking van den Gouverneur-Generaal.

gesteld, niet geneigd. De Gouverneur-Generaal maakte er de volgende opmerkingen over:

„Het verbod tot oprichting van eene circulatiebank werd geacht vanzelf het effect te hebben, dat geene bankbiljetten zouden worden uitgegeven zonder Koninklijke machtiging.

Definities van bankbiljetten worden als gevaarlijk beschouwd, daar zij tot misinterpretatie konden aanleiding geven en strafbepalingen waren in een octrooi niet op haar plaats” (35).

Hier te lande hebben in Augustus 1914 bij den aanvang van den grooten oorlog tal van gemeenten en particuliere instellingen op zicht betaalbare rentelooze toonderpromessen voor vaste bedragen op groote schaal uitgegeven (36). Dit heeft echter slechts zeer kort geduurd. Aangezien het een noodtoestand betrof waren er tal van factoren, welke hier eigenlijk niet ter zake doen (37). Bovendien heeft de uitgifte van dat papier, als het als bankpapier kan worden aangemerkt, door gemeenten of andere openbare lichamen op last of met toestemming van de Regeering, een zeer bijzonder karakter. Het betreft het overtreden der Overheid van haar eigen voorschriften.

Anders staat de zaak wanneer een gemeente buiten noodzaak en zonder last of goedkeuring van de Regeering tot die uitgifte overgaat.

In 1924 bracht een groote gemeente girochèques in omloop van het volgende model:

Voorzijde:

Het girokantoor van de gemeente schrijve over de som van tien gulden ten laste van de rekening „Gewaarmerkte Girobiljetten”, op de aan ommezijde te vermelden rekening.

., den

Het Girokantoor der Gemeente

Achterzijde:

Het aan ommezijde vermelde bedrag van f 10 over te schrijven op rekening van te

., den

Volgens de toelichting waren de stukken bestemd om, totdat het verzoekschrift op de achterzijde zou zijn ingevuld van hand

(35) DE BREE, t. a. p. Dl. II, bl. 411.

(36) Zie de Documenten voor de Economische Crisis van Nederland in Oorlogsgevaar. Uitgave der Koninklijke Bibliotheek, Eerste Serie (Aug.—Dec. 1914), § 143, bl. 186 e. v.

(37) Vergel. FRICKE, Die rechtliche Natur des Notgeldes, in het Zeitschr. f. d. Ges. Handelsr. u. Konkursr. 1924, bl. 436.

tot hand te gaan „als bankbiljetten”. De uitgifte is niet lang voortgezet.

Waren deze gewaarmerkte girochèques bankbiljetten, was het in omloop brengen van dat papier in strijd met het verbod neergelegd in art. 1 der Bankwet? (38)

Zooals hiervoor reeds werd opgemerkt zijn de voorstellen tot het opnemen van een strafbepaling op de uitgifte van bankbiljetten in de Tweede Kamer gestrand op de moeilijkheid een juiste omschrijving van het bankbiljet te geven.

In de Memorie van Beantwoording tot het ontwerp der Bankwet 1863 betrekkelijk, definieerde de Regeering het als „een geldelijke verbintenis, blijkbaar bestemd om als ruilmiddel om te loopen” (blz. 15) en als „papier, blijkbaar bestemd om als ruilmiddel te dienen” (blz. 16). Overtuigd van de juistheid van deze omschrijving was de Regeering echter niet, evenmin als van andere in de Tweede Kamer voorgestelde definities als: „papier aan toonder, op vertoon bij den uitgever of zijn vertegenwoordiger betaalbaar, blijkbaar bestemd om als betaalmiddel om te loopen” (voorstel van Mr. VAN BOSSE) en „papier aan toonder, op vertoon bij den uitgever of zijn vertegenwoordiger betaalbaar met de daarin uitgedrukte geldsom” (voorstel-HEEMSKERK AZN.). Naar het oordeel van den Minister was een definitie van het bankbiljet in het algemeen gevaarlijk, hij vreesde dat een definitie van het bankbiljet toch altijd min of meer gebrekkig zou zijn en daardoor aanleiding zou kunnen geven tot chicanes.

Ofschoon zij niet in de wet zijn opgenomen geven gemelde definities eenige aanwijzing voor hetgeen de Regeering en de Staten-Generaal met het woord „bankbiljet” in art. 1 der Bankwet hebben bedoeld. Ook eenige uitlatingen van den Minister in de Tweede Kamer worden hier met het oog op den steun die zij bij het onderzoek naar de bedoeling van den wetgever met het woord „bankbiljet” kunnen geven, opgesomd. In zijn rede op 16 November 1863 zeide de Minister o.m.: „dat een bankbiljet een deel uitmaakt van de geldcirculatie in het algemeen. De Regeering nu is verplicht voor een goede geldcirculatie te zorgen; zij alleen heeft het regt van de munt, en het bankbiljet is bestemd om, voor een deel de circulatie van het metaal te vervangen” (enz.); „De uitdrukking is mogelijk te sterk, maar ik ken geen andere om mijne meening duidelijk te maken: de uitgifte van bankbiljetten is het stellen

(38) Vergel. voor de vraag of de gemeenten bevoegd zijn girodiensten op te richten het advies van Prof. SCHELTEMA in het rapport der Commissie-Heldring, Hoofdstuk VII, Staatsrechtelijke vragen.

eener munt naast de rijksmunt, omdat het bankbiljet de munt vervangt, waarvoor het Rijk verplicht is te zorgen. En nu gaat het niet aan om aan iedereen, al is het ook naar vaste regels, de vrijheid te geven om dergelijk middel te vervangen van het metaal in de circulatie te brengen" (enz.); „deze regeling van het circulatiepapier is, naar mij voorkomt meer dan eenige andere zaak van de wetgevende macht. Het geldt hier de vergunning, om een ruilmiddel in de plaats te stellen van het metaal; en dat mag de wetgever nooit uit de handen geven, hoe men overigens de zaak wil regelen. Een bankbiljet, heb ik gezegd, is munt. Maar dat is niet de definitie van een bankbiljet, maar het karakter van zijn omloop. Het vervangt de circulatie, werkelijk het metaal”.

Dat de Tweede Kamer zich bewust was van de door den Minister aangegeven beteekenis en grondslag der regeling van de bankbiljetten-uitgifte blijkt bijvoorbeeld uit een opmerking van Mr. VAN BOSSE: „De zaak nu aangaande de uitgifte van bankbiljetten, mag, naar mijne innige overtuiging, de wetgever nimmer uit handen geven. Het geldt hier de geldcirculatie, die de wetgever gehouden is te regelen”.

Ruilmiddel-betaalmiddel-papier dat de munt vervangt — geld — papier dat deel uitmaakt van de geldcirculatie — waren de woorden waarmede men zoekende en tastende uitdrukking wilde geven aan de beteekenis welke het woord „bankbiljet” in de Bankwet zou hebben. Nog een halve eeuw zou het duren voor men zich er rekenschap van ging geven en dat „geld” in zekeren zin in de begrippen „betaalmiddel” en „ruilmiddel” ligt opgesloten. Het kluwen der begrippen viel eerst te ontwarren toen men het denkbeeld had prijs gegeven, dat geld slechts een product der rechtsorde is en een geldtheorie alleen op rechtshistorische basis kan worden opgetrokken. Bij het onderzoek naar den rol welke het geld in het economisch leven vervult, mijdt men dan ook thans elk rechtsbegrip als uitgangspunt.

Prof. Mr. G. M. VERRIJN STUART in wiens „Inleiding tot de leer der waardevervaltheid van het geld”, deze moeilijkheden wel zeer duidelijk worden belicht, wijst er op dat allerlei juridische momenten (bijv. de toekenning van de kracht van wettig betaalmiddel) ook van belang zijn voor den econoom, doch dat deze laatste alleen rekening heeft te houden met de beteekenis der geschreven of ongeschreven rechtsregels over het geld, voorzover zij het welvaartsstreven raken, „terwijl de jurist slechts vraagt wat volgens de in zekere gemeenschap van individuen geldende rechtsnormen als geld moet worden beschouwd”. Geven de laatste woorden blijk van de opvatting, dat hetgeen rechtens onder geld valt te verstaan nimmer

steunen kan op een economisch geldbegrip? Waarschijnlijk niet. De vraag kon voor genoemden schrijver in geen geval van belang zijn, aangezien hij de omschrijving van het economisch geldbegrip niet meer liet steunen op eenig rechtsbegrip en zich slechts met de economische problemen wilde bezig houden.

Volgens het burgerlijk recht zullen zeker wel niet veel meer zaken geld zijn dan die, welke door den wetgever tot „betaalmiddel” zijn bestemd of als zoodanig zijn erkend. Men kan over die zaken spreken van *wettelijke* betaalmiddelen (39).

Dat het geldbegrip in het recht echter overigens steunen moet op de rol die het geld in het economisch verkeer vervult, vindt steeds meer erkenning.

Meende men vroeger, in de overtuiging dat geld slechts een product van de rechtsorde kon zijn, met de „geldsovereiniteit” (Geldhoheit) van den Staat ongeveer de stelling weer te geven dat slechts de Staat geld kon scheppen, thans acht men met gemelde woorden uitgedrukt, dat het alleen de Staat is die kan bepalen hetgeen volgens burgerlijk recht geld is, en tevens dat de Staat de onbetwistbare bevoegdheid en verplichting heeft het economische geldwezen te beheerschen of, zelfs iets zwakker, daaraan leiding te geven (40).

Maar slechts noode laat men den eisch, dat de Staatsinmeniging tot het wezen van het geld behoort, vallen (41).

(39) Met *wettig* betaalmiddel wordt (mede) de verplichting tot aanneming uitgedrukt. Deze verplichting kan niet geacht worden beslissend te zijn voor de vraag of een zaak geld volgens het burgerlijk recht is. Heeft men een goed voor f 15.— gekocht en voldoet men met zestig kwartjes, dan is dit burgerrechtelijk een *betaling*, niet een betaling tot f 10.— en een inbetalinggeving tot f 5.—.

Het is de vraag of de betaalmiddelen volgens vreemde wetten als betaalmiddelen door onze wet zijn erkend. Die kwestie doet hier evenwel niet terzake.

(40) Het is hier niet de plaats te bespreken op welke gronden die bevoegdheid en verplichting steunt. Terloops zij er slechts op gewezen dat ook die goederen, welke slechts in beperkten kring fungeeren als geld in economischen zin, daardoor mede van invloed zijn op het algemeen prijsniveau.

(41) Teekenend daarvoor is hetgeen de Reichsbankrat Dr. E. WITTE opmerkt in zijn artikel „Private Geldschöpfungsversuche” in „Untersuchungen des Bankwesens 1933”, Referate I Teil, 2 Band, bl. 106:

„Die Forderung, dass die Geldschöpfung Sache des Staates ist, steht (dabei) nicht in Widerspruch zu der Erkenntnis, dass tatsächlich nicht alle Erscheinungsformen des Geldes ein Geschöpf des Staates waren oder sind. Einerseits kann sich der Staat seines Hoheitsrechts begeben oder sich mit der Aufstellung von Normen begnügen, die der privaten Initiative einen mehr oder weniger freien Spielraum lassen, solange nur der Staat die Herrschaft über das Geldwesen behält. Andererseits lassen sich private

Van gemelde oudere opvatting t. a. v. de geldsouvereiniteit van den Staat is de wetgeving van de meeste landen, ook het onze, nog doordrongen. De regeling van het muntrecht in ons land is daarvan reeds een bewijs. Het lijkt er veel op dat de wetgever in de artt. 64, 178 en 179 der Grondwet en 440 W. v. S. het beginsel heeft willen uitdrukken dat de munt, welke eertijds nagenoeg uitsluitend in het economisch leven als geld fungeerde, althans alleen als zoodanig werd herkend, slechts met medewerking van den Staat *kon* worden geschapen.

Is het naar onze wetten bijvoorbeeld verboden schijfjes edel metaal, voorzien van een stempel ter waarborging van gewicht en gehalte, in den handel te brengen? Laten de schijfjes vierkant zijn, zoodat zij niet op eenige tegenwoordig gangbare munt gelijken; ook kome er geen beeldenaar op voor, zoodat een misschien daarmede samenhangende kwestie over den inhoud van art. 64 Gw. is afgesneden. Voorzooover ik kan nagaan bestaat er dan geen verbod, waardoor die handel zou worden getroffen (42). Art. 440 W. v. S. slaat toch alleen op schijven metaal welke *gelijken* op 's Rijks munten en munten van andere landen (of desnoods ruimer: door anderen in omloop gebrachte munten). Dit schijnt ook de opvatting in de praktijk te zijn. Een onzer grootste Indische banken heeft eens gouden schijven (ronde nog wel) van 20 gr. en 996°, door haar zelf en mede door een essayeur met een stempel voor gewicht en gehalte gewaarmerkt, in Nederlandsch-Indië in den handel gebracht.

Van grooter belang is hier echter nog het verbod van art. 440 W. v. S. op het vervaardigen, verspreiden of ter verspreiding in voorraad hebben van drukwerken in een vorm die ze op *bankbiljetten* doen gelijken. Het is moeilijk denkbaar dat dit verbod betrekking heeft op iets anders dan papier, hetwelk *gelijkt* op bankbiljetten van de Nederlandsche Bank of andere circulatiebanken (desnoods ruimer: door anderen in omloop gebrachte bankbiljetten). Tegen het uitgeven van papier dat geen gelijkenis met die biljetten vertoont, maar overigens

Geldschöpfungsversuche allein dann feststellen, wenn die bestehende Geldordnung den wirtschaftlichen Bedürfnissen nicht mehr genügt oder nicht zu genügen scheint. Sofern die Rechtsordnung mit der wirtschaftlichen Entwicklung nicht Schritt hält, wird zunächst die Wirtschaft versuchen, die entstandenen Lücken solange auszufüllen, bis die Rechtsordnung den veränderten Verhältnissen Rechnung trägt. Wirtschaft und Recht befruchten sich gegenseitig. Eine derartige Entwicklung ist durchaus organisch".

(42) Ik neem aan dat de schijven geen werken of voorwerpen zijn in den zin der Waarborgwet 1927, Stbl. 48. Is dit echter anders dan maakt het voor de onderhavige kwestie nog niets uit. Bedoelde wet raakt het muntrecht niet.

dezelfde functie vervult, kan het verbod niet gericht zijn. Dit volgt al reeds hieruit dat in art. 440 W. v. S. alleen sprake is van drukwerken, en, hoe men zich in 1863 den aard van het bankbiljet ook heeft voorgesteld, het gedrukt zijn daarbij zeker niet als een der beslissende kenmerken is gedacht (43).

Uit hetgeen hiervoor uit de wordingsgeschiedenis van art. 1 der Bankwet is verhaald, meen ik te kunnen concludeeren, dat de wetgever als beslissend kenmerk voor het bankbiljet de geldfunctie van dat stuk in het economische verkeer op het oog heeft gehad. Een gevolgtrekking waarbij gemelde nieuwere opvatting over de geldsovereiniteit van den Staat een passenden achtergrond vormt.

Het is merkwaardig hoe de uitlatingen in 1863 van Mr. W. C. MEES en van den Minister van Financiën over den grondslag der regeling van de bankbiljetten-uitgifte reeds blijk gaven van het besef hoe ruim de taak van den Staat t. a. v. het geldwezen moet worden gezien. Zij bieden steun voor de opvatting, dat het in art. 1 der Bankwet neergelegd verbod kan geacht worden gebaseerd te zijn op meergemeld beginsel, dat de Staat de onbetwistbare bevoegdheid en verplichting heeft het geldwezen in economischen zin, te beheerschen.

Een ander argument daarvoor kon worden ontleend aan de wijziging van het octrooi der Javasche Bank in 1922. Het eerste artikel van dit octrooi, — dat, hoewel het, zooals hiervoor uitvoerig werd vermeld, reeds eenige veranderingen had ondergaan, nog steeds gerekend moet worden een met art. 1 der Bankwet overeenstemmende bepaling in te houden —, werd daarbij, als een volgens de Memorie van Toelichting „fundamenteel beginsel”, overgebracht naar het Reglement op het beleid der Regeering van Nederlandsch-Indië (art. 130a) (44).

Ofschoon mag worden betwijfeld of het artikel in het hoofdstuk „Van den handel en de scheepvaart” een juiste plaats kreeg, blijkt uit die overbrenging dat de inhoud van het artikel als een beginsel van de taak van den Staat werd erkend.

(43) Uit de M. v. T. tot het ontwerp van de wet van 23 Juni 1925, Stbl. 243, zou men kunnen afleiden, dat wel aan een verband werd gedacht tusschen het verbod van art. 1 der Bankwet en art. 440 W. v. S. De Regeering verklaarde daarin, dat men met bankpapier in laatstgemeld artikel op het oog had: „bankbiljetten, d.w.z. — naar de definitie van MOLENGRAAFF, Handelsrecht 4, pag. 409 — op zicht betaalbare rentelooze toonderpromessen voor vaste bedragen op groote schaal (uitgegeven)”. Naar mijn bescheiden meening was deze bewering niet juist.

(44) Vergel. ook de artt. 64 en 185 der Regeeringsreglementen resp. van Suriname en Curaçao.

De handhaving van de voorschriften betreffende de bankbiljettenuitgifte moet dan ook gezien worden als iets, waarbij het belang der gemeenschap onmiddellijk betrokken is. Het is mogelijk dat de bevoegdheid tot het uitgeven van bankbiljetten geacht kan worden aan de Nederlandsche Bank te zijn verleend onder zoodanige bepalingen, dat die instelling, bij de aanmatiging van bedoeld recht door een ander, tegenover deze een vordering heeft, bijvoorbeeld op grond van onrechtmatige daad (45). Van het instellen dier vordering zal echter de handhaving van gemelde voorschriften niet gerekend kunnen worden af te hangen; dit is de taak der Overheid. Het ontbreken van een directe sanctie maakt het voor deze nog niet onmogelijk die voorschriften te doen naleven; men denke aan de feitelijke verhindering der verboden handelingen, toepassing van art. 37b W. v. K. enz.

Prof. Mr. G. M. VERRIJN STUART omschrijft het geld in den aanvang van zijn voormeld werk als „het geheel van die goederen, welke door de aan het ruilverkeer deelnemende individuen worden gebezigd als middel tot het vergemakkelijken van dien ruil” (46). Het laat weinig twijfel dat deze definitie niet kan worden verruimd, terwijl er, wanneer men eenmaal de onbetwistbare bevoegdheid en verplichting van den Staat tot het beheerschen van het geld in het economisch verkeer (of het leiding geven daaraan) aanvaardt, geen reden is de definitie enger te maken.

Volgens gemelde definitie is elk goed als geld te beschouwen indien en voorzoover het als middel tot het vergemakkelijken van den ruil wordt verhandeld.

Het begrip geldsouvereiniteit krijgt daarmee een verrassende draagwijdte. Toch is dit het onontkoombare gevolg van de opvatting dat de Staat de bevoegdheid en de verplichting heeft het economisch geldverkeer te beheerschen. De praktijk sluit in dit geval bij de theorie aan, — de groeiende Staatsimmenging bij het bankwezen in de Vereenigde Staten en in Duitschland wordt gerechtvaardigd als een regeling van een

(45) Dit is overigens nog zeer de vraag. Aan de N. B. is geen *uitsluitend* recht tot het uitgeven van bankbiljetten verleend. Zij heeft slechts een *feitelijk monopolie*, doordat aan geen ander gelijke bevoegdheid is gegeven.

(46) Bij het gebruik van het woord „goed” teekent Prof. VERRIJN STUART aan (2e noot op bl. 6): „onder een goed versta ik al datgene, waarvan een economisch subject de overtuiging heeft, dat het hem kan dienen tot bevrediging van een behoefte. Objectieve bruikbaarheid behoeft een goed dus niet te bezitten; dit vloeit rechtstreeks voort uit het zuiver psychische uitgangspunt der moderne economische wetenschap”.

deel van het geldwezen; de onmiddellijk opvorderbare bank-deposito's en -credieten, welke meer en meer een geldfunctie zijn gaan vervullen (47).

Hoewel de economie in de laatste eeuw ongetwijfeld groote vorderingen heeft gemaakt in het oplossen der vraagstukken van het geld, kan moeilijk worden ontkend dat het nog niet geheel gelukt is ver tot het wezen van het geld door te dringen.

De definities waarvan de schrijvers uitgaan mogen het geldbegrip scherp genoeg omlijnen voor het oplossen van veel moeilijkheden, er is alle reden om aan te nemen dat het hart der problemen niet geraakt is (48). In elk geval heeft geen omschrijving van het economisch geldbegrip algemeen ingang kunnen vinden.

Bij het realiseeren van dezen stand van zaken betreurt men het niet dat geen der in 1863 in de Tweede Kamer voorgestelde definities in art. 1 der Bankwet is opgenomen en wekt het zelfs bevreemding, dat bij vele wetgevingen in de verbodsbepalingen tot „het scheppen van geld in zekeren vorm”, het geld in economischen zin als een scherp omljnd begrip wordt verondersteld. Daarbij komt nog dat de wijze, waarop men bedoelde wetsbepalingen op het economisch geldbegrip laat steunen, weinig strookt met enkele trekken van het geld, waarover de opvattingen nu juist niet zoo sterk meer uiteenloopen, bijv. dat het geld eerder iets functioneels is dan iets substantieels. Hoe is dit te rijmen met het gebruik van den term „geldteeken” (Geldzeichen, token of (for) money)? Duidt „teeken” zelfs niet op iets dat zichtbaar, althans zinnelijk waarneembaar is?

Voorts schijnt de genoegzame verhandelbaarheid van een goed *in de oogen van dengene die het ontvangt* een belangrijke factor te zijn (49). Als dit juist is dient men bij het gebruik van den term „bestemmen van een goed tot geld (ruilmiddel, betaalmiddel (50))” te bedenken dat degeen die een goed afgeeft, het nimmer geheel in zijn macht heeft dat goed tot geld te verheffen, aangezien de appreciatie van den ontvanger

(47) Vergel. voor de Vereenigde Staten het artikel van BRAY HAMMOND „The Banks, the States and the Federal Government” in de American Economic Review van December 1933.

(48) Van gemelde definitie van Prof. Mr. G. M. VERRIJN STUART zou naar mijn bescheiden meening hetgeen wordt weergegeven met de woorden „*middel tot het vergemakkelijken van dien ruil*” verder kunnen worden ontleed.

(49) Vergel. Prof. Mr. G. M. VERRIJN STUART t. a. p. bl. 12 en 26.

(50) Vergel. de hiervoor vermelde definities, welke in 1863 in de Tweede Kamer werden voorgesteld.

beslissend is, en het geld dus aan den wil van degenen die het ontvangen, zijn karakter ontleent (51).

Het is moeilijk denkbaar, dat men met een verbod tot het scheppen van geld in zekeren vorm, waarin de uitdrukking „geldteeken” wordt gebruikt, veel bereikt.

Een mooi voorbeeld ervan vindt men in art. 10 der Siameesche Currency Act van 1928. De officieele Engelsche vertaling luidt: „Whoever makes, issues, uses or puts into circulation any token for money, except by authority of the Government, shall be punished with”.

Dit Oostersche voorbeeld wordt hier het eerst vermeld, daar het misschien wel het kortste der wetsbepalingen is, waarin de term „token for money” voorkomt.

Met het uitgeven, gebruiken of in omloop brengen kan men desnoods vrede hebben; die uitdrukkingen zouden geacht kunnen worden te slaan op de *geldfunctie*. Hoe zal men echter kunnen vaststellen dat een geldteeken *gemaakt* is? Ten hoogste zal men aannemelijk kunnen maken, dat de vervaardiger het plan had anderen te bewegen, het goed als geld aan te nemen.

In overeenkomstige bepalingen in de wetten van andere landen wordt veelal meer de nadruk op de functie gelegd. Bijv. in de Criminal Code van de Vereenigde Staten, section 167: „Whoever, except as authorized by law, shall make or cause to be made, or shall utter or pass, any coin of gold or silver or other metal, or alloys of metals, *intended for the use and purpose of current money*, whether in the resemblance of coins of the United States or of foreign countries, *or of original design* (52) shall be fined”, en section 178: „No person shall make, issue, circulate, or pay out any note, check, memorandum, token, or other obligation for a less sum than \$ 1, intended to circulate as money or to be received or used in lieu of lawful money of the United States, and every person so offending shall be fined”.

Buiten het terrein van het geldwezen treedt een overeenstemmende bepaling van de Engelsche Coinage Act, 1870 (33, Vict. c. 10), overgenomen door de landen, welke voor hunne wetgeving de Engelsche tot voorbeeld hebben genomen: „No piece of gold, silver, copper or bronze, or of any metal of mixed metal, of any value, shall be made or issued, except by the mint as a coin or a token of money, or as purporting that

(51) Vergel. Prof. Mr. H. FRIJDA, De Theorie van het geld en het Nederlandsche geldwezen, bl. 40.

(52) Men vergelijkte dit met hetgeen hiervoor t. a. v. de regeling van het muntrecht in ons land is opgemerkt. Omvat deze wetsbepaling door de laatste cursief gedrukte woorden mede het voor gewicht en gehalte waarmede van stukjes edel metaal?

the holder thereof is entitled to demand any value denoted thereon" (53).

Nog tal van andere voorbeelden zouden kunnen worden opgesomd. Vermeld worden nog slechts de bepalingen in de Deutsche verordening over noodgegeld van 30 October 1931 R.G.Bl. I, S. 669), merkwaardig voor de omschrijving van (nood)geld in den zin dier verordening:

„§ 1. Als Notgeld im Sinne dieser Verordnung sind anzusehen, ohne Rücksicht darauf, ob die Urkunden bereits nach anderen Rechtsvorschriften Notgeld sind,

1. Marken, Münzen, Scheine oder sonstige Urkunden die auf einen Geldbetrag lauten und im Verkehr als Ersatz für das vom Reich, von der Reichsbank, der Deutschen Rentenbank oder einer Privatnotenbank ausgegebene Geld verwendet werden, und zwar auch dann, wenn sie auf Beträge lauten, über die Geld nicht ausgegeben ist.

2. Schecks oder andere Anweisungen, die bestimmt oder geeignet sind, im Verkehr als Zahlungsmittel verwendet zu werden und durch Ausfüllung von Vordrucken ausgestellt werden, wenn in den Vordrucken bereits im Zeitpunkt ihrer Ausgabe ein bestimmter oder bestimmbarer Geldbetrag oder eine bestimmte oder bestimmbare Menge anderer vertretbarer Sachen angegeben ist; Schecks oder Anweisungen stehen solche Urkunden gleich, die im wesentlichen denselben Wirtschaftlichen Zwecken dienen, auch wenn sie den Erfordernissen nicht genügen, die das bürgerliche Recht an Schecks oder Anweisungen stellt (z. B. Ausgleichschecks, Roggeanweisungen).

3. Urkunden, die auf andere Rechnungseinheiten als das in Ziffer 1 bezeichnete Geld lauten, sofern sie bestimmt oder geeignet sind, im Verkehr als Zahlungs- oder Tauschmittel verwendet zu werden (z. B. Wärascheine, Bauanteile, Tauschzettel).

§ 2. (1) Verboten ist:

1. die Herstellung, Ausgabe, Weitergabe und Annahme von Notgeld,

2. die Herstellung, Ausgabe, Weitergabe und Annahme von Vordrucken für Schecks und Anweisungen der im § 1 Ziffer 2 bezeichneten Art.

3. die Aufforderung, Notgeld und Vordrucke für Schecks und Anweisungen der im § 1 Ziffer 2 bezeichneten Art zu erwerben, sofern die Aufforderung öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften oder anderen Darstellungen geschieht,

(53) Men vergelijke hierbij den hiervoor omschreven grondslag, waarop het privilege tot het uitgeven van bankbiljetten door de Bank of England steunt. Daarvoor is ook méér verboden dan het papier, dat voor een geldfunctie bestemd is.

4. die Bereiterklärung, Notgeld anzunehmen, sofern die Bereiterklärung öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften oder anderen Darstellungen geschieht.

(2) Von dem Verbot (enz.)”.

De meeste van de hiervoor opgesomde bepalingen houden meer in dan een verbod tot het scheppen van geld in een of anderen vorm, zij richten zich bijvoorbeeld ook tot de circulatie. Dit laatste blijft hier verder buiten beschouwing, aangezien men op grond van hetgeen hiervoor uit de geschiedenis van art. 1 der Bankwet is verhaald, wel kan aannemen, dat onze wetgever niet meer heeft willen treffen dan de eerste uitgifte.

Nog in een ander opzicht is dit artikel beperkter dan gemelde bepalingen van vreemde wetgevingen. Art. 1 der Bankwet richt zich in elk geval slechts tot geschriften, waaruit blijkt van het recht tot eenige praestatie. Het artikel strekt zich zeker niet uit over zaken, welke geëigend zijn een geldfunctie te vervullen, doch niet onder die geschriften kunnen worden gerangschikt, bijvoorbeeld schijven edel metaal, waarvan gewicht en gehalte onmiddellijk kunnen worden vastgesteld door de waarmerken, die er op zijn aangebracht (54).

Men heeft in 1863 zeker niet aan andere geschriften dan die op papier gedacht. Voor den aard der stukken maakt het echter niets uit of papier, dan wel ander „schrijf”materiaal is gebruikt, — tenzij meer dan dat („schrijf”materiaal) in de gebezigde stof wordt gezien. Er is dus alle reden om het er voor te houden dat het, behoudens gemelde beperking, voor het in art. 1 der Bankwet neergelegde verbod onverschillig is, welk materiaal voor een geschrift is gebruikt (55).

Het bankbiljet is hier tot dusver slechts aangegeven als een „geschrift, waaruit blijkt van het recht van eenige praestatie”.

(54) Misschien zou dit een onderscheiding kunnen zijn van hetgeen als de definitieve bevrediging gedacht wordt bij het gebruik van een zaak als geld. Vergel. de opmerkingen over hetgeen BRUNO MOLL „das Problem des Endes” noemt door Prof. Mr. G. M. VERRIJN STUART, t. a. p. bl. 14. Het is mogelijk dat schijven edel metaal van teekens zijn voorzien ten blijke van een recht der houders op een prestatie. Men denke hierbij aan onze zilveren (teeken) munten. De verplichting van den Staat om voor de waarde van die zilveren munten, welke hooger is dan die van het zilver dat zij bevatten, te waken, om de munten voor de hoogere waarde in betaling te nemen enz., zijn hier de praestaties waarop de houders van die munten recht hebben.

(55) Het tegenover het algemeen verbod staande uitsluitend recht van de N. B. behoeft niet de bevoegdheid in te houden tot het uitgeven van „metalen” bankbiljetten. Zie hetgeen hiervoor over den omvang van het algemeen verbod en van het privilege is opgemerkt.

Valt het bankbiljet naar vorm en inhoud nader te omschrijven?

De biljetten van de „officieele” circulatiebanken zijn naar den vorm op zicht betaalbare rentelooze toonderpromessen (56).

Hoewel deze vorm bij de omschrijving van de bevoegdheid der N. B. tot het uitgeven van bankbiljetten misschien niet geheel zou mogen worden verwaarloosd, maakt hij naar alle waarschijnlijkheid geen deel uit van den inhoud van het in art. 1 der Bankwet neergelegde verbod (57).

Rentegevend en op een bepaalden datum betaalbaar gesteld papier zal in den regel wel geen geldfunctie kunnen vervullen. Zoo gauw de betrokken personen zich er niet naar gedragen, zal dat papier echter evengoed geschikt kunnen blijken in plaats van bankbiljetten te worden gebruikt (58). Om dezelfde reden doet het niet ter zake of de stukken in rechten als schriftelijk bewijs kunnen dienen.

Het geschrift waaruit blijkt van het recht tot eenige praestatie behoeft zelfs geen schuldbekentenis te zijn. Ook een opdracht (aanwijzing) tot eenige praestatie is voldoende, wanneer de houder van het geschrift het vertrouwen heeft dat de „betrokkene” de opdracht zal uitvoeren (59). Hierbij zij echter opgemerkt, dat een opdracht of aanwijzing (bijvoorbeeld in chèque-vorm) geen geldfunctie kan vervullen, zoolang niet *daarmede* doch *met behulp er van* wordt betaald. In den regel is het laatste het geval en komt de betaling eerst tot stand bij de voldoening door den betrokkene of door giro (schuld-

(56) Ingevolge art. 18 der Bankwet zijn de biljetten der N. B. dagelijks op vertoon betaalbaar bij de Hoofdbank, de Bijbank en de Agentschappen, met uitzondering van de dagen, vermeld in art. 171a van het W. v. K. Het ontbreken van de woorden „betaalt aan toonder” op de laatste modellen der bankbiljetten van f 10.— der N. B. heeft derhalve geen beteekenis.

Op de bankbiljetten van vele circulatiebanken ontbreekt de overeenkomstige clausule.

De eerste bankbiljetten van de N. B. hadden den volgende tekst:

„Ontvangen van Toonder de Somma van Guldens/om aan Toonder, op vertooning te restitueeren.

Zegge”

De bedragen werden geschreven!

(57) Ook hier dus weer een punt waarop het privilege der N. B. gerekend kan worden van geringer omvang te zijn dan de in het algemeen ontzette bevoegdheid.

(58) Vergel. A. BATBIE, „Qu'est-ce que le billet de banque? in de Revue crit. de lég. 1884, bl. 272 e. v.

(59) Zie hiervoor § 1 sub 2 der Duitsche verordening van 30 October 1931.

vernieuwing), in welk laatste geval tegen een onmiddellijk opeischbare vordering op naam wordt geruild (60).

Welke de praestatie is van de schuld of opdracht, waarvan uit de geschriften moet blijken, doet evenmin ter zake. Deze kan zoowel de levering van zaken als het verrichten van diensten betreffen, zij het ook dat het moeilijk denkbaar is, dat schuldbekentenissen of opdrachten tot het verrichten van diensten in de praktijk bij herhaling als geld kunnen fungeeren (61).

Zoolang het den economen niet gelukt geheel tot het wezen van het geld door te dringen zal het waarschijnlijk niet mogelijk zijn een volledige regeling te treffen voor het verbod tot het scheppen van geld in een of anderen vorm.

Bovendien is het de vraag of de aard van het geld zich niet tegen een algemeen verbod t. a. v. het scheppen van geld in een of andere gedaante verzet. Volgens tal van schrijvers kan elk goed onder bepaalde omstandigheden als geld fungeeren. Het is zelfs niet zeker of een zaak door een verkrijger nimmer *tegelijk* als *geld* en als *waar* (in engeren zin) kan worden aanvaard. Men denke bijvoorbeeld aan het uitwisselen van geld tegen geld.

Zoo goed als de economie tot resultaten is gekomen met definities, waarvan men bewust was dat zij het geld in economischen zin niet geheel afbakenden, moet het mogelijk zijn dit begrip voldoende te naderen voor een bruikbare omschrijving van het in art. 1 der Bankwet neergelegde verbod.

In de hiervoor vermelde bepalingen uit vreemde wetgevingen vindt men eenige pogingen daartoe, — merkwaardig genoeg in enkele gevallen zelfs naast verboden, welke steunen op het economisch geldbegrip (in die bepalingen als scherp omljnd verondersteld), waarmede dus eigenlijk alles al moest zijn gezegd.

Het behoeft geen toelichting dat het ongewenscht is bij het naderen van meergemeld algemeen verbod de grenzen te ruim

(60) Het gebruik van het woord „betaalmiddel” voor chèques lijkt mij dan ook niet juist. Vergel. de M. v. T. tot de wet van 17 November 1933 (Stbl. 613) tot invoering van de eenvormige wet op chèques.

Een geval waarin geacht werd met een chèque te zijn betaald was dat beoordeeld door den Kantonrechter te 's-Gravenhage op 6 Maart 1933, W. 12651, 6.

PIERSON wees er in 1863 reeds op dat papier eerst dan een geld-functie vervult wanneer met de overgave ervan, een schuld volkomen wordt gelijkwideerd (De Toekomst der Nederlandsche Bank, bl. 27).

(61) Men denke echter aan postzegels.

te nemen en daarmee de mogelijkheid te scheppen, dat te veel „geschriften waaruit blijkt van het recht tot eenige praestatie” worden getroffen. Het in Engeland geldende algemeene verbod, waartegen het privilege der Bank of England staat, gaat dan ook te ver (62). Beter is het waarschijnlijk de grens van het verbod aan de andere zijde te naderen. Daarvan geven de hiervoor vermelde bepalingen van de Duitsche verordening van 30 October 1931 een voorbeeld door zekere stukken als (nood)-geld aan te merken, welke „im Verkehr als Ersatz für das vom Reich, der Deutschen Rentenbank oder einer Privatnotenbank ausgegebene Geld verwendet werden” (63). Een vergelijking dus met het gebruik van hetgeen door den wetgever tot geld is bestemd of als zoodanig is erkend (wettelijke betaalmiddelen).

Tegen de woorden „als Ersatz” zouden eenige bedenkingen kunnen worden geopperd. De betrokkenen zullen niet behoeven te erkennen, dat de stukken in kwestie worden gebruikt *in plaats van* rijks-geld etc. Bedoelde woorden moeten waarschijnlijk dan ook gelezen worden in dien zin, dat als (nood)-geld zijn te beschouwen zekere stukken, welke dienst doen in gevallen als die, waarin rijks-geld etc. *pleegt* te worden gebruikt (64).

Zooals reeds werd opgemerkt kan art. 1 der Bankwet niet geacht worden meer te treffen dan de eerste uitgifte van de hiervoor omschreven geschriften. Met het oog op de moeilijkheid, dat een zaak waarschijnlijk nimmer anders dan door den wil van dengene die het ontvangt een geldfunctie kan vervullen is met zekerheid onder het in dat artikel vervatte verbod alleen de uitgifte te brengen van gemelde geschriften, *waarvan de uitgever weet of kan verwachten* (bijvoorbeeld op grond van ervaring), dat zij voor bedoelde functie zullen worden gebruikt. Indien men op grond van de geschiedenis van art. 1 der Bankwet meent te moeten aannemen, dat de

(62) Zie ook de opmerking van Mr. H. A. VAN NIEROP ter chèque-conferentie over het gebruik in onze koloniën van op zicht betaalbare toonderchèques door den trekker op zichzelf getrokken, in het verslag dier bespreking.

(63) Zie ook de overeenkomstige bepalingen in de wetten der V. S.: „to be received or used in lieu of lawful money of the United States”.

(64) Strikt genomen gaat de vergelijking met het gebruik van rijks-geld etc. zolang op als dit geld . . . als geld in economischen zin fungeert. Het geval dat het (volgens de wet gangbare) geld anders dan als geld in economischen zin pleegt te worden gebruikt is echter slechts denkbaar bij een zeer ontwricht geldwezen. Waarschijnlijk is het in dat geval beter eerst het geldwezen te ordenen, dan dit woord *pleegt* door *placht* te vervangen.

wetgever een *bedrijf* op het oog heeft gehad zal de uitgifte nog alleen dan door het verbod kunnen worden getroffen, wanneer zij *stelselmatig* geschiedt. Tevens zal men op grond van laatstgemeld motief wellicht den eisch kunnen stellen, dat de geschriften niet incidenteel als rijksgeld etc. worden gebruikt.

Voorts zou hetgeen onder het *gebruik* van rijksgeld etc. wordt verstaan binnen zekerder grenzen kunnen worden teruggebracht. Het gebruik zal in elk geval moeten zijn het uitwisselen tegen een praestatie, een ruil (65). Daarbij dient echter een uitzondering te worden gemaakt voor die uitwisseling, waarbij het geschrift naar den uitgever terugkeert. Ingeval deze het geschrift niet om niet heeft uitgegeven, praesteert hij bij dien terugkeer voor den ruil, waarbij hij het geschrift uitgaf. Ontving hij niets tegenover de oorspronkelijke uitgifte, dan is gezien van de zijde van den uitgever van een ruil geen sprake. Niet uitgezonderd zal echter zijn de uitwisseling van een geschrift, opgemaakt ten blijke van een opdracht, waarbij dat stuk bij den betrokkene arriveert (met de overgave van het geschrift aan den betrokkene wordt betaald). Voor den betrokkene is het stuk het bewijs van een schuld van den uitgever.

Wanneer men uit het vorenstaande alleen datgene zeefft waarover geen onzekerheid bestaat, resteert als inhoud van art. 1 der Bankwet een verbod *tot stelselmatige uitgifte in Nederland, van geschriften, opgemaakt ten blijke van een schuld of een opdracht, indien de uitgever weet of moet verwachten, dat die geschriften in Nederland veelal met anderen dan den uitgever zullen worden geruild tegen zaken of diensten, welke tegen wettelijke (66) betaalmiddelen plegen te worden uitgewisseld*, waarbij het niet ter zake doet welke praestatie de schuld of de opdracht betreft, welke vorm de geschriften hebben, en of de geschriften in rechten als schriftelijk bewijs kunnen dienen. Er is alle reden om aan te nemen, dat het verbod verder reikt; voor de praktijk is dit echter waarschijnlijk voldoende.

(65) Alleen zuiver burgerrechtelijk gesproken valt onder ruilen te verstaan de uitwisseling van een zaak tegen een zaak (geen van beide geld volgens het burgerlijk recht). Anders dient onder ruilen elke uitwisseling van prestaties te worden begrepen. Vergel. hetgeen Prof. Meijers heeft opgemerkt over de beteekenis van „in betaling geven” in art. 19, tweede lid van de Muntwet, W. P. N. R. 1924, bl. 170.

(66) *Wettige* betaalmiddelen zou hier ook kunnen staan. Hoevel beperkter lijkt mij dit nog voldoende.

Het laat weinig twijfel, dat alle hiervoor beschreven uitgiften na 1863 in ons land en in Nederlandsch-Indië van papier, hetwelk op dezelfde wijze als bankbiljetten van de Nederlandsche Bank resp. van de Javasche Bank werd gebruikt, in strijd zijn geweest met de wet.

Naar het mij voorkomt valt ook het in den aanvang van dit artikel vermelde bedrijf, hetwelk op de circulatie van bonnen, betaalzegels, spaarzegels, credietzegels etc. berust, onder het in art. 1 der Bankwet neergelegde verbod.

Bedoeld bedrijf bestaat in ons land al reeds tientallen jaren. Sedert de inwerkingtreding der Geldschieterswet, waarbij een maximum is gesteld aan het bedrag dat bankjes en kassen, welke kleine bedragen uitleenen, in rekening mogen brengen voor rente, provisie, informatiekosten, enz., schijnt dit bedrijf evenwel steeds grooter vlucht te gaan nemen.

Een groot deel van die bankjes of kassen gaat thans als volgt te werk.

In plaats van contanten ontvangt de credietnemer spaarzegels, credietzegels, betaalzegels of chèques (hier verder kortweg betaalzegels genoemd) tot een nominaal bedrag gelijk aan dat, hetwelk hij schuldig heeft erkend (verminderd met rente, provisie, informatiekosten, enz.). Tevens wordt hem een lijst overhandigd van winkels, waar hij de betaalzegels voor hun nominaal bedrag in betaling kan geven.

Op de betaalzegels staat veelal niet meer dan een rond bedrag (10, 25, 50 cent enz.), een handteekening of paraaf en een naamstempel van den voorschotgever.

Een winkelier, die de betaalzegels in betaling heeft genomen kan deze tegen 90 à 85 pct. van de nominale waarde aan contant geld inwisselen bij den geldschietster op den door dezen vastgestelden dag, meestal één dag per maand. Tal van winkeliers moeten op die wijze een groot deel van hun winst aan genoemde kassen of bankjes afstaan. Ingeval zij weigeren de zegels in betaling te nemen worden de waren in andere winkels gekocht. In zekeren zin zijn de winkeliers dus gedwongen zich in de betaalzegelkringen te laten opnemen.

Het schijnt dat men de betaalzegels tevens kan houden voor stukken vermeldende den inleg in spaarbanken, bedoeld in art. 36, 8^o der Zegelwet 1917. Op dien grond worden zij blijkbaar geacht vrij te zijn van het zegelrecht volgens art. 34 dier wet.

Te Amsterdam is vooral het westen der stad, waar veel gemeente-arbeiders wonen, wier vast inkomen een zekere waarborg is voor de terugbetaling van hetgeen zij leenen, het terrein van de werkzaamheid dier bankjes of kassen. Aanvankelijk waren er meer dan twintig; thans schijnt ook dit bankwezen te zijn geconcentreerd. De omzet belooft in

Amsterdam zeker wel 2½ miljoen gulden per jaar, waarschijnlijk veel meer.

Het is niet zeker of de instellingen die de betaalzegels uitgeven, onder de Geldschieterswet vallen. Voorzover ik kan nagaan is hun bedrijf nimmer aan de bepalingen onzer wet t. a. v. het geldwezen, i. c. art. 1 der Bankwet, getoetst. Wel is al door Mr. Th. J. Eskens, secretaris van de Nederlandsche Vereeniging voor Volkscredietwezen en Woekerbestrijding, gewezen op het feit, dat de betaalzegels dezelfde functie als bankbiljetten vervullen („Geldschieterswet en Woekerbestrijding” in het ochtendblad van De Telegraaf van 3 Juni 1934).

A. Boon

H. WINKEL, *Le problème de la juridiction suprême*.
Diss. Utrecht 1934. — Uitgave Kemink & Zoon,
Utrecht.

Dit proefschrift is verdeeld in 2 deelen, elk ongeveer 80 bladzijden groot, het historische en het dogmatische deel. Een inleiding gaat vooraf, waarin de schr. zijn bedoelingen uiteenzet. De hoogste rechtspraak in Frankrijk, Engeland, Duitschland en Nederland zal worden gezien als orgaan van laatste instantie hebbende tot taak de uiteindelijke vaststelling van het recht bij conflicten. De bedoeling is niet in deze vier landen afzonderlijk de opvattingen over de functie van den hoogsten rechter te bestudeeren, meer het gemeenschappelijke element aan te toonen. De schr. maakt zijn studie los van het begrip cassatie, begrijpelijk in deze half historische half rechtsvergelijkende opzet; zelfs vermaant hij het begrip rechtspraak historisch zeer ruim op te vatten.

In het historisch gedeelte worden achtereenvolgens Frankrijk, Engeland, Duitschland en Nederland behandeld. In Frankrijk berust de oud-Germaansche rechtspraak bij de stamgenooten, onder leiding van een rechter die als rapporteur optreedt en belast is met de tenuitvoerlegging van het vonnis. Beroep van het vonnis is mogelijk op een grootere kring van stamgenooten. Later komt men in beroep bij den vorst, die zich daarvoor doet bijstaan door zijn conseil. Het parlement van Parijs ontstaat uit de behoefte aan een standvastigen rechter. Conflicten ontstaan tusschen dit Parlement en den Conseil, waarin ten slotte de laatste overwinnaar bleef. Door de vermeerdering van het aantal parlementen werd trouwens een centraal orgaan noodig dat moest waken voor de nakoming der ordonnances. Na de Fransche revolutie ziet men in den hoogsten rechter meer een stuk wetgevende macht: het orgaan dat het recht der burgers, de wet, moest beschermen tegen willekeur van den vorst, en tegen onjuiste toepassing door de lagere rechters. In den laatsten tijd is deze laatste gedachte, de eenheid van rechtspraak meer op den voorgrond gekomen, en is het vereischte van formeele wetschennis losgelaten.

In Engeland ontwikkelt zich de Curia Regis uit de oude volksvergadering, de Wittenagemot. Na Willem de Veroveraar groeit de macht van den vorst, volksrechtbanken worden vervangen door koninklijke gerechten; in de Curia wordt een afzonderlijke commissie voor rechtspraak aangewezen.

Later vormen zich het parlement en de Privy Council,

waarvan de eerste als verdediger van common law, de tweede voor equity optrad. Na de splitsing van het parlement is de House of Lords aangewezen voor hoogste rechtspraak. Is de rechtspraak van den Privy Council oorspronkelijk machtiger dan die van het House of Lords, later omstreeks 1800 wordt de verhouding omgekeerd en blijft aan den Council alleen de hoogste rechtspraak overgelaten in koloniale-, kerkelijke- en marine-zaken.

In Duitschland vertoont de ontwikkeling een ander beeld. In vroegere tijden liet de centrale macht van den vorst zich gelden, later door de groote zelfstandigheid der verschillende landen verloor de keizerlijke rechtspraak beteekenis; het Kammergericht, waar Romeinsch recht werd toegepast, werd de hoogste rechter. In 1806 verdween deze centrale rechter, om eerst na 1870 terug te keeren, in de vorm van het Reichsgericht, dat eerst na 1900 van beteekenis werd door de eenheid van Burgerlijk Recht voor het geheele Rijk.

In Nederland ziet men vóór de onafhankelijkheid het Hof van Holland, en de Groote Raad van Mechelen. Geen van beide strekten hun macht uit over alle provinciën. Willem van Oranje stelt opnieuw het Hof van Holland in, later ook een Hoogen Raad. Tusschen deze beide colleges rezen voortdurend conflicten over hunne bevoegdheid. In 1795 wordt de Hooge Raad afgeschaft. Of men den tegenwoordigen Hoogen Raad als een voortzetting kan beschouwen is twijfelachtig; resten van het verleden zijn te vinden in het karakter van hoogste instantie, dat aan den Franschen cassatie-rechter vreemd was.

Uit zijn historisch onderzoek trekt de schr. de volgende conclusies. Men ziet in alle landen als grondslag het Germaansche recht, waarop later het Romeinsche recht door middel van de beroepsrechters zijn invloed doet gelden. Groeiende invloed van de rechtspraak van den vorst, oorspronkelijk als buitengewoon rechtsmiddel, later als de hoogste rechter die de volksrechtspraak aanvult en corrigeert. Men ziet verder overal een voortdurende splitsing en differentiatie van de hoogste staatsorganen, die eerst de persoonlijke macht van den vorst terugdringen, later weer vergrooten. Het doel van zijn historisch onderzoek beschouwt de schr. als het aantoonen, hoe de hoogste rechtspraak als orgaan van den vorst heeft voorbereid de moderniseering van de rechtspraak in het algemeen, door het optreden van beroepsrechters, en voortdurende splitsing en differentiatie. Hoe de centralisatie na 1800 van politieke beteekenis was, een garantie voor de burgers van hun politieke rechten.

In het dogmatisch gedeelte begint de schr. de rechtspraak te omschrijven als concretiseering van het recht. Het recht

streeft naar eenvormigheid, en bestaat slechts door te worden toegepast; daardoor is het recht niet geheel autonoom. De behoefte aan algemeene normen en eenvormigheid maakt een orgaan noodig, dat het recht vaststelt. Dit behoeft niet een machtsorgaan te zijn, eerst later komt de overheidsgedachte op den voorgrond. Oorspronkelijk is het recht onveranderlijk volksrecht; doordat de vorst actief ging rechtspreken, ontstond ook het machts-element. Het Romeinsch recht begunstigde vooral de idee van de onafhankelijkheid der centrale macht van de souvereiniteit, die toch weer niet onbeperkt behoeft te zijn. De rechtspraak moet het algemeen belang met dat van de procesvoerende partijen vereenigen, en derhalve zoowel streven naar eenheid van recht als naar materieele gerechtigheid.

De schr. werkt hierna uit hoe de laatste gedachte wordt gediend door het instantie-beginsel en het systeem van rechtsmiddelen tegen rechterlijke beslissingen. De taak van de hoogste rechtspraak is het toetsen aan de algemeene normen; men stuit hierbij reeds op de scheiding van recht en feit. Tevens op de tegenstelling van recht dat aan de geschreven wet voorafgaat, en dat hetwelk uit den souverainen wil van den staat voortkomt.

Meer uitvoerig behandelt de schr. de taak van den hoogsten rechter de eenheid van het recht te dienen. Deze eenheid is een ideaal, dat nooit geheel kan worden bereikt. Er zijn twee tendentie's: de zekerheid van recht te vinden in zoo goed mogelijke codificaties, en die van de eenheid te vinden op alle wijzen, afhankelijk van de omstandigheden. Wanneer men in de vier landen nagaat hoe men de eenheid van recht heeft nagestreefd, blijkt dat de verschillen niet zoo groot zijn; in hoofdzaak is er verschil van tempo, afhankelijk van de versterking der centrale macht. De hoogste rechter beperkt zich tot bescherming der rechtsnormen, maar vertoont een neiging tot uitbreiding van zijn taak ter wille der gerechtigheid. Tusschen het Fransche systeem dat uitgaat van de codificatie en het Engelsche dat opbouwt op vroegere beslissingen is in de uitwerking het verschil niet zoo groot. Algemeen is het streven aan den hogsten rechter niet de beslissing der zaak in handen te geven, zulks uit vrees voor te groote macht van dit orgaan.

In het laatste hoofdstuk, waarin de werkwijze van den hoogsten rechter aan onderzoek wordt onderworpen, ontmoet men meer dan in het overige dezer dissertatie de eigen opvattingen van den schr. Belangwekkend is zijn opvatting van de tegenstelling recht en feit. De schr. sluit zich aan bij degenen die aan deze tegenstelling geen vasten inhoud toekennen. Men kan elke norm een feit noemen, en in elk constateeren en

qualificeeren van feiten toepassing van normen zien. Uitgaande van de gedachte dat elk vonnis een syllogisme bevat, waarvan de major de rechtsnorm en de minor het concrete geval is, kan door den rechter zoowel bij de major als de minor worden gedwaald, en deze dwaling kan bij beide gelegen zijn in onjuiste toepassing van normen. Al naarmate men wil dat de contrôle van den hoogsten rechter zich uitstrekt, zal de grens tusschen recht en feit worden verschoven. Feit is dan datgene, waarover de contrôle van den hoogsten rechter zich niet mag uitstrekken; recht dat gebied, waarover zijn contrôle zich uitstrekt. De hoogste rechtspraak stelt deze competentie, en daarmee de grens tusschen recht en feit, zelf vast. In Frankrijk ligt het accent op de major, al zal niet slechts aan de letter maar ook aan de geeste der wet worden getoetst.

In Duitschland strekt de contrôle zich ook uit tot de minor, tot de error subsumtionis. Er moet een brug worden geslagen tusschen de idee van rechtseenheid en gerechtigheid, bijvoorbeeld doordat de hoogste rechter meer feiten aan zich trekt zooals in Frankrijk waar de cassatierechter de uitlegging van overeenkomsten beoordeelt.

De schr. komt dan tot de conclusie dat al moge de tegenstelling recht en feit streng wetenschappelijk niet te trekken zijn, zij voor de praktijk van het recht, als uitgangspunt voor de controleerende bevoegdheid van den hoogsten rechter van waarde is, mits men de relativiteit der tegenstelling inzielt. De schr. verwerpt daarom zoowel de Duitse *Stufen*-theorie als de Engelsche theorie van *Austin*, die beide van een tegenstelling van recht en feit niet willen weten, en miskennen de tegenstelling tusschen het recht als abstractie en het recht als realisatie.

Het werk eindigt met een bibliografie groot 40 bladzijden en bevattende meer dan 550 werken!

Wanneer men bedenkt welke enorme hoeveelheid litteratuur deze jonge schrijver heeft doorgewerkt, moet men allereerst een woord van waardeering uitspreken voor deze praestatie. Bezie men dan het resultaat van zijn arbeid dan komt de vraag op of tusschen beide, arbeid en resultaat evenredigheid bestaat. Het historisch gedeelte lijkt mij vrij summier te zijn gehouden, al zal de rechtshistoricus hier tot een meer bevoegd oordeel in staat zijn. Het dogmatisch gedeelte is vrij abstract gehouden, en bevat alleen in het laatste hoofdstuk vrij diepgaande eigen beschouwingen over de grenzen der cassatierechtspraak. De schr. had met veel minder historische voorstudie tot dit resultaat kunnen komen, of met al de historische voorstudie een grooter werk kunnen opbouwen, zooals ook de titel van zijn werk mocht doen verwachten. Deze opmerking

moge echter minder worden opgevat als critiek, waar het immers slechts een constructie-fout betreft, dan als een verwachting; dat de schrijver die zijn studiën zoo degelijk beëindigde, met zijn wetenschap en inzicht aan ons land en, indien hij voortgaat de Fransche taal te gebruiken, ook aan de wereld van juristen meerdere werken moge brengen op het terrein van de rechtshistorische en rechtsvergelijkende wetenschap.

WITTEMAN

Dr. J. P. FOCKEMA ANDREE, *Het geheim van de raadkamer*. — 1934, Utrecht, Boekhandel H. de Vroede; 89 blz.

I. Een genoeg was 't voor ondergeteekende om gevolg te geven aan schrijver's tot den lezer van zijn geschrift gericht verzoek: zich te beraden over het door hem aangegeven denkbeeld, hetwelk hij ter overdenking aanbiedt aan gezagsdragers en aan belangstellende juristen en niet-juristen. Ondergeteekende heeft dit denkbeeld in zijne kamer ernstig overwogen en gevoelt thans behoefte om „omtrent hetgeen in die raadkamer is overdacht en geconcludeerd geene geheimhouding te bewaren” (blz. 89) maar — met de hem passende bescheidenheid — zijn oordeel over de door schr. ontwikkelde beschouwingen mede te deelen. Te liever doet hij zulks, waar schr. op fijne en wij mogen zeggen: voorname wijze zijn onderwerp uiteenzet en behandelt, zich vrij houdt van elke animositeit of zucht om voor eene bepaalde leer propaganda te maken, en met weldadig aandoende objectiviteit aan de voorstanders en de tegenstanders van „het bekend maken van de gevoelens der minderheden in rechterlijke colleges” het woord geeft en aan hunne beweringen recht doet wedervaren. Geen strijdschrift, maar eene studie, welke den lezer dwingt tot onpartijdig onderzoek, rustig overwegen en het vestigen van eigen overtuiging omtrent een inderdaad de aandacht verdienend vraagstuk.

II. In zijn eerste hoofdstuk, bedoeld als inleiding, bakt Dr. F. A. het terrein van zijne beschouwingen af. *Daarbuiten* valt de vraag, of — wanneer de beslissing wordt genomen door een min of meer groot aantal rechters te zamen — het stelsel van de gewone meerderheid aanbeveling verdient, eene quaestie, welke slechts in verwijderd verband staat met het door schr. aan de orde gestelde onderwerp en als een „hors d'œuvre” even wordt aangestipt. Herinnerd wordt aan de oud-Fransche orde van zaken, waarin voor het wijzen van een

arrest eene meerderheid van twee stemmen werd vereischt, en aan de in Amerika tegen den regel van de eenvoudige volstreckte meerderheid gevoerde oppositie, welke oppositie de gevallen betrof waarin een Gerechtshof eene wetsbepaling onverbindend verklaart wegens strijd met de Grondwet. Gewezen wordt ook op art. 424 van ons tegenwoordig Wetboek van Strafvordering, bepalende dat in hooger beroep door het Gerechtshof slechts met eenparigheid van stemmen kan worden bewezen verklaard datgene, waarvan de verdachte in eersten aanleg is vrijgesproken, een mijns inziens uitnemend voorschrift, hetwelk een sieraad is van ons juist in deze dagen vaak niet voldoende gewaardeerd nieuwe wetboek.

Alsnu in het tweede hoofdstuk tot zijn eigenlijk onderwerp komende en tot de beschrijving van de verschillende stelsels en hunne lotgevallen overgaande, wijdt schrijver — na een blik te hebben geworpen op de geschiedenis van art. 57 van het Statuut van het Permanente Hof van Internationale Justitie, inhoudende dat bij verschil van gevoelen de rechters, die eene van de genomen beslissing afwijkende meening huldigen, het recht hebben aan het arrest eene uiteenzetting van hunne individueele meening toe te voegen — zijne aandacht vooreerst aan de landen, welke in deze materie een behoudend standpunt innemen. Frankrijk, waar, na het in de middeleeuwen heerschende stelsel van openbaarheid, het systeem van geheime beraadslaging en stemming zich tot op den huidigen dag handhaafde (met slechts eene korte onderbreking tijdens de Fransche revolutie), maar thans wel eene zekere kentering van denkbeelden valt te bespeuren. Italië, waar aan het beginsel van geheimhouding zoo sterk gehecht wordt, dat bij die eenvoudige beslissingen, waarvoor het gaan in raadkamer niet noodig is en de deliberaties in de zittingzaal zelve kunnen geschieden, het zoo zacht en onmerkbaar mogelijk beraadslagen bepaaldelijk wordt voorgeschreven. Nederland, waar in het beginsel van geheimhouding slechts in 1799 een zwakke bres werd geschoten welke spoedig werd gedicht, waar in art. 28 der Wet op de Regterlijke Organisatie dit beginsel is vastgelegd, en waar de meerderheid der juristen zich met eene verandering te dien opzichte niet zou kunnen vereenigen en zelfs zij, die oog hebben voor het twijfelachtige in zoo menige rechtsquaestie en veel gevoelen voor het instituut van de bemiddelende vonnissen, aan het beginsel van geheimhouding blijven vasthouden. Duitschland, waar wel eene enkele stem voor de openbaarheid (althans ten aanzien van de burgerlijke kamers van het Reichsgericht) is opgegaan en van wetenschappelijke zijde de aandacht is gevestigd op het vruchtdragende van een stelsel van openbaarheid waarin de verschillende zienswijzen tegenover elkander worden gesteld,

maar waar vooralsnog niet blijkt van eene beweging ten gunste van het stelsel van openbaarheid.

