

<i>titel:</i>	Encyclopedie der rechtswetenschap Hoofdstuk 3 [tekstversie 1] Analyse van den zin des rechts
<i>auteur:</i>	Herman Dooyeweerd
<i>bron:</i>	<i>Dictaat encyclopaedie der rechtswetenschap</i> <i>Deel 2 (thetisch gedeelte)</i> Dit dictaat heeft vier uitgaven: A: <i>Dictaat encyclopaedie der rechtswetenschap, dl. II. (Thetisch gedeelte)</i> [s.l.], [s.n.], [s.a.], 443 p., waarvan Hoofdstuk 3, p. 1-178 B: <i>Dictaat encyclopaedie der rechtswetenschap, dl. II. (Thetisch gedeelte)</i> [s.l.], [s.n.], [s.a.], 340 p. waarvan Hoofdstuk 3, p. 1-137 C: <i>Dictaat encyclopaedie der rechtswetenschap, dl. II. (Thetisch gedeelte)</i> Amsterdam, J.A. Hanenburg, [s.a.], 340 p. waarvan Hoofdstuk 3. p. 1-137 D: <i>Encyclopaedie der rechtswetenschap. Tweede deel. (Thetisch gedeelte)</i> Amsterdam, D.A.V.I.D., [s.a.], 301 p. (errata deel II, 3 p. en lijst met drukfeilen, 10 p.) waarvan Hoofdstuk 3, p. 1-125
<i>website:</i>	https://hermandooyeweerd.nl/dictaten2/#DEdRHoofdstuk3tekstversie1 https://hermandooyeweerd.nl/wp-content/uploads/DEdRH3tv1c.pdf https://hermandooyeweerd.nl/wp-content/uploads/DEdRH3tv1d.pdf https://hermandooyeweerd.nl/wp-content/uploads/DEdRH3tv1tekst.pdf
<i>toelichting:</i>	<p>Toen Herman Dooyeweerd in 1926 tot hoogleraar werd benoemd, omvatte zijn leeropdracht onder meer het onderwijs in de rechtsfilosofie en de encyclopedie van de rechtswetenschap. Onder de titel <i>Dictaat encyclopaedie der rechtswetenschap</i> verschenen in de jaren dertig twee omvangrijke gestencilde delen. Het tweede deel opent met hoofdstuk 3, getiteld <i>Analyse van den zin des rechts</i>. In de jaren zestig verscheen van dit hoofdstuk een zelfstandige uitgave onder de titel <i>De analyse van de modale zin van het recht</i>, bestaande uit 266 pagina's.</p> <p>Hoofdstuk 3 van de Encyclopedie der rechtswetenschap kent daarmee meerdere verschijningsvormen en tekstversies.</p> <p>In totaal zijn twee tekstversies te onderscheiden.</p> <p>Tekstversie 1 verscheen in de jaren dertig als hoofdstuk 3 in de twee delen van het <i>Dictaat encyclopaedie der rechtswetenschap</i>. Van deze versie is een manuscript bewaard gebleven (genummerd p. 118-192). Het manuscript is niet compleet en betreft het tweede deel van hoofdstuk 3.</p> <p>De dictaatuitgaven van vóór de Tweede Wereldoorlog verschenen als gestencilde dictaten. Direct na de Tweede Wereldoorlog verscheen er een</p>

	<p>gedrukte editie die door studenten werd verzorgd. In een interview¹ gaf Dooyeweerd aan dat deze uitgave zonder zijn toestemming tot stand was gekomen en volgens hem talrijke fouten en onjuistheden bevatte. Bij de dictaatuitgave van de studenten hoorde een “errata en een lijst met drukfeilen”.</p> <p>Tekstversie 2 verscheen in de jaren zestig als zelfstandig dictaat van 266 pagina’s. Hoofdstuk 3 werd daarmee volledig herzien. In het Dooyeweerd-archief is er een manuscript aanwezig dat zich bevindt in een dictaat van tekstversie 1. Dit exemplaar bevat naast de manuscriptaantekeningen in het dictaat, talrijke aanvullingen en inlassen. Een volledig manuscript van de tekstversie 2 is echter niet aangetroffen. Van deze tekstversie 2 zijn in elk geval dictaatuitgaven uit 1961 en 1964 bekend.</p> <p>Het voorliggende document is een reproductie van <i>tekstversie 1</i>, zoals weergegeven in de vier bovengenoemde dictaatuitgaven (A, B/C en D). De reproductie volgt de paginanummering van deze uitgaven, die is weergegeven met de coderingen [A: P001], [B/C: P001] en [D: P001].</p> <p>De “errata en lijst van drukfeilen” zijn in deze reproductie verwerkt. Deze lijst behoort bij dictaatuitgave D en bevat correcties van duidelijke fouten in deze versie ten opzicht van de tekst uit dictaatuitgaven A, B en C. In sommige gevallen worden “fouten” genoemd die al voorkwamen in dictaatuitgave B/C.</p> <p>Indien een fout duidelijk afwijkt van dictaatuitgave A, is deze gecorrigeerd. Wanneer de fout ook in de uitgave A voorkomt, is alleen gecorrigeerd indien het een spellingsfout betreft; in andere gevallen is de oorspronkelijke tekst van dictaatuitgave A gehandhaafd als basistekst.</p> <p>De tekst van het voorliggende document is integraal overgenomen uit de dictaten en aangepast aan de huidige spelling.</p>
--	--

¹ “Herman Dooyeweerd” in: J.M. van Dunné, P. Boeles, A.J. Heerma van Voss, *Acht civilisten in burger*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1977, p. 35-67 en p. 280-282.
Zie p. 54 voor passage over gedrukte uitgave door studenten.

Encyclopedie der rechtswetenschap

Hoofdstuk 3

Analyse van den zin des rechts

H O O F D S T U K I I I .
A N A L Y S E V A N D E N Z I N D E S R E C H T S .



Hoofdstuk 3 Analyse van den zin des rechts

§1	De structuur van de generale rechtszin en de methode tot haar opsporing De zin-synthesis	[A: P001] [B/C: P001] [D: P005]
§2	Analyse van de vergeldingszin De esthetische analogie in de vergeldingsharmonie	[A: P014] [B/C: P011] [D: P014]
§3	De economische analogie in de generale vergeldingszin Vergelding en waardevereffenend sparen	[A: P018] [B/C: P014] [D: P016]
§4	De sociale analogie in de vergeldingszin De noodwendige correlatie van gemeenschaps- en maatschapsmomenten in de vergeldingszin	[A: P026] [B/C: P020] [D: P022]
§5	De taalanalogie in de zin van de vergelding De rechtsbetekenis en de juridieke interpretatie van rechtsnorm en rechtsgedragingen	[A: P029] [B/C: P022] [D: P024]
§6	De historische analogie in de vergeldingszin De positiviteit van rechtsnorm en subjectieve rechtsfeiten	[A: P031] [B/C: P023] [D: P025]
§7	De logische analogie in de zin van de vergelding Norm, plicht, toerekening, rechtmatigheid en onrechtmatigheid	[A: P035] [B/C: P027] [D: P028]
§8	De psychische analogie in de zin van de vergelding De wil in rechtszin	[A: P041] [B/C: P031] [D: P032]
§9	De biotische analogie in de zin van de vergelding De juridieke orgaan- en vertegenwoordigersfunctie	[A: P055] [B/C: P042] [D: P041]
§10	De dynamische of bewegingsanalogie in de zin van de vergelding De juridische zinnmomenten van rechtsgrond-rechtsgevolg aan de wetszijde en dat van de juridische causaliteit aan de subjectzijde	[A: P059] [B/C: P045] [D: P044]
§11	De ruimte-analogie in de zin van de vergelding Het geldingsgebied van de rechtsnormen naar de wetszijde en de plaats van een rechtsfeit naar de subjectzijde	[A: P066] [B/C: P051] [D: P049]
§12	De getalsanalogie in de zin van de vergelding	[A: P112] [B/C: P086] [D: P080]
§13	De juridische tijdsorde en het overgangs-. transitoir- of intertemporeel recht	[A: P152] [B/C: P117] [D: P107]

§14	Samenvattende slotbeschouwing over het rechtsbegrip Rechtszin en categorieën van de rechtswetenschap	[A: P175] [B/C: P135] [D: P123]
-----	---	---------------------------------------

§1

De structuur van de generale rechtszin en de methode tot haar opsporing De zin-synthesis

Kennistheoretische vooronderzoekingen

De methode van de zin-synthesis tegenover die, welke op zin-uitwissing uitloopt

In het voorafgaande hoofdstuk lieten wij met de immanent-kritische methode van de antinomie zien, dat op het immanentiestandpunt de zin van het recht noodwendig moet worden *geëlimineerd*, omdat op dit standpunt, gelijk wij reeds uit de “Inleiding” weten, de *sovereiniteit in eigen kring* van de zin niet kan worden gehandhaafd en iedere doorbreking van die soevereiniteit in eigen kring door de verabsoluteerde redefuncties een bron van innerlijke antinomieën (logische strijd tussen de wetskringen) vormt.

Iedere methode tot vaststelling van het rechtsbegrip, die het recht met andere wetskringen eerst tot een zgn. hoger *soortbegrip* (genus proximum) wil herleiden, om daarna door opsporing van de zgn. *differentia specifica*¹ de logische onderscheidingskenmerken van het recht op te sporen, betekent een aanslag op de, tot die van geen andere wetskring te herleiden, soevereine zinstructuur van het recht. *Op het christelijk transcendentiestandpunt hebben de wetskringen naar hun zin slechts één vergelijkingsnoemer, de transcendente religieuze zinvolheid van de schepping, die zich in elk van deze wetskringen door de kosmische tijdsorde in een eigen zintoon breekt.*

De methode tot ontdekking van de logisch onherleidbare rechtszin bestaat in de *zin-synthesis*. In de zin-synthesis *omgrijpt, bepaalt, definieert* het verdiepte analytisch denken de (eerst door analytische abstractie uit de continuïteit van de kosmische tijdsorde, tot “gegenstand” gemaakte) zin van het recht. [A: P002]

Gelijk wij uit de “Inleiding” (Dl. I) weten, kent het naïeve, nog vóór-theoretisch denken (dat ook hier de zin van de *analyse bezit*), geen *gegenstand*, daar het zich niet bepaalde zinzijden (wetskringen) van de werkelijkheid [D: P006] *tegenoverstelt*, maar organisch, *systatisch* in die volle werkelijkheid (waarvan de logische wetskring zelf een zinzijde is) is *ingesteld*.²

Het wetenschappelijk theoretisch denken verdiept (anticiperend) [B/C: P002] de nog starre (traag aan de psychische zinnenschijn hangende analytische zin van het logisch denken en brengt op deze wijze de *universaliteit in eigen kring* (zie “Inleiding”) van de analyse tot openbaring. Zulks kan echter, gelijk we reeds in de “Inleiding” zagen, slechts geschieden, doordat in de wetenschappelijke begripsvorming het (verdiepte) denken analytisch abstraheert van de continuïteit van de kosmische tijdsorde, die over de zingrenzen van de wetskringen heengrijpt en die juist dóór die continuïteit de volmaakte eenheid van de (in individuele dingstructuur gegeven) werkelijkheid waarborgt.

Het naïeve denken, dat *in* die continuïteit van de kosmische tijdsorde is *ingesteld*, kan juist daardoor niet tot *onderscheiding* van *wetskringen* komen.

Wanneer ik een handeling verricht, als het schrijven aan mijn bureau, ervaar ik naïef deze handeling als een continue eenheid in de tijd. En toch grijpt deze handeling in alle wetskringen in, ze heeft o.a. een logische, psychische, biotische, mechanische, ruimtelijke zijde. Eerst door abstractie te verrichten aan de continuïteit van de kosmische tijdsorde, kunnen deze verschillende zinzijden analytisch worden gefixeerd, uiteen worden gesteld.

¹ Deze methode van begripsvorming kan op bescheiden schaal slechts *binnen* de rechtswetenschap worden toegepast. Bv. ter vaststelling van het begrip zakelijk recht, persoonlijk recht enz. enz. Ook hierbij mag ze echter niet worden aangewend ten koste van het dingbegrip, waarmee interne structuurverschillen binnen de rechtskring zelf worden gevat.

² Het naïeve begrip onderscheidt geen zinzijden, maar alleen individuele dingen en dat naar hun zinnelijk waarneembare kenmerken. Zie *Inleiding*.

Nadat deze uiteenstelling van de zinzijden van de werkelijkheid is verricht, kan de verdiepte *analytische* zin zich *synthetisch verbinden met de zin van de tot "gegenstand" gemaakte wetskring*.

Deze *zinverbinding is de zin-synthesis*. [A: P003]

Deze zin-synthesis, in casu die tussen de (verdiepte) analytische zin van het logisch denken en de zin van het recht, is echter zelf eerst door de kosmische tijd mogelijk, waarin alle wetskringen organisch met elkaar zijn verbonden en samengevlochten in *zin-systasis*.

De continuïteit van de kosmische tijdsorde kan weliswaar niet in het zin-synthetisch (d.i. het wetenschappelijk) begrip ingaan, maar dit begrip *onderstelt* de kosmische tijd, daar het denken zelf in die kosmische tijd met alle andere wetskringen verbonden is. Alleen *in* die kosmische tijd is de zin-synthesis mogelijk en de zin-synthesis is zelf *in* de kosmische tijd wijl ze de *continuïteit* van deze tijdsorde niet omsluiten kan, maar veeleer *door deze* wordt omsloten.

Deze zin-synthesis wordt in wezen bewerkstelligd door het *zelfbewustzijn*.

Onze zelfheid in de religieuze, boventijdelijke wortel van onze persoonlijkheid, die *in zijn tijdelijke bewustzijnsfuncties* zich zijn tijdelijke zinbreking in de wetskringen bewust wordt (Zie „Inleiding”). [D: P007]

Het zelfbewustzijn *transcendeert* dus enerzijds de kosmische tijd en is anderzijds *immanent* in die tijd. Alle zinzijden van de werkelijkheid (vanaf de getalskring tot de geloofskring) erkent [B/C: P003] het zelfbewustzijn als zijn *eigen* zinzijden. Geen enkele wetskring is vreemd aan het zelfbewustzijn, daar alle wetskringen een zinbreking zijn van de religieuze wortel van onze kosmos, waaraan wij in onze individuele zelfheid deel hebben.

Nu kan weliswaar de continuïteit van de kosmische tijd niet in het zin-synthetisch begrip (in casu het rechtsbegrip) ingaan, maar het zelfbewustzijn blijft *in de intuïtie* zich de kosmische tijdsorde bewust. De intuïtie is de kosmische dieptelaag van de logische functie, waarmee het denken in de kosmische tijdsorde met haar alzijdige zinvervlochtenheid duikt. In haar wordt ons zelfbewustzijn zich de tijdelijke zinsamenhang in de zinbreking bewust. Die intuïtie houdt in het bewustzijn het denken in continu tijdelijk contact met de zin van de tegenovergestelde wetskring, [A: P004] zij doet het zelfbewustzijn die zin (in casu de zin van het recht) onmiddellijk in zijn onderscheidenheid van en verband met het analytisch denken aanschouwen.

Zodra die intuïtie verslapt, kan het wetenschappelijk denken geen stap verder doen, hoe scherpzinnig de denker ook overigens moge zijn. En waar die intuïtie door de vóóroordelen van het immanentiestandpunt op een dwaalspoor is gebracht, gaat het wetenschappelijk denken fout, en verwacht zich in innerlijke antinomieën.

Want de intuïtie kan de zin van het recht niet scheppend uit zichzelf *construeren*. Zij moet veeleer die zin getrouw aflezen uit die volle tijdelijke werkelijkheid, waarin God hem gelegd heeft. Zij is dus in de zin-synthesis werkzaam en moet de verdiepte logische analyse in de begripsvorming *leiden*. Doch ze kan dit slechts op juiste wijze, wanneer zij zich gehoorzaam onder de kosmische tijdelijke wetsorde buigt, waarin God de wetskringen organisch heeft samengevlochten.

Het eerste, wat bij de zin-synthetische bepaling van de rechtszin moet geschieden, is de fixering van de *zinkern* in de generale zinstructuur van de rechtskring (Zie Inleiding).

Deze zinkern van het recht en zijn a-logisch karakter

Deze zinkern is diep *a-logisch*, en kan dus *niet worden gelogificeerd*, zal inderdaad een *zin-synthesis* tussen rechtszin en logische zin mogelijk zijn. Want zodra die zinkern zelf tot logische zin zou worden gemaakt, zou de *gegenstand* van het denken zijn verdwenen, en dit denken dus tot analytische onvruchtbaarheid vervallen. (vgl. Kelsens logicistisch rechtsbegrip).

Nu is van meet af in alle rechtservaring een zinnmoment aanwezig geweest, dat onherleidbaar tot de zin van enige andere wetskring is gebleken, nl. de *vergelding*.

De vergelding is onherleidbaar tot *de zin van de moraal* (de liefdesgezindheid), zo onherleidbaar, dat iedere poging, om *vergelding en liefde* [D: P008] onder eenzelfde tijdelijke grondnoemer te brengen, steeds opnieuw in de antinomie voerde. [A: P005] [B/C: P004]

Ze is onherleidbaar tot de zin van de economische kring (het waardevereffenend sparen), want zij voegt, hoezeer zij analogisch *terugwijst* naar de economische zin, een nieuwe normatieve zinzijde aan de werkelijkheid toe, die in de economische niet vervat is.

Ze is onherleidbaar tot de omgangszin van de sociale wetskring, tot de zin (van de symbolische betekening) van de taalkring, de zin (van de beschavingsontwikkeling) van de historische kring etc. etc., ofschoon zij in haar analogieën naar al deze kringen terugwijst.

Ze is tenslotte de *generale zin* van de rechtskring, die dus op generlei wijze met een specifieke individualiteit van die zin, gelijk die bv. in de *strafvergelding* is gegeven, mag worden vereenzelvigd.

In welke individualiteit ook de rechtsverschijnselen zich aan onze wetenschappelijke blik aanbieden, overal is daarin de zin van de vergelding te analyseren. In een privaatrechtelijk koopcontract met zijn “do ut des” ligt die zin in andere individualiteit dan in de strafvergelding met haar principe “straf naar schuld”. In de volkenrechtelijke regel: “Schip is territoir” ligt zij in andere zinbijzonderheid dan in de procesrechtelijke regeling van een beroepstermijn.

In de staatsrechtelijke normen, die de militaire dienstplicht en belastingplicht reguleren, openbaart zij zich in andere bijzonderheid dan in het privaatrechtelijk schadevergoedingsbeginsel, gelijk zij een andere individuele zingestalte heeft in het kerkelijk tuchtrecht dan in het statelijk strafrecht en het ouderlijk tuchtrecht.

Onherleidbaarheid van de zinkern: vergelding

Het is tevergeefs, te beproeven de onherleidbare zinkern van de vergelding in andere (schijnbaar meer rationele) zinnmomenten op te lossen. Het resultaat van al zulke pogingen is slechts de uitwissing van de soevereiniteit in eigen kring van het recht en het scheppen van een haard van innerlijke antinomieën in het rechtswetenschappelijk [A: P006] denken.

Wij willen zulks nader aantonen, door verschillende pogingen in deze richting te analyseren. Deze analyse willen wij methodisch zó voeren, dat daardoor tegelijk de gehele generale zinstructuur van de juridische wetskring in de samenhang van zinkern en zin-analogieën in onze zin-synthesis wordt blootgelegd.

Immers alle pogingen, de *vergelding* als zinkern van het recht te rationaliseren, lopen uit op de poging, die zinkern onder de noemer van de zin van een substraatkring van het recht te brengen. Bij twijfel, of inderdaad de vergelding een soevereine zinstructuur in de tijdelijke werkelijkheid is, mag men methodisch [B/C: P005] beproeven haar tot de zin van een andere wetskring te herleiden. Voert die poging in de *antinomie*, dan is daarmee het bewijs geleverd, dat zij de soevereiniteit in eigen kring geschonden heeft en dus de verkeerde weg bewandelde.

Het misplaatst beroep op het naïeve spraakgebruik.

Allereerst moeten wij dan die argumenten onder ogen zien, die tegen [D: P009] de vergelding als kern van de generale rechtszin het getuigenis van het naïeve spraakgebruik zoeken aan te voeren.

Zo heeft men bv. opgemerkt, dat het naïeve spraakgebruik ook van een natuurvergelding gewaagt. Wanneer iemand bv. door een slecht leven, zich een ziekte op de hals haalt, zegt men: “Dat is zijn verdiende loon”. En evenzeer zou het naïeve vergeldingsbewustzijn reageren, wanneer een misdadiger bij een poging, zijn boos opzet uit te voeren, door een ongeluk de dood vindt. Conclusie: de vergelding is geenszins een specifieke

karaktertrek van het recht, maar is een algemeen begrip, dat zowel in de natuur als in de morele verhoudingen en op religieus gebied toepassing kan vinden.

Zo onderscheidt mr. W. Zevenbergen, die met een zeer verbreide mening het vergeldingsbegrip tot het strafbegrip beperkt:

- a) de *poena naturalis* of natuurlijke straf: het volgen van een [A: P007] natuurlijk onheil op onze misdraging naar natuurwetten, de natuurlijke zelfbestrafing van de ondeugd (“Laster”), gelijk Kant het noemde;
- b) de *morele straf*: de zedelijke gevolgen van de daad: wroeging, berouw, zelfverachting enz.
- c) de *sociale straf*: de reactie van de maatschappij als zodanig tegen een gedrag, dat haar belangen krenkte of in gevaar bracht (bv. wantrouwen, boycot, lynchjustitie);
- d) de *poena forensis* of de *juridische vergelding*;
- e) de *goddelijke straf*: de straf, die God de zondaar toevoegt tot vergelding van het kwaad.

Uit deze gehele opsomming blijkt, dat prof. Zevenbergen in de vergelding een algemeen begrip zonder zin-omlijning ziet, gelijk hij het zelf uitdrukt: “Zij is niet een categorie alleen van het strafrecht, maar ook van het zedelijke en het “Heilige” en zijn postmortale gerechtigheidsbehoefte.”³

Wat van dit betoog te zeggen?

Het is ontoelaatbaar het getuigenis van het naïeve spraakgebruik, dat, gelijk wij weten, geen wetskringen gearticuleerd *kan* onderscheiden, aan te voeren, om de soevereine zin van de vergelding in het logicisme van een abstract algemeen begrip [B/C: P006] te doen ondergaan.

Wanneer iemand ten gevolge van een slecht leven zich een ernstige ziekte op de hals haalt en wij zeggen in het spraakgebruik: “dat is zijn verdiende loon”, dan komt het ons daarbij toch geen ogenblik in de gedachte, hier de vergelding zelf te vatten in functioneel biologische of welke andere functionele natuurzin ook. En dat om de eenvoudige reden dat het naïeve denken in het geheel geen *functiebegrip*,⁴ maar [D: P010] slechts een *dingbegrip*⁵ hanteert. Evenmin als dat vóór-theoretisch denken een omlijnd [A: P008] rechtsbegrip bezit, evenmin bezit het een begrip van de biotische of psychische zijden van de werkelijkheid. Wij zien de opeenvolging van feiten veeleer in typisch-onvertheoretiseerde instelling in religieus gefundeerde kosmische samenhang en vatten, zonder theoretische zin-analyse, eenvoudig de kosmische zin van het recht in zijn religieuze fundering in Gods soevereine wil.

Het natuurgebeuren, dat is het doorlopend getuigenis van de naïeve (christelijke) instelling, staat niet los van de zin van de vergelding, doch is organisch met die zin verweven.

In het licht van onze wetsidee kunnen wij zeggen: alle natuurzijden van de werkelijkheid anticiperen in de tijdelijke kosmische zinsamenhang potentieel, op de functionele zin van het recht, gelijk omgekeerd de rechtszin in die anticiperende natuurlijke zinzijden van de werkelijkheid is gefundeerd. Het naïeve religieus gefundeerde bewustzijn betreft de vergeldingszin, die het nog niet gearticuleerd kan onderscheiden, zeer terecht op de *religieuze zinvolheid van de goddelijke vergelding of gerechtigheid*, in de eenheid van zijn heilige wet, die de boventijdelijke wortel van alle tijdelijke rechtsnormen is!

Dat ook buiten de staat een vergeldingssanctie wordt gevonden, is natuurlijk in het geheel geen argument tegen de vergelding als zin van het recht, waar het hier zelf buiten-staatelijk *recht* betreft (denk aan het kerkelijk tuchtrecht, het strafrecht van de ouders, het roeyement uit een economisch of sociaal gekwalificeerd verband etc.). Maar het gaat natuurlijk

³ Zie in deze zin ook prof. Leo Polak tegen mijn opvatting van de vergelding in Handl. van de Vereen. voor Wijsbegeerte des Rechts XIV (2^e ged.) 1928 blz. 26-27.

Vgl. over Polaks rechtsopvatting Hoofdstuk I § 2 van dit Dictaat.

⁴ Zie Inleiding!

⁵ Zie Inleiding!

niet aan, bv. het “wantrouwen” een “sociale straf” te noemen, want hier geldt het een psychisch verschijnsel, waarin als zodanig nog in het geheel geen vergeldingszin woont.

De zgn. “morele vergelding” draagt geen vergeldingszin

Ook in de wroeging, het berouw en de zelfverachting (de zgn. morele vergelding) woont in haar moreel karakter (het spreken van het geweten!) geenszins *vergeldingszin*, doch zij *appelleren* veeleer op de (straf)vergelding, en wekken angst in de mens voor het [A: P009] komende gericht (hetzij het wereldlijk of goddelijk gericht), [B/C: P007] vaak zelfs verlangen naar de vergelding in de tijdelijke straf. Het berouw staat daarbij geenszins op dezelfde lijn met de wroeging, wijl in het berouw reeds de juiste zedelijke liefdesgezindheid werkt, die droefheid ondervindt, om het de naaste aangedane leed, of i.h.a. over de schending van de zedewet en die uit een “oprechte bekering des harten”, d.w.z. een omkering van de religieuze wortel van de persoonlijkheid, kan zijn ontsprongen, terwijl in de *wroeging* de mens op zichzelf niets anders ervaart, dan de innerlijke stem van het geweten, dat hem de schrikwekkende gevolgen van zijn daad voorhoudt, zonder dat hij zijn schending van de zedewet daarom zelf behoeft te betreuren (Judas bv. werd door wroeging in de dood gedreven, doch “vond geen plaats van berouw”). Berouw en “wroeging” [D: P011] kunnen zo sterk om “strafvergelding” *roepen*, dat men misdadigers vindt die zichzelf bij de justitie aanmelden, omdat in hen het berouw of de wroeging niet rusten, vóór vergelding geschied is.

Een duidelijk bewijs, dat in berouw of wroeging zelf de vergeldingszin niet woont.

De vergeldingszin en de zin van de economische equivalentie

Ze zijn niet identiek

Ook de poging van Von Jhering, Ehrlich e.a. om de zin van de vergelding in die van de economische equivalentie om te duiden, elimineert inderdaad de vergeldingszin en moet dus noodwendig tot innerlijke antinomieën voeren. Wanneer de rechtsorde de koper verplicht de bedongen koopprijs te betalen, dan ligt hierin een plicht in *de zin van de vergelding*.

De inhoud van deze verplichting mag zonder zinsamenhang met de economische norm van vraag en aanbod, die de prijs naar de economische zijde reguleert, niet te vatten zijn (immers dit is juridisch van betekenis om te onderscheiden, of hier inderdaad een koop, dan wel een verkapte schenking voorligt!), maar de economie *kent* geen vergeldingsplichten.

In de uitdrukking: “Uw diensten zullen worden “vergolden” met een beloning van zo en zo veel”, drukt het woord “vergelding” niet [A: P010] een bloot-economische waardering, maar een juridische verbintenis tot betaling uit! Ware “vergelding” identiek met economische waardevereffening dan zou de vergeldingsplicht in een koop- of arbeidscontract zich oplossen in een waardering van de economische waarde van een prestatie! Quod absurdum.

De etymologie van de vergeldingstermen

Prof. Leo Polak heeft in zijn proefschrift *De Zin der Vergelding* (Dl. I 1921, blz. X vlg.) een onderzoek ingesteld naar de etymologie van de vergeldingstermen en komt daarbij tot de merkwaardige conclusie, dat althans in de Indo-Germaanse en Semitische talen ongeveer alle *vergeldingstermen economische*, speciaal aan ruilverkeer en [B/C: P008] dienstverhouding ontleende woorden zijn of afleidingen daarvan. Zo betekent bv. “verdienen” (van “dienen”) zowel verdienen door arbeid (economisch) als ethisch of strafrechtelijk door misdrijf of weldaad. Evenzo het lat, merere en zijn afleidingen. “Vergelding” is soms eenvoudig = ruil: amoibé, contraccambio, ricatto etc.; “vergolden” (“gelden” = vergoeden, vandaar “geld”) = betalen: récompenser, rénumérer, antapodidonai, “betaald zetten”. Een tweede terrein van de vergelding is *oorlog* met zijn *wraak* of *revanche*, zodat de oude woorden voor (straf)vergelding, behalve ruilwaarden (poenas persolvere, pendere enz.) ook *wraak-* en *strijdwoorden* zijn. En nu vallen weer loon en *wraak* samen als *prijs* van daden. Dit

onderzoek bracht in verband met verschillende etnologische gegevens Polak zelfs aanvankelijk tot de, door hem in zijn proefschrift overigens radicaal verworpen hypothese, dat de gehele (strafrechtelijke) vergeldingsidee grotendeels afkomstig moest zijn uit het *ruilverkeer*, uit het economisch leven, of wellicht beter gezegd, een rudiment moest zijn uit die perioden, waarin het ethische en het economische, zedelijkheid, [D: P012] recht en zede, publiekrecht en privaatrecht, straf en betaling, geldschuld en zedelijke schuld, etc. nog een *ongedifferentieerd* geheel vormen. Maar is het dan inderdaad zo vreemd, dat de vergelding, die blijkens de door Polak genoemde taalkundige voorbeelden volstrekt [A: P011] niet in haar betekenis tot het strafrecht is beperkt, maar veeleer als “woord” de generale rechtszin betekent, op primitief cultuurpeil in een schier uitsluitend verband met de “economische verhoudingen” wordt gevat, ofschoon daaruit geen ogenblik de conclusie mag worden getrokken, dat het primitieve, naïeve bewustzijn de zin van de vergelding in een functioneel economische zin zou hebben omgeduid.

Opklaring van de etymologische samenhang tussen de vergeldingstermen en de economische termen

Neen, integendeel! In het licht van onze wetsidee is deze stand van zaken veeleer onmiddellijk duidelijk.

Gelijk in de naïeve ervaring, de logische begripsvorming *nog traag hangt* aan haar psychisch substraat (de objectieve zinnenschijn), zonder dat de onvertheoretiseerde mens er ook maar een ogenblik aan denkt, de door hem als een systatische eenheid van natuur- en geesteszijden ervaren ding-werkelijkheid in haar objectief-psychische, zinnelijke *functies* op te lossen, evenzeer hangt de nog niet wetenschappelijk verdiepte *taal* bij de betekening van *vergeldingsverhoudingen* nog traag aan het economisch en psychisch substraat van de vergelding: de taal rust immers zelf op het zinsubstraat van het logisch begrip! Maar, wat de naïeve mens hierbij ervaart, is nimmer te vertheoretiseren tot een economische abstractie! Zijn ervaring omspant de volle tijdelijke werkelijkheid van de concrete vergeldingsactie, maar [B/C: P009] nog is het star, restrictief verband met de onmiddellijke substraten van de vergelding. Evenmin als het naïeve begrip, rust de niet-wetenschappelijke taal op een theoretische zinsynthesis, waarin de zin zijden van de werkelijkheid gearticuleerd uit elkaar zijn gesteld.

Vergelding en wraakgevoel

Voor zover het *wraakgevoel* als psychisch substraat van de (straf)vergelding in aanmerking komt, is dit toch nimmer een star-dierlijk (nog traag aan biotische reacties hangend) psychisch instinct, maar het is een instinct, dat [A: P012] zich in het *rechtsgevoel* heeft verdiept tot een psychische anticipatie op de vergeldingszin.

Het dierlijk wraakinstinct koelt blind zijn woede, het verdiepte menselijk vergeldingsgevoel wordt slechts bevredigd door *vergeldingsevenredigheid*. Zeker is door de zonde de harmonie tussen de zin zijden van de tijdelijke werkelijkheid vaak verstoord en uit zich ook bij de gevallen mens vaak het wraakinstinct buiten de leiding van de zin van de vergelding.

Maar het is methodologisch ontoelaatbaar bij het etnologisch onderzoek uit een blote beschrijving van de feitelijke openbaringen van het psychisch wraakinstinct te besluiten tot een zuiver naturalistische opvatting van de vergelding bij primitieve volkeren. Deze conclusie is niet meer wetenschappelijk, maar is eenvoudig een stuk naturalistische metafysica, die alleen en uitsluitend berust op een a-prioristisch - wijsgerige [D: P013] kijk op de onderlinge verhouding en samenhang van de verschillende zin zijden van de werkelijkheid. Het onderling verband tussen het psychisch vergeldingsgevoel en de juridische vergeldingszin, *is* met behoud van soevereiniteit in eigen kring van psyche en recht slechts zo te vatten, *dat het vergeldingsgevoel uit de zin van de vergelding zelf benaderd wordt*. Want de

vergeldingsfunctie is de “leidende functie” ten opzichte van de psychische gevoelsfunctie, niet omgekeerd; gelijk ook de mechanische stofwisselingsbewegingen in de innerlijke structuur van een boom slechts vanuit de leidende levensfunctie zijn te benaderen en niet omgekeerd!

Polaks poging tot rationalisering van de zin van de vergelding

Prof. Leo Polak heeft nu zelf (na zijn genoemd proefschrift) in latere geschriften getracht de zin van de vergelding psychologisch te rationaliseren en op deze wijze het diep alogische zinnmoment van de vergelding te elimineren.

Zo komt hij tot deze definitie: Vergelding is *objectieve, trans-egoïstische belangenharmonisering!*

Maar als wij deze “definitie” in haar zin analyseren, blijkt ze alle zin-omlijning te ontberen. [A: P013]

In het element “objectief” wil Polak slechts uitdrukken het *normatief-wetmatige* in de zin van de vergelding. Maar iedere [B/C: P010] normatieve wetskring heeft zijn wetszijde, dus is dit element geenszins kenmerkend voor de *vergelding*. Het element “trans-egoïstisch” is aan de morele naastenliefde ontleend en is dus in zijn zin onjuridisch.

In het element “belangenharmonisering” is het begrip “belang” in zijn zin geheel onomlijnd. Er zijn wetenschappelijke belangen, sociale belangen, taalbelangen, economische en kunstbelangen, rechtsbelangen, zedelijke en geloofsbelangen. In welke zin is het woord hier bedoeld? In de zin van “*rechtsbelangen*”? Dan lijdt deze definitie aan de bekende logische fout, juist datgene in de definitie op te nemen, wat door de definitie moet worden bepaald.

Tenslotte bevat het begrip “harmonisering” ex origine een esthetisch zin-element, dat als zodanig in de vergeldingszin slechts als *zin-analogie* kan fungeren. Nu weten wij, dat een analogie in de zin van een wetskring slechts door de *zinkern* onlijnd wordt. Maar Polak wil juist de zinkern van de vergelding elimineren.

Resultaat: een in zijn zin volstrekt onomlijnd algemeen begrip!⁶

Poging tot rationalisering van de zin van de vergelding in het abstracte gelijkheidsbegrip: Aristoteles, Thomas Aquinas

Reeds in het vorige hoofdstuk (§1) zagen wij, bij de immanente kritiek op het natuurrechtelijk rechtsbegrip van Aristoteles en Thomas Aquinas, dat bij deze denkers de poging, om de vergeldingszin in het rechtsbegrip te vervangen door het *gelijkheidsbegrip*, de zin van het recht uitwiste in onomlijnde aritmetische en geometrische analogieën.

Wanneer deze analogieën inderdaad in *getals-* of *ruimtezin* zouden worden gevat, dan lag natuurlijk de innerlijke antinomie voor de deur. Want de gelijkheid in aritmetische of geometrische zin is een *natuurnoodwendigheid*, [D: P014] *geen normatieve rechtseis*. M.a.w. de “gelijkheid” als abstracte zin-analogie in de [A: P014] rechtszin eist dwingend analyse van de juridische zinkern, waarin zij gevat moet worden. Daar deze zinkern echter is geëlimineerd, zweeft het begrip zonder houvast in de lucht en het wekt de indruk rationeler te zijn dan de vergelding, terwijl het inderdaad, *buiten de vergelding gevat, juridisch volmaakt onbruikbaar is*. [B/C: P011]

⁶ Zó onomlijnd, dat de definitie bv. ook past op een morele leefregel voor de verdeling van aalmoezen, of op een objectief gegeven advies, hoe wij onze tijd in dienst van verschillende filantropische belangen nuttig kunnen besteden!

§2

Analyse van de vergeldingszin

De esthetische analogie in de vergeldingsharmonie

Bij de hieronder volgende analyse van de generale zinstructuur van het recht houden wij daarom vast aan de *vergelding* als zinkern. De gehele zin-analyse en zin-synthesis kan slechts hierin bestaan, deze zinkern in gearticuleerde *samenhang met de noodwendige analogische zinnmomenten* te vatten. Op deze wijze komen wij tot het *rechtsbegrip*, terwijl de *rechtsidee* eerst op de basis van het rechtsbegrip is te vatten in de analyse van de *anticiperende* zinnmomenten in hun uiteindelijke heenwijzing naar de zinvoleindiging van de vergelding¹ in Christus als de nieuwe wortel van het herboren mensengeslacht.

De zin-analyse van de analogieën wordt door ons gevoerd naar de kosmische volgorde van de substraatkringen van het recht, waarbij wij van de meest gecompliceerde tot de meest eenvoudige substraatkring afdalen.

Zo ontdekt ons deze zin-analyse tegelijk de plaats van de rechtskring in de kosmische orde van de wetskringen.

Daar de rechtskring evenals iedere andere wetskring een onverbreekelijke correlatie tussen wets- en subjectzijde vertoont, moet de zin-analyse zowel op de wets- (norm)zijde als op de subjectzijde worden toegepast.

De eerste en meest gecompliceerde zin-analogie, die wij hierbij ontmoeten, is de *esthetische*, die met name in Herbarts² school in de gehele ethiek en rechtsfilosofie is verabsoluteerd. Deze esthetische analogie is de *vergeldingsharmonie*, waarop ook Polak in zijn definitie van de vergelding stuitte.

De rechtsnorm (aan de wetszijde) *harmoniseert* primair de rechtsbelangen [A: P015] *door ze tegen elkaar af te wegen en te verzoenen in de zin van de vergelding.*

Deze harmonisering openbaart zich noodwendig in *iedere* rechtsnorm, maar op *individueel verschillende wijze*. In de fixering van een procestermijn vindt een harmonische afweging plaats van de vergeldingsbelangen van de procespartijen en van alle derden, die bij het proces rechtstreeks of zijdelings geïnteresseerd zijn. Ook bij ingewikkelde zaken gedooft de vergeldingszin geen rekken van de procesgang tot in het oneindige. [D: P015] Maar er moet een evenmaat, in de zin van de vergelding, worden getroffen tussen de vaak tegenstrijdige belangen ter weerszijden. Zo postuleert [B/C: P012] de rechtszin als norm de *vergeldingsharmonie*, die onmiddellijk naar het zinsverband met de esthetische harmonie terugwijst. Gelijk in de esthetische conceptie alle esthetische momenten in een harmonische samenhang moeten worden opgeheven, gelijk ieder onverzoende dissonant de harmonie stoort, zo eist de vergeldingszin een vergeldingsharmonie, gereguleerd door het recht naar de normzijde.

Ook in de fixering van schadevergoeding bij onrechtmatige daad en in een strafbepaling op aantasting van rechtsgoederen, openbaart zich dit harmoniserend karakter van de vergeldingsnorm op individueel verschillende wijze, evenzeer als bij het bepalen van de rechtsgevolgen van een contract of een uiterste wilsbeschikking. Waar de rechtsorde, ondanks alle verschil in rechtsbronnen en individuele structuren, tenslotte een samenhang vormt, grijpt de vergeldingsharmonie tenslotte ook over op die samenhang zelf. Het private eigendomsrecht bv. staat in tal van individuele rechtsbetrekkingen tot de publiekrechtelijke normen en de harmonie welke zich in de rechtsorde als samenhang moet openbaren, berust in een alzijdige afweging in de zin van de vergelding van alle rechtsbelangen en rechtseisen, die

¹ De volheid van de gerechtigheid.

² Johann Friedrich Herbart (1776-1841), sterk bestrijder van de identiteitsfilosofie van Fichte en Hegel, grondvester van een atomistische metafysica, verwerpt Kants praktische vrijheidsfilosofie en vervangt haar door een algemene esthetica, bestrijdt de vermogenspsychologie en voert in de lijn van het mechanistisch wetenschapsideaal als eerste de mathematische methode in de psychologie in.

in de desbetreffende rechtsnormen afzonderlijk zijn gereguleerd, in onderlinge samenhang. Een disharmonie tussen privaatrecht en publiekrecht bv. ten bate van een eenzijdige toespitsing van alle rechtsregeling op het zgn. publieke belang bewijst, dat de menselijke positiveringsarbeid [A: P016] in de rechtsvorming fundamenteel gebrekkig geschied is en roept de reactie van het rechtsleven op, om de verstoorde harmonie te herstellen. Wordt aldus de vergeldingsharmonie door de rechtsnormen gereguleerd, zo is de *subjectieve rechtswerkelijkheid* (de subjectzijde van de rechtskring) de subjectieve realisering van deze harmonie. Waar de rechtszin, gelijk we nog nader zullen aantonen, een *normatieve* zin is, kan de subjectieve rechtswerkelijkheid deze harmonie ook subjectief aantasten in onrechtmatige gedragingen. De vergeldingsharmonie eist in dit geval een harmoniserende reactie in de subjectieve zijde van het rechtsleven, waardoor het onrecht wordt verzoend in de harmonie van het recht.

De rechtsdwang als vergeldingsharmonie

Zo is de rechtsdwang tot opheffing van het onrecht niet een antinomisch bestanddeel van de rechtszin, *doch ze ligt veeleer van meet af in de vergeldingszin naar zijn esthetische analogie opgesloten.*

In andere normenkringen, die niet op het zinsubstraat van de esthetische wetskring rusten, is geen analogon van de rechtsdwang aan te tonen. Wat men als zodanig aanvoert (bv. de uitstoting uit een omgangskring, de economische boycot etc. etc.) is òf zelf een buitenstatelijke rechtsdwang, òf ze is een sanctie op de desbetreffende sociale of economische normen, die [B/C: P013] inderdaad geen sociale of economische harmonie brengt, maar hoogstens op de zin van de harmonie *anticipeert*. De blaam, welke bv. een overtreder van de omgangsnormen in het publieke [D: P016] verkeer van de zijde van de “openbare mening” treft, mist juist datgene, wat de vergeldingsreactie tegen onrecht karakteriseert *de evenwichtige harmonisering*; daarentegen vertoont de gewetensreactie, die zich bij schending van de zedenormen openbaart, wel een analogon van de vergeldingsdwang, daar de morele wetskring op het substraat van de rechtskring rust.

Want de vergeldingsharmonie wordt door het geweten zelf tot *object van zedelijke plicht geobjectiveerd*. Het geweten spreekt, wanneer het onrecht niet in de evenwichtige harmonie van de vergelding [A: P017] is opgeheven.

Het is onmogelijk, zonder de vergeldingszin te verstoren, die zin uit zijn kosmisch substraatverband met de zin van de schone harmonie los te maken.

Maar de vergeldingsharmonie is niet zelf de harmonie van de schoonheid, ofschoon de laatste op de vergeldingsharmonie kan anticiperen (denk aan de rol van de vergelding in het dramatisch kunstwerk! Het thema “Schuld en boete” in de romanliteratuur!).

Wanneer Herbart in zijn ethisch estheticisme de bron van de “ethische ideeën” zoekt in de onwillekeurige “smaakoordelen over wilsverhoudingen” en dientengevolge de “idee van de vergelding” (door hem “billijkheid” genoemd) laat ontspringen uit het esthetisch mishagen, dat de daad, welke de harmonie van de wilsverhoudingen stoort, opwekt, dan ligt in deze *veresthetisering* van de vergeldingszin een grondige zinvervalsing!

De “schone harmonie” heeft haar *esthetische evenredigheid* in de vereffening en oplossing van de dissonanten in het harmonisch geheel. Zij geeft ons echter hoegenaamd geen uitsluitel over de *evenredigheid in de zin van de vergelding*.

Dat bv. de misdaad vergolden wordt in de straf is op zichzelf esthetisch indifferent.

Wanneer in de tragedie de zin van de esthetische *katharsis* zich verdiept in benadering van de zin van de vergelding,³ dan blijft toch de esthetische harmonie grondig soeverein in eigen kring. Nimmer kan de vergelding als “Lückenbüsser” in de zin van de esthetische tijdsorde dienst doen. De “Deus ex machina” in de vervaltijd van de Griekse tragedie, die het onrecht vergold en de deugd beloonde, was een symptoom van *esthetische zinledigheid* in de afwikkeling van het dramatisch conflict. [A: P018] [B/C: P014]

³ Men vergelijk de *zinverdieping*, welke het moderne drama met zijn schuld- en vergeldingsmotief vertoont tegenover de klassieke Griekse tragedie, waarin de held door een blind noodlot ten onder gaat. Daardoor is ook de psychologische basis van het moderne dramatisch conflict enorm verfijnd.

§3

De economische analogie in de generale vergeldingszin Vergelding en waardevereffenend sparen

Het zinnmoment van de vereffende evenredigheid, welke in de vergeldingsharmonie tot openbaring komt, wijst over de esthetische wetskring terug naar de generale zin van de economische wetskring, welke zin is te vatten als *waardevereffenend sparen*. Van economie kan [D: P017] eerst sprake zijn bij *krapheid* van de middelen ter bevrediging van menselijke behoeften, scherper uitgedrukt *bij krapheid van dienstige goederen*,¹ welke eist een *schema van waardevereffening van deze goederen in de zin van de besparing*. *Besparing* is de zinkern van de economische wetskring die tot de zin van geen andere wetskring is te herleiden. *Besparing* is de zinkern van de economische waardering, welke in het economisch goed als prijshebbend *voorwerp is geobjectiveerd*. *Het economisch goed* als *economisch object* heeft slechts *economische waarde* voor een *sparend subject*. De economische waarde is de resultante van een geestelijke, normatieve vereffening van de diensten van de economische goederen in een spaarschema. De economische analogie in de vergeldingszin openbaart zich naar de *wetszijde* van de rechtskring hierin, dat de vergeldingsnorm, naar haar generale zin, vergeldingsharmonie brengt in de *evenmaat van de rechtsbelangen*, welker subjectieve schending schadevergoeding eist.

De concrete rechtsbelangen, waartussen de vergelding de harmonische evenmaat brengt, behoeven volstrekt niet *zin-individueel in de economische wetskring gefundeerd te zijn*, gelijk zulks bv. met het eigendoms-, i.h.a. met het *zakelijk vermogensrecht* het geval is.

Maar *zin-generaal* is de vergeldingsevenredigheid niet te vatten buiten zinsamenhang met de besparende (economische) waardevereffening. [A: P019]

Gelijk in het economisch spaarschema de economische diensten naar hun onderling economische waarde tegen elkaar worden afgewogen ter vaststelling van de graad van hun *economische equivalentie*, zo moeten in de rechtskring de rechtsgoederen tegen elkaar worden afgewogen in de zin van de vergelding ter vaststelling van hun *vergeldingsequivalent*.

Er behoort *vergeldingsevenredigheid* te bestaan tussen *rechtsgrond* en *rechtsgevolg* (dit zijn reeds noodwendige mechanische analogieën in de zin van de vergelding, die wij hieronder analyseren). [B/C: P015]

De vraag: Wat is een wilsverklaring in juridische zin?, of: Wat maakt een verbintenis nietig of vernietigbaar?, is nimmer, gelijk Zitelmann zulks in zijn bekend boek *Irrtum und Rechtsgeschäft* beproefd heeft, in *psychologische* zin te stellen en te beantwoorden, doch is in wezen een vraag naar het *vergeldingsequivalent tussen rechtsgrond en rechtsgevolg*, welke een afweging impliceert van rechtsbelangen in de weegschaal van Themis.

Het “mèdèn agàn” in de vergeldingszin en in de zin van de esthetische harmonie Het esthetisch spaarzaamheidsprincipe

De vergeldingszin is *in zijn economische analogie* een ware belichaming van het “mèdèn agàn”, dat zijn zinsverband met de economische en [D: P018] esthetische zin duidelijk demonstreert. Want ook in de esthetische harmonie, welke evenals de vergeldingsharmonie op het zinsubstraat van de economische spaarzin rust, schaadt al het *overtollige*, het “er te dik op leggen” de geestelijke zin van het kunstwerk. Ook de esthetische harmonie heeft haar economische zin-analogie in het *esthetisch soberheids- of spaarzaamheidsmoment*, gelijk de juridische *vergeldingsharmonie* de hare heeft in de *vergeldingsevenmaat* tussen *rechtsgrond* en *rechtsgevolg*.

¹ Daarom heeft bv. de vrije lucht, die men inademt, *zonder meer* geen economische waarde, daar haar voorraad onbegrensd is en ze dus niet in een waardevereffenend spaarschema kan fungeren. Daarentegen zijn bv. geneeskrachtige bronnen wel “economische goederen”, daar zij slechts in beperkten voorraad aanwezig zijn.

De vergeldingsevenmaat of -evenredigheid is de noodwendige economische analogie aan de wetszijde van de generale grondstructuur van [A: P020] de vergeldingszin.²

“Noodweer” als “rechtvaardigingsgrond”, d.w.z. als rechtsgrond, die de *onrechtmatigheid* van de juridische gedraging uitsluit, wordt door art. 41 Wetb. van Strafr, omschreven als “de noodzakelijke verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed tegen ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding”. *Subjectieve overschrijding van de vergeldingsevenmaat* in de keuze van de verdedigingsmiddelen of de mate van aanwending daarvan (het zgn. noodweer-exces), doet een *disharmonie* ontstaan, welke de vergelding weer moet *vereffenen*.

