Utrecht University Library
Partner in Science
Universiteit Utrecht

Rechtspraak of contentieus beheer?

https://hdl.handle.net/1874/253656

1902

A 40192

Jur. 24 Jan 1902

RECHTSPRAAK OF CONTENTIEUS BEHEER?

G. J. FABIUS.

A. qu.
192

RECHTSPRAAK OF CONTENTIEUS BEHEER?

Rechtspraak of Contentieus Beheer?

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD

VAN

Doctor in de Staatswetenschap

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

DR. A. A. W. HUBRECHT

HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER WIS- EN NATUURKUNDE

VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAT DER UNIVERSITEIT

TEGEN DE BEDENKINGEN VAN

DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID

TE VERDEDIGEN

op Vrijdag 24 Januari 1902 des namiddags te 4 uur

DOOR

GERHARD JAN FABIUS

geboren te UTRECHT



UTRECHT. — P. DEN BOER. — 1902.

RIJKSUNIVERSITEIT UTRECHT
1407 5869

Aan mijne Ouders.

VOORREDE.

Bij het eindigen van mijne academische loopbaan gekomen is het mij eene behoefte, nevengaand proefschrift door een kort woord van afscheid te doen vergezellen.

Dat woord is in de eerste plaats gericht tot de Hoogleeraren der Rechtsgeleerde Faculteit. Ik zeg hun dank voor het onderwijs van hen genoten en de voorlichting steeds van hen ondervonden. Dat ik daarbij in het bijzonder het oog heb op Mr. DE LOUTER, *mijnen hooggeachten Promotor, ligt voor de hand.*

In de tweede plaats geldt dat woord de vele vrienden en kennissen, die ik het voorrecht had, gedurende mijnen studententijd te mogen maken. Ik dank hun voor de vriendschap van hen ondervonden en spreek de hoop uit, dat dit afscheid slechts een voorloopig zij.

Ten slotte denk ik aan het Utrechtsch Studentencorps, dat mij zoo gunstige voorwaarden van vriendschap aanbood en op zoo velerlei gebied voor mij eene leerschool was, wier lessen mij in mijn volgend leven niet anders dan tot voordeel kunnen wezen.

G. J. F.

INHOUD.

			Blz.
HOOFDSTUK	I.	Inleiding	1
HOOFDSTUK	II.	De Gemeeenschap	4
HOOFDSTUK	III.	De Staat	14
HOOFDSTUK	IV.	Het Recht	27
HOOFDSTUK	V.	Publiek- en Privaatrecht	37
HOOFDSTUK	VI.	Rechtsgeschillen	55
HOOFDSTUK	VII.	Rechtspraak	82
HOOFDSTUK	VIII.	Besluit	100
STELLINGEN.		Staatswetenschap	111
STELLINGEN.		Rechtswetenschap	117

HOOFDSTUK I.

Inleiding.

Je dois maintenant donner quelques explications sur le plan de cet ouvrage. [1])

Over de zoogenaamde administratieve rechtspraak is veel gedacht, veel gesproken, veel geschreven. Het gevolg daarvan neemt steeds vasteren vorm aan. Weldra zullen wij misschien door de wet den strijd, zoo niet voor goed dan toch voor zeer langen tijd, zien beslissen.

Die toestand levert groote moeielijkheden op voor hem, die over dat onderwerp nog zijne meeningen ten beste wil geven. Want aan den eenen kant bedreigt hem het gevaar, een vrij wel afgegrazen veld te betreden, waarvan de enkele overgebleven grassprietjes het verzamelen nauwelijks waard zijn; aan den anderen kant loopt hij, wanneer hij zich met de verkregen uitkomsten van den strijd niet kan vereenigen, de kans een figuur te maken even droevig als dat van den bekenden ridder, die den strijd tegen de windmolens aanbond. Als ik desniettegenstaande mijne zwakke krachten wil inspannen tot eene bespreking der zoogenaamde *Administratieve Rechtspraak*, dan geschiedt dit, omdat ik daarin werkelijk belang stel en omdat dit

---

1) LAFERRIÈRE, Traité de la Juridiction Administrative et des recours contentieux, blz. IX.

bij het samenstellen van een proefschrift een voordeel is, waarvoor alle bezwaren moeten wijken.

Over een dergelijk onderwerp nu is eene eenigzins dragelijke beschouwing niet te leveren, wanneer wij geen zekerheid hebben omtrent de begrippen, die ons, om zoo te zeggen, tot grondslag dienen van ons wetenschappelijk gebouw. Dit is eene waarheid, die geen nadere toelichting noodig heeft. Bijna allen, die over zoo een onderwerp schreven, hebben de noodzakelijkheid daarvan gevoeld. Als voorbeeld noem ik twee schrijvers, welke ik voornamelijk bij de samenstelling van dit proefschrift raadpleegde, t. w. Mr. J. A. LOEFF [1]) en Mr. J. W. H. M. VAN IDSINGA. [2]) Beiden sloegen evenwel eenen gansch verschillenden weg in. Gene geeft in de inleiding eene korte omschrijving van de begrippen, waarop hij voortbouwt; deze gebruikt het gansche tweede deel (487 blzz.) tot bespreking van hetgeen, waarvan hij in zijn eerste deel (200 blzz.) uitgaat. Eerstgenoemde methode heeft het nadeel alleen overtuigend te zijn voor lieden, die het uitgangspunt met den schrijver deelen, tegen welk uitgangspunt zich de tegenstanders gewoonlijk richten. Daarentegen levert de laatstgenoemde wijze van behandelen voor den schrijver het gevaar op, in de overstelpende menigte van de zich allengs opdoende vragen, het spoor meer bijster te worden, dan voor de duidelijkheid van het werk in zijn geheel wenschelijk is.

Ik zal trachten eenen middenweg te bewandelen door

---

1) Publiekrecht tegenover Privaatrecht.

2) De Administratieve Rechtspraak en de Constitutioneele Monarchie.

mijne uitgangspunten niet al te zeer te stellen, doch door ze met eene korte bespreking toe te lichten. Dat ik zoodoende de gevaren, die de bovenomschreven methoden met zich brengen, geheel zal vermijden, daarmede wil ik mij geen oogenblik vleien. Men is nu eenmaal verplicht bij ieder bewijs, bij ieder betoog een axioma aan te nemen. Zoo kan het niet anders of de oplettende lezer zal meermalen mij op dezelfde fout betrappen, die ik in het stelsel van Mr. LOEFF afkeurde. Een ander zal misschien vinden, dat ik dikwijls heb uitgewijd over punten, wier bespreking in het verband zoo niet overbodig, dan toch te veel uitgesponnen kan geacht worden.

Dit alles zie ik duidelijk in; doch ik zal dezen weg bewandelen, omdat hij mij de geschiktste voorkomt tot het verkrijgen eener duidelijke en eenvoudige behandeling. Als dit doel niet bereikt wordt, ligt dat zeker niet aan het stelsel, doch aan de te zwakke krachten van den schrijver.

HOOFDSTUK II.

De Gemeenschap.

> Inter haec autem, quae homini sunt propria, est appetitus societatis, id est communitatis. 1)

Vangen wij aan met eenen blik te werpen op de samenleving. 2) Die samenleving vertoont zich in de eerste plaats aan ons als eene eenheid. Men denke aan hetgeen de menschen als zoodanig met elkander gemeen hebben; men denke aan den grooten regelmaat der verschijnselen, waarvan de statistiek ons een begrip geeft en aan de vaste wetten, die bijv. de staathuishoudkunde ons doet kennen.

Doch bovendien nemen wij haar waar als veelheid. Het is eene veelheid van enkellingen, verschillende „in leeftijd en geslacht, gezindheid en lichaamskracht, aanleg en ontwikkeling, bedrijf en bezit" 3) en zoo voort. Maar ook is het eene veelheid van groepen, waartoe die enkellingen vereenigd zijn. „Denkt aan de talrijke groepen, waartoe ieder reeds door zijne geboorte behoort: gezin en geslacht stand en ras, volk en nationaliteit, kerk en staat; voegt daarbij de steeds menigvuldiger vereenigingen, waarbij hij

---

1) GROTIUS, de Jure Belli ac Pacis, Prol. 6.

2) Om verschillende redenen geef ik aan het woord „samenleving" de voorkeur boven „maatschappij".

3) Mr. J. DE LOUTER, Staat en Maatschappij, bl. 6.

zich later vrijwillig aansluit, die van wetenschappelijken, economischen, philantropischen, godsdienstigen of bloot gezelligen aard en gij begint te twijfelen of het aantal groepen niet nog grooter is dan dat der individuen en of er wel twee individuen worden aangetroffen in onze" hedendaagsche „maatschappij, die in alle opzichten tot dezelfde groepen behooren". [1])

Op die groepen vestigen wij thans onze aandacht!

Men begint met de menschen naar gelang van verschillende kenmerken in verschillende groepen in te deelen, bijv. naar hun ras, naar hunnen stam of hunnen volksaard; naar hun bedrijf of bezit; naar hunnen godsdienst. Doch ook kan men hen onderscheiden in dommen en knappen, grooten en kleinen, en zoo voort. Het aantal van die groepen is even groot als dat der kenteekenen, die men wil gebruiken. Hun meer of minder belang hangt af van de waarde, welke aan het kenmerk wordt gehecht door hem die de verdeeling maakt.

Doch bij eene meer oplettende waarneming ziet men in sommige dier groepen, dat de leden, als het ware zichzelve van de andere menschen onderscheiden. Zij zijn zich bewust, dat zij eene eenheid vormen met anderen, die een zelfde kenmerk bezitten. Wanneer dat het geval is heeft men te doen met eene *Gemeenschap*.

Of uit lieden, die een zeker kenmerk gemeen hebben, eene gemeenschap zal ontstaan, hangt af van de omstandigheden. Zoo hebben de omstandigheden gewild, dat b.v. een zelfde volksaard en een zelfde godsdienst de aanleiding zou-

---

1) Mr. De Louter, t. a. p. bl. 7.

den zijn tot eene gemeenschap. Gelijkheid van bezit heeft vooral in den laatsten tijd in de samenleving een klassengevoel doen ontstaan. Eenheid van ras was meestal niet de oorzaak eener gemeenschap; het zoogenaamde geele gevaar echter begint het blanke ras wakker te schudden en het van zijne eenheid te overtuigen. Ook hier hebben wij eene gemeenschap in den dop. Wijkt het geele gevaar, dan zal het blanke ras weder als gemeenschap verloren gaan, om bij eene andere gelegenheid misschien weder als zoodanig te ontstaan. De aanleidende oorzaak tot het ontstaan eener gemeenschap is de wrijving met anderen, die eenzelfde kenmerk niet deelachtig zijn. Wanneer dat plaats heeft worden de dragers van dat kenmerk zich daarvan bewust en sluiten zij zich aaneen. Deze aaneensluiting *kan* zijn plotseling en vormelijk; meestal is zij geleidelijk.

Slaan wij nu zoo eene gemeenschap gade, dan zien wij, dat de leden bij het vormen van hunnen wil gebonden zijn aan omstandigheden, waarmede zij, die buiten het verband staan, niet te maken hebben. Men zou die omstandigheden kunnen noemen: het feit van hun lidmaatschap. Hiermede zegt men echter niets. Bovendien kan een wil niet gebonden zijn door een feit, doch slechts door eenen hoogeren wil — de physische grenzen aan het menschelijk wilsvermogen gesteld laat ik buiten bespreking. Om deze reden verklaar ik de gebondenheid, die met het lidmaatschap der Gemeenschap samenvalt als eene gebondenheid door den wil der Gemeenschap. [1])

In dat wilsvermogen vindt de Gemeenschap hare persoon-

1) Verg. AHRENS, Cours de Droit Naturel, 6me ed. II, p. 78:
„. . . le principe d'union est en lui-même une force nouvelle qui

lijkheid. Evenals de menschelijke persoonlijkheid wil ook de Gemeenschap zichzelve. Hiermede bedoel ik niet, dat ieder wilsbesluit zelfzuchtig is in den dagelijkschen zin des woords; doch wel dat iedere persoonlijkheid het sibi commodum nastreeft. Of iets nu commodum is of niet, wordt beoordeeld door het willende subject zelf, hangt af van zijne waardeering. De Gemeenschap wil dus zichzelve. Gewoonlijk drukt men dat uit door te zeggen, dat haar wil gericht is op het algemeen belang.

Reeds ROUSSEAU, daarover dikwijls zeer verschillend beoordeeld, [1]) onderscheidde de „volonté générale", den waren volkswil op het „intérêt général" gericht, van de „volonté de tous". Welke bedoeling deze schrijver daarmede gehad heeft, wil ik in het midden laten; eene dergelijke

---

ne produit pas seulement une agrégation mathématique de sommes individuelles, de forces ou de capitaux, mais les élève en quelque sorte à une puissance supérieure."

1) Mr. VAN IDSINGA, De Administratieve Rechtspraak en de Constitutioneele Monarchie, II, bl. 29:

„Op deze wijze kwam men tot de leer van het maatschappelijk verdrag en tot de voorstelling van den Staat als eene gewone vereeniging.

„Het gevolg hiervan was ongetwijfeld, dat de volksgemeenschap en dus de daarmede vereenzelvigde Staat op den individueelen wil kwam te rusten, maar men dwaalt, waar men dit verdrag met zijn individualistische strekking als den grondslag der hier besproken *staatsleer* voorstelt. Het was niets dan een meer of min ongewenscht... *gevolg*, waartoe men naar de denkwijs der tijden en onder den invloed der te hulp geroepen rechtsleer gedrongen werd. De ware basis der natuurrechtelijke staatsleer, de gedachte, waarvan men *uitging*.... was... niet anders dan het *antieke Staatsbegrip:* vereenzelviging van *Staat* en *volksgemeenschap*, onverschillig hoe deze tot een bestaand en zelfstandig geheel was gevormd.

Daarentegen Mr. A. R. ARNTZENIUS, Themis Dl. 58, bl. 172:

„Rousseau heeft met zijn opdracht der souvereiniteit aan den alge-

onderscheiding echter is volgens mij volkomen juist. Al is eene gemeenschap eene verzameling van menschen en kan haar wil niet anders zijn dan afgeleid, daarom zal men toch nooit kunnen beweren, dat de gemeenschapswil gelijk is aan de som der willen van de leden. De Gemeenschap wil het gemeenschapsbelang, niet het belang van allen. (Met opzet vermijd ik het woord algemeen, omdat het ons zou kunnen doen twijfelen tusschen de boven zoo streng uiteen gehouden begrippen). Dat gemeenschapsbelang is daarom niet vijandig aan het belang van allen: dat kan natuurlijk niet; want de Gemeenschap *blijft* eene verzameling van individuen, die ieder hun eigen belang najagen. In eene volmaakte eenheid zou het hetzelfde zijn. Daar echter eene volmaakte eenheid hier op aarde niet wordt bereikt, en men met een streven daarnaar tevreden moet zijn, zoo zal ook het gemeenschapsbelang nooit eenzelvig zijn met het belang van allen, doch het slechts benaderen. Het belang van allen blijft daarom eene afgetrokkenheid, het onbereikbare doel; het gemeenschapsbelang is hetgeen waarop de gemeenschapswil zich richt. En waar nu het gemeenschapsbelang neiging vertoonde één te worden met het belang van allen en het belang het doel is van den wil, daar kan het niet anders of ook de gemeenschapswil moet den wil van allen trachten te naderen. Ook hier blijft het bij eene benadering.

Mr. VAN IDSINGA [1]) komt hiertegen op, zeggende, dat

---

meenen wil en zijne onderscheiding tusschen „la volonté générale" en „la volonté de tous" eenigszins in den geest van de staatssouvereiniteit geredeneerd, maar toch blijft het m. i. waar, dat zijne volkssouvereiniteit is de souvereiniteit der burgers, niet die van den staat."

1) t. a. p. II, bl. 68, noot 3.

zoo „in strijd met alle psychologische ervaring de *wil* door het doel, in plaats van het doel door den *wil* bepaald" wordt. Oogenschijnlijk is die tegenwerping juist; toch zoude ik haar niet gaarne onderschrijven. Ik wil om dit toe te lichten een tastbaar voorbeeld gebruiken: „Ik wil eten teneinde mijnen honger te stillen". [1]) Mr. VAN IDSINGA zou hiervan zeggen: doordat mijn wil zich richt op eten wordt bepaald het doel om mijnen honger te stillen. Met hetzelfde recht mag ik zeggen: doordat ik het doel heb mijnen honger te stillen, wil ik eten. Met hetzelfde recht zeg ik, omdat beide gezegden even onjuist zijn. De waarheid is, dat een wil zonder doel even onbestaanbaar is als een doel zonder wil. Het afgetrokken wilsvermogen doet niet ter zake, evenmin als het afgetrokken voorwerp van den wil: wij hebben slechts te denken aan eenen op een wit gevestigden wil. Daarom is de uitdrukking, dat de gemeenschapswil zich richt op het gemeenschapsbelang hoogstens een weinig onnauwkeurig; niet bij machte mij zuiverder uit te drukken, blijf ik haar gebruiken.

De Gemeenschap wil het gemeenschapsbelang. Wat dat belang medebrengt beoordeelt zij zelve. Zij is daardoor bij het vormen van haren wil aan geen andere beperkingen gebonden dan aan zich zelve. Eene beperking door zich zelve geeft in dagelijkschen zin onbeperktheid. De meerdere of mindere mate van vrijheid, aan den enkelling gelaten, hangt derhalve geheel af van haar goedvinden. [2]) De vrijheid van

---

1) Reeds bij het stellen van het voorbeeld blijkt de moeielijkheid. Ik moet twee uitdrukkingen van ongeveer gelijke beteekenis bezigen om *doel* en *wil* te kunnen scheiden.

2) Vergelijk Jhr. Mr. A. F. DE SAVORNIN LOHMAN, Onze Constitutie,

den enkelling wordt echter niet *geheel* opgeheven zoolang hij nog als persoonlijkheid bestaat. Doch ook deze kan de Gemeenschap opheffen: men denke aan de doodstraf. Wat zij niet kan is de geheele opheffing der vrijheid van al hare leden, omdat zij daardoor tevens zich zelve zou teniet doen. Het ijveren van Mr. VAN IDSINGA [1]) tegen het „absolutisme van het algemeen belang" is dan ook slechts daaruit te verklaren, dat hij, den staat met de overheid vereenzelvigende, dat is de persoon met het orgaan, bevreesd is voor eene al te groote macht van dat orgaan. Dezelfde vrees koestert blijkbaar Mr. H. KRABBE. [2]) „Dat de wil van den Staat", zoo zegt hij, „eene hoogere gelding heeft dan van welken bijzonderen persoon ook; een hoogere

---

bl. 272, die in plaats van op de staatsgemeenschap op de overheid den nadruk legt: „Ook de verhouding tusschen de overheid zelve en den onderdaan vindt haar natuurlijke grens in haar doel. De overheid heeft macht over ons, maar geen andere dan die door haar roeping zelve bepaald wordt. Zoolang zij zich daartoe bepaalt is haar macht onbeperkt." Deze laatste restrictie echter is m. i. fnuikend voor de geheele overheidstheorie.

En t. a. p. bl. 95. „Die macht (uitvoerende macht des konings) strekt zich uit over elk gebied; er is geen menschelijke handeling denkbaar, die niet in aanraking zou kunnen komen met die macht; zij wordt niet beperkt door de macht van anderen, maar is gebonden aan haar bestemming zelve."

Verg. ook Mr. J. H. VALCKENIER KIPS, De Staat als Organisme, Themis 1894, bl. 15:

„En dan is de beheersching van den individueelen wil door den uit de gezamenlijke individueele willen organisch samengestelde eenheidswil, slechts eene toepassing dier algemeene natuurwet, krachtens welke het deel-organisme in alle zijne levensfunctiën ondergeschikt is aan het grootere organisme, waarin het opgaat."

1) t. a. p. II, passim.

2) Administratieve Rechtspraak, Bijdrage IV, § 1. 1.

gelding, die niet voortvloeit uit het recht, dat den staatswil die overheerschende stelling zou hebben aangewezen, maar uit het feit, dat het de wil van den Staat is", is de leer van den Politiestaat, eene beschouwing, die hij verwerpt, omdat hij daarin geen raad weet met de rechtspraak. [1]) Ook deze schrijver vereenzelvigt den staat met de overheid. Hij vergeet dat volstrekte macht van den staat nog niet gelijk is aan volstrekte macht van de overheid, het orgaan. Houdt men deze begrippen goed uit elkander, dan is rechtspraak, zooals ik hoop aan te toonen, zeer goed te verklaren, ook in de leer, welke door Mr. KRABBE die van den Politiestaat wordt genoemd. [2])

Volkomen leg ik mij dan ook neder bij de uitspraak van Mr. J. A. LOEFF: [3]) „Het doel van elken rechtsregel en van elk complex van rechtsregelen is in de eerste plaats het geheel, het algemeen belang, de utilitas publica. De wetgevende macht, de geefster van rechtsregelen bij uitnemendheid, is dan ook verplicht, bij de vaststelling van wetten, zoowel van privaatrechtelijke als van andere, enkel en alleen met de utilitas publica te rade te gaan en de utilitas privata geheel ter zijde te laten. De regeling van

---

1) Verg. t. a. p. IV, § 1, 2: „Zoo sluit het een in het ander en het geheel sluit als een bus. Maar wat niet sluit en wat in dezen gedachtengang niet past, dat is rechtspraak in den vollen zin van het woord."

2) Oogenschijnlijk maakt Mr. KRABBE (IV, § 2, 2) wèl de onderscheiding tusschen den staat en zijne organen. Waar echter de Staat bij hem gelijk is aan de overheid, daar zijn die organen eigenlijk overheidsorganen. In onze beschouwing is de overheid zelve slechts een orgaan van den staat.

3) Publiekrecht tegenover Privaatrecht ac. pr. Leiden 1887, bl. 18.

den bizonderen eigendom, hoe privaatrechtelijk ook, is stellig evenzeer in het algemeen als in het bizonder belang; evengoed het individu als het geheel is bij haar doel. Juist in dat algemeen belang vindt de bizondere eigendom zijn bestaansgrond. Mocht de wetgever van volgende tijden tot het inzicht komen, dat de bizondere eigendom strijdig was met het algemeen belang, dat niet meer het geheel, maar het individu zijn doel was, hij zou niet alleen het recht hebben, maar zelfs zedelijk verplicht zijn hem op te heffen. Cessante causa cessat effectus."

De gemeenschapswil is dus volstrekt: en wel omdat hij slechts zijn eigen object wil, het gemeenschapsbelang, d. i. zichzelven.

Toch ziet men dikwijls, dat de uitvoering van maatregelen door eene gemeenschap getroffen, door hare leden wordt verhinderd. Dit komt doordat wat gemeenschapswil scheen, niet de gemeenschapswil was; dat wat voor het gemeenschapsbelang werd aangezien, op dien naam geen aanspraak mocht maken. Want de Gemeenschap „paart aan de hoogste macht de hoogste zwakheid". Zij toch, die eenen afgeleiden wil bezit, „heeft ter uitvoering daarvan menschen noodig, feilbare wezens".[1]) Die menschen dienen haar tot orgaan. Wie dat orgaan is, is volmaakt onverschillig. De gemeenschapswil vindt zijne weerspiegeling in de individueele willen. Ieder lid van de Gemeenschap is als zoodanig zich bewust van den gemeenschapswil. Daarom doet het niet ter zake, wie als orgaan optreedt, alle leden, eene vergadering, een vorst, een privaatpersoon, of wie ook.

---

1) Mr. LOEFF, t. a. p. bl. 34.

