

RB

05080

DE BRONNEN VAN HET PRIVAATRECHT

REDE

GEHOUDEN BIJ DE OVERDRACHT VAN HET RECTORAAT
DER VRIJE UNIVERSITEIT, DEN 20^{STEN} OCTOBER 1913

DOOR

Mr. ANNE ANEMA

HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID



UTRECHT - G. J. A. RUYS - 1913

Prof. mr. P. Borst.

VI ab 55

DE BRONNEN VAN HET PRIVAATRECHT

DE BRONNEN VAN HET PRIVAATRECHT

REDE

GEHOUDEN BIJ DE OVERDRACHT VAN HET RECTORAAT
DER VRIJE UNIVERSITEIT, DEN 20^{STEN} OCTOBER 1913

DOOR

Mr. ANNE ANEMA

HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID



UTRECHT - G. J. A. RUYS - 1913



M. H. DIRECTEUREN, CURATOREN, PROFESSOREN,
DOCTOREN, STUDENTEN EN GIJ VERDERE
AANWEZIGEN,

Hooggeachte Vergadering!

Nog enkele maanden, en eene eeuw zal verstreken zijn, sinds Friedrich Carl von Savigny zijn beroemd pleidooi deed uitgaan tegen de codificatie van het privaatrecht. 't Is waar, zijn betoog gold met name het herboren Duitschland van toenmaals, formeel wierp hij alzoo tegen Thibaut's vordering geen peremptoire, slechts een dilatoire exceptie op. Maar wie zijn argumenten en heel de rechtsbeschouwing, waarop ze rusten, wat dieper indenkt, die voelt, dat in de lijn dier beschouwing voor een samenvattende, als sluitend geheel bedoelde, codificatie van het privaatrecht nooit de tijd komt, althans niet, zoolang geen totale ommekeer in de rechtsordening onzer moderne cultuur-staten eischen stelt en mogelijkheden schept, waarvan wij thans geen bevroedenis kunnen hebben.

Schijnbaar heeft Von Savigny het pleit verloren en is hij door de historie, de macht door hem zelf zoo hoog vereerd, op de meest ondubbelzinnige wijze in het ongelijk gesteld. Laat men de Engelsch-Amerikaansche rechtsontwikkeling, als van zeer bijzonderen aard, ter zijde, hoewel ook daar de Statutes tegenover de Common Law regelmatig toenemen, dan is, sinds zijn boekjes verscheen, overal de idee van codificatie aanvaard. Maar is dit verlies meer dan schijn? Staat het zoo vast, dat onze moderne privaatrechts-codificatie's, nu niet naar hun innerlijke verdiensten geoordeeld,

maar als zoodanig genomen, gewrochten zijn eener richtige rechts-politiek? Tot op den jongsten tijd gaat men door, om nieuwe wetboeken tot stand te brengen, maar het probleem is daarmede niet opgelost. Men laat wel den wetgever thans betrekkelijk met rust, men spreekt meer over de vraag *hoe* dan over die, *of* men wetboeken zal hebben, en zelfs over die vraag maakt men zich nog niet bijster druk: een wetboek moet niet te technisch en vooral ook wat soepel zijn, dat is wel het voornaamste van wat men betoogt en dat betreft toch betrekkelijk bijzaken. Maar in anderen vorm is het vraagstuk nog precies even actueel als het vóór honderd jaren was. Het codificatie-vraagstuk ging schuil, maar in den vorm van de interpretatie-kwestie is de kern van het probleem opnieuw te voorschijn gekomen en plaagt sinds tientallen jaren de denkende koppen. De wetboeken zijn er nu en de wetgever heeft dus zijn „Schuldigkeit gethan”; maar wat moet de rechter nu met die wetboeken doen? Vruchteloos poogt men een ook maar eenigszins bevredigende omschrijving voor zijn taak te vinden. Is hij enkel uitvoerder en toepasser van het wettelijk voorschrift, den wettelijken „imperatief”, zooals men dan gaarne zegt, of zijn des rechters beslissingen zelfstandige rechtsbron? Geldt naast het geschreven recht gewoonterecht en zoo ja, wat is dan hun onderlinge verhouding? zoo vraagt men. Hoe zit het met de billijkheid? En al vragend is men zoo van het codificatie-probleem via de interpretatie-moeilijkheid bij het vraagstuk der bronnen van het privaatrecht aangeland. Daarop zit heel de kwestie vast. Von Savigny bezag ze in zijn tijd van den éénen kant, wij bezien ze thans een eeuw later van de andere zijde. Maar in zijn wezen is de vraag nog precies dezelfde als vóór honderd jaren en de lofzangen, aangeheven bij het eeuwfeest van het Fransche en het Oostenrijksche wetboek, worden verre overstemd door de tonen van twijfel en zelfs van bittere satire op heel onze privaatrechts-practijk. Wetboeken, ja, maar wie stoort er zich aan? Ontstond er niet zelfs een afzonderlijk leerstuk „vom unverbindlichen Gezetzes-

inhalt"? Met een wetboek van eeuwen oud redt men zich in het hooge Noorden even goed — of even slecht? — als in Frankrijk met een van 100 en in Duitschland met een van 10 jaar oud. En de rechtsspraak? Of ze is doctrinair en houdt zich werkelijk aan de wet, maar dan lijdt het rechtsleven de schade, of — wat veelal gebeurt — ze stoort zich aan de wet weinig, maar geeft eenvoudig naar gezond verstand en rechtsgevoel de solutie, alleenlijk gekleed in een vorm, die op den oningewijde den indruk moet maken, dat de wet wordt toegepast. Zoo wordt ze dan krypto-sociale rechtsspraak. Nog eens dan: is het wel meer dan schijn, dat Von Savigny zijn pleit verloor? Of zou het eerder zóó zijn, dat het opstellen van wetboeken, zooals wij die thans overal hebben, met een daarop gegronde en daaraan gebonden rechtsspraak, een misgreep is geweest en dat een andere opvatting der codificatie, herstel van het gewoonterecht en een veel meer zelfstandige rechterlijke macht de leuze voor de toekomst moet worden?

Laat mij trachten in deze ure U de zaak voor oogen te stellen, zooals ik haar zelf zie. Ze is er gewichtig genoeg voor, want ze betreft een der meest fundamenteele volksbelangen, geen recht raakt zoo onmiddellijk en zoo sterk de grondslagen, waarop heel ons maatschappelijk leven berust, als het privaatrecht. En ze leent zich voor een rede, als ik naar de aloude traditie thans voor U heb te houden, daarom zoo goed, omdat, naar Hamaker eens terecht opmerkte, het bij dergelijke groote vraagstukken veel minder gaat om een dwingende argumentatie, dan wel om een aannemelijk maken van een algemeenen kijk op de dingen. Ik ga daarom tot U spreken over de bronnen van het privaatrecht.

I.

Zoo op het eerste gezicht lijkt de toestand ten onzent in zake de rechtsbronnen van het privaatrecht heel eenvoudig. Heel dat recht is in een paar wetboeken met enkele losse wettelijke aan-

hangselen door de Overheid opgeteekend. Daarbuiten geldt geen recht dan wanneer de wet zelf uitdrukkelijk daarnaar verwijst, zoodat, wāt dan als recht geldt, eigenlijk zijn kracht van positief recht alleen ontleent aan dezelfde wet, en dus is wettelijk recht van den tweeden graad. Naar dit wettelijk recht heeft de rechter recht te spreken, de innerlijke waarde of billijkheid der wet gaat hem niets aan. De wet is voor hem de *ratio scripta*; hij heeft haar eenvoudig uit te voeren en toe te passen, meer niet. Mocht zich onverhoopt het geval voordoen, wat altoos denkbaar is, dat hem recht wordt gevraagd, waarover de wet geen uitkomst geeft direct of indirect, dan mag hij geen recht weigeren, maar moet hij maar op een of andere wijze zich zien te redden.

Dit laatste, het verbod van rechtsweigering, past, zooals meermalen is opgemerkt, niet logisch in het systeem, maar laat men dit nu voor het oogenblik eens rusten, dan sluit de zaak als een bus. Alleen maar — het is „*graue Theorie*” en niets meer, die hier spreekt.

Laten wij eens trachten ons een beeld van de werkelijkheid te vormen. Wij zien dan, dat het in onzen tijd en in ons land nog precies zoo is als het van oudsher in beschaafde landen met een gevestigde rechtsorde en in normale tijden steeds is geweest, met eenige speling, waarover straks. Het zijn drie machten die privaatrecht hebben in het leven geroepen en nog roepen: het volk zelf, de Overheid en de rechter.

Van oudsher is in de Germaansche landen het privaatrecht overwegend volksrecht geweest. Op tweeërlei wijze openbaarde het zich. Vooreerst door het principe der autonomie, dit begrip hier nu in den ruimsten zin genomen, en dus niet beperkt tot de rechtsvorming vanwege een geordende rechtsgemeenschap. Was het privaatrecht het recht der volksgenooten onderling, dan sprak voor het Germaansche rechtsbesef met zijn beperkte opvatting der Overheidstaak als van zelf, dat als regel gold, dat de volksgenooten in heel hun rechtsverhoudingen onderling konden vaststellen

wat ze wilden behoudens wat wij thans noemen de openbare orde en de goede zeden. Voor ons modern verbintenissenrecht geldt deze autonomie nog als het hoofdbeginsel, waarop het rust, artikel 1374 B. W. erkent het nog met zoovele woorden.

Naast en door deze bewuste rechtsvorming liep de onbewuste door middel van de gewoonte. Men voelde, dat men sommige punten naar willekeur kon bepalen, gedreven door wijze tactiek, ontleend aan het economisch of ander doel, dat men wenschte te bereiken. Daarnaast was men zich bewust, dat boven den individueelen of gezamenlijken partij-wil een objectieve macht gold, gebaseerd op de, aan heel het volk gemeene, moreele en religieuse overtuiging eenerzijds, op den aard der te regelen zaken anderzijds, tezamen vormend het gemeenschappelijk onberedeneerd rechtsgevoel. Zoo ontstond een gewoonterecht. Bindend was dus voor de volksenooten het aldus op onbewuste wijze ontstane, uit het onberedeneerde rechtsbesef door „Uebung” gepositiveerde gewoonterecht, plus wat elk zelf voor zich in overeenstemming met anderen of door eenzijdige wilsdaad, voor zooverre hij daartoe gerechtigd was, daaraan door bewuste rechtstellende actie had toegevoegd. In den ouderen tijd vrijwel de geheele stof omvattend, die thans in onze wetboeken regeling vindt, is de toestand thans deze, dat bijna geheel het verbintenissen-recht nog volksrecht is, het zaken- en erfrecht in veel meerdere mate Overheidsrecht is geworden en het familierecht zoo goed als geheel, met alleen wat speling in het huwelijks-vermogensrecht, door de Overheid aan zich is getrokken.