Zelfs in geval van de *niet-strafbare* overschrijding, bedoeld in art. 41 tweede lid WvS, zal toch de vergelding weer *noodweer tegen* die overschrijding erkennen, daar de onrechtmatigheid bij dit exces niet ontbreekt en dus ook noodweer daartegen niet onrechtmatig kan zijn. [B/C: P016]

Rechtssubject, rechtsobject en subjectief recht

Niet iedere rechtsbevoegdheid is een subjectief recht

Het subjectief recht onderstelt steeds een rechtsobject

Een rechtsplicht kan geen object van subjectief recht zijn

Aan de *subjectzijde* openbaart de economische analogie in de vergeldingszin zich primair in het *vergeldingsgoed* als *rechtsobject*.

Als *rechtsobject* kunnen, gelijk wij uit onze “Inleiding” en uit §1 van Hoofdstuk III weten, niet slechts fungeren *natuurdingen of objectieve cultuurdingen, maar evenzeer subjectieve menselijke prestaties (diensten), naar haar economische functie*. Alle objectivering in de rechtskring, d.w.z. alle rechtsobject verwerkelijking is primair objectivering van economische werkelijkheidsfuncties in de zin van de vergelding, gelijk in een psychisch waarnemingsbeeld primair mathematische, fysische en biotische werkelijkheidsfuncties worden geobjectiveerd in het gevoelig bewustzijn. [A: P021]

² In de taalzin, die niet op het substraat van de economische wetskring rust, vinden wij typischer wijze geen analogie van, maar alleen een *anticipatie* op het economisch spaarzaamheidsprincipe. De “*overtolligheid*” in de taalsymbolen strijdt niet op zichzelf tegen de taalzin, maar is slechts in strijd met de *taal-idee*, in haar anticiperende functies, gelijk die zich bv. in de *economische zaketaal*, of de *schone kunsttaal*, of de *rechtstaal* openbaart. Hetzelfde geldt voor de sociale omgangszin en voor de logische zin. Zo openbaart het *denk-economisch* beginsel (waarop reeds Occam gewezen heeft en dat in de moderne tijd vooral door de positivistische wijsgeer Mach is naar voren gebracht) zijn gelding eerst in het verdiepte, wetenschappelijk denken.

De *rechtsbetrekking tussen rechtssubject en rechtsobject, welke* [D: P019] *zich in de juridische beschikkings- resp. genotsbevoegdheid openbaart,*³ is het *subjectief recht*, dat door de rechtsnormen in de vergeldingsharmonie van de evenmaat van de rechtsbelangen wordt gereguleerd. Het subjectief recht is *een juridisch mogen ten aanzien van een rechtsobject in de evenmaat van de vergelding*. Het kan daarom nimmer *absoluut* zijn in de *individualistische, natuurrechtelijke* [B/C: P017] *zin* (zie hoofdstuk II §2 bij de kritiek op Lockes en Wolffs leer van de absolute aangeboren rechten). [A: P022]

Het is ook niet juist, het begrip “subjectief recht” uit te breiden buiten de betrekking tussen rechtssubject en rechtsobject, en bv. ook het ouderlijk gezag, of het regeringsgezag een subjectief recht te noemen. *Niet iedere rechtsbevoegdheid is een subjectief recht*. Het subjectief recht ressorteert aan de *subjectzijde* van de rechtskring. Het ouderlijk gezag en het staatsgezag daarentegen, ressorteren, naar wij nog zullen zien, aan de *wetszijde* van de rechtskring.

Een rechtsplicht tot gehoorzaamheid (bv. van de kinderen aan de ouders, van de onderdanen aan de overheid) is nimmer als *rechtsobject* van een subjectief recht te karakteriseren, wijl een rechtsplicht in wezen een *subjectief-juridische figuur* is, die zich nimmer in de *rechtskring* zelf laat *objectiveren*, maar alleen in de na-juridische wetskringen (het betrachten van zijn rechtsplichten is bv. object van de zedelijke deugd).

De onderscheiding van rechtsinhoud en rechtsobject van subjectieve rechten

Het begrip *rechtsobject* is ook niet te vereenzelvigen met dat van de inhoud van *subjectieve rechten of rechtsplichten*.

De inhoud van een pandrecht bv. is niet identiek met de gepande zaak, die *rechtsobject* van mijn pandrecht is. Anderzijds heeft de wetgevende [D: P020] bevoegdheid wel de rechtsbevoegdheid tot wetgeving als *inhoud*, maar de wetgeving is niet rechtsobject van een subjectief recht.

Men gevoelt ogenblikkelijk, welke verwarring in het juridisch denken moet ontstaan, wanneer de hier gemaakte onderscheidingen tussen *inhoud* en *object* van *subjectieve* rechtsbevoegdheden en rechtsplichten niet scherp worden gehandhaafd.

³ De heersende opvatting maakt zeer ten onrechte bezwaar tegen het spreken van “rechtsbetrekkingen” tussen rechtssubjecten en -objecten. Men meent nl. dat alle rechtsbetrekkingen *alleen tussen rechtssubjecten* mogelijk zijn.

Maar de eigenaar heeft toch juridisch eigendomsrecht *op een rechtsobject*? En als deze subject-objectrelatie geen *rechtsbetrekking* ware, van welke aard zou zij dan wel moeten zijn? Binnen de rechtskring zijn slechts *rechtsbetrekkingen* bestaanbaar.

Daar nu niet te loochenen valt, dat binnen de rechtskring een relatie bestaat tussen de zakelijk gerechtigde en het *object* van zijn zakelijk recht, of tussen de persoonlijk gerechtigde en het *object* van zijn persoonlijk recht, zo kan per consequens niet worden geloochend, dat het hier inderdaad een *juridieke relatie* betreft.

Maar natuurlijk, een subjectieve rechtsbetrekking als tussen koper en verkoper bestaat, staat geenszins op één lijn met een subject-object betrekking in de rechtszin.

De relatie tussen onze subjectief-psychische waarnemingsactiviteit en het objectieve waarnemingsbeeld is ongetwijfeld een *psychische* relatie, maar deze relatie staat ook niet op één lijn met de inter-subjectieve relatie tussen twee waarnemende subjecten.

In wezen gaat het bezwaar tegen de toepassing van de kwalificatie “rechtsbetrekking” op een juridieke subject-object verhouding alleen tegen de gelijkstelling van zulk een verhouding met de inter-subjectieve rechtsverhoudingen, waardoor men bv. ging spreken van “rechtsplichten tegenover dieren” enz. enz. *Onmiddellijk geef ik toe, dat een juridieke subject-objectbetrekking steeds afhankelijk is van een rechtsbetrekking tussen meerdere rechtssubjecten.*

Een subjectief recht kan eerst in de correlatieve vergeldingssamenhang van gemeenschaps- en maatschapsfuncties bestaan, gelijk wij hieronder zullen zien.

De antinomie in het begrip “rechten op rechten” en haar oplossing

Men kwam op deze wijze bv. tot het innerlijk tegenstrijdige begrip van *rechten op rechten* (bv. een pandrecht op een vorderingsrecht), waarbij het ene subjectief recht als rechtsobject van het andere fungeerde. Laten wij een ogenblik nader bij deze onhoudbare constructie stilstaan. [A: P023]

Een *pandrecht* is omnium consensu een *zakelijk recht*, een *vorderingsrecht* daarentegen een *persoonlijk recht*. Wanneer nu inderdaad het vorderingsrecht zelf *rechtsobject* ware van het *pandrecht*, dan zou het gehele begrip zakelijk recht worden opgeheven. Immers het zakelijk recht onderscheidt zich van andere, tegenover ieder derde geldend te maken subjectieve rechten (bv. het recht van de erfgenaam op de nalatenschap) slechts hierdoor, dat het een ding (*res*) tot rechtsobject heeft. Wanneer dus ook een vorderingsrecht *object* van een pandrecht zou kunnen zijn, zou [B/C: P018] het pandrecht geen zakelijk recht kunnen zijn, terwijl toch anderzijds het zakenrechtelijk karakter inherent aan het pandrecht is. Zo voert hier een niet behoorlijk kosmologisch gefundeerde juridische begripsvorming regelrecht in de antinomie! ⁴ [D: P021]

Hoe lost zich echter deze moeilijkheid op? Door de duidelijke onderscheiding tussen *rechtsinhoud* en *rechtsobject van het subjectief recht*. Object van het pandrecht aan een inschuld [A: P024] is niet het persoonlijk subjectief vorderingsrecht, maar het zijn de door de pandgever verschuldigde koop- of huurpenningen als *res*. De *inhoud* van het pandrecht is echter deze, dat bij niet voldoening aan de door de onderhavige pandovereenkomst gewaarborgde hoofdschuld, de door het pandrecht gedekte crediteur het recht behoort te hebben tot inning van de gepande geldvordering over te gaan. (Zie echter noot 1).

Men heeft dus het pandrecht inderdaad op *het object van het vorderingsrecht*, niet op *het vorderingsrecht zelf*. Dat het pandrecht als zodanig te niet gaat, wanneer het vorderingsrecht te niet gaat, komt slechts hierdoor, wijl door te niet gaan van dit laatste het individuele rechtsobject van dit vorderingsrecht, waarop het pandrecht gevestigd was, is teniet gegaan. Want gelijk wij weten, heeft het rechtsobject geen bestaan “an sich”, los van zijn betrekking tot een individueel rechtssubject. [B/C: P019]

⁴ Deze kwestie is bovendien geenszins van bloot theoretisch belang. Ons BW bv. volgt in art. 1199 vlg. de (natuurlijk nòch wetenschap, nòch rechtsvorming bindende) constructie van een pandrecht op persoonlijke vorderingsrechten, die hier als “onlichamelijke roerende zaken” worden behandeld. Door op deze wijze pandrechten op het object van inschulden, als rechten op rechten te construeren, maakt het BW ook de *inhoud* van het pandrecht *los van de aard van het rechtsobject* en kent de pandhouder slechts het recht van verkoop van het pandobject toe, wanneer de pandgever niet aan zijn verplichtingen uit de hoofdschuld voldoet (art. 1201 BW). *Hinc illae lacrimae!* Want nu neemt de HR aan, dat zulks ook voor pandrecht aan vorderingsrechten geldt. Wat is hiervan het gevolg? Verkoop van een geldvordering kan slechts betekenen verkoop van de economische waarde van de vordering, die op de markt slechts zelden de nominale waarde zal dekken. M.a.w. de aldus geconstrueerde inhoud van dit pandrecht komt geheel in strijd met de individuele rechtszin van het pandrecht. Alleen door aan de pandhouder het recht van *inning van de vordering* toe te kennen, wordt aan de inhoud van dit soort pandrecht geen geweld aangedaan. Daarentegen voert de constructie van pandrecht op een recht tot de door de HR getrokken consequentie, die met alle billijkheid spot. De praktijk helpt zich gelukkig langs *buitenwettelijke weg*, door bij verpanding van een inschuld de pandnemer bij niet-voldoening van de hoofdschuld onherroepelijke machtiging tot inning te geven, die volgens de jurisprudentie ook door faillissement van de pandgever niet vervalt. Inderdaad is de inhoud van het pandrecht niet los van zijn individueel pandobject te maken, zonder de zin van de vergelding geweld aan te doen. Het Duitse “Bürgerliches Gesetzbuch” §90 kent geen onlichamelijke zaken, evenmin het Ontwerp 1898 tot herziening van ons BW. In de zin van onze tekst maken dan ook de meeste Duitse schrijvers bezwaar tegen de constructie van rechten op rechten. Ten onzent is deze constructie o.a. bestreden door Kist, de bekende schrijver over handelsrecht, en door Asser-Scholten, *Handl, tot de beoefening van het Ned. Burg. Recht II Zakenrecht*. Deze noot is belangrijk!

De rechtsbetekenis van de zgn. verkoop van en van de vestiging van zakelijke rechten op “heerlijke rechten” in het oud-vaderlands recht

Zou men in deze richting ook niet juridisch hebben te interpreteren de figuur van de “heerlijke rechten” in het oud-vaderlands recht, die gewoonlijk zo wordt geduid, dat stukken “overheidsgezag in privaat bezit” in privaat rechtsverkeer waren?

De heerlijke rechten werden in het oud-vaderlands recht als “onroerende onlichamelijke zaken” beschouwd, m.a.w. als rechtsobject van private subjectieve rechten en deze beschouwing was uiteraard een onverbindbare “juridische constructie”.

Deze constructie is, naar wij thans weten, innerlijk onhoudbaar, gelijk ze aanleiding heeft gegeven tot de heersende misvatting van een vermeende vermenging van publiek- en privaatrecht in de middeleeuwen en tot de wonderlijkste omhaspeling met de bezitsacties.

Een “heerlijk recht” kan nimmer, als “rechtsbevoegdheid”, *object* zijn van een privaat subjectief recht, evenmin als men “bezitter” kan zijn van een “inschuld” (de terminologie⁵ van art. 1422 BW!). [A: P025]

Het ware rechtsobject van het heerlijk recht was niet de publiekrechtelijke competentiesfeer in een zeker territorium (dit was veeleer de publiekrechtelijke inhoud van het heerlijk recht), maar veeleer de *inkomsten* uit het recht, welks economische waarde werd geobjectiveerd in het rechtsverkeer (denk bv. aan het tol- en veerrecht etc. etc.), resp. de heerlijke grond, waarover het regaal zich uitstreckte; *of de state*, welker bezit de publiekrechtelijke competentiesfeer met zich bracht (denk aan de “ambulatoire heerlijkheden” in Friesland).

Men verkocht bv. een “heerlijkheid”, “daar en daar gelegen”. Het is trouwens bekend, dat het woord “heerlijkheid” zowel het heerlijk recht zelf als de grond als rechtsobject van het recht aanduidde (evenals de [D: P022] woorden immuniteit, feudum etc.). Maar dan was het heerlijk recht, als private beschikkings- en genotsbevoegdheid, niet een onmogelijk subjectief recht op een “regeringsrecht”, maar veeleer een subjectief recht op het *rechtsobject* van het heerlijk recht in zijn *privaatrechtelijke zijde*. De publiekrechtelijke competentiesfeer ging slechts in een soort personele unie over op de bezitter van dit rechtsobject en deze bezitter kreeg daardoor een publiekrechtelijke kwaliteit. Had het “heerlijk recht” niet naast zijn publiekrechtelijke *inhoud* als overheidsgezag, een privaatrechtelijk *rechtsobject* gehad, dan ware het van de moderne overheidscompetentie niet onderscheiden geweest, die inderdaad alleen een *rechtsinhoud*, *geen privaatoobject* [B/C: P020] heeft.⁶

De hier beproefde juridieke interpretatie van de rechtsbetekenis van het “heerlijk recht” wordt in wezen ook door Von Below (*Der Deutsche Staat des Mittelalters* Bnd. I) gedeeld. [A: P026]

⁵ Ze is aan Kants rechtsfilosofie ontleend!

⁶ De vraag of ook publiekrechtelijke rechtsobjecten en dus ook publiekrechtelijke subjectieve rechten (Jellinek) bestaanbaar zijn, laat ik hier voorlopig rusten. Ze komt bij de afzonderlijke behandeling van het subjectief recht vanzelf aan de orde. In elk geval staat reeds thans vast, dat het hypothetisch aangenomen publiekrechtelijk rechtsobject nimmer het gezag zelf kan zijn en dat dus het gezagsrecht als publiekrechtelijke competentie als zodanig geen subjectief recht kan worden genoemd.

§4

De sociale analogie in de vergeldingszin

De noodwendige correlatie van gemeenschaps- en maatschapsmomenten in de vergeldingszin

In zijn esthetische en economische analogieën *alleen* kan de vergeldingszin niet zijn uitgeput. De volle generale rechtszin wijst over de esthetische en economische wetskringen terug naar de omgangszin met diens noodwendige correlatie van *gemeenschaps-* en *maatschapsfuncties*.

Ook in de rechtszin openbaart zich noodwendig de correlatie van gemeenschap en maatschap. Deze noodwendige correlatie in de zin van het recht is reeds door Aristoteles opgemerkt, toen hij zijn onderscheiding invoerde tussen *justitia commutativa* en *distributiva* (Zie hoofdstuk II §2).

De vergelding openbaart zich over de gehele linie in een evenwichtige harmonisering van *gemeenschaps-* (*verbands-*) en *maatschapsbelangen*. De correlatie tussen gemeenschap en maatschap is in de sociale zin gefundeerd en dus niet buiten zinsamenhang met de omgangszin te vatten. Maar de vergeldingsbetrekking tussen verband en maatschap is nimmer te vereenzelvigen met de *omgangsbetrekking* tussen beide.

Wanneer de HR in het beroemde arrest van 31 jan. 1919, W 10365¹ voor de toepassing van art. 1401 BW en volgende zijn materieel onrechtmatigheids criterium aldus omschrijft, dat ook onrechtmatig is “ieder handelen of nalaten, dat., indruist tegen de goede zeden, *hetzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed*”, dan is in het onderstreepte deel van deze formulering, letterlijk opgevat, de *vergeldingszin* geheel ondergegaan in de *sociale zin van omgang of verkeer*.

Het valt licht in te zien, dat, in wezenlijke *omgangs- of verkeerszin* [D: P023] genomen, het criterium alle juridische bruikbaarheid ontbeert. De omgangs- en verkeersmaatstaf voor de zorgvuldigheid, welke men behoort in acht te nemen ten aanzien van eens anders persoon of goed, heeft een geheel andere *zin* dan de vergeldingsmaatstaf. [B/C: P021]

Tegen de omgangszorgvuldigheid zondigt bv. een jonge man, die bij [A: P027] regen en storm zijn dame een lange weg laat afleggen, waardoor haar kleren bedorven worden, terwijl hij in staat is, haar een vervoermiddel aan te bieden, waardoor haar alle ongerief bespaard zou worden. Dit is onbeleefd!

Maar in *vergeldingszin* ligt hier geen onrechtmatig nalaten voor. Toch is de formulering van de HR anderzijds hoogst belangrijk, wijl ze pregnant de onafscheidelijke zinsamenhang tussen de vergeldingszin en de sociale omgangszin tot uitdrukking brengt en in die omgangszin is de correlatie tussen gemeenschaps- en maatschapsfunctie gefundeerd.

De vergeldingszin openbaart zich, gelijk gezegd, in een noodwendige correlatie van gemeenschaps- en maatschapsfunctie.

Er bestaat geen verbandsrecht los van maatschapsrecht, gelijk omgekeerd geen maatschapsrecht zonder correlatie tot een verbandsrecht voorkomt. Het geldt hier dus geen “entweder-oder”, maar een “zowel, als ook”.

De staat, de kerk, de private vereniging of stichting kunnen nimmer alleen in een interne verbandsfunctie juridisch bestaan, daar ze dan uit de vergeldingssamenhang zouden zijn uitgeschakeld. (Het verband behoeft daarom echter nog geen rechtspersoonlijkheid). Daarom is het geheel verwarrend het recht naar de wetszijde als “gemeenschapsorde” te kwalificeren (zo Radbruch²). Daargelaten, dat deze definitie een abstract algemeen begrip zonder zin-omlijning is, miskent zij ook de noodwendige correlatie tussen de individuen coördinerende, maatschaps-, en de individuen tot een verband subordinerende, gemeenschapsfunctie in de zin van de vergelding.

¹ W = Weekblad van het Recht.

² Zie over hem hoofdstuk I §1.

Deze correlatie openbaart zich zowel naar de wets- als de subjectzijde van de rechtskring.

De juridische competentie in de sociale analogie van de zin van de vergelding

Naar de wetszijde is in deze correlatie de *juridische competentie*, als *bevoegdheid* tot rechtsvorming en rechtstoepassing verankerd. [A: P028]

De juridische competentie is, gelijk wij zagen, geen subjectief recht, wijl ze niet aan de subjectzijde van de rechtskring fungeert en niet in een beschikkings- of genotsbevoegdheid van een rechtssubject over een rechtsobject bestaat.

Maar aan iedere rechtsnorm is een *competent rechtsvormer* inherent, daar, gelijk wij nog zullen zien, iedere rechtsnorm in haar positiviteit op de wil van een competent rechtsvormer moet zijn terug te voeren, zal zij bindend recht bevatten. Welnu, deze juridische competentie, die in de [D: P024] zin van de vergelding zelf naar haar sociale analogie ligt opgesloten, is naar de zin van de vergelding [B/C: P022] zelf *begrensd* in de correlatie van gemeenschaps- en maatschapsfunctie. De vergeldingszin zelf verzet zich tegen iedere absolutistische competentietheorie in de rechtsvorming, wijl zij de evenmaat van de vergeldingsbelangen zou verstoren. Een absolutistisch competentiebegrif leidt tot dezelfde anarchistische consequenties als het zgn. “absolute aangeboren recht” van de humanistische natuurrechtstheorie. Het plaatst de verabsoluteerde competentie buiten de vergeldingssamenhang van gemeenschaps- en maatschapsfuncties en daarmee buiten *de zin van het recht zelf*. Zo bleek ook van meet af het absolutistisch begrif van de staatssoevereiniteit deze soevereiniteit boven en buiten de rechtsnorm te stellen (Princeps legibus solutus est! “Volkenrechtelijk” de staat boven het volkenrecht).

Naar de subjectzijde van de rechtskring openbaart de sociale analogie in de zin van de vergelding zich hierin, dat de rechtssubjectiviteit bestaat in een noodwendige correlatie van gemeenschaps- en maatschapssubjectiviteit in de evenmaat van de vergeldingsharmonie.

Geen enkel mens kan als rechtssubject in een bepaald rechtsverband opgaan. Het houdt zijn individuele zelfstandigheid als rechtssubject in zijn maatschapsfunctie. Gemeenschaps- en maatschapsfunctie houden elkaar ook in de rechtssubjectiviteit in evenwicht in de zin van de vergelding. [A: P029]

§5

De taalanalogie in de zin van de vergelding

De rechtsbetekenis en de juridieke interpretatie van rechtsnorm en rechtsgedragingen

Om het restrictief kosmisch zinsverband tussen de vergeldings- en de omgangsvorm volledig te kunnen vatten, is intussen een verder terugwenden van de schouwende blik nodig, en wel naar de *generale zin structuur van de taalzin*. Immers de omgangszin is zelf niet buiten kosmisch zinsverband met de taalzin te vatten. Iedere omgangsnorm in haar correlatie van maatschaps- en gemeenschapsfunctie rust op het zinsubstraat van de *symbolische betekening*, de kern van de taalzin. Het maken van een buiging, het afnemen van de hoed, het laten voorgaan van een hoger geplaatste in de samenleving etc. etc., het heeft alles zijn omgangszin slechts op de basis van de symbolische betekening.¹

En daar de rechtskring op het substraat van de omgangskring rust, kan ook de vergeldingszin zonder het zinsubstraat van de taalzin niet bestaan. [B/C: P023]

De vergeldingszin impliceert zowel naar de wets- (norm-), als naar de subjectzijde een *rechtsbetekenis* als taalanalogie in de zin van de vergelding.

De rechtsbetekenis wordt door de *symbolische betekening* van de taal als substraat gedragen en moet door juridieke interpretatie worden vastgesteld. Waar het in deze interpretatie niet gaat om de *taalkundige* [D: P025] *betekening*, maar om de juridieke betekende zin, kan deze interpretatie zelf slechts in de zin van de vergelding worden gevat, ook al kan zij de taalkundige interpretatie als zinsubstraat niet ontberen.

Zonder zinsamenhang met de symbolische betekening in de taal (hetzij deze in woord of gebaar, of zelfs zijdelings in een stilzwijgen of bepaalde andere gedraging zich openbaart) kan geen subjectieve rechtsgedraging aan de subjectzijde, noch een norm aan de wetszijde van de rechtskring in haar vergeldingszin worden gevat. [A: P030]

Zelfs aan de indirecte rechtsvorming (het zgn. gewoonterecht), evenzo als aan de zgn. stilzwijgende wilsverklaring is de taalanalogie in de vergeldingszin, de *rechtsbetekenis* inherent. Wanneer ik op de tram stap, wordt deze handeling juridisch in haar *rechtsbetekenis* zo uitgelegd, dat ik - evidente tegenbewijzen daargelaten - een vervoercontract met de tramexploitante wil aangaan. Maar ook het onrechtmatig inslaan van een ruit moet in zijn *rechtsbetekenis* worden uitgelegd en wordt ook inderdaad juridiek als delict geïnterpreteerd.

Immers daar het gehele rechtsleven op symbolisch taalsubstraat rust, kan ook een onrechtmatige daad niet zonder juridieke interpretatie in haar vergeldingszin worden gevat.

Inderdaad is dan ook het heersende begrip van juridieke interpretatie *aan alle zijden te eng* en, gelijk wij bij de behandeling van het interpretatieprobleem nader zullen zien, *ook geheel onmethodisch gevat*, zeer tot schade van de rechtswetenschap.

Nogmaals, niet de taalzin zelf is aan de rechtszin inherent. Het is een *taalanalogie*, waarvan wij hier spreken, een analogie (*rechtsbetekenis*), die zelf door de kern van de rechtszin (de vergelding) is gekwalificeerd en in haar zin is omljnd, maar die *buiten kosmisch zinsverband met de taalzin niet is te vatten*.

Het is met name de miskennis van deze stand van zaken, waarop wij doelden, toen wij spraken van een onmethodische opvatting van het juridisch interpretatieprobleem in de heersende theorieën. Men ging spreken van taalkundige, historische, logisch-systematische interpretatie, zonder te beseffen, dat men in deze trits nog steeds de eigenlijke rechtszin van het interpretatieprobleem niet gevat had.

Met name de befaamde “Begriffsjurisprudenz” (zie hoofdstuk I §2 [B/C: P024] bij Von Jhering) heeft althans in de *theorie van de rechtsuitlegging* op dit punt de grenzen van het rechtsprobleem uit het oog verloren. De vaststelling van de rechtsbetekenis, waarnaar de

¹ In de “omgangstaal” openbaart de taalzin zich in verdiepte anticiperende functie. Men vermijdt dan “aanstotelijke” woorden. In de taalzin “in gesloten of restrictieve gestalte” (zie Inleiding) kan van aanstotelijke woorden geen sprake zijn.

taalsymbolen heenwijzen, die zij heenwijzend betekenen, eist zelf afweging van rechtsbelangen in de weegschaal van de vergelding. [A: P031] De zgn. “Interessenjurisprudentz”, door Rudolph von Jhering geïnaugureerd, heeft zulks ten dele ingezien, doch voor zover deze richting aan de naturalistisch-sociologische methode van rechtsvinding is georiënteerd, heeft ze toch de normatieve vergeldingszin van de juridieke interpretatie weer uitgewist.

§6

De historische analogie in de vergeldingszin

De positiviteit van rechtsnorm en subjectieve rechtsfeiten

De vergeldingszin blijft echter nog altijd slechts zeer ten dele opgeklaard, [D: P026] zoolang hij niet in zinsverband met de *historische ontwikkeling* (met haar *zinkern* “de beschaving”) is gezien.

Eerst in het *positiviteitsmoment* komt de zin van de vergelding tot nadere bepaaldheid. De positiviteit is de historische analogie “kat' exochèn” in de vergeldingszin.

De vergeldingszin bestaat niet buiten kosmisch verband met de historische zin van de beschavingsontwikkeling, gelijk de metafysische en humanistische natuurrechtstheorieën meenden.

Reeds de *rechtsbetekenis* als taal analogie in de vergeldingszin moet zelf worden *gepositieerd* in nauwe zinsamenhang met de historische ontwikkeling. De rechtsbetekenis van het woord “onrechtmatig” in art. 1401 BW bv. kan hij bij een ingewikkelder rechtsverkeer niet meer identiek zijn met zijn rechtsbetekenis bij een minder gecompliceerd rechtsleven.

Daarom moest de eerste principiële aanval op het abstracte humanistisch natuurrecht, dat meende de rationalistisch gevatte rechtsbeginselen uit het mathematisch denken te kunnen positiveren tot een eeuwig geldige natuurrechtscodex, komen van de zijde van de *historische school*, gelijk ook de taalwetenschap, de economie en de esthetica haar “historische school” hebben gehad als reactie tegen het onhistorisch rationalisme!

Het is de onvergankelijke verdienste van Von Savigny c.s. geweest op de historische samenhang van alle recht met bijzondere nadruk te hebben gewezen en de *positiviteit* als *inherent bestanddeel van het rechtsbegrip* te hebben erkend. [A: P032]

Alle recht is positief recht in zinsamenhang met de historie

Inderdaad, er bestaat slechts *positief recht* in deze tijdelijke werldsamenhang. Iedere opvatting van een natuur- of rederecht, dat zijn zetel in de ratio, in de “Vernunft” heeft en buiten alle *menselijke vorming* of *positivering* om als een gesloten rechtsorde naast of boven de positieve rechtsorde zou gelden, is metafysica in de verwerpelijke zin van het woord en [B/C: P025] moet noodwendig de zin van het recht verstoren. De tegenstelling *ratio* of *voluntas* als diepere bron van het recht is daarmee als een antinomie in de immanentiefilosofie erkend en dus uit onze rechtsopvatting met wortel en tak te verwijderen.

Maar wij zagen reeds in §4 van het vorig hoofdstuk, dat de historische school het positiviteitsmoment in de rechtszin heeft gehistorificeerd, d.w.z. in de zin van de historische ontwikkeling zelf heeft gevat en daarmee de soevereiniteit in eigen kring van de rechtszin heeft geschonden.

De rechtspositiviteit is slechts een *historische analogie in de zin van de vergelding*. *Aan de vergeldingszin zelf is de positiviteit inherent*. Er kan geen vergeldingsharmonisering van gemeenschaps- en maatschapsbelangen in hun rechtsbetekenis bestaan zonder dat de rechtsorde zich positieveert in zinsamenhang met de historische ontwikkeling.

Hoe zou een middeleeuws heerlijk recht of leenrecht *vergeldingszin* kunnen gehad hebben *buiten zinsamenhang met het toenmalig historisch* [D: P027] *tijdsbeeld*? Hoe zou het moderne Nederlandse huwelijksrecht een vergeldingsharmonie hebben kunnen brengen in een primitief volksleven, gebouwd op sibbe- of gentsverbanden? Hoe zou een modern West-Europees burgerlijk procesrecht, dat op een sterke rationalisering van bewijsmiddelen en een rationele verdeling van bewijslast rust, ooit wezenlijke *vergeldingszin* kunnen gehad hebben in een primitieve oud-Germaanse samenleving, waar eed en godsoordeel typisch samenhangen met een heidens-primitieve beschaving en iedere aanklacht tegen een vrije Germaan als een persoonlijke smet op diens naam werd beschouwd, waarvan [A: P033] hij zich, door aanvaarding

van de negatieve bewijslast, had te zuiveren? Of hoe zou het primitieve formalisme bij de overdracht van onroerend goed of bij het aangaan van contracten (een formalisme, dat in zijn rechtszin typisch samenhang met een primitief beschavingspeil, waarop het denken en de taal nog traag hangen aan hun zinnelijke substraten) nog vergeldingszin kunnen hebben in een moderne samenleving met zijn sterk gerationaliseerde beschaving?

Het positiviteitsmoment en de menselijke vormingswil in de zin van de vergelding Vervlechting van wets- en subjectzijde in alle na-historische wetskringen.

Het positiviteitsmoment in de zin van het recht, dat wij aldus in zijn onverbrekelijke zinsamenhang met de historische zin van de beschavingsontwikkeling leerden kennen, brengt nu een eigenaardige vervlechting tussen wetszijde en subjectzijde in de rechtskring, een eigenaardigheid, die bij *alle* in de historie gefundeerde wetskringen valt op te merken en die wij nader zullen analyseren bij de behandeling van het *vormingsprobleem* in het recht.

Wij merken te dezen aanzien in het onderhavige verband [B/C: P026] slechts op, dat in iedere rechtsnorm een noodwendige correlatie is gegeven van *bovensubjectief en bovenwillekeurig rechtsbeginsel en menselijke vormingswil*, waardoor dit rechtsbeginsel in samenhang met de historische ontwikkeling wordt gepositieerd tot geldend recht.

Slechts in zijn positiviteit openbaart zich de vergeldingszin Gelding en positiviteit

Een bloot rechtsbeginsel is nog geen geldend recht en kan geen vergeldingsharmonie realiseren. *Maar slechts in de positiviteit openbaart zich, gelijk we zagen, de vergeldingszin.* Want de vergelding is geen abstracte “idee”, maar een *zinzijde van de tijdelijke werkelijkheid!!*

Verabsolutering van de subjectieve menselijke vormingswil, waarbij het positiviteitsmoment in de zin van het recht wordt losgemaakt zowel van de te positiveren *beginselen* als van [A: P034] de normatieve zin van de historische ontwikkeling, voert tot de afdwalingen van de in het vorig hoofdstuk besproken positivistische rechtstheorieën in al haar nuanceringen.

De *menselijke vormingswil*, welke in het positiviteitsmoment van de rechtszin, in zijn onlosmakelijk verband met het sociaal gefundeerde *competentiemoment* ligt opgesloten, fungeert noodwendig *aan de wetszijde van de rechtskring*.

In de wezenszin van *iedere rechtsnorm* ligt in haar door de vergeldingszin geïmpliceerde *positiviteit*, dat zij is *toe te rekenen aan de wil van een competente rechtsvormer*. [D: P028]

Het methodologisch aanknopingspunt voor de behandeling van het rechtsbronnenprobleem

Hier ligt het methodologisch aanknopingspunt voor de behandeling van het rechtsbronnenprobleem met zijn kernprobleem van de competentie, dat ons in de eerste plaats naar de sociale analogieënsfeer in de rechtszin verwijst.

Aan de *subjectzijde* komt het positiviteitsmoment in de vergeldingszin in zijn kosmisch zinsverband met de sociale en historische zin tot openbaring in de *positieve* rechtsbetekenis van de subjectieve rechtsgedraging, die ook hier *aan de wil van een rechtssubject* noodwendig moet worden toegerekend.

Die positieve rechtsbetekenis van de juridische gedraging is zelf in haar subjectieve vergeldingszin afhankelijk van de historische ontwikkeling. Zo is bv. de positieve subjectieve rechtszin van een onrechtmatige daad thans niet meer dezelfde als vóór het arrest van de HR van 1919; zo moet bij de vaststelling van de positieve rechtsbetekenis van een subjectieve

wilsverklaring thans rekening worden gehouden met alle omstandigheden en gebruiken van de moderne beschavingsontwikkeling enz. enz.

In het zinnmoment van de *vormings-* of *positiveringswil* aan de wetszijde en van de *positieve rechtsbetekenis van de subjectieve* [B/C: P027] (aan de wil van een rechtssubject *toe te rekenen*) *rechtsgedraging kondigen zich reeds nieuwe analogieën in de zin van de vergelding aan.*

Het positiviteitsmoment zelf appelleert, voor zijn zin-synthetische [A: P035] omvatting door het denken, reeds op zijn zinsverband met de vroegere analogieën en toont daarin zijn onzelfgenoegzaamheid. De eerste analogie waarop wij bij dit nader onderzoek stuiten is de *analytische of logische.*

§7

De logische analogie in de zin van de vergelding

Norm, plicht, toerekening, rechtmatigheid en onrechtmatigheid

Het is in de eerste plaats de *juridische toerekening* in de vergeldingszin (die wij zowel aan de wets- als subjectzijde aantreffen), waarin zich pregnant het kosmisch zinsverband met de logische of analytische zin openbaart.

Toerekening in de zin van de vergelding is een evident *logisch* gefundeerd zinnmoment. Want het onderstelt de *mogelijkheid van de analytische onderscheiding*, die slechts aan redelijke schepselen eigen is.

Reeds de *rechtsbetekenis* (het taalanalogisch moment in de zin van de vergelding) van een rechtsnorm of van een rechtsgedraging rust op de zin van het logisch-onderscheidend denken. Voor een *dier* bestaan geen taalsymbolen en het kan dus ook de door deze symbolen betekende rechtszin niet vatten. Reeds daarom is het in zijn natuurgedragingen niet subjectief “toerekenbaar”.

Zijn natuurgedragingen fungeren in de rechtszijde van de werkelijkheid slechts als juridische objectfuncties. Zij worden *doorgerekend* tot de rechtssubjectiviteit van een toerekenbare persoonlijkheid. (De eigenaar van een dier is bv. aansprakelijk voor de schade aan een ander rechtssubject toegebracht. Dierlijke prestaties zijn *object* van contracten enz. enz.).

De juridische toerekening fungeert, gelijk we zagen, *aan de wetszijde* [D: P029] van de vergeldingszin, aldus, dat iedere rechtsnorm in haar positiviteit tot de wil van een competente rechtsvormer moet zijn toe te rekenen, *aan de subjectzijde* zo, dat iedere subjectieve rechtsgedraging wordt toegerekend aan de positieve wil van een rechtssubject.

De toerekening impliceert het *normkarakter* van de juridische wetmatigheid, d.w.z., dat zij een *zo behoren*, en niet een *natuurnoodwendig* [A: P036] *moeten* is, en de normatieve structuur van alle subjectieve en objectieve rechtsfeiten (subjectieve en objectieve in onderlinge correlatie; zie hoofdstuk II §1) in onderworpenheid aan de rechtsnormen.

Alle wetskringen, die op het substraat van de logische rusten, zijn *normatieve* wetskringen en impliceren de *toerekening* [B/C: P028] in de generale zin van hun kring (het kunstwerk wordt toegerekend aan zijn “schepper”, de economische opbrengst aan de subjectieve voortbrengers, de historievorming aan de “historievormers” enz. enz.).

Rechtsnormen zijn geen logische oordelen, gelijk Kelsen in zijn logicistische instelling meende, en *juridische toerekening* is *geen logische toerekening*. Maar de logische analogie in het norm- en toerekeningsmoment in de zin van de vergelding is onmiskenbaar.

Met het *normmoment* aan de *wetszijde* van de vergeldingszin is het *plichtmoment* aan de subjectzijde noodwendig gegeven. Want de *rechtsplicht* is slechts de *subjectieve gebondenheid* en *onderworpenheid* aan de rechtsnorm.

Niet aan alle rechtsnormen beantwoorden rechtsplichten voor ieder rechtssubject binnen de competentiesfeer van de rechtsvormer.

Verschillende rechtsnormen hebben een *specifiek adres* (ze zijn bv. specifiek gericht tot militairen, tot kooplieden, tot de rechter, of een andere categorie van beampten etc. etc.).

Het probleem van het normadres

Het probleem van het *adres van de rechtsnormen* (de “Normadressat”) of van de specifieke subjecten van de rechtsplichten valt niet meer binnen het bestek van de analyse van de generale rechtszin.

Waar evenwel door Kelsen tegen de zgn. “*imperativentheorie*”, die hij ten onrechte psychologisch duidt, geleerd is dat de rechtsnorm slechts *een hypothetisch logisch oordeel* is, *dat zich tot niemand richt*, moet hier met nadruk worden vastgesteld, dat geen enkele rechtsnorm zin heeft zonder een subjectief [A: P037] adres, tot wie de norm gericht wordt. De

eliminering van het normadres uit het rechtsgebied is slechts de radicale consequentie van een logicistisch rationalisme, dat de subjectzijde van de rechtskring in de verlogiseerde wetszijde poogt op te lossen.

Het zinsverband tussen de rechtmatigheid en onrechtmatigheid met het logisch principium contradictionis

De logische analogie in de zin van de vergelding bevat voorts noodwendig de correlatieve zinnemomenten van de *rechtmatigheid* en *onrechtmatigheid*. Uit de behandeling van het humanistisch rederecht herinneren wij ons, hoe hier telkens weer de neiging bestond, het al of niet beantwoorden van een subjectieve gedraging aan het natuur- of rederecht, m.a.w. de rechtmatigheid of onrechtmatigheid van een gedraging in natuur- of rederechtelijke zin, te beoordelen naar het logisch beginsel van de tegenspraak [D: P030] (het principium contradictionis). En wij wezen er in dat verband op, hoe daarmee de rechtszin grondig werd *verlogiseerd*. Maar deze verlogisering is in haar [B/C: P029] oorsprong slechts te verstaan als een *omduiding* van de *logische analogie* (die ongetwijfeld in de subjectieve zinnemomenten van de rechtmatigheid en onrechtmatigheid ligt), *in de logische zin*, waarheen deze zinnemomenten terugwijzen.

Want de rechtmatigheid en de onrechtmatigheid van een gedraging, hoe weinig zij zelf logische zin dragen, zijn niet in haar vergeldingszin te vatten buiten het zinsubstraat van het principium contradictionis. (Twee tegenstrijdige oordelen kunnen niet beide in hetzelfde opzicht waar zijn). Een delict, dat onder de wettelijke omschrijving van art. 310 Wetb. v. Strafrecht valt, is een onrechtmatige daad, wijl het *strijdt* met de *norm* en die normatieve tweespalt tussen wet en subjectieve gedraging, volmaakt onbekend in alle natuurzijden van de werkelijkheid, is in haar zin gefundeerd in het logisch principium contradictionis. Die normatieve tweespalt treedt voor het eerst in de logische wetskring op. De tweespalt zelf is een gevolg van de zonde in de geestelijke of normatieve zijden van de werkelijkheid. Maar de wetmatige reactie op de onrechtmatige daad is volstrekt niet eerst met de zonde [A: P038] in de wereld gekomen,¹ maar lag van meet af in de zin van de vergeldingsharmonie besloten.

Want reeds in het paradijs was in het proefgebod aan de ongevallen mens de straf op de zonde gesteld. Ten dage als ge daarvan eet, zult gij de dood sterven! M.a.w. reeds vóór de zondeval lag deze vergeldingsreactie in de zin van het recht zelf opgesloten. De logische analogie in de zin van de vergelding doordringt in haar partiële zinsamenhang met het logisch beginsel van de tegenspraak de gehele rechtsorde en geeft nadere precisering aan de vergeldingsharmonie, gelijk deze zich in een evenwichtige verzoening van alle gemeenschaps- en maatschapsbelangen in het rechtsleven openbaart.

De logische analogie in de vergeldingszin, welke in het beginsel “lex posterior derogat priori” en in dat van de derogatie van een lex specialis aan een vroegere lex generalis tot uitdrukking komt

Het verband met het logisch beginsel van de tegenspraak

Want die logische analogie brengt innerlijke samenhang in de rechtsnormen en de subjectieve rechtsgedragingen.

Wanneer bv. twee rechtsnormen elkaar weerspreken, dan eist de zin van de vergelding in zijn logische analogie een innerlijke harmonisering van deze bepalingen. Verschillende beginselen zijn voor deze harmonisering opgesteld. Men denke aan het “lex posterior derogat priori” en aan het beginsel, dat een *specifieke rechtsregeling deroogert aan een generale* etc. etc. [B/C: P030]

¹ Gelijk het middeleeuwse natuurrecht reeds vanaf de kerkvaders in de stoïcijnse onderscheiding van *absoluut* en *relatief natuurrecht* leerde!
Zie hoofdstuk II §2.

Maar het is een grondig misverstand in zulke harmoniseringsregelen *bloot logische principes*, een toepassing van het logisch principium contradictionis te zien. Dat een latere rechtsregeling per se een daarmee strijdige vroegere regeling opheft, is volstrekt geen logische denknoodwendigheid, [D: P031] evenmin als de genoemde rangregeling tussen een *lex specialis* en een daarmee formeel strijdige *lex generalis*. [A: P039]

Immers een rechtsnorm is geen logisch oordeel, welks juistheid aan het principium contradictionis valt te toetsen.

Bij een zeer vrije positie van de rechter en een zwakke positie van de wetgever is het zeer wel bestaanbaar, dat de rechter vrijelijk beslist aan welke rechtsnorm bij onderlinge strijd de voorrang behoort toe te komen, zoals bv. in de middeleeuwen inderdaad geschiedde. In wezen betreft het hier steeds een vraag van evenwichtige harmonisering van vergeldingsbelangen en eerst bij een sterk gerationaliseerd rechtsleven met een sterke integreerende positie van het staatsgezag is het een *eis van de rechtszekerheid*, dat het oordeel over de voorrang van vroegere en latere rechtsnormen niet aan de vrije beoordeling van de rechter staat. Maar ook bij deze stand van zaken blijft het voor de rechter de vraag of een later voorschrift, in de vorm van de wet uitgevaardigd, inderdaad een *rechtsnorm* is en of zij op het concrete geval toegepast inderdaad recht kan geven.

Trouwens dat het beginsel “*lex posterior derogat priori*” geen bloot logisch denkprincipe is, blijkt ten duidelijkste uit de wijze, waarop het bv. in het overgangsrecht wordt toegepast, dat de rechtsgevolgen regelt van handelingen vóór het tijdstip van de verandering van de wetgeving verricht.

Art. 1 van het Wetboek van Strafrecht

“Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling. Bij verandering in de wetgeving na het tijdstip waarop het feit begaan is, worden de voor de verdachte gunstige bepalingen toegepast.”

Hieruit blijkt, dat geenszins zonder meer een *lex posterior* een vroegere wet opheft. Zij kunnen in de overgangstoestand naast elkaar blijven gelden en de grond voor deze concurrentie ligt uitsluitend in *vergeldingsbeginselen*, gelijk uit de tweede alinea van het aangehaalde artikel van het WvS duidelijk blijkt. [A: P040]

Want men kan geenszins zeggen, dat het beginsel “*Lex posterior derogat priori*” slechts behoeft te worden aangevuld met de precisering “*in futurum*”, om zich weer geheel met het logisch denkbeginsel te dekken. Immers als het beginsel inderdaad een eenvoudige toepassing van het principium contradictionis ware, dan zouden [B/C: P031] toch zeker twee met elkaar strijdige strafbepalingen ook in de overgangstoestand niet naast elkaar kunnen gelden?

Hier openbaart zich weer de *vergeldingszin van de juridische tijdsorde*, waarop reeds in de “Inleiding” bij Dl. I werd gewezen en waarop wij nog uitvoerig terugkomen.

En toch zijn de genoemde principes ter harmonisering van tegenspraak in de wetgeving, *in hun vergeldingszin niet los van het logisch principium contradictionis te vatten*.

Want wanneer de vergeldingsvraag beslist is, waartoe de logica op [D: P032] zichzelf onbekwaam is, moet aan deze beslissing naar haar substraatzijde een logisch oordeel beantwoorden, waarin het beginsel de tegenspraak zijn volle gelding behoudt.

Als eenmaal uitgemaakt is, dat in een concreet overgangsgeval toepassing van de latere rechtsnorm en niet die van de vroegere wet aan de eis van de vergelding voldoet, dan kan men niet tegelijkertijd beweren, dat de vroegere wet toepassing had behoren te vinden, of wel: *twee concurrerende wetsbepalingen kunnen logischerwijze niet gelijkelijk recht geven in hetzelfde concrete geval*. Maar de beslissing, de “*Entscheidung*”, wat in dezen rechtens is, moet van de *rechtsorde* en niet van de *logica* worden verwacht.

Deze gehele uitwijding was geenszins overbodig, daar in de school van Kelsen met haar logicistische “Stufentheorie”² het beginsel “Lex posterior derogat priori” tot een logisch denkprincipe is gedenatureerd. [A: P041]

² Zie over deze theorie hoofdstuk I §2.

§8

De psychische analogie in de zin van de vergelding

De wil in rechtszin

De toerekening van rechtsnormen tot de wil van een competente rechtsvormer en van subjectieve rechtsfeiten tot de wil van een aan de normen onderworpen rechtssubject, dwingt onze schouwende blik zich verder terug te wenden naar het zinsverband met de *psychische* kring. Het is het *wilsmoment* in de zin van de vergelding, dat ons een nieuwe analogie in die zin doet ontdekken, en wel een *psychische*.

Is de logische wetskring door de analyse als *zinkern* gekwalificeerd, in de psychische kring vinden wij de *zinkern* in het gevoel.

De vraag, waarin de zin-eenheid van alle psychische verschijnselen bestaat, wat m.a.w. de generale zinstructuur van de psychische wetskring is, is tot nu toe zelfs niet opgeworpen. [B/C: 032]

Enige opmerkingen over de stand van de moderne psychologie en haar belasting door de humanistische metafysica

De psychologie is nog steeds belast met de metafysica van de immanentiefilosofie, die de gehele tijdelijke werkelijkheid in fysische en psychische functies wil oplossen en daarbij ook de *subjectieve geestelijke zijden* van die werkelijkheid onder psychologische grondnoemer tracht te brengen. Zo wordt de subjectieve logische denkactiviteit evenzeer als de subjectieve historische, sociale, taal-, economische, esthetische, rechts-, moraal- en geloofszijden van de werkelijkheid in de metafysische vergaarbak van de psyche gemengd en de wetszijden van deze wetskringen worden tot het “noumenon”, tot de ideeën- of gedachtewereld, tot het *niet-werkelijke* gerekend.¹ De allures van een “vakwetenschap” begon de moderne psychologie eerst aan te nemen in de zgn. “empirische psychologie”, die naar mathematisch-natuurwetenschappelijke methode de psychische reacties op biotische prikkels onderzocht en in de zgn. Weber-Fechnerse wet meende een maateenheid voor de psychische gevoelens te hebben gevonden. [A: P042]

In de moderne experimentele richting, die eveneens het verband met de fysische en biologische verschijnselen onderzoekt, is intussen de [D: P033] mathematisch-mechanistische opvatting van de psychologie reeds lang prijsgegeven.

Over de metafysica, welke de tijdelijke werkelijkheid in twee substanties, lichaam en ziel, poogt uiteen te scheuren, behoeven wij, na hetgeen wij daarover in onze “Inleiding” opmerkten, niets meer te zeggen. Zij heeft voor ons voorgoed afgedaan. Zij is het grote vooroordeel, waaronder de psychologische en normatieve vakwetenschappen gebukt gaan!

Maar voor ons prangt des te meer de vraag, welke de *zinkern* van de *psychische wetskring* is, daar aan de beantwoording daarvan de gehele *actio finium regundorum* tussen psychologie en rechtswetenschap hangt.

Gelijk gezegd is deze *zinkern* slechts te vinden in het *gevoel*, daar de gevoelszin een wezenlijke zinzijde van de werkelijkheid is, die tot de zin van geen andere wetskring te herleiden valt. De oudere psychologie, waarop ook Kant nog steunde, onderscheidde drie psychische „vermogens” nl. *voorstellen, begeren en voelen*.²

Daargelaten echter de onhoudbare metafysische grondslag van de “vermogenspsychologie”, is het “voorstellen” als zodanig in het geheel niet tot een zinfunctieele (bewustzijns)zijde van de [B/C: P033] werkelijkheid begrensd, doch het is veeleer

¹ Zie hierover nader de Inleiding.