Doch dat orgaan blijft orgaan en lid der Gemeenschap; het is nooit de Gemeenschap zelve. Het heeft dientengevolge zijne eigen belangen en zijnen eigen wil. Als het goed is moet het orgaan zòò de Gemeenschap in zich opnemen, dat het gemeenschapsbelang *zijn* belang wordt. Dan zal zijn wil ook steeds de uitdrukking zijn van den gemeenschapswil. Is dit niet voldoende geschied, dan zal het orgaan dikwijls wetens of onwetens uiting geven aan zijnen eigen wil. [1]) Het eigenaardige is, dat ook die wilsuiting eene wilsuiting der Gemeenschap is, wanneer deze zich daartegen niet verzet. Dat verzet is echter niet altijd evenzeer merkbaar. Vooral wanneer het lijdelijk is, is het moeielijk uit te maken of de Gemeenschap zich tegen eenen haar toegeschreven wil *verzet*, dan wel of zij zich daarbij nederlegt.

Aan de wilsuiting van het gemeenschapsorgaan, zonder hetwelk de Gemeenschap zich niet vermag uit te drukken, kleeft daarom het vermoeden, *dat* het de uitdrukking is van den gemeenschapswil. Dat vermoeden houdt stand totdat de Gemeenschap door andere organen duidelijk te kennen geeft, dat die wilsuiting niet de ware was. Of een orgaan dus werkelijk den wil der Gemeenschap vertolkte, is eene vraag, die niet van te voren te beantwoorden is. Slechts in het licht der uitkomst kan dat beoordeeld worden.

---

1) Verg. AHRENS, Cours de Droit Naturel 6me ed. I, 184:
„Chaque organe particulier a la tendance de se mettre à la place du tout, en aspirant à l'absolutisme et à l'omnipotence."

HOOFDSTUK III.

De Staat.

Non civium.....,
Non..... tyranni [1])

Die gemeenschappen, welke wij in de samenleving ontwaren „kunnen verschillende zijn: den hoogsten rang als alle andere in zich opnemende, bekleedt de Staat.... Ook kleine gemeenschappen zijn mogelijk in den vorm van provincien, gemeenten, waterschappen of welken naam zij mogen dragen"; doch „een qualitatief onderscheid tusschen deze en de groote corporatie, Staat, is niet aanwezig: zij alle nemen de enkele individuen, als leden van één geheel in zich op. Gelijk echter de belangen der individuen ondergeschikt worden aan de gemeenschapsbelangen van het geheel, waarvan zij deel uitmaken, zoo wijkt ook weder het belang der enkele corporatie voor dat van de hooger in rang staande gemeenschap, om ten slotte alle op te gaan in de groote éénheid, den Staat". [2]) Wanneer in het vorige hoofdstuk dus de gemeenschapswil als onbeperkt werd voorgesteld, is dit niet geheel en al juist. De wil eener gemeenschap kan gebonden zijn door dien eener hoogere. Wanneer wij dus boven den Staat geen hoogere

---

1) HORATIUS, Carm. III, III.
2) Mr. H. VOS, Pubiekrechtelijke geschillen, bl. 23.

gemeenschap ontwaren, is ook de Staat eigenlijk de eenige gemeenschap, wier wil alleen door zichzelven beperkt, d. i. onbeperkt is.

Dit is het eenige onderscheid tusschen den Staat en de overige gemeenschappen. Geen verschil steekt er in de wijze van ontstaan! Misschien zijn er, die denken, dat de Staat steeds van zelf ontstaat, terwijl andere gemeenschappen door menschelijke willekeur in het leven worden geroepen. Toch is dit niet zoo. Immers vooreerst is het zeer wel denkbaar, dat ook een staat door menschelijke willekeur tot stand komt [1]) en in de tweede plaats is eene gewone gemeenschap niet steeds een plotseling voortbrengsel van 's menschen vrijen wil. Veeleer ontwikkelt ook zij zich geleidelijk uit in de samenleving aanwezige gegevens. Doch de Staat heeft, in de volheid van zijne macht, verklaard slechts de rechtspersoonlijkheid van die gemeenschappen te erkennen, welke op eene bepaalde, door hem omschreven wijze tot stand kwamen en, daar bij vormelijkheid eene geleidelijke ontwikkeling niet meer mogelijk is, kan men zeggen, dat het verschil tusschen den Staat en

---

1) Verg. AHRENS, t. a. p. II, 318:

„La théorie du contrat politique, dans son vrai sens, ne manque pas absolument de tout fondement historique, comme ses adversaires l'ont souvent soutenu. Le contrat politique apparaît au contraire souvent dans le développement politique des peuples. L'Etat de Rome est fondé sur un contrat (*communis reipublicae sponsio*) entre les Sabins, Latins et Etrusques; etc..... La grave erreur inhérente à la théorie, telle que Rousseau l'a établie, provient de la fausse opinion qu'on.... confond le contrat, qui est seulement un mode ou une *forme* de naissance d'un Etat, avec l'idée et la *raison* d'existence de l'Etat."

die gemeenschappen schuilt in de wijze van ontstaan. Generaliseeren mag men echter niet, zonder de beteekenis van het woord gemeenschap beperkter te maken dan zij is.

Evenmin als door de wijze van ontstaan, onderscheidt de Staat zich door zijn doel. Daar de Staat den eenling veel meer in zich opneemt dan b.v. eene vereeniging tot bevordering van het vreemdelingenverkeer, schijnt het doel van den Staat meer omvattend dan dat van laatstgenoemde vereeniging. Ook dit evenwel is niet zoo. Iedere gemeenschap heeft het gemeenschapsbelang ten doel, d. i. zichzelve. [1]) Wanneer wij derhalve in dagelijkschen zin spreken van het doel eener gemeenschap, bedoelen wij daarmede het middel, dat die gemeenschap op een bepaald tijdstip ter bereiking van haar eigenlijk doel aanwendt. [2]) Die middelen zijn in het eerst weinig en gering: allengs breiden zij zich in aantal en omvang uit. Geen gemeenschap is gedoemd bij middelen van eene bepaalde soort te blijven, al begon zij daarmede. Het gaat er mede als met den mensch: ook deze is niet genoodzaakt kruidenier te blijven, wanneer hij eene vaste staatsbetrekking of eene wijnzaak doeltreffender acht (het doel is hier zijn welzijn). Zoo heeft de Staat b.v. de meest uiteenloopende middelen gebezigd. Doch diezelfde Staat heeft in de volheid van zijne macht perken gesteld

---

1) Vergelijk AHRENS, t. a. p. II, 77:

„Dans toute société, le but est le principe *éthique*, le *lien*, le ciment moral entre les associés."

2) Vergelijk AHRENS, t. a. p. I, 196:

„La volonté poursuit toujours un double but, un but *final* ou dernier et un but *moyen*, prochain ou direct, qui consiste dans le mode dont le but final est accompli."

aan de middelen, die andere gemeenschappen ter bereiking van hun doel zouden aanwenden. Zoo is het hun onmogelijk geworden te gaan buiten het bestek, dat de Staat hun toestond. Daardoor blijven zij veelal gebonden aan de middelen, die zij zich bij de oprichting voorstelden te bezigen. Voorzoover echter andere middelen hun niet verboden zijn, zien wij ze daarvan ook gebruik maken. Men denke aan eene levensverzekeringsmaatschappij die als bouwondernemer optreedt, aan eene coöperatieve verbruiksvereeniging die crediet verleent, aan de Maatschappij tot Nut van het Algemeen, enz.: voorbeelden zijn er te over.

Ten slotte is ook het grondgebied geen kenmerkend verschil. Steeds heeft men gehad afgeronde groepen van menschen, die geen andere macht boven zich erkenden. Zij waren eerst zeer klein, allengs werden zij grooter. [1]) Die groepen vormden eenen staat. Een zwervend volk kan aan dat vereischte voldoen. Er bestaat geen enkele reden, waarom wij de Israëlieten in hunnen tocht door den woestijn niet met den naam van Staat zouden bestempelen. Doch daartegenover dient opgemerkt te worden, dat op den duur eene gemeenschap, om de hoogste te blijven, grondgebied noodig heeft. Aan den aardbodem gebonden, moet zij op de plaats waar zij zich bevindt òf de willekeur van anderen verdragen en daardoor ophouden Staat te zijn, òf haar staatskarakter bewaren door er onbeperkt haar gezag te doen gelden, d. i. grondgebied te verwerven. Zoo is heden ten dage, nu zich overal staten

---

1) Iedereen kan waarnemen, dat ook thans nog de staten de neiging hebben zich uit te breiden, totdat misschien eens één staat den aardbodem omvat.

gevestigd hebben, een staat zonder grondgebied een onding, eene onbestaanbaarheid geworden. Toch vermeerdere men de omschrijving van den Staat niet met het vereischte van grondgebied. [1]) De noodzakelijkheid daarvan vloeit voort uit de tegenwoordige omstandigheden, waarin eene gemeenschap zonder gebied niet de hoogste, d. i. Staat, kan zijn.

Want alleen de staatswil is onbeperkt. Hoe men ook moge opkomen voor zoogenaamde onschendbare menschenrechten, of welke andere bezwaren men ook tegen die staatsalmacht moge voeden, een weinig nadenkens moet ons doen beseffen, dat die onschendbaarheid voor den Staat niet bestaat. De geschiedenis leert het ons. Neen, als wij beschouwen de verschillende vormen, waarin de Staat zich heeft vertoond en nog vertoont, moeten wij tot de overtuiging komen, dat de Staat is zooals hij wil zijn. [2])

Met die macht van den Staat houden wij ons thans een oogenblik bezig. Wij hebben gezien, dat zij voortspruit uit twee omstandigheden: 1° dat hij eene gemeenschap is en 2° dat er boven hem geen andere gemeenschap bestaat. Dit heeft er misschien sommigen toe geleid, die staatsmacht te gaan splitsen. Zoo doet Mr. D. P. D.

---

1) Zie Mr. DE SAVORNIN LOHMAN, Onze Constitutie, bl. 5: „Wat is staat?.... een *volk*, wonende op een bepaald gebied, staande onder *éene overheid*, die dat gebied beheerscht."

2) AHRENS, t. a. p., II bl. 352, uit zijne bezwaren tegen staatsalmacht op de navolgende wijze: „Cette théorie.... permet d'adresser à l'Etat des demandes que d'après son but il ne peut pas satisfaire."

Uit hetgeen voorafging is m. i. duidelijk genoeg gebleken, dat als de Staat (d. i. de gemeenschap, niet de overheid) niet *kan*, dit moet verklaard worden uit het feit, dat hij niet *wil*. (De physieke grenzen aan zijne macht gesteld blijven buiten bespreking.)

FABIUS [1]), wanneer hij de souvereiniteit, waaronder hij macht verstaat, onderscheidt in de eigenlijke of staatsrechtelijke (d. i. het zijn boven anderen) en de oneigenlijke of volkenrechtelijke (d. i. het niet zijn onder anderen). Zeer terecht wordt die tweede soort van macht oneigenlijk genoemd. Om dergelijke verwarring te voorkomen, wil Mr. DE LOUTER [2]) het woord souvereiniteit naar het volkenrecht verbannen, door eraan slechts den negatieven zin van onafhankelijkheid te hechten. Deze meening geeft geen beslissing in den hevigen strijd, die steeds gevoerd is over de vraag, wie de drager is der souvereiniteit in den zin van staatsmacht. De begrippen macht en onafhankelijkheid zijn echter volgens mij moeielijk te scheiden; want de macht eener gemeenschap kan men niet kennen, zonder in aanmerking te nemen, of, en in hoeverre die gemeenschap afhankelijk is. Terecht heeft men dan ook steeds in souvereiniteit gezien eene onafhankelijke *macht*, niet slechts onafhankelijkheid. En waar nu het woord souverein „slechts een overtreffenden trap uitdrukt en derhalve alleen bij vergelijkingen te pas komt" [3]), noem ik den Staat souverein omdat hij niet aan de macht eener hoogere gemeenschap is onderworpen. [4])

---

1) De Leer der Souvereiniteit, bl. 53.

2) Het Begrip van Souvereiniteit, Kon. Ac. v. Wet., Lett. Afd.; versl. en med. 1887:

„De Staten waaraan souvereiniteit wordt toegeschreven zijn.... (*niet*) gebonden.... aan een vreemden wil, d. i. aan den wil van een of meer andere staten. Het begrip (*souvereiniteit*).... zou hier het best kunnen worden vertaald door onafhankelijkheid."

3) Mr. DE LOUTER, t. a. p., bl. 171.

4) Verg. Mr. DE SAVORNIN LOHMAN, Onze Constitutie, bl. 179:

Zoodra zich boven den Staat eene andere gemeenschap zou weten te verheffen, zou de Staat zijne souvereiniteit verliezen en daardoor ophouden Staat te zijn. Een voorbeeld daarvan zien wij in de middeleeuwen, toen de Katholieke gemeenschap met den Paus als orgaan de staten aan zich trachtte te onderwerpen. De Keizer werd als souverein boven de overige vorsten verheven, m. a. w, men trachtte van de kerstengemeenschap eenen staat te maken, met opheffing van de Fransche, Duitsche, enz. gemeenschappen als zoodanig. Enkele voordeelen daargelaten, bleek de kerk daartoe op den duur niet machtig genoeg.[1])

Het kan nu onze aandacht niet ontgaan, dat, in strijd met hetgeen hier gezegd is, zich boven den Staat nog bevindt de statengemeenschap, de bron van het volkenrecht. De Staat is dan niet de hoogste gemeenschap, niet souverein?! Zeker is het, dat in menig opzicht de staatswil door dien der statengemeenschap is beperkt geworden.

„Een persoon of een bestuur of eene corporatie, die rechtens verplicht is, zich te onderwerpen aan eene boven haar staande macht, is niet meer souverein. Men kan dat woord wel bezigen in overdrachtelijken zin; men kan het ook bezigen in den zin van autonoom; maar in rechtskundigen zin is alleen souverein, wie rechtens bevoegd is zijn volkomen onafhankelijkheid tegenover wie ook te handhaven."

1) Verg. AHRENS, t. a. p., I bl. 267:

„Quand on considère le développement des rapports entre l'Etat et l'Eglise dans le moyen-âge, on peut constater trois époques principales.... La seconde époque marque la lutte la plus vive entre le pouvoir papal.... (*et*) le pouvoir royal, dont la papauté voulait faire un pouvoir dérivé, subordonné. La troisième époque est marquée par la déclaration des électeurs réunis à Rense, en 1338, portant que le pouvoir royal et impérial, le plus haut sur la terre, dérive *immédiatement* de Dieu et non du pape....

„De statensamenleving" schept „rechtsbetrekkingen, waaraan geen staat zich kan onttrekken. Dientengevolge is er geen enkele staat te vinden, welke zijn wil volkomen vrij van elken rechtsband vormt." Bij de „toenemende ontwikkeling der groote maatschappij, waarin zelfs de machtigste staat eene bescheidene plaats inneemt", ziet hij zich „meer en meer in zijne vermeende vrijheid gebonden". [1]) Strikt genomen is de staat dan ook niet de hoogste gemeenschap, niet souverein. [2]) Doch de inbreuken op de staatsalmacht zijn betrekkelijk zeer gering. De statengemeenschap is nog zeer weinig ontwikkeld: geen wetgever, geen rechter bezit zij, en dwang kan zij slechts uitoefenen door middel van hare leden (de zgn. eigenrichting).

Wij blijven nu van den Staat als souvereine gemeenschap spreken, omdat het eene algemeen gebruikelijke uitdrukking is; maar wij bedenken daarbij, dat de Staat niet volstrekt de hoogste gemeenschap, en daardoor de uitdrukking souvereiniteit niet geheel en al juist is. De een is in zijnen wil meer beperkt dan de ander, doch geen is geheel vrij, doordat zij alle subject zijn aan (en tevens van) het volkenrecht. De beantwoording van de vraag, in hoeverre een staat gebonden moet zijn, om zijne onafhankelijkheid of volkenrechtelijke handelingsbevoegdheid te verliezen, d. i. op te houden *mogendheid* te wezen, kan daarom niet volstrekt zijn: zij hangt

---

1) Mr. DE LOUTER, t. a. p., bl. 167.

2) Verg. H. L. VAN OORDT, Ver. tot Beoef. v. Krijgswetensch., Vergad. van 30 Nov. 1900, blz. 127:

„De qualificatie „souverein rechtspersoon" is eene contradictio in terminis, want rechtspersonen zijn de subjecten van het recht, en zij kunnen dit slechts zijn als onderdanen van eene rechtsmacht dus: als zij *niet* souverein zijn".

af van den maatstaf, dien men bij de beoordeeling wenscht aan te leggen. De groote oneenigheden over de onafhankelijkheid der Zuid-Afrikaansche Republiek mogen daartoe tot bewijs strekken.

Dat denkbeeld van macht nu, dat de Staat als souvereine gemeenschap bij ons opwekt, heeft er sommigen toe gebracht, in dat machtsbegrip den waren Staat te zoeken. Die Staat-Heerscher wordt dan van de gemeenschap afgetrokken en daarboven geplaatst. Zoo doet bijv. Mr. LOEFF [1]), zoo doet ook Mr. VAN IDSINGA.[2]) Deze schrijvers handhaven de staatssouvereiniteit, doch zij bedoelen met Staat, hetzelfde wat anderen onder overheid verstaan.[3]) De staatssouvereiniteit

---

1) t. a. p., bl. 7:

„Wanneer in de volgende bladzijden, bij het weergeven eener eigen meening wordt gesproken van den Staat, wordt bedoeld *der mit Imperium ausgestattete Herr*, zooals LABAND (Staatsrecht des Deutschen Reichs II, 202) hem noemt, welke *Herr* noch een rechtsgemeenschap is met leden, noch een land met inwoners, maar enkel en alleen een heerscher, die rechten verzekert en plichten oplegt aan onderdanen binnen den kring zijner machtsvolkomenheid".

2) t. a. p., II bl. 315:

„De Staat — het souvereine gezag dat ons de wet van het Recht komt stellen — is in geen enkel opzicht identiek met het volk, zelfs niet indien men, aan dit woord zijn eigenlijken zin en ware beteekenis gevende, het volk als een *eenheid* beschouwt; de Staat is geen *gemeenschap* — noch de volksgemeenschap, noch eenige andere — en evenmin de vertegenwoordiger of het instrument of het orgaan eener gemeenschap, hij is een historische machtsverschijning, doch als een afzonderlijke, ook boven de gemeenschap verheven zedelijke macht".

3) Zoo kan dan ook Mr. A. R. ARNTZENIUS (Themis, Dl. 58, blz. 170) aan Mr. VAN IDSINGA verwijten: „Heilige huisjes bestaan er voor den heer Van Idsinga op het gebied van het staatsrecht niet, met uitzondering misschien van de souvereiniteit van den Constitutioneelen Koning, die hij van zijn kant meer stelt, dan tracht te bewijzen".

van hen komt dus op hetzelfde neder als de overheidssouvereiniteit van bijv. Mr. DE SAVORNIN LOHMAN. Volgens de omschrijving van dezen is de Staat het volk onder zekere omstandigheden.[1]) Tot die omstandigheden behoort eene van God gegeven Overheid. Zoo zegt hij:[2]) „Hij die de maatschappij geschapen, dus gewild heeft, heeft tegelijkertijd de Overheid en hare heerschappij gewild.... De Overheid is er suo jure; niet bij de gratie der menschen, maar bij de gratie Gods. Want God is het, die de wereld leidt en die krachten schiep." En iets verder lezen wij: „Alzoo is de overheidsmacht eene onmiddellijke schepping Gods. Dit zegt ook de Schrift: *er is geene macht dan van God; en de machten die er zijn, die zijn van God verordend;*[3]) *zijt dan alle menschelijke ordening onderdanig om des Heeren wil.*"[4])

Deze opvatting, die Staat en Vorst vereenzelvigt en die eens LODEWIJK XIV een „l'Etat c'est moi" kon doen uitroepen, heeft door haren hoogen ouderdom zooveel invloed nog, dat men in het dagelijksch leven gemeenlijk van gekroonde hoofden als van souvereinen spreekt. Is zij juist? In geenen deele. Evenals de overheid heeft God ook bijv. ziekten, steden, kleêren enz. gewild. Niemand zal daaruit evenwel het recht afleiden, die ziekten enz., afgescheiden van den mensch, als goddelijke inzettingen te beschouwen. Waarom juist de *overheid* eene onmiddellijke

---

1) Onze Constitutie, blz. 5:
„Wat is staat?.... een volk, wonende.... enz."
2) t. a. p. blz. 12.
3) Rom. XIII : 1.
4) I Petrus II : 13.

inzetting Gods is, kan ik mij niet begrijpen en ook het betoog van Mr. LOHMAN geeft mij hieromtrent geen licht. Ik geef toe, dat God de overheid gewild heeft, maar Hij wilde die in haar verband. Hij wilde haar als hoogste orgaan der souvereine gemeenschap.

De leer der overheidssouvereiniteit rukt den Staat uit zijn verband. Zij legt zonder reden den nadruk op eene van de eigenschappen van den Staat: „eene functie wordt" door haar „tot een subject gemaakt". [1]) Doch zij is een noodwendige tegenslag tegen eene andere leer, die eveneens den Staat uit zijn verband rukt, de zgn. leer der volkssouvereiniteit.

Onder *volk* versta ik den Staat, met den nadruk op de leden ervan. Werd vroeger de Romeinsche staat niet aangeduid door *populus romanus* en beteekent onze uitdrukking volkenrecht wel iets anders dan statenrecht? Dit heeft ongetwijfeld Mr. VAN IDSINGA voor oogen, als hij in de staatssouvereiniteit niet anders dan eene verkapte volkssouvereiniteit wil zien. [2]) Of hij daar goed aan doet meen ik te mogen betwijfelen. Want wanneer wij over

---

1) Mr. ARNTZENIUS, Staatssouvereiniteit en Volkssouvereiniteit, Themis, Dl. 58, blz. 188.

2) Vergelijk hierover Mr. ARNTZENIUS, t. a. p., blz. 188:

„Het voorgaande zamenvattende, meen ik te mogen stellen, dat Mr. v. I. de volkssouvereiniteit van ROUSSEAU te zeer als staatssouvereiniteit voorstellende de staatssouvereiniteit der lateren ten onrechte als volkssouvereiniteit heeft opgevat. Zijn beweren dat, als de Staat het (georganiseerde) volk is, de staatssouvereiniteit volkssouvereiniteit wordt, zou ik willen wijzigen in dezen zin, dat als de Staat het georganiseerde volk is, de volkssouvereiniteit staatssouvereiniteit wordt".

volkssouvereiniteit spreken, bedoelen wij gansch iets anders dan souvereiniteit van den Staat. [1]) Wanneer wij den Staat, de souvereine gemeenschap, beschouwen, worden wij twee dingen gewaar, macht en menschen. De zgn. leer der volkssouvereiniteit heeft geen oog voor het feit, dat die macht wordt uitgeoefend door den boven den enkelling staanden, historisch geworden gemeenschapswil. Zij ziet slechts in die macht een voortbrengsel van de menschelijke willekeur, reden waarom zij die macht bij hare omschrijving en uitwerking van het staatsbegrip weglaat en in den Staat slechts ziet het volk d. w. z. eene vereeniging van niet door eenen souvereinen gemeenschapswil gebonden menschen.