Thans de toepassing van het *andere* stelsel, waarbij het beginsel van de openbaarheid in eenigerlei vorm is gehuldigd.

Het eerst trekken de aandacht de landen waar door de rechters in het openbaar wordt beraadslaagd en gestemd, Zwitserland en Noorwegen. Ten aanzien van Zwitserland worde aangeteekend, dat het in 1850 aangenomen stelsel van openbaarheid — geldende voor de meeste hoogere rechtscolleges en strookende met de Zwitserse zeden — zich tot heden heeft gehandhaafd, al zijn er meermalen stemmen opgegaan in eene andere richting. Tevens echter, dat het beginsel van openbaarheid niet volkomen tot zijn recht komt, waar de dagbladen slechts beknopte verslagen van de terechtzitting geven „waarin voor zooveel het Bundesgericht betreft de stemmenverhouding en de meening van de meerderheid en minderheid doch zonder opgave van namen worden vermeld” (blz. 44), terwijl in de verzamelingen van jurisprudentie niets blijkt van de afwijkende meeningen en ook in de literatuur daaraan geene groote aandacht wordt gewijd. — Ten opzichte van Noorwegen is te vermelden, dat toen in 1821 in den Rijksdag het voorstel gedaan werd om in het Hooggerechtshof in het openbaar te doen stemmen het advies van dit college zelf volstrekt afwijzend was, en dat, nadat het onderwerp op den achtergrond geraakt was, in 1848 weer eene krachtige actie werd ondernomen, welke in 1863 eindigde met de overwinning van het warm verdedigde hervormingsdenkbeeld. Ingevolge de thans geldende regeling worden van de openbare beraadslagingen en stemmingen stenographische verslagen gemaakt, welke worden afgedrukt in vakbladen. Zóó kan men nu zeggen, dat het nieuwe stelsel een krachtig levend element is geworden in de ontwikkeling van het Noorsche recht. [Denemarken (blz. 53—60) staat nog aan de zijde van de geheimhouding maar vertoont een tafereel, hetwelk herinnert aan den in Noorwegen tusschen 1848 en 1863 gevoerden strijd. Verwacht mag worden, dat de voorstanders van de openbaarheid met kracht zullen trachten hun doel te bereiken.]

Ten slotte voert schrijver ons naar Engeland en brengt ons — als voorbeeld van het ook voor andere colleges in hoofdzaak geldende stelsel van openbaarheid — in kennis met het met vijf leden rechtsprekend hoogste rechtscollege, the House of Lords, in welk college ieder lid éénmaal zijne meening ontwikkelt (zonder discussie!), vaak — in de meer belangrijke zaken waarin na de beraadslagingen niet terstond uitspraak gedaan wordt maar deze korteren of langeren tijd wordt aangehouden — in den vorm van eene zeer uitvoerige nota.

Dit over de landen, waar het beginsel van de directe open-

baarheid der beraadslagingen is gehuldigd. Onmiddellijk hieraan sluit zich aan Zweden, welk land eene modificatie van hetzelfde stelsel vertoont. Hier zijn de beraadslagingen zelfden niet openbaar, maar de processen-verbaal van het in raadkamer verhandelde zijn niet geheim en mogen worden geraadpleegd en door den druk openbaar gemaakt. Het recht tot publicatie omvat alles wat in het proces-verbaal voorkomt, dus o. a. alle beraadslagingen en de door de verschillende rechters geuite meeningen.

En thans zetten wij eene flinke streep, om nu over te gaan tot dien *tweeden vorm* van openbaarheid, wel te onderscheiden van den *eersten vorm*, n.l. de bevoegdheid van den rechter om zijne van de door het college genomen beslissing afwijkende meening kenbaar te maken. Wij wenden daartoe den blik naar Amerika en naar het Permanente Hof van Internationale Justitie.

Van de in verscheidene Amerikaansche Staten aan den rechter geschonken bevoegdheid om van zijne afwijkende meening bij het vonnis zelf te doen blijken wordt een ruim maar geen overdreven gebruik gemaakt. Men geeft er zich rekenschap van, of er in een bepaald geval voldoende aanleiding bestaat zijn afwijkend gevoelen kenbaar te maken (blz. 30). Deze aanleiding wordt met name geacht dan aanwezig te zijn, wanneer 't de al of niet grondwettigheid van eene wet betreft: zelfs wanneer men van oordeel is, dat een verschil van meening tusschen de rechters onderling in het algemeen niet „aan de groote klok behoeft te worden gehangen” (blz. 31), acht men het tot uitdrukking brengen van eigen afwijkend gevoelen plicht waar 't eene zoo ernstige daad betreft als de veroordeeling (het buiten toepassing laten) van een wettelijk voorschrift.

En voorts het door Dr. F. A. trecht zeer belangrijk geachte voorbeeld, door het Permanente Hof van Int. Justitie gegeven.

Twee punten verdienen hier met name de aandacht. Voor eerst het feit, dat na de vaststelling van art. 57 van het Statuut (aan de rechters de bevoegdheid gevende om aan het arrest eene uiteenzetting van hun eigen afwijkend gevoelen toe te voegen) de verplichting erkend werd om het — allermint met algemeene instemming begroete — stelsel zoo loyaal mogelijk toe te passen. Eene opvatting, welke o. a. bleek uit de in 1926 in het Reglement gebrachte wijziging, dat in alle gevallen (daargelaten of er afwijkende gevoelens worden gepubliceerd) de uitspraken en adviezen zullen aangeven, uit hoeveel leden de meerderheid bestond. „Het publiek moest omtrent de stemmenverhouding de gansche waarheid weten; het gezag van het Hof kon daarbij slechts winnen” (blz. 62).

Daarnaast bespreekt schr. de vraag, of men tevreden is

over de met het nieuwe stelsel bereikte resultaten. In het bijzonder memoreert hij de in 1929 te Genève door de commissie, welke de in het Statuut van het Hof aan te brengen wijzigingen besprak, gehouden beraadslaging. Door den Griekschen staatsman POLITIS werd een warm pleidooi gehouden voor het thans aanvaarde beginsel, hetwelk voor de rechtsontwikkeling van zulk eene groote beteekenis is, welk pleidooi culmineerde in de verzekering dat spreker, die destijds slechts aarzelend het stelsel had aanvaard, thans, nu hij het in werking had gezien, daarmede zoo ingenomen was, dat hij zich genoopt zou voelen een eventueel gedaan voorstel tot afschaffing daarvan te bestrijden (blz. 65). Door den oud-president van het Hof HUBER werd, mede namens zijn opvolger ANZILOTTI, die als Italiaan steeds het *andere* stelsel gekend had, in denzelfden geest gesproken. En door den Franschman FROMANGEOT, die na de door hem vroeger tegen het stelsel gevoerde oppositie daartoe nog niet bleek bekeerd te zijn, werd — zij 't om opportuniteitsredenen — niet aangedrongen op wijziging van de thans van kracht zijnde regeling. Schrijver mag dan ook — aan het einde van deze herinnering — concluderen (blz. 66), dat die regeling deze eerste crisis met eere en glans is te boven gekomen.

III. Zooals in het begin dezer aankondiging reeds werd te kennen gegeven, ontleent de studie van Dr. F. A. hare groote waarde aan haar objectief karakter. In het derde hoofdstuk worden achtereenvolgens de voorstanders van de stelsels van openbaarheid en van geheimhouding aan het woord gelaten, „eene bonte variëteit van argumenten welke op de voorzijde en de keerzijde van de medaille staan gegrift”. Daarna worden uit dat complex van argumenten enkele van minder beteekenis of gemakkelijk te ontzenuwen geëlimineerd en de hoofdargumenten uit de beide kampen tegenover elkander gesteld, m. a. w. de *beide* standpunten zoo scherp mogelijk belicht. En ten slotte, in het laatste hoofdstuk, ontwikkelt schrijver zijn eigen gedachtengang ten voordeele van het stelsel van openbaarheid en komt hij tot het formuleeren van zijn — inderdaad bescheiden — voorstel. Het vooralsnog niet raadzaam achtende om voor den lageren rechter en in het algemeen voor de feitelijke beslissingen van de tegenwoordige regeling af te wijken, acht hij termen aanwezig om voor de cassatie-rechtspraak van den Hoogen Raad met het stelsel van geheimhouding te breken. Hij zou in overweging willen geven „ten aanzien van 's Hoogen Raads rechtspraak in cassatie in de wet voor te schrijven, dat een arrest de opgave zal bevatten, met welke *stemmenverhoudingen* het is geweest, en voorts dat de raadsheeren, die het met de beslissing zelve of voor wat de motiveering betreft met het arrest niet eens

zijn, van hun *afwijkende meening* kunnen doen blijken, hetzij door een bloote mededeeling, hetzij in een afzonderlijke nota, waarin zij hun eigen standpunt uiteenzetten". (Ter onderscheiding van de twee verschillende punten veroorloofde ik mij de cursiveeringen.)

IV. Wanneer ik nu mijnerzijds er toe overga om in deze van „conclusie” te dienen, dan zou ik als uitgangspunt willen nemen de passage op blz. 79: „Besluit men tot het beraadslagen en beslissen in het openbaar of — als men daaraan de voorkeur geeft — tot het openbaar maken van afwijkende meeningen of biedt men daartoe althans de gelegenheid, dan bereikt men aanmerkelijke voordeelen zoo voor de rechters zelve en voor de partijen en hun pleitbezorgers, als voor de rechtswetenschap en voor den wetgever, ja voor de gansche rechtsontwikkeling”. Ik zou de *tegenstelling* tusschen de beide denkbeelden — eenerzijds de openbaarheid der beraadslagingen, anderzijds de bevoegdheid tot het publiceeren van afwijkende meeningen — scherper willen doen uitkomen dan in de aangehaalde passage („of, als men daaraan de voorkeur geeft”) geschiedt. Het *eerste* denkbeeld is m.i. geheel verwerpelijk: tegenover enkele theoretische voordeelen staan zulke overwegende practische nadeelen met betrekking tot de raadkamerberaadslaging zelve, welke het fundament is van de collegiale rechtspraak en daaraan hare moeilijk te overschatten beteekenis verleent, dat daarmede reeds het stelsel is veroordeeld. Omtrent het *twede* denkbeeld, de bevoegdheid tot het publiceeren van afwijkende meening, moet ons oordeel anders luiden: *hier* zijn inderdaad deugdelijke argumenten ten voordeele van het stelsel aan te voeren; *hier* moet de vraag gesteld en ernstig overwogen worden, of het denkbeeld op eenigerlei wijze zou kunnen worden in toepassing gebracht en of aan de verwezenlijking daarvan belangrijke voordeelen zouden zijn verbonden.

Over deze twee punten thans een kort woord.

Ad primum. Dr. F. A. heeft 't den beoordeelaar wel gemakkelijk gemaakt door aan de verschillende argumenten pro en contra volledig recht te doen wedervaren. En zij, die aan het „geheim der raadkamer” in den zin van de niet-openbaarheid der rechterlijke beraadslagingen blijven vasthouden, vinden dan ook in de beschouwingen van de voorstanders, zooals dezen op blz. 70—72 worden weergegeven, eene afdoende toelichting van het door hen ingenomen standpunt. Dat de openbaarheid afbreuk doet aan de volkomen rust en onbevangenheid, welke de beraadslaging in raadkamer moeten kenmerken; dat dáár de rechter de ruimste gelegenheid moet hebben om niet alleen zijne zienswijze uiteen te zetten en zijne stem te motiveeren maar ook om iedere

opmerking te maken, welke hij van belang acht voor de te nemen beslissing, elken twijfel uit te spreken aan de juistheid van zijn aanvankelijk oordeel; dat in die sfeer van volkomen rustig gemeenschappelijk overleg de gelegenheid om eene aanvankelijke meening te herzien 't meest tot haar recht komt; dit alles is onwederlegbaar en moet in deze den doorslag geven.

Twee opmerkingen veroorloof ik mij nog in dit verband. Vooreerst, dat het feit, dat het rechtscollege de gronden waarop de uitspraak berust moet mededeelen, dus de wettelijke verplichting van de *motiveering* van het vonnis, m. i. „het bolwerk van de geheime raadkamer” volkomen onaangetaast laat, m. a. w. aan dien motiveeringseisch nimmer een argument is te ontleenen voor het denkbeeld, dat de wijze waarop het vonnis tot stand komt, het *wordingsproces* van de rechterlijke uitspraak, *publiek domein* is. — En voorts zou ik naar aanleiding van de bewering (blz. 72 infra) dat enkele *tegen* de openbaarheid aangevoerde bezwaren slechts gelden voor tegen hunne taak niet opgewassen rechters en voor eene minderwaardige pers, mijnerzijds willen stellen: 1^o. dat ook de beraadslagingen van voortreffelijke en voor hunne taak geheel berekende rechters slechts dan tot haar recht komen, indien de thans heerschende sfeer van rustig gemeenschappelijk overleg (in raadkamer) blijft gehandhaafd, 2^o. dat ook de door eene *hoogstaande* pers aan de beraadslaging gegeven publiciteit geene aanbeveling verdient, omdat het feit zelf van de openbaarheid, zooals hierboven werd aangegeven, aan het karakter der deliberaties afbreuk zou doen.

Ad secundum. Ten opzichte van het tweede punt kan ik voor een goed gedeelte met de beschouwingen van onzen schrijver medegaan en kan ik mij indenken in de slotsom, waartoe die beschouwingen hem hebben geleid. *Theoretisch* is die slotsom m. i. te aanvaarden. *Practisch*, d. w. z. uit het oogpunt van de eventueele daadwerkelijke invoering van het aanbevolen stelsel, moet de vraag worden gesteld, of bij ons behoefte bestaat aan de bevoegdheid tot het publiceeren door leden van het rechtsprekend college (den Hoogen Raad) van een afwijkend gevoelen, en of daarvan heilzame resultaten zijn te verwachten. Over een en ander thans een enkel woord.

Geheel vereenigen kan ik mij met schijver's beschouwingen omtrent het groot aantal gevallen, waarin eene rechtszaak van verschillende kanten kan worden gezien, zonderdat nu bepaald gezegd zou kunnen worden „dat de eene zienswijze juist is dan de andere” (blz. 77), waarin dus alle grond bestaat voor ernstigen twijfel. Daaraan worde de opmerking vastgeknoopt, dat vooral in dergelijke gevallen eene meer uitvoerige *motiveering van de beslissing*, welke als zoodanig

zich komt aanmelden met eerbied afdwingend gezag en omgeven wordt door een aureool van juistheid, alleszins op hare plaats en ook praktisch volkomen mogelijk is; het feit, dat de motiveering dikwijls „tot de allergeeringst mogelijke afmetingen wordt teruggebracht” (blz. 88) komt — juist in de bedoelde zaken — niet ten goede aan de beteekenis en de werking naar buiten van de door den rechter gegeven uitspraak.

In de tweede plaats zou ik mij willen aansluiten bij schrijver's gedachtengang, waar hij den nadruk legt op de wetsuitlegging, als basis van de wetstoepassing, en den eisch stelt, dat de wetenschap der wetsuitlegging „iets geheel levends” zij (blz. 79 infra). Dat deze wetenschap zich voortdurend ontwikkelt en de practijk haar daarbij groote diensten bewijst, terwijl omgekeerd de practijk haar voordeel heeft te doen met de resultaten der wetenschap (blz. 80), is mede onloochenbaar. En dat de gang van die ontwikkeling eene algemeene beteekenis heeft, dat 't — allereerst voor het rechtsgeleerd publiek — van belang is te weten, welke factoren bij het nemen van eene belangrijke beslissing den doorslag hebben gegeven, en dat in dit verband „eene heldere expositie van de misschien zeer uiteenlopende, zelfs op principieele verschillen wijzende standpunten van onderscheidene rechters” (blz. 87) van groot nut kan zijn, ook *dit* kan aan Dr. F. A. zonder voorbehoud worden toegegeven.

Natuurlijk kan aan de bereiking van dit doel de bevoegdheid van den rechter, meer bepaald den rechter in cassatie, om van zijn persoonlijk — van de genomen beslissing afwijkend — gevoelen te doen blijken bevorderlijk zijn. Men bedenke intusschen tweërlei.

Vooreerst, dat *reeds thans* de uitspraken van ons hoogste rechtscollege in het brandpunt staan van de juridische belangstelling en critiek, en niet enkel de beslissing van wetenschappelijke strijdvrage maar ook de argumentatie, welke *in concreto* eene bepaalde uitspraak „draagt”, als publiek domein kan worden beschouwd. Omtrent de vraag, welke wetsinterpretatie tot eene bepaalde uitspraak heeft geleid, of b.v. daarbij aan de woorden van de wet zelven, dan wel aan de geschiedenis van een wetsartikel of de historische ontwikkeling van een juridisch instituut, dan wel aan „hoogere rechtsbeginselen” een overwegende invloed is toegekend (blz. 81), wordt in verreweg de meeste gevallen het juridisch publiek *niet* in het onzekere gelaten. Hier is geen sprake van een strijd, welke geheim wordt gehouden. Hier is eene werking naar buiten, eene gelegenheid — waarvan een ruim gebruik wordt gemaakt! — om beschouwingen te geven en critiek te doen hooren. *Reeds thans* dus (zonder de bevoegdheid tot

publiceeren van afwijkend gevoelen) zijn m. i. voldoende factoren aanwezig welke het voortdurend „levend” blijven van de wetenschap der wetsuitlegging waarborgen.

Voorts worde overwogen, dat in slechts betrekkelijk weinig rechtszaken aan de bedoelde publicatie van een afwijkend gevoelen belangrijke voordeelen zullen zijn verbonden en dus het nieuwe instituut dien heilzamen invloed zal hebben, welken de voorstanders daarvan verwachten. Het zullen die zaken zijn, waarin de rechterlijke beslissing een *zuivere* rechtsbeslissing is, niet wortelende in eene juridische waardeering van bepaalde feiten of de juridische constructie van een concreet geval maar uitsluitend in de uitlegging van de wet of het wettelijk voorschrift.

En thans nog de blik gewend naar het Permanente Hof van Int. Justitie en naar Amerika.

Bij het Permanente Hof heeft het stelsel van de openbaarmaking van afwijkend gevoelen niet alleen gezegevierd maar ook in de practijk instemming gevonden. Hieraan wordt mede een argument ontleend om de invoering van het stelsel voor onze Nederlandsche cassatieprocedure aan te bevelen. Intusschen worde overwogen, dat de dáár behandelde zaken door hare oorspronkelijkheid en frischheid (mede in verband met haar internationaal karakter) zich *meer* leenen tot het ontwikkelen van nieuwe beschouwingen en het openen van wetenschappelijke perspectieven dan de meeste beslissingen van den Hoogen Raad (ook in belangrijke gedingen) en dat dus dáár aan de publicatie van individueele zienswijzen eene grootere behoefte bestaat dan ten aanzien van onze cassatie-arresten.

In Amerika treedt vaak de quaestie op den voorgrond van de al- of niet grondwettigheid van eene bepaalde wet. *Aldaar* treden de voordeelen, aan het aanbevolen stelsel verbonden, helder aan het licht en is 't dan ook volkomen begrijpelijk, dat het systeem warme verdedigers vindt en dat door een der sprekers op de bovenvermelde conferentie te Genève in 1929 het *ontnemen* van de bevoegdheid tot openbaarmaking van afwijkende meeningen als een ramp werd beschouwd (blz. 31, 32). Voor Nederland vervalt dit groote moment en daarmede een belangrijk argument voor de invoering van het nieuwe instituut.

Conclusie. Mijne slotsom meen ik in de volgende stellingen te mogen formuleeren.

I. De behandeling in raadkamer blijve haar geheim karakter behouden. Eenerzijds is geen overwegend motief aanwezig, hetwelk *hier* tot openbaarheid zou moeten leiden, terwijl anderzijds groot gevaar bestaat, dat de openbaarheid

afbreuk zal doen aan het vereischte rustig gemeenschappelijk overleg.

II. De geheimhouding blijve zich uitstrekken tot het geheele wordingsproces van de rechterlijke uitspraak. Ook ten aanzien van de *stemmenverhouding*, waarmede een vonnis of arrest wordt gewezen, ontbreekt een overwegend motief om deze te maken tot publiek domein, terwijl in het bijzonder de wetenschap daaromtrent (bij de procespartijen, het rechtsgeleerd en het niet-rechtsgeleerd publiek) niet van belang is voor de rechtsontwikkeling.

III. Het publiceeren van van de genomen beslissing *afwijkende meeningen* kan geacht worden voor de rechtsontwikkeling wel van belang te zijn. Principieele bezwaren tegen het toekennen van de bevoegdheid hiertoe zijn niet aanwezig. Intusschen maken de betrekkelijk geringe behoefte, welke aan deze openbaarmaking bestaat, en de betrekkelijk geringe werking, welke daarvan is te verwachten, 't twijfelachtig, of practisch de invoering van het stelsel gerechtvaardigd zou zijn en aanbeveling zou verdienen.

Febr. 1935

S. J. M. VAN GEUNS

Geschriften der Vereeniging voor Belastingwetenschap

(Uitgave J. Muusses — 1934 — Purmerend)

- No. 29. Negende Jaarverslag, Samenstelling van Bestuur en Commissies 1934.
- No. 28. Vorm en wezen als richtsnoer bij de heffing van belastingen.

Voordracht van Prof. Dr. N. J. POLAK te Rotterdam gehouden op 25 April 1934 en Stenographisch Verslag van het Debat.

Dit heldere betoog en scherp geformuleerd wederwoord op de debatten — beide in „vorm en wezen” zooals men dat van den Rotterdamschen Hoogleeraar gewoon is — heeft de verdienste, een brandende vraag zonder te veel wettelijke of andere entourage, principieel naar voren te brengen.

In niet geringe mate heeft het mede opgenomen debat — geen der debaters was zeer uitvoerig, doch ieder noopte tot wederwoord, uitteraard in verschillende richtingen — den inleider gelegenheid gegeven, om markant en precies te

zeggen, hoe ver hij bij zijn kruistocht voor de heerschappij van het wezen boven den vorm wil gaan. Dit debat zal menigeen wien des inleiders rede wat àl te radicaal was, de grootste vreeze hebben benomen, al zal menig jurist zich met het gesprokene niet geheel kunnen vereenigen.

Deze rede — waarin mij het meest trof, de uiteenzetting der evolutie in het lezen en uitvoeren van belastingwetten op de eerste 10 pagina's — is een pleidooi voor vrije belastingwets-toepassing, voor economische beschouwing daarvan, met het doel 's wetgevers wil tot uitvoering te brengen, ook in al die duizenden gevallen, die men niet heeft kunnen kennen of voorzien. Inleider accentueert, dat daarvoor noodig is diep inzicht in de economische verhoudingen en vermogen tot zelfstandige logische analyse, classificatie en beoordeeling van concrete verschijnselen en hij is blijkbaar van meening — niet ten onrechte — dat de opleiding van belastingambtenaren, -consulenten en -rechters voor zulk een economische ontleding niet geheel voldoende is.

Bij *goede* uitvoering in die richting echter meent hij, dat èn de fiscus èn de belastingplichtige beide op het best worden gediend.

Beide — wie achter de schermen der aanslagregeling keek, is zoo licht geneigd te meenen, dat het alleen de *fiscus* is wier positie versterking behoeft. Doch al behoeft hij dramatische klanken over de gebreken der belastingprocedure in verschillende geschriften, ook in den laatsten tijd, geuit, niet geheel au sérieux te nemen — het feit dat de *Nederlandsch-Indische* Richtige heffingswet, Stbl. 1928, no. 187, juist is geboren ter bescherming van belastingplichtigen tegen gedragingen van de overheid (bedoeld zijn blijkbaar in hoofdzaak plaatselijke organen), die volgens het tijdschrift *Chung Hwa Hui*, December 1932, „door letterlijke toepassing der fiscale wetten, „belastingen heft en invordert in strijd met den geest en de „bedoeling der wet” zal voor ieder voldoende spreken; naar *beide* kanten is hulp noodig.

Het onderwerp is niet nieuw. Sinds het wetsontwerp Richtige heffing ter tafel kwam is het in allerlei vorm naar voren gebracht (1).

Doch het heeft tal van kanten.

Gaat het hier inderdaad om een economische beschouwing — zoo ziet de Duitse Reichsabgabenordnung voornamelijk het probleem — of ligt de kern van het vraagstuk bij de juridische leer en bij de methode van wetsuitlegging?

(1) Men zie LÉON's Rechtspraak III, 7, waar een volledige literaturopgave, ook van artikelen, die over een hiermee samenhangend onderwerp handelen, te vinden is.

De inleider plaatst het economische sterk op den voorgrond, doch bij de door hem gegeven *toelichting* en voorbeelden, twijfelt men of het niet vaak een moderner, althans vrijer, wijze van wetsuitlegging is, die wenschelijk wordt geacht.

Op welke wijze wil hij de wet toegepast zien? Allereerst (pag. 19) moet men trachten naar terugvinden van de economische beweegreden uit het stelsel der wet en uit toelichting en discussies bij het tot stand brengen ervan. Ten aanzien van nieuwe, *na* dat tot stand brengen opgekomen, verschijnselen moet men niet te eng te werk gaan bij het opsporen van die beweegredenen. Voorbeelden, bewoordingen e. d. kunnen hier nimmer limitatief worden opgevat. Zij dienen slechts, om den wil des wetgevers duidelijk te maken en die blijft, zoolang de wet geldend blijft, ongewijzigd.

Ik ben er niet zeker van, dat het hier om *economische* dingen gaat. Wij zitten hier reeds midden in de methode van wetsuitlegging, en dan rijst de vraag, of men daarbij niet veel *verder* moet gaan. Blijft de wil van den wetgever inderdaad ongewijzigd? Moeten we dit als juist aannemen, dan komen we tot *wetsspraak* en niet tot *rechtsspraak*. Die „toelichting en discussie” zeggen ook na een aantal jaren heel weinig. Men neme maar eens de Kamer-discussies op over een heel oude, nog geldende wet, (b.v. het B. W.) waarmee men gewoon is aan de hand van de heerschende jurisprudentie te werken. Slechts *zelden* zal men er iets in ontmoeten dat tot u spreekt, waaraan men houvast heeft, maar *zeker* zal men constateeren, dat een en ander in feite door latere jurisprudentie zijn kracht geheel of grootendeels heeft verloren. (Vgl. ook ASSER-SCHOLTEN, *Inl.* p. 76: „Een rechtsregel heeft niet een vaststaande beteekenis voor altijd” enz.). Doch in het debat gaat ook de inleider verder.

Op p. 44 heet het: „Het is ook geenszins noodig, om de wet „te veranderen. Als Dr. SMEETS toegeeft enz. . . ., dan moet „ook hij zoeken naar een toepassing van dat stelsel — zonder „het op zij te zetten — zoodanig, dat die onbillijkheden worden „vermeden”.

En op p. 42: „Dat ik de wet niet lees als een precies voor- „schrift om toe te passen door de belastingadministratie maar, „zooals ook langzamerhand in verschillende andere sferen „van het recht, dat men de wet anders gaat lezen dan men „haar vroeger gelezen heeft”. Is nu dit alles een kwestie van vorm of wezen, van economische verhoudingen?

SEGEERS dacht daaraan zeker niet, toen hij in *Themis* 1925, nos. 1 en 2, in uitvoeriger betoog concludeerde: „. . . . Met „dat stelsel in art. 239 A.W. niet in strijd, mits het slechts „wordt geïnterpreteerd gelijk hierboven geschiedt. Die inter- „pretatie laat de tekst toe: *at que ergo*.” Ik zie hier in hoofd-

zaak den wensch naar een vollediger breken met legisme, in volle mate rekening houden met goede trouw, billijkheid en verkeerseisch. Niet dat daarbij niet als van zelf het economische in het geding komt, en dit ook overigens niet mee zou moeten spreken. Doch — VAN DEN DRIES heeft het in zijn Praeadvies 1921 — men zie uitvoeriger mijn Wet Richtige heffing — LÉON's *Rechtspraak* III, 7, p. 32 — reeds doen uitkomen: de economische verhoudingen zijn op zich zelf vrij vaag (wat is b.v. een economische eigenaar?), zij eischen de omlijsting van den juridischen vorm.

Ik heb het steeds betreurd, dat de Wet op de Richtige Heffing ten slotte de schrale figuur is geworden die zij thans is, maar het Duitsche recht leert, dat de *ruimere* redactie evenmin ideaal is.

Maar toch is het aan den anderen kant wel typeerend, dat het juist de *niet-economisch* georiënteerde juristen zijn geweest, die zich zoo sterk hebben verzet tegen de oorspronkelijke figuur der Richtige-heffingwet. De vrijere wetstoepassing brengt, mag men aannemen, onwillekeurig mee, dat men meer rekening houdt met economische verhoudingen, maar de rechtszekerheid wordt er allicht niet grooter op.

En ook de *administratie* zou haar taak eenheid in de wets-uitvoering te brengen, mogelijk niet meer zoo goed kunnen vervullen. In eerste instantie zou immers „ieder belasting-„ambtenaar de vrijheid krijgen naar den geest of de be-„doeling buiten de wet om te zoeken en te handelen; de be-„lasting wordt dan niet meer opgelegd krachtens de ordon-„nantie maar krachtens zijn subjectieve inzichten, omtrent „geest en bedoeling der wet”. Chung Hwa Hui, Orgaan der Ned.-Indische Chineezzen, December 1932.

POLAK vreest een groote diversiteit van opvattingen niet, want, daarop komt ten slotte zijn betoog neer, de hoogste rechter maakt dit alles aan het eind weer in orde. Naar mijn meening brengt hij dit *niet* in orde, niet omdat hij het niet zou kunnen — de Rechtspraak van den Hoogen Raad is juist een bewijs, welke fijne resultaten bereikt kunnen worden door de wet te doen „leven” — maar omdat hij òf het werk niet zou òf kunnen, indien allen met hun bezwaren tot hem kwamen, òf omdat hij ze niet alle zou *hooren* — omdat de weg naar Den Haag velen te lang is of onbekend. Dat neme men echter voor lief; wat 't zwaarst is, moet 't zwaarst wegen!

— Een ander punt, dat te ver op den achtergrond blijft in rede en debatten — al werd het door Mr. HARTOGH en den inleider zelf even aangeroerd — is, dat *niet elke belastingwet dezelfde eischen* stelt, dat voor sommige belastingwetten zelfs een economische beschouwingswijze funest zou zijn.

Wat is heffing naar wezen, naar economischen grondslag van belastingen op zegel en registratie, welke niet alleen geen economische doeleinden schijnen te hebben, doch veelal met de beginselen der economie overhoop liggen?

Wat bij de *invoerrechten*, waarbij in het Tarief van 1924 (waarvan dat van 1934 slechts een verbeterde editie is) de doelstelling is: door juiste, preciese uitvoerige omschrijving der posten geschillen, die bij de vroegere anders opgezette wet van 1862 zoo veelvuldig voorkwamen, te voorkomen en rechtszekerheid te bevorderen? Bij zulk een wet komt men met de „bedoeling” — als ik het dan zoo maar eens zeggen mag, al is over dit woord juist de grootste strijd gestreden bij de behandeling der R. H.-wet — in rechtstreeksch conflict, wanneer men die „preciese” omschrijving toch weer wil gaan analyseeren of vrij hanteeren en op haar economische werking wil toetsen.

Het gaat hier niet om *de* belastingwetten, het gaat alleen om *sommige*, het gaat *speciaal* om *de inkomstenbelasting, de vermogensbelasting en de dividend- en tantièmebelasting* — waarbij in verband met het huidige stelsel dier wetten de *registratiebelasting* ook nog een rol speelt. Ik hoop dat de commissie ad hoc uit de Vereeniging voor Belastingwetenschap onder voorzitterschap van Mr. NYPELS op deze zaken spoedig haar licht zal laten schijnen, doch naar mijne meening staat wel vast, dat de oplossing niet alleen of niet geheel kan komen van uitvoering der huidige wetten in de gedachte richting.

Voor wie het nog niet weten mocht, zij medegedeeld, dat niettegenstaande den nood der tijden, nog allerlei inkomsten en vermogen in belangrijke bedragen aan privé-personen — die den weg kennen — ten goede komt zonder dat er belasting van wordt betaald. Ik behoef hier de deels nog onschuldige voorbeelden, door inleider en debaters genoemd, niet te herhalen — in LÉON III, 7, p. 39 kan men er meer vinden, die reeds zijn geketst, — en het ligt zeker niet op mijn weg eenige der andere te noemen, die telkens opnieuw in het brein van een of ander belastingplichtige of consulent ontstaan, maar waarheid is, dat de geprangde schatkist nog steeds noodeloos schade lijdt.

En zoo ziet men in fiscale kringen verlangend uit, naar de totstandkoming van het nog steeds hangende Wetsontwerp op de Besloten Vennootschappen, al kan dit slechts ten deele baat brengen, doch verwacht men — ook onder hen die er vroeger afkeerig van waren — *meer*, van de vervanging van de *geheele* Div.- en Tant.belasting door een *winstbelasting*. 15 Jaren geleden heeft TREUB, in een redevoering voor de Vereeniging van Inspecteurs der directe belastingen de Div.- en Tant.belasting verdedigd met een betoog, dat in slotcon-

clusie hierop neerkomt: Wat geeft het, of een N. V. niet uitkeert al maakt ze winst: want als die winst weer verdwijnt, vóór ze wordt uitgekeerd, dan komt ze de fiscus niet toe, *blijft* ze echter, dan komt toch ééns het moment van uitkeeren, want ten slotte zal toch een privé persoon van de opgepotte winst het voordeel willen hebben. De ervaring der laatste jaren heeft echter geleerd, dat het daarom niet gaat. POLAK zegt op p. 43: „Ik wil slechts de draagkracht opsporen, zooals „de wetgever die wil treffen en t. a. v. de reserveeringen in „de N. V. is de Wet op de Div.- en Tant.belasting ondubbel- „zinnig duidelijk. Ik voel dus geen neiging om die wet op zij „te zetten.” Dit moge zoo zijn, doch daarmee is de vraag zelf niet opgelost. En nu telkens weer plannen of pogingen om te komen tot een Besloten N. V.-wet, d. i. een *partieele* winstbelasting dreigen te mislukken (2), geloof ik, dat de *eenige* uitkomst is, de Wet Div.- en Tant.bel *geheel in te trekken en te vervangen door een winstbelasting*. Het is de kunst van overhevelen op allerlei wijze van de opgepotte winst, die ten slotte den fiscus naakt heenzendt en den derde doet lachen en nòch de keurige Rechtspraak van den Hoogen Raad, nòch de wet richtige heffing in den huidige vorm kunnen dit euvel op voldoende wijze stuiten. (Anders implicite POLAK op p. 11).

Men heeft ook gewaarschuwd tegen een winstbelasting door te wijzen op de Oorlogswinstbelasting en alle moeilijkheden van afschrijving e. d. daarbij ondervonden. Men bedenke echter dat de Oorlogswinstbelasting zelf een echt *oorlogs*-product was en het „normaal accres” één der groote moeilijkheden, dat de bedrijfshuishoudkunde zelve toen nog in haar windselen lag en dat het belastingvak thans aanmerkelijk beter is geoutilleerd dan toen. Door een ruimere redactie van de Wet Richtige heffing, haar werkingssfeer uitgebreid tot meer belastingwetten, haar *uitvoering* liefst opgedragen aan den *Hoogen Raad*, zou daarnaast op meer bevredigende wijze aan primaire eischen van belastingheffing aan eene waarbij het *wezen* praevaleert, kunnen worden voldaan.

In Rede en Debat bleef b.v. de naam *Omzetbelasting*, die toen ook nog slechts enkele maanden in werking was, ongenoemd. Toch was toen reeds om toepassing van de R. H.-wet op die wet in de literatuur gevraagd. Op deze wet is zeker niet van toepassing wat POLAK op p. 48 zegt: „een „belastingwet daarentegen steunt op de langzamerhand ge- „vestigde volksvertuiging, welke in een bepaald stelsel in „die wet is neergelegd en uitgewerkt. Hier is een stelsel, een

(2) Min. Oup, Hand. 10 Nov. 1934, p. 286: „Deze zaak maakt op „het oogenblik voorwerp van een nader onderzoek uit”. Dit onderzoek loopt blijkbaar nog steeds!

„grondgedachte kennelijk aanwezig, vandaar dat de bepalingen juist niet casuïstisch van aard mogen zijn”.

Met het laatste kan men het ook hier eens zijn, met het eerste zeker niet. Een volksovertuiging was er t. a. v. de Omzetbelasting niet; vrijwel à l'improviste, als laatste kans, is zij ingevoerd. Ik geloof niet dat zij zoo slecht werkt ten slotte. Maar ook hier is men druk bezig de mazen van 't net te ontdekken. En men mag het, bij het ontstaan van al meer misbruik, betreuren, dat de parlementaire molen zóó langzaam maalt dat, door gemis aan tijdige voorziening, zooveel geld, tegen de bedoeling van den wetgever, aan de schatkist blijft voorbijgaan.

Ook daarom is het gewenscht, dat meer op wezen dan op vorm worde gelet, desnoods ten koste van eenige rechtszekerheid. Doch — ook de inleider spreekt op verschillende plaatsen zijn ingenomenheid uit met de rechtspraak der laatste jaren — geen beter waarborg voor een uitbouw van de belastingwet-uitvoering naar het *Wezen* dan door het brengen van alle belastinguitspraken in hoogste ressort bij den *Hoogen Raad*, en door het versterken van de bezetting der Raden van Beroep met juristen, knappe juristen, die voelen, waar het om gaat. Wie niet, hetzij in de rechterlijke macht, hetzij in de advocatuur, hetzij op andere wijze, met juridische twistgedingen heeft kennis gemaakt, en zoo met tal van sociale en anti-sociale verschijnselen in aanmerking is gekomen en daarop heeft weten te reageeren — hoe technisch hij ook een speciale branche moge kunnen beschouwen — zal ook *economisch* niet juist beslissen. Er zijn bovendien Raden, die om wel te verstane redenen, in een twijfelachtige zaak steeds feitelijke uitspraken geven, maar er zijn ook *Rechtbanken* die hetzelfde doen. Dies zou men moeten zoeken naar leden voor de Raden van Beroep, die het spel minnen om het spel en een beter woord van den Hoogen Raad zonder jalousie de *métier* kunnen toejuichen, en althans niet uit vrees voor een *mogelijk* casseeren, de gelegenheid tot cassatie gaan coupeeren. Dit formalisme is het pijnlijkst van al.

Wanneer een moderne Pilatus echter de vraag stelt, „vorm of wezen”, zal geen wilde volkskreet om Bar-abbas roepen, maar het komt in concreto op die andere Pilatus-vraag aan: Wat is waarheid, hoe benaderen we het wezen het beste?

Mij wil het voorkomen, dat de dreiging tegen de thans meest door den vorm belaagde punten zal wijken bij invoering van een Winstbelasting op de Vennootschap, bij vollediger toepassing en een breeder redactie van de Wet Richtige heffing en een zoo deugdelijk mogelijke regeling der Rechtspraak in belastingzaken, opgedragen aan helder in het Wezen der zaak ziende, ook economisch voelende, juristen.

Het Nederlandsch Belastingrecht onder Hoofdleiding van Prof. Mr. J. Ph. SUYLING.

No. 5a. *De Registratiewet 1917. Supplement* op de 3de druk, door Mr. H. F. R. DUBOIS. — N. V. Uitg.-Mij W. E. J. Tjeenk Willink, Zwolle; ing. f 1.

Door de wetten van 7 Augustus 1933, Stbl. no. 432, en van 27 Juli 1934, Stbl. no. 448, zijn in de Registratiewet 1917 belangrijke aanvullingen en wijzigingen aangebracht, waarvan een toelichting wenschelijk werd geoordeeld.

Het supplement geeft dus niet een aanvulling van verschillende afzonderlijk aangewezen bladzijden van den derden druk, doch bevat een systematische behandeling van de beide evengenoemde wetten.

Tevens zijn in dit supplement opgenomen de wijzigingen, welke de Wet op de belasting van de Doode Hand 1934 in de Registratiewet heeft gebracht.

Het supplement is op dezelfde, verdienstelijke, wijze bewerkt als het boek zelf.

VAN DER POEL

Inleiding tot de kennis van de wetten op de Inkomsten-, Vermogens- en Dividend- en Tantièmebelasting (in het bijzonder ten behoeve van het notarieel examen) met volledige wetteksts. Tweede herziene druk, door A. J. VAN SOEST, Inspecteur der registratie en domeinen aan het Departement van Financiën en Candidaat-notaris. — S. Gouda Quint, Arnhem, 1935; ingenaaid f 8; geb. f 9; met register 280 blz.

De eerste druk van dit boek dankte zijn oorsprong aan het K. B. van 15 Augustus 1929, Stbl. no. 420, gebaseerd op de wet van 18 Mei 1929, Stbl. no. 256, het vorderen van de candidaten voor het notarieel examen van kennis van de beginselen der wetten op de vermogensbelasting, de inkomstenbelasting en de dividend- en tantiëmebelasting.

Zooals de examencommissie voor 1929 in haar brief d.d. 30 December 1929 (W. P. N. R. no. 3135) aan den Minister van

Justitie mededeelde, moest worden aangenomen, dat de bestaande goede handboeken over deze wetten te omvangrijk waren om door de adspiranten in hun geheel te worden bestudeerd.

Om in die leemte te voorzien werd dit boek geschreven. Het verschijnen van een tweede druk daarvan bewijst dat het inderdaad in de door alle schrijvers voor hun werk gehoopte behoefte heeft voorzien.

In den tweede druk, die in opzet geheel aan den eersten gelijk is, is met over den eersten gemaakte opmerkingen rekening gehouden. Met een korte bespreking kan thans worden volstaan.

Zij kan vermelden, dat het boek (niet alleen) doch in elk geval *spectiaal* voor het aangewezen doel aan alle eischen beantwoordt.

Het is beknopt, helder en op den man af, geeft niets overbodigs, maar vermijdt principieele vragen niet, zoodat de lezer telkens duidelijk beseft waar het om *gaat* in een bepaald *artikel* en hoe de verschillende artikelen en de verschillende wetten zich onderling verhouden, doch daalt niet af in onnoodige theorie. De meest gezaghebbende leer wordt steeds — soms onder weergave van de tegenovergestelde en de conclusie van eigen meening — vermeld, doch veelheid van verwijzingen naar allerlei literatuur vermeden. In casuïstiek treedt het werk bijna niet, behalve voor dividend- en tantiëmebelasting, waar de aard van die wet het meebrengt. Voor zoover echter naar jurisprudentie wordt verwezen, had het m. i. de voorkeur verdiend, die ook met data en vindplaatsen weer te geven. Bij artikelen die i. c. geen commentaar behoeven, schroomt de schrijver niet, die *zonder* commentaar af te drukken.

De plaats van bespreking (op art. 19 Ink.Bel.) van de Richtige heffingswet schijnt minder juist gekozen, terwijl schrijver's meening, dat een uitvoeriger beschouwing dan in de weinige woorden die er daar aan zijn gewijd, hier niet op haar plaats zou zijn, voor bestrijding vatbaar is. Door die wet *afzonderlijk* te vermelden, zou den kandidaten een duidelijker beeld van de beteekenis en draagwijdte (zij geldt o. a. ook de Vermogensbelasting) zijn bijgebracht.

Op een Schönheitsfehler in den titel (wettekst) mag wel worden gewezen.

Ook van den tweede druk zal, zoolang het werk niet herdrukt wordt, telken jare in de maand Augustus een aanvulling worden uitgegeven.

J. H. BEEKHUIS, *Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hare organen voor onrechtmatige daden*.
Proefschrift Leiden. — Nijhoff, Den Haag, 1934.

Mr. BEEKHUIS heeft verdienstelijk werk verricht door enkele vragen te bespreken, welke sinds eenige recente arresten van den H. R. omtrent de aansprakelijkheid van organen van rechtspersonen voor hunne onrechtmatige daden op den theoretische behandeling wachtten.

Deze vragen zijn voornamelijk: wanneer is het orgaan zelf ook aansprakelijk, of liever — aangezien die aansprakelijkheid blijkt de regel te zijn — wanneer gaat het orgaan vrij uit? en in nauw verband daarmede: hoe staat het met regres over en waar tusschen de rechtspersoon en haar organen?

Dat de schrijver ook de Fransche opvattingen beschrijft is almede zeer loffelijk: rechtsvergelijking is zeker te veel verwaarloosd voor rechtshistorie; het kan bij vraagstukken, welke hier eerst aan de orde komen, doch elders, in landen van gelijke en gelijkgerichte beschaving, reeds zijn opgelost, geen kwaad eens na te gaan, wat men in den vreemde heeft geschreven, beslist en verordonneerd.

De uitslag van zijn beschouwingen over ons recht is, dat de aansprakelijkheid der organen bestaat tenzij:

de overtreden norm zich, in abstracto of in concreto, alleen tot de rechtspersoon richt;

bij het gehandeld hebbend orgaan schuld ontbrak;

het orgaan handelde op bevel van een hooger orgaan — voor zoover het mocht vertrouwen dat daarmede, populair gezegd, „de zaak in orde” was.

Deze korte samenvattingen laten den talrijken moeilijkheden, welke elk voor zich in zich bergt, niet voldoende recht wedervaren. De lezer van Mr. BEEKHUIS' dissertatie zal in het betrokken hoofdstuk heel wat onderwerpen — rechts- en feitelijke dwaling, invloed van waarschuwing, collegiaal besluit, om slechts eenige te noemen — kort maar helder behandeld vinden.

Uiteraard kan ik mij niet op alle punten met Mr. BEEKHUIS' uiteenzetting vereenigen. Een enkele dier kwesties moge ik, om het groote belang, aanstippen.

De schrijver bespreekt uitvoerig de arresten van 1927 (i. z. Kretschmar) en 1933 (over houtvester en faillissementscurator). T. a. v. het laatste constateert hij een afwijking der formuleering van het arrest i. z. Kretschmar ca. de directeuren en commissarissen der Amsterdamsche Handelsbank: was eerst als criterium aangenomen, of de behandeling ook voor het orgaan persoonlijk een onrechtmatige daad vormde, in 1933 was de vraag, of de curator privé schuld had.

Het eerstgenoemde betreft volgens Mr. BEEKHUIS de vraag, of de overtreden norm zich richt tot de rechtspersoon alleen, of ook tot de organen. Hij wijdt daaraan interessante beschouwingen; toch gevoel ik tusschen de bedoelde beslissingen slechts een verschil in formuleering. Wie een verplichting, welke alleen op een ander drukt, schendt, kan bezwaarlijk privé schuld hebben. Schuld onderstelt immers een anders handelen dan behoort, derhalve het schenden van een verplichting (opgelegd door wet of fatsoen).

Mr. BEEKHUIS wijst hierop zelf, in een noot, waarin hij alleen VAN OVEN, W. P. N. R. 3278, vermeldt als verkondiger van de leer, dat de begrippen onrechtmatig en schuld synoniem zijn.

De voormelde arresten schijnen mij een bevestiging van die synonymiteit (1).

Een volgend hoofdstuk bespreekt de aansprakelijkheid van organen in Frankrijk. Dit heeft voor ons recht niet veel beteekenis, omdat vooreerst de ambtenaren in een geheel aparte positie verkeerden, anderzijds de organen van private rechtspersonen aansprakelijk worden gesteld in een zeer ruim geredigeerd wetsartikel. De schrijver behandelt, wat de laatste betreft, één der vragen welke ook bij ons een rol spelen (invloed van bevel van superieur), doch overigens schijnt weinig belangrijks te vertellen. Wat over de ambtenaren wordt vermeld, is zeer belangwekkend en geeft een goed blijk van schrijver's bekwaamheid.

Hoewel echter de aansprakelijkheid der organen privé de helft van het geschrift beslaat, beschouwt blijkbaar — en zoowel naar belang als logisch terecht — Mr. BEEKHUIS de aansprakelijkheid van de rechtspersoon *zelve* als het voorname — wat ook typografisch in den titel tot uitdrukking is gekomen.

In deze materie kan van een tot dusverre bestaand tekort aan theoretische behandeling niet worden gesproken. Toch is hier zeker nog plaats voor nadere beschouwing.

In dit deel echter kan ik tot mijn spijt den zeker talentvollen schrijver in geene deele volgen; ja zelfs meen ik, tegen zijn betoog als symptoom van een bepaalde denkrichting ernstige bedenkingen te moeten opperen.

Mr. BEEKHUIS immers begint met vast te stellen dat hij zich zal stellen om de basis van het positieve recht, daar de taak der juridische constructie alleen bestaat in het ordenen en

(1) Mr. BEEKHUIS schijnt in het curator-geval krachtens zijn interpretatie van het arrest van 1927 noch den boedel, noch den curator aansprakelijk te achten. Hier (p. 64—65) moet de tekst echter onjuist zijn afgedrukt.

systematiseeren van de verschijnselen daarvan. Inductief is zijn werkwijze — wijsgeerige beschouwing wijst hij af.

Zelfs meent hij „ten zeerste” te moeten betwijfelen, of de *rechtswetenschap* wel zeer gebaat zou zijn (sic) zoo hij een constructie zocht, waarin de oplossingen van alle praktische vragen, die zich in verband met de rechtspersoon voordoen, het best ondergebracht zouden kunnen worden (p. 3).

Ik geloof gaarne, dat dit den schrijver niet licht zou zijn gevallen — en geef hem het volste recht, eenig onderdeel van die vragen te kiezen.

Maar het is te betreuren, zoo men iemand van Mr. BEEKHUIS' qualiteit de universitaire studie ziet afsluiten met een juist bij een pas afgestudeerde wonderlijke verachting voor datgene, wat het onderwerp zijner studig eerst tot wetenschap maakt, het zoeken van samenhang en logischen opbouw.

De schrijver dan neemt, a priori, aan dat de vragen welke hij zal beantwoorden weinig hebben uit te staan met de theoretische constructie van het begrip rechtspersoon (p. 4). Of men, zoo zegt hij, de handelende natuurlijke personen beschouwt als organen, dan wel als vertegenwoordigers komt vrijwel op hetzelfde neer. Zooals men ziet: de opvatting van MELJERS, W. P. N. R. 3285/87, echter zonder diens wijze restrictie, dat de nutteleloosheid der theorie slechts geldt voor de toepassing, nu, van het huidige recht, en dat voor het ius constituendum ook de theoretische beschouwing van groot belang is — gelijk men, zoo verzucht MELJERS, tegenwoordig wel eens al te veel uit het oog verliest (2).

Mr. BEEKHUIS maakt later weer heel wat goed: hij ontkent

(2) Prof. TELDERS, die in W. P. N. R. 3405 Mr. VAN NISPEN TOT SEVENAER kapittelt, en wil verbieden dat iemand over het onderwerp „rechtspersoonlijkheid” schrijft, die den aanhef van MELJERS' artikel in W. P. N. R. 3285 niet heeft ter harte genomen, vergeet zelf met de in den tekst bedoelde slotopmerking rekening te houden.

En wat helpt het of een aanhanger der fictieleer decreteert: „het geheel begrip rechtspersoonlijkheid is „wezenlijk” *niets* anders dan een term waarmede wij te kennen geven dat bepaalde rechtsregelen op een bepaalde wijze toegepast mogen worden”? Denkt men werkelijk daarmede iemand te overtuigen? Prof. TELDERS schrijft voorts, dat de wetgever met één artikeltje den faillieten boedel, volgens Mr. VAN NISPEN zeker geen rechtspersoon, tot rechtspersoon kan maken. (Mr. J. A. L. M. LOEFF meent dat dit nu reeds het geval is). Maar de wetgever kan ook, door één alinea aan B. W. 1401 toe te voegen, TELDERS' belangentheorie wegvagen. Acht hij daarom die theorie onbelangrijk? Een wets-artikel kan immers steeds heele bibliotheken tot „Makulatur” maken — de vraag is echter maar, of dat artikel aangenomen behoort te worden. Vrijwel alle theorie, die waarlijk iets verklaart, houdt een uitspraak in over ius (non) constituendum.

immers wel het profijt der orgaantheorie — doch meent dat zij „in hooge mate bevruchtend heeft gewerkt op het ontstaan van nieuwe rechtsregels” (p. 52). Op het oogenblik is er echter, meent hij, voor verder theoretiseeren geen grond meer, wij hebben alleen naar de praktijk te zien.

Primo: hoe weet Mr. BEEKHUIS dat? Heeft hij een audiëntie gehad met THEMIS? (ik bedoel niet U, zeer geachte Redactie van dit blad). Waarom zou een nieuwe theorie niet thans weer „volledige bevrediging kunnen schenken”? Ik ken — naar ik vrees — die theorie niet, doch Mr. B. wil zelfs niet zoeken. Dat hij zich zelf niet uitverkoren acht, is een kwestie van zelfkennis; maar om principieel de waarde van den arbeid, welken anderen aan het hoogere doel besteden, te ontkennen is een verkeerde geestesgesteldheid.

Maar de schrijver had, reeds voor hij dit schreef, geheel gecapituleerd: op p. 50 lees ik „wij kunnen dus de orgaanleer in ons recht niet missen” — omdat niet alle vertegenwoordigers ondergeschikten zijn (3). Twee regels verder is de schrijver weer bezeten door zijn afkeer voor die leer: de orgaanleer geeft tot groote bezwaren aanleiding” doordat zij ons dwingt een scheiding te maken tusschen organen en ondergeschikten”. Terwijl n.b. het in feite bestaan van niet-ondergeschikte organen tot het aanhouden der orgaanleer leidde!

Een tweede verschil, in ons positieve recht aan te wijzen tusschen orgaan en ondergeschikte, heeft Mr. BEEKHUIS niet vermeld, hoewel het m. i. belangrijker is, en over de geheele linie geldt: ook de ondergeschikte directeur eener naamlooze vennootschap verbindt de vennootschap niet steeds krachtens art. 1403, 3^o. — waarop ik, op het voetspoor van MICHOT, in W. P. N. R. 3201 heb gewezen, en MELJERS in W. P. N. R. 3285, noot 12 —: voor *organen* is de rechtspersoon slechts aansprakelijk wanneer zij in hun hoedanigheid handelen, binnen den kring hunner bevoegdheid, voor den *ondergeschikte* voor al hetgeen hij verricht in de werkzaamheden, waartoe zij hem gebruikt; het laatste is ruimer. Reeds op dien grond is het nuttig tusschen organen en ondergeschikten onderscheid te maken (4).

(3) Hetgeen MELJERS over het hoofd schijnt te zien. Hoe deze de aansprakelijkheid voor onbezoldigde bestuurders eener vereniging, of zelfs van de ledenvergadering, wil construeeren, blijkt niet.

(4) Zie zeer juist PLANCK ad § 26 B. G. B.: krachtens wetsvoorschrift wordt het bestuur der naamlooze vennootschap in Duitschland beschouwd als wettelijk vertegenwoordiger; dit prejudicieert niet op de vraag of niet daarnaast dit bestuur als orgaan is te beschouwen. Die vraag zou PLANCK met het oog o. a. op § 31 B. G. B. bevestigend willen beantwoorden.

Een derde verschil — ook overgenomen van MELJERS t. a. p. — is wel besproken: de mogelijkheid, contractueel de aansprakelijkheid ex art. 1403, 3^o, uit te sluiten bestaat niet voor organen. Het is zeer kwestieus, of men mag aannemen dat die bevoegdheid onbreekt t. a. v. „algemeene vertegenwoordigers” van privé personen. MELJERS, die dit bepleit — en ook hierin door Mr. BEEKHUIS wordt gevolgd — heeft alleen het oog op ondergeschikten — waartoe alle contractueele algemeene vertegenwoordigers van een privé persoon behooren, doch niet b.v. voogden, curatoren.

En nu spreek ik nog niet van het theoretische verschil, waarop ik in W. P. N. R. 3200 de aandacht vestigde: de wettelijke vertegenwoordiger geeft *zelf* aan de doelstelling van den vertegenwoordigde inhoud, volgt zijn *eigen* wil; daarentegen behoort het vertegenwoordigen der rechtspersoon en het bepalen van haar wil geenszins altijd tot de taak van dezelfde organen.

Welk bezwaar is er toch, het woord orgaan te handhaven? Men bindt zich dan nog heel niet aan een of andere theorie. Heeft niet SANNES de orgaanleer voor alle theorieën passend bevonden, waarbij SCHELTMA zich voor kort — de Naamlooze Vennootschap, Juli 1934, p. 102/103 — heeft aangesloten? Het Leidsche verzet daartegen is niet wel te begrijpen.

Bovendien: bij de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daden is er thans positief recht, waarbij het betrekkelijk onverschillig is, welke theorie men aanvaardt; maar morgen kan een andere vraag rijzen (b.v. of een groote N.V. valt onder het begrip „groep der bevolking”, waarover men uitlatingen in beleedigenden vorm kan doen!), en dan kan men niet positief recht gaan beschrijven, maar moet een antwoord geven op grond van aanwezige opvatting. Die kan men niet uit het luchtledige halen — noch kon de advocaat ins Blaue hinein adviseeren, wien men lang geleden over de zaak DRUYVESTEN om raad kwam vragen: uit het *stelsel* der rechtspraak moet de constructie van de rechtspersoon, in zoo’n geval worden afgeleid.

Wanneer thans uit de jurisprudentie zou blijken, dat de bestuursleden als vertegenwoordigers zijn te beschouwen, zou ik met deze constructie zeker vrede hebben. Maar vooreerst stelt nu eenmaal ons positieve recht iemand niet aansprakelijk voor onrechtmatige daden van zijn vertegenwoordiger. Wanneer BEEKHUIS (p. 48) meent dat, evenals de directeur niet steeds persoonlijk naast zijn vennootschap aansprakelijk is, evenzoo t. a. v. den vertegenwoordiger, voor wien de principaal ex 1403^o opkomt, een uitzondering op den eisch van eigen aansprakelijkheid noodzakelijk is, dan ver-

laat hij het zelfgekozen gebied van, inductief, opsporen van regels.

En hoe weinig positief recht wordt beschreven zelfs door wie anderen het verwaarloozen daarvan verwijten, blijkt merkwaardiglijk terstond daarna: Mr. BEEKHUIS acht (p. 49) evenals de rechtspersoon, de vertegenwoordigde in sommige gevallen aansprakelijk voor onrechtmatige daden van algemeene vertegenwoordigers als voogden, curatoren e. d.; hij meent „dat men het bestaan van een dergelijken regel in ons recht niet geheel kan ontkennen”. Daarbij vermeldt hij, dat MEIJERS er anders over denkt; inderdaad is deze van oordeel dat *juist* bij voogden en curatoren die aansprakelijkheid van den vertegenwoordigde niet zal bestaan, omdat men de vertegenwoordigde niet de dupe kan laten worden van den hem ambtshalve toegewezen vertegenwoordiger. MEIJERS heeft B. W. 461 op zijn hand — Mr. BEEKHUIS echter den faillissementscurator, die vaker den boedel bindt dan zichzelve. Maar Mr. BEEKHUIS zou dezen nu juist weer den boedel *niet* willen laten binden, juist met het dupe-argument, dat MEIJERS generaliseert — zulks tegen het geldende recht in.

Hier is het toch wel duidelijk dat deze schrijver construeert hoe, naar zijn opinie, de rechtspraak *behoort* te zijn, niet volstaat met beschrijven.

Ik wil niet met deze kritiek eindigen. Want ik wil vooral niet den indruk vestigen, dat Mr. BEEKHUIS een minder geslaagde dissertatie heeft geschreven.

Integendeel, ik stel er prijs op met nadruk te verklaren, dat ook de beschouwingen over de aansprakelijkheid der rechtspersonen zelve ex 1401 en 1403³ B. W. zeer lezenswaardig zijn, en de schrijver ook hier in heldere taal en logischen gedachtengang de onderscheiden problemen uiteenzet en aaneenrijgt.

B.v. vindt men in het begin van het derde hoofdstuk een duidelijke samenvatting van hetgeen over de ratio van B. W. 1403³ te doen is geweest. Mr. BEEKHUIS had hier ook wel de artikelen van Mr. EYSEL in Themis 1896—1897 mogen vermelden.

En zoo is ook aan het begrip „handelen in qualiteit en binnen den formeelen kring zijner bevoegdheid” een aantal belangwekkende bladzijden (21—30) gewijd. Op dit punt acht ik schrijvers meening, dat de rechtspersoon niet aansprakelijk is voor onrechtmatige daden harer bestuurderen, zoo deze daarbij volkomen buiten het doel der rechtspersoon treden, minst genomen dubieus (5). En zeker is er geen reden,

(5) Als bij ROZENDAAL, prf. p. 33. Anders MEIJERS, Aansprakelijkheid en Décharge van Directeuren van Naamlooze Vennootschappen.

die aansprakelijkheid te doen herleven, wanneer de opdracht tot de onrechtmatige daad van de ledenvergadering uitging. Dat is een MOLENGRAAFFSche gedachte; doch Mr. BEEKHUIS is geen aanhanger van diens leer, en moest de ledenvergadering beschouwen als een orgaan als elk ander.

Zoo ware hier en daar nog wel een afwijkende meening tegenover die van Mr. BEEKHUIS te stellen; maar dit doet aan de waarde van zijn geschrift geen afbreuk.