² Op deze psychologische vermogenstrilogie heeft Kant zelfs de gehele indeling van zijn wijsbegeerte in “Kritik der theoretischen Vernunft”, “Kritik der praktischen Vernunft” en “Kritik der teleologische Urteilkraft” (in het bijzonder de esthetica) gebouwd!

een reële “act”, die in alle zijden van de werkelijkheid fungeert. Datgene wat in de voorstelling inderdaad functioneel-psychisch is, is de *gevoelige zijde* daarvan.

Het beste bewijs, dat de voorstelling als geheel meer is dan een psychische bewustzijnsfunctie, is, dat de voorstellingen aan normatieve oordelen zijn onderworpen. (Een voorstelling is bv. “onwaar”, onzedelijk, onesthetisch, onhistorisch etc. etc.), terwijl de psychische gevoelszijde van de werkelijkheid nimmer aan [A: P043] regelen van behoorlijkheid (normen) kan worden getoetst (over het gevoel valt niet te twisten!).

Ook de *begeerten* zijn meer dan *functioneel* (men spreekt bv. van onzedelijke begeerten etc. etc.). De Schrift noemt zelfs in religieuze zin de “afvallige” begeerlijkheid (gierigheid) de wortel van alle kwaad.

De psychische zijde van de begeerten is alleen door de *gevoelszin* afgegrensd.

Wil men inderdaad *denkpsychologie*, *esthetische psychologie*, *taalpsychologie*, *sociale*, *economische*, *rechts-* of *geloofspsychologie* drijven, dan kan men zulks alleen doen, door de desbetreffende anticiperende functies van het psychisch gevoel experimenteel te onderzoeken (het logisch waarheidsgevoel, het schoonheidsgevoel, het taalgevoel, het omgangsgevoel, het spaarzaamheidsgevoel, het rechtsgevoel, het geloofsgevoel etc. etc.).

De kosmische structuur van de menselijke bewustzijnsactiviteit in haar [D: P034] over de zingrenzen van de wetskringen heengrijpende organische eenheid. kan echter door geen vakwetenschap ter wereld, doch slechts door de wijsbegeerte worden onderzocht.

De moderne psychologie, die zich als zulk een geestelijke structuurpsychologie aandient (Dilthey en de moderne fenomenologische geestespsychologie), is inderdaad geen vakwetenschap, maar verkapte humanistische metafysica, ook al zijn vaak in zulke metafysische structuurtheorieën zeer fijne psychologische waarnemingen gemengd.

In de moderne psychologie heeft men i.h.a. de poging, om onveranderlijke psychische wetten op te sporen, opgegeven, op grond van de overweging, dat in het “psychisch leven” geen nauwkeurige herhaling van een in strenge zin *gelijk* verschijnsel zou voorkomen en omdat het psychologisch experiment, anders dan het fysicale of chemische, niet “zuivere” gevallen kan isoleren, waaruit (zonder herhaling of variatie van het experiment) tot wetmatige noodwendigheden zou kunnen worden besloten.³ [A: P044]

O.i. is dit “ignorabimus” echter op methodologisch onjuiste gronden gebaseerd. Immers het rust op de overweging, dat het menselijk bewustzijn een structurele eenheid is, waarin [B/C: P034] ieder moment volstrekt kwalitatief individueel is en die men niet analytisch uiteen kan stellen, zonder aan de psychische werkelijkheid geweld aan te doen. Maar, gelijk wij weten, geldt zulks voor *iedere* vakwetenschap gelijkelijk. Geen enkele vakwetenschap omgrijpt inderdaad de volle individuele werkelijkheid; ze moet veeleer als zodanig de werkelijkheid *uiteenstellen* en dus *ontstellen*.

Voorts kan in *geen enkele wetskring* de individuele subjectzijde tot de wetszijde worden herleid. Ook niet in de fysische wetskring, wat in de moderne fysica, die de volstrekte individualiteit van de fysische subjectzijde heeft ontdekt en daarom het rationalistisch mechanisch causaliteitsbegrip heeft prijsgegeven, algemeen wordt erkend.

O.i. valt in de vóór-historische anticiperende functies van het psychisch gevoel wel degelijk een onveranderlijke natuurwetmatigheid te constateren, *die echter slechts als wet van de volmaakt individuele psychische subjectiviteit is te vatten*.

Eerst in de historische en na-historische anticipaties van het gevoel wordt de psychische bewustzijnszijde afhankelijk van de historische ontwikkeling.

Het methodologisch sjibbolet van de psychologie als vakwetenschap is o.i. de fixering van de gevoelszijde van de werkelijkheid in haar zinsamenhang met alle andere zinzijden van de werkelijkheid.

³ Zie Felix Krueger: *Ueber Entwicklungs-psychologie* (Leipzig 1915) S. 65 ff.

Wij keren, na deze noodzakelijke uitweiding over de zin van de psychische wetskring, weer terug tot het *wilsmoment* als psychische analogie in de zin van de vergelding. [D: P035]

Het *willen* is, evenals het *begeren*, een kosmisch reële activiteit van de menselijke persoonlijkheid, die gelijk wij weten, religieus is gefundeerd, en in alle zinzijden van de tijdelijke werkelijkheid haar subjectieve functies heeft.

Daarom kan het wilsprobleem door geen enkele *vakwetenschap* tot [A: P045] uiteindelijke opklaring worden gebracht. En zoo verklaart zich ook, dat, terwijl enerzijds de psychologie zich het monopolie van het wetenschappelijk onderzoek van dit probleem toekende, anderzijds de biologie, de sociologie, de rechtswetenschap, en de moraalwetenschap hun aanspraken daartegen geldend maakten.

Kelsens logicistisch wilsbegrip: Het juridisch willen als logische toerekening

Kelsen is wel de eerste geweest, die voor de rechtswetenschap een eigen *normatief wilsbegrip* opeiste, dat hij ten scherpste van het psychologisch (volgens hem natuur-causaal) wilsbegrip beproefde af te grenzen.

Reeds in zijn eerste hoofdwerk *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911) toonde hij aan tal van juridische leerstukken (het wilsdogma in de leer van de private rechtshandeling, de leer van de wilsverklaring, de “reservatio mentalis”, de dwaling, de [B/C: P035] strafrechtelijke schuld, de leer van de staatswil enz. enz.) aan, dat het psychologisch wilsbegrip in de rechtswetenschap slechts met behulp van innerlijk tegenstrijdige ficties is te handhaven.

In aansluiting aan psychologen als Sigwart en Jodl heeft hij een uitvoerig onderzoek naar het psychologisch wilsbegrip ingesteld en komt dan tot de volgende conclusie: “Der Wille der Psychologie ist eine empirisch durch Selbstbeobachtung festzustellende *Tatsache*, die der Welt des *Seins* angehört, - der Wille der Ethik und jurisprudence ist eine unter dem Gesichtspunkte der Norm, des *Sollens* vollzogene *Konstruktion*, der im realen Seelenleben des Menschen kein konkreter Vorgang entspricht. Es gehört zu den grössten und folgenschwersten Irrtümern der Jurisprudence diesen Unterschied zwischen dem psychologischen und juristischen Willensbegriffe nicht immer erkannt zu haben; und es sind die seltsamsten und wunderlichsten Resultate, zu denen das heisse Bemühen jener noch heute so hochgeschätzten “psychologischen jurisprudence” geführt hat, den juristischen Sprachgebrauch im irgendeinen Einklang mit den Ergebnissen psychologischer Untersuchung zu bringen.”⁴ [A: P046]

Scherpe en volkomen rechtvaardige kritiek heeft Kelsen geleverd op het pseudo-psychologisch wilsbegrip, dat door de bekende psycho-logistische jurist Zitelmann in zijn *Irrtum und Rechtsgeschäft*. Eine psychologisch-juristische Untersuchung (Leipzig 1897) in de rechtswetenschap is ingevoerd.

Volgens Zitelmann was nl. de wil, gelijk die in de rechtswetenschap relevant is, “derjenige psychische Akt, welcher unmittelbar auf die motorischen Nerven einwirkt und so Ursache einer eigenen körperlichen Bewegung [D: P036] ist. Der Wille ist an sich weder bewusst

⁴ a.w. S. 146.

noch unbewusst, er wird bewusst oder unbewusst genannt, je nachdem er von der Vorstellung seines Inhaltes begleitet ist oder nicht.⁵ [A: P047] [B/C: P036]

De onhoudbaarheid van dit wilsbegrip voor de psychologie was reeds door Sigwart aangetoond, die het begrip van een onbewuste wil psychologisch terecht een “*contradictio in terminis*” noemde. En deze innerlijke contradictie verborg zich achter de fictie, die moest dienen om het psychologisch wilsbegrip voor de normatieve juridische toerekening pasklaar te maken. Immers in juridische zin wordt ook aan de wil toegerekend datgene, *waaraan iemand wellicht in het geheel niet gedacht heeft*.

Kelsen zelf, in zijn zucht om de rechtswetenschap tot een abstracte geometrie van de rechtsverschijnselen te maken, vervalt nu in de bekende pool van het kritisch idealisme, *de absolute scheiding tussen “sollen en Sein”; normen en natuurwerkelijkheid*: hij wil het *juridisch wilsbegrip* als [D: P037] een *logische categorie geheel los van de natuursubstraten van de rechtskring vatten*. Zo vereenzelvigd hij dan de juridische wil met een logisch eindpunt van de toerekening, gedacht als een *mathematisch snijpunt van toerekeningslijnen*.

Waar, gelijk wij uit hoofdstuk II §5 weten, dit normatieve toerekeningsbegrip van Kelsen zelf geheel in de zin van een *logisch-mathematische toeordening* is gedacht, wordt dus bij Kelsen het juridisch willen omgeduid in een logicistisch gevatte toerekening. Daarmee wordt uiteraard het juridisch wilsbegrip van zijn zin beroofd. Weliswaar onderstelt, gelijk [B/C: P037] wij reeds hierboven zagen, het juridisch wilsmoment de juridische toerekening (als logische analogie in de rechtszin), maar het is zelf een *psychische analogie* in de zin van het recht, die buiten kosmische zinsamenhang met de psychische zin niet valt te vatten. [A: P048]

Het willen in psychische zin Jodls psychologisch wilsbegrip

Wat is het willen in *psychische zin*?

⁵ Dit zgn. psychologisch wilsbegrip beheerst met name ook de strafrechtsdogmatiek. Zo schrijft Van Hamel in zijn bekende *Inleiding tot de Studie van het Nederlandsche strafrecht*: “Voor de menselijke *dad*en, welke strafrechtelijke betekenis hebben, geldt geen ander begrip dan voor die welke rechtens onverschillig zijn.” De lezer lette hier op de, alle zingrenzen uitwissende, operatie met het abstracte pseudo-algemeen begrip “*daad*”). “De *daad* is een *spierbeweging*, die zich vertoont als uiting van de *wil*. Rechtsens echter heeft die spierbeweging alleen in zover betekenis als zij een *verandering in de buitenwereld* teweeg brengt, en wel een zodanige waarvan het teweegbrengen door het recht als een krenking of een in gevaar brengen van een rechtsbelang beschouwd, als zodanig verboden en strafbaar gesteld wordt. Die verandering in de buitenwereld is haar *gevolg*. Uit strafrechtelijk gezichtspunt (!) moeten nu de drie zijden van de *daad*, dat zij is spierbeweging, wilsuiting en veroorzaking van een gevolg in de buitenwereld worden samengevat. Uit deze samenvatting ontstaat het begrip van de “*handeling*”; en zo heeft dat begrip een fysiologische, een psychologische en een causale kant.” En met zulk een volmaakt onjuridisch handelings- en wilsbegrip wordt de rechtswetenschap gelukkig gemaakt! Zie voorts Zevenbergen, *Leerboek van het Ned. Strafrecht I* (1924) blz. 42/43: “Willen is een streven, met vooral deze kenmerken: “de doelvoorstelling en het activiteitsgevoel (gemeend is het gevoel, dat het doel kan worden verwerkelijkt door eigen activiteit). Dit is volgens Zevenbergen het “psychologisch willen”, dat strafrechtelijk alleen relevant is! En in een noot tekent de geleerde schrijver hierbij aan: “Men kan nl. ook spreken van de wil in normatieve of ook in fictionalistische (!) zin; zo spreekt men wel van de wil van de Staat, wil van de wet, wil van de vereniging enz. *Dat willen heeft echter op het gebied van het strafrecht geen betekenis en blijve dus hier buiten bespreking*.” Deze laatste uitspraak typeert wel sterk de stand van de juridische begripsvorming! Het psychologisch wilsbegrip *wèl*, het juridisch wilsbegrip *niet* strafrechtelijk relevant!! Wij vragen slechts, als het “normatieve willen” strafrechtelijk irrelevant is, hoe dan ooit “onachtzaamheid” of “nalatigheid” strafrechtelijk aan iemand valt toe te rekenen. Als een baanwachter verzuimt het sein op “onveilig” te stellen en daardoor een spoorwegongeluk veroorzaakt, wordt deze nalatigheid hem *strafrechtelijk toegerekend*; zgn. aan zijn juridische wil toegerekend, want toerekening is alleen tot een wil mogelijk! Hoe wil men hier het “willen” vatten, los van de normatieve zinfuncties? De baanwachter was nalatig, wijl hij in juridisch-normatieve zin anders had *behoren* te handelen. Als het zgn. “psychologisch wilsbegrip” hier fiasco maakt, wat redelijkerwijze niet te loochenen valt, dan kan het nergens op rechtsgebied bruikbaar zijn. Want een juist gevormd begrip kent geen “uitzonderingen”.

Wij willen aanstonds vooropstellen, dat de psychische zinzijde van de wil zelf op de normatieve wetskringen *anticipeert*. Een dier heeft geen wil, maar slechts restrictieve gevoelsimpulsen, psychische gevoelige aandriften, die reageren op biotische en fysische prikkels en op hun beurt inderdaad leidend op de spierbewegingen inwerken, tot het opwekken resp. opheffen van lust-, resp. onlustgevoelens.

Van een wil spreekt men slechts bij wezens met normatieve zinfuncties. Voorzover het willen dus een psychische zinzijde heeft, is dit klaarblijkelijk een op de normatieve zinfuncties *anticiperende*. Daaruit vloeit voort, dat een psychologisch wilsbegrip, dat alle zinsverband met de normatieve wetskringen heeft doorgesneden, onbestaanbaar is.

De bekende psycholoog Jodl definieert in zijn *Lehrbuch der Psychologie II* (3^e Aufl. 1908 S. 58) de wil als “een streven dat met de voorstelling van een doel verbonden is”. Het “streven” is dan volgens hem een bewustzijnsactiviteit, waardoor “een verandering in de toestand of de inhoud van het bewustzijn, iets toekomstigs, iets nieuws wordt veroorzaakt of voorbereid, welk toekomstigs daardoor is gekarakteriseerd, dat daardoor lustgevoelens worden opgewekt, in stand gehouden of versterkt, onlustgevoelens verzwakt en afgeweerd worden. Dit is inderdaad een psychologisch begrip, in de gevoelige bewustzijnszin gevat,⁶ maar zonder enig appel op de normatieve zinzijden van de werkelijkheid en daarom geen psychologisch *wils*begrip.

Het past volmaakt op de definitie, die wij hierboven van de lust- en onlustimpulsen in de dierlijke psyche gaven. De nadere analyse van dit zgn. psychologisch “wilsbegrip” wordt door Kelsen aldus gevoerd: Het uitgangspunt van iedere wilsactiviteit is een gevoel van onbevredigdheid, van een gebrek. [A: P049]

Dit gevoel is steeds innig verbonden met het streven, de daarmee verbonden onlust op te heffen. Aan zulk een aandrift ontbreekt op zichzelf [D: P038] nog iedere weg tot zijn natuurlijke bevrediging. Deze weg wordt eerst geopend op het ogenblik, dat zich aan het streven de voorstelling van een *middel* paart, om het bestaande onlustgevoel op te heffen. Dit voorgestelde middel [B/C: P038] kan een *uitwendig* of *inwendig* proces of toestand zijn.⁷

Is het voorgestelde middel *uitwendig*, dan is de wilsactiviteit afgesloten met het causaal overgrijpen van de impuls op de bewegingszenuwen, waardoor de spierbeweging wordt veroorzaakt. De verdere afloop van de causale reeks behoort tot de “buitenwereld”. De vraag of het begeerde resultaat ook werkelijk bereikt is, blijft voor de zuiver “innerlijke” wilsactiviteit onverschillig.

Is het tot bevrediging voerende middel niet een uitwendige activiteit (een spierbeweging of een hierdoor in werking gesteld uitwendig proces, bv. een pistoolschot), maar een innerlijke activiteit, dan komt het niet tot een prikkel van de bewegingszenuwen, maar verloopt veeleer de gehele wilsactiviteit zuiver “innerlijk”. Dit is bv. het geval, wanneer men een aandrift om een glas water uit te drinken, onderdrukken wil, uit angst voor een ziekte.

Nader wordt dan nog het willen in psychologische zin afgegrensd van het blote *wensen* en wel hierdoor, dat de wil steeds *een eigen activiteit* van het subject onderstelt. Zo kan men niet willen, maar alleen *wensen*, dat de zon opgaat, wijl dit gebeuren, dat ons een innerlijk lustgevoel geeft, niet door onze eigen activiteit is te beïnvloeden. [A: P050]

⁶ Mits althans het “voorstellen” in de psychische zinzijde *van de gevoelige indruk* wordt gevat.

⁷ Gelijk wij weten, betekenen de woorden “uitwendig” en “inwendig” in de heersende psychologische terminologie “objectief” en “subjectief” psychisch, waarbij gelijk wij weten het “objectief” psychische bestaat in de objectivering van biotische, fysische en mathematische werkelijkheidsfuncties in de psychische wetskring.

De ware zinstructuur van de psychische zijde van de wil

Bezien wij deze gehele nadere analyse kritisch, dan blijkt ook daaruit, dat dit zgn. *wilsbegrip* volmaakt op de dierlijke impulsieve aandriften van toepassing is en dus geen *wilsbegrip* kan zijn. Want *willen*, als volle concrete activiteit, onderstelt, in onderscheiding van een functioneel natuurlijk aangedreven worden door lust- of onlustgevoelens, dat het willend subject een normatieve vrijheid van handelen bezit, dat m.a.w. zijn handelingen en gedragingen hem kunnen worden *toegerekend*. Bij een blote *doorrekening* door natuurlijke psychische aandriften komen wij nimmer uit bij een wil, die noodwendig als eindpunt van toerekening fungeert. *Er bestaat geen willen zonder normatieve verantwoordelijkheid* en zonder subjectieve normatieve zinfuncties, waarin het subject als zodanig vrij is van de blote natuurcausaliteit. In laatste instantie schuilt de wortel van de wil in het hart, waaruit de uitgangen van het leven zijn, d.i. in de boventijdelijke religieuze wortel van de persoonlijkheid.

De psychische zinzijde van het willen is slechts vanuit de geanticipeerde normatieve zinzijden van de wilsactiviteit te benaderen, gelijk de mechanische bewegingen in de inwendige [B/C: P039] structuur van een boom in haar op de organische levensfunctie anticiperende zin slechts vanuit de leidende zinfunctie van de boom zijn te benaderen. [D: P039]

En zo is het psychologisch wilsbegrip slechts te omschrijven als *een gevoelige impulsieve aandrift, om in vrije normatieve activiteit een begeerd en zich voorgesteld doel te bereiken*.

Psychische aandrift en psychisch begeertegevoel en voorstellingsbeeld staan daarbij beide onder leiding van de vrije overweging van de mogelijkheden en gevolgen, waarbij ook het gevoelig bewustzijn zich verdiept tot logisch gevoel, historisch gevoel, taalgevoel, sociaal gevoel, economisch gevoel, schoonheidsgevoel, rechtsgevoel, moraal- en geloofsgevoel en daarbij evident onder *leiding* van de normatieve zinzijden van de werkelijkheid komt. Het wilsbesluit volgt eerst aan het einde van de [A: P051] vrije overweging van de mogelijkheden en gevolgen en is als zodanig evenmin zuiver psychologisch te vatten. De aldus omlijnde psychische zijde van het willen kan uiteraard ook onder leiding van anti-normatieve (onrechtmatige, onzedelijke, oneconomische enz.) vrije overleggingen en doelstellingen komen. Voorts kan de psychische voorstellingszijde in haar inhoud een meer of minder helder beeld van de gevolgen van een bepaald besluit vertonen. Een niet juridisch geschoold mens bv. kan zich geen helder voorstellingsbeeld maken van de meer-specifieke juridische gevolgen, die de uitvoering van een bepaald wilsbesluit met zich brengt.

De toerekeningsvatbaarheid in de psychische analogie van de vergeldingszin

Eindelijk kan de psychische zijde van de wil en i.h.a. het psychisch substraat van de geestelijke, de normatieve functies van een persoonlijkheid dermate defect zijn, dat die persoon in logische, sociale, economische, juridische, morele of geloofszin *niet toerekeningsvatbaar* kan worden geacht (vgl. de nieuwe formulering van art. 37 Wetboek van Strafrecht). *De toerekeningsvatbaarheid is in de juridische wil noodwendig ondersteld*.

Zij is aan de psychische analogie van de vergeldingszin inherent, evenzeer als de juridische competentie aan de sociale analogie inherent is. *Die toerekeningsvatbaarheid is als juridisch zinnmoment slechts in de zin van de vergelding te vatten*. Nimmer kan de psychiatrie, die de psychische afwijkingen wetenschappelijk onderzoekt, een juridisch bruikbare maatstaf voor de toerekeningsvatbaarheid leveren, reeds om de eenvoudige reden niet, dat de grenzen tussen psychisch normaal en psychisch abnormaal, vlottend zijn. Een in juridische zin volmaakt toerekenbaar persoon kan zeer wel tal van psychische afwijkingen vertonen, waardoor hij in het dagelijks leven voor een “zonderling” doorgaat. [B/C: P040]

De naturalistische moderne richting in het strafrecht en haar uitwissing van de juridische zin van het begrip van de toerekeningsvatbaarheid

Vandaar dat de naturalistische moderne richting in het strafrecht bij monde van haar Duitse leider Fr. von Liszt verklaarde: [A: P052]

“Der begriffliche Scheidewand zwischen Verbrechen und Wahnsinn weicht und fählt.” Inderdaad moet dit de conclusie zijn, wanneer men met deze richting de (strafrechtelijke) toerekeningsvatbaarheid definieert als “normale Bestimmbarkeit durch Motive”, d.w.z. ontvankelijkheid voor door de straf beoogde (psychische) motivering en de beslissing daarover alleen van de psychiater verwacht.

De toerekeningsvatbaarheid is een noodwendig moment in de zin van de [D: P040] vergelding zelf, is dus in concreto slechts naar *rechtsmaatstaf* vast te stellen. Maar ze behoort tot de psychische analogieënsfeer in de zin van het recht en is dus tegelijkertijd slechts in zinsamenhang met de psychische functies van de persoonlijkheid te vatten.

Vandaar dat de psychiater *als deskundige* de rechter terzij staat, zonder dat hem over de *juridische vraag van de toerekeningsvatbaarheid* de *beslissing* toekomt.

De toerekeningsvatbaarheid appelleert uiteraard, daar de toerekening zelf een logische analogie in de zin van het recht is, op de *logische* gevoelsfunctie (de logische anticipatie van de psychische zin), en daarmee ook op de logische denkfunctie zelf.

Art. 37 Wetboek van Strafrecht en de toerekeningsvatbaarheid

Art. 37 1^e lid van het Wetboek van Strafrecht bepaalde vóór de wet van 28 mei 1925 (Stbl. No. 221, de “Psychopatenwet”):

“Niet strafbaar is hij, die een feit begaat, dat hem wegens de gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke storing van zijn verstandelijke vermogens niet kan worden toegerekend.”

Sinds de Psychopatenwet zijn terecht de woorden “verstandelijke vermogens” vervangen door het woord “geestvermogens”, wijl de toerekeningsvatbaarheid niet slechts op de logische functie en op het logisch gevoel, maar ook op alle andere geestesfuncties en de daarop anticiperende psychische functies appelleert. De toerekeningsvatbaarheid is intussen volstrekt niet alleen in het strafrecht essentieel, maar ze is, gelijk we [A: P053] zagen, noodwendig zinnmoment van de vergelding qua talis.

Ze is zowel een essentiële voorwaarde voor de toerekening van een rechtsnorm tot de wil van een competente rechtsvormer als voor de toerekening van een subjectief “rechtsfeit” tot de juridische wil van een rechtssubject.

Feitelijke en juridieke handelingsonbekwaamheid

Men onderscheidt wel de *feitelijke* en de *juridieke handelingsonbekwaamheid*, waarbij de laatste alleen van invloed zou zijn op de *rechtshandelingen* [B/C: P041] in engere zin,⁸ niet op *onrechtmatige daden*, terwijl daarentegen de *feitelijke* op alle gedragingen van invloed zou zijn. Alleen de feitelijke handelingsonbekwaamheid valt dan met de ontoerekeningsvatbaarheid samen.

De feitelijke handelingsonbekwaamheid onderstelt dan psychische bewustzijnsstoornissen of defecten (krankzinnigheid, dronkenschap, imbeciliteit enz. enz.) en moet van geval tot geval worden vastgesteld. De juridieke handelingsonbekwaamheid echter berust op een *algemeen* rechtsvoorschrift, dat aan bepaalde categorieën van personen (volgens het Burgerlijk Wetboek: de in een krankzinnigengesticht verpleegden, minderjarigen; onder curatele gestelden en gehuwde vrouwen) op grond van algemene, gemakkelijk te constateren kenmerken, de juridische bekwaamheid ten aanzien van rechtshandelingen geheel of ten dele ontzegt. [D: P041]

⁸ Vgl. het schema van de rechtsfeiten in hoofdstuk II §1.

Deze onderscheiding is echter *terminologisch* even verwarrend als die tussen *natuurlijke* en *rechtspersonen*, en die tussen *rechtsvragen* en *doelmatigheidsvragen* in de rechtswetenschap. De zgn. “feitelijke” handelingsonbekwaamheid is in rechte steeds juridische handelingsonbekwaamheid.

De zgn. juridische handelingsonbekwaamheid is in wezen slechts juridische handelingsonbevoegdheid, die zeer wel met juridische handelingsbekwaamheid kan samen gaan

Wat men echter in onderscheiding van de ontoerekeningsvatbaarheid “juridische handelingsonbekwaamheid” noemt, ware beter als een juridische onbevoegdheid tot het verrichten van rechtshandelingen [A: P054] te kwalificeren, die slechts voor bepaalde categorieën van personen op de praesumptio juris et de jure van *handelingsonbekwaamheid* berust. De gehuwde vrouw bv. is zeker niet juridisch onbekwaam (ontoerekeningsvatbaar), maar slechts in het algemeen *onbevoegd* tot het zelfstandig verrichten van rechtshandelingen te noemen. De *onbevoegdheid* in juridische zin kan zeer wel met juridische toerekeningsvatbaarheid en dus juridische handelingsbekwaamheid gepaard gaan. Zij behoort als zodanig niet in de psychische, maar in de sociale analogieënsfeer van de rechtszin thuis (zij is hier het subjectief correlaat van de *competentie*, die immers ex origine een “sociale analogie” in de zin van het recht is).

Ook een juridisch ontoerekeningsvatbaar persoon blijft nochtans *rechtssubject*, d.w.z. subject van rechten en plichten in de correlatie van juridieke gemeenschaps- en maatschapsverhoudingen. De *rechtsbevoegdheid* blijft ook bij juridieke handelingsonbekwaamheid en handelingsonbevoegdheid bestaan. Zo kan een pasgeboren kind of een krankzinnige zeer wel als erfgenaam worden ingesteld of in een schenking of legaat worden bedacht: Zo moet van zijn inkomsten evengoed belasting worden betaald als van die [B/C: P042] van een handelingsbekwame persoon. Zo is ook een rechtsgemeenschap of rechtsverband (de staat, de kerk, een vrije vereniging of stichting naar de rechtszijde) in de correlatie van rechtsgemeenschap en rechtsmaatschap subject van rechten en plichten, wanneer zulk een verband ook zgn. “rechtspersoonlijkheid” bezit (waarover later).

De vergeldingszin impliceert daarom noodwendig, dat voor handelingsonbekwame rechtssubjecten een toerekeningsvatbaar *orgaan* en *vertegenwoordiger* worde ingesteld, om voor deze in de rechtsverhoudingen te fungeren. *Want de juridische toerekening moet een adres in een toerekeningsvatbare juridische wil hebben, zal de rechtssubjectiviteit, naar haar vergeldingszin, resp. de wil van de rechtsvormer gehandhaafd blijven.*

Zo wijst het zinnmoment van de toerekeningsvatbaarheid [A: P055] als psychische analogie in de zin van de vergelding achter zichzelf terug naar een nieuwe analogieënsfeer in de rechtszin t.w. de *biotische*.

§9

De biotische analogie in de zin van de vergelding

De juridieke orgaan- en vertegenwoordigersfunctie

De biotische wetskring is door de *organische levenszin* van alle andere wetskringen afgegrensd.

In de organische levenszijde van de werkelijkheid werken alle orgaanfuncties onderling in onverbreekelijke doelmatige samenhang en vullen elkaar onderling aan. Het organisme regenereert, zolang het de nodige [D: P042] levensenergie heeft, zijn functionele organen en waar bepaalde organen blijvend defect zijn, nemen andere zo goed mogelijk de functies daarvan waar.

De zgn. biologische richting in de sociologische wetenschap (Spencer, Von Lilienthal, Schäffle, Worms e.a.) heeft bijzonderlijk aan de biotische analogieën in de interne organisatie van de verbanden aandacht gewijd, kwam daarbij echter, wegens gemis aan wezenlijke zin-analyse, tot een vaak wonderlijke speculatie, die wel culmineert in het onderzoek van de bekende verdediger van de *organische staatstheorie*, Bluntschli, naar het mannelijk of vrouwelijk geslacht van de staat! (“Der Staat is der Mann!”).

Ofschoon de biotische analogie in de zin van de vergelding zich in de juridische orgaanfuncties van de verbanden het meest duidelijk manifesteert, geldt het hier inderdaad een *generaal* zinnmoment in de vergeldingszin, waarheen alle vroeger geanalyseerde analogieën reeds impliciet heenwezen. Zo ontdekten wij reeds in het competentiemoment binnen de sociale analogieënsfeer van de vergeldingszin het appel op de juridische orgaanfunctie. In de rechtsnorm bleek vervat het moment van de toerekening tot de wil van een competent orgaan als rechtsvormer in de correlatie van gemeenschaps- en maatschapsfuncties. [B/C: P043]

Ter laatste instantie was het de psychische analogie van de toerekeningsvatbaarheid in de vergeldingszin, die achter zichzelf naar de biotische analogie van de juridische orgaan-, resp. vertegenwoordigersfunctie terug bleek te wijzen. [A: P056]

De juridische wil, zowel naar de wets- als de subjectzijde van de rechtskring, eist naar de substraatzijde steeds een *levende drager*, die in juridische zin *toerekeningsvatbaar*, *juridisch handelingsbekwaam* is.

Het is het onlosmakelijk kosmisch verband tussen vergeldingszin en biotische zin, dat deze organische analogie in de zin van de vergelding dwingend impliceert.

Wanneer de juridische orgaan-, resp. vertegenwoordigersfunctie in de zin van de vergelding zou ontbreken, zou de juridische wil zich niet kunnen realiseren, want zowel de wil van de rechtsvormer en rechtstoepasser aan de wetszijde, als die van het rechtssubject aan de subjectzijde van de rechtskring bestaat slechts in correlatie van juridische gemeenschaps- en maatschapsverhoudingen.

Orgaancompetentie en subjectieve handelingsbevoegdheid van de vertegenwoordiger in de zin van de vergelding

Het juridisch orgaan fungeert aan de wetszijde, de juridische vertegenwoordiger aan de subjectzijde van de rechtskring; het orgaan heeft competentie tot rechtsvorming, resp. rechtstoepassing, de vertegenwoordiger heeft subjectieve handelingsbevoegdheid voor een handelingsonbekwaam rechtssubject. Zo is bv. de gemeenteraad als orgaan van de gemeente *competent* tot het maken van de verordeningen, die in het belang van de openbare orde, zedelijkheid en gezondheid worden vereist en van andere, betreffende de huishouding van de gemeente (art. 135 Gem. wet). [D: P043]

Maar de burgemeester, die binnen het gemeenteverband overigens evenzeer een orgaanfunctie met competentie heeft, vertegenwoordigt bv. in subjectieve zin de gemeente in alle rechtsgedingen en bij alle buitenrechtelijke rechtshandelingen, die voor haar moeten

worden gedaan (art. 71, 1^e lid en art 71a, 1^e lid Gem. wet) en als zodanig heeft hij slechts *subjectieve handelingsbevoegdheid*.

Zo is de vader als drager van de “ouderlijke macht” competent orgaan in de interne rechtsorde van het gezinsverband, [A: P057] doch tevens in subjectieve zin vertegenwoordiger van de leden van het gezin met bepaalde handelingsbevoegdheid voor deze.

Bij de heersende verwarring in de juridische terminologie worden de begrippen orgaan en vertegenwoordiger, competentie en handelingsbevoegdheid geregeld door elkaar geworpen. Zo leert ons bv. art. 81 van de Grondwet: “De Staten-Generaal vertegenwoordigen het gehele Nederlandse volk”, een begripsverwarring, [B/C: P044] die ook in het woord “volksvertegenwoordiging” luce clarius tot uiting komt. Inderdaad zijn de Staten-Generaal een juridisch orgaan van het staatsverband met een bepaalde competentiesfeer. In de jongste tijd heeft bv. dr. Leibholz (aanhanger van de zgn. Berlijnse School in de staatsleer onder aanvoering van prof. R. Smend, zie Hoofdstuk I §2), tegen de gesignaleerde terminologische verwarring het pleit opgenomen.

De partijfunctie in de juridieke maatschapsverhoudingen als orgaanfunctie

De competente orgaanfunctie is echter niet beperkt tot de juridische verbands- of gemeenschapsverhoudingen. Ook de daarmee correlate juridieke maatschapsverhoudingen hebben haar competente *organen* tot rechtsvorming, resp. rechtstoepassing. Bij het verdrag of het contract (gelijk wij bij de behandeling van het rechtsbronnenprobleem zullen zien, een van de hoofdbronnen van het maatschapsrecht) fungeren *partijen* als competente organen van de maatschap, welke door juridieke *wilsovereenstemming* positieve rechtsnormen vormen.

Ook hier zijn *juridieke handelingsbevoegdheid in subjectieve zin* en *orgaancompetentie in juridieke normzin* volmaakt aan elkaar correlaat. Voor de handelingsonbekwame treedt noodwendig een vertegenwoordiger op, die tegelijk een orgaanfunctie in de maatschaps- en gemeenschapsverhoudingen van het door hem vertegenwoordigde rechtssubject vervult.

Want bij het afsluiten van contracten van de door hem vertegenwoordigde, resp. bij het stellen van interne rechtsregelen binnen het verband, waartoe zijn pupil of curandus behoort, treedt hij op als *competent orgaan* in de rechtsvorming, gelijk hij als *vertegenwoordiger* [A: P058] voor de handelingsonbekwame handelt in het vervullen van diens subjectieve plichten en het opkomen voor diens subjectieve rechten en rechtsbelangen.

De *bloot handelingsonbevoegde* kan, voor zover handelingsbekwaam, eventueel zelf handelen, doch behoeft voor het verrichten van rechtshandelingen in het algemeen de machtiging (auctoritas) van zijn voogd of curator, die hierbij weer als *competent orgaan* optreedt, resp. de machtiging [D: P044] of het “verlof” van een ander competent gezagsorgaan (bv. de burgerlijke rechter).

Ook kan iemand als juridisch vertegenwoordiger van een *handelingsbekwaam* en *handelingsbevoegd* persoon optreden (bv. als lasthebber). In dit geval rust zijn subjectieve vertegenwoordigersfunctie, waarin hij voor de vertegenwoordigde handelt, zelf op de rechtsgrond van *een contract*, waarin hij zelf een *competente orgaanfunctie* heeft, resp. bv. in het geval van *zaakwaarneming* (negotiorum gestio), op wettelijke of gewoonterechtelijke normen, die zelf een *competent orgaan* onderstellen.

Zo bestaat in de zin van de vergelding een doorgaande [B/C: P045] correlatie tussen subjectieve handelingsbevoegdheid en wettelijke orgaancompetentie, maar deze beide zinnemomenten zijn nochtans scherp te onderscheiden.¹

De handelingsbevoegdheid en orgaancompetentie van de vertegenwoordiger zijn zelf in de zin van de vergelding begrensd. Zo kan naar ons burgerlijk recht voor een minderjarige beneden de 18 jaar een vader of voogd niet een uiterste wil (testament) verlijden. Evenmin kan dat een curator voor zijn curandus doen. Noch staat het de vertegenwoordiger van een juridiek handelingsonbevoegde of -onbekwame vrij, om in diens naam, een natuurlijk kind te erkennen of een huwelijk te sluiten. Want de persoonlijke aard van zulke handelingen sluit in de moderne positieve zin van de vergelding vertegenwoordiging uit. [A: P059]

¹ De noodzakelijkheid van deze onderscheiding blijkt bv. wel sterk in het volgende geval: Volgens art. 163 BW heeft de gehuwde vrouw voor verschillende rechtshandelingen de machtiging van haar man nodig. Stel nu, dat de vrouw bij handelingsonbekwaamheid van de man tot diens curatrice is benoemd, dan moet zij *in deze kwaliteit zichzelf* in privé machtigen. Deze machtiging is een *orgaanhandeling*, niet een daad van vertegenwoordiging. Want anders zou de vrouw zichzelf vertegenwoordigen!

§10

De dynamische of bewegingsanalogie in de zin van de vergelding

De juridische zinnmomenten van rechtsgrond-rechtsgevolg aan de wetszijde en dat van de juridische causaliteit aan de subjectzijde

De juridieke handelingsbekwaamheid en handelingsbevoegdheid, resp. - onbekwaamheid en -onbevoegdheid, appelleren als noodwendige zinnmomenten in de zin van de vergelding ook achter de psychische en biotische analogieënsferen op de *dynamische of bewegingsanalogie in de rechtszin*, die op haar beurt naar de fysische, mechanische of bewegingskring, als substraatkring van het recht terugwijst.

Het juridisch willen is een dynamisch willen, dat zich realiseert in *rechtsgedragingen* zowel van de rechtsorganen naar de wetszijde als van de rechtssubjecten naar de subjectzijde van de rechtskring.

De juridische zijde van de werkelijkheid is als normatieve vergeldingszijde niet statisch gegeven, maar *moet voortdurend dynamisch verwerkelijkt worden*.

Reeds in het positiviteitsmoment als historische analogie in de zin van de vergelding lag de terugwijzing naar deze bewegingsanalogie opgesloten. Immers de positiviteit van het recht is een voortdurend *positiverings*proces, waarin de competente organen de rechtsnorm uit de eerste fase van de positiviteit, waarin ze bv. in een wettelijke bepaling is neergelegd, verder [D: P045] voeren tot de toepassing in het concrete rechtsgeval. Het subjectieve rechtsfeit is *rechtsgrond* voor het intreden van *rechtsgevolgen*, maar zulks kan slechts zijn, voor zover het zelf subjectief [B/C: P046] *causaal* in de harmonie van de vergeldingsbelangen ingrijpt.

Rechtsgrond en *rechtsgevolg* zijn de noodwendige bewegingsanalogieën aan de *wetszijde*; de *juridische causaliteit* van een rechtsgedraging, of in het algemeen van een rechtsfeit, is de noodwendige bewegingsanalogie aan de *subjectzijde* van de rechtskring.

Stel dat A met een verzekeringsmaatschappij B een brandassurantiecontract heeft afgesloten, en in het verzekerde pand (rechtsobject!) breekt door blikseminslag brand uit. Dan is hier, naar onze zin-analyse van de rechtsfeiten, welke wij in hoofdstuk II §1 gaven, een *objectief rechtsfeit* gegeven, dat [A: P060] als zodanig slechts objectief-juridische betekenis heeft, wijl, het o.m. in de contractnormen als *rechtsgrond* voor *rechtsgevolgen* is opgenomen, en wijl ook afgezien daarvan, het krachtens “de wetmatige natuur van de zaak” *rechtsgrond* is voor het tenietgaan van subjectieve zakelijke rechten als *rechtsgevolg*.

Dit objectieve rechtsfeit kan slechts rechtsgrond voor rechtsgevolgen zijn, daar het in betrekking tot de rechtssubjecten *causaal* in de vergeldingsharmonie van de rechtsbelangen in de correlatie van gemeenschaps- en maatschapsfuncties ingrijpt.

Het geldt hier een *vergeldingscausaliteit* zowel naar de wets- als naar de subjectzijde van de rechtskring.

In de mechanische wetskring, die door de bewegingszin is afgegrensd, is de beweging van een energiedeel in het macrogebeuren *causaal* voor een equivalente beweging van andere energiedelen. De fysische causaliteitswet geldt naar de nieuwere inzichten als een statistische regelmaat in de zinnelijk waarneembare bewegingsprocessen. In de microprocessen echter heerst een volmaakte individualiteit in de subjectieve energiebewegingen en de subjectieve individualiteit richt zich slechts op het substraat van de wet van de grote getallen naar de fysische causaliteitswet. Ook in de mechanische wetskring vinden wij dus zowel een subjectieve als een wetszijde in de causaliteit.

De subjectieve vergeldingscausaliteit als analogie van de bewegingscausaliteit wordt niet door fysische natuurwetten, maar door *rechtsnormen* gereguleerd. De wetmatige betrekking tussen rechtsgrond en rechtsgevolg is een *normatieve vergeldingsrelatie*, zij is een regel van *zo behoren*. Hier bestaat niet een fysische natuurnoodwendigheid in de opeenvolging van oorzaak en gevolg als bij een steen, die door het verliezen van zijn

steunpunt noodwendig ter aarde moet vallen (volgens de fysische macrowetten van de bewegingscausaliteit, de zgn. valwetten!).

En toch is, de vergeldingscausaliteit niet buiten zinsamenhang met de fysische bewegingscausaliteit te vatten.

Aan *alle* rechtsfeiten, zowel de *subjectieve* als de [A: P061] *objectieve* is de juridische causaliteitsfunctie inherent [B/C: P047] [D: P046]

Immers een feit kan slechts rechtsfeit worden, doordat het, naar de *rechtsnorm*, *rechtsgrond* voor *rechtsgevolgen* is. En rechtsgrond kan het naar de wetszijde slechts zijn, doordat het aan de *subjectzijde* *causaal in de vergeldingsharmonie ingrijpt*. En deze juridische causaliteit appelleert noodwendig op de natuurlijke bewegingscausaliteit. Zo is het te verstaan, dat in de rechtswetenschap naturalistische veroorzakingstheorieën zijn geïntroduceerd, een punt waarop wij reeds in onze “Inleiding” wezen.

Juridische en psychische causaliteit

De *causa omissio*

De crux van zulke causaliteitstheorieën (met name van de theorie van de “*condicio sine qua non*”) blijft immer de *causa omissio*, het in juridische zin veroorzaken van een schadelijk gevolg voor een niets doen waar men had behoren te handelen. Een baanwachter, die in strijd met zijn rechtsplicht verzuimt, het sein op “onveilig” te stellen “veroorzaakt” in juridische zin het spoorwegongeluk, dat naar zijn fysieke zijde uiteraard door zuiver fysische factoren wordt beheerst.

Negatieve oorzaken hebben, uiteraard in de *fysieke* causaliteitsreeks geen zin, maar wel in de *juridische*, omdat het hier ter laatste instantie gaat om *toerekening* van de *causale reeks* tot de *juridische wil van een rechtssubject*, dat in casu de rechtsplicht had, om het sein op onveilig te stellen.

De theorieën van de *condicio sine qua non*

De naturalistische theorie van de *condicio sine qua non*, die vooral in de strafrechtsdogmatiek (Von Buri, Radbruch c.s. t.o. o.a. Van Hamel en Zevenbergen) grote aanhang heeft gevonden, gaat uit van het door de psychologistische Britse wijsgeer Stuart Mill in diens *System of Logic* opgestelde zgn. *wijsgerig causaliteitsbegrip*¹: Oorzaak is het geheel van voorafgaande verschijnselen [A: P062] (*the whole of antecedents*), welker samenwerking noodzakelijk was, om het gevolg te weeg te brengen. Daarom mag een volledige formulering van de oorzaak geen van deze noodwendige samenwerkende antecedenten weglaten, daar ze geen van alle kunnen worden weggedacht, zonder dat het gevolg niet of niet zo zou zijn ingetreden.

Dit zgn. “wijsgerig” causaliteitsbegrip, is echter in wezen in *mechanistische* zin gevat en is dus uitvloeisel van het *bekende continuïteitspostulaat van het humanistisch wetenschapsideaal*, dat het mechanisch causaliteitsbeginsel, *met eliminering van alle zingrenzen van de wetskringen*, door de gehele realiteit wil doorvoeren. Want aan dit causaliteitsbegrip ligt de onderstelling ten grondslag, dat de oorzaak natuurnoodwendig het gevolg na zich sleept, dat er m.a.w. een natuurnoodwendig [B/C: P048] en gelijkvormig verband tussen het geheel van de antecedenten en het ingetreden gevolg bestaat. Ook de wilshandelingen worden aan diezelfde causaliteitswet onderworpen gedacht en zijn dus in niets van fysische factoren in de causaliteitsreeks onderscheiden.

M.a.w. dit causaliteitsbegrip [D: P047] kent geen *normatieve toerekening in de zin van de vergelding*, maar *slechts mechanistische doorrekening* door onderling gelijkwaardige factoren.

¹ Zie hierover nader mijn verhandeling: *Het juridisch causaliteitsprobleem in het licht der Wetsidee*. (A.R. Staatk., 3 maand. org. 1928, blz. 21-121).

Daarmee is zijn onbruikbaarheid en zinloosheid voor de rechtswetenschap reeds aangetoond.

In de rechtswetenschap ingevoerd, moet het noodwendig tot innerlijke antinomieën (tegenstrijdigheden) voeren, wijl het de juridische toerekening van een rechtsfeit tot de wil van een rechtssubject *onmogelijk* maakt.

Wanneer immers een wilshandeling in de causale reeks gelijkwaardig is, bv. met een natuurfactum, hoe kan men dan ooit bv. een pistoolschot tot de juridische wil toerekenen?

Nu weigeren wel is waar sommige aanhangers van de theorie van de *condicio sine qua non* (met name Radbruch) het in deze theorie vervat naturalistisch causaliteitsbegrip ook op de “psychische” factoren toe te passen, beperken het dus tot de fysische verschijnselen en willen de zgn. [A: P063] psychische factoren (de wil e.d.) geheel aan de schuldleer overlaten, maar daarmee geven zij het noodwendig postulaat van deze theorie: de geslotenheid van de causaliteitsketen prijs. Bovendien blijkt dan nog duidelijker de juridische zinloosheid van dit causaliteitsbegrip, daar het geen enkel rechtssubject meer als oorzaak van een door de rechtsorde veroordeeld gevolg zou kunnen beschouwen. En hoe kan iemand schuld in juridische zin hebben aan een feit, dat hem niet eens oorzakelijk kan worden toegerekend?

De theorieën van de adequate veroorzaking en haar innerlijke tegenstrijdigheid

Tegenover de causaliteitstheorieën van de *condicio sine qua non* stellen zich met name de *theorieën van de adequate veroorzaking*, die door Von Kries zijn gefundeerd en in het algemeen leren, dat *die voorwaarde* voor het intreden van het gevolg als oorzaak is te beschouwen, die *in de regel*, d.w.z. *naar de gewone loop van de dingen, in staat of geschikt is, een gevolg als het ingetredene te weeg te brengen of te bevorderen* (te “begunstigen”) en dat het ingetreden gevolg dus op het ogenblik van het verwezenlijken van deze voorwaarde “voorzienbaar” moet zijn geweest. Men zegt wel, dat ons BW in de artt. 1280-1284 (regelende de vergoeding van kosten, schaden en interessen, voortspuitende uit het niet of niet tijdig nakomen van een verbintenis of de mora) deze theorie heeft aanvaard.

Doch de aanhangers van de theorie van de *condicio sine qua non* kunnen *van hun standpunt* hiertegen terecht opmerken, dat het adequaatheidsbeginsel [B/C: P049] niet de causaliteitstheorie, maar slechts de verantwoordelijkheidsvraag betreft.

Zij staan in dit opzicht tegen de theorieën van de adequate veroorzaking daarom zo sterk, wijl deze theorieën zich *principieel zelf op de basis van de theorie van de condicio sine qua non* stellen en in het adequaatheids- en voorzienbaarheidsprincipe (dat door Von Kries op de natuurwetenschappelijke *waarschijnlijkheidsrekening* wordt gegrond!) slechts een beginsel van *selectie* uit de natuurlijke causaliteitsreeks zien, om de juridische toerekening [A: P064] [D: P048] mogelijk te maken. Dit is in de theorieën van de adequate veroorzaking inderdaad een innerlijk tegenstrijdige conceptie. Want wij zagen reeds, dat de grondstelling van de theorie van de c.s.q.n. een selectie uit de causaliteitsreeks ten bate van de toerekening onmogelijk maakt, daar zij de wil zelf, als eindpunt van de juridische toerekening, als een met alle andere factoren gelijkwaardige factor in haar mechanistisch gevatte causaliteitsreeks opneemt. Wanneer eenmaal de wil zelf in een mechanistische causaliteitsreeks is ingeschakeld, is iedere basis voor juridische toerekening vernietigd.

De heersende causaliteitstheorieën rusten gezamenlijk op dezelfde onhoudbare naturalistische realiteitsbeschouwing.² Het juiste inzicht in de zin van de juridische causaliteit wordt eerst verkregen, wanneer men de *zin-alzijdigheid van de volle tijdelijke werkelijkheid* weer erkent.

² Zie Inleiding.

Het niet nakomen van een rechtsplicht *veroorzaakt* “schade” in juridische zin, die naar de zin van de vergeldingsharmonie “vergoeding” eist. Nu is reeds het gehele begrip “schade” *zinloos* in de *mechanische werkelijkheidszijde*.

“Schade” is primair een *economische zijde van de werkelijkheid*, welke haar *analogie* heeft in de objectieve rechtswerkelijkheid. De “schadelijkheid” van een feit, dat ook kan bestaan in “het gevaar veroorzaken”, behoort echter sine dubio tot de volle *werkelijkheid* van dit feit, en is maar niet een *subjectief oordeel over de (natuur)werkelijkheid*. En zo heeft dus de causaliteit een *werkelijke zinzijde* in de juridische causaliteit, die op generlei wijze tot een blote “selectie” van een mechanische causaliteitsreeks is te ontzielen. Want de juridische wetskring voegt een nieuwe werkelijkheidszijde aan de voorafgaande zijden toe. Een bloot mechanisch natuurfactum kan als zodanig nimmer in de juridische zijde van de volle werkelijkheid fungeren. De “voorzienbaarheid” van het gevolg, die het adequaatheidsbeginsel terecht eist, dient dan ook in de *zin van de vergelding* te worden gevat. Wanneer men dit alles goed heeft ingezien, dan [A: P065] kan er ook geen kwestie meer over zijn, dat *geen enkel rechtsfeit* [B/C: P050] *het juridisch causaliteitsmoment kan ontberen*, dat m.a.w. de causaliteit een noodwendig moment in de generale zin van het recht zelf is.

De delicten “met formele omschrijving en de juridische causaliteit

Men heeft hiertegenover wel gewezen op de zgn. “delicten met formele omschrijving”, die ongetwijfeld “rechtsfeiten” zijn, maar waarbij het door de handeling veroorzaakt gevolg geheel buiten beschouwing zou blijven.³

Men geeft dan wel toe, dat zulke delicten noodwendig een “gevolg” hebben, maar dit zou juridisch irrelevant zijn, (Zevenbergen, *Strafrecht*). [D: P049]

De onhoudbaarheid van deze opvatting springt intussen reeds in het oog, wanneer men bedenkt, dat de “onrechtmatigheid” van een rechtsgedraging niet in haar zin is te vatten buiten samenhang met een wezenlijk, of vermeend “schadelijk gevolg” van de handeling.

Onrechtmatig is een gedraging slechts, wijl ze *schadelijk* wordt geacht in de rechtsverhoudingen.

De ondeugdelijke poging

En dat ook bij de zogenaamde “formele delicten” het juridisch causaliteitsmoment essentieel is, blijkt ten overvloede uit het leerstuk van de “ondeugdelijke poging”, dat wil zeggen poging tot pleging van een delict met ondeugdelijke middelen. Poging tot misdrijf (niet die tot “overtreding”) is volgens art. 45, eerste lid WvS strafbaar, “wanneer het voornemen van de dader zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard en de uitvoering alleen ten gevolge van omstandigheden van zijn wil onafhankelijk niet is voltooid”. Maar bij poging met middelen, [A: P066] die onmogelijk objectief het gewraakte gevolg kunnen veroorzaken, (bv. poging tot vergiftiging met suiker) ligt geen delict voor. En dit geldt evenzeer voor delicten met “formele” als voor delicten met “materiële omschrijving”. Zo is ook poging tot het delict van art. 133 WvS mogelijk (men biedt bv. aan een courant een bericht aan, dat deze weigert op te nemen) en ook hierbij is “ondeugdelijke poging” denkbaar.⁴ [B/C: P051]

³ Een voorbeeld van zulk een zgn. “formeel delict” vindt men in art. 133 Wetb. v. Strafrecht: “Hij die in het openbaar, mondeling of bij geschrifte aanbiedt inlichtingen, gelegenheid of middelen te verschaffen om enig strafbaar feit te plegen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van ten hoogste driehonderd gulden.”

⁴ Men zendt bv. het bericht aan een courant die opgehouden heeft te bestaan. Dan ontbreekt het subjectief causaliteitsmoment en is dus geen strafbare poging tot een delict in de zin van art. 133 WvS aanwezig.

§11

De ruimte-analogie in de zin van de vergelding

Het geldingsgebied van de rechtsnormen naar de wetszijde en de plaats van een rechtsfeit naar de subjectzijde

De bewegingsanalogie in de zin van de vergelding appelleert zelf noodwendig op de *ruimte-analogie*, die zich naar de *wetszijde* van de rechtskring in het *geldingsgebied* van een rechtsorde, naar de *subjectzijde* in de *juridische plaats* van een rechtsfeit openbaart.

Een rechtsnorm zonder geldingsgebied zou betekenen, dat zij *nergens*, dat wil zeggen *in het geheel niet* zou gelden.

Alle vroegere in de vergeldingszin naar de wetszijde geanalyseerde zinnmomenten, met name die van de *competentie*, van de *positiviteit*, van de *toerekening*, die van de *wil* van de rechtsvormer, die van de *orgaanfunctie* en die van *rechtsgrond* en *rechtsgevolg* appelleren dwingend op het geldingsgebied van de rechtsnorm.

Men ziet hier weer ten overvloede, hoe onverbrekkelijk alle analogische momenten in de zin van de vergelding onderling samenhangen. Het is niet mogelijk een analogie geïsoleerd te vatten.

Personeel en territoriaal geldingsgebied

Personaliteits- en territorialiteitsbeginsel

Het geldingsgebied kan van *personele* of van *territoriale* aard zijn. Bekend is, dat voor het primitieve stam- of volksrecht nog het *personaliteitsbeginsel* gold, d.w.z. dat zijn geldingsgebied zich over de leden van de stam of het volksverband als zodanig uitstreckte. De erkenning van het [A: P067] *territorialiteitsbeginsel*, d.w.z. dat bepaalde rechtsnormen voor allen gelden, die zich op het grondgebied van het staatsverband bevinden, wijst primair op de vestiging van een staatsverband, want voor een staat is een territoriaal geldingsgebied essentieel. Toch is het onjuist te menen, dat [D: P050] alleen *statelijke* rechtsnormen een territoriaal geldingsgebied kunnen hebben.

Ieder competent rechtsvormer kan in zekere zin rechtsnormen met territoriale gelding uitvaardigen: De grondeigenaar voor het betreden van zijn grond, het gezinshoofd in zijn huis, het kerkgezag in het kerkgebouw, een sociëteitsbestuur voor het sociëteitsgebouw, de directie van een bedrijf voor de gronden en gebouwen, waar het bedrijf wordt uitgeoefend enz. enz.

Een niet-statelijk *territoriaal geldingsgebied* onderstelt m.a.w. steeds een *subjectief recht op een ruimtelijk voorwerp*.

De vraag is nu: Geldt dit ook voor het staatsgebied?

Het staatsgebied is ongetwijfeld een *publiekrechtelijke individualiteit* van de generale ruimte-analogie in de zin van de vergelding.

Bestaat nu tussen de staat als rechtsverband en zijn territoir een subject-objectverhouding in de zin van een subjectief recht, is m.a.w. het staatsgebied object van een subjectief recht van de staat als rechtssubject? [B/C: P052]

De theorie van het staatsgebied

Subject- en objecttheorie

Het wordt geleerd door de zgn. *objecttheorie* van het staatsgebied, die eigenlijk reeds in de humanistisch natuurrechtelijke leer van het *dominium eminens* van de staat op de grond ontwikkeld, in de moderne tijd vooral door de volkenrechtsgeleerden Klüber, Heffter en Cavaglieri is verdedigd. Volgens deze theorie heeft de staat een eigendomsrecht op zijn gebied als rechtsobject. Tegen deze theorie is wel het eerst Fricker te velde getrokken in zijn beroemd werk *Vom Staatsgebiet* (1867). Hij stelt tegenover haar de *subjectieve theorie*, die het gebied als een *organisch* [A: P068] *bestanddeel van de subjectieve verbandspersoonlijkheid van de staat beschouwt*, dat als zodanig nimmer als een uitwendig ding tegenover de staat kan

worden gesteld. De staat is naar deze beschouwingwijze een “Gebietkörperschaft”, waarin staatsgezag, staatsvolk en staatsgebied elkaar onderling doordringen en een onverbreekelijke eenheid vormen. Deze *subjecttheorie* van het staatsgebied, die behalve door Fricker met name door Preusz, de volgeling van Gierkes “Genossenschaftstheorie”,¹ en Jellinek is verdedigd, heeft ongetwijfeld ten dele recht tegenover de objecttheorie.

De laatste vat uitsluitend de *juridische zijde van het staatsgebied* in het oog en vat deze onder het *algemeen begrip “subjectief recht”*, zonder rekening te houden met de individuele verbandsstructuur van de staat, die, gelijk wij reeds in onze “Inleiding” zagen, in alle zijden van de werkelijkheid haar functies heeft en dus geenszins in de juridische zijde opgaat. Vast staat, dat het staatsgebied, in *ruimtelijke zin* tot de volle subjectieve verbandsrealiteit van de staat behoort en dus niet *tegenover de staat in zijn volle realiteit als verband* kan worden gesteld. Dit is de kern van [D: P051] waarheid in de subjecttheorie. Maar anderzijds is in de *juridische wetskring* het staatsgebied, voor zover het als *reëel grondgebied* wordt beschouwd, slechts als *rechtsobject* te vatten, waaraan de staat in zijn juridische verbandsfunctie als publiekrechtelijk rechtssubject is toegeordend.

Wij vatten hier dan het staatsgebied naar de *subjectzijde* van de wetskring. Doch ook aan de *wetszijde* fungeert het staatsgebied en wel in de reeds genoemde zin als *territoriaal geldingsgebied* van statelijke rechtsnormen, waarop de volkenrechtelijke regel van toepassing is “*Schip (d.w.z., dat de nationale vlag voert) is territoire*”. [A: P069] [B/C: P053]

Het staatsgebied naar de wetszijde De competentietheorie

Deze zijde van het staatsgebied wordt in het oog gevat door een derde theorie, de zgn. *competentietheorie* (Raditzky. Henrich), volgens welke het staatsgebied de naar de ruimte bepaalde competentiesfeer van het staatsgezag is.

Het valt nu licht in het oog, dat ieder van de genoemde theorieën, zowel de objecttheorie als de subjecttheorie en de competentietheorie een kern van waarheid bevatten, doch dat ze, bij gebreke aan een behoorlijke zin-analyse van het staatsverband en van een behoorlijke onderscheiding van wets- en subjectzijde in het staatsgebied, in eenzijdigheden vervallen, welke ze uiteindelijk foutief doen zijn.

Het is van het uiterst wetenschappelijk belang de hierboven geanalyseerde wets- en subjectzijde van het staatsgebied, scherp te onderscheiden, daar aan deze beide zijden zich, een verschillend vragencomplex aanknoopt.

Ten aanzien van het staatsgebied in (subjectief-)objectieve zin rijst de reeds vroeger opgeworpen vraag inzake de bestaanbaarheid van publiekrechtelijke subjectieve rechten. Ten aanzien van het staatsgebied naar de wetszijde, als territoriale competentiesfeer rijst het gehele vragencomplex inzake de onderlinge conflicten tussen de territoriale competentiesferen van de staten onderling.

Het staatsgebied als rechtsobject Zijn publiekrechtelijke subjectieve rechten bestaanbaar? Nadere analyse van de zin van het subjectieve recht

Ad 1 um

Wanneer het staatsgebied, naar de subjectzijde beschouwd, rechtsobject is van de staat als rechtssubject, dan is het in deze zin moeilijk anders te vatten dan als *object* van een *subjectief recht*, dat dan echter *niet privaatrechtelijk*, maar *publiekrechtelijk* van karakter is. De reeds opgeworpen vraag: Zijn publiekrechtelijke subjectieve rechten bestaanbaar? voert

¹ Over deze theorie handelen wij bij het probleem van de rechtspersoonlijkheid in de volgende §.

ons thans tot een nadere analyse van de zin van het subjectieve recht. Onze voorlopige analyse knoopte zich vast aan de *economische analogieënsfeer* van de rechtszin. We merkten [A: P070] echter reeds meermalen op, dat een volledige zin-analyse van de grondmomenten van de rechtszin, slechts uit de *volledige onderlinge samenhang van alle analogieën* met de zinkern van het recht (de vergelding) is te voeren.

Ontwikkeling van de theorieën inzake het wezen van het subjectieve recht **De natuurrechtelijke opvattingen**

Het praktisch inzicht in het onderscheid tussen het recht als *norm* (Eng., law) en het recht als *subjectieve bevoegdheid* (Eng. right) ontbrak nòch in het Romeinse, nòch in het oud-Germaanse, nòch in het canonieke recht. Maar de eigenlijke *theorie* van de verhouding tussen [D: P052] rechtsnorm en subjectief recht neemt eerst in de *humanistische* [B/C: P054] *natuurrechtsleer* haar aanvang.²

Wij zagen reeds bij de behandeling van de humanistische natuurrechtssystemen, hoe hier twee diametraal tegenovergestelde opvattingen inzake de verhouding van rechtsnorm en subjectief recht heersten: De eerste, aanvankelijk geheel overheersende, wilde het *subjectieve recht natuurrechtelijk zowel als positiefrechtelijk tot een reflex van de norm maken*.

Hier werkte de algemeen rationalistische tendens, om de subjectzijde van de werkelijkheid tot de wetszijde te herleiden. De tweede, die in Lockes leer van de absolute aangeboren mensenrechten haar aanvang neemt, wilde althans de *positieve* rechtsnorm juist uit het subjectief natuurrecht construeren.

Doch ook deze tweede richting bleef in zoverre aan de rationalistische beschouwing van de werkelijkheid getrouw, als zij het subjectief natuurrecht zelf weer uit de zedelijke *lex naturalis* afleidde, dus tot een reflex van de zedelijke natuurwet maakte.

In de eerste richting kan men *cum grano salis* weer twee schakeringen onderscheiden: [A: P071]

- I. de ene leidt de subjectieve rechten af uit de *rechtsnormen, die tot de subjecten van deze rechten zelf zijn gericht*;
- II. de andere uit de *rechtsnormen, geldende voor ieder, behalve de rechthebbende zelf*.³

Volgens de eerste opvatting is *mijn* recht al hetgeen mij niet is verboden (Hobbes, Pufendorff, Thomasius), volgens de andere opvatting, die we reeds bij Grotius vinden, is mijn recht al hetgeen, ten aanzien waarvan andere rechtssubjecten door de rechtsorde dwingend tot eerbiediging gebonden zijn.

Een tussenstandpunt werd verdedigd door hen, die in het subjectieve recht datgene zagen, wat mij niet is verboden, voor zover anderen mij daarin niet mogen hinderen. (Zo de natuurrechtsleeraar Hufeland).

De tweede grondrichting, de van Locke uitgegane theorie van de absolute subjectieve rechten, werd in haar consequenties, gelijk die met name door de jonge Fichte werden getrokken, destructief voor de erkenning van het positieve recht als normenordering. [B/C: P055]

Het subjectief recht als natuurrechtelijk vrijheidsbegrip

Van meet af werd in de natuurrechtstheorieën het wezen van het begrip subjectief recht in natuurrechtelijke zin, in de *individuele vrijheid* gezocht. Met name Kant, die het zelfstandig karakter van het subjectief recht tegenover de imperatief gevatte rechtsnorm

² Het door Struyken in zijn proefschrift *Het Rechtsbegrip* (1903) (vgl. hierover hoofdstuk I §2 van dit Dictaat) gegeven overzicht over de natuurrechtsleer op dit punt, berust niet op zelfstandige studie en geeft van de hoofdtegenstelling in de natuurrechtstheorieën een niet geheel juist beeld.

³ Chr. Wolff neemt een bijzondere plaats in, waar hij het subjectieve recht uit het *zedelijke volkomenheidsgebod, dat tot de gerechtigde zelf is gericht*, wil afleiden.

loochent, ziet in de uit de rederechtelijke grondnorm gededuceerde, vrije individuele wil(lekeur), het wezen van het subjectief recht. [D: P053]

Met de negativiteit van het vrijheidsbegrip was uiteraard ook de negativiteit van het begrip subjectief recht gegeven. Het moest òf in de rechtsnorm worden opgelost òf het moest *buiten-juridisch* worden gevat en dan in zijn consequenties het rechtsbegrip zelf verstoren (de absolute subjectieve vrijheid [A: P072] laat geen beperking toe: de jongere Fichte).

Feuerbachs opvatting van het subjectieve recht, als het vermogen anderen tot nakomen van hun rechtsplichten tegenover mij te dwingen

P. Anselm Feuerbach heeft in zijn beroemd werk *Kritik des natürlichen Rechts* (1796) een scherpe kritiek op de natuurrechtelijke doctrine van het subjectief recht geleverd. Hij toonde aan, dat alle definities, die in natuurrechtelijke trant de rechtsbevoegdheid uit de norm pogen af te leiden, tenslotte geen positieve rechtsinhoud voor het subjectieve recht overlaten, maar op zuiver negatieve begripsomschrijvingen uitlopen. Feuerbach zelf wilde het begrip van het subjectieve recht *rechtstreeks* uit de praktische rede afleiden en definieert het dan als “*het vermogen anderen tot de nakoming van hun plichten tegenover mij te dwingen*”.

In wezen komt deze definitie echter niet boven de gekriticeerde natuurrechtelijke uit, daar ook zij het subjectieve recht slechts *als reflex van de rechtsplichten van anderen tegenover de gerechtigde* weet te omschrijven. Bovendien verwacht zij ten enenmale het competentiemoment aan de wetszijde van het recht met de subjectieve bevoegdheid aan de subjectzijde. De dwangbevoegdheid in de zin van het recht is nimmer zelf als subjectief recht te vatten.

De opvatting van het subjectieve recht als individuele wilsmacht Hegel en de historische school

Van grote invloed voor de latere opvatting werd Hegels theorie van het subjectieve recht als *vrij individuele wilsmacht*. Hegel ziet met Kant het wezen van het recht qua talis in de bovenzinnelijke *idee van de vrijheid*. Hij geeft aan deze idee echter (anders dan Kant) *een historische inhoud*; zij wordt bij hem identiek met de *machtsidee*.

Deze machtsidee (de wilsmacht) komt in de statelijke rechtsnorm (buiten de staat kent Hegel geen recht) tot uiting als *algemeen* [B/C: P056] *kunnen*, in het subjectieve individuele recht als *bijzondere wilsmacht*, als *bijzonder kunnen*.

Tegelijk schakelde Hegel, trouwens in Kants lijn, [A: P073] *het doel*, waaraan de in het recht begrepen wilsmacht wordt dienstbaar gemaakt, de bevrediging van menselijke behoeften en neigingen, uit het rechtsbegrip uit. Het belangenelement wordt dus ook uit het begrip van het subjectieve recht geweerd.

Deze opvatting, die ook door Schelling was geleerd, werd door de historische school overgenomen; Von Savigny⁴ en Puchta⁵ zien beide het [D: P054] wezen van het subjectieve recht in de *bijzondere wilsmacht van het individu*, afgescheiden van het belang, dat erdoor gediend wordt.

Tegelijk wordt ook de *juridische* subject-objectverhouding, die wij reeds bij onze aanvankelijke analyse van het subjectieve recht (binnen de economische analogieënsfeer), als essentieel voor het subjectief recht erkenden, uit het begrip geweerd. Dit was de

⁴ Von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* I pag. 7: “Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgiebt und durchdringt, so erscheint uns darin zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Willen herrscht, und mit unsrer Einstimmung herrscht. Diese Macht nennen wir *ein Recht* dieser Person, gleichbedeutend mit Befugnisz: Manche nennen es das Rechts im subjektiven Sinn.”

⁵ Puchta, *Cursus der Institutionen* I §6: “Wir gebrauchen das Wort Recht: 1o. für den allgemeinen Willen, den Willen der Gesamtheit; 2o. für den Willen des Einzelnen, sofern er jenem allgemeinen Willen entspricht, für die Herrschaft oder Macht, die der Person über einen Gegenstand gegeben ist.”

noodzakelijke consequentie van de eliminering van het *belangenelement* uit het begrip subjectief recht. Immers wij zagen vroeger, hoe het gehele begrip van het rechtsobject hangt aan de juridische objectivering van economische belangenwaardering.

De onderscheiding tussen persoonlijke en zakelijke rechten

Terecht zag de historische school in, dat de traditionele onderscheiding tussen persoonlijk en zakelijke rechten niet zo kan worden geconstrueerd, dat de laatste alleen als de individuele wilsmacht over een natuuring worden gevat, zonder enige betrekking van het gerechtigde rechtssubject tot andere rechtssubjecten. [A: P074]

Uit onze aanvankelijke definitie van het subjectief recht is immer reeds gebleken, dat ook het zakelijk recht slechts zin heeft in de *correlatie van gemeenschaps- en maatschapsfuncties van de rechtssubjecten onderling*.

Maar het lag althans principieel in de lijn van de door Hegel geïntroduceerde opvatting van het subjectieve recht als bijzondere wilsmacht, verder te gaan en voor zover het onderscheid [B/C: P057] tussen persoonlijke en zakelijke rechten, dat Hegel zelf zelfs principieel verworpen had, nog werd gehandhaafd, het geheel van de *subjectieve zijde* te vatten, met eliminering van de *subject-objectverhouding* als *rechtsverhouding*.

Von Savigny leerde reeds: “jedes Rechtsverhältnis erscheint uns als eine Beziehung zwischen Person und Person, durch eine Rechtsregel bestimmt”.⁶ En het is dan ook een inconsequentie, dat hij nochtans de onderscheiding tussen persoonlijke en zakelijke rechten op het door hem niet juridisch gevatte verschil in object van het recht grondt (de “onvrije natuur” is volgens hem object van zakelijke, bepaalde menselijke handelingen zijn object van persoonlijke rechten).

De latere ontwikkeling van de wilsmachttheorie (Lenel, Schlossmann en Thon, later ook Windscheid), ziet dan ook bewust van het verschil in rechtsobject af en wil het onderscheid tussen persoonlijk en zakelijk recht slechts zo vatten, dat het eerste alleen een wilsmacht over een bepaaldelijk verbonden persoon, het laatste over ieder ander dan de rechthebbende is.

Zo wordt dus de subject-objectverhouding geheel uit het begrip subjectief recht geëlimineerd.

Deze gehele ex origine historistische en niet psychologistische wilsmachttheorie werd nu echter in innerlijke antinomieën verwickeld. *De* [D: P055] *wilsmacht over personen*, opgevat als *heerschappijverhouding*, is in wezen *een individuele historische* zinfiguur en wel het individuele historisch zinsubstraat van *het staatsverband*.⁷ [A: P075]

Dit historisch zinsubstraat anticipeert op de *leidende functie* van het staatsverband, t.w. de *overheidsrechtsfunctie*. Aan deze overheidsrechtsfunctie is zelf weer een *wets-* en een *subjectzijde* te onderscheiden. Aan de *wetszijde* openbaart zij zich als *competent overheidsgezag*, aan de *subjectzijde* als publiekrechtelijke *subject-objectverhouding*, in de correlatie van subjectieve rechten en plichten.

De wilsmachttheorie vatte inderdaad het subjectief recht als een soort overheidsgezag over personen, maar kwam nu aanstonds in deze moeilijkheid: Hoe kan de subjectieve wil van een rechtssubject *gezag* krijgen over de wil van een met hem gecoördineerd rechtssubject en als zodanig dit nevensgeschikte rechtssubject verplichtingen opleggen? De in oorsprong irrationalistische historische rechtsbeschouwing beproefde steeds de *wetszijde* van het recht uit de als *gemeenschap* of *verband* gevatte *subjectzijde* af te leiden. Het recht is voor haar in oorsprong de irrationalistisch (uit de nationale volksgeest) gevatte [B/C: P058] *algemene wil van het volksverband*, dat eerst in de staat zijn rechtsorganisatie ontvangt.

⁶ *System des heutigen römischen Rechts* I §52.

⁷ Zie *Inleiding*.

Niets lag dus meer voor de hand, dan de wilsmacht, die zich in het subjectieve recht openbaart, met de *staatswil als juridieke verbandswil te vereenzelvigen*.

Aanvankelijk echter trok de wilstheorie geenszins deze consequentie uit haar uitgangspunt. Ze bleef veeleer op het hegeliaanse standpunt staan, dat *algemene wil en bijzondere wil, staatswil en subjectief recht* dialectisch van elkaar onderscheidde en tot hogere synthese wilde brengen. Zo definieerde Kierulff het subjectieve recht als “de concrete eenheid van de staatswil en de individuele subjectieve wil”.

D.w.z. de private subjectieve wilsmacht (over personen) kan slechts verplichtingen scheppen voor zover zij met de rechtsnormen (als algemene staatswil) overeenstemt. [A: P076]

De wilsleer in psychologistische gedaante in de positivistische theorieën

De imperatieweetheorie

Doch naarmate de irrationalistische rechtsbeschouwing van de historische school door het rationalistisch positivisme werd overwoekerd, veranderde de gehele wilstheorie geleidelijk van aspect. Psychologistische opvattingen verdrongen de historistische.

Men introduceerde een psychologisch wilsbegrip in de theorie van het subjectieve recht en verwickelde zich nu in de bekende antinomieën, die dit “wilsbegrip” met zich voert ten aanzien van de rechten van kinderen krankzinnigen, slapenden en in het algemeen van hen, die rechten verwerven, zonder daarvan zelf iets te weten.

Met behulp van *ficties*, waarvan vooral Bierling een overvloedig gebruik maakte, trachtte men deze antinomieën te maskeren. De positivistische wilstheorie vatte zowel het subjectieve recht als de rechtsnorm als [D: P056] psychologische *imperatief*, als *psychologisch wilsbevel*. (Vooral Thon, Bierling en Hold von Ferneck zijn aanhangers van deze imperatieweetheorie). Maar consequent doorgedacht vond zij in het subjectieve recht geen andere bevelen dan die van de wetgever.

Zo voerde ook de positivistische wilstheorie schier noodwendig tot de consequentie, de wilsmacht, waarin het wezen van het subjectieve recht werd gezien, met de wil van de statelijke wetgever te vereenzelvigen.

Het subjectieve recht als “Anspruch”: Thon

Zij, die deze consequentie trokken, wilden daardoor tegelijk de antinomieën van het subjectief psychologisch wilsbegrip ontzeilen. Dat subjectieve rechten ook bestaan gedurende de tijd, dat in psychische zin van een wilsactiviteit geen sprake kan zijn, kon men nu immers terugvoeren op de *wetszijde van het recht* als constante [B/C: P059] *wil van de wetgever*.

Voorals Thon, de leerling van de bekenden positivistische strafrechtstheoreticus Binding, heeft in zijn boek *Rechtsnorm und Subjektives Recht* deze typisch rationalistisch-positivistische [A: P077] weg ingeslagen.

Hij vereenzelvigde het subjectieve recht met de “Anspruch”, welke de wetgever aan het individu schenkt, om bij overtreding van de hem beschermende rechtsnormen, andere (zgn. secundaire) sanctienormen in werking te doen treden,⁸ welke voldoening aan de eerste (primaire) normen of het verkrijgen van een equivalent daarvoor beogen.

Deze theorie komt praktisch neer op vereenzelviging van het subjectieve recht met de privaatrechtelijke actie, de rechtsvordering. Want, gelijk wij nader zullen zien bij de behandeling van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht, zoekt Thon dit onderscheid juist hierin, dat in het publieke recht de toepassing van de sanctie op overtreding niet van een private vordering afhankelijk is, maar ambtshalve door de staatsorganen moet geschieden. Wel spreekt Thon op onheldere wijze ook van een *publiekrechtelijke* “Anspruch” bij

⁸ De onderscheiding tussen de eigenlijke (primaire) rechtsnormen en de sanctiebepalingen gaat op Binding terug. Zie hierover nader Hoofdstuk 1 §2.

schending van rechtsnormen, maar deze “Anspruch” valt geheel samen met de plicht van de staatsorganen zelf.

Het is duidelijk, dat in deze theorie het subjectief recht tot een blote reflex van de sanctiebepalingen wordt.

Een eigendomsrecht bv. zou alleen bestaan in de acties, welke de wetgever aan de eigenaar, bij verlies of schending van zijn recht toekent.

Waarom dan niet liever, gelijk een van Thons leerlingen openlijk deed, het gehele begrip subjectieve recht opgeruimd en geabsorbeerd in het begrip “rechtsplicht”?

De belangentheorie: Von Jhering

De principiële aanval op de wilstheorie, die gelijk wij zagen reeds bij Hegel het *belangenelement* uit het begrip van het subjectieve recht had uitgeschakeld, kwam van de zijde van Von Jhering, die, gelijk wij weten (in zijn laatste periode) in het *doel*, in het *belang* of *interesse* de oorsprong van heel het recht had gezien. Het formalistisch positivisme had ook de laatste rest van materiële [A: P078] inhoud uit het begrip subjectief recht [D: P057] geëlimineerd. De positivistisch gevatte wilstheorie voerde, gelijk wij zagen, bij Thon tot de consequentie, dat eigenlijk voor het subjectieve recht geen plaats meer bleef.

Von Jhering had, zolang hij nog aanhanger van de historische school was, zelf in het tweede deel (1^e afd.) van zijn *Geist des [B/C: P060] römischen Rechts de wilsmachttheorie* krachtig verdedigd. Doch in het 3^e deel brak hij principieel met deze opvatting en introduceerde zijn “interessentheorie” in deze vorm: “*Rechte (nl. “subjektive Rechte”) sind rechtlich geschützte Interessen*”.

De grote betekenis van deze belangentheorie school vooral hierin, dat zij opnieuw de aandacht op de subject-objectverhouding in het subjectieve recht moest vestigen.

De theorie van de wilsmacht was, gelijk wij zagen, in een eenzijdig naar voren brengen van het formele subjectieve wilsmoment in het subjectieve recht verlopen.

En toch had reeds de ontdekking van het *machtsmoment* in het subjectieve recht, dat door Hegel en de historische school in een historistisch gevat *heerschappijbegrip* was omgeduid, de ogen moeten openen voor de noodzakelijkheid, het subjectieve recht in een *juridische subject-objectverhouding* te vatten.

De historische analogie in het subjectieve recht

De juridieke wilsmacht als beschikkingsbevoegdheid in de zin van de vergelding

Inderdaad ligt in het subjectieve recht de historische *machtsanalogie* nog vóór de economische belangenanalogie opgesloten. Het subjectieve eigendomsrecht bv. met zijn juridische beschikkings- en genotsbevoegdheid over een rechtsobject, rust mede op het algemene substraat van een *historische machtsverwerving* over de natuurdingen. Subjectieve wilsmacht ligt dus ongetwijfeld in het subjectief recht opgesloten, maar deze wilsmacht moet haar zin-omlijning van de *vergelding* ontvangen. Ze ligt in de historische analogieënsfeer van de vergeldingszin.

Buiten deze zin gevat (in historische of psychologische zin), is het begrip “wilsmacht” in de rechtswetenschap een haard van [A: P079] antinomieën, gelijk wij bij de kritiek op de wilstheorie gezien hebben. Reeds de macht in historische zin onderstelt een *object*, onderstelt een *historische objectivering* van vóór-historische werkelijkheidsfuncties. Zo onderstelt de juridische wilsmacht als zinnmoment in het subjectief recht noodwendig een *rechtsobject*.

De *positieve beschikkingsbevoegdheid* is dus de typisch historische analogie in de zin van het subjectieve recht, wel te onderscheiden van de orgaancompetentie aan de wetszijde, krachtens welke bv. de eigenaar met betrekking tot zijn eigendom rechtsnormen kan positiveren. Zij is een continue subjectief-objectieve rechtstoestand, waarin het object van het subjectieve recht in rechtsbetrekking tot de gerechtigde staat.

De subjectieve economische analogie van de genotsbevoegdheid in de vergeldingszin

Intussen is, gelijk wij bij de analyse van de economische analogie in de vergeldingszin zagen, deze beschikkingsbevoegdheid slechts bestaanbaar over een object, waarin een economisch belang in de zin van de vergelding [D: P058] is geobjectiveerd. [B/C: P061] De beschikkingsbevoegdheid vindt haar nadere precisering in de economische analogie van de *genotsbevoegdheid*.

De verdiensten van de belangentheorie en haar principiële gebreken

Het is dit *belangenmoment* waarop Von Jhering de bijzondere aandacht heeft willen vestigen.

Von Jherings requisitoir tegen de eenzijdige wilstheorie was sterk gefundeerd. Hij stelde terecht de vraag, waarom de rechtsorde, wanneer inderdaad het subjectieve recht niets dan formele wilsmacht ware en de wijze, waarop die wordt gebruikt, niet het recht maar de moraal zou aangaan, de eis van een *justa causa*, voor de geldigheid van overeenkomsten zou stellen?

Waarom dan de zakelijke rechten tot bepaalde groepen beperkt en voor de servituten de eis van een “*causa perpetua*” gesteld?

Voorts wijst Von Jhering op de wettelijke vertegenwoordiging, waarbij de “*wilsmacht*” ongetwijfeld aan de vertegenwoordiger [A: P080] toekomt, terwijl toch de pupil of de curandus de eigenlijk *rechthebbende* is enz. enz.

Op al deze punten wijst volgens Von Jhering de “*interessentheorie*” de uitweg. Wat het laatste punt aangaat, ook de “*willozen*” hebben belangen en daarom zijn zij, niet hun vertegenwoordigers, de subjectief gerechtigden.⁹

Onzedelijke, doelloze verbintenissen en zakelijke rechten worden door de rechtsorde niet erkend, wijl daardoor de levensvoorwaarden van de maatschappij worden geschaad, of althans niet bevorderd.

Intussen erkent Von Jhering, dat tal van belangen door de rechtsorde worden gebaat, zonder dat zij daarom als subjectieve rechten kunnen worden beschouwd. Zo wordt de fabrikant bv. gebaat door een protectionistische wetgeving, zo heeft ieder burger belang bij de instandhouding van musea, openbare vervoermiddelen enz. Dit zijn zgn. reflexwerkingen van het recht naar de wetszijde, die als zodanig ook volgens Von Jhering geen subjectieve rechten betekenen. Von Jhering beschouwt het belang slechts als het *substantiële* of *materiële moment* in het subjectieve recht, dat echter in het *formele* element, nl. de *rechtsbescherming* of de *actie* zijn noodzakelijk complement vindt.

Het is nu van essentieel gewicht, te weten, in welke zin Von Jhering *het belangenmoment* neemt. Hij stelt het gelijk met de voorstellingen van *nut*, *goed*, *waarde* en *genot*.

De maatstaf, volgens welke het recht deze begrippen meet, is volgens hem geenszins uitsluitend de economische: geld en geldswaarde.¹⁰ [B/C: P062] Het [D: P059] vermogen is niet het enige, wat de mensen door de rechtsorde moet worden verzekerd. Daarboven staan nog andere en hogere goederen van ethische aard: de persoonlijkheid, vrijheid, eer, de familieband, goederen zonder welke de “*uitwendige, zichtbare*” goederen, in het geheel geen

⁹ Het is duidelijk, dat Von Jhering het psychologischer wilsbegrip van de wilstheorie deelt.

¹⁰ Von Jhering vereenzelvt hier geheel ten onrechte *economische waarde* en *geldswaarde*. De noodwendige economische fundering van het rechtsobject impliceert volstrekt niet, dat bv. het eigendomsobject per se een geldswaarde op de *markt* moet hebben. Men denke bv. aan de eigendom van een gewoon familieportret. Maar ook dit rechtsobject heeft wel degelijk *economische fundering*, al geldt het hier een economische waarde, die zich verdiept heeft in benadering van de morele liefdeszin en door haar individueel karakter slechts *binnen de familiekring* geldt.

waarde zoude hebben.¹¹ [A: P081] M.a.w. Von Jhering maakt het begrip “belang” tot een alle zingrenzen verflauwend “algemeen begrip”.

Ziedaar het principiële gebrek van de “interessentheorie”, want dit “belangenbegrip” is in de rechtswetenschap een onding. Het is niet in de *zin van de vergelding* gevat, maar in alle mogelijke buiten-juridische betekenissen. Het subjectief recht zelf is voor Von Jhering in positivistische zin slechts een *lege vorm, de actie*, die al haar inhoud uit het in zijn zin volstrekt onomlijnd belangenweefsel moet ontvangen. Daardoor komt *juridisch* de belangentheorie niet boven Thons “Anspruchstheorie” (de wilsleer in consequente gedaante) uit en zij ontbindt zichzelf in innerlijke antinomieën. Men heeft meermalen tegen de belangentheorie aangevoerd, dat het begrip “belang” individueel is, terwijl subjectieve rechten ook bestaanbaar zijn aan goederen, die individueel voor de gerechtigde geen belang hebben (bv. een blinde heeft een servituut van uitzicht, ofschoon hij zelf daar niet van profiteren kan).

Von Jhering zelf heeft dit argument voorzien, waar hij het begrip “belang” met het volgens hem ruimere begrip “waarde” aanvult. Maar niet hier schuilt de zwakke plek in de belangentheorie. Dat *concrete* belangen altijd “individueel” in de zin van alleen een individu betreffend, zouden moeten zijn, is een vooroordeel van de ook door Von Jhering gedeelde individualistische realiteitsbeschouwing, volgens welke alleen aan het individu, niet aan verbanden realiteit toekomt. Bovendien heeft in het gegeven voorbeeld de blinde wel degelijk een op geld waardeerbaar *individueel belang bij het servituut*, dat immers de economische waarde van zijn huis of landgoed verhoogt.

De zaak is veeleer deze, dat buiten-juridische belangen door het recht niet beschermd *kunnen* worden. Het kind bv. heeft er een moreel belang bij, dat het zijn ouderhoud als liefdesgave van zijn ouders en niet bloot als rechtsobject ontvangt. Maar met een actie is alleen het vergeldingsbelang af te dwingen. [B/C: P063] Rechtsdwang tot liefdesgaven is een innerlijke tegenstrijdigheid. Het maken van winst op een handelonderneming is een economisch [A: P082] belang, dat met economische middelen moet worden nagestreefd. Maar met een actie kan men zulk een belang moeilijk verbonden denken. Slechts vergeldingsbelangen zijn door rechtsdwang te beschermen.

Wanneer men dus met Von Jhering het belangenmoment niet anders juridisch weet te omgrenzen dan door het criterium, of het belang door een actie beschermd is, dan is dit criterium juist het fundamentele probleem, dat juridische opklaring behoeft. Ook is het criterium op typisch [D: P060] positivistische wijze georiënteerd aan de opvatting, dat alle recht *staatswil* is. Er zijn genoeg subjectieve rechten, met name interne subjectieve verbandsrechten, die niet door een actie voor de statelijke rechter kunnen worden gehandhaafd.

Een vader geeft bv. aan een van zijn kinderen een stuk speelgoed. Een broertje eigent het zich wederrechtelijk toe. Hier moet de vader rechtsbescherming verlenen en is van een actie geen sprake. Had daarom het eerste kind geen subjectief recht op het speelgoed?

Men denke voorts in het bijzonder aan de publiekrechtelijke subjectieve rechten, waarop wij nog terugkomen. Maar dit is nog niet de ergste grief tegen het door Von Jhering verdedigde formele criterium van de “Klagbaarheid”.

De principiële onhoudbaarheid en innerlijke tegenstrijdigheid van het criterium, dat in wezen ook in Thons “Anspruchstheorie” wordt aangewend, ligt veeleer hierin, dat *de actie*, die *het subjectief recht moet beschermen*, het *bestaan van dit subjectieve recht reeds onderstelt*. Ik kan geen revindicatie instellen, tenzij ik bewijzen kan eigendomsrecht aan de opgevorderde zaak te hebben.

In primitieve tijden ontbreekt de actie geheel en worden de subjectieve rechten door eigenrichting gehandhaafd.

¹¹ Geist des röm. R. III, I S. 339/40.

Het in het subjectieve recht opgesloten *belangenmoment* moet gevat worden in een *subject-objectrelatie in de subjectieve zin van de vergelding*. Wij zagen vroeger, dat het rechtsobject een economische analogie is in deze zin. [A: P083]

Het *rechtsobject* is noodwendig in de economische waardering gefundeerd. Daartegenover wil Von Jhering ook zedelijke goederen in het “substantiële moment” van het begrip subjectief recht opnemen, goederen, die volgens hem geen economische waardering toelaten.

Deze ruime opvatting van het belangenbegrip ziet er zeer verleidelijk uit, maar ze berooft inderdaad het begrip “subjectief recht” van alle zinbepaaldheid. Ze schijnt slechts daarom in het voordeel tegenover onze opvatting, wijl ze het begrip “economische goederen”, beperkt tot de “stoffelijke goederen”. [B/C: P064]

Het begrip “economisch goed”

De universaliteit in eigen kring van de economische zin

Maar dit betekent een ontoelaatbare inbreuk op de “universaliteit in eigen kring” van de economische zin. De economische waardering *verdiept* zich op hoger cultuurpeil en in deze subjectieve verdieping deelt ook het economisch object, het economisch goed. Op primitief cultuurpeil moge de economische waardering nog traag hangen aan de stoffelijke, zinnelijk waarneembare natuurdingen. Maar bij de voortschrijdende historische ontwikkeling krijgen tal van geestelijke (d.w.z. door een geestelijke functie gekwalificeerde) goederen economische waarde.

Uitvindingen worden “betaald”, wetenschappelijke werken worden gehonoreerd, kunstenaarsarbeid wordt hoog beloond, en zelfs verdiept de economische waardering zin in benadering van de zin van de vergelding. [D: P061] Men denke aan de economische waarde van subjectieve rechten (auteursrecht, octrooi etc. etc.), hetgeen niet betekent, dat deze rechten zelf economische objecten worden, maar dat de geestelijke dingen of functies, die objecten van deze rechten zijn,¹² een bijzondere economische waarde krijgen, doordat de subjectieve beschikkings- en genotsbevoegdheid in de zin van de vergelding aan een enkel persoon is toegekend, waardoor hun economische karigheid tot de uiterste graad is opgevoerd. [A: P084]

De immateriële rechtsgoederen als object van subjectieve rechten

“Persoonlijksrechten” en zakelijke rechten als specimina van de absolute rechten

Op de basis van de moderne historische ontwikkeling zijn dan ook tegen iedere derde geldend te maken subjectieve rechten aan zgn. “immateriële goederen” erkend,¹³ terwijl in het Romeinse recht de zgn. zakelijke rechten nog alleen lichamelijk dingen (*res corporales*) tot object konden hebben. Maar ook deze immateriële rechtsgoederen kunnen slechts object van subjectieve rechten zijn op de basis van een [B/C: P065] *economische waardering*.

Geheel ten onrechte ontzegt men alleen daarom het zakelijk karakter aan zulke rechten en brengt ze onder het begrip “*absolute persoonlijkheidsrechten*”, omdat ze uitsluitend een

¹² Op welke dwaalwegen het begrip van het rechtsobject komt bij gebreke aan een behoorlijk kosmologisch onderzoek naar de zin van de subject-objectverhouding, moge blijken uit een recente inaugurele oratie van dr. R. Reinhardt als privaatchoort aan de universiteit te Keulen gehouden, over het onderwerp: *Das Persönlichkeitsrecht in der geltenden Rechtsordnung* (1931). Deze schrijver ziet het *object* van rechten als auteursrecht, octrooirecht enz. in het “wezen van de mens als persoonlijkheid tegenover de goederen van de buitenwereld”!

Niet het geobjectiveerde werk van de auteur of uitvinder, maar de “anlässlich dieses Werkes” tot uitdrukking komende “Wesenheit des Urhebers” zou, het ware rechtsobject van het auteurs- of octrooirecht zijn! Wij vragen in alle bescheidenheid, waar dan wel het *subject* dezer rechten valt te zoeken? Misschien buiten de “Wesenheit des Urhebers”?

¹³ Naar wij reeds in hoofdstuk I §2 zagen, heeft in Duitsland vooral prof. Kohler voor deze erkenning het pleit gevoerd. Ten onzent is in dit verband in het bijzonder Molengraaff te noemen.

subjectieve zijde zouden bezitten (nl. dat ze tegen iedere derde kunnen worden geldend gemaakt).

Er bestaan geen absolute subjectieve rechten in deze zin, wijl *ieder* subjectief recht een rechtsobject eist.

Het juridisch zaakbegrip zelf heeft tegenover de enge Romeinse opvatting een verdiepte zin gekregen.

Intussen brengt men onder de zgn. *persoonlijksrechten*, behalve het auteurs- en octrooirecht, ook wel de rechten op lijf, leven, eer, de naam en de zaak (affaire). [A: P085]

In onze Nederlandse statelijke rechtsorde zijn deze rechten niet als zodanig erkend (vgl. de arresten van de Hoge Raad van 16 dec. 1910, W 9117 en van 29 juni 1916, W 9983).¹⁴ Andere wetgevingen deden dat echter wel.

Kunnen de bedoelde vergeldingsbelangen inderdaad als *object* van [D: P062] subjectieve rechten optreden? O.i. alleen, wanneer daarin een *economische waardering is geobjectiveerd*.

En dit laatste is inderdaad mogelijk, getuige de weg, die men ten onzent bewandelt, om aan hen, die in de genoemde vergeldingsbelangen op onrechtmatige wijze gelaedeerd zijn, aan schadevergoeding te helpen, nl. door hun een actie toe te kennen ex art. 1401 BW. Bij de ruime interpretatie, die de HR sinds het arrest van 1919 aan het begrip “onrechtmatigheid” geeft, volstaat voor het aantonen van de “onrechtmatigheid” het bewijs, dat de laederende handeling in strijd is met “de goede zeden” of “de zorgvuldigheid, die in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed”.

De naam en de eer, laten als taal-, resp. sociale functies zowel economische als juridische objectivering toe en hetzelfde geldt van het lichaam en het leven. De affaire is een complex van economische functies, die evenzeer juridisch geobjectiveerd kunnen worden. Worden hier dus tegen ieder derde geldend te maken subjectieve rechten erkend, dan moeten deze rechten als rechten op een economisch gefundeerd object worden beschouwd. En wil men ze nochtans ter onderscheiding van zakelijke rechten “persoonlijksrechten” blijven noemen, dan moet toch altijd vastgehouden aan het vereiste van een “rechtsobject”, dat als zodanig in economische waardering is gefundeerd.

Wat geschiedt echter, wanneer men met Von Jhering ook economisch niet-waardeerbare belangen in het begrip subjectief [B/C: P066] recht opneemt, zelfs wanneer men het belangenbegrip in de zin van de vergelding vat? [A: P086]

Dat men in het begrip subjectief recht ook vergeldingsbevoegdheden moet schikken, die geen rechtsobject hebben, bv. het vaderlijk gezag, de bevoegdheid een natuurlijk kind te erkennen, de staatsburgerlijke kiesbevoegdheid, etc.¹⁵

Wij zagen reeds vroeger, dat hier inderdaad geen subjectieve rechten, maar competentiebevoegdheden voorliggen, die niet aan de *subjectzijde*, maar aan de wetszijde van de rechtskring fungeren, en wel een *inhoud*, maar geen *object* hebben.

En zo ontbindt men het begrip subjectief recht, want dan ontbreken juist die zinnemomenten, die ook Von Jhering als essentieel voor het subjectief recht heeft erkend, de subjectieve beschikkings- en genotsbevoegdheden. Over competentiebevoegdheden als zodanig kan men niet subjectief beschikken, wel over het object van subjectieve rechten.

¹⁴ Alleen kent sinds 1921 onze wetgeving een recht op de *handelsnaam*. Zie de Handelsnaamwet van 1921. Stbl. 842.

¹⁵ Inderdaad onderscheidt Von Jhering de subjectieve rechten in:

- I het recht van de persoonlijkheid;
- II de zakelijke rechten;
- III de verbintenissen- en familierechten;
- IV de staatsburgerlijke rechten!

De eliminering van het subjectieve wilsmoment in de belangentheorie van Bekker en Leonhard

De personificatietheorie

De “interessentheorie” heeft tenslotte bij sommige van haar aanhangers (*niet* bij Von Jhering zelf, gelijk men vaak ten onrechte meent!) gevoerd tot een eliminering van het subjectieve wilsmachtsmoment en een totale [D: P063] uitwissing van de grenzen tussen rechtssubject en rechtsobject. Zo de civilisten Bekker (in diens opstel *Die Geldpapiere* in *Jahrbuch des gemeinen Deutschen Rechts* 1857) en Leonard (Grünhut's *Zeitschrift* X p. 29). In hun bekende personificatietheorie betreffende order- en toonderpapier leidde dit tot de monstrueuze opvatting van *zaken*, (met name de genoemde papieren), als *rechtssubjecten*, nl. als personificaties van “interessen”. Von Jhering zelf was weliswaar niet in deze fatale eenzijdigheid vervallen, maar toch ontbrak bij hem iedere precisering van de [A: P087] verhouding tussen het subjectieve wilsmoment en het belangenmoment. “Nicht der Wille oder die Macht bildet die Substanz des Rechts, sondern der Nutzen - die Bedeutung des Willens erschöpft sich lediglich darin, dasz er die Zweckbestimmung des Rechts für das Subjekt vermittelt, die der Macht, welche das Recht ihm gewährt, darin, dasz er rechtlich daran nicht gehindert wird” schreef Von Jhering.

Alzo de wil bepaalt het doel van het belang voor het subject?

Dat is uiteraard een volmaakt onklare voorstelling, daar Von Jhering “Interesse” en “Zweck” als gelijkwaardige begrippen gebruikt. [B/C: P067]

Voorts was ook de verhouding tussen *belang* en *rechtsbescherming* (het derde element in Von Jherings opvatting van het subjectieve recht) door Von Jherings constructie als die van *substantiële kern* en *vorm* van het subjectieve recht niet opgeklaard.

De combinatietheorie van Bernatzik

Fixering van het belangenmoment door het wilsmoment

De eerstgenoemde leemte (het ontbreken van een juiste verhoudingsbepaling tussen wil en belang in het subjectieve recht) beproefde de zgn. *combinatietheorie* (Bernatzik, Jellinek) aan te vullen. Volgens deze theorie is het belang *de inhoud van de wil* en kan dus nimmer als een zelfstandig moment *tegenover de wil* worden gesteld.

Op deze wijze hoopte men tegelijk de precisering in het belangenbegrip te verkrijgen, die bij Von Jhering ten enenmale ontbrak. Immers het is volgens deze opvatting de subjectieve wil zelf, die het belang bepaalt.

Tot subjectief recht wordt de op een belang gerichte wil wanneer de rechtsorde (in de lijn van de imperatieweetheorie als een systeem van overheidsbevelen gedacht) hem als “beschermingswaardig” erkent en dus rechtsgevolgen eraan verbindt.

Inderdaad is de genots- en beschikkingsbevoegdheid over rechtsgoederen (als rechtssubjecten) slechts als juridieke [A: P088] *wilsbevoegdheid* te vatten, die zich intussen geenszins met de juridieke *handelingsbevoegdheid* dekt.

Binnen zijn competentiesfeer door de vertegenwoordiger verrichte rechtshandelingen met betrekking tot het object van het recht van de vertegenwoordigden, worden tot de juridieke wil van de laatsten toegerekend. De vertegenwoordigde heeft, voor zover handelingsonbevoegd, slechts *passieve*, geen *actieve* wilsbevoegdheid. Maar Bernatzik vat de wil in de lijn van de imperatieweetheorie als *psychische* wil. Zulk een pseudo-psychologisch wilsbegrip is uiteraard niet in staat enige omlijning in het belangenmoment te brengen. Veeleer verwacht deze combinatietheorie [D: P064] zich in alle innerlijke tegenstrijdigheden van de psychologische wilstheorie, die wij reeds herhaaldelijk opsomden.

De theorie van Schuppe; algehele terugval van de belangentheorie in de wilstheorie

De tweede leemte in Von Jherings theorie, het gebrek aan precisering van de verhouding tussen het belangenmoment en dat van de rechtsbescherming, zocht tenslotte dr. Wilhelm Schuppe aan te vullen in zijn verhandeling *Der Begriff des subjektiven Rechts* (1887).¹⁶ Hij laat het belangenmoment als wilsinhoud samenvallen met dit ene belang, dat [B/C: P068] de handelingen, die door de imperatieven van de rechtsorde worden geboden en verboden, geschieden, resp. achterwege blijven. En de rechtsbescherming bestaat dan hierin, dat de wet mijn wil tot de hare maakt. Daarmee was de belangentheorie weer geheel in de positivistische (psychologistische) wilstheorie opgelost. En tegelijk was het subjectieve recht tot de wil van de wetgever herleid.

Overzien wij de verschillende hierboven geanalyseerde vormen van de belangentheorie, dan blijkt, hoe zij tenslotte de *juridische* zin van het subjectieve recht slechts in het *wilsbevel* van de wetgever, resp. in de door de wetgever aan de gelaedeerde toegestane actie weet te vatten. M.a.w. langs alle wegen voert ook de belangentheorie tot negatie van het subjectieve recht als van [A: P089] de norm onderscheiden subjectieve rechtsfiguur.

Nu is inderdaad het subjectieve recht niet los van de rechtsnormen te vatten, daar, gelijk wij zagen, wets- en subjectzijde van iedere wetskring in onverbreekelijke correlatie staan.

Maar het subjectieve recht is niet tot de rechtsnorm te *herleiden*, zomin als het omgekeerde mogelijk is.

De noodwendige correlatie van rechten en plichten aan de subjectzijde en van veroorlovene en verplichtende normen aan de wetszijde van de wetskring De onhoudbaarheid van de imperieventheorie

Thans moeten wij echter op een tweede punt de aandacht vestigen. *Het subjectieve recht* is in de zin van de vergelding immer correlaat aan de *subjectieve rechtsplicht* en dat zowel aan rechtsplichten van de gerechtigde zelf met betrekking tot het object van zijn recht, als aan rechtsplichten van andere rechtssubjecten met betrekking tot dit rechtsobject.

Ook de rechtsplicht, in zoverre correlaat van het subjectieve recht in de zin van de vergelding, is dus noodwendig een subject-objectverhouding. Ook de aan het subjectieve recht correlate rechtsplicht heeft een *inhoud* en een *object*, dat van de inhoud wel te onderscheiden is.¹⁷ [D: P065]

Als nu aan de subjectzijde van de rechtskring de [B/C: P069] noodwendige correlatie van subjectief recht en rechtsplicht is aan te wijzen, dan moet ook aan de wetszijde een correlatie van tweeërlei normfuncties zijn aan te wijzen, t.w. de *veroorlovene* en de *verplichtende*. De eerste reguleren de subjectieve rechtsbevoegdheden, de tweede de subjectieve rechtsplichten. [A: P090]

De vroeger besproken imperieventheorie wil de veroorlovene functie van de rechtsnorm geheel in de gebiedende (door haar *psychologistisch* geduide) doen opgaan. Daardoor moet zij in laatste instantie de rechtsbevoegdheid tot de rechtsplicht herleiden.

¹⁶ Zie over de algemene betekenis van Schuppe voor de rechtsleer hoofdstuk I §2, blz. 163/4.

¹⁷ Er zijn ook rechtsplichten als correlata van competentiebevoegdheden, die de aanwending van deze bevoegdheden imperatief maken. Zo bv. de kiesplicht, de plicht van de rechter, om vonnis te wijzen (art. 13 Wet AB) etc. etc.

Deze rechtsplichten hebben evenals de competentiebevoegdheden slechts een rechtsinhoud, geen rechtsobject. Zij sluiten slechts de vrije beoordeling van het competente orgaan over het al of niet gebruiken van zijn bevoegdheden uit, doch brengen overigens geen nieuw element in de inhoud van de competentiesfeer. Uit een subjectief recht echter is nimmer de inhoud van de rechtsplichten van de gerechtigde met betrekking tot zijn rechtsobject af te lezen. Deze rechtsplichten hebben inderdaad een eigen, tegenover die van de subjectieve rechten nieuwe inhoud.

Dit is echter onhoudbaar en in strijd met de zin van de vergelding, die zich noodwendig in de correlatie van rechten en plichten openbaart.

Het is niet juist, dat de *permissio* alleen door de gebiedende rechtsplichten aan anderen dan de gerechtigde opgelegd, juridisch relevant zoude wezen.

Het staat veeleer zo, dat de rechtsnormen in haar veroorlovende zinfunctie de bevoegdheidssfeer van de subjectief gerechtigde zelf in de zin van de vergelding reguleren en bepalen, terwijl ze in haar verplichtende zinfunctie de rechtsplichten van de gerechtigde en van de overige rechtssubjecten omgrenzen. Nimmer echter is de bevoegdheid uit de plicht of de plicht uit de bevoegdheid logisch af te leiden.

Struycken heeft in zijn meermalen aangehaalde dissertatie *Het Rechtsbegrip* met praktische voorbeelden overtuigend de onmogelijkheid van zulk een afleiding aangetoond.

Tegen de redenering: “een bevoegdheid aan te nemen, heeft geen zin, wanneer niet daarnaast tevens een ieders plicht wordt erkend, de geoorloofde handeling niet te storen, zodat de bevoegdheid uit de laatstgenoemde plicht vanzelf voortvloeit”, voert hij zeer terecht aan, dat in deze vorm het verband tussen bevoegdheid en plicht zeker niet kan bestaan.

Stel dat A en B beide een recht van voetpad over de grond van een ander hebben, moet dan A voor B of B voor A uitwijken, wanneer zij beide krachtens dit recht over het pad lopen? Sluit het occupatierecht van A ten opzichte van een zaak dit recht van B ten opzichte van diezelfde zaak uit?

Bovendien de rechtsplicht van anderen, om de gerechtigde in de geoorloofde uitoefening van zijn subjectief recht niet te verhinderen, onderstelt het bestaan van dit subjectief recht. [A: P091] Het laatste is niet de reflex van deze rechtsplicht.

De correlatie van rechten en plichten is geen *logische*, maar ze ligt verankerd in de correlatie van gemeenschaps- en maatschapsfuncties *in de zin van de vergelding*. [B/C: P070]

De generale zin van het recht openbaart zich slechts in de onderlinge samenhang van alle rechtsnormen en subjectieve rechtsfeiten

De generale zin van het recht is nimmer uit een geïsoleerde rechtsbepaling, een geïsoleerd subjectief recht of een geïsoleerde rechtsplicht te vatten. Hij openbaart zich slechts in de alzijdige samenhang van rechtsnormen [D: P066] en subjectieve rechtsfeiten. Een rechtsnorm *is* slechts *rechtsnorm* in de onverbreekelijke samenhang van de rechtsnormen, in de *rechtsorde*, gelijk een subjectief recht of een rechtsplicht slechts als zodanig *zin* heeft in de samenhang van alle rechten en plichten in gemeenschaps- en maatschapsfuncties van de vergelding.

Er bestaan geen geïsoleerde rechtsnormen, rechtsplichten of subjectieve rechten. Slechts in de onderlinge samenhang openbaart zich de zin van het recht. Dit geldt trouwens op overeenkomstige wijze voor de wets- en subjectzijde van iedere wetskring.

Toepassing van onze definitie van het subjectief recht op de rechtsverhouding tussen de staat en zijn gebied naar de subjectzijde

Als resultaat van onze nadere analyse kunnen wij het subjectief recht thans aldus definiëren:

Subjectief recht is de door veroorlovende rechtsnormen gereguleerde beschikkings- en genotsbevoegdheid van een rechtssubject over een economisch gefundeerd rechtsobject in de samenhang van gemeenschaps- en maatschapsfuncties in de zin van de vergelding.

Keren wij met deze nadere definitie terug naar de vraag, die ons tot een nader ingaan op de zin van het subjectieve recht noopte: Heeft het zin, van een subjectief recht van de staat op zijn grondgebied als rechtsobject te spreken, zo ja van welke aard is dit recht?

Het eerste deel van deze vraag kunnen wij thans zonder verder [A: P092] voorbehoud bevestigend beantwoorden.

De staat als publiekrechtelijk rechtssubject heeft inderdaad een publiekrechtelijke beschikkings- en genotsbevoegdheid over zijn grondgebied als rechtsobject. Het vergeldingsbelang, dat in dit subjectief recht verscholen ligt, is een *publiekrechtelijk belang*.

Andere staten kunnen onrechtmatig inbreuk maken op dit subjectief recht. Wanneer een Duits leger het Nederlands grondgebied overschrijdt, dan maakt het niet bloot inbreuk op de competentiesfeer van het Nederlandse staatsgezag, gelijk de competentietheorie zou moeten besluiten, (dit doet het alleen, wanneer het als overheidsorgaan optreedt), maar evenzeer op het subjectief recht van de staat op zijn territoir, ook al is dit subjectief recht niet door een actie voor een statelijke rechter beschermd.

De staat kan bepaalde delen van zijn gebied afstaan, koloniën [B/C: P071] zelfs verkopen, hij kan in het publiek belang inrichtingen er op maken, wegen aanleggen, kanalen graven enz.

Ook bij de staat onderstelt de territoriale competentiesfeer aan de wetszijde een subjectief recht op het grondgebied aan de subject-objectzijde.

Maar van welken aard is dit subjectief recht?

De objecttheorie maakt ervan een publiekrechtelijk eigendomsrecht. Maar deze constructie is uiterst verwarrend en miskent het wezen van het recht van de staat op zijn grondgebied.

Het recht van de staat op zijn territoir is geen publiek eigendomsrecht, maar een subjectief heerlijk recht.

Immers de staat is slechts *eigenaar* van *bepaalde stukken* van zijn grondgebied (de staatsdomeinen, -bossen, de publieke wegen en vaarwateren, [D: P067] de rijksgebouwen etc.), maar dit eigendomsrecht verschilt specifiek van het subjectief publieke recht, dat de staat over zijn grondgebied in ganse omvang kan doen gelden.

Als de staat reeds een “dominium eminens” aan dit grondgebied [A: P093] bezat, waartoe zou hij dan de *onteigening* in het publiek belang van particulieren eigendom behoeven?

Wij achten het juister van een subjectief *heerlijk recht*¹⁸ van de staat over zijn grondgebied te spreken, om daarmee uit te drukken de onlosmakelijke samenhang tussen de subjectief-publiekrechtelijke beschikkings- en genotsbevoegdheid van de staat en zijn publiekrechtelijke territoriale competentiesfeer. Afstand van de publiekrechtelijke beschikkings- en genotsbevoegdheid over een stuk van het grondgebied aan een andere staat, betekent tegelijk overgang van territoriale competentiesfeer op de gezagsorganen van die staat.

Dit is een nieuwe opvatting van dit publiekrechtelijk subjectieve recht, die o.i. meer bevredigt dan de eigendomstheorie. Ofschoon wij dus het bestaan van publiekrechtelijke subjectieve rechten erkennen,¹⁹ kiezen wij principieel positie tegen iedere uitbreiding van het begrip daarvan tot competentiebevoegdheden, die naar wij weten geen subject-objectverhouding kennen. Niet daarom, wijl in deze bevoegdheden uitsluitend het staatsbelang en niet het individueel belang gediend wordt, gelijk meerdere [B/C: P072] schrijvers²⁰ beweerd hebben. Want ook in het subjectief heerlijk recht van de staat over zijn territoir is slechts een publiekrechtelijk belang aanwezig. Maar hierom, wijl zij, voor zover subjectief, toch, krachtens de vroeger aangetoonde vervlechting van wets- en subjectzijde in alle na-historische wetskringen, aan de *wetszijde* van de rechtskring fungeren en als zodanig geen rechtsobject hebben. En waar geen rechtsobject is aan te wijzen, daar bestaat geen

¹⁸ De Franse en Bataafse revolutie schaften slechts de heerlijke rechten van bijzondere personen af. Slechts de staat heeft nu nog een heerlijk recht in subjectieve zin op zijn grond.

¹⁹ Op de grondslag van de combinatietheorie heeft Jellinek in zijn *System der Subjektiven öffentlichen Rechte* een *Systematik* van deze rechten trachten te geven.

²⁰ Vgl. G. Jellinek, *Das System der subjektiven öffentlichen Rechten* (2^e Aufl. 1919 S. 136).

subjectief recht, daar de mogelijkheid van beschikkings- en genotsbevoegdheid in de zin van de vergelding aan een rechtsobject gebonden is. [A: P094]

De principiële betekenis van de handhaving van de grenzen in het begrip subjectief recht

De moderne negerende theorieën (Duguit, Kelsen)

Ofschoon wij aldus het begrip subjectief recht in zijn zin beperken tegenover allerlei innerlijk onhoudbare uitbreidingen, doen wij dit juist ter principiële handhaving van de zelfstandige functie van het subjectief recht tegenover de rechtsnormen.

In de jongsten tijd is nl. een steeds wassende stroming in de theoretische rechtsliteratuur waar te nemen, die het gehele begrip subjectief recht als een metafysisch natuurrechtelijk begrip wil terzijde stellen. [D: P068]

Met name Duguit en Kelsen²¹ hebben tegen dit begrip de strijd aangeboden.

Kelsen herleidt het geheel tot een delegatie van rechtsvormingscompetentie door de wetgever aan private subjecten, die daardoor tot “staatsorganen” worden bevorderd.

Duguit, sociologisch ingesteld, wil het begrip subjectief recht op Comtes voetspoor geheel oplossen in het begrip “sociale functie”, dat slechts *plichten* tegenover de samenleving omvat.

Beide schrijvers verwerpen, als aanhangers van de moderne leer van de rechtssoevereiniteit, de imperatievenleer. Voor Kelsen is, gelijk wij vroeger zagen, de “Rechtssatz” slechts een hypothetisch logisch oordeel (zonder normadres) in de vorm: “Wenn a, soll b”. Voor Duguit is de rechtsnorm evenmin imperatief van een staatswil, maar een natuurnoodwendig uitvloeisel uit de sociale wetten van de arbeidsverdeling en solidariteit, die door de psychische trechter van het rechtsgevoel ieder subject gelijkelijk binden. Maar beiden komen in een radicaal individualistisch rationalisme tot een nog volmaakter oplossing van de subjectzijde van de rechtskring in de wetszijde dan de imperatieventheorie. [B/C: P073]

Men ziet vooral uit Kelsens opvatting, het belang van de principiële begrenzing van het begrip subjectief recht tot de [A: P095] subject-objectverhouding in de zin van de vergelding.

Wie ook competentiebevoegdheden in het begrip gaat opnemen, speelt de rationalistische eliminering van het subjectieve recht in de kaart, want Kelsen ziet in de herleiding van het subjectieve recht tot competentiebevoegdheid het middel bij uitnemendheid, om het de genadestoot te geven.

De competentiebevoegdheid van het rechtsvormend orgaan is immers gelijk wij vroeger zagen, een zinnmoment van de positieve rechtsnorm zelf en kan dus nimmer van de norm onderscheiden zijn.

De innerlijke antinomie van de oplossing van de subjectzijde van de rechtskring in de wetszijde

Tegen de kelsiaanse oplossing van de subjectzijde van de rechtskring in de wetszijde, laat zich met behulp van de *methode van de antinomie* (zie *Inleiding*) aanvoeren, dat zij zich in innerlijke tegenstrijdigheden moet verwarren, daar zij *in stee* van een *eigen subjectieve juridische werkelijkheidszijde*, slechts een fysisch-psychische *natuurwerkelijkheid* laat gelden.

Maar een natuurwerkelijkheid kan nimmer aan normen onderworpen zijn. Wie in het plegen van een onrechtmatige daad geen subjectieve juridische werkelijkheid ziet, maar deze handeling als *reëel gebeuren* geheel in de natuurzijden van de werkelijkheid oplost, ziet zich gedwongen, een volgens het uitgangspunt *natuurnoodwendig causaal proces* onder *de beheersing van normatieve regelen van behoorlijkheid* te denken, wat *een tegenspraak in zichzelf inhoudt* en ook glad in strijd is met het *gegeven van de naïeve ervaring!* Het geeft dan

²¹ Zie over hen hoofdstuk I §2.

ook te denken, dat Kelsen [D: P069] beurtelings, met het begrip onrechtmatigheid en het begrip rechtmatigheid zich in innerlijke antinomieën verwarde.²²

De ruimte-analogie in de wetszijde van de vergeldingszin

De zgn. wetsconflicten en de plaatselijke grenzen van het gezag van de wet

Het internationaal privaatrecht

Aan de wetszijde vertoont de ruimte-analogie in de vergeldingszin zich, gelijk wij vroeger zagen, in het *geldingsgebied van de rechtsnormen*, dat [A: P096] zowel *territoriaal* als *personeel* kan zijn begrensd. Het territoriaal geldingsgebied onderstelt, gelijk wij thans weten, immer een *subjectief recht op het territoir naar de subjectzijde van de rechtskring*.

In kan ook het personele geldingsgebied slechts op het zinsubstraat van de ruimte bestaan.

Conflicten tussen de geldingsgebieden van verschillende [B/C: P074] rechtsordeningen zijn volstrekt niet beperkt tot die van statelijke rechtsordeningen. Wanneer een gereformeerde man met een roomse vrouw trouwt, kan reeds een conflict tussen het interne kerkrecht van de gereformeerde kerken en dat van de rooms-katholieke kerk ontstaan.

Echtscheiding wordt door het canonieke recht niet erkend, door de statelijke rechtsorde wel; hier dus een conflict tussen territoriale statelijke en de personeel geldende kerkelijke rechtsorde.

Tussen de statelijke rechtsorden onderling kunnen de conflicten zich zowel in het publieke als in het statelijk privaatrecht voordoen. Een Nederlander sluit in Berlijn met een Engelsman een overeenkomst af, een geschil over de nakoming van de overeenkomst wordt aan het oordeel van de Nederlandse rechter onderworpen. Welk recht moet in dit geval worden toegepast? Het Nederlandse, Duitse of Engelse recht?

Of wel een Turk is in Turkije met een Nederlandse getrouwd. Kan dit huwelijk door de Nederlandse burgerlijke rechter worden erkend?

Het betreft in de hier genoemde gevallen, gelijk wij bij de behandeling van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht nader zullen zien, privaatrechtelijke verhoudingen, waarmee de staatswetgever zich heeft ingelaten, waarvoor dus statelijke rechtsnormen zijn uitgevaardigd, verhoudingen van zgn. *civiele* of *burgerlijke aard*. De vraag, welk recht bij botsing tussen de geldingsgebieden van nationale rechtsordeningen op privaatrechtelijk gebied moet worden toegepast, beantwoordt het zgn. *internationale privaatrecht*. Voor zover dit *statelijk recht* is, rijst onmiddellijk de vraag, in hoeverre de *private autonomie in het contractenrecht*, om zelf de wet aan te wijzen, waarnaar partijen de overeenkomst beoordeeld willen zien, *daardoor wordt intact gelaten*.²³ [A: P097]

Reeds uit de mogelijkheid van conflicten tussen de geldingsgebieden van verschillende rechtsordeningen blijkt, dat het geldingsgebied niet zelf *ruimtezin* kan dragen, maar slechts een *ruimte-analogie is in de* [D: P070] *zin van de vergelding*. *Als zodanig is het een noodwendig zinnmoment in de generale structuur van de rechtszin*.

Gelijk wij nog zullen zien, moet door de Nederlandse rechter somtijds vreemd recht worden toegepast. Ware het geldingsgebied zelf een ruimtelijk verschijnsel, d.w.z. lag het *in een bepaalde ruimte*, dan zou zulks uiteraard niet mogelijk zijn. Dan zou op Nederlands territoir nimmer een vreemd recht [B/C: P075] gelding kunnen krijgen. Maar het geldingsgebied is geen natuurlijk ruimtelijk verschijnsel, maar ligt opgesloten in de normatieve vergeldingszin.

Toch speelden met name in de theorie van het staatsgebied natuurwetenschappelijk ruimtelijke gezichtspunten hun fatale rol.

²² Vgl. mijn *De beteekenis der Wetsidee voor Rechtswetenschap en Rechtsphil.* (Kok, Kampen, 1926).

²³ Vgl. over deze vraag Scheurs: *De autonomie van partijen in het internationale privaatrecht* (Diss. Leiden, 1924).

Naturalistische opvattingen van het staatsgebied naar de wetszijde Jellineks leer van zijn “ondoordringbaarheid”

De volkenrechtelijke exterritorialiteit

Zo gaf bv. de bekende staatsrechtsgeleerde G. Jellinek, zelf aanhanger van de *subjecttheorie* (zie vroeger), de volgende definitie van het staatsgebied: “Das Land, auf welchen der staatliche Verband sich erhebt, bezeichnet *seiner rechtlichen Seite nach* (!) der Raum (!), auf dem die Staatsgewalt ihre spezifische Tätigkeit, die des Herrschens, entfalten kann. In diesen rechtlichen Sinne wird das Land als Gebiet. bezeichnet.”²⁴

Men ziet hier duidelijk het ruimtelijk gezichtspunt waarin Jellinek het staatsgebied als juridische figuur vat. Het staatsgebied wordt hier voorgesteld als een stuk van de fysische ruimte, waarop het staatsgezag wordt uitgeoefend. En dit naturalistisch gezichtspunt voert Jellinek consequent tot zijn leer van de “ondoordringbaarheid van het staatsgebied”: “Auf einem und demselben Territorium kann nur *ein* Staat seine Macht [A: P098] entfalten”. Twee lichamen kunnen immers niet tegelijkertijd dezelfde ruimte innemen! Alleen maar, het rechtsleven is niet naar natuurwetenschappelijke gezichtspunten te beoordelen. De theorie van de ondoordringbaarheid van het staatsgebied, die blijkens onze vroegere uiteenzettingen bovendien het *geldingsgebied* met het staatsgebied als *rechtsobject* verwart, moet zich in onoplosbare antinomieën verstrekken tegenover de onloochenbare gegevens van het rechtsleven zelf. Men denke aan de volkenrechtelijke “exterritorialiteit” van vreemde staatshoofden en diplomatieke ambtenaren, die (ofschoon naar de fysische zijde tijdelijk of blijvend gevestigd in het land “auf welchen der staatliche Verband sich erhebt”), met de gebouwen, waarin zij gevestigd zijn, aan het overheidsgezag van de betrokken staat zijn onttrokken. En dit is geen abnormaal verschijnsel, gelijk bv. de gemeenschappelijke soevereiniteit van twee staten over hetzelfde territoir (Oostenrijk en Pruisen over Sleeswijk-Holstein van 1864-66)! Het wordt veeleer door de moderne *zin van de vergelding* geëist, wijl het volkenrechtelijk in strijd wordt geacht met de soevereiniteit van een staat, dat zijn hoofden of gezanten, zelfs binnen het territoir van een andere staat, aan de gezagsuitoefening [B/C:P076] van de laatste zouden zijn onderworpen (“Par in parum non habet imperium” en “Ne impediatur legatio”). [D: P071]

Ook het zgn. “internationale privaatrecht” berust dus op *vergeldingsbeginselen*.

Zolang het primitieve personaliteitsbeginsel van de volks- of stamrechten in deze zin heerste, dat de vreemdeling, de niet tot het stam- of volksverband behorende, als zodanig exlex, rechteloos was, kon natuurlijk van een “internationaal privaatrecht” geen sprake zijn. In dit laatste openbaart zich, gelijk wij bij de behandeling van de *rechtsidee* nog nader zullen zien, de vergeldingszin in *verdiepte functie*, waarin de idee van de zedelijke mensengemeenschap wordt benaderd.

Zelfs het Romeinse recht ging van de gedachte uit, dat vreemd recht geen gelding kon hebben binnen het Romeinse staatsgebied en de peregrini werden in latere tijd niet juridisch [A: P099] geholpen door erkenning van hun eigen recht, maar door een uitzetting van het Romeinse recht zelf buiten de enge grenzen van een personeel stamrecht (het oude *ius civile*) tot een *ius gentium*.

De oorsprong van het internationaal privaatrecht

De eerste sporen van een internationaal privaatrecht in Europa, dat op wederkerige erkenning van de rechten van de verschillende volkeren berust, vinden wij in de Frankische periode van de Germaanse rechtsontwikkeling.

In het Frankische Rijk gold het *personaliteitsbeginsel* ten aanzien van de volkenrechten binnen het territoriaal staatsgebied, en wel in dezen zin, dat ieder lid van een

²⁴ *Allgemeine Staatslehre* (3^e Aufl. 1919) S. 394.

tot het Frankische Rijk behorende stam- of volksverband naar zijn volksrecht werd berecht, waar hij zich ook bevond. De Salische Frank werd dus ook binnen het Friese of Saksisch stamgebied naar de *lex salica* berecht. Ook hierbij konden zich echter collisies tussen het geldingsgebied van deze normen voordoen. Een Sakser huwde bv. met een Bourgondische vrouw, een Salische Frank verkocht een stuk land aan een Fries, en zo moesten vanzelf normen worden opgesteld voor de oplossing van zulke conflicten.

Intussen, een internationaal privaatrecht in de moderne zin van het woord lag in deze zgn. *collisienormen* nog niet. Immers het gold hier slechts conflicten tussen de personele geldingsgebieden van volksrechten, welke stamverbanden alle aan het Frankisch rijksgezag zelf onderworpen waren.

In de latere middeleeuwen, de zgn. landsheerlijke periode, is het personaliteitsbeginsel in zijn Frankische vorm schier in alle Europese staten verdwenen.

Met de ontwikkeling van de territoriale soevereiniteit van de landsheren kwam het *territorialiteitsbeginsel* tot gelding. [B/C: P077]

De toepasselijkheid van het recht werd voortaan niet meer door de afstamming, maar door het territoriaal gebied bepaald (“*quicquid est in territorio, est de territorio*”). Steeds werd op hen, die zich op het territoir bevonden, het recht van [A: P100] dit gebied, *de lex fori*, toegepast.

Intussen werden de harde consequenties van dit territorialiteitsbeginsel onder invloed van het vreedzame verkeer tussen de territoriale staten en niet het minst onder invloed van de middeleeuwen doordringende [D: P072] idee van een christelijke volkerengemeenschap (het *Corpus Christianum* naar de wereldlijke zijde, het “Heilige Roomse Rijk”) geleidelijk verzacht.

De Statuentheorie

In Italië ontstond onder de auspiciën van de beroemde postglossatoren Bartolus en Baldus de eerste theorie van een internationaal privaatrecht, bekend als de *statuentheorie*.

Onder *statuten* verstond men het inheemse statutaire (wettelijk recht) en constumiere recht (gewoonterecht) en stelde ze tegenover het zgn. “*jus commune*” of het gerecipieerde Romeinse recht. Ieder juridisch territorium had zijn eigen statuta.

Ter regeling van mogelijke conflicten in de geldingsgebieden van deze statuta onderscheidde nu de genoemde theorie: I) *de statuta personalia*, de inheemse rechtsnormen betreffende de rechts- en handelingsbevoegdheid van de personen; II) de *statuta realia*, d.w.z. de rechtsnormen betreffende de inhoud van de rechtshandelingen en III) de *statuta mixta*, rechtsnormen van gemengde aard omtrent de vorm van de rechtshandelingen.

Ten aanzien van de *statuta personalia* behoorde volgens de theorie van Bartolus c.s. de *lex originis of domicilii* te gelden, d.w.z. de wet van het land, waartoe het rechtssubject behoorde. Bij de *statuta realia* werd onderscheiden, al naar gelang de rechtshandelingen roerend of onroerend goed tot object hadden. Voor onroerend goed diende de *lex rei sitae* te gelden, d.w.z. het recht van het land, waar het onroerend goed ligt; voor roerend goed de wet van het land waar de eigenaar van het roerend goed zich bevindt (*mobilia personam persequuntur, ossibus cohaerent*). De vorm van de rechtshandelingen tenslotte moest worden beoordeeld naar de wet van het land, waar ze plaats hebben (*lex loci actus*). [A: P101]

Deze statuentheorie werd al spoedig ook buiten Italië door theorie en rechtspraktijk aanvaard en beheerste als zodanig tot het begin van de 19^e eeuw het internationale privaatrecht. Zij had ook overwegende invloed op het Pruisisch Landrecht, de Franse Code Civil, het Oostenrijkse B.G.B. en werd eveneens in onze *Wet houdende Algemeene*

Bepalingen der [B/C: P078] *wetgeving van het Koninkrijk van 15 Mei 1829*²⁵ *gereciperd in de artt. 6, 7, 8 en 10.*²⁶

De dubia van deze theorie

Intussen was de statutentheorie geenszins zo scherp omljnd, dat zij in alle gevallen een eenduidige solutie bood. [D: P073]

Twijfel ontstond reeds dadelijk inzake de omvang van de personele, reële en gemengde statuten. Zo werd bv. het verbod van schenking tussen echtgenoten door sommigen voor reëel, door anderen voor een personeel statuut gehouden.²⁷ Ook kwam men in de theorie tot allerlei inperkingen en uitbreidingen van de daarin neergelegde beginselen, zodat zij tenslotte in hoge mate onbepaald werd.

In de 19^e eeuw was zij algemeen prijsgegeven en werden tal van nieuwe theorieën ontwikkeld, om algemene rechtsbeginselen voor het internationaal privaatrecht te vinden.

Onder deze theorieën hebben met name die van Von Savigny, Mancini en Zitelmann een grote invloed verworven.

Von Savigny's theorie van het internationaal privaatrecht

Von Savigny stelde het grondbeginsel op, dat bij iedere rechtsverhouding dat rechtsgebied moet worden gezocht, waartoe deze rechtsverhouding naar zijn eigenaardige natuur behoort, waar deze zijn zetel heeft. De wet van dat rechtsgebied zou dan moeten worden toegepast behalve wanneer het betreft wetten van streng dwingend karakter, die wegens dit karakter niet onafhankelijk van hun territoriaal geldingsgebied kunnen worden beschouwd en wanneer [A: P102] het betreft rechtsinstituten van een vreemde staat, die door onze staat in het geheel niet erkend is en die daarom op rechtsbescherming in onze staat geen aanspraak hebben.

De theorie van Mancini

In de 2de helft van de 19^e eeuw ontstond in Italië een nieuwe, door Mancini gefundeerde theorie, die daar spoedig de heersende werd en ook in Frankrijk en België aanhangers vond. [B/C: P079]

Het personele statuut en de nationaliteitsgedachte

Volgens deze zijn in de gehele nationale wetgeving twee delen te onderscheiden. Het eerste zou een persoonlijk, nationaal karakter dragen, *het nationale recht van de persoonlijkheid* zijn. Het tweede deel zou, als ontspringend uit de eisen van de territoriale publieke orde, streng aan het territoriale geldingsgebied van de betrokken staat gebonden zijn. Wanneer nu in het buitenland de persoonlijkheid erkend wordt, dan moet ook het nationale recht van deze persoonlijkheid erkend worden, dat echter bij conflict met het territoriale recht van de publieke orde steeds voor dit laatste moet wijken. In het contractuele maatschapsrecht eindelijk zou het grondbeginsel van de contractsvrijheid moeten gelden. Deze theorie werd

²⁵ Deze korte wet, ten dele overgenomen uit de Titre préliminaire van de Code civile, was bedoeld als een beginselenwet voor de in 1838 tot stand gekomen codificatie.

²⁶ Algemene regelen betr. het zgn. *internationaal procesrecht* zijn ten onzent te vinden in de artt. 431 en 436 van ons wetb. van Burgerlijke Rechtsvordering, bepalende resp., dat vreemde vonnissen, behoudens de gevallen bij de wet vermeld, hier te lande geen rechtskracht hebben en dat vreemde authentieke akten h.t.l. executoriale kracht missen.

Zie voorts art. 1218 BW: "Uit kracht van een overeenkomst, in een vreemd land verleden, kan geene hypotheek worden ingeschreven op goederen binnen het Koninkrijk gelegen, ten ware het tegendeel bij traktaten mogt zijn bepaald."

²⁷ De Hoge Raad acht art. 7 AB ook voor de vererving van onroerend goed geschreven en past daarop dus de *lex rei sitae* toe.

gereciperd in art. 3 van het Italiaansche Burgerlijk Wetboek, waarin het grondbeginsel van de onbeperkte civiele (d.i. statelijk-privaatrechtelijke) gelijkberechtigtheid van de buitenlanders werd opgenomen.²⁸

De volkenrechtelijke theorie van Zitelmann

Eindelijk heeft Zitelmann in zijn beroemd werk *Internationales Privatrecht* (1 Bnd. 1897, in 1912 in 2 bnd. verschenen) getracht de grondbeginselen van het internationale privaatrecht op te sporen, die als aanvulling [D: P074] van de leemten van het positieve recht op dit punt waren gedacht, in zijn bekende *volkenrechtelijke theorie*. Zitelmann onderscheidt nl. het in iedere afzonderlijke staat in de nationale wetgeving zelf geldende internationaal privaatrecht (“*innerstaatlich geltendes internationales Privatrecht*”) en de daarvan zeer afwijkende volkenrechtelijke [A: P103] beginselen, die aan het “*innerstaatlich geltende internationale Privatrecht*” ten grondslag behoren te liggen (“*überstaatlich geltendes internationales Privatrecht*”).

Met internationale gelding kan volgens Zitelmann slechts de wet van die staat subjectieve privaatrechten geven en ontnemen, die op grond van volkenrechtelijke beginselen daartoe de competentie heeft. Hij gaat dus uit van de onderstelling, dat de competentiegrenzen van de statelijke wetgever op het gebied van het privaatrecht door het volkenrecht zijn vastgesteld. Maar het door hem geformuleerde volkenrechtelijk grondbeginsel voor het internationaal privaatrecht laat hij slechts *aanvullend ten aanzien van het “innerstaatlich geltende internationale Privatrecht”* gelden, voor zover nl. dit laatste dubia laat, leemten bevat. [B/C: P080]

En dit grondbeginsel werkt hij aldus uit:

- 1e. Voor alle subjectieve rechten, die onmiddellijke heerschappij over een persoon verlenen en voor alle vorderingsrechten is de rechtsorde van die staat te volgen, waartoe de krachtens het subjectieve recht beheerste persoon behoort. De rechtsordering van deze staat noemt Zitelmann het *personele statuut van de persoon*. Hiertoe behoren dan de familierechten (maritaal gezag en ouderlijke macht, voogdij²⁹) de zgn. rechten op lijf, leven, vrijheid en eer, en de verbintenissen (met uitzondering van het recht op schadevergoeding ex delicto).
- 2e. Voor alle zakelijke rechten op een roerende of onroerende zaak dient de rechtsorde van die staat te worden gevolgd, op welks gebied zich de zaak bevindt, want het zakenrecht behoort tot de competentie van de staat, die territoriale soevereiniteit bezit over het gebied, waarop de zaak aanwezig is. Deze rechtsorde noemt Zitelmann het *zakelijk statuut* (“*Sachstatut*”). [A: P104]
- 3e. Voor alle rechten, welke heerschappij over een ander object verlenen (de immateriële goederenrechten en de “persoonlijkheidsrechten”) dient de rechtsorde van die staat te worden toegepast, op wiens gebied de rechten worden uitgeoefend.

Kritiek op deze drie moderne theorieën

Geen van de drie hierboven kortelings uiteengezette moderne theorieën kan bevredigend worden genoemd. Het door Von Savigny geformuleerde grondbeginsel biedt ons geen enkel omljnd criterium. Wat is de zetel van een rechtsverhouding? Men denke slechts aan een contract tussen een Duitser en een Fransman in Amsterdam gesloten! Von Savigny vervalt hier inderdaad in het naturalistisch vooroordeel, dat rechtsverhoudingen [D: P075] als natuurdingen in een natuurlijke ruimte liggen, een vooroordeel, dat wij reeds in Jellineks

²⁸ Zulks in bewuste tegenstelling tot art. 11 van de Code Civile: “L’*étranger* jouira, en France, des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à la quelle cet *étranger* appartiendra.” Deze bepaling betekent een grote beperking van de gelijkberechtigtheid.

²⁹ Men ziet hier, hoe Zitelmann subjectief recht en competentie verwart!

theorie van het staatsgebied ontdekten en kritiseerden. Trouwens ook in de statutentheorie speelde dit vooroordeel een rol.

De theorie van Mancini heeft ongetwijfeld veel bijgedragen tot ruimere erkenning van de private rechten van vreemdelingen en is in zoverre ongetwijfeld in overeenstemming met de historische ontwikkeling, doch de door haar gepropageerde nationaliteitsgedachte voor het personele statuut komt op losse schroeven te staan, doordat zij steeds zal moeten wijken voor de eisen van de publieke territoriale orde; Mancini's theorie biedt geen criterium, om uit te maken, welke voorschriften wèl, welke niet van “publieke orde” zijn [B/C: P081]

Zitelmanns theorie eindelijk, hoezeer uitmuntend door logische geslotenheid, gaat uit van een moeilijk houdbare grondstelling, nl. dat volkenrechtelijk zou vaststaan, dat er in elk voorkomend geval slechts één staat is, die volkenrechtelijke wetgevingscompetentie op privaatrechtelijk gebied zou hebben.

De internationalistische en de nationalistische richtingen in de internationale privaatrechtstheorie

Dit is de gemeenzame overtuiging van de gehele zgn. “*internationalistische richting*” in de theorie van het internationaal privaatrecht, een theorie, die in de Romaanse landen [A: P105] overheersend is en in Duitsland met name door Bar, Brinz en Bulmerincq is overgenomen.

Tegen deze richting heeft de zgn. “*nationalistische*” of “*positivistische*” richting (die in Engeland en Noord-Amerika steeds de heersende was, en in de laatste tijd ook in de Duitse theorie veld wint) terecht het bezwaar aangevoerd, dat zulk een algemene volkenrechtelijke competentie-afbakening tussen de staten op het gebied van de privaatrechtswetgeving niet bestaat. De verschillende staten volgen in de door hen opgestelde collisienormen geheel verschillende beginselen, die samenhangen met de bijzondere historische ontwikkeling binnen hun cultuurgebied.

In Frankrijk, Italië, Duitsland en ten onzent wordt de juridische handelingsbevoegdheid beoordeeld naar de nationale wet van de betrokken persoon (de *lex originis*), in Engeland naar het recht van zijn woonplaats, in Noord-Amerika naar de *lex loci actus*. Deze divergentie is geenszins in strijd met het volkenrecht, wijl nu eenmaal geen algemeen volkenrechtelijke collisienorm op dit punt bestaat.

Wanneer in Engeland de erfopvolging ten aanzien van onroerend goed naar de *lex rei sitae* wordt beoordeeld, kan een andere staat, die de erfopvolging naar de nationale rechtsorde van de erflater beoordeelt, onmogelijk beweren, dat Engeland in strijd met het volkenrecht handelt.

Volkenrechtelijk staat slechts dit vast, dat geen enkele staat aan een andere zonder diens toestemming positieve collisienormen kan opdringen, die voor de burgerlijke rechter binnen het competentiegebied van die staat bindend zouden zijn.

Internationaal privaatrecht en volkenrecht

Het “internationale privaatrecht” is niet als zodanig “internationaal recht” of “volkenrecht”, maar is krachtens de volkenrechtelijke soevereiniteit [D: P076] van iedere staat in wezen een *nationale regeling* van de conflicten tussen de geldingsgebieden van verschillende statelijke privaatrechtsordeningen binnen het territoriale geldingsgebied van de betrokken staat zelf. [A: P106]

Dit geldt voor alle soorten van statelijke collisienormen, [B/C: P082] die de privaatrechtelijke verhoudingen regelen.

Men onderscheidt gewoonlijk daarin drie categorieën:

1e. *eenzijdige collisienormen*. Daaronder verstaat men de rechtsnormen die het geldingsgebied van de inlandse rechtsnormen regelen (zo bv. art. 6 van onze wet AB)

2e. *volkomen collisienormen*. Onder deze verstaat men de rechtsnormen, die niet slechts het geldingsgebied van de inlandse rechtsnormen regelen, maar ook de buitenlandse rechtsnormen aanwijzen, die op het rechtsfeit toepassing behoren te vinden (zo bv. art. 7 en art. 10 van de wet AB)

3e. *onvolkomen tweezijdige collisienormen*, d.w.z. voorschriften, die het geldingsgebied van het inlandse recht bepalen, die verder voor een deel van de rechtsfeiten, waarop het inlandse recht geen toepassing vindt, het toepasselijk buitenlands recht aanwijzen, voor een ander deel echter geen antwoord geven.

Maar nimmer kan een staat bij het opstellen van zulke collisienormen eenzijdig aan een andere staat de wet voorschrijven, noch kan het statelijk internationaal privaatrecht tot een onderdeel van het volkenrecht worden gemaakt. Bij *volkenrechtelijke verhoudingen* zijn alleen de *staten zelf subject, nimmer private personen*. Het internationaal privaatrecht echter heeft slechts private personen tot subject. De veel bestreden vraag, of de nationale collisienormen, die het zgn. internationaal privaatrecht regelen, zelf nog wel privaatrecht, danwel of zij publiekrecht zijn, kunnen wij eerst bij de principiële behandeling van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht met vrucht behandelen.

Wel staat vast, dat de aangewezen en meest ideale weg tot regeling van conflicten tussen de geldingsgebieden van verschillende statelijke privaatrechtsverordeningen, die is van

het volkenrechtelijk tractaat, waarbij zoveel mogelijk eenvormigheid in de daarbij betrokken staten wordt betracht. [A: P107]³⁰ [A: P108] [D: P077]

Maar - en zie daar een punt, dat in de besproken theorieën maar al te zeer uit het oog wordt verloren - de rechtsbeginselen, welke aan deze tractaten en aan het gehele internationaal privaatrecht ten grondslag liggen - zijn niet in “de natuur”, maar in de *historische ontwikkeling* gefundeerd, ze zijn van dynamische, wisselende aard, daar het gehele internationale privaatrecht eerst op hoger cultuurpeil aan de orde komt. Het internationaal privaatrecht is eerst uit de verdiepte rechtszin, uit de *rechtsidee* te verstaan. Dit punt komt nader aan de orde bij de behandeling van de rechtsidee en de rechtsbeginselen. [B/C: P084]

Het nationaliteitsprincipe en de *lex domicilii*

Het geldingsgebied van het statelijk (d.w.z. door de staat gepositieerd) privaatrecht valt volstrekt niet altijd samen met het territoriale geldingsgebied van het staatsgezag.

Wij herinnerden reeds aan de toestand in het Frankische Rijk met [D: P078] zijn vele personele stam- of volksrechten binnen een zelfde territoriaal rijksgebied. In onze tegenwoordige tijd kan worden gewezen op het Britse Rijk, de Verenigde Staten van Amerika, Rusland etc., waarin binnen het territoriale geldingsgebied van het rijksgezag verschillende onderling afwijkende statelijke privaatrechtsordeningen gelden. In dit geval

³⁰ [B/C: 083] Zulke tractaten zijn òf *afzonderlijke*, tussen twee staten gesloten, òf wel van *collectief karakter*, waarbij meerdere staten zijn betrokken.

Van de laatste categorie vermelden wij de volgende voorbeelden:

- a) De *Rijnvaartakte* in 1868 tussen de oeverstaten gesloten, en waarbij tevens een aantal procesrechtelijke onderwerpen is geregeld. Deze akte werd fundamenteel herzien bij de akte en het protocol van 14 dec. 1922, t.o. goedgekeurd bij de wet van 23 juni 1925, Stbl. 269.
- b) De *Berner-Conventie* van 1890, tot regeling van het internationale goederenvervoer langs de spoorwegen, met name van de internationale vervoerovereenkomst, tot stand gebracht door een achttal staten van het Europese vasteland, waarbij zich later een vijftal andere staten heeft aangesloten.
- c) De verschillende collectieve tractaten tot regeling van de industriële en intellectuele eigendom: *De Unie van Parijs* (1883) tot bescherming van octrooien, modellen, handels- en fabrieksmerken en de handelsnaam. *De Schikking van Madrid* (1891) tot nadere regeling van de bescherming van ingeschreven handels- en fabrieksmerken. Tot herziening van deze beide: het *Tractaat van Brussel* (1901) en het *Tractaat van Washington* (1911).
- d) *De Berner Conventie* (1886) tot bescherming van het auteursrecht van letterkundige en andere kunstwerken, achtereenvolgens gewijzigd door de *Conventie van Parijs* (1896), de *Conventie van Berlijn* (1908) en de *Conventie van Bern* (1914).
- e) De drie opeenvolgende *Haagsche Conventies* (1896, 1902, 1905) tot regeling van een aantal onderwerpen van *familierecht* en *procesrecht*.
- f) De *Tractaten van Brussel* (1910) tot regeling van de verplichtingen, voortspuitende uit de aanvaring van schepen, de hulpverlening op zee en de berging van goederen na zeerampen.
- g) Het *Haagsche Wisselverdrag* en de *Besluiten betr. de unificatie van het Chequerecht* (1912), thans door bijna alle betrokken staten geratificeerd. Bij al deze tractaten hebben de meeste beschaafde staten zich aangesloten. Grote invloed is daarbij uitgegaan van wetenschappelijke instellingen en geleerden op dit gebied. Onder deze laatsten heeft de Nederlander Tobias Asser zich een erepositie verworven.

Van de wetenschappelijke instellingen noemen wij de *International Law Association* in 1873 te Brussel gesticht en het *Institut de droit international* in 1873 te Gent opgericht. In 1918 werd in Den Haag een nieuw internationaal Instituut gevestigd onder de naam “*Institut Intermediaire International*”, onder leiding van Torley Duwel, dat bedoelt een centraal informatiebureau te zijn voor het rechts- en economisch leven van de verschillende staten en de door de wereldoorlog geslagen breuk tussen de volkeren te overbruggen. Het instituut geeft sedert 1919 een zeer belangrijk bulletin uit en bovendien zijn “*Publications de l'Institut Intermediaire International*” in de vorm van monographieën.

In 1924 werd te Genève de “*Académie internationale de droit comparé*” gesticht onder presidium van André Weisz te Parijs. Dit instituut maakt bijzondere studie van de rechtsvergelijking op historische grondslag, met de bedoeling invloed te oefenen in het bijzonder op de privaatrechtelijke wetgeving van de verschillende landen. Een bijzondere commissie onder presidium van Weisz wil de uniformering van het Internationaal Privaatrecht voorbereiden.

komt men niet uit met het *nationaliteitsprincipe* ten aanzien van het zgn. *personele statuut* van de staatsburgers, tenzij men ook naar de nationale wetgeving wil beslissen de vraag, welke bijzondere privaatrechtelijke ordening op de betrokken persoon toepassing dient te vinden.

In verschillende staten (Denemarken, Noorwegen, Engeland en de Verenigde Staten van Amerika, behalve voor de handelingsbevoegdheid, Argentinië en ten dele in Zwitserland) is daarom niet het *nationaliteitsprincipe*, maar de *lex domicilii* aanvaard; in sommige staten (Duitsland) geldt, voor verschillende onderdelen van het internationaal privaatrecht nu eens het ene, dan weer het andere beginsel. [A: P109]

De juridische plaats als ruimte-analogie aan de subjectzijde van de vergeldingszin

Ook de *woonplaats* als juridische figuur draagt *vergeldingszin*. Ze is een subjectieve ruimte-analogie in de zin van de vergelding, een zinspecificum van het in de subjectieve generale zin van het recht noodwendig vervatte *plaatsmoment*. Welke plaats als domicilie heeft te gelden, is *niet een natuurwetenschappelijke*, maar een *rechtsvraag*, die naar vergeldingsbeginselen moet worden beslist. Het juridisch domicilie valt dus volstrekt niet samen met het natuurlijk ogenblikkelijk verblijf. Maar evenmin is het juridisch domiciliebegrip te herleiden tot de rechtsnormen, die bepalen, hoe het domicilie moet worden vastgesteld.

Ieder rechtsfeit heeft zijn subjectief-objectieve ruimte-analogie, heeft zijn *plaats* in de zin van de vergelding. Dit geldt zowel voor objectieve als subjectieve rechtsfeiten en deze *plaats*, die ieder rechtsfeit naar de *subjectzijde* van de rechtskring inneemt, is nimmer te verwarren met het *geldingsgebied van de rechtsnormen naar de wetszijde* van de rechtskring, ofschoon de vraag, wat de plaats van een rechtsfeit is, slechts door rechtsnormen is te bepalen.

De vraag: Waar is een overeenkomst tot stand gekomen, waar heeft een rechtspersoon haar domicilie, waar is een delict [B/C: P085] geschied, moet naar vergeldingsbeginselen worden beantwoord. Maar die juridische plaats is meer dan een bloot inhoudsmoment van de rechtsnorm, waartoe Kelsen haar wil herleiden.