Dat voor de rechtszekerheid schriftelijke opteekening in samenhangenden vorm bij uitbreiding van den rechtskring noodig werd spreekt van zelf. Van af de oudste tijden geschiedde dat dan ook. Beurtelings waren het particulieren, beurtelings was het de Overheid, die deze taak vervulde. Deed deze laatste het, dan kwam in tijden, waarin de Overheid zich sterk gevoelde, de neiging op, om te pogen, het aldus gecodificeerde recht van het valsche etiket te voorzien van Overheidsrecht en het alzoo te onttrekken aan

wijziging en vervorming door de volksgewoonte. Nooit echter is dat gelukt, eenvoudig omdat het niet gelukken kon. Bij voortgaande en zich verwickelende cultuur moest differentiatie intreden en moest blijken, dat van het oude volksrecht een deel volksrecht bleef en moest blijven door zijn aard, een ander deel eveneens door zijn aard Overheidsrecht moest worden. Het eerste deel had de Overheid enkel op te teekenen en de wijziging verder aan de gewoonte van het volk zelf over te laten, het tweede deel vereischte bewuste rechtsvorming harerzijds. Beide over één kam te scheren en aan dezelfde eischen van toepassing te onderwerpen is een der cardinale fouten onzer tegenwoordige regeling. Onze geldende wetboekenbehelzen onder den valschen schijn der uniformiteit voor drie-vierde volksrecht, voor het andere vierde Overheidsrecht, beide in aard en eisch van behandeling principieel verschillend.

Dat verschil zal ons duidelijk worden, als we thans dat Overheidsrecht wat naderbij bezien. Wij merkten reeds op, dat de werkzaamheid der Overheid op het gebied van het privaatrecht langen tijd gering is geweest. Dit is voornamelijk te verklaren uit de principieel andere opvatting, die het Germaansche volksbewustzijn had van de taak der Overheid vergeleken met die van het Romeinsche. De Romein ontving zijn objectief recht uit de hand van den met imperium bekleeden magistraat, de Germaan ontleende het aan de goddelijke wet, die stond zoowel boven volk als vorst, en die vorst had bij de rechtsvorming een zeer beperkte taak; hij was gebonden aan het volkrecht zooals elk ander volksgeenoot. Zelfs toen het Germaansche koningsschap onder Karel den Groote op zijn hoogtepunt stond, om straks voor eeuwen in duldellooze zwakheid te verzinken, was de bemoeienis met het privaatrecht van zeer ondergeschikte beteekenis. Nooit anders dan in abnormale tijden, waarin de Overheid abnormaal sterk was, is dit anders geweest, en dan is haar dit door het volk wel spoedig beter aan het verstand gebracht. Maar daarnaast is door de historie evenzeer gebleken, dat de Overheid als factor in

de rechtsvorming onontbeerlijk is, en zulks in toenemende mate.

Immers, zonder eenige uitzondering bleek het steeds weer, dat het volksrecht neigt tot conservatisme, het noemen van het Romeinsche jus civile en de Engelsche Common Law is voldoende, om dit te doen zien. Bovendien neigt het tot verbrokkeling en tot onvastheid. En daarom heeft de rechtsvorming door de Overheid steeds in hoofdzaak de tweeeërlei strekking gehad, om òf verouderde toestanden te breken òf vastheid te brengen in het recht en eenheid daarin te scheppen. Voorbeelden uit den lateren tijd zijn van het eerste de kinderwetten, het principe van de gedwongen boedelscheiding (art. 1112 B.W.), en de regeling van het arbeidscontract, van het tweede de regeling van den gebonden vorm van de zakelijke rechten, het vaststellen van meerderjarigheidsleeftijd, het domicilie, de regeling der verkrijging van rechtspersoonlijkheid voor vereenigingen, de testamentsformaliteiten, de regeling der voogdij en het wettelijk erfrecht, en zooveel meer. Dat geen nauwkeurige grenzen zijn aan te wijzen spreekt daarbij wel vanzelf, soms golden beide motieven tegelijk, en allicht zou een historisch onderzoek ad hoc nog wel andere, meer ondergeschikte aanleidingen tot ingrijpen voor den dag brengen.

Als derde zelfstandige rechtsbron komt nu daarbij de rechter. Positief recht schiep het volk naar zijn eigen autonome bevoegdheid in de eerste plaats zich zelf. Daar, waar dit tot misbruik leidde — hetzij positief door ontstaan van gewoonte-onrecht, hetzij negatief door conservatisme —, tot verbrokkeling of onvastheid, greep de Overheid in en schiep harerzijds recht. Maar daarmee was men er niet. Bij ontstaan van verschil moest de rechter beslissen. Dat rechterschap vertoont in de Germaansche landen een merkwaardige ontwikkeling. Eerst volksorgaan, later in toenemende mate Overheidsorgaan, eerst meer de man, te wiens overstaan de volksge-nooten zelf hun zaak uitvechten, later onder den invloed der cultuurontwikkeling in de N. Italiaansche steden, waar zich Romeinsch en Germaansch recht voor 't eerst innig verbonden, meer zelfstandig

ingrijpend, door de receptie van het Romeinsch Recht in zijn positie ongemeen versterkt, veroverde zich de rechter hoe langs zoo meer ruimte voor zijn taak als zelfstandige rechtsbron. Hij schiep positief recht, en niet alleen door individueele beslissingen, in den weg van lange gelijkvormige opeenvolging verdicht tot een algemeenen regel, maar ook door het uitvaardigen van onmiddellijk buiten het concrete geval bindende beslissingen. In Duitschland greep wel in aansluiting aan de Italiaansche ontwikkeling door den overgang en de versmelting van den voorzittenden Overheids-ambtenaar als „Heger” van het gericht en de schepenen als „Urteilfinder” in den geleerden Overheids-ambtenaar, die beide tegelijk deed, een ingrijpende wijziging plaats, maar de rechtspraak van het Reichskammergericht had dan toch zoo goed als kracht van wet. In Engeland, waar het Germaansche beginsel het zuiverst bleef bewaard, was de rechtscheppende macht der rechtspraak officieel erkend en de Fransche parlementen handhaafden, hoe overigens ook hun macht slonk, met kracht hun „arrêts de réglement”. Ook waar schijnbaar niet dan een gecodificeerde tekst werd toegepast, schiep de rechter nieuw recht; onder den, zij het dan ook wat kunstmatig, dan toch kunstig geweeften sluier van den „Mos Italicus” werden de opbloeiende Italiaansche steden in de middeleeuwen door Glossatoren en Post-glossatoren aan nieuw passend recht geholpen. Ook een vergelijking tusschen de practijk van het gemeene recht in Duitschland in de vorige eeuw met de Justinianëische bronnen, waarop ze steunde, is een deugdelijk middel om zich te overtuigen, hoe zelfstandige bron van positief recht de rechter is. In onze Republiek was het niet anders, al sputterden onze vaderlandsche juristen wel eens tegen. En hoe zwaren aanval de rechter als bron van positief recht ook had te doorstaan, toen aan het eind der 18e eeuw het sterk geworden staatsgezag Montesquieu’s malle fantasie over de driedeeling der staatsmacht en zijn monopoliseering der rechtsvorming voor de meest hersenschimmige dier drie, de „wetgevende macht”, aangreep, om den rechter te deprecieeren tot mechanische spreek-

buis van zijn „wil”, dat onmogelijk pogen kon niet slagen en is niet geslaagd. De rechter bleef als van ouds zelfstandig recht scheppen. Alleen maar, men durfde het nu zoo niet meer te zeggen. „Cela se fait tous les jours, mais il n'est pas bon de l'écrire et il serait mauvais de l'enseigner”, was reeds een goede dertig jaar geleden in Frankrijk de opinie in juridische kringen. Maar dat schuilevinkje spelen heeft ook reeds uitgediend. De rechter schept naast het volk en de Overheid zijn eigen rechterlijk recht, hij deed het voorheen en hij doet het thans, omdat de aard van het rechtsleven niet anders gedooft.

Hoe ook alzoo door allerlei invloed van feitelijke machtsusurpatie of valsche theorie vermomd, de levende werkelijkheid heeft steeds voor het handhaven van een deugdelijke privaatrechtsorde drie zelfstandige bronnen van positief privaatrecht noodig gehad: het volk zelf, de Overheid en den rechter. Waar één dier drie werd in den hoek gedrongen, leed de rechtsorde schade.

Voordat ik nu overga tot het neteligst deel van mijn betoog, tot de poging om vonnis te wijzen op de *actio finium regundorum*, door alle drie beurtelings ingesteld, in onzen tijd meest door volk en rechter, heb ik nog ééne opmerking te maken.

Immers het beeld der historische en levende werkelijkheid, dat ik U trachtte te schetsen, is nog niet volledig. Historie en werkelijkheid geven nog een trek, die regelmatig terugkeert en dien wij niet mogen veronachtzamen.

Tot nu toe heb ik steeds gesproken over het positief recht, het geheel der objectieve regelen, die op het gebied van het privaatrecht onze gedragingen beheerschen. De bronnen, die ik U noemde, waren bronnen van positief recht, d.i. van recht, dat genoegzame vastheid en grijpbaarheid heeft verkregen, om als geldende norm voor de practijk te kunnen dienen. Er zijn er altoos geweest, die meenden, dat daarachter niets meer lag, maar die meening ziet bij den dag haar aanhang slinken. Allerwege wordt thans onder de vooraanstaande mannen „la renaissance du droit naturel” met of zonder dien

gevreesden naam erkend. Maar of men nu van algemeene rechtsbeginselen, rechtsgevoel, natuurrecht, „richtiges Recht”, redelijkheid, billijkheid of wat dan ook spreekt, algemeen erkend wordt, dat er een macht is, sterker en hooger dan het positieve recht, die, om practisch beter en vlotter te kunnen werken, tracht zich te concretiseeren in het positief recht, doch, daar dit nooit afdoende gelukt, steeds weer over dat positieve recht heen, desnoods er dwars dóór heen, zich ook in de practijk van het recht wil doen gelden. Soms ruimt het positieve recht zelf, als het zich onmachtig voelt, bescheidenlijk zijn plaats en geeft aan zijn auteur zwaard en weegschaal maar weer in handen; artikel 1374 B.W. en de talloze soepele termen in nieuwere wetten zijn de aan een ieder bekende voorbeelden daarvan. Doch ook waar dit niet geschiedt en er conflict ontstaat, doet zich dat „hooger recht” gelden. Soms moet het 't hoofd buigen, als het stoïcijnsch rigorisme, door Cujacius reeds erkend en door Voigt, Pernice en Sokolowski in zijn invloed op het Romeinsche Recht zoo keurig geteekend, ook bij onze magistraten het wint van rechtsgevoel en practischen zin. Maar menigmaal ook triomfeert het zelf, al is het dan ook meestal onder een dialectisch woordenspel, dat in schijn het positieve recht doet voorgaan, maar in werkelijkheid het den harden nek omdraait.