Ik hoop nog vaak publicaties van zijn hand te zullen ontmoeten, waarbij de rechtswetenschap — inderdaad! — gebaat zal zijn. Zijn afkeer van de theorie zal hij, naar ik vertrouw, wel overwinnen.

A. WOLFSBERGEN

Dr. L. C. HOFMANN, *Het Nederlandsch Zakenrecht*, 1933; en *Het Nederlandsch Verbintenissenrecht*, eerste deel, derde druk, 1933.

Bij zijne bespreking van den eersten druk van HOFMANN's Verbintenissenrecht heeft Prof. HOETINK in het Indisch Tijdschrift voor het Recht, 1931, p. 395, reeds gewag gemaakt van zeer veel bekends, dat degeen, die bij MELJERS indertijd vlijtig de collegebanken heeft gesleten, uit het boek van Dr. HOFMANN zou vernemen. En Mr. EGGENS schrijft in W. P. N. R. 3217 over het Zakenrecht zelfs: „Voor wie MELJERS' colleges niet gevolgd heeft, is het niet uit te maken, hoeveel in dit werk aan dezen ontleend is. Het maakt echter den indruk, dat dit ook in dit werk niet weinig is”. Eene zoo ernstige beschuldiging van plagiaat is bij mijn weten sinds het afschaffen der verplichte promotie op proefschrift over een rechtskundig werk in Nederland niet geuit, doch thans is inderdaad allereerst de vraag te beantwoorden of datgene, wat als HOFMANN's Erzählungen wordt aangediend, eigenlijk Im Schatten des Titanen behoort te heeten.

Als stuk van vergelijking kan ik slechts beschikken over het door mij zelf op de colleges van 1918/1920 geschreven dictaat, waarin het grootste deel der algemeene verbintenissenleer behandeld is. Daarbij is de overeenstemming met het boek van HOFMANN zeer opvallend: de theorie van overmacht, de behandeling van art. 1285 bij art. 1340, de bespreking van art. 1383 in verband met art. 1275, de wilsovereen-

stemming, de dwaling, de onbestaanbaarheid van overeenkomsten zonder oorzaak: bij al deze onderwerpen is het dictaat van MELJERS duidelijk bij HOFMANN terug te vinden. Van de belangrijke vraagstukken van verbintenissenrecht vond ik slechts ten aanzien van het bindend aanbod eene van het dictaat afwijkende meening, die echter — zooals HOFMANN uitdrukkelijk vermeldt — op een tijdschriftartikel van MELJERS berust. Blijkbaar is MELJERS zelf van meening veranderd.

Deze punten van overeenstemming zijn naar mijne meening te veel in aantal en de gelijkheid in de wijze van behandelen is tot in bijzonderheden te groot om aan te kunnen nemen dat tusschen de colleges van MELJERS en het werk van HOFMANN geen verband bestaat. Nu wil ik daar den schrijver niet hard over vallen. Indien ik zou worden veroordeeld tot het schrijven van een handboek over het burgerlijk recht, dan zou ik mij ongetwijfeld aan mijn college-dictaten als aan een stroohalm vastklampen en dan zou daarvan ongetwijfeld het een en ander in mijn werk terug te vinden zijn. Ik zou mij echter tot de door mij zelf op college gemaakte dictaten moeten beperken, en daarbij, althans in het algemeen, de bron moeten noemen. De grief, die men tegen HOFMANN kan hebben — aangenomen dat ik terecht verband tusschen college en boek vaststelde — is dan ook deze, dat hij naar zijn eigen verklaring het college van MELJERS nooit heeft bezocht.

Ten aanzien van het Zakenrecht moet ik mij op dit punt van ieder oordeel onthouden, omdat ik daarbij geen vergelijkingsmateriaal heb. Toch kan ik ook bij het zakenrecht den indruk van tweeslachtigheid niet van mij af zetten, alsof de stof in het algemeen den schrijver niet heeft geïnspireerd, doch bepaalde punten door hem zijn uitgekozen voor eene dieper gaande behandeling, die dan plotseling hoog boven het overige uitsteekt.

Het is in de gegeven omstandigheden moeilijk, de waarde van deze boeken te bepalen. In ieder geval bevatten zij een over het algemeen duidelijken, volledigen en niet verouderden commentaar op een belangrijk deel van ons recht, die ons doet betreuen dat de vereerende benoeming, die den schrijver onlangs ten deel viel, wel tot gevolg zal hebben dat de zoo welkome behandeling der bijzondere overeenkomsten ons weer ontgaat. De in den tekst verdedigde meening is doorgaans de gangbare; op het bestaan van afwijkende opvattingen wordt voldoende gewezen. Alleen zij de lezer voorzichtig met de geciteerde rechtspraak. Het kan zijn dat ik het ongelukkig trof, maar ik vond een paar bepaald onjuiste citaten; ik vermeld die hieronder. Ook taalkundig is het werk niet

vlekkeloos. Ik werd tenminste onaangenaam getroffen door de gedachte dat een volkomen titel voor de „werkzaamheid” der levering noodzakelijk is, terwijl bij gebreke daarvan, de vervreemder van het „grondstuk” in geval van faillissement van den verkrijger als „separatist” is te beschouwen (zakenrecht p. 168, 14 en 169).

Het Zakenrecht bevat vermoedelijk de onderwerpen die den schrijver het meeste ter harte gaan. Met name is aan de artt. 2014 en 667 eene uitmuntende behandeling ten deel gevallen. Voortreffelijk is bijvoorbeeld de wijze waarop uiteengezet wordt wat onder causale en abstracte levering moet worden verstaan; daarna wordt het belang van de vraag uiteengezet en eerst daarna, dus eerst wanneer de lezer precies weet welk twistpunt behandeld zal worden en vooral waarom het zoo belangrijk is, komt de zeer grondige beantwoording van de vraag. Daarbij steekt bijvoorbeeld de inleiding wel sterk af. De uiteenzetting van zakelijke rechten is zeer weinig sprekend; men vergelijke haar met die bij PLANIOL, *Traité élémentaire*, of met die bij PLANIOL-RIPERT. Voorts laat HOFMANN volkomen na, uiteen te zetten welk belang dit alles heeft, hetgeen toch in een handboek voor studeerenden een eerste eisch was. Ook stuitte ik hier op een volkomen onbegrijpelijk citaat, namelijk het op p. 6 genoemde arrest H. R. 28 December 1906, W. 8477. Genoemd arrest is gewezen in een geschil betreffende een schadestaat en heeft m. i. met zakelijke rechten niets te maken. Wel staat op p. 3 van dat zelfde weekblad een boekbespreking waar de constructie van openbare weg als zakelijk recht van allen besproken wordt. Het is mogelijk dat met het citaat deze bespreking is bedoeld, maar dan ligt het vermoeden voor de hand dat HOFMANN noch het arrest, noch de bespreking gelezen heeft.

De opzet van het Verbintenissenrecht is, evenals die van het Zakenrecht, eene bespreking van de wet in volgorde der artikelen. Het ware beter geweest indien HOFMANN hier het college van MELJERS, tenminste zooals het destijds gegeven werd, had gevolgd. MELJERS begon met de bespreking van de vele algemeene leerstukken, die in de wet weinig tot hun recht komen. Bij de behandeling door HOFMANN echter, die in eene inleiding wel eenige begrippen schetst, maar dan direct tot behandeling der wetsartikelen overgaat, komen de algemeene leerstukken in het gedrang. De *mora creditoris* bijvoorbeeld wordt eerst bij art. 1440 behandeld en daardoor wordt de principiele betekenis van dit vraagstuk den lezer niet voldoende duidelijk gemaakt.

Weinig gelukkig is ook de bespreking van de artikelen 1302

en 1303. MELJERS behandelde deze artikelen destijds aan de hand van een gedrukt schema, dat de stof onder een twaalf-tal letters onderbracht, van welke letters enkele weer een onderverdeling in cijfers bevatten. Bijvoorbeeld „B. Voorwaarden voor de toepasselijkheid van het artikel 1302”, was in vijf onderdeelen gesplitst. HOFMANN echter begint wel met de vereischten voorop te stellen, ook door cijfers onderscheiden, maar de rest van het schema van MELJERS is bij HOFMANN niet te vinden, en het blijkt dat hij onder die „vereischten” alle vragen behandelt die zich bij art. 1302 voordoen. Het gevolg is dat de meeste vraagstukken niet duidelijk naar voren komen en dat het heel moeilijk is, in deze stof den weg te vinden en vooral iets op te zoeken. Zoo had bij de behandeling van de gevolgen van toepassing van het artikel de leer van den Hoogen Raad dat de wanpraestatie en niet de rechter ontbindt, vooropgesteld moeten worden. Dit leerstuk wordt echter behandeld op p. 99 onder de voorwaarden voor de bestaanbaarheid eener actie krachtens art. 1302! Gemist wordt eene bespreking van de beteekenis van dit leerstuk voor de vraag van de terugwerkende kracht der ontbinding. Deze laatste is bij art. 1301 behandeld; op zichzelf is dat juist, maar het verband is geheel verloren gegaan. Bepaald bezwaar heb ik tegen de uiteenzettingen over de mogelijkheid van uitsluiting der terugwerkende kracht door partijen. Op p. 105 deelt HOFMANN mede dat de Hooge Raad de leer heeft verkondigd dat partijen de terugwerkende kracht kunnen uitsluiten en dat de bedoeling daartoe ook uit den aard der overeenkomst kan worden afgeleid. Hij stelt daartegenover de meening van SCHOLTEN en EGGENS, dat bij sommige overeenkomsten als regel is aan te nemen dat de ontbinding niet terugwerkt, zoodat juist de bedoeling, dat zij wel terugwerkt, moet blijken. Het is al vreemd genoeg dat deze belangrijke vraag niet direct in de behandeling van de terugwerkende kracht of van art. 1302 verwerkt is, doch er los bij hangt. Nog vreemder is het echter, aan het slot der uiteenzetting te lezen: „De H. R. heeft overigens (!) bij arrest van 3 April 1930 beslist in den zin als door SCHOLTEN en EGGENS bedoeld”. Was dit juist, dan had HOFMANN zeker zijne bespreking geheel om behooren te werken en dit arrest de plaats moeten geven die het toe zou komen. Het is echter niet juist. Bij genoemd arrest wordt over de door HOFMANN bedoelde vraag niets beslist: de Hooge Raad stelt alleen vast dat het Hof iets beslist heeft en dat daartegen in cassatie niet is opgekomen. De daarbij in het arrest gebezigde woordkeus doet wel eenigszins aan de meening van SCHOLTEN en EGGENS denken, maar dat is toch nog wel iets anders dan een terugkomen

op drie of vier arresten van drie jaar tevoren, zooals HOFMANN het voorstelt.

Art. 1303 wordt in den tekst slechts terloops, op p. 104, genoemd, terwijl men dan uit de slotalinea van deze vijfde afdeeling maar moet opmaken dat de beantwoording der verder bij art. 1303 rijzende vragen bij de bespreking van art. 1282 is te zoeken. Die behandeling zelve is ook niet overduidelijk. HOFMANN zegt niet (waar hij mee had moeten beginnen) dat de schade bij het niet doorgaan van koop en verkoop principieel bestaat uit het verschil tusschen den overeengekomen prijs en de waarde ten tijde der wanpraestatie, en dat die waarde bij sommige goederen blijkt uit de marktwaarde, doch bij andere uit andere gegevens moet worden opgemaakt. In plaats daarvan geeft HOFMANN aan hoe in verschillende gevallen de schade berekend moet worden, waarbij hij zelfs de goederen met en zonder marktwaarde niet principieel scheidt. Noch de grondslag voor de in rekening te brengen schade, noch die voor de vaststelling der bedragen wordt den lezer duidelijk gemaakt.

Naast eene dergelijke niet zeer geslaagde uiteenzetting vindt de lezer ook in het Verbintenissenrecht zeer goede stukken, zooals dat over de onrechtmatige daad.

Mijne conclusie moet dus luiden dat het werk van HOFMANN gemengde gevoelens opwekt, maar dat het in ieder geval, mits met critiek en contrôle gelezen, voor de practijk zeer bruikbaar is door zijn volledigheid en nieuwhed.

Utrecht, Februari 1935

T. J. DORHOUT MEES

J. N. ELENBAAS, *Handboek voor de beoefening van het Nederlandsche Administratieve Recht*, Deel II. De Wetgeving betreffende het onderwijs, bewerkt door J. C. LIGTVOET. — N. Samsom N. V., Alphen aan den Rijn, 1934.

ELENBAAS' Handboek voor de beoefening van het Nederlandsche Administratieve Recht, waarin van de Gemeentewet reeds een vijfde druk verscheen, werd het vorige jaar uitgebreid met enkele nieuwe deeltjes, waaronder het bovenvermelde. Een diepgaande en volledige uiteenzetting omtrent onze onderwijswetgeving en haar toepassing beoogt dit ongeveer 160 pagina's tellende boekje, dat in het bijzonder bestemd is als handleiding voor hen, die zich in de gemeente-administratie wenschen te bekwamen, niet te geven. De zeer

deskundige schrijver, tot voor kort chef van de afdeeling Lager Onderwijs F. bij het Departement van Onderwijs, Kunsten en Wetenschappen, heeft zich zoowel met betrekking tot den omvang der stof als ten aanzien van de wijze van behandeling beperking opgelegd. Tamelijk uitvoerig worden besproken de beginselen van de Lager-onderwijswet 1920 en de Leerplichtwet. Daarbij wordt ook uit de administratieve jurisprudentie het gewichtigste medegedeeld. De voornaamste bepalingen van de hoogeronderwijswet, de middelbaar-onderwijswet en de Nijverheidsonderwijswet worden op summier wijze aangestipt. Aan de behandeling der vijf wetten heeft de schrijver terecht een algemeene inleiding doen voorafgaan.

Ondanks den geringen omvang van het werk en het feit, dat de auteur weerstand heeft weten te bieden aan de verleiding al te veel bijzonderheden uit het zeker rijke arsenaal zijner ambtelijke ervaring te putten, is hij er in geslaagd een duidelijk en ook niet te beknopt overzicht van het ingewikkelde stuk bestuursrecht samen te stellen. De lectuur laat bij den ter zake niet bijzonder geschoolden lezer, dien de afschrikwekkende veelheid der bestaande onderwijsvoorschriften wellicht van een systematische bestudeering daarvan heeft weerhouden, den indruk na, dat de zaak toch betrekkelijk eenvoudig is. Dit is ongetwijfeld de verdienste van den heer LIGTVOER en een bewijs, dat hij de kunst verstaat om door uitstippeling van de groote lijnen het beeld te verhelderen.

Ook voor juristen, die te dezen aan oriëntatie en aan een gemakkelijke inleiding tot de Nederlandsche onderwijswetgeving behoefte hebben, kan het boekje, al wil het niet voor hen geschreven zijn, nut hebben.

MR. P. MEYJES

INHOUD VAN BINNEN- EN BUITENLANDSCHE RECHTSGELEERDE TIJDSCHRIFTEN

Nederlandsch Juristenblad, 10e jaargang, no. 11. — GOEDHUIS, Aansprakelijkheid voor luchtvaart-schade (I); no. 12. — v. OVEN, Het „Hypotheekcommissiebesluit”. — GOEDHUIS, Aansprakelijkheid voor luchtvaart-schade (II, slot); no. 13. — VON SCHMID, Een eeuw staatsrecht (I); no. 14. — VON SCHMID, Een eeuw staatsrecht (II, slot); no. 15. — KLEENE, Het strafrecht van den Codex Iuris Canonici (I); no. 16. — KLEENE, Het strafrecht van den Codex Iuris Canonici (II, slot); no. 17. — KIEWIET DE JONG, Het nieuwe binnenvaartrecht (I). — MES, Het recht van reclame en de jongste wijziging; no. 18. — LANGEMEIJER, Het bezuinigings-ontwerp. — KIEWIET DE JONG, Het nieuwe binnenvaartrecht (II, slot); no. 19. — TELDERS, Het geval Berthold-Jakob. — SALOMON, Eenige vragen van Internationaal Verbintenissenrecht enz.; no. 20. — LANGEMEIJER, De rechterlijke macht tegenover gevaarlijke verkeersovertreddingen; no. 21. — ZAALJER, Bezuiniging op exploiten? — v. NISPEN TOT SEVENAER, Het wijsgeerig element in het Thomisme; no. 22. — v. OVEN, Giften van hand tot hand (I); no. 23, no. 24. — v. OVEN, Faillissementskosten. — WOLFSBERGEN, De „duidelijke” woorden van Sr. 451 *ter*.

Weekblad van het Recht, jaargang 1935, no. 12898. — VERZIJL, Schoolstrijd in Albanië; no. 12901. — v. BRAKEL, De terugwerkende kracht van de vervulling der opschortende voorwaarde; no. 12902. — v. BRAKEL, Art. 1301 B. W. en de zakelijke werking der ontbindende voorwaarde; no. 12906. — v. BEMMELEN, De vereeniging voor strafrecht-spraak; no. 12909. — VERZIJL, De Constitutie van de Philip-pijnen en de arbitrale uitspraak betreffende het eiland Miangas; no. 12911. — v. BEMMELEN, Castratie en Sterilisatie; no. 12915. — POLAK, Judicial Government; no. 12917. — RÖLING, Beschouwingen over de Crisis-wetgeving.

Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-amt en Registratie, jaargang 65, no. 3403. — EGGENS, Drie-partijen-ruil (I). — SCHOLTEN, Aansprakelijkheid voor gemeenschapsschulden. —

BODEWES, Moeten de „lopende termijnen van huren, renten enz.” voor de belasting van de doode hand worden opgegeven?; no. 3404. — EGGENS, Drie-partijen-ruil (II, slot). — ADRIANI, Registratierecht op een akte van afgifte-legaat. — OOMENS, Verzoeken tot aanteekening en het ambtszegel; no. 3405. — v. D. STEEN, Het notariaat in Sovjet-Rusland (I). — ADRIANI, Schatting van aandeelen in huizenmaatschappijen. — KUYK, Een vreemde gedachtengang en een nieuw recht. — BODEWES, Moeten de „lopende termijnen van huren, renten enz.” voor de belasting van de doode hand worden opgegeven? — DULFJES, Nog eens aansprakelijkheid voor gemeenschapsschulden; no. 3406. — WESTERLING, De maatregelen tot het voorkomen van niet-noodzakelijke executies van landelijken eigendom; no. 3407. — v. D. STEEN, Het notariaat in Sovjet-Rusland (II). — v. MOURIK, Surséance van betaling en het dwangakkoord. — WESTERLING, De maatregelen tot het voorkomen van niet-noodzakelijke executies van landelijken eigendom. — DE LANGE, Hypotheekbesluit en verhuurd land?; no. 3408. — v. D. STEEN, Het notariaat in Sovjet-Rusland (III). — v. D. VELDE, Is de derden-bevoordeelde last slechts pseudo-erfrechtelijk?; no. 3409. — v. D. STEEN, Het notariaat in Sovjet-Rusland (IV); no. 3410. — v. D. STEEN, Het notariaat in Sovjet-Rusland (V); no. 3411. — v. D. STEEN, Het notariaat in Sovjet-Rusland (VI, slot). — JALINK, Goudclausules. — CATZ, Afwikkeling van notarieele aangelegenheden in Duitschland; no. 3412. — ADRIANI, De gezamenlijke rekening; no. 3413. — DULFJES, Art. 1372 B. W.; no. 3414. — EMMEN RIEDEL, Invloed van burgerlijk recht op de personele belasting, i. h. b. van gemeubeld verhuurde perceelen (I); no. 3415. — EMMEN RIEDEL, Invloed van burgerlijk recht op de personele belasting, i. h. b. van gemeubeld verhuurde perceelen (II, slot); no. 3416. — v. OVEN, Huwelijksvoorwaarden, houdende uitsluiting van elke huwelijksgemeenschap van goederen. — ADRIANI, De slikgelden en de belastingheffing.

Indisch Tijdschrift van het Recht, deel 141, afl. 1. — SCHEPPER, Een pleidooi tot herziening van het toelatingsvoorschrift voor predikers van den Christelijken godsdienst (art. 177 I. S.) en zijn toepassing (met 3 bijlagen: vonnissen Groote Rapat Taroetoeng van 31 Juli; 2 October en 6 October 1933). — WIJERS, Nieuw burgerlijk procesrecht I. De waarheidsplicht (slot). — KOLLEWIJN, Echtscheiding van Duitsers in Nederlands-Indië en in Nederland (met 1 bijlage).

Afl. 2. — KAMPHUISEN, Het magie-begrip in het adatrecht, (naar aanleiding van N. W. Lesquillier, Het adatdelictenrecht in de magische wereldbeschouwing, proefschrift

Leiden 1934). — KNOTTENBELT, Eenige opmerkingen over overdracht van grond naar adatrecht.

Afl. 3. — WERTHEIM, Eggens' nieuwe kijk op het burgerlijk geding (naar aanleiding van: Land-Eggens, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, zesde deel, Bewijsrecht). — STAR NAUTA CARSTEN, Verlofsrecht en arbeidscontract. — DE FLINES, Caveant consules! (Het op Chineezen-vreemdelingen toe te passen recht; met naschrift en opmerking Kolléwijn). — SINNINGHE DAMSTÉ, Belegging van gelden door den provisioneel bewindvoerder.

Afl. 4. — HOETINK, Het standpunt van de rechter. — LEMAIRE, Een opmerking betreffende de woonervenordonnantie. — URSONE, De aanvaarding onder het voorrecht van boedelbeschrijving en het verhaalsrecht van de crediteuren der nalatenschap.

Deutsche Juristen-Zeitung, Jhrg. 40, Heft 6. — SAUER, Vom Aufbau der Reichsjustizverwaltung. — HAMEL, Die Polizei im nationalsozialistischen Staat. — VON LEERS, Die neue polnische Verfassung. — THIEME, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte. — SPERL, Das neueste österreichische Eherecht. — GARBE, Verletzung der Wahrheitspflicht im Zivilprozesz- und Vollstreckungsschutz. — BAUER, Die „qualifizierte“ Schriftform des § 1027 Z. P. O. gilt für den Schiedsvertrag im Gesellschaftsvertrag der durch Kap. G. Umwandlungsbeschluss gegründeten o. H. G. nicht. — HILDENBRAND, Ist bei Kraftfahrzeugübertretungen § 36 R. St. VO oder § 21 K F G als Strafbestimmung anzuwenden? — DOSE, Kann der Betriebsinhaber während des landwirtschaftlichen Entschuldungsverfahrens Betriebsgrundstücke veräußern?

Jhrg. 40, Heft 7. — ROGGE, Wehrmacht, Frieden und Völkerrecht. — Zur Wiederherstellung der deutschen Wehrhoheit am 16. März 1935. — BLEY, Die neue Vergleichsordnung. — WESTERMAN, Zur Verwirkung im Arbeitsrecht. — ELLERINGMANN, Die preussische Amtsordnung v. 8. Okt. 1934. — LANGE, Der Verfall des Persönlichkeitsgedankens an der deutschen Hochschule. — TÖWE, Der Reichsstaatsanwalt. — KLÜBER, Die Neuordnung des Devisenrechts. — ULE, Kann der Anspruch des Jagdgenossen auf den Anteil an den Einnahmen der Jagdgenossenschaft vor den ordentlichen Gerichten verfolgt werden? — RUMPF, Mechanisches Scheidungsrecht. — GRUND, Kann der Schuldner den vor dem 1. Nov. 1934 zurückgewiesenen Vollstreckungsschutzantrag auf Grund der Aenderung des § 18 der V. v. 26. Mai 1933 wiederholen?

Jhrg. 40, Heft 8. — CRAEMER, Juristische Vorwände und politische Hintergründe der litauischen Gewaltherrschaft. —

MÜGEL, Die Goldklausel-Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten. — Süsz. Kann das in Unkenntnis der Aufrechnungsmöglichkeit Gezahlte zurückgefordert werden? — ROEBER, Zur Filmrechtsreform. — FORTLAGE, Tatbestand der Volltrunkenheit nach § 330 a. St. G.B. — ARMSTROFF, Anwaltszuziehung auch vor den Amtsgerichten. — v. VELSEN, Entschuldungsplan und Grundbuch. — CRISOLLI, Die Umwandlung bei Vorhandensein eines Hauptgesellschafters.

Jhrg. 40, Heft 9. — KROHN, Die Entwicklung der neuen sozialen Selbstverwaltung. — v. FREYTAGH-LORINGHOVEN, Die Entschlieszung von Genf. — HENKEL, Die Gestalt des künftigen Strafverfahrens. — GIESEKE, Das Anfechtungsrecht des Aktionärs. — BOGS, Neue Wege in der Rechtsprechung des Reichsversicherungsamts. — WIERS, Kann der Gläubiger neben dem bestätigten Vergleich unter den Voraussetzungen des § 9 Vergl. O. seine Forderung selbstständig einklagen? — HAGEMANN, Ergänzung der Erbhöfe, wenn der Erbhof auf eine verheiratete Tochter übergeht. — SCHMIDT, Ist eine entgegen § 2214 B. G. B. vorgenommene Pfändung eines Nachlassgegenstandes nichtig?

Jhrg. 40, Heft 10. — FREISLER, Einiges vom werdenden deutschen Blutbanngericht. — BLEY, Aufassungsvormerkung auf Grund eines bindenden Verkaufsangebots. — ARNOLD, Beweiserhebung und Parteivernehmung vor den Kollegialgerichten im Zivilprozeß. — STEFFENS, Die deutschen Gemeinden im bürgerlichrechtlichen Verkehr. — CLAREN, Kommendes Anwaltsschutzgesetz? — SCHAFFSTEIN, Kriminologie und politische Strafrechtswissenschaft. — BESECKE, Wie erfolgt die Berichtigung des Standesrichters, wenn festgestellt wird, daß ein als ehelich eingetragenes Kind unehelich ist? — KÜPER, Ist in einem Offenbarungseidverfahren, das von einem Ausländer betrieben wird, die Vorlegung der Devisengenehmigung erforderlich?

Jhrg. 40, Heft 11. — FREISLER, Einiges vom werdenden deutschen Blutbanngericht (Schluß). — KISCH, Der soziale Gehalt des Patentrechts. — WEBER, Eigentum und öffentliche Verwaltung im neuen Reich. — SCHEUNER, Die Neugestaltung des Vereins- und Verbandsrechts. — MÜTHLING, Die Wertzuwachssteuerverpflichtung des Grundstückserwerbers. — DÜMCKE, Die Berufungsbegründung nach der Zivilprozeßnovelle von 1933. — VON LEPEL, Der Erbhof im Schuldenregelungsverfahren. — SCHMIDT, Die Ausübung des Gnadenrechts in den zur Zuständigkeit der Gerichte gehörenden Sachen.

Jhrg. 40, Heft 12. — SUBERT, Das Wesen der Rechtsfähigkeit privatrechtlicher Personenverbände. — HOFÄCKER, Die sub-

jektiven öffentlichen Rechte. — HENKEL, Die Gestalt des künftigen Strafverfahrens. — MERKEL, Die Marktordnung des Reichsnährstandes. — ERDSIEK, Das uneheliche Kind in englischen Recht. — WAGNER, Zur Entstehung und Bedeutung des Begriffs „Staatsbürger“. — WEIMAR, Steht der Einziehung einer Geldbusse durch Abzug vom Arbeitslohn das Aufrechnungsverbot des § 394 B. G. B. entgegen? — FROMM, Zur Frage der Wirksamkeit satzungsmäßiger Schiedsklauseln.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Band 101, Heft 3. — GIERKE, Die neue rechtswissenschaftliche Studienordnung in Deutschland. — PROBST, Mehrfacher, gleichstufiger mittelbarer Besitz und gutgläubiger Eigentumserwerb nach § 934 B. G. B.

Zeitschrift für öffentliches Recht, Band 14, Heft 2. — KÖSTLER, Max Hussarek †. — DARMSTAEDTER, Die Rechtsphilosophie Karl Chr. Fr. Krauses und die Gegenwartsprobleme der Rechtsphilosophie. — SPANNER, Der österreichische Bundesgerichtshof. — HERZ, Beiträge zum Problem der Identität des Staates. — MÉTALL, Die achte Jahresversammlung des Institut International de Droit Public.

Revue critique de Législation et de Jurisprudence, 75e année, no. 1. — DURAND, Les Biens. — RODIÈRE, La couverture dans les opérations de bourse. — KAYSER, Les syndicats de Blocage de Titre au porteur. — WEENS, Questions de responsabilité soulevées à propos d'un incendie de forêt causé par un aliéné. — SOUTY, Le „néo-régionaliste“ de 1926 et de 1930.

Revue trimestrielle de Droit civil, 34e année, no. 1. — WEGNY, Responsabilité contractuelle et force majeure.

Revue de Droit pénal et de Criminologie, 15e année, no. 2. — PASCU, Le droit et la procédure policière. — DE GREEFF, La psychologie de l'assassinat (à suivre); no. 3. — DE GREEFF, La psychologie de l'assassinat (suite). — HUYBRECHTS, Les vols d'eau, de gaz et d'électricité; no. 4. — DE GREEFF, La psychologie de l'assassinat (fin); no. 5. — JONESCU-DOLJ, Le projet de code pénal roumain. Quelques traits caractéristiques; les principes directeurs dans les grands problèmes criminelles. — DE LAET, L'identification par empreintes dentaires. Un cas démonstratif.

Yale Law Journal, March 1935, no. 5. — ARNOLD, Apologia for Jurisprudence. — SIMPSON, Legislative Changes in the Law of Equitable conversion by contract, II. — ENO, Price movement and unstated objections to defective performance of sales contracts.

April 1935, no. 6. — FOSTER, Conflicting Ideals for reorganization. — SCHNEBLY, Restraints upon the Alienation of legal interests, I. — PAVENSTEDT, German rearmament and United States treaty rights.

Rivista internazionale di Filosofia del Diritto, Anno XV, fascicolo II. — PASTORE, L'acrisia di Kant e le sue attinenze nel neo kantismo della Filosofia del diritto. — MICHELS, Il problema dei rapporti tra economia e religione nella luce sociologico-giuridica. — SOLARI, La vita e l'opera scientifica di Francesco Ruffini. — PERTICONE, Regime politico e ordine giuridico, II.

Fascicolo III. — DJUVARA, Relativita e diritto. — BAUFFI, Saggio sul diritto e sullo Stato. — PERTICONE, Regime politico e ordine giuridico, III. — ESPOSITO, La conoscenza della legge nel diritto e nella morale.

THEMIS

XCVIste DEEL — VIERDE STUK

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

Gemeenschapsrecht of de verrassende opgang van nieuwe rechtsbeschouwingen

Het gezegde, dat we aan een keerpunt staan in de rechtsopvattingen, is allerm minst nieuw. De vraag naar den grondslag van het recht houdt, als sinds honderden van jaren niet meer het geval was, de geesten voortdurend bezig. Nieuwe denkbeelden hebben zich baan gebroken, vooral in Frankrijk. Geleerden van grooten naam hebben met verrassende eenstemmigheid gansch nieuwe inzichten verdedigd, die ook voor ons, en voor de praktijk van het rechtsleven, belangwekkend zijn. Om enkele namen van Professore n te noemen: M. HAURIOU, G. RENARD, F. R. GENY, J. DÉLOS, G. MORIN, L. LE FUR, G. GURVITCH en P. CUCHE (1).

(1) MAURICE HAURIOU, „La théorie de l'institution et de la fondation”. Quatrième cahier de la nouvelle journée.

G. RENARD, „La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique”. Sirey 1930. 1er volume. Zonder nader aanduiding slaat een aanhaling van RENARD op dit werk.

RENARD, „Le Droit international, la Société des Nations et les Traités de la Paix”. Spes 1930.

J. DÉLOS, „La Société internationale et les Principes du droit public”. Pedou 1929.

LE FUR, „La theorie du Droit naturel depuis de dixhuitième Siècle et la Doctrine moderne”. Extrait du Recueil des Cours de l'Académie de droit international établie avec le concours de la dotation Carnegie pour la paix internationale. Hachette 1928.

GENY, „Science et technique en droit privé”.

GURVITCH, „l'Idée du Droit social. Notion et Système du Droit social. Histoire doctrinale depuis le XVIIIe siècle à la fin du

Het is slechts de vraag, of dit nieuwe beter is dan het oude, of het keerpunt, waarop wij heeten te staan, ons nader tot de gerechtigheid, de verwezenlijking der rechtsidee, brengt. De nieuwe denkbeelden hebben in het bijzonder betrekking op twee gedachten, die van het sociale recht en die der z.g. „institution”, de maatschappelijke groepeerings. Van de laatste getuigde Prof. DÉLOS, „La théorie de l'institution a conquis droit de cité en philosophie de droit. On peut en discuter la valeur; on ne peut plus la négliger. De trop grands noms lui sont attachés; elle a exercé une emprise trop forte sur ceux même, qui sans l'ériger en système sont en sympathie intellectuelle avec elle et subissent son influence” (2). En van de „droit social” merkt BONNECASSE op (3), „C'est là une conception, qui ne rencontre plus que de rares opposants”.

Het boek van GURVITCH over „L'idée du droit social” heeft naast bewondering voor de ontzagwekkende, op knappe wijze verwerkte, materie, groote instemming gevonden. Men zegt 't hem — en PETRASIZKY, wiens denkbeelden paralel loopen — na: er bestaat een „droit social”, niet alleen een „droit individuel”. Het recht krijgt zijn inhoud niet naar den individueelen wil, doch naar de sociale functie van deszelfs drager.

Het is interessant, hoe beide beschouwingswijzen, die van de

XIXe siècle”. Zonder nadere aanduiding slaat een aanhaling van GURVITCH op dit werk.

„Le Temps présent et l'Idée du Droit Social”. Paris, Vrin, '31.

PAUL CUCHE, „La législation du Travail et les Transformations du Droit”.

L. LE FUR, „La théorie du Droit naturel depuis le 18e siècle et la doctrine moderne”.

Archives de philosophie de droit et de sociologie juridique. Recueil Sirey. Cahier double 1931, 3 en 4, waarin o. a. de volgende opstellen:

LE FUR, „Droit individuel et droit social”.

C. RADBRUCH, „Du droit individualiste et du droit social”.

J. DÉLOS, „La théorie de l'Institution”.

G. GURVITCH, „Les idées-maîtresses de MAURICE HAURIOU”.

MAURICE HAURIOU, „La théorie de l'Institution et de la Fondation”. Cahier de la nouvelle journée no. 4.

(2) „La théorie de l'Institution. La Solution réaliste du Problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif.” Archives de philosophie de droit, 1931, nos. 1 en 2.

(3) J. BONNECASSE, „Science du Droit et Romantisme”. Sirey '30.

„institution” en die van de „droit social”, ieder het probleem van het recht van anderen kant benaderen, en dat zij toch te samen in het resultaat overeenkomen. Zij hebben nog meer gemeen. De beide rechtsbeschouwingen worden gedragen door den onweerstaanbaren drang naar gerechtigheid, die in onzen tijd weer zijn hoogtij-dagen viert. Door een verlangen naar criteria, waardoor men het stellige recht naar een objectieven maatstaf vermag te beoordeelen. Zelfs zij, die bij de alleenzaligmakende gedachte van het wetsrecht zweeren, hebben hun Canossa-gang gedaan. Het positivisme bevredigt de geesten niet meer. Een verlangen naar hogere normen teneinde de gerechtigheid, over de ingewikkelde sferen van het moderne leven tot zegepraal te brengen, laat ook hen niet met rust.

LE FUR is de profeet van een nieuw, — of moet men zeggen vernieuwd? — natuurrecht. Het spreekt vanzelf, dat bij een strijd om de grondslagen van het recht, om de vraag, of naast den staat en den individueelen wil nog andere bronnen van het recht bestaan, als daar zijn „l'institution”, „le fait normatif”, ja of deze laatste zelfs niet de primaire rechtsbronnen zijn, dat daarbij het eeuwige probleem van het natuurrecht niet onberoerd kon blijven. LE FUR's college in '27 voor de „Academie de droit international” in den Haag gehouden (4) trok de aandacht. Met hem vraagt men zich af, of het niet mogelijk is de idee der gerechtigheid te verankeren in den menschelijken geest, die, dank zij zijn „sens du juste” aanvoelt, of liever inziet, wat in de verhoudingen recht en onrecht is.

Zijn „droit rationel ou objectif”, of ook wel „scientifique” heeft vanzelfsprekend met het oude, onbruikbaar gebleken natuurrecht niets te maken. LE FUR heeft de groote vergissing, waardoor het natuurrecht in discrediet was geraakt, nogmaals scherp aan de kaak gesteld. Het is werkelijk een dwaasheid te meenen, dat de beginselen van het natuurrecht en deszelfs afleidingen samen zouden kunnen vallen met den inhoud van eenig positief recht. Het was de fout van de encyclopaedisten en van de Fransche revolutie om den waan te koesteren, dat het mogelijk zou zijn een volledige code van rechtsregels voor alle gevallen op te stellen, dat in de harten

(4) „La théorie du Droit naturel depuis le 18e siècle et la doctrine morale”. Extrait du Recueil des Cours de l'Académie de droit International etc. 1 vol. Hachette '28.

der menschen het begrip der gerechtigheid zóó uitgewerkt zou zijn, dat het zonder meer voor alle voorkomende moeilijkheden de juiste en passende oplossing zou kunnen geven. Die dwaze waan werd mede oorzaak van „la révolte des faits contre le code”.

Naast LE FUR zien wij GEORGES RENARD met zijn „droit naturel à contenu progressif”. RENARD erkent met LE FUR een algemeen bovenwettelijk recht, maar natuurlijk ook een ander natuurrecht dan dat der Fransche Renaissance. Maar dat natuurrecht, dat in alle tijden zijn verdedigers heeft gevonden — ARISTOTELES, THOMAS VAN AQUINE, GROTIUS — dat houdt slechts enkele zeer algemeene beginselen in (5). Het maatschappelijk leven is wisselend en vol van zich steeds wijzigende omstandigheden. Het positieve recht kan dus nooit zonder meer een toepassing zijn van een natuurwettelijk voorschrift, maar, indien de inhoud der wet geen zuivere regel van natuurrecht is, indien nu het natuurrecht dus niet rechtstreeks, als zoodanig, de stof levert voor het positieve recht, immers slechts enkele algemeene richtsnoeren bevat, waar dan deze stof wel te vinden? Het is het trefpunt, waar positivisten, subjectivisten en objectivisten elkaar kunnen ontmoeten, maar waarover zij het met elkaar niet eens kunnen worden. Het is nu juist in de gedachten der institution, van 't droit social, dat men, zien wij goed, richtsnoeren meent te hebben gevonden voor den opbouw van het positieve recht, voor de mogelijkheid van een juister waardeering en toepassing van den rechtsregel door den rechter.

II. Wat houdt nu de leer, de „theorie de l'institution”, die immers onder de rechtsgeleerde schrijvers reeds burgerrecht heeft verkregen, in? Wat is de beroemd geworden phénomène institutionel, op welk sociaal feit is zij gebouwd?

RENARD, de verdediger bij uitstek der „institution”-gedachte, stelt vast, dat het maatschappelijk leven ons meer te zien geeft dan de werkelijkheid der individualistische rechtsbeschouwing. Dat er feiten, juridische verschijnselen zijn, soms zich voordoende als rechtssubjecten, die de theorie van de „droit individuel” volkomen heeft verwaarloosd en niet

(5) Verg. mijne beschouwing, „De strijd om en de grenzen van het Natuurrecht” in het Ned. Jur. Bl. no. 9, 1934. Ik merk uitdrukkelijk op, dat RENARD met zijn theorie van de „droit naturel à contenu progressif” meer onder het natuurrecht brengt dan verantwoord is.

de moeite waard heeft geacht te verklaren. Dat er naast de twee algemeen erkende openbaringen van 't rechtsleven, de wet en 't contract, nog een derde is, de maatschappelijke groepsvorming. „Il y a des actes juridiques fondamentaux, dont tous les autres ne sont que les satellites: la loi, le contrat, la fondation. C'est sur cette classification, que j'appuie toute ma théorie de l'acte juridique", schrijft RENARD (6). Die sociale groepeerings is steeds dan aanwezig, waar een gemeenschappelijke gedachte, een gemeene doelgedachte de menschen te samen bindt, en een nieuwe figuur, een sociale verbondenheid in het leven roept, die in het rechtsleven haar plaats inneemt tusschen het individu en den staat (7). Het is een verschijnsel, dat niet speciaal het burgerlijk recht betreft, doch dat zich ook en gelijkelijk in het publieke recht voordoet. In het privaatrecht verschijnen als zoodanig de familie en het huwelijk, en de verschillende vormen van doelorganisatie. Op het terrein van het publiekrecht, de staat, de politieke instellingen en het administratieve régime — dit geldt speciaal Frankrijk — eener gemeenschap. Op volkenrechtelijk gebied het internationale recht, dat goeddeels bepaald wordt door de verhouding tusschen de staten en dat niet louter op wederkeerige instemming berust.

Inderdaad, huwelijk en familie verdragen zich kwalijk met de individualistische rechtstheorie. Zij gaan uit boven de Kantiaansche formuleering van het recht als: „Der Inbegriff von Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen, nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann" (8).

Het zijn andere vormen van verbondenheid dan die uit het gewone civielrechtelijk contract voortvloeien. Ook naar zijn zuiver natuurlijke ordening, dus afgezien van iedere christelijke beschouwingswijze, is het huwelijk een op duurzaamheid gerichte organisatie, die wel mede, dank zij de toestemming der contracteerende partijen, is tot stand gekomen, doch die in haar bestaan als rechtsinstituut van derzelver blijvende instemming niet afhankelijk is. Naast de gemeen-

(6) „La Valeur de la Loi", p. 81—84.

(7) „De woorden société of communauté hebben bepaalde rechtskundige beteekenis gekregen. Zij zijn dus niet bruikbaar om dit verschijnsel weer te geven. Het woord „institution" heeft nog geen bepaalde kleur en geeft weer, wat de woorden société en communauté oorspronkelijk beduid hebben", — RENARD l. c. p. 96.

(8) Metaphysik der Sitten p. 34.

schap, welke de mensch uit geheel vrije keuze sticht, waar hij dus geheel meester is over de gevolgen, zijn er immers andere waarbij hij meer voorwaarde dan eigenlijke bewerker is. Dit zijn de natuurlijke gemeenschappen als huwelijk en staat. De mensch kan vrij een huwelijk aangaan, doch dit eenmaal geschied, is hij gebonden aan normen, onafhankelijk van zijn wil. In de natuur der dingen ligt een ordening, die rechten en plichten van partijen bepaalt, buiten haar individueelen wil om. Ook naar ons individualistisch burgerlijk recht dekken trouwens huwelijks toestemming en huwelijksband elkaar niet (9). De huwelijksband kan met wederzijdsch goedvinden voorloopig alleen nog maar in Rusland ontbonden worden. Ook zijn werking tegenover derden is van partijen onafhankelijk.

En de familie-verhouding wordt niet enkel bepaald door den wil der ouders. Het gezin is erop gericht het kind voort te brengen en op te voeden. Het kind is een essentieel deel van de familie-groepeering. Er bestaat tusschen ouders en kinderen een andere rechtsverhouding dan tusschen twee volledige, immers geheel van elkaar onafhankelijke, rechtssubjecten. Het is de eenheid van de familie, die de rechten en plichten der kinderen en der ouders bepaalt. Men kan dit ook aldus uitdrukken. De ouder heeft niet alleen rechten, hij heeft ook een sociale functie. Diens rechten zijn er immers terwille van anderen. Ook hier blijkt, dat het bepaalde maatschappelijk verband rechtscheppende beteekenis heeft. In het familie-verband vindt men heel duidelijk de tegenstelling tusschen „le droit social” en „le droit individuel”, tusschen het recht der eenwording, „le droit d'intégration” en het recht der samenwerking, „le droit de coördination”. Ook in de opvatting omtrent den eigendom, komt dit alles tot uitdrukking. De leer der „institution” hoort thuis in die van het „droit social”.

III. De rechtsopvattingen zijn voor een deel de weerslag der heerschende geestesstroomingen. Aldus is de individueele rechtsopvatting verklaarbaar als reactie tegen een onbeperkte oppermacht der overheid. Begrijpelijk als verzet tegen een, zich als onbeperkt-goddelijke macht voelend en optredend, staatsgezag. De rechts- en staatsleer zou voortaan op den individueelen mensch gebouwd worden, en het antwoord op

(9) Cf. RENARD, I. c. p. 127.

de vraag, waarom de wet verplichten en een onpersoonlijke macht ons binden kan, dus gegeven worden door terug te grijpen op den individueelen mensch, diens persoonlijken wil (10). Het individualisme verviel hiermede in een ander uiterste. De opvatting van den rechter als „bouche de la loi”, van de overeenkomst als uiting van 's menschen volledige zelfbepaling waren de natuurlijke consequentie, van welke opvattingen de onhoudbaarheid in onze dagen wel heel duidelijk is gebleken. De rechter is immers tot zekere hoogte rechtsschepper, gelijk de wetgever, en partijen, die een contract sluiten, vinden den inhoud door dwingende voorschriften buiten hun souverainen wil bepaald. In zijn „Beginnselen van Samenleving” heeft Prof. Mr. PAUL SCHOLTEN een boeiende schets gegeven van de beklemmende macht, waarmede het individualisme een groot deel van het denken der 19de eeuw heeft beheerscht.

Vlammend is het verzet, vooral van GURVITCH, tegen deze wijze van rechtsbeschouwing. Er gaat sinds jaren in Frankrijk en Duitschland een roep om een nieuw, een meer werkelijkheidsrecht. Een recht, dat niet los staat van de maatschappelijke verhoudingen, dat in de maatschappij is geworteld. De tegenstelling tusschen het oude en het nieuwe doet zich telkens gelden in de rechts- en staatkundige praktijk. Bij ROUSSEAU en de volgelingen der individualistische staatsopvatting is de staat geen realiteit in zich. De staat, indien hij al bestaat, is niets anders dan een geheel van wederkeerige, door de burgers vrijwillig aanvaarde, beperkingen van hun handelen. Maar deze beperking der persoonlijke vrijheid kan niet de eenige doelstelling zijn van den staat. Het is een ontkenning en tevens een ontwrichting van het maatschappelijk leven, indien men den staat zijn bestaansgrond vinden doet in het „contrat social”, en de eenige basis voor het maatschappelijk beroep, voor huwelijk en gezinsverband ziet

(10) ROUSSEAU's zonderlinge constructie, om den mensch ten allen tijde alleen zich zelf in het meerderheidsbesluit te doen gehoorzamen, is bekend: „Quand l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve pas autre chose sinon que je m'étais trompé et que ce que j'estimais être la volonté générale ne l'était pas”. — Contrat social IV cap. II —. De drogreden is wel heel duidelijk: In een gemeenschap berust het gezag bij de individuen. Hun gemeenschappelijken en individueelen wil uit zich door het meerderheidsbesluit. Dus de minderheid heeft gewild, hetgeen de meerderheid besloot.

in een contractueele wilsovereenstemming. De menschelijke wil wordt dan ook in de theorie van de „droit social” als een slechts secondaire rechtsbron naar het tweede plan verschoven.

Er bestaat een eigen recht der overheid. Er bestaat ook een eigen recht van den socialen werker, een recht, dat niet eenige wilsovereenstemming tot basis heeft, maar wel de maatschappelijke verhoudingen zelve. In het arbeidsrecht wordt niet alleen gevraagd naar het object, doch ook gezien naar het subject van den arbeid. Het arbeidscontract wordt niet louter beschouwd als het resultaat van de overeenstemming tusschen twee individueele wilsuitingen. Men ziet niet alleen naar de praestatie arbeid en de contra-praestatie loon, maar ook naar de persoonlijkheid van den arbeider, immers naar het individu, zijn verbondenheid met het sociale en economische. In de arbeidsverhouding ligt een zekere gemeenschap tusschen arbeider en patroon, welker rechten en plichten worden bepaald door haar eigen doelstelling.

Over het geheele gebied van het recht worden de rechtsverhoudingen gezien tegen haar socialen achtergrond. Niet meer de abstracte, de generieke mensch, doch de individueel bepaalde treedt naar voren (11). Dit onderscheid spreekt zoo duidelijk, indien men de „Déclarations des droits de l'homme” van de Fransche revolutie legt naast de Constitutie van Weimar, waarbij de mensch beschouwd wordt in zijn sociale verhoudingen, en de staat in zijn maatschappelijke geleidingen. Het laatste is realiteit, het eerste onwezenlijke abstractie. De mensch komt immers nergens voor. Er bestaat alleen deze en diè mensch. Indien de rechtsorde ook daadwerkelijk rechtsbescherming wil geven aan alle menschen, indien zij aan alle burgers een minimum van bescherming wil bieden voor hun geestelijk en maatschappelijk leven, dan moet de mensch doel van het recht zijn, niet alleen rechtsbepalend. MORIN typeert dan ook het wordende recht kernachtig met deze woorden: „De la cause efficiente du droit l'homme devient la cause finale”. De consequentie van eene beschouwing, die uitgaat van eene gebondenheid aan het sociaal-economische, is tenslotte de erkenning van de „insti-

(11) Dit werd onlangs boeiend uiteengezet door Prof. SINZHEIMER in zijn Amsterdamsche intreerede — „Das Problem des Menschen im Recht” — en door Mr. DE BENEDICTY in zijn beschouwing: „Revolutie van „autonome” naar „heteronome” overeenkomst”. W. P. N. R. 3379 en '80.

tution groupe", welke als zelfstandig-maatschappelijk organisme het recht van zelfbepaling heeft, een zelfbepaling, die een erkenning inhoudt van de eigen doelstelling der groep en van haar voorrang boven het individuele der contractuele gebondenheid.

Beschouwt de nieuwe rechtsleer verhoudingen naar haar maatschappelijken achtergrond, zij erkent dus evenzeer het eigen recht der maatschappelijke groepeerings, los van den wil van het individuele gemeenschapslid. Zoo ook dat der internationale statengemeenschap, welker rechten onafhankelijk van den wil der staatkundige gemeenschappen bestaan (12). Het feit der internationale verbondenheid der volkeren is een „fait normatif”.

Iedere maatschappelijke groepeerings heeft als zoodanig haar eigen recht, wat niet zeggen wil, dat het individu geen recht meer hebben zou. Dat het lid van de grootere of kleinere gemeenschap daarin opgaat. Tenslotte is iedere gemeenschap er voor haar leden. De familie is er slechts voor het individu, de gezagsuitoefening door het ouderlijk gezag is er ten bate van en begrensd door het belang van de familieleden. De synthese tusschen individueel en gemeenschapsbelang wordt gevonden in het welzijn van de maatschappelijke groep als zoodanig. Die bepaalt de rechten en verplichtingen der groepsleden. Dit strijdt allerminst met het feit, dat aan zulke groepeerings een contractuele toestemming ten grondslag ligt. De contractuele toestemming is de basis, veelal tenminste, tot een „changement d'état”. Partijen worden ingelijfd in „une totalité concrète”, aan wier bestemming en lotgevallen zij hebben deel te nemen, die zij hebben mede te leven. „La fondation doit être voulue, mais cette volition émise, la fondation échappe au fondateur. Elle vit sa propre vie: elle se développe par la vertu de ses propres vertus...” merkt RENARD op. Nemen wij het huwelijk: de toestemming tot het huwelijk is meer dan een contractuele overeenstemming tusschen twee personen. Niet alleen voor RENARD, doch ook voor GURVITCH. Deze juridische beschouwingswijze moge voor onze individualistische wijze van denken nieuw zijn, de Middeleeuwsche juristen kenden haar al. De beteekenis der

(12) „Le droit international”, zegt DÉLOS in zijn „La société internationale et les Principes de droit public”, „a un fondement objectif, il est de nature institutionnelle et non pas consensuelle et volontariste”.

wilsverklaring ten aanzien van sommige sociale, op een contract gebaseerde, groepeerings vinden wij ten aanzien van het huwelijk, reeds door THOMAS VAN AQUINO met zijn gewone scherpte weergegeven. Op de vraag, of de wilsovereenstemming de eigenlijke oorzaak van het huwelijk is, antwoordt hij: „Het huwelijk is niet de toestemming zelve, doch een eenheid van twee personen tot een en dezelfde zaak. De toestemming der vrouw geldt niet rechtstreeks den man, maar de vereeniging met den man, en omgekeerd van de zijde van den man is zij rechtstreeks gericht op vereeniging met de vrouw” (13). Het huwelijk heeft tot gevolg de stichting van een maatschappelijke organisme, bestemd een eigen leven te leiden. Het heeft tot doel het stichten van een huiselijken aard. Het verschil tusschen huwelijk en vrije samenleving teekent RENARD zoo duidelijk: „L'union libre n'est qu'une convention, le mariage est une institution” (14).

IV. Bezien wij thans de practische waarde van de hiervoor aangeduide rechtsbeschouwing. Hoe staat onze jurisprudentie ten aanzien van het „fait normatif”, ten aanzien van de „idée de l'institution” als bron van rechten en verplichtingen? Principieel staat onze jurisprudentie ongetwijfeld nog steeds op den bodem van den wil als eenige rechtsbron, van de sociale groepeerings als louter gevolg van een contractueelen wil, b.v. ten aanzien van de coöperatieve vereeniging, de naamlooze vennootschap. Practisch echter niet. Wij willen trachten dit aan te toonen. Wij zullen zien, dat volgens haar wel degelijk bij die sociale groepsvorming aanwezig is, wat RENARD noemt „l'organisation d'une idée”, „une idée détachée de la personne de celui ou de ceux, qui

(13) Summa 3a, Supp. q. 45, ad 1, ad 2 en 3. De socioloog DURKHEIM schrijft: „Du moment, où les enfants sont nés, le couple conjugal cesse alors d'être à lui-même sa propre fin, qui lui est supérieure. Cette fin, c'est la famille qu'il a fondée et dont il a désormais la responsabilité. Chaque époux est devenu fonctionnaire de la société domestique, chargé comme telle d'en assurer pour sa part le bon fonctionnement. Or, de ce devoir, ni le mari, ni la femme ne peuvent plus se libérer à leur fantaisie pour la seule raison que le mariage ne leur procure plus les satisfactions qu'ils attendraient. Ils se doivent à d'autres êtres qu'à eux-mêmes.”, geciteerd bij MOREN „La loi et le contrat”, pag. 143.

(14) L. c. pp. 310.

l'ont conçue, et intégrée dans un aménagement de voies et moyens aptes à en prolonger la réalisation et éventuellement à en perpétuer le développement".

De contractsgedachte is onmachtig om de figuur der naamloze vennootschap, der coöperatieve vereeniging etc. te verklaren. Zij is nog onmachtiger een houvast te bieden ter beoordeeling harer daden, ter beoordeeling van besluiten door de meerderheid tegenover de minderheid genomen. De contractsleer, het zuiverst uitgewerkt door ROUSSEAU in zijn „contract social" ziet in iedere gemeenschap niets anders dan een geheel van contractueele rechtsbetrekkingen. Niets anders dan individueele belangen, persoonlijke rechten, individueele wilsuitingen, geen doelgedachte. Iedere gedachte aan een zelfstandige figuur blijft verre en moet verre blijven. De wet (15) sprak dit onomwonden uit, „Il n'y a plus de corporation dans l'Etat, il n'y a plus que l'intérêt particulier de chaque individu et l'intérêt général, il n'est permis à personne d'inspirer aux citoyens un intérêt intermédiaire, de les séparer de la chose publique par un esprit de corporation". Het is echter met de contractsgedachte gegaan als met het mythologisch monster, dat zichzelf bij zijn staart verslond. De consequentie, dat ieder besluit eener corporatie, om geldig te zijn, met algeheele stemming moet zijn genomen, is onhoudbaar en leidt tot den ondergang der corporatieve verhouding. Het maakt iedere organisatie, bijv. die van den Volkenbond, onmogelijk. Men heeft en hier en in het buitenland beperking gezocht (16). Dat de minderheid volgens de contractsopvatting bij voorbaat zou hebben goedgevonden, wat de meerderheid besloot, vond hierdoor beperking, dat men een uitzondering maakte voor opzettelijke benadeeling.

Men redeneerde: de minderheid heeft de meerderheid de macht niet gegeven om haar uit te kleeden. En bij ons is de opvatting van GOUDSMIT bekend (17), „dat voor wijziging niet vatbaar zouden zijn bepalingen zonder welke een deelhebber waarschijnlijk niet zou zijn toegetreden". De constructie van ROUSSEAU wordt verlaten (18). En hiermede is duidelijk het doodvonnis uitgesproken over de contractsleer. Men zal zeg-

(15) Wet van 14 Juni 1791, loi le Chaplier.

(16) Zie ten aanzien van Frankrijk — E. GAILLARD, „La société anonyme de demain. La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme". Paris—Sirey.

(17) Themis 1878, p. 29.

(18) Verg. noot 10.

gen, het spreekt vanzelf. Net zoo min als degene, die overeenkomt zich naar het advies van een derde te richten, gebonden kan en wil worden geacht aan ieder, geheel willekeurig gegeven, advies, zoo is de minderheid nooit overeengekomen ieder willekeurig besluit der meerderheid te onderschrijven. Maar het feit, dat deze beperking alleen slaat op opzettelijke benadeeling, toont wel heel duidelijk, dat langs den weg van de bedoeling van partijen de oplossing niet is te bereiken. Bovendien, de zuivere contractsgedachte, gelijk zij bij ROUSSEAU is uitgewerkt, gaat ervan uit, dat de meerderheid niet dwalen of bedriegen kan en steeds het gevoelen der minderheid weergeeft. Men heeft het dan ook gezocht langs de heirbaan der goede trouw. De redeneering is eenvoudig: de goede trouw beheerscht de uitvoering van overeenkomsten, derhalve is zij ook van toepassing op de verhouding tusschen vennooten. Daarmede kan niet alleen het opzettelijk-kwaadwillig besluit, maar ook het objectief-onredelijk besluit geoordeeld en veroordeeld worden. Maar zelfs dit zegenrijk principie biedt evenmin voldoende criterium. Het is immers juist de vraag, wat onder benadeeling moet worden verstaan. Indien men de verschillende door de jurisprudentie berechte gevallen, waarin de minderheid eener coöperatieve vereeniging zich niet gebonden achtte aan het besluit van de meerderheid, waarbij de statutaire verplichtingen werden verzwaard, nader beschouwt, dan moet men erkennen, dat, van het standpunt der minderheid, de zaak dus subjectief bezien, de bezwaren volkomen redelijk waren. Wie op grond van een bepaalden financieelen maatstaf besloot deel te nemen, moet zich niet plotseling voor onverwachte verzwaring zijner lasten zien gebracht. Tenminste, indien men de verhouding louter als een contractueele opvat. Toch oordeelde de jurisprudentie anders. O. i. volkomen terecht. De eenig-juiste maatsaf ter beoordeeling ligt immers elders, ligt buiten het zuiver contractueele. Het is typisch, hoe reeds meer dan 100 jaar geleden de afgevaardigde TREILHARD het begrip van de goede trouw ten aanzien van de vennootschap heeft omschreven. „Le contrat”, zoo zegt hij, „de société.... doit surtout reposer sur la bonne foi: sans doute elle est nécessaire dans tous les contrats, mais elle est plus expressément encore requise dans le contrat de société; elle devrait y être excessive, s'il est permis de dire et s'il pouvait y avoir des excès dans la bonne foi”. „Il faut s'unir pour l'intérêt commun des parties qui contractent. C'est la première règle

fondamentale de toute société La bonne foi est la première base du contrat" (19).

Terecht heeft GAILLARD naar aanleiding van die woorden opgemerkt, dat daarin de kiem ligt der instellingsgedachte en inderdaad zonder deze is geen behoorlijke oplossing te vinden. Men moet een middenterm, een gemeenschappelijk moment, zoeken tusschen de wisselende belangen der verschillende leden, tusschen de eischen van wie in verdere ontwikkeling der gemeenschappelijke organisatie heil zien en degenen, die zweren bij de oorspronkelijke afspraak. En deze kan men alleen vinden, indien men ervan uitgaat, dat de samenwerking in gemeenschapsverband andere rechten en aanspraken schept dan louter contractueele, dat de band tusschen de leden een andere is dan bij het gewone wederkeerige contract. De wederkeerigheid der vereenigingsovereenkomst ligt niet in de wederzijdsche praestatie, den inbreng der oprichters, doch in de wederkeerigheid der toestemming tot het zich vereenigen. De toestemming betreft niet den medevennoot, doch het zich *vereenigen* met den vennoot, gelijk de huwelijks toestemming niet alleen de wederpartij, doch het zich vereenigen met den man of de vrouw raakt (20).

De jurisprudentie ten aanzien van de al of niet geldigheid van statutenwijziging eener coöperatieve vereeniging, door den H. R. in bekende arresten (21) gesanctioneerd, is practisch geen andere dan die, welke gevolgelijk uit de gedachte voortvloeit, dat deze vorm van samenwerking een zelfstandige figuur in het leven heeft geroepen, die beheerscht wordt door haar eigen doelstelling.

Het is niet twijfelachtig, dat de H. R., gelijk de lagere colleges, bij de beoordeeling van de geldigheid van statutenwijzigingen, niet den maatstaf aanlegt van het tusschen

(19) Séance du 10 ventôse, an XII, 1 mai 1804 FÉNET T. XIV, p. 392 en volgende, aangehaald bij GAILLARD.

(20) VAN DER HEYDEN maakt in zijn „Handboek der Naamlooze Vennootschap" een scherpzinnig onderscheid tusschen de wederkeerige overeenkomst naar de wet en de vereenigingsovereenkomst. Bij de laatste ontbreekt de wederkeerigheid. Wij zouden willen zeggen: ja en neen. Ja, in den zin van een bepaalde praestatie, neen, indien men de wederkeerigheid zoekt in het zich vereenigen zelf.

(21) Arrest van 29 Nov. '23 in zake Louisse/Zeeuwsche Kunst-mestfabriek W. 11147, N. J. '24, p. 129 en van 2 Dec. '26 inzake Westerwolde/Lewering W. 11613, N. J. '27, p. 102.

partijen contractueel-overeengekomene, doch de maatschappelijke functie van de corporatie zelve. Dat der H. R. ervan uitgaat, dat de leden eener coöperatieve vereeniging, door middel van samenwerking in gemeenschapsverband er naar gestreefd hebben stoffelijk voordeel te behalen, ieder voor zich, en dat daarbij een doelmatig bestaan van de vereeniging de onmisbare voorwaarde is om deze opzet te vervullen. Dat er een orgaan is geschapen, dat uit zijn aard en volgens den wil der leden eigen bestaan heeft en eigen rechten. Een beschouwingswijze, waarbij ook het organisatie-verband er tenslotte is om der leden wille. Het gemeenschappelijk doel der leden, vastgelegd in de organisatie, is middel en niet meer dan middel, zij het dan ook noodzakelijk middel. Dit alles beteekent, dat de meerderheid de minderheid zal vermogen te binden, indien de statutenwijziging het wezenlijk belang der *vereeniging* nastreeft, immers dien toestand tracht te verwezenlijken, die noodzakelijk is voor den bloei der coöperatie, bezien als middel om binnen zeker kader winst te maken (22). Wij zeiden reeds, dat de H. R. van deze gedachte uitgaat. Zij ligt in de arresten van voor als na '26 besloten (23). Slechts, omdat de H. R. uitgaat van dit gemeenschapsmoment, tengevolge waarvan de leden al datgene hebben te aanvaarden, wat noodig is om het samenwerkingsverband te doen beantwoorden aan hun oorspronkelijke opzet, daarom kon hij met den lageren rechter zijn sanctie geven aan een statutenwijziging, waarbij de oorspronkelijke deelname zoo sterk werd verhoogd (24). Ook in de latere arresten vinden wij deze gedachten terug. Partijen hebben zich tot zwaardere verplichtingen verbonden, indien het vereenigingsbelang dit meebrengt (25).

(22) Verg. onze beschouwing in de Naamlooze Vennootschap van 15 October '28 „Over vennootschapsbelang tegenover bijzonder vennootenbelang”.

(23) Zie de arresten hiervoor geciteerd onder noot 21.

(24) De Rechtbank te Alkmaar besliste nog bij haar vonnis van 14 October '26 — W. 11693, N. J. '27, p. 233 — „dat elke verzwaring van de verplichtingen van een lid in strijd met de goede trouw is te achten” — de zuivere contractsgedachte.

(25) Zie ons artikel, „De H. R. en de toepassing der artt. 1374 en 1375 B. W., ten aanzien van de statuten eener Naamlooze Vennootschap of Coöperatieve Vereeniging” in de Naamlooze Vennootschap van 13 November '33 en de daarin geciteerde jurisprudentie.

Aan deze beschouwingswijze is een belangrijke consequentie verbonden. Wij gaven haar reeds indirectelijk te kennen: men kan de contractsleer uit de branding der werkelijkheid redden door zijn beslissing te gronden op den eisch der goede trouw, der redelijkheid en billijkheid, daarmede is niet verklaard, waarom de goede trouw zulke verzwaring van verplichtingen rechtvaardigt (26). De jurisprudentie is slechts dan te verklaren, indien men aanneemt, dat de inhoud van rechten en verplichtingen der leden bepaald wordt door de vorm van samenwerking; dat immers bij de coöperatieve vereeniging, de naamlooze vennootschap etc. een zelfstandige figuur met eigen rechten en aanspraken is ontstaan, waarvan de omvang bepaald wordt door de haar eigen doelstelling. Een eigen zelfstandigheid, die tenslotte logisch doorgevoerd, tot de stelling leidt, dat niemand ten koste van het welzijn van de gemeenschap haar mag verlaten en dat geen meerderheidsbesluit noodig is om aan de vereeniging mogelijk te maken zich aan de veranderde omstandigheden aan te passen (27).

V. Ook bij andere maatschappelijke groepeeringsen een toestemming niet rechtstreeks tegenover den ander, maar eene tot samenwerking, 'n verhouding, waarbij rechten en verplichtingen bepaald worden door het feit der eenwording, der deelbetrekking. Wij zagen dit ten aanzien van het huwelijk, waarin RENARD terecht een der sprekendste vormen der instelling ziet.

Het valt terstond op, hoe de rechtsbeschouwing der „institution” van het „droit social” van groote beteekenis is voor de rechtsontwikkeling. Hoe zij wetgever en rechter tot richtsnoer kan zijn. Sommigen zullen wellicht vreezen, hierin een herleving van het natuurrecht te moeten zien. Niet natuurlijk van het natuurrecht der individualistische periode, maar van dat, hetwelk de eeuw endoor erkenning heeft gevonden,

(26) Vergelijk Prof. VAN OVEN, „De H. R. en de artt. 1374 en 1375”, Ned. Jur. Bl. 31, p. 568 en vlg. en onze beschouwing over hetzelfde onderwerp in het Juristenblad 1933, p. 693 en vlg.

(27) Het zoude ons te ver voeren aan te toonen, hoe de zelfstandigheid eener onderneming zich ontwikkelt. Dit is buitengewoon duidelijk beschreven in Prof. Dr. M. COBBENHAGEN's „De verantwoordelijkheid in de Onderneming”. Prof. SCHOLTEN merkte dan ook op — Feestnummer W. P. N. R. 2947 — „dat de Naamlooze Vennootschap op weg is van corporatie-instelling te worden”.

zoowel bij de wijsgeeren der antieke wereld als bij die der christentijden. Laten wij echter ieder idee van het natuurrecht terzijde. Dit is nu eenmaal in discrediet gebracht, maar bovendien, — en dit is de hoofdrede, — de nieuwe rechtsbeschouwing heeft met het natuurrecht in hoofdzaak slechts haar werkelijkheidswaarde gemeen. Zij reikt practisch immers veel verder, is immers slechts ten aanzien van enkele bepaalde verhoudingen, als huwelijk en staat, op de onveranderlijke natuur der dingen gegrond. Bij andere verhoudingen van deel tot geheel liggen noch in het geheel, noch in de deelen onveranderlijke grootheden besloten. Het sociale recht wil echter in die wisselende dingen de werkelijkheid benaderen.

Een beschouwing, die in het huwelijk iets meer ziet dan een gewoon contract, die daarin ziet een duurzame instelling, althans zoolang het kroost niet tot volwassenheid is gekomen, is der werkelijkheid afgezien. En wie aldus de echtvereeniging ziet, die moet de jurisprudentie veroordeelen, die practisch de mogelijkheid van echtscheiding met onderling goedvinden erkent (28). Wat natuurlijk nog heel iets anders is dan iedere mogelijkheid van opheffing der samenleving verwerpen.

We hebben zulk een verhouding van eenwording en deelbetrekking ook in die van den burger tegenover den staat. Uit die verhouding wordt een geheel van betrekkingen geboren, dat de burgers als deelen tot het geheel ordent. Een verhouding, die den voorrang en het gezag van het geheel over de deelen rechtvaardigt. Ieder geheel vraagt om een eenheidsbeginsel, de eenheid in de verscheidenheid is slechts mogelijk door een leidend beginsel, dat tevens het gezag over de deelen is. Dat beginsel kan geen ander zijn dan het welzijn van het geheel. Dit brengt natuurlijk grenzen voor het gezag mede. „Le pouvoir institué par le droit social est essentiellement une fonction du tout, fonction consistant dans un service social réalisé en vue de la totalité comme telle” (29). Dit is indertijd sprekend tot uiting gekomen in de befaamde kwestie van art. 40 van het bezoldigingsbesluit. Laatste norm van iedere overheidsdaad is het algemeen welzijn. Dit „bonum commune” dat naar het woord van ARISTOTELES beter

(28) Zie ten deze de artikelen van Prof. VAN OVEN en Mr. STOOFF in het Juristenblad van 1929, onderscheidenlijk p. 313 en p. 537.

(29) GURVITCH l. c. p. 23.

en verhevener is dan het welzijn van het deel, verklaart, waarom de ambtenaar in dienst van den staat geen recht van staken heeft. Niet de contractueele toestemming bepaalt rechten en plichten tegenover het geheel, maar dit laatste in zijn verhouding van geheel tegenover de deelen. De jurisprudentie over de „*détournement de pouvoir*” is gebaseerd op deze gedachte. Dan heeft men, om met GURVITCH te spreken: „*une déformation et une perversion du droit d'intégration social*”.

Het onderscheid tusschen huwelijk en staat enerzijds en anderzijds de gewone maatschappelijke groepeeringsen ligt natuurlijk, zooals in den beginne reeds opgemerkt, hierin, dat de mensch bij deze laatste meer en vollediger oorzaak is van het, louter door zijn daad, in het leven geroepen gevolg. Ligt bij huwelijk en staat in de verhouding een natuurwettelijk moment, bij de gewone maatschappelijke groepeeringsen is dit niet het geval. Bij de vrije groepeeringsen is het de mensch, die zijn betrekking tot, zijn ondergeschiktheid van het geheel zelf bepaalt. Beslissend is daarbij de graad der „*existence institutionnelle*”. Bij de onderscheidene maatschappelijke groepeeringsen heeft men, zooals RENARD terecht opmerkt, „*un accroissement de l'existence institutionnelle*”. In die „*existence institutionnelle*” ligt een werkelijkheidsmoment, dat de rechtsbeoefenaar niet mag verwaarloozen. Het is de vraag, of ons civielrecht wel voldoende is aangepast aan de nieuwe rechtsopvattingen en de behoeften van den tegenwoordigen tijd, of het niet te veel de teekenen van zijn oorsprong draagt. Zoo schijnt in Frankrijk het publieke recht, dat trouwens van later tijd dateert, heel veel meer dan de code civil naar nieuwe rechtsopvattingen te zijn georiënteerd.

Bekend zijn de arresten van den H. R. omtrent besluiten van een vergadering van obligatie-houders. Een door haar genomen reorganisatie-besluit bindt niet den obligatie-houder, die niet meedeeld (30). Zonder afzonderlijk beding bestaan er bij een obligatie-leening niet anders dan individueele rechten en verplichtingen. Dat zulks tot weinig gewenschte

(30) Verg. Rb. A'dam 13 Maart '25 inzake Weissman/Holl. Lloyd, W. 11357, Hof A'dam 30 Dec. '25, W. 11459, cassatieberoep verworpen bij arrest H. R. 12 Nov. '26, W. 11593, N. J. '27, p. 218 m. o. E. M. — de vergadering van obligatie-houders had besloten de verplichting tot rentebetaling terug te brengen van f 35 op f 7, en arrest H. R. van 27 April '34 inzake Castro/Paleis van Volksvlucht, W. 12912 m. o. H. d. J., N. J. '34, p. 1697.

resultaten leidt, heeft de ervaring wel bewezen. „Er is hier een materie, die om regeling door den wetgever vraagt. De wet van 31 Mei '34 *Stbl.* 279 neemt daartoe een aanloop. Dat mag voor het doel, dat men zich stelde in verband met de crisis voldoende zijn, op den duur zal men er niet mede kunnen volstaan”, aldus merkt Prof. SCHOLTEN op (31).

Er is hier een gemeenschap van belangen, een eenheid, die om erkenning vraagt, om voorrang boven het recht, het belang van het individueele lid. De jurisprudentie van den H. R., hiervoor geciteerd, betreffende de besluiten van eene algemeene vergadering van aandeelhouders eener coöperatieve vereeniging, is dan ook daarom van zoo groot belang, omdat daarbij het beginsel van het gemeenschapsmoment en deszelfs beteekenis is erkend. Het is een richtsnoer voor de rechtspraak, gelijk voor den wetgever. Zouden er geen redenen te over zijn om ook op dit gebied de eenmaal getrokken lijn verder te trekken? Er bestaat hier natuurlijk een verschil in verhoudingen, hierin gelegen, dat sommige het gevolg zijn van een contractueele toestemming, andere van maatschappelijke wording en groei. Feitelijk bestaat er ook bijv. tusschen de obligatie-houders een band, waaraan alleen de erkenning als rechtsband ontbreekt. De wetgever, die in zulke gevallen voorzieningen treft, schept dan ook geen betrekking, hij erkent ze slechts en maakt ze tot rechtsbetrekking. Aldus deed hij bij de wet van 24 Dec. '27 tot regeling van de collectieve arbeidsovereenkomst. Aldus zal hij doen terzake van de algemeene verbindend-en-onverbindend-verklaring van ondernemersovereenkomsten (32). De gedachte toch aan een sociale verbondenheid van groepen en individuen leidt tot een organische ordening der gemeenschap. Art. 1356 B. W. erkent slechts contractueele gebondenheid. De nieuwe rechtsbeschouwing zoekt in de maatschappelijke feiten naar de rechtvaardiging voor een nieuwe juridische ordening der gemeenschap. Het „Wirtschaftsrecht” is niet een recht van de leden eener groepeeringsonderling, maar van de deelen eener gemeenschap. Zelfs het eigendomsrecht wordt organisch beschouwd. Tegenover de „restrictieve” staat de „constructieve” eigendomsopvatting. Het eigendom wordt niet bepaald en begrensd van buiten uit,

(31) Onderschrift in de Ned. Jur. bij arrest van 27 April '34.

(32) Verg. ook Prof. S. GEEBRANDY in „Anti-revolutionaire Staatskunde” Dec. '34.

doch van binnen uit, op grond van en krachtens zijn eigen doelstelling. Dus niet louter beperking door den staat, of door contractueele regeling (33).

VI. Het individualisme is in neergang. De staat is meer dan een geheel van persoonlijke zelfbeperkingen, is realiteit. De wet vraagt om aanvulling door de rechtspraak, de rechter is niet meer enkel de mond, waardoor de wetgever als uitdrukking van de individueele wilsnorm, spreekt. Hij werkt zelfstandig aan de rechtsvorming mede. Het contract bindt tot meer dan wat partijen bepaalden. „Ongewild sluit men geen overeenkomst”, zegt DE BENEDITTY (34), „doch ongewild is men vaak gebonden”. Ook de wetgever, want in de maatschappelijke verhoudingen liggen normen, die hij niet negeeren kan. Rechter en wetgever, die de gerechtigheid nastreven, kunnen dit niet voorbijzien. Het positieve recht als ordening der verhoudingen tusschen de menschen is slechts mogelijk naar een gemeenschappelijk beginsel. Iedere rechtsbetrekking vindt immers haar bestaansreden in een gemeenschapsmoment, in iets, dat de beide belangen te samen bindt. Wat onderscheiden en tegengesteld is, kan toch slechts één worden door iets, wat beiden verbindt, iets gemeenschappelijks. Welnu, wetgever en rechter mogen dus niet uitgaan van den abstracten mensch, maar zij moeten uitgaan van dezen of diën bepaalden mensch. Het gemeenschappelijk welzijn tusschen twee menschen als abstracte wezens genomen ligt anders en elders dan tusschen twee menschen gezien tegen den achtergrond der maatschappelijke omstandigheden. Ook hierin erkent, — wij zagen het reeds ten aanzien van het arbeidsrecht — de nieuwe rechtsopvatting het onwerkelijke der individualistische opvatting. In dien zin is het nieuwe recht gemeenschapsrecht, schoon alle recht van nature reeds sociaal is, immers op de sociale verhoudingen gericht. Het is naar veler meening een fout van den „code civil”, dat hij niet de werkelijkheid tot basis nam. „Der Mensch”, zoo merkt SINZHEIMER op (35), „der uns in bürgerlichen Recht entgegentritt, ist nicht der wirkliche Mensch, sondern der Mensch als Gattungswesen”, en bij sommige

(33) Vandaar de erkenning der laatste jaren van het misbruik van recht.

(34) Zie het opstel, geciteerd in noot 11.

(35) Das Problem des Menschen im Recht”, Intree-rede A'dam 6 Nov. '33.

Fransche schrijvers vindt men eenzelfde gedachte terug. De Fransche revolutie erkende „les droits de l'homme”, maar het waren rechten van den mensch, los gedacht van iedere maatschappelijke verhouding. „Les mains des rédacteurs du code Napoléon ont façonné un droit à l'usage d'un individu dissocié, très différent idéologiquement du type de l'ancien régime; dissocié de sa région, de son métier, de sa cité, de son voisinage et fortement encore, quoique dans une moindre mesure, de sa famille” (36). Een individu op zich beschouwd met de autonomie als natuurlijk gevolg. Het nieuwe recht zal dan ook hierin van het oude verschillen, dat terwijl bij de oude rechtsopvatting partijen geheel en al vrij hunne verhouding vermochten te regelen, waarbij soms de omstandigheden dubbel nadeelig werkten voor de zwakste partij, naar de nieuwe rechtsopvatting de aard der te regelen verhouding mede den omvang van rechten en verplichtingen der contractueele bepaalt. M. a. w. tegenover het recht, dat zijn grondslag vindt in den menschelijken wil, staat het recht, dat niet uitgaat van den mensch, maar betrekking heeft op den mensch. Waarom dan ook MORIX het kenmerk van het wordende recht hierin ziet, dat de mensch van bewerker tot doel van het recht is geworden (37).

Maar ook tusschen sociaal gelijke partijen zal de wil van betrokkenen niet de laatste aanleg zijn ter bepaling en beoordeeling wat contractueel recht is. Er ligt in iedere contractueele verhouding een objectief moment, een gemeenschapsmoment, dat niet afhangt van den wil van partijen. Dat gemeenschappelijke is niet iets subjectiefs. Prof. DÉLOS, die aan de theorie van RENARD een diepgaande beschouwing wijdde (38), betoogt te recht, dat men eens en voorgoed de meening, dat een overeenkomst enkel het evenwichtspunt tusschen twee wilsmomenten zoude zijn, heeft op te geven. Ieder contract heeft een objectieven grond, een los van de partijen staande objectieve ruilwerkelijkheid. Natuurlijk, partijen treden tot elkaar met subjectieve oogmerken, maar

(36) Aldus M. LEROY in zijn Préface van GURVITCH's boek, „Le temps présent et l'idée du droit social”.

(37) Verg. diens in den beginne reeds geciteerd woord, „De la cause efficiente du droit l'homme devient la cause finale”, in een artikel over „L'abus du Droit” in „La Revue de Métaphysique et Morale” 1929.

(38) „Archives de Philosophie du Droit”, no. 1-2-1931, geciteerd in noot 2.

deze bewegen zich om een objectief punt; den samenval van twee waarden. Die samenval van waarden geeft aan het contract 'n eigen bestaan, een extra-individueele werkelijkheid, welke partijen niet vermogen te loochenen. Gaan zij daarbuiten en verstoren zij 't vereischte evenwicht — wie tegen te lagen prijs koopt en wie tegen een te hoogen prijs verkoopt — dan kunnen de samentreffende wilsuitingen geen overeenkomst in het leven roepen. De leer van den rechtvaardigen prijs komt tot nieuw leven (39). Zoo gaat dus over het heele gebied van het recht, staats- zoowel als civielrecht, de rechtsontwikkeling in de richting van het terugdringen van het wilsmoment voor een toenemende rechtsbepalende beteekenis van het sociale, van de feitelijk geworden maatschappelijke betrekking.

(39) Zie ten deze ook de beschouwingen van Prof. Mr. KAMPHUYSEN in W. P. N. R. nos. 3314 en volg.

's-Hertogenbosch, Juni '35

C. M. O. v. NISPEN TOT SEVENAER

Vaststelling van het begrip dwaling voor het Nederlandsch Burgerlijk Recht

Dwalen kan men niet alleen in den tuin der poëzie, maar helaas ook op de markt des levens.

Talrijke bepalingen in het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Koophandel zijn geplaatst met het oog op mogelijke dwalingen.

Het ligt niet in mijn bedoeling daarvan een volledige opsomming te geven; alleen wil ik ter illustratie en om bij de hierna volgende theoretische beschouwingen zooveel mogelijk het verband met de werkelijkheid vast te houden, een aantal vermelden.

Heeft de testator gedwaald blijkens een valsch motief dat hij voor zijn beschikking opgaf dan wordt dat motief als niet geschreven beschouwd, tenzij uit den uitersten wil mocht blijken dat hij die beschikking niet gemaakt zou hebben als hij beter geweten had (art. 937); is de testator bedrogen of door arglist tot een uitersten wilsbepaling verleid (en dus doende in dwaling) dan is het testament nietig (art. 940).

Heeft iemand iets onverschuldigd betaald en meestal zal dit een gevolg van dwaling zijn, dan kan hij het terugischen (art. 1422), zoodat zijn dwaling hem geen schade berokkent.

Verbintenissen (ook buiten overeenkomst) door dwaling aangegaan leveren een rechtsvordering op tot vernietiging (art. 1485).

Koop en verkoop van eens anders goed is nietig.

Wist de koper niet dat de zaak aan een ander toebehoorde en dwaalde hij dus door te denken dat de zaak aan den verkooper behoorde dan heeft hij een vordering tot vergoeding van kosten, schaden en interessen (art. 1507). De schade moet de verkooper dragen.

In art. 1754 zien we het geval van den erfgenaam die een zaak vindt in de nalatenschap die in bewaring was gegeven en meenend dat die zaak tot den boedel behoort, die nu verkoopt. Zulk een dwaling kan hem niet worden kwalijk genomen en de schade die hij veroorzaakt heeft behoeft hij niet te vergoeden.

In art. 1788 ontmoeten we het geval van iemand die een zaak voor een bepaalden tijd in bruikleen heeft gegeven in de onjuiste veronderstelling dat hij die zaak een tijd kon missen. Heeft hij de zaak nu onverwachts nodig dan mag hij deze terug eischen.

Art. 1816 heeft betrekking op het geval dat een lijfrente gevestigd wordt op het lijf van een overledene, hetgeen bij vergissing kan gebeuren.

Is een derde uitgegaan van de onjuiste voorstelling dat de volmacht van een lasthebber nog niet was herroepen terwijl die herroeping alleen aan den lasthebber was kenbaar gemaakt en de derde er niet van wist, dan verhindert art. 1852 dat deze de dupe wordt van een dwaling waarvoor eigenlijk de lastgever verantwoordelijk is. Dwaalde de lasthebber doordat hij niet wist van feiten waardoor de last rechtens was geëindigd dan is hetgeen hij dwalende deed van waarde (1855). Zijn positie brengt mee dat hij de schade niet hoeft te dragen.

Ook bij dading worden gevallen van dwaling afzonderlijk behandeld (artt. 1895, 1897, 1898, 1899); terwijl men tevens een reeks van gevallen in het Wetboek van Koophandel aantreft: b.v. artt. 119, 148a en 251; ongeacht nog andere wetten b.v. Ziektewet.

Al deze gevallen echter hebben niet zooveel aanleiding tot strijd en commentaar gegeven als de nog niet genoemde artt. 1357 en 1358 B. W. die de dwaling bij overeenkomsten in het algemeen behandelen.

Mede omdat ik mij in het bijzonder richt tegen de leer omtrent de dwaling ontwikkeld door Houwing in zijn proefschrift en deze slechts de artt. 1357 en 1358 behandelde, wil ik mij tot die artikelen verder beperken.

Een aanval op het werk van Houwing na zoo langen tijd (het proefschrift werd verdedigd in 1888) is daarom nog thans gerechtvaardigd omdat in de rechtspraak die leer zooveel invloed heeft dat hij, naar de aantekening van Prof. MELJERS (bij arrest H. R. 28 Februari 1930, N. J. 1930, pag. 1258) thans de heerschende mag worden genoemd.

En ik heb dien aanval ondernomen, ondanks bij het herhaald lezen groeiend respect voor Houwing's werk, omdat ik meen dat zijn leer onaanvaardbare gevolgen heeft (1).

Dwalen is menschelijk.

(1) Ik moge hierbij opmerken dat dit opstel in Mei 1934 aan de redactie werd toegezonden. Dit verzoek ik den lezer in het oog te houden b.v. waar het gaat over art. 1934 B. W.

Hoe menigvuldig zijn niet in het menschelijk leven de vergissingen, de onderlinge misverstanden; hoe vaak gebeurt het niet dat iemand zich vertelt, verspreekt, verzieet, te vroeg een beslissing neemt, onnadenkend een belofte doet, tot een overeenkomst toetreedt en zich aanstonds bewust wordt een fout te hebben gemaakt, die hij zich juist had voorgenomen niet te maken en misschien maakt omdat de ander zijn gedachten teveel had afgeleid van het gevaarlijke punt. En menigmaal wil zoo iemand elke gelegenheid aangrijpen om de gesloten overeenkomst weer ongedaan te maken. Dat het soms billijk zou zijn met een gemaakte dwaling rekening te houden zal wel niemand betwisten; dat het ook onbillijk zou kunnen zijn tegenover anderen ligt bij overeenkomsten voor de hand.

En nu verbinden de artt. 1357 en 1358 B. W. aan de dwaling de nietigheid van de overeenkomst zij het dan niet zonder meer en stellen dus den wetsuitlegger voor de vraag: waarin bestaat nu eigenlijk die menschelijke belevens die dwaling wordt genoemd, want men kan moeilijk over een wetsvoorschrift praten zonder zich eerst rekenschap te geven van de beteekenis der woorden daarin gebruikt.

Om de beteekenis van het woord dwaling te bepalen meen ik op verschillende manieren te werk te moeten gaan.

Ik meen dat men zich af moet vragen wat de beteekenis van het woord in het spraakgebruik is, terwijl men dan verder na moet gaan of uit de redactie van de wet en zoo noodig de geschiedenis een afwijkende beteekenis blijkt of dat de gangbare beteekenis er door wordt gesanctioneerd.

Daarbij kan men trachten het begrip te ontleden en tevens de verhouding tot verwante begrippen bepalen. En bij dat alles lijkt het mij hoogst nuttig een rijke casuïstiek te raadplegen.

Als het U gaat als mij, dan irriteert U het woord dwaling. Het is een antiek woord zooals ook wel daaruit mag worden afgeleid dat het in Van Dale's woordenboek niet te vinden is, men moet er het groot woordenboek voor opslaan.

Wij hebben de neiging het woord door vergissing te vervangen en Mr. ZAATER in zijn proefschrift over de rechtsdwaling (inleiding blz. 4) maakt ten minste tusschen die woorden geen verschil.

Toch is er dunkt me zooiets. Men kan willens en wetens dwalen, maar niet willens en wetens zich vergissen. Hij die heg noch steg weet en toch wat loopt dwaalt en weet misschien te dwalen; hij die zich vergist is beslist overtuigd den juisten weg te hebben gekozen.

Bij het maken van dit onderscheid ben ik uitgegaan van

een voorstelling aan de visueele werkelijkheid ontleend, het dwalen en zich vergissen zooals dit b.v. gebeuren kan in een bosch. Zoo zonder meer daaruit de beteekenis van het woord dwaling af te leiden schijnt mij niet geoorloofd. Maar ik wil in deze richting toch even verder gaan.

Men dwaalt volgens Van Dale, indien men zich op een verkeerden weg bevindt; of indien men doelloos rondloopt; en figuurlijk indien men een valsche meening heeft of zich vergist. Maar niet elke vergissing is een dwaling, evenmin als gezegd elke dwaling een vergissing. Wie dubbel ziet, zich verspreekt, vertelt, verstapt, kan nog niet worden gezegd te dwalen.

Heeft iemand een verkeerde meening omdat hij maar naar de waarheid geraden heeft dan kan ook m.i. niet van dwalen worden gesproken. Indien iemand speculeert dan zal hij zich een meening hebben gevormd omtrent de prijsontwikkeling van eenig artikel. Maar waar hij zeer wel weet dat de kans bestaat dat zijn verwachting bedrogen wordt daar kan als dit gebeurd, niet worden gezegd dat hij gedwaald heeft. Want zijn verkeerde meening is niet door dwaling ontstaan maar door welbewust speculatieve overwegingen.

Op dit terrein was immers geen, menschelijk gesproken betrouwbare, meening op te bouwen.

In nauw verband met het begrip dwalen staat natuurlijk dat van dwaling.

Van Dale (Groot Woordenboek) geeft de volgende beteekenissen: 1. Het dwalen. 2. Verkeerdheid, valsch begrip. 3. Verkeerde daad.

Door de verkeerde voorstelling of de verkeerde meening aan te wijzen identificeert men de dwaling in de eerste beteekenis, vandaar dat het natuurlijk is de verkeerde meening in zeker verband de dwaling te noemen. Maar niet alleen op verstandelijk, ook op zedelijk terrein is het mogelijk dat men den goeden weg mist en dan komt tot een daad, een verkeerde daad: de dwaling als resultaat van het dwalen.

Op grond van deze beschouwingen kom ik tot de volgende conclusie's.

Dwalen en zich vergissen dekken elkaar niet.

Derhalve en dus lijkt het mij niet verantwoord dwaling en vergissing als synoniem te gebruiken.

Dwaling is:

1. Het zich vormen van een verkeerde meening.
2. Het handelen of denken op grond van een verkeerde meening.
3. De verkeerde meening die iemand heeft als gevolg van

een dwaling dus onder de mits dat hij meende in staat te zijn zich een betrouwbare meening te vormen.

4. Een verkeerde daad, op grond van dwaling in zedelijke waarden dus onder de mits dat de bedrijver meende dat die daad niet verkeerd was.

Bezie ik nu de artt. 1357 en 1358 dan lijkt het mij dat met dwaling daarin bedoeld wordt dwaling in de beide eerstgenoemde beteekenissen.

HOUWING heeft om het begrip dwaling op te sporen zich met deze overwegingen niet ingelaten.

Hij gaat reeds dadelijk uit van de veronderstelling dat dwaling is een valsche voorstelling. Maar hij wijst er op (blz. 52) dat niet elke valsche voorstelling een dwaling is; alleen dan is er sprake van dwaling in den „gewonen” „eigenlijken zin” wanneer die valsche voorstelling een positief ware tegenover zich heeft. Immers zegt hij, niet hij dwaalt die zich een schaap met vijf pooten voorstelt, maar hij die meent dat een schaap vijf pooten heeft.

Bijgevolg heeft men dus niet meer met dwaling te maken ingeval van misverstand. Immers wanneer een huurcontract wordt opgemaakt met als onderwerp een „eerste verdieping” terwijl later blijkt dat de eene partij overeenkomstig het spraakgebruik van zijn landstreek, daarmee een gelijkstraatsche verdieping bedoelde en de andere overeenkomstig het spraakgebruik ten zijnent de verdieping boven de gelijkstraatsche op het oog had, dan is geen overeenkomst tot stand gekomen zulks als gevolg van het misverstand tusschen partijen heerschend. De valsche voorstelling van de partij die meende dat hij een gelijkstraatsche verdieping huurde heeft echter geen positief ware tegenover zich omdat partijen langs elkaar heen praatten.

Ik meen dat deze begripsbepaling in strijd is met het spraakgebruik. Wel degelijk hebben we hier dwaling. (Evenzoo: ORZOOMER, deel 6, pag. 84 vlg.).

En omdat beide partijen dwalen is er misverstand, zoodat geen overeenkomst tot stand komt en achteraf beschouwd geen van beiden de dwaling in kan roepen om de overeenkomst — die er immers niet is — vernietigd te krijgen. Men moet dus niet zeggen dat het juridisch dwalingsbegrip geen plaats heeft voor misverstand maar ingeval van misverstand is de dwaling — die ook juridisch dwaling blijft — in rechte onverschillig.

Maar waarom wordt ons verboden hier van dwaling te spreken? Omdat een valsche voorstelling geen dwaling is tenzij er een positief ware tegenover staat, terwijl als positief ware alleen erkend zou mogen worden de voorstelling van de

tegenpartij indien deze zoo was dat ze als basis voor de overeenkomst kon worden aanvaard.

In geen enkel opzicht kan ik deze redeneering aanvaarden.

Echter ga ik alleen in op de definitie zelf: „dwaling is een valsche voorstelling waar een positief ware tegenover staat”.

Om deze definitie aannemelijk te maken wijst Houwing er op dat hij, die zich een schaap met vijf pooten voorstelt niet dwaalt. Alleen hij die zich voorstelt dat een schaap vijf pooten heeft is in dwaling.

Juist — maar wie zich een schaap met vijf pooten voorstelt maakt zich ook geen valsche voorstelling. Die voorstelling is een voorstelling zonder meer, leelijk of mooi, maar niet juist of valsch.

Valsch kan een voorstelling alleen zijn wanneer zij niet beantwoord aan datgene er buiten — waaraan zij moet beantwoorden. Zegt men nu dat een valsche voorstelling slechts dwaling is indien er een positief ware tegenover staat, dan zeg ik dat er geen sprake van een valsche voorstelling is, tenzij daartegenover een ware voorstelling of een feit bestaat waaraan de eerste moet beantwoorden.

Ik meen dus Houwing's begripsbepaling te moeten verwerpen, en daartegenover een verwijzing naar de taalkundige beteekenissen te moeten stellen.

Thans voortschuivend in de richting van een juridisch onderzoek meen ik de dwaling aan een nader onderzoek te moeten onderwerpen, en in verband met de gevallen waarin ze geconstateerd kan worden een indeeling te moeten maken die van belang is voor de beoordeeling van de gevolgen die er in rechte aan moeten worden toegerekend. We grijpen dus naar de casuïstiek.

Houwing schijnt geen vriend te zijn van casuïstiek en het von SAVIGNY te verwijten dat deze er te veel aan is blijven hangen. En inderdaad — een casuïstiek als deze er op nahield kunnen we missen. Het getuigt misschien van veel werkelijkheidszin om als zoodanig te komen aandragen met beschouwingen over het onderscheid tusschen wijn en azijn en tusschen een maagd-slavin en een vrouw-slavin maar die werkelijkheidszin moet dan gevonden worden bij de oude Romeinen. De casuïstiek aan hun dagelijksch leven te ontleenen is evenwel niet billijk tegenover de casuïstische methode en tegenover de Romeinen misschien evenmin.

Indien Houwing's bezwaar daar tegen gericht was kon ik met hem meegaan.

Dit onderscheid maakt hij evenwel niet en jammer is dat, vooral omdat ook Houwing zelf zich niet kon onthouden van het geven van voorbeelden.

Zoo geeft hij het voorbeeld dat iemand een bepaald paard

wil koopen. Daartoe begeeft deze zich naar de stallen van een paardenkoopman die dat paard bezit en in de meening dat er maar één paard op stal staat, en wel juist het paard dat hij wil hebben, zegt hij tegen den koopman dat hij het paard wil koopen dat op stal staat. Ziehier een geval dat — indien het aan de praktijk zou zijn ontleend — ons de ver-zuchting zou ontlokken: „truth is sometimes stranger than fiction”. Maar daardoor heeft dit voorbeeld iets als een „bijsmaakje” dat het totaal ongeschikt maakt als toelichting voor een algemeen principe.

De casuïstiek dan geeft in de eerste plaats aanleiding b.v. op het voetspoor van het Engelsch recht een aantal gevallen te onderscheiden naar den graad van schuld bij de wederpartij.

In het Engelsch recht (men zie: „A dictionary of english law” van W. J. BYRNE, barrister at law, 1923; en eventueel voor Amerikaansch recht, zeer uitvoerig: PAGE; „On Contracts”) heeft men de volgende reeks (geweld buiten beschouwing gelaten):

Fraud,
Misrepresentation,
Mistake.

Dit is dus een reeks van afdalende schuld bij de tegenpartij: opzet — toedoen — afwezigheid van alle schuld.

Deze gradeering valt uiteraard toe te spitsen.

Misrepresentation valt te onderscheiden in:

Bedriegelijke misleiding, wanneer de valsche voorstelling wordt gewekt door iemand die weet dat ze valsch is.

Lichtzinnige misleiding, gewekt door iemand die niet behoorlijk verantwoord is voor zijn beweringen.

Onschuldige misleiding, gewekt door iemand die voldoende reden had om te gelooven dat de voorstelling die hij gaf juist was.

Met deze onderscheidingen komen in methode overeen die welke Prof. MEIJERS maakt (W. P. N. R. 2749):

1. de wederpartij heeft opgaven gedaan die later onjuist blijken;
2. de wederpartij heeft geen uitdrukkelijke verklaringen gedaan omtrent de omstandigheden die tot de dwaling leidden;
3. de dwalende partij had bij behoorlijk onderzoek de dwaling kunnen merken;
4. de wederpartij wist van de dwaling van de andere partij.

In al die gevallen is het echter mogelijk dat de dwaling is veroorzaakt door al of niet toerekenbare misleiding. In elk geval moet dus een aparte groep gevormd voor dwaling zonder enig toedoen van de wederpartij; zooals in het Engelsch recht welks indeeling mij daarom vollediger toeschijnt. Wij moeten onderscheiden tusschen opzettelijke, althans bewust

onjuiste mededeelingen van de tegenpartij (al dan niet geoorloofd) en onjuiste inlichtingen te goeder trouw maar al te lichtvaardig gegeven; tusschen het opzettelijk of uit nalatigheid niet waarschuwen enz.

Behalve op het al of niet schuldig zijn aan veroorzaking van de dwaling van de wederpartij kunnen wij, in de tweede plaats dus, letten op de redelijkheid van het ongedaan maken van de dwaling tegenover de tegenpartij. Is er onverschuldigd betaald dan komt eigenlijk de schuld of onschuld van den ontvanger, of betaler er niet op aan — er is geen enkel redelijk argument (in het algemeen) den eersten in het genot van de betaling te laten.

In de derde plaats komt ten slotte nog naar voren de vraag of de dwaling in verband met de omstandigheden die er toe leidden te verontschuldigen was, ongeacht eenige schuld bij de tegenpartij van den dwalende en ongeacht ook diens belang.

De erfgenaam die een voorwerp in den boedel vindt kan men het moeilijk kwalijk nemen als hij het voorwerp als tot den boedel behorende beschouwd.

Overwegende dus welke gevolgen moeten worden verbonden aan het feit van dwaling bij een der partijen dient men uit billijkheidsoogpunt te letten op drieërlei:

Heeft eenig optreden van de wederpartij de dwaling veroorzaakt? Kan redelijkerwijze verzet van de wederpartij tegen ongedaan maken van de dwaling worden aanvaard? en zijn er omstandigheden buiten de schuld of het gebrek aan belang van de wederpartij die een beroep op dwaling rechtvaardigen?

Uiteraard is bij overeenkomsten vooral het eerste van groot gewicht.

HOUWING verwaarloost zelfs de andere punten; en alleen zoo kon hij er toe komen om in plaats van de dwaling waarvan de wet spreekt de misleiding waarvan de wet niet spreekt te schuiven met deze interpretatie: „dat de valsche voorstelling die een der partijen tot het sluiten van de overeenkomst bewoog, op het rechtsgevolg van deze eerst dan van invloed is, wanneer men, onder inachtneming van alle omstandigheden naar objectieven maatstaf mocht aannemen dat beide partijen hun overeenkomst van de waarheid dier voorstelling als van een voorwaarde afhankelijk hadden gesteld”.

Dat het woord voorwaarde hier gebruikt wordt in zeer oneigenlijke beteekenis zal ik later trachten aan te toonen.

Hier wordt vastgesteld dat naar HOUWING's interpretatie de gevolgen die de wet aan dwaling verbindt uitsluitend worden gereserveerd voor misleiding. Immers indien er sprake kan zijn van een voorwaarde als door HOUWING bedoeld, dan heeft de wederpartij het ontstaan van de valsche voorstelling bevorderd en dus schuldig of onschuldig den ander misleid.

Ik meen nog enkele opmerkingen te moeten maken met betrekking tot de woordenkeuze van de wet. Meende ik reeds te mogen opmerken dat reeds het woord dwaling irriteerend werkt, er zijn nog andere bijzonderheden waardoor de hier besproken artikelen dat zelfs sterker doen.

De wet noemt het woord dwaling in één adem met de woorden bedrog en dwang. Nu wil het mij voorkomen dat wie over dwaling spreekt daarbij in de eerste plaats denkt aan hem die er de dupe van is; terwijl de woorden bedrog en dwang eerder de aandacht vestigen op den bedrijver van die euvelen.

In één adem met de woorden bedrog en dwang verwacht men het woord misleiding.

Daar komt nog bij dat de wet in art. 1357 zegt: geen toestemming is van waarde dan indien dezelve plaats heeft omtrent „de zelfstandigheid der zaak” waarop de dwaling betrekking moet hebben. Die uitdrukking is niet bijster helder. Men voelt dadelijk dat men daarvan tot op zekere hoogte kan maken wat men wil. En zoo is men geneigd de beide wetsartikelen als onbruikbaar te beschouwen.

Ik zei reeds dat men in één adem met bedrog en dwang het woord misleiding zou verwachten. En in tegenstelling nu met het Engelsche recht schijnt onze wet zich met misleiding niet te bemoeien, tenzij dan indien men in plaats van de wetsartikelen Houwing's voorstel leest, waardoor als gezegd misleiding in de plaats van dwaling wordt geschoven.

Naar Houwing's opvatting is het uitsluitend aan het falen van den wetgever te danken dat de dwaling in plaats van de misleiding is geregeld.

Na deze voorloopige opmerkingen kunnen wij overgaan tot het juridisch onderzoek.

Ik heb dit zoover verschoven omdat naar ik meen de reeds gemaakte opmerkingen het gemakkelijker maken de stof te bezien en te beoordeelen.

Het wil mij voorkomen dat indien men onder dwaling verstaat niets anders dan een valsche voorstelling de lezing van onze wet steeds den indruk moet wekken dat er iets hapert.

Men kan toch moeilijk zeggen dat de toestemming door een valsche voorstelling wordt gegeven hoewel men op gezag van de wet mag aannemen dat toestemming wel door dwaling kan worden gegeven. En dat aan te nemen is ook minder moeilijk wanneer men in de dwaling ziet een proces, een ontwikkeling leidend tot, of uitgaand van, een verkeerde voorstelling, er tõe leidend, dat een partij zijn toestemming geeft.

Dat een valsche voorstelling een overeenkomst nietig maakt leest al even slecht. Een voorstelling is om zoo te zeggen in zichzelf verzonken en doet niets. Dwaling als proces doet wel

iets, men kan gelooven dat zulk een proces ten slotte een overeenkomst nietig maakt.

Ook de opmerkingen die tot indeeling van de gevallen leiden waarnaar een beroep op dwaling zou moeten bekeken worden kunnen, dunkt me, tot een goede beoordeeling van de stof meewerken.

En dit alles te meer omdat HOUWING's systeem een geheel ander is en deze punten verwaarloost.

HOUWING's leer is gevormd onder den sterken invloed van zijn opinie dat de wet geen steun biedt om belangen van de tegenpartij te beschermen en dat de woorden „zelfstandigheid der zaak” totaal onbruikbaar zijn.

Zijn systeem om de stof te behandelen heeft dien indruk in de hand gewerkt en de oplossing in een bepaalde richting geforceerd en in dat systeem ligt dan ook een groot bezwaar.

Dat systeem komt, zooals ik het zie hierop neer, dat hij uitgegaan is van de bestrijding der klassieke leer en tegen deze leer zijn beschouwing over de voorwaardelijkheid der overeenkomst heeft geplaatst.

Daardoor kan men zeggen dat zijn studie wortelt in de strijd-vragen van zijn voorgangers en een overheerschend leerstellig karakter heeft. Zoo zelfs dat hij de wetsartikelen naar het mij voorkomt behandelt als documenten het leerstuk der dwaling betreffende en de wetgevers als onhandige ontwerpers van een uittreksel uit POTHIER en slechte uitleggers van diens werk. Met al zijn critiek daarop is HOUWING gebleven onder den ban van de klassieke leer.

Van die leer vinden wij bij von SAVIGNY een van de meest gezaghebbende uiteenzettingen en volledigheidshalve zal ik deze in het kort weergeven.

Naar von SAVIGNY is dwaling de bewustzijnsstoestand waarin een juiste voorstelling door een onjuiste wordt verdrongen (Systeem III, pag. 3). Deze dwaling heeft geen beteekenis omdat men de vrije keus heeft een overeenkomst aan te gaan of niet en het er niet toe doet om welke reden men een overeenkomst aangaat.

Dit is de dwaling in het motief of de eigenlijke dwaling.

Evenwel komt het ook voor dat iemand meent een geldige overeenkomst te sluiten (Systeem III, pag. 263) maar inderdaad niet wil wat daartoe noodig is. Dan bindt hij zich ook niet omdat hij niet wil. De verklaring van deze schijnvertooning is te vinden in een dwaling. Echter omdat deze dwaling zelf niet van belang is maar alleen als indicator van wils-afwezigheid wordt die dwaling genoemd onecht. (Een glad verkeerd gebruik van het woord onecht; de dwaling is echt genoeg al hoeft men er zich dan ook niet om te bekommeren).

VON SAVIGNY onderscheidt de voornaamste gevallen van onechte dwaling in twee groepen. De eerste groep is kenbaar door te letten op den dwalenden persoon; de tweede groep door te letten op het voorwerp der dwaling.

Lettend op den dwalenden persoon bestaan twee typen van gevallen:

1. Wat men eigenlijk wil is iets anders dan men verklaart.
2. Misverstand tusschen partijen.

Lettend op het voorwerp van de dwaling kan dit voorwerp zijn:

1. De geheele wilsinhoud, b.v. ondertekening van het verkeerde stuk.

2. Een gedeelte van den wil („Teile des Willens”; m.i. een onvertaalbare en onverteerbare uitdrukking).

Drie deelen van den wil (de wilsverklaring misschien) worden dan onderscheiden n.l. de deelen die betrekking hebben op:

- a. de natuur van de rechtsverhouding;
- b. den bij de overeenkomst als wederpartij optredenden persoon;
- c. de zaak die voorwerp van de overeenkomst is.

Men schijnt von SAVIGNY zoo te moeten begrijpen dat hij deze gevallen (met een kleine restrictie voor het geval onder c genoemd) beschouwt als wezenlijke dwaling waartegenover dan staat de onwezenlijke dwaling d. w. z. de begeleidende dus onechte dwaling die toch niet mag doen besluiten tot afwezigheid van den wil.

Wezenlijk zijn nu de: error in specie contractus,
error in persona,
error in corpore.

Naast die error in corpore (dwaling met betrekking tot de zaak zelf, de individualiteit der zaak om 't zoo maar te zeggen) bestaat ook dwaling omtrent de eigenschappen der zaak.

Die dwaling is niet wezenlijk maar moet als wezenlijk worden beschouwd (is dus om zoo te zeggen quasi-wezenlijk) wanneer de dwaling betreft een eigenschap die naar de in het werkelijk verkeer heerschende begrippen de zaak tot een andere maakt dan als hoedanig die zaak als er geen dwaling was, beschouwd zou zijn.

Zooals men ziet is deze leer vrij ingewikkeld en met niet weinig fraaie termen gesierd; termen die ook in onze leerboeken hun plaats hebben gevonden (LAND-LOHMANN, OPZOOMER).

Tegen de leer van von SAVIGNY heeft HOUWING dit bezwaar ontwikkeld dat ook bij wezenlijke en quasi wezenlijke dwaling de verkeerde voorstelling de wilsvorming zou veroorzaken en zulks op psychologischen grond. En tegen de geheele klassieke

leer heeft hij zijn bezwaar ontwikkeld omtrent de zelfstandigheid van de zaak waarmee deze altijd zit te tobben.

Maar zooals ik reeds opmerkte staat hij toch wezenlijk op geen andere basis. En dit komt karakteristiek daarin uit dat Houwing wel veel aandacht wijdt aan de verhouding tusschen dwaling en „wil” maar met geen woord spreekt over de toestemming noch toelicht welke beteekenis de verhouding tusschen dwaling en wil voor de toestemming heeft; terwijl daarentegen onze wet met geen woord spreekt over de wil maar juist wel over de toestemming.

Dit kenmerkt m. i. de leerstelligheid der behandeling. Of zou er tusschen het „system des heutigen römischen Rechts” en dat onzer wet ten deze geen verschil mogelijk zijn?

Wij willen nu nagaan hoe Houwing de wet leest om dan zijn bezwaren daartegen en zijn oplossing voor die bezwaren te bespreken.

Houwing beschouwt art. 1357 als inleiding tot art. 1358 en meent dan dat onze wet in die beide artikelen aan die partij bij een overeenkomst die tot het aangaan van die overeenkomst bewogen wordt door een valsche voorstelling het recht geeft de nietigheid van die overeenkomst in te roepen op grond van dwaling, als die valsche voorstelling betrof de zelfstandigheid der zaak welke het onderwerp der overeenkomst uitmaakte; (het tweede lid van art. 1358 wordt ook verder buiten beschouwing gelaten, evenals de rechtsdwaling).

Als voornaamste bezwaren voert Houwing tegen dit wetsvoorschrift aan:

1. Dwaling in de identiteit heeft geen gevolg.
2. Er is geen enkel behoorlijk criterium om vast te stellen wat de zelfstandigheid der zaak is.
3. Voorzoover dwaling de nietigheid van de overeenkomsten kan bewerken wordt niet de minste rekening gehouden met de billijkheid die eischt dat ook op het belang van de tegenpartij wordt gelet.

Zelfs al had die tegenpartij geen enkele reden om aan te nemen dat de ander dwaalde dan nog zou deze geheel willekeurig de nietigheid van de overeenkomst mogen inroepen en b.v. zijn recht misbruiken om gevolgen te ontgaan waarvan hij het risico met vol bewustzijn had aanvaard.

Om deze bezwaren te ondervangen stelt Houwing voor het beginsel van POTHIER te aanvaarden en wel dat dwaling dan alleen maar nietigheid tengevolge heeft indien de valsche voorstelling betreft eigenschappen die partijen beide op het oog hadden en die zij zoo belangrijk vonden dat zij het aangaan der overeenkomst van de juistheid hunner voorstelling dienaangaande hebben afhankelijk gemaakt.

Aanvaardt men dit voorstel dan ziet men bij nadere be-

schouwing dat er geen enkele reden is het niet te wijzigen in zooverre dat men de eigenschappen buiten de beschouwing laat. Immers of datgene wat partijen in het bijzonder op het oog hadden al dan niet eigenschappen van de zaak zijn is van geen belang indien zij, naar men onder inachtneming van alle omstandigheden, en objectieven maatstaf mocht aannemen, van de waarheid der betreffende voorstelling het aangaan hunner overeenkomst als van een voorwaarde hadden afhankelijk gesteld.

Derhalve: indien partijen bij voorbeeld de identiteit bijzonder op het oog hadden dan kan de dwalende partij zich ook op dwaling betreffende de identiteit beroepen. Hadden partijen bepaalde eigenschappen op het oog dan komt het er niet op aan of deze eigenschappen tot de zelfstandigheid der zaak gerekend mogen worden. Maar daartegenover staat, dat alleen dan een beroep op dwaling opgaat indien beide partijen zich ten volle bewust waren dat zij van de waarheid der voorstelling die later onjuist zou blijken, een voorwaarde hadden gemaakt. Dat naar dezen regel onder alle omstandigheden een beslissing gegeven kan worden die met alle nuances der billijkheid strookt wordt bestreden door Prof. MOLTZER (Mr. J. P. MOLTZER, Praeadvies: Handelingen Ned. Jur.-Vereeniging 1889, I, blz. 159 vlg.). Maar MOLTZER staat blijkbaar op het standpunt dat naar onze wet, indien de dwaling betreft de zelfstandigheid van de zaak, steeds zonder meer de nietigheid van de overeenkomst ingeroepen worden kan. Dit standpunt deel ik niet zooals ik later zal betoogen wanneer ik mijn opvatting uiteenzetten zal die evenmin een groote kans biedt om in het door MOLTZER gegeven geval een beroep op dwaling mogelijk te maken.

Maar wel deel ik ten volle het door MOLTZER nader ontwikkelde bezwaar tegen het gebruik dat HOUWING van het woord en de figuur der voorwaarde maakt; een bezwaar dat HOUWING, gewaarschuwd als hij was door de beschouwingen van DIEPHUIS, heeft voelen aankomen en waartegen hij zich tracht te dekken met de volgende redeneering.

„Mag het geen voorwaarde heeten”, zoo zegt hij op pag. 151, „zoo b.v. een horloge gekocht wordt onder het voorbehoud dat het een gouden is?”

„Men zal wel doen”, zoo gaat hij voort, „deze vraag scherp af te scheiden van deze andere of uit een dergelijk voorbehoud een voorwaardelijke verbintenis kan voortspruiten. Op deze laatste toch zou een ontkennend antwoord niet kunnen uitblijven. Immers de zwevende toestand met zijn aankleef, eigenaardig gevolg van het afhankelijk stellen der verbintenis van een toekomstige onzekere gebeurtenis zal hier ontbreken, waar wij met een *conditio in praesens relata* te doen hebben

en dus de objectieve onzekerheid missen die door het wezen der voorwaardelijke rechtsbetrekking geëischt wordt.

Wie dus uitsluitend de voorwaardelijke verbintenis in het oog vat, en uit haar wezen tot het karakter der voorwaarde wil besluiten zal aan ons voorbehoud dat karakter moeten ontzeggen."

De voorwaarde waar Houwing over spreekt is dus de voorwaarde waarvan het bestaan van een overeenkomst afhankelijk is. Derhalve is hij dan ook ten volle gerechtigd er op te wijzen dat hij niets te maken heeft met de voorwaardelijke verbintenis en met de artt. 1289 en 1299 B. W.; derhalve ook dat men hem niet kan bestrijden met het argument dat een voorwaarde moet zijn een toekomstige onzekere gebeurtenis van welker gebeuren of niet gebeuren de inwerking-treding of het voortbestaan der verbintenis wordt afhankelijk gesteld; immers dit voorwaardebegrip is afgeleid uit de omschrijving der voorwaardelijke verbintenis.

Het begrip van de voorwaarde waaraan wij moeten denken kunnen wij het beste vinden met behulp van een voorbeeld dat H. geeft op pag. 164.

Het voorbeeld is dit: „Ik verneem dat mijn paarden zijn gestorven, en daar ik er geen oogenblik buiten kan, haast ik mij om andere te krijgen. Ik vervoeg mij bij iemand van wien ik vermoed dat hij er een paar over heeft, die hij wel wil missen. Dit blijkt echter niet onvoorwaardelijk het geval te zijn. Hij maakt bedenkingen. Ik dring bij hem aan, wijs hem op mijn ongeval en de ongelegenheid waarin ik daardoor gebracht ben. Na veel praten over en weer verkoopt hij ze mij voor een prijs, die het voor ieder deskundige duidelijk maakt dat hij uit mijn verlegenheid munt heeft geslagen."

Hierop volgt deze conclusie:

„Naar onze meening is deze overeenkomst voorwaardelijk, zoodat zij zonder rechtsgevolg moet blijven zoo blijkt dat mijn paarden niet dood waren."

Een groot bezwaar van dit voorbeeld is dat het uitermate schoolsch is en zelfs zonderling.

Bekijken wij het nauwkeurig dan heeft de zaak zich aldus toegedragen. De verkooper had (om niet genoemde reden maar die misschien van bijzonder belang is) niet veel zin paarden te verkoopen. De kooper heeft nu zijn bereidwilligheid ingeroepen door te wijzen op zijn onaangename positie en inderdaad, nu heeft de verkooper toegestemd maar hij heeft een buitengewoon hoogen prijs bedongen.

Dit neemt Houwing den verkooper kwalijk. Het blijft de vraag of hij daarin gelijk heeft. Want wij weten niet waarom de verkooper zoo weinig toeschietelijk was en de prijs van een paard hangt als regel sterk af van de gelegenheid om te

verkoopen. Nu de verkooper zich bloot gaf door op zijn verlegenheid te wijzen moest hij er wel op rekenen dat de ander zich niet zou laten verleiden door de kans een paard te verkoopen maar allicht door de zekerheid buitengewoon voordelig zaken te doen. Daarenboven blijkt uit niets dat kooper of verkooper rekenden met de mogelijkheid dat koopers paarden niet dood waren.

Er blijkt zelfs niet dat de kooper den bedongen prijs niet zou hebben betaald, al was het maar om gedekt te zijn tegen de kans dat zijn paarden dood waren.

En komt nu achteraf de kooper zich op dwaling beroepen dan zouden wij hem tegenwerpen dat hij zich maar door een voorwaarde had moeten dekken tegen de gevaren aan een dwaling verbonden. Natuurlijk had de kooper de overeenkomst van een voorwaarde afhankelijk kunnen maken. Indien hij het bericht van het sterven zijner paarden wantrouwde zou dat misschien verstandig zijn geweest. Nu hij echter zulk een voorwaarde niet heeft gemaakt, want noch dat de kooper alleen voorwaardelijk wilde koopen noch dat die verkooper die voorwaarde wilde accepteeren lijkt mij zelfs maar aannemelijk, lijkt het mij echter dat men moeilijk hem ten faveure kan aannemen dat het toch gebeurd is. Het woord voorwaarde werkt hier dus verwarrend. De vraag of hier een beroep op dwaling mogelijk is wordt gesplitst in tweeën: moet de overeenkomst als voorwaardelijk worden aangemerkt of had de overeenkomst juist voorwaardelijk gesteld moeten worden.

Het is vanzelfsprekend m. i. dat bij elke overeenkomst moet worden nagegaan, zoover de houding van partijen daartoe aanleiding geeft, of deze afhankelijk is gesteld van een voorwaarde. Daartoe is noodig dat de eene partij die voorwaarde beslist heeft gesteld en de andere die heeft aangenomen.

Is echter zulk een voorwaarde betreffende de juistheid van een of andere voorstelling gemaakt dan behoeft indien die voorstelling onjuist blijkt men zich niet op dwaling te beroepen. Men beroept zich dan natuurlijk op de voorwaarde. Men kan zich zelfs niet op dwaling beroepen want hoezeer men ook werkelijk gedwaald mag hebben omtrent een of ander — men dwaalde niet bij het aangaan van de overeenkomst, omdat men de werking der dwaling uitsloot.

Koop ik een koe onder uitdrukkelijk beding dat zij gezond is dan zal, wanneer die koe ziek blijkt te zijn ik mij er toch niet op beroepen dat ik *meende* dat de koe gezond was?

Het zou waarschijnlijk onfatsoenlijk zijn indien ik onder die garantie had gekocht terwijl ik meende dat de koe ziek was, maar overigens doet wat ik meende niet ter zake.

Een beroep op mijn dwaling zou geen zin hebben en is verbodig. Maar juist wanneer ik verzuimd heb mij bij overeen-

komst te dekken tegen de gevaren van een verkeerde voorstelling, wanneer ik eenvoudig over de mogelijkheid dat die voorstelling fout was niet heb gedacht dan juist zal ik, wanneer ik blijk gedwaald te hebben mij op die dwaling willen beroepen.

Wil er sprake zijn van een voorwaarde dan moet er een gedachtengang zijn op die voorwaarde gericht.

Het is zeer eigenaardig dat HOUWING, wien het vooral om de bedoeling van partijen te doen is hun gedachtengang verwaarloost. In die gedachtengang komt geen voorwaarde voor, want er is geen twijfel.

In plaats echter van de werkelijke gedachtengang die gevolgd moet worden om de bedoeling van partijen op het spoor te komen, construeert nu HOUWING een juridisch bruikbaar gedachtengang passend bij de veronderstelde achterafbedoeeling van partijen.

Dit is onjuist. Wat MEIJERS opmerkt (in een noot bij arrest H. R. 9 December 1933, pag. 305, over de opvatting dat bij een wederkeerige overeenkomst, waarnaar de eene praestatie slechts verschuldigd is als de andere is geleverd die eerste beschouwd zou moeten worden als voorwaarde voor de verschuldigdheid van de andere) geldt ook hier: waar de eerste praestatie als verplichting — niet als toekomstige onzekere gebeurtenis is gedacht, is ook de juistheid van de valsche voorstelling als feit — niet als voorwaarde gedacht.

De voorwaarde bestaat alleen in fantasie.

Zou echter van dwaling sprake zijn indien zulk een voorwaarde was ingevoegd (hetgeen ik dus niet kan aannemen) dan heeft de eene partij de andere, die immers als die voorwaarde niet was ingevoegd niet tot de overeenkomst zou zijn toegetreden, misleid. Deze misleiding wreekte zich zelf omdat geen overeenkomst tot stand komt daar de voorwaarde niet is vervuld. Mitsdien was tegen deze vorm van misleiding geen afzonderlijke bescherming noodig en staat de zaak zoo dat, de uitleg van HOUWING aanvaardend, men moet aannemen dat de artt. 1357 en 1358 totaal overbodig zijn.

De hier ontwikkelde gedachtengang vindt men eveneens bij MOLTZER en bij LOSECAAT VERMEER. (P. A. J. LOSECAAT VERMEER: „Wil en verklaring bij overeenkomsten”, proefschrift 1913). Immers zoo zegt LOSECAAT VERMEER (pag. 155), „Het leerstuk der eigenlijke dwaling wordt aldus tot onderdeel van de leer der uitlegging van overeenkomsten gemaakt; immers alleen dan mag een valsche voorstelling in aanmerking genomen worden, wanneer partijen hetzij stilzwijgend van de juistheid dier voorstelling de overeenkomst als van een voorwaarde afhankelijk hebben gesteld. Maar kan men dan eigenlijk nog wel van den invloed der dwaling spreken?”

„M.i. heeft dan de overeenkomst reeds uit kracht van haar inhoud in rechten geen gevolg. Terecht is dan ook beweerd, dat de oplossing door HOUWING aan het probleem van de werking der dwaling gegeven hierop neerkomt, dat „eigenlijk aan de dwaling in de motiveerende voorstelling van één of meer contractanten alle invloed op het rechtsgevolg hunner overeenkomst eenvoudig weg wordt ontzegd”. (MOLTZER). Van werking der dwaling kan men eerst dan spreken, wanneer op grond daarvan de overeenkomst vernietigd wordt zonder dat van de juistheid der voorstelling door partijen een uitdrukkelijk of stilzwijgend voorbehoud is gemaakt m. a. w. voorwaarde voor de toepasselijkheid van art. 1358 is dat er een overeenkomst aanwezig is, welke niet reeds uit kracht van haar inhoud geen rechtswerking heeft.”

„Onze rechtspraak gedraagt zich in hoofdzaak naar de door HOUWING ontwikkelde beginselen: in werkelijkheid geeft de uitlegging der overeenkomst den doorslag en de eenige invloed van art. 1358 is dat de rechter, na het resultaat zijner uitlegging te hebben vastgesteld, de geheel overtollige en onmogelijke fictie inschuift, dat het resultaat is: de zelfstandigheid der zaak”.

In aansluiting op deze laatste woorden van LOSECAAT VERMEER wilde ik overgaan tot de beschouwing der Jurisprudentie waarbij ik mij in hoofdzaak zal beperken tot die sinds 1925.

Maar vooraf dient een en ander opgemerkt.

Want de opvatting dat men alleen van dwaling mag spreken als deze door het voorwaardelijk stellen van de overeenkomst gedekt is heeft, behalve voor de vraag of een beroep op dwaling toelaatbaar is, ook nog andere gevolgen in het Nederlandsche recht waarop zoover mij bekend nog niet is gewezen.

Immers indien partijen hun overeenkomst hebben afhankelijk gesteld van een voorwaarde dan behoort deze voorwaarde tot de overeenkomst zooals ook MOLTZER en LOSECAAT VERMEER duidelijk verklaren.

Is nu een akte van de overeenkomst opgemaakt — waarin natuurlijk die voorwaarde niet voorkomt — dan krijgt wie zich op zulk een voorwaarde wil beroepen te doen met art. 1934 B. W.

Art. 1934 zegt: „Geen bewijs door getuigen wordt toegelaten nopens hetgeen tegen of boven den inhoud der schriftelijke akte gevorderd wordt noch ook omtrent hetgeen men mocht beweren dat voor, ten tijde, of na het opmaken van zoodanige akte zoude zijn gezegd.”

Zooals bekend is dit de strekking van art. 1934, om de akte als „preuve préconstituée” te handhaven tegenover getuigenbewijs en vermoedens. Getuigen en vermoedens zullen niet

gebruikt mogen worden, om aan te toonen dat de akte de overeenkomst niet juist of niet volledig weergeeft.

Indien men nu de overeenkomst heeft afhankelijk gesteld van een voorwaarde dan moet dus die voorwaarde in de akte zijn opgenomen, wat in de door Houwing bedoelde gevallen wel niet zoo zal zijn en bij gebreke daarvan mag men het bestaan dier voorwaarde — dus noodig voor beroep op dwaling — niet met getuigen of vermoedens bewijzen. Anders is dit wanneer men HOUWING's regel verwerpt zooals dan ook blijkbaar ANEMA (ASSER-ANEMA: Handleiding burgerlijk recht, Van Bewijs, tweede druk, pag. 225) doet uit wiens geheele betoog over de beteekenis van art. 1934 volgt dat wie zich op dwaling beroept de overeenkomst niet aantast zoodat hij wel met getuigen en vermoedens de feiten mag bewijzen waaruit HOUWING een voorwaarde zou afleiden.

Het verschil in opvatting geeft ook in ander opzicht een moeilijkheid.

Vrij vast en sterk gefundeerd is immers de jurisprudentie volgens welke een beroep op dwaling als verweermiddel niet opgaat. Wie zich op dwaling beroept moet zelfstandig (conventioneel of reconventioneel) een eisch tot vernietiging instellen.

Op dit punt negeert de jurisprudentie de consequentie van de leer die zij overigens steeds meer aanvaardt.

Want wie zich beroept op een voorwaarde waarvan de overeenkomst door partijen was afhankelijk gesteld kan volstaan met een beroep op die voorwaarde en behoeft niet zelfstandig een eisch in te stellen.

Merkwaardig is het vonnis van den kantonrechter Mr. PRINSEN GEERLINGS van 18 Mei 1927 (W. 11870; N. J. 1928, pag. 1064) omdat beide nevenvragen daarbij ter sprake komen en de kantonrechter op de eerste vraag besliste dat ook bij een beroep op dwaling art. 1934 in den weg staat en op de tweede, dat een beroep op dwaling toelaatbaar was hoewel het beroep daarop als verweermiddel gebruikt werd.

Met deze beslissingen was de kantonrechter m.i. op het verkeerde spoor, maar precies in het spoor van Houwing, wiens leer hij evenwel waar het de onmiddellijke toepassing betreft verloocheent. Wij willen met zijn beslissing ons overzicht van de jurisprudentie sedert 1925 beginnen.

Iemand had n.l. advertenties geplaatst in het Politie-weekblad. Op de vordering tot betaling antwoordde hij dat de colporteur hem had meegedeeld dat het blad in 86.000 exemplaren werd verspreid en dat hij door er in te adverteeren een goede kans maakte leverancier van de politie te worden; maar dat deze feiten onwaar gebleken waren.

Dus meende hij zich op bedrog te mogen beroepen tegen den ingestelden eisch.

Bedrog achtte de kantonrechter niet aanwezig omdat eischeres de overeenkomst niet zelve had afgesloten. Maar wel meende hij gedaagde tot bewijs zijner stellingen te moeten toelaten omdat het mogelijk was dat de gestelde feiten dwaling opleverden immers: „Indien toch blijken mocht dat inderdaad de vertegenwoordiger van eischeres gedaagde de boven omschreven mededeelingen had gedaan en zulks niet met de waarheid overeenstemt, dan is er bij gedaagde dwaling omtrent zoo essentiele omstandigheden dat hier inderdaad gesproken moet worden van dwaling in de zelfstandigheid der zaak”.

Hier wordt dus nog, ondanks Houwing aan het vereischte zelfstandigheid der zaak vastgehouden en van een voorwaarde blijkt niets.

Wat dit betreft is in denzelfden geest het vonnis Rechtbank Alkmaar 20 November 1924 (N. J. 1925, pag. 633).

Gedaagde had een motor gekocht die volgens verkoopster (eischeres) een oliemotor was. Dit bleek achteraf niet waar en gedaagde beriep zich op bedrog subsidiair dwaling. Het beroep op bedrog verwerpende omdat er slechts sprake was van een enkele onwaarheid achtte de Rechtbank het beroep op dwaling gegrond immers zij overwoog:

„dat toch vaststaat dat hij een oliemotor wenschte te koopen en uit het feit dat eischeres hem de motor te koop heeft aangeboden als oliemotor dan ook moet worden besloten, dat gedaagde, de motor koopende, in de meening verkeerde dat hij een oliemotor kocht;

dat deze dwaling betreft de zelfstandigheid der zaak daar het in deze gaat over een eigenschap van den motor, welke van zooveel gewicht is, dat mag worden aangenomen, dat gedaagde de motor niet zoude hebben gekocht indien hij geweten had dat de motor die eigenschap miste, en de gedaagde dus de nietigverklaring van den koop kan vragen op grond van dwaling;”.

Eveneens een beslissing van de Rechtbank Utrecht van 10 December 1924 (N. J. 1925, pag. 641) die overweegt:

„dat echter een rubberhak een rubberhak blijft en geen andere zelfstandigheid heeft ook al heeft zij een scheeve plaat en is zij daardoor minderwaardig”.

Ten slotte zij nog gewezen op het arrest van het Hof Amsterdam van 1 December 1925, N. J. 1926, pag. 1197, waarin eveneens aan de woorden zelfstandigheid der zaak wordt vastgehouden maar het vereischte van een voorwaarde niet wordt gesteld en meerdere voorbeelden zouden zijn aan te voeren.

Toch zijn er merkwaardige voorbeelden van den invloed van HOUWING's leer.

Men zie b.v. het vonnis van de Rechtbank Tiel van 16 Mei 1924 die er geen been in zag (W. 11221) om HOUWING's formulering en de wettelijke terminologie naast elkaar te gebruiken.

En vooral zie men het arrest van den Hoogen Raad van 28 Februari 1930 (W. 12117; N. J. 1930, pag. 1258) waarop nog wordt teruggekomen.

De Hooge Raad neemt de formulering van HOUWING over in deze overwegingen: „dat de gestelde feiten niet medebrengen, dat de gekochte aandelen één of meer eigenschappen misten van wier aanwezigheid beide partijen geacht moeten worden het aangaan harer overeenkomst afhankelijk te hebben gesteld”.

Deze definitie en die uit het arrest H. R. van 30 Mei 1924 (W. 11229; N. J. 1924, pag. 835) worden door MEIJERS in een noot onder het jongste arrest (m.i. terecht voor zoover dit jongste aangaat) genoemd variaties van die van HOUWING.

Niet altijd gaat de rechtspraak zoover als de H. R. Februari 1930; hoewel zeker de algemeene tendens is om de tegenpartij bij een overeenkomst te beschermen tegen een beroep op dwaling van de andere partij.

Een andere opvatting dan die van 1930 is naar mij dunkt te lezen in het arrest van 14 November 1924 (W. 11313; N. J. 1925, pag. 96) waar dit college overweegt:

„omdat hierbij wordt voorbijgezien, dat voor dwaling in den zin der wet niet voldoende is, dat de partij, die zich daarop beroept, zich metterdaad een onjuiste voorstelling omtrent de zelfstandigheid der zaak heeft gemaakt, maar dat daarvoor evenzeer vereischt is, dat zij inhoud en strekking der overeenkomst, en de omstandigheden waaronder deze wordt gesloten, in aanmerking genomen, zich redelijkerwijze een onjuiste voorstelling kon en mocht maken”.

Hier is niet de vraag of partijen de juistheid van een bepaalde voorstelling nu bepaaldelijk tot voorwaarde hunner overeenkomst hadden gemaakt, hier gaat het er ook op zichzelf genomen niet over of de eene partij min of meer schuldig stond aan de dwaling van de andere maar zuiver of de omstandigheden zoodanig waren dat de dwaling van één der partijen redelijkerwijs verschoonbaar was.

Beter met deze omschrijving dan met de eerst geciteerde verdragen zich de beslissingen volgens welke een partij maar niet alles mag gelooven wat de ander zegt (zie Rb. Rotterdam 20 Juni 1928, W. 11905; N. J. 1928, pag. 1651).

Immers wanneer een verkooper mij de onmogelijkste verzekeringen doet dan zal ik toch gerechtigd zijn op zijn aan-

biedingen in te gaan onder voorbehoud dat deze waar zijn. En waar er zooveel menschen lichtgeloovig zijn of te lui of te schuw om de voorstellingen die men hen geeft te controleren, daar zou juist in dit voorbehoud hun redding zijn; en het gaat niet aan hun voor hun lichtgeloovigheid te straffen door met het gemaakte voorbehoud niet te rekenen; die straf is alleen op zijn plaats als zij daarenboven verzuimd hebben dat voorbehoud in de overeenkomst op te nemen.

De formuleering van den Hoogen Raad bij arrest van 14 November 1924 wordt letterlijk gevolgd door Rb. Arnhem 30 Juni 1927 (W. 11809; N. J. 1927, pag. 1062) en 1 November 1928 (W. 11930; N. J. 1929, pag. 248).

Aan de hand van art. 1349 en 1356 B. W. stelt de rechter natuurlijk eerst vast of er een overeenkomst tusschen partijen bestaat.

Vergissingen en dwaling kunnen tengevolge hebben dat zulks niet is gebeurd, dit echter staat buiten de stof van dit opstel.

Zoo verklaart OPZOOMER (Mr. C. W. OPZOOMER: „Het burgerlijk wetboek verklaard, 1879, deel 6, pag. 84):

„Dat dwaling, geweld en bedrog dan alleen binnen het gebied van dit artikel (1357) liggen, wanneer zij in de werkelijk gegeven toestemming een gebrek veroorzaken, niet wanneer zij zelfs geheel ontbreken der toestemming met zich brengen”. En lyrisch volgt dan, „waar hun kracht zoover reikt is er in het geheel geen overeenkomst”.

Indien er nu een overeenkomst is, en daarbij een beroep op dwaling wordt gedaan meen ik dat zich het standpunt van onze rechtspraak ongeveer aldus laat omschrijven:

De rechtspraak is verdeeld.

Eenerzijds heeft men de uitspraak van den Hoogen Raad van 1930 waarin de leer van Houwing zuiver en consequent wordt toegepast.

Anderzijds heeft men uitspraken die op de wetsartikelen zijn gebaseerd. Vreemd genoeg komt dat evenwel op hetzelfde neer, de punten waaromtrent gedwaald wordt kunnen zoowel als zelfstandigheid van de zaak alsook als aanwijzing van voorwaardelijkheid der overeenkomst optreden, mits zij gemacht vinden in de oogen van den rechter. Als regel wordt ook rekening gehouden met het belang van de tegenpartij, maar de vraag of partijen de overeenkomst hadden afhankelijk gesteld van de juistheid van een voorstelling als van een voorwaarde behoeft daarbij niet te worden overwogen omdat in het algemeen gevraagd wordt of de omstandigheden waaronder de overeenkomst gesloten werd zoodanig waren

dat de dwaling te verontschuldigen was. En positief wordt de voorwaarde theorie verworpen waar beslist wordt dat de eene partij maar niet alles mag gelooven wat de andere zegt.

Intusschen is mijn indruk dat de rechtsprekende organen zich voortdurend gehinderd voelen door de weinige duidelijkheid van onze wet op dit punt speciaal door de onduidelijkheid van het begrip „zelfstandigheid der zaak” en door de vrees dat consequenties zouden leiden tot een met het oog op de belangen van de tegenpartij onhoudbare regel.

De leer van Houwing schijnt dan een oplossing te geven waarbij die moeilijkheden zijn omzeild maar het feit dat de rechtspraak in het algemeen maar moeilijk die leer ronduit kan aanvaarden schijnt mij er op te wijzen dat men de oplossing wel in die richting maar toch elders zoekt.

Heel typisch is wel hoe zich telkens het streven openbaart om rekening te houden met de belangen van de wederpartij. En ook dat daartoe veelal gegrepen wordt naar de constructie van de voorwaarde waarvan het aangaan der overeenkomst zou zijn afhankelijk gesteld. En al schijnt er een onoverwinnelijke aarzeling te bestaan om Houwing's leer zonder meer te aanvaarden, toch blijkt hier wel uit dat vrij algemeen het gevoelen bestaat dat hij met deze leer op de goede weg was.

Dezerzijds wordt dat dan ook gaarne erkend. Maar het wil mij voorkomen dat toch een meer juiste regeling gevonden kan worden en ook door den wetgever gevonden werd.

En wat betreft Houwing's voorstel lijkt het mij dat de invloed van het woord voorwaarde noodzakelijk meebrengen moet en ook heeft meegebracht dat de fijne afweging van hetgeen partijen toekomt en die door de rechtsfiguur der dwaling gewaarborgd wordt is zoek geraakt.

Ik meen dit te kunnen demonstreeren aan het geval dat wij behandeld vinden in het arrest van den Hoogen Raad van 28 Februari 1930 (W. 12117; N. J. 1930, pag. 1258).

Het geval dat daartoe aanleiding gaf was het volgende:

Een landman te Colijnsplaat had van een bank door tusschenkomst van een inspecteur dier bank twee aandeelen Danube Oil Trading Cy of Roumania Ltd. gekocht. Hij was daartoe gekomen omdat de bank in zijn woonstreek zulke gunstige berichten aangaande die aandeelen had doen verspreiden en die berichten hem door den inspecteur der bank persoonlijk waren bevestigd (dit althans stelde hij). De inspecteur had hem meegedeeld als feiten:

1. dat die aandeelen een schitterende geldbelegging waren;
2. dat ze reeds 190 pct. waard waren;
3. dat als een gunst clienten van de bank ze voor 170 pct. konden krijgen;
4. dat binnenkort 35 pct. zou worden uitgekeerd;
5. dat de aandeelen wel tot 300 pct. zouden stijgen.

Naderhand bleek dat de gekochte aandeele nagenoeg waardeloos waren en de boer eischte nietigverklaring op grond van dwaling subsidiair bedrog.

De Rechtbank achtte dwaling niet aanwezig maar indien de gestelde feiten waar bleken wel bedrog; het Hof echter achtte dwaling noch bedrog aanwezig.

Zoo kwam de boer voor den Hoogen Raad, waar het hem intusschen niet beter verging.

Immers de H. R. overwoog dat hetgeen de boer had gesteld slechts daarop neerkwam dat hij teleurgesteld was in de verwachtingen bij hem opgewekt door wat de bank had rondgestrooid en haar inspecteur hem bepaaldelijk had meegegeeld; en dat er van dwaling geen sprake was omdat de gestelde feiten niet meebrengen dat de gekochte aandeele één of meer eigenschappen misten van wier aanwezigheid beide partijen geacht moeten worden het aangaan harer overeenkomst afhankelijk te hebben gesteld."

De H. R. had m. i. daarin volkomen gelijk en had zelfs nog verder kunnen gaan. Want de gestelde feiten leveren alle grond om te vermoeden dat de Bank (die tijdens deze procedure ook al in liquidatie was) de bedoeling had de aandeele kwijt te raken en bijtijds nog zooveel geld in de wacht te slepen als mogelijk was. Dat de Rechtbank aannam hier met bedrog te doen te hebben en dat zelfs het Hof verklaarde „dat de bank ten aanzien van de verkoop van genoemde aandeele niet die zorgvuldigheid heeft in acht genomen die een commissair in effecten past", doet wel zien dat ook deze college's alle reden hadden om te twifelen of de bank wel had willen toestemmen in een voorwaarde die de overeenkomst op blijkbaar zoo losse schroeven zou gezet hebben. De H. R. paste echter op dit geval de leer van Houwing toe met ontstellende consequentie en zuiverder dan de Advocaat-Generaal die het beroep op dwaling rechtvaardigde met de zinsnede: „En bij het arrest van den H. R. van 30 Mei 1924, W. 11229, N. J. 1924, 835 werd beslist, dat dwaling omtrent de zelfstandigheid der zaak in den zin van art. 1358 B. W. niet slechts aanwezig is, indien de zich verbindende partij zich omtrent de stoffelijke eigenschappen der zaak, welke het onderwerp der overeenkomst uitmaakt, een onjuiste voorstelling vormt, doch mede indien hun dwaling omstandigheden heeft (moet m. i. zijn betreft) welke voor haar de eigenlijke grond voor het aangaan der verbintenissen opleveren en de wederpartij zulks weet of geacht moet worden dit te hebben begrepen, en aldus van de juistheid van dezen grond het aangaan der overeenkomst afhankelijk is gesteld".

Bezien wij nu de omschrijving van den A.-G., ontleend aan een arrest van den H. R. zelve, dan blijkt dat deze o. m. dwaling

in den zin van art. 1358 aanwezig acht wanneer die dwaling omstandigheden betreft die voor de zich verbindende partijen de eigenlijke grond van het aangaan der verbintenis waren.

Voorts voegt de A.-G. nog toe dat de andere partij wist of *behoorde te weten* (althans komt het mij voor dat de conclusie begrepen moet worden) dat die omstandigheden voor zijn tegenpartij de eigenlijke grond tot het aangaan van de verbintenis waren.

Eindelijk zegt nog de A.-G. dat *aldus* van de juistheid van die grond het aangaan van die overeenkomst is afhankelijk gesteld.

Dit laatste is echter slechts een conclusie, die conclusie wijst wel op den invloed van *HOUWING* maar de elementen zelve hebben met de voorwaarde niets te maken.

Het lijkt mij daarom ook niet geheel juist dat *MEIJERS* in zijn noot de omschrijving die de A.-G. hier voordroeg en die welke de H. R. in dit geval toepaste opvat als variaties van *HOUWING's* omschrijving. De eerste toont slechts naar het uiterlijk daarmee overeenkomst, de tweede is inderdaad precies hetzelfde.

Maar juist daarom is de beslissing tegen de billijkheid gevallen. *MEIJERS* zegt nu wel dat in wezen het verschil tusschen den A.-G. en den H. R. daarin zit, dat men verschillend kan denken over, hoe redelijke mensen in een bepaald geval zouden oordeelen.

Naar ik aanneem bedoelt *MEIJERS* met redelijk fatsoenlijk. Anders heeft zijn opmerking geen zin want redelijke mensen kunnen nog onfatsoenlijk genoeg zijn. Welnu er is toch geen sprake van dat fatsoenlijke mensen zouden goedkeuren dat de een den ander met een stel aandeelen, dat nagenoeg waardeloos is of dreigt te worden gaat opscheppen door hem mede te deelen dat die aandeelen eigenlijk veel meer waard zijn dan hij er voor vraagt, dat ze een goede geldbelegging zijn, dat binnenkort 35 pct. dividend zal worden uitgekeerd enz. Men mag misschien van degene die zijn waar aanprijst niet altijd verlangen dat hij strikt de waarheid spreekt. (Zie *MEIJERS* W. P. N. R. 2749—2752 „opmerkingen omtrent het leerstuk der dwaling”); als regel is deze eisch echter toch het eenige juiste uitgangspunt voor de beoordeling der transacties. Zeker is het in hooge mate onfatsoenlijk om mededeelingen als de bank hier den boer liet doen, te doen zonder zeer goeden grond om de waarheid daarvan te gelooven. En dat de inspecteur goeden grond had om 35 pct. dividend te verwachten, om in deze aandeelen een behoorlijk beleggingsobject te zien op basis van aankoop tegen 170 pct. en mee te deelen dat de aandeelen 190 pct. waard waren is niet aannemelijk. Waarom mocht de

boer niet bewijzen dat dit hem inderdaad was meegedeeld. Omdat er dan naar de opvatting van den H. R. nog geen dwaling zou zijn immers nog niet zou blijken dat de waarheid dier mededeelingen door beide partijen als voorwaarde voor de geldigheid der overeenkomst was gesteld.

Hier wreekt zich de invloed van het woord „voorwaarde”, want het woord heeft hier het volle gewicht van zijn beteekenis doen voelen. Ook MELJERS leest dit in het arrest, immers hij zegt: „Wat echter volgens den Hoogen Raad hier blijkbaar ontbrak, was dat ook de *wederpartij* geacht moest worden de overeenkomst van de juistheid dezer omstandigheden afhankelijk gesteld te hebben”. Juist! In een voorwaarde moeten beide partijen toestemmen en juist ingeval van misleiding kan men nooit aannemen dat de wederpartij dit heeft gedaan. Dat is dus de consequentie. Op dwaling kan men zich nooit beroepen. Wie vreest wel eens te zullen dwalen moet zich door een geheel stelsel van voorwaarden daartegen maar dekken.

Dat Houwing's leer invloed heeft gehad, is, dunkt mij, uit het overzicht van de rechtspraak wel duidelijk — dat die invloed sterker is geworden schijnt uit de uitvoerig besproken beslissing van den Hoogen Raad te volgen. Maar hoe is die invloed nu te verklaren.

Want de bezwaren die ik aanvoerde waren toch reeds dadelijk te zien. En critiek is er ook reeds heel spoedig geweest, zooals ons bleek.

In de eerste plaats laat zich die invloed dunkt me verklaren uit de buitengewone qualiteiten van Houwing's proefschrift. Niemand, die zoo vriendelijk was dit betoog te volgen, kan daaruit ook maar een vagen indruk krijgen van de goede hoedanigheden van Houwing's proefschrift. Het past mij daarom die onomwonden te erkennen. Ze zijn zoodanig dat ik telkens gevreesd heb met mijn critiek op het verkeerde spoor te zijn; vooral Houwing's betoog omtrent de onhoudbaarheid der woorden „zelfstandigheid der zaak” raakt zeer diep de beteekenis der artt. 1357 en 1358 en is van de grootste beteekenis voor den uitleg daarvan.

Houwing nu bereid er ons op voor om de voorwaardelijkheid van de aangegane overeenkomst te beschouwen als reeds van overoude tijden erkende wezenlijkheid der dwaling tusschen contractanten. Ook de auteurs van de C. c. dachten, zoo betoogt hij, als zij over dwaling spraken telkens aan een soort van voorwaarde: zoodat men per slot van zake zou mogen aannemen dat evenzeer POTHIER als de auteurs van de C. c. als bedoeling voor den geest zweefde om alleen dan een beroep op dwaling toe te staan als het feitelijk was een

beroep op een voorwaarde waarvan partijen het aangaan hunner overeenkomst hadden afhankelijk gesteld.

Waar nu onze wetgever de Code vertaalde geldt voor onze wet hetzelfde.

En waar de woorden „zelfstandigheid der zaak” volmaakt onbruikbaar zijn en elke theorie die poogt die woorden te sauveeren tot ongerijmdheden komt, moet men wel erkennen dat de wet zich naar de letter niet laat toepassen, zoodat men de blijkbare bedoeling van den wetgever toepassend en daarbij een volmaakt bevredigende formule vindend, deze als wet behoort te aanvaarden. Wie die woorden „zelfstandigheid der zaak” prijsgeeft (en dat dit moet, wordt met kracht van argumenten betoogd) geeft dus elke beschouwing van het voorwerp prijs en wie het voorwerp als maatstaf prijsgeeft is als vanzelve op de bedoeling der partijen aangewezen.

„En wie de bedoeling der partijen raadpleegt, vindt in de voorwaarde zijn enige uitkomst”.

Zoo leidt volgens Houwing, de logica onverbiddelijk tot aanvaarding van zijn leer omtrent de artt. 1357, 1358; alleen zoo kunnen zij toepassing vinden tenzij men weet wat „zelfstandigheid der zaak” is hetgeen men zich slechts kan aanmatigen te weten.

Aldus — als ik het begrepen heb — kort samengevat Houwing's betoog.

Het zwaartepunt ligt m.i. in de ontkenning dat aan de woorden „zelfstandigheid der zaak” geen bruikbare beteekenis kan worden toegekend, waar dan bijkomt dat elk houvast in de wet ontbreekt om aan het redelijk belang van de tegenpartij bescherming te verleen.

Zooals nader zal blijken meen ik dat de woorden „zelfstandigheid der zaak” historisch bezien wel degelijk bruikbaar zijn en dat ook wel degelijk de wet een basis heeft gegeven om aan de belangen van de wederpartij tegemoet te komen.

Maar eerst wil ik daarop wijzen dat de bedoeling van partijen onbruikbaar is als hulpmiddel om het dwalingsvraagstuk op te lossen.

Onze wet verbiedt toch niet het bestaan van een voorwaarde te erkennen wanneer deze slechts uit de bedoeling van partijen blijkt. Het komt er dus eigenlijk niet op aan of partijen slechts bedoeld hebben het aangaan der overeenkomst van een voorwaarde afhankelijk te stellen of dat zij uitdrukkelijk zulk een voorwaarde hebben gemaakt. De artt. 1357 en 1358 zijn ook niet noodig (afgedacht van de vraag of ze daartoe bruikbaar zijn) om tot uitdrukking te brengen dat ook het aangaan van een overeenkomst van een voorwaarde afhankelijk gesteld kan worden. Ware nu uitdrukkelijk een voorwaarde gemaakt, zou dan zelfs Houwing er een oogenblik aan denken om, zoo

de voorstelling, waarvan partijen de juistheid hadden gesteld als voorwaarde, achteraf, onjuist bleek, te adviseeren dat dan de nietigheid van de overeenkomst op grond van dwaling gevraagd zou kunnen of moeten worden. Neen toch, want waarom zou alleen deze voorwaarde, waaraan trouwens niets bijzonders te zien is, in tegenstelling met elke andere voorwaarde langs een omweg moeten werken?

Maar als er dan dus geen voorwaarde is hoe kan men dan spreken van een voorwaarde? En wat verwacht Houwing dan nog van de bedoeling in die gevallen waarin toch blijkbaar de voorwaarde niet tot stand kwam?

„Wie de bedoeling van partijen raadpleegt vindt in de voorwaarde zijn eenige uitkomst”. Dat is juist naar het mij voorkomt. Maar als er geen voorwaarde is, dan kan men zeggen dat partijen die ook niet geldig bedoeld hebben.

Achteruit redeneerende kan men dus concludeeren dat partijen geen voorwaarde hebben bedoeld. Dat komt uit, partijen hebben aan geen voorwaarde gedacht en wat overigens hun bedoeling betreft waren zij het misschien lang niet eens. Wat komt het er zelfs op aan wat partijen die een geldige overeenkomst aangingen ten slotte bedoelden, al mag dan ook hun overeenkomst worden uitgelegd naar hetgeen zij als fatsoenlijke lieden geacht moesten worden met een onduidelijke clause bedoeld te hebben. Die bedoeling is de beteekenis die aan de overeenkomst of enkele bewoordingen daarvan wordt gehecht, niet de bedoeling die achteraf kan blijken nog een, aanvankelijk niet bestaande, voorwaarde in het leven te roepen. Een posthume voorwaarde zou men de door Houwing bedoelde misschien kunnen noemen.

In iets anders dan de bedoeling vindt men de rechtvaardiging van een ingrijpen ten behoeve van den dwalende en wel in de geschiedenis van de overeenkomst of wat ik — zonder daarbij te denken aan de interpretatie van dit woord in verband met de wetsartikelen waarin het genoemd wordt — de oorzaak van de overeenkomst zou willen noemen.

Wanneer twee partijen een overeenkomst hebben gesloten dan zal dat als regel het gevolg zijn van onderhandelingen en besprekingen. En ten allen tijde zal het billijk worden geacht dat men zich — desnoods zelfs tegen de uitdrukkelijke bewoordingen van de overeenkomst in — beroept op de onderhandelingen voor het tot stand komen gevoerd en de omstandigheden waaronder die onderhandelingen werden gevoerd. Of zulk een beroep in rechte resultaat zal hebben of het juridisch oirbaar is doet hier niet ter zake — billijk is het tot op zekere hoogte wel.

Dat ligt trouwens in den aard der zaak; in zekeren zin is hetgeen als overeenkomst geformuleerd werd niet meer dan

een stuk daarvan, in hoeverre dat het is hangt van het recht af, maar wat geformuleerd werd blijft daarenboven met alle vezelen aan de voorgeschiedenis verbonden, de onderhandelingen en de omstandigheden waaronder die werden gevoerd bepalen veelal de woordenkeus, bepalen ook de zinsbouw en de constructie van het geheel. En wil men de menschen niet weerloos overleveren aan de boosaardige handigheid van hun medecontractanten of de toevallige schijn van hun contractsomschrijvingen dan kan men geen recht doen op de geconcretiseerde brokstukken van wilsovereenstemming die ter beschikking van één der partijen staan.

Dit beginsel acht ik ook erkend in de wetsbepalingen die spreken over de oorzaak van een overeenkomst en alle definities die NABER van dit begrip geeft (*Handelingen der Nederl. Juristen-Vereeniging* 1889, I, blz. 20 vlg.) zijn verwant aan dit: dat de oorzaak is de voorgeschiedenis die zich tusschen partijen heeft afgespeeld.

Hiermee bedoel ik concreet dit. Een overeenkomst is als het ware gegroeid, is ook niet een feit maar een feitelijkheid en is beter te vergelijken met b.v. een boom dan met b.v. een tramongeluk. De oorzaak van een overeenkomst is daarom wat uit hetgeen er aan voorafging tot haar verklaring leidt, datgene wat er zelf niet tot behoorend, toch aan de totstandkoming dadelijk verbonden is. En neemt men nu het voorbeeld dat iemand een gouden horloge wil koopen, waarbij de zaak zich zoo toedraagt dat hij aan een horlogemaker dit te kennen geeft, waarop deze hem een horloge verkoopt dat naar de koper meent van goud is dan zou de overeenkomst kunnen zijn: ter eene zij „ik koop van U dit horloge” en ten andere „ik verkoop U dit horloge”. Maar wanneer nu later blijkt dat het niet van goud was dan zal het van de omstandigheden afhangen of naar billijkheid de koper kan zeggen: ik heb te kennen gegeven dat ik een gouden wilde koopen en dat hoort er dus bij. Onverschillig wat de ander verkoopen wilde.

Die mededeeling van den aanstaanden koper beteekent dus dit: zoo gaan we praten. En blijkt nu achteraf dat het horloge niet van goud was dan was de koper althans in dwaling, zooals blijkt uit die voorgeschiedenis en een beroep op dwaling is dan een beroep op die voorgeschiedenis en op wat achterna gebleken is.

Twee opmerkingen wil ik hierbij nog maken. De eerste is deze. Men kan natuurlijk al wat tusschen partijen zich afspeelde beschouwen als behoorend tot de overeenkomst. Dan wordt de formuleering van de overeenkomst niet meer dan een hulpmiddel tot de kennis van de eigenlijke overeenkomst.

Dit is m.i. het geval in het moderne russische recht waar art. 130 van de Code de la Russie Soviétique bepaalt: „Le contract est réputé conclu lorsque les parties se sont manifesté l'une à l'autre . . . leur accord sur tous les points essentiels, du dit contrat. Sont réputés en tous cas essentielles; l'object du contract, le prix, l'échéance *et aussi tous les autres points relativement auxquels d'après la déclaration préalable d'une partie, l'accord doit être obtenu.*”

En ten allen overvloede kent dit recht ook behalve een voorschrift tegen ongerechtvaardigde verrijking een bepaling betreffende de dwaling.

Maar — en dat is de tweede opmerking — men kan ook uitgaan van de onderstelling dat partijen ten slotte zooveel bepraten maar dan na rijp beraad nog eens afzonderlijk vaststellen wat nu overeengekomen is om daaraan gebonden te zijn: een man een man — een woord een woord. In het Nederlandsch recht is dit anders: het voorschrift betreffende de dwaling stelt voor zoover het dwaling betreft de gelegenheid tot beroep op die voorgeschiedenis weer open.

En wie nu op het standpunt staat dat een beroep op dwaling alleen kan opgaan wanneer partijen van de waarheid der onwaar gebleken voorstelling de overeenkomst als van een voorwaarde hebben afhankelijk gesteld doet feitelijk ook een beroep op de voorgeschiedenis maar met dit verschil dat hij eischt dat de andere partij heeft toegestemd om van de waarheid dier voorstelling een voorwaarde te maken. Hij zal dat waarschijnlijk herleiden tot de vraag wat de andere partij als voorwaarde had moeten erkennen, maar naarmate hij het serieuser neemt met de toestemming van die andere partij het aantal gevallen meer beperken en ten slotte als hij het ernstig opneemt slechts in die gevallen van dwaling spreken waarin partijen door een voorwaarde geheel in de mogelijkheid van dwaling hadden voorzien.

Kort resumeerende komt mijn betoog dus tot zoover hierop neer:

de bedoeling van partijen heeft met de dwaling niets te maken;

ingeval er sprake is van dwaling, is er geen sprake van een voorwaarde waarin met de mogelijkheid van dwaling wordt gerekend;

ingeval een voorwaarde in de mogelijkheid van dwaling voorziet is juridisch de dwaling slechts van belang in verband met de vervulling van de voorwaarde; een mogelijkheid om de billijkheid van het nietigheidsgevolg van dwaling te verklaren is niet in het voorwaardelijk stellen van het aangaan van de overeenkomst maar uitsluitend in de causa te vinden.

Indien ik mij nu afvraag hoe wij de wet moeten lezen dan interesseert mij het eerst de vraag:

Welke is de verhouding tusschen de artt. 1357 en 1358?

Naar de letter schijnen zij elk op zichzelf te staan: art. 1357 verklaart zonder meer elke toestemming van onwaarde die door dwaling is gegeven; art. 1358 constateert de vernietigende kracht der dwaling ten aanzien van de overeenkomst als geheel en direct en beperkt die kracht.

Echter in jurisprudentie en litteratuur worden deze artikelen niet als afzonderlijke bepalingen behandeld maar als onverbreekbaar verbonden; in die verhouding domineert dan het laatste artikel waardoor het eerste de beteekenis krijgt van een inleiding.

Deze beschouwing is zoozeer gemeen goed dat er veelal geen woord aan gewijd wordt (men zie bij HOUWING en LAND-LOEMAN, 4e deel, 2e druk 1907).

Verklaard vindt men haar echter bij DIEKHUIS (Mr. G. DIEKHUIS, Het Nederlandsch Burgerlik Recht, 10: 1886, blz. 397 vlg.) met deze woorden: „... hoe algemeen art. 1357 ook zegt dat geen toestemming van waarde is indien zij door dwaling is gegeven (maakt) deze een overeenkomst niet evenzeer als geweld of dwaling en bedrog in het algemeen voor vernietiging vatbaar, maar alleen in enkele gevallen, aangeduid in art. 1358 waarin wij een nadere ontwikkeling vinden omtrent de bedoelde dwaling, gelijk in art. 1359 e. v. en art. 1364 omtrent de twee andere in art. 1357 aangekondigde oorzaken van gebrekkigheid”.

Op grond van dit citaat nu meen ik te mogen zeggen dat DIEKHUIS art. 1357 leest als een inleiding op art. 1358 en de artikelen betreffende dwang en bedrog; juist omdat hij het met die drie groepen gelijkelijk verbindt.

Een bezwaar tegen deze opvatting is reeds dit dat art. 1357 zoo een zuiver leerstellige beteekenis krijgt en in plaats van een norm, een verklaring behelst, van de wijze waarop dwaling, dwang en bedrog de overeenkomst aantasten.

En dit mag reeds daarom niet zonder meer worden aangenomen omdat de opzet van den wetgever is geweest slechts normen en geen leerstellingen te geven zooals blijkt uit ASSER (Mr. C. ASSER, Het Nederlandsche Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon, blz. 472 en 478) die zegt dat men het beginsel had aangenomen om zooveel mogelijk uit het Wetboek definities weg te laten; en dat voorschriften van leerstelligen aard in het B. W. niet thuis behooren.

Wat dus niet blijkbaar toch een voorschrift van leerstelligen aard is mag dan niet als zoodanig worden aangewezen.

Daar komt bij dat art. 1357 zich als inleiding tot 1358 niet leent. Immers bestaat de mogelijkheid dat men dwaalt in de

zelfstandigheid van de zaak terwijl toch de toestemming niet door dwaling is gegeven.

Wanneer ik b.v. in een winkel die in alle opzichten den schijn heeft uitsluitend nieuwe artikelen te verkoopen een klok koop, die ik voor nieuw houd maar tweedehandsch is, dan is mijn toestemming door dwaling gegeven en betreft de zelfstandigheid van de zaak. Want ik heb alle reden om aan te nemen dat de klok die mij aangeboden wordt inderdaad nieuw is en behoefde verkoper daarnaar niet te vragen. Dat is stilzwijgend de basis van de overeenkomst, de aanwijzing van de beteekenis der tusschen ons gebruikte woorden en gemaakte afspraken.

Zie ik evenwel bij een uitdrager een klok staan die mij nieuw schijnt en meen ik nu op een koopje een nieuwe klok te krijgen; koop ik dan die klok zonder zelfs te informeeren of hij nieuw is en blijkt hij later tweedehandsch te zijn dan heb ik niet minder gedwaald in de zelfstandigheid van de zaak. Maar is nu de toestemming door dwaling gegeven? Psychologisch mogelijk wel, maar naar ik meen juridisch niet, omdat zooals ik later uitvoeriger zal betoogen — als toestemming slechts in aanmerking genomen mag worden de toestemming zooals die de wederpartij voor den geest kon of moest staan. En zoo zonder meer moet noch kan een uitdrager weten dat een koper bij hem een nieuw exemplaar zocht.

Bij deze zienswijze kan men aan beide artikelen een zekere mate van zelfstandigheid toekennen en juist omdat nu niet het laatste uitsluitend een beperking van het eerste bevat zou men zelfs de mogelijkheid van hun geheele onderlinge onafhankelijkheid in verband met de grammaticale uitleg kunnen overwegen.

Ik meen echter een anderen uitleg te moeten voorstaan en beroep mij daartoe op de historische interpretatie.

Om na te gaan wat de wetgever in deze artikelen heeft willen vastleggen moet men echter de besprekingen bij de code-vorming gevoerd wat uitvoeriger citeeren dan gewoonlijk gedaan wordt.

Men vindt de geschiedenis vermeld bij FENET (P. A. FENET: *Recueil complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*; uitgave Videocq, 1836, deel 13).

Ik meen dan eerst de aandacht te moeten vestigen op de besprekingen over het geweld en den invloed daarvan in den „Conseil d'état” (3 November 1803). Het voorgestelde artikel luidde: „La violence n'annule le contrat que lorsqu'elle était de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle a pu lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent”.

Daarover wordt gezegd:

M. SÉGUR pense qu'il est dangereux de supposer dans la loi que la violence n'annule pas toujours le consentement. M. BIGOT-PRÉAMENEU répond que la section n'a pas entendu qu'un contrat formé par violence pût avoir quelque effet; mais qu'elle a cru de fixer les caractères de la violence, afin qu'on ne pût, par de vaines allégations, ébranler les conventions valables. La section, en conséquence, et d'après le droit romain, n'admet les allégations de violence que quand il y a eu des faits de nature à faire impression sur une personne raisonnable.

M. BIGOT-PRÉAMENEU dit qu'on peut cependant déférer à l'observation de M. SÉGUR, en supprimant la négation qui donne à l'article une forme limitative.

M. PORTALIS adopte cet amendement, mais en ce sens qu'on ne reconnaît la violence qu'aux caractères déterminés par la loi. On pourrait donc, *après avoir posé le principe général que la violence annule le contrat*, ajouter:

„Il y a violence lorsqu'elle est de nature, etc.”

L'article adopté avec cet amendement.”

Op deze besprekingen van het artikel over het geweld wilde ik eerst de aandacht vestigen en dan nu in volgorde weergeven alle opmerkingen over de dwalingsartikelen gemaakt. De redactie van de dwalingsartikelen blijkt ter zitting van 8 December (1803) gewijzigd te zijn hoewel zij onveranderd waren goedgekeurd. Ik moet verklaren dat het mij ontgaat hoe die verandering tot stand gebracht is. Maar voor ons onderwerp lijkt het mij van geen belang. Het artikel waarvan art. 1358 B. W. de vertaling behelst wordt na die wijziging gelezen:

„L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention.”

Het artikel waarvan art. 1357 B. W. de vertaling behelst wordt bij de „Communication Officiëuse” à la section de la Législation du Tribunat in een zitting van 26 December (1803) als volgt geredigeerd:

„Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol”.

Aldus is ook de redactie voorgelezen in den conseil d'état op 26 Januari 1804.

Hierna wordt het onderwerp behandeld in het „Corps Législatif”.

Namens de regeering treden op de h.h. BIGOT-PRÉMENEU, RÉAL en MIOT.

In zijn rede wijdt de heer BIGOT-PRÉMENEU aan de toestemming deze woorden (geciteerd voor zoover ze op ons onderwerp betrekking hebben):

„Du Consentement.

Le consentement n'est pas valable s'il n'a été donné que par erreur; il ne doit pas l'être d'avantage s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.

Pour que l'erreur soit une cause de nullité de la convention il faut qu'elle tombe, *non* sur une qualité accidentelle, *mais* sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Il faut s'il y a erreur sur la personne, que la considération de cette personne ait été la cause principale de la convention: *en un mot il faut que le juge puisse être convaincu que la partie ne se serait point obligée si elle n'avait pas été dans cette erreur. C'est en suivant* cette règle que l'on doit décider, avec BARBEYRAC et POTHIER, que l'erreur dans les motifs d'une convention n'est une cause de nullité que dans le cas où la vérité de ces motifs peut être regardée comme une condition dont il soit clair que les parties ont voulu faire dépendre leur engagement.”

Hetgeen de Tribuun FAVART opmerkt in zijn rapport is niet erg belangrijk. Volledigheidshalve slechts zij het vermeld:

„Le second chapitre établit que quatre conditions sont essentielles pour la validité des conventions:

1. Le consentement de la partie qui s'oblige.

.....
Chacune de ces conditions forme la matière d'une section où ce principe est développé.

Ainsi, pour le consentement, il n'est pas valable s'il n'a été donné que par erreur, s'il a été surpris par dol, ou extorqué par violence.

Mais il faut que l'erreur tombe sur la substance même de la chose qui est l'objet de la convention si elle tombe sur la personne, elle n'annulerait la convention qu'autant que la considération de la personne en aurait été la cause principale.”

Belangrijker lijkt mij de toelichting gegeven door den heer MOURICAULT.

„Le second chapitre traite des conditions essentielles pour la validité des conventions.

1. Le consentement des partis contractantes est mis à la tête et avec raison, puisque toute convention suppose la réunion des volontés de ceux qui y interviennent.

Or la volonté doit être le produit d'une détermination libre autant que réfléchie. Le consentement qui n'a été donné

que par effet de l'erreur, du dol ou de la violence, n'est donc pas une consentement réel et valable.

Mais toute espèce de violence, de dol ou d'erreur ne suffit pas pour infirmer une convention; il serait trop aisé de s'affranchir de ses engagements. Il faut que l'erreur ait porté sur la substance même de la chose ou sur le motif déterminant de l'engagement;"

* Hiermee zijn de verhandelingen over de Code voor dit onderdeel ten einde.

Geven zij recht tot een bepaalde conclusie voor den uitleg van de wet?

Ik meen dat men gerechtigd is tot deze conclusie.

De wetgever wilde allereerst vastleggen dat een door dwaling gegeven toestemming waardeloos is evenals een toestemming door geweld of bedrog verkregen.

Vervolgens echter legde hij vast dat niet elke dwaling evenmin als elk geweld als zoodanig verdient aangemerkt te worden. Ten aanzien van de dwaling werd dit uitgedrukt door te bepalen dat dwaling geen gevolg heeft tenzij deze betrekking heeft op de zelfstandigheid van de zaak en dus ook niet indien zij betrekking heeft op den persoon van de wederpartij tenzij dan speciaal uit aanmerking van dien persoon de overeenkomst is aangegaan. Dit laatste doet reeds vermoeden dat men dwaling in de zelfstandigheid der zaak in 't bijzonder als tegenstelling tot dwaling in den persoon opvatte.

Door te bepalen dat de dwaling betrekking moest hebben op de zelfstandigheid van de zaak wilde men echter allermint prijsgeven de bepaling dat dwaling de toestemming nietig maakt.

Al is dan slechts bij de behandeling van de gevolgen van geweld daarover uitdrukkelijk gesproken en al is dan alleen daar de redactie zoo vastgesteld dat de beperking van geweld door een opsomming niet een limitatief karakter kreeg, evenmin is het de bedoeling geweest de invloed van dwaling slechts toe te kennen aan een gelimiteerd aantal soorten; nog minder die soorten bekrompen op te vatten.

Dwaling in de zelfstandigheid der zaak beteekent dus zoowel een tegenstelling met dwaling in den persoon als met dwaling in bijkomstige eigenschappen.

Ik wil trachten deze opvatting nader te rechtvaardigen.

Om te beginnen wijs ik op de discussie over de toestemming door geweld verkregen.

De lezing van het ontwerp doet denken aan de mogelijkheid dat toestemming door geweld verkregen niet steeds nietig zou zijn. Maar deze opvatting wordt positief verworpen en de redactie daarom gewijzigd, de beperkende vorm wordt opge-

heven en daarvoor in de plaats gesteld één die de vernietigende werking slechts afhankelijk maakt van ernstig geweld.

Men heeft de lijn niet doorgetrokken op het terrein der dwalingsvoorschriften.

Maar dit moet daaraan worden toegeschreven dat men òf er niet aan gedacht heeft òf het gevaar daar minder groot vond.

Zonder twijfel heeft men ook hier het beginsel: toestemming door dwaling gegeven is geen toestemming, slechts willen corrigeren door een bepaling die waarborgde dat zulks alleen het geval zou zijn indien de dwaling van ernstigen aard was.

Dat men dit bedoelde volgt niet alleen daaruit dat men principieel dwaling en geweld op één lijn zag (BIGOT-PRÉAMENEU op 28 Januari 1804 zegt: Toestemming is niet van waarde wanneer zij in dwaling is gegeven, hetgeen natuurlijk sterker geldt ingeval van bedrog of geweld) maar vooral uit een uitlating als deze: „opdat de dwaling een oorzaak van nietigheid zal zijn is noodig dat zij betreft *niet maar een toevallige eigenschap* maar de zelfstandigheid zelf van de zaak die het voorwerp van de overeenkomst is”. En nog meer deze: „*in één woord* noodig is dat de rechter kan overtuigd worden dat de dwalende partij zich nooit verbonden zou hebben als hij niet gedwaald had”;

welke uitlatingen als volgt worden toegelicht:

Het is wanneer men dezen regel volgt dat men moet *besluiten* met BARBEYRAC en POTHIER dat de dwaling *in de motieven* van een overeenkomst geen oorzaak van nietigheid is dan in het geval waarin de waarheid dier motieven kan worden beschouwd als een voorwaarde waarvan het duidelijk is dat de partijen hun overeenkomst wilden afhankelijk maken.

Lees ik dit nu goed dan komt het hierop neer: de dwaling zal zoodanig moeten zijn dat de rechter overtuigd kan worden dat de dwaling zoo ernstig is dat de dwalende partij zich niet zou hebben verbonden als hij beter geweten had. Betreft de dwaling de zaak dan zal zulks alleen het geval zijn indien zij nader betreft dat waar het om gaat bij die zaak en niet bijkomstigheden. Betreft zij de persoon dan zal ook inderdaad uit aanmerking van die persoon de overeenkomst moeten zijn aangegaan. Betreft zij de motieven dan zal de dwaling niets te beteekenen hebben tenzij het duidelijk is dat partijen die motieven op het oog hadden en de waarheid daarvan noodzakelijk achten voor het aangaan van de overeenkomst.

Kort gezegd: art. 1358 heeft een enuntiatief karakter.

Deze opvatting strookt volkomen met de opmerking van FAVART.

De dwaling moet betreffen de zelfstandigheid van de zaak.

Maar — zoo gaat hij in één adem door, en dat is van belang — betreft zij den persoon (men zou zeggen, dan heeft zij geen beteekenis: neen) dan heeft zij alleen vernietigende werking indien juist uit aanmerking van dien persoon de overeenkomst was aangegaan.

Nog sterker blijkt hetzelfde naar mij dunkt, uit hetgeen MOURICAULT zegt.

De wil moet het product zijn van een beslissing evenzeer vrij als *overdacht*. Hier zit hem eigenlijk de kneep. De onderhandelingen tusschen partijen moet fatsoenlijk gevoerd worden, partijen moeten elkaar fatsoenlijk behandelen en de gelegenheid geven zich over en weer een oordeel te vormen.

Dan nog blijft voor beiden een zeker risico bestaan: niet elke dwaling maakt een overeenkomst nietig, denkt die partij niet aan belangrijke bijzaken dan kan hij er niet meer op terug komen want de dwaling moet betreffen de zelfstandigheid van de zaak „of het beslissend motief van de gebeurtenis”.

Aanvaardt men deze uitleg dan heeft men dus dit.

Toestemming door dwaling gegeven is altijd nietig mits de dwaling zoo ernstig is dat de rechter overtuigd wordt dat had partij beter geweten hij zich niet verbonden zou hebben. Het is echter in 't geheel niet noodig dat de dwaling de zelfstandigheid der zaak betreft, dit is slechts een voorbeeld met dezen zin: betreft de dwaling de zaak dan moet zij de zelfstandigheid daarvan betreffen.

Hiermee zijn twee bezwaren van HOUWING reeds fictief gebleken.

De zelfstandigheid der zaak is niet een onbruikbaar criterium.

In geval een beroep gedaan wordt op dwaling in de zaak (eigenschappen der zaak) zal die dwaling slechts beteekenis hebben indien het eigenschappen van beslissende beteekenis, geen bijkomstige eigenschappen betreft.

En evenzeer als dwaling in de eigenschappen kan ook dwaling in de identiteit nietigheid van de toestemming veroorzaken — maar ook dan moet de rechter zich afvragen of die dwaling zoo belangrijk is, de identiteit zoo beslissend, dat de partij die dwaalde zich anders niet zou hebben verbonden.

Eén bezwaar van HOUWING blijft echter nog en wel dat er geen rekening is gehouden met de belangen van de tegenpartij (maar alleen voor zoover het niet betreft dwaling in de motieven).

En nu kom ik terug op mijn beschouwingen over de causa, de voorgeschiedenis.

De dwaling kan het gevolg zijn van voorstellingen die eene partij de andere gaf en voor welke voorstellingen hij dan

min of meer verantwoordelijk is wanneer die onjuist blijken. Maar de dwaling kan ook veroorzaakt zijn door verschil in ontwikkeling van beide partijen, waarbij de eene partij op de andere een zeker overwicht had, door de geestestoestand van een partij of de haast waarmee de zaak werd afgewerkt. Speciaal in de laatste gevallen kan over een soort voorwaarde niet worden gesproken en is toch misbruik mogelijk.

Er zal dan dwaling zijn en door de dwaling zal de toestemming worden gegeven.

Maar is dan de toestemming niet door dwaling gegeven wanneer een partij aandeelen koopt omdat een derde geheel buiten verantwoordelijkheid van verkooper om hem tot speculatie daarin heeft aangezet.

Ik meen dit te mogen ontkennen. En wel hierom, omdat naar ik meen als toestemming moet worden beschouwd datgene wat de tegenpartij als toestemming moest opvatten. Wanneer rechtssubjecten met elkaar onderhandelen dan geldt voor hen reeds dadelijk dat zij elkanders belangen hebben te ontzien. De eene partij behoort overeenkomstig omstandigheden en gebruiken zijn toestemming kenbaar te maken al behoeft niet alles wat voor de beoordeeling van die toestemming beteekenis heeft uitdrukkelijk gestipuleerd te worden, m. a. w. de man die in een tweedehandsch winkel een nieuwe klok wil koopen moet dat zeggen anders wordt voor de vaststelling van den inhoud van hetgeen waarop zijn toestemming betrekking had dit buiten beschouwing gelaten. De andere partij moet die toestemming naar omstandigheden beoordeelen en indien hij van een arme weduwe een antiek stuk weet los te krijgen voor weinig geld begrijpen dat die toestemming is gegeven door de dwaling van die vrouw met betrekking tot de waarde, zoodat de weduwe er van ontslagen is om op welke wijze dan ook uit te drukken dat zij tot haar toestemming kwam doordat zij of niet wist dat het stuk antiek was of — wat aannemelijker lijkt — dat het een veel grooter waarde had. Zoo — om een ander voorbeeld te geven — zal een vreemdeling beschermd kunnen worden aan wien men een lap waardeloozen grond heeft kunnen verkoopen omdat hij niet wist hoe met dergelijke transacties vreemdelingen worden opgelicht.

Zoo meen ik dat dan ook het derde bezwaar — van Houwing — is weerlegd.

Want de dwalende kan slechts beweren dat de toestemming door dwaling is gegeven voor zoover die toestemming als zoodanig kenbaar was aan de tegenpartij die zulke toestemming als fatsoenlijk man beoordeelde.

Blijkt nu achteraf deze de tegenpartij welbekende toestemming door dwaling te zijn ingegeven dan zal — onverschillig

diens schuld daaraan — de overeenkomst nietig zijn mits die dwaling betrof een punt van zooveel belang dat de rechter overtuigd zal zijn dat ware daaromtrent niet gedwaald geen overeenkomst zou zijn tot stand gekomen.

Recapituleerend moge ik dit zeggen: Blijkens onze wet is de toestemming nietig die zich onder den invloed van dwaling heeft gevormd, met deze restrictie dat de dwaling punten van beteekenis moet betreffen. Bij de beoordeeling of de toestemming zich onder invloed van dwaling heeft gevormd zal men echter slechts mogen letten op datgene wat gezien de omstandigheden en de voorafgegane besprekingen den ander als toestemming kenbaar moest zijn.

Bij dit stelsel — dat naar het mij voorkomt het stelsel is van onze wet — kan men dus op dwaling een beroep doen wanneer op grond van voorafgegane besprekingen men zou kunnen zeggen dat partijen geacht moeten worden zich aan een bepaalde onderstelling te hebben gebonden (een soort voorwaarde) als wanneer uit den aard der zaak goede trouw bijzonder geboden scheen (Engelsch recht) en ook wanneer één der partijen moet beschouwd worden misbruik te hebben gemaakt van de onervarenheid van de andere partij (Romeinsch recht).

Ik waag de onderstelling dat de rechtspraak steeds aangevoeld heeft hier de waarheid te moeten zoeken.

Het is de richting waarin Houwing heeft gezocht, het is de oplossing die echter de wet zelf aan de hand doet.

Nog een kort naschrift zij mij vergund.

Ook indien men de woorden „zelfstandigheid der zaak” zoo uitlegt dat deze slechts tot uitdrukking brengen dat de dwaling een punt van belang moet betreffen dan heeft men nog niet een regeling die niet onder omstandigheden voor zeer tegenstrijdige toepassingen grond zou geven. Dus wordt er veel overgelaten aan de vrijheid van den rechter.

Maar een andere regeling lijkt mij ondenkbaar; bij de theorie van Houwing verschuilt zich die moeilijkheid achter de vraag: moet hier een voorwaarde aangenomen worden, hetgeen onder meer beteekent, betreft de onjuiste voorstelling een punt van zoodanig gewicht dat aangenomen moet worden dat partijen van de juistheid hun overeenkomst afhankelijk hebben willen stellen.

Deze moeilijkheid kan niet vermeden worden; de wetgever zelve heeft zich gedacht dat de regeling daarop moest neerkomen dat alleen wanneer de rechter den indruk kreeg dat de overeenkomst niet zou zijn aangegaan, ware de dwaling bekend geweest, een beroep op die dwaling kan gelden.

Ook met de uitleg van het woord toestemming welke ik verdedigde is men niet in alle practische gevallen uit den

brand. Ook hier wordt aan den rechter veel vrijheid gelaten. Het wil mij echter voorkomen dat een andere wetsuitleg niet wenschelijk is en dat er geen enkele reden is aan de vrijheid van den rechter op dit punt te knibbelen.

Betreft de dwaling het motief dan zal de rechter zich afvragen of den tegenpartij bekend moest zijn dat de dwalende in ernst van dat motief zijn toestemming afhankelijk had gesteld; betreft de dwaling een eigenschap dan zal de rechter onderzoeken of partijen behooren aan hun voorstelling daaromtrent gebonden te zijn; was het een vreemdeling die dwaalde dan zal de rechter zich afvragen of niet de andere partij reden had te meenen tot een overeenkomst te kunnen komen omdat hij met een vreemdeling te doen had; was de eene partij bijzonder liberaal dan had de andere er op kunnen rekenen dat zulke liberaliteit uitgesloten was geweest indien zijn tegenpartij niet dwaalde.

Of de tegenpartij al zulke overwegingen kon of moest hebben bij de beoordeeling van de toestemming van den dwalende hangt grootendeels daarvan af of hijzelf die dwaling veroorzaakte of bevorderde.

Deed hij dat in geen enkel opzicht dan zal het als regel heel moeilijk zijn om te verklaren dat hem aan die toestemming iets moest opvallen waardoor hij gewaarschuwd kon zijn dat indien zijn tegenpartij zich van eenige dwaling bewust was deze niet zou hebben toegestemd.

Het komt mij voor dat er hier verschieten zijn die niet tot dwalingen hoeven te verleiden zoolang de rechterlijke macht met rechtvaardigheidszin bezielde en met voorzichtigheid begaafd blijft.

Verdient een tweetal artikelen dat zulk een eisch stelt niet beter dan op non-activiteit te worden gezet?

E. C. E. DE FROE

Revolutie en Rechtsorde

I

Het getij voor een bespreking van de in den titel aangekondigde begrippen schijnt niet ongunstig. Overal is een herbezinning waar te nemen op die ideeën en waarden, die men in den loop der negentiende eeuw voor goed meende te hebben vastgelegd: inderdaad kan men thans spreken van een „crisis der zekerheden”. De traditioneele begripsinhoud van velerlei vraagstukken en doelstellingen wordt heronderzocht en, dikwerf, verworpen en door een andere vervangen, telkens vagen nieuwe ideologieën oude idealen, die de eeuwen schenen te kunnen weerstaan, bij den eersten aanval reeds weg.

De oorzaak dier ommekeer of de haar ten grondslag liggende geestesgesteldheid in een rechtsgeleerd opstel te bespreken kan niet passen, maar wel schijnt het der overdenking waard na te gaan welke vragen de bovenaangegeven verschijnselen voor den jurist (opnieuw) doen rijzen. De hermunting van het overgeleverde vindt ook zijn weerslag in het rechtsleven, zoodat als van zelve ook de rechtsbeoefenaar wil onderzoeken, welke gevolgen deze ommekeer voor het recht met zich medebrengt.