Ze behoort tot de juridische subjectzijde van de volle tijdelijke werkelijkheid, evenals de fysieke plaats van een natuuring tot de fysieke subjectzijde van die werkelijkheid behoort, ofschoon ook de plaats in fysieke zin door wetten (natuurwetten) is bepaald.

Men kan zeggen, dat de conflicten tussen de geldingsgebieden van nationale privaatrechtsordeningen juist hieruit ontspringen, dat de subjectieve rechtsverhoudingen in haar verschillende bestanddelen verschillende plaatsen hebben, die niet binnen het *grondgebied* van dezelfde staat liggen. Zo bv. in [A: P110] het geval, dat in Den Haag een Duitser is [D: P079] overleden, die een testament had gemaakt in Brussel, terwijl een deel van zijn vermogen in Oostenrijk ligt.

Wanneer alle onderdelen van de hier omschreven rechtssituatie binnen Nederlands grondgebied hun plaats hadden, zou ook van een collisie in geldingsgebied van de desbetr. normen geen sprake kunnen zijn. Zo blijkt ook in de ruimte-analogie in de zin van de vergelding de *noodwendige correlatie tussen wets- en subjectzijde*.

De normen van het internationale privaatrecht knopen het *territoriale geldingsgebied* van de privaatrechtelijke normen onverbrekkelijk vast aan plaatselijke betrekkingen van subjectieve-objectieve rechtsverhoudingen, bv. het domicilie van een persoon, de ligging van een zaak, de plaats van het tot stand komen van een contract of de plaats waar de overeenkomst moet worden nagekomen, de plaats waar een delict is begaan, etc.

De Duitse rechtswetenschap noemt deze aanknopingspunten voor het internationaal privaatrecht karakteristiek "Anknüpfungsbegriffe".

Internationaal publiekrecht

Het vroeger genoemde nationaliteitsprincipe laat uiteraard ook in de steek, wanneer het betreft personen, die in geen enkele staat burger zijn, of die meerdere (statelijke) nationaliteiten bezitten.

Zulks wijst er reeds op, dat conflicten tussen de geldingsgebieden van verschillende statelijke rechtsordeningen volstrekt niet tot het privaatrecht beperkt zijn, maar evenzeer op het staatsrecht, het strafrecht enz. betrekking kunnen hebben.

Wanneer iemand tegelijkertijd Duits en Braziliaans staatsburger is, gelijk men het wel noemt een “sujet mixte” is, dan kunnen zich bv. conflicten voordoen ten aanzien van dienstplicht en andere staatsburgerlijke plichten. [B/C: P086]

Het internationaal strafrecht ken slechts eenzijdige collisienormen

Ook in het strafrecht zijn conflicten tussen verschillende rechtsordeningen denkbaar, men denke slechts aan de vroeger genoemde [A: P111] gevallen van vreemde staatshoofden, gezanten enz., die op het gebied van een andere staat verblijf houden. Men denke ook aan delicten, welker aard meebrengen, dat zij zich afspelen binnen het gebied van meer dan een staat (zoals slavenhandel, handel in blanke slavinnen, in opium etc.). Zulke conflicten zijn in zoverre van andere aard, dan die op het gebied van het statelijk privaatrecht, dat ze nimmer zó worden opgelost, dat bv. de Nederlandse rechter vreemd recht zou moeten toepassen. M.a.w. het zgn. internationale strafrecht bevat uitsluitend *eenzijdige collisienormen* (zie hierboven).

Zo bevatten de artt. 2 tot en met 7 van het Wetboek van Strafrecht eenzijdige collisienormen, waarin het geldingsgebied van de Nederlandse strafwet zowel binnen als buiten het Nederlands territorium wordt geregeld.

Men heeft aan de eenzijdige collisienormen het karakter van wezenlijke collisienormen betwist, wijl hier immers een vreemde rechtsorde in het geheel niet in het geding zou zijn. O.i. is dit argument echter niet juist.

Wanneer een buitenlander zich op vreemd grondgebied aan een volgens [D: P080] de Nederlandse strafwet strafbaar feit schuldig maakt en de Nederlandse strafwet brengt dergelijke feiten onder haar geldingsgebied, dan lost zij inderdaad eenzijdig een collisie van normen op, daar zij haar geldingsgebied uitbreidt buiten het Nederlands grondgebied (in subjectief-objectieve zin), en dus met vreemde rechtsordeningen in concurrentie treedt.

Dat bij collisies op het gebied van het publieke recht geen “volkomen collisienormen” (zie hierboven) bestaan, vindt zijn grond in de bijzondere structuur van het interne staatsrecht tegenover het statelijk privaatrecht, een punt, waarop wij later uitvoerig terugkomen.

Artikel 8

Wetboek van Strafrecht

Wel moeten de staten bij het positiveren van eenzijdige collisienormen op dit gebied uiteraard rekening houden met hun volkenrechtelijke verplichtingen tegenover andere staten. Zo bepaalt ook art. 8 van ons Wetb. v. Strafrecht: [A: P112]

“De toepasselijkheid van de artikelen 2 en 7 wordt beperkt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend” (cf. art. 13a van de wet AB).

§12

De getsalsanalogie in de zin van de vergelding

Na onze uitvoerige analyse van de ruimte-analogie, rest ons nog slechts stil te staan bij de getsals-analogie in de zin van de vergelding. [B/C: P087] Alle vroegere analogieën wezen naar deze laatste analogie terug. De ruimte-analogie appelleert op haar, waar zij een vergeldingsharmonie eist tussen de veelheid van de geldingsgebieden van de verschillende rechtsordeningen (Vgl. het probleem van de collisienormen). We knopen echter voor de analyse van deze analogie het beste aan bij de sociale analogieënsfeer in de generale zin van de vergelding, waarin wij in de eerste plaats de strenge correlatie van *gemeenschap* en *maatschap* opmerkten. Naar de wetszijde is het recht, gelijk wij zagen een *samenstel van positieve, aan interpretatie onderworpen vergeldingsnomen, met bepaald geldingsgebied, toe te rekenen tot de wil van competente organen, van maatschap of gemeenschap, welke normen harmonie brengen tussen de belangen in de zin van de vergelding.*

De correlatie van maatschap en gemeenschap in de zin van de vergelding, onderstelt dwingend de wetskring van het getal. Het recht treft naar de wetszijde een vergeldingsharmonie tussen een veelheid van gemeenschaps- en maatschapsbelangen, is daarom zelf een eenheid in de veelheid.

De *eenheid in de veelheid*, die de vergeldingsharmonie schept, is, hoezeer zij naar de substraatzijde het getal onderstelt, toch op generlei wijze *in de zin van het getal* te vatten. Zij draagt *vergeldingszin*.

De eenheid van de rechtsorde in de veelheid van maatschaps- en gemeenschapsfuncties

Iedere rechtsnorm maakt deel uit van de positieve rechtsorde, is daarin in de onverbreekelijke correlatie van gemeenschaps- en maatschapsfuncties gevoegd. [A: P113]

Maar de eenheid van de rechtsorde en de veelheid van de daarin fungerende rechtsnormen, is op generlei wijze als een logische, of mathematische eenheid en veelheid te vatten.

De Marburgerrichting in de rechtsfilosofie (Cohen en Kelsen) [D: P081] heeft getracht de mathematische begrippen van eenheid, veelheid en alheid in de rechtstheorie over te brengen. Dan wordt iedere rechtsnorm een mathematische functie in de mathematische alheid van de rechtsnormen.

Cohen voert deze mathematische beschouwingwijze zóó door, dat hij in het *individu* de *mathematische eenheid*, in de *maatschappelijke betrekkingen tussen de individuen* (de “Gesellschaft”) de *veelheid*, in de *staat* de *mathematische alheid* ziet. Het mathematisch wetenschapsideaal leidt, zo in de rechtsbeschouwing toegepast, rechtstreeks tot een ongebreideld *staatsabsolutisme*. Want Cohen voert de mathematische categorieën van eenheid, veelheid en alheid aldus door, dat alle niet-statelijke rechtsmaatschaps- en rechtsgemeenschapsverhoudingen restloos tot een onzelfstandige functie worden van de alheid van de staatswil. M.a.w. er zijn geen competentiegrenzen voor de staatswil, [B/C: P088] wijl alle individuele structuurverschillen in de rechtskring door het nivellerend rationalistisch wetenschapsideaal zijn uitgewist.

Maar op deze wijze is de eenheid van de rechtsorde niet te vatten. Bij de behandeling van het probleem van de rechtsbronnen zullen wij zien, dat er tal van niet-statelijke rechtsgebieden bestaan, die binnen een eigen onherleidbare competentiesfeer liggen en ook juridische *soevereiniteit in eigen kring* bezitten.

Maatschaps- en gemeenschapsrecht, zowel het statelijke als niet-statelijke, vormen in onverbreekelijke correlatie de eenheid van de rechtsorde in de zin van de vergeldingsharmonie.

Het statelijk privaatrecht, het interne niet-statelijk verbands- en maatschapsrecht, het interne staatsrecht, het volkenrecht, ze zijn in de veelheid van hun competentiesferen en rechtsbronnen, nochtans een eenheid, wijl in de generale zin van het recht reeds de sociale

analogie de noodwendige correlatie [A: P114] van maatschap (veelheid) en gemeenschap (verbandseenheid) vertoont.

Wie echter eenmaal heeft ingezien, dat die eenheid niet een mathematische getalseenheid of -alheid, nòch een logische eenheid kan zijn, is van te voren gevrijwaard tegen de logicistische nivelleringszucht in de rechtswetenschap, die poogt, alle positieve rechtsnormen uit één hoogste rechtsbron (hetzij een volkenrechtelijke, hetzij een staatsrechtelijke oorsprongsnorm) af te leiden.

De eenheid in de rechtsbronnen is nimmer te vinden, door één van de bijzondere rechtsbronnen tot de logisch hoogste, of de mathematische alheid te promoveren. Ze is veeleer een eenheid in de correlatie van gemeenschaps- en maatschapsfuncties in de zin van de vergelding. Bij de behandeling van het rechtsbronnenprobleem, het interpretatieprobleem etc., zal ons de grote draagwijdte van dit inzicht in de vergeldingszin van de eenheid in de veelheid van de rechtsnormen, luce clarius blijken.

De getsanalogie aan de subjectzijde van de vergeldingszin

Ook aan de subjectzijde van de vergeldingszin blijkt de bijzondere aard van de getsanalogie op het eerste gezicht. Rechten en plichten kunnen slechts rechtssubjecten hebben, en een rechtssubject onderstelt [D: P082] immer *vergeldingsbetrekkingen tot meerdere rechtssubjecten in de correlatie van gemeenschaps- en maatschapsfuncties*.

Het abstracte individu, waarvan het rationalistisch nominalistisch natuurrecht droomde, bestaat niet. De mens wordt geboren als lid van een gezins- en familieverband, dat zelf met alle andere verbanden van de menselijke samenleving in rechtsbetrekking staat. Het gezins- en familieverband heeft zelf [B/C: P089] weer een individuele gemeenschapsfunctie in het volks- of stamverband,¹ resp. op hoger cultuurpeil in het staatsverband. [A: P115]

Anderzijds staat de mens noodwendig in gecoördineerde maatschapsbetrekkingen tot zijn medemensen, waarin geen verbands- of gemeenschapseenheid tot uiting komt. En deze gehele stand van zaken openbaart zich in de rechtskring aldus, dat *het rechtssubject slechts is gegeven in de noodwendige correlatie van gemeenschaps- en maatschapsverhoudingen in de zin van de vergelding*.

Wanneer ik als rechtssubject van een ander rechtssubject een stuk grond koop, dan openbaart zich mijn rechtssubjectiviteit in dit koopcontract in een *maatschapsfunctie* in de zin van de vergelding.

Mijn medecontractant en ik zijn in deze tijdelijke contractsverhouding niet in een hogere verbandseenheid verbonden, maar wij staan in maatschapsfunctie gecoördineerd nevens elkaar. Maar deze juridische maatschapsverhouding is niet geïsoleerd in het rechtsleven. Ze bevindt zich in noodwendige correlatie tot veelsoortige gemeenschapsverhoudingen.

Het kopen van de grond stelt mij als rechtssubject aanstonds in een bijzondere rechtsbetrekking tot het staatsverband. Ik ben nu verplicht als staatsburger, grondbelasting te betalen, moet mijn nieuwe eigendom afgrenzen tegen andere eigendommen, mag op mijn grond niet bouwen binnen de rooilijn, niet boven een zekere hoogte etc. etc. Want mijn grond, het rechtsobject van mijn eigendomsrecht, ligt binnen een zeker staatsgebied, binnen een juridisch verbands- of gemeenschapsgebied en daarmee valt reeds de mogelijkheid, de juridische maatschapsbetrekking in het koopcontract los te maken van de juridische gemeenschapsbetrekkingen.

Ook afgescheiden van mijn gemeenschapsfunctie in het staatsverband, die eerst op hoger cultuurpeil gegeven is, openbaart zich aan alle zijden de correlatie van gemeenschaps- en maatschapsfuncties in de rechtssubjectiviteit. Men denke slechts aan het erfrecht, waar de

¹ Het vormde in de oud-Germaanse volksgemeenschap de basis voor de militaire organisatie.

juridische familiebetrekkingen van essentieel gewicht zijn. In het oud-Germaanse recht werd het onroerend goed als familiegoed beschouwd, waarover niet mocht worden beschikt zonder toestemming van de leden van dit verband. [A: P116]

Bij de behandeling van de sociologie en het rechtsbronnenprobleem zullen [D: P083] wij zien, hoe deze betrekkingen tussen gemeenschaps- en maatschapsfuncties in de rechtssubjectiviteit in het moderne sociale en rechtsleven tot een uiterste graad van intensiviteit zijn opgevoerd en hoe zelfs de inhoud van de contracten in het maatschapsrecht voor een zeer groot deel van verbandsrecht afhankelijk is. [B/C: P090]

Het probleem van de rechtspersoonlijkheid

Aan deze onverbreekelijke correlatie van gemeenschaps- en maatschapsbetrekkingen in de rechtssubjectiviteit knoopt zich vast het *probleem van de rechtspersoonlijkheid*, waarin de getalsanalogie van de eenheid en de veelheid in de subjectieve zin van de vergelding zich pregnant openbaart.

De rechtsdogmatiek stelt gewoonlijk de *rechtspersonen* als collectiviteiten, als veelheden van individuen, die voor het rechtsleven als een *eenheid* in aanmerking komen (verenigingen en stichtingen), tegenover de zgn. *natuurlijke personen*, als de individuele mensen.

Deze dualistische terminologie is echter in hoge mate verwarrend, daar zij het grondprobleem van de rechtssubjectiviteit verkeerd stelt.

In het rechtsleven fungeert niet de volle menselijke persoonlijkheid, maar slechts haar *juridische zijde*, de *rechtssubjectiviteit*. En die rechtssubjectiviteit openbaart zich nergens als een abstract individu, maar is slechts gegeven als een eenheid in de veelheid van maatschaps- en gemeenschapsfuncties in de zin van de vergelding.

De Romeinse figuur van de *pater familias* was als rechtssubject niet een geïsoleerd individu, maar een verbandshoofd, die ook in het juridisch maatschapsverkeer met andere *patres familias* aan zijn gemeenschapsfuncties gebonden bleef. Ja, in primitievere rechtsordeningen gaat de individuele mens in zijn rechtssubjectiviteit bijna geheel op in juridische gemeenschapsverhoudingen en bestaan de maatschapsbetrekkingen slechts tussen de sibbe-verbanden van een zelfde volksstam. [A: P117]

Pregnant openbaart zich zulks in de bloedwraak, die zich niet tegen de individuele delinquent, maar tegen zijn gehele *sibbe* richt. De erkenning van de individuele rechtssubjectiviteit van de mens als zodanig, is eerst de vrucht van een langdurig ontwikkelingsproces, niet het minst onder invloed van het christendom voltrokken.

Ontwikkeling van de theorieën over de rechtspersoonlijkheid

Onder de wijsgerige invloed van het nominalistisch individualisme begon nochtans de eigenlijke theorie van de rechtspersoonlijkheid de *individuele mens*, als de enige “reële” of “natuurlijke” persoon in het rechtsleven te beschouwen. Het individu was de ware subjectieve *eenheid* in het rechtsleven, waarin geen *veelheid* meer was. En voor zover de rechtsorde een *veelheid* van individuen als een *eenheid* liet gelden, moest dit als een *fictie*, een “nomen juris”, een gedachteconstructie worden beschouwd, waaraan in de realiteit niets beantwoordt. *De collectiviteit was zelf een gefingeerd individu*. De oorsprong van deze zgn. [B/C: P091] *fictietheorie* kan tot de middeleeuwen worden vervolgd.

De romeinsrechtelijke opvatting van de *universitas*

De Romeinse juristen hadden nog geen eigenlijke *theorie*; het ging hun slechts om het positiveren van rechtsnormen voor de collectiviteiten, waarnaar rechtspersoonlijkheid toekwam. Zij kenden slechts twee vormen [D: P084] van juridische associatie: de *universitas* en de *societas*. De *societas* was het maatschapscontract, waardoor de socii niet tot een hogere

eenheid verbonden werden. De universitas daarentegen was de corporatie, de vereniging van verschillende personen tot een hogere eenheid, *die echter*, gelijk Hölder overtuigend heeft aangetoond, *niet als absoluut gescheiden van de individuele leden werd beschouwd*. Ten aanzien van de “universitas” stelden zij verschillende praktische rechtsnormen op, als de regel: “quod universitati debetur, singulis non debetur”, en de regel, dat de actor van een “universitas” “non quasi a pluribus datus habetur”.

Dit waren rechtsnormen, *die uitsluitend op de externe* [A: P118] *juridische maatschapsverhoudingen van de universitas sloegen, met name op de vermogensrechtelijke relaties tot derden*.

Over het wezen van de persoonlijkheid en *over de bijzondere interne structuur van de verbanden* theoretiseerden de Romeinse juristen nog niet.

De fictietheorie van de canonisten en postglossatoren

In de middeleeuwen werden de *canonisten*, de beoefenaars van het canonieke recht, voor het probleem geplaatst, wat het *eigenlijk rechtskarakter van het kerkelijk instituut en zijn verschillende organisatorische onderdelen* was. Het ook door de glossatorenschool aanvaarde romeinsrechtelijk universitas- of corporatiebegrip, dat eigenlijk alleen op de vermogensrechtelijke maatschapsbetrekkingen van het verband tot derden was berekend en waarin het *hiërarchisch gezagsmoment geheel ontbrak*, was hier uiteraard onbruikbaar.²

De canonisten zagen de eenheid in het kerkinstituut juist in de hiërarchische gezagsdragers belichaamd. God en de Paus als zijn vertegenwoordiger op aarde, de heiligen als schutspatrons van de stichtingen (*pieae causae*), beschouwden zij als de ware dragers van de eenheid van de collectiviteiten.

De collectiviteit zelf werd door dit samenbindende persoonlijk gezagsmoment tot een *persoon*, maar niet tot een reële persoon, gelijk de individuele mensen, maar tot een *persona ficta*, een gefingeerde persoonlijkheid.

De betekenis van deze canonistische corporatietheorie [B/C: P092] *schuilt vooral hierin, dat hier voor het eerst het rechtsbegrip van de persoonlijkheid van het begrip van de reële mens werd onderscheiden. Voor het eerst werd hier de naam “persoon” op de rechtssubjectiviteit van de rechtsverbanden toegepast*. De nominalistische inslag in deze canonistische fictietheorie, bleek echter duidelijk uit de uitspraak van haar grootste intellectuele propagator Innocentius IV, dat de “universitas” als [A: P119] “individueel” een blote begripsconstructie, een “nomen juris intellectuale” is, terwijl een ander canonist de ware, reële persoonlijkheid als “rei rationabilis individua substantia” definieerde.

De canonistische fictietheorie was dus inderdaad gebaseerd op een [D: P085] nominalistische individualistische opvatting van de persoonlijkheid. Juist daarom was zij, evenmin als de romeinsrechtelijke opvatting van de “universitas”, in staat, rekenschap te geven van de interne rechtsstructuur van de verbanden. Wel werd aan het interne gezagsmoment in de rechtspersoon aandacht geschonken, maar dit gezagsmoment werd onder het gezichtspunt van de *vertegenwoordiging* (repraesentatio) gevat.

De nominalistische inslag in deze canonistische fictietheorie bleek wel duidelijk uit de uitspraak van haar grootste intellectuele propagator Innocentius IV, dat de “universitas” als eenheid een “nomen juris et non personarum”, een “nomen intellectuale et res incorporalis” is m.a.w. een blote begripsconstructie, daar in de realiteit slechts fysisch-psychische individuen bestaan.

De “universitas” is een fictief individu, waarin geen veelheid meer is, maar dat juist als fictief individu niet zelf handelings- en wilsbekwaam is, maar steeds door reële individuen moet worden *vertegenwoordigd*.

² Het standaardwerk over de ontwikkeling van de theorie van de rechtspersoonlijkheid in de middeleeuwen en daarna is dat van Otto Gierke, *Deutsches Genossenschaftsrecht* (4 Bnd.).

De *persona ficta* is noodwendig *persona repraesentata*.

Zelfs de interne besluiten van de corporatie werden onder dit gezichtspunt beschouwd, waardoor tegelijk een *absolute scheiding tussen de bevoegdheden van de “universitas” en die van de in haar verbonden “singuli” werd doorgevoerd*.

De wilshandelingen van de “universitas” moeten wel door de “singuli” worden verricht, omdat de rechtspersoon geen realiteit, maar slechts “*persona ficta*” is, maar de *singuli* zijn hier slechts *vertegenwoordigers* van de *universitas*.³ De rechten en [A: P120] bevoegdheden van de “*universitas*” zijn volgens deze theorie absoluut gescheiden van die van de “*singuli*”.

Deze scheiding tussen de juridische eenheid (het rechtsverband, de rechtspersoon) en de juridische veelheid (de [B/C: P093] daarin verbonden individuele leden), is typerend voor het individualistisch, nominalistisch karakter van deze fictietheorie. Zij betekende tegelijk een individualistische vervalsing van de zin van de rechtssubjectiviteit qua talis, doordat zij het grondprobleem van deze rechtssubjectiviteit, dat van de eenheid *in* de veelheid in de onverbreekelijke correlatie van maatschaps- en gemeenschaps (verbands)functies, miskende. Wie uitgaat van een individualistische realiteitsbeschouwing, kan aan de rechtssubjectiviteit geen recht laten wedervaren.

De eenheid van de rechtspersoonlijkheid is hier in de individualistische zin van een abstracte *enkelheid* gevat, *die geen veelheid in de zin van de vergelding in zich bergt*.

De fictietheorie in het humanistisch natuurrecht

De rechtspersoon als gefingeerde collectieve persoonlijkheid van de individuen en de verdragsconstructie

In het humanistisch natuurrecht wordt de fictietheorie juridisch door de *verdragsconstructie* gefundeerd. Met name Hobbes heeft haar, gelijk wij reeds bij de behandeling van de natuurrechtstheorieën in Dl. I zagen, op brede wijze uitgewerkt. De [D: P086] eenheid van de rechtspersoon als *persona fictiva* ligt voor hem geheel in de individuele persoon van de vertegenwoordiger, die op grond van een verdrag de veelheid van de in de corporatie verenigde individuen *vertegenwoordigt*. Hier heerst de pseudo-mathematische methode, die de rechtspersoonlijkheid uit het individu als mathematische eenheid wil construeren.

Tegenover de oudere canonistische opvatting betekent de humanistisch-natuurrechtelijke fictietheorie in zoverre een keerpunt, dat zij de *persona ficta* als een *collectieve persoonlijkheid van alle in haar verbonden individuen vatte en niet meer als een fictief individu los van de singuli*. Niet de *universitas* wordt hier vertegenwoordigd door de *singuli*, maar veeleer [A: P121] worden alle *singuli* vertegenwoordigd door hem of hen, op wie zij bij verdrag hun natuurrechtelijke bevoegdheden hebben overgedragen. Vandaar dat hier de wil van de rechtspersoon voor de wil van alle *singuli* geldt, daar zij allen door het meerderheidsprincipe moeten meewerken, om die kunstmatige wil te vormen.

Het probleem van de eenheid in de veelheid wordt hier niet, gelijk in de oudere theorie geëlimineerd. Maar het wordt in mathematische zin opgevat en daarmee grondig vervalst.

De staat is als rechtspersoon de mathematische alheid van de individuen. *Alle niet-statelijke rechtspersoonlijkheid berust op erkenning van staatswege*. Een zelfstandige interne rechtsstructuur, die onafhankelijk van de staatswil, de “algemene wil”, bestaat, kan in deze individualistische natuurrechtstheorieën niet worden erkend. [B/C: P094]

³ Vgl. de uitspraak van Innocentius inzake de verkiezing van een syndicus door een domkapittel: “*electio est penes capitulum et non singulos, et tamen singuli coeligunt*”.

De ook in de moderne tijd nog overheersende verdragsconstructie⁴ van de rechtsverbanden betekent ex origine de individualistische uitwissing van de eigen interne structuur van deze verbanden en tegelijk de elimineren van de aan de generale zin van het recht inherente sociale analogie: de correlatie van gemeenschaps- en maatschapsfuncties.

In de bovenbedoelde natuurrechtelijke vorm ging de fictietheorie in de wetgeving van de “Aufklärungs”tijd over en *beheerste zij met name het verenigingsrecht van het Pruisisch Landrecht.*

De fictietheorie bij Von Savigny c.s.

De identiteit van de rechtssubjectiviteit en van de menselijke persoonlijkheid als vrije wilsmacht

Een nieuwe fase treedt de besproken theorie in, wanneer de historische school onder Von Savigny's leiding, haar in het raam van een algemeen wijsgerige beschouwing [A: P122] over het wezenskarakter van de persoonlijkheid qua talis stelt en het humanistisch persoonlijkheidsideaal in na-kantiaanse zin in de constructie van de rechtspersoonlijkheid de overhand over het mathematisch wetenschapsideaal verkrijgt.

Eenzijds keert dan de fictietheorie terug tot de oudere romantisch-canonistische leer van de rechtspersoon als gefingeerd individu, dat geheel los van de singuli staat. [D: P087]

Maar deze leer wordt thans door een wijsgerige theorie over het wezen van de persoonlijkheid gefundeerd. In na-kantiaanse lijn wordt dit wezen door Von Savigny c.s. in de normatieve idee van de vrijheid, van de autonome zelfbepaling, gezocht en in historische zin wordt aan deze vrijheidsidee de inhoud van de historische wilsmacht toegekend. Het subjectieve recht is, gelijk wij vroeger zagen, voor Von Savigny “de aan de individuele persoon toekomende macht, een gebied, waarin haar wil heerst”.

Het recht is slechts een middel ter ontplooiing van de zedelijke vrijheid van de persoonlijkheid, die in de staat als historische machtsconcentratie tot bovenindividuele openbaring komt.

Daarom stelt Von Savigny van meet af het probleem van de rechtspersoonlijkheid aldus: *Wie kan drager of subject van een rechtsverhouding zijn?*⁵

Het antwoord luidt: “Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen inwohnenden Freiheit willen.” [B/C: P095] “Darum musz der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjekts zusammenfallen mit dem Begriff des Menschen; und diese ursprüngliche Identität der beiden Begriffe lässt sich in folgenden Formel ausdrücken: Jeder einzelne Mensch und nur der einzelne Mensch ist rechtsfähig.”

Gelijk wij hieruit zien, zoekt Von Savigny dus *het wezen van de rechtssubjectiviteit in de individuele menselijke persoonlijkheid qua talis*, welk wezen in historische zin als *vrije wilsmacht* wordt omschreven. [A: P123]

Wanneer nu de rechtsorde als “algemene wil” of staatswil aan een vereniging of stichting rechtspersoonlijkheid toekent, *fingeert* zij, dat deze collectiviteit een individuele menselijke persoon is. Het mag enigszins verwonderen, dat de historische school, die tegen de individualistische rechtsopvatting van het humanistisch natuurrecht door haar leer van het recht als product van de bovenindividuele volksgeest als verbandsgeest, zo krachtig het pleit had opgenomen, nochtans in de juridische constructie van de rechtspersoon weer in de individualistische, nominalistische fictietheorie terug viel.

De grond voor deze terugval kan enerzijds worden gezocht in de eenzijdig romanistische scholing van Von Savigny en diens volgelingen. Gelijk wij zullen zien, is de

⁴ Ook positiefrechtelijk is deze verdragsconstructie niet houdbaar. Want ware de oprichting van een corporatie een blote obligatoire overeenkomst, dan zou ook art. 1302 BW inzake de ontbinding van wederkerige overeenkomsten daarop toepassing moeten vinden. Hetgeen omnium consensu is uitgesloten.

⁵ *System des heutigen römischen Rechts* II §60, S. 1.

principiële reactie tegen de individualistische fictietheorie gekomen van de zijde van de germanistische richting in de historische school, die reeds door haar studie van het Germaanse recht met zijn veel geschakeerde en in het Romeinse recht onbekende rechtsverbanden, tegen de romanistische opvatting in verzet moest komen.

Maar dieper ligt de oorzaak in de historische rechtsopvatting zelf. Het probleem van de eenheid in de veelheid in de zin van het recht weet het historistisch idealisme slechts *dialectisch* op te lossen. Ook voor Schelling en Hegel is het subjectieve recht de wilsmacht van het individu, dat dialectisch antinomisch staat tegenover de algemene verbandswil [D: P088] van de staat, waarin het individu tot de totaliteit van het verband wordt opgeheven en waarin het abstracte, individualistisch gevatte recht in de “hogere zedelijkheid van de staatswil” omslaat.

M.a.w. de individualistische opvatting van de rechtssubjectiviteit is hier een noodwendig dialectisch moment in de verbandsbeschouwing van de staat.

De veelheid van de rechtssubjecten als individuele wilsmachten wordt hier antinomisch tegenover de eenheid van de verbandswil gesteld. En zo wordt het probleem van de eenheid in de veelheid binnen de rechtssubjectiviteit zelf miskend. [A: P124]

De vereenzelviging van de rechtssubjectiviteit met de individuele menselijke persoonlijkheid als zodanig, is het *vitium originis* van deze fictietheorie. [B/C: P096]

De rechtssubjectiviteit is slechts een *tijdelijke zinzijde van de menselijke persoonlijkheid* en is, zowel bij de zgn. “natuurlijke persoon” als bij de “rechtspersoon” slechts in correlatie van gemeenschaps- en maatschapsfuncties in de zin van de vergelding gegeven. De voorstelling van de rechtssubjectiviteit als abstract individu, waarbinnen geen veelheid van rechtsbetrekkingen meer is, is onverenigbaar met de zin van de vergelding.

Brinz' theorie van de rechtspersoonlijkheid als subjectloos vermogen, dienstbaar aan een zeker doel

De door Von Savigny opgeworpen probleemstelling bleef ook die theorieën van de rechtspersoonlijkheid beheersen, die aan de opvatting van de verbandspersoon als gefingeerd individu poogden te ontkomen.

Tot deze behoort in de eerste plaats de door Brinz in zijn “Pandekten” verdedigde beschouwing van de rechtspersoon als *subjectloos vermogen*, dat aan een bepaald doel dienstbaar is (“Zweckvermögen”). M.a.w. Brinz ontkent, dat de rechtspersoon zelf rechtssubject is, hij acht de vraag, wie subject is van de in dit vermogen verenigde rechten en plichten ontoelaatbaar. Gevraagd mag volgens hem alleen naar het doel van het vermogen.

Zo voert deze theorie tot de onmogelijke conclusie, dat er subjectloze rechten en plichten bestaan.

Vanwaar deze negering van de rechtssubjectiviteit van de rechtspersoon bij Brinz?

Omdat Brinz vasthoudt aan Von Savigny's opvatting, die de rechtssubjectiviteit vereenzelvigd met de persoonlijkheid van de individuele mens. Daar hij de fictie wil vermijden, rest hem niets anders, dan de rechtssubjectiviteit van de rechtspersoon te loochenen.

Von Jherings theorie van de rechtspersoonlijkheid

De zgn. genotstheorie

Ook Von Jherings theorie van de rechtspersoonlijkheid gaat in wezen van de grondstelling [A: P125] uit, dat de rechtssubjectiviteit identiek is met de individuele menselijke persoonlijkheid. Maar hij slaat een andere weg in, om de figuur van de “persona ficta” als rechtssubject te vermijden, dan Brinz. In de lijn van zijn belangentheorie leert hij, dat de individuele leden van het rechtsverband en niet het verband als zodanig, als de ware rechtssubjecten moeten worden beschouwd van de zgn. rechten van de rechtspersoon, omdat

zij de enige belanghebbenden bij deze rechten zijn. [D: P089] Slechts technisch-juridische gezichtspunten voeren er volgens hem toe, in de externe betrekkingen van de rechtspersonen deze als een kunstige eenheid tegenover derden te laten fungeren in afwijking van de gewone regel van het privaatrecht. Maar wanneer de wilstheorie van Von Savigny c.s. nu deze technische fictie tot rechtssubject verheft, dan vergeet zij, dat de rechtspersoon als wilsorganisme slechts de *juridische vorm* is voor de alleen reële inhoud van het belang. En slechts de individuen kunnen belangen hebben. [B/C: P097]

Ten aanzien van de *stichtingen* leert Von Jhering, dat ook hier niet de juridische personificatie het ware rechtssubject is, maar *veeleer de individuen, die overeenkomstig de statuten van de stichting het genot van het vermogen zullen trekken*.

In deze leer van de rechtspersoonlijkheid openbaart de belangentheorie zich in al haar zwakheid.

De gehele zin van de rechtspersoonlijkheid wordt geëlimineerd, door achter de rechtspersonen als technisch-juridische “personificatie” de ware individuele belanghebbenden als rechtssubjecten te gaan zoeken.

De theorie is dan ook juridisch ten enenmale waardeloos, daar zij het juridisch probleem van de eenheid in de veelheid binnen het rechtsverband (de rechtspersoon) opzettelijk negeert. Rechtens zijn nu eenmaal niet de abstracte individuele leden subject, maar de rechtspersoon als zodanig.

De theorieën van Hölder en Binder

Het begrip van de rechtssubjectiviteit door Binder als functiebegrip en niet langer als substantiebegrip gevat

Met de grondstelling van Von Savigny, die het probleem van de rechtssubjectiviteit uit de individuele menselijke persoonlijkheid wilde opklaren, [A: P126] heeft eigenlijk principieel eerst Binder⁶ gebroken. Hij begon althans in deze zin het probleem van de rechtspersoonlijkheid juister aan te vatten, dat hij in de rechtssubjectiviteit qua talis *niet langer een metafysische “substantie”* maar een *juridische functie* zocht, met andere woorden de rechtspersoonlijkheid als zodanig niet langer met het *substantiebegrip*, maar met het *functiebegrip* trachtte te vatten (Zie *Inleiding!*). In stee van Von Savigny’s vraagstelling “Wie kan rechtssubject zijn?” treedt nu de andere vraag: “Wat is de rechtssubjectiviteit als zodanig?”

Binder beantwoordt deze vraag aldus: “Rechtssubject sein, heiszt in bestimmt gestalteten rechtlichen Beziehungen stehen” welker inhoud uit het subjectief recht als wilsmacht volgt. En daaruit vloeit voort, dat alles rechtssubject kan zijn, wat subjectieve rechten kan hebben. Evenals Hölder,⁷ wiens theorie hij in menig opzicht volgt, komt Binder tot de conclusie, dat de rechtssubjectiviteit niet een absolute, maar een *relatieve figuur* is, hetgeen wordt aangetoond aan de rechtsbevoegdheid en de handelingsbevoegdheid. Hölder zelf echter kwam nog niet tot een principiële breuk met Von Savigny’s uitgangspunt, dat de rechtssubjectiviteit [D: P090] identiek is met de individuele menselijke persoonlijkheid als wilsmacht.

Daarom restte hem, als tegenstander van de fictietheorie, [B/C: P098] slechts de rechtssubjectiviteit van de rechtspersoon te loochenen. Binder daarentegen, die in de rechtssubjectiviteit zelf slechts een juridieke relatie ziet, kon ook een meerderheid van personen, die tot elkaar in rechtsbetrekkingen staan als rechtssubject laten gelden. Zo laat hij zowel bij de figuur van de gezamendehandse gemeenschap, als bij de *societas* en de eigenlijke rechtspersoon de *collectieve betrekkingen tussen de singuli als rechtssubject fungeren*, ontkent echter dat hier van een individuele dingrealiteit zou mogen worden gesproken. [A: P127]

⁶ J. Binder, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit* (Leipzig 1907) S. 53.

⁷ Hölder, *Natürliche und Juristische Personen* (1905).

In neokantiaanse lijn is voor hem de rechtssubjectiviteit slechts een denkvorm, een logische categorie, waarin wij de rechtsbetrekkingen vatten. Daarom ziet hij ook geen principieel, maar slechts een positiefrechtelijk onderscheid tussen de maatschap en het rechtsverband van de vereniging. *Het vermogen van de rechtspersoon is het collectief, het gezamenlijk eigendom van de leden*, die daarom niet, gelijk de fictiethorie wilde, tegenover de universitas kunnen worden gesteld.

Planiols en Molengraaffs theorie van de vereniging-rechtspersoon als gezamenlijk eigenaar van vermogen

Deze theorie van Binder is, althans ten aanzien van de *verenigingen*, niet principieel verschillend van de in Frankrijk door Planiol, ten onzent door Molengraaff ontwikkelde theorie van de rechtspersoonlijkheid. De vereniging is dan niet anders dan een collectieve eigendom. Er zijn geen rechten van de vereniging denkbaar, die niet rechten van de leden zijn. Het vermogen van de vereniging is gemeenschappelijk vermogen van alle leden. Het onderscheidt zich als een vermogen, waarover zij slechts gezamenlijk kunnen beschikken, van het afzonderlijk vermogen van de individuele leden. Het is *één* vermogen van *meerdere leden*. Hölder, die de theorie in deze vorm uitvoerig ontwikkeld heeft, komt daarbij alleen tot een *eenheid in de rechten van de rechtspersoon, niet tot een eenheid in de rechtssubjecten*. De rechtssubjecten blijven een veelheid van individuen. Hoe kan echter een eenheid in subjectieve rechten bestaan zonder eenheid in rechtssubjectiviteit?

Binder, die de rechtssubjectiviteit als een logische denkvorm beschouwt, heeft er geen bezwaar tegen, de vereniging zelf als rechtssubject te kwalificeren. Maar materialiter komt hij tot dezelfde conclusie als Hölder: “Es ist deshalb für uns gleichgültig, ob wir den Verein oder seine jeweiligen Mitglieder als Rechtssubjekte bezeichnen willen. Beide Ausdrücke besagen dasselbe, und mit Recht; denn was ist der Verein anderes als die Summe seiner jeweiliger Mitglieder?”⁸ [A: P128] [B/C: P099]

Deze uitspraak is typerend voor het logicistisch-mathematisch karakter van deze gehele theorie. De rechtssubjectiviteit is inderdaad slechts met het functiebegrip te vatten, maar ze is geen logische denkvorm, gelijk [D: P091] Binder meent, maar een zinzijde van de volle subjectieve werkelijkheid. In de theorieën van Hölder en Binder is eigenlijk de rechtssubjectiviteit in de maatschapsfunctie opgelost en is de gemeenschapsfunctie, als verbandsfunctie geëlimineerd. Het is dan ook niet te verwonderen, dat Binder zijn theorie in het personenrecht van het Pruisisch Landrecht terugvindt, dat de corporatie onder het gezichtspunt van de *societas* behandelde en geheel op de gedachte was gegrond, dat het rechtsverband slechts een bijzonder gekwalificeerd maatschapscontract is.

De getalsanalogie in de zin van de vergelding kan op deze wijze niet worden gevat.

De getalsanalogie in de vertegenwoordigingsfunctie

Zulks blijkt reeds uit de opvatting van de vertegenwoordiging van een handelingsonbevoegd of -onbekwaam rechtssubject bij Binder en Hölder. De biotische analogie, die wij in deze vertegenwoordigingsfunctie ontdekten, is, gelijk nu wel duidelijk moet zijn, buiten verband met de getalsanalogie niet te vatten. Immers wij staan ook hier voor een juridische eenheid in de meerderheid van rechtssubjecten. De vertegenwoordiger handelt voor de vertegenwoordigde, verwerft rechten voor de vertegenwoordigde en verplicht deze binnen de grenzen van zijn vertegenwoordigersbevoegdheid. De rechtssubjectiviteit van de vertegenwoordigde, die zichzelf niet in rechtsgeldige handelingen kan manifesteren, vindt in de rechtssubjectiviteit van de handelingsbevoegde vertegenwoordiger een juridische aanvulling van dit gebrek, een aanvulling, die in de zin van de vergelding is geëist. Maar de

⁸ t.a.p. S. 103.

rechtssubjectiviteit van de vertegenwoordiger *als zodanig* is ten aanzien van de handelingen en gedragingen, die aan de vertegenwoordigde worden toegerekend, één met de rechtssubjectiviteit van deze laatste. Ten aanzien van de plichten en bevoegdheden daarentegen, die hij uit zijn vertegenwoordigersfunctie *tegenover de vertegenwoordigde* [A: P129] en *eventueel het publieke gezag, dat hem heeft aangesteld*, heeft, blijft de tweeheid in rechtssubjectiviteit gehandhaafd, maar een tweeheid, die in de *eenheid* van rechtssubjectiviteit geldt.

Buiten de vertegenwoordigersfunctie om tenslotte, blijft de zelfstandige private rechtssubjectiviteit van de persoon, die als vertegenwoordiger optreedt, geheel intact en bezit zij subjectieve rechten en plichten van geheel zelfstandig karakter.

Wij kunnen deze verschillende functies in de rechtssubjectiviteit van de bedoelde vertegenwoordiger aan het volgende [B/C: P100] voorbeeld illustreren:

A. is de handelingsonbevoegde vertegenwoordigde;

B. is de vertegenwoordiger.

1) B. verkoopt met inachtneming van het bepaalde bij de artt. 451 vgl. BW voor A. een huis en koopt een stuk grond. Het huis gaat uit de eigendom van A. over in die van de koper. Het stuk grond wordt eigendom van A. [D: P092]

Hier heerst partiële eenheid in rechtssubjectiviteit van A. en B. door de juridische toerekening, waardoor de rechtsgevolgen van B.'s handelingen als rechtssubject tot A. als rechtssubject worden toegerekend. De volledige rechtssubjectiviteit is de eenheid van rechts- en handelingsbevoegdheid. Daar deze laatste bij handelingsonbevoegden geheel of gedeeltelijk ontbreekt, vult die van de vertegenwoordiger deze leemte in de rechtssubjectiviteit van de vertegenwoordigden.

2) B. verduistert goederen van A., die hij als diens vertegenwoordiger onder zijn berusting had. A. krijgt daardoor afgezien van het strafrecht een burgerlijke rechtsvordering tegen B. Hier openbaart zich de tweeheid in rechtssubjectiviteit van A. en B. binnen de vertegenwoordigersfunctie.

3) B. koopt voor zichzelf een huis van C. Hier openbaart zich de tweeheid in rechtssubjectiviteit van A. en B. buiten de vertegenwoordigersfunctie. [A: P130]

Hoe construeren echter Binder en Hölder de rechtsverhouding van vertegenwoordiger en vertegenwoordigde? Zó, dat de onmiskenbare eenheid in rechtssubjectiviteit, die in het sub 1) bedoelde geval aanwezig is, geheel verdwijnt. Volgens de genoemde schrijvers verwerft de vertegenwoordiger als zodanig niet voor zijn curandus op pupil, maar voor zichzelf. Het subjectief recht, dat hij dan bv. door het kopen van een huis voor A. verwerft, komt niet deze laatste als vertegenwoordigde, maar aan de vertegenwoordiger zelf toe als een bijzonder *ambtsrecht*: “Wo immer die Verwaltung eines Vermögens einem anderen als seinem nominellen Subjekte zukommt, da ist, solange dies zutrifft, der Mensch, dem es zugeschrieben wird, nicht Subject der durch dessen Existenz gegebenen rechtlichen Macht, die vielmehr als eine amtliche seinem gesetzlichen Vertreter zusteht.”⁹ “De wettelijke vertegenwoordiging betekent volgens Binder de vernietiging van de persoonlijkheid van de vertegenwoordigde ten gunste van die van de vertegenwoordiger.”

Deze leer van de ambtelijke rechten van de vertegenwoordiger is in strijd met de zin van de vergelding, wijl zij de eenheid in de veelheid van de rechtssubjectiviteit, gelijk deze in de getalsanalogie van de generale rechtszin gegeven is, volledig miskent. [B/C: P101]

⁹ Hölder t.a.p. S. 120; Binder t.a.p. S. 63/4.

Ze is dan ook met het positieve burgerlijk recht niet in overeenstemming te brengen, daar dit ambtsrechten¹⁰ in de genoemden zin niet kent, maar in het hierboven sub 1) genoemde geval alleen rechten en plichten van de vertegenwoordigde zelf.

De zin van de juridische vertegenwoordiging van handelingsonbevoegden [D: P093] en - onbekwamen, is niet *vernietiging*, maar juist *aanvulling* van de rechtssubjectiviteit van de vertegenwoordigden naar de biotische analogie in de zin van de vergelding. [A: P131]

De diepere grond van deze theorie ligt in de individualistische opvatting van het subjectief recht van de mens als psychologisch wilsmacht

De diepere grond van deze gehele theorie schuilt in haar vasthouden aan de opvatting van het subjectieve recht van de *mens* als psychologisch misduide wilsmacht van een individu.

Binder zowel als Hölder zijn van mening, dat althans bij de zgn. natuurlijke rechtssubjecten de juridische wilsmacht (het wezen van het subjectief recht volgens hen) zich dekt met de psychische bekwaamheid om te handelen.

Weliswaar leert *Binder*, dat in het subjectief recht van een meerderheid van personen, als collectief recht, zich slechts een juridische, niet een psychische wilsmacht manifesteert, maar zijn naturalistische individualistische beschouwing van de realiteit voert hem er toe de juridische eenheid in de rechtspersoon te vereenzelvigen met een blote denkvorm; waarin wij de rechtsbetrekkingen tussen de alleen reële psychisch-fysische *individuen* vatten. En zo voert Binders gehele veelbelovende opvatting van de rechtssubjectiviteit als een relatieve juridische functie tenslotte tot de individualistische opvatting van de rechtspersoon als een bloot als eenheid *gedachte* betrekking tussen psychisch wils- en handelingsbekwame individuen.

De theorie van de ambtsrechten toegepast op de stichtingen

In dezelfde lijn ligt ook Hölders en Binders theorie inzake de rechtssubjectiviteit van de *stichtingen*.

Het onderscheid tussen stichtingen en verenigingen

De stichting, door de Romeinen zeer verwarrend als *universitas rerum* onderscheiden van de vereniging als *universitas personarum*, heeft ongetwijfeld een andere organisatievorm dan de laatste. Zij is gebonden aan een *stichtingsbrief*, waarin de juridische wil van de stichter als rechtsvormer op *onveranderlijke wijze is belichaamd*, terwijl bij de vereniging de statuten zelf de mogelijkheid van wijziging van de statutaire bepalingen voorzien. Bovendien heeft de stichting geen *leden*, gelijk de vereniging. [B/C: P102]

Al deze verschilpunten brachten Hölder en Binder er [A: P132] toe hun theorie van de rechtssubjectiviteit ten aanzien van de stichting (Stiftung) geheel anders uit te werken dan ten aanzien van de vereniging (Verein, Korporation).¹¹

Bij de stichting kunnen niet, gelijk bij de vereniging de collectieve leden als rechtssubjecten gelden.¹² Hier zijn de ware rechtssubjecten [D: P094] volgens onze schrijvers de *bestuurders* als *ambtelijk gerechtigden*. Hölder loochent dus weer de rechtssubjectiviteit van de stichting qua talis. Binder kan in zijn gedachtegang wel de stichting als rechtssubject laten

¹⁰ De schrijvers verwarren ook bovendien de orgaancompetentie van de vertegenwoordiger met de subjectieve rechten, een verwarring, die wij reeds vroeger hebben gekritiseerd.

¹¹ De publiekrechtelijke stichting, zowel bv. t.o. de Rijksverzekeringsbank en het Burgerlijk Pensioenfonds noemen de Duitsers "Anstalt", in onderscheiding van de privaatrechtelijke "Stiftung". De publiekrechtelijke vereniging zowel de staat als zijn onderdelen, noemen zij "Körperschaft" in onderscheiding van de privaatrechterlijke "Verein" of "Korporation".

¹² Planiols theorie van de rechtspersoon als collectief eigenaar is in het geheel niet op stichtingen (in het Franse privaatrecht onbekend) berekend. Molengraaff aanvaardt voor de stichtingen Brinz' leer van de subjectloze rechten! Een veeg teken voor de gehele theorie die blijkbaar niet alle verschijnselen kan dekken!

gelden, doch verstaat daaronder evenzeer slechts de collectiviteit van de bestuurders als ambtelijk gerechtigden. Realiter zijn ook volgens hem slechts de bestuurders rechtssubject.

Ook deze stichtingstheorie is gebaseerd op de opvatting van het subjectieve recht als wilsmacht van een individu of een som van individuen, evenzeer als de boven besproken theorie van de wettelijke vertegenwoordiging.

Immers, wanneer het subjectief recht slechts wilsmacht is van het individu of van een blote meerderheid van individuen, die niet tot een *reële* juridische eenheid zijn verbonden, dan is het inderdaad, om met Binder en Hölder te spreken “ein logisches Nonsens, dasz der... bevormundete Mensch Subject eigener rechtlicher Macht dadurch sein soll, dasz solche seinem gesetzlichen Vertreter zukommt”.

Maar hieruit blijkt slechts, dat de individualistische wilstheorie met de zin van de vergelding onverenigbaar is.

Binders en Hölders theorie van de rechtssubjectiviteit is zowel ten aanzien van de stichtingen als van de verenigingen in strijd met de zin van de vergelding, daarom ook noodwendig in strijd met het positieve recht, dat niet de bestuurders als ambtsgerechtigden, maar de stichting als juridische eenheid in de veelheid, tot rechtssubject stempelt. [A: P133]

De theorie van Beseler en Gierke c.s.