Volk, rechter en Overheid zijn samen met hun positieve rechtsorde niet genoegzaam, om aan de behoefte van het rechtsleven te voldoen. Er moet een orgaan der billijkheid zijn, om desnoods dat positieve recht te breken, om, als ik het zoo eens zeggen mag, de veiligheidsklep te geven op de juridische machine. Nooit heeft de rechtsorde die veiligheidsklep kunnen ontberen. Zij is er altijd geweest, nu eens openlijk erkend, dan weer schuil gaand onder de vormen van toepassing van positief recht. In Rome was het de praetor, die als de formula niet aan het positief recht kon worden ontleend, lucht gaf door een actio utilis of een der andere hulpmiddelen, om aan den klem van het positieve recht te ontsnappen, waarin de Romeinen zoo vindingrijk waren. In de

Karolingische monarchie is het de Curia Regis, die zich boven het volksrecht plaatst en naar billijkheid recht spreekt. In Engeland, dat de Karolingische traditie voortzette, toen ze in Frankrijk verdween, nam de Chancery-Court de rol van Equity-Court op zich. Schadevergoeding wegens dwaling of toeval, bescherming van patenten of andere aanverwante rechten, dwang tot nakoming, waar het volksrecht slechts een recht op schadevergoeding erkende, vervullen van verplichtingen uit vertrouwens-verhoudingen, dat alles wist op grond der billijkheid het Hof te bewerkstelligen. Het instituut der gratie in het strafrecht berust goeddeels op denzelfden grondslag.

Maar ook, waar de instelling van de veiligheidsklep der billijkheids-rechtspraak geen openbare erkenning vond, deed ze zich gelden. Wie telt het aantal billijkheids-uitspraken, die de Fransche rechter gaf op grond van abus de droit in het privaatrecht, van excès en détournement de pouvoir in het publiek recht? Wie de gelijksoortige uitspraken onzer eigen rechterlijke macht, als ze, hetzij met een sofistich-legalistischen sluier omhuld, hetzij zonder veel praten, eenvoudig billijkheid deed gaan boven het positieve recht? Kan onze rechter art. 13 der wet A. B. nakomen zonder de billijkheid als norm voor zijn taak te accepteren? En waar aan de billijkheid niet genoegzame ruimte wordt gegeven en dus de veiligheidsklep verstopt wordt, draait men daar niet aan de rechtspraak den rug toe, ziet men daar niet de arbitrage als orgaan der billijkheid op onrustbarende wijze toenemen, onrustbarend, omdat arbitrage voor *feitelijke* geschillen geen ongeschikt middel is, maar gebrekkig werkt, waar de oplossing van dieper gaande rechtskwesties een oefening en voorbereiding vragen, die in onzen gedifferentieerden tijd alleen de beroepsrechter geven kan? Spreekt niet luide de behoefte aan billijkheids-rechtspraak uit den kreet van krenking, die er opgaat, zoo dikwerf het positieve recht op in 't oog vallende wijze de billijkheid, het hooger recht, in de knel brengt? De bekende beslissing van de Amsterdamsche rechtscollège's,

door den Hoogen Raad geijkt, over een vereeniging, die den termijn harer rechtspersoonlijkheid liet verstrijken en zich daarmede een mooie erfenis zag ontgaan, gaf er enkele jaren geleden ten onzent een treffend blijk van, toen ze Hamaker noopte tot een geniale proeve van positief-rechtelijke sofisterij, Hijmans het laatste stootje gaf, waardoor hij zich blindelings in de armen van het rechtsgevoel stortte en Mej. Polano inspireerde tot een niet onverdienstelijk proefschrift, waarin zij het niet ten onrechte voor den rechter opnam, op wiens schouders toch waarlijk niet de schuld rustte in dezen.

Vat ik thans dit deel van mijn betoog saam, dan meen ik te mogen zeggen, dat de historie en de werkelijkheid om ons heen ons leeren, dat voor een goede privaatrechts-ordening noodig is, dat het volk, de Overheid en de rechter alle worden erkend als bron van positief recht en dat daarnevens een middel bestaat, om in buitengewone gevallen van conflict tusschen den hooger norm en het positieve recht, dat daarvan de voor de overgrootste meerderheid der gevallen voldoende, meer vaste en daardoor meer bruikbare, neerslag is, de zege te verschaffen aan de eerste.

II.

Zijn met het voorgaande de bronnen der privaatrechts-ordening aangewezen, dan kom ik thans aan het tweede deel mijner taak, en heb ik de onderlinge verhouding nader te bepalen, waarin zij tot elkander staan. Naar den eisch van het „hic et nunc” volsta ik met de aanduiding der groote gezichtspunten.

Zie ik wel, dan zijn het vooral drie vragen, die zich daarbij voordoen. Vooreerst: hoe verhoudt zich het Overheidsrecht tot het volksrecht? Dan in de tweede plaats: welke is de plaats, die omgekeerd dat volksrecht tegenover het Overheidsrecht inneemt? En eindelijk in de derde plaats: hoe staat de rechter bij de rechtsvorming tegenover die beide andere?

Het antwoord op de eerste vraag levert betrekkelijk de minste moeilijkheid op. De verhouding van de Overheid tegenover het volksrecht is een dubbele. Vooreerst mag zij nooit het volksrecht wijzigen dan met toestemming der volksgenooten zelf. Dit is een oud Germaansch rechtsbeginsel. De *lex terrae* was naar Germaansche opvatting geen product, dat aan het volk toekwam uit de handen der Overheid, maar een ordening, die ook boven de Overheid stond. Wel kwam telkens, zoodra de Overheid eens sterk was, de lust bij haar boven, om dit anders te beschouwen en vooral ook om anders te doen, en vond zij steeds dan juristen, die met name aan de rechtsleer, waarvan het *Corpus Juris* uitging, argumenten ontleenden om haar in dit boos opzet te stijven, maar nooit is dit op den duur gelukt. Spoedig klonk haar dan langs meer of minder wettigen weg het aloude „*nolimus legem terrae mutari*” in de ooren. In dezen weg geschiedt dan ook de vervalsching van het volksrecht niet meer. Maar wel op een andere wijze, die mij vanzelf tot mijn tweede, meer gewichtige, opmerking voert. Behalve namelijk de plicht van de Overheid om haar taak ten opzichte van het privaatrecht te volvoeren in overeenstemming met de volksgenooten zelf, rust op haar de roeping om het doel van het privaatrecht, dat door zijn aard volksrecht was en bleef, op te teekenen in samenhangenden vorm. Vroeger liet men dit veeleel aan particulieren over, in lateren tijde begreep men, dat dit Overheidswerk was. Veelal geschiedde dit met wijsheid en recht begrip van den aard dier taak, maar ook telkens kwam het voor, dat de Overheid dit aldus gecodificeerde volksrecht nu gelijk ging stellen met haar eigen Overheidsrecht, alle wijziging door de gewoonte verbood en het deed voorkomen, alsof haar wil het wezen van dit recht uitmaakte. Justinianus, de Fransche koningen, als zij zoo dikwerf de *Coutumes* met een machtspreuk in overheidsrecht meenden om te zetten, en — *miserabile dictu!* — ons eigen Burgerlijk Wetboek plaatsten zich op dit valsche standpunt. Natuurlijk stoorde zich en vroeger en later de practijk daaraan niet altoos veel, hetzij open-

lijk, hetzij bedektelijk. Om een paar voorbeelden uit onzen tijd te noemen: het Wetboek van koophandel bepaalt, dat wissels worden geaccepteerd door op den wissel te stellen een of meer woorden, die een acceptatie inhouden en deze formule te onderteekenen. Het levend volksrecht accepteerde wissels door de enkele handteekening en in flagranten strijd met de machtspreuk van art. 3 A. B. stelde dit gewoonterecht de bepaling van art. 115 W. v. K. gemoedelijk ter zijde. Zoo floreeren de makelaars in onroerend goed pseudoniem in spijt van de wet. Zoo geschiedt herprolongatie en herbeleening van effecten geregeld, al verbiedt de wet, dat het pand ga uit de handen van den pandhouder. Zoo stellen de door Saleilles zoo genoemde *contrats-d'adhésion* vaak heel wat aanvullend recht door gewoonterecht buiten werking. En zoo is er meer. Maar in tal van andere gevallen nam men het ernstiger met dit Overheidsbevel en dan steeds ten koste van het recht. Codificatie van het volksrecht door de Overheid beteekent dus niet, dat het daardoor Overheidsrecht wordt. Zij heeft geen meerdere beteekenis, dan dat daardoor eenheid en vastheid wordt erlangd, in dier voege, dat partieele gewoonte daaraan niet kan derogeeren en dat alle op het tijdstip der codificatie bestaand volksrecht, dat met haar inhoud in strijd is, ten doode wordt gedoemd. Maar de latere algemeene gewoonte blijft de levende macht van het volksrecht, die het van Overheidswege gecodificeerde volksrecht voortdurend wijzigt en vervormt naar de behoeften der practijk; zij geldt vóór de bepalingen zoowel van dwingend als van aanvullend recht, die dit gecodificeerde volksrecht bevat.

Thans de tweede vraag: hoe verhoudt zich het volksrecht tegenover het Overheidsrecht? Onder Overheidsrecht, laat het mij nog eens mogen zeggen, versta ik nu alleen dat deel van ons privaatrecht, dat om zoo te zeggen door de Overheid van buitenaf is ingevoerd met de bedoeling, om in een of ander opzicht harerzijds bewuste leiding te geven aan de rechtsontwikkeling, zulks in tegenstelling met de zuivere boeking van door het volk zelf gevormd recht. Al zijn beide formeel in onze wetboeken gelijkgesteld en

daardoor niet altoos gemakkelijk te onderkennen, in aard loopen beide principieel uiteen. — Bij het antwoord op deze vraag nu moet men weer tweeërlei onderscheiden. Een deel toch van de bewuste rechtsvorming door de Overheid bestaat uit wat ik zou willen noemen een *formeele* bemoeïing met het privaatrecht. De vaststelling van huwelijks- en testamentsformaliteiten, de regeling van termijnen, de invoering van bepaalde vormen voor in 't leven roepen en overdragen van zakelijke rechten en dergelijke laten door hun aard geen wijziging door het volksrecht toe; ze zijn juist ingevoerd omdat het volksrecht door den aard van zijn werking in zulke behoefte niet of niet voldoende kon voorzien en daardoor onzekerheid en verschil doet ontstaan. Ware nu wijziging door het volksrecht mogelijk, dan zouden dergelijke formeele bepalingen van Overheidsrecht hun doel eenvoudig missen.