In aanmerking nemende, dat de rechtsbegrippen van inhoud veranderen en de rechtsverwerkelijking zich aan de gewijzigde maatschappelijke opvattingen aanpast, ook afgezien van ingrijpende tekstwijziging van de kenbronnen van het recht, zou kunnen worden onderzocht, hoe, in welken omvang en met welk gevolg, de hand over hand toenemende ondergraving van de bestaande waarden zal inwerken op rechtswetenschap en rechtsbedeeling (1). Hoe aanlokkelijk dit ook zij, zal hier echter — dit is een verdere begrenzing van ons opstel — slechts getracht worden te bepalen den vorm, waaronder zich de verandering (vervanging) der elementen van het recht voltrekt en, of en hoe verre deze binnen de rechtssfeer valt. Is, zoo luidt de te behandelen vraag, een rechtsprobleem dat phenomeen, dat, brekend met het „bestaande” recht, in plaats daarvan een ander recht stelt? In het volgende zullen wij

(1) T. a. v. het strafrecht zie men b.v. Tijdschrift voor Strafrecht, Deel 44, afl. 3, p. 229 e. v.

deze noodzakelijkerwijze vage en onvolledige — immers vooruitlopend op wat nader zal worden uiteengezet — probleemstelling behandelen.

II

De vragen, die het begrip revolutie opwerpt, mogen zich in den laatsten tijd — een aanwijzing hunner actualiteit — in een vrij groote belangstelling verheugen, niet alleen van den jurist (2), doch ook van den politicus (3), den historicus (4), den literator (5), den psycholoog (6). Het is begrijpelijk, dat in een land als het onze, dat in de hoofdmomenten zijner geschiedenis de realiteit der revolutie zoo diep heeft gevoeld, de belangstelling daarvoor levendig blijft, doch anderzijds wordt door deze omstandigheid een scherpe afbakening van het begrip revolutie als rechtsprobleem ten opzichte van de verwante staatkundige en godsdienstige vraagstukken uiterst moeilijk.

Zonder ons thans reeds uit te laten of het alleen historische redenen zijn die een geheel binnen de rechtssfeer vallend onderzoek naar het begrip revolutie belemmeren, is het in elk geval zeker, dat revolutie als zoodanig aan de handhaving der begripsbepalingen van het recht de uiterste eischen stelt, omdat zij zich tegenover het recht plaatst en er zich, wel verre van zich er aan te onderwerpen, ertegen verzet. Evenwel juist daarin schijnt ons het belang van een poging tot een rechtswetenschappelijke bespreking van het revolutiebegrip te liggen, dat de daarbij noodzakelijke extreme probleemstelling verhelderend werkt (7) voor vele rechtsbegrip-

(2) SASSEN (FERD.): Overheidsgezag en revolutie, Hand. Ver. Wijsbegeerte des Rechts 1934 (XII).

(3) DONNER (J.): Revolutionnaire vertegenwoordigers in openbare lichamen (Anti-revol. Staatskunde, Org. Dr. Kuyper-Stichting, Januari 1935). Zie ook SMITSKAMP (H.): Groen van Prinsterer's denkbelden over het recht van opstand (Anti-revol. Staatskunde, 1934, 2e kwartaal, p. 182 e. v.).

(4) DE VRANKRYCKER (A. C. J.): De motiveering van onzen opstand. Prft. A'dam 1933.

(5) ORTEGA Y GASSET: De opstand der horden, vert. Dr. J. Brouwer ('s-Gravenhage 1933).

(6) VAN CALCAR (R. P.): Crisis en Revolutie (Rotterdam 1934). BAUMANN (E. D.): De Revolutie (Haagsch Maandblad Maart 1935, p. 245 e. v.).

(7) HERFAHRDT (HEINRICH): Revolution und Rechtswissenschaft, Greifswald 1934, p. 152: „Die bleibende Bedeutung für die Rechts-„wissenschaft (nl. van de behandeling van het probleem van de „revolutie) ist also darin zu sehen, dass sie in konzentriertester „Form Grundfragen des Rechts aufwirft und zu einer Auseinander-„setzung mit ihnen zwingt.“

pen. Een onderzoek van dit „grensgeval” stelt met des te grooter nadruk de vraag, waartoe per slot van rekening elke juridische probleemstelling leidt, nl. die van de autonomie of heteronomie van het recht (8).

Al wordt hiermede aangekondigd een principieele behandeling van het vraagstuk, de bedoeling is toch niet een volledige hernieuwing van den eeuwenlangen strijd over wat recht is en welke orde het schept. Ons daarover te verstouten ligt ons ver en wij zullen dan ook slechts, zij het misschien op apodictische wijze, vooropstellen een bepaalde formulering om daaruit in het vervolg af te leiden en, naar wij hopen, aannemelijk te maken de praemissen waarvan wij zijn uitgegaan. Wij zullen daarbij trachten eigen meening zoo min mogelijk op den voorgrond te plaatsen en in hoofdzaak weer te geven de lijnen, waarlangs de schrijvers over dit onderwerp hebben gedacht.

III

Wil men revolutie betrekken in een rechtsbeschouwing, dan moet men als uitgangspunt nemen de zelf-handhaving van en tegelijkertijd de gehoorzaamheid aan het recht als geheel (zijn positiviteit). Het verband tusschen recht en revolutie zij ondergeschikt of nevensgeschikt, de bepaling der keuze noodzaakt allereerst tot een uiteenzetting van de positiviteit van het recht, waarvan de revolutie, althans in haar beteekenis ten opzichte van het recht, de negatie is (9).

Afgezien van de vraag, waarop wij later zullen terugkomen, of naast het positieve recht nog ander recht bestaanbaar is, willen wij met den term positiviteit uitdrukken, dat het recht eerst dan positief is, als aan het door hem gestelde moeten zich de werkelijkheid (het zijn) conformeert. Het positieve recht veronderstelt niet alleen het gesteld zijn van den norm (de geldigheid van het recht, Geltung, validité) in dien zin dat deze uitdrukt en handhaaft een de werkelijkheid normeerende idee als vorm van het Absolute (Gods Woord, de zedelijkheid) doch ook de doorzetting (verwerkelijking) van het gestelde moeten door de daarmede overeenstemmende gedra-

(8) SCHOLTEN (P.): *Beginnelsen van samenleving* (Zwolle 1934), p. 62 e. v.

(9) Over de andere beteekenissen van het begrip revolutie zie o. a.: ROHATYN (S.): *Die juristische Theorie der Revolution* (Intern. Zeitschr. f. d. Theorie des Rechts IV 1929/30), p. 193 e. v.; ROSENSTOCK (E.): *Die europäischen Revolutionen* (Jena 1931), p. 3 e. v.; VAN CALCAR a. w., p. 17 e. v.

gingen der rechtsgenooten (de werkelijkheid van het recht, Wirkung, validité) (10).

Deze voorloopige, apodictisch schijnende (11) omschrijving van de positiviteit van het recht, die in de volgende §§ nader zal worden geanalyseerd, is slechts toepasselijk op het geheele systeem van het recht. Immers elke afzonderlijke norm, iedere verbijzondering van de door het recht gerepresenteerde idee, is zoowel ongeldig, immers niet volledig de het recht inhaerente idee uitdrukkende, als onwerkelijk daar juist de eisch der individueele conformeering aan het recht veronderstelt de mogelijkheid der ongehoorzaamheid daaraan (12). Slechts in het samenstel van positieve normen, de rechtsorde, komt de positiviteit van het recht, het evenwicht tusschen de geldigheid en de werkelijkheid van het recht, tot uitdrukking.

Het is noodig hier kortelijk de tweeledigheid van het positieve recht aan te duiden om te verklaren waarom wij revolutie tegenover rechtsorde en niet zooals gebruikelijker (13) tegenover gezag stellen. Het schema gezag-revolutie veronderstelt, ook indien men gezag opvat als „innerlijk” (14), een tegenstelling tusschen het gebod van de gestelde macht en de ongehoorzaamheid van den onderdaan daarbij miskennende, dat het gezag niet is een afzonderlijkheid onafhankelijk van de aan hem onderworpenen (15). Integendeel, slechts voor zoover de onderdanen het gezag waardeeren als zoodanig, hun gedragingen met zijn geboden in overeenstemming

(10) Vgl. DABIN (J.): *La philosophie de l'ordre juridique positif* (Paris 1929), p. 633.

(11) Doch die men onder velerlei vormen terugvindt: „ethisches Gebot” — „mechanisch sich erhaltende Einrichtung” (STAHL, F. J., *Die Philosophie des Rechts, Auswahl nach der 5. Auflage 1870*, Tübingen 1926, II, 1, p. 19); „verbindliches” — „wirkendes Rechts” (HERRFAHRT a. w., p. 12 e. v.); gerechtigheid — rechtszekerheid (RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, p. 171 e. v.); het „Sollen (Aufgabe)” — het „Sich-durch-setzen” (Faktizität) (TELDER, B. M., *Der Begriff des positiven Rechts, Logos XIX = 1930*, p. 128).

(12) Anders ware het recht niet normatief doch natuurwetmatig (causaal): TELDER, a. w., p. 135/136, Kelsen (H.): *Allgemeine Staatslehre* (Berlin 1935), p. 47/48.

(13) Sassen a. w., pass; SCHOLTEN a. w., p. 56 e. v.; RENGERS HORA SICCAMA (D. G.): *Traditie en Revolutie* (De Nederlander, 14-daagsch bijblad dd. 7 en 21 Mei 1924, nos. 28 en 29; Id.: *De revolutie-gedachte* (Eltheto, 78e Jaarg. no. 7/8, p. 93 e. v.).

(14) SCHOLTEN, t. a. p.

(15) HARTMANN (N.): *Das Problem des geistigen Seins* (Berlin, Leipzig 1933), p. 236: „Der Machthaber steht nicht auf sichselbst, sondern auf der Gemeinschaft”. Vgl. ORTEGA Y GASSET a. w., p. 127/128; DE S. LOHMAN (B. C.): *Het eigen recht der overheid* (Jaarboek R. U., Utr. 1930/31), p. 178.

brenge, is er sprake van een werkelijke autoriteit. Er is dus een wisselwerking tusschen overheid en onderdanen, de eene wordt gedragen door de anderen en deze wisselwerking, de tweeledigheid van het positieve recht, wordt met het begrip rechtsorde het beste omschreven. Vandaar dan ook, dat wij er de voorkeur aan geven de revolutie, waar evenzeer de tweeledigheid met tegengestelde accentueering zich baan breekt, te verbinden met de rechtsorde en niet met gezag.

IV

Nu wij den tegenhanger, waaraan wij het revolutie-begrip moeten toetsen, hebben vastgesteld, schijnt het noodzakelijk het begrip rechtsorde nader te analyseeren. Deze is in wezen innerlijk tegenstrijdig, omdat zij de abstracte door het recht vertegenwoordigde idee concretiseert en het absolute moeten in het zijnde relativeert. Door haar noodzakelijkerwijze bepaalde, en dus beperkte, normmeering is zij niet geheel geldig, terwijl zij anderzijds niet geheel werkelijk is, omdat niet elk individu zich aan haar eisch (geheel) conformeert (16). Hoe evident ook de norm zij, elk rechtsgenoot, onverschillig of hij rechter of berechte is, kan haar niet anders dan op zijne, dus betrekkelijk onjuiste, wijze, bepaald als hij is door maatschappelijke en historische factoren, uitvoeren.

Wanneer wij nagaan de factoren, die de absolute geldigheid der rechtsorde belemmeren, dan valt allereerst op te merken, dat elke op een bepaald oogenblik vastgestelde rechtsregel de neerslag is van de toen heerschende, dus niet absolute, idee, m. a. w. is het product van zijn tijd. Deze (bepaalde) idee zal bovendien steeds gebrekkig zijn uitgedrukt, niet alleen omdat zij, die aan de procedure harer formuleering (de wetgever) medewerken een bepaalde, dus beperkte, voorstelling dier idee hebben, doch ook omdat de procedure der formuleering zelve steeds min of meer onvolkomen zal zijn; aan de gestelde normen blijft derhalve steeds het gebrek van onjuistheid, onduidelijkheid en onvolledigheid aankleven. De hierdoor veroorzaakte betrekkelijkheid der geldigheid van de rechtsorde wordt nog vergroot door de omstandigheid dat de rechtswetten worden toegepast door personen, wier opvattingen omtrent de door de rechtsorde gerepresenteerde idee weer anders, weliswaar even betrekkelijk, zullen zijn, zoodat de rechtsorde, reeds onvolmaakt bij haar gesteld worden, in den loop des tijds steeds weer op andere wijze onvolmaakt wordt. Zoo ergens dan geldt hier dat „alle woord is omringd

(16) TELDERS a. w., p. 130.

en bedreigd door de mogelijkheid van het misverstand" (17), omdat elke toepassing weer andere, onvolmaakte, uitlegging beteekent (18). Deze uitlegging is weliswaar de voortdurende contrôle op het geldigheidskarakter van het recht, immers zij grijpt terug op de aan het recht ten grondslag liggende idee en toetst aan deze de geobjectiveerde norm door haar beroep op de billijkheid (19), doch ook zij kan niet geheel verhinderen de inaedequatie van het recht met zijn idee.

Evenzeer wordt de absolute werkelijkheid der rechtsorde belemmerd door de omstandigheid, dat iedere rechtsgenoot afzonderlijk zich aan de gestelde rechtsnorm moet conformeren. Deze conformeering is onvolledig, daar ieder op zijne, dus beperkte, wijze zijn gedragingen in overeenstemming zal brengen met het gevorderde moeten, waarvan trouwens ieder weer zijne beperkte opvatting heeft, terwijl daarenboven steeds, hoe vernuftig de werkelijkheid van het recht worde gehandhaafd, de mogelijkheid blijft bestaan, dat een grooter of kleiner aantal rechtsgenooten zich min of meer aan de rechtsorde onttrekt, daar zelfs de effectiefste sanctie en de beste politionele en rechterlijke organisatie zulks niet kunnen verhinderen.

Zowel op elk oogenblik (horizontaal) als in den tijd (vertikaal) is de rechtsorde derhalve onvolmaakt (20), omdat zij niet geheel geldig, dus niet geheel werkelijk, en niet absoluut werkelijk, dus niet absoluut geldig, is, m. a. w. een voortdurende spanning tusschen geldigheid en werkelijkheid is onvermijdelijk.

Samenvattend kunnen wij zeggen, dat de rechtsorde niet een statisch doch een dynamisch begrip (21) is, dat de verhouding tusschen zijn geldigheids- en zijn werkelijkheidskarakter steeds wisselt, hoezeer ook het streven steeds is deze dynamiek in te toomen door de gestelde norm in bepaalde kenbronnen (codificatie) vast te leggen (22). In waar-

(17) MISKOTTE (K. H.): Opmerkingen over theologische exegese, p. 65 in: *De openbaring der Verborgenheden* (Baarn 1934).

(18) GRUYS (C.): *De strijd over de historische interpretatie*. Prft. Utr. 1933, pass.

(19) De billijkheid is „nicht anderes . . . als das Gefühl, d. h. das zur unmittelbaren Gewissheit zurückgekehrte Resultat der Normprüfung, dasz die bestimmte Norm relatives Unrecht ist, d. h. dasz die Gerechtigkeit (voor den schrijver de aan het recht ten grondslag liggende idee) eine andere Lösung verlangt." (TELDERS a. w., p. 134).

(20) DABIN a. w., p. 194 e. v.

(21) ROHATYN a. w., p. 213.

(22) DUGUIT: *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoleon* (Paris 1911); Id.: *Les transformations du droit public* (Paris 1921).

heid heeft het positieve recht een richtende functie, het is „un perpétuel devenir” (23).

V

De rechtsorde zelf zoekt de spanning tusschen haar geldigheid en haar werkelijkheid te normeeren, binnen haar eigen orde te betrekken en tracht haar eigen correctieven daartegen te scheppen. Het is de analyse van deze poging tot autonomie der rechtsorde die, naar wij hopen, onze voorloopige dualistische karakteriseering der rechtsorde zal aannemelijk maken. Weliswaar heeft men de eeuwen door steeds getracht voor de rechtsorde (het recht) een enkelvoudig kenmerk te vinden door nu eens de elementen van de geldigheid van de rechtsorde (als daar zijn: sanctie, autoriteit, normativiteit) als zoodanig aan te wijzen, dan weer door de elementen van de werkelijkheid der rechtsorde (b.v. sociaal bewustzijn, individueele overtuiging) als uitsluitend criterium te beschouwen, doch wij hopen aan te toonen, dat geen enkel dier kenmerken toereikend is voor een verklaring van de geheele rechtsorde en dat ieder van die kenmerken te kort schiet, waar het de grensgebieden der rechtsorde betreft.

Al moge het waar zijn, dat de onmogelijkheid een verklaringsprincipe (24) geheel consequent door te voeren, niets bewijst tegen de juistheid van dat beginsel (25) en al kan men toegeven, dat de uitzondering den regel bevestigt (26), toch moet o. i. verworpen worden elke omschrijving der rechtsorde, die, ondanks de erkenning van haar dynamisch karakter, toch haar autonomie wil handhaven soms zelfs met opoffering van het geheele werkelijkheidselement van het recht (27). Beschouwt men de rechtsorde als een autonoom verschijnsel, dan is, zooals wij hieronder zullen zien, het onmogelijk daarin mede te betrekken, die elementen, die hare gestadige verandering veroorzaken.

De garanties die de rechtsorde zich stelt tot haar handhaving (28) betreffen allereerst de totstandkoming harer

(23) RENARD: *Le Droit, la Justice et la Volonté* (Paris 1925), p. 95.

(24) Reeds nu erkennen wij dat de autonome enkelvoudige verklaringsprincipes opzettelijk zoo scherp mogelijk zijn geformuleerd ter wille van de duidelijkheid van het betoog en om de probleemstelling des te scherper te doen uitkomen.

(25) STAHL a. w., II, p. 153 e. v.

(26) ROHATYN a. w., p. 212.

(27) Zooals b.v. TELDERS a. w., p. 128 het „Sich-durch-setzen” van de norm tot de sociologie acht te behooren.

(28) DABIN a. w., p. 731 e. v.

normen (de vorming van het positieve recht); men kan haar de preventieve garanties noemen. Zij hebben ten doel het positieve recht met haar idee in overeenstemming te brengen en wisselen met derzelver inhoud (29).

Al naar gelang de eene of de andere sociale groep van rechtsgenooten aangewezen wordt geacht om de rechtsidee tot uitdrukking te brengen, zal een bepaalde procedure voor de formuleering van het positieve recht worden voorgeschreven: soms overleg met alle rechtsgenooten, soms met bepaalde gequalificeerde dan wel gekozen vertegenwoordigers, soms zal de het positieve recht formuleerende groep in het openbaar en zelfstandig optreden, dan weer slechts negatief door veto of referendum.

De vorming van het positieve recht kan nooit ongebonden zijn, daar zij zich voltrekt in de bestaande rechtsorde met haar reeds gestelde regels. Ja zelfs zijn dikwijls juist met het oog op de toekomstige vorming van het positieve recht bepaalde „grondrechten” vooropgesteld, die richtsnoer zijn voor de later te formuleeren normen (30). Al deze maatregelen bevorderen het geldigheidskarakter van de rechtsorde, opdat door het positieve recht de staatsmacht „sittliche Potenz” worde (31).

Men zou kunnen meenen, dat alleen voor een rechtsleer, die de rechtsidee buiten de rechtsorde vindt (heteronomie), de zelfnormeering der rechtsorde de moeilijkheid met zich medebrengt, hoe verre met handhaving harer preventieve garanties de rechtsorde haar idee ontrouw kan worden (haar geldigheid kan verliezen), doch, zooals hieronder zal blijken, geldt dit eveneens voor een autonome rechtsleer. Ook al kan een heteronome rechtsleer blijven volhouden het ongeldige recht recht te noemen (32), juist op grond van haar heteronome

(29) „Erhaltung von Gottes Weltordnung” (STAHL a. w., II, 1, p. 194); „algemeen welzijn” (SASSEN a. w., p. 5).

(30) Het zou buiten het kader van dit opstel vallen te bespreken de gebondenheid der wetgevers aan de al of niet schriftelijk vastgelegde beginselen, die waarborgen, dat de toekomstige normen met de rechtsidee in overeenstemming blijven. Zie hierover o. a. LEMAIRE (A.): *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime* (Paris 1907); WOLZENDORFF (K.): *Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt* (Breslau 1916), p. 386 et pass.

(31) BRUNNER (E.): *Das Gebot und die Ordnungen* (Tübingen 1932), p. 439.

(32) „ein Staatsbefehl, der Gottes Gebot widerstreitet (ist) „keineswegs unrechtmässig . . . sondern . . . sittlich zum „Nichtgehorsam auffordernd für Alle, die Gottes Gebot erkennen” (STAHL II, 2, p. 183).

oriëntering zal zij een dergelijken norm geldigheid ontzeggen, omdat de toetssteen der geldigheid niet wordt genormeerd in de rechtsorde.

Is daarentegen de rechtsidee in de rechtsorde zelf te vinden, dan is de ongeldigheid van de rechtsorde niet mogelijk, omdat in de rechtsorde zelf haar idee wordt gevonden. Wij zullen echter zien, dat ook in een autonome rechtsleer, die welke ook der preventieve garanties van de rechtsorde als het uitsluitend kenmerk van het positieve recht beschouwt, toch hier evenzeer zich de zooeven besproken moeilijkheid voordoet en dat, hoe verleidelijk het ook moge zijn de geldigheid van het recht autonoom te bepalen, de werkelijkheid van het recht dit verhindert: kiezen wij daarvoor de leer volgens welke de afkomstigheid van een bepaalde autoriteit kenmerk van het positieve recht is. Uiteraard verschilde dikwerf de aanwijzing dier autoriteit, maar voor ons betoog is het voldoende slechts een dier „autoritaire” rechtsleeren na te gaan om de ontoereikendheid van dit enkelvoudige kenmerk duidelijk te maken: de z.g. absolutistische school, en wel een van haar eerste vertegenwoordigers, Bodin, biedt ons een voldoende voorbeeld. Het constitutieve element der rechtsorde is volgens Bodin het soevereine gezag „la puissance absolue et perpétuelle” (33), die in wezen ondeelbaar is „attendu que la personne du souverain est toujours exceptée en terme de droit, quelque puissance et autorité qu'il donne à autrui” en aan niets gebonden, daar „il est impossible par nature de se donner loi non plus que commander à soi-même qui dépend de sa volonté” (34). Bodin echter voelt zelf reeds dat dit formeel onbeperkte gezag als kenmerk en waarborg voor het geldigheidsgehalte der rechtsorde niet toereikend is en ontleent onmiddellijk de basis aan zijn definitie door te zeggen dat de gezagsdrager, behalve aan de goddelijke en natuurlijke wetten is gebonden aan de „conditions apposées en la création du Prince”. Hoewel hij hiermede eigenlijk een geheel anderen grondslag aan zijn rechtsleer geeft, tracht hij toch zijn eenmaal gegeven formuleering te handhaven door het betoog, dat, al is de gezagsdrager dan niet aan de wet „qui dépend de celui qui a la souveraineté qui peut obliger tous les sujets et ne s'y peut obliger soi-même”, gebonden, hij wel is verplicht door het tusschen hem en het volk „gesloten” contract, daar dit is „mutuelle entre le prince et ses sujets, qui oblige les deux parties réciproquement” (35), daarbij juist in zijn auto-

(33) BODIN (J.): Les six livres de la république (Paris 1608), p. 122.

(34) BODIN a. w., p. 132.

(35) BODIN a. w., p. 135.

ritaire leer inconsequent, omdat hij onvoldoende aangeeft, welke autoriteit dan beveelt, dat de absolute vorst aan met zijn onderdanen gesloten overeenkomsten steeds is gebonden.

Het enkelvoudige kenmerk: autoriteit, eenzijdig een geldigheids-element der rechtsorde accentueerend, blijft dus in gebreke het recht met zijn idee op zoodanige wijze te verbinden, dat hun adaequatie gewaarborgd blijft, daar het voor de waarborging daarvan in tegenspraak komt met zijn grondveronderstelling en bovendien verwaarloost het werkelijkheids-element der rechtsorde.

Naast de preventieve garanties, waardoor de rechtsorde zich handhaaft staan de repressieve. Ook door deze tracht de rechtsorde haar geldigheid en werkelijkheid te bewaren. Ten aanzien van de geldigheid door het beroep op een hogere instantie (36) of onderzoek naar de constitutionaliteit (37) der gestelde normen, waardoor op andere en naar men aanneemt volmaaktere wijze het recht met zijn idee wordt geconfronteerd, en ten aanzien van de werkelijkheid door de sanctie.

De sanctie is evenzeer vaak beschouwd als enkelvoudig kenmerk van de rechtsorde en wij kiezen daarom deze leer als tweede voorbeeld van de ontoereikendheid eener autonome rechtsleer. Zij, die de voorwaarde voor het bestuur der rechtsorde zien in het bekleed zijn van het positieve recht met sanctie (dwingkracht) (38) stuit weer op andere moeilijkheden. Volgens haar is van rechtsorde geen sprake „zoolang geen dwingkrachtig gezag aanwezig is om recht en rust te handhaven” (39). In dezen gedachtengang is de rechtsorde niet de

(36) Het zij ons geoorloofd hiervoor te verwijzen naar ons proefschrift: *Le problème de la juridiction suprême*, Utrecht 1934, p. 90 e. v.

(37) Dit is de tegenhanger van de preventieve garantie der grondrechten, DUGUIT a. w., p. 97; EISENMANN: *La Justice constitutionnelle d'Autriche*, Thèse (Paris 1928).

(38) Of zooals STAHL (a. w. II, 1, p. 197) zegt: de rechtsorde is een „mechanisch sich erhaltende Einrichtung” in zooverre „die Nothwendigkeit unausbleiblicher Erfüllung” van het positieve recht bestaat.

(39) VAN VOLLENHOVEN: *Verspreide Geschriften* (Haarlem's-Gravenhage 1934) III, p. 147 e. v. Vgl. DABIN a. w., p. 71/72. Opmerkelijk is dat de eerste schrijver (a. w., p. 12 e. v.), verwerpend HAMAKER's stelling (Openingsrede Alg. Verg. Utr. Gen. voor Kunsten en Wetenschappen dd. 2 Juli 1890), dat de wereldmaatschappij een oorspronkelijk en de staten slechts een afgeleid gezag zouden hebben, ondanks het sanctioneele kenmerk van zijn rechtsleer, toch het volkenrecht bestaanbaar acht, door, een merkwaardige analogie met BOBIN's inconsequentie, deszelfs afdwingbaarheid contractueel te construeeren „daar de staat die zich bij contract (heeft) „verplicht . . . , gehouden is zich daarnaar te gedragen; en dwang

belichaming van het positieve recht doch zijn doel, zooals bijv. DABIN zegt: „le droit positif est l'ensemble plus ou moins „cohérent des règles de conduite édictée d'avance par l'autorité publique sous la sanction d'une contrainte extérieure „prévüe et organisée par l'autorité elle-même (contrainte „publique) en vue de réaliser dans les rapports humains un „certain ordre” (40). In deze definitie vinden wij terug de traditioneele negentiende-eeuwsche opvatting, dat de rechtsorde het product is van een achter het recht staande macht (41).

Wij komen daarop hieronder terug, doch willen in dit verband er op wijzen, dat het onvoldoende is als kenmerk der rechtsorde te stellen de afdwingbaarheid van elke door het positieve recht gevorderde gedraging (42), daar de sancite eerst intreedt, wanneer de norm reeds is geschonden, de sanctie (meestal) negatief is, immers niet gericht is en ook niet kan zijn op de nakoming van de geboden gedraging, doch iets anders, zij het dan onaangenaamers, afdwingt, terwijl zij ten slotte onmachtig is de onwil van de overgroote meerderheid der rechtsgenooten om te buigen. Zoo moet dan door de aanhangers zelf dezer theorie toegegeven worden dat de sanctie „demeure en pratique fort impuissant à assurer une „observation loyale des préceptes, tant que les sujets ne „portent pas gravée dans la conscience la notion du caractère naturel, nécessaire, divin de l'ordre juridique positif et des lois justes qui le composent” (43) daarmede implicite erkennende, dat ook deze autonome kenmerking van het recht onvoldoende is.

VI

Terwijl de hiervoren besproken theorieën de autonomie der rechtsorde trachten te bepalen door een harer (preventieve of repressieve) garanties als enkelvoudig kenmerk van het positief recht aan te nemen, wordt door de „reine Rechtslehre” de normativiteit van het recht als zoodanig vooropgesteld. Uit de stelling, dat een oordeel objectieve geldigheid kan bezitten „zonder dat het hier en nu door een menschelijk

„daartoe strekkende verzekert slechts, wat hij zich zelf gesteld „heeft”. Zie ook SCHOLTEN (P.): Inleiding ASSER, p. 25.

(40) DABIN a. w., p. 34.

(41) ROHATYN a. w., p. 208.

(42) Zie hierover nader: GISCHLER (C. C.): Enkele beschouwingen over de geldigheid van het recht. Prft. Utrecht 1919 en HUSSERL (G.): Rechtskraft und Rechtsgeltung; 1. Band: Genesis u. Grenzen der Rechtsgeltung (Berlin 1925).

(43) DABIN a. w., p. 91. Zie ook p. 212 e. v.

wezen gedacht wordt" (44) leidt het af, dat de geldigheid van de rechtsorde haar eenig wezenlijk kenmerk is en haar verwerkelijking geen noodzakelijke voorwaarde voor haar handhaving. Kenmerk dezer geldigheid is de norm en in het systeem van hypothetische (normatieve) oordeelen vindt de rechtsorde haar uitdrukking, waarin elke norm de dubbele functie heeft genormeerd te worden door de naasthoogere norm en norm te zijn voor de hiërarchie lagere (45). Het behooren wordt daardoor opgelost in een toerekeningscategorïe, een bloot logische relatie (46), die het recht van elke realiteit afsnijdt (47). Het normen-systeem mondt naar boven uit in de Grundnorm, de „hypothetische oorsprongsnorm" naar onderen in het niet meer genormeerde phenomeen (lex imperfecta).

Onafhankelijk van zedelijkheid en empirie, alzo de werkelijkheid van het recht geheel buitensluitend, geldt het rechtssysteem (de rechtsorde) als zuivere behoorens-categorie. Staat en recht zijn identiek (48) omdat de bestaanssfeer van den staat is de normatieve geldigheid en niet de causale werkelijkheid en de door het begrip staat uitgedrukte eenheid niet in de natuur doch in het normen-systeem wordt gevonden (49). Toch kan zelfs Kelsen, de grondlegger dezer theorie zich nog niet losmaken van de dualiteit van de rechtsorde en zijn „Spannungstheorie" is het bewijs er van, dat hij de werkelijkheid van het recht niet geheel loochent. Hij erkent de spanning tusschen den inhoud „des Systems Recht als eines Systems „gültiger Normen" en den inhoud „des vom normbeinhaltenden „Vorstellungen motivierten Verhaltens des Menschen" (het zijn). Wanneer, vervolgt hij, normen zulk een inhoud hebben, dat zij niet meer een minimum van werkelijkheid hebben dan zijn zij ook niet meer geldig (50).

Verklaarbaar is, dat deze formuleering, die de autonomie

(44) COEBERGH (J. C.): *Moderne Rechtsvormingstheorieën*. Prft. Utr. 1932, p. 6.

(45) Kelsen (H.): *Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates* (Archiv für Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie, XII 3), p. 400: „Die Norm jeder höheren Stufe umschreibt als „Bestandteil ihres Inhalts, einen Tatbestand der als Rechtserzeugung der niederen Stufe zu gelten hat".

(46) DOOYEWEERD (H.): *De beteekenis der wetsidee voor rechtswetenschap en rechtsphilosophie* (Kampen 1926), p. 30. Vgl. Hoofd-artikel in Weekblad van het Recht no. 12360.

(47) SCHOLTEN a. w., p. 64.

(48) Vgl. ROHATYN a. w., p. 211: de staat is als koning Midas voor wien alles, dat hij aanwijst, recht wordt.

(49) Kelsen, *Allg. Staatslehre*, p. 16/17.

(50) Kelsen a. w., p. 17 e. v. Vgl. DE SAVORNIN LOHMAN a. w., p. 179.

van het recht eigenlijk weer opheft, bestrijding heeft gevonden bij zijn leerlingen (51), daar zij, zooals terecht b.v. door COEBERGH wordt betoogd, het oorspronkelijk immanente criterium van het positieve recht, de invoeging in het systeem van normatieve oordeelen, weer loslaat door de positiviteit van de norm tenslotte te doen afhangen van de omstandigheid of zij althans een minimum van werkelijkheid (Faktizität) bezit. Deze bestrijders worden dan echter gedwongen het offer der consequente doorvoering van de „reine Rechtslehre”, de absolute inhoudsloosheid van het recht, te brengen, omdat alleen dit offer mogelijk maakt de rechtsorde als autonoom behoorensysteem onafhankelijk van vreemde elementen, geheel te dynamiseeren en slechts op deze wijze het verband tusschen geldigheid en werkelijkheid kan worden verbroken: door n.l. de geldigheid zoo te ontledigen, dat de verwerkelijking geen bestaansmogelijkheid meer heeft (51 a). Wat echter kan de rechtsorde beteekenen als systeem van het inhoudslooze behooren (Sollen) als zoodanig? Het is de verdienste van de „reine Rechtslehre” de betrekkelijke waarde van het binden van het recht aan een bepaalde menselijke, historisch gebonden inhoud te hebben aangetoond, doch haar dialectiek leidt o.i. ten onrechte tot een inhoudsloos autonoom formalisme in plaats van te verwijzen naar een idee buiten de rechtsorde, die het absolute waarheidsgehalte wel bezit.

Geheel anders wordt het probleem der rechtsorde opgelost door die theorieën, die uitsluitend op de werkelijkheid der rechtsorde den nadruk leggen. Ook hier willen wij slechts het extreemste voorbeeld noemen en kiezen daarvoor de theorie van CAPITANT (52), die voor de bepalingen van het begrip rechtsorde weliswaar het positieve recht neemt, doch hieronder verstaat „un ensemble de règles pensées, reconnues „par des individus” of wel „le droit reconnu obligatoire par „la majorité des membres du groupe social”. Alzoo bestaat het verplichtend karakter van het positieve recht slechts voor het individueele bewustzijn en alleen, indien de „règle

(51) COEBERGH a. w., p. 159 e. v.: hij verwierpt nog principieeler dan Kelsen elke materieele betrekking tusschen de behoorens-categorie en de zijns-categorie en stelt tegenover het statische Grundnorm-begrip de objectiveering als oneindig dynamisch proces. Vgl. TELDERS a. w., p. 127 e. v., p. 135. Daartegenover doet ROSS (A.), een andere volgelijng van Kelsen, Theorie der Rechtsquellen (Leipzig-Wien 1929, p. 229 e. v.), een stap terug door het recht in laatste instantie op het sociaal-werkelijke te laten rusten.

(51a) Over de ontleding van het „formalisierte” denken: JASPERS (lezing Groningen: Voorrang en grenzen van het denken, N. R. C. 30 Maart 1935 Av. C.).

(52) CAPITANT (R.), Introduction à l'étude de l'illicite: L'impératif juridique, Thèse Paris 1929, p. 33, 47 e. v. et passim.

„d'action formulée par la conscience adressée par l'individu „à lui-même" (impératif intérieur) overeenstemt met de „règle d'action formulée par la conscience adressée par l'individu à autrui" (impératif extérieur) is de rechtsorde geconstitueerd.

CAPITANT's autonome systeem, ditmaal van individueele imperatieven wordt evenzeer doorbroken, daar als grondslag dier imperatieven wordt aangenomen de indicatief van „la „croyance en la primauté d'une fin" n.l. „d'ordonner les „actions humaines suivant un certain ordre social-idéal". Deze indicatief bestaat dus zelf niet uit imperatieven en zoo mislukt het wederom de rechtsorde terug te voeren tot een autonomen grondslag, i. c. tot een aaneensluitend geheel van imperatieven. CAPITANT legt terecht den nadruk op de werkelijkheid der rechtsorde, doch verwaarloost daarbij te zeer het geldigheidselement, welks toetssteen volgens hem, evenals bij de sociologen, is gelegen in de houding van hen, die ongehoorzaam zijn (53), immers in de individueele overtuiging, gelegen zou zijn. Zooals de „reine Rechtslehre" de werkelijkheid van het recht opoffert en daardoor de geldigheid ontledigt, zoo offert CAPITANT de geldigheid op, doordat hij voorbijziet, dat de rechtsorde niet is de algebraïsche som der individueele overtuigingen (54), doch zich juist daartegenover zelfstandig handhaaft.

VII

De uitvoerigheid van het tot dusver gevoerde betoog vindt daarin zijn grond, dat door de bepaling van het begrip rechtsorde in zekeren zin ook het begrip revolutie wordt ontvouwd (55). Immers de tegenoverelkaarstelling der besproken oplossingen om met behulp van een enkelvoudig autonoom kenmerk de rechtsorde als geheel te verklaren, werpt een helder licht op de moeilijkheden, die de zelf-normering van de rechtsorde met zich medebrengt. Wij hebben gezien, dat noch het aanknoopen aan de garanties, die de rechtsorde tot haar handhaving bezit, noch uitsluitende kenmerking der rechtsorde door haar geldigheid of haar werkelijkheid het uitbreken buiten de rechtsorde voor de problemen, die zij stelt, kan verhinderen. Hoe dynamisch men ook de rechtsorde opvatte, de vraag naar de grens harer elasticiteit moet ten slotte worden gesteld (56).

(53) DABIN a. w., p. 635 e. v., p. 112 e. v.

(54) DABIN a. w., p. 153.

(55) ROHATYN a. w., p. 223.

(56) Vgl. BAAK (J. C.): Wezen en grenzen van den Rechtsstaat in W. 12929; RUTGERS (V. H.): Le Calvinisme et l'état chrétien (Anti-rev. Staatskunde, 2e kwartaal 1935, p. 192).

De revolutie is niet het eenige probleem, waarbij die grensbepaling wordt gevraagd; integendeel deze laatste is een algemeen verschijnsel: elk oogenblik moet de rechtsorde haar zelfnormeering onderzoeken. Dit zelfonderzoek heeft evenzeer plaats bij de vraag of de staat, uitdrukking van de rechtsorde, een onrechtmatige daad tegenover zijn onderdanen kan plegen, of de staat steeds gebonden blijft aan internationale tractaten, in hoeverre de orlog in de staats- of volkenrechtsorde past (57), of wel algemeen gezegd of en in hoeverre de rechtsorde autonoom kan vaststellen wat haar tegenstrijdig is: de verhouding tusschen recht en onrecht.

Alvorens nader in te gaan op het begrip revolutie en dit af te zonderen van de evengenoemde problemen is het noodig aan de verhouding recht-onrecht enkele woorden te wijden. Wil de rechtsorde haarzelf autonoom normeeren, dan moet zij, ook dit is weer het scherpst door de „reine Rechtslehre” (58) gezien, het onrecht in haar orde inschakelen, daar het binnen haar eigen kring moet vinden de motiveering voor haar handhaving. Zou het onrecht, als negatie van het positieve recht, buiten de rechtsorde vallen, dan zou het „kein „Objekt der nur auf Rechtsnormen und ihren Inhalt gerichteten Betrachtung” zijn, m. a. w. voor de rechtsorde niet kenbaar en dus niet normeerbaar. Wij willen hier niet nader bespreken de door Kelsen gegeven constructie van primaire en secundaire norm, waardoor het onrecht rechtsobject (59) wordt, doch ook hier is de volledige uitholling van de rechtsorde onvermijdelijke voorwaarde. Een nieuw argument zij hieruit geput om te opteeren voor de dualistische rechtsleer die, geldigheid en werkelijkheid onderscheidend, de rechtsidee buiten de rechtsorde zoekt, waaraan recht en onrecht beide getoetst worden (60).

Wanneer wij thans trachten het revolutiebegrip te begrenzen, dan kunnen wij, zonder vooruit te loopen op de, hieronder te bespreken, nadere begripsbepalingen der autonome en heteronome rechtsleer, vaststellen, dat revolutie de meest volkomen negatie der rechtsorde is. Zij stelt op de meest principiele wijze haar eigen normen tegenover die der rechts-

(57) VAN VOLLENHOVEN a. w., II, p. 14: „Der Krieg ist ein Glied in Gottes Weltordnung” (MOLTKE). Zie vooral hierover WOLZEN-DORFF a. w., p. 474 e. v.

(58) KELSEN a. w., p. 51 e. v.

(59) Zie de bestrijding daarvan bij DOOYEWEERD a. w. p. 26 e. v.

(60) Over het hiermede verwante probleem der theodicee worde te dezer plaatse niet nader ingegaan: zie hierover: KELSEN a. w., p. 78/79, ROHATYN a. w., p. 225.

orde. Tegenover alle andere analogieën (61) en onderscheidingen (62) is de revolutie wel het meest kenmerkend aangeduid, dat zij de extreemste tegenstelling tot de rechtsorde, het grootste onrecht ten opzichte van het positieve recht is. Er wordt daarmede geenszins ontkend, dat tusschen de evolutie binnen de rechtsorde en de revolutie tegen de rechtsorde slechts een gradueel verschil kan bestaan (63) en dat zelfs de radicaalste revolutie zich niet aan de historische continuïteit kan onttrekken, doch, waar het hier gaat om een begripsbepaling der revolutie, moet allereerst een zoo scherp mogelijke tegenstelling gemaakt worden om deze, wanneer eenmaal omschreven, op haar houdbaarheid te onderzoeken.

Alvorens echter deze voorloopige omschrijving nader te ontwikkelen zij nog een opmerking gemaakt. De probleemstelling revolutie-rechtsorde zal voor de autonome rechtsleer anders luiden dan voor de heteronome. Voor de eerste is de vraag: is en, zoo ja, wanneer revolutie binnen de rechtsorde bestaambaar?, omdat volgens de autonome rechtsleer beslist moet worden of de revolutie een species is van het binnen de rechtsorde vallende begrip onrecht. Daartegenover zal voor de dualistische rechtsleer de vraag zijn: wanneer revolutie geoorloofd is omdat daar de revolutie wordt getoetst aan de buiten de rechtsorde vallende rechtsidee (64).

VIII

De verhouding van revolutie tot rechtsorde zal voor de theorieën, die in de door het positieve recht gestelde garanties het kenmerk zien der rechtsorde, bepaald worden door het antwoord op de vraag, wanneer die garanties zijn uitgeput. Het antwoord wordt, wij zagen het reeds bij de bespreking in § V, door de absolutistische theorieën gevonden buiten de door haar aangegeven autonome rechtsorde; zoo b.v. bij BODIN, wanneer het contract tusschen vorst en onderdanen

(61) Revolutie-periodieke verkiezing: VAN CALCAR a. w., p. 17 e. v.; revolutie-noodweer: SASSEN a. w., p. 13 (opp. DABIN a. w., p. 760).

(62) Massa revolutie-verzet van den enkeling, plotseling grijpen naar de macht — langzame vermeerdering van invloed: ROHATYN a. w., p. 198 e. v., p. 224.

(63) HORA SICCAMA t. a. p., ROSENSTOCK a. w., p. 147.

(64) Niet zal dus worden behandeld de vraag, welke rechtsgevolgen de revolutie heeft voor de bestaande rechtsorde (volkenrechtelijke identiteit van den staat, gebondenheid door verkregen rechten, verantwoordelijkheid der revolutionnaire organen enz.): zie hierover HERRFAHRDT a. w., p. 91 e. v.

grovelijk wordt geschonden. Wel zeer duidelijk voelt hij (65), dat een aanprijzing van verbreking der rechtsorde niet in zijn systeem past, doch hij verontschuldigt zich als het ware door te zeggen, dat niets in deze wereld toevallig geschiedt en derhalve ook alle verandering in staatsvorm door den wil van en met toestemming van God plaats vindt (66).

De sanctie-leer komt aan het probleem der revolutie niet toe, omdat het wegvallen der dwingkracht door het verzet daartegen tegelijk de bestaansvoorwaarde van het positieve recht vernietigt.

Langer moet ons de revolutie-theorie der „reine Rechtslehre” bezighouden. Wij zagen, dat volgens deze de rechtsorde als hiërarchisch geordend rechtssysteem berust op de „Grundnorm”. Slechts dan is van revolutie sprake, als deze Grundnorm verandert, hetgeen het geval is, als de constitutioneele verandering van den staat (= het recht) zoodanig is, dat om de nieuwe rechtsorde als geldig te beschouwen, men de „Grundnorm”, waarop de oude rechtsorde berustte, moet verwerpen (67). Kelsen grijpt hierbij terug op zijn „Spannungstheorie” en acht voor de breuk der rechtsorde noodzakelijk, dat het minimum van werkelijkheid der bestaande rechtsorde verdwijne en worde vervangen door „die Geltung des Sachgehalts der neuen das vorgeschriebene Minimum an „Wirksamkeit aufweisenden Ideologie” (68).

Voor de beoordeeling van het bestaan van revolutie binnen de rechtsorde is noodzakelijk de mogelijkheid eener toetsing aan een hiërarchisch hoogere norm. Stelt men het „Primaat der Völkerrechtsordnung”, de onderworpenheid der staten aan den Grundnorm van het volkenrecht voorop, dan is revolutie in een bepaalden staat, waarin het bestaande gezag met geweld door een radicaal ander wordt vervangen, ten opzichte van de volkenrechtsorde slechts een evolutie, immers vallende binnen haar orde (69). Hieruit volgt dus, dat, zoodra het

(65) Vgl. SCHOLTEN a. w., p. 57 citaat van BODIN.

(66) BODIN a. w., p. 542 e. v.

(67) Kelsen a. w., p. 249. Terecht wijst ROSS a. w., p. 366 op de eenigszins onnauwkeurige terminologie van Kelsen, doch deze laten wij hier buiten beschouwing.

(68) Kelsen a. w., p. 127/128.

(69) ROHATYN a. w., p. 218 e. v., Kelsen a. w., p. 128 e. v., p. 148. In tegenstelling tot VERDROSZ (zie over dezen DOOYEWEERD a. w., p. 93, n. 19, COEBERGH a. w., p. 186, n. 29) trekken zij uit de omstandigheid, dat tusschen staten gesloten verdragen in stand blijven, ook al heeft een revolutie plaats gehad in een der tot het verdrag partij zijnde staten, niet de gevolgtrekking, dat de volkenrechtsorde primair is boven de staatsorde, doch achten een keuze tusschen beide mogelijk. Met dat al gaat ROHATYN's sympathie naar

vergriep tegen de norm wordt overbrugd door een hogere norm van revolutie geen sprake is, m.a.w. slechts in de lagere trappen van de hiërarchie der rechtsorde revolutie binnen de rechtsorde vallend on-recht is, doch, dat „das „Problem der absoluten Rechtskontinuität — nicht mehr „in die Stufenbau der Rechtsordnung eingeordnet“ kan worden.

De alleruiterste consequentie van de formeele normativiteit wordt hier niet getrokken en het is daarom verklaarbaar dat de latere aanhangers dezer leer andere wegen hebben ingeslagen. Door Ross (70) is de oplossing van het revolutieprobleem door de normatieve theorie veroordeeld wegens haar bloot mechanische toetsing van de revolutie aan het al of niet voortbestaan der „Grundnorm“, immers zeer ingrijpende veranderingen der rechtsorde zijn evengoed mogelijk zonder haar schending en omgekeerd behoeft niet elke verandering der Grundnorm revolutie te beteekenen. In plaats daarvan stelt hij daarom de beoordeeling van het bestaan van de revolutie afhankelijk van het onderzoek naar de „reale(n) „soziale(n) Wille(ns) der Rechtsüberzeugung des Volkes“.

Consequenter is COEBERGH, die de „Grundnorm“ verwierpt, zoodat „normverandering . . . niet noodzakelijk behoeft ge- „baseerd te zijn op een bestaande reeds gefixeerde dele- „geerende norm, maar kan plaats hebben door het omver- „gooien van de oude . . . en het stellen van nieuwe „„Voraussetzungen“ en dit wel te verstaan ook buiten het „geval van revolutie in algemeen gangbaren zin“ (a. w. p. 153). Volgens hem bevindt zich het rechtssysteem „in een voort- „durend wordingsproces“ en is de eenige bron van het recht in normlogischen zin „de methode der rechtswetenschap als „eindeloos voortschrijdend (dynamisch) objectiveringsproces, „waarin de positiviteit ontstaat en vergaat“ (a. w. p. 176). Alzoo is het rechtssysteem een logisch autonoom systeem, waarin de revolutie is opgenomen, door de ontlediging der rechtsorde slechts gradueel verschillend geworden met de onbelangrijkste individuele normoverschrijding. De rechtsorde wordt niet meer betrokken op een bepaalden inhoud, zoodat revolutie en evolutie geen principieele tegenstelling meer zijn (§ VII).

Daartegenover lost CAPITANT (71) de vraag van de verhouding van revolutie tot rechtsorde op door te zeggen, dat, terwijl de gevolgde imperatieven in de bestaande rechtsorde

het primaat van het volkenrecht, omdat bij ontkenning daarvan in den staat zelve men het primaat van het individu, het recht van opstand van den enkeling zou kunnen beweren.

(70) Ross a. w., p. 366 e. v.

(71) CAPITANT a. w., p. 117/118.

voor alle rechtsgenooten dezelfde zijn, bij revolutie verschillende rechtssystemen zich tegenoverelkaar stellen die allen „candidats au titre de droit positif” zijn. Eerst wanneer een van hen heeft getriomfeerd ontstaat weer een nieuwe rechtsorde, op het oogenblik van den strijd heeft de vraag daarnaar geen zin.

Resumeerend kan men zeggen, dat de autonome rechtsleer of de verhouding revolutie-rechtsorde negatief oplost door de revolutie binnen de rechtsorde onbestaanbaar te verklaren, of een oplossing geeft, die de tegenstelling tusschen rechtsorde en revolutie verwerpt.

IX

De verhouding rechtsorde-revolutie wordt voor de heteronome rechtsleer aangegeven door de vraag, of de buiten de rechtsorde gegeven rechtsidee veroorlooft revolutie tegen de bestaande rechtsorde. Worden alzoo revolutie en rechtsorde beide onder het oordeel gesteld van de rechtsidee, dit brengt niet met zich mede, dat beiden ten opzichte van de rechtsidee gelijkwaardig zijn. Hoe haar onderlinge verhouding ten opzichte van de rechtsidee is, hangt af van den inhoud der rechtsidee en van de mate, waarin revolutie en rechtsorde geacht worden de rechtsidee te representeeren.

Al naar gelang de rechtsidee meer of minder concreet zal zijn, zal de revolutie meer of minder gelijkwaardig aan de rechtsorde zijn. Acht men de rechtsidee uitdrukking der sociale behoeften (72), welke in den loop der tijden wisselen, dan zal men eerder concludeeren tot de stelling: „le pouvoir, et le devoir même de refuser légitimement l'obéissance à „un gouvernement tyrannique et de le renverser par la force „sont théoriquement incontestables” (73), dan wanneer men de rechtsorde ziet als „göttliche Institution” (74).

Toch is reeds daarom de rechtsorde gepraedisponoerd meerwaardig ten opzichte van de rechtsidee te zijn, omdat zij de bestaande orde is, vanwaaruit de revolutie wordt beoordeeld. De revolutie zal steeds in een andere verhouding tot de rechtsidee staan dan de bestaande rechtsorde: zij immers is slechts een doorgangstoestand en gericht op het vestigen van een nieuwe rechtsorde en de beoordeeling harer geoor-

(72) Of wel „het algemeen welzijn”, SASSEN a. w., p. 5; VON SCHMID (J. J.): De revolutiegedachte in de Thomistische Wijsbegeerte (N. J. B. 1935, p. 121 e. v., vooral p. 127) of wel: „the principle of utility”: AUSTIN (J.), Lectures on Jurisprudence. (Student's Edition, London 1904), p. 29.

(73) DUGUIT (L.): L'état, le droit objectif et la loi positive (Paris 1901), p. 316.

(74) STAHL a. w., II, 2, p. 171.

looftheid hangt ten nauwste samen met de waarde der door haar ontstane nieuwe rechtsorde. Gevolg hiervan is, dat, hoe ook de revolutie ten opzichte van de rechtsidee worde beoordeeld, zij in elk geval buiten de bestaande rechtsorde valt, daar het positieve recht zijn basis zou verliezen als het zijn volkomen negatie in zich zou opnemen (75). Terecht wordt dan ook gezegd: „Entstehung und Untergang des Staates ist „staatsrechtlich nicht zu erklären“ (76).

Anderzijds wordt daardoor het conflict: invoeging in de rechtsorde-revolutie, allereerst als een plichtenconflict gevoeld, waarbij de plichtenreeks door de bestaande rechtsnormen opgelegd, het zwaarst drukken en vervolgens als het conflict van „het bloot-stellige, schijnrecht tegenover het natuurlijke, „het ware recht“ (77). Deze tegenstelling is echter slechts dan juist als men beide qualificaties betreft op rechtsorde en revolutie (of omgekeerd) ten opzichte van de rechtsidee. Zou men daarentegen in plaats van beider afhankelijkheid van de rechtsidee het Entweder-Oder: recht-macht, stellen, dan zou niet verklaard worden hoe het recht macht en de macht recht kan worden — hetgeen toch juist bij revolutie geschiedt —, daar dan een criterium, waaraan beide begrippen zouden kunnen getoetst worden, ontbreken zou (78).

X

Met de bepaling der afhankelijkheid der rechtsorde aan de rechtsidee zijn nog niet geheel de voorwaarden voor de geoorlooftheid der revolutie aangegeven. Juist omdat de rechtsorde in een „favorabele“ positie ten opzichte van de rechtsidee verkeert, wordt revolutie slechts in bepaalde omstandigheden geoorloofd geacht, ook wanneer de rechtsorde niet meer voldoende de rechtsidee representeert. Het is het uiterste redmiddel, en niet alleen moeten alle in de rechtsorde gegeven garanties vergeefs zijn aangewend, doch ook de passieve weerstand (79), het vermijden van het plichtenconflict door zich

(75) WOLZENDORFF a. w., p. 461 et pass., HERFAHRDT a. w., p. 50, DABIN a. w., p. 757.

(76) WOLZENDORFF a. w., p. 463.

(77) HORA SICCAMA t. a. p. Vgl. AUGUSTINUS (De Civitate Dei IV, c. 4): „Wat zijn de staten anders dan rooversbenden in het groot, als de gerechtigheid eruit geweken is?“

(78) Evenzoo: HARTMANN a. w., p. 239: „in der Grundtendenz des „lebenden Gemeingeistes“ (i. c. de rechtsidee) ist die gemeinsame „Quelle“ van revolutie en rechtsorde te vinden. Vgl. HÜBNER: „Macht geht nicht vor Recht, aber Macht wirkt Recht, wenn sie „von Erfolg begleitet ist“ (cit. HERFAHRDT a. w., p. 20); RUTGERS a. w., p. 195 e. v.

(79) STAHL a. w. p. 548, SASSEN a. w., p. 50, DABIN a. w., p. 748 e. v.

afzijdig te houden, haar doel gemist hebben. Zoo is b.v. volgens SASSEN (80) de revolutie slechts geoorloofd als: 1^o. het zeker is dat de bestaande orde niet meer voldoet, 2^o. alle wettige middelen zijn uitgeput, 3^o. het te verwachten voordeel opweegt tegen het nadeel, 4^o. niet meer geweld wordt gebruikt dan noodig is en 5^o. een redelijke kans van slagen bestaat. De nummers 1^o en 2^o betreffen de door de rechtsorde gestelde garanties (§ V), de nummers 3^o, 4^o en 5^o de beoordeeling van de mate waarin de revolutie de rechtsidee vertegenwoordigt.

De bespreking van de laatste vraag vormt het slot onzer beschouwingen. Hare beantwoording wordt soms gevonden door een (pseudo-) historisch onderzoek, soms door een abstracte redeneering (81).

In het eerste geval wordt bij het betoog, dat de revolutie geoorloofd is, ontkend, dat revolutie „ware” revolutie is op grond, dat de bestaande rechtsorde is gedegenereerd en is afgeweken van de oorspronkelijke (82), als historisch vaststaand aangenomen rechtsorde. De revolutie is dan terugkeer tot de oorspronkelijke rechtsorde. Deze redeneering vinden wij b.v. terug in de motiveering van onzen opstand tegen Spanje (83), waarbij jarenlang wordt vastgehouden aan de fictie der gehoorzaamheid aan den Koning van Spanje, dien men wil beschermen tegen zijn slechte raadgevers en wien men tenslotte eerst na lange aarzeling de gehoorzaamheid opzegt, omdat hij den oorspronkelijken regeeringsvorm, de beperking van het landsheerlijk gezag door de privileges, geschonden heeft.

In het tweede geval, dat trouwens met het eerste vaak samengaat, is de geoorloofdheid der revolutie daarvan afhankelijk, of de rechtsidee kan geacht worden in de rechtsorde, die door de revolutie zal geschapen worden, vollediger te worden gerepresenteerd, dan in de bestaande. Wij zullen dit verduidelijken door de behandeling van de rechtsleer, die de rechtsidee als een vorm van Gods Gebod beschouwt.

Haar opvatting van de rechtsidee brengt niet met zich mede, dat de bestaande rechtsorde immer als de afspiegeling van Gods orde zal beschouwd worden. Integendeel worstelt juist elk harer aanhangers met de vraag in hoeverre de geschiedenis geïdentificeerd kan worden met de Openbaring en zoo is ook anderzijds haar opvatting over de revolutie wisselend beïnvloed door deze zelfde vraag met tegengestelde accen-

(80) SASSEN a. w., p. 14, zie ook DABIN a. w., p. 727 e. v., HORA SICCAMA t. a. p.

(81) DE VRANCKRYCKER a. w., p. 139.

(82) Dit verschijnsel vindt zijn parallel op het gebied van den godsdienst, waar de „afgescheidenen” zich steeds als de „ware” kerk beschouwen.

(83) DE VRANCKRYCKER, p. 19 et pass.

tueering: is Gods Gebod somtijds zoodanig dat gehoorzaamheid daaraan noodzaakt tot het verwerpen van het bestaande? Niemand der aanhangers dezer leer, hoe conservatief ook het bestaande met Gods Wil verbindende, acht dien band onverbreekelijk en zal niet vroeg of laat zich gedwongen zien te erkennen dat in bepaalde gevallen revolutie geoorloofd is (84).

Zoo zien wij b.v. dat zelfs bij STAHL de beteekenis van de bestaande orde als „göttliche Institution” slechts deze is, „dasz das Ansehen derselben sich auf Gottes Gebot und „Ordnung, nicht dasz es sich auf Gottes unmittelbare (die „Natur durchbrechende) That gründet”, zoodat dan ook, al is de revolutie „die Gründung des ganzen öffentlichen Zustandes auf den Willen des Menschen statt auf Gottes Ordnung” (85), toch de na een revolutie geconstitueerde rechtsorde als elke andere geëerbiedigd moet worden, „denn was „Gott zugelassen und durch die Zeiten erhalten hat, das „ziemt der jetzigen Generation, die es ohne ihr Zutun überkommen hat nicht vor ihr Gericht zu ziehen . . .” (86). Gelijkelijk moet ook GROEN, van wien toch de bekende definitie: „Revolutie is de omkeering van denkwijzen en gezindheid in geheel de Christenheid openbaar” (87) afkomstig is, erkennen, dat, al moeten wij „aan de over ons gestelde Magt „gehoorzamen om des Heeren wil”, wij toch gehoorzaamheid weigeren moeten aan „de(n) booswicht of de(n) gekroonde(n) „roover”.

Meer overeenkomstig de Calvinistische leer (88), volgens

(84) Deze probleemstelling is het pregnantst in Rom. 13 : 1 e. v. uitgedrukt.

(85) STAHL a. w., II, V, 2, p. 177.

(86) STAHL a. w., II, 2, p. 253/254. Zie hierover ook LEENDERTZ (A. W.): De grond van het overheidsgezag in de anti-revolutionnaire staatsleer (Prft. Leiden 1911), p. 77 e. v.; RUTGERS a. w., p. 190. Een analoge redeneering als STAHL voert GODET (F.), *Commentaire sur l'Épître aux Romains* (Paris 1886), p. 464: „dans „l'état de fait il (le chrétien) reconnaîtra la manifestation de la „volonté de Dieu”, zoo ook volgens zijn utilitarische leer, AUSTIN a. w., p. 29: „Disobedience to a bad government is an evil. But „the change from a bad government to a good one is an end so „important, that if resistance will probably attain that end, the „subjects are justified in entertaining the question of resistance”. (Vgl. noot 66).

(87) GROEN VAN PRINSTERER (G.): *Ongeloof en Revolutie* (Amsterdam 1868), p. 35, 46 e. v. Zie de analyse van GROEN's opvattingen bij SMITSKAMP a. w., p. 182 e. v.