De leer van de reële verbandspersoonlijkheid en de Genossenschaftstheorie

Tegenover al de vroeger besproken theorieën staat de beroemde theorie van Beseler en Gierke inzake de rechtspersoonlijkheid, die in onderscheiding van de individualistische theorieën op een kosmologische leer van de menselijke verbanden is gebaseerd. [B/C: P103] De volle betekenis van deze verbandstheorie, die zich primair als “Genossenschaftstheorie”, als theorie van het verenigingswezen in de ruimste omvang heeft ontwikkeld, en haar historische aanknopingspunten heeft bij de calvinistische symbioseleer van Johannes Althusius, kunnen wij eerst bij de behandeling van het rechtsbronnenprobleem uiteenzetten.

Hier volstaan wij met de opmerking, dat de theorie van de reële verbandspersoonlijkheid ontstaan is uit een reactie van de germanistische richting in de historische school tegen de onder Von Savigny's en Puchta's leiding overheersend geworden romanistische richting, die het gehele privaatrecht vanuit de individualistische wilstheorie bezag.

Gierke heeft de theorie in zijn standaardwerk *Deutsches Genossenschaftsrecht* historisch en dogmatisch haar definitieve vorm gegeven en haar in zijn beroemde rectorale oratie: *Das Wesen der menschlichen Verbände* (Berlin, 1902) op magistrale wijze samengevat. Zij vond tal van aanhangers (Regelsberger, Bernburg, Kohler, Preusz, Zitelmann in Duitsland; Saleilles in Frankrijk; Mej. W. Polano en Van Creveld ten onzent), ofschoon die aanhangers geenszins allen de samenhang tussen [D: P095] Gierkes verbandstheorie en zijn historische rechtsbeschouwing inzagen.

De theorie van de reële verbandspersoonlijkheid is terdege doordrongen van het inzicht, dat de rechtssubjectiviteit slechts *een zijde*, een functie van de menselijke persoonlijkheid is. Zij begaat dus niet de fout, gelijk Von Savigny, rechtssubjectiviteit en menselijke persoonlijkheid te vereenzelvigen. Zij was dus eigenlijk reeds vóór Binder tot de wetenschap gekomen, dat de rechtssubjectiviteit als zodanig slechts met het functie- en niet met het dingbegrip is te benaderen. Maar ze vervalt [A: P134] niet in de fout van het functionalistisch-neokantiaanse denken, dit functiebegrip *los* van het dingbegrip, als wijsgerig structuurbegrip, te willen vatten.

Toch zullen wij in het vervolg zien, hoe ook deze verbandstheorie tenslotte weer de verbandspersoonlijkheid naar analogie van de individuele menselijke persoonlijkheid vat en daarmee het vitium originis van de romanistische fictietheorie niet overwonnen heeft.

Gierke vat de verbanden van de menselijke samenleving, onverschillig of ze al of niet naar het statelijk recht rechtspersoonlijkheid bezitten, als reële geestelijke organismen op, waarvan de individuele mensen als “Einzelorganismen” delen zijn. Hij verzet zich tegen de uitwassen van deze organische verbandstheorie, zowel tegen die in naturalistische als die in speculatief-metafysische zin: “Wir vergessen nicht”, aldus onze schrijver “dasz die innere Struktur eines Ganzen, dessen Theile Menschen sind, von einer Beschaffenheit sein musz, für [B/C: P104] die das Naturganze kein Vorbild bietet; dass hier ein geistiger Zusammenhang stattfindet, der durch psychisch motivirtes Handeln hergestellt und gestaltet, bethätigt und gelöst wird; dass hier das Reich der Naturwissenschaft endet und das Reich der Geisteswissenschaft beginnt. Allein wir betrachten das soziale Ganze gleich dem Einzelorganismus als ein Lebendiges und ordnen das Gemeinwesen zusammen mit den Einzelwesen dem Gattungsbegriff des Lebewesens unter. Was darüber hinaus an Bildlichem mitunterläuft, enspringt theils dem Bedürfnis der Anschaulichkeit, theils dem sprachlichen Nothstande.”¹³

Deze opvatting van het samenlevingsverband als een reëel geestelijk organisme heeft Gierke nu op scherpzinnige wijze tegen de daartegen van individualistische zijde aangevoerde argumenten verdedigd.

Hij betoogt, dat de tegenwerping, als zou het aannemen van levenseenheden buiten de levenseenheid van het individu “mysticisme” zijn, omdat de zinnelijke waarneming ons slechts [A: P135] individuele mensen toont, volstrekt onhoudbaar is, omdat ook de individuele persoonlijkheid niet zinnelijk waarneembaar is, en omdat het argument van een naturalistische realiteitsbeschouwing uitgaat, die de drempel van de wijsgerige zelfbeziening nog niet heeft overschreden.

Gierkes theorie vat het probleem van de rechtspersoonlijkheid van een andere zijde aan dan de vroegere theorieën

Het valt aanstonds op - en zie daar de grote principiële betekenis van Gierkes verbandstheorie - dat hier *het probleem van de rechtspersoonlijkheid* [D: P096] *van een geheel andere zijde wordt aangevat dan in de andere theorieën.*

Terwijl deze laatste de interne verbandsstructuur door haar individualistische instelling moet negeren en eigenlijk alleen berekend zijn op het vatten van de externe juridische maatschapsverhoudingen van het rechtsverband, wijdt Gierkes theorie juist alle aandacht aan de interne juridische verbandsstructuur van de rechtspersoon en zij vermag zulks, wijl ze met de individualistische en naturalistische realiteitsbeschouwing heeft gebroken.

Zo werd de “Genossenschaftstheorie” de aanleiding tot de hernieuwde ontdekking van het principiële verschil tussen verbandsrecht en maatschapsrecht (“Sozialrecht” contra “Individualrecht” in Gierkes terminologie) en van de autonomie van de verbanden als zelfstandige, niet van de staatswetgeving af te leiden rechtsbron. Zo werd ook de vraag inzake het al of niet bestaan van een rechtspersoon onttrokken aan de wetgeverswillekeur. [B/C: P105]

Kritiek op deze verbandstheorie Haar metafysisch romantisch karakter

En toch heeft deze verbandstheorie zich niet principieel ontworsteld aan de historicistisch-metafysische opvatting van de menselijke persoonlijkheid als wilsmacht.

Want Gierke c.s. substantialiseren de verbanden van de menselijke samenleving tot geestelijke “Überpersonen”, die met de individuele menselijke personen op één lijn worden gesteld. Het leven, de wil van deze “Überpersonen” wordt geheel [A: P136] naar analogie van het leven en de wil van de volle menselijke persoonlijkheid gevat.

¹³ Gierke, *Das Wesen der menschlichen Verbände* (1902) S. 12.

Hier openbaart zich dezelfde metafysisch-romantische invloed van het na-kantiaanse humanistisch persoonlijkheidsideaal, die in Schellings en Hegels filosofie voerde tot hypostasering van de staat tot “Überperson”. De verbandstheorie van Gierke c.s. wortelt in het immanentiestandpunt, dat het wezen van de menselijke persoonlijkheid *in* de tijd zoekt en daarom niet kan inzien, dat de mens door de boventijdelijke wortel van zijn persoonlijkheid alle tijdelijke dingen, ook de tijdelijke verbanden van de menselijke samenleving *te boven gaat*.

Door dit vitium originis van zijn theorie *komt Gierke ook niet tot een wezenlijke zin-analyse van de geestelijke dingstructuren van de menselijke verbanden en daarom ook niet tot een zin-ontleding van het interne verbandsrecht*.

Het verband wordt door Gierke niet met het dingbegrip maar met het metafysisch substantiebegrif gevat

In stee van het *ding*begrip hanteert hij inderdaad het metafysisch *substantiebegrif*, om de realiteit van de menselijke verbanden te vatten. En wij zagen reeds in de “Inleiding”, dat dit substantiebegrif immer de volle organische tijdelijke werkelijkheid uiteenscheurt en daarom de zinstructuur van de dingen niet kan vatten.

Toepassing van Gierkes Genossenschaftstheorie op de staatsleer

Hoe weinig dit substantiebegrif inderdaad tot een zin-analyse van de structuur van de verbanden in staat is, blijkt onmiddellijk uit de toepassing van Gierkes Genossenschaftstheorie op de staatsleer.¹⁴ Gierke begint [D: P097] veelbelovend voorop te stellen, dat de staat geenszins “die menschliche Allgemeinheit schlechthin” is. Hij is slechts een onder de vele sociale organismen van de menselijke samenleving “und nur eine bestimmte Seite des Menschlichen Gattungslebens bildet seinen begrifflich wesentlichen Inhalt”. Zijn wezen berust volgens Gierke daarin, dat de “staatliche Verbindung die machtvolle Durchführung des allgemeinen Willens zum [A: P137] Inhalt hat”: De staat is de gemeenschap van het politieke handelen, “Ihre Substanz ist der allgemeine Wille, ihre Erscheinungsform die organisierte Macht, ihre Aufgabe die zweckbewusste [B/C: P106] That”.

Dat klinkt inderdaad geheel metafysisch-romantisch. De “algemene wil” als *substantie*, de “macht” als *verschijningsvorm* van de staat, dit alles zijn begrippen, die reeds Puchta aan het arsenaal van Schellings organische staatsleer ontleende. Inderdaad ziet Gierke de subjectieve realiteit van het staatsverband als een *historische machtsrealiteit*. Onmiddellijk duikt nu het probleem op, hoe deze realiteit als historische machtsconcentratie zich verhoudt tot de rechtsorde.

Gierkes coördinatie van staat en recht als consequentie van zijn historicistische realiteitsbeschouwing

En Gierke ziet die verhouding aldus, dat *staatsleven* en *rechtsleven*, twee zelfstandige en specifiek verschillende zijden van het menselijk gemeenschapsleven zijn.

Deze nevenschikking van staat en recht als twee in zich gesloten zijden van het geestelijk leven wijst op een totaal gemis aan inzicht in de zinstructuur van de realiteit.

Immers wij weten reeds uit onze “Inleiding”, dat de *staat* een individuele geestelijke *dingstructuur* heeft, terwijl het *recht* slechts een *zinzijde* van de volle werkelijkheid is.

De onhoudbare coördinatie van staat en recht laat zich echter van historicistisch standpunt verstaan. Immers, wanneer alle geestelijke werkelijkheid van *historisch karakter* is, dan is ook het *recht* van historisch karakter. Dan worden staat als reëel machtsverband en rechtswerkelijkheid tenslotte beide bepaalde zijden van het historisch-sociaal leven, die men,

¹⁴ Zie Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts* (1915).

ook bij erkenning van een innige band tussen beide, met elkaar kan coördineren. Deze coördinatie scheurt echter de organische dingstructuur van het staatsverband inderdaad uiteen.

Waarom zijn staat en recht niet met elkander te coördineren?

Want de staat heeft geen afgesloten realiteit tegenover het recht, daar de rechtszijde een noodwendige zijde van en in zijn volle realiteit is, gelijk wij reeds zagen, zelfs de leidende, de kwalificerende, de bestemmingsfunctie van zijn structuur is. [A: P138]

Op deze wijze kan ook geen innerlijk zincriterium voor de afgrenzing van de competentiesfeer van het interne verbandsrecht worden gevonden. Want, gelijk wij bij de behandeling van het rechtsbronnenprobleem nader zullen zien, is dit criterium alleen te vinden, wanneer men het interne recht *niet tegenover*, maar *in* de volle structuur van het verband vat. *Het structuurprincipe van het verband kan nimmer worden ontdekt, wanneer men zijn organische realiteit door het substantiebegrip eerst heeft uiteengescheurd.* [B/C: P107] [D: P098]

Verenigingen en stichtingen in Gierkes theorie

Het metafysisch karakter van Gierkes verbandstheorie komt ook duidelijk hierin uit, dat zij de realiteit van de “verbandspersonen” wil aantonen, door in haar de aanwezigheid van een “lichaam” en een “ziel” te demonstreren.

Langs deze metafysische weg wil Gierke ook het onderscheid tussen verenigingen (“Körperschaften”) en stichtingen (“Anstalten”) bepalen.¹⁵

“Die Verbandspersonen sind entweder Körperschaften oder Anstalten. Die Körperschaft ist ein Verband mit einer ihm selbst entstammenden Persönlichkeit; ihre Seele ist einheitlicher Gemeinwille, ihr Körper ein Vereinsorganismus. Die Anstalt ist ein Verband mit einer ihm van auszen eingepflanzten Persönlichkeit, ihre Seele ist ein einheitlicher Stiftungswille, ihr Körper eine organische Einrichtung, vermöge derer fort und fort Menschen diesem Willen dienstbar werden.”

Wij kunnen samenvattend zeggen, dat Gierkes verbandstheorie het probleem van de eenheid in de veelheid in de rechtssubjectiviteit slechts metafysisch weet op te lossen.

Het rechtsverband, samengesteld uit een veelheid van individuen, is een eenheid, wijl het evenals de individuele mens een eenheid van ziel en lichaam is. [A: P139]

De eenheid in de veelheid *in de zin van de vergelding* wordt echter op generlei wijze door deze theorie opgehelderd.

Haar verdienste blijft, dat zij de theorie van de rechtspersoonlijkheid door een algemeen-wijsgerige verbandstheorie heeft zoeken te funderen. Haar principiële zwakte ligt hierin, dat zij er niet in is geslaagd, de rechtspersoonlijkheid als een *zinzijde* van het menselijk verband, in de individuele totaalstructuur van het verband haar plaats aan te wijzen en het probleem van de eenheid in de veelheid van de rechtssubjectiviteit in de zin van de vergelding te vatten.

De positivistische theorie van de zgn. juridieke realiteit

Uit een reactie tegen de onbevredigende theorieën, die van een wijsgerige beschouwing inzake het wezen van de menselijke persoonlijkheid en dat van de verbanden uitgingen, wint in de laatste tijd sterk een positivistische theorie van de rechtspersoonlijkheid veld, die zich met de enigszins precieuzen naam van “theorie van de juridieke realiteit” siert. Deze theorie trekt eenvoudig de door Binder geïnaugureerde, maar niet consequent doorgevoerde opvatting van de rechtspersoonlijkheid als abstracte juridische functie, of liever als “logische denkvorm” door en ziet nu ook verder in de rechtspersoonlijkheid geen enkel

¹⁵ Gierke gebruikt de termen “Körperschaft” en “Anstalt” zowel voor de publiekrechtelijke als privaatrechtelijke rechtsverbanden.

probleem meer. [B/C: P108] Zevenbergen formuleert deze theorie in zijn. Encyclop. (blz. 267) aldus: “Rechtssubjecten zijn nooit reëel existierende dingen of wezens; daarom bestaat er ook geen behoefte om te doen, “alsof” ze bestaan. *Rechtssubject is een gedachte*. (Ik cursiveer).

Elke rechtspersoonlijkheid is iets juridisch, niet iets natuurlijk of werkelijk. [D: P099] Van nature zijn er mensen en dingen. Van rechtswege zijn er slechts (in dit opzicht) personen”.

En Suyling, eveneens een aanhanger van deze theorie, schrijft in zijn *Inleiding tot het Burg. Recht* (2^e dr. 1927 I blz. 143 vgl.) “Als men zich op positiefrechtelijke bodem plaatst, valt er aan de rechtspersoon weinig te verklaren (!).

Het heeft de wetgever nu eenmaal behaagd de gedachte te aanvaarden, dat ook de door de oprichters van verenigingen of [A: P140] stichtingen geschapen ideële wezens als rechtssubjecten kunnen optreden. Zo goed als de heer X of Y kan, naar positief recht, ook een gedacht wezen als de Nederlandsche Bank of Teylers Stichting rechten of schulden hebben.

Jammer maar, dat deze “positivistische” theorie van een wijsgerig vooroordeel uitgaat, dat nu eenmaal uit het positieve recht niet is op te diepen. NL. dat de rechtspersoon een “gedachteconstructie” zou zijn. Hetgeen enigszins in strijd is met de werkelijkheidservaring, waarvan het rechtsleven zelf een bestanddeel uitmaakt.

En dan - het positieve recht moet nu eenmaal door de theorie systematisch in zijn zin worden verstaan. Vanwaar dan de bijzondere positiefrechtelijke normen voor de rechtspersonen? Het antwoord: Omdat het zo “doelmatig” is, klinkt wat al te simplistisch. Het positieve recht is een positivering van rechtsbeginselen, die aan alle zijden aan de structuur van de tijdelijke werkelijkheid gebonden zijn.

De rechtstheorie kan nimmer tot bevredigende resultaten voeren, wanneer zij deze structuur uit het oog verliest.

Zij kan ook in positivistische gedaante nimmer zonder een bepaalde kijk op deze structuur uitkomen.

De positivistische kijk hierop is die van een individualistisch naturalisme. Maar vast staat, dat geen enkele theorie, die op zulk een beschouwing van de werkelijkheid is gebouwd, de figuur van de rechtspersoonlijkheid kan verstaan.

Zij moet tenslotte de rechtspersoonlijkheid als juridische eenheid in de veelheid *weg theoretiseren*.

De theorie van Kelsen

De oplossing van de rechtspersoonlijkheid in een normencomplex

In de meest radicale vorm is dit geschied in de logicistische theorie van Kelsen, die de rechtspersoonlijkheid eenvoudig oplost in een complex van rechtsnormen, die zelf een functioneel bestanddeel zijn van de staat als totaalsysteem van “Rechtssätze”. [B/C: P109]

De rechtssubjectiviteit van de rechtspersoon is hier [A: P141] consequent rationalistisch tot een functie van de wetszijde van de rechtskring gedenatureerd. Daarmee is natuurlijk het probleem van de rechtspersoonlijkheid verdwenen, wijl de theorie de rechtspersoon eenvoudig niet wil zien.

De theorieën van de rechtspersoonlijkheid en de vragen van de rechtspraktijk

Maar het probleem blijft voor de jurist liggen! Men denke slechts aan de veel omstreden vragen, of een rechtspersoon een delict kan begaan, of een vereniging na verlies van haar rechtspersoonlijkheid nog een legaat kan aanvaarden, of de rechtspersoonlijkheid al of niet per se afhankelijk is van staatsdelegatie etc. etc. [D: P100]

De individualistische theorieën komen hier overal in moeilijkheden, daar haar consequenties de zin van de vergelding in het gezicht slaan. Zo zou bv. de fictietheorie consequent moeten voeren tot loochening van de “Deliktsfähigkeit” van een rechtsverband als

zodanig (zo reeds Innocentius) tot de loochening van de bestaanbaarheid van de rechtspersoonlijkheid onafhankelijk van erkenning door de overheid (zo nog Thorbecke¹⁶), tot de loochening van de mogelijkheid, dat een vereniging, welker rechtspersoonlijkheid tijdelijk is vervallen, gedurende die tijd als erfgenaam kan worden ingesteld (zo ten onzent de rechtspraak in drie instanties: Rb. Amsterdam 26 juni 1907, W 8628; Hof Amsterdam 4 dec. 1908 en HR 17 dec. 1909, W 8947, de onmiddellijke aanleiding voor mej. Polano tot het schrijven van haar proefschrift *De Rechtspersoonlijkheid van Vereenigingen*, Leiden 1910).

Om dit alles is een juiste theorie niet onverschillig voor de rechtspraak, juist wijl de moderne rechtsvorming zeer sterk van theoretisch inzicht afhankelijk is, ook al kan grif worden toegegeven dat de rechtsvormer vaak zijn theorie ter zij zal stellen, wanneer zij tot consequenties voert, die al te zeer in strijd komen met de eisen van het rechtsleven. [A: P142]

En een juiste theorie van de rechtspersoonlijkheid moet de rechtspersoon vatten als een juridische functie van een reëel verband, dat noch een metafysische substantie, noch een blote optelsom van atomistische individuen is.

Eigen opvatting

De functionele verbandstheorie

Om aldus de rechtspersoonlijkheid te kunnen zien, is in de eerste plaats vereist, dat men de getalsanalogie, die zich in haar openbaart, in de zin van de vergelding vat, waarin een noodwendige correlatie van gemeenschaps- en maatschapsfuncties is gegeven.

In gemeenschapsfuncties heeft de rechtssubjectiviteit van een verband in de eerste plaats een *interne kant, die een individueel verschillende structuur heeft al naar gelang van de* [B/C: P110] *aard van het verband*. Het is de gemeenschapsfunctie van de menselijke rechtssubjectiviteit, die hier in de bijzondere eenheid in de veelheid verschijnt.

Het zijn de bijzondere gemeenschapsfuncties, die een veelheid van mensen in een bijzonder verband bezitten, die tot een gemeenschapseenheid in de zin van de vergelding verbonden zijn, een gemeenschapseenheid met eigen *interne gezagsorganen* en aan dat gezag onderworpen deel-rechtssubjecten.

Het zijn altijd slechts bepaalde gemeenschapsfuncties van de menselijke rechtssubjectiviteit, nimmer de volle mensen zelf, die in de interne eenheid van een rechtsverband de juridische eenheid van een rechtspersoon vormen.

Daarom is de rechtspersoon zelf nimmer een reële dingeenheid, maar slechts een rechtsfunctie binnen een reële dingeenheid. [D: P101]

De zin van de vergelding eist, dat in de interne structuur van een rechtsverband niet een onverbonden veelheid van wil heerst, maar dat de veelheid van juridische wilsfuncties zich tot de *eenheid* van wil verbindt.

Interne rechtsdwang handhaaft de verbandsharmonie in de zin van de vergelding tegen onrechtmatige gedragingen van de tot het verband behorende rechtssubjecten. [A: P143]

De interne rechtssubjectiviteit van de verbandsleden als *zodanig* is een bestanddeel van de interne rechtssubjectiviteit van het verband als geheel, zij is een organische deel-rechtssubjectiviteit, die slechts in de rechtssubjectiviteit van het verband als geheel een zinvol bestaan heeft.

Maar de interne gemeenschapszijde van de rechtssubjectiviteit van het verband en de interne subjectieve gemeenschapsfuncties van de tot dit verband behorende personen bestaan niet los van de andere zijde van de rechtssubjectiviteit, de *maatschapsfunctie*.

De deel-rechtssubjectiviteit van een lid van een corporatie, in welke hoedanigheid dit lid zowel competentiebevoegdheid naar de wetszijde (als stemhebbend in de algemene vergadering, het hoogste gezagsorgaan van de corporatie), als subjectieve interne

¹⁶ Thorbecke, *Aanteekening op de Grondwet II*, 217: “omdat de fictie, waaraan het als persoon zijn aanweezen verschuldigd is, haar rechtskracht alleen aan het staatsgezag kan ontfangen”.

verbandsrechten en -plichten heeft, wordt in de zin van de vergelding opgewogen door de maatschapsfunctie van zijn rechtssubjectiviteit, waarin hij als iedere derde onverbonden tegenover het rechtsverband als geheel staat. En de interne gemeenschapsfunctie van de rechtssubjectiviteit van het verband als geheel wordt, voor zover het verband inderdaad *rechtspersoon* is, in de zin van de vergelding opgewogen door de externe maatschapsfunctie van de rechtspersoon, waarin zij met derden in rechtsverkeer treedt, zonder dat zij met deze derden in maatschapsfunctie tot een hoger rechtsverband is verbonden. In die [B/C: P111] externe maatschapsbetrekkingen komt de *veelheid in de eenheid* niet in aanmerking, maar treedt de rechtspersoon als *enkeling-rechtssubject* tegenover andere *enkeling-rechtssubjecten*. De crediteuren van een rechtspersoon kunnen zich eenvoudig aan het vermogen van de rechtspersoon als eenheid houden, en behoeven zich niet bezig te houden met de interne financiële verplichtingen van de leden, uit welke vervulling dit vermogen wordt gevoed. Maar zonder interne gemeenschapseenheid in de veelheid zou de rechtspersoon nimmer als enkeling-rechtssubject in de maatschapsfuncties van haar rechtssubjectiviteit kunnen optreden.

Het is de zin van de vergelding, die eist, dat derden [A: P144] zich tot de “universitas” als enkeling-rechtssubject kunnen wenden en niet ieder lid voor een evenredig deel behoeven aan te spreken.

De zin van de vergelding! Want door de figuur van de rechtspersoonlijkheid wordt enerzijds de financiële aansprakelijkheid van de leden beperkt tot hun statutaire verplichtingen en anderzijds wordt de rechtszekerheid en waarborg van de derden gediend, doordat zij zich aan het vermogen, (bij de naaml. vennootschap: “kapitaal”) van het rechtsverband als geheel kunnen houden, zonder dat zij te maken hebben met de financiële verplichtingen van de afzonderlijke leden binnen het verband. Een regeling dus, die [D: P102] geheel berust op afweging van wederzijdse belangen in de zin van de vergeldingsharmonie.

Maar de figuur van de rechtspersoonlijkheid, schoon zelf slechts een functie, een *zijde* van de volle werkelijkheid van het verband, is toch juist daarom nimmer los van de individuele dingstructuur van het verband te vatten.

De rechtspersoonlijkheid van een verband is geen blote denkvorm, geen willekeurige denkconstructie, maar is gebonden aan de individuele dingstructuur.

Men heeft daartegen allerlei argumenten aangevoerd, die op het eerste gezicht bedenkelijk de schijn versterken, dat de figuur van de rechtspersoonlijkheid geheel los van een reëel verband kan worden beschouwd.

Zoo merkt Suyling (overigens tegen de leer van Planiol c.s.) op, dat ook, wanneer het ledental van een vereniging tot op één daalt, zulks niet belet, dat het vermogen van de vereniging een zelfstandige grootheid blijft (one man's company). En dat zelfs dit vermogen als een afzonderlijk complex in stand blijft, niettegenstaande de vereniging ook haar *laatste* lid verliest en dientengevolge ieder aanwijsbaar *menselijk* subject voor het verenigingsbezit gaat ontbreken.

Maar dit argument is toch inderdaad niet van oppervlakkigheid vrij te pleiten! De rechtspersoon-vereniging bezit inderdaad een juridische continuïteit, die in de externe maatschapsverhoudingen [A: P145] [B/C: P112] van het verband, niet afhankelijk is van de wisseling in aantal of persoon van de individuele leden. Daarin openbaart zich nog eens markant de waarheid van onze vroegere stelling, dat in de externe rechtsverhoudingen het verband slechts als *eenheid*, wil men als juridische enkeling verschijnt. Maar dat deze juridische externe maatschapseenheid dezelfde zou blijven, onverschillig of de rechtspersoon naar binnen nog menselijke leden telt, is eenvoudig onhoudbaar. Het voortbestaan van een vereniging zonder enig lid, tot op het tijdstip van de uitdrukkelijke ontbinding (vgl. artt. 1699 en 1700 BW), loopt volkomen parallel met het voortbestaan van de rechten en plichten van de erflater ook na diens natuurlijke dood.

“Hereditas personam defuncti sustinet”, zeiden reeds de Romeinen. Maar een vereniging zonder leden bestaat nog slechts voort in de rechten en plichten, die zij slechts als *reëel verband* met interne reële organisatie had kunnen verwerven.

Nieuwe rechten en verplichtingen, die een rechtshandeling onderstellen, kan zij niet meer verkrijgen, daar zij daartoe geen competente organen en vertegenwoordigers meer heeft.

Dat het tijdstip van het verlies van de rechtspersoonlijkheid als maatschapsfunctie hier valt na het tijdstip van verlies van de interne rechtsstructuur als gemeenschapsfunctie, bewijst slechts, dat de tijdsorde in de rechtskring *vergeldingszin draagt*.

Want de zin van de vergelding verzet er zich tegen, dat de bestaande rechten en verplichtingen van een vereniging zouden vervallen tegelijk met [D: P103] de feitelijke oplossing van de interne organisatie, omdat in dit geval de crediteuren zonder rechtsgrond schade zouden lijden in hun rechtsbelangen. De rechtssubjectiviteit van het reële verband blijft hier in een specifieke passieve maatschapsfunctie nog voortbestaan, ook na de oplossing van de interne rechtsstructuur.

Wat voorts de figuur van de “one man’s company”, de naamloze vennootschap met slechts één aandeelhouder betreft, het valt niet te ontkennen, dat deze subjectieve rechtsfiguur zich [A: P146] in ons rechtsleven heeft ingeburgerd, ook al eist men voor de oprichting een meerderheid van personen.

Maar hier zal toch een interne reële organisatie van gemeenschapsfuncties aanwezig moeten zijn (commissarissen, directie, personeel, etc.), om inderdaad van een naamloze vennootschap in de zin van ons positieve recht te kunnen spreken.

Ook de stichting, ofschoon geen *leden* bezittend, en ofschoon ze door één mens kan worden in het leven geroepen, heeft noodwendig zulk een reële verbandsorganisatie, wijl zij zonder deze niet als rechtspersoon kan fungeren. [B/C: P113]

Niet alle rechtsverbanden zijn rechtspersoon

Een rechtsverband behoeft niet noodwendig rechtspersoonlijkheid in maatschapsfunctie te bezitten. Een gezin bv. is naar de juridische zijde ongetwijfeld *rechtsverband*, doch geldt in de juridische maatschapsbetrekkingen niet als enkeling-rechtssubject.

Hetzelfde geldt voor de zgn. onderlinge vereniging zonder rechtspersoonlijkheid (artt. 12 en 13 van de wet van 1855 op de vereen. en vergaderingen en de artt. 1661 vlg. en 1679 vlg. BW), die alleen een interne gemeenschapsfunctie bezit, terwijl tegenover derden, in juridische maatschapsfuncties de leden onverbonden als rechtssubjecten staan.

Waar alleen naar de interne gemeenschapsfunctie een verband juridische eenheid in de veelheid bezit, *spreekt men niet van rechtspersoonlijkheid*.

Soorten van privaatrechtelijke vereniging-rechtspersonen naar Nederlands recht

Onder de privaatrechtelijke verenigingen met rechtspersoonlijkheid treden in de eerste plaats op de voorgrond de in de X^e titel van het 3^e boek van ons BW (art. 1690 vlg.) geregelde “zedelijke lichamen”, die intussen ook van publiekrechtelijke aard kunnen zijn.

Vóór de wet van 1855 op de Vereenigingen en Vergaderingen, was het oprichten van zulke zedelijke lichamen vrij.

De wet van 1855 stbl. 32 greep hier in, door voor de oprichting [A: P147] de koninklijke bewilliging te eisen of de erkenning bij de wet, terwijl bovendien openbaarmaking van de statuten is voorgeschreven. Deze wet laat echter de vóór haar inwerkingtreding vrij opgerichte zedelijke lichamen intact.

Een tweede categorie van verenigingen-rechtspersonen zijn *de naamloze vennootschappen*, thans door de in 1929 in werking getreden wet op de NV (opgenomen in de artt. 36a vlg. van het Wetboek van Koophandel) geheel nieuw geregeld en door art. 1, §1 van

deze wet aldus omschreven: [D: P104] “De naamloze vennootschap is de vennootschap met een in aandelen, verdeeld maatschappelijk kapitaal, waarin ieder van de vennoten voor een of meer aandelen deelneemt. De vennoten (aandeelhouders) zijn niet persoonlijk aansprakelijk voor hetgeen in naam van de vennootschap wordt verricht.

De vennootschap wordt, op straffe van nietigheid, opgericht bij een notariële akte.”

Volgens art. 37 van de nieuwe wet is de NV rechtspersoon en *koopman in de zin van het WvK*.

Vooraf in dit laatste punt ligt het principiële onderscheid tussen zedelijke lichamen en naamloze vennootschappen. De naamloze vennootschap is de vereniging-rechtspersoon, waarvan zij zich moeten bedienen, die met *ondernemingen van koophandel* winst willen behalen. Het “zedelijk lichaam” daarentegen [B/C: P114] kan men gebruiken ter bereiking van ieder geoorloofd (naar de opvatting van de ontwerpers van het Burgerlijk Wetboek “ieder ideëel”) doel.

Intussen heeft, in strijd met het oude art. 36 Wetb. v. Koophandel, de Kroon ook aan verenigingen, die beogen uit burgerlijke daden (*niet handelsdaden*) *stoffelijk* voordeel te verwerven, en die als naamloze vennootschappen werden opgezet, haar goedkeuring verleend. Dit zijn de *zgn. burgerlijke aandelen maatschappijen*, in welke vorm alle mogelijke niet-handelsverenigingen als bouwmaatschappij en, hypotheekbanken enz. werden opgericht. [A: P148]

De naamloze vennootschap moet altijd een aandelenkapitaal hebben.

Volgens de nieuwe wet op de NV is de akte van de NV niet meer aan de koninklijke goedkeuring onderworpen (art. 36 oud WvK), maar wordt slechts vereist de verklaring van de Minister van Justitie, dat hij geen bezwaar heeft tegen de inhoud van de akte, terwijl de gronden van weigering voor het afgeven van deze verklaring in art. 36e (nieuw), 2^e lid limitatief zijn opgesomd.

Een derde categorie van de (privaatrechtelijke) verenigingen-rechtspersonen is die van de *coöperatieve verenigingen* (art. 5 lid 3 van de wet op de coöper. veren. van 1925), die het midden houdt tussen de “zedelijke lichamen” en de “naamloze vennootschappen”. Gelijk de laatste, beoogt zij een *zgn. “materieel doel”*, zij bevordert de “stoffelijke belangen” van haar leden. Het bijeen te brengen bedrag kan hier echter nimmer op een van de aanvang af gefixeerde som (statutair kapitaal) worden bepaald, want de toetreding en uittreding van leden staat in beginsel vrij (artt. 1 en 12 van de wet op de coöp-verenigingen). En in afwijking van de regeling voor de naaml. venn. moeten bijstortingen boven het bedrag van de oorspronkelijke deelneming (behoudens beding van het tegendeel), indien de vereniging een deficit heeft, door de leden worden opgebracht.

Tenslotte onderscheidt de coöperatieve vereniging zich zowel van de naaml. vennootschap als van het zedelijk lichaam hierdoor dat zij *zonder overheidsgoedkeuring* als rechtspersoon optreedt, mits de oprichtingsakte [D: P105] notarieel is verleden en haar inhoud aan art. 5 lid 3 van de wet van 1925 voldoet, terwijl ze, ofschoon zij als rechtspersoon reeds bestaat vanaf het ogenblik van de ondertekening van de oprichtingsakte, niet als zodanig mag optreden, vóór haar statuten behoorlijk zijn openbaar gemaakt.

Een bijzondere plaats onder de verenigingen-rechtspersonen nemen sedert de wet van 1853 Stbl. 102 op de kerkgenootschappen, de *kerkgenootschappen* in. Vóór het inwerking treden [A: P149] van deze wet, toen de kroon uit art. 195 van de Grondwet de competentie [B/C: P115] afleidde, om over de instelling van de kerkgenootschappen te beslissen, was hun rechtspersoonlijkheid afhankelijk van koninklijke verlening.

De wet van 1853 ontnam echter de Koning deze bevoegdheid en onderwierp de kerkgenootschappen aan het destijds geldende gemene recht van de artt. 1690 vlg. BW, waaronder dus niet begrepen was de eerst in 1855 ingevoerde goedkeuring van de statuten of reglementen. Want vóór 1855 gold, gelijk wij zagen, het beginsel van de vrije oprichting. Bij

de oprichting van kerkgenootschappen is de overheid slechts in zoverre betrokken als de kerkelijke reglementen aan haar moeten worden medegedeeld.

Publiekrechtelijke lichamen met rechtspersoonlijkheid

De publiekrechtelijke verenigingen-rechtspersonen vallen ten onzent alle onder de “zedelijke lichamen” bedoeld in art. 1690 BW. Dit artikel onderscheidt nl. 3 categorieën van zedelijke lichamen; 1) de op openbaar gezag ingestelde, 2) de op openbaar gezag erkende en 3) de als geoorloofd toegelatene.

De tweede categorie omvatte vóór de wet van 1855 de kerkgenootschappen. Sindsdien geldt, gelijk we zagen, voor deze categorie het stelsel van vrije oprichting, zodat “op openbaar gezag erkende zedelijke lichamen” juridisch niet meer bestaan.

Onder de *op openbaar gezag ingestelde* vereniging-rechtspersonen worden de publiekrechtelijke verstaan. Daaronder vallen thans de *staat* (artt. 879, 1183 BW artt. 4 no. 1, 324 Rechtsvordering; art. 1 Grootboekwet); de *provinciën* (artt. 125, 132, 154, 155 Prov. Wet); de *gemeenten* (artt. 71, 137 vlg. 194, 229 Gem. wet); de *waterschappen* (art. 62 wet 1900 S. 176; artt. 22 vlg. wet van 1902 S. 54); *Nederlands-Indië* (art. 1 Comptab. wet N, I, 1864, S. 35 tekst 1917 S. 275), *Suriname* (art. 151 Regeer. Regl. Suriname; artt. 8, 10, 14 vlg., 18 vlg. Compt. wet Sur, 1910 S. 315) enz. [A: P150]

De privaatrechtelijke en publiekrechtelijke stichtingen naar Nederlands recht

De stichtingen, die alle zonder onderscheid rechtspersoonlijkheid bezitten, worden geheel buiten de overheid om opgericht. Het Franse recht negeerde ze geheel en ook in ons BW vindt men geen regeling ervan. Een aantal wettelijke voorschriften erkennen echter haar bestaan. (Vlg. artt. 421, 946, 947 en 1717 BW; artt. 4 no. 2, 242, 324 no. 1 en 874 Rv; art. 11 lid 2 Handelsregisterwet 1918 S. 493).

De stichting kan zowel bij uiterste wilsbeschikking als bij akte onder de levenden worden opgericht. In het eerste geval ontstaat zij eerst na het overlijden van de stichter. [D: P106]

De stichtingsbrief bevat de wil van de stichter als rechtsvormer en de regeling van het bestuur. [B/C: P116]

De jurisprudentie heeft de norm gepositieerd, dat in de stichtingsbrief een vermogen voor de stichting moet worden afgezonderd (vlg. arr. HR 20 nov. 1896, W 6889)

Opgemerkt werd reeds, dat de stichting geen leden heeft en dat de stichtingsbrief niet kan gewijzigd worden.

Onze wet kent ook publiekrechtelijke stichtingen. Zo kunnen bv. volgens art. 2 van de Armenwet gemeenten publiekrechtelijke armeninrichtingen in het leven roepen. Zulk een stichting heeft als reëel verband dan een gecompliceerde structuur, daar zij, schoon rechtspersoon, toch zelf een onderdeel is van het publiekrechtelijk gemeenteverband.

Ook de staat bedient zich nu en dan van de rechtsfiguur van de stichting. De Rijksverzekeringsbank, het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds enz. zijn bij de wet ingestelde publiekrechtelijke stichtingen.

De rechtspersoonlijkheid is een zin-individualiteit van de rechtssubjectiviteit, ligt dus niet in het rechtsbegrip zelf opgesloten

Het moet na al onze voorafgaande beschouwingen wel duidelijk zijn geworden, dat de rechtspersoonlijkheid in haar bijzondere correlatie van eenheid en veelheid naar verbands- en maatschapsfuncties in de zin van de vergelding, *niet in de generale zin van de vergelding ligt* [A: P151] *opgesloten*. Zij is een zin-individualiteit van de rechtssubjectiviteit en openbaart dus de getalsanalogie in een individuele zin.

De rechtspersoon is eerst gegeven, wanneer het verband als zodanig in de correlatie van gemeenschaps- en maatschapsfuncties in het rechtsleven optreedt. *Ze is eerst gegeven,*

wanneer de eenheid in de veelheid in de interne gemeenschapsstructuur gepaard gaat met de juridische eenheid als enkeling-rechtssubject tegenover derden. Juist daarom echter is zij een bijzondere pregnante openbaring van de getalsanalogie in de zin van de vergelding.

De positivistische theorie, die de rechtspersoonlijkheid los van de individuele interne verbandsstructuur wil beschouwen, moet consequent doorgeredeneerd, de zin-individualiteit in het begrip van de rechtspersoonlijkheid elimineren en houdt dan niets anders over dan een individualistisch gevat grondbegrip van de generale rechtssubjectiviteit, dat in alle bijzondere rechtsvragen, waarvoor ons de rechtspersoonlijkheid stelt, in de steek laat. Want ook de zgn. “natuurlijke persoon” is zgn. “zuiver juridisch” beschouwd, niets dan rechtssubject in de generale zin van het woord. De concrete individuele juridische structuur van de rechtspersoon tegenover die van het individuele rechtssubject is zonder behulp van het dingbegrip niet te vatten (Zie *Inleiding*). [B/C: P117]

De complicatie in de getalsanalogie bij de rechtspersonen

De rechtspersonen tegenover de individuele rechtssubjecten

In algemene zin laat zich over de verhouding van rechtspersoon en individueel rechtssubject slechts dit opmerken, dat in de eerste figuur de getalsanalogie zich in grotere complicatie vertoont. Terwijl nl. de algemene correlatie van gemeenschaps- en maatschapsfuncties bij het individuele rechtssubject van enkelvoudig karakter is, is bij de rechtspersoon de correlatie zó, dat de verbandsstructuur zelf als juridische eenheid [D: P107] een maatschapsfunctie bezit, terwijl de individuele rechtssubjecten, die in dit verband tot een eenheid verbonden zijn, zowel een gemeenschapsfunctie in dit verband als [A: P152] een maatschapsfunctie tegenover dit verband bezitten.

Maar zelfs dit verschil is voor de positivistische beschouwing ontoegankelijk, daar zij (vaak onbewust) zich baserend op een individualistische, naturalistische kijk op de realiteit, het verbandsbegrip niet kent.

Kelsens consequent rationalistisch positivisme, dat de rechtspersoon eenvoudig oplost in een systematisch onderdeel van rechtsnormen is slechts het eindpunt op een weg, die het juridisch functiebegrip van het dingbegrip tracht los te maken.

§13

De juridische tijdsorde en het overgangs-, transitoir- of intertemporeel recht

Reeds in onze “Inleiding” wezen wij er op, dat de tijd in de zin van de vergelding niet als “analogie” kan worden gekwalificeerd en dus geenszins, gelijk men gewoonlijk aanneemt, op één lijn staat met het juridisch geldingsgebied (naar de wetszijde) en de juridische plaats (naar de subjectzijde).

Immers de tijd in zijn volle kosmische zin, is niet, gelijk de ruimte, een bepaalde zinzijde van de (tijdelijke) werkelijkheid, doch veeleer de orde, die alle wetskringen eerst mogelijk maakt en in onderlinge correspondentie houdt.

Juist daarom heeft de tijd in iedere wetskring zijn eigen zinzijde. Zo ook in de kring van het recht.

Aan de wetszijde openbaart de juridische tijdsorde zich als de *geldingstijd van de rechtsnormen*; aan de subjectzijde als de *subjectief-objectieve tijd van de rechtsfeiten*.

De juridische geldingstijd als wetszijde van de juridische tijdsorde

Het meest pregnant komt de vergeldingszin van de juridische geldingstijd tot openbaring in het zgn. “recht van de overgang”, “het transitoire recht”, of het “intertemporele recht”, gelijk men het ook wel noemt.

Gewoonlijk stelt men het probleem inzake de “opeenvolging van rechtsregels”¹ alleen inzake de statelijke wetgeving en de [A: 153] [B/C: P118] verordeningen. Dit is een gevolg van de positivistische opvatting, dat alle recht “staatswil” zoude zijn.

Wanneer met dit vooroordeel is gebroken, doet het probleem zich uiteraard ten aanzien van alle rechtsbronnen voor.

Het transitoire recht lost de vraag op, naar welke voorschriften de bestaande rechtsfeiten en rechtsverhoudingen moeten worden beoordeeld, wanneer een nieuwe rechtsregeling in de plaats van een oude treedt. [D: P108]

In wezen ligt in deze vraag echter deze de algemeen-noodwendige rechtsvraag besloten:

Wanneer begint de rechtsnorm te gelden, hoe lang geldt zij en waardoor houdt zij op te gelden?

Ten aanzien van het statelijk wettenrecht is deze vraag althans ten dele, beantwoord in de grondwet en in de wet AB art. 124 van onze Grondwet (oud art. 122), zoals zij luidt sedert de herziening van 1938 bepaalt: “Alle voorstellen van wet, door de Staten-Generaal aangenomen en door de Koning goedgekeurd, verkrijgen kracht van wet en worden door de Koning afgekondigd.” En art. 1 van de wet AB bepaalt nader: “Geen wet is verbindende, zolang zij niet behoorlijk is afgekondigd” en art. 2 lid 1 van dezelfde wet: “De wetten zijn in het gehele Koninkrijk verbindende, uit kracht van derzelve afkondiging door de Koning gedaan”.

De wet AB onderscheidt dan nader tussen *verbindend-zijn* en *werken* van de wet. Een *verbindende* wet *werkt* terstond, *nadat* derzelve afkondiging in alle delen van het Koninkrijk zal kunnen bekend zijn (art. 2, 2^e lid wet AB). En het derde lid van het genoemde artikel bepaalt: “Wanneer bij de wet geen ander tijdstip is vastgesteld, wordt de afkondiging gerekend in het gehele Koninkrijk bekend te zijn, op de twintigste dag na die van de dagtekening van het staatsblad, in hetwelk de wet geplaatst is.”

De vergeldingszin van deze algemene tijdsbepaling springt onmiddellijk in het oog. Zij berust op harmonische afweging van rechtsbelangen, daar het in strijd met de vergeldingszin zou zijn, [A: 154] dat een wet in werking zou treden, vóór de rechtssubjecten gelegenheid zouden hebben, zich naar haar bepalingen te richten.

¹ De term is van mr. L.J. Hijmans van den Bergh in zijn belangrijk proefschrift *Opeenvolgen van Rechtsregels* (Utrecht 1928).

In bijzondere gevallen echter, eist dezelfde zin van de vergelding, dat de algemene termijn van 20 dagen sedert de afkondiging langer of korter zij. In spoedvereisende gevallen bv. zou deze termijn het effect van de wettelijke voorziening ernstig kunnen schaden. Ook kan het nodig zijn, dat de Koning zich de bepaling van het tijdstip van de inwerkingtreding bij de wet zelf voorbehoudt, wijl nog niet valt te voorzien, hoeveel tijd met de behoorlijke voorbereiding van de uitvoeringsmaatregelen gemoeid zal zijn.

Het transitoire of overgangsrecht regelt, gelijk wij zagen, de overgang van een vroegere naar een nieuwere rechtsregeling. [B/C: P119]

De juridische tijdsfiguur van de terugwerkende kracht

Men onderscheidt hierbij gewoonlijk tweeërlei soort werking van de rechtsnorm naar de tijd: nl. de *terugwerkende kracht* en de *werking alleen voor het toekomstende*.

Tegen deze onderscheiding is mr. Hijmans van den Bergh in zijn aangehaald proefschrift te velde getrokken. Volgens hem is hier geen tegenstelling aanwezig; elke wet werkt alleen voor de toekomst. Ook een wet met terugwerkende kracht zou zulks doen; het bijzondere in haar functie zou slechts zijn, dat zij gebiedt feiten, die vóór het tijdstip van haar invoering vielen voortaan, dus in de toekomst, naar haar voorschriften te beoordelen. [D: P109]

De wet, die vóór haar inwerkingtreding gesloten overeenkomsten nietig verklaart, *fingeert*, volgens de schrijver, dat die overeenkomsten van het ogenblik af, dat zij gesloten werden, nietig waren. Deze fictie kan echter niet anders dan voor de toekomst werken.

Wat van dit betoog te zeggen? Wij worden reeds aanstonds huiverig, wanneer blijkt, dat de schrijver “ficties” nodig heeft, om de “terugwerkende kracht” van een wet in de juridische [A: 155] geldingstijd weg te redeneren. Zulke “theoretische ficties” bewijzen methodologisch altijd, dat een schrijver een begrip in de rechtswetenschap hanteert, in casu een *tijdsbegrip*, dat hier niet bruikbaar is, wijl het niet in de zin van de vergelding is gevat.

Het heersende tijdsbegrip is in overeenstemming met de naturalistische realiteitsbeschouwing zelf van naturalistisch karakter. De natuurtijd kent geen “terugwerkende kracht van wetten”. Ergo...

Maar de “terugwerkende kracht” is nu eenmaal een typische rechtsfiguur van de tijdelijke gelding van rechtsnormen.

Wanneer een wet vóór haar inwerking getreden overeenkomsten nietig verklaart, dan *fingeert* zij niet, dat die contracten vanaf het ogenblik van hun tot stand komen nietig waren, maar ze bepaalt zonder meer, *dat het zo is*, d.w.z. ze betreft feiten, die vóór het tot stand komen van de wet hebben plaats gehad onder haar gelding. Naar haar tijdelijke gelding werkt zij dus in de volle zin van het woord terug. De wettelijke nietigheid geldt niet bloot voor de toekomst, *ex nunc*, maar voor het verleden, *ex tunc*. Ongetwijfeld kan eerst vanaf het tijdstip van in werking treden van de wet deze nietigheid worden uitgesproken, maar haar *werking* grijpt terug in het verleden.

De *natuurtijd* werkt slechts in één richting, *vooruit*. Maar in de normatieve wetskringen heeft de tijd *menselijke vorming* nodig. *De sociale klokkentijd, de kalendertijd* etc. berusten op menselijke vorming. En die menselijke vorming [B/C: P120] schuilt ook in de juridische tijdsorde. Reeds het begrip “dies utiles” voor een procestermijn of verjaringstermijn is geen natuurlijk tijdsbegrip, maar berust op normatieve menselijke regeling. Wanneer de wet de zgn. zomertijd invoert, worden alle klokken vooruitgezet, om na beëindiging van de zomertijd weer te worden teruggezet en het gehele leven richt zich in zijn normatieve functies naar deze menselijke tijdsregulering. De terugwerkende kracht van een wet betreft natuurlijk niet de mechanische natuurtijd, maar de normatieve tijdsorde in de zin van [A: 156] de vergelding, die, anders dan de natuurtijd, *menselijke vorming* van node heeft.

Daarom is hier iedere fictie onjuist. *Het geldt hier een zinzijde van de werkelijke tijd en niet een gedachteconstructie.*

“Terugwerkende kracht” en “eerbiedigende functie” van de rechtsnorm

Trouwens, dat in de figuur van de “terugwerkende kracht” inderdaad niet aan natuurlijke tijdsorde, maar een tijdsorde in de zin van de vergelding in het geding is, blijkt ook duidelijk uit het tegengestelde van deze figuur, *het blijven gelden van een reeds afgeschafte oude wet voor nog doorlopende* [D: P110] *rechtsfeiten, die onder de oude wet hadden plaats gehad*. Zo beveelt art. 2030 BW op bij de invoering van dit wetboek lopende verjaringen de oude wetten toe te passen. Terwijl na 1838 de meerderjarigheidsgrens drie en twintig jaren zou zijn (na 1901 weer 21 jaren), schreef art. 5 van de *Overgangswet 1829 voor*, dat de meerderjarigheid van hen, die deze volgens de (vóór het in werking treden van het BW hier te lande geldende) Code Civile reeds bereikt zouden hebben, bij de invoering van het BW naar de oude bepalingen moet worden beoordeeld.

Wij ontmoetten deze juridische tijdsfiguur reeds bij de analyse van de logische analogie in de vergeldingszin in verband met de bepaling van art. 1 Wetboek van Strafrecht.

Men noemt haar wel de “eerbiedigende functie van de wet”.

“Terugwerkende kracht” en de zgn. “exclusieve werking” als onderscheiden juridische tijdsfiguren

Intussen valt niet te ontkennen, dat onder het begrip “terugwerkende kracht van de wet” vaak twee zeer onderscheiden juridische tijdsfiguren worden samengevat. Gewoonlijk immers brengt men zowel de werking van een wet “ex nunc” (d.w.z. dat zij onder een oude wet voorgevallen feiten eerst vanaf het ogenblik van haar in werking treden onder haar gelding betreft met eerbiediging van de tot op dit tijdstip ingetreden rechtsgevolgen) als die “ex tunc” onder dit begrip. De bekende Duitse schrijver over intertemporaal recht F. Affolter vat in zijn werken [A: 157] *Geschichte des intertemporalen Privatrechts* (Leipzig 1902) en zijn *System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts* (Leipzig [B/C: P121] 1903) beide tijdsfiguren samen onder het begrip van de “Ausschlieszlichkeit” van een nieuwe wet.

Ook de jurisprudentie ten onzent onderscheidt “terugwerkende kracht” en “exclusieve werking” niet, (Zie bv. arr. HR 11 juni 1847, W 807 en 818).

Met Hijmans van den Bergh komt het mij juister voor, ze streng te onderscheiden en de werking “ex nunc” onder het begrip “*exclusieve werking van een rechtsnorm*”, die “ex tunc” uitsluitend onder het begrip “*terugwerkende kracht*” te brengen.

Het valt aanstonds in het oog, dat de tijdsfiguur “van de terugwerkende kracht” het diepst in het verleden ingrijpt en daarom voor de rechtszekerheid grote gevaren in zich bergt.

Art. 4 van de wet AB en de wet op de Overgang van 1829

Art. 4 van de wet AB bepaalde daarom, dat een wet alleen voor het toekomstige verbindt en geen terugwerkende kracht heeft, een bepaling, die reeds in het Romeinse recht bekend was (Zie Codex I, 14, 7).

De betekenis van deze bepaling kan natuurlijk niet zijn, dat wanneer de wetgever uitdrukkelijk terugwerkende kracht aan zijn legislatief product verleent, zulk een bepaling ongeldig zou zijn. Immers het ligt buiten de competentie van de gewone wetgever om voorschriften over de geldigheid van toekomstige wetten te geven. De betekenis van art. 4 kan alleen zijn die van een *rechtsbeginsel*, dat, waar de wetgever zich niet uitdrukkelijk over al of niet terugwerking heeft uitgesproken, bij de juridieke interpretatie toepassing behoort te vinden. Wordt door dit beginsel [D: P111] echter ook de werking “ex nunc”, de boven zo genoemde “exclusieve werking” van een nieuwe wet uitgesloten, d.w.z. moeten, op grond van art. 4 van de wet AB ook rechtsfeiten, die op het tijdstip van inwerkingtreden van de nieuwe wet nog niet zijn uitgewerkt, per se naar de oude wet beoordeeld worden? Wij zullen zo aanstonds zien, dat zulk een interpretatie niet in overeenstemming ware te brengen met de wet

van 16 mei 1829 [A: 158] (Stbl. No. 2), de zgn. wet op de overgang, die voor ons gehele gecodificeerde burgerlijk recht het intertemporele recht heeft geregeld.

Vooralsprangterprangtde vraag: Is het beginsel ex art. 4 van de wet AB inderdaad een bruikbaar en omljnd principe? Op deze vraag moeten wij een antwoord trachten te vinden.

Wat de “terugwerkende kracht” aangaat, zij is, schoon als exceptionele tijdsfiguur, toch verschillende malen in onze wetgeving toegepast.

Uitdrukkelijk wordt over “terugwerkende kracht” gesproken in art. 2 van de wet van 14 sept. 1866, Stbl. 123, houdende uitbreiding van art. 14 van de wet van 22 april 1855, S. 32 tot wederkerige verzekerings- of waarborgmaatschappijen: “De wet verbindt op de dag van haar afkondiging en werkt terug tot de dag van de invoering van de wet van de 22^e april 1855 (Stbl. No. 32)”. [B/C: P122]

Vooralsprangterprangtde retroactieve clausules te vinden in overgangsbepalingen achter nieuw in te voeren wetten gevoegd. Zo bv. art. 41 lid 2 van de wet op de Coöperatieve Vereenigingen 1925, dat zelfs ongeveer een halve eeuw terugwerkt: Volgens deze transitoire bepaling zullen coöperatieve verenigingen onder de oude wet opgericht, gedurende de geldingstijd van deze oude wet slechts dan als rechtspersonen gelden, voor zover zij aan de vereisten, door de nieuwe gesteld, voldoen.

Zo ook art. 2 van de wet, die in 1875 art. 302 Wetboek v. Koophandel wijzigde: “De levensverzekeringen, vóór het in werking treden van deze wet gesloten, die aan de bepalingen van het gewijzigde artikel 302 voldoen, worden als geldig beschouwd”.

Ook art. 44 van de Overgangswet 1829 had terugwerkende kracht.

De bepalingen van het BW omtrent de ontbinding van het huwelijk ten gevolge van afwezigheid werden ook van toepassing verklaard op een afwezigheid, die reeds geheel of ten dele onder de werking van vroegere wetgevingen mocht hebben plaats gehad.

Voorts had bv. de wet op de arbeidsovereenkomst 1907 retroactieve werking ten aanzien van minderjarigen, die vóór het in werking [A: 159] treden van deze wet reeds in dienst waren.

Vgl. voorts de overgangsbepalingen van het nieuwe zeerecht (wet van 22 dec. 1924, S. 573). De motieven, die bij zulke transitoire regelingen leidend waren, zijn niet altijd dezelfde. In de vermelde gevallen betr. de wederkerige verzekerings- of waarborgmaatschappijen en de levensverzekeringen, gold het een “peccavi” van een wetgever, die in legislatieve eigenwijsheid de niet-statelijke rechtsvorming had willen ringeloren en [D: P112] daarin eenvoudig niet geslaagd was. De wetgever sanctioneerde hier eenvoudig de tegen-wettelijke rechtspraktijk in het verleden.

In andere gevallen echter lag het beginsel van de “publieke orde” of van de “goede zeden” aan de bepaling van de retroactieve werking ten grondslag (zo bij de wet op de arbeidsovereenkomst).

Somtjids ook was de grond deze, dat men het vroeger geldende recht niet meer als “recht” kon waarderen, maar er eenvoudig onrecht in zag, terwijl men het nieuwe recht als recht beschouwde, dat eigenlijk al sedert lang gold.²

Intussen is de vraag, of en in hoeverre aan een wet of enige andere rechtsnorm “terugwerkende kracht” of “exclusieve werking” moet worden toegekend, meestal niet uitdrukkelijk door de jongere wet beslist. De tot interpretatie competente organen hebben dan tot taak naar de bijzondere beginselen, welke aan de nieuwe regeling ten grondslag liggen, in verband met algemene vergeldingsbeginselen, de zin van de regeling op dit punt nader te bepalen, de rechtsnorm ook ten aanzien van haar tijdelijke gelding tot nadere positiviteit te brengen. [B/C: P123]

² Zie Hijmans van den Bergh t.a.p. blz. 32.

Zijn er algemene rechtsbeginselen te vinden, die bij de beslissing van de interpretatieve vraag: Terugwerkende kracht of niet? een eenduidig richtsnoer kunnen bieden?

De theorie van de verkregen rechten

Op deze vraag meende de “theorie van de verkregen rechten”, een ondubbelzinnig antwoord te kunnen geven. Zij maakte nl., geheel in de lijn van art. 4 wet AB de niet terugwerking zelf tot algemeen principe, [A: 160] maar gaf aan de tijdsfiguur van de terugwerkende kracht een bijzondere enge rechtsbetekenis, door eronder uitsluitend te verstaan: *aantasting van verkregen subjectieve rechten*.

M.a.w. volgens deze theorie is van terugwerkende kracht van een rechtsregeling geen sprake, wanneer geen verkregen rechten worden aangetast.

Daarmee is de vaststelling van de rechtsbetekenis van deze tijdsfiguur geheel afhankelijk geworden van de vraag, wat de juridische zin van verkregen rechten moeten worden geacht.

De oorsprong van de genoemde theorie kan tot op de middeleeuwen worden vervolgd. Zij had van meet af een sterk natuurrechtelijke inslag³ en kwam vooral in de jaren van de Franse revolutie met haar afschaffing van vele onder het ancien régime verkregen rechten (heerlijke, leenrechten, grondheerlijke rechten etc.) tot grote bloei.

T.o. werd in het begin van de 19^e eeuw vooral Jonas Daniël Meyer in zijn “*Principes sur les questions transitoire*” (1^e dr. 1813) haar woordvoerder, in Duitsland werd Von Savigny haar eminente pleitbezorger en de beroemde Ferdinand Lasalle in zijn “*System der erworbenen Rechte*” de systematicus van deze theorie, terwijl in Frankrijk met name Merlin en in de [D: P113] jongste tijd de bekende Parijse hoogleraar Jêze voor haar in het krijt traden.

Art. 1 van de wet op de Overgang en art. 4 van de wet AB, door de rechtspraak als elkaars aanvulling en parafrase behandeld

Onze wet van 16 mei 1829 S. 29 op de overgang aanvaardde de theorie in art. 1 in de volgende vorm: “De veranderingen welke ten gevolge van de nieuwe wetboeken in de burgerlijke wetgeving zijn teweeggebracht, hebben geen invloed op de rechten, welke onder vroegere wetgevingen waren verkregen.”

In de rechtspraak werd dit artikel geregeld als parafrase en aanvulling van art. 4 van de wet AB geïnterpreteerd en daarmee heeft ook de rechtspraak de vereenzelviging van de juridische tijdsfiguur van de “terugwerkende kracht” met de [A: 161] “aantasting van verkregen rechten” aanvaard.

Daar met name Meyers theorie (zij het al niet exclusief, maar nevens de beschouwingen van oudere Franse juristen [B/C: P124] als Merlin) op onze doctrine en jurisprudentie inzake het overgangsrecht een grote invloed heeft uitgeoefend, willen wij hier haar hoofdgedachten aan een kort kritisch onderzoek onderwerpen.

De theorie van J.D. Meyer en haar metafysisch-natuurrechtelijke grondslag

Meyer bouwt zijn leer op typisch metafysisch-natuurrechtelijke grondslag. Reeds aanstonds licht hij zijn lezers in, dat hij op zoek is naar “eeuwige natuurrechtelijke beginselen”, die onafhankelijk van alle tijdelijke omstandigheden, op iedere rechtsorde kunnen worden toegepast.

En het is typerend voor deze natuurrechtelijke instelling, dat Meyer “de terugwerkende kracht” (retroactivité) een “onmogelijkheid” noemt, daar men geen normen kan voorschrijven voor hetgeen reeds gepasseerd is. Heel nauw neemt hij het echter met deze “natuurrechtelijke onmogelijkheid” niet, daar hij typisch in de lijn van de natuurrechtelijke theorie van de

³ Zie in Dl. I van dit dictaat de theorie van Wolff inzake de “*Iura quaesita*” contra de “*Iura connata*”.

“verkregen rechten” uitzonderingen erkent “in het publieke belang”, behoudens de plicht tot schadevergoeding in dit geval. Het hoofdbeginsel in Meyers theorie is nu, dat “onherroepelijk verkregen rechten” niet kunnen worden aangetast door een nieuwe rechtsregeling.

De tegenstelling: rechten ex lege en ex contractu

Daarbij wordt een principiële onderscheiding gemaakt tussen rechten “ex lege” en “ex contractu”. Alleen de laatste worden als *verkregen rechten* beschouwd.⁴ [A: 162] [D: P114]

Als voorbeeld van een bloot uit de wet voortvloeiend recht wordt beschouwd het “recht” van een meerderjarige op handelingsbevoegdheid. Wanneer dus een nieuwe wet de meerderjarigheidsgrens verhoogt, dan is volgens deze theorie van een aantasting [B/C: P125] van “verworven rechten” geen sprake. Immers het geldt hier slechts een recht “ex lege”.

Men ziet, hoe hier met het begrip “subjectief recht” wordt omgesprongen en hoe feitelijk iedere “bevoegdheid”, onverschillig of zij een economisch gefundeerd rechtsobject heeft, tot subjectief recht wordt gepromoveerd.

Het eigendomsrecht als zodanig is daarentegen een verworven recht “ex contractu” (typisch natuurrechtelijk!). Maar toch zijn allerlei aan de eigendom verbonden bevoegdheden weer te wijzigen rechten “ex lege”. Door aanspoeling verkregen eigendom geeft slechts een recht “ex lege”, daarentegen een door levering verkregen eigendom een recht “ex contractu”.

De tegenstelling tussen “verkregen rechten” en “blote verwachtingen”

Voorts maakt de theorie een principiële tegenstelling tussen *verkregen recht* en *blote verwachting*.

Zo wordt geleerd, dat de vordering uit een voorwaardelijke overeenkomst, die dus afhangt van een toekomstige en onzekere gebeurtenis, een *recht* is. Daarentegen heeft degene, die de termijn voor een acquisitieve verjaring nog niet voltooid heeft, *geen recht, doch een verwachting*.

Vooraf in het erfrecht wordt deze tegenstelling scherp doorgevoerd. De erfgenaam heeft vóór de dood van de erflater slechts een verwachting, geen verkregen recht. In deze gedachtegang voortredenerend werden aan fidei-commissaire erfgenamen geen rechten, maar slechts “verwachtingen” toegekend. [A: 163]

Kritiek op de theorie van de verkregen rechten

De kritiek op de theorie van de verkregen rechten in de haar in het bijzonder door Meyer gegeven vorm, moet zich in de eerste plaats richten tegen de vereenzelviging van de juridische tijdsfiguur van de “terugwerkende kracht” met een natuurrechtelijk waarderingsoordeel inzake de ontoelaatbaarheid van een wettelijke aantasting van “onherroepelijk verkregen rechten”. Op dit punt althans deel ik de opvatting van Affolter en

⁴ Het arrest van de HR van 11 juni 1847, W 807 en 818 was in zoverre een merkwaardige afwijking van de doctrine van de “verkregen rechten”, dat het daaronder zowel rechten ex lege als ex contractu begreep, *in afwijking van de conclusie van de procureur-generaal*.

Het rechtsgeval lag aldus: De Franse wet van 29 Nivôse An XIII, die ook h.t.l. executoir verklaard was, gaf aan de vaders van zeven kinderen de bevoegdheid, om de opvoeding van een van deze telgen op kosten van de staat te doen geschieden. De vader mocht dan het kind aanwijzen, dat als “kind van staat” op zijn tiende jaar op staatskosten zou worden opgevoed. Deze regeling werd bij de wet van 26 maart 1847 ingetrokken. Op grond daarvan weigerde de staat nu de opvoeding van een reeds aangewezen kind op zich te nemen. In het gerezen proces beriep zich de vader op zijn “verkregen recht”.

De HR stelde de eiser in het gelijk: “Overwegende, dat dergelijke verkregen rechten moeten worden geëerbiedigd, zowel wanneer zij zuiver hun oorsprong ontleenen uit de wet, als wanneer zij zijn gegrond op een wettig verbindend contract of overeenkomst, vermits de regel, dat de wet alleen voor het toekomstige gebiedt en gene terugwerkende kracht heeft, is onbeperkt....” enz.

Hijmans van den Bergh, dat door deze samenkoppeling, het inzicht in het juridisch wezen van de retroactieve tijdsfiguur wordt onmogelijk gemaakt.

De vraag, of een rechtsregeling “terugwerkende kracht” bezit, kan niet afhankelijk zijn van de vraag, of door zulk een retroactieve werking subjectieve rechten worden aangetast, omdat van zulk een aantasting eventueel eerst sprake kan zijn, wanneer de “terugwerkende kracht” eerst vaststaat. Het gehele juridisch tijdsprobleem, dat in het zgn. “overgangsrecht” ligt opgesloten, wordt door de gewraakte vereenzelving op volmaakt willekeurige wijze beperkt en ook methodologisch vervalst, daar [D: P115] uit de vereenzelving op metafysisch-natuurrechtelijke wijze wordt besloten, dat de “terugwerkende kracht” onmogelijk is. [B/C: P126]

Wij kunnen intussen nog verder gaan en vaststellen, dat de theorie van de verkregen rechten in haar metafysisch-natuurrechtelijke grondslag en uitwerking in strijd is met de *positieve zin van de vergelding, waardoor ook de gehele bepaling van art. 1 van onze Overgangswet positieve rechtszin ontbeert.*

Deze principiële strijd met de zin van de vergelding openbaart zich in de eerste plaats in de tegenstelling, welke de theorie maakt tussen *iura ex lege en iura ex contractu.*

Ook wanneer wij de daarin reeds gesignaleerde grensverflauwing van het begrip “subjectief recht” nog terzij laten, kunnen wij constateren, dat achter deze tegenstelling zich de natuurrechtelijke poging verbergt, de private rechtswil in maatschapsfunctie (opgevat in nominalistische-subjectivistische zin) los te maken van de gemeenschapsfunctie van de wil van de statelijke wetgever. [A: 164]

Zulks betekent een metafysische verabsolutering van de private rechtswil, waaraan zich de gehele individualistische wilsleer in de theorie van het subjectieve recht schuldig maakte. En die in strijd is met de positieve zin van de vergelding, welks “sociale analogie”, naar wij thans weten, *een doorgaande correlatie van gemeenschaps- en maatschapsfunctie eist.*

Zodra de verkregen “maatschapsrechten” als onaantastbaar worden geproclameerd, worden zij verabsoluteerd en daarmee buiten de zin van de vergelding geplaatst, een punt, dat wij reeds in Dl. I bij de kritiek op de natuurrechtelijke theorie van de “absolute” rechten hebben in het licht gesteld.

Daar dit door Meyer c.s. zelf is ingezien, aanvaarden zij als veiligheidsklep “het publiek belang”, dat wel verkregen rechten kan doorbreken. Waardoor echter het gehele principe van de “onaantastbaarheid van verkregen rechten” en van de natuurrechtelijke “onmogelijkheid van de terugwerkende kracht” weer wordt ondergraven. Het blijkt dan immers, dat in het door de theorie geheel onbepaald gelaten begrip “utilité publique” en niet in de “verkregen rechten” op zichzelf het zwaartepunt is gelegen. Ter illustratie vergelijk men de “onteigening ten algemene “nutte”, de afschaffing van de heerlijke, feodale en grondheerlijke rechten en de terugwerkende kracht, verleend aan de wet op de arbeidsovereenkomst ten aanzien van minderjarigen.

Eigendom uit aanwas of aanspoeling is volgens de theorie geen verkregen recht, die uit traditie wèl. Waarom? Blijkt hier niet duidelijk, dat de gehele theorie een onhoudbare nominalistische grondslag heeft? Het is de individualistisch en los van de wetszijde gevatte “private wil”, die hier het zegel van de onaantastbaarheid verkrijgt tegenover de rechtswet. Alsof de subjectieve juridische wil ooit afgescheiden van de rechtswet, die haar reguleert, bestaan kan! [B/C: P127] [D: P116]

Onze wet op de overgang, die in haar algemene beginselen (artt. 1 tot en met 4)⁵ de theorie van de verkregen rechten recipieerde, doorbreekt dan ook reeds in de artt. 5 tot en met

⁵ Art 2 van de wet luidt aldus: “Die geldigheid van de handelingen, wat haar vorm betreft, wordt beoordeeld naar de wetten, welke van kracht waren op het tijdstip waarop die handelingen hebben plaats gehad.” Art. 3. “De rechten uit overeenkomsten voortvloeiende, worden geregeld door de wetten, welke in werking waren toen de overeenkomsten zijn gesloten.”

11 (handelende “van meerderjarigheid, emancipatie en gerechtelijke [A: 165] assistentie vóór de invoering van het nieuwe Wetboek verkregen”) de grondbeginselen van deze theorie, door aan het nieuwe Wetboek “eerbiedigende werking” toe te kennen ten aanzien van de onder de vroegere wetgeving verworven bevoegdheden.

Meyer zelf verwierp in de lijn van zijn theorie zulke eerbiedigende bepalingen principieel. Het betrof hier immers slechts “rechten ex lege”, die geen “verkregen rechten” zijn. En wanneer anderen (zo de Pinto) zich uit deze impasse trachtten te redden, door een “verkregen recht op meerderjarigheid” te construeren, dan gevoelt men ogenblikkelijk, dat niet langer het begrip “verkregen recht” maar veeleer omgekeerd de door de consequenties van de theorie beledigde eisen van het rechtsleven, richtsnoer bij deze solutie waren.

Verwachting en verkregen recht

Hoe staat het voorts met de tegenstelling “verwachting” en “verkregen recht”, een tweede steunpilaar van de theorie? Deze onderscheiding, die overigens in de doctrine van de subjectieve rechten is ingeburgerd, betreft een belangrijk punt: nl. de betekenis van de juridische tijdsorde voor de subjectieve rechten als zodanig.

Zijn de vorderingsrechten, die uit een door een *voorwaarde* of *tijdsbepaling* opgeschorte overeenkomst ontstaan, subjectieve rechten?

Voorwaarde en tijdsbepaling worden in de rechtswetenschap geregeld scherp onderscheiden. [A: 166]

Juridieke voorwaarde en tijdsbepaling bij een rechtshandeling

Ook de voorwaarde is een juridieke tijdsfiguur, schoon geen tijdsbepaling

Onder *voorwaarde* in engere zin (in ruimere zin noemt men voorwaarde elk bij een rechtshandeling voorkomend beding) verstaat men dat bestanddeel van een juridische wilsverklaring, waardoor de werking van de wil afhankelijk wordt gesteld van een *toekomstige, onzekere* gebeurtenis. [B/C: P128]

De *tijdsbepaling* echter brengt geen onzekerheid in de werking van de rechtshandeling.

Intussen blijkt reeds uit de begripsomschrijving van de juridische “voorwaarde” zelf, dat in haar een bijzondere juridische tijdsfiguur is belichaamd.

Een gebeurtenis, waarvan het wèl zeker is *dat*, maar niet *wanneer* zij zal plaats hebben (de dood), is juridisch in het algemeen wel als *tijdsbepaling* [D: P117] te beschouwen. Maar bij uiterste wilsbeschikkingen geldt zij als voorwaarde (Dies incertus condicionem in testamento facit). Ook kan bij de uitlegging van overeenkomsten een voorwaarde blijken te zijn, wat in de vorm van een tijdsbepaling is gekleed en omgekeerd.

Nu worden de aan een tijdsbepaling of voorwaarde gebonden contractuele rechten zonder bezwaar tot “subjectieve rechten”, “verkregen rechten” gestempeld. Daarentegen heeft volgens de heersende leer, die hierbij de theorie van de verkregen rechten op de voet volgt, de vermoedelijke testamentaire erfgenaam vóór de dood van de erflater nog generlei recht, doch slechts een *verwachting* (“Anwartschaft”). Tegen deze onderscheiding is tot zoverre nog weinig in te brengen. De erflater kan immers het testament herroepen en een voorwaarde, die geheel afhangt van de wil van hem die haar stelt, *is* juridisch geen voorwaarde.

Maar de theorie gaat verder: Ook daar, waar ongetwijfeld rechten onder opschortende voorwaarde aanwezig waren, gelijk bv. bij de fidei-commissaris erfgenamen naar oud-

Art. 4. “De rechten uit uiterste wilsbeschikkingen voortvloeiende, welke vóór de invoering van het nieuwe burgerlijke wetboek zijn gemaakt, worden naar dat wetboek geregeld, indien na deszelfs in werking brengen de erflater is overleden.”

In dit laatste artikel wordt aan de nieuwe wetgeving “exclusieve werking” in de vroeger omschreven zin toegekend.

vaderlands recht, weigerde zij van “verkregen rechten” te spreken. Het decreet van 4 juli 1811 (in ons land executoir verklaard bij decreet van 24 jan. 1812), dat de fidei-commissen afschafte, had dus volgens [A: 167] de theorie van de verkregen rechten geen terugwerkende kracht, wijl het slechts “verwachtingen” vernietigde.⁶ O.i. zijn voorwaardelijke of aan tijdsbepaling gebonden subjectieve rechten, inderdaad in de vollen zin van het woord subjectieve rechten en geen “blote verwachtingen”. Maar dan trekke men de lijn ook scherp door, hetgeen echter slechts mogelijk is bij een juiste begrenzing van het begrip subjectief recht. Dat doet de theorie van de verkregen rechten niet en dat maakt haar gehele onderscheiding waardeloos.

Maar zelfs al zou de onderscheiding verkregen rechten, verwachtingen in de lijn van een scherpe begripsbegrenzing van de subjectieve rechten in de zin van de vergelding zijn doorgevoerd, dan zou daaruit slechts de onhoudbaarheid van de theorie van de verkregen rechten voor het overgangsrecht nog scherper zijn gebleken. Want zij zou overal, waar geen “verkregen recht” ware aan te tonen, moeten besluiten tot opheffing van de oude [B/C: P129] rechtstoestand door de nieuwe wetgeving. Ze zou een bepaling als van het vroeger besproken art. 1, tweede lid Wetboek van Strafrecht principieel moeten verwerpen, daar een subjectief recht, om volgens een bepaalde strafwet te worden berecht, eenvoudig onbestaanbaar is. Ze kan eerbiediging van oude meerderjarigheidstermijnen evenmin als die van oude termijnen van acquisitieve verjaring (zie art. 2030 BW),⁷ die geheel met de moderne rechtsopvatting stroken, verdedigen.

Ze verduistert tenslotte, gelijk wij zagen, principieel het inzicht in de aard van de juridische tijdsfiguur van de terugwerkende kracht, door haar [D: P118] te vereenzelvigen met de aard van de aangetaste subjectieve rechtsbetrekkingen.

Deze gehele kritiek op de theorie van de verkregen rechten wil intussen niets afdoen aan de waarheid, dat de theorie een kern van juistheid bevat, en wel deze, dat in het overgangsrecht aan eenmaal verkregen subjectieve bevoegdheden groter [A: 168] vergeldingsbelang vast zit dan aan algemene reflexwerkingen van een vroegere wet en aan min of meer vage verwachtingen, die de rechtssubjecten op grond daarvan hebben.

Het algemeen grondbeginsel van het transitioire recht

Het is het algemeen vergeldingsbeginsel van de rechtszekerheid dat er zich tegen verzet, dat subjectieve rechtsbelangen, die onder een vroegere wetgeving tot een zekere graad van vastheid zich ontwikkeld hebben, door retroactieve of exclusieve werking van een volgende wet zonder meer zouden worden terzij gezet.

Dit is een generaal rechtsprincipe, dat in de fundamentele zin van de vergelding zelf ligt opgesloten, waarover nader in een volgend hoofdstuk.

Daarom dient art. 4 van de wet AB zó te worden geïnterpreteerd, dat “terugwerkende kracht” van een nieuwe wet nimmer mag worden *ondersteld*, maar eerst mag worden aangenomen, wanneer de wet haar óf zelf uitdrukkelijk voorschrijft, hetzij uit de beginselen van de wet luce clarius blijkt, dat zij de onder een vroegere wet tot vastheid gekomen subjectieve rechtsbelangen niet wenst te eerbiedigen, omdat zij bv. in strijd met de goede zeden of de publieke orde worden geacht, dan wel wanneer blijkt, dat zij eenvoudig een rechtsontwikkeling, die zich tegen een vroegere, niet tot wezenlijke positieve gelding gekomen wet heeft doorgezet, wil sanctioneren. Nadere precisering van dit beginsel, die in art. 4 AB in het geheel niet te vinden is, is geheel afhankelijk van de historische ontwikkeling, daar de [B/C: P130] statelijke wetgeving, met haar moderne grote differentiatie, zelf eerst op de basis van een ver voortgeschreden historische ontwikkeling bestaanbaar is.

⁶ Zie hierover nader Hijmans van den Bergh t.a.p. blz. 245/6.

⁷ “De verjaringen, welke reeds vóór de afkondiging van dit Wetboek een aanvang hebben genomen, zullen overeenkomstig de bepalingen van het vorige Wetboek worden geregeld.”

In elk geval zal daarbij rekening zijn te houden met de individuele aard van de te regelen rechtsverhoudingen, om op behoorlijke wijze een harmonische evenmaat in de vergeldingsbelangen, die bij de regeling gemoeid zijn, te kunnen treffen. Want de normering van de juridische geldingstijd is steeds een vergeldingsvraag. [A: 169]

Overgangsrecht en internationaal privaatrecht

Op dit punt bestaat een vrij nauwkeurige parallel tussen het overgangsrecht en het internationaal privaatrecht. In beide gevallen gaat het om wetsconflicten (collisies), in het eerste geval in beider *geldingstijd*, in het tweede geval in beider *geldingsgebied*. In beide gevallen eist de zin van de vergelding, dat worde rekening gehouden met de *aard van de geregelde betrekkingen*. En evenzeer met de aard van de wettelijke regeling zelf.

Dwingen en aanvullend recht

Zo is bv. van principieel belang de vraag of de nieuwe wet van *dwingende*, de oude van bloot *aanvullende* strekking is ten opzichte van de private rechtsvorming. Zo in het geval van de wet op de arbeidsovereenkomst ten aanzien van minderjarigen. Toch is het zeer goed mogelijk, [D: P119] dat de openbare orde wordt geacht slechts niet te gedogen het nieuw vestigen van te voren gevestigde rechtsverhoudingen zonder dat het laten voortbestaan van het oude de openbare orde benadeelt.⁸ Waren echter beide van dwingende aard, dan is een nieuwe afweging van de bij beide betrokken rechtsbelangen noodzakelijk en kan op de dwingende kracht van de nieuwe wet zeker niet zonder meer een beroep worden gedaan, om de terugwerkende kracht of exclusieve werking te rechtvaardigen.

Voorts zal, wanneer de nieuwe wet van regelend, de oude van dwingend karakter was, niet tot een eerbiedigende functie van de eerste mogen worden besloten, daar daardoor onbillijke lasten op een bepaalde categorie van burgers zouden worden gelegd, die niet meer in het belang van de publieke orde noodzakelijk worden geacht.

Complexe tijdsfiguur in art. 1, 2^e lid Wetboek van Strafrecht Combinatie van terugwerkende kracht en eerbiedigende functie

Art. 1, 2^e lid Wetboek van Strafrecht toont aan, dat niet altijd een enkelvoudige regeling van wetsconflicten ten aanzien van de geldingstijd mogelijk is. De zin van de vergelding kan op een bijzonder rechtsterrein eisen, [A: 170] dat de vraag: terugwerkende kracht of eerbiedigende [B/C: P131] werking van de nieuwe wet, afhankelijk worde gesteld van deze andere, of in bepaald geval de oude of de nieuwe wet rigoureuzer wordt geacht.

Het moderne strafrechtelijk grondbeginsel “Nulla poena sine praevia lege poenali” brengt met zich, dat terugwerkende kracht niet wordt toegekend aan nieuwe strafbepalingen, die strenger zijn dan die, welke door een vroegere werden bedreigd. Doch tegelijkertijd laat men de delinquent, wiens delict onder de gelding van een vroegere strafbepaling heeft plaats gehad, profiteren van mildere beginselen van de nieuwe wet, omdat de straf, die de dader een *leed* in de zin van de vergelding toevoegt, naar de moderne strafrechtsprincipia niet zwaarder behoort te treffen, dan bij de gewijzigde opvattingen strikt noodzakelijk wordt geacht.

Ten aanzien van het burgerlijk bewijsrecht neemt de jurisprudentie o.i. terecht aan, dat de geoorloofdheid van de bewijsmiddelen van het tijdstip van de bewijshandeling afhangt (anders art. 47 Overgangswet en mr. Hijmans van den Bergh t.a.p. blz. 371). Aan *interne* staats- en administratiefrechtelijke wetten werd doorlopend *exclusieve werking* toegekend, hetgeen zijn grond vindt in de bijzondere structuur van dit soort recht, waarover wij in een later hoofdstuk uitvoerig handelen.

⁸ Zie Van Praag in *Rechtsgeleerd Magazijn* 1912, blz. 126 en 127, en Suyling, Inleiding I, 1, blz. 29.

In het interne staatsrecht moet een conflict in geldingstijd tussen oude en nieuwe wetgeving worden uitgesloten. Een nieuwe staatsrechtelijke norm beheerst sinds haar in werking treden het gehele gebied, dat haar inhoud aanwijst.

Voor de exclusieve werking van administratiefrechtelijke normen is een pregnant voorbeeld de intrekking van art. 24 Bezoldigingsbesluit voor de rijksambtenaren (Zie arr. HR 29 jan. 1926, NJ 1926, 231).

Hebben interpretatieve wetten terugwerkende kracht?

Scherpe strijd heerst over de al of niet terugwerkende kracht van zgn. interpretatieve wetten, waardoor de wetgever in de lijn van de zgn. [D: P120] *authentieke interpretatie* de rechtsbetekenis van wettelijke [A: 171] voorschriften vaststelt.

Velen, die de opvatting voorstaan, dat de *authentieke interpretatie zich ook over het verleden behoort uit te strekken*, ontkennen toch, dat hier de tijdsfiguur van de terugwerkende kracht voorligt. Zo leert Duguit, dat de interpretatieve wet per definitionem geen nieuwe wet is, zodat hier van terugwerkende kracht geen sprake kan zijn. Daartegenover leren vele anderen (Jeze, Meyer, Opzoomer, de Pinto, Paul Scholten e.a.), dat een interpretatieve wet niet in wezen van elke andere verschilt wat haar rechtskracht betreft en dat zij geen terugwerkende kracht kan hebben, tenzij de wet het tegendeel bepaalt. [B/C: P132]

Deze kwestie kan eerst bij de behandeling van het interpretatieprobleem met vrucht nader worden bezien.

Het aardhalingsarrest

In de jurisprudentie heeft zij zich slechts uiterst zelden voorgedaan (het beroemde “aardhalingsarrest” van de HR van 28 febr. 1868, W 2995) en werd hier beslist in de zin van hen, die in de interpretatieve wetten gewone wetten zien en op die grond i.h.a. de terugwerkende kracht uitsluiten.

De juridische tijd in subjectieve en subjectief-objectieve zin

In onverbrekelijke correlatie met de tot hier toe besproken juridische geldingstijd aan de wetszijde staat de subjectief-objectieve zijde van de juridieke tijdsorde, als de tijd van de subjectieve en subjectief-objectieve rechtsbetrekkingen.

Ook ten aanzien van de tijdsorde mogen wets- en subjectzijde van de rechtskring nimmer met elkaar worden verward, ook al zijn ze niet zonder elkaar te vatten.

Iedere subjectieve en subjectief-objectieve rechtsbetrekking heeft haar tijdsfiguur in de zin van de vergelding.

Bij de drie hierboven geanalyseerde onderscheiden tijdsfiguren van de rechtsnormen: “de terugwerkende kracht”, de “exclusieve werking” en de “eerbiedigende functie” moest voortdurend worden geappelleerd op de juridische tijdsorde in subjectieve en subjectief-objectieve zin. [A: 172]

Immers telkens was de vraag: zijn de betrokken rechtsbetrekkingen aan de subjectzijde reeds “uitgewerkt” of niet?

De subjectief-objectieve tijd van een delict

Voor de toepassing van art. 1, 2^e lid WvS bv. moet eerst worden uitgemaakt *wanneer het delict heeft plaats gehad* en wij weten reeds uit onze “Inleiding”, dat dit geen *natuurlijke tijdsvraag* kan zijn.

Stel het geval van opzettelijke levensberoving met voorbedachten rade (moord) door middel van langzaam werkende arsenicumvergiftiging. Nog voor de dood van het slachtoffer is ingetreden, wordt in het betrokken land de doodstraf ingevoerd. Is hier het feit begaan vóór of nà de verandering in de wetgeving?

Van de beantwoording van deze voorvraag hangt af, of op de dader de doodstraf kan worden toegepast.

Juridisch kan de handeling niet (gelijk de heersende opvatting leert) worden gescheiden van haar gevolg, daar, gelijk wij bij de analyse van de [D: P121] bewegingsanalogie in de subjectieve vergeldingszin (de juridische causaliteit) zagen, de causaliteit een noodwendig moment in deze zin vormt. Maar handeling en gevolg zijn beide rechtsbegrippen en het gevolg hangt dus geheel [B/C: P133] af van de bijzondere aard van het delict.

Het belang van dit inzicht spreekt het duidelijkst bij de zgn. “delicten met formele omschrijving” en de zgn. “door het gevolg gekwalificeerde delicten”. Over de eerste categorie spraken wij reeds in een vroeger verband (Zie §10).

De door het gevolg gekwalificeerde delicten en hun subjectief-objectieve tijdsfiguur

Onder de tweede categorie verstaat men vergrijpen, die onder een zwaardere strafpositie vallen, wanneer zij bepaalde in de wettelijke omschrijving vermelde gevolgen hebben, die zelf in geen verband tot de schuld van de dader staan.

Voorbeeld: mishandeling, de dood ten gevolge hebbende (art. 300, 3^e lid WvS). De zgn. eenvoudige mishandeling is reeds voltooid, wanneer de daarin noodwendig opgesloten subjectieve-objectieve [A: 173] gevolgen zijn ingetreden. Het latere gevolg van de dood behoort echter niet meer tot het delict van de mishandeling zelf, wijl het opzet van de dader slechts op het toebrengen van lichamelijk leed, niet op de dood van het slachtoffer was gericht. Ook kan het zijn, dat de juridische causaliteit alleen beperkt blijft tot het scheppen van een gevaarstoestand, terwijl het delict in een bloot onrechtmatig nalaten bestaat.

Om al deze redenen laten de reeds in onze “inleiding” vermelde naturalistische theorieën tot bepaling van de tijd van een delict (de theorie van de lichamelijke daad, van het instrument en van het gevolg) de jurist juist op het essentiële punt in de steek, nl. voor de bepaling van de subjectief-objectieve tijd *in de zin van de vergelding*.

Reeds in onze Inleiding zagen wij, dat de tijdsorde in alle wetskringen, die op de getalskring volgen, een subjectieve en een (subjectief-)objectieve richting heeft.

Wanneer het begint te sneuwen, is dit natuurverschijnsel objectief voor ieder waarnemer vanaf een bepaald ogenblik psychisch op te merken. Doch subjectief zal het tijdstip van de feitelijke waarneming zeer verschillend zijn, gelijk het kwalitatief individueel in een andere bewustzijnsstroom is ingevoegd. De sociale klokkentijd is objectief voor ieder sociaal subject dezelfde. Maar dezelfde klokslag betekent subjectief voor de een de roep tot zijn arbeid, voor de ander de roep tot een gezellig samenzijn in vriendenkring, voor de ander het ogenblik van jarenlang afscheid.

Zo heeft ook de juridische tijdsorde in de subjectieve zin van de vergelding, haar subjectieve en (subjectief-)objectieve functie,

Alle objectieve rechtsfeiten (Zie hoofdstuk II §1), zoals bv. het uitbreken van brand als rechtsgrond voor het rechtsgevolg, dat de verzekeraar de verzekerde som moet uitbetalen, [B/C: P134] hebben een subjectief-objectieve vergeldingstijd. Alle bloot subjectieve rechtsfeiten, als bv. het bereiken van de meerderjarigheidsleeftijd hebben hun subjectieve vergeldingstijd, [A: 174] die individueel geheel en al verschillend is. [D: P122]

De subjectieve tijdsfiguur in het vervullen van een juridische termijn

De rechtsnorm kan slechts generaliter de termijnen voor meerderjarigheid, verjaring, procesverhandelingen etc. bepalen in de objectieve vergeldingstijd, doch subjectief worden deze termijnen uiteraard op geheel verschillende objectieve tijden gerealiseerd. Maar een overstroming, een brand en dergelijke rechtsfeiten hebben een voor alle daarbij betrokken rechtssubjecten gelijke objectieve vergeldingstijd. Die objectieve rechtstijd kan slechts subjectief voor de rechtssubjecten een andere individuele zin hebben. Voor de brandweer

betekent hij de actualisering van de rechtsplicht tot ingrijpen, voor de verzekerde het moment, waarop hij zijn eigendom verliest en zijn vordering op de verzekeraar kan indienen, voor de verzekeraar het tijdstip, waarop zijn verplichting tot uitkering van het verzekerd bedrag in werking treedt.

De subjectief-objectieve tijdsfiguur in de mora

Maar is de *objectieve-juridische* tijdsfunctie dan althans niet eenzelve met de natuurlijke waarnemingstijd?

In genen dele! Want zij draagt normatieve vergeldingszin. Zij geeft objectief de tijdstippen aan voor het ontstaan van rechten en plichten. Neemt de schuldenaar deze objectieve juridische tijd wederrechtelijk niet in acht, dan komt hij in *mora*, in *verwijl*. Een natuurlijke tijd kan niet veronachtzaamd worden, daar hij geen normatieve zin bezit.

Wanneer de schuldenaar door zijn verwijl schade veroorzaakt, grijpt hij subjectief causaal in de vergeldingsharmonie in, die weer wordt hersteld door de voldoening van zijn schadevergoedingsplicht. Het verlopen van de termijn kan reeds in zichzelf voldoende *normatief-manende kracht* voor de schuldenaar hebben, zo in het geval bedoeld in het laatste gedeelte van art. 1274 BW. “De schuldenaar wordt in gebreke gesteld, (hetzij door een bevel of een soortgelijke akte), *hetzij uit kracht van de verbintenis zelf, wanneer deze meebrengt, dat de schuldenaar in gebreke zal zijn, door het enkel verloop van de bepaalde termijn*”. [A: 175] Het Romeinse recht kende hier het adagium “Dies interpellat pro homine”. De tijd zelf roept, maant de schuldenaar aan zijn verplichting.

Dit is geen “fictie”, geen beeldspraak, maar een zijde van de volle zin van de tijd, die in de naïeve ervaring, zij het al ongearticuleerd, inderdaad gevat wordt.

Voor de zinnelijke natuurtijd heeft het genoemde [B/C: P135] adagium uiteraard geen zin. Maar de juridische tijdsorde heeft deze natuurtijd slechts tot *substraat*; *zij zelf* heeft de *zin van de vergelding*. Wanneer de aard van de verbintenis niet meebrengt, dat de schuldenaar reeds door het enkel tijdsverloop in gebreke zal zijn, dan moet de schuldeiser de debiteur in gebreke stellen. Deze ingebrekestelling impliceert zelf het bepalen van een *uiterste* termijn voor de nakoming van de verplichting. Want zij is gelijk de HR het in zijn arrest van 29 jan. 1915, W 9845 uitdrukte, te beschouwen als “een te kennen geven door de schuldeiser aan zijn schuldenaar, dat hij verlangt de dadelijke voldoening van de jegens hem aangegane verbintenis of de voldoening van die verbintenis op een tijdstip bij die kennisgeving aangegeven.” Dit bepalen van een uiterste termijn is [D: P123] niet anders dan het *objectiveren* in de kalendertijd van het vergeldingstijdstip, waarop de mora intreedt, waar tot nu toe dit tijdstip subjectief onzeker was.

Gelijk de objectfuncties van de werkelijkheid geen zin hebben zonder correlatie tot de desbetreffende subjectfuncties,⁹ zo heeft de objectieve (naar de kalendertijd te fixeren) juridische tijdsfunctie geen zin zonder correlatie tot de subjectieve tijdsfunctie, die individueel voor ieder subject verschillend is.

⁹ Zie Inleiding.

§14

Samenvattende slotbeschouwing over het rechtsbegrip Rechtszin en categorieën van de rechtswetenschap

Wij hebben hiermee de moeizame weg van analyse van de generale zin van het recht beëindigd.

In de voorafgaande §§ trachtten wij steeds de generale [A: P176] rechtszin in de individuele rechtsverschijnselen zelf te vatten, om daarmee tegelijk de methode tot aanvatting van de concrete rechtsproblemen in te scherpen.

Want, gelijk wij reeds in onze “Inleiding” zagen, is alleen in een juist omljnd rechtsbegrip die methode gegeven.

De heersende formuleringen van het rechtsbegrip zijn daarom voor de positieve rechtswetenschap waardeloos, of erger, gevaarlijk, wijl ze de zin van het recht tot een abstracte categorie van het denken denatureren, waardoor het recht niet in zijn organische samenhang met de volle tijdelijke werkelijkheid kan worden gezien.

Bij de door ons gevolgde, methode is een eenvoudige formule voor het rechtsbegrip niet te geven, omdat de zin van het recht reeds in haar “restrictieve” (nog niet anticiperende) grondgestalte zelf uiterst gecompliceerd is.

Wat echter dit rechtsbegrip aan simpliciteit verliest, wint het aan methodische bruikbaarheid. [B/C: P136]

Synthetische formule voor het rechtsbegrip naar zijn wets- en subjectzijde

Wanneer wij tenslotte trachten de geanalyseerde zinkern met de analogieën van de generale rechtszin in een synthetische formule samen te vatten, dan kunnen wij het rechtsbegrip naar zijn wets- en daarmee correlatieve subjectzijde, zij het al niet op fraaie wijze, aldus omschrijven:

- I. Het recht is naar *de generale zin van zijn wetszijde*:
De eenheid in de veelheid, naar de correlatie van maatschaps- en gemeenschapsfuncties, van aan de wil van competente organen toe te rekenen en uit goddelijke beginselen gepositieerde normen met bepaalde betekenis, geldingsgebied en geldingstijd, die naar gronden en gevolgen, in de samenhang van veroorloovende en gebiedende functies, door harmonische afweging de evenmaat reguleren in de veelheid van menselijke belangen in de zinkern van de vergelding.
- II. Het recht is naar *de generale zin van zijn subjectzijde*: [D: P124]
De eenheid in de veelheid van tot subjectieve wilsfuncties toe te rekenen subject-objectbetrekkingen die, plaatselijk [A: P177] en tijdelijk gebonden, in de correlatie van gemeenschaps- en maatschapsbevoegdheden en -plichten van haar subjecten, naar haar positieve betekenis in overeenstemming met of in strijd met de norm, causaal zijn voor het harmonisch evenwicht van de menselijke belangen in de zinkern van de vergelding.

Gelijk gezegd, fraai zijn deze formuleringen niet, maar zij omvatten alle geanalyseerde analogische momenten in de zinkern van de vergelding. De formulering bevat geen enkel overtollig moment. Reeds bij de analyse zelf bleek hoe in iedere generale analogie weer zelf momenten zijn te analyseren.

In de sociale analogie bv. die van gezaghebbend verbandsorgaan en die van gecoördineerd partijorgaan, in de historische analogie die van de beschikkingsmacht en van de positiviteit, in de economische analogie die van evenmaat, schadevergoeding, genotsbevoegdheid etc. etc.

De categorieën van het rechtswetenschappelijk denken

Wij kunnen de logisch geanalyseerde momenten in de generale rechtszin ook *categorieën* of *grondbegrippen van de rechtswetenschap* noemen, om ze te onderscheiden van alle rechtsbegrippen, die juridische zin-individualiteit omvatten (als het begrip huurovereenkomst, hypotheek etc.). Wij kennen dus geen *grondbegrippen van het recht*, wijl voor ons de rechtskring niet een abstract *denkgebied is*, maar *een zinzijde van de volle tijdelijke werkelijkheid*. Slechts de *wetenschap* hanteert categorieën. En deze categorieën omvatten slechts in het verdiepte logisch denken de generale grondzin van alle rechtsverschijnselen. [B/C: P137]

Wij willen nogmaals de lezer inscherpen, dat alle afzonderlijke grondbegrippen, als die van rechtssubject, rechtswil, rechtsorgaan, rechtsgezag, rechtmatigheid en onrechtmatigheid, subjectief recht, rechtsgrond en rechtsgevolg, subjectief-objectieve causaliteit etc. etc. slechts in de samenhang van het volledig rechtsbegrip zijn te vatten. Gelijk ook in de generale rechtszin zelf alle zinnmomenten onderling onverbrekkelijk samenhangen. [A: P178]

Onze behandelingsmethode was voortdurend er op gericht de lezer het inzicht bij te brengen in de onzelfgenoegzaamheid van elk van de geanalyseerde zinnmomenten afzonderlijk.

Slechts enkele voorbeelden mogen hier nog gegeven worden.

Een objectief rechtsfeit, als bv. een brand door blikseminslag heeft objectief-juridische causaliteit in de rechtskring. Maar deze causaliteit is niet te vatten buiten zinsamenhang met de subjectieve rechten en plichten van de bij dit rechtsfeit betrokken subjecten, van wie de subjectieve rechtshandelingen worden toegerekend tot hun wil in de zin van de vergelding.

De competentie van de rechtsvormer is niet te vatten buiten zinsamenhang met geldingstijd, geldingsgebied, orgaanfunctie, wil naar de normzijde, correlatie van gemeenschaps- en maatschapsfuncties etc. etc.

De rechtssubjectiviteit is niet te vatten buiten de correlatie van rechten en plichten, handelings- en rechtsbevoegdheid, wil in subjectieve [D: P125] rechtszin, plaats en tijd, gemeenschaps- en maatschapsfuncties etc. etc.

Slechts uit de volle generale rechtszin naar wets- en subjectzijde zijn de generale grondbegrippen van de rechtswetenschap te winnen.

En waar die generale rechtszin in de begripsvorming is geëlimineerd, heeft men van de geformuleerde grondbegrippen geen enkel houvast in de positieve rechtswetenschap. Zij staan hier zonder andere dan *bloot-logische* samenhang nevens elkaar, missen het verband met de werkelijkheidssamenhang van het recht en kunnen daarom ook niet een bruikbare systematiek bieden. [A: P179] [B/C: P138] [D: P126]