Gebruikt men derhalve „volk" in zijne goede beteekenis, dan is souvereiniteit van het volk slechts eene onjuiste *uitdrukking:* even onjuist echter als wanneer men b.v. het raadhuis eener gemeente het eigendom noemde der burgerij. Bezigt men daarentegen „volk" in zijnen oneigenlijken zin, doch in den zin waarin men het in de verbinding volkssouvereiniteit moet opvatten, dan is niet slechts de uit-

---

1) Zie AHRENS, t. a. p., II blz. 363:

„La souveraineté de la *nation* est d'abord à distinguer de la souveraineté du *peuple*. La différence n'est au fond qu' historique à cause de l'acception différente dans laquelle ces deux notions ont été prises. Par nation on entend le peuple dans son unité et son organisation intérieure, tandis qu'on comprend généralement par peuple, la nation dans la *masse* des individus; l'une est une conception organique, l'autre une conception atomistique du même sujet".

Zie ook Mr. B. C. J. LODER, de Leer der Souvereiniteit, blz. 5:

„Wij verstaan dan onder *volks*souvereiniteit die leer, welke de hoogste macht toekent aan de som der onderling gelijke staatsburgers, terwijl wij de souvereiniteit toegekend aan het volk als geheel *staats*souvereiniteit noemen...."

drukking verkeerd, doch het geheele begrip in lijnrechten strijd met de werkelijkheid; want volkssouvereiniteit is de ontkenning van souvereiniteit.

Om te besluiten is de Staat dus niet eenvoudig de menigte, de gezamenlijke staatsburgers, en evenmin het boven de staatsburgers geplaatste gezag, al of niet verpersoonlijkt in den vorst. Onder „Staat" versta men de burgers, geplaatst *onder* het gezag, hetwelk *uit hunne gemeenschap* ontstaat.

Et civium, et tyranni! [1])

---

1) Verg. AHRENS, t. a. p., II blz. 359:

„Le pouvoir est *un*, plein et entier dans sa source, qui se trouve dans la vie de la personnalité collective de la nation et constitue ici la souveraineté nationale".

HOOFDSTUK IV.

Het Recht.

Societatis custodia ... fons est ... iuris [1])

Aan den mensch is eigen, dat hij gemeenschappen vormt: de gemeenschap is een noodwendig gevolg van de menschelijke natuur. [2]) Die gemeenschap nu is de bron van het Recht. Laten wij hierbij thans nader stilstaan.

Het lidmaatschap eener gemeenschap legt tot op zekere hoogte den enkelling aan banden. Reeds te voren verklaarde ik dit als eene gebondenheid door den wil der gemeenschap, die zich in den overigens vrij gebleven wil van den eenling als moment van onvrijheid doet kennen. Op verschillende wijzen heeft in eene gemeenschap haar wil dien harer leden aan zich onderworpen. Die verschillende wijzen van onderwerping zijn de *zeden* dier gemeenschap. Het begrip zeden omvat evenzeer onze manieren in gezelschap en onze kleedij als de mate waarin wij onze hartstochten beheerschen: het geeft de wijze aan, waarop de leden eener bepaalde gemeenschap zich tegenover hunne medeleden, in welk opzicht en op welk gebied ook,

---

1) GROTIUS, de Jure Belli ac Pacis Proleg., 8.

2) AHRENS, t. a. p., II blz. 256:
„La société est fondée dans la nature de l'homme".

gedragen. Wat niet met die zeden in overeenstemming is, noemen wij *onzedelijk*. De gemeenschap is dus in de eerste plaats eene zedelijke persoonlijkheid. [1])

Als de mensch zich nu dezer gebondenheid bewust wordt, wekt dat bij hem het gevoel van een moeten, van een gebod. De stelregels, die hij zoodoende uit de door hem gevoelde noodzakelijkheid afleidt, vat men samen onder het begrip *zedeleer* of moraal. Wanneer nu een ieder slechts lid was van eéne gemeenschap, zou de zaak eenvoudig zijn. Doch de gemeenschappen, waarvan men deel uitmaakt, zijn legio. En waar iedere gemeenschap hare eigen zeden heeft, is het daar te verwonderen, dat de opvatting van hetgeen zedelijk of onzedelijk is, bij geen twee menschen geheel overeenstemt?

In tegenstelling met hetgeen hier door mij gezegd wordt, neemt b.v. AHRENS [2]) eene volstrekte moraal aan. Vooreerst is het mij niet recht duidelijk, wat schrijver met die plaats bedoelt. Twee mogelijkheden bestaan er: 1°. dat er geen verband bestaat tusschen de begrippen *moeurs* en *moral*, hetgeen ik moeielijk als de bedoeling kan veronderstellen en 2°. dat naar gelang van de — steeds onvolmaakte — opvatting, die de verschillende volkeren in de verschillende stadia hunner ontwikkeling van de

---

1) Verg. ook AHRENS, t. a. p., II blz. 257:

„Toute société, loin d'être purement juridique, est avant tout par son but et son action une *institution éthique ou morale*".

2) t. a. p., I blz. 161:

„Les principes *moraux* sont absolus, invariables, indépendants des lieux et des temps; les préceptes du droit... sont relatifs et variables; parceque les conditions d'existence et de développement changent avec les situations, les époques de culture, *les moeurs*". (De onderstreping is van mij.)

absolute zedeleer hebben, ook de zeden zich wijzigen. Ik vermoed, dat ik hierdoor de meening van AHRENS wedergeef. Toch kan ik die meening niet deelen; want volgens haar zou dan het begrip *moeurs* afgeleid zijn van *moral*, zouden dus de begrippen zich in omgekeerde volgorde hebben ontwikkeld van de woorden, waardoor zij worden uitgedrukt. [1]) Maar bovendien zou ik wel willen weten, wat die absolute moraal dan wel voorschrijft. Wie is van die zedeleer de kenbron? Welk moreel voorschrift geldt voor alle tijden en omstandigheden? Dat men niet mag dooden is een verbod dat voor menscheneters niet bestaat, dat voor den krijgsman niet geldt en voor den scherprechter niet geschreven is. Dat men zich zijns naasten goed niet mag toeëigenen daarvan waren de Lacedaemoniers zich niet bewust; trouwens dit gebod zou vervallen met de opheffing van het onderscheid tusschen mijn en dijn. Ten slotte loopen omtrent hetgeen onzedelijk in den engen zin des woords of onkuisch is de gevoelens te zeer uiteen, dan dat ik daarop de aandacht zou moeten vestigen. Neen een blik op de geschiedenis en op de verschillende kringen onzer hedendaagsche samenleving moet ons van de betrekkelijkheid der zedeleer overtuigen. Zij is betrekkelijk door deze twee oorzaken: 1° dat iedere gemeenschap haar eigen zedeleer heeft en 2° dat een ieder lid is van meerdere gemeenschappen.

Hieraan heeft het *Recht* zijn bestaan te danken: het staat

---

1) Ik wil hier aanhalen de woorden van dienzelfden AHRENS, als hij t. a. p., I blz. 181, zegt:

„Il y a une logique naturelle qui s'exprime nécessairement dans la création du langage".

dus op zedelijken bodem. Want o. a. tengevolge van de betrekkelijkheid der moraal zondigt de enkelling dikwijls tegen den wil eener gemeenschap. Deze heeft daardoor een middel noodig om zich te handhaven: dat middel is het *Recht*. Vloeide het zedelijke en het onzedelijke onmerkbaar in elkander; door het Recht trekt de gemeenschap eene vrij scherpe grens tusschen hetgeen rechtmatig en hetgeen onrechtmatig is. Recht is de grens buiten welke de gemeenschap de willekeur harer leden niet duldt. [1]) In dat „niet dulden" d. i. verhinderen, licht het wezen des Rechts. De eigenaardigheid van het Recht ligt dus in den dwang, welke slechts kan intreden, wanneer de wil zich naar buiten heeft geopenbaard en welke noodzaakt eene grens te trekken tusschen hetgeen al of niet geoorloofd is. Dit laatste in aanmerking genomen, kan men zeggen, dat Recht niets anders is dan de dwang.

Men heeft dan ook aan dwang eene zeer ruime beteekenis toe te kennen: ook de afkeuring door de leden

---

1) Tegen de afleiding van het recht uit den wil verzet zich AHRENS, t. a. p., I blz. 102:

„Mais le droit, bien qu'il doive toujours être exécuté par une volonté, n'a pas sa source en elle, parcequ'il désigne une règle permanente pour les diverses actes de la volonté. Cette règle ne peut avoir sa source que dans ce qui est invariable dans un être, c'est à dire dans sa *nature* ou son essence et dans le *bien*, qui en découle, et qui est le but de tous les actes de la volonté, qu'elle soit attribuée à un individu, à un peuple ou à Dieu".

Schrijver, die het recht afleidt uit de idee van het goede, keert echter ongemerkt tot de zoo door hem gewraakte wilstheorie terug, wanneer hij t. a. p., I blz. 106 zegt: „et le bien exprime également une conformité de notre volonté et de ses actes avec la nature d'un objet".

eener gemeenschap aan den overtreder getoond, valt er onder. Slechts eene meer vormelijke, engere opvatting van het begrip dwang, een gevolg van de vormelijke rechtsopvatting van onzen tijd, kan er toe leiden eenen rechtsregel zonder sanctie bestaanbaar te achten.[1]) Ja eigenlijk kan men zeggen, dat men steeds zoozeer in den dwang het kenmerk des rechts heeft gezocht, dat men slechts met den vormelijken en zeer tastbaren genoegen wilde nemen. Wel ging men nu niet zoo ver, om het rechtskarakter te ontzeggen aan de regels, welke die vormelijke sanctie ontbeerden; doch waar men dat rechtskarakter bleef erkennen, daar deed men dat schoorvoetend. Zoo noemden reeds de Romeinen eene wet zonder sanctie eene *lex imperfecta*,[2]) zoo kan ook Mr. DE LOUTER[3]) spreken van „het dwingend gezag ...., zonder hetwelk het recht zijne taak slechts onvolkomen vervult en zijn naam te nauwernood verdient". Waar dus in het afgetrokkene Recht en zeden elkander moesten dekken, daar heeft de dwang tengevolge, dat in

---

1) Mr. DE LOUTER, Staat en Maatschappij, bl. 13:

„Wel is waar behoort het dwingend gezag niet tot het wezen des rechts, zooals de geschiedenis der rechtsontwikkeling in het algemeen en de tegenwoordige toestand van het internationaal recht in het bijzonder duidelijk aantoont, maar het verheft de nuda praecepta der rede tot het jus perfectum van het stellig recht en verschaft bij hooger ontwikkeling, inzonderheid op het peil thans door de meeste takken des rechts in beschaafde staten bereikt, een standvastig en licht te onderscheiden kenteeken".

2) ULPIANUS, Regul., Pr. 1:

„Leges aut perfectae sunt aut imperfectae aut minus quam perfectae... Imperfecta lex est, quae fieri aliquid vetat, nectamen si factum sit rescindat".

3) Staat en Maatschappij, blz. 13.

de werkelijkheid het Recht aan den enkelling eene zooveel ruimere sfeer laat dan de zedeleer.

Dat ieder rechtsvoorschrift in de zeden wortelt, behoeft na hetgeen voorafging geen nadere bespreking. Doch dat ook het omgekeerde, nl. dat iedere zede haren rechtskant heeft, waar is, wil ik trachten aan te toonen. Denken wij slechts aan die zeden, welke men gewoonlijk „de mode" noemt, Oppervlakkig beschouwd is de mensch hierin volkomen vrij; toch is dit niet zoo. Men zou eens zien welk eene opschudding er zou ontstaan in de gemeenschap der Marker visschers, wanneer een hunner zich bijv. in rok en witte das ging steken. Die gemeenschap zou dan tegen die handeling opkomen op zeer primitieve wijze, nl. door de verontwaardiging of de lachtlust der leden zelven; zij *zou* evenwel tegen dat feit in verzet komen en dat is de rechtskant van de mode onder de Markers. De Nederlandsche staatsgemeenschap laat zich toch met kleederdracht niet in, zal men zeggen. Ook dit moet ik tegenspreken. Al verzet zij zich niet zoo spoedig als de Markensche visschersgemeenschap, toch stelt zij grenzen aan de menschelijke willekeur in deze: 1° door art. 239 van het Wetboek van Strafrecht, volgens hetwelk eene zekere mate van kleederen verplicht is en 2° door de verordeningen welke vermomming verbieden. Daar het begrip vermomming afhankelijk is van de gewone kleederdracht, wordt door dergelijke verordeningen de bestaande mode tot recht verheven. Nog sterker komt dat uit bij de mode van het leger, waarbij aan den enkelling haast geen vrijheid is gelaten.

Ook op het gebied der gedachte treedt de gemeenschap begrenzend op, zoodra zij, dat noodig oordeelende, daartoe

in staat is. Men denke slechts aan de geloofsvervolgingen of aan het schrikbewind. Wel worden thans — door de staatsgemeenschap tenminste — ruimere grenzen gesteld, maar dat men ook nu niet geheel vrij is, kan reeds blijken bij eene vluchtige doorbladering van ons Wetboek van Strafrecht.

Neen, geen gebied is er, waarop de eenling niet vroeger of later de gemeenschap ontmoet, die hem een tot hiertoe en niet verder toeroept. Die grens, door de gemeenschap aan de, slechts in het afgetrokkene onbegrensde, willekeur van den eenling gesteld, is het Recht, het Recht in objectieven zin. [1]) De ruimte door de gemeenschap aan den eenling gelaten (of aan zich zelve toegekend) is zijne (of hare) bevoegdheid, zijn (of haar) recht in subjectieven zin. Juist door die beperking wordt de abstracte machtssfeer tot subjectief recht.

Als het nu waar is, dat het Recht de grens vormt tusschen de wilssfeeren van eenling en gemeenschap en die grens eigenmachtig door laatstgenoemde wordt gesteld, dan is het ook duidelijk, dat het subjectief recht van den eenling nooit aanspraak kan maken op onschendbaarheid. [2]) Men doet dan ook verkeerd, het „subjectief recht" als onschendbaar te beschouwen. Dat van de gemeenschap is

---

1) Vergelijk Mr. DE SAVORNIN LOHMAN, t. a. p., bl. 179:
„In den strijd, eenerzijds om naar eigen goedvinden te handelen, anderzijds om den individueelen wil aan vaste regelen te binden.... ontstaat de grens tusschen den wil van de overheid (*d. i. gemeenschap*) en die van den onderdaan" (*d. i. eenling*).

2) Mr. DE LOUTER, Staat en Maatschappij, blz. 19: „De theorie der onvervreemdbare menschenrechten is m. i. in strijd met het rechtsbegrip zelf".

onschendbaar, niet omdat het subjectief recht is, doch omdat het de gemeenschap zelve is, die den omvang ervan bepaalt; dat van den eenling is niet onschendbaar, omdat de omvang niet van hem, doch van de gemeenschap afhangt. Als men aan subjectief recht dien zin van onschendbaar verbindt, dan gaat voor alle recht op, hetgeen Mr. LOEFF [1]) ten aanzien van het administratief recht zegt: „Subjectieve rechten .... zijn onbestaanbaar. Even onjuist als het is te gewagen van *des burgers penaal recht*, even onjuist zou het zijn, te spreken van des burgers staats-, administratief- of publiekrecht". Wij hebben evenwel niet onder subjectief recht te verstaan eene sfeer, die door de gemeenschap niet aangetast *kan* worden; doch eene, die door de gemeenschap niet aangetast *is*.

Herhalende is het Recht dus de grens, buiten welke de gemeenschap de willekeur harer leden niet duldt. Evenals iedere gemeenschap haar eigen zeden heeft, zoo heeft ook iedere gemeenschap haar eigen recht. Ook de staat heeft zijn recht, niet omdat hij staat, doch omdat hij eene gemeenschap is. Door zijne souvereiniteit echter heeft de staat de lagere gemeenschappen zoo beperkt, dat het eigen recht van zoo eene gemeenschap weinig op den voorgrond treedt en verhindert hij de boven hem staande statengemeenschap haar recht, het volkenrecht, in groote mate te ontwikkelen.

Hierdoor wordt dan ook verklaard het nauw — of liever te nauw — verband, dat men vaak tusschen *Recht* en

---

1) t. a. p., blz. 119.

Staat heeft gezocht. [1]) Want al is het waar, dat zonder Recht geen Staat bestaanbaar is en al is het onmiskenbaar, dat de staatswil grooten invloed uitoefent op de verhouding van de mensch tot andere gemeenschappen, daarom mag men nog niet de rechtscheppende kracht van die andere gemeenschappen loochenen. En dat doet men als men Recht en Staat al te zeer verknocht.

Zoo is in de laatste eeuw de strooming geweest van de democratie, die hier evenals meestal tot autocratie heeft geleid. Door te veel den nadruk te leggen op de betrekking van den burger tot den staat, heeft zij om zoo te zeggen de banden doorgeknipt, die den enkelling aan zijne naaste omgeving binden. Wij komen op die wijze allengs nader aan eenen toestand, waarvan een Fransche schrijver [2]) zegt: „dans le massif national .... il se trouve une poussière d'individus".

Een zoodanige toestand is weinig aanbevelenswaard. Al kan de staat er soms oogenblikkelijk belang bij hebben, eene andere gemeenschap, geheel en al te verstikken; toch kan hij, die de hoogste uiting van gemeenschapsleven is, op den duur niet welvaren bij gebrek aan gemeenschapszin zijner leden. Want iemand, die niet vroegtijdig en van onderen op geleerd heeft, zich te gedragen als een werkelijk gezellig wezen, kan ook in waarheid niet voldoen aan de eischen,

---

1) Zoo zegt bijv. AHRENS, t. a. p., I. 133:

„Mais pour que les divers buts et biens dans leur unité intégrale et dans leur diversité puissent être poursuivies dans les divers genres et degrés de la sociabilité, il est nécessaire qu'il y ait un principe qui règle tous les *rapports* sociaux en vue de l'ordre commun. Ce principe d'ordre et d'organisation est... le *droit* et l'organisme social qui le réalise comme but spécial, l'Etat".

2) MAURICE BARRÈS, Les Déracinés, blz. 240.

die de hoogste gemeenschap, de staat, hem stelt. [1]) Onsociabele menschen geven slechte vaderlanders: de schoonklinkende naam van wereldburgers, waarmede dergelijke lieden zich tooien, dient slechts om het feit dat zij *nergensburgers* zijn te verbloemen.

Moet een ieder de teelt van dergelijke lieden reeds bedroevend vinden, voor den staat is het een dreigend gevaar!Het is daarom een wijs beleid, wanneer deze door aan zijne burgers eene zeer groote mate van vrijheid en zelfbestuur toe te kennen, hen als het ware opvoedt in gemeenschapszin. Door niet al hunne aandacht voor zich te vergen gewent hij hen, een open oog te hebben voor het feit dat zij lid zijn van vele gemeenschappen, wier belangen zij niet verwaarloozen mogen, en leert hij hen begrijpen, dat er nog ander recht bestaat dan het vormelijke recht van den staat.

Want iedere gemeenschap bezit eenen rechtsscheppenden wil, die ons verplichtingen oplegt, aan welke wij ons niet mogen onttrekken, zoolang zij niet met den wil van de hoogste gemeenschap, den staat, in strijd zijn.

---

1) MAURICE BARRÈS, t. a. p., spreekt van menschen, „qui, dans le vaste et puissant atelier qu'est une patrie, ne sont mis en mouvement que par leur ressort individuel et ne travaillent que pour eux-mêmes. Ils sont mal servis et ils servent mal".

HOOFDSTUK V.

Publiek- en Privaatrecht.

> La division ordinaire du droit en *droit privé* et en *droit public*, empruntée au droit romain, ... n'est que formelle, indiquant les deux points de vue principaux sous lesquels chaque matière du droit peut être envisagée. Car il n'y a aucune branche qui ne présente *à la fois* un côté privé et un côté public. [1])

„Publiekrecht en privaatrecht!" Dat er een karakteristiek verschil bestaat tusschen beiden, zal niet licht door iemand geloochend worden. Waarin echter dat verschil gelegen is, blijft nog een onopgelost vraagstuk. Niet omdat het ontbroken heeft aan pogingen tot oplossing er van; zoodanige pogingen immers zijn herhaaldelijk beproefd. Maar omdat die pogingen, althans naar de meening der meesten, altijd door schipbreuk hebben geleden. Vandaar dat in veler oog het zoeken naar een afdoend criterium een even onvruchtbaar en hopeloos werk is geworden als de arbeid door Sisyphus verspild aan het eeuwig terugrollend rotsblok; want telkenmale, wanneer men, soms na veel inspanning en moeite, zoodanig in eigen oog onaantastbaar criterium den hoogen berg had opgesleept, deed de onverbiddelijke

---

1) AHRENS, Cours de Droit Naturel, 6me édition, I 278.

kritiek het meedoogenloos terugtuimelen in de diepte." [1]) Hoewel aarzelend, waag ik het een onderzoek in te stellen, naar de waarde der onderscheiding, in het verklaren waarvan zooveel groote mannen te kort schoten.

Om dan te beginnen, heeft men het verschil gezocht in het *belang*. Deze meening is om zoo te zeggen een noodwendig uitvloeisel van de leer, die de administratie met de gemeenschap vereenzelvigt, in ieder geval de administratie beschouwt als het orgaan, dat bij uitnemendheid den staatswil vertolkt. Zelfs in deze beschouwing kan men, aan de hand van het belang, geen scherpe onderscheiding maken; want het beheer is er in ieder geval om de leden, en in strijd met het belang dier leden kunnen ook de belangen der administratie maar tot op zekere hoogte zijn. Wanneer men echter de zaak een weinig dieper beschouwt en inziet, dat de administratie volstrekt niet altijd den wil van de gemeenschap wedergeeft, dan moet men ook toegeven, dat gemeenschapsbelang en privaatbelang niet te scheiden zijn. Het gemeenschapsbelang is evenzeer privaatbelang als het privaatbelang gemeenschapsbelang is. Een voorbeeld moge dit verduidelijken. De staat heeft voor eenig doel een stuk land hoog noodig. Dat land is echter voor den eigenaar zeer veel waard, reden waarom deze daarvan geen afstand wenscht te doen. Men gaat over tot de onteigening. De staat biedt te weinig: de eigenaar wil veel meer. Men heeft hier het privaatbelang van den grondeigenaar tegenover het publiekbelang van den staat zoude men zeggen. Toch is die onderscheiding niet volstrekt.

---

1) Mr. J. A. LOEFF, Publiekrecht tegenover Privaatrecht, blz. 7.

Aan den eenen kant heeft de staat er belang bij, dat zijne leden niet op die wijze door de administratie benadeeld worden, al heeft hij daarbij ook geldelijk voordeel: het privaat belang blijkt ook publiek belang te zijn. Aan den anderen kant heeft de landeigenaar als lid der staatsgemeenschap er belang bij, dat de staat dien grond voor zoo min mogelijk verkrijgt: het publiek belang blijkt nu ook privaat belang.

Wil men het belang als kenmerk, dan moet men deze waarheid met voeten treden en is men genoodzaakt eenen min of meer willekeurigen greep te doen.

De *subjecten* zouden in de tweede plaats een kenteeken kunnen opleveren. Privaatrecht regelt betrekkingen tusschen de enkellingen, publiekrechtelijk zijn de verhoudingen tusschen subjecten, waarvan er minstens één een openbaar karakter draagt. Een privaat persoon kan dus in eene publiekrechtelijke betrekking staan, daarover zijn allen het eens. Aan den anderen kant ziet men, in strijd met dit kenmerk, openbare subjecten als privaat persoon optreden. Men verdedigt dan het kenmerk door den staat van zijne geldmiddelen af te scheiden. Men krijgt dan eene onderscheiding tusschen den staat-overheid en den staat-fiscus. Afgezien nu van de fout die men maakt door den staat, die eene gemeenschap is, zoo willekeurig te splitsen, zal men moeten toegeven, dat men voor die splitsing ook een kenmerk noodig heeft. Zoo ontstaat dus, waar men het kenmerk der onderscheiding tusschen publiek- en privaatrecht in de subjecten zoekt, de behoefte aan een tweede kenmerk om het eerste te vinden. Ik meen hieruit te mogen besluiten, dat dat eerste kenmerk er geen was. Anderen noemen het optreden

van den staat als privaat persoon eene fictie. Hierop wil ik slechts antwoorden, dat ook een kenmerk, hetwelk door ficties moet staande gehouden worden, dien naam niet verdient.

Zou dan misschien het *voorwerp* de sleutel zijn, die ons het geheim dezer onderscheiding ontsluit? De hevige en nog steeds niet geëindigde strijd over de beteekenis van art. 153 onzer Grondwet, doet ons reeds in den aanvang van dit onderzoek weinig goeds vermoeden. Is dit kenmerk het juiste, dan moeten ook de voorwerpen op dergelijke wijze verdeeld kunnen worden. Is dat nu mogelijk?

Het voorwerp van een recht, bedoelt onze wet met de ongelukkige bewoordingen van art. 555 Burg. Wetb., heet „zaak". Die zaken moeten dus de onderscheiding opleveren en die onderscheiding ligt voor de hand: het is de Romeinschrechterlijke onderscheiding van *zaken in den handel* en *zaken buiten den handel.*

Is die tegenstelling redelijk vol te houden? Ik antwoord volmondig: neen. Als ik mij voorstel zaken buiten den handel, dan denk ik bijv. aan de maan, die uit haren aard, of de oceaan en de mensch, die volgens de algemeen geldende rechtsbeginselen voor bezit onvatbaar zijn. Daarneven op het voetspoor van het Romeinsche recht nog andere *res extra commercium* aan te nemen, zooals wegen, havens, vestingwerken, begraafplaatsen enz., schijnt mij door niets gerechtvaardigd. Een weg is als *het* eigendom der gemeente onderworpen aan *den* eigendom der gemeente: de eigendom is, wat men noemt, een privaatrecht: die weg is dus in den handel.

Deze redeneering dient om aan te toonen, dat ook de

leemte, die er anders in de terminologie der wet zou zijn, tegen de onderscheiding pleit. Eigenlijk is zij verkeerd: ik zocht toch het kenmerk van de zaak in het kenmerk van het recht, en wij waren juist eene tegenovergestelde richting uitgegaan. De fout ligt evenwel niet aan mij, doch aan de uitdrukking „zaak buiten den handel". Om te weten of men met publiek- dan wel met privaatrecht te doen heeft, kijkt men naar de zaak. Is deze in den handel, dan is het privaatrecht: doch daardoor heeft men zijne aandacht weder van de zaak afgetrokken en is men tot het recht wedergekeerd. Zoo draait men in eenen kring rond en dit geeft reeds een vermoeden tegen de juistheid van ons kenteeken.

Doch laten wij wederkeeren tot ons voorbeeld. Dat een ander geen eigenaar kan zijn van eenen weg, die in den eigendom is der gemeente, is even natuurlijk als dat A geen eigenaar kan zijn van B's paard. Wel van datzelfde paard, doch dan is het B's paard niet meer. Zoo ook kan iemand wel eigenaar zijn van dienzelfden weg; doch dan is het geen gemeenteëigendom meer — mogelijk wèl een gemeenteweg. Want een privaat persoon kan eigenaar zijn van eenen openbaren weg; de ondervinding leert dat en ons Burgerlijk Wetboek wijst daar nog in het bijzonder op. [1]) Dat er dan in den grond eene horizontale grens zou moeten getrokken worden tusschen den privaten- en den gemeenteëigendom is eene bewering te kinderachtig om er langer bij stil te staan. Neen, de bestemming van openbaren weg rust dan als eene

---

1) Zie art. 577. B. W.

dienstbaarheid op den grond. De eigenaar blijft eigenaar, doch hij heeft aan zijn eigendom niet veel: hij *kan* er over beschikken, al zal hij niet licht eenen afnemer vinden.

Niet op den aard, op de bestemming moeten wij dus letten. Maakt de bestemming dan eene zaak buiten den handel? Ook dat niet. De bestemming maakt alleen het bezit minder begeerlijk. Van een land waarop de bestemming van openbaren weg rust, kan een privaat persoon niet het volle genot hebben, zoolang dat land overeenkomstig die bestemming wordt gebruikt. Evenmin kan A het volledige genot hebben van eene jas, die de bestemming heeft door B gedragen te worden, zoolang die jas aan hare bestemming blijft voldoen. Ook art. 230 van de Gemeentewet, bepalende dat de aan de gemeente behoorende wegen enz. niet mogen worden vervreemd, bezwaard of verpand, dan nadat zij door een besluit van den Raad verklaard zijn, ten openbaren dienst niet meer bestemd te wezen, geeft geen enkel argument voor de onderscheiding. Verkoop van eenen weg, met behoud van de bestemming als zoodanig, is in het afgetrokkene mogelijk: in de werkelijkheid zal het niet voorkomen. Dit wordt ten overvloede door art. 230 verboden. Het voorkomt daardoor mogelijke moeielijkheden. Verkoop van eenen weg, met opheffing van de bestemming als zoodanig, laat vervolgens het artikel toe. Deze handeling mag niet geschieden, dan nadat het hoogste orgaan der gemeente, d. i. de Raad, daartoe besloot.

Zou dan de mogelijkheid van beslag er op misschien iets meer licht geven? Neen, dit kenmerk laat zich tot het

vorige, de bestemming, terugbrengen. Ik trek onmiddellijk eene parallel tusschen den gemeenteweg en mijne legerstede. Wordt de gemeenteweg een weiland, en neem ik de gewoonte aan in een ander bed te gaan slapen, dan is in beide gevallen weder beslag mogelijk.

Tot nog toe dachten wij slechts aan de zgn. lichamelijke zaken en namen daardoor „zaak" in den zin van stoffelijk voorwerp. Op die stoffelijke voorwerpen kunnen wij de bovengenoemde onderscheiding niet toepassen, dat zagen wij. Ons nu bedenkende, dat de wet ook onlichamelijke zaken kent, zijn wij genoodzaakt aan zaak, rechtsvoorwerp, eene andere, ruimere beteekenis te hechten. Het is dan de mate van genot uit het recht voortvloeiende, de inhoud van het recht. Alsnu geraken wij de kluts geheel kwijt. Als het onderscheid tusschen rechtsbetrekkingen moet gezocht worden in het voorwerp, en dat voorwerp blijkt niet anders te zijn dan de inhoud van het recht, dan zijn wij terecht gekomen in den circulus vitiosus, waarvan wij reeds bij ons uitgangspunt een flauw vermoeden hadden.

Is het daarom te verwonderen, dat men teneinde raad het kenmerk niet meer heeft willen zoeken in dergelijke uiterlijke omstandigheden, doch in de *rechtsbetrekking* zelve. Komt de rechtbetrekking tot stand vrijwillig tusschen twee gelijkelijk aan eenen hoogeren wil onderworpen subjecten, dan bevinden wij ons op het gebied van het privaatrecht; komt daarentegen de rechtsbetrekking tot stand doordat de eene partij met dwingende macht tegenover de andere is bekleed, dan is er publiekrecht. Dit beginsel huldigt ook de STAATSCOMMISSIE 1891, die naar het *fundamentum petendi* de bevoegdheid van den administratieven rechter

wil bepalen. [1]) Maakt dit criterium ons veel wijzer? Ik geloof het niet. Deze onderscheiding heeft het nadeel, dat zij niet op het gansche door ons te verdeelen gebied van het recht geldt. Of zouden wij misschien alle verhoudingen bijv. tusschen gewesten tot het privaatrecht moeten brengen en eveneens het geheele volkenrecht, waarvan de subjecten gelijkelijk aan den wil van de statengemeenschap zijn onderworpen, al is die onderwerping dan ook zeer gering? Dit kan nooit de bedoeling zijn!

Wij zijn zoo ten einde raad. Zou het, zoo vragen wij, „daar het zoeken naar de juiste grensscheiding tusschen publiek- en privaatrecht nog steeds een verrassende analogie blijft vertoonen met de pogingen om de quadratuur van den cirkel te bepalen," [2]) niet mogelijk zijn, dat er eens *geen onderscheid* bestond? [3])

---

1) Verslag, blz. 8.

2) Mr. J. B. KAN Jr., Grenzen der Administratieve Rechtspraak, Rechtsgel. Mag. 1897, bl. 361.

3) Vergelijk Mr. S. VAN HOUTEN, Verslag Staatscommissie 1891, afzonderlijke nota, blz. 70:

„Immers die onderscheiding is zuiver doctrinair en wisselt in den loop der tijden naar de opvattingen der rechtsgeleerden en de organisatie der Staten. In het feudale recht is het landbezit publiekrechtelijk, in de op het Romeinsche recht geschoeide wetgevingen is het privaatrechtelijk. Veel wat tot het waterschapsrecht behoort, was vroeger privaatrechtelijk en is thans publiekrechtelijk. Voorts zijn de rechtsbetrekkingen zelve, die tot de geschillen aanleiding geven, dikwijls half publiekrechtelijk, half privaatrechtelijk. Indienstneming bij voorbeeld bij den Staat voor werkzaamheden, die niet publiekrechtelijk zijn geregeld; toevoegingen van speciale condities aan benoemingen; regelingen, als bijvoorbeeld de Billiton-overeenkomst, die zelfs concessiecontract genoemd werd, enz. Uit hun aard hybridisch zijn ook de vermogensrechten, wier oorsprong in de heerlijke rechten wortelt.

Mr. H. Vos zal ons op den weg helpen. Deze schrijver [1]) sluit zich nauw aan bij de zoo juist uiteengezette beschouwing: ook hij laat het onderscheid afhangen van de vraag: „in welke betrekking staan de partijen tot elkander?" Het antwoord op die vraag laat hij spoedig volgen: „Het privaatrecht regelt de verhoudingen tusschen het eene individu en het andere, waar die het gevolg zijn van het verkeer tusschen meerdere, uit hunnen aard gelijkgerechtigde en door geen natuurlijk verband vereenigde wezens". [2]) „Het publiekrecht regelt de betrekkingen tusschen de, met openbaar gezag bekleede, corporatie en hare leden, het zij deze laatste lagere corporaties, of enkele individuen zijn, en de tusschen deze onderling, uit het gemeenschapsverband voortspruitende, verhoudingen." [3]) Op het gemeenschapsverband wordt door Mr. Vos de nadruk gelegd. Dat

---

Voorts steunt menige eisch op meerdere rechtsgronden, ten deele van publiekrechtelijken, ten deele van privaatrechtelijken aard. Voorbeeldshalve zij gewezen op vorderingen van zuiver burgelijken aard, waarbij de toepasselijkheid van eene wet afhangt van de vraag, welke de nationaliteit is van een der partijen".

Vergelijk ook Mr. de Savornin Lohman t. a. p., blz. 231:

„Er is slechts één recht, en de taak van den rechter blijft dezelfde, onverschillig of de overheid hare macht uitoefent ten behoeve van den burger die haar inroept, dan wel ter nakoming van eigen verplichtingen.....

„Maar de verhoudingen zelve, die door vaste regelen (wetten) beheerscht worden, zijn talrijk en verschillend van aard. In dien zin kan men spreken van burgerlijk- en handelsrecht; van strafrecht en militairrecht; van politierecht en administratief recht. De grenzen dier indeelingen zijn echter niet scherp te trekken.

1) Publiekrechtelijke Geschillen, blz. 23.

2) Mr. Vos, t. a. p., blz. 24.

3) Mr. Vos, t. a. p., blz. 27.

gemeenschapsverband is voor ons het tooverwoord, waarnaar wij zochten! Want spruiten niet uit het gemeenschapsverband *alle* rechtsbetrekkingen voort? Als het recht is, zooals wij boven aantoonden, de grens door de gemeenschap gesteld aan de willekeur der enkellingen, dan kan in den aard der rechtsbetrekking niet het onderscheid tusschen publiek- en privaatrecht te vinden zijn. Iedere rechtsbetrekking is dan eene verhouding tusschen enkelling en gemeenschap. Dan is het even dwaas te spreken van eene rechtsbetrekking tusschen personen, als van eene rechtsbetrekking tusschen een persoon en eene zaak. De praestatie van den ander is, evenals de zaak, het voorwerp van mijne willekeur, en omdat de gemeenschap die willekeur begrensd heeft, object van mijn recht.

Besteden wij hieraan een oogenblik onze aandacht. Den mensch te denken, afgescheiden van eenige gemeenschap, is onmogelijk. De samenleving vertoont en heeft steeds vertoond een groot aantal gemeenschappen. Ieder mensch is, met zijne geboorte reeds, lid van zoo eene gemeenschap, al nemen wij dan ook de meest oorspronkelijke, het gezin. Ten gevolge hiervan is de wilssfeer van den mensch nooit onbeperkt geweest. Reeds bij het ter wereld komen is zijn wil beperkt door het recht der gemeenschap waarvan hij lid is. De verklaring van die beperking mag men niet eenvoudig daarin zoeken, dat er naast iemand andere menschen bestaan, doch in het feit dat men met die andere menschen eene gemeenschap vormt. Want slechts de gemeenschap, als eenheid van hoogere orde, beperkt de willekeur van den eenling. Steeds dus staat bij eene rechtsbetrekking de eenling tegenover de gemeenschap; nooit

tegenover eenen anderen eenling. Als wij dit voor oogen hebben, stellen wij ons nogmaals de vraag naar het onderscheid tusschen publiek- en privaatrecht. Dat onderscheid zal dan moeten te vinden zijn hetzij objective, hetzij subjective.

Nu ligt het voor de hand, dat objectief geen verschil bestaat. Recht is de grens tusschen de wilssfeeren van eenling en gemeenschap; objectief beschouwd, d. w. z. mij niet op een dezer beide standpunten plaatsende, is het recht eenvoudig de grens, meer niet. Doch grensstelling is tevens grensbewaking: wij zagen reeds, dat in den dwang het rechtskarakter gelegen is, dat uit de sanctie de norm moet worden afgeleid. Men zou nu de rechtsbetrekkingen naar hunne sanctie kunnen verdeelen. Doch hiertegen rijzen twee bezwaren. In de eerste plaats zou het slechts van de willekeur der gemeenschap afhangen, tot welk gebied een rechtsregel zoude behooren. Ieder principiëel onderscheid is daardoor natuurlijk geloochend. Dit zou evenwel nog niet het grootste bezwaar zijn. Wij hadden dan ten minste zoo niet een wetenschappelijk dan toch een tastbaar kenteeken. Doch ook dat kenteeken ontvalt ons, wanneer wij denken aan de talrijke gevallen dat éénzelfde rechtsregel meerdere sancties heeft. Zoo wordt de regel: „gij zult niet dooden" zoowel door het Burgerlijk Wetboek als door het Wetboek van Strafrecht gesteld. Eerstgenoemd wetboek zet aan dat verbod kracht bij door vergoeding van het veroorzaakte nadeel, het tweede door vrijheidsstraf tegen den overtreder te bedreigen.

Subjective dan misschien? Wij zullen zien! De gemeenschap heeft aan den eenling eene ruimte gelaten, waarbinnen

hij zich vrijelijk mag bewegen. Het recht geeft de uiterste grens aan, waarbuiten zijne willekeur niet geduld wordt. Die ruimte is, wij zagen het reeds te voren, het subjectieve recht van den eenling; wat daar buiten ligt is geen recht, het is de beperking van zijn recht, de ontkenning en tevens de levensvoorwaarde van zijn recht, het is de verplichting hem door de gemeenschap opgelegd.[1]) „De sfeer van het subjectieve recht daarentegen, of wat men den inhoud daarvan belieft te noemen, is uit den aard der zaak onbepaald; in het objectieve recht vindt zij slechts hier en daar op negatieve wijze bij de perken der verplichtingen zekere grenzen". Zoo zegt Mr. VAN IDSINGA.[2]) Eén bezwaar heb ik daartegen. Zooals ik reeds in het licht stelde, is er geen gebied denkbaar, waarop de eenling niet op den duur met het recht in aanraking komt. De sfeer van het subjectieve recht is *overal,* niet hier en daar, beperkt. Zonder beperking slechts almacht; juist de beperking maakt de willekeur tot recht. Overigens schijnt de omschrijving van Mr. VAN IDSINGA mij bijzonder juist. Vooral die beperking

---

1) Ongeveer hetzelfde beweert Mr. VOS, t. a. p., blz. 65, ten aanzien van het administratief recht: „De wettelijke regelen trekken dus een grens tusschen twee terreinen; aan de eene zijde een onschendbaar (?) terrein, waarop het individu heer en meester is, naar vrije wilsbepaling te heerschen, aan de andere zijde een gebied, waarop het aan de administratie overgelaten is in het openbaar belang die maatregelen te nemen, en op die wijze te nemen, zooals zij meent goed te doen..... Waar dus de vrijheid van handelen, aan de administratie door de wet gelaten, ophoudt, daar begint de kring, waarbinnen het individu geen ingrijpen van het openbaar gezag (*d. i. het beheer, niet den Staat*) behoeft te dulden, zijn — wat men derhalve noemt — *private rechtssfeer*".

2) t. a. p. I, blz. 170.

op negatieve wijze, wanneer ik althans hem goed begrijp. De begrenzing van de rechtssfeeren van individu en gemeenschap moet men zich niet denken als de afheining van twee erven door een hek. Neen, men moet zich dat anders voorstellen en wel zooals ik het hier afbeeld.



Voor den eenling houdt alle subjectief recht op aan de grens. Voor hem is er slechts één subjectief recht, nl. het zijne. Aan de andere zijde ligt de voor hem onschendbare subjectieve verplichting. Doch in die beperking van den eenling, in diens subjectieve verplichting, vindt de gemeenschap hare subjectieve rechtssfeer. Gaan wij slechts op het tegengestelde standpunt staan, in casu keeren wij de figuur om.



Wij kunnen nu ook het terrein aan de andere zijde van de grens de subjectieve verplichting noemen der gemeenschap, als wij maar bedenken, dat die verplichting verplichting is, omdat de gemeenschap dat nu op het oogenblik wil. Verplichting in den zin van onaantastbaar terrein is het niet. [1])

1) Dit gevoelde ook Mr. LOEFF, t. a. p. blz. 56, reden waarom hij er toe komt, de subjectieve rechten van den eenling tegenover den staat te loochenen (slechts op het gebied van het administratief recht). „Als het kiesrecht... enz", zoo zegt hij, „inderdaad rechten zijn van de... Staatsonderdanen tegenover den Staat, dan rust ook.... op den Staat de rechtsplicht om dat recht te eerbiedigen. Want

Waarom Mr. VAN IDSINGA nu zoo sterk den nadruk legt op die verplichting kunnen Mrs. RÖELL en OPPENHEIM [1]) zich niet begrijpen. „De leer van Mr. VAN IDSINGA", zoo zeggen zij, „is een uitvloeisel van zijne definieering van het objectieve recht als een samenstel: niet van rechten in den zin van bevoegdheden, maar van *rechtsverplichtingen*. Laat die opvatting de juiste wezen: vloeien dan uit deze verplichtingen niet rechtstreeks en onmiddellijk subjectieve rechten voort en drukt daarop niet HOLLAND, als hij het zonder belang noemt, whether a system of law starts with a consideration of rights or of duties. Mr. VAN IDSINGA verklaart zelf, dat door de vaststelling van de rechtsverplichting *ter zelfder tijd* het corrolaat daarvan, het subjectieve recht wordt vastgesteld. Maar dan moet het.... voor eene wettelijke regeling tamelijk onverschillig wezen, welke van de twee punt van uitgang wordt."

Oogenschijnlijk hebben zij gelijk. Toch kies ik de zijde van Mr. VAN IDSINGA. „Het is mogelijk", zoo zegt hij, [2]) „dat men zich bij het systematiseeren van het objectieve recht, hetzij ten behoeve der wetenschap of voor de samenstelling van een of ander wetboek, op het standpunt van den drager van subjectieve rechten plaatse en van daar uit het objectieve recht geheel of gedeeltelijk beschouwe en beschrijve, op welke wijze men ongetwijfeld het objectieve recht zal kunnen gieten in den vorm van een com-

---

tegenover elk subjectief recht staat een subjectieve plicht; beide vormen samen de keerzijden ééner medaille. Intusschen, wie ziet niet in, dat zulke plicht... niet op den Staat rust, noch ooit op hem kan rusten?"

1) Bijdrage tot regeling der Administratieve Rechtspraak, blz. 6.

2) t. a. p., I blz. 169.

binatie van subjectieve rechten (Zoo behandelt of liever mishandelt men het privaatrecht, enz.); maar, hoewel ik niet wil ontkennen, dat het daarbij wel eens gelukken kan, om wat men een subjectief recht noemt min of meer nauwkeurig te bepalen en te omschrijven, beweer ik dat wat bij zulk een beschrijving als resultaat te voorschijn komt in waarheid niets anders is dan een *weêrkaatsing* van hetgeen door het wezenlijke recht is vastgesteld en bepaald en dus had dienen te worden omschreven, nl. de *rechtsverplichting*". Als ik de zijde van Mr. VAN IDSINGA blijf kiezen, doe ik dat niet omdat ik voor de boven aangehaalde weêrlegging niets gevoel. Eerlijk gezegd, kan ik mij ook niet begrijpen, waarom deze schrijver zoozeer den nadruk op de verplichting wenscht te leggen. Bedoelt hij daarmede misschien, dat zonder de begrenzing door de verplichting er geen subjectief recht zou bestaan, slechts abstracte willekeur? Met hetzelfde recht mag ik echter zeggen, dat zonder de begrenzing door het subjectieve recht, er ook geene verplichting zou bestaan, slechts abstracte gebondenheid. Neen, wanneer ik de partij kies van Mr. VAN IDSINGA en ook den nadruk op de *verplichting van den eenling* wil leggen, dan doe ik dat, omdat de gemeenschap vrijelijk de perken van hare rechtssfeer (d. i. de verplichting van den eenling) stelt; waardoor tevens het subjectief recht der enkellingen wordt bepaald. En dezen grond kan Mr. VAN IDSINGA nooit gehad hebben, getuige de heftige wijze, waarop hij tegen het absolutisme van het algemeen belang te velde trekt. [1])

---

1) t. a. p., II passim.

Alle rechtsregels leggen alzoo den eenling eene verplichting op, doch geven hem tevens eene zekere bevoegdheid. Dat men ze onderscheidt in publieke en private, is dan ook niet wel te verdedigen.

Hoe men tot die verdeeling gekomen is, is moeielijk te zeggen. Toch is het mogelijk twee denkfouten aan te wijzen, waardoor de handhaving dier tegenstelling eenigzins verklaard wordt, al zijn er misschien gevallen te bedenken, welke door de aanduiding van die fouten niet geheel opgehelderd worden. Op die twee fouten wil ik hier achtereenvolgens de aandacht vestigen. Tot de eerste geeft de correlatie tusschen verplichting en bevoegdheid aanleiding. Laat een rechtsregel veel vrijheid aan den eenling, dan let men daarop slechts en spreekt men van privaatrecht; laat hij ons weinig vrijheid, dan let men slechts op de verplichting, d. i. het recht der gemeenschap en spreekt men van publiekrecht. Een voorbeeld schijnt hier niet misplaatst. Aan de willekeur van den mensch ten opzichte van de stoffelijke goederen, stelt de Nederlandsche staatsgemeenschap eene betrekkelijk kleine beperking in art. 625 van het Burg. Wetb. De overgebleven bevoegdheid is vrij groot: eigendom wordt dan ook algemeen tot het privaatrecht gerekend. (De nadruk op de bevoegdheid gelegd blijkt reeds uit het woord.) Diezelfde gemeenschap echter beperkt de willekeur ten opzichte dier goederen weder, als zij in de verschillende belastingwetten voorschrijft, er een deel van af te staan. Die beperking is grooter. Men let dan ook algemeen slechts op de verplichting (uit het woord blijkt het reeds), d. i. het recht der gemeenschap en spreekt dus van publiekrecht. Even goed echter had ik bij eigendom

mogen letten op hetgeen mij verboden was en bij belasting op het gedeelte dat ik behouden mocht.

De tweede fout is dezelfde, waarop ik aan het slot van het vorige hoofdstuk reeds opmerkzaam maakte. Daar het recht is de mate waarin in eene gemeenschap de veelheid aan de eenheid is opgeofferd, daar spreekt het van zelf, dat men, over „recht" sprekende, eene bepaalde gemeenschap, eene bepaalde tegenstelling van eenheid en veelheid, moet veronderstellen. Zoo zou men de statengemeenschap kunnen nemen tegenover de staten, een kerkgenootschap tegenover zijne leden, de staat tegenover de kerkgenootschappen, en ook de staat tegenover de staatsburgers. In al die gevallen kan men letten op de vrijheid aan de veelheid gelaten of op de gebondenheid door de eenheid veroorzaakt. De staat echter heeft door zijne souvereiniteit de lager staande gemeenschappen zoo beperkt, dat het eigen recht dier gemeenschappen weinig op den voorgrond treedt, en de hoogerstaande gemeenschap verhinderd, het volkenrecht tot groote ontwikkeling te brengen. Daarom gaat men bij de beoordeeling, of eene verhouding publiek- dan wel privaatrechtelijk is, steeds uit van de tegenstelling: staat — staatsburger. [1]) Eene verplichting, die wij ons door eene gewone vereeniging of door het gezin laten opleggen, is vrijheid ons door den staat gelaten, dus privaatrecht. Vrijheid voor den staat in de

---

1) Verg. AHRENS, t. a. p., I blz. 280:

„.. en concevant l'Etat comme l'institution centrale de la société, on n'envisage que les rapports de l'Etat avec les individus et avec quelques corps constitués, qui, à ce point de vue, apparaissent comme des institutions privées".

statengemeenschap of voor het gewest in den staat zijn wij gewoon te beschouwen als beperkingen van onze bevoegdheid, dus als publiekrecht; want zonder die beperkingen zoude er geen gewest, geen staat en geen statengemeenschap zijn.

Waar ik nu in de laatste regelen begrijpelijk trachtte te maken, door welke fouten men kwam tot eene verdeeling van het recht in publiek- en privaatrecht, daar zal het — ook na hetgeen daaraan vooraf ging — wel duidelijk zijn, dat volgens mij eene dergelijke „onderscheiding of tegenstelling, die de vrucht is van een verkeerd rechtsbegrip", [1]) geen recht van bestaan heeft.

---

1) Mr. VAN IDSINGA, t. a. p., I blz. 7.

HOOFDSTUK VI.

Rechtsgeschillen.

„De administratie niets meer dan een gewone, gelijke, procesvoerende „partij"; ziedaar wat men juist zoo moeielijk schijnt te kunnen aannemen". [1])

Als het recht is de grens aan de willekeur van den eenling gesteld, dan is een rechtsgeschil een grensgeschil. Een grensgeschil is een geschil over den loop van de grens: beide partijen beweren op eigen gebied te staan: één van beide moet dus de grens overschreden zijn. Een rechtsgeschil is dus niet mogelijk zonder eene overtreding van de grens, door het recht gesteld.

De gemeenschap kent in de begrenzing der individueele willekeur geen palen. Zij is in het vormen van haren wil slechts aan zich zelve gebonden, d. w. z. niet gebonden. De gemeenschap kan derhalve eene zoodanige grensoverschrijding niet doen. Alle gebied, dat zij betreedt is daardoor op het zelfde oogenblik haar eigen terrein. [2]) Slechts

1) Mr. VAN IDSINGA, t. a. p., I blz. 106.

2) Vergelijk Mr. LOEFF, t. a. p. bl. 31:

„Aangezien nu echter de Staat, binnen den kring zijner machtsvolkomenheid de schepper van al het recht zijner onderdanen, om deze reden nooit *het recht* dier onderdanen kan krenken, is het inwendig Staatsrecht in subjectieven zin volmaakt onbegrensd en onbeperkt.

de eenling kan hierdoor de grens overschrijden. Bij ieder rechtsgeschil is er dus eene betreding door den eenling van het voor hem onaantastbare gebied der gemeenschap. Steeds is er dus één, die gemeenschapsorgaan is.

Nu zal men misschien vragen, hoe het komt, dat er van een geschil zelfs maar sprake kan zijn. Het gemeenschapsorgaan drukt den wil der gemeenschap uit en handhaaft de grens. Tegen den wil der gemeenschap vermag geen eenling iets: plaats voor een *geschil* blijft er niet over. Dit zou ook zoo zijn, indien niet het eigenaardige van een rechtsgeschil juist was, dat beide partijen het orgaan der

---

De macht van den Staat is ook de grens van het recht van den Staat. Al wat de Staat wil, dat zij, binnen de grenzen zijner macht, is recht, al wat hij binnen die grenzen niet wil, dat zij, is onrecht" en op bl. 34:

„Het recht des Staats tegenover zijne onderdanen is in beginsel absoluut en houdt slechts op, waar zijne macht eindigt. Dat wil zeggen (het wordt hier met nadruk uitgesproken) het formeele recht des Staats. In formeelen zin kan de Staat nooit onrecht doen; wel natuurlijk in materiëelen zin. De uitingen immers van zijn recht, zijne macht, behooren noodzakelijk in overeenstemming te zijn met de justitia en mogen niet in strijd zijn met zijn doel..... Maar of zijne maatregelen en voorschriften in overeenstemming zijn met de justitia en met zijn levensdoel, beoordeelt hij zelfstandig, zonder aan eene aardsche macht verantwoording schuldig te zijn. In dezen zin dus is het recht des Staats absoluut". Schr. gebruikt echter „recht" in twee beteekenissen: recht in formeelen zin, d. i. de staatswil, en recht in materiëelen zin, staande daarboven. M. i. is slechts het recht in formeelen zin van Mr. LOEFF recht; het andere bestaat niet".

Vergelijk ook Mr. J. G. L. NOLST TRENITÉ, Publiekrecht en Rechtspraak, blz. 34, die naast den staatswil ook de afgetrokken rechtvaardigheid als bron van recht erkent, m. i. ten onrechte. Deze schrijver is verder van meening, dat de staat niet alleen aan de rechtvaardigheid doch ook aan het stellig recht gebonden is, juist het

gemeenschap beweren te zijn en kunnen zijn. Vandaar hunne hoedanigheid van partij.

De waarheid hiervan zullen wij thans onderzoeken.

Men heeft altijd de overheid met de van haar afhankelijke administratie beschouwd als het eenig denkbare orgaan van den gemeenschapswil. De gemeenschap echter maakt, om haren wil te uiten, volstrekt niet altijd gebruik van *vaste* organen; dikwijls belast zij met het orgaanschap van haren wil hare leden.

Dit moge in de eerste plaats blijken uit de geschiedkundige ontwikkeling van het strafrecht. Vroeger trad de

---

tegengestelde van hetgeen ik hierboven nederschreef. „Het stellig recht", zoo zegt hij op blz. 35, „is de wil van den Staat, de Staat zal dus aan het stellig recht onderworpen zijn. Verandert het stellig recht, d. w. z. verandert zijn wil, dan zal hij aan dien veranderden wil gehoorzamen". De onjuistheid van deze redeneering ligt voor de hand. Den staatswil, bron van het stellig recht, hetwelk hij naar goedvinden verandert, tevens aan dat recht onderworpen te verklaren, strijdt tegen de eerste regelen van het gezond verstand. De oorzaak dezer grove onjuistheid ligt voor de hand. Mr. TRENITÉ vereenzelvigt zoo nu en dan den staat met de administratie. Zoo bedoelt hij nu eens met staat de staatsgemeenschap, dan weder den ambtenaar. Duidelijk blijkt dit uit hetgeen hij verder zegt: „Maar zoolang er stellig recht bestaat, zoolang is ook dat stellig recht, *zooals* het is, bindend voor den Staat. Men moet hierbij wèl in het oog houden, dat de Staat niet op één lijn met den mensch gesteld kan worden. De Staat is eene abstractie en bestaat dus niet verder dan hij zich openbaart. Bij den mensch kan men een anderen wil veronderstellen dan dien hij uitspreekt of uitgesproken heeft, de Staat daarentegen heeft geen anderen dan den uitgedrukten wil."

Vergelijk ten slotte Mr. H. VOS, t. a. p. bl. 67: „.... door de wet kunnen geen rechten geschonden worden, omdat elke beperking door haar aan de individueele vrijheid opgelegd, een geoorloofde beperking is en dus daarmede het privaat belang ophoudt een recht te zijn."

benadeelde op als orgaan van de gemeenschap. *Zijn* belang was voor haar een waarborg, dat hij *hare* belangen niet zoude verwaarloozen. En te Rome werd, waar niemand genoeg belanghebbend was om uit eigen beweging tot de verdediging der rechtsorde over te gaan, een ieder daartoe bevoegd verklaard door middel van eene zgn. *actio popularis* [1]). De boete maakte den aanklager dan tot belanghebbende. Nu is in de plaats van den benadeelde een vast orgaan, het Openbaar Ministerie, ingesteld; doch het strafrecht is daardoor alleen van aard veranderd, wanneer men in de wijze van handhaving van eenen rechtsregel den aard van dien regel wil zoeken. Volgens mij is het slechts een formeel, geen principieel onderscheid.

In de tweede plaats, hoe dikwijls verklaart de wet niet zoowel den ambtenaar als den privatus bevoegd, in zekere gevallen als gemeenschapsorgaan op te treden? Voorbeeldshalve noem ik hier de stuiting van door den staat niet gewilde huwelijken, waartoe behalve het Openbaar Ministerie ook een aantal verwanten bevoegd zijn.

Het mooiste voorbeeld geeft ons echter art. 143 van de Gemeentewet, alwaar aan ieder ingezetene de bevoegdheid wordt gegeven, namens de gemeente eenen eisch in rechte te doen, die volgens zijne meening door den gemeenteraad in het belang der gemeente behoorde te zijn gedaan. Ook

---

1) Zie b.v. l. 3. pr. D. de sepulcro viol. 47. 12:

„Praetor ait: cuius dolo malo sepulcrum violatum esse dicetur, in eum in factum iudicium dabo, ut ei ad quem pertineat, quanti ob eam rem aequum videbitur, condemnetur. Si nemo erit ad quem pertineat, sive agere nolet: quicumque agere volet, ei centum aureorum actionem dabo."

art. 29 van de Kieswet verklaart een ieder bevoegd bij het gemeentebestuur verbetering van de door dat bestuur vastgestelde kiezerslijst te vragen op grond dat hij zelf of een ander, in strijd met de wet, daarop voorkomt, niet voorkomt, of niet behoorlijk voorkomt en art. 106 van diezelfde wet geeft eene dergelijke bepaling voor de lijsten van hoogstaangeslagenen in de provincie.

Wie orgaan is hangt af van de gemeenschap. Hij, dien de gemeenschap met het vertolken van haren wil belastte, hetzij stilzwijgend, hetzij uitdrukkelijk, is orgaan van de gemeenschap. Zoo zegt Mr. KRABBE: [1]) „De actie komt toe aan het *orgaan* van het belang. De rechtsqualiteit van orgaan is niet te vereenzelvigen met de feitelijke hoedanigheid van belanghebbende. Men kan als individuëel persoon zijn belang zoover uitstrekken als men wil, maar orgaan van belangen is hij slechts, voorzoover zijn wil in eenig opzicht voor de behartiging van die belangen beslissend is. Of, en in hoeverre, dat het geval is, bepaalt de wet.... Ook het orgaanschap van openbare belangen is een rechtsqualiteit, eigener gezag kan niemand zich als orgaan van openbare belangen opwerpen, maar belanghebbende bij de openbare zaak kan iedereen zijn" — *is* iedereen in mindere of meerdere mate, zoude ik liever zeggen. De hoedanigheid van belanghebbende bij de openbare zaak maakt den eenling min of meer geschikt, om te dienen als orgaan van den gemeenschaps*wil*. Mr. KRABBE spreekt steeds van het „orgaan van een belang". Dat nu is eigenlijk onmogelijk. Niet het belang, doch de persoon

---

1) Adm. Rspr. Bijdr. II § 2. 2.

wiens wil op dat belang gevestigd is, heeft een orgaan.

Als orgaan van de gemeenschap kunnen nu ook de leden der gemeenschap dienst doen. Mr. KRABBE [1]) vindt dit eene uitzondering. „Regel is", zoo zegt hij, „dat voor de openbare belangen vaste ambtsdragers als organen zijn aangewezen en het staat niemand vrij om zich op te werpen tot orgaan van andere belangen dan waarvan hij krachtens de wet orgaan is". Of het orgaanschap der leden echter thans zoo eene uitzondering is, vermeen ik te moeten betwijfelen. De leden zijn het natuurlijke gemeenschapsorgaan. In den oerstaat deden slechts zij als zoodanig dienst. Langzamerhand wordt met de ontwikkeling van de overheid het orgaanschap der leden verwaarloosd, hetwelk door hen wordt teruggeëischt, als de overheid in het vertolken van den gemeenschapswil te kort schiet. In den constitutioneelen staat is het orgaanschap der leden weder erkend: door hunnen invloed op de wetgeving en door hunne positie bij de toepassing der wet. Evenwel is het waar wat Mr. KRABBE zegt, dat niemand het recht heeft, zich op te werpen als orgaan van andere belangen dan welke de wet hem aanwees.

Ik zal dus, om het voorgaande te staven, twee zaken hebben aan te toonen: 1° dat in de geschillen, die gewoonlijk beschouwd worden als geschillen tusschen twee enkellingen, steeds één der partijen orgaan is van den gemeenschapswil en 2° dat in de geschillen, waarin een ambtenaar in zijne hoedanigheid als partij optreedt, door dien ambtenaar nog niet steeds de gemeenschapswil wordt

---

1) t. a. p.

vertolkt, zoodat ook de andere partij gemeenschapsorgaan kan zijn.

Mijne eerste stelling zal ik duidelijk maken aan de hand van een voorbeeld. A koopt een paard van B voor *f* 400.—. B eischt de koopsom, doch A weigert, bewerende reeds betaald te hebben. Het voorbeeld is zoo eenvoudig mogelijk gesteld. Wat wil dat nu zeggen. De gemeenschap zegt tot A: ik laat u niet geheel vrij in uwe willekeur ten opzichte der stoffelijke goederen. Voor-eerst zult gij u houden binnen de grenzen, die ik u in art. 625 van het Burgerlijk Wetboek en de daarmede verband houdende artikelen aanwees. Die beperking is tweeledig: 1° zult gij uwe macht niet doen gelden op *andere goederen*, dan die ik u als uw eigendom toewees, 2° zult gij op deze laatste goederen uwe macht niet verder doen gelden dan ik het toeliet. Eén van die beperkingen is deze. Begeert gij een goed, dat niet het uwe is, en tracht gij dat te verkrijgen door eene handeling, die ik onder den naam van „koop" erken, *dan zult gij afstaan dat gedeelte uwer goederen* (*koopprijs*), *dat gij overeenkwaamt te zullen geven aan dengene met wien gij den koop sloot!* Dit is het bevel van de gemeenschap. Betaalt A nu niet, dan overschrijdt hij de grens door de gemeenschap gesteld (koopen zonder betalen). B, wiens belang geschonden is, treedt dan op als orgaan van den gemeenschapswil. Wil men dit nu in het dagelijksch leven noemen, dat B's recht geschonden is, dan heb ik daartegen geen bezwaar, mits men aan dat woord *recht* niet de leerstellige beteekenis hechte, die de kwade theorie der subjectieve rechten

deed geboren worden, [1]) doch de ware toedracht der zaak inzie. Doch aan den anderen kant beperkte diezelfde gemeenschap ook de willekeur van B. Wenscht gij u van uw goed te ontdoen, zoo sprak zij, door eene handeling die ik als „verkoop" erken, *dan zult gij* slechts *mogen vorderen den prijs, dien gij met den kooper overeenkwaamt!* Heeft A nu wèl betaald, dan vordert B meer dan den overeengekomen prijs en overschrijdt hij daardoor de grens, hem door de gemeenschap gesteld. A is nu orgaan der gemeenschap.

Wie van beiden nu in waarheid den wil der gemeenschap verkondigt, is niet van te voren te zeggen. Zeker is het, dat beiden hun beweren voor den gemeenschapswil bij uitnemendheid uitgeven. Hierin zit juist de eigenaardigheid van een rechtsgeschil. Een persoon bevindt zich in eene zekere rechtsbetrekking, d. i. verhouding tot de gemeenschap. In casu deed de gemeenschap die verhouding afhangen van eene daad, waartoe een ander, welke insgelijks daardoor in eene zekere verhouding tot de gemeenschap komt, moet medewerken. Wij hebben dus twee rechtsbetrekkingen (gemeenschap: eenling), terwijl wij dachten er met één te maken te hebben (eenling: eenling).

---

1) Hoe verkeerd deze theorie is moge blijken uit eene gevolgtrekking, waartoe H. L. VAN OORDT (Ver. t. Beoef. v. Krijgsw.; verg. 30 Nov. 1900, blz. 120), zij het dan ook schoorvoetend, komt, wanneer hij aan dieren rechten toekent: „Dezen (*d. z. onmondigen en ontoerekenbaren*), ja zelfs dieren zijn niet geheel rechteloos, ook zij worden door de rechtsmacht *beschermd*, ofschoon er op het gebied der bescherming van dieren tegen mishandeling voor den wetgever nog een ruim arbeidsveld braak ligt."

Het is de fout van Mr. LOEFF [1]), en zoo komen wij van zelf tot onze tweede stelling, dit niet te hebben ingezien. Die fout is te vergoelijken door zijn uitgangspunt. Want waar hij in den staat slechts den machthebber ziet, daar is het misschien eenigzins te begrijpen, dat hij niet licht komen zal tot het resultaat, dat ook in het zgn. privaatrecht de rechtsbetrekkingen slechts bestaan tusschen staat en staatsburger, hoewel eene dergelijke gevolgtrekking volstrekt niet door zijn uitgangspunt onmogelijk gemaakt wordt. Het is jammer, dat hij in zijn verdienstelijk proefschrift niet eenen stap verder gaat en niet voor het zgn. privaatrecht hetzelfde standpunt inneemt, dat hij nu slechts voor het openbare recht verdedigt. Dat standpunt wordt ongeveer bepaald door het voorbeeld, dat ik zoo juist stelde. Aan zijne hand ga ik daarom verder!

Mr. LOEFF ontkent, dat er tusschen den staatsambtenaar, laat mij zeggen belastingheffer, en den burger, belastingbetaler, een rechtsband bestaat. Een rechtsband bestaat er slechts tusschen den staat en den ambtenaar. Vergt de ambtenaar nu te veel belasting, dan schendt hij slechts het belang (niet het recht) van den onderdaan, doch het recht van den staat. [2]) Laten wij slechts het geval duidelijk

---

1) t. a. p. blz. 45:

„De privaatrechtelijke imperatief vestigt eene betrekking tusschen onderdaan en onderdaan, de publiekrechtelijke eene tusschen Staat en onderdaan; de eerste is eene betrekking van gelijkheid, de tweede eene van ondergeschiktheid."

2) Hetzelfde beweert de STAATSCOMMISSIE 1891 (zie verslag § 7) van de zgn. instructienormen. Dat zij daarneven nog waarborgnormen erkent, waarbij wèl een individueel recht kan geschonden worden, komt van de te leerstellige beteekenis, die zij aan *subjectief recht*

stellen. De belastingambtenaar vordert belasting van mij, die ik beweer niet verschuldigd te zijn. De staat heeft tot mij gezegd: gij, staatsburger, zult van de goederen, waarover ik u binnen zekere grenzen de vrije beschikking liet, een deel afstaan ten behoeve van mij. En tegen den ambtenaar zeide hij: gij, aan wien ik het innen der belasting opdroeg, zult daarbij niet overschrijden de grenzen door mij gesteld. Heeft de belastingambtenaar gelijk, dan overtrad ik de grens en de ambtenaar is orgaan van den staatswil; heb ik evenwel gelijk, dan overtrad de ambtenaar de grens en treed ik op als orgaan van den staat, die niet wilde, dat iemand onverschuldigd belasting zou betalen.

Nog een voorbeeld. Het Openbaar Ministerie eischt tegen mij een jaar gevangenisstraf. Ik ontken schuldig te zijn aan hetgeen mij ten laste gelegd wordt. Heb ik nu het misdrijf begaan, dan overtrad ik den staatswil, zooals die in hoofdtrekken nedergelegd is in het Wetboek van Strafrecht en nauwkeuriger wordt uitgedrukt door het Openbaar Ministerie. Heb ik evenwel het misdrijf niet begaan, dan overtrad de ambtenaar van het Openbaar Ministerie de grenzen, hem door den staat gesteld. Hij uit zijnen eigen wil, die in deze van den gemeenschapswil afwijkt en ik treed op als orgaan van den staat, die niet wilde, dat zonder misdrijf eene straf zou worden opgelegd.

Dat Mr. LOEFF [1]) er nu bezwaar in ziet, den staat in de kosten te zien veroordeelen, laat zich begrijpen omdat

---

hecht. Zij vergeet dat de vorm, waarin een regel gesteld is, niet ter zake doet: iedere regel waarborgt en instrueert tevens.

1) t. a. p., bl. 54.

de staat geen overtreder kan zijn, doch integendeel in ieder rechtsgeschil eene overtreding tegengaat. Wetenschappelijk laat zich dat dan ook niet anders verklaren, dan door de staatsalmacht, waarop ik te voren de aandacht vestigde. De staat meende, dat zijn belang medebracht de kosten te betalen, en *wilde* dientengevolge daarin ook veroordeeld worden, zoo dikwijls iemand, dien hij als vast orgaan met de uiting van zijnen wil belastte, dat niet naar behooren deed. Want aan die vaste organen kleeft het vermoeden, dat zij uiten hetgeen de gemeenschap wil, zoolang niet door andere organen het tegendeel blijkt. Dan, doch ook dan eerst, houdt het vaste orgaan op orgaan te zijn. „Als de ambtenaar zijne algemeene ambtsbevoegdheid heeft overschreden, staat hij gelijk met een bijzonder persoon". [1]) De uiting, welke hij gaf, was die van zijnen eigen wil, en als staatswilsuiting eene valsche. [2])

Het laat zich begrijpen, dat de gemeenschap het vertolken van haren wil opdraagt aan organen, van welke zij kan verwachten, dat zij dat het getrouwst zullen doen. Zij doet dat in de eerste plaats aan hare leden, als die nog eene zuivere bewustheid bezitten van den gemeenschapswil, d. w. z. als het gemeenschapsbelang vrijwel met het hunne overeenkomt. Worden de toestanden ingewikkelder,

---

1) Mr. H. REUYL, Rechtsgel. Mag. 1895, blz. 244.

2) Ook Mr. LOEFF t. a. p. blz. 55, onderscheidt tusschen ware en valsche wilsuitingen van den staat: „zijne roeping (*d. i. van den rechter*) is het,... te beoordeelen, of de verklaring of uiting van den staatswil door het Departement van Marine gegeven, eene juiste of wel eene valsche wilsverklaring was, — eene ware wilsuiting van den staat of enkel een staatswilsuiting in naam. Het Departement van Marine houdt het eerste vol, de scheepsbouwmeester het laatste."

dan zijn dikwijls de leden niet belanghebbend *genoeg* (belanghebbend zijn zij natuurlijk wel) bij de openbare zaak, om als gemeenschapsorganen te kunnen dienst doen. Dan worden vaste organen aangewezen.

Mijn eigendom is van uw standpunt het gebied der gemeenschap. Benadeelt gij nu mij in mijnen eigendom, dan treedt de gemeenschap tegen u op bij monde van mij. Zij kan dat gerust aan mij overlaten, omdat ik genoeg belanghebbend ben, om als gemeenschapsorgaan te kunnen dienst doen. Indien gij echter een openbaar wandelpark betreedt en daar, in strijd met de verordening, bloemen plukt, dan handelt gij evenzeer tegen den wil der gemeenschap. Ook ik, als lid daarvan, heb belang bij eenen goeden toestand van het wandelpark; dat belang is evenwel niet groot genoeg, om mij als orgaan te kunnen gebruiken. Een vast orgaan treedt dus daarvoor op.

Dit moet ook de STAATSCOMMISSIE 1891 gevoeld hebben,[1]) toen zij zich in de vraag verdiepte, welke mate van belang men zou moeten bezitten om eene actie tegen de administratie te kunnen instellen. En als zij er dan ten slotte toe komt, de actie alleen toe te kennen aan den rechtstreeks belanghebbende, dan doet zij dat volgens haar zeggen om de onzekerheid, die anders zou ontstaan.[2])

---

1) Verslag, blz. 12:

2) Zie verslag, § 8, blz. 12:

„Verder (*d. i. verder dan den rechtstreeks belanghebbende*) te gaan, scheen ondoenlijk, omdat het niet mogelijk is een algemeenen regel te stellen omtrent de mate van belang, welke men dan zou moeten aantoonen te bezitten. Groote onzekerheid omtrent de vraag of men bevoegd is eene klacht bij den administratieven rechter in te dienen zou het gevolg zijn".

Dit is voor mij het beste bewijs, dat de commissie met hare eigen leer — die der subjectieve rechten — geen raad weet. Heeft in haar stelsel slechts de rechtstreeks belanghebbende eene actie, dan komt dat doordat ook slechts deze een recht heeft. Aan zijdelings belanghebbenden worde daarom de actie onthouden omdat zij geen subjectief recht hebben, doch niet om de onzekerheid, die anders zou ontstaan. Zeer duidelijk wordt hierop de aandacht gevestigd door Mr. H. REUYL.[1]) „Zij (de commissie) laat het voorkomen", zoo zegt hij, „alsof die beperking alleen gerechtvaardigd wordt door de onzekerheid omtrent de personen, die bevoegd zijn eene klacht in te dienen, welke bij uitbreiding van het klaagrecht tot alle belanghebbenden zou ontstaan. Wanneer werkelijk het handhaven der objectieve rechtsorde, afgezien van de *rechten* der bijzondere personen, als doel der administratieve rechtspraak moest worden beschouwd, zou de hier genoemde reden m. i. in geen geval de uitsluiting van zooveel belanghebbenden rechtvaardigen. Ik zie niet in, waarom de uitbreiding der bevoegdheid tot het indienen der klacht zulk eene groote onzekerheid zou moeten veroorzaken, omtrent de vraag, wie bevoegd is eene klacht in te dienen. De klacht van ieder, die aantoonde, dat zijn belang betrokken was bij de onrechtmatige handeling of het verzuim der administratie, zou ontvankelijk zijn. M. i. kan dan ook de reden, waarom de bevoegdheid tot klagen beperkt moet blijven tot degenen, wier *rechten* geschonden zijn, alleen hierin gezocht worden, dat de invoering der

---

1) Rechtsgeleerd Mag. 1895, blz. 218.

administratieve rechtspraak in de eerste plaats ten doel heeft, een waarborg te scheppen voor de handhaving der rechten van bijzondere personen en corporatiën".

Na al het voorafgaande zal men mij kunnen tegenwerpen, dat men dan in ieder geval de geschillen verdeelen kan in publiek- en privaatrechtelijke, naar gelang een der leden van de gemeenschap, dan wel een vast daartoe aangewezen orgaan, den staatswil vertolkt. Dit geef ik onmiddellijk toe. Doch daarbij wil ik op het navolgende de aandacht vestigen. In de eerste plaats is die onderscheiding geen principieele, slechts eene zeer vormelijke: de gemeenschap heeft voor de uiting van haren wil op zeker gebied slechts een ander orgaan aan te wijzen, om een privaatrechtelijk geschil publiekrechtelijk te maken en omgekeerd. Dat in de tweede plaats het terrein van het recht geheel anders zou verdeeld worden, dan men tengevolge van de algemeen aangenomen onderscheiding gewoon is, vloeit almede daaruit voort. In de derde plaats evenwel zij gewezen op een bezwaar, dat de beide vorige overbodig maakt. Of het vaste, daartoe aangewezen orgaan werkelijk den gemeenschapswil uitdrukt en dus gemeenschapsorgaan is, valt niet van te voren te zeggen. Eerst door de beslissing zal dat blijken!

En zoo komen wij tot datgene, wat ieder rechtsgeschil met zich brengt en waarom ieder rechtsgeschil bestaat, nl. tot de *beslissing*.

Wij stellen onmiddellijk de vraag: wat moet er beslist worden? Gaarne zoude ik hierop geantwoord hebben: „de rechtsvraag"; doch daar dat woord in eenen engeren zin gebruikelijk is, moet ik hier duidelijkheidshalve eene

andere uitdrukking bezigen en zeg dus: „de twistvraag", d. i. de vraag, in wier verschillende beantwoording het rechtsgeschil is gelegen. De twistvraag vraagt, wat in een bepaald geval recht is. Recht is de grens, aan de willekeur van den eenling gesteld. Eén der partijen vertegenwoordigt de gemeenschap, de andere beging de overtreding: welke, weten wij niet. De beantwoording der twistvraag moet dat duidelijk maken. Die vraag is nu van twee zijden te beschouwen. Men kan vragen, hoe de grens loopt ten opzichte van partijen en hoe partijen staan ten opzichte van de grens. De eerste is de zoogenaamde rechtsvraag, de tweede de feitelijke vraag. In het afgetrokkene moge men tusschen beide onderscheiden; eigenlijk is het één en dezelfde vraag.

En nu zegge men niet, dat beide door mij gestelde vragen zich wederom laten ontleden in één naar den loop van de grens en één naar den stand van partijen. Neen, aan hem, die dat beweert, zoude ik willen vragen, wat hij onder „waar?" verstaat, wanneer hij vraagt: „waar loopt de grens?" „Waar?" is de vraag naar eene betrekking tot een bepaald terrein: men zou het kunnen vertalen met „op welke plaats van dit of dat terrein?" Dat terrein moet er bij gezegd of ten minste er bij verondersteld zijn; anders bevat de vraag „waar?" eenvoudig onzin. Zoo kan ik, als ik aan iemand, die in eene kamer zit te lezen, vraag, waar hij is, ten antwoord krijgen: „te Utrecht", „te huis", „in de voorkamer", „voor de ramen"; doch ook: „op bladzijde 75", „bij den dood van de gravin", al naar gelang hij het koninkrijk bijv., de gemeente Utrecht, zijn huis, zijne kamer, het boek of het daarin vervatte verhaal

als het bedoelde terrein veronderstelde. Veronderstelde hij geen terrein, dan had hij het antwoord schuldig moeten blijven, aangezien geen antwoord mogelijk was. Zoo is ook de vraag: „waar loopt de grens?" of „waar staan partijen?" van elken redelijken zin ontbloot, wanneer men niet een terrein veronderstelt, waarop die plaats te vinden moet zijn. Dat terrein wordt in het eerste geval bepaald door den stand van partijen, in het tweede door den loop der grens. Ik kan daarom de ééne vraag niet doen, zonder tevens de andere te stellen. [1])

Blijkt de waarheid hiervan niet meer dan klaar, wanneer wij een oogenblik de aandacht vestigen op de wanhopige pogingen, die onze rechterlijke macht doet om de overwegingen in rechte van die omtrent de feiten te scheiden. Liever had ik misschien moeten gewagen van de pogingen, die zij *niet doet;* want gewoonlijk vinden wij dezelfde overwegingen onder beide hoofden terug. Het kan ook niet anders. En is dan hiermede tevens niet veroordeelt het rechtsmiddel der *cassatie?* Immers „de rechter in cassatie is geen rechter over de feiten... Alleen rechtsvragen mogen dus aan" zijn „oordeel... worden onderworpen en derhalve behoort de beslissing over de feiten zoo scherp mogelijk van die over het rechtspunt te worden gescheiden.

---

1) Verg. Mr. IDSINGA, t. a p., I blz. 52:

„Elk rechtsgeschil heeft twee zijden, een rechtskundige en een feitelijke, hoe de daarop toepasselijke wetsbepaling ook gesteld zij. De rechter heeft dus altijd èn met een rechtsvraag èn met een feitelijke vraag te maken; het kan zijn dat een der zijden van het geschil buiten discussie blijft omdat een dezer vragensoorten onbetwist is, maar dit neemt niet weg dat ook deze vraag bij 's rechters uitspraak, uitdrukkelijk of implicite wordt beslist."

Toch is dit niet altijd mogelijk, [1]) en tallooze arresten van den Hoogen Raad kunnen bewijzen, hoe onmerkbaar somtijds de grens tusschen feitelijke vraag en rechtsvraag is. Het mag dan ook ernstig worden betwijfeld, of de handhaving van de tegenwoordig zoo enge begrenzing van de competentie van den Hoogen Raad inderdaad gewenscht is." [2])

Om nu die ééne vraag te beantwoorden, die vraag naar wat in een bepaald geval recht is, zal men evenwel nu eens meer moeten letten op de feiten, dan weder meer den nadruk moeten leggen op de rechtsvraag. Een paar voorbeelden mogen dit verduidelijken. Tusschen twee aangrenzende erven van A en B bestaat eene afsluiting, die door een toeval ernstig beschadigd wordt. Nu eischt A van B, dat hij zal bijdragen in de herstellingskosten op grond van art. 690 van het Burgerlijk Wetboek. B weigert, aangezien dat artikel slechts van „stellen", niet van „herstellen" spreekt. De eigenlijke vraag is nu: „Is B verplicht te betalen?" De beantwoording dier vraag hangt grootendeels af van de uitlegging der wet (rechtsvraag); doch zij is niet te geven zonder te letten op de waarheid der gestelde feiten (feitelijke vraag), in casu: of de erven aangrenzend zijn, of zij in de aaneengebouwde kom van een dorp liggen, of er eene afscheiding tusschen bestond, of die beschadigd is, enz. Wanneer daarentegen A beweert aan B *f* 100.— te hebben geleend, terwijl deze zegt, ze nooit ontvangen te hebben, zal ook *de* vraag weder zijn: „Is B verplicht te betalen?" De beantwoording hiervan hangt grootendeels af van de waar-

1) Liever zou ik voor „niet altijd" zeggen: „nooit".

2) Mr. D. SIMONS, Bekn. Handl. t. h. Wb. v. Strvrd. 2de Druk, bl. 206.

heid der gestelde feiten, doch zij is niet te geven, voordat men uit de wet heeft opgemaakt, dat ieder die geld leent ook tot terugbetaling gehouden is.

De beantwoording der twistvraag wordt door den rechter steeds gegeven in het *vonnis:* men lette dus in de eerste plaats daarop en niet op de overwegingen, die de vraag slechts eenzijdig verlichten. [1]) Dit heeft men evenwel dikwijls uit het oog verloren. Doordat de beantwoording van de twistvraag reeds te geven is door haar van de rechtszijde te bezien, m. a. w. door antwoord te geven op de rechtsvraag, worden twistvraag — en daardoor rechtsgeschil — en rechtsvraag nog geen gelijkwaardige begrippen. Daardoor wordt nog niet de hoedanigheid van rechtsgeschil ontzegd aan die geschillen, waarbij de oplossing van de feitelijke vraag overwegend den doorslag geeft. Op het gebied van het zoogenaamd privaatrecht heeft dan ook niemand dit beweerd; nauwelijks komen wij evenwel in aanraking met de administratie, of wij zien eene scheiding trekken tusschen *doelmatigheids-* en *rechtsgeschillen,* waarvan de eerste niet, de tweede wèl voor rechtspraak in aanmerking zouden komen.

Aan deze, voor ons onderwerp zoo uiterst belangrijke onderscheiding zij thans onze aandacht gewijd. Mr. BUYS [2]) is de groote man ervan. Hij wil in ieder geval aan de administratie de beslissing laten van vraagstukken van doelmatigheid. „De beslissing daarvan moet in elk geval aan haar blijven, want men beweegt zich hier op een terrein, dat aan haar en niemand buiten haar toebehoort". Dat

1) Verg. ook Mr. KRABBE, t. a. p., III § 2. 2.

2) Grondwet, II blz. 327 vlg.

de administratie niet alleen bevoegd is antwoord te geven op „vragen over de meerdere of mindere behoefte aan verbetering van werken", enz.; doch dat zonder die beantwoording ieder beheer eene onmogelijkheid wordt, dat staat als een paal boven water! Doch wat zou dat? Moet daarom, als men eenen rechter instelt, deze zich van de beantwoording dier vragen onthouden? In geenen deele. Wil 's rechters uitspraak eenige waarde bezitten, dan moet men hem vrijelijk laten beslissen, wat in een bepaald geval recht is, m. a. w. hem antwoord laten geven op de twistvraag, en niet, door het beoordeelen der feitelijke omstandigheden aan eene der partijen te laten, het vonnis tot eene overbodige vormelijkheid verlagen en van rechtspraak eene wassen neus maken. De administratie zou dan eigenlijk zelf bepalen wat recht was en den rechter gebruiken, om door zijn gezag hare beslissingen te dekken. Dat is nu toch werkelijk niet de taak des rechters.

Waarom heeft men nu juist de feitelijke vraag aan den rechter onttrokken en heeft men er geen bezwaar in gezien hem de beslissing der rechtsvraag, der vraag naar den zin van het geldende recht, te laten, terwijl toch niemand zal ontkennen, dat ook de administratie genoodzaakt is eene oplossing daarvan te geven, wil zij hare taak vervullen? Mr. VAN IDSINGA [1]) geeft ons hierop bescheid. „Prof. BUYS c. s. gaan namelijk uit van de op zich zelf onbetwistbare en ook door niemand betwiste gedachte, dat de rechter niet tot taak heeft, om elk vraagpunt of elk geschil, dat men hem belieft voor te leggen, te beslissen,

1) t. a. p., I blz. 29.

maar in de vervulling zijner functie beperkt is tot rechtspraak en dus tot de beslechting van een bepaalde soort van geschillen, met name: *rechtsgeschillen.* In den loop hunner redeneering beperken zij echter — als sprak dat van zelf — rechtsgeschillen tot geschillen over rechtsvragen en gaan zelfs zoo ver, dat zij nu en dan rechtsgeschillen met rechtsvragen vereenzelvigen". [1]) Hierdoor kunnen zij de tegenstelling „maken tusschen rechtsgeschil te eener en eene kwestie van doelmatigheid te anderer zijde", waarvan slechts de eerste tot de eigenaardige bevoegdheid van den rechter zou behooren. Neen, op zulke wijze maakt men van rechtspraak wetsverklaring, welke meening onmiddellijk de gevolgtrekking wettigt, waartoe ook Mr. J. VAN GELEIN VITRINGA, [2]) schoon op andere gronden, komt,

---

1) Mr. H. VOS, die in Themis 1894 eene beoordeeling geeft van het werk van Mr. VAN IDSINGA en die zich beroemt een leerling te zijn van Mr. BUYS, beweert, dat het nooit in de bedoeling van dezen heeft kunnen liggen, de beantwoording der feitelijke vragen aan den rechter te onttrekken. „Wat dan wel doelmatigheidsgeschillen zijn?" zoo vraagt hij op blz. 531, „BUYS heeft het te dikwijls verkondigd dan dat het Mr. v. I. niet duidelijk zou zijn. Hij weet en herhaalt het zelf in zijn werk, dat daaronder verstaan worden die geschillen waarbij het niet loopt over rechten en verplichtingen uit het publieke recht, omdat (!) de wet ... de administratie heeft vrijgelaten te handelen naar eigen inzicht". Dan zou Mr. BUYS hetzelfde zeggen, wat ook de STAATSCOMMISSIE 1891 voorstelt en waarvan ik de onjuistheid zoo dadelijk hoop aan te toonen. Heeft Mr. VOS gelijk, dan mag het voor mij, die geen leerling ben van Prof. BUYS, doch die Z.H.G. slechts uit zijn werk ken, in ieder geval eene verzachtende omstandigheid zijn, dat *zelfs* iemand als Mr. VAN IDSINGA, die bovendien het voorrecht heeft gehad wèl een leerling te wezen van Prof. BUYS, diens woorden op dezelfde wijze verklaart als ik.

2) Rechtspraak of Bestuur? Rechtsgel. Mag. 1900, blz. 547.

dat hetgeen men gewoonlijk rechtspreken noemt, „een zuiver formeel begrip is, en mitsdien een materiëel onderscheid tusschen rechtspraak en bestuur *niet* bestaat."

Het standpunt, dat de rechter zich slechts met rechtsvragen mag inlaten, is onhoudbaar: het vindt dan ook bijna geen verdedigers meer. „Het karakter van *rechtspraak* brengt volstrekt niet mede, den rechter uit te sluiten van de beoordeeling van het administratief beleid. Evenmin staat het vast, dat het rechtstreeks met de bedoeling van den wetgever zou strijden, een rechterlijke macht te doen oordeelen over de handelingen der administratie, dit is alleen waar, voorzoover de wetgever *uitdrukkelijk* aan de administratie vrijheid van handelen heeft gelaten." [1]) Dit is ongetwijfeld de bedoeling geweest van de STAATSCOMMISSIE 1891, die in art. 14 van haar ontwerp van wet tot uitvoering van art. 154 der Grondwet zegt: „de administratieve rechter treedt niet in beoordeeling van aangelegenheden en vragen, welke het administratief gezag bevoegd is naar goedvinden te beslissen". [2]) Zoo mogelijk blijkt dat nog duidelijker uit de toevoeging van Mrs. RÖELL en OPPENHEIM, die in hun gewijzigd ontwerp den rechter bevoegd verklaren, te oordeelen over „het aanwezig zijn van de feitelijke omstan-

---

1) Mr. REUYL, Rechtsg. Mag. 1895, blz. 69.

2) Verg. Verslag, blz. 10:

„De administratieve rechter behoort overigens naar onze meening evenzeer bevoegd te zijn tot onderzoek van de feiten als van het rechtspunt. Een rechter, die de feiten zou hebben te nemen, zooals zij hem door eene der voor hem verschijnende partijen, al is die partij dan ook de Uitvoerende Macht, worden vastgesteld, zou dien naam ons inziens niet verdienen."

digheden, waaronder wet of verordening eene handeling of beschikking hebben voorgeschreven, toegelaten of uitgesloten". De rechter wordt hier dus uitdrukkelijk bevoegd verklaard, ook over de feiten te oordeelen. En nu moge men bevreemd wezen over de uitdrukkelijke toekenning eener bevoegdheid, zonder welke de volvoering van zijne taak voor den rechter onmogelijk zou zijn; men moet bedenken, dat de fout niet in de toevoeging schuilt. Het uitgangspunt is verkeerd, en waar dat zoo is, daar moeten ook de gevolgen daarvan wel averechtsch zijn.

Met dat uitgangspunt, d. i. het oorspronkelijk ontwerp der STAATSCOMMISSIE, houden wij ons thans bezig! De rechter is niet bevoegd, d. w. z. er is geen rechtsvraag, d. w. z. er is een doelmatigheidsgeschil, wanneer de wet de administratie vrij liet in de beoordeeling der feiten. Men heeft daarmede in de eerste plaats het navolgende kunnen bedoelen. De rechter onderzoekt *of* de administratie bevoegd is. Daartoe kan hij natuurlijk zich niet onthouden van een oordeel aangaande de feiten, waar*over* de administratie besliste. Heeft hij langs dien weg besloten tot de bevoegdheid der administratie, dan neemt hij eenvoudig de door de administratie gestelde grens aan. Doch dit ligt zóó voor de hand, spreekt zóó van zelf, dat het vreemd mag heeten, het uitdrukkelijk in het ontwerp vermeld te zien. Vermoedelijk heeft men er dan ook iets anders mede bedoeld. Men heeft, waar de wet aan de administratie de bevoegdheid toekende, vrijelijk over de feiten te oordeelen, *ieder* oordeel van den rechter daarover willen uitsluiten en daardoor heeft men hem tevens verboden te beslissen, *òf* de administratie bevoegd was. Hier blijkt

meer dan klaar, hoe verkeerd, hoe onmogelijk het is, de feitelijke- van de rechtsvraag te scheiden. Want zoo de wet aan het oordeel der administratie vrijheid liet, dan droeg zij aan haar op, in die gevallen de grens te trekken, d. i. het recht te bepalen. Sluit men den rechter uit van de boordeeling der feiten, dan moet hij ook zwijgen op de rechtsvraag. Natuurlijk is het daarom, dat in dergelijke gevallen een rechtsgeschil onbestaanbaar wordt geacht. Toch is dat standpunt onjuist; want wanneer de tusschenkomst des rechters wordt uitgesloten, dan was die tusschenkomst mogelijk en waar die tusschenkomst mogelijk was, daar was ook eene overtreding en daardoor een rechtsgeschil denkbaar. Hiermede is eigenlijk het standpunt der STAATS-COMMISSIE reeds veroordeeld. Duidelijkheidshalve wil ik er evenwel nog iets langer bij stilstaan.

De vrijheid, aan de administratie gelaten, is nooit volstrekt. Hoe vrij de wet haar ook mocht laten, op den langen duur is er toch een punt, waarop zij een tot hiertoe en niet verder doet hooren. Om een voorbeeld te noemen. Volgens ons recht hebben de faculteiten zeker wel de grootst mogelijke vrijheid in haar oordeel, of een examinandus de voor het examen vereischte kennis bezit. Doch iedereen ziet terstond de grenzen, waarbinnen die vrijheid bestaat en beseft dat het b.v. der rechtsgeleerde faculteit niet geoorloofd is, den examinandus vragen te stellen over sterrenkunde enz. Zonder gebondenheid tevens is geen vrijheid denkbaar!

Zelfs al neemt men nu een oogenblik de volstrekte vrijheid der administratie aan, iets wat ongetwijfeld de

STAATSCOMMISSIE deed [1]), dan bepaalt de administratie de grens en ieder, die daartegen opkomt, overtreedt die. Meer dan het recht wil voor zijne belangen wakende, pleegt men onrecht. Er bestaat dus ook dan voldoende aanleiding voor een rechtsgeschil. Dat de STAATSCOMMISSIE er alevel geen toelaat, vloeit rechtstreeks voort uit haar stelsel. Als de administratie de grens bepaalt, dan kunnen slechts de geadministreerden overtreders zijn. Dat zij in zoo een geval rechtspraak overbodig acht, is volmaakt duidelijk, wanneer men bedenkt, dat zij de zgn. leer der subjectieve rechten huldigt, d.w.z. in de bescherming der rechten van den eenling de taak des rechters zoekt. [2])

Nu is een subjectief recht de mate van vrijheid in zeker opzicht door de gemeenschap aan den eenling gelaten: slechts een betrekkingsbegrip, meer niet. Zoo een subjectief recht komt voor bij iederen rechtsregel. Dit is evenwel niet de opvatting der STAATSCOMMISSIE. Deze verstaat onder subjectief recht zekere aan den individu verbonden, door de wet toegekende, onschendbare *bevoegdheid*. De toekenning moet dus blijken uit de wet. Vandaar dat zij de rechtsregels verdeelt in zgn. *waarborg-* en *instructienormen*. Dat die onderscheiding evenwel niet zoo voor de hand ligt, mag blijken uit het

---

1) Verstag § 6, blz. 10:

„Voorzoover de wetten echter aan de administratie vrijheid van handelen laten, zou het rechtstreeks met de bedoeling der wet strijden een rechterlijk gezag te doen oordeelen over het gebruik, dat de administratie van die vrijheid gemaakt heeft."

2) Zie Verslag, blz. 3:

„. . . . is invoering van administratieve rechtspraak dus wenschelijk ter betere verzekering van de rechten der bijzondere personen, . . ."

feit, dat de STAATSCOMMISSIE zelve [1]) niet uit de wetten heeft kunnen opmaken „of de wetgever slechts eene instructie aan de overheid heeft willen geven, dan wel een recht van een bijzonder persoon tegenover de administratie... Bestaat er eenmaal eene administratieve rechtspraak, dan zal", volgens de commissie, „zulk een twijfel over de uitlegging van later vastgestelde wetten zeker niet licht meer voorkomen". Hoe naïef is die verwachting! Neen, evenals Mr. REUYL, [2]) geloof ik, dat „de wetgever zich bij het geven van voorschriften aan de administratie nooit zal kunnen onthouden van het gebruik van min of meer onbepaalde uitdrukkingen en in zooverre acht" ook „ik de verwachting der commissie, dat de daaruit voortspruitende moeielijkheden zich in de toekomst niet meer zullen voordoen, niet gerechtvaardigd" en wel omdat, wanneer het al of niet bestaan van een subjectief recht moet afhangen van de *woorden*, waarin een rechtsregel vervat is, „de gansche onderscheiding der rechtsregels, die wel en die niet voor rechtspraak in aanmerking komen, onbestaanbaar is". [3])

Duidelijk is het ons evenwel zeker geworden, dat, waar volgens de commissie een subjectief recht geschonden moet zijn, wil er een rechtsgeschil mogelijk wezen, en het bestaan van een subjectief recht afhangt van de bewoordingen, die de wetgever koos, dat daar in het stelsel der STAATSCOMMISSIE nooit plaats kan zijn voor een rechtsgeschil, wanneer de wetgever het stellen van de grens aan het beleid der administratie overliet. Het spreekt van zelf, dat wij dan

---

1) Verslag, blz. 10.

2) t. a. p., blz. 82.

3) Mr. KRABBE t. a. p., III § 1. 6.

volgens haar met een *doelmatigheidsgeschil* te doen hebben, al is iemands *belang* daarbij nog zoozeer betrokken.

En zoo komen wij van zelf tot de vraag, of de onderscheiding in *doelmatigheids-* en *rechtsgeschillen* gedekt wordt door de verdeeling der geschillen in die over een *belang* en die over een *recht*. Tot toelichting der laatste onderscheiding zij hier gezegd, dat een geschil over een recht altijd is een geschil over een belang, doch het omgekeerde niet steeds waar is. Bedoeld wordt dus eene verdeeling der geschillen, welke berust op eene onderscheiding van belangen die niet- en belangen die wèl „rechtswaarde bezitten". [1])

Beide verdeelingen danken hun bestaan grootendeels aan de leer der subjectieve rechten. Toch dekken zij elkander niet. Immers een doelmatigheidsgeschil is er, wanneer de wet aan de administratie vrijheid van handelen liet. Dan is er dus geen rechtsgeschil; doch slechts een geschil over belangen. Liet de wet evenwel de administratie in haar oordeel niet vrij, dan is er nooit een doelmatigheidsgeschil — men zou zeggen: dus een rechtsgeschil. In geenen deele! Want die beperking van de administratie behoeft volstrekt niet gegoten te zijn in den vorm van de toekenning van een subjectief recht aan de geadministreerden. Wij krijgen zoo een rechtsgeschil, dat geen rechtsgeschil is!

Hier wordt de STAATSCOMMISSIE dan ook — en Mr. REUYL [2]) wees daar op — inconsequent. „Hoe", zoo vraagt zij, [3]) „indien eene vergunning in strijd met de bepalingen der

1) Mr. KRABBE t. a. p., II § 2. 1.
2) t. a. p., blz. 218.
3) Verslag, blz. 12.

drankwet is verleend? Hier is gehandeld in strijd met het recht en het ware wel wenschelijk, dat er gelegenheid bestond den rechter wegens zoodanige onrechtmatige handeling te adieeren". Hier toch is een *rechts*-, geen doelmatigheidsgeschil. Doch er is ook geen subjectief recht. Derhalve moet er water in den wijn gedaan worden en de STAATSCOMMISSIE vervolgt: „Degenen, die reeds eene vergunning in dezelfde gemeente verkregen, hebben belang bij de vernietiging der vergunning. De onwettige beschikking betreft hen niet rechtstreeks, maar toch zijdelings. Er kunnen zich vele gevallen van dergelijken aard voordoen. De commissie meent echter, dat alleen rechtstreeksch belang tot het indienen van een klacht behoort te kunnen leiden". Zoo wordt de onderscheiding tusschen rechtstreeksch en zijdelingsch belang — die mij bovendien uiterst moeielijk toeschijnt om door te voeren — te baat genomen, om te verbloemen, dat de commissie op twee gedachten hinkt, d. w. z. tegelijk is uitgegaan van twee onderscheidingen, die elkander niet dekken.

HOOFDSTUK VII.

Rechtspraak.

„Heeft iemand op een ander te spreken,
die verlate geweldt en spreke met recht" [1])

Het eigenaardige van het recht ligt in de handhaving door dwang. De gemeenschap bewaakt de grenzen door ze te stellen en stelt ze door ze te bewaken. Dit is haar gansche werkzaamheid. Daarom is grensbepaling grensbewaking en grensbewaking grensbepaling! Dat de gemeenschap hare verrichtingen heeft gesplitst in wetgeving en uitvoering doet hiertoe niet af. Immers door de wet kan zij slechts in hoofdtrekken aangeven wat zij wil: *de* grens stelt zij door de uitvoering.

De taak van den rechter is niet wetgeving. Zij is dus uitvoering. Als zoodanig houdt de rechter zich bezig met grensbepaling en grensbewaking. Men mag echter, zonder de taak van den rechter met die van de gemeenschap te vereenzelvigen, niet zeggen, dat zij bestaat in het stellen en bewaken van de grens.

Zij bestaat ook niet in het stellen van den grens of in het bewaken daarvan alleen, aangezien die werkzaamheden niet te scheiden zijn. Zeer duidelijk wordt dit, wanneer wij een oogenblik trachten, ze afgescheiden van elkander ons voor te stellen.

---

1) Oml. landrecht II, art. 1.

Het stellen van de grens, d. i. het met zich zelven het eens worden, waar de gemeenschap de grens wil, d. i. het eenvoudiglijk beslissen wat recht is. Als dat de taak des rechters ware, dan zouden de woorden van THORBECKE, [1]) dat „regterschap is in iederen tak van uitvoerende macht", waarheid bevatten, dan zou in de werkzaamheid des rechters niets bijzonders zijn, „wat den rechter zou kunnen onderscheiden van de administratie of van iemand anders. Evenals ieder mensch bij de vervulling van hetgeen hij te verrichten heeft vooraf zekere vraagpunten moet beslissen, heeft ook de rechter dit te doen; maar ook voor hem is dit niets meer dan eene secundaire werkzaamheid, niets meer dan een middel of voorwaarde, om een daar buiten gelegen roeping te kunnen vervullen" [2]). Neen, was het abstracte „beslissen" een eigenaardig rechterlijke werkzaamheid, de overwegingen, die aan iedere handeling voorafgaan, zouden den dader tot rechter verheffen. Zeer terecht weigert dan ook onze rechterlijke macht eene zoogenaamde *sententia mere declaratoria* te geven. Als voorbeeld noem ik het vonnis van 8 April 1891, waarbij de Rechtbank te Utrecht den eischer niet ontvankelijk verklaarde in zijnen eisch, omdat gedaagde wel een recht had ontkend, doch geen recht had geschonden. [3])

---

1) Aant. op de Grondwet, blz. 160.

2) Mr. v. IDSINGA, t. a. p., I blz. 134.

3) Zie W. v. h. R., N°. 6027.

De Rechtbank overwoog „dat, hoewel door de Rechtbank is beslist, dat de als voorzegd aan de gemeente Utrecht in eigendom overgedragen gronden zijn belast met de erfdienstbaarheid van waterleiding, eene uitdrukkelijke verklaring daarvan door den rechter alleen dàn te pas zou komen, wanneer de 2de ged. q.q. (*d. i. de gemeente Utrecht*)

Het bewaken der grens. Veelal beschouwt men den rechter als „handhaver der wet, of juister uitgedrukt, de handhaver van het recht, naar de regels bij de wet gegeven." [1] Is dat nu waar? „Het heeft er niets van; dit is de taak van anderen. Kan men dan ten minste beweren, dat hij de wet in dien zin handhaaft, dat hij optreedt om handelingen in beslisten strijd met wet of recht te keeren? Evenmin; ook dit wordt steeds en terecht als de taak van anderen beschouwd. Om dat alles bekommert de rechter zich al zeer weinig: hij neemt er dan slechts kennis van, wanneer het door anderen op zeer bijzondere wijze te zijner kennis wordt gebracht; hij is een instrument, dat door partijen in beweging moet gesteld worden en dat anders niet werkt. Van zulk een persoon kan men, dunkt mij, niet zonder de beteekenis van het woord te verwringen zeggen, dat hij de handhaver is der wet, en nog minder grond heeft men om van hem te getuigen, dat hij voor de handhaving der wet waakt. Integendeel, het heeft er soms veel van, alsof hij de eenige ware, die sliep"! [2]

---

dat recht niet slechts had ontkend maar ook had geschonden, daar alleen laatstgenoemde omstandigheid 's rechters tusschenkomst noodig kan maken;" en

„dat nu wel de 2de ged. q.q. het bestaan der erfdienstbaarheid heeft ontkend, maar dat, zooals hiervoren is uitgemaakt, niet is gebleken, dat de gemeente Utrecht in hare tengevolge het bestaan dier erfdienstbaarheid, op haar rustende verplichtingen is te kort geschoten; dat verder de wet een bevel voor de toekomst, met het oog op mogelijke, maar gansch onzekere gebeurtenissen, niet kent; dat derhalve de eischer in deze vordering moet worden verklaard niet-ontvankelijk."

1) Mr. v. IDSINGA, t. a. p., I blz. 150.

2) Mr. v. IDSINGA, t. a. p., I blz. 151.

Men zal mij nu misschien tegenwerpen, dat b.v. te Rome de rechter zich wel bezig hield met het stellen van grenzen zonder meer. [1]) Hier hebben wij evenwel te doen met de *wet*gevende macht van den *imperator*, niet met rechtspraak. Al wordt aan de overwegingen van eenen rechter wetgevende kracht toegekend, al is een der vormen, waarin de gemeenschap haar gebod (wet) tot hare leden kan richten, eene rechterlijke uitspraak, dan nog mag men niet besluiten tot het omgekeerde, nl. dat de wetgevende kracht van de uitspraak haar tot eene rechterlijke stempelt. Haren rechterlijken aard heeft zij van elders.

En evenmin geldt het bezwaar, dat soms aan den rechter wel degelijk de bewaking der rechtsorde is toevertrouwd, omdat „men zich zeer goed denken kan eene toepassing der strafwet" bij voorbeeld, „waar de rechter zich zelf in beweging stelt. Men denke slechts aan het beginsel, neergelegd o. a. in de artikelen 73 en 109 der wet op de rechterlijke organisatie", [2]) bepalende dat de Hoven en de Hooge Raad, indien zij door het beklag der belanghebbende partij, of op eene andere voldoende wijze, kennis dragen, dat er verzuim heeft plaats gehad in het vervolgen van strafbare feiten, aan den Procureur-Generaal zullen gelasten, om te dien aanzien verslag te doen en dat zij, zoo daartoe gronden zijn, voorts kunnen bevelen, dat te dier zake het vereischte gevolg gegeven worde. Ook hier maakt die werkzaamheid den rechter niet, evenmin als deze zijne hoedanigheid door het ontbreken dier verplichting zou ver-

---

1) Inst. I, II, 6: „Quodcumque igitur imperator .... cognoscens decrevit .... legem esse constat".

2) Mr. J. VAN GELEIN VITRINGA, t. a. p., blz. 533.

liezen. Neen, andere verrichtingen kunnen aan den rechter worden opgedragen. Doch omdat die verrichtingen geschieden door den rechter, worden zij nog geen rechtspraak. De terminologie „oneigenlijke rechtspraak" is een bewijs voor deze mijne bewering.

Zoo bestaat dus de taak des rechters noch in het stellen van den grens, noch in het bewaken daarvan, omdat deze werkzaamheden niet te scheiden zijn. Tracht men evenwel met veel moeite de scheiding te maken — zoover als dat gaat — dan blijken de rechterlijke *bezigheden*, die onder een der tegenstellingen vallen, geen *rechterlijke* bezigheden; want de bestemming van den rechter is onafhankelijk van den omvang der hem opgedragen werkzaamheden. Zijne taak is ook niet het stellen en bewaken te gelijk; want dan zou de taak des rechters samenvallen met die der gemeenschap en dat komt niet overeen met hetgeen wij om ons zien.

De rechter houdt zich echter wel bezig met beslissen omtrent en handhaven van het recht, nademaal bij geen handeling van een gemeenschapsorgaan het tegendeel denkbaar is; doch hij treedt slechts op in bepaalde gevallen. Rechtspraak is *het beslechten van rechtsgeschillen.* [1]) Ook „het positieve recht neemt in vele gevallen als 's rechters taak aan het beslissen van rechtsgeschillen. Waar de grondwet een terrein vindiceert, waarop de rechterlijke macht bij uitsluiting de bevoegde zal zijn, spreekt zij van

---

1) Vergel. Verslag STAATSCOMMISSIE 1891, § 6, blz. 9:

„Rechtspraak nu onderstelt het bestaan van een rechtsgeschil, van beweerde rechtskrenking, en waar geen rechtsgeschil is, komt naar den aard der zaak geene rechtspraak te pas."

de kennisneming van twistgedingen, daarmede bedoelende rechtsgeschillen. Waar het gebied der toekomstige administratieve rechtspraak wordt geteekend, vinden we wederom gesproken van de beslissing van twistgedingen". Zoo zegt Mr. VAN GELEIN VITRINGA [1]) „Intusschen", zoo vervolgt hij, „zoude men toch zeer in verlegenheid geraken door stokstijf vast te houden aan de bewering, dat nergens rechtspraak is, waar geen rechtsgeschillen te beslissen zijn. Vooreerst zoude... de geheele strafrechtspleging blijken geen rechtspraak te bevatten. Voorts: ieder zal wel toegeven, dat de verrichting van scheidslieden rechtspreken is. Verandert nu dit karakter plotseling, wanneer zij niet meer naar de regelen des rechts maar als goede mannen naar billijkheid oordeelen? Hoe zal men in het laatste geval hunne werkzaamheid moeten betitelen? Van rechtspraak van de *Court of Chancery* had men nooit mogen spreken. Dit hof toch was *a Court of Equity*, sprak zijne vonnissen niet uit naar het strenge recht. De Fransche Staatsraad kennis nemende van klachten over *détournement de pouvoir* oefent dan eigenlijk geen rechtspraak uit. In zulke gevallen ligt geen schending van een wetstekst voor, maar het gebruik maken van eene toegekende bevoegdheid met een ander doel, dan waarmede zij eigenlijk is toegekend. De rechtspraak in het volkenrecht loopt ook al groot gevaar haar naam als zoodanig in te boeten. Immers in zeer vele gevallen zal het bestaan van den vasten rechtsregel tamelijk twijfelachtig zijn, en de uitspraak zich noodzakelijkerwijze min of meer op de billijkheid gronden, m. a. w. aan het

---

1) t. a. p., blz. 542.

vrije inzicht van den arbiter zijn overgelaten." Dit zijn de argumenten van Mr. VITRINGA. Laat ons zien, wat zij waard zijn!

Bij de strafrechtspleging zou er geen rechtsgeschil zijn, en wel omdat men daarbij niet van partijen kan spreken. [1]) Openbaar Ministerie en beklaagde spreken elkander meestal wel tegen, doch dat behoort niet tot de noodwendigheden van een strafgeding. De maatstaf hier door Mr. VITRINGA aangelegd is juist; de wijze van aanleggen evenwel is verkeerd. De strafwet toch bevat almede van de meest vaag gestelde grenzen. Aan de uitvoering wordt overgelaten, de juiste grens te trekken en daarin geniet zij bijzonder veel vrijheid. Zeer moeielijk is het daarom van te voren te zeggen, of er eene overtreding van de grens heeft plaats gehad (ik gebruik het woord hier niet in strafrechtelijken zin, noch in dien van strafbaar feit). Was beklaagde nu geen partij, dan hing de grensbepaling, dus de vraag of er eene overtreding plaats greep, af van het Openbaar Ministerie. In het stelsel van Mr. VITRINGA is òf het Openbaar Ministerie, òf de rechter eene overbodigheid, een onding. De eisch van het Openbaar Ministerie en het vermogen des rechters om daarvan af te wijken, laten zich dan ook slechts rijmen door de omstandigheid, dat bij de strafrechtspleging het Openbaar Ministerie niet alleen en onvoorwaardelijk als orgaan van den staatswil wordt erkend. De mogelijkheid wordt verondersteld, dat zijn eisch niet geheel in overeenstemming zal zijn met den wil der gemeenschap. Daarom is, zelfs al zwijgt hij, beklaagde partij

---

1) Mr. v. GELEIN VITRINGA, t. a. p., blz. 533.

in het strafgeding: hij wordt geacht altijd als gemeenschapsorgaan den eisch van het Openbaar Ministerie te bestrijden. Dit is juist de eigenaardigheid van het zgn. *accusatoire* strafgeding. Bij eene strafrechtspleging, waarbij de rechter zich zelven in beweging zet, eene mogelijkheid waarop Mr. VITRINGA de aandacht vestigt, is de toestand niet anders. Aan den rechter is dan bovendien opgedragen, de hoedanigheid van vervolgingsambtenaar. Hij zal dan deze waardigheid streng te scheiden hebben van die van rechter. Onpartijdiglijk zal hij te beslissen hebben tusschen hetgeen vroeger door hemzelven en door beklaagde werd ter tafel gebracht, hetgeen natuurlijk uiterst moeielijk is. Behoeft hij dit niet uit elkander te houden, dan is daardoor beklaagde geen partij meer en is er dus ook geen rechtsgeschil. Dan is de rechter het *eenig* orgaan geworden, dat de gemeenschapswil vertolkt. Tegen het vermoeden, aan die uiting verbonden, dat zij den waren wil der gemeenschap wedergeeft, bestaat geen tegenbewijs. Dan hebben wij het zgn. *inquisitoire* strafgeding. De rechter is daarbij slechts rechter in naam. Daar echter het strafgeding altijd een min of meer accusatoir karakter heeft gedragen, heeft men ook steeds de strafrechtspleging als rechtspraak beschouwd.

In de tweede plaats verliest het aan de uitspraak van scheidslieden onderworpen geschil het karakter van rechtsgeschil niet, door dat zij in plaats van naar het strenge recht als goede mannen naar billijkheid moeten oordeelen. Ik begrijp niet, hoe Mr. VITRINGA zulk eene gevolgtrekking kan maken. De wetten kunnen slechts in hoofdtrekken de grens bepalen: zij zijn verplicht de juistere begrenzing

der individueele willekeur over te laten aan de met de uitvoering belaste organen. Die organen kunnen zijn vast; ook kunnen de leden der gemeenschap als zoodanig dienst doen. Nu weet men, dat aan iedere scheidsrechterlijke uitspraak vooraf moet gaan een zgn. *compromissum*. Daarbij kan aan de scheidslieden volgens art. 636 van het Wetboek van Burg. Rechtsv. de bevoegdheid worden toegekend, om als goede mannen naar billijkheid te oordeelen. Het *compromissum* is eene overeenkomst. Door iedere overeenkomst bepalen partijen de juiste grens van het recht (ieder tusschen zich en de gemeenschap), welke grensbepaling de wet aan hen over liet. De bepalingen eener door de wet geoorloofde overeenkomst zijn daarom *recht*. De bewoordingen, waarin die bepalingen vervat zijn, doen aan het rechtskarakter niet af. Het begrip „billijkheid" in de omschrijving gebezigd wordt daardoor tot recht verheven.

In de derde plaats is de Engelsche staat overtuigd geweest van de vele onnauwkeurigheden, die er, wegens de ongemakkelijkheid van de wet, in zijne wilsuitingen zouden ontstaan. Als hij dus de betrekkelijke waarde van de wet inzag, stelde hij een orgaan in, dat, niet aan den stijven en dorren tekst der wet gebonden, meer nauwkeurig zijnen wil onder woorden zou brengen. Is het nu niet de uitgedrukte wil van den Engelschen staat, m. a. w. Engelsch recht, dat de *Court of Chancery* naar de billijkheid oordeelt? Maakt het verschil of een staat den rechter verwijst naar art. x van wetboek zoo en zoo of eenvoudig naar de billijkheid?

Ten vierde kan, zonder bepaald met den tekst van een strafrechtelijk wetsartikel in strijd te zijn, eene handeling

toch strijden tegen het recht, ja zelfs tegen de wet. Als eene bevoegdheid is toegekend met een doel „a" en ik gebruik haar met een doel „b", dan overschrijd ik de wet, die haar met het doel „a" toekende. Het doel waarmede eene handeling wordt verricht is vaak lastig te zien: de strijd met de wet valt daarom dikwijls moeielijk waar te nemen. Dat neemt evenwel niet weg, dat de beslissing van den Franschen staatsraad over *détournement de pouvoir* wel degelijk eene beslissing van een rechtsgeschil en dus rechtspraak is. [1])

Ten slotte kan ook voor het volkenrecht de onduidelijkheid van de wet, haar stilzwijgen of haar onbreken niet tengevolge hebben, dat de scheidsrechterlijke uitspraak iets

---

1) Hoe onjuist de opvatting van Mr. VITRINGA is, moge blijken uit hetgeen E. LAFERRIÈRE „Traité de la Juridiction Administrative et des recours contentieux, II blz. 522, over détournement de pouvoir mededeelt:

„Le détournement de pouvoir constitue donc un abus du mandat que l'administrateur a reçu; celui qui le commet prend, sous une fausse apparence de légalité, des décisions qu'il ne lui appartient pas de prendre, et qui sont ainsi entachées d'une sorte d'incompétence, sinon par les prescriptions qu'elles édictent, du moins par le but qu'elles poursuivent. . . . . .

. . . . . .

„Le détournement de pouvoir est donc une véritable *illégalité* qui peut entacher un acte discrétionnaire, malgré la pleine liberté de décision qui paraît inhérente aux actes de cette nature; cette *illégalité* résulte de ce que l'administrateur poursuit un but qu'il *n'a pas le droit* de poursuivre par les moyens qu'il emploie, ou qui même lui est complètement interdit, comme étant en dehors des attributions de l'administration."

Zooals uit de door mij onderstreepte woorden blijkt, heeft men hierbij wel degelijk te doen met overtreding van een wettelijk gebod.

anders zou zijn dan de beslissing van een rechtsgeschil. Recht is er immers ook zonder de vormelijke wet!

Men ziet dus waarop de argumenten van Mr. VITRINGA neerkomen. Zijne fout is, dat hij in plaats van in de wet te zoeken, wat werkelijk hare bedoeling is, aan de doode letter ervan hangt. Daarom loochent hij een rechtsgeschil, waar eene daad werd verricht, die niet met de letter van de wet in strijd is. Even merkwaardig als kenschetsend voor zijn standpunt is dan ook de uitdrukking: „schending van een wetstekst", [1]) welke hij bezigt. Aan dergelijke letterknechterij mogen wij ons niet schuldig maken.

Wanneer het nu duidelijk is, dat de rechtspraak bestaat in het stellen en handhaven der juiste grens in geval van een rechtsgeschil, dan is de taak des rechters wel *omschreven*, doch op langen na niet *bepaald*. De rechter is even ondenkbaar zonder rechtsgeschil, als het rechtsgeschil zonder rechter. Beide begrippen ontleenen aan elkander hunne beteekenis. Wij zullen de taak des rechters dus nog nader moeten beschouwen.

„Rechtspraak", zoo zegt Mr. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO [2]), „is de daad van een onpartijdige, die oordeelt tusschen partijen over een quaestie van recht". Quaestie van recht vatte men niet op als „rechtsvraag" doch als „rechtsgeschil". Ik gebruik bovenstaande aanhaling om de woorden „tusschen partijen". Het eigenaardige van een rechtsgeschil toch zit juist in die partijen. Evenals zonder de aanleidende oorzaak, de overtreding, geen rechtsgeschil

---

1) t. a. p., blz. 543.

2) Tweede Kamer, verg. 25 Maart 1873.

mogelijk is, zoo kan men daarvan ook niet spreken wanneer er geen partijen zijn.

Of er eene overtreding is begaan, is eerst uit te maken, wanneer de plaats der grens in nauwkeurigheid vaststaat. Laat de gemeenschap nu de grensbepaling over aan één orgaan, dan hebben wij bij eene overtreding geen rechtsgeschil. Dat grensbepalende orgaan bewaakt de grens tegen overtredingen en daarmede uit. Zoowel de grens als de overtreding zijn begrippen, die van hem hunne beteekenis ontvangen. Dit is de zoogenaamde *eigen richting:* richting nl. van het eenige orgaan, dat bevoegd is den gemeenschapswil te uiten. Dat orgaan faalt evenwel dikwijls. Zoo bemerkt de gemeenschap, dat zij op deze wijze veel voor haren wil zal moeten doen doorgaan, wat die niet is. Dan doen de leden der gemeenschap hun gezag gelden en eischen het orgaanschap. Alle leden worden nu gemeenschapsorgaan en waar er meerdere gemeenschapsorganen zijn, daar zal eene beslissing moeten vallen, wie in waarheid de tolk van de gemeenschap is.

Een dergelijken toestand heeft men reeds zeer lang op het gebied van het zgn. privaatrecht; ook bij het strafrecht. Rechtspraak is dan ook de eerste werkzaamheid, waarmede wij de overheid zich zien bezig houden. Later breidt hare taak zich uit doordat zij de gemeenschap vertegenwoordigt, overal waar deze een nieuw arbeidsveld ontgint. Die nieuwe regelen worden gehandhaafd door eigen richting der overheid en het van haar afhankelijk beheer. Aan dezen toestand hebben wij vermoedelijk de verderfelijke leer der subjectieve rechten te danken.

Eerst in onzen tijd is men gaan inzien, dat ook de overheid in het bepalen der grens kan falen, en is men zich gaan afvragen, waarom rechtsregels toch op zoo verschillende wijze worden gehandhaafd. Dan wordt de volledige erkenning van het orgaanschap der leden geeischt, waaraan wordt voldaan door hun invloed te geven op de wetgeving en door de eigen richting der overheid te doen ophouden, d. w. z. door bij de toepassing van iederen rechtsregel een rechtsgeschil, d. i. rechtspraak, mogelijk te maken. De grensbepaling hangt dan niet meer af van één, steeds van twee organen en tusschen deze beslist de rechter.

Nu kan „eigener gezag niemand zich opwerpen als orgaan der gemeenschap". [1]) Daardoor zijn rechtsgeschillen en is ook rechtspraak slechts mogelijk, waar de gemeenschap die wilde. Stelt zij genoeg vertrouwen in één orgaan, om haren wil daardoor te laten weêrgeven, dan erkent zij geen ander orgaan daarneven en rechtspraak is dan ondenkbaar. Acht zij daarentegen één orgaan niet betrouwbaar genoeg, dan erkent zij daarnaast een ander. Rechtspraak wordt dan eene niet te miskennen noodzakelijkheid.

Ik kom zoo juist tot de gevolgtrekking, die Mr. KRABBE [2]) zoozeer in hetgeen hij den Politiestaat noemt, d. i. de staat wiens wil het recht schept, veroordeelt, nl. „dat de administratieve rechtspraak, evenals het administratieve recht zelf, haar rechtvaardiging slechts kan vinden in een wantrouwen tegen de administratie, zoodat de grenzen dier rechtspraak afhankelijk zijn van de mate waarin dat wan-

---

1) KRABBE, t. a. p., II. § 2. 2.
2) t. a. p., IV. § 1. 3.

trouwen, hetzij in de onpartijdigheid, hetzij in de deskundigheid, zich doet gelden. Administratieve rechtspraak is noch noodzakelijk, noch in omvang bepaald". Wanneer men bedenkt, dat met administratieve rechtspraak bedoeld wordt alle denkbare rechtspraak, na aftrek van de rechtspraak in zgn. burgerlijke en strafzaken, dan ziet men dat de door Mr. KRABBE afgekeurde stelling een noodwendig uitvloeisel is van al hetgeen ik te voren beweerde. De wil van de gemeenschap is onbeperkt: zij behoeft dus slechts rechtspraak toe te laten, wanneer zij die wil, d. i. wanneer haar belang dat medebrengt. Zoo kan men zich zelfs in het afgetrokkene het gebied van het zgn. privaatrecht voorstellen zonder rechtspraak. Zoo ook „kan men zich in abstracto denken, dat de toepassing der strafwet werd ontdaan van de vormen en waarborgen, die haar omringen. Stel, dat die toepassing aan eenvoudige politieambtenaren werd opgedragen, zoodat de bevoegde ambtenaar, kennis krijgende, dat iemand een of ander artikel der strafwet had overtreden, geheel vormloos dat artikel op den schuldige toepaste, door hem gevangen te zetten. Zoude men dit nog rechtspraak kunnen noemen? Zeker niet". [1])

Wanneer wij dit alles goed hebben ingezien, dan moet het ons in de eerste plaats duidelijk worden, dat de STAATSCOMMISSIE 1891 tusschen instructie- en waarborgnormen onderscheidde. Volgens haar is administratieve rechtspraak slechts mogelijk bij de laatste, omdat... ja omdat de eerste geen aanleiding kunnen geven tot een geschil. Dit komt dan weder doordat een rechtsgeschil ontstaat door

---

1) Mr. v. GELEIN VITRINGA, t. a. p., blz. 549.

schending van een subjectief recht en er slechts bij de tweede een subjectief recht bestaat, hetwelk ten slotte afhangt van de bewoordingen, die de wetgever koos. Men heeft evenwel de tegenstelling tusschen waarborg- en instructienormen niet noodig voor de administratieve rechtspraak. Wel neen, over iedere norm is rechtspraak mogelijk. Maar de gemeenschap heeft niet bij iedere norm rechtspraak gewild. Het begrip instructienorm hangt af van den omvang der rechtspraak, niet omgekeerd. Het is daarom vreemd, dat eene commissie, die de invoering der administratieve rechtspraak moest voorbereiden, d. w. z. onderzoeken op welke wijze ook rechtspraak mogelijk te maken zou zijn in de gevallen, waarin zij tot dusver niet bestond, begint met die rechtspraak gedeeltelijk onmogelijk te maken, door de zgn. instructienormen daarvoor onvatbaar te verklaren. Zij neemt dus als uitgangspunt een gevolg van den ouden toestand, welken te veranderen hare roeping was.

In de tweede plaats moeten wij dan iets gevoelen voor het standpunt van Mr. VITRINGA, al zagen wij daarvan de onjuistheid in. Want hoewel het van de gemeenschap afhangt, bij de toepassing van eenen rechtsregel een rechtsgeschil al of niet mogelijk te maken, [1]) daarom is rechtspraak nog niet „één der wijzen waarop het staatsgezag zijne taak volbrengt, zonder dat daarmede in het minst is uitgemaakt, welke materieele werkzaamheid het daarmede verricht". [2]) Neen, de rechter is staatsorgaan: als zoodanig

---

1) Zooals wij boven zagen, verwerpt Mr. VITRINGA de meening, dat de rechter geroepen zou zijn, rechtsgeschillen te beslechten.

2) Mr. v. GELEIN VITRINGA, t. a. p., blz. 547.

stelt en bewaakt hij de grenzen des rechts. Hij treedt evenwel slechts op bij meervoudigheid der organen, welke van den wil der gemeenschap afhangt. Hij oordeelt wanneer twee andere, twistende organen hem dat verzoeken. Dan verklaart hij, welke partij in waarheid de wil der gemeenschap verkondigt. Dientengevolge oefent dan de gelijkkrijgende als gemeenschapsorgaan bij uitnemendheid den dwang uit, die het handhaven der grenzen met zich brengt.

Dit bracht er dan ook vermoedelijk Mr. VAN IDSINGA [1]) toe, de taak des rechters te omschrijven met het „beslissen omtrent het al of niet geoorloofde van dwang". In het „geoorloofde" zit het stellen, in den „dwang" het bewaken van de grens. De rechter oordeelt niet over het geoorloofde van dwang omdat hij rechter is, doch omdat hij gemeenschapsorgaan is. Ieder die als zoodanig optreedt, stelt en bewaakt de grens: dus ook de rechter. Al ziet men nu de overwinnaar, met het rechterlijk gezag getooid, dwang uitoefenen, dan komt dat niet doordat hij de bevoegdheid daartoe van den rechter ontvangen heeft; maar doordat de rechter heeft uitgemaakt, *dat* hij den wil der gemeenschap uitte.

Zoo wordt dus de rechterlijke uitspraak verheven boven die van ieder ander uitvoerend orgaan. In hoogsten aanleg geeft de overheid *als rechter* uiting aan den wil der gemeenschap. „Dat het schrikbeeld der Franschen: het *mettre la couronne au greffe*, daardoor verwezenlijkt" wordt „schijnt weinig meer dan belachelijk. 's Rechters bevoegdheid toch is een louter negatieve. Zeker vermag hij bijv. uit te maken of een gebouw, welks afbraak op

1) t. a. p., I blz. 174.

grond van bouwvalligheid gelast is, al dan niet bouwvallig mag heeten, maar daarmede tooit hij zich allerminst met de attributen der administratie. Deze laatste beoordeelt geheel vrijelijk, of zij den last tot afbreking in elk concreet geval zal verstrekken; geen rechter kan haar daartoe nopen, maar wanneer zij de afbraak beveelt, dan" moet „de rechter bevoegd" zijn „te oordeelen, of zij daartoe volgens de bestaande wettelijke bepalingen mocht overgaan. De rechterlijke tusschenkomst werkt derhalve uitsluitend afwerend en dient slechts als remschoen tot keering of opheffing van onwettige administratieve handelingen". [1]) Of beter nog zou het zijn te zeggen, dat — waar de rechter eerst optreedt als zijne tusschenkomst door partijen wordt gevraagd en men pas van partijen kan spreken, wanneer een lid der gemeenschap tegenover de administratie beweert, *ook* den gemeenschapswil te vertolken — daar die keerende en opheffende werking ten opzichte van onwettige administratieve handelingen wordt uitgeoefend door het orgaanschap der leden. En van dat orgaanschap is de rechter een noodzakelijk gevolg.

Als men bevreesd is, in dezen zin de kroon op het hoofd des rechters te drukken, dan kan men ook niet anders dan zeer onverschillig zijn omtrent de wijze waarop het recht wordt bepaald en gehandhaafd. Neen, waar een rechtsregel bestaat, daar make men ook de tusschenkomst eens rechters mogelijk. Nooit late men aan één orgaan het stellen en bewaken van de grens over! In alle om-

---

1) Mr. J. B. KAN Jr. Grenzen der Adm. Rspr., Rechtsgel. Mag. 1897, blz. 356.

standigheden erkenne de gemeenschap het orgaanschap harer leden! Dit is de eisch van den Rechtstaat, zooals ik dien opvat.

De overtuiging, dat aan dien eisch nog niet is voldaan en dat de tijd gekomen is er aan gehoor te geven, gaf aanleiding tot het ijveren voor eene administratieve rechtspraak en daarmede tot al de spraakverwarring, al het misverstand, waarvan dit onderwerp in zoo hooge mate te lijden heeft.

HOOFDSTUK VIII.

Besluit.

The end of justice is to secure from injury [1]).

Als het nu duidelijk is, dat rechtspraak bij de toepassing van iederen rechtsregel gewenscht is, dan rijst onmiddellijk de vraag, *wie* die rechtspraak moet uitoefenen. Waar ik nu te voren aantoonde, dat iedere onderscheiding, hetzij der rechtsregels, hetzij der rechtsgeschillen, niet vol te houden is, daar ligt het voor de hand, dat ik met die niet te verdeelen rechtspraak wil belasten den rechter, den gewonen rechter.

Wij zullen thans onderzoeken, of er dan geen enkelen grond aan te voeren is voor eene afzonderlijke administratieve rechtspraak, of er dan niets te zeggen valt voor eene onderscheiding, die zoo algemeen gemaakt wordt. Toen wij over rechtsgeschillen spraken, zagen wij, welke vragen men daarvan aan het oordeel des rechters wilde onttrekken, zich beroepende op dè waarheid, dat aan de

---

1) A. SMITH, Lectures on Justice, Introduction.

administratie de vrije beslissing daarover moest blijven. Wij zagen ook, dat de fout niet zat in de bevoegdheid van de administratie, doch in de onbevoegdheid van den rechter. Laten wij zien, hoe men tot die fout kwam!

De administratie is het orgaan, aangewezen om den staatswil uit te drukken. Aanvankelijk doet zij dat geheel naar eigen oordeel: hare uitingen *zijn* die der gemeenschap, omdat deze daartegen niet op komt. Als echter de toestand allengs verandert en de administratie aan de wet gebonden wordt, dan wil die wet ook waarborgen hebben, dat het beheer zoo juist mogelijk wordt gevoerd. Dan kan de administratie worden verplicht — ook voor dat de wet die verplichting oplegde bestond eene dergelijke bevoegdheid — te rade te gaan met de belangen van den eenling, opdat haar besluit zoo doelmatig mogelijk zij, d. w. z. zooveel mogelijk overeenkome met den waren wil der gemeenschap. Zij heeft dan, zooals steeds, alvorens te handelen zich af te vragen, *hoe* zij handelen moet. Nu kan het antwoorden op die vraag van doelmatigheid, doelmatigheidshalve gebonden worden aan eenen vorm, aan den vorm van een geschil. Dat geschil is geen rechtsgeschil, omdat men hier niet met partijen te doen heeft. Sprekende van partijen veronderstelt men gelijkheid en gelijkheid bestaat hier niet. Neen, het geschil is hier slechts een vorm, dienende tot voorlichting van het gezag, dat de vraag moet beantwoorden. Een rechtsgeschil is hier dus nooit aanwezig. [1])

---

1) Zie hierover Mr. VAN IDSINGA, t. a p., I blz. 2. Ook schr. acht geen rechtsgeschil aanwezig in de gevallen, „waarin de administratie,

Dat neemt niet weg, dat bij de beantwoording van de vraag, wat het doelmatigst is, een groot gewicht zal worden in de schaal gelegd door de vraag, wat recht is. Een onrechtmatig besluit kan nooit doelmatig (het doel is het ware gemeenschapsbelang) zijn; een ondoelmatig besluit wel rechtmatig. Zoo oordeelt dus ook de administratie over rechtsvragen, doch alleen om tot eene beantwoording van de vraag te komen, hoe zij moet handelen. Bij die beslissing kan men nu particuliere belangen doen hooren; noodig is dat nooit. Geschiedt het, dan nog behoeft er nimmer rekening mede gehouden te worden, aangezien het gemeenschapsbelang boven het privaat belang gaat en de administratie bij uitnemendheid voor de gemeenschap opkomt, zoo lang door geen ander orgaan het tegendeel blijkt.

Eene dergelijke wijze van regeeren kan steeds voorko-

---

alvorens eene beschikking te nemen, volgens de wet aan bijzondere personen de gelegenheid moet geven om te zorgen, dat bij de beschikking met hunne eigen of met andere belangen voldoende rekening gehouden worde. Wanneer de te nemen beschikking ten gunste van een bepaalden persoon kan zijn en anderen brengen daartegen bezwaren in, dan geven het optreden van deze tegenover elkander staande personen en de vormen van onderzoek aan de zaak het uiterlijk van een rechtsgeding, maar inderdaad heeft men in zulk een geval nog niet met een rechtsgeschil en dus ook niet met rechtspraak te doen. De bij het onderzoek in acht te nemen vormen kunnen op zich zelf de zaak niet tot *rechtspraak* maken; ook niet wanneer de eerste beschikking niet-definitief is, maar door een hooger geplaatst besturend orgaan vernietigd of gewijzigd kan worden, zoodat hooger beroep op dat orgaan is toegelaten. Zoolang de beslissing genomen wordt door de met het bestuur belaste en dus daarvoor verantwoordelijke organen blijft zij een eenzijdige, *ex parte* beslissing, en is er geen zweem van rechtspraak."

men; doch zij zal veel voorkomen, overal waar een rechter ontbreekt. Ongetwijfeld verkrijgt men er door zekere voordeelen; doch groote nadeelen staan daartegenover. Dat zijn de nadeelen, die ook de STAATSCOMMISSIE gevoelde en welke zij zooveel mogelijk wilde tegengaan door eene korte en goedkoope rechtspleging, [1]) door ontkenning van de verplichting tot schadeloosstelling, [2]) door uitsluiting van 's rechters lijdelijkheid [3]) en door beperking van het klaagrecht tot den rechtstreeks belanghebbende, d. i. rechthebbende. [4]) Zij blijft zich echter steeds bewegen op het

---

1) Verslag, § 2, blz. 4:

„Deze (*d. i. burgerrechtelijke*) procedure is evenwel voor de behandeling van administratieve rechtsgeschillen te omslachtig en te duur."

2) Verslag, § 9, blz. 13:

„Naar haar (*d. i. de Commissie*) inzien is het niet wenschelijk in eene wet, regelende de procedure bij den administratieven rechter, aan de openbare lichamen, zonder meer, de volstrekte verplichting op te leggen tot vergoeding der schade, welke door onrechtmatige daden of verzuimen van hunne besturen of ambtenaren is veroorzaakt..... Maar wel kan haars inziens den administratieven rechter de *bevoegdheid* gegeven worden om, indien hij daartoe gronden vindt, ter betering van geleden ongelijk eene geldsom toe te wijzen".

De commissie zelve ontveinst zich niet, dat eene dergelijke onbestemde bevoegdheid, aan den rechter gegeven, bezwaren oplevert en dat de door haar voorgestelde regeling slechts eene voorloopige kan zijn.

3) Verslag, § 10, blz. 13:

„Administratieve twistgedingen betreffen steeds de publieke orde. Bij juiste beslissingen is het algemeen belang altijd betrokken. Van daar dat eene lijdelijke houding den administratieven rechter niet past".

4) Verslag, § 8, blz. 12:

„De commissie meent echter, dat alleen rechtstreeksch belang tot het indienen van eene klacht behoort te kunnen leiden, zoodat die indiening alleen kan geschieden op grond dat door eene handeling van eenig openbaar bestuur of ambtenaar een *den klager* volgens

gebied der administratie, al geeft zij door middel van de zgn. leer der subjectieve rechten zich den schijn van inderdaad rechtspraak op het oog te hebben. De commissie, die rechtspraak moest voorbereiden in de gevallen, waarin tot dusverre de administratie oppermachtig was, tracht die rechtspraak voor goed onmogelijk te maken door eene pseudo-rechtspraak der administratie in te voeren! Neen, wil men, niettegenstaande hare groote omslachtigheid, eene dergelijke wijze van beheer algemeen maken, het zij zoo! Dat men eraan den naam van administratieve *rechtspraak* geeft, zou er ook nog mede door kunnen. Doch nooit mag die wijze van beheer er toe leiden, aan de gemeenschap den waarborg te onthouden, dien zij voor eene juiste uiting van haren wil in *rechtspraak* vindt.

De fout is, dat men in den vorm — Mr. VITRINGA [1]) komt daarvoor openlijk uit — het kenmerk van rechtspraak heeft gezocht. Waar het nu van zelf spreekt, dat geen *twee* rechtspraken noodig zijn en waar reeds een gedeelte van de administratie in contentieusen vorm *is* gegoten, daar ligt de gevolgtrekking voor de hand, dat men slechts met het overige deel evenzoo heeft te handelen, om te voldoen aan de eischen die de Rechtsstaat stelt. Toch is dat eene groote vergissing. Er is slechts één rechtspraak en dat is die van den rechter tusschen twee gelijke partijen, d. i. zich noemende gemeenschapsorganen, die beide voor *juiste* stelling en *volledige* hand-

---

wet of verordening toekomend recht is geschonden of *hem* in strijd met wet of verordening eenige bevoegdheid ontzegd of eenige verplichting is opgelegd".

1) t. a. p., blz. 547.

having van het recht opkomen. Die rechtspraak uit te sluiten, zij het dan ook door het meest betrouwbare beheer, is uit den booze!

Dit heeft ongetwijfeld ook Mr. S. VAN HOUTEN gevoeld, toen hij aan het verslag der STAATSCOMMISSIE 1891 eene afzonderlijke nota toevoegde. [1]) Schrijver betreurt het zeer, als in de administratieve rechtspraak „aanleiding werd gevonden, om de middelen tot handhaving van vermogensrechten minder bruikbaar te maken". [2]) Of, om het anders uit te drukken, schr. voorziet eene rechtspraak, die op bijzonder juiste wijze zal beslissen, *hoe* er geregeerd moet worden en die, bij overtredingen der administratie, haar zal terugvoeren binnen de zoo nauwkeurig afgebakende grens, zonder evenwel de schade te herstellen, welke die administratie daarbuiten heeft aangericht. Om nu dit nadeel te voorkomen, wil Mr. VAN HOUTEN de bevoegdheid regelen naar het *petitum*. Hij, wiens belangen door de administratie worden benadeeld, zou dan hebben twee acties: met de ééne kan hij zich wenden tot den burgerlijken rechter ter verkrijging van schadevergoeding volgens de regelen van het burgerlijk recht; de andere kan hij instellen bij den administratieven rechter, ten einde de administratie te houden binnen de haar aangewezen perken. „Het ligt in zijne macht, om dit punt in zijn petitum buiten twijfel te stellen en zich voorzoover dit petitum betreft zuiver op administratief-rechtelijk of zuiver op burgerrechtelijk gebied te bewegen". [3])

---

1) Verslag, blz. 69.
2) Verslag, blz. 69.
3) Verslag, blz. 70.

Het is de verdienste van Mr. VAN HOUTEN, den vinger gelegd te hebben op eene wonde stede, al deed hij dat, volgens mijne bescheiden meening, niet voldoende. Want van het voorgestelde middel tot verbetering verwacht ik niet veel. Wanneer men toch bij het voeren van het beheer de handhaving der rechtsorde overlaