

#### IV.106. Molengraaff en de onrechtmatige daad

106. MOLENGRAAFF EN DE  
ONRECHTMATIGE DAAD. \*

Er zal wel geen arrest van den Hoogen Raad zijn, dat zoo bekend is als dat van 31 Januari 1919 over de onrechtmatige daad<sup>1)</sup>. Ieder student weet het U te vertellen: de Hooge Raad ging daarbij „om" van de „enge" leer over art. HOI bekeerde hij zich tot de „ruime"; onrechtmatig zou voortaan niet meer alleen zijn de handeling in strijd met 's daders rechtsplicht of de inbreuk op eens anders recht, doch ook de daad in strijd met de goede zeden of met de zorgvuldigheid, die in het maatschappelijk verkeer betaamt tegenover eens anders persoon of goed. En ieder weet ook, dat het de leer van M o l e n g r a a f f was, die het rechtscollege daarbij aanvaardde.

Gelijk gezegd, dit alles is bekend genoeg, en het is op zich zelf reeds voldoende om M o l e n g r a a f f's beteekenis voor het rechtsleven hoog aan te slaan, maar het is toch wel goed, de zaak nog eens in bijzonderheden te bezien. De beteekenis van Molen-g r a a f f's innovatie komt dan te helderder in het licht.

Het was in het Rechtsgeleerd Magazijn van 1887, dat de leer het eerst werd uitgesproken. De *oneerlijke concurrentie voor het forum van den Nederlandschen rechter, tevens een bijdrage tot de uitlegging van art. 1401 B.W. en van de wet op de handels- en fabrieksmerken* is de lange titel van het artikel, dat van zoo grooten invloed op onze rechtsontwikkeling zou worden. Karakteristieke bijzonderheden al dadelijk: niet een beschouwing over de onrechtmatige daad op zich zelf wilde de schrijver geven. Niet een nieuwe uitlegging om de uitlegging, doch een bespreking van een actueele vraag van rechtstoepassing. Het was het maatschappelijk kwaad van de oneerlijke concurrentie, dat hij te lijf wilde — in zijn striid stuitte hij op art. 1401; het was achter de uitlegging van art. 1401 dat de rechter zich verschool als hij den klager over oneerlijke mededinging ongetroost naar huis zond. Deze uitlegging werd onderzocht, gewogen en te licht bevonden. Zij moest worden bestreden.

Wat was de stand der leer over art. 1401 vóór Molengraaff's stuk? Wie dat nagaat wordt al dadelijk getroffen door de geringe plaats, die het artikel toen in het rechtsleven innam. Het was een artikel, dat op zijn beurt door de commentaren werd besproken en door de rechters toegepast als zoo vele andere. Het was niet als thans een voorschrift, dat, ieder oogenblik ingeroepen, een factor

\* Rechtsgeleerd Magazijn 1931, blz. 399. »)  
N. J. 1919. 161, W. 10365.

van belang voor het maatschappelijk leven is geworden. Dit blijkt wel als men het aantal beslissingen over art. 1401 B.W., in 1887 — het jaar van het stuk in het R. M. — in het Weekblad v. h. Recht gepubliceerd, vergelijkt met het aantal, dat het Weekblad in 1930 — het jaar vóór Molengraaf f's dood — opnam. In het eerstgenoemde jaar waren het er 2 — in het laatste 48.

Die ondergeschikte plaats in het rechtssysteem blijkt ook in de commentaren. Opzomer, wiens woord in rechts- en leerzaal een bijzonder groot gewicht had in dien tijd, spreekt als hij art. 1401 gaat behandelen vrij uitvoerig over de verhouding van onrechtmatige daad en onverschuldigde betaling en zaakwaarneming; de vraag, wannéér een daad onrechtmatig is, doet hij in een noot af <sup>1)</sup>. Trouwens de geheele onrechtmatige daad krijgt 52 bladzijden, de negotiorum gestio had er 32, de onverschuldigde betaling zelfs 83! De cijfers teekenen de verhouding.

En wat is dan onrechtmatige daad volgens die noot? Datgene wat strijdt met de wet, wet in den ruirasten zin, doch dit beteekent niet anders dan dat ook de provinciale en gemeenteverordeningen en de waterschapskeuren er onder begrepen zijn. Niet anders oordeelt Diephuis. Zijn Xle deel dateert van 1888, doch bij het schrijven daarvan kende de auteur het artikel van zijn toen nog zoo jongen ambtgenoot blijkbaar nog niet — het wordt niet genoemd en de zaak wordt met weinig woorden afgehandeld: onrechtmatig is in strijd met de wet <sup>2)</sup>.

Was die uitlegging juist, dan stond de rechter machteloos tegenover de oneerlijke concurrentie, dan komt men tot beslissingen als die van de Rechtbank te Eindhoven<sup>3)</sup>: „dat de wet nergens de verplichting oplegt om niet dan ware feiten te publiceeren, terwijl door de onjuiste vermelding en de bekendmaking nopens het ontbonden of uit elkander gegaan zijn der eischende maatschappij en de gevolgen hiervan de wettige rechten van die maatschappij niet worden aangetast". Molengraaff vindt die conclusie weinig minder dan absurd. Scherp brandmerkt hij haar: „Een land, waar werkelijk, zooals het hier besproken vonnis het doet voorkomen, dergelijke overwegingen in de wet steun vinden, zou op den naam van een beschaafd land geen aanspraak kunnen maken, daar zou men van rechtsstaat en rechtsorde niet anders kunnen spreken dan bij wijze van bittere ironie." Doch die leer is *niet* juist, de beslissing *niet* wat de wet oplegt. De argumenten ertegen worden opgesomd. Onrechtmatig is niet: door de wet verboden; de Fransche tekst van 1830 had *illicite*, niet *illégal*; onrechtmatig is: niet te billijken, niet te rechtvaardigen of iets dergelijks; dan art. 1402 en het ontbreken van eenig adjectief vóór nalatigheid; de geschiedenis van den tekst

<sup>1)</sup> Blz. 313 van deel VI van zijn Burgerlijk Wetboek (1879).

<sup>2)</sup> Blz. 82.

<sup>3)</sup> R. M. 1887, blz. 385.

en de bedoeling niet van den Code af te wijken, doch alleen uit te sluiten, dat men aansprakelijk zou worden gesteld voor de schade bij de uitoefening van zijn recht toegebracht. Ten slotte wordt een beroep gedaan op de eerbiediging van onze persoonlijkheid, onze goederen en onzen arbeid, men heeft een recht daarin niet te worden aangetast, en eindelijk op het woord „schuld" in art. 1401. Schuld, zegt Molengraaff hier, is niet toedoen, doch onderstelt een handelen in strijd met die regels, welke inachtneming men verwacht, met datgene wat den een jegens den ander betaamt. In dit opzicht is hij later veranderd, in den laatsten druk van den Leidraad wordt schuld met toedoen vereenzelvigd<sup>1)</sup>. Naar mijn oordeel is dit geen verbetering. Doch daarover straks. Wij moeten eerst nog een oogenblik stilstaan bij de voorgangers, die Molengraaff had. Want zijn leer is geenszins een geheel nieuwe vondst en de auteur dient haar ook nergens als zoodanig aan, doch hij gaf haar nieuwe formulering en nieuwen steun — hij ontwikkelde haar helderder dan één voor hem. Wie dat doet mag in het recht zeker zich op oorspronkelijkheid beroemen.

Daar was vooreerst de oude commentaar van Vernède op het Burgerlijk Wetboek; onrechtmatig zijn volgens dezen: „al zoodanige daden welke bij algemeene of bijzondere wetten worden verboden of strafbaar zijn gesteld of welke strijdende zijn met de goede zeden en de openbare orde". Nadere toelichting ontbreekt, doch de aangehaalde jurisprudentie doet vermoeden, dat deze schrijver een heel eind met Molengraaff meegegaan zou zijn. Doch in 1887 was die commentaar vergeten, het blijkt niet, dat Molengraaff aan hem bij het schrijven van zijn stuk aandacht heeft gewijd. Wel noemt hij de bijdragen van Mr. G. Belinfante in Themis 1865 en 1869. Bij hem zocht hij steun. Inderdaad kan Belinfante een medestander worden genoemd, doch er is ook verschil. Dat blijkt, als men de conclusie van beiden naast elkaar legt. Belinfante formuleert<sup>2)</sup>: „De wezenlijke zin van onze artt. 1401 en 1402 is dan deze, dat degene die aan een ander schade toebrengt door te doen datgene, waarvan hij zijn ontoerekenbaarheid niet kan aanwijzen of door niet te doen datgene waartoe hij als zorgvuldig en waakzaam burger was verplicht in zijn maatschappelijke betrekking tegenover zijn medeburgers, verplicht is om de schade te vergoeden, door zijn schuld veroorzaakt"; Molengraaff<sup>3)</sup>: „Hij die anders handelt dan in het maatschappelijk verkeer den eenen mensch tegenover den anderen betaamt, anders dan men met het oog op zijn medeburgers behoort te handelen, is verplicht de schade te vergoeden die derden daardoor lijden". De laatste formule wint het al dadelijk door haar meerdere eenvoud en helderheid. Doch er is ook verder verschil.

>) Blz. 99.

-) Themis 1865, blz. 364.<sup>3)</sup>

T. a. p., blz. 386.

Voor het niet doen (dat bij Molengraaff onder het doen begrepen is) loopen beide definities parallel, doch voor het doen is er onderscheid. Belinfante zit nog vast aan de met de lex Aquilia samenhangende voorstellingen van een eng causaal verband, dat tusschen daad en schade moet bestaan. Hij denkt aan de gevallen waarin tusschen de schade — in hoofdzaak wel de *beschadiging* van eenig lichamelijk voorwerp — en de daad een zich in een kort tijdsverloop afspelend nauw verband kan worden aangetoond: dan zal *altijd* verplichting tot vergoeding bestaan, tenzij de dader zich disculpeert. In zooverre ligt in zijn stuk zoowel de kiem voor de latere opvatting, die ook bij rechtmatig ingrijpen in bepaalde gevallen schadevergoeding verlangt, als van Molengraaff's leer. Het mag betwijfeld worden, of hij deze reeds in haar consequenties heeft gezien, of hij met name haar toepassing in de gevallen van de oneerlijke concurrentie zou hebben aanvaard. Dit volgt uit zijn voorbeelden. Hij wijst het recht op vergoeding af, indien iemand tegen beter weten in een gunstig getuigenis omtrent eens anders gegoedheid of zedelijk gedrag alegt en een derde daardoor schade lijdt<sup>1)</sup>. De motiveering is, dat de schade uitvloeisel is van eigen schuld, daar men het zich zelven te wijten heeft, dat men een verkeerden raad, die nooit meer is dan een raad, heeft ingewonnen. Molengraaff zou stellig anders geoordeeld hebben!

Het verschil is gevolg van een verschil in de principieele houding tegenover het vraagstuk. Belinfante's interpretatie steunt op het woord *schuld*, in schuld zit zoowel een element van onrechtmatigheid als van een causaal verband, de schrijver onderscheidt deze niet en wordt daardoor minder helder. Molengraaff gebruikt het argument ook, maar bij hem staat voorop, dat het recht nog op andere wijze tot handelen en nalaten verplicht dan door een verbod of gebod der wet. Zijn hoofd-argument, dat ik boven nog niet vermeldde, is, dat het „een wanbegrip is, dat het recht zich niet zou mogen bekommeren om de moreele regels van doen en laten, welke de menschelijke samenleving beheerschen”<sup>2)</sup>. Voor Molengraaff is hoofdzaak, dat de rechtsplicht niet alleen door de wet wordt bepaald, voor Belinfante, dat toegebrachte schade moet worden vergoed.

Molengraaff stelde zich dus tegenover de heerschende leer in de wetenschap, ook tegenover de rechtspraak, zooals die in het Eindhovensche en ook nog wel in andere vonnissen over de oneerlijke concurrentie bleek. Toch kan men niet zeggen, dat deze algemeen en rigoureuus het standpunt van Opzoomer handhaafde. In tweeërlei opzicht week zij af. Vooreerst nam zij — in het bijzonder in gevallen van oneerlijke concurrentie — het bestaan van subjectieve rechten, met name dat op den handelsnaam, aan, waar-

\*) Blz. 354. <sup>2)</sup>  
Blz. 392.

van de wet niet sprak, en in de tweede plaats heeft zij gelukkig nooit de traditie prijs gegeven, dat hij aansprakelijk is, die bij zijn handelen niet de noodige voorzorgen voor eens anders goed neemt. Dat steunde zij dan op art. 1402 B.W. en op de voorstelling, dat in zulk een geval er een inbreuk op den eigendom plaats vond, die aan schuld was te wijten. De Hooze Raad heeft ook bij de oude leer steeds de inbreuk op het subjectieve recht naast den strijd met den rechtsplicht, dat is met een verbodsbepaling der wet, gesteld en daardoor al te groote schade, die uit die leer zou volgen, vermeden <sup>1)</sup>.

Molengraaff had deze eigenaardigheid nog niet opgemerkt; hij ziet in deze rechtspraak niet anders dan wisseling en onzekerheid; wat het beroep op het recht op den naam betreft, hij maakt bezwaar zulk een recht te erkennen, meent dat het veel te ver zou voeren, doch geeft toe, dat door dit aan te nemen althans somtijds bevredigende resultaten in het vraagstuk der oneerlijke concurrentie worden bereikt.

Dat zou niet zoo blijven.

Het loont de moeite, het verdere verloop van de rechtspraak en doctrine na te gaan. Men kan allerminst zeggen, dat de beschouwingen van den hoogleeraar insloegen en dadelijk een verandering in leer en jurisprudentie veroorzaakten. Het tegendeel was veeleer het geval. Wel waren er schrijvers en colleges die volgden <sup>2)</sup> — doch de bestrijding bleef niet uit en wat zeker het meest zegt: de Hooze Raad stelde zich vierkant tegenover hem.

Wat de schrijvers betreft, Hamaker schaarde zich aan de zijde van zijn ambtgenoot <sup>3)</sup>, een Groninger dissertatie van J. R. Roelf-sema (1893) volgde, ook het bekende proefschrift van P. J. M. Aalberse (1897) sloot zich bij hem aan — zij het met lichte nuances in omschrijving en motiveering. Van de bestrijders moeten vooral Land <sup>4)</sup> en vele jaren later Simons <sup>5)</sup> worden genoemd. Had Land voornamelijk historische bezwaren, bij Simons sprak sterk de kijk van den criminalist, wien het „geen straf zonder voorafgaande strafbepaling" in het bloed is gevaren. Voor de straf eischen we nauwkeurige omschrijving van het delict in de wet, bescherming tegen willekeur van den rechter — het kan, dat de schadevergoeding op den delinquent zwaarder drukt dan de straf, dus moeten we voor de schadevergoeding hetzelfde verlangen. Zoo ongeveer was het betoog. Merkwaardig is, dat H. J. Kist in zijn reeds van 1861 dateerende dissertatie in een soortgelijken gedachtengang had verlangd, dat in ieder vonnis, waarin tot schadevergoeding wordt veroordeeld, het artikel zou worden aangehaald, waarop de onrecht-

<sup>1)</sup> Zie mijn artikel in W. P. N. R. 2149 vgl. (Zie Verz. Geschriften IV, 70 e.v.).

<sup>2)</sup> Zie de jurisprudentie in opeenvolgende drukken van den Leidraad. § 12.

<sup>3)</sup> Recht en Maatschappij (1888), blz. 95.

<sup>4)</sup> Onrechtmatige daad 1896.

<sup>5)</sup> Ons Burgerlijk delictsrecht in Themis, 1902.

matigheid van de handeling gegrond is. Dat is de typische strafrechtelijke kijk op de zaak — een kijk, die hier niet past, omdat daarbij vergeten wordt, dat hier niet staat individu tegenover gemeenschap, waarbij de enkeling de steun van het recht behoeft tegenover de alles onder haar macht brengende overheid en voor de laatste nauwkeurig de grenzen van haar inmenging moeten worden aangegeven, doch individu tegenover individu, gelijken tegenover elkaar, waarbij het recht geen enkele reden heeft den een boven den ander te stellen en iedere grond ontbreekt om wat onrecht is te dulden terwille van de noodzakelijkheid van waarborgen tegen machtsmisbruik<sup>1)</sup>.

Ten slotte was het een principieel verschil in rechtsbeschouwing, dat Molengraaff scheidde van Land en Simons. Voor dezen was recht wet en wet recht, voor Molengraaff was er een buitenwettelijk recht. Daarover zoo straks nog een woord. Wij moeten thans op den gang der rechtspraak letten.

Gelijk gezegd, er was rechtspraak, die Molengraaff volgde, doch in het algemeen was de stemming tegen hem, en zij werd het hoe langer hoe meer, toen de Hooge Raad positief stelling nam en daarmede een sterken druk in de richting der oude leer uitoefende.

Ik onthoud mij van een opsomming der lagere rechtspraak, wijs alleen op die van den Hoogen Raad. In een reeks arresten werd de oude formule herhaald en onverbiddeijk gehandhaafd<sup>2)</sup>. Het sterkst komt dit uit in de arresten van 6 Jan. 1905, W. 8163, en 10 Juni 1910, W. 9038. Het eerste is van belang, omdat het een geval — en een zeer sprekend — van oneerlijke concurrentie betreft en omdat het zeer uitvoerig toelicht, niet waarom art. HOI B.W. moet worden uitgelegd in den zin der oude formule, maar wel, dat als inderdaad Molengraaff's opvatting de juiste was, als „de grondslag van beslissing (over de onrechtmatigheid) moest zijn het oordeel of zulk een gedragslijn, gevolgd met de door het arrest uitgemaakte in het middel omschreven bedoeling, al dan niet indruischt tegen hetgeen bij het drijven van zaken maatschappelijk betaamt, alsdan de onrechtmatigheid van gezegd handelen of nalaten zou kunnen worden aangenomen," doch daarop doet volgen, dat daarvan de toepasselijkheid van de artt. HOI en 1402 B.W. *niet* afhangt. Molengraaff zelf noemde later deze uitspraak verbijsterend<sup>3)</sup>. Zoolang de wetgever niet ingreep — wat hij eerst in 1918 deed — stond men dus machteloos tegenover de oneerlijke mededinging. De uitweg in bepaalde gevallen van „inbreuk op het recht op den naam" werd afgesneden. Een recht op den handelsnaam kent de wet niet. Aldus de Hooge Raad bij arrest van 16 Nov.

\*) Vgl. mijn Algemeen Deel, Ie druk, blz. 94 vlg.

<sup>2)</sup> Opgesomd in de noot van Meyers op het arrest van 31 Jan. 1919 in W. P. N. R. 2564.

<sup>3)</sup> W. 10365.

1910, W. 9117<sup>1</sup>). Het tweede bovengenoemde arrest, dat van 10 Juni 1910, betrof het bekende geval van de Zutphensche juffrouw en de gesprongen waterleiding. Het toonde, dat de mogelijkheid, zaak-beschadiging door eens anders schuld, d.w.z. door zijn anders handelen dan maatschappelijk betaamt, op den dader te verhalen door inbreuk op den eigendom te stellen, wegviel, indien men tegenover een zuivere omissie, niet tegenover nalatigheid bij het handelen stond. Het geval was zóó sprekend, de nood werd weer zóó sterk gevoeld, dat de wetgever besloot in te grijpen. De minister Regout diende een ontwerp in, waarin Molengraaff's opvatting — trouwens op weinig gelukkige wijze geformuleerd — werd neergelegd. De formule werd na het afdeelingsonderzoek gewijzigd. Het is bekend, dat het Ontwerp nimmer in openbare behandeling kwam, ook, dat de Hooge Raad in 1919 de gewijzigde formule overnam en dus verklaarde, dat in de wet precies datgene stond, wat de wetgevende macht er in had willen brengen, omdat dezelfde Hooge Raad vroeger had verklaard, dat het er *niet* in stond.

De verandering kwam vrij plotseling. Wel was er eenige beweging in de rechtspraak gekomen door het arrest van 13 Juni 1913, N. J. 1913, 782, W. 9531, dat zonder verdere motiveering den „houder" van een goed tegen eigen richting beschermde, terwijl toch de wet daarvoor weinig aanknooping biedt — doch daarin kon evengoed een inconsequentie als de voorbode van een kentering worden gezien. De lagere rechters verwachtten haar blijkbaar niet; toen zij eenmaal gekomen was sloten zij zich onvoorwaardelijk bij haar aan. Thans is de nieuwe formule van 1919 vaste jurisprudentie. Er zijn nieuwe vragen gerezen over haar toepasselijkheid op de overheid, over de begrenzing van de rechtsplicht tot die gevallen, waarin juist diegene schade lijdt, te wiens bate de plicht is opgelegd — aan het beginsel van het arrest van 1919 werd niet getornd.

Het is begrijpelijk, dat Molengraaff juichte, of laat ik liever zeggen — want dat past beter bij zijn persoonlijkheid — zijn groote voldoening uitte. „Zelden werd een arrest gewezen", heet het in het onderschrift in het *Weekblad*, „waarvan een zoo heilzame invloed op ons rechtsleven mag worden verwacht."

Tot zoover de geschiedenis.

Ten slotte nog een woord over de beteekenis der nieuwe leer. Dat zij aan Molengraaff wel in de eerste plaats is te danken, staat nu wel vast.

Ik zie haar in drie dingen.

Vooreerst scheidt zij de mogelijkheid, op allerlei gebied het grof-onbehoorlijke, geniepige en roekelooze te achterhalen, ook al blijft het binnen de mazen der wet. De wetgever is in het maatschappelijk leven bij de bepaling van wat mag en wat niet mag altijd noodzake-

<sup>1</sup>) Althans voor naamlooze vennootschappen. Dat voor natuurlijke personen de H. R. niet anders zou geoordeeld hebben volgt uit H. R. 29 Juni 1916, N. J. 1916, 866 en W. 9983.



lijkerwijze achter bij de waardeeringen van dat leven zelf. De wets-formule, die nauwkeurig begrenst, kan slechts wat den wetgever bekend is omschrijven, het is niet mogelijk te voorzien, wat het leven verder brengt. Daarom moet een „ruime" bepaling aan den rechter de gelegenheid tot scheiding van geoorloofd en niet-geoor-loofd openen.

Molengraaff begon den strijd tegen de oude opvatting op grond van de oneerlijke concurrentie-gevallen. Het is merkwaardig, dat toen de Hooge Raad zijn leer aanvaardde, zij juist voor die gevallen haar belang in hoofdzaak verloren had, omdat daar de wetgever door een bepaling in het Wetboek van Strafrecht had ingegrepen. „In hoofdzaak" — geheel zonder belang is zij zelfs dan niet. Het komt nu nog voor, dat de rechter zegt: het heeft voor het burgerlijk geding geen belang om te onderzoeken, of de handeling valt binnen de omschrijving van art. 328bis W. v. S., in ieder geval is zij in strijd met de goede zeden of met wat in het maatschappelijk verkeer betaamt enz. In hoofdzaak werkt zij echter op ander gebied, op zoo uitgebreid en gevarieerd gebied, dat het onmogelijk is, dit met enkele woorden aan te geven. Wie zich daarvan wil overtuigen, bladere eens een jaargang van de Nederlandsche Jurisprudentie of van het Weekblad door en lette eens op de talrijke beslissingen over 1401. Afgezien nog van de van ouds bekende gevallen van aantasting van eigendom en van de zoo sterk toegenomen aan schuld te wijten ongevallen (automobielverkeer) vindt hij uitspraken over onbehoorlijk handelen in den economischen strijd (vakvereeni-gingen tegen werkgever of handelaar tegen beroepsvereeniging) en in het meest intieme persoonlijke- en familieleven. Nu eens wordt geklaagd over de plaatsing op een stoplijst, over het optreden van een bond van handelsbedienden, die een bazar boycot en het bedrijf daardoor bemoeilijkt, of over een gemeentebestuur, dat arbeiders toegang weigert tot het abattoir, omdat deze, in plaats van stakende vakgenooten aangewezen, de orde in gevaar zouden brengen. Dan weer betreft de vordering een aantasten van den goeden naam, dat niet is belediging, of schade geleden door geslachtsziekte bij buitenechtelijke gemeenschap. De Staat laat een schip meren aan een ondeugdelijke ducdalf of een aantal artsen zendt een circulaire rond, waarin lichtvaardig over een vroedvrouw wordt geoordeeld. Of wel een kleerenzaak laat door een troep vrouwen etalagevoorwerpen bij een concurrent opkopen en veroorzaakt daardoor relletjes<sup>1</sup>). Gelijk gezegd, te veel om te vermelden en te velerlei om samen te vatten — genoeg om te doen zien, van welke beteekenis art. 1401 voor ons rechtsleven geworden is.

Vaste formuleeringen zijn hier niet te geven. Zeker zal het van tijd tot tijd mogelijk zijn, dat de rechter of wetgever voor bepaald gebied de regels, die hij gevolgd wil zien, vastlegt. Dan wordt zulk

) De voorbeelden zijn uit de jurisprudentie 1930.

een gebied aan de beslissing van geval tot geval onttrokken — voor het overige moet zij blijven.

In de tweede plaats zie ik de beteekenis van Molengraaff's leer in haar eenvoud en helderheid. Zij spreekt dadelijk tot ons — behoeft geen technische uiteenzettingen. Dit geldt vooral van haar oorspronkelijke formulering; in die van den Hoogen Raad heeft zij door de veelheid van onderdeden der onrechtmatigheid iets hiervan ingeboet. Zij dankt deze behalve aan den geest van haar auteur, ook aan haar origine: zij is Fransch, niet Duitsch van oorsprong. Molengraaff's formule was een verbeterde editie van die van Belinfante en deze op haar beurt aan Touillier en de Fransche doctrine ontleend. Nu ben ik allerminst een vijand van nadere begripsontleding en ook op ons gebied zal deze niet kunnen uitblijven, doch de navolging van de Duitsche onderscheiding van onrecht tegen dezen — niet onrecht tegen genen, die de Hooge Raad met Van Geleïn Vitranga en B. M. Telders in de laatste jaren<sup>1)</sup> in onze onrecrumatigheidsleer heeft ingevoerd, schijnt mij geen verbetering. De helderheid heeft zij zeker niet bevorderd. In één opzicht staat de formulering der Franschen en Molengraaff zwak: de verhouding van schuld en onrechtmatigheid wordt er niet duidelijk in gesteld. Ik wees er boven al op, dat het het eenige punt is. waarop de hoogleeraar zijn oordeel wijzigde. Schuld is nu ook bij hem daderschap. — Toch had hij vroeger tegen Opzoomer aangevoerd, dat taalkundig schuld onbehoorlijkheid insluit en dus niet tot daderschap kan worden beperkt. Terecht naar mijn meening. Wordt in het „wijten aan schuld" niet causaal verband en onbehoorlijkheid samengevat, en zullen we dat begrip niet moeten bewaren, omdat het ons het verband tusschen beide — ook al kunnen we ze begripmatig volkomen scherp scheiden — doet gevoelen, doet inzien, dat de onbehoorlijkheid juist in de voorzienbaarheid der schade, in de berekenbaarheid dus reeds van te voren van het causaal verband kan liggen? En zullen we dus niet moeten blijven zeggen, dat die schade moet worden vergoed, die aan de schuld is te wijten? Ik vind de redactie der wet nog zoo slecht niet. Ja, het is de vraag, of wij de *oude* omschrijving: handeling in strijd met de rechtsplicht of inbreuk op eens anders recht niet rustig weer op kunnen nemen, mits we maar begrijpen, dat de rec/irspllicht ook uit iets anders dan de wet kan voortvloeien.

En hiermee kom ik tot het derde en laatste punt, waarin ik de beteekenis van Molengraaff's leer zie. Het is de erkenning, dat *rechtens* ons handelen niet alleen door de wet, ook door buitenwettelijke factoren wordt bepaald. Er is recht buiten de wet. Molengraaff heeft het, voorzoover ik weet, in den aanvang van zijn optreden nergens uitvoerig uiteengezet of zelfs maar anders dan ter-

<sup>1)</sup> Vgl. H. R. 24 Jan. 1930, N. J. 1930. 299 met onderschrift van Meyers; Vitranga in R.M. 1919. 28 vlg; Telders in W. P. N. R. 3091 vlg.

loops betoogd, toch was het déze overtuiging, die aan zijn optreden ook in de leer der onrechtmatige daad ten grondslag lag; werd hij door haar ook in dezen strijd gedragen.

De tijd van den terugkeer tot de oude formule is nog niet aangebroken, doch als hij komt, als wij eens weer zullen zeggen: natuurlijk, onrechtmatig is in strijd met den rechtsplicht van den dader of inbreuk op het recht van den benadeelde — niet anders, dan zal dat alleen mogelijk zijn, als we het als van zelf sprekend beschouwen: dat „rechtsplicht" niet synoniem is met „door de wet voorgeschreven plicht", dus dat wij niet enkel naar de moraal, maar ook naar het recht gebonden zijn, ons van bedrog en oneerlijkheid, van geweld en roekeloosheid te onthouden, en anderen in hun persoon en goed te eerbiedigen, ook dan, wanneer de plicht ons niet door een nauwkeurig omschreven wetsartikel wordt voorgehouden.

Het zal dan mede aan Molengraaff zijn te danken, dat wij de afdwalingen van het positivisme van Opzomer hebben overwonnen. Ik herhaal waarmee ik begon: had Molengraaff niet anders gedaan dan zijn arbeid in de leer der onrechtmatige daad — en overziet men zijn oeuvre dan vormt het er toch slechts een klein deel van — dan nog zou hij een figuur van beteekenis voor onze rechtswetenschap en ons rechtsleven van heden zijn. Eerbiedig en met weemoed brengen wij hem hulde, ook hiervoor.

