NALEZING

DOOR

Mr. L. W. C. VAN DEN BERG.

In mijn opstel over de Afwijkingen van het Moĥammedaansche familie- en erfrecht op Java en Madoera, opgenomen in Dl. VII der 5^{de} Reeks van dit Tijdschrift, wordt op p. 458 en vv. gehandeld over de rol, op genoemde eilanden door de Moĥammedaansche geestelijkheid vervuld bij het sluiten van huwelijken, en medegedeeld, dat de geestelijke tusschenkomst bij die rechtshandeling, naar de begrippen der bevolking, een vereischte voor hare geldigheid oplevert, te vergelijken met de tusschenkomst van den ambtenaar van den Burgerlijken Stand bij ons.

Eene andere voorstelling van het rechtskarakter der hier bedoelde geestelijke tusschenkomst wordt intusschen gegeven in den onlangs voltooiden tweeden druk van het algemeen gewaardeerd werk van Prof. Mr. P. A. van der Lith over Nederlandsch-Indië, Dl. II p. 269 en vv. Daar immers lezen wij, dat de geestelijke slechts den voogd (wali) der bruid „vervangt om te voorkomen, dat laatstgenoemde, door onkunde met de wettelijke bepalingen, fouten bij de voltrekking van het huwelijk maakt“, doch dat de tusschenkomst van den geestelijke „geen vereischte voor de wettigheid“ van het huwelijk is. Naar de opvatting van dien geleerde handelt derhalve de geestelijke, bij het ten huwelijk geven der vrouw, niet krachtens eene functie van zijn ambt, maar als mandataris van haren voogd, m. a. w. in eene zuiver civielrechtelijke qualiteit. Ware tegen mijne voorstelling van minder bevoegden kant opgekomen, ik zoude mij niet geroepen gevoelen die nader te verdedigen. Iets anders is het, wanneer iemand van gezag, als Islâm-kenner en als jurist, gelijk de heer. Van der Lith, een afwijkend gevoelen van het mijne verkondigt. Onder zoodanige omstandigheden acht ik mij tot eene nadere uiteenzetting mijner argumenten verplicht.

Omtrent het feit der geestelijke tusschenkomst bij het huwelijk

bestaat blijkbaar geen verschil van gevoelen, maar alleen omtrent de jurische constructie, altijd een hoogst moeilijk punt, waar men te doen heeft met ongecodificeerd gewoonterecht. Ter verdediging zijner juridische constructie immers kan men zich in zoodanig geval slechts beroepen op concrete feiten, waarvan de interpretatie natuurlijk nimmer zoo vaststaat, als in het geval dat men zich kan beroepen op dogmatische geschriften van nationale juristen. Mijne constructie nu berust op de volgende daadzaken.

Het Mohammedaansche recht vordert, voor het tot stand komen van een huwelijk, formeel slechts de wilsovereenstemming tusschen den voogd der bruid en den bruidegom, uitgesproken in tegenwoordigheid van twee getuigen. Die wilsovereenstemming behoeft niet in het Arabisch, maar kan in elke taal tot stand komen, mits daarbij van weerszijden de aard der rechtshandeling in uitdrukkelijke bewoordingen worde uitgesproken, door het bezigen van eenigen term, welke nooit op iets anders dan op het huwelijk kan slaan. Overigens zijn partijen in de keuze harer woorden geheel vrij; van eene solemneele formule is in de wet geen sprake. De voogd zoude b.v., als de Nederlanders aan het Mohammedaansche recht waren onderworpen, kunnen zeggen tegen den bruidegom: „Ik geef u mijne dochter A. ten huwelijk“, of „tot echtgenoot“, „Wilt gij mijne dochter A. ten huwelijk hebben“, „Ik verbind u met mijne dochter A. in den echt“, enz. enz.; maar hij zoude b.v. niet kunnen volstaan met de woorden: „tot levensgezellin“ of „tot wederhelft geven“. Ditzelfde geldt ten aanzien van het antwoord van den bruidegom. Ook hij is in de keuze der bewoordingen, waarin hij de aanname (qaboel) van het aanbod (îdjâb) van den voogd wil te kennen geven, absoluut vrij, mits de aanname maar op het aanbod slaat, en daaruit van een „huwelijk“ uitdrukkelijk blijkt. Het huwelijk is volgens den Islâm eene zuiver burgerlijke overeenkomst. Noch de geestelijkheid, noch de overheid heeft daarmede eenige bemoeienis. Alleen wanneer de legitieme voogd ontbreekt, of zonder grond weigert zijne hulp te verleen, treedt de rechter als zoodanig voor de bruid op, gelijk hij in het algemeen zich de belangen van alle personae miserales moet aantrekken. Eenige stichtelijke woorden zijn bij het sluiten der overeenkomst wenschelijk, maar niet noodzakelijk; men kan te dien einde een geestelijke in den arm nemen, maar de voogd of de bruidegom kunnen die woorden even goed zelf uitspreken ¹. Wil

¹ Vergl. Minhâdj at-Tâlibin, Dl. II, p. 317—324.

men de huwelijksovereenkomst officieel doen constateeren, men gaat naar den rechter of andere autoriteit, plaatselijk met het constateeren van rechtshandelingen belast, maar daarin staat het huwelijk met alle overeenkomsten gelijk.

Nu vermelden de Europeesche schrijvers, die de huwelijkssluiting onder de bewoners van Java en Madoera behandelen, eenstemmig dat aldaar het aanbod niet door den voogd wordt gedaan, maar dat, wanneer belanghebbenden het over het huwelijk eens zijn, de voogd een geestelijke verzoekt de bruid in het huwelijk te verbinden; terwijl deze dan het aanbod uitspreekt, waarop de bruidegom de aanname formuleert. Zelfs bij de zeer tijdelijke huwelijken van voornamen met hunne bijzitten, waar men de formaliteiten tot een minimum beperkt heeft, wordt de geestelijke tussenkomst nooit verzuimd. Van een rechtstreeks tot stand komen der huwelijksovereenkomst tussen voogd en bruidegom kan ik nergens een voorbeeld vinden, en nog veel minder vind ik eenige de minste aanwijzing van het denkbeeld, dat men de geestelijke tussenkomst alleen inroept om "fouten" te vermijden, zoodat men die zoude kunnen missen, indien men zich sterk genoeg voelt om geene "fouten" te maken. En daarop komt het immers aan. Die omstandigheid zoude de vraag beantwoorden, of de geestelijke tussenkomst iets accidenteels is, dan wel of de bewoners van Java en Madoera daarin een formeel vereischte zien voor de wettigheid van het huwelijk.

Winter zegt in zijn bekend opstel over het familierecht in Soerakarta¹: "Vervolgens spreekt de walie den Priester aldus aan: "Kiay Chali², ik verzoek u mijne dochter genaamd A. in het huwelijk te verbinden met B. De sri kawin³ bestaat, enz."..... Vervolgens houdt de Priester den rechter duim van den bruidegom vast, en doet het volgende gebed: "In den naam van den barmhartigen God, den Ontfermer! Alle lof zij God; en Zijn zegen ruste op Zijn Zendeling⁴, aan wien Hij alle geluk schenkt!" Na dit gebed bevestigt hij het huwelijk met de volgende bewoordingen: "Op verzoek van den walie Kiay A. vereenig ik ěmbok B., dochter van Kiay C., in den huwelijken staat met D., met eene sri kawin, enz.".... Vervolgens spreekt

¹ Tijdschr. v. N. I. Jaarg. 1843, Dl. II, pag. 474 en v.

² Javaansche uitspraak van het Arabische woord qâdhî „rechter."

³ D. w. z. huwelijksgift.

⁴ Namelijk Moḥammad.

de bruidegom den Priester de volgende woorden na: „Ik neem het huwelijk tusschen mij en ěmbok C. aan met eene sri kawin, enz.“ Later, over het huwelijk van 's Vorsten kinderen en dat van den Vorst zelven handelende, maakt genoemde schrijver telkens opnieuw gewag van de tusschenkomst van een geestelijke ¹.

In het belangrijke opstel van den Hoogleeraar C. Poensen, getiteld: Dadoeng Kapoentir ² lees ik: „De Pënghoeloe of Mas-Naib sluit het huwelijk“ ³ en zoo ook wordt in het niet minder belangrijke anonyme opstel getiteld: „Over huwelijk en echtscheiding bij de Inlanders, enz.“ door Arminius ⁴ de geestelijke tusschenkomst als eene nimmer ontbrekende formaliteit bij de huwelijksluiting op Java en Madoera voorgesteld, en wel in geheel denzelfden geest als door wijlen Winter werd gedaan. Ik lees b.v. daarin ⁵: „Hierop verzoekt de wali om het huwelijk te voltrekken. De panghoeloe of wel këtib, wiens beurt het is de huwelijkszaken te behandelen, sluit in tegenwoordigheid van twee mannelijke getuigen het huwelijk, enz.“, en iets verder ⁶: „De panghoeloe met zijne këtib's voltrekken daarna het huwelijk van het jonge paar “

Nog een ander deskundige, de heer L. Th. Mayer, zegt over deze aangelegenheid in zijn verleden jaar verschenen werk: „De Javaan“ ⁷: „Is aan deze formaliteit (d. w. z. het uitspreken der geloofsbelijdenis) voldaan, dan draagt de wali der bruid den pënghoeloe de sluiting van het huwelijk op, de daarbij bepaalde mas kawin eischende, die, enz.