(88) CALVIJN *Institutio* I. IV, c. XX. Vgl. over CALVIJN's invloed als grondlegger van de nieuwe revolutieleer: WOLZENDORFF a. w., p. 93, 366, noot 1 et pass. Van het voor dit probleem hoogst belangrijke werk van BOHATEC (J.): *Calvin und das Recht* (Feudingen i/W. 1935) namen wij helaas eerst na het afsluiten van dit opstel kennis.

welke de overheid weliswaar door God als zijn plaatsvervangster is ingesteld, doch die ongehoorzaamheid geoorloofd acht, als de magistraat Gods wil verstoot, is de huidige anti-revolutionnaire leer, die de revolutie als materieel begrip kenmerkende als de „losmaking van den band van recht en „staat aan God” deze wel geoorloofd acht, daar anders de „staatsverheersching” op geestelijk terrein zou dreigen (89). Ook hier wordt dus slechts zeer voorwaardelijk rechtsorde als meerwaardig tegenover revolutie bevonden en beiden onder het oordeel van God gesteld.

Betrekken de besproken theorieën revolutie en rechtsorde beide min of meer op de rechtsidee en achten zij het mogelijk dat de rechtsidee, die voor de menschheid althans gedeeltelijk kenbaar en door haar verwezenlijkbaar is, in een van beide wordt gerepresenteerd, radicaal anders zijn die theorieën, die evenzeer als de vorige de rechtsidee als vorm van Gods Gebod beschouwend, desniettemin principieel de mogelijkheid verwerpen, dat de rechtsidee voldoende door revolutie of rechtsorde vertegenwoordigd zou kunnen zijn. Voor hen beteekent de rechtsorde slechts „dasz der Mensch heuchlerischerweise „wieder einmal mit sich ins Reine gekommen ist” (90); Gods scheppingsordeningen zijn niet zoo maar uit de gegeven wereld af te leiden en de zin ervan is slechts kenbaar voor het geloof, zoodat de beslissing invoeging in of verzet tegen de rechtsorde niet materieel kan worden vastgelegd (91). Alsdan beteekent weliswaar revolutie erkenning van het zondige van de bestaande rechtsorde, doch tegelijkertijd moet dan het besef levendig worden, dat de bestaande rechtsorde slechts in een andere even zondige rechtsorde zal worden gegoten: „Der Griff nach dem Richterschwert, den (die Revolution) „sich erlaubt, ist nicht dadurch entschuldigt, dasz die Obrigkeit ihm mit diesem Griff vorangegangen ist: das ist ihr „Gericht, nicht sein Recht” (92). Hare conclusie is, dat „een „stelsel altijd en overal toepasselijk, waaraan de gezagsorganisatie zou behooren te voldoen” onbestaanbaar is (93), en dat het ten slotte de individueele bewustwording is van Gods

(89) DONNER t. a. p. Vgl. HORA SICCAMA t. a. p.; BOISSEVAIN (W. Th.): Een Christelijke Staat (Amsterdam 1935), p. 29/30.

(90) BARTH (K.): Der Römerbrief (München 1923), p. 462.

(91) BUSKES (J. J.): Nationale goederen, p. 192 (artikel in de openbaring der Verborgenheid, Baarn 1934). Wij bespreken hier niet de tegenstelling van de opvatting van BARTH met die van BRUNNER.

(92) BARTH a. w., p. 465.

(93) HORA SICCAMA t. a. p., BRUNNER a. w., p. 99, BUSKES a. w., p. 204. Vgl. TELDETS a. w., p. 130. Opp. RUTGERS a. w., p. 200.

Liefde, die van geval tot geval beslist: berusting of verzet (93a).

Slechts schijnbaar zijn de beschouwingen in de laatste § afgeweken van de in den aanvang van dit opstel aangekondigde afbakening van het begrip revolutie als rechtsprobleem. Integendeel, zooals wij in § VI bij de bespreking van de „reine Rechtslehre” reeds zeiden, er is hierdoor komen vast te staan, dat het ook bij de heteronome rechtsleer gaat om de vraag of het mogelijk is het recht te betrekken op een bepaalden inhoud van absolute eeuwigheidswaarde. Hun beider oplossingen zijn echter verschillend gebleken.

De meeste autonome rechtstheorieën konden haar autonomie niet handhaven doch moesten steeds uitbreken buiten de door haar zelve bepaalde orde. Alleen de „reine Rechtslehre” loste deze moeilijkheid op door haar begripsbepalingen geheel te ontledigen en zoo het recht als formeele denkcategorie te poneeren.

De heteronome leer daarentegen plaatste de rechtsidee buiten de rechtsorde, doch ook deze bleek niet steeds te waarborgen een voor de rechtgenooten kenbaren inhoud. Weliswaar werd door het buiten de rechtsorde vallen der rechtsidee het probleem recht-onrecht, rechtsorde-revolutie, beter gesteld, doch slechts in de veronderstelling, dat de rechtsidee uit bepaalde voor den mensch kenbare bronnen (de Bijbel, de Geschiedenis: er staat geschreven, er is geschied) af te leiden zou zijn, kon een beslissing over de geoorlooftheid der revolutie genomen worden. Wanneer echter de rechtsidee als afspiegeling van Gods Wil zoo hoog werd geplaatst, dat noch rechtsorde, noch revolutie daarop betrokken konden worden, dan werd, evenals bij de „reine Rechtslehre”, aan het probleem rechtsorde-revolutie de grondslag ontnomen.

Door dit overzicht is de grens van ons opstel getrokken; tusschen beide oplossingen hier een keuze te doen valt daarbuiten (94).

(93a) SCHOLTEN (P.): *Recht en Liefde* (Synthese III, Haarlem 1916/17), p. 179 e. v., vooral p. 212 e. v.

(94) Vgl. SCHOLTEN's tegenstelling (Inleiding ASSER, p. 179) tusschen de Hegelsche en de Christelijke Idee.

Het Nederlandsche Belastingrecht, onder hoofdleiding van Prof. Mr. J. Ph. SUYLING.

No. 2. *De Wetten op de Vermogensbelasting en de Verdedigingsbelasting I*, door Dr. P. J. A. ADRIANI, 4e druk. — N. V. Uitgeversmaatschappij W. E. J. Tjeenk Willink, Zwolle 1935, 497 p. f 10.90, geb. f 11.90.

Er is in de jaren, welke tusschen den derden en vierden druk van dit werk liggen, niet veel veranderd in de wettelijke bepalingen; in zooverre kon de bewerker zich dus in hoofdzaak bepalen tot het weergeven van de nieuwe jurisprudentie en literatuur. De auteur heeft zich, zooals bij herdrukken nog al eens voorkomt, niet tot een, den weg van den minsten weerstand zoekende, inlassching op min of meer geschikte plaatsen, bepaald.

In tweeërlei opzicht munt deze bewerking te dien opzichte uit boven hetgeen elders wel eens wordt gezien.

Niettegenstaande de nieuwe jurisprudentie omvangrijk is en de tijdschriftliteratuur voortdurend blijft vloeien, heeft de auteur niet getracht naar beperkingen in de verwijzing, deze is integendeel zeer volledig en er is zelfs nog meer dan in den vorigen druk naar buitenlandsche literatuur verwezen. Doch niet alleen is groote *volledigheid* de prijs van nieuwen intensen arbeid, welken slechts zij die wel eens een gelijksoortig werk hebben verricht, kunnen peilen, maar ook de *wijze waarop* een en ander in het oorspronkelijke is geïncorporeerd, valt slechts te loven. De gedachte aan een gesupplementeerden vorigen druk komt bij den lezer nimmer boven.

Voor een groot deel is de schrijver trouwens door den opzet van zijn boek, waarin na de inleiding, en de bespreking der belastingplichtigen (Hfdst. I), in Hfdst. II na *algemeene* beschouwingen voor detailvragen de vragen van het *aangiftebiljet* op den voet worden gevolgd, waarmee alleen 230 blz. gemoeid is, gedwongen, zich telkenmale rekenschap te geven van de veranderingen, welke in het aangiftebiljet worden aangebracht.

Nog verdient de schrijver hulde, voor de nog meer zorg eischende wijze, waarop hij er in is geslaagd, dit alles samen te vatten in precies denzelfden omvang (nauwkeurig 1 blz. meer) als de derde druk. Dit is in hoofdzaak bereikt door

beknoptere weergave van punten, die het belang van afzonderlijke vermelding hebben verloren omdat hetgeen vroeger nieuw of dubieus was, door den tijd reeds algemeen aanvaard geworden is; na eenige jaren praktijk blijkt wel eens dat door de theorie opgeworpen vraagpunten minder moeilijkheden bieden dan de theorie aanvankelijk vermoedde.

De materie van de belastingplichtigheid der buitenlandsche ondernemingen voor hun bedrijf hier te lande, welke kort vóór de verschijning van den derden druk tot allerlei verschil van inzicht aanleiding gaf, kan thans veel beknopter worden behandeld. Wel heeft juist dit punt geleid (zie p. 95 vlg.) tot een herindeeling der stof, welke ongetwijfeld de overzichtelijkheid is ten goede gekomen. Maakte de derde druk (en uiteraard de eerste en tweede, ten tijde van welker verschijnen nog slechts van belastingplicht van fysieke personen sprake was) geen onderverdeeling, thans wordt de belastingplicht van fysieke en rechtspersonen geheel afzonderlijk gezien. Aldus kan ook de *aard* van de verschillende *soorten* vermogensbelasting (schrijver onderscheidt er drie; twee heffingen van het vermogen als eenheid in de V.B. en de Verd.Bel. I; en een heffing van vermogensbestanddeelen in de V.B., belichaamd eveneens in V.B. en Verd.Bel. I) beter naar voren komen. Ook overigens is in de inleiding hier en daar iets verdwenen en iets anders aangevuld. Zoo viel het mij op, dat ik in een onlangs verschenen monographie over de ontwikkeling van het belastingwezen hier te lande mijn korte behandeling der *laatste* historie wegens plaatsgebrek moettende excuseeren, door een verwijzing naar hetgeen ADRIANI hieromtrent thans weergeeft, het gemis grootendeels zou hebben kunnen vergoeden.

Daar vindt men ook — zooals na schrijvers artikelen in W. P. N. R. 2856 vlg. mocht worden verwacht — nieuwe beschouwingen over de „verkoopwaarde”, en over de vraag, wat nu eigenlijk de bedoeling is: heffing naar *verkoopswaarde* of naar *geldswaarde* en dit niet alleen naar aanleiding van den strijd tusschen wetstekst en toelichting van den Minister.

De wetstekst luidt *verkoopswaarde* en daaraan hield zich uiteraard de Hooge Raad, niettegenstaande de toelichting van den Minister in anderen zin. In dien tijd waren de tegenstellingen echter niet zoo scherp als nu; in de meeste gevallen voerden de verschillende waardebegrippen tot een vrijwel gelijke conclusie. Die vragen hebben thans veel meer belang, nu de ontworpen maatschappij waardeverhoudingen kent, die den toeschouwer onbegrijpelijk voorkomen, althans zich doen afvragen of het billijk, of het logisch is, dat de *waarde* waarnaar de belastingwetgever heft, die is welke is

gekozen. Die vraag doet zich niet alleen t. a. v. de Vermogensbelasting voor; ook t. a. v. de Personeele belasting mag men zich afvragen — het ligt buiten mijn onderwerp hierop verder in te gaan, doch ik roer het punt slechts aan in verband met het op p. 63 voorkomende — of, ook aan de hand der toelichting, maar zeker aan de hand van de ratio der wet, daar niet veeleer een *gebruikswaarde* is bedoeld. Aan de beschouwingen over het waardebegrip worden in § 17, *schatting van onroerende zaken*, nadere uiteenzettingen toegevoegd. Ook hier wijken de vroegere toelichtingen af van de nieuwe. De „doorsneekoper” van p. 82 van den 3den druk is, m. i. terecht, verdwenen, maar toch komt de schrijver ook nu niet tot een volledige bevrediging gevend resultaat. Schrijver zet op p. 202 uiteen, dat onder „verkoopwaarde” in den regel wordt verstaan, de som welke een goed in openbare veiling onder normale omstandigheden zou opbrengen. „Met deze omschrijving kan men”, zegt hij, „voor onroerende zaken vrede hebben, mits men daarbij denke aan een denkbeeldige veiling”. Maar waarom komt een denkbeeldige *onderhandsche* verkoop niet in aanmerking?

Veelal worden goederen *niet openbaar* verkocht, omdat men vreest, dat zij dan minder dan de „werkelijke” waarde zullen opbrengen en de wet spreekt nòch van openbaren, nòch van onderhandschen verkoop.

Het verschijnen inzonderheid van BORDEWIJK's werk, dat een fellen aanval behelst op ons huidig stelsel van heffing der vermogensbelasting, inzonderheid wat betreft de stelling dat het vermogen zèlf element van draagkracht zou zijn (een vermogensbelasting is z. i. alleen verdedigbaar als extra belasting voor vermogensinkomsten, dit alles als uitvloeisel van het door BORDEWIJK uiteengezet systeem waarin de algemeene verteringsbelasting de kern vormt) — het verschijnen van dit boek maakte een nader stelling nemen van den auteur tegenover dit principieel punt noodzakelijk.

BORDEWIJK heeft ditzelfde nog eens nader uiteengezet in W. P. N. R. 3351 vlg. in verband met de Doode-Handbelasting.

Bij een *algemeene* verteringsbelasting als door hem gedacht, zal, zie ik juist, interen niet worden belast, omdat het niet bespaarde en dus verteerde *inkomen* dan maatstaf van belastbaarheid vormt. Eén zijner grieven tegen *speciale* verteringsbelastingen, directe en indirecte, is juist, dat zij verteren door *interen* op één lijn stellen met verteren *uit inkomen*.

Ook het karakter van onze vermogensbelasting komt daarbij in debat. De vermogensbelasting is altijd geweest

een aanvulling der inkomstenbelasting maar, was zij vroeger direct een belasting van vermogensinkomsten, later werd zij er (1915) een van het *vermogen* en slechts indirect en onzuiver een aanvulling van inkomstenbelasting.

Bij de totstandkoming der inkomstenbelasting is betoogd (zie p. 43), dat de V.B. voortaan ook zèlf inkomstenbelasting zou wezen, omdat voortaan het *inkomen* uit vermogen nu *zwaarder* belast wordt dan dat uit bedrijf.

Die meening deelt de auteur evenmin als indertijd bij de *invoering* der wet Mr. MARCHANT en evenmin als Mr. TREUB in 1915, als de ontwerper van de afzonderlijke belasting de Verdedigingsbelasting I a, terwijl de wet van 16 Maart 1928, Stbl. 68, nog meer de richting van vermogensheffing uitging, door bloote eigendom en sommige levensverzekeringpolissen te belasten. ADRIANT betoogt (p. 47), dat BORDEWIJK's bezwaar („ook bij het genot van vermogensinkomsten kan het *zuiver* „inkomen nihil of negatief zijn”) leidt tot veroordeeling van *elke* vermogensbelasting. „De wetgever”, zegt hij, „zal wel „niet spoedig de meening deelen, dat de kapitalist, die geen „inkomen heeft, in draagkracht gelijk staat met hem, die „doodarm is”. Het aan Minister TREUB ontleende motief schijnt mij niet onaantastbaar. Wèl zegt deze, dat de Verm.-Bel. voortaan een belasting van de *bron* zelf zal zijn, als aanvulling der inkomstenbelasting, doch op grond van het feit, dat het vermogen *als bron van inkomst* aan den recht-hebbende grooter draagkracht geeft.

BORDEWIJK acht alleen 'n vermogensinkomstenbelasting (èn als aanvullingsbelasting èn economisch) juist, want (zoo luidt ongetwijfeld zijn betoog) belasting op niet renderend inkomen vergroot slechts het gat, dat door de kosten van onderhoud wordt geslagen. Men moge voor dit argument gevoelen, anderzijds kan men moeilijk anders zien, dan dat, zoo ik b.v. een blooten eigendom heb van f 100.000, belast met vruchtgebruik, ik een op elk oogenblik realiseerbaar vermogen in handen heb, afhankelijk van den leeftijd van den vruchtgebruiker en dat dit gerealiseerde vermogen mij inkomen kan geven, dus het bezit ervan mijn draagkracht bewijst. Toch mag de vraag worden gesteld, of de wet van 1928 in vele gevallen *thans*, nu zich ten dezen abnormale verhoudingen voordoen, niet onbillijk en zwaar drukt op velen.

De vraag kan overigens rijzen of na de invoering der Omzetbelasting, die in vele opzichten te vergelijken is met een algemeene verteringsbelasting, al is het er geenszins een als waarop BORDEWIJK doelt, alles ten opzichte van diens beschouwingen nog wel hetzelfde is gebleven.

Bij vergelijking van den derden druk met den vierden constateert men, op verschillende plaatsen, dat ADRIANI op een vroeger, soms van het meer algemeen geldende afwijkend, inzicht, terugkomt. Zie b.v. p. 303 (recht van gebruik en bewoning) en het bekorten van de beschouwingen over de belastingplicht der buitenlandsche ondernemingen. Zoo b.v. op p. 112 l. 1. (personen met meerdere woonplaatsen) tegenover p. 118, lid 1, derden druk. Op p. 113, lid 1, is echter behouden de voorstelling, dat men, om hier te lande te wonen, een *woonplaats* moet hebben, terwijl op p. 165 („geldt art. 9ter „66k voor in het buitenland wonenden?“) de in den vorigen druk ter zake weergegeven meening, althans ten principale, zij het met eenige reserve, wordt vastgehouden. Ook *nu* ten onrechte, want het eenig bewijsmiddel tot staving van zijn meening aangevoerd (het beroep op het laatste lid) faalt. Immers dat handelt niet over de toewijzing van het vermogen aan den man, doch over de *berekening* der *belasting*.

In den vorigen druk werd verder nog al eens het woord „onthefing“ gebruikt, als „vermindering“ bedoeld was, of omgekeerd. Dit is op verschillende plaatsen veranderd; op andere, vgl. p. 374, 431, 456/57 en 473, bleef een verkeerde terminologie staan.

Een enkele op zich zelf staande opmerking moge nog worden gemaakt.

T. a. v. den aanhef van § 14 — de onderscheiding in het aangiftebiljet van vermogen belegd in bedrijf of beroep (kolom 1) en niet belegd in bedrijf of beroep (kolom 2) — moge hier worden opgemerkt, dat de gemaakte onderscheiding ook van practisch belang is voor de gelijktijdig tot stand gebracht wordende aanslagsregeling Inkomstenbelasting. Of verder (eveneens p. 177) wel juist is, dat tusschen den inhoud van vragen 6a en 6b verschil moet worden gemaakt, schijnt zeker twijfelachtig. Althans historisch, in het stelsel van 1892/93, heeft men 66k de bedrijfsactiva, als tot het productieve vermogen behoorend, buiten de vrijstelling willen houden.

Is ten slotte, zooals men als schrijver's meening uit p. 178, regels 1 en 2 moet lezen, *vennootschapsvermogen* identiek met *bedrijfsvermogen*? (Vgl. bij de Ink.bel.: *vennootschap niet de bron, het bedrijf wel*).

Wat de *tarieven* betreft worde opgemerkt, dat het tarief èn van Verm.Bel. en van Verd.Bel. I, niet alleen niet progressief is (p. 59/60) doch *degressief*. De constructie der beide tarieven is dezelfde: boven f 9.936.000 wordt *alles* belast, ook de eerste f 1000. Doordat bij de Verd.Bel. de

degressiegrens hoog ligt, valt dit verschil slechts weinig in het oog. Op p. 379 is verzuimd mede te deelen, dat het maximum der gemeente-opcenten tijdelijk is verlaagd tot 40.

„Depreciatiefonds”. Een reparatiefonds is m. i. een *echte* reserve en niet te rangschikken onder depreciatiefonds (p. 186). Een depreciatiefonds verliest (vgl. p. 189, al. 2 slot) m. i. niet, indien de verkoopwaarde van het actief stijgt, doch de balanswaarde gelijk blijft; evenmin wordt een reserve door daling der waarde van de activa een depreciatiefonds.

p. 346, al. 6. Deze meening wordt niet toegelicht en schijnt aanvechtbaar.

p. 382. De hier gegeven opsomming is onvolledig. Ook reeds bij het verschijnen van het werk waren verdragen met verschillende andere landen (Polen, Finland) bekend.

p. 453 bovenaan. De mededeeling omtrent B. 2871 is niet juist. Niet de H. R., doch de R. v. B. had *feitelijk* vastgesteld, dat in casu den inspecteur de gegevens ten dienste stonden.

p. 457 bovenaan. De artt. 24, 24 *bis* en 24 *ter* zijn ten onrechte genoemd.

p. 469, noot 4. P. W. 9794 geldt niet meer. Vgl. de slotparagraaf, v, der Alg. Instr. Thans kiest men den aanslag over dat jaar, waarover men dezen het best gefundeerd acht, of — indien te dien aanzien geen verschil bestaat — den aanslag waarop de verhooging in verband met de opcenten het bevredigendst werkt.

Ik moge met vermelding dezer weinige, meerendeels niet belangrijke, opmerkingen volstaan en als eindindruk weergeven, dat zoo de vorige drukken mooi werk waren, deze vierde nog beter is. ADRIANI kan op den verrichten arbeid met voldoening terugzien en de *gebruikers van zijn werk* kunnen dankbaar zijn voor de toewijding en kunde waarmee die is verricht.

Dr. B. VAN DEN TEMPEL JZN, *Publieke en semi-publieke ondernemingen*. — N. Samsom N. V., Alphen aan den Rijn, 1935.

Ik stel er prijs op voor dit geschrift bijzondere aandacht te vragen, want het geeft een zeer heldere, prettig leesbare behandeling van een onderwerp van groot actueel belang, liggende op het terrein van wat schr. noemt de publieke economie, d. i., naar zijn omschrijving, „de tak van wetenschap, die tot object van onderzoek heeft den inhoud, de oorzaken en de gevolgen van de overheidsmaatregelen, die op de aanwending van de productiekrachten van het nationale organisme betrekking hebben”. Niet dit geheele terrein wordt in het boek van Dr. VAN DEN TEMPEL verkend; slechts de overheidsbemoeying, die zich openbaart in publieke en semi-publieke ondernemingen, en daaronder verstaat hij de bedrijven, die minstens tegen kostprijs leveren en waarvan onderscheidenlijk het kapitaal geheel in handen is van een of meer publieke lichamen, ook al wordt het beheer niet steeds ten volle door de bestuursorganen dier lichamen gevoerd (de publieke ondernemingen), en het kapitaal deels in handen is van publieke lichamen, deels van particulieren (de semi-publieke ondernemingen). Dit laatste begrip wordt dan nog uitgebreid door er ook onder te brengen de ondernemingen, in welker eigendom publieke lichamen geen deel hebben, maar op welker beheer zij nochtans invloed kunnen oefenen, hetzij in verband met een concessie, hetzij door toepassing van wat schr. het stelsel van gecontroleerd beheer noemt, een stelsel, dat zich op ruime schaal in Amerika heeft ontwikkeld en ten onzent, behalve in verschillende crisis-organisaties, in het verzekeringswezen voorkomt. Anderzijds brengt hij in zijn analyses een beperking aan door zich daarbij in hoofdzaak te bepalen tot productiebedrijven en bedrijven, die zorg dragen voor de distributie van de door een productiebedrijf voortgebrachte goederen, en dus met name de financieele ondernemingen van publieken en semi-publieken aard uit te sluiten, een en ander om het opsporen van gemeenschappelijke kenmerken in de ontwikkeling gemakkelijker te maken.

In het op deze wel doordachte afbakening van zijn onderwerp volgend overzicht van de in Nederland bestaande publieke en semi-publieke ondernemingen geeft hij terecht aan de ondernemingen op financieel gebied (levensverzekering-bedrijf, Nederlandsche Bank, Bank voor Nederlandsche gemeenten, Rijkspostspaarbank, enz.) nog wel een plaats; anders toch zou dit een belangrijke leemte vertoonen. Misschien is het daarom uit een oogpunt van systematiek te betreuren, dat hij, zonder zich in de volgende hoofdstukken

geweld aan te doen, niet nog een afzonderlijk hoofdstuk aan de speciale eigenschappen dezer ondernemingen gewijd heeft. Hoe dit ook zij, in het bedoelde overzicht, dat den lezer op uitnemende wijze in medias res voert, vinden wij daarnaast de volgende rubrieken onderscheiden: bedrijven, die hun producten door middel van leidingen leveren; verkeersbedrijven; havenbedrijven; mijnbouwondernemingen en nevenbedrijven; hoogovens en staalfabrieken; de drie aan het rijk behorende bedrijven: artillerie-inrichtingen, landsdrukkerij en 's rijks munt; de overige ondernemingen, zooals grondbedrijven, woningbouwverenigingen e. d.

Er blijkt dan bijv. hoe op het gebied van het gasbedrijf de geconcessioneerde onderneming gaandeweg verdrongen is door het, aan een gemeente behorende, publieke bedrijf, waarnaast ook nog het Staatsmijnbedrijf in het zuiden des lands verschillende gemeenten van gas voorziet, maar hoe in den laatsten tijd het semi-publieke ondernemingswezen zich weer openbaart in de gaslevering aan enkele gemeenten door de gemengde onderneming N. V. Koninklijke Nederlandsche Hoogovens- en Staalfabrieken te Velsen. De ontwikkeling van het electriciteitsbedrijf is een geheel andere: hier gaat de strijd in hoofdzaak om de vraag, of de gemeenten dan wel de provincies de overheerschende positie zullen innemen, met als resultaat, dat in zeven provincies een centrale bestaat, die of zuiver provinciaal is of waarin de provincie althans een overwegende positie heeft, terwijl voorts het Utrechtsche bedrijf aan provincie en provinciale hoofdplaats gezamenlijk behoort. Bijna alle gemeenten boven 50.000 zielen zijn daarnaast in het bezit van een eigen productiebedrijf en in Zuid-holland is dit gemeentelijke bedrijf zelfs geheel meester van het terrein. Limburg heeft een provinciaal distributiebedrijf, dat den stroom betreft van het Staatsmijnbedrijf en zulke bedrijven zijn er voorts in een groot aantal middensoort- en kleinere gemeenten, die dan den benodigden stroom krijgen van een provinciale centrale of van de centrale eener naburige gemeente. Verschillende van die gemeentelijke distributiebedrijven in Groningen en Drenthe worden weer beheerd door een gemengde onderneming, de N. V. Maatschappij tot exploitatie van laagspanningsnetten, waarin die beide provincies, vele gemeenten en enkele particulieren aandeel hebben. Op het terrein van het waterleidingbedrijf zien we als voornamelijk figuur het intercommunale bedrijf, daarnaast het provinciale bedrijf van Noordholland en een aantal gemeentelijke ondernemingen (1).

(1) Schr. noemt hier niet het op initiatief en onder invloed der provincie Groningen tot stand gekomen bedrijf, waarin de provincie zelf en de aangesloten gemeenten aandeel hebben. Wel doelt hij daarop op blz. 76.

Dit wat de eerste der zoo straks aangeduide rubrieken betreft. De andere vertoonen niet een zóó bonte verscheidenheid, maar bij verschillende, bijv. bij die der verkeersbedrijven, vallen toch ook zeer opmerkelijke ontwikkelingen te constateeren.

In de volgende hoofdstukken komt schr. dan tot zijn samenvattende beschouwingen. Allereerst gaat hij na, welke de algemeene oorzaken zijn geweest van het ontstaan der publieke en semi-publieke ondernemingen. Bij den aanvang dezer ontwikkeling vinden we de geconcessioneerde onderneming, passend in den bloeitijd der liberale economie, en schr. onderscheidt drie gronden, waarop concessies voor ondernemingen zijn geëischt. Waar een bedrijf noodwendig een monopolie zou bezitten, diende de concessie om de daaraan verbonden gevaren op te heffen. Elders, met name bij de spoorwegmaatschappijen, zijn concessies wel gegeven aan meer dan één lichaam om het ontstaan van een monopolie te voorkomen. Eindelijk werden concessies verleend om met behulp daarvan eenige regeling in een bepaalden bedrijfstak te brengen, vaak ook om daarnaast aan verwante bedrijfstakken zekere bescherming te geven, waarbij aan de intercommunale autobusdiensten valt te denken. Thans is alleen deze laatste oorzaak nog van beteekenis. Het gebruik van het concessiestelsel om het ontstaan van monopolies te voorkomen is in strijd met de latere economische ontwikkeling, die in de richting gaat van unificatie, en komt zodoende niet meer voor. De aanwending ter tempering van de aan een monopolie verbonden madeelen is op den achtergrond geraakt, vooral door den opbloei van het openbare ondernemingswezen.

Hoe is deze te verklaren? Op klare wijze worden ons verschillende oorzaken getoond, waarvan er somtijds eenige naast elkaar hebben gewerkt. Zoo was bijv. bij de stichting van het Staatsmijnbedrijf het ontbreken van voldoende particulier initiatief de voornaamste drijfveer, maar werkten daarnaast ook overwegingen van staatkundig-economischen aard en het verlangen om aan den staat een grootere winst te verzekeren. Speelden staatkundig-economische overwegingen de hoofdrol bij het brengen van post en telegraaf in handen van den staat, het verlangen naar winst voor de publieke kassen heeft vooral geleid tot de naasting der particuliere telefoonnetten en bij de stichting of overneming door de overheid van gas- en electriciteitsbedrijven, hoewel in deze laatste gevallen, evenals bij de oprichting van publieke waterleidingbedrijven, de sociale belangen eveneens van gewicht zijn geweest. Dat het concessiestelsel in vele gevallen niet voldaan had, kwam mede ten voordeele aan de publieke onderneming, waarnaast evenwel een nieuwe vorm van semi-

publiek bedrijf in de gemengde onderneming ontstaan is. Hier zijn het zeer uiteenlopende oorzaken, die tot het participeren van den staat of het lagere publieke organisme hebben geleid.

Het vierde hoofdstuk is aan de juridische constructies gewijd en ook hiervan weet schr. een weloverwogen, goed sluitend schema op te zetten. Zoowel bij de publieke als bij de semi-publieke onderneming onderscheidt hij de publiekrechtelijke naast de privaatrechtelijke constructie. De publiekrechtelijk geconstrueerde publieke ondernemingen behoren deels aan één, deels aan meer dan één publiek lichaam en in de eerste groep valt dan weer de onzelfstandige, de gedeeltelijk zelfstandige en de autonome publieke onderneming te onderkennen. Onzelfstandig noemt schr. de ondernemingen, die geen eigen vermogen bezitten en ook geen bijzondere ondernemingsorganen, d. w. z. organen van gemengde samenstelling, bevoegd om over de algemeene leiding van het bedrijf beslissingen te nemen of althans te adviseeren. De beslissing in alle zaken van eenig belang is, zonder advies van zulke bijzondere organen, bij de bestuursorganen van het publieke lichaam. Dit is de constructie, die men aantreft bij de gemeentebedrijven. De tusschencategorie wordt gevormd door de ondernemingen, waar of de algemeene leiding is overgelaten aan een directie of een beheersrecht of althans een recht van advies aan een bijzonder ondernemingsorgaan is toegekend. Schr. denkt hierbij aan het staatsbedrijf der Posterijen c. a. en het Staatsmijnbedrijf, die aan deze beide vereischten voldoen; de Postraad en de Mijnraad hebben weliswaar slechts een taak van advies en toezicht, maar de feitelijke invloed, dien zij op deze wijze oefenen, is zeer groot. Van de in Noordholland ten behoeve van de provinciale bedrijven ingestelde twee raden geldt hetzelfde. De autonome publieke ondernemingen ten slotte zijn die met rechtspersoonlijkheid: de Rijkspostspaarbank en de Rijksverzekeringsbank. De beteekenis dezer groep ziet schr. vooral in verband met de door hem verwachte toekomstige ontwikkeling. Als het aantal publieke ondernemingen toeneemt, zal het verband tusschen deze en de territoriale organismen gaandeweg losser worden en zullen de ondernemingen zich tot zelfstandige maatschappelijke eenheden ontwikkelen, die ook de volle rechtspersoonlijkheid behoeven.

Bij de publiekrechtelijk geconstrueerde publieke ondernemingen, die aan twee of meer publieke lichamen toebehooren, valt uiteraard te denken aan de intercommunale onderneming in publiekrechtelijken vorm, zooals de Gemeentewet die sedert 1931 mogelijk maakt, zonder dat zij echter nog ergens is in het leven geroepen.

De privaatrechtelijke constructie, naamlooze vennootschap of stichting, blijft hier nog voorkeur genieten. Bij samenwerking tusschen ongelijksoortige lichamen, provincies en gemeenten, is zij zelfs noodzakelijk. Van de zeven provincies met provinciaal electriciteitsbedrijf hebben vier den N. V.-vorm gekozen, doch daarin alleen om deze reden samenwerking met anderen gezocht, dat een N. V. nu eenmaal niet door een provincie alleen kan worden opgericht (2). Daarnaast staat dan nog het Utrechtsche P. E. G. U. S., waarin provincie en gemeente Utrecht meer op voet van gelijkheid samenwerken.

Schr. behandelt hierna nog de rechten jegens publieke ondernemingen van publiekrechtelijken en van privaatrechtelijken aard. De eerste zijn de contrólerechten der hoogere publieke lichamen op de publieke ondernemingen der lagere; de laatste zijn een gevolg van verleende concessies.

Dan komen de semi-publieke ondernemingen aan de orde, waarbij de privaatrechtelijke constructie — hier steeds de N. V. — vooropgaat. De publiekrechtelijke is zeker denkbaar maar zou een speciale wet vereischen of een algemeene regeling voor de oprichting van gemengde ondernemingen, die ten onzent ontbreekt. Ook jegens de semi-publieke ondernemingen komen rechten der overheid voor: privaatrechtelijke, die wederom uit concessies voortvloeien (3), en publiekrechtelijke, voortvloeiend uit regelen, waarmee de overheid, als haar dit noodzakelijk voorkomt, ingrijpt in het beheer, ten aanzien van tarieven, van loonen, enz. Dit is wat schr. het stelsel van het gecontroleerd beheer noemt, waarvan hij de verschillende doeleinden nagaat.

Over de verdere hoofdstukken kan ik niet even uitvoerig zijn. Onder het opschrift „invloeden op het beheer” behandelt schr. o. a. de ontwikkeling in de richting van centralisatie, die bijv., in verband met bedrijfstechnische factoren, zich tot dusver veel sterker in het electrisch- dan in het gasbedrijf heeft doen gevoelen en die in het telefoonbedrijf haar voltooiing nadert. Verder de onderlinge verhouding van de bestuursorganen der publieke lichamen ten aanzien van hun invloed op de bedrijven en de invloeden, die zich doen gelden in wat schr., naar wij zagen, de bijzondere ondernemingsorganen noemt. Zij bieden gelegenheid tot vertegenwoordiging van de in de onderneming werkzame arbeiders, van de

(2) Waar dientengevolge het overwicht in het beheer bij de provincie is, spreekt schr. toch ook hier van een provinciaal bedrijf, evenals ten aanzien van de centrales in Noordholland, Groningen en Friesland, die publiekrechtelijk zijn georganiseerd.

(3) Dat concessies steeds een privaatrechtelijk karakter hebben, betoogt schr. op m. i. niet zeer overtuigende gronden.

verbruikers der producten van de onderneming en van speciale deskundigen. In de gemeentebedrijven spelen zij dusver nagenoeg geen rol, doordat de gemeentelijke bestuursorganen nog zonder groote bezwaren in alle meer belangrijke aangelegenheden zelf beslissingen kunnen nemen. Bij het rijk is een decentralisatie in het beheer der bedrijven reeds noodzakelijk gebleken en de Postraad biedt een eerste voorbeeld van een orgaan, waarin ook vertegenwoordigers van het personeel zijn opgenomen (4). Zeer belangwekkend is wat schr. zegt over deze bijzondere ondernemingsorganen en over de uitbreiding, die het gebruik ervan naar zijn verwachting zal vinden. Maar evenzeer zijn kijk op den bekenden strijd tusschen den privaats- en den publiekrechtelijken bedrijfsvorm, waarin hij een weerspiegeling ziet van den algemeenen strijd tusschen private en publieke economie.

In een hoofdstuk over „de tendenzen in het beheer” bespreekt hij de prijs- en loonpolitiek der ondernemingen. Groote winsten uit de gemeentebedrijven, hoewel thans uit opportunistische overwegingen te aanvaarden, acht hij principieel toch ondeugdelijk. Het verkeerswezen ontvangt hier nog even speciale aandacht. Schr. meent, dat coördinatie de voor de gemeenschap dreigende gevaren zal moeten afwenden en dat daarbij de particuliere vervoerbedrijven zullen moeten plaats maken, zooal niet voor publieke, dan toch voor semi-publieke bedrijven.

Dan komt de crisiswetgeving met haar speciale tendenzen aan de orde: na een beschrijving van het nieuwe, dat zij bracht, een blik in de toekomst, waarvan schr. verwacht, dat zij een uitbreiding zal te zien geven van het stelsel van gecontroleerd beheer maar in belangrijk gewijzigde vormen, terwijl dit weer een tendens scheppen zal ten gunste van een verderen groei van het publieke, in sommige gevallen ook van het semi-publieke ondernemingswezen.

En eindelijk worden in een slot-hoofdstuk over „groei der ondernemingsvormen” verschillende conclusies, waartoe schr. reeds gekomen was, nog eens samengevat. Ook hier blijkt het stelsel der publieke onderneming voor hem datgene, waaraan de toekomst behoort.

Zeker, dit boek is geschreven door een overtuigd sociaal-democraat, voor wien de ontwikkeling der maatschappij, zich afwendend van het kapitalistisch stelsel, gaat in de richting van „socialisatie”, via de „ordening” of, zooals hij het noemt, „een meer systematische organisatie van het maatschappelijk

(4) Zij komen, naar schr. later meedeelt, ook voor in de raden van beheer van het privaatrechtelijk geconstrueerde P. E. G. U. S. en van de gemengde onderneming Haagsche Tramweg-Maatschappij.

leven". Het is echter voor ieder interessante lectuur, die door de heldere en rustige wijze van voorstelling van Dr. VAN DEN TEMPEL niet nalaat indruk te maken. De conclusies worden voorzichtig getrokken en nadat de schrijver zijn lezers in staat gesteld heeft de daaraan voorafgaande overwegingen mee te maken. Het boek is leerrijk en het stemt tot nadenken.

v. d. P.

L. VAN PRAAG, *Juridiction et Droit international public. La juridiction nationale d'après le droit international public coutumier en temps de paix*. Supplément. — Librairie Belinfante Frères, La Haye, 1935.

In 1915 verscheen het boek van Mr. VAN PRAAG, waarin hij den invloed behandelt van het gewoonterechtelijke volkenrecht op de competentie van de nationale rechters, een invloed van voornamelijk negatieven, uitsluitenden aard. Het tractatenrecht is daarin buiten beschouwing gelaten en door de woorden „en temps de paix” in den ondertitel heeft de schrijver ook de vragen, die met oorlogsrecht in verband staan, zooals die betreffende de jurisdictie in bezet gebied en in zaken van prijs en buit, van behandeling uitgesloten. Het boek is zodoende in hoofdzaak gewijd aan de exterritorialiteit en alles, wat daarover aan jurisprudentie en litteratuur te verzamelen viel, was bijeengebracht op de zorgvuldige wijze, die men van den schrijver gewend is.

Het spreekt vanzelf, dat de twintig jaren, die sindsdien verlopen zijn, nog heel wat nieuwe documentatie over dit onderwerp hebben gebracht. Zij is opgeteekend in het thans verschenen, bijna 300 bladzijden tellende supplement, waarin de oorspronkelijke uitgave pagina na pagina is bijgewerkt. Had de schrijver zich destijds in zijn voorrede verontschuldigd over het feit, dat hij alleen in het Nederlandsch, Fransch, Duitsch, Engelsch of Latijn geschreven of vertaalde boeken had geraadpleegd, omdat hij andere talen niet verstond, thans vinden wij ook overvloedig Italiaansche litteratuur geciteerd. Het hier aangekondigde werk leent zich overigens niet tot een eigenlijke bespreking. Er moge volstaan worden met de opmerking, dat het opnieuw van de enorme belezenheid van den schrijver een bewondering afdwingend getuigenis aflegt.

v. d. P.

Dr. J. VALKHOFF, *Twee nieuwe staatsvormen. Fascistische en Sowjetstaat. Overeenkomst en verschil.* — N. V. Uitgevers-Mij Kosmos, Amsterdam, 1935.

Dit boekje, op welks omslag de emblemën van fascisme, communisme en nationaal-socialisme saamgebonden zijn, is ontstaan uit een cursus voor de Amsterdamsche volksuniversiteit van den veel-lezenden en veel-schrijvenden auteur, die nog slechts weinige jaren geleden op „De marxistische opvattingen over recht en staat” den doctorstitel verkreeg. Het geeft in een aantal korte paragrafen, die achtereenvolgens onderwerpen als verhouding tusschen individu en staat, het parlement, de ministerieele verantwoordelijkheid, de machtenscheiding, de grondrechten, de verhouding tusschen kerk en staat, staat en economisch leven, behandelen, een groote hoeveelheid gegevens over het Russische, het Italiaansche en het moderne Duitsche staatsrecht, waarbij in het eerste gedeelte den nadruk valt op de punten van overeenkomst en dus op de tegenstelling met hetgeen geldt in de democratisch geregeerde landen — „onze landen” zooals schr. ze meermalen noemt. In het tweede deel komen dan de belangrijke principiele onderlinge verschillen aan de orde o. a. tusschen de klasse-gedachte in het sowjet-staatsrecht en de nationale gedachte in het fascistische staatsrecht, de zeer verschillende houding tegenover de kerk, enz.

Wanneer men een zoo omvangrijke stof in nog geen honderd bladzijden wil samendringen, dan kan het moeilijk anders, of de behandeling krijgt iets schematisch, om niet te zeggen oppervlakkigs. Vooral het eerste deel is daarvan niet vrij gebleven. Ondanks verschillende citaten, die schr.'s belezenheid ook op litterair gebied toonen, maakt het door zijn zinsbouw nu eens den indruk van een schoolboek, dan van college-aanteekeningen tot steun van een mondelinge voordracht. Misschien heeft schr. ze bij zijn cursus inderdaad als zoodanig gebruikt, maar dan zouden zijn lezers er toch m. i. bij gewonnen hebben, als hij bij het gereedmaken voor den druk, desnoods met weglating van een deel der details, die aantekeningen iets meer had uitgewerkt. In het tweede gedeelte, waar schr. het terrein betreedt, dat hem door zijn proefschrift reeds vertrouwd was, heeft hij over het algemeen een wat soepeler schrijfrant gebezigd.

Het bovenstaande neemt niet weg, dat het boekje van Dr. VALKHOFF nuttige lectuur is voor wie over deze moderne staatsvormen, hun grondslagen en hun stellig recht zich op gemakkelijke wijze wenscht te oriënteren. Schr. toont zich volkomen op de hoogte, ook van wetswijzigingen uit den aller-

laatsten tijd, en zijn historisch feitenmateriaal is over het algemeen nauwkeurig weergegeven. Het minst bevredigend acht ik wat hij hier en daar over Engelsch staatsrecht vermeldt, o. a. op blz. 33 over het ontstaan van de wetgevende taak van het parlement. Dat de Duitsche rijkskanselier vóór 1918 niet verantwoordelijk was aan den Rijksdag (blz. 40) is niet juist; zie art. 17 der toenmalige R.V. en bij LABAND, wat de inhoud dezer verantwoordelijkheid was. Op blz. 29 had schr. art. 68 van onze Grw. 1815 niet juist in de herinnering en wat hij op blz. 62 zegt over het gemeentelijk budgetrecht onder de reglementen van 1824 en 1825 lijkt mij ook niet wel te verantwoorden. Maar dit zijn ten slotte slechts kleine vlekjes, die den totaal-indruk van betrouwbaarheid niet al te zeer schaden.

V. D. P.

Rechtspraak in ambtenarenzaken I, 1 Maart 1933—

1 Maart 1934, bewerkt door Mr. C. J. F. CALJÉ. —

N. V. Boekhandel vh. Gebr. Belinfante, 's-Gravenhage 1934.

Het is een goede gedachte, aan de voornaamste beslissingen in ambtenarenzaken een afzonderlijke uitgave te wijden, ook al vinden de allerbelangrijkste mede een plaats in de gewone jurisprudentie-verzamelingen. Bij de ambtenaren-rechtspraak toch zijn velen betrokken, wier belangstelling voor de gewone rechtspraak slechts als een meer verwijderde kan worden beschouwd, terwijl ook een samenvoeging met de jurisprudentie in zaken van ongevallen-, invaliditeits- en ziekteverzekering voor hen niet van bijzonder belang is. Om geen gevaar te loopen bij het nazoeken van vroegere uitspraken in een zee van geheel andersoortige beslissingen te verdrinken, hebben zij behoefte aan een eigen repertorium en de hierboven vermelde, in royaal quarto-formaat verschenen uitgave beoogt blijkbaar aan die behoefte tegemoet te komen.

Zij bestrijkt het eerste jaar van werking der ambtenaren-rechtspraak en geeft achtereenvolgens de beslissingen ingevolge de Ambtenarenwet 1929 en die volgens de Militaire Ambtenarenwet 1931, gerangschikt naar de colleges, van welke de beslissingen zijn uitgegaan, met dien verstande dat de uitspraken in hooger beroep van den Centralen Raad onmiddellijk volgen op die van het lagere gerecht, waarop zij betrekking hebben.

Bij oppervlakkige inzage schijnt het, alsof sommige uitspraken wegens hun geringe algemeene beteekenis wel gemist hadden kunnen worden, maar de bewerker zal gedacht hebben, dat hij in den beginne eerder iets te royaal dan te spaarzaam moest zijn. Moge dit de uitgave niet kostbaarder hebben gemaakt dan voor de kansen op een geregelde voortzetting wenschelijk zou wezen.

v. d. P.

B. J. BELLAAR SPRUYT, *Het collectieve merk en de merkenbescherming in Nederland*. (Dissertatie.)

De Nederlandsche literatuur over het collectieve merk heeft zich tot nu toe in hoofdzaak beperkt tot een brochure VAN ZAAVER (1912) en enkele artikelen van HIJMAN e.a. in verschillende tijdschriften, behoudens dan de meestal zeer summiere behandeling in de bekende handboeken over het Handelsrecht, en het doet prettig aan, dat thans eindelijk iemand het collectieve merk als onderwerp voor een dissertatie heeft gekozen.

Het toenemend gebruik van het collectieve merk, ook in ons land, en de toenemende belangstelling voor het merkenrecht in het algemeen, hebben er toe medegewerkt, dat onze merkenliteratuur thans met deze dissertatie is verrijkt en het ware te wenschen, dat de wetgever in deze goed gedocumenteerde dissertatie aanleiding moge vinden om nu eindelijk het collectieve merk eens wettelijk te regelen, ook al omdat wij de verplichting tot bescherming van het collectieve merk reeds in 1918 door de te Washington gewijzigde Conventie van Parijs op ons hebben genomen.

Het is een verdienste van deze dissertatie, dat ze zich niet beperkt tot het collectieve merk, doch daarnaast aan enkele grondslagen van de individueele merkenbescherming belangrijke hoofdstukken wijdt. De functies van individueel en collectief merk worden uitvoerig nagegaan en vergeleken, een noodzakelijke voorarbeid, die bij het ontwerpen eener wettelijke bescherming niet gemist kan worden.

Schrijfster behandelt uitvoerig de regeling van het collectieve merk in Duitschland, Frankrijk, Engeland en België en komt aan de hand van de daarop geleverde critiek, tot een wetsvoorstel betreffende de bescherming van collectieve merken, dat zeer zeker de aandacht verdient.

Het zou ons te ver voeren, het ontwerp grondig te be-

spreeken. Doch één opmerking moet ons van het hart. Het komt ons n.l. voor, dat schrijfster in haar omschrijving (art. 1) van wat als collectief merk moet worden beschouwd, het begrip collectief merk wel wat al te zeer heeft verwaterd. Immers met deze omschrijving blijft van het begrip „collectivité” al bitter weinig over. Het komt ons voor, dat schrijfster de heerschende opvattingen omtrent het collectieve merk eenigszins geweld heeft aangedaan door het begrip zoo ruim te omschrijven, dat alle vormen van gemeenschappelijk gebruik van een merk als collectief gebruik wordt opgevat, ook al bestaat er tusschen de gebruikers geen andere band dan juist het gemeenschappelijk gebruik.

Deze opmerking is echter geenszins bedoeld om eenige afbreuk te doen aan de waarde van dit proefschrift, doch het kon wel eens gebeuren, dat de wetgever schrijfster daarin niet wenscht na te volgen.

Overigens verdient het werk de aandacht van alle belangstellenden in het merkenrecht, ook al, doordat het talrijke interessante bijzonderheden geeft over merkengebruik en merkenrecht in het buitenland.

v. LOON

H. F. C. BELTMAN, *Steunregeling en Armenwet*. — Ac. pr. Amsterdam 1934. — N. V. Boek- en Steendrukkerij „De IJssel” v.h. R. Borst en Co., Deventer.

Deze bespreking van het proefschrift van den heer BELTMAN heeft het karakter van eene zuivere aankondiging: een naar voren brengen van die hoofdpunten van het geschrift, welke zich aan den lezer inprenten. Drie gedeelten van beschrijvende, verklarende en beschouwende aard n.l. de evolutie van de armenzorg; de werkloozenzorg in haar ontstaan *naast* de armenzorg; de steunregeling *tegenover* (vergeleken met) de armenzorg. En ten slotte — als vierde punt — het jus constituendum, de richtlijnen voor eene wettelijke steunregeling.

I. De evolutie van de armenzorg, hare ontwikkeling tot maatschappelijk hulpbetoon, wordt geschetst in de eerste afdeeling van het eerste hoofdstuk. Eene herinnering aan onze Armenwet van 1854, welke — aan het Burgerlijk Armbestuur slechts eene zeer bescheiden functie, het steunen bij volstreekte onvermijdelijkheid, opdragende en zich bepalende

tot politiezorg, zorg voor publieke rust en veiligheid — volkomen onvoldoende bleek te zijn. Daarna — als tegenstelling — de Armenwet van 1912, waarbij het politioneel karakter der armenzorg voorgoed werd verlaten en de nieuwe beginselen van steunverleening werden gehuldigd met als gevolg, dat de armenzorgorganen zich geheel konden geven aan „wat niet meer armenzorg maar sociale zorg, maatschappelijk hulpbetoon werd genoemd” (blz. 9).

Z66 werd een nieuwe toestand geschapen, waarin aan de armenzorg eene plaats werd gegeven als onderdeel van maatschappelijk hulpbetoon in ruimeren zin „eene groote specialisatie optrad en een zekere groepeerings der hulpbehoevenden ontstond al naar gelang van de oorzaak hunner behoefte” (blz. 10) en de burgerlijke instellingen hare nieuwe taak bleken te begrijpen niet alleen door wijziging van naam maar ook door eene reorganisatie van haren inwendigen dienst.

II. Naast de armenzorg ontstaat nu het werkloozenzorgvraagstuk (§ 2 van het eerste hoofdstuk). Schrijver werpt eerst een blik op het verleden, er aan herinnerende, hoe reeds in 1572 getracht werd om aan werkloozen arbeid te verschaffen door hen soldaat te laten worden. Daarna teekent hij den invloed, op dit gebied uitgeoefend door de opkomst der moderne arbeidersbeweging en de door de vakorganisaties genomen maatregelen, om vervolgens stil te staan bij den arbeid der Staatscommissie-1909, en het werk van het Koninklijk Nationaal Steuncomité van 1914. Centraal punt van schrijver's beschouwingen vormt de vraag van de principieele onderscheiding tusschen armenzorg en werkloozenzorg. Eene vraag van eminent belang, waarvan de beantwoording eigenaardige moeilijkheden oplevert. Van zeer bevoegde zijde werd het criterium voor de bedoelde onderscheiding gezocht in het *al of niet verzekerd zijn*, welk criterium, theoretisch aanvechtbaar, ook in de praktijk niet houdbaar bleek. Begrijpelijk is 't dan ook, dat tenslotte dit criterium werd prijsgegeven om plaats te maken voor dit andere: *al of niet „tijdelijke hulpbehoevendheid tengevolge van economische omstandigheden”* (blz. 25).

Direct hiermede verband houdt de reorganisatie van de burgerlijke instellingen, waaraan de laatste paragraaf van het eerste hoofdstuk is gewijd. De behandeling van dit punt ten aanzien van een 15-tal gemeenten leidt schr. tot de slotsom, dat bij die reorganisatie drie motieven hebben voorgezet: het aanpassen aan de moderne begrippen van armenzorg; het verschaffen van meer invloed aan den Raad of aan vakverenigingen; het onderbrengen van den werkloozensteun onder de instelling (blz. 51).

III. En thans de beide figuren, armenzorg en steun-

regeling, tegenover elkander. Evenals in het dramatische hoogtepunt van SCHILLER's „Maria Stuart”, de vermaarde Park-scène, de twee hoofdpersonen, Koningin Elisabeth en Maria Stuart, totnutoe afzonderlijk ten tooneele gevoerd, elkander zien van aangezicht tot aangezicht, zoo worden nu (in het derde hoofdstuk, blz. 106—158) *onze* beide hoofdpersonen tegenover elkander gesteld. Tegenstellingen tusschen beiden: verschilpunten in *organisatie*; verschilpunten in *beginselen*. Ten aanzien van de *organisatie* wordt gewezen op de medewerking der vakorganisaties, welke bij de *steunregeling* eene belangrijke plaats inneemt, alsmede op de verplichte inschrijving bij de arbeidsbeurs en de voorschriften omtrent het stempelen, beiden bij de armenzorg onbekend. Ten aanzien van de *beginselen* zijn de verschilpunten tusschen armenzorg en steunregeling zeer markant. *Hier* — bij de armenzorg — het subsidiair karakter van de overheidshulp; *dàar* — bij den werkloozensteun — haar primair karakter. *Hier* het verhaalsrecht ex art. 63 der Armenwet; *dàar* het ontbreken van zulk een recht, hoewel ook op dit terrein, althans in de gedachte van hen die de uitkeering niet beschouwen als een *recht* van den werklooze, voor een verhaalsrecht termen zouden kunnen bestaan. *Hier* het enkele feit, dat men behoeftig is, *dàar* de crisiswerkloosheid in dien bepaalden vorm en onder die bepaalde voorwaarden, welke den betrokkene voor ondersteuning in aanmerking doen komen. *Hier*, bij de vraag van de van hulp uitgesloten, alleen het oordeel der betrokken instelling, welke vrijelijk beslist of de persoon voor steun in aanmerking komt, *dàar* de uitgesloten, hetzij omdat zij onder geen omstandigheden voor uitkeering in aanmerking komen, hetzij omdat hun als strafmaatregel de — anders mogelijke — uitkeering wordt onthouden. *Hier*, ten slotte, elke mogelijke vorm van steun; *dàar* slechts een bepaalde vorm van steun n.l. de wekelijksche geldelijke uitkeering.

Dit laatste punt leidt onzen schrijver langs de vragen van 1°. de preventieve werking der armenzorg ten opzichte van de werklozen en 2°. het individualiseeringsbeginsel, tot de kernvraag, de groote strijdvrage tusschen voor- en tegenstanders van het armenzorgkarakter der steunregeling. De behandeling van dit cardinale punt leidt schr. tot de conclusie, dat de *beginselen* van individualiseering (de individueele behandeling van de verschillende nooden), specialiseering (verschillende maatregelen en speciale organen voor de verschillende nooden) en het loslaten van het armoedecriterium (toepassing óók van een *preventief* stelsel) niet bepaaldelijk armenzorg-begrippen zijn maar voldoen aan de eischen, welke aan elke steunverleening in het algemeen

moeten worden gesteld. De consequentie van deze opvatting is, dat ook bij de steunuitkeering aan werkloozen *van deze beginselen niet mag worden afgeweken*. En als nu schrijver tenslotte de vraag stelt, of onze Armenwet toelaat om met de bedoelde specialiseering rekening te houden en, meer in het bijzonder, een steunregeling voor werkloozen te treffen, dan wijst hij er op, dat onder het begrip „armenzorg” zoowel de algemeene armenverzorging als de voorziening in bepaalde nooden moet worden begrepen. „De Armenwet moet men dus zien als een algemeene wet op het maatschappelijk hulpbetoon. Haar benaming is dan als zoodanig onjuist. Beter ware het haar te vervangen door Wet op het maatschappelijk hulpbetoon” (blz. 155).

IV. In eene slotbeschouwing (blz. 158—183) komt schrijver nu terug tot de steunregeling als zoodanig en op zichzelf, en ontwikkelt hij, hoe eene nieuwe regeling van dit onderwerp ware in te richten om zoo goed mogelijk aan de behoeften te voldoen. Op den voorgrond stelt hij, dat de Rijkswetgever geroepen is zich deze materie aan te trekken en regels te geven, waarnaar de steunverleening aan werkloozen door de gemeenten moet geschieden. Wat het *orgaan* aangaat, waaraan de steunverleening moet worden opgedragen, pleit hij voor afzonderlijke commissies, plaatselijk of voor eene combinatie van gemeenten in te stellen, geene crisisinstellingen maar vaste colleges. Daarna de vraag van de *betrokkenen*: onder de wet moeten vallen „die werkloozen die, hoewel valide en bereid te werken, door economische omstandigheden, buiten hun schuld, gedurende korteren of langeren tijd niet in staat zijn in het onderhoud van zichzelf en hun gezin te voorzien” (blz. 171); een scherpe begrenzing dus naar de zijde van de armenzorg. Voorts de toepassing van het *individualiseeringsbeginsel*, hetwelk — zooals wij zagen — niet uitsluitend op de armenzorg moet worden toegepast maar voor elken vorm van hulpverleening moet gelden; in verband hiermede: eene scherpe contrôle om misbruik te voorkomen, en handhaving van het vóóronderzoek. En tenslotte een voorafgaand verzoek aan kerkelijke en particuliere organisaties in dien zin dat *vanwege het steunverleend orgaan* aan de desbetreffende instellingen verzocht wordt te overwegen, of zij in deze hunne medewerking kunnen verleen.

Wij meenen ons te mogen bepalen tot dit summier overzicht van het werk van Mr. BELTMAN, waarbij wij het *tweede* hoofdstuk (Werkloozensteun en overheidsbemoeiing), als minder vatbaar voor resumptie, buiten behandeling meenden te mogen laten.

Hoewel bij de behandeling van het gekozen onderwerp de

juridische constructies uiteraard geene belangrijke plaats innemen, vindt schrijver toch op zijn weg de belangrijke en steeds actueele vraag van de *autonomie der gemeente* en vindt hij gelegenheid het volle licht te doen vallen op de leer, dat deze niet is een vast omlijnd begrip maar vragen van doelmatigheid daarover beslissen; „wat voor heden geldt, is morgen alweer verouderd” (blz. 165). — Daarnaast beweegt het proefschrift zich op het terrein der problemen van de overheidsbemoeiing en brengt het ons in aanraking met vraagstukken uit den socialen en den politieken strijd (b.v. waar 't gaat om de macht en de medewerking der vakorganisaties), vraagstukken, waarbij de wederzijdsche meeningen vaak scherp tegenover elkander staan en hartstochtelijke uitingen (o. a. over „ten hemel schreiende” toestanden en maatregelen; blz. 148) niet zijn uitgesloten.

Tot de kennis van een onderwerp, rijk aan theoretische vragen, vol practische dubia en moeilijkheden, voor onze maatschappij van de grootste beteekenis, heeft Mr. BELTMAN eene verdienstelijke en in hare rust en beheerschtheid waardevolle bijdrage geleverd.

S. J. M. VAN GEUNS

Mr. J. C. VAN OVEN, hoogleeraar te Leiden, *Overzicht van Romeinsch privaatrecht*. — (N. V. Uitgevers-Maatschappij W. E. J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1934, 121 blz.).

Blijkens het voorwoord van dit voortreffelijk werkje is dit naar Schr.'s bedoeling geen leerboek, ook geen inleiding, maar een gedrukt en slechts op een enkel punt ietwat uitgewerkt dictaat. Het is voor studenten bestemd maar, naar Schr. hieraan toevoegt, kan wellicht ook een ander er wel eens nut van hebben.

Naar mijne overtuiging zal dit laatste zeer stellig het geval zijn. Ook de ontwikkelde leek zal met vrucht het Overzicht raadplegen. Hetzelfde geldt voor den Romanist van professie: immers, allicht heeft hij zich in een bepaald onderwerp gespecialiseerd, zoodat hij in andere onderwerpen minder goed thuis is en hem niet bij iedere kwestie onmiddellijk voor den geest staat, wat bij GAIUS daarover vermeld wordt en wat dienaangaande in de moderne wetenschap *communis opinio* is. Dan zal het Overzicht hem tal van malen het gewenschte antwoord geven en ik meen dat bijna altijd het door het Overzicht gegeven antwoord als juist moet worden aangemerkt.

Hoofdstuk I betreft de ontwikkeling van het Romeinsche privaatrecht. Schr. zet de redenen uiteen, waarom Romeinsch privaatrecht als propadeuse voor de studie van het Nederlandsch recht wordt bestudeerd, zet in korte trekken het legisactieproces uiteen en vermeldt de bronnen van het Romeinsche privaatrecht: *leges, edicta magistratum, senatus-consulta, responsa prudentium, constitutiones principum*.