Geheel anders echter staat het in die andere, talrijke rubriek van gevallen, waar de Overheid uit hoofde van *materieele* rechts-politiek in de rechtsontwikkeling ingrijpt. Elke dusdanige maatregel wordt ingevoerd met de bedoeling, dat zijn inhoud straks zelf levend volksrecht zal worden, en in de overgroote meerderheid der gevallen geschiedt dit dan ook, en is het verloop van zaken regelmatig. Vooral waar een stuk recht geheel of bijna geheel Overheidsrecht is geworden, zooals het familierecht, geschiedt zulks vrij geregeld, hoewel ook daar nog strijdige gewoonten zich weten te doen gelden, zooals met name in Frankrijk is bewezen. Blijkt echter genoemde veronderstelling na verloop van tijd onjuist, dat is, vormt zich een gewoonterecht, dat geheel of gedeeltelijk aan dien maatregel derogeert — natuurlijk met inachtneming van alle vereischten, waaraan zulk een gewoonterecht behoort te voldoen — dan moet dit gewoonterecht voorgaan. Zoo ook voelt het de practijk. Art. 1231-1^o B.W. is zonder twijfel een bepaling van Overheidsrecht en toch twijfelt niemand aan de rechtmatigheid der meer en meer in zwang komende gewoonte, met genoemde wetsbepaling in openlijken strijd, dat bij obligatie-leeningen aan de houders van

schuldbrieven aan toonder recht van hypotheek wordt toegekend op de onroerende goederen van de vennootschap-schuldenaar. Op een ander verschijnsel van denzelfden aard vestigde Scholten dezen zomer de aandacht, namelijk het in de practijk veelvuldig voorkomend tijdelijk ontslag uit de hypothecaire inschrijving. Art. 1506 lid 1 en 2 B. W. zijn Overheidsrecht, maar wie stoort er zich aan, zonder dat men in ernst het recht geschonden acht? Onze verouderde bepalingen op de levensverzekering zijn alweer zeer zeker Overheidsrecht, en heeft niet het gewoonterecht der practijk in meer dan één punt in ongeveer lijnrecht tegenovergestelde richting zich ontwikkeld? En zoo zoude ik gemakkelijk kunnen doorgaan, om aan te toonen, dat een welgevestigd gewoonterecht ondanks alle verzet der wet voor ons rechtsbewustzijn behoort te derogeeren aan het materieele Overheidsrecht. In den regel zal het vooral door invloed der rechtspraak, waarover zoo aanstonds, in het volksrecht worden opgenomen. Maar in die gevallen, waarin zulks niet geschiedt, zal de gewoonte, dat is het volksrecht, moeten praevaleeren. Art. 5 A. B. is dan ook een legislatieve misgreep, niet minder dan art. 3. Het is in den volstrekt algemeenen zin, waarin het daar staat, een groot woord, meer niet.

Dat buiten dit alles het levend volksrecht zelf het gecodificeerde volksrecht zoowel als het Overheidsrecht voortdurend *aanvult*, ook al niet precies in harmonie met art. 3 A. B., laat ik verder ter zijde. Men legge eens ons wettelijk verkeersrecht naast het werkelijk geldende, men denke eens aan ons zeerecht, het reglement van den Effecten-handel en zooveel meer, en ieder zal toegeven, dat het stelsel onzer wet met haar „Allgesetzlichkeit” een zuivere fictie is, maar een fictie, die vaak nog maar al te zeer haar verderfelijke gevolgen doet gevoelen. Andere wetboeken zijn ons voorgaan om in dezen de juiste verhouding tusschen Overheidsrecht en volksrecht te herstellen, het is wenschelijk, dat ook ten onzent de wet met de werkelijkheid zal worden in overeenstemming gebracht.

Thans de derde vraag: de verhouding van den rechter tegenover

volksrecht en Overheidsrecht, allicht wel de neteligste van de drie, die ik stelde. Ik merk daarbij vooraf op, dat buiten mijn betoog valt de taak, die de rechter heeft te vervullen *krachtens de wet zelf*, wanneer allerlei opzettelijk soepel gestelde termen de beslissing aan zijn oordeel opdragen. Ook blijft hier buiten bespreking de vraag, hoe hij zich heeft te kwijten van zijn taak *naast de wet*, waar deze zwijgt. Ik laat deze vragen liggen, omdat het mij niet te doen is om een volledige teekening van de rechterlijke functie, maar ik meer bijzonderlijk zijn verhouding wensch te bezien tegenover volksrecht en Overheidsrecht, zooals deze door elkaar gestrengeld en formeel tot één geheel zijn gemaakt in onze codificatie.

De moeilijkheid is hier, zooals wij zagen, dat theorie en praktijk elkander absoluut niet dekken. De theorie luidt, dat de rechter naar de wet recht spreekt en zich met haar innerlijke waarde en billijkheid ganschelijk niet inlaat noch mag inlaten. En terwijl zoo de theorie leert, zien we in de praktijk als werkelijkheid, dat de rechter de eene maal zich aan die theorie niets stoort en de andere maal haar zoo streng mogelijk neemt. Als art. 1353 B. W. naar de individualistische beginselen van het Romeinsche Recht de Kaïn's leer huldigt, dat men zijn broeders hoeder niet behoort te zijn, en daarop slechts zeer beperkte, door de traditie geijkte uitzonderingen toelaat, stoort de rechter zich daaraan weinig en weet wel een of anderen vorm te vinden, om, waar de billijkheid zulks gebiedt, zooals bij bepalingen in zake minimum-loon en maximum-arbeidsduur in bestekken, en meer andere gevallen, aan het recht zijn loop te verzekeren. Maar als een jonge man van twintig jaar een rechts-handeling verricht en zich straks, aangesproken in rechten, op de nietigheid dier handeling beroept, dan haalt geen rechter het in zijn hoofd, om te gaan zinnen en peinzen, dat deze man volkomen in staat was, om de strekking zijner handeling in te zien, dat dus de wettelijke grens der meerderjarigheid in dezen niet billijk werkt, en er dus een geschikt voorwendsel moet worden gezocht, om de billijkheid boven de geschreven wet te doen gaan. En beide malen

wordt zijn handelwijze door het rechtsbewustzijn ten volle gehonoreerd. Hoe komt dit nu, dat de ééne maal de rechter — zij het dan ook in verschillenden vorm ter wille der wettelijke theorie — wèl de billijkheid der wet beoordeelt en die wet voor zooveel noodig ter zijde schuift, en de andere maal het wettelijk gebod in werkelijkheid getrouwelijk opvolgt, waar toch evenzeer de billijkheid in het gedrang komt?

Dat het waarlijk tijd wordt, om te trachten in dezen tot helderheid te komen, springt in het oog. Immers, wat krijgt men, zooals het nu gaat? Dit, dat eenerzijds de mannen der zoogenaamde vrije rechtspraak de ééne rubriek van gevallen generaliseeren, en dan naar de conclusie grijpen, dat de rechter zich aan de wet niet heeft te storen en alleen zijn eigen rechtsgevoel heeft te raadplegen, iets wat toch in ernst niemand kan volhouden. En anderzijds wordt òf doctrinair aan de wet vast gehouden en zoo voor het werkelijk rechtsleven een wettelijk Procrustes-bed in elkaar geschroefd, òf komt men tot een onwaren toestand, waarbij de schijnbare handhaving der wet de werkelijke rechterlijke werkzaamheid niet dekt, terwijl toch zulk een juridisch auguraat met wat wij in onze rechterlijke macht bezitten en wenschen te bezitten in pijnlijke tegenspraak is. Ik wil alzoo trachten, de hoofdzaak, waarop dit probleem naar mijn meening vast zit, U voor oogen te stellen, om daarna nog het beeld met een paar neven-opmerkingen te retoucheeren.

De ontwikkeling van het privaatrecht heeft, zooals ik straks zeide, er toe geleid, dat de Overheid, buiten haar opteekening van het volksrecht, zich hoe langer hoe meer is gaan bemoeien met de privaatrechtsordening door onmiddellijke bewuste rechtsvorming harerzijds. Die bewuste rechtsvorming had vooreerst ten doel, eenheid en vastheid te brengen in het recht. Termijnen, ontstaan en overdrachtvormen voor rechten, bepalingen als deze, dat hypotheek zal gelden voor onroerend en pand voor roerend goed, de onderlinge rangregeling der verschillende privilege's en zooveel meer, zijn uitvloeisels dezer werkzaamheid. Maar naast deze meer

formeele bemoeienis is de ontwikkeling deze geweest, dat materieel heele stukken van het oude universele volksrecht overheidsrecht zijn geworden, terwijl andere geheel of zoo goed als geheel volksrecht zijn gebleven, en door het volk zelf, door bepaalde volkskringen in handel en bedrijf of door natuurlijke juridische leiders als de notarissen en de advocaten in hun kabinets-practijk, zijn ontwikkeld en omgevormd.

Bezie men nu nader den aard van deze, door den natuurlijke ontwikkelingsgang uiteenlopend behandelde, brokken recht, dan blijkt, dat de vraag, welk stuk Overheidsrecht is geworden, welk stuk is gebleven volksrecht, steeds is beheerscht door *de verhouding van de volksovertuiging tot zulke vraagstukken*. Was omtrent een onderwerp de volksovertuiging een algemeene, hetzij van het geheele volk als zoodanig, hetzij van den volkskring, dien het instituut meer onmiddellijk aanging, dan werd Overheidsinmenging als enkel belemmering gevoeld en mitsdien veelal intuïtief vermeden, of geschiedde ze tóch, door de eigen voortgezette rechtsvorming van het volk zelf ter zijde geschoven. Maar ontstond omtrent een onderwerp ingrijpend verschil van overtuiging onder het volk zelf, of ook, raakte de juridieke finesleur van het volk op te grooten afstand van de logge en trage massa, dan werd behoefte gevoeld aan bewust ingrijpen door de Overheid. Vandaar dat vraagstukken als van het huwelijk, de echtscheiding, de wettige en natuurlijke afstamming, de ouderlijke macht, de voogdij, de hoofdbeginselen van het erfrecht, de arbeidsverhoudingen, die onmiddellijk het moreele en het rechtelijk leven des volks raakten in zijn gewichtige en daardoor meer blijvende groote factoren, en daar allerlei zeer gevoelige religieuse, moreele en economische snaren deden trillen, en zoo tot vaak groot verschil van inzicht voerden, tot Overheidsrecht werden. Vandaar dat het verkeersrecht, dat gaat over bij den dag wisselende belangen bij den goederen-omzet, roerend vooral in onzen tijd, maar ook nog voor zoover het onroerend goed betreft, grootendeels volksrecht bleef, omdat het gedragen was en

bleef door algemeene moreele en economische overtuigingen, die vrijwel gemeen goed zijn. Dat het gegeven woord bindt, dat ook de eenzijdige belofte nakoming verdient, de wederzijdsche hoofdverplichtingen bij contracten als koop, huur en leening, welke de handelwijze van een goed koopman is in het verkeer, de eisch der goede trouw, dat alles zijn dingen waaraan men zich wel kwaadwillig kan pogen te onttrekken, maar waarover onder het volk of in den betrokken kring geen ingrijpend verschil van opinie bestaat. In hoeverre de eigendom als volstrekt recht ten bate van anderen mag en moet worden beperkt, dat moet en kan ook best de ontwikkeling der volksovertuiging zelf uitmaken. En zoo is het in het verkeersrecht bijna overal.