„Hierop vraagt de pënghoeloe den bruidegom:

1° of hij de bruid tot vrouw verlangt, en voornemens is haar als zijne wettige vrouw te erkennen, enz.

2° of hij de mas kawin betaald heeft, enz.

„en nadat deze vragen door den bruidegom beantwoord zijn, nog aan den wali der bruid:

1° of zij den bruidegom aanneemt en erkent als haar wettigen man, wien, enz.

¹ Ibid. p. 581, 584, 587, 590, 593, 597, 598.

² Op genomen in de Mededeelingen van het Nederlandsch Zendelinggen., Dl. XXXI (1887), p. 26 en vv.

³ P. 37.

⁴ Opgenomen in de Indische Gids, Jaargang 1889, Dl. II, p. 1501 en vv.

⁵ P. 1504.

⁶ P. 1513.

⁷ P. 68, 69.

2° of zij de mas kawin ontvangen heeft, enz.

„Zijn ook op deze vragen de noodige antwoorden gegeven, dan bekrachtigt ¹ de pënghoeloe het huwelijk door te zeggen: Ingsoen aningkahaké maring sira..... ing bok..... klajan mas kawin slaka poetih bobot setail, en wordt verder door één der als getuigen dienstdoende geestelijken het volgende gebed opgedreund, waaraan alle aanwezigen deelnemen, enz.”

Wat West-Java betreft, zoo deelt ons de heer Coolsma het volgende mede ²: „Het huwelijk wordt voltrokken door den panghoeloe of zijnen plaatsvervanger. Bij die voltrekking wordt tevens de mas kawin of huwelijksgift bekend gesteld. De wali der vrouw spreekt hem, die het huwelijk voltrekken moet, aan in dezer voege: Kijahi, kaoela ngahiras-saja titahkeun anna kaoela nji Anoe ka ki Anoe. Soeka lakianana ka ki Anoe. Mas-kawinna doewa rejat sasoeke. D. i.: Mijnheer, ik verzoek u, huw mijne dochter N. N. aan N. N. Zij is bereid hem tot man te nemen. De huwelijksgift bedraagt twee realen (Spaansche dollars) en veertig cents.” Dit komt in hoofdzak overeen met hetgeen men leest in het Nederduitsch-Maleisch- en Soendaasch Woordenboek van De Wilde ³. Eindelijk wordt in het bekende „Compendium van civile wetten en gewoontens”, opgenomen in de Nieuwe Bataviasche Statuten, in art. 70 en volgg. voor de Mohammedaansche bewoners der Bataviasche jurisdictie de geestelijke tusschenkomst bij het sluiten van huwelijk, niet minder dan die der hoofden, positief voorgeschreven ⁴.

Trouwens reeds in het werk van wijlen den oud-hoogleraar Veth over Java wordt duidelijk op de hier bedoelde afwijking van het dogmatische Mohammedaansche recht gewezen ⁵, en wijlen de Regent van Brëbës maakte in zijne bekende correcties op dit werk ten deze geene aanmerking.

Nu is het m. i. volkomen onbegrijpelijk, dat de vrees om „fouten bij de voltrekking van het huwelijk” te maken, aanleiding zoude hebben gegeven tot een zoo algemeen en constant gebruik, als de geestelijke tusschenkomst bij die rechtshandeling op Java

¹ Het woord „inzegenen”, op p. 67 gebezigd, is dus blijkbaar een lapsus calami van den geachten schrijver.

² Zie S. Coolsma: West-Java, p. 91.

³ P. 339.

⁴ Zie Mr. J. A. van der Chijs, Nederlandsch-Indisch Plakaatboek, Dl. IX, p. 427, 428.

⁵ Zie Dl. I, p. 362.

en Madoera blijkbaar is. Zoo dom zijn de bewoners van Java en Madoera toch inderdaad niet, dat zij niet in hunne moedertaal zouden kunnen overeenkomen eene vrouw respectievelijk ten huwelijk te geven of te nemen, en daarbij een woord of eene uitdrukking bezigen, waardoor die rechtshandeling ondubbelzinnig wordt aangeduid. Zelfs vorsten en grooten zouden „uit onkunde“ hiertoe de hulp moeten inroepen van een geestelijke, die maatschappelijk in hunne oogen stellig hun mindere is, en ook intellectueel doorgaans niet hooger staat! En het bewustzijn van eigen onkunde wordt nog onverklaarbaarder, indien men bedenkt, dat dit bewustzijn uitsluitend bij de walî's bestaat; want de bruidegom spreekt, gelijk wij zagen, den qaboel in persoon uit; terwijl de qaboel toch in moeielijkheid(?) naar de wet precies gelijk staat met den îdjâb. Dezelfde man dus, die als jongeling tegen zijn schoonvader kon zeggen: „Ik aanvaard het „huwelijk“ met uwe dochter“, kan naderhand, als hij op zijne beurt eene dochter heeft, niet tegen zijn aanstaanden schoonzoon zeggen: „Ik geef u mijne dochter ten „huwelijk“, zonder „fouten“ te maken; en wat nog zonderlinger klinkt, hij is zich van dezen achteruitgang in zijn verstand zoo bewust, dat hij daarbij altijd de hulp van een ander inroept, dien hij nota bene zeer dikwijls als zijn mindere beschouwt. Indien werkelijk, naar de begrippen der bevolking, de geestelijke tusschenkomst „geen vereischte voor de wettigheid“ van het huwelijk was, zoude men dan ook natuurlijk tal van personen, juist uit de hoogste en meest ontwikkelde standen, zien die zich aan bedoelde tusschenkomst onttrokken, en het feit, dat dit niet plaats heeft, bewijst m. i. dat de interpretatie onmogelijk juist kan zijn.

Dat de inlanders zelf aan deze interpretatie niet denken, blijkt uit de volgende daadzaken. Toen ik in mijn opstel over de Mohammedaansche geestelijkheid op Java en Madoera ¹, op deze Javaansche adat wees als op eene afwijking van het dogmatische recht van den Islâm ², heeft geen der vijf voorname Inlanders, aan wier oordeel het vooraf was onderworpen ³, waaronder drie wier uitstekende kennis der Hollandsche taal mij persoonlijk be-

¹ Opgenomen in het Tijdschrift voor Ind. Taal-, Land en Volkenkunde, Dl. XXVII (1882), p. 1 en vv.

² Zie Ibid. p. 15.

³ Vergl. Ibid. p. 1 Aant. I. Een der Europeesche deskundigen, aan wier oordeel het opstel vooraf werd onderworpen, mijn tegenwoordige ambtgenoot de heer C. Poensen, verklaarde mij onlangs nog ten overvloede dat, voor zooverre hij

kend is, op die uitspraak de minste aanmerking gemaakt. En dit zouden zij natuurlijk stellig hebben gedaan, indien hun rechtsbewustzijn daartegen in verzet kwam, en zij de geestelijke tusschenkomst hadden beschouwd, gelijk in het in hoofde van dit opstel geciteerde werk gedaan wordt. Eén hunner zond mij bij eene andere gelegenheid eene in het Hollandsch geschreven nota, waarin ik deze klacht las: „Verder worden nu huwelijken gesloten en echtscheidingen bewerkstelligd in de kampoeng's en dessa's buiten den Pangoeloe of zijn gemachtigde om, in strijd met de gewoonte en met het doel van de aanstelling der Pangoeloe's. De adat vordert dus volgens den schrijver positief niet slechts in het algemeen de geestelijke tusschenkomst, maar zelfs de tusschenkomst van bepaalde geestelijken.

Dit brengt ons op een ander punt, namelijk dat niet alle geestelijken tot het sluiten van huwelijken bevoegd zijn, maar alleen de daartoe aangewezenen. Welke geestelijken deze bevoegdheid, koewasa kakim genaamd, hebben, verschilt soms plaatselijk. Bepaaldelijk bestaat ten deze verschil tusschen de Vorstenlanden en de Gouvernements-residentiën, doch dit doet hier niet ter zake; want alleen daarop komt het aan, dat wel degelijk aan eene officieele functie moet worden gedacht ¹. Dat dit inderdaad het geval is, blijkt ten overvloede uit de instructiën, door de hogere leden der geestelijkheid aan hunne ondergeschikten gegeven ²; in welke instructiën veelal het ressort, waarbinnen de ondergeschikte bevoegd zal zijn huwelijken te voltrekken, benevens de heffingen, welke hij bij die gelegenheden mag doen, worden bepaald. Reeds

de Javanen kende, deze naar zijne meening beslist een huwelijk, niet door een geestelijke voltrokken, als onwettig zouden beschouwen, al hadden partijen bij hunne respectieve verklaringen in niets tegen de Moëammedaansche wet gezondigd.