Hoofdstuk II handelt over het zakenrecht. Men kan eigenaar van *res Mancipi* worden tengevolge van *mancipatio* of *in iure cessio* door den eigenaar of ten gevolge van *usucapio*. *Res nec Mancipi* gaan in eigendom over door *traditio*. *Mancipatio* en *in iure cessio* verdwijnen in de na-klasieke periode en worden onder JUSTINIANUS door interpolatie uit de bronnen verwijderd. Naar het recht van het Corpus Juris worden dus alle zaken in eigendom overgedragen door *traditio*. De twee belangrijke functies der *usucapio* zijn: 1. het veranderen van praetorischen eigendom in civielen eigendom; 2. het veranderen van het recht van den verkrijger eener zaak *non a domino* in (civielen) eigendom. Bezit (*possessio*) kan, in verband met andere feiten (verjaring, *traditio*, toeëigening) eigendomsverkrijging ten gevolge hebben. Daarnaast heeft het bezit op zich zelf tot gevolg, dat de bezitter door den praetor beschermd wordt door *interdicta*, d. z. geboden of verboden op verzoek van belanghebbenden door den praetor verleend en eventueel tot een proces leidende. Nadat Schr. heeft uiteengezet, hoe de termen *possessio*, *civilis possessio*, *naturalis possessio* tot allerlei vragen aanleiding geven, worden de z.g. *iura in re aliena* behandeld.

In Hoofdstuk III komt het verbintenissenrecht aan de beurt. Zooals het zakenrecht is gebaseerd op het *in rem agere*, zoo het verbintenissenrecht op het *in personam agere*. Tegen hem, die *obligatus* is, kan *in personam* geageerd worden. Als, in het oude recht, veroordeeling in *legis actio sacramento in personam* heeft plaats gevonden, kan de eischer, zoo hem ook dan nog niet voldaan wordt, op nieuw *lege agere* en wel *per manus iniectionem* (G. 4, 21) en daardoor den schuldenaar, als er geen *vincula* voor hem opkomt, in boeien slaan en gevangen houden. In verband met dit oudste verbintenissenrecht vermeldt Schr. het *nexum*, de *sponsio* en het *se obligare*, dat uit allerlei rechtsfeiten kan voortvloeien, o. a. uit eene overeenkomst als de *stipulatio*. Constituties van keizers sinds Caracalla geven onder den naam *exceptio non numeratae pecuniae* den *promittens* een middel om den *stipulans* te belasten met het bewijs, dat het geld, waarvan de betaling bij *stipulatio* is beloofd, inderdaad door den *stipulans* is uitbetaald. Daarnaast wordt den *promittens* als aanvalswapen eene *querela non numeratae pecuniae* gegeven. Sinds

472 n. C. behoeft de *stipulatio* niet meer in bepaalde woorden verrat te zijn, maar zijn alle woorden toegelaten, die den wil der partijen, om eene verbintenis te scheppen, duidelijk weergeven. Overgaande tot de bijzondere overeenkomsten bespreekt Schr. de *obligationes contractae re* (*mutuum, depositum, commodatum, pignus*), de *obligationes contractae consensu* (*emptio venditio, conductio locatio, societas, mandatum*) en de z.g. *contractus innominati*. Naast de verbintenissen uit overeenkomst staan die, welke uit andere rechtsfeiten, b.v. *ex delicto* voortvloeien. De strenge scheiding, die het moderne recht aanbrengt tusschen strafrecht (publiek recht) en de privaatrechtelijke actie tot schadevergoeding wegens onrechtmatige gedraging, kent het Romeinsche recht niet. Achtereenvolgens worden *furtum, iniuria, damnum iniuria datum* en eenige z.g. praetorische delicten besproken alsmede eenige verbintenissen, die noch *ex contractu*, noch *ex delicto* voortvloeien, b.v. de *condictio indebiti*.

Hoofdstuk IV betreft het familierecht: *agnatio, cognatio*, het huwelijk, het huwelijkvermogensrecht en de *patria potestas*. Naar *ius civile* heeft de *filiusfamilias* geen vermogen. Wat hij verwerft, vermeerderd het vermogen van den *paterfamilias*, die hem in den regel het bezit van een *peculium* toestaat. In het praetorische recht wordt aansprakelijkheid van den *paterfamilias* ingevoerd voor sommige *obligationes ex contractu* van den *filiusfamilias*: de z.g. *actiones adiecticiae qualitatis*. Deze zijn de *actiones quod iussu, exercitoria, institoria, de peculio* en de *in rem verso*. Voorts worden *tutela* en *cura* besproken.

Ten slotte wordt in Hoofdstuk V het erfrecht behandeld. Wij maken kennis met de erfopvolging bij versterf naar *ius civile*, met het praetorisch erfrecht bij versterf en met de regeling van dit erfrecht in de Novellae van JUSTINIANUS. Voorts met het testament, de beperking der vrijheid om bij testament te beschikken en met de erfopvolging.

Voor hem, die zich rekenschap geeft van het diepgaand verschil van meening betreffende allerlei punten tusschen de beoefenaars van het Romeinsche recht, zal het geen bevreemding wekken, wanneer ik, hoewel over het geheel Schr.'s opvattingen deelende, toch omtrent enkele onderwerpen bedenkingen ontwikkel. Zoo zal niet ieder de betrekking tusschen *ius civile, ius gentium* en *ius honorarium*, zooals Schr. (blz. 13) die voorstelt, duidelijk zijn. Wij lezen daar:

„Het door den praetor gevormde recht heet *ius honorarium* in tegenstelling met het *ius civile*, t. w. het uit *leges, plebicita* en *interpretatio* voortgevloeide recht. Dit *ius civile* geldt meest slechts voor *cives*, het *ius honorarium* kan ook voor *peregrini* gelden, (*ius gentium*), bevat echter eveneens

regels, die slechts voor *cives* gelden (*ius civile*). Aldus ontstaat er in het Romeinsche privaatrecht eene dubbele tegenstelling:

ius civile — ius honorarium
ius civile — ius gentium."

Tot zoover Mr. VAN OVEN. Ik meen op den voorgrond te mogen stellen, dat *ius gentium* het recht is tusschen:
a. Romeinsche burgers en *peregrini* zonder onderscheid;
b. *peregrini* onderling. Regels, die slechts voor *cives* gelden, behooren uitsluitend tot het *ius civile* en niet tot het *ius gentium*. Van het *ius gentium* vormt het *imperium* (krijgsgezag) van den praetor een onderdeel en krachtens dit *imperium* vaardigt de praetor zijn *ius praetorium* uit, dat ook *ius honorarium* genoemd wordt, als zijnde het recht, dat de praetor aan zijn *honor* of magistratuur ontleent. *Ius praetorium* en *ius honorarium* zijn dus synoniem, vgl. 1. 7 § 1 D. de iustitia et iure I, 1. *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.* Het *ius honorarium* staat dus niet naast het *ius gentium*, maar is een onderdeel van dit laatste en bevat dus nooit regels, die uitsluitend voor Romeinsche burgers gelden.

Een ander punt, ten aanzien waarvan ik meen, eene opmerking te mogen maken, is het volgende. Schr. noemt de door den praetor toegekende rechtsmiddelen *actiones* en beschouwt, naar het mij wil voorkomen, *actio* en *iudicium* als synoniem. Zoo lezen wij op blz. 12: „Hier (d. i. in de procedure *per concepta verba* of *per formulam*) heeft de *litis contestatio* niet meer plaats op grond van letterlijk mondeling citeeren van voorgescreven woorden, maar wordt eene schriftelijke *formula* door den eischer aangeboden (*editio actionis, iudicium edere*). Eveneens blz. 12: „Behalve deze *actiones* belooft de praetor in zijn edikt nog verschillende andere rechtsmiddelen”.

Ik moge hierbij opmerken, dat het gebruik van het woord *actio* ter aanduiding van een praetorisch rechtsmiddel minder nauwkeurig is en eerst laat in den Romeinschen Keizertijd is opgekomen. In het spraakgebruik der Republiek is *actio* steeds een door het *ius civile*, door de wet verschaft rechtsmiddel. Het praetorisch rechtsmiddel heet, zoolang de terminologie zuiver bleef, niet *actio*, maar *iudicium*. Tot toelichting moge ik mij beroepen op WLASSAK, onder opmerking dat „volksrechtlich” = *iure civili* en „amtsrechtlich” = *iure praetorio*.

WLASSAK, Röm. Processgesetze, II, blz. 357 „Der römische Privatprocess heisst bald *actio*, bald *iudicium*. Beide Ausdrücke schliessen die Streitbefestigung ein; der erstere bezeichnet den volksrechtlich geordneten Process mit Spruch-

formeln (*legis actio*), der letztere den amtsrechtlichen mit Streiturkunden, später, seit der Lex Aebutia und Julia, auch das gesetzliche Formularverfahren (*iud. legitimum*). Die selben Worte zeigen das Kampfmittel an, womit die Parteien litigieren: *actio* ist der solemne Spruch, *iudicium* die Schriftformel."

Id. blz. 358. „Das legitime Procesmittel, die *actio* (auch = Forderung) steht der Partei zu (*competit*); das Gesetz giebt die *actio* (*actio lege data, prodita*), nicht der Magistrat. Dagegen wird das amtsrechtliche Procesmittel (*iudicium*, später auch *actio*) vom Praetor aus Eigenem gegeben, (*a praetore datur*), entweder nach edictaler Verheissung oder ohne solche".

Op blz. 21 lezen wij: „*Mancipatio* en *in iure cessio* zijn handelingen van het *ius civile*, d. i. alleen door *cives* te verrichten". Wat de *in iure cessio* betreft, is dit volkomen juist; wat de *mancipatio* betreft, meen ik eene andere opvatting te moeten aannemen en wel op grond van ULPIANUS XIX, 4. *Mancipatio locum habet inter cives Romanos et Latinos colonarios Latinosque Junianos eosque peregrinos quibus commercium datum est*. Deelnemers aan de *mancipatio* kunnen dus, behalve *cives Romani*, ook *peregrini* zijn, in de eerste plaats de *Latini coloniarii*, waaronder ongetwijfeld moeten worden verstaan de burgers der *triginta coloniae Latinae*, die in onze overlevering het eerst onder het jaar 209 v. C. vermeld worden, LIVIUS XXVII, 9, 7, *triginta tum coloniæ populi Romani erant*. De *mancipatio* kan dus of *iure civili* of *iure gentium* voltrokken worden; dit laatste zal men doen, wanneer niet alle deelnemers *cives Romani* zijn of althans hun Romeinsch burgerrecht niet absoluut vaststaat. Wordt de *mancipatio* naar *ius gentium* voltrokken, dan kan wel het formulier bij GAUS I, 119, worden uitgesproken, maar moeten natuurlijk de woorden: *ex iure Quiritium* worden weggelaten.

Blz. 12: „De groote proceshervorming dateert van de tweede eeuw v. C. (*lex Aebutia*)". Volgens Schr. zou dus de *lex Aebutia* in de tweede eeuw v. C. zijn tot stand gekomen. Hoewel o. a. niemand minder dan P. F. GIRARD herhaaldelijk deze opvatting heeft verkondigd, moet ik hier zeggen: *amicus Plato, magis amica veritas*. Ik meen op den voorgrond te mogen stellen, dat uit geen enkelen tekst valt af te leiden, dat in de tweede eeuw v. C. eene *lex Aebutia* zou zijn tot stand gekomen of dat in die eeuw eene wet aan partijen in elk proces zou hebben toegestaan, *per formulam* te procederen. Twintig jaar geleden heb ik in dit zelfde tijdschrift (Themis 1913, blz. 178 vlg.; 1914, blz. 149 vlg.) de wettelijke invoering der procedure *per formulam* in het civiel proces nagegaan. Met

de stem des roependen in de woestijn verkondigde ik (Themis 1914, blz. 158 vlg.) dat de lex Aebutia in 64 of 63 v. C. moet zijn tot stand gekomen en die overtuiging is mij bijgebleven. Het zij mij vergund andermaal — maar thans zoo beknopt mogelijk — mijne argumenten uiteen te zetten.

G. IV, 30 vlg. *per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus. Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti et si centumvirale iudicium futurum est.*

De lex Aebutia heeft dus aan partijen in elk proces vergund, de legisactie door de procedure *per formulam* te vervangen. Alleen in twee gevallen is de legisactie nog ten tijde van GAIUS in zwang gebleven: bij *damnum infectum* en ter voorbereiding van een *iudicium centumvirale*. Deze twee gevallen zijn natuurlijk niet op eene lijn te stellen: de besteding der legisactie bij *damnum infectum* en bij het *iudicium centumvirale* behoeft niet uit dezelfde omstandigheid voort te vloeien. Wanneer nu ten tijde van GAIUS nog altijd eene legisactie aan het *iudicium centumvirale* voorafging, dan heeft waarschijnlijk de lex Aebutia, die in het algemeen aan partijen in elk proces vergunde, *per formulam* te procederen, eene uitzondering gemaakt voor het *iudicium centumvirale* en bepaald dat vóór het *iudicium centumvirale* eene legisactie moest worden uitgesproken. Naar alle waarschijnlijkheid heeft dus de lex Aebutia melding gemaakt van het *iudicium centumvirale*, daarover iets bepaald.

Bevestigd wordt deze slotsom door GELLIUS XVI, 10, 8 *cum omnisque illa duodecim tabularum antiquitas nisi in legis actionibus centumviralium causarum lege Aebutia lata consopita sit.*

Sedert de lex Aebutia is tot stand gekomen, worden dus de onderwetsche rechtstermen alleen bij de legisacties in het *iudicium centumvirale* gebezigd. Daaruit moet men wel afleiden, dat de lex Aebutia ook op het *iudicium centumvirale* betrekking had (1).

(1) Dikwijls — maar ongetwijfeld ten onrechte — wordt uit de aangehaalde teksten van GAIUS en GELLIUS afgeleid, dat de lex Aebutia het *iudicium centumvirale* niet alleen vermeldde, maar ook instelde. In werkelijkheid heeft de lex Aebutia het *iudicium centumvirale* als reeds zestig jaar bestaande aangetroffen en dus in geen geval ingesteld. Duidelijk komt de hier bedoelde denkfout aan het licht bij WLASSAK, Röm. Processgesetz, II, bl. 291 noot 19: „Schon A. AUGUSTINUS und SICCAMA de iud. centumvirali I c. 8 (Ed. ZEPERNICK HALAE 1776, pag. 62, 63) haben arg. Gell. XVI, 10, 8, den Ursprung (ik cursiveer) der Hundert im Aebutischen Gesetz gesucht. Bedenkt man die Gleichartigkeit des 1. und 2. Reformgesetzes, so liegt diese Hypothese ziemlich nahe. Die JULIA handelte ja in einem Cap. von der Processform, im andern von den Centumviren”.

Is het bovenstaande juist, dan moet op hetzelfde tijdstip: *a.* eene lex Aebutia zijn tot stand gekomen; *b.* de procedure *per formulam* in beginsel in alle processen geoorloofd zijn verklaard; *c.* het *iudicium centumvirale* zijn geregeld, daarover iets zijn vastgesteld.

Verplaatsen wij ons in het consulaatsjaar van CICERO, 63 v. C. In den aanvang van dit jaar hield CICERO zijne tweede redevoering de *lege agraria*, waarin hij eene lex Aebutia vermeldde, de *lege agr.* II, 8, 21. *Leges enim sunt veteres, neque eae consulares sed tribuniciae, vobis maioribusque vehementer gratae atque iucundae. Licinia est lex, atque altera Aebutia; quae non solum eum, qui tulerit de aliqua curatione ne potestate, sed etiam collegas eius, cognatos, adfines excipit*

Oppervlakkig beschouwd, maakt het aangehaalde den indruk, dat CICERO alleen oude wetten (*leges veteres*) op het oog heeft. Maar aan den anderen kant heeft hij het ook over wetten, die aan zijne hoorders (*vobis*) welkom zijn. Onder deze laatste wetten moeten klaarblijkelijk wetten worden verstaan, die zeer kort geleden zijn tot stand gekomen: immers alleen van zoodanige wetten kan CICERO verklaren, dat zij aan zijne hoorders (*vobis*) *vehementer gratae atque iucundae* zijn. CICERO heeft dus ook wetten op het oog, die eerst zeer kort geleden in de volksvergadering zijn aangenomen.

Als voorbeeld noemt CICERO twee wetten: eene lex Licinia en eene *altera Aebutia*. Onder de lex Licinia moet natuurlijk de bekendste wet van die naam, de lex Licinia Stolonis van 367 v. C. worden verstaan. Van deze wet kon stellig niet beweerd worden, dat zij aan CICERO's hoorders *vehementer grata atque iucunda* was: daarvoor lag zij te veel in de grijze oudheid. Hieruit volgt, dat de wet die bij CICERO's tijdgenooten in den smaak viel, de *altera Aebutia* moet zijn geweest. De *altera Aebutia* moet dus kort voordat CICERO zijne rede uitsprak, zijn tot stand gekomen.

Blijkens de woorden: *altera Aebutia* moet CICERO toen twee *leges Aebutiae* hebben gekend, die naar alle waarschijnlijkheid tegelijk zijn aangenomen: de *altera Aebutia*, die de bevoegdheden van sommige magistraten of *curatores* betrof, en eene *prima Aebutia*, waarvan het onderwerp ons niet wordt medegedeeld. Dat deze *prima Aebutia* het formulierproces en het *iudicium centumvirale* regelde, blijkt tot dusver niet, doch zal wel moeten worden aangenomen, wanneer aannemelijk is gemaakt, dat kort voordat CICERO zijne rede uitsprak, verkunning is verleend in alle processen *per formulam* te procederen en dat tevens het *iudicium centumvirale* geregeld is.

Van hetzelfde jaar 63 dagteekent, evenals de redevoeringen

de *lege agraria*, ook de rede *pro Muraena*. Zooals aanstonds blijken zal, is kort voordat deze rede werd uitgesproken, de gelegenheid opengesteld, in elk proces de *formula* te gebruiken. De nadruk, die in de redevoering gelegd wordt op de door de procedure *per formulam* geboden voordeelen, bewijst dat destijds dit onderwerp actueel was, klaarblijkelijk omdat kort te voren eene desbetreffende wet in de volksvergadering was aangenomen.

Over de *scientia iuris* zegt CICERO *pro Muraena* XI, 25: *Primum dignitas in tam tenui scientia quae potest esse? Res enim sunt parvae, prope in singulis litteris atque interpunctionibus verborum occupatae*. Deze *singulae litterae* doelen waarschijnlijk op het formulierproces. Verder heeft, zegt CICERO, de rechtswetenschap thans geen geheimen meer, ongetwijfeld omdat de praetor sinds kort voor ieder proces *formulae* heeft geredigeerd: *Deinde, etiam si quid apud maiores nostros fuit in isto studio admirationis, id, enuntiatis vestris mysteriis, totum est contemptum et abiectum*. Omdat thans ieder bij den praetor de *formula*, die hij noodig heeft, kan ontvangen, is plotseling het verschil tusschen jurist en leek opgeheven. XII, 28. *Peritus ideo haberi nemo potest, quod in eo, sciunt omnes, nullo modo possunt inter se discrepare. Difficilis autem res ideo non putatur, quod et perpauca et minime obscuris litteris continetur*. Mocht dus iemand CICERO op de eene of andere wijze uit zijn humeur brengen, dan zal de redenaar, hoe druk zijne bezigheden ook zijn, toch binnen drie dagen als jurist optreden: *Itaque, si mihi, homini vehementer occupato, stomachum moveritis, triduo me iurisconsultum esse profitebor*. De bedoeling is natuurlijk, dat hij als jurist eene *formula* zal uitkiezen. Duidelijk blijkt dit uit het volgende: *Etenim, quae de scripto aguntur, scripta sunt omnia: neque tamen quidquam tam anguste scriptum est, quo ego non possim: „qua de re agitur“ addere (29) Quapropter non solum illa gloria militaris vestris formulis atque actionibus anteponenda est*

Eene tautologie als: *quae de scripto aguntur, scripta sunt omnia* bewijst m. i. onweerlegbaar, dat kort voordat zij uitgesproken werd, de gelegenheid werd opengesteld om in elk proces met eene schriftelijke *formula* te procederen. Wij kunnen dus veilig aannemen, dat toen (kort na 9 November 63 v. C.) de rede *pro Muraena* uitgesproken werd, de *lex Aebutia* onlangs was tot stand gekomen en nog een nieuwtje was.

Bevestigd wordt deze slotsom door het feit, dat kort voordat CICERO in den aanvang van het jaar 63 zijne tweede rede *de lege agraria* uitsprak, het *iudicium centumvirale* bij

de wet is geregeld. CICERO, de lege agraria II, 17, 44. *Primum populi Romani hereditatem decemviri iudicent, cum vos volueritis de privatis hereditatibus centumviros iudicare?* De woorden *cum vos volueritis* laten geene andere uitlegging toe dan dat kort te voren de volksvergadering, tot welke CICERO het woord richt, het *iudicium centumvirale* geregeld heeft. Ook hier blijkt, dat de lex Aebutia in 64 of 63 v. C. moet zijn tot stand gekomen.

Is het bovenstaande juist, dan kan de lex Aebutia in geen geval jonger zijn dan 63 v. C., al is zij blijkbaar òf in dit jaar, òf kort te voren door de volksvergadering aangenomen. Daarentegen kan de wet niet ouder zijn dan het jaar 64 v. C. In laatstgenoemd jaar is tot stand gekomen de inscriptie, die in de wetenschap bekend staat als lex Julia municipalis (BRUNS-MOMMSEN, Fontes I, blz. 102), doch in werkelijkheid den tekst der lex Papia v. 64 v. C. inhoudt. Vgl. PAULY-WISSOWA Real-Lexikon des klassischen Altertums, VII, blz. 2381, i. v. lex Julia municipalis. Nu wordt in deze inscriptie (regel 110 vlg.) van het lidmaatschap van de municipale senaten uitgesloten: *qui furti quod ipse fecit fecerit condemnatus pactusve est erit; quive iudicio fiduciae pro socio, tutelae, mandatei, iniuriarum deve d(olo) m(alo) condemnatus est erit*. In tegenstelling met *furtum* is dus bij *fiducia*, *societas*, *mandatum*, *iniuria* en *dolus malus* veroorling in een *iudicium*, dus in een formulierproces mogelijk. Toen dus in den aanvang van 64 v. C. de inscriptie tot stand kwam, was het procederen *per formulam* nog niet bij *furtum* mogelijk. De lex Aebutia kan dus niet ouder dan 64 v. C. zijn.

Blz. 43 vlg. wordt bij Schr. het *nexum* omschreven als volgt: „*Nexum*, handeling *per aes et libram*, wellicht aanvankelijk een zich-zelf-verkoopen, praktisch: leenen van afgewogen geld, leidende tot onmiddellijke *l. a. per manus iniectionem* bij niet-terugbetaling”.

Van de talrijke lezers, die ik het werkje van Schr. toewensch, zullen er zeker verscheiden zijn, wien deze omschrijving niet geheel duidelijk is. Inderdaad heeft het *nexum* tot allerlei verschil van meening en misverstand aanleiding gegeven. Ik meen in alle bescheidenheid het karakter van het *nexum* als volgt te kunnen weergeven.

Nexum is de rechtstoestand van hem, die *nexus*, gebonden, is. De *nexus* kan Romeinsch burger zijn, maar is als onvrije, pandeling, in het bezit van een *pater familias*, die hem in boeien kan slaan, waarschijnlijk oorspronkelijk ook dooden. Hij is niet slaaf, maar *in causa mancipii, quia servi loco habetur* (GAIUS I, 138).

Het *nexum* kan ontstaan, hetzij door een vonnis van den Praetor, hetzij doordat de *pater familias* den *nexus per aes et libram* in bezit neemt.

Door een vonnis van den Praetor kan het *nexum* ontstaan, wanneer de schuldeischer eene *manus iniectio pro iudicato* heeft voltrokken en de schuldenaar niet door een *vindex* wordt verdedigd, zoodat de Praetor den schuldenaar aan den schuldeischer toewijst en deze laatste den schuldenaar gevangelijk naar huis sleept en daar in boeien slaat. Door de toewijzing (*addictio*) van den Praetor wordt de schuldenaar *nexus*: *qui vindicem non dabat, domum ducebatur et vinciebatur* zegt van hem GAIUS IV, 21. Immers, het woord: *vinciebatur* is natuurlijk synoniem van: *erat nexus*.

Behalve door een vonnis kan het *nexum* ook *per aes et libram* ontstaan, vgl. FESTUS i. v. *Nexum*: *Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcunque per aes et libram geritur, id quod necti dicitur; quo in genere sunt haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio*. Wie b.v. armlastig of insolvent, maar wel tot arbeid in staat was, kon zooals men het noemde *nexum inire*, *nexum se dare*, door te dulden, dat zijn nieuwe meester hem *per aes et libram* in bezit nam onder het uitspreken van de woorden: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio etc.* (G. I, 119). De *nexus* verloor dan wel zijne vrijheid, maar verkreeg ten minste voedsel en een onderdak. Van een insolventen schuldenaar, die *nexus* wordt om zodoende door zijn arbeid zijne — reeds bestaande — schuld te kunnen aflossen, is sprake bij VARRO de l. l. VII, 105 *Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat, dum solveret, nexus vocatur*. Ook kon het natuurlijk gebeuren, dat iemand van twijfelachtige soliditeit wel eene geldsom ter leen kreeg, maar eerst nadat hij *per aes et libram* tot *nexus* van zijn schuldeischer was geworden. Door zijn arbeid moest hij dan zijne schuld aflossen.

Zooals Schr. (blz. 4) opmerkt, bestaan ten aanzien van het Romeinsche recht talrijke onzekerheden. Ingaande bespreking van een werk als het onderhavige, waarin bijna iedere regel eene kwestie beslist, zal dan ook onvermijdelijk tot verschil van meening aanleiding geven: ieder is nu eenmaal zich zelf. Dit doet natuurlijk niet af aan de waardeering, die het werk in ruime mate verdient en die, naar ik hoop, den Schr. voor zijn arbeid moge beloonen.

J. M. NAP

Dr. P. D. PESTMAN, *De bescherming van den hypotheekhouder tegen beschadiging van den verbonden opstal door middel van verzekering*. Amsterdam 1934.

In dit, den schrijver tot academisch proefschrift gediend hebbend werk dat overigens op die herkomst/slechts in bedekte termen doelt, vindt men in breedten opzet het beding bedoeld bij art. 297 W. v. K. in de hypotheekakten alsmede de z.g. hypotheekverklaring met al wat daarbij aan binnen- en buitenlandsch materiaal te pas te brengen valt, behandeld. Tot doel stelde de heer PESTMAN zich de juridische en economische vraagstukken te onderzoeken die zich voordoen met betrekking tot de positie van den hypotheccairen schuldeischer die zich tegen waardevermindering van zijn vordering tengevolge van stoffelijke beschadiging van den verbonden opstal heeft beveiligd.

Welke beteekenis hebben cessie en verpanding voor de hier bedoelde bescherming?

Het bezwaar aan cessie verbonden, acht schr. onder meer hierin gelegen dat zij een volledig beschikkingsrecht over de vordering op den assuradeur of het overgedragen gedeelte daarvan geeft, terwijl het onzeker blijft in hoeverre ten tijde van de beschadiging van het verbonden onroerende goed de daarop rustende hypotheek wegens mogelijk daarboven bevoorrechte inschulden batig zal kunnen worden gerangschikt. Mitsdien wil hij aanbevelen de cessie slechts te doen plaats vinden voor het bedrag waarvoor de crediteur ten tijde van den brand blijken zal batig gerangschikt te kunnen worden.

Meer gebruikelijk en bruikbaar is de verpanding met name indien de dekking niet op brandverzekering betrekking heeft zoodat naar gangbare opvatting de verklaring van art. 297 W. v. K. niet kan dienen; ook de schr. sluit zich bij deze meening aan. Zij ligt in de lijn van de rechtspraak die aan de plaatsing der artikelen in den negenden titel van boek I W. v. K. (verzekering in het algemeen) dan wel in den tienden titel over brandverzekering, oogst- en levensverzekering in het bijzonder, overwegende beteekenis toekent. Aldus geldt volgens het arrest van den Hoogen Raad van 12 Januari 1922, W. 10857, N. J. 1922, blz. 340, art. 249 W. v. K. (geen aansprakelijkheid van den verzekeraar voor schade uit eenig gebrek, eigen bederf of uit den aard of natuur der verzekerde zaak voortspruitende tenzij krachtens uitdrukkelijk beding) algemeen voor alle soorten van verzekering en stelt art. 290 W. v. K. dit niet buiten werking voor de verzekering tegen brandgevaar.

Trouwens de IXe titel is desbewust in het Wetboek opgenomen opdat niet zou ontbreken een titel over assurantien in het algemeen waardoor het moeilijk zou worden te beslissen welke de algemeene beginselen zijn waarvan de wetgever wilde uitgaan en die op alle soorten van verzekering toepassing zouden vinden.

Bijgevolg komt aan art. 297 W. v. K. hetwelk is geplaatst onder de bijzondere bepalingen voor brandverzekering geldende, ook niet algemeene werking toe.

Na vermelding (blz. 26) van de ter Amsterdamscher beurze gebruikelijke verklaring van inpandgeving met kennisgeving, volgt een uitvoerige ontleding van „het beding van art. 297 W. v. K.” waarin de hoofdrol is toebedeeld aan de bekende strijdvraag of dit beding zooals door DIEPHTIS werd voorgestaan, als een toepassing van de cessie (art. 668 B. W.) moet worden beschouwd dan wel of het daarbij gaat om cessie zonder eigendomsovergang waardoor ten gunste van den crediteur een pandrecht wordt gevestigd op de rechten van den debiteur — verzekerde tegenover verzekeraar —, een gevoel dat door T. D. E. VAN OSSENBRUGGEN in zijn proefschrift van 1903 over hypotheekverzekering gehuldigd werd.

Schr. is wat polemisch aangelegd en, ofschoon de ervaring niet heeft geleerd dat wij teneinde de theoretisch constructie in het reine te krijgen, aan de tot dusverre uitgedachte oplossingen niet voldoende zouden hebben, verklaart hij zich met geen daarvan te kunnen vereenigen, zoodat de belangstellende lezer wel zeer geprikkeld wordt waarop deze onderzoekings-tocht zal uitloopen. Want welbeschouwd bedoelt art. 297 W. v. K. niet veel anders te bepalen dan dat het hypothecaire voorrecht zich uitstrekt tot de assurantiepenningen.

Ik vrees dat de lezer zich teleurgesteld zal gevoelen als hij op blz. 36 verneemt dat volgens schr. het beding van art. 297 W. v. K. een „hypotheek op roerend goed” creëert. Het klinkt wel wat kettersch, zegt hij, doch men dient te bedenken „dat pand en hypotheek feitelijk niet zoover van elkaar staan”. Wanneer hiermede nu maar bedoeld ware de plaats in Boek II van het Burgerlijk Wetboek aan elk dezer onderwerpen toegekend, zou men den schr. ongetwijfeld kunnen bijvallen, de waarde van de argumentatie dan maar daargelaten. Het lijkt mij begrijpelijk dat EGGENS in zijn aankondiging van dit werk in W. P. N. R. no. 3370, blz. 319, een eenigszins wreveligen toon laat hooren, al wil ik daaraan onmiddellijk toevoegen dat schr. naar mijn indruk van het door hem gekozen onderwerp een grondige studie heeft gemaakt waarvan met name het hoofdstuk over de hypotheekverklaringen blijk geeft. Vrijwel ieder onderdeel daarvan wordt uitvoerig gezien en tot in finesses uitgewerkt.

Hoofdstuk III handelt over de z.g. *hypotheekverklaringen*, d. w. z. de kennisgeving van den assuradeur aan den hypotheekhouder, dat hij er nota van heeft genomen dat tusschen hypothecairen schuldeischer en hypothecairen schuldenaar het beding van art. 297 W. v. K. is gemaakt, dat hij dit beding aan zich beteekend wenschte te achten en den hypotheekhouder van de door de wet voorgeschreven beteekening ontslaat. Op blz. 66 e. v. geeft schr. een overzicht van den ontwikkelingsgang der hypotheekverklaring, waarbij drie perioden kunnen worden onderscheiden: tot ongeveer 1870 beteekende zij weinig anders dan vervanging der door de wet vooronderstelde beteekening; dan komt tot 1916 een voortdurende uitbreiding van de rechten van den hypotheekhouder ten koste van den assuradeur en derdens het tijdperk van voortschrijdende unificatie, in welk opzicht thans op zoo belangrijke resultaten mag worden gewezen. Het behoeft wel geen betoog dat deze ontwikkeling met den groei der hypotheekbanken ten nauwste verbonden is. Schr. vermeldt de volledige bijzonderheden omtrent de geleidelijk voltrokken verandering van de verklaring van kennisneming van het gemaakte beding tot de zelfstandige uitbreiding van de rechten van den hypotheekhouder.

De eerste schuchtere poging vindt men in de verklaring dat „de verwaarborging in het geannexeerde bewijs van aandeel genoemd” niet zal eindigen of afloopen dan na voorafgaande tijdelijke kennisgeving aan de directie derzelve Bank, of soortgelijke omschrijvingen. Ook hier weder is *MOLINGHAAFF* als gangmaker opgetreden, die reeds in 1888 in de „Verzeeringsbode” een belangrijke uitbreiding van de assuradeurenverplichting verdedigde.

In 1889 heeft de Onderlinge Brandwaarborgmaatschappij onder directie de Jong & Co. dit denkbeeld in praktijk gebracht en dusdoende krachtig bijgedragen tot de ontwikkeling der hypotheekverklaring die voor het credietwezen van zoo buitengewoon groot belang is geweest.

De oorlog van 1914 was oorzaak dat het overleg tusschen hypotheekbanken en assuradeuren hetwelk in 1909 tot zekere uniformiteit in de hypotheekverklaring had geleid, hervat werd omdat de noodzaak rees in de beurspolis het molestgevaar uit te sluiten. Tenslotte kwam de met 1 Januari 1916 in werking getreden opnieuw vastgestelde overeenkomst tot stand, die thans nog als de bekende *KRAMER*-verklaring van kracht is met dien verstande dat daarnevens sedert 1 Januari 1934 voor particuliere hypotheekhouders een weder herziene en wel de z.g. verklaring model no. 2a van kracht is geworden. De modellen 0 en 1 behoeven alleen voor de banken te worden afgegeven; op blz. 114 e. v. geeft schr. de motieven die tot dit

onderscheid hebben geleid uitvoerig weer om dan omstandig de totstandkoming en inhoud van de z.g. verklaringen model no. 0 tot 4 te schetsen met mededeeling van tal van wetenswaardige bijzonderheden.

De assuradeur verklaart bekend te zijn met het adres van dengene ten behoeve van wien het verzekerde pand hypothe-cair is verbonden, welk adres zal gelden als correspondentie-adres voor alle berichten in verband met deze verklaring.

Het geval heeft zich voorgedaan dat een notaris, die door den assuradeur als vertegenwoordiger van den hypothecairen crediteur werd beschouwd, de hem toegezonden kennisgeving van royement der verzekering wegens wanbetaling, eenvoudig liet liggen weshalve hij op grond van art. 1401 B. W. door den verzekeraar werd aangesproken tot vergoeding van de schadepenningen die de verzekeraar aan den hypotheekhouder ondanks het royement krachtens de hypotheekverklaring had moeten uitbetalen.

Schr. (blz. 97) verklaart zich volkomen te kunnen vereenigen met de meening van Prof. SCHOLTEN (aant. onder het desbetreffende arrest voorkomende in de Ned. Jurispr. 1928, blz. 415) dat indien het gebruik medebrengt dat de notaris de kennisgeving doorzendt, deze zich aan plichtsverzuim schuldig maakt als hij dat niet doet en van zijn niet-handelen geen mededeeling zendt aan den verzekeraar. Dit zwijgen zou hem dan als een nalaten in strijd met wat uit maatschappelijk oogpunt betaamt, moeten worden aangerekend. Dit moge op zichzelf zeer aannemelijk klinken, doch vermag het ook de werking van een contractueel beding terzijde te stellen? Indien n.l. de assuradeur zich heeft verbonden de kennisgevingen te doen aan het in de verklaring opgenomen, derhalve voor beide partijen bindend vastgestelde adres, kan men met recht beweren dat hij de schade aan zichzelf heeft te wijten indien hij naleving van dat contractuele beding verzuimt. Men kan niet van een derde vergoeding eischen op grond dat hij de schade had kunnen verhinderen, wanneer eigen handelen de onmiddellijke oorzaak dier schade is geweest.

Intusschen plegen assuradeuren, als zij wegens verhuizing of andere omstandigheden van den hypotheekhouder, een kennisgeving van beëindiging, royement of vermindering eener verzekering als onbestelbaar terug ontvangen, aan den betrokken notaris daarvan mededeeling te doen.

Men mag aannemen dat de houding van den bovenbedoelden notaris een uitzondering vormt en dat de notarissen in het algemeen hunne volle medewerking blijven verleen, opdat dergelijke kennisgevingen de belanghebbenden, voor wie zij bestemd zijn, zullen bereiken.

Vervolgens behandelt schr. in hoofdstuk IV de zelfstandige

verzekering van hypothecaire schuldvorderingen die men slechts zelden tegenkomt, uit den aard der zaak omdat de credietgever reeds door middel van de hypotheekverklaringen zijn risico zonder kosten van eenige beteekenis kan gedekt krijgen.

Met een uitvoerig overzicht van de regelingen buiten Nederland, waarin achtereenvolgens Nederlandsch-Indië, Duitschland, Oostenrijk, Zwitserland, Frankrijk, België, Engeland en de Vereenigde Staten de revue passeeren, wordt het ruim 250 bladzijden tellende boek besloten.

Mij dunkt dat de schr. waardeering verdient voor den omvangrijken arbeid waarvan menige bladzijde van zijn boek blijk geeft, dien hij heeft moeten verrichten tot verzameling en verwerking van de bijna overtalrijke gegevens die men in zijn geschrift bijeen vindt.

Dat die verwerking overzichtelijk is geschied en de schr. daaraan helderheid van betoogtrant heeft gepaard, kan ik tot mijn spijt niet zeggen. Veel van wat in den tekst is verwerkt, behoort in bijlagen thuis en een beknopter behandeling zou ongetwijfeld aan de duidelijkheid zijn ten goede gekomen.

De door schr. tot zijn assurantie-vakgenooten gerichte vraag of voor zijn publicatie in ruimeren kring belangstelling zou bestaan, is blijkbaar bevestigend beantwoord. In menige passage treedt dan ook de vakman naar voren.

Mr. H. MULDERIJE

Mr. CHR. ZEVENBERGEN, *Leerboek van het Nederlandsche Recht der Order- en Toonderpapieren*, 1e Ged., 3e dr. — N. V. Uitg.-Mij W. E. J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1934.

Toen de redactie van „Themis” mij gevraagd had, ZEVENBERGEN's Wisselrecht aan te kondigen, en ik mij tot het doorlezen van zijn werk zette, herinnerde ik mij, dat ik het genoeg had, reeds den tweeden druk te recenseeren, en begon derhalve nog eens door te lezen wat ik in 1928 schreef. Welnu: ook thans was mijn indruk: geslaagd als leerboek en handboek.

Gezien mijn vrij uitvoerige vroegere aankondiging kan deze korter zijn. Ik onthoud mij zooveel mogelijk van polemieken.

Het voorbericht is gedateerd 26 April 1934, en eindigt:

Ik heb daarom gemeend goed te doen, met den nieuwen druk van dit leerboek in twee gedeelten te laten verschijnen. Het tweede gedeelte, waarvan de behandeling der nieuwe Chèquewet, die eerst op 1 Juli 1934 in werking treedt, het belangrijkste deel vormt, hoop ik binnen enkele maanden gereed te hebben.

Wij schrijven nu Mei 1935. Voor zoover mij bekend is het 2e stuk nog niet verschenen. Dit troostte mij. Blijkbaar hebben niet alleen de mannen van de advocatuur er moeite mee om een werkprogram op te maken, dat nauwkeurig kan worden uitgevoerd.

De veelal genite klacht, dat door de vele partieele wijzigingen geen wetboek „bij” is, geldt in zekeren zin ook voor de literatuur. Vóór een werk compleet verschijnt, is het soms al verouderd. Zoo rekent ZEVENBERGEN niet met de wet tot afschaffing van de daden van Koophandel, in werking getreden op 1 Januari j.l.

Dit heeft invloed op meerdere plaatsen. Van de door mij genoteerde noem ik een enkele. Op pag. 86 deelt ZEVENBERGEN mede, dat art. 586 Rv. bepaalt, dat ter zake van wisselschulden tegen vrouwen geen lijfsdwang mogelijk is. Dit is thans niet meer juist. Pag. 96 kent nog de zaken van koophandel. Het 2e stuk, dat hier een gewenschte aanvulling brengen kan, kan ook nog voor een erratum zorgen. Dat de laatste regel van pag. 120 als laatste regel van pag. 121 optreedt, is niet zoo erg. Hinderlijker lijkt mij, dat het boek twee §§ 11 bevat; een verbeterde nummering is noodig.

Nu het tweede stuk er nog niet is, moge ik herhalen den wensch uit mijn vorige aankondiging: Laat het boek toch vergezeld gaan van natuurgetrouwe bijlagen. De schrijver behoort in den hoogsten zin van het woord tot het corpus docentium. Is zijn college- en examenervaring niet, dat een „werkelijk” model meer spreekt voor de leerlingen dan een z.g. model als pag. 72 geeft?

Nu ik toch over ZEVENBERGEN's werk als leerboek spreek, veroorloof ik mij terzake nog een enkele opmerking.

In § 9 van Hoofdstuk 1 van het orderpapier (nos. 117 en vlg.) behandelt schrijver de bijzondere wissels. Ik zou willen adviseeren, deze paragraaf het laatst te bestudeeren. Men komt immers daar in aanraking met begrippen, die den handboekgebruiker wel bekend zijn, maar de leerboekgebruiker eerst later behandeld vindt.

Het verschijnen in twee stukken heeft het bezwaar, dat men het overzicht over de geheele materie een weinig mist. Dat inhoudsopgave en register ontbreken, werkt daartoe mede.

Voorop gaat een inleiding over het waardepapier in het

algemeen. ZEVENBERGEN handhaaft zijn oude opvatting, dat de verbintenis uit het waardepapier in de regelmatige gevallen haar oorzaak vindt in de overeenkomst, en in de onregelmatige gevallen in *den schijn* van gebonden te willen zijn. Voorts wordt verdedigd de toepasselijkheid in het algemeen van art. 2014 B. W. ook op orderpapier. Het niet overgaan van de excepties tegenover den derde te goeder trouw wordt, met handhaving van het systeem, dat de opvolgende verkrijgers van een waardepapier het recht tegen den schuldenaar aan hun voorman ontleenen, verdedigd door de constructie, dat de verwerver een *versterkt* recht verkrijgt. De volledige toepassing van den regel „nemo plus” wordt onmogelijk gemaakt door de behoeften van een redelijk verkeer.

Afdeeling 1 bespreekt het orderpapier en geeft, alvorens tot de behandeling van het orderpapier bij uitnemendheid, den wissel, over te gaan, in de blz. 57—70 een algemeene inleiding.

De vraag (pag. 59/60) of art. 668, lid 1, verhindert, dat iedere op schrift gebrachte verbintenis aan order kan worden gesteld, is door de 1 Januari 1935 in werking getreden wetswijziging geen vraag meer. De historische interpretatie, door ZEVENBERGEN verdedigd: art. 668, lid 1 oud, betreft slechts schuldvorderingen op naam, is uitdrukkelijk in de wet vastgelegd.

Doordat de schrijver m.i. terecht dit ruime standpunt inneemt, is het van belang, dat hij eenige algemeene beginselen ten aanzien van alle orderpapieren in zijn inleiding behandelt. De wet bevat geen algemeene regelen. Uit de rechtsbeginselen moet dus voor de niet-wettelijk geregelde papieren worden afgeleid, wat als recht zal gelden. Terecht wijst ZEVENBERGEN er op, dat de garantiefunctie van het wisselendossement wel als geldende voor alle endossementen mag worden aangemerkt.

Voor de behandeling van de algemeene inleidende hoofdstukken betreffende de geschiedenis, de wisselwetgeving, de economische functie en het beginsel der zelfstandigheid, gaat als § 1 vooraf de aard van een wissel en het wisselpersoneel. Deze paragraaf, die den indruk maakt door haar verwijzingen naar diverse wetsartikelen het Nederlandsch Recht te behandelen, en, zooals uit de wet en trouwens ook uit § 6 blijkt, dit verre van volledig doet, ware misschien beter achterwege gelaten.

Over de economische beteekenis van den wissel ware nog wel iets meer te zeggen geweest, dan in § 4, handelende over „de Economische functie van den wissel”, geschiedt. Men houde echter in het oog, dat ZEVENBERGEN een juridische en niet een economische verhandeling schreef.

De behandeling van het beginsel van de zelfstandigheid der wisselverklaringen (no. 95) komt mij voor zeer geslaagd te zijn. Zij bevat den sleutel voor tal van juridische consequenties, die anders wellicht vreemd zouden aandoen.

De onderscheiding tusschen wisselrechtsbevoegden en wisselrechtsbekwamen, die schrijver op pag. 87 verdedigt in navolging van COMN, kan mij niet geheel bevredigen.

Met § 6 vangt aan de eigenlijke bespreking van den wissel. Duidelijk en overzichtelijk wordt de stof behandeld, waarbij achtereenvolgens bespreking vinden: de vormvereischen § 1. Aard van een wissel; Het wisselpersoneel; § 2. Geschiedenis van den wissel; § 3. Wisselwetgeving. Streven naar eenheid van wisselrecht; § 4. Economische functies van den wissel; § 5. Het beginsel van de zelfstandigheid der wisselverklaringen; § 6. Vorm en vereischen van den wissel; § 7. Gevolgen van het niet-naleven der vormvoorschriften; § 8. Blancowissels; § 9. Bijzondere wissels; § 10. Wissel-exemplaren en wisselafschriften; § 11. Het trekken van den wissel; § 11(a?). Het endosseeren van den wissel; § 12. Het accepteren van den wissel; § 13a. Gevolgen der acceptatie; § 13b. Karakter der acceptatie. § 14. Invloed van het trekken, endosseeren en accepteren van een wissel op de onderliggende rechtsverhouding; § 15. Weigering der acceptatie en haar gevolgen. Rechten en verplichtingen van den houder in geval van niet-acceptatie; § 16. Middelen ter verhooging van de zekerheid der betaling; § 16a. Hoofdelijke gebondenheid der wisselschuldenvaren; § 16b. Zakelijke zekerheid: pand en hypotheek; § 16c. De wisselborgtocht (het aval); § 17. De betaling; § 18. Het protest van non-betaling.

In het algemeen bestaan er niet veel verschilpunten tusschen ZEVENBERGEN en SCHELTEMA. Waar deze aanwezig zijn, wordt SCHELTEMA's meening weergegeven en rekenschap van gevoelen afgelegd, waarom SCHELTEMA's opvatting niet wordt gedeeld. Een van de punten van verschil betreft de vraag over het opwerpen van excepties, die de acceptant kan geldend maken tegenover den trekker, zoo nemer in werkelijkheid voor den trekker optreedt. Op pag. 153 schrijft ZEVENBERGEN dan:

Door SCHELTEMA wordt over deze kwestie anders geoordeeld. Volgens hem bestaat er tusschen de verhouding acceptant-houder eenerzijds en de verhouding acceptant-trekker anderzijds geenerlei verband. Dit klopt echter niet met de hieronder ontwikkelde en ook door SCHELTEMA als juist erkende, constructie van de acceptatie als een overeenkomst ten behoeve van een derde. Naar burgerrechtelijk beginsel toch staat de derde wel bloot aan de verweermiddelen van den schuldenaar (belover) tegen den bedinger. Gelijk elders bij de wissel is ook hier het

wegvallen van de — naar burgerrechtelijk beginsel toegelaten — verweermiddelen, alleen te verklaren uit het verhandelbaar karakter van den wissel (verg. nos. 34 vlg.). De door SCHELTEMA verdedigde opvatting is o.i. in geen geval met art. 116 W. v. K. te rijmen. Dit artikel staat immers den acceptant uitdrukkelijk toe, een beroep te doen op zijn verhouding tot den trekker, zoo dikwijls hij tot betaling wordt aangesproken door een houder „te kwader trouw”.

Ik ben het met deze redeneering wel eens, doch vraag mij af: heeft de constructie der acceptatie als een beding ten behoeve van een derde (uitvoerig verdedigd op blz. 156), nu werkelijk veel zin? Dank zij het verhandelbaar karakter van den wissel blijft er zoo weinig over van de constructie van art. 1353 B. W. De acceptant bindt zich niet slechts tegenover den derde, die den wissel ter acceptatie aanbiedt, maar tegenover alle hem onbekende verdere geëndosseerden. De verhouding tot den trekker heeft practisch geenerlei rechtsgevolg meer. Op pag. 155 bespreekt schrijver de verhouding trekker/acceptant. De trekker is tegenover den acceptant niet wisselrechtelijk gebonden. Ik geloof dit ook, maar ik vraag mij af, of schrijver gelijk heeft, wanneer hij opmerkt:

Deze actie is echter geen wisselactie, maar een gewone civiele vordering, voortvloeiend uit de tusschen trekker en acceptant bestaande, buiten den wissel gelegen, rechtsverhouding. Naar de gewone regelen kan de acceptant volstaan met te stellen en te bewijzen, dat hij voor den trekker heeft betaald en mitsdien recht heeft op vergoeding. Op den trekker rust dan de taak aan te toonen, dat hij te dier zake fonds heeft bezorgd, en derhalve den betrokkene niets schuldig is.

Zou niet veel te zeggen zijn voor de volgende redeneering:

De acceptant is slechts gehouden tot acceptatie, als er fonds bezorgd is, bijzonder bestemd tot betaling van den wissel (127a) en als de betrokkene den trekker beloofd heeft, te zullen accepteren. Accepteert hij en vraagt hij daarna van den trekker betaling terzake van de door *hem* verrichte betaling, dan zal hij moeten stellen en eventueel bewijzen, waarom hij accepteerde.

Het was, naar ik schreef, mijn voornemen, in deze aankondiging inderdaad slechts „aan te kondigen”. Mijn verdere vraagteekens, het zijn er trouwens niet vele, laat ik rusten.

Moge ZEVENBERGEN's Leerboek van het Nederlandsche Recht der Order- en Toonderpapieren spoedig compleet zijn.

Naast SCHELTEMA zal het ongetwijfeld zijn plaats in onze handelsrechtelijke literatuur behouden.

Mr. G. H. A. GROSHUDE

INHOUD VAN BINNEN- EN BUITENLANDSCHE RECHTSGELEERDE TIJDSCHRIFTEN

Nederlandsch Juristenblad, 10e jaargang, no. 25. — KRANENBURG, Raad en B. en W.; no. 26. — COHEN, Het nieuwe Pachtwet-ontwerp; no. 27. — v. OVEN, De Arnhemsche vergadering der Juristen-Vereeniging. — MARX, Art. 47 Swb. gezien in het licht onzer maatschappelijke behoeften; no. 28. — BREGSTEYN, Het wetsontwerp ter verkrijging van verlaging van sommige vaste lasten en van huren; no. 29. — DE BENEDICTY, De overeenkomst voorheen en in de toekomst. — SCHORLESHEIM, Surséance en dwangaccoord; no. 30. — v. OVEN, Het natuurlijk kind en zijns vaders erfgenamen.

Weekblad van het Recht, jaargang 1935, no. 12920. — LICHTENAUER, Verjaring en verval in de voorhof der wetgeving; no. 12921. — POLAK, Nederlandsche Juristen-Vereeniging, Het vraagstuk der gemeentelijke bestuursverschuiving; no. 12923. — KISCHE, Nederlandsche Juristen-Vereeniging, Faillissementskosten; no. 12924. — VERZIJL, De juridische afbraak van het Britsche Rijk; no. 12928. — HOOYKAAS, De Vergadering der Nederlandsche Juristen-Vereeniging. Het Bestuur der Gemeenten; no. 12929. — BAAK, Wezen en grenzen van den rechtsstaat; no. 12930. — STAR BUSMANN, Nederlandsche Juristen-Vereeniging, Faillissementskosten; no. 12945. — ERADES, Eenige internationale aspecten van de vaderschapsactie; no. 12954. — v. BRAKEL, De aard der vordering ex art. 344a B. W.; no. 12955. — VERZIJL, De volkenrechtelijke elementen van het conflict om Abessinië (I); no. 12956. — VERZIJL, De volkenrechtelijke elementen van het conflict om Abessinië (II).

Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie, jaargang 65, no. 3417. — SCHELTEMA, Misbruik van het Recht (I); — no. 3418. — MEIJERS, Het recht karakter en de vertegenwoordiger van kerkgenootschappen en kerkelijke instellingen; MEES, Een nieuw pacht-wetsontwerp; TJABBES, De hypotheekhouder en het nieuwe pachtrecht; no. 3419. — SCHELTEMA, Misbruik van recht (II); WOLFSBERGEN, H. R. 14 December 1932 en de fiscus; no. 3420. — SCHELTEMA, Misbruik van recht (III, slot). — v. NISPEN TOT SEVENAER, Een

ontwerp, dat zich zelf om hals brengt; no. 3421. — STAR NAUTA, Gewijsden tegen onbekwamen (I). — ENSSEN, Bemerkingen bij het pachtwet-ontwerp; no. 3422. — STAR NAUTA, Gewijsden tegen onbekwamen (II, slot). — ADRIANI, Wijzigingen in buitenlandsch belastingrecht; no. 3423. — DE WILDE, De rechtsvordering tot scheiding en deeling (I). — DRIELSMA, Over den gerechtigde tot het instellen van de *condictio indebiti* in fiscale zaken. — BRUYN, Een merkwaardig vonnis; no. 3424. — DE WILDE, De rechtsvordering tot scheiding en deeling (II, slot). — PIJLMAN, Inwerking van publiek- op privaatrecht (I); no. 3425. — ADRIANI, De belastingheffing van de coöperaties (I). — PIJLMAN, Inwerking van publiek- op privaatrecht (II, slot); no. 3426. — ADRIANI, De belastingheffing van de coöperaties (II). — LOEFF, Misbruik van recht no. 3427. — SCHELTEMA, Contractuele regelingen omtrent de toelaatbaarheid en de waardering van bewijsmiddelen, en omtrent de uitsluiting van tegenbewijs (I). — v. D. PLOEG, Eenige opmerkingen over de rechtspositie van den tweeden echtgenoot; no. 3428. — SCHELTEMA, Contractuele regelingen omtrent de toelaatbaarheid en de waardering van bewijsmiddelen, en omtrent de uitsluiting van tegenbewijs (II).

Indisch Tijdschrift van het Recht, deel 141, afl. 5. — BUDDINGH DE VOOGT, Gedifferentieerd recht betreffende de arbeidsovereenkomst in Nederlandsch-Indië. — BÜCHENBACHER, Geldverduistering. — SAMKALDEN, Eenige aantekeningen over het optreden van een gemeente als *directrice* eener N. V.

Afl. 6. — BÜCHENBACHER, De scheidingslijn tusschen Europeanen en Vreemde Oosterlingen krachtens art. 163, lid 2, sub 3^o. der Indische Staatsregeling. Iets over Joodsch familieright; deel 142, afl. 1. — LEMAIRE, Naar aanleiding van een opmerking betreffende de Woonerven-ordonnantie. — KNOTTEBELT, Eenige opmerkingen over executie van residentiegerechtsvonnissen. — STAR NAUTA KARSTEN, Vrije dagen van den werknemer.

Deutsche Juristen-Zeitung, Jhrg. 40, Heft 13. — HECKEL, Das Wehrgesetz vom 21. Mai 1935. WITTLAND, Dienstaufsicht und Dienststrafgewalt im Bereich der Reichsjustizverwaltung. — WALDMANN, Nationalsozialistische Forderungen an das kommende Patentgesetz. — KLUG, Die Industrie- und Handelskammern in neuen Staat. — ENGELMANN, Die Schwangerschaftsunterbrechung aus eugenischen Gründen. — RUMPF, Nochmals die Starrheit des Ehescheidungsrechts. — OESTERLE, Das Gesetz über das Versteigerergewerbe. — LITZENBERG, Zur Frage des grundsatzes „ne bis in idem“ bei Verurteilung wegen fortgesetzten oder Sammeldelikts.

Jhrg. 40, Heft 14. — FISCHBACH, Die „subjektiven öffentlichen Rechte“ der Beamten. — HUBERNAGEL, Die Ordnung in der Mobiliarvollstreckung. — SIEGERT, Die Zwecke des neuen Strafprozessrechts. — VON KARGER, Weitere Durchführungsbestimmungen zur landwirtschaftlichen Schuldenregelung. — HAGEMANN, Gesetzliche und testamentarische Erbfolge in Erbhöfe, die im Miteigentum des Bauern und der Bäuerin stehen. — STELLING, Gehört die Klage des preussischen Jagdgenossen auf Auszahlung seines Anteils am Pachtzinse auf den Rechtsweg?. — VON LEPEL, Die Aenderung des Militärstrafgesetzbuches. — AUBERT, Ist der gegen das Postscheckamt bestehende Anspruch des Postscheckkunden auf Auscheiden aus dem Postscheckverkehr der Pfändung unterworfen?

Jhrg. 40, Heft 15/16. — FREISLER, Der Volksverrat. Hoch- und Landesverrat im Lichte des Nationalisozialismus. — THIERACK, Neues deutsches Strafrecht. — SCHMITT, Kodifikation oder Novelle? Ueber die Aufgabe und Methode der heutigen Gesetzgebung. — SCHWARZ, Der neue Strafprozess auf Grund des Gesetzes vom 28. Juni 1935. — DONNEDIEU DE VABRES, Die Umschmelzung des französischen Strafrechts. — STOLL, Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten im Erbhofrecht. — SCHIRÖDER, Zum kommenden Genossenschaftsrecht. — WIEACKER, Das Abtreibungsproblem im schwedischen Recht. — GLEITZE, Die Kriminalität in Deutschland von 1882 bis 1932.

Jhrg. 40, Heft 17. — FREISLER, Vom Majestätsverbrecher zum Volksverrat. — WAGNER, Die dienstliche Verschwiegenheit im Wehrrecht. — MAUNZ, Zur Neugestaltung des Enteignungsrechts. — WISKEMANN, Die Grundlegung der Wirtschaftswissenschaft vom Volke her. — HUBER, Ist ein S. A.-Führer Beamte im Sinne des § 359 St.G.B.? — DANCHELMANN, Zur Pfändbarkeit von Postscheckguthaben. — KÖST, Forderungsabtretung und Armenrecht. — HEIDELBERG, Setzenwidrige Wartezeiten in Versicherungsbedingungen. — BULL, Das Ordnungsstrafverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Band 101, Heft 4. — KOCH, Die neuen Geschäftsbedingungen der Banken. — BAER, Die Saldotheorie des Reichsgerichts. — FRANK, Die Rechtsstellung des Konkursverwalters im neuen deutschen Arbeitsrecht.

Zeitschrift für öffentliches Recht, Band 15, Heft 3. — VON VERDROSZ, Anfechtbare und nichtige Staatsverträge. — HERTZ, Das Problem des völkerrechtlichen Angriffs. — MOOR, Reine Rechtslehre. — AUFRICHT, Fichte und die Gesellschaftswissenschaften.

Revue critique de Législation et de Jurisprudence, 75e année, nos. 3—4. PERREAU, Questions d'assurance. — GORPHE, La responsabilité du fait des automobiles en droit comparé. — BEZARD-FALGAS, Les nouvelles simplifications du régime des titres nominatifs. — PERUCHOT-TRIBOULET, Cession de clientèle; nos. 5—6. — BECQUÉ, Les sûretés réelles. — BASTIAN, De la tierce-opposition aux jugements rendus en matière. — BEZARD-FALGAS, Les nouvelles simplifications du régime des titres nominatifs.

Revue trimestrielle de Droit civil, 34e année, no. 2. — ROUBIER, Droits intellectuels et Droits de clientèle. — LECOMTE, La clause de style.

Revue de Droit pénal et de Criminologie, 15e année, no. 6. — DE MARSICO, La réforme des codes en Italie. — BELYM, L'éducation des loisirs en prison; no. 7. — VERVAECK, Les lois de stérilisation eugénique. — CORNIL, Les anormaux et le droit pénal.

Yale Law Journal, May 1935, no. 7. — KESSLER, The securities Act and its foreign counterparts. — RODELL, A. primer on interstate taxation. — SCHNEELY, Restraints upon the alienation of legal interests (II); no. 8. — CLARK and MOORE, A. new federal civil procedure; II. Pleadings and Parties. — GLICK, Federal subsistence homesteads programs. — SCHNEELY, Restraints on alienations of legal interests (III).

Rivista internazionale di Filosofia del Diritto. Anno XV. Fascicolo IV. — RUNDSTEEN, Le concezioni antinormativiste. — FRIEDRICH, Diritto naturale e leggi di natura. — BATTAGLIA, Il Trattato „De Republica” di Tito Livio de' Frulovosi. — PROSPERETTI, Intorno, al pensiero politico del P. Luigi Taparelli d'Azeglio. — SICA, La conoscibilità della norma giuridica.