Zoo is het ook verklaarbaar, hoe het komt, dat in het huwelijksrecht op die punten, waar wèl een algemeene volksovertuiging bestond, het Overheidsrecht werd afgeknabbeld. Bij ons ziet men dit minder, omdat bij ons de rechter de recepten van Montesquieu, zooals die in de wet A. B. zijn opgenomen, heel wat meer conscientieus heeft toegepast, dan in diens geboorteland geschiedde. Daar voelde de rechter zich meer, ondanks alle theorie, de geestelijke erfgenaam der oude fransche parlementen. En zoo heeft in Frankrijk op die punten, waar een krachtige volksovertuiging bestond, deze volksovertuiging heele stukken Overheidsrecht weten te vervangen door volksrecht. Zoo heeft men de rechtspositie der getrouwde vrouw heel wat verruimd, zoo heeft men het verbod van onderzoek naar het vaderschap door de delicts-actie zooveel doenlijk uitgehold. Waar in zulke materie de Overheid haar taak verzuimde, deed het volksrecht zich weer ten slotte zelf gelden. Zoo is het ook verklaarbaar dat, waar het volksrecht voelt zich zelf niet te kunnen redden, hetzij door gebrek aan eenheid van overtuiging, hetzij doordat de bestaande overtuiging kwaadwillig wordt getrotseerd, om Overheids-ingrijpen wordt geroepen. De naamlooze vennootschappen en de levensverzekeringsmaatschappijen vragen zoo om Overheidsrecht. Zoo schijnt de practijk niet tot een overtuiging te

kunnen komen over de vraag, in hoeverre saldo-rekening bij rekening-courant beroep op de achterliggende transactie's behoort uit te sluiten, en ware een wettelijke bepaling dienaangaande wellicht wenschelijk. Daarentegen weet weer de Effectenhandel zich haar eigen recht te scheppen en door te voeren. Zoo verklaart zich ook de uitbreiding der Overheidstaak in het privaatrecht als een gezond verschijnsel, omdat bij toenemende cultuur uiteraard ook het privaatrechtsleven hoe langer hoe meer van het onbewuste naar het bewuste overgaat. Gaat eens het socialisme meer doorwerken ook in het privaatrecht, dan zal er nog veel meer volksrecht Overheidsrecht worden. Op zich zelf is deze uitbreiding van het Overheidsrecht niet ongezond, mits maar de overheid begripe, dat haar recht steeds bestemd is om aan *principieelen* strijd een einde te maken en zich dus ook tot het stellen van algemeene regelen heeft te beperken. De misslag begaan, toen de Overheid bij de kindrewetten terecht conform de volksovertuiging het ouderlijk gezag een breidel aanlegde, maar in plaats van de uitwerking dezer beginselen aan volksrecht en rechter over te laten, zelf eigenwijs dat alles wilde regelen, zal wel een heilzame waarschuwing voor de toekomst blijven.

Welnu, dit onderscheid in aard en karakter tusschen het volksrecht en het Overheidsrecht is de wezenlijke factor, die, zie ik wel, de verhouding van den rechter tot die beiden bepaalt. Omdat die beide in aard zoo uiteenloopende stukken recht formeel in onze codificatie tot een eenheid zijn gemaakt, schijnt het zoo wonderlijk, dat de rechter zich de eene maal tegenover dat gecodificeerde voorschrift zoo vrijmoedig gedraagt, en het de andere maal onverbiddelijk handhaaft to the bitter end. Toch heeft hij gelijk, dat hij dat doet.

Immers zijn taak tegenover die beide loopt op één belangrijk punt uiteen, te weten: *het toetsen van het voorschrift der wet aan de billijkheid*. Daar waar zich een *gewoonterecht* heeft gevestigd, dat aan de vereischten voldoet, moet dit gewoonterecht gaan zoo-
wel vóór het Overheidsrecht als voor het volksrecht, zooals die

zijn gecodificeerd. In zooverre staan beide gelijk. Maar daarmee houdt de overeenstemming van des rechters taak tegenover die beide op.

Tegenover het *volksrecht* staande, heeft hij tevens de vraag te overwegen, of het voorschrift van het volksrecht in het concrete geval, dat aan zijn oordeel wordt onderworpen, tot onbillijkheid voert. Daartoe is hij een geschikt orgaan. Hij staat met het volksleven niet in onmiddellijk verband, omdat hij niet, zooals de Overheid, door het legislatief apparaat daarmede in contact is gesteld; dat kan niet, omdat hij alleen, ad hoc rogatus, optreedt om geschillen te beslechten en dus vóór alles aan bijzondere en directe invloeden moet worden onttrokken. Maar wel leeft hij, behoort hij althans te leven, midden in het maatschappelijk verkeer. Wordt hij nu geroepen tot de toepassing van recht, dat volksrecht is, dat alzoo naar zijn aard hem voor de taak stelt om òf belangen af te wegen — een zuiver verstandelijke appreciatie dus — òf te oordeelen over rechtsregelen, waarbij alleen beginselen betrokken zijn, waarover geen ingrijpend verschil kan bestaan, dan is hij als rechter met al de eigenschappen en bevoegdheden toegerust — mits onze procedure anders worde geregeld —, noodig, om zulk een voorschrift — niet thesi generali, maar in concreto —, aan de billijkheid te toetsen. Vandaar dan ook, dat de arrêts de reglement moesten verdwijnen, zoodra de Overheidstaak meer op den voorgrond kwam, want alleen de volksgewoonte en de Overheid mogen en kunnen bij algemeene dispositie het volksrecht wijzigen. Daarvoor mist de rechter den factor van het direct verband met het volk. Maar wèl zal zijn uitspraak in concreto, die een voorschrift van volksrecht doet wijken voor de billijkheid, allicht zelf volksrecht worden, doordat het de rechtsgewoonten van het volk wijzigt, indien in gelijksoortige gevallen gelijke beslissing volgt. Niet alleen naast, maar ook tegenover het volksrecht is hij orgaan der billijkheid. Het Beiersche Gerechtshof, dat indertijd de veelbesproken beslissing gaf, waarbij de exploitatie van een spoorweg op zich zelf en zonder meer reeds voor culpoos werd verklaard, debiteerde een

dogmatische dwaasheid, maar in wezen vervulde dat Hof zijn taak als rechter uitnemend, door ook buiten schuld aansprakelijkheid voor schade te erkennen. Het sinds eeuwen geldend verbintenissenrecht erkende aansprakelijkheid uit overeenkomst, uit schuldig toebrengen van nadeel en in enkele met name genoemde gevallen van schuldloos onrecht. Wat zou den rechter beletten, deze laatste uit te breiden, voor zoover de billijkheid zulks gebiedt en het rechtsbewustzijn dit vordert? Art. 1269 B.W. wellicht? Of het feit, dat de oudere leer valschelijk heel dit gebied niet anders dan onder het licht van het schuldprincipe vermocht te zien? De wetgever deed, toen hij dit alles boekte, toch niet anders dan het toenmalig volksrecht opteekenen zooals hij het vond. Maar daarmee werd het toch geen Overheidsrecht. Men kan met Prof. Kusters van oordeel zijn, dat art. 3 A. B., zolang het er staat, een beroep voor den rechter op de recht-scheppende of recht-afschaffende gewoonte uitsluit, maar art. 11 A. B. kan voor *deze* vraag, de vraag der billijkheid, toch moeilijk gelijke belemmering opleveren.

Bij het volksrecht moet en kan de rechter alzoo de billijkheid doen gaan boven het gecodificeerde recht, omdat de aard van het volksrecht meebrengt, dat over den inhoud dier „billijkheid”, dat „hooger recht”, geen ingrijpend principieel verschil kan bestaan.

Geheel anders is dit bij het Overheidsrecht. Voor zoover dit dient om eenheid en vastheid te brengen, sluit het juist daardoor een toetsing door den rechter aan de billijkheid uit, de heele regeling zou daardoor haar doel missen. Maar ook daar, waar de Overheid nieuw recht invoert ter verbetering en ontwikkeling van het bestaande recht, eischt de aard van dat recht, dat de rechter het stiptelijk toepasse. Dergelijk Overheidsrecht is de resultante van een in den regel vrij langdurig wordingsproces. Het wordt niet aanhangig gemaakt, tenzij er uit het volk zelf gezaghebbende stemmen voor opgaan. Dan wordt door de publieke opinie het pro en contra overwogen, en de volksvertegenwoordiging laat er haar oordeel over gaan. Wat zóó eenmaal is ontstaan als vrucht

van den schok der meeningen, behoort niet nogmaals door den rechter aan de billijkheid te worden getoetst. Lukt de maatregel niet, ontstaat een strijdige gewoonte, dan behoort deze op den duur vóór te gaan, dan is het oogenblik aangebroken, dat het Overheidsrecht „in desuetudinem abiit”, en dan is ook de rechter daaraan niet meer gebonden. Maar tot zoolang passe hij het toe naar den geest, waarin het is gegeven. Aan „hooger recht” mag hij het niet toetsen, de „innerlijke waarde en billijkheid” heeft de wetgever beoordeeld en daaraan is de rechter gebonden.

Kan hier dan geen strijd met de billijkheid ontstaan? Zeer zeker kan dat, zoo goed als dit het geval is met het volksrecht. Welnu, hier is de plaats voor een afzonderlijk orgaan voor de billijkheid, waarvan ik straks reeds sprak.

Reeds nu erkent de wet zelf de behoefte aan billijkheidstoepassing bij het Overheidsrecht op meer dan ééne plaats. Ik zeide zooeven, dat geen rechter er aan zal denken, om op grond van billijkheid te gaan tornen aan de meerderjarigheids-grens, en terecht. Maar de wet zelf heeft in het instituut der *venia aetatis* den weg geopend, om de billijkheid te doen triumfeeren over het Overheidsrecht. Zoo stelt art. 86 vaste leeftijds-grenzen voor het aangaan van een huwelijk, maar geeft lid 2 de mogelijkheid van dispensatie door den koning wegens „gewichtige” redenen. Art. 88 regelt huwelijksbeletselen wegens te nauwe verwantschap, en weer kan de koning dispensatie geven. De regeling van den burgerlijken stand is typisch Overheidsrecht, en daaraan mag niet licht getornd. Maar als iemand, zooals voorkwam, van zijn voorouders den illustren naam van Zweetbroek geërfd heeft en hij deze erfenis zelfs niet onder beneficie van inventaris kon aanvaarden, maar een onverbiddelijke *saisine* hem en de zijnen levenslang daarmee opscheept, dan vereischt de billijkheid, dat de huwelijkskans zijner dochters niet lijde onder deze min frissche nomenclatuur, en art. 63 v.v. B. W. openen hem dan ook een beroep op den koning. Genoeg om te doen zien, hoe noodig de wetgever zelf

den billijkheids-uitweg acht. De wet van '55 op het vereenigingsrecht is Overheidsrecht en bij het proces over de vereeniging, die den termijn der rechtspersoonlijkheid liet verstrijken, was het juist, dat de rechter strict recht toepaste, maar had er een orgaan der billijkheid behooren te bestaan, dat hier hooger recht deed gaan boven het positieve recht. Of men nu hiervoor, zooals in bovengenoemde gevallen, den koning wil nemen, of dat men de civiele cassatie, die in haar huidigen vorm toch al sinds lang geen ongeschokte reputatie van doelmatigheid meer geniet, wil vervangen door den Hoogen Raad te doen oordeelen over dergelijke en aanverwante gevallen, en hoe de aansluiting aan en het toezicht op de straks genoemde billijkheids-rechtspraak der lagere college's ware te regelen, is een kwestie van practische organisatie en kan dus hier ter zijde worden gelaten. Genoeg, zoo maar vaststaat, dat zoowel de geschiedenis als het geldend recht, zoowel door wat het doet, als door wat het niet doet, er duidelijk op wijzen, dat een billijkheids-orgaan als veiligheidsklep in de rechtsordering niet mag ontbreken.