¹ Zie o. a. art. 4. der Bepalingen omtrent de panahiban onder Prangwëdanansch grondgebied, in Juynboll's Kleine Bijdragen in Dl. VI, Vierde Volgreeks, van dit Tijdschrift p. 282 en vv. In art. 7 derzelfde bepalingen wordt wederom gesproken van de door de geestelijken „gesloten" huwelijken. Panahiban = belastingen welke de nâib's (Jav. nahib) mogen heffen.

² De vertaling van eene dergelijke instructie van het jaar 1867, door den Hoofdpangoeloe van Tjiandjoer aan den Nâib van Goenoeng-Parang gegeven, is in mijn bezit, en bevat in art. 6 het volgende voorschrift: „De Nâib is gemachtigd in het huwelijk te verbinden allen in zijn ressort, die geen of wel ouders of voogden hebben, maar niet menschen van andere distrikten, zonder, enz." Vergl. ook de instructiën door den Hoofdpangoeloe van Soerakarta uitgevaardigd en gepubliceerd door den heer F. Fokkens Jr. in het Tijdschr. v. Ind. T., L. en Vk., Dl. XXXI (1886), p. 488 en vv.

alleen het feit, dat, blijkens Winter's even aangehaald citaat, de geestelijke als „rechter“ (qâdhî) wordt aangesproken, en dat men van koewasa kakim (Arab. hâkim = rechter) spreekt ¹, maakt m. i. de verklaring van eene zuiver civielrechtelijke functie van gemachtigde onhoudbaar. Men zoude dan in elk geval hebben te denken aan eene gedwongen vertegenwoordiging door een officieel daartoe aangesteld persoon, en zoodanige vertegenwoordiging houdt op civielrechtelijk te zijn, maar is re vera van publiekrechtelijken aard. Het publiekrechtelijke karakter komt bovendien nog uit door de evengenoemde heffingen en het aanhouden van huwelijksregisters ².

De verklaring uit het privaatrecht zoude, indien zij juist ware, ook nog moeten voeren tot de volgende consequentie. Volgens den Islâm, kan men, anders dan bij ons, slechts een mandaat aanvaarden voor eene zaak, welke men ook voor zich zelf en uit eigen hoofde zoude mogen verrichten ³. Bovendien is het mandaat in zake de huwelijkssluiting nog aan eenige andere beperkingen gebonden ⁴. Niet elk geestelijke op Java en Madoera is dus naar Moḥammedaansche begrippen per se bevoegd ten deze als lasthebber op te treden, en alvorens den last te aanvaarden zoude hij moeten onderzoek doen, of er bij hem ook beletselen bestaan. Onder de vragen echter welke de geestelijke, volgens de boven geciteerde geschriften, aan partijen doet, is er geen, die betrekking heeft op zijne eigene bevoegdheid; maar wel hebben die vragen de strekking om hem in te lichten ten opzichte van de bevoegdheid van partijen om met elkander in den echt te treden, met welke bevoegdheid hij als lasthebber, volgens de Moḥammedaansche wet, niets te maken heeft.

Eindelijk is het met de hier bestreden beschouwing ten eenemale onvereinigbaar, dat men, om zich bij het huwelijk voor het „maken van fouten“ te behoeden, juist zijne toevlucht neemt tot de officiële geestelijken, en men nooit hoort van een geval, dat de inlanders zich tot een particulier beoefenaar van het Moḥammedaansche recht wenden, b. v. tot een geletterd Arabier. Zoodanig persoon toch weet in den regel van de wetsvoorschriften meer dan

¹ Vergl. de Javaansche en Soendasche woordenboeken s. vv. kakim, akim en kali.

² Vergl. noot 1 der vorige pagina; Moḥ. Geestelijkheid p. 14 noot 3 en p. 15, 17; Arminius t. a. p. p. 1516 en vv., 1657 en vv.

³ Zie Minhâdj at-Tâlibîn, Dl. II, p. 55, 321, Fatḥ al-Qarib p. 357, en vergl. art. 1798 Ind. Burgl. Wb.

⁴ Zie Minhâdj at-Tâlibîn, Dl. II, p. 326.

de geestelijken, althans die in de binnenlanden de koewasa kakim bezitten. Men zoude alsdan op Java en Madoera hetzelfde verschijnsel zien als in andere Mohammedaansche landen, waarop ik hierboven reeds wees ¹, namelijk dat wel soms, vooral wanneer groote geldelijke belangen bij de zaak gemoeid zijn, de walî en de bruidegom den îdjâb en den qaboel uitspreken ten overstaan van den qâdhî, opdat deze de overeenkomst registreere, en daaraan dus zekere authenticiteit verleene ², of ook wel dat men om de plechtigheid te verhoogen een geestelijke tot bijwoning uitnoodigt, om eenige niet noodzakelijke, maar toch aanbevelenswaardige stichtelijke woorden te spreken ³; maar het verschil met Java en Madoera is duidelijk. In het eerste geval is de rol van den qâdhî eene zuiver lijdelijke; in het tweede is men in de keuze van den geestelijke vrij; terwijl op Java en Madoera juist de geestelijke handelend optreedt, en men verplicht is te gaan naar den bepaalden, door de adat als plaatselijk bevoegd aangewezen, moskee-geestelijke, in die mate dat het kiezen van een anderen weg, gelijk wij boven ⁴ zagen, als in strijd met de adat wordt aangemerkt. Daarin zit juist het karakteristieke.

De bemoeienissen der inlandsche geestelijkheid met het sluiten van huwelijken heeft zeer zeker een dieper liggenden grond dan de in dit opzicht aan de bewoners van Java en Madoera toegeschreven onkunde. Het is blijkbaar één van die buiten den Islâm staande instellingen, waaraan men, met het vooral den Javaan maar ook den Soendanees en den Madoerees eigen synchretisme, een Mohammedaansch kleurtje heeft gegeven. Reeds in het oude Javaansche wetboek Soerjâ Ngalam vinden wij van de instelling sporen ⁵. Als echter de walî tot den nâib, këtib of pangoeloe zegt: „Ik verzoek u mijne dochter in het huwelijk te verbinden met A“, zoo is daarbij evenmin aan een civielrechtelijken band van lastgeving te denken, als wanneer bij ons partijen aan den ambtenaar van den Burgerlijken Stand verzoeken hun huwelijk te sluiten.

¹ Zie p. 2, 3.

² Vergl. b.v. Syed Ameer Ali: *The personal law of the Mahommedans*, p. 143: „The marriage was contracted „in the presence“ of the Kazi of Tlemcen.”

³ Vergl. b.v. Lane: *The Modern Egyptians*, 5de ed., p. 160: „A fikée is „generally“ employed to instruct them, what „they“ are to say.” Volgens Ibid. noot 1, verstaat men in Egypte gewoonlijk onder „fikée“ (Arab. faqîh) een schoolmeester. Partijen echter spreken respectievelijk den îdjâb en den qaboel uit, niet de „fikée.”

⁴ Zie p. 7.

⁵ Vergl. Dl. VI der Nieuwe Volgreeks van dit Tijdschrift, p. 39.

Dat het hier wel degelijk eene publiekrechtelijke functie van den geestelijke geldt, werd o. a. nog aangenomen door den Landraad van Soemenep, bij zijn vonnis van 22 Augustus 1889¹, toen dit college overwoog, dat het „verbinden in den echt“ is een „handeling“, welke „in deze afdeeling alleen door priesters, die daartoe door den Regent bevoegd zijn verklaard, verricht kan worden“, en dat „het priesterschap volgens de Mohammedaansche² instellingen moet worden beschouwd als eene openbare burgerlijke bediening“; op grond van welke overwegingen de beklaagde, die een huwelijk had gesloten, zonder de koewasa kakim te bezitten, werd veroordeeld wegens het misdrijf van het zonder recht verrichten eener daad, behoorende tot eene openbare burgerlijke bediening, voorzien bij art. 190 van het Strafwetboek voor Inlanders en met hen gelijkgestelde personen³.

Vreemd is het zeker dat de Voorzitter van hetzelfde college, bij eene beschikking van 15 Juni 1889⁴, in een dergelijk geval verklaarde, dat er noch misdrijf noch overtreding aanwezig was, en wel op grond van de navolgende overwegingen:

„Dat, volgens de voorschriften van het Mohammedaansche recht, dat in zaken van huwelijk in deze streken kracht van wet bezit, een huwelijk is voltrokken, zoodra de echtgenoot (bruidegom) en de wali der bruid, in tegenwoordigheid van getuigen door aanbod en aanneming van hunne toestemming hebben doen blijken“;

„Dat nu wel is waar, evenals elders, ook in deze streken, de huwelijksovereenkomst pleegt te worden gesloten in tegenwoordigheid van een geestelijke, die dan gewoonlijk iets uit den Koran voorleest, of een gebed doet, en daarvoor eene belooning ontvangt, doch een en ander voor de geldigheid van een huwelijk geen vereischte is, en de bewering dat een huwelijk slechts met hunne toestemming en medewerking zou kunnen worden voltrokken, eenvoudig is

¹ Te vinden in het Indische Weekblad van het Recht van 12 Augustus 1889 N^o 1363.

² Ten rechte: Inlandsche.

³ Dat inderdaad, ook naar de begrippen der Madoereezen, de geestelijke tussschenkomst voor het sluiten van een wettig huwelijk noodig is, blijkt ten overvloede daaruit, dat zelfs in hunne vertellingen, als er van een huwelijk wordt melding gemaakt, de geestelijke het huwelijk sluit en partijen dit niet zelf doen. Vergl. Prof. Dr. A. C. Vreede: Handleiding, Dl. I, p. 71, 73, 152, en Dl. II, p. 44. Ik dank deze mededeeling aan de welwillendheid van den heer J. S. A. van Dissel.

⁴ Ind. Weekbl. v. h. Recht t. a. p.

eene aanmatiging van de dorps-, distrikts- en regentschaps-pangoeloe's, die nergens steun vindt in de voorschriften van den godsdienst, en bovendien geheel in strijd is met de beginselen, welke in het Moḥammedaansche recht de huwelijksovereenkomst beheerschen".

De juistheid van het in deze beide overwegingen voorgestelde, wat het dogmatische recht van den Islâm betreft, zal ik zeker de laatste zijn om te weerspreken, al ware het slechts omdat het, zonder vermelding van bron, op een paar woorden na, letterlijk is ontleend aan hetgeen voorkomt op p. 149 van den 3^{den} druk van mijne Beginselen van het Moḥammedaansche Recht. Intusschen, hoezeer ik het op prijs stel, dat mijne uitspraken worden overgenomen, zoo zoude ik er toch nog meer prijs op stellen, indien men het meer volledig deed, en dat men in casu niet verzuimd had tevens te vermelden, dat ik van de tegenwoordigheid der geestelijken bij de huwelijkssluiting in Nederlandsch Indië en elders als van iets accessoirs sprekende, in eene noot speciaal voor Java eene uitzondering maakte door te verwijzen naar de hierboven ¹ reeds geciteerde plaats van mijn opstel over de Moḥammedaansche geestelijkheid op bedoeld eiland. De Voorzitter van den Landraad, het dogmatische Moḥammedaansche recht als uitgangspunt zijner redeneering nemende, en van dat standpunt de bewering der geestelijken dat "een huwelijk slechts met hunne toestemming en medewerking zoude kunnen worden voltrokken" als "eene aanmatiging" qualificeerende, zag voorbij dat het Regeeringsreglement in art. 75 niet voor inlanders de doctrinaire Moḥammedaansche wet heeft gesanctionneerd, maar hunne "godsdienstige wetten, volksinstellingen en gebruiken", d. w. z., voor zooverre zij Muzelmannen zijn, het Moḥammedaansche recht gelijk het bij hen is gerecipieerd. Onze wetgever heeft wel het nationale rechtsbewustzijn der bruine onderdanen van de Koningin der Nederlanden willen eerbiedigen, onverschillig of dat bewustzijn met den Islâm overeenkomt dan wel niet; maar nimmer heeft onze wetgever bedoeld het nationale rechtsbewustzijn te doen wijken voor den zuiveren Islâm, en de inlanders aldus op te leiden tot betere Muzelmannen dan zij zelf verkiezen te zijn. De Voorzitter heeft dan ook, door zijne hier aangevallen overweging, naar mijn gevoelen, art. 75 van het Regeeringsreglement beslist geschonden, en vreemd klinkt het dat, blijkens een

¹ Zie boven pag. 6.

onderschrift aan de beschikking toegevoegd, het Hooggerechtshof daarin heeft berust ¹.

De meening, dat de geestelijke tusschenkomst op Java en Madoera slechts de rechtsverhouding van lastgeving oplevert, en dat dus partijen vrij zijn om zich daarvan al dan niet te bedienen, vindt, voor zoover ik kan nagaan, alleen steun bij de bekenden Batavia-schen schrijver Sajjid 'Othmân bin 'Abd Allâh bin Jahjâ. In het Maleische tabellarisch overzicht van het Moḥammedaansche huwelijksrecht van dien geleerden Arabier leest men het volgende: „De toestemming (idsn) der bruid moet gegeven worden alvorens de hūwelijksovereenkomst tot stand komt, en zelfs alvorens door den voogd een lasthebber (wakîl) wordt benoemd. De toestemming mag daarentegen eerst gegeven worden, nadat bruidegom en bruid een rechter hebben aangesteld (taḥkîm). Indien namelijk de bruid geen legitiemen voogd heeft, dan wel indien de legitieme voogd zich op een afstand van minstens 90 paal bevindt, zoo is er aanleiding om iemand van onbesproken gedrag ('adl), naar gelang der omstandigheden, tot rechter aan te stellen. Deze aanstelling moet plaats hebben door beide partijen, en eerst daarna geeft de bruid hare toestemming tot het huwelijk. Zoo zij het!” Deze plaats is gewichtig, omdat zij ons leert, hoe men uit een doctrinair oogpunt de zaak beschouwt; maar dit is voor ons geene reden om die beschouwing te deelen. Ik zal zeker allermint de groote verdiensten van den Sajjid ontkennen. Ik ben de eerste geweest, die op hem de aandacht van het Europeesche publiek vestigde ²; maar hoe verdienstelijk ik hem ook acht, zoo mag men niet vergeten, dat hij op een ander standpunt staat dan waarop een Nederlander zich behoort te plaatsen. Van zijn dogmatisch Moḥammedaansch standpunt moet hij natuurlijk alle inlandsche instellingen afkeuren of wegedeneeren, welke met den Islâm strijden. Het theologische en juridische synchretisme der bewoners van

¹ In Zuid-Celebes heeft zich dezelfde quaestie voorgedaan, en ofschoon de Raad van Justitie te Makassar het feit niet strafbaar achtte, in zooverre afwijkende van het door den Officier van Justitie en door den Landraad te Saleier omhelsde gevoelen, zoo nam toch bedoelde Raad aan, dat de geestelijke tusschenkomst naar de Inlandsche instellingen wel degelijk een formeel vereischte voor de geldigheid van het huwelijk is. Alleen op gronden aan het Strafwetboek voor Inlanders ontleend, kwam de Raad tot een ontslag van rechtsvervolging. Zie Ind. Weekbl. v. h. Recht, Jaarg. 1891 N^o 1440, en de daarin geplaatste belangrijke beschouwingen van den heer Mr. J. A. Nederburgh over deze aangelegenheid.

² Zie Tijdschrift: Het Recht in Nederl. Indië, Dl. XLIII (1884), p. 146.

Java en Madoera is voor den Sajjid niet het belangwekkend produkt eener nationale neiging, welke eerbiediging verdient, maar eene woekerplant, welke de zuivere leerstellingen van den Islâm doet ontaarden, en welke, evenals alle uitingen en overblijfselen van vroeger ongeloof, geen recht van bestaan meer heeft. Voor het inlandsche rechtsbewustzijn wensch ik daarentegen een open oog en eene onbevangen waardeering te behouden, en beweeg mij ten deze naar ik meen in dezelfde richting als onze wetgever, die, gelijk ik hierboven reeds opmerkte, door de uitdrukking: "godsdienstige wetten, volksinstellingen en gebruiken" te bezigen, geenszins de Mohammedaansehe wet in haren doctrinairen vorm heeft willen invoeren of handhaven, waar de inlander zelf die wet niet huldigt ¹. De Sajjid, die streng Mohammedaan is, maar wiens studiën hem er toe hebben gebracht om dit zeer goed vereenigbaar te achten met het zijn van een loyaal onderdaan der Nederlandsche Regeering, zoude niets liever zien dan dat de inlander geen ander rechtsbewustzijn had dan de Mohammedaansche wet. Van ons als ongeloovigen begrijpt hij, dat wij in onze verordeningen van de Mohammedaansche wet afwijken. Ja wat meer zegt, hij aanvaardt die verordeningen op utiliteitsgronden ², aangezien, bij den tegenwoordige toestand der wereld, de Islâm moeielijk meer geëerbiedigd zoude kunnen worden, dan in onze koloniën geschiedt; maar hij aanvaardt niet de afwijkingen van den Islâm, welke berusten op het onbeschreven gewoonterecht zijner inlandsche geloofsgenooten. De geheele positie der inlandsche geestelijkheid, en vooral hare administratieve en rechterlijke functiën zijn, voor zover zij op de adat en niet op het Staatsblad berusten, naar zijne meening ongeoorloofde instellingen. Telkens als het pas geeft, betoogt hij, dat die geestelijken behooren te zijn, wat de Islâm vordert, namelijk zuiver kerkelijke beambten, die als zoodanig ook op theologisch gebied geenerlei gezag uitoefenen, en verplicht zijn hunne plaats bij de openbare godsdienstoefening af te staan aan een

¹ Zie boven p. 11 en vergl. artt. 11 en 12 Alg. Bepp. v. W. juncto art. 75 R. R.

² Zoo b.v. heeft hij nimmer onze wettelijke voorschriften omtrent de rechtspraak der Priesterraden op Java en Madoera bestreden, ofschoon die voorschriften toch inderdaad op de Indische adat gegrond, en natuurlijk in strijd zijn met den Islâm, welke geene collegiale rechtspraak kent. Daarentegen heeft hij nog zeer onlangs de onbekwaamheid tot erven en de ontbinding des huwelijks als gevolg van den afval van den Islâm, ook als instellingen in Nederl. Indië te observeren voorgesteld. Zie den tweeden druk van zijn werk *al-Qawânin asj-Sjar'ijah* p. 64, en vergl. mijne Afwijkingen p. 480 en v. en 502.

lid der gemeente, dat in kennis als anderszins hun meerdere is. Van dit streven nu is de hier aangehaalde plaats eene krachtige uiting. De niet te miskennen gewoonte om den geestelijke te verzoeken het huwelijk te sluiten, is tot den zuivere privaatrechtelijken band van lastgeving teruggebracht, wat zij naar de Arabische rechtsboeken alleen kan zijn. De voogd kon dus even goed zelf het huwelijksaanbod uitspreken. Hoe het nu komt, dat van deze, in de Mohammedaansche rechtsboeken voor exceptioneele gevallen gegeven bevoegdheid, op Java en Madoera altijd en zonder eenige aanleiding wordt gebruik gemaakt, is eene zaak, welken den Sajjid als Muzelman koud laat. Het is hem voldoende, dat hij het gebruik niet rechtstreeks behoeft te bestrijden. Eene anderen rechtsverhouding dan de Arabische juristen gedoogen, kan hij er niet in zien ¹. De geest, welke hem jegens de inlandsche geestelijkheid bezielt, blijkt nog sterker uit hetgeen verder door hem in de geciteerde plaats gezegd wordt over den tahkîm d. w. z. het aanstellen tot rechter. Dit vordert intusschen eene kleine uitweiding.

De walî, die naar het Mohammedaansche recht eene vrouw in het huwelijk moet verbinden, is haar naaste agnaat in de opgaande en subsidiair in de zijdlinie. Bij ontstentenis, afwezigheid of uitsluiting van agnaten moet de vrouw ten huwelijk worden gegeven door de overheid ². De ambtenaar tot wiens functiën dit deel der staatszorg behoort, is de qâdhî of rechter, die in deze qualiteit meestal hâkim wordt genoemd ³. Volgens de oudere Arabische juristen kan een qâdhî alleen wettig benoemd worden door den Imâm of hoofd van de gemeenschap der Muzelmannen, d. w. z. door den idealen Soeverein, of door diens vervanger, b. v. door zijn vizier. Bovendien moet de qâdhî aan hooge wetenschappelijke en moreele eischen voldoen. Nu was het reeds in de laatste tijden van het Chalifaat twijfelachtig, of het wel mogelijk kon geacht worden deze voorschriften van de wet op te volgen, en daar aan den anderen kant de Muzelmansche gemeente er solidair aansprakelijk voor is, dat recht worde gesproken in twistgedingen, gelijk

¹ In den tweeden druk van zijn, in de vorige noot vermelde en straks nader te bespreken, werk *al-Qawânin asj-Sjar'ijah* behandelt bij de lastgeving bij het huwelijk slechts ter loops en als iets accidenteele. Zie t. a. p. p. 90.

² Vergl. *Minhâdj at-Tâlibîn*, Dl. II, p. 323 en v., *Fath al-Qarib* p. 455. Dat bij eene vrijgelatene slavin de patroon nog opkomt als subsidiaire walî vóór de overheid, is voor Java en Madoera eene onverschillige zaak.

³ Qâdhî beteekent letterlijk: „hij die vonnis velt”, hâkim „hij die het recht bedeeft.”

mede, dat de voluntaire jurisdictie worde uitgeoefend ¹, nam men aan, dat, bij gebreke van een door of vanwege den idealen Soeverein aangestelden qâdhî, de bevolking eener landstreek zelf een qâdhî kon benoemen. Reeds bij Mâwardî komt een dergelijk voorschrift voor ². Latere schrijvers gaan verder. Zij brengen de bevoegdheid tot eene regelmatige benoeming van een qâdhî over bij dengeen, die feitelijk en plaatselijk het hoogste gezag in handen heeft, ook al is hij geen Imâm. Zij leeren bovendien, dat men, bij gebrek aan beter, ook met een qâdhî genoeg moet nemen, die de bij de wet gevorderde kundigheden of eigenschappen mist; terwijl, volgens hen, de vonnissen van dergelijke, strikt genomen niet wettig benoemde en onbekwame, rechters desniettenstaande kracht van gewijsde bezitten, op grond van de ijzeren wet der noodzakelijkheid (dharoerah). Op dit standpunt staat Nawawî, en het wordt zelfs ingenomen door zijn commentator Haitamî ³. Enkele schrijvers van den laatsten tijd gaan intusschen nog verder. Zij voorzien het geval, dat Muzelmannen zich in een land bevinden, waar in het geheel geen recht wordt gesproken, of waar slechts rechters worden gevonden, die zich aan knevelarij schuldig maken. Daar in zoodanig geval een Muzelmansch paar, bij ontstentenis, afwezigheid, of uitsluiting van agnaten om de vrouw ten huwelijk te geven, niet

¹ Vergl. Fath al-Qarib, p. 671.

² Vergl. al-Ahkâm as-Soltâniyah (Ed. Enger), p. 128 en Keijzer's Vertaling p. 82, 83. Mâwardî overleed in het jaar 1058. Zijn tijdgenoot Sjîrâzî erkent nog slechts eene benoeming door den Soeverein. Zie Tanbih (Ed. Juynboll), p. 313 en Keijzer's Vertaling p. 374.

³ Zie Minhâdj at-Tâlibîn, Dl. III, p. 365, en de Tohfât al-Mohtâdj, Dl. III, p. 195, Dl. IV, p. 374, 379, 380 der Caïrosche editie. Nawawî overleed in het jaar 1277 en Haitamî in het jaar 1565. Men moet hierbij niet vergeten, dat Nawawî reeds spreekt van het recht van den sterkste (istîlâ) als van eene wettige wijze van de soevereiniteit te erlangen, terwijl Mâwardî en Sjîrâzî nog slechts de twee regelmatige wijzen van Soeverein te worden, namelijk keuze of designatie, kennen. De tijdsomstandigheden hadden, in de twee eeuwen, welke tusschen Nawawî en zijne beide genoemde voorgangers lagen, gedwongen, wat de soevereiniteit betreft, het fait accompli als eene nieuwe instelling in het recht van den Islâm op te nemen. Mâwardî behandelt slechts de vraag, of eene formeele verkiezing noodig is, wanneer één enkel persoon de vereischten om Imâm te worden in zich vereenigt, welke vraag hij dan nog in bevestigenden zin beantwoordt. Nawawî daarentegen vordert juist de erkenning van het fait accompli, ook wanneer de betrokken persoon niet aan de wettelijken vereischten voldoet. De uitoefening van het hoogste gezag, en als gevolg daarvan de benoeming der qâdhî's, is dus op zich zelf reeds bij Nawawî iets anders geworden dan bij de vroegere juristen. Vergl. Minhâdj at-Tâlibîn, Dl. III, p. 203, Tanbih p. 311, al-Ahkâm as-Soltâniyah p. 6 en 9, en Von Kremer: Ideeën p. 415 en 424 en vv.

wettig zoude kunnen trouwen, verleenen laatstbedoelde juristen aan bruidegom en bruid onder deze exceptioneele omstandigheden de bevoegdheid zelf iemand aan te wijzen, die bij hun huwelijk als *hâkim* kan fungeeren Zoo zegt Bâdjoeri in zijn commentaar ¹ op den *Fatḥ al-Qarîb* ²: „Onverschillig of hij (d. w. z. de *hâkim*) voor alle zaken dan wel voor speciale zaken is aangesteld, of hij b. v. *qâdhî* is, dan wel een ambtenaar voor de huwelijksovereenkomsten, of zelfs speciaal voor de overeenkomst in quæstie is aangesteld. Indien de officieele *hâkim* ontbreekt, dan wel voor zijne diensten eene som gelds vraagt, welke hen zoude ruïneeren, mogen bruidegom en bruid elk vrij persoon van onbesproken gedrag tot *hâkim* aanstellen, ten einde als voogd bij hunne huwelijksovereenkomst op te treden. Zij behoeven daartoe niet te kiezen iemand met juridische autoriteit (*modjtahid*), zelfs al is zoodanig persoon te vinden, daar zij blijkbaar in hunne keuze vrij zijn. Dit is niet het geval, indien er een *hâkim* aanwezig is, zij het een *hâkim* uit noodzakelijkheid (*dharoerah*), die geene belooning vordert, als waarvan zooeven sprake was. Dan immers kunnen zij slechts iemand met juridische autoriteit tot *hâkim* kiezen.” Deze aanstelling tot rechter (*taḥkîm*) nu is, volgens Sajjid 'Othmân's bovenaangehaalde uitspraak, ook het eenige middel om op Java en Madoera een wettig huwelijk te sluiten, indien geen legitieme *walî* aanwezig is. Aangezien nu verder, ook volgens den Sajjid, op Java en Madoera geene personen te vinden zijn, die als Moḥammedaansche juridische autoriteiten kunnen worden aangemerkt ³, zoo kan het laatste geval, d. w. z. de *taḥkîm*, indien er een officieele *hâkim* bestaat, onmogelijk door hem bedoeld zijn, en kan de bevoegdheid alleen slaan op het geval, dat er geen *hâkim*, dan wel slechts een knevelende *hâkim* gevonden wordt. Die uitspraak heeft dus de beteekenis dat, volgens den Sajjid, de geheele voluntaire jurisdictie krachtens de adat op Java en Madoera van ouds door de inlandsche geestelijkheid uitgeoefend, een misbruik is, dat die geestelijken, als zoodanig optredende, niet eens zijn *qâdhî*'s uit noodzakelijkheid, en dat in één woord Java en Madoera een land

¹ Dl. II, p. 136 der Caïrosche editie. Bâdjoeri of Baidjoeri overleed in het jaar 1844.

² Op de woorden *thomm al-hâkim* = „eindelijk de rechter”, te vinden op p. 454 van mijne uitgave.

³ Vergl. den in 1881 verschenen eersten druk van *al-Qawânin asj-Sjar'ijah* p. 15, 2den druk (1894) p. 9. Zelfs juristen als Haitamî, de schrijver der *Toḥfat al-Mohtâdj*, rekent hij niet tot de *modjtahid*'s.

is, waar uit een Mohammedaansch oogpunt, speciaal ten aanzien van den rechtsbijstand bij het huwelijk, geen recht wordt bedeed, hoe onvoldoende ook ¹. De Sajjid die, gelijk de lezers zijner geschriften weten, en ik zooeven reeds met een enkel woord vermeldde, een verklaard tegenstander is van het wereldlijk gezag der inlandsche geestelijkheid op Java en Madoera, heeft zich hier laten verleiden tot eene uitspraak, welke m. i., ook uit een doctrinair Mohammedaansch oogpunt minder juist is, ja wat meer zegt, niet is overeen te brengen met hetgeen hij zelf elders omtrent de qâdhî's uit noodzakelijkheid leert ². Wat hier intusschen van zij, zooveel is zeker, dat een Nederlander zijne redeneering ten deze onmogelijk kan beamen, met alle waardeering van zijne geleerdheid en van de goede bedoelingen, welke hem bezielen. De zaak erlangt nog meer gewicht, indien men bedenkt, dat niet lang geleden eene Javaansche vertaling van zijn geschrift is verschenen, zoodat er blijkbaar ook buiten Batavia vraag naar is.

Ik wensch deze gelegenheid tevens te benuttigen om ten aanzien van eenige andere punten eene nalezing te geven op mijn in hoofde dezes geciteerd opstel. Vooreerst ontwaarde ik met onver-

¹ Dit volgt ook uit hetgeen te lezen staat op p. 32 en 33 van den eersten druk van het in de vorige noot aangehaalde werk, waar ik lees: „Eerst dan kan men iemand een qâdhî uit noodzakelijkheid noemen; zijne vonnissen zijn geldig, en er bestaat geene behoefte om in zoodanig land tot den taḥkîm zijne toevlucht te nemen. Indien echter de bovenvermelde gronden en voorwaarden niet aanwezig zijn, dan is er in zoodanig land zelfs geen qâdhî uit noodzakelijkheid, en moet men tot den taḥkîm overgaan.” In de tweede omgewerkte uitgave van het boek, waarin tevens, ten behoeve der Priesterraden, de voornaamste bepalingen der Moḥ. wet betreffende de aan de rechtspraak dier colleges onderworpen aangelegenheden zijn opgenomen, wordt de instelling van den taḥkîm op dezelfde wijze uiteengezet als in den eersten druk. Zie p. 27: „Slechts op plaatsen, waar in het geheel geen qâdhî aanwezig is, komt de taḥkîm te pas.” Blijkens het voorafgaande moet onder de woorden „in het geheel geen” worden verstaan, dat zelfs een qâdhî uit noodzakelijkheid ontbreekt. Daarentegen staat op p. 90, dat de taḥkîm mede te pas komt bij ontbreken van een qâdhî sjar'î, d. w. z. van een qâdhî, beantwoordende aan de ideale eischen van de wet. Er had bijgevoegd moeten zijn, dat wanneer een qâdhî sjar'î ontbreekt, maar er is een qâdhî uit noodzakelijkheid aanwezig, volgens de bovengeciteerde plaats van Bâdjoeri, de taḥkîm slechts geoorloofd is, als men een modjtahid kan vinden, hetgeen voor Java en Madoera op hetzelfde nederkomt als een verbod van den taḥkîm. De Sajjid is ten deze in zijne eigene redeneeringen verward geraakt.

² Zie t. a. p. p. 32 en 2^{de} druk p. 25—27. Op p. 25 zegt hij uitdrukkelijk, op grond van eene plaats uit den Faṭḥ al-Mo'in, dat de benoeming door een ongeloofigen, vorst voldoende is om iemand als qâdhî uit noodzakelijkheid te doen erkennen.

6^e Volgr. I.

deeld genoegen, dat het ook ten aanzien van vele andere punten bevestigd is geworden door het reeds te voren ¹ vermelde boek van den oud-Assistent-Resident L. Th. Mayer, getiteld „de Javaan”. Alleen schijnen, volgens dien kundige schrijver, de *thihâr* en de *li'ân* niet zoo ongebruikelijk te zijn, als door mij op p. 470, 482 en 490 van mijn opstel wordt ondersteld ². Eenige der door hem opgegeven Javaansche rechtstermen ontbreken in mijn opstel, b. v. *panglamar* voor *paningsët* (p. 457), *kawin noetoepi* voor het gedwongen huwelijk in geval van zwangerschap en *anak djadah* voor *kowar* (p. 466), *nodjoes* (Arab. *noesjoez*) voor ongehoorzaamheid der vrouw (p. 470), *pamaťak* voor het Arab. *mot'ah* (p. 473), *rapak* (Arab. *raf'*) voor *pasak* (p. 482) en nog enkelen meer.

Verder moeten de beide slotzinnen van noot 2 p. 461 van mijn opstel vervallen, aangezien de heer Mr. M. C. Piepers in een zeer te waardeeren opstel in het Tijdschrift: „Het Recht in Nederlandsch-Indië”, Dl. LX (1893) p. 355 en vv., heeft aangetoond dat, voor zooverre men den toestand op de Buitenbezittingen kan nagaan, in de oudtijds niet onder Javaanschen invloed gestaan hebbende gedeelten dier bezittingen de instellingen der bevolking, of geen, of een ander soort van geestelijke rechtspraak kennen dan wij op Java van ouds waarnemen. Speciaal het collegiale ³, dat die rechtspraak op Java kenmerkt, schijnt in de Buitenbezittingen, waarop ik hier doel, niet aanwezig te zijn.