Daarmede is naar ik meen, verklaard hoe het komt dat de rechter nu eens vrije rechtspraak, openlijk of bedekt, uitoefent, dan weer gestreng de wet toepast en dat zulks in beide gevallen door ons rechtsbewustzijn wordt gehonoreerd. Daarmee is ook in beginsel een richtsnoer gegeven, om hem te behoeden voor knechterij aan de wet eenerzijds, voor bandeloosheid anderzijds. Komt hij te staan voor de toepassing van een wettelijke bepaling, dan onderzoek hij aan de hand van de rechtsgeschiedenis, van aard en strekking der bepaling, aan de hand ook van het geheele verband, waarin zij toepassing heeft te vinden in het leven, of hij te doen heeft met een voorschrift, dat aan de billijkheid-in-concreto door hem mag en moet worden getoetst of wel, dat hij staat voor een regel, dien hij als rechter, krachtens zijn taak, aan hoogere kritiek te onderwerpen niet bevoegd is. Van die kritiek heeft hij zich te onthouden, waar het recht strekt om eenheid en vastheid te brengen, om beslissing te geven in principieele geschillen, die het volksleven verdeelen of

om de rechtsontwikkeling in bepaalde richting bewust vooruit te stuwen. Maar als het toe te passen recht òf moreel indifferent is òf berust op principes, die algemeen volksbezit zijn, hetzij van het geheele volk of van den kring, dien het aangaat, dan is hij de man, om door geleidelijke voort-ontwikkeling dat recht te wijzigen ook door toetsing aan de billijkheid, niet thesi generali, dat is Overheidswerk, maar naar den aard van zijn rechterlijk ambt steeds in concreto. Aan „arguments de façade” heeft hij dan geen behoefte meer, om het gebruik zijner vrijheid te vermommen. Maar tevens blijft dan de eenheid en de vastheid des rechts bewaard, de codificatie behoudt haar betrekkelijke, maar groote waarde en tot voortdurende herziening, waarvan, naar den onsterflijken parlementairen zielekreet van Klaas de Jong, toch niets komt, bestaat dan geen aanleiding.

III.

Met het voorgaande heb ik, om zoo te zeggen, het positief-rechtelijk deel van mijn taak volbracht, thans rest mij nog het wetenschappelijk peillood wat dieper te laten zinken in de troebele wateren, waarin ik trachtte den bodem te vinden, en U aan te wijzen den wijsgeerigen misgreep, die tot op den huidigen dag ons vraagstuk verdorven heeft. Die misgreep schuilt in de leer van het objectieve recht zelf, en wel hierin, dat men het wezen van dat objectieve recht zocht in den wil. Dat wilsdogma is het, dat de booze demon van het privaatrecht is geweest. Van twee kanten tegelijk heeft het zijn giftige werking weten te volbrengen, van den kant van het subjectieve recht en van den kant van het objectieve recht. Met dit laatste heb ik hier thans te doen. Ik ga U dit als sluitstuk van mijn betoog nog summierlijk toelichten.

De wilsleer is tot ons gekomen uit het Romeinsche recht, al is de doctrinaire vorm, waarin ze vaak werd en wordt ingekleed, van den lateren tijd. Het Romeinsche volk zocht de kracht zijner rechtelijke organisatie in de toerusting van een betrekkelijk klein

aantal volksgenooten, de *patres familias*, met een stel in absoluten vorm gevatte rechten, die men beschouwde als machtsmiddelen voor den daarmee bekleede, om zijn wil door te zetten. Aan dezen wil werden de andere leden der volksgemeenschap onderworpen, zoo rechteloos, als de aard der verhouding maar eenigszins gedoogde. Het huwelijk was juridisch een verhouding van consensus en dissensus; de verhouding van den man tegenover de vrouw was *manus*, tegenover de kinderen *potestas*. De eigendom was de privaatrechtelijke *plenitudo potestatis* van het *ius utendi et abutendi*, het servituut geen wederzijdsche gemeenschapsverhouding van doen en laten, maar een minus op een volstrekt recht, dat tot geen positieve praestatie verplichten kon. Het geheele verbintenissenrecht berustte op eigen wil of schuldige inbreuk op eens anders wilssfeer. Kortom, heel het Romeinsche privaatrecht in al zijn geledingen steunde op de individueele wilsidee. En toen het Romeinsche volk onder de toenemende cultuur tot zelfbewustzijn kwam, was het de wijsbegeerte der Stoa, die op de toongevende juristen beslag legde, hen van intuïtieve *practici* goeddeels tot systematisch-wijsgeerige denkers maakte, hen zoo de rechtsinstellingen deed doortrekken van den stoïcijnschen geest en daardoor nog een exponent gaf aan wat in den volksgeest reeds sluimerde en onbewust in het recht zich geopenbaard had.

Was zoo de kern van het subjectieve recht gelegen in de wilsmacht, van het objectieve recht gold precies hetzelfde. Een regel van objectief recht was voor het Romeinsche volksbewustzijn een wilsverklaring, hetzij van het volk als geheel, van den Senaat, van den magistraat of later van den keizer.

Bewust geschiedde die wilsverklaring in *lex* of *plebiscitum*, *Senatus-consultum* en *constitutio*, onbewust in het gewoonterecht door *tacitus consensus*. Al die wilsmacht concentreerde zich ten slotte in den princeps, zijn wil werd de uitsluitende rechtsbron. *Quod principi placuit legis habet vigorem*, — dat was de korte formule, waarin als slot van ontwikkeling de Romeinsche leer van het

objectieve recht werd saamgevat. En wat aldus aan objectief recht in den loop der eeuwen was geschapen, werd in het eind door Justinianus verzameld, geordend, aangevuld en afgesloten als zijn definitieve wilsverklaring. Hij noemde zich de *νομος ἐμψυχος*, de *lex animata*; het Corpus Juris Civilis was zijn gestolde wil, waaraan niet toe en waarvan niet afgedaan mocht worden tot in lengte van dagen.

Toen de Germaansche en Romeinsche rechtsbeschouwing in N.-Italië met elkander in aanraking kwamen, had de eerste het hard te verduren. Een tijdlang bleven ze los naast elkander staan, zoolang het personaliteits-principe gold, maar dat kon uiteraard niet duurzaam zoo blijven. Zoodra het territorialiteits-beginsel de overwinning had behaald, begon de lijdensgeschiedenis, die nog in ons huidig recht, naast zooveel zegen, dien ze bracht, op zooveel punten haar booze nawerking doet gevoelen, de versmelting namelijk van Romeinsch en Germaansch recht. Al was er heel wat crypto-Germaansch recht in de soluties, die de groote juristen der Noord-Italiaansche school, ter voldoening aan de rechtsbehoefte der opkomende steden, met den forceps van den mos Italicus aan den schoot van het Corpus Juris ontwongen, aan het Romeinsche recht bleef de zege. Op zich zelf had dit een groot voorrecht voor de Germaansche volkeren kunnen zijn, indien dit maar geschied ware met oordeel des onderscheids, want op veel punten won het Romeinsche recht het verre in voortreffelijkheid en bruikbaarheid. Maar met dat vele goede werden ongemerkt beginselen binnengeloodst, die pasten in de Stoïcijnsche levensbeschouwing, en in de Romeinsche maatschappij met haar eigenaardige martiaal-sociale structuur, maar die lijnrecht indruischten tegen het beste, wat de Germaansche volkeren in hun rechtsbeschouwing hadden meegebracht en wat erger was, die onvereënegbaar waren met de Christelijke levensbeschouwing, zooals die op de Germaansche volksziel had vat gekregen.

Van den aanvang af, zoodra zij stem in het kapittel kreeg, had de kerk voor het Romeinsche recht gekozen. *Ecclesia vivit lege*

Romana, zoo luidde haar lijfspreuk. Sinds sloeg zij op het rechts-terrein denzelfden weg in als op wijsgeurig terrein. Zooals zij hier de wijsbegeerte van Aristoteles als geheel overnam en haar enkel een christelijk kopstuk opzette, zoo nam ze daar ook het Romeinsche recht als geheel over, niet beseffend, wat met haar eigen leer strijdige beginselen zij daarmee op haar erve overbracht. Wel schiep ze ook hier haar eigen canoniek recht, maar in wezen was ook dit niet meer dan een kopstuk, een reeks amendementen en supplementen op het Romeinsche recht. En met dat lapmiddel was de fout niet te herstellen. Alleen waar de uitwerking der wijsgeerige en sociale beginselen in onmiddellijk, openlijk conflict kwam met de leer der Schrift, werden zij terzijde gesteld of gewijzigd. Maar waar dit minder duidelijk was, werden ze kortweg gereciperd.

Zoo werd, om één voorbeeld te noemen, het Romeinsch risico-beginsel van het „casum sentit dominus” als grondslag van het verbintenissen-recht ongewijzigd overgenomen. In de Romeinsche maatschappij paste dat beginsel uitnemend en werkte het uitnemend, daar was dominus alleen de pater familias, en trof hem dus ook de casus zijner onderhoorigen. Maar toen het christendom, dat in elk individueel mensch den beelddrager Gods eerde, gansch andere sociale opvatting bracht, moest dat beginsel fataal werken. Eeuwen lang heeft het in de christelijke landen onrecht gewrocht, tot eindelijk in den jongeren tijd de aansprakelijkheid van spoorweg-maatschappijen het doorbraak-punt eener andere leer is geweest, waarop de ongevallenregeling en andere maatregelen gevolgd zijn. En nog maar ten deele is men geslaagd om aan den noodlottigen klem te ontkomen, voor enkele bepaalde punten vond men heul, maar nog worstelt onze wetenschap in het leerstuk van de aansprakelijkheid tot schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad vruchteloos om een nieuw algemeen beginsel te vinden, dat past in een maatschappij als de onze, die op christelijk-zedelijken grondslag is gebouwd. En zoo ging het op zooveel andere punten.

Zoo werd ook de wilsleer voor het objectieve recht in de

Christelijk-Germaansche rechtswereld ingedragen. Zij paste in een tijd als die, waarin ze haar scherpe formuleering had gevonden, waarin de keizer als God zelf werd vereerd, waarin de onderdaan zoo weinig recht had, dat de met plenitudo potestatis uitgeruste vorst hem met pik besmeerd in zijn lustpark te branden zette ter verlichting zijner nachtelijke festijnen. En zulks met volkomen recht, immers: quod principi placuit legis habit vigorem, recht is al wat den vorst belieft, wat hij wil. Maar in onverzoenlijken tweespalt was dat met de Germaansche beschouwing, dat het recht een hoogere ordening is, die beide, vorst en volk bindt, en waaromtrent men gezamenlijk zijn overtuiging heeft te formuleeren als positief recht, onder eeren van elks rechtmatige bevoegdheid. En in nog vlammender strijd was het met de leer van een Evangelie, dat een Overheid alleen kent als dienaarsses Gods, maar die dan ook zelf aan die wet Gods onderworpen is, en dat in den onderdaan den mensch zoo hoogelijk eert, als in grootsche beeldspraak hem wordt aangezegd, dat zijn opperste Heer in de hemelen tot zelfs de haren op het hoofd van Zijn geringsten onderdaan geteld heeft, zoodat daarvan niet één straffeloos kan worden gekrenkt.

Die strijd moest zich natuurlijk zoowel in de feiten als in de theorie openbaren. De beide machthebbers in de als één geheel gedachte Christenheid, de paus en de keizer, hadden elk op zijn terrein, bij hun begeerlijkheid naar een humanistische souvereiniteit, met de Germaansche rechtsbeschouwing te worstelen, de paus in het concilie en de keizer in de stenden. Paus en keizer mochten onderling verschillen over het aantal zwaarden, dat van Godswege was uitgereikt, beide gingen hierin accoord, dat hun onderdanen tegenover hen zelfstandig recht niet konden doen gelden. Maar de Germaansche traditie leerde anders. Die strijd vond weerklink in de theorie, en met de haar eigen denkkraft greep de scolastiek de kwestie onmiddellijk in het hart. De vorm, waarin dat geschiedde, was deze, dat de vraag werd gesteld of en in hoeverre wil (voluntas) of redelijke overtuiging (intellectus) de eigenlijke substantie van

het recht was. De oudere, realistische richting sloot zich aan bij den Germaanschen gedachtengang en transponeerde dien in het metaphysische aldus, dat de *lex naturalis* was te beschouwen als een van den wil onafhankelijke „*actus intellectus*”, een „*lex indicativa*”, waarbij God niet als wetgever, maar als *praeceptor* door de rede werkte; het recht was alzoo in Gods wezen, niet in Zijn wil gegrond, en vormde een voor God Zelf onveranderlijk oordeel van den intellectus over het gerechte. Het nominalisme stond daar lijnrecht tegenover en leerde, dat het recht een eenvoudig wilsbevel Gods was, een „*lex praeceptiva*”, die alleen als zoodanig bond, omdat God als wetgever het zoo wilde. De heerschende meening zocht daartusschen de solutie, maar overwegend naar de zijde van het eerste, realistische, standpunt, en leerde dan, dat het recht was het uit het Goddelijk Wezen noodwendig voortvloeiende en door de, in dat Wezen zelf liggende, *natura rerum* onveranderlijk bepaalde oordeel over het gerechte; slechts de onmiddellijke verplichtende kracht van het recht vloeide voort uit den Goddelijken wil. Dat werd alsnu de basis der scolastieke rechtsleer; wat het recht tot recht maakte was het „*judicium rationis, quod sit aliquid iustum*”.

Maar deze opvatting geraakte, vermoedelijk vooral door de receptie van het Romeinsche recht, op den achtergrond. De wilsleer won het pleit. Ongemerkt schoof men ook naar het wilsterrein over in de school van groote juristen, die in Genève bij Calvijn hun levensbeschouwing hadden gevonden, en alsnu die poogden uit te werken voor het rechtsterrein. Met hartstocht kozen ze partij tegen de leer van het „*Quod principi placuit*”, op het voetspoor van wat Calvijn zelf had geleerd in zake het zelfstandig recht der magistratus inferiores. Op de vraag „*Rexne a lege vel lex a rege?*” antwoordden zij zelfs zonder aarzelen in eerstgenoemden zin. Ze erkenden ook alle de Goddelijke wet, waaraan volk en vorst beide gebonden waren. Zoo absoluut als het Corpus Juris deed, nam men de wilsmacht ook niet. Maar ondanks dit alles ging het juiste rechtsbegrip zelf hun te loor, het stond hun naar

Romeinschen gedachtengang meer of minder bewust steeds voor oogen als de macht om zijn wil bindend te maken. En zoo geraakte men op het voor rechtsleer en rechtspractijk noodlottig spoor, dat men minder in het wezen des rechts zelf, dan in verplaatsing van het gezag verweer zocht tegen de valsche leer van het Quod principi placuit, zooals met name Bodinus haar vernieuwd had ten faveure der Fransche monarchie. Zoo werd het gezag van den vorst naar het volk verlegd. Hotman en Buchanan meer in „Lohmanniaanschen”, Languet meer in „Kuyperiaanschen” betoogtrant trachtten zóó een Calvinistische rechts- en staatsleer op te stellen. Tot Althusius den voorarbeid dezer mannen in een machtig, tot in alle onderdeelen doordacht systeem saamvatte, dat onder de inspiratie van den geweldigen worstelstrijd der Nederlanden tegen Spanje, die zich onder zijn oogen had voltrokken, tot stand kwam en aan de „doorluchte Staten van Friesland tusschen Vliestroom en Lauwerzee” werd opgedragen. Maar dat systeem, hoeveel sympathieke elementen het ook bevatte, berustte op een onjuisten gedachtengang, vandaar dat het later zoo gemakkelijk ontdaan werd van den goddelijken grondslag, waarop het was opgebouwd, en door Rousseau werd gebruikt als tuighuis, waaruit hij zijn wapenen haalde, om in het Fransche koningschap alle gezag te bestrijden.

Van de zijde, waarvan men alzoo vooral hulp tegen de wilsleer had mogen verwachten, kwam ze niet, en zoo bleef de wilsleer heel de wetenschap beheerschen. Leibniz mocht als kenner der middeleeuwsche wetenschap een zwakke poging wagen om tegen Pufendorff nog eens de stelling te verdedigen, dat het recht niet bindt „weil Gott es gewollt, sondern weil Gott gerecht ist”, zijn stem verklonk te midden van het rationalistisch trompetgeschal van het natuurrecht, dat van alle zijden het wilsdogma procla-meerde. In Montesquieu vond het den gematigden en concreten vorm, waarin de leer voor een goed deel de practijk op het vasteland in de negentiende eeuw zou beheerschen. Het dogma van den souverain, wiens wil de uitsluitende rechtsbron was, had in de

Bastille met haar „lettres de cachet” en in „le parc aux cerfs” een al te aanschouwelijke gestalte aangenomen, dan dat men niet weer eens een middel zou beproeven om tot beter standpunt te geraken. Dat meende men nu gevonden te hebben in het dogma van den almachtigen wetgever met zijn beide handlangers, de rechterlijke en de uitvoerende macht. De glorie van den monarch ging nu over op de wet, en deze werd thans met de wilsmacht toegerust. Zij zou nu de uitsluitende rechtsbron zijn.

Voor de zooveelste maal werd de traditie van Justinianus vernieuwd en meende men in strijd met de historie den rechter te kunnen en te moeten maken tot spreekbuis van den wetgever. Zijn werk, in den gedachtengang van het wilsdogma op zich zelf al zoo misleidend als „interpretatie” aangeduid, bestond hierin, naar men meende, om den wil van den wetgever uit te vorschen en geldend te maken. Zelfs Savigny, gedrenkt als hij was door zijn Romanistische studiën in de wilsleer, accepteerde die leer met huid en haar. De rechter moet zich „in Gedanken auf den Standpunkt des Gesetzgebers versetzen, und dessen Thätigkeit in sich künstlich widerholen, also das Gesetz in seinem Denken von Neuem entstehen lassen”. Interpretatie was dus „die Reconstruction des dem Gesetze inwohnenden Gedankens”, wat dan te geschieden had met het bekende viertal hulpmiddelen van de grammatische, logische, historische en systematische uitlegging. Zoo, meende hij, kreeg men een duidelijk en compleet beeld van den wil van den wetgever. En hunnerzijds bedoelden de oudere commentatoren van den Code Civil in Frankrijk met hun historisch-analytische methode niets anders.

Toen men met dit recept niet uitkwam, zocht men zoowel in Duitschland als in Frankrijk omstreeks het midden der vorige eeuw een anderen weg, om zijn doel te bereiken. De heerschappij van de synthetisch-dogmatische methode brak thans aan. Den wetgever werd met al zijn ontwerpen en beraadslagingen de deur gewezen, het onderzoek naar het vaderschap werd ook voor de wet verboden, de wet zelf en de wet alleen genomen, en nu op

grond dier wet getracht een systematisch-dogmatisch geheel te maken, waarmee wat soepeler te werken viel, dan met de wet zelf. Maar in plaats van de boeien van het historisme, die men pas had afgeschud, kreeg men nu de kluisters van het begrip, die niet minder knelden. Alras werd algemeene juridieke cachexie geconstateerd, en wees een nauwkeurige diagnose pandectitis en constructionitis als oorzaken aan.

En sinds werd de periode geopend, waarin wij thans leven, waarin men zoekt naar een ware theorie, die werkelijk weergeeft wat de rechter doet, die hem tegelijkertijd behoedt zoowel voor een jurisprudence de faits, een te groote indrukkelijkheid tegenover de feiten van het concreet geval, dat hem wordt voorgesteld, als voor te groote sleur door een jurisprudence de préjudices, en die hem toch tegelijkertijd de noodige vrijheid verzekert tegenover de wet. De regel „non contra sed praeter legem” helpt daarbij niet met al. Daarbij wordt de wet onderschat als richtsnoer en overschat als grens en ze geeft in 't geheel geen verklaring, hoe het komt, dat ons rechtsbewustzijn de ééne maal het contra legem toejuicht en de andere maal het streng veroordeelt. Evenmin helpt een woordgeknutsel, dat zich tevreden stelt den schijn van wets-toepassing te bewaren, door zich vast te klampen aan wat er etymologisch in de wet staat of soms ook door een gelukkig toeval niet staat. Hoeveel talent men daarbij ook ten toon spreidt en met hoe wijze tact men uitersten weet te vermijden, dit loopt uit en moet uitloopen op een moderne glossatoren-practijk, die trouwens reeds den Romeinschen juristen bij de toepassing der Twaalf-tafelen-wet bekend was.

Het vóór alles noodige is, dat men breke met de fatale wilsleer voor het objectieve recht. Het wezen des rechts schuilt niet in den wil, noch van den vorst, noch van het volk, noch van den staat, noch van den wetgever, noch van de onpersoonlijke wet. De eisch van Gods gerechtigheid, daarin is het wezen des rechts gelegen. Om doelmatig te kunnen werken, moet dat recht zooveel

mogelijk vast en duidelijk worden geformuleerd en van eene formeele geboorte-acte voorzien, dat is, tot positief recht gemaakt. Dat geschiedt in de gewoonte, dat geschiedt door de wetgeving, dat geschiedt bij het rechterlijk vonnis, daarbij oefenen de historie, de aard der zaak en bewuste beginselen — van christelijk standpunt kan men zeggen de ordinantiën Gods in natuur en Schriftuur — hun invloed. Maar dat positiveeren van het recht, hoe waardevol ook waar het lukt, hoe onmisbaar zelfs, blijft altoos iets gebrekkigs. Telkens moet zelfs de wet, de meest bewuste vorm van positivering, uitdrukkelijk haar onmacht belijden en weer naar het rechtsbeginsel zelf verwijzen, hetzij met zoovele woorden of door opzettelijk kiezen van vage termen. En evenals de wetgever is ook de rechter gedwongen telkens weer naar dat ongepositieerde recht te grijpen ter aanvulling, soms ook ter verbetering van het positieve recht. Hoe en binnen welke grenzen, dat trachtte ik U daar straks nader uiteen te zetten.

Ziedaar, M.H., wat ik U over de bronnen van het privaatrecht te zeggen had. Het was mij te doen, om de werkelijkheid frank en vrij onder de oogen te zien, om te trachten U die werkelijkheid te verklaren, om te pogen eindelijk een vast standpunt in en tegenover die werkelijkheid te vinden. Het wilsdogma heeft veel te veel veld gewonnen. In Duitschland is het bijna almachtig, en ook in Engeland won het voet. Daartegen ga ons welbewust verzet. Op het terrein van het subjectief recht heeft het wilsdogma jaar op jaar invloed verloren, maar in de leer van het objectieve recht heerscht het nog bijna oppermachtig, zij het ook in wisselenden vorm en onder verschillende benamingen. De wil speelt een belangrijke rol zoowel in publiek als in privaatrecht, maar zij vormt er het wezen niet van noch van de objectieve noch van de subjectieve zijde, dat is het wat wij moeten leeren inzien. Dan verdwijnen vanzelf mede de heerschende wanbegrippen, alsof de taak van het publiek gezag in „uitvoering” van wetten en die des rechters in „interpretatie” van wetten zou bestaan.

Met de gerechtigheidsidee in het recht wordt dan tegelijk de waarheid herwonnen. De rechter zal dan niet langer op valsche doctrinaire gronden onrecht behoeven te doen en zoo den rechts-eisch ten volle kunnen dienen, hij zal ook niet langer, als hij recht wil doen, de waarheid behoeven te vermoffelen onder allerlei valsche vormen. Zijn eenmaal de nevelen van het wilsdogma geheel weggetrokken, heeft men een heldere voorstelling gekregen van de mate, waarin de rechter gebonden is aan de wet en de mate, waarin hij vrijelijk recht doet naar gewoonte en billijkheid, dan zal men ook komen tot een juiste waardeering van wet en rechter beide. Hoe meer men het recht kan concretiseeren tot positief recht, ook tot wettelijk recht, hoe beter, want het wordt er vaster en bruikbaar door voor de toepassing. Maar waar dit door den aard der zaak is uitgesloten, daar late men den rechter vrijelijk en welbewust met het rechtsbeginsel zelf opereeren. Dat hij, om die taak te kunnen vervullen, heel wat minder legalistisch moet worden afgericht en meer rechtswijsgeerig en practisch-sociaal moet worden geschoold, gaat men thans dan ook van allerlei zijde inzien. Mannen als Beudant en Charmont, waarlijk toch geen abstracte idealisten of „blauwe” filosofen, hebben het in Frankrijk met kracht hun practischen vakgenooten voorgehouden en Mr. Meyers heeft in zijn ambtelijke aanvaardings-rede gelijk vermaan onzen vaderlandschen juristen nog eens op het gemoed gedrukt.

Ik sluit mij daarbij uit warme overtuiging aan. Het legalisme heeft heel wat vaagheid en onzekerheid omgezet in concreet bezit en in helderheid; maar als product van het rationalistisch natuurrecht, als stelsel der „Allgesetzlichkeit” heeft het uitgediend. Slechts in schijn heeft Von Savigny het pleit verloren. Op de hoofdzaak heeft hij na een eeuw van ervaring een schitterende overwinning behaald. Wat men daardoor verliest, is niet veel meer dan valsche schijn, wat men wint is een drietal voor een gezond rechtsleven onontbeerlijke schatten: gerechtigheid, waarheid en verband met de realiteit van het maatschappelijk leven.

Het academisch jaar, dat heden eindigt, kenmerkte zich door de rustigheid, waarmee het verliep. Het leverde ganschelijk geen groote momenten op noch in bonam, noch ook, gelukkig, in malam partem. Vandaar, dat de annalen, die ik had te schrijven, ongemeen kort konden zijn.

Wat het geestelijk leven onzer Universiteit aangaat, verdient vermelding, dat besloten werd, om naast de gewone jaarvergadering van de Vereeniging voor Hooger Onderwijs op Gereformeerden Grondslag ook een jaarlijksche samenkomst te houden van wetenschappelijk karakter. De nadere bijzonderheden zullen spoedig worden geregeld, zoodat de eerste maal deze samenkomst nog in den loop van den aangevangen cursus zal kunnen plaats hebben.

Wat het uitwendige betreft, mochten de pogingen tot verkrijging van een betere huisvesting, die met ijver werden voortgezet, ook dit jaar nog niet met gunstigen uitslag worden bekroond. Hospitium en bibliotheek werden op de bekende voortreffelijke wijze bestuurd en verzorgd.

In de Commissie van Toezicht, bedoeld in art. 201 H. O. W., valt het verlies te betreuren van den heer Dr. P. J. F. Vermeulen. Aan zijn nagedachtenis blijven voor onzen Senaat de meest aangename herinneringen verbonden. Voorts mag vermeld, dat de Commissie haar samenwerking met onzen Senaat op dezelfde, immer welwillende wijze voortzette.

Het College van Directeuren zag door periodieke aftreding de gulle figuur van den heer D. Schut uit zijn midden verdwijnen

en de heer Krap werd gekozen om dit verlies te vergoeden. Hij is voor ons een oude bekende, dien wij met hartelijke vreugde in onzen kring zien terugkeeren.

In het Curatorium werd de vacature-Franssen vervuld door de keuze van onzen oud-Curator Mr. Th. Heemskerk. Ik behoef hem wel niet te zeggen, met hoeveel vreugde onze Senaat hem op zijn oude plaats ziet terugkeeren. Van harte heet ik hem welkom in ons midden; moge hij zijn groote gaven en rijke levenservaring thans weer volop aan onze Universiteit doen ten goede komen.

Ook de samenstelling van den academischen Senaat bleef dit jaar dezelfde. De onder het bestuur van mijn ambtsvoorganger benoemde hoogleeraren Sillevis Smitt en Grosheide aanvaardden hun ambt respectievelijk op 6 Dec. en 13 Dec. 1912, de eerste met een rede over „De beteekenis van het Gereformeerd beginsel voor de ambtelijke vakken”, terwijl Dr. Grosheide sprak over „Nieuw-Testamentische Exegese”. De ernstige ziekte, die den laatste niet lang na de aanvaarding van zijn ambt overviel, werd gelukkig ten goede gewend, zoodat hij nog voor het einde van den cursus weer in volle kracht zijn arbeid kon hervatten. Verdere uitbreiding van het aantal hoogleeraren blijft nog steeds de vóór alle andere gaande eisch voor het duurzaam welwezen onzer Universiteit.

Voorts valt in zake de hoogleeraren nog te vermelden, dat de heer Diepenhorst naar aanleiding van zijn arbeid in de Staats-commissie voor den Landbouw werd benoemd tot Ridder in de Orde van den Nederlandschen Leeuw.

Wat de studenten betreft zij vermeld, dat ik bij den aanvang van mijn rectoraat recenseerde 153 studenten, waarvan 73 theologie studeerden, 49 rechten, 19 letteren, 8 medicijnen, 3 rechten en letteren en 1 wis- en natuurkunde. Vóór de groote vacantie schreef ik in 9 studenten, waarvan 8 afkomstig uit Zuid-Afrika, een feit, dat door onzen Senaat op grooten prijs wordt gesteld. Voor den nieuwen cursus gaven zich ter inschrijving op 22 studenten, waarvan 1 uit Zuid-Afrika en 1 uit Noord-Amerika, zoodat het

gezamenlijk getal der ingeschrevenen 31 bedroeg. Onder dezen waren 23 theologen, 6 juristen, 1 literator en 1 medicus.

Promotie's hadden plaats: 3 in de theologie, 4 in de rechten, samen 7. Doctorale examens met gunstigen afloop werden afgelegd: in de theologie 3, in de rechten 4, in de letteren 4. Candidaats-examens in de theologie 11, in de rechten 4, in de letteren 2. Propadeutische examens in de theologie 13. Voorts werd afgelegd 1 examen volgens art. 135 H.O. en 2 twee admissie-examens met gunstigen afloop.

Tweemalen zag ik mij genoodzaakt een ernstige tuchtzaak ahangig te maken, die beide malen geen voortgang kon hebben, doordat de betrokken student zich door een verzoek tot schrapping uit het album daaraan onttrok.

Over het geheel kan alzoo met dankbaarheid op het verlopen jaar worden teruggezien. Toch blijft er veel te wenschen en veel te werken over, veel ook, waarvoor voortdurend ernstig gebed in en buiten onzen kring tot den Heere onzen God heeft uit te gaan.

Daarmee is mijn taak afgeloopen. Het is zonder twijfel eene groote eer, een jaar lang het hoofd en de vertegenwoordiger te mogen zijn van een instelling, waaraan zoovele mannen van beteekenis zijn verbonden geweest en nog verbonden zijn. Ik heb dat beseft en daarom ook gewaardeerd, dat mij die eer is te beurt gevallen. Toen mijn ambtsvoorganger het rectoraat op mij overdroeg, opperde hij het vermoeden, dat mijn taak mij, zooals hij het noemde, wel eens „verzuchtingen zou ontlokken”. Nu, zuchten is nu eenmaal mijn „fort” niet, maar dat ik mijn waardigheid, met al de daaraan verbonden eer, met meer vreugde neerleg, dan ik haar aanvaardde, dat is waar. Het rectoraat — men vergeve mij de min eerbiedige vergelijking — vervult in het leven van een hoogleeraar de rol, die een zwerm muggen speelt bij een rustige wandeling door een mooi zomerlandschap, men is geen oogenblik zeker, dat niet allerlei kleine, stekelige stoornissen

intellect en sentiment in hun vlotte functie komen vertroebelen. Geheel ben ook ik daaraan niet ontkomen, maar dat het zoo weinig is geschied, dank ik zeker niet het minst aan de ongemeene welwillendheid, waarmede mijn ambtgenooten mij bij de waarneming van mijn taak zijn tegemoet gekomen, aan den grooten ijver en de nauwgezetheid, waarmede de ab-actis mij terzijde stond, en de altoos gereede dienstvaardigheid van onzen pedel.

Hooggeleerde Diepenhorst, thans is het Uwe beurt, om in onze republikeinsche gemeenschap een jaar lang den rectoralen scepter te zwaaien. Voor uw geduchte werkkraft zal de arbeid niet zwaar zijn, te minder, nu het afgeloopen jaar U het einde bracht van Uw werkzaamheid in de beide Staatscommissies, waarin Gij zitting hadt, en Gij tevens de vrije beschikking herkreegt over den tijd, dien Ge de laatste jaren in beslag zaagt genomen door Uw optreden als medelid van onze Amsterdamsche vroedschap. Een ieder onzer weet, hoe voortreffelijk Gij een taak weet te volbrengen, wanneer Gij U bereid verklaart, daarvoor Uw persoon en arbeid te geven. Niemand kan een tijdlang met toewijding een functie vervullen, zonder haar tot op zekere hoogte lief te krijgen, zoo is het ook mij gegaan met het ambt, dat ik nu neerleg. En het heeft daarom voor mij een eigenaardige bekoring, dat ik dat ambt bij dezen dan overdraag in de handen van U, met wien ik onder mijn ambtgenooten allicht wel met de meeste banden van zakelijken en persoonlijken aard ben verbonden.

Zoo is thans de Rector dood, leve dan de Rector en groeie en bloeie onze Vrije Universiteit tot in lengte van dagen!

Ik heb gezegd.



3000007411873



BIBLIOTHEEK VRIJE UNIVERSITEIT



3 0000 00741 1873