Nu ik toch met den heer Piepers bezig ben, is het de plaats om tevens een woord in het midden te brengen over hetgeen die rechtsgeleerde nog zeer onlangs heeft opgemerkt ⁴ omtrent de verhouding in Nederlandsch-Indië tusschen de Moëammedaansche wet en de gewoonte, gelijk ik die verhouding op p. 455 van mijn opstel aangaf, en herhaalde in het artikel „adat of hadat” in de Encyclopedie van Ned. Indië van de heeren Van der Lith en Spaan. Naar mijne meening namelijk moeten de Indische Muzelmannen, door het enkele feit van den Islâm te belijden, ondersteld worden ook de Moëammedaansche wet in beginsel te hebben aangenomen, voor zooverre niet van het tegendeel blijkt, zoodat in juridischen zin de met die wet strijdige instellingen en gebruiken, hoe om-

¹ Zie p. 4.

² Vergl. t. a. p. p. 29, 105 en 107.

³ Vergl. t. a. p. 387 en Ind. Gids, afl. Maart 1895, p. 381 en v.

⁴ Tijdschr. v. N. I., afl. Febr. 1895, p. 150 en volg.

vangrijk ook, steeds als afwijkingen, d. w. z. als uitzonderingen moeten worden aangemerkt ¹. Volgens den heer Piepers daarentegen zoude de grondtoon van het voor den inlander geldende recht zijne nationale instellingen en gebruiken, zijne adat, zijn; terwijl de Moḥammedaansche wet, voor zooverre zij gereciperd is, de uitzondering zoude vormen. Het verschil is van groot gewicht; want volgens mij zal men de Moḥammedaansche wet moeten toepassen, wanneer niet bij den inlander van een afwijkend rechtsbewustzijn blijkt, doch volgens den heer Piepers, alleen wanneer eene positieve receptie kan worden aangetoond.

Mijne redeneering is aldus. De inlanders, die den Islâm, hoe dan ook, belijden, geven zich zelf voor Muzelmannen uit. Volgens het bij hen algemeen in gebruik zijnde Arabische werkje van Sinoesî, de Omm al-Barâhîn ², ten deze overeenstemmende met alle dergelijke Moḥammedaansche geschriften, is men geen Muzelman, indien men niet de geloofsbelijdenis: „Er is geen God dan Allâh en Moḥammed is de Gezant van Allâh“, als eene waarheid heeft erkend, en die geloofsbelijdenis bevat, volgens denzelfden schrijver, virtueel de geheele geloofsleer, en daarmede de verbindbaarheid der wet, speciaal van Koran en Sonnâh in zich ³. Hieruit volgt m. i. logisch, dat al werd die wet door de Indische Muzelmannen voor 1606 op zijde gezet, en daarvoor hun gewoonterecht in de

¹ Reeds vroeger werd deze meening door mij herhaaldelijk vooropgesteld. Zie b.v. De Gids, afl. October 1890, p. 81.

² P. 20 en vv. der Duitsche vertaling; p. 9 van den Arab. tekst. Vergl. ook Tijdschr. v. d. Ind. T. L. en Vk., Dl. XXXI (1887), p. 539 en vv.

³ Dat de wet, gelijk ik reeds in den eersten druk mijner Beginselen van het Moḥ. recht (p. 7 en 9) en later nog herhaaldelijk opmerkte, feitelijk voor de tegenwoordige Muzelmannen nederkomt op de geschriften der gezaghebbende juristen, doet hiertegen niet af. Die geschriften immers bevatten, volgens de Muzelmannen, slechts de aanvullende of interpretatieve deducties, door middel van de analogische redeneering (qijâs) uit Koran en Sonnâh getrokken, en dit geldt niet alleen van de latere juridische autoriteiten, maar ook van de gemeenschappelijke rechtsovertuiging der oudste Muzelmansche gemeente, de idjma' of djamâ'ah. En het gezag van Koran en Sonnâh is wel degelijk een dogma, dat onmiddellijk in de Moḥ. geloofsbelijdenis ligt opgesloten. Ter loops zij nog opgemerkt, dat de 2^{de} druk van het bovenaangehaalde boek van Sajjid 'Othmân, in andere bewoordingen, op nieuw geheel hetzelfde leert omtrent hetgeen men onder de Moḥammedaansche wet in theorie en in de praktijk heeft te verstaan als wat reeds in 1874 door mij in den eersten druk mijner Beg. v. h. Moḥ. recht werd bekend gesteld. Met het oog op den twijfel, soms aan de juistheid van mijne wijze van voorstelling in dit opzicht geopperd, is het niet ongepast hierop de aandacht te vestigen.

plaats gesteld, zij toch de grondslag zouden blijven, natuurlijk niet van de positieve voorschriften van het gewoonterecht, maar van het rechtsbewustzijn in het algemeen. Het is als een kleed, waarop zoovele lappen zijn geplaatst, dat zij het kleed bijna bedekken, en dat toch in beginsel het oude kleed blijft. Van een niet-jurist kan ik mij begrijpen, dat hij bij eene oppervlakkige beschouwing in zoodanig geval de uitzondering voor het beginsel aanziet; een jurist moet dieper doordringen. Een analoog verschijnsel levert trouwens de receptie van het Romeinsche recht in Duitschland op. Ofschoon in de gedeelten van dat land, waar het Romeinsche recht nog geldt, tal van Romeinsche instellingen niet meer bestaan, of nooit hebben bestaan, hetzij ten gevolge van niet-receptie, hetzij tengevolge van positieve wetsvoorschriften, zoo neemt men toch van het Romeinsche recht eene *receptio in complexu*, d. w. z. in zijn geheel en als geheel, aan. Dat door deze constructie niets wordt tekort gedaan aan het subsidiaire karakter der receptie, noch aan het gezag der nationale instellingen, is duidelijk, en evenzeer dat, om tot Nederlandsch-Indië terug te keeren, daardoor aan de bevolking geen Moëammedaansche begrippen worden opgedrongen, waarvan zij niet gediend is. Hare adat blijft primeeren, doch alleen voor de bijzondere instellingen, en men is niet genoodzaakt de receptie van elk Moëammedaansch rechtsbegrip op zich zelf te bewijzen. wanneer niets eene omgekeerde conclusie vordert ¹.

De constructie van den heer Piepers heeft bovendien nog een groot praktisch bezwaar. Het recht is nimmer door de Indische Muzelmannen in zijn geheel van een nationaal standpunt bewerkt. De nationale inlandsche wetten zijn allen speciale wetten, die bovendien slechts concreet gestelde voorschriften bevatten. Algemeene leidende beginselen en principieele leerstukken zoekt men daarin te vergeefs, zelfs in den casuïstischen vorm, waarin zij bij de Arabische juristen voorkomen. Het onbeschreven gewoonterecht is even onvoldoende, daar het alleen te kennen is uit geobserveerde feiten, en feiten van nature omtrent de beginselen, voor zooverre zij voor concrete waarneming onvatbaar zijn, weinig leeren. De rechter zal dus omtrent die leerstukken bijna altijd in onzekerheid verkeeren, indien hij niet de Moëammedaansche wet als grondtoon aanneemt, behoudens de geconstateerde afwijkingen. Ik wijs slechts

¹ Vergl. o. a. Windscheid: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Dl. I, § 2, en W. Modderman: *De Receptie van het Romeinsche Recht*, p. 14, 23, 47, 53 en vv.

op het rechtskarakter der verschillende familie-verhoudingen ¹, het begrip van erfgenaamschap, de werking van een termijn of van eene voorwaarde, de bronnen en de soorten der verbintenissen, enz. enz., als voorbeelden van leerstukken, waaromtrent men in de nationale inlandsche wetten niets aantreft, en waaromtrent men uit de feiten van het dagelijksch leven, welke het gewoonterecht doen kennen, in den regel al zeer weinig zal kunnen opmaken. Voor die leerstukken heeft men noodig een recht, dat behoorlijk bewerkt is door juristen, en zoodanig recht levert de Moḥammedaansche wet op, al is het dan grootendeels in casuïstischen vorm. Neemt men nu daarvan eene receptio in complexu aan, zoo zal de rechter telkens weten, waaraan zich te houden, en behoeft hij slechts een open oog te hebben voor de afwijkingen, welke zich voordoen. Zoodanige receptie immers beteekent geenszins die van elk leerstuk afzonderlijk. Mag de rechter daarentegen de Moḥammedaansche wet, ook in haar theoretisch gedeelte, niet toepassen, zoolang hem niet gebleken is, dat de bevolking door feiten getoond heeft zich ook van dat gedeelte rekenschap te geven, zoo zal hij bijna altijd in het duister rondtasten. In Indië geldt ten deze hetzelfde als in Nederland: de massa der bevolking geeft zich van abstracte rechtsbegrippen geen rekenschap, en de weinige inlanders, die dit wel doen, hebben hunne wijsheid uit de Arabische rechtsboeken geput. Van hen zal men dus slechts den weerklink van die boeken vernemen. Zeer zeker geef ik den heer Piepers in het algemeen toe, dat men wel „een godsdienst voor een deel kan aannemen“, maar dat dit in casu niet heeft plaats gehad, blijkt uit de zooeven geciteerde plaats van het door de inlanders zelf als autoriteit erkende werkje van Sinoesî. Wanneer men geen Muzeiman is dan door het uitspreken van de twee zinsneden, waaruit de Moḥammedaansche geloofsbelijdenis bestaat, en die geloofsbelijdenis bevat, volgens Sinoesî, virtueel de geheele geloofsleer van den Islâm in zich, van welke geloofsleer, speciaal van de leerstukken omtrent de „boeken“ en de „profeten“, de verbindbaarheid der Moḥammedaansche wet een noodzakelijk gevolg is, zoo kan men m. i. logisch niet anders dan die wet als het *primum verum* beschouwen, en is het zich niet houden aan die wet, in welk land ook, steeds eene afwijking, eene uitzondering. Men vergete niet, dat de Islâm, anders dan het

¹ Natuurlijk heb ik ten deze niet het oog op streken, waar het geheele materiele familierecht van den Islâm is op zijde gesteld, b.v. bij de Mēangkabausche Maleiers.

Christendom, niet is een zuiver godsdienstig, maar even goed, ja misschien wel in de eerste plaats, een juridisch en politiek verschijnsel. Men kan den godsdienst van Moëammad niet aanvaarden, zonder zich tevens aan de door hem als goddelijke openbaring voorgestelde positieve wettelijke voorschriften in beginsel te onderwerpen; want zijne uitspraken op theologisch en die op juridisch en politiek gebied, hebben dezelfde waarde. Zijn bekende dubbele zwaard is daarvan het symbool. Dat de Islâm uit een ethisch oogpunt ten deze principeel achter staat bij een godsdienst als het Christendom, dat geene positieve wetsvoorschriften bevat, maar slechts voor alle tijden en plaatsen waar blijvende beginselen, waarvan de locale wetgeving moet uitgaan, behoeft geen betoog.

Bij de voorwaardelijke verstooting moet nog worden aangehaald een opstel van den heer W. Hoozoo in de Mededeelingen van het Nederlandsch Zendelingenootschap, Dl. XVIII 1874), p. 17 en vv., getiteld: „Een vonnis in zake echtscheiding“, uit welk vonnis ten overvloede de juistheid blijkt van mijne op p. 486 gemaakte opmerking, dat, ook wanneer de voorwaarde der verstooting vervuld is, de vrouw de ontbinding van het huwelijk door den bevoegden rechter moet laten constateeren, zoodat, gelijk ik reeds te kennen gaf op p. 487, die voorwaardelijken verstooting, uit een Moëammedaansch oogpunt beschouwd, een vrij doelloos expedient is om tot ontbinding van het huwelijk te geraken. In elk geval kennen de Arabische rechtsbronnen niet de eigenaardige functie, welke die instelling heeft in de streken van Nederlandsch-Indië, waar zij populair is. De niet-Moëammedaansche oorsprong daarvan wordt dus, blijkens de mededeelingen van den heer Hoozoo, des te waarschijnlijker gemaakt. Trouwens men moet allen juridischen zin missen, om den oorsprong van eene dergelijke instelling met vele inlandsche geestelijken te zoeken in eene eenvoudige quaestie van procedure, gelijk zij dan ook zoude zijn, wanneer men haar uitsluitend uit de Arabische rechtsboeken verklaren wil; terwijl ten overvloede die rechtsboeken zelve tot zoodanige verklaring geene aanleiding geven ¹.

¹ In den Minhâdj at-Tâlibîn (Dl. II, p. 436 en v., 455 en vv., 462 en v. en 466 en vv.) wordt uitvoerig over de verschillende voorwaarden gehandeld, waarvan de verstooting afhankelijk kan worden gesteld, maar geen van de daar aangegeven formules heeft betrekking op de functie, om de vrouw op eene gemakkelijke wijze van den huwelijksband te ontslaan, voor het geval de man, zonder haar te willen verstooten, zijne verplichtingen niet nakomt. Ook Sajjid, Othmân (t. a. p. 2^{de} druk p. 116 en vv.) weet blijkbaar voor die functie geene bewijs-

Op pag. 492 van mijn opstel moet worden verbeterd, dat *bésan*, ofschoon te Batavia in gebruik, geen Maleisch is, doch dat dit woord in bedoelde taal *bisan* luidt. Als een merkwaardig staaltje van de beteekenis, welke de met dat woord aangewezen band, naar de begrippen van de Javanen, heeft, moet ook nog worden verwezen naar het reeds hierboven ¹ geciteerde opstel van den heer Prof. C. Poensen, „*Đađoeng Kapoentir*” ² getiteld. Men gebruikt die uitdrukking van een huwelijk, dat wel door de Mohammedaansche wet geoorloofd is, en dus door de inlandsche geestelijken, als partijen het verlangen, gesloten wordt, maar waartegen de Javaan gemoedsbezwaren heeft, omdat het tot scheeve verhoudingen aanleiding geeft. Onder die scheeve verhoudingen rekent men o. a. dat broeders of zusters elkanders *bésan* zouden worden ³, en dit verklaart het feit, hetwelk men bij onderscheidene schrijvers vermeld vindt, namelijk dat op Java en Madoera huwelijken tusschen vollen neef en nicht ongeoorloofd zouden zijn. Hiernaar is ook noot 1 op pag. 491 van mijn opstel te corrigeeren. Het huwelijk van vollen neef en nicht is niet verboden; maar men houdt het blijkbaar voor ongepast. Merkwaardig is het, dat hetzelfde begrip, hetwelk de Javanen door *đađoeng kapoentir* uitdrukken, ook in Atjeh bestaat, alwaar het *soeraq tapaq* heet, en dat men ook aldaar om die reden huwelijken tusschen vollen neef en nicht zelden ziet sluiten ⁴.

Eindelijk zijn er nog een drietal opmerkingen te maken omtrent

plaatsen in gezaghebbende Arabische boeken te vinden, en vooral niet voor zijne uitspraak dat het eene „goed te keuren” instelling is (*diistihsânkan*). Vergl. ook p. 123, waar hij zelf erkent, dat de *ta'liq* de rechterlijke tusschenkomst niet overbodig maakt; terwijl hij op p. 114 en v. de moeilijkheid, verbonden aan de ontbinding des huwelijks op grond van wanpraestatie zeer overdreven voorstelt. Hij laat aldaar namelijk den negatieven bewijslast op de vrouw rusten van feiten, welke juist door den man zouden moeten worden bewezen, ingeval hij de vordering tegensprak. Ook in den Islâm geldt namelijk de regel: *reus excipiendo fit actor*.

¹ Zie p. 4.

² Letterlijk: „als een touw in of om of door elkander gedraaid of gekronkeld”, en van daar: „als een touw om den hals van een voorgespannen buffel, die zich omkeert, zoodat het dier achterste voren komt te staan, en gevaar loopt zich te worden.”

³ Als andere oorzaken van *đađoeng kapoentir* vermeldt de heer Poensen, dat door een huwelijk de verhouding van kakang, d. i. oudere broeder of zuster, tot *ađi*, d. i. jongere broeder of zuster, welke verhouding ook op hunne kinderen overgaat, zoude verbroken worden.

⁴ Vergl. Dr. J. Jacobs: Het familie- en kampongleven in Groot-Atjeh, Dl. I, p. 20, 21. *Soeraq tapaq* = tegen de voetzolen in.

hetgeen ik in mijn opstel mededeelde over het erfrecht. Bij noot 1 van pag. 502 had moeten vermeld worden, dat de onbevoegdheid der Christenen om van Muzelmannen te erven reeds door de O.-I. Compagnie bij Plakaat van 19 Oktober 1666 was afgeschaft ¹, althans ten aanzien van kinderen; terwijl bij noot 2 van pag. 503 niet had mogen worden verzwegen, dat de onbevoegdheid van niet-inlanders om het inlandsche erfpachtsrecht op de particuliere landen bewesten de rivier Tji Manoeek uit te oefenen een betwist punt is. Bij arrest van 22 September 1892 (Ind. weekbl. v. h. R. N^o 1532) besliste het Hoog-Gerechtshof, met afwijking van zijne vroegere jurisprudentie, in omgekeerden zin als in bedoelde noot te lezen staat. Dat het in noot 4 van pag. 477 ten aanzien van art. 1467 Ind. Burgl. Wb. door het Hoog-Gerechtshof m. i. juist geformuleerde beginsel, ook de niet-toepasselijkheid op Vreemde Oosterlingen medebrengt van de bepalingen van dat wetboek omtrent de legitieme portie, al staan die bepalingen in een wel op hen toepasselijk verklaarden titel, is eene conclusie, welke de deskundige lezer zelf wel zal getrokken hebben.

¹ Zie Mr. J. A. van der Chijs: Nederlandsch-Indisch plakaatboek, Dl. II, p. 413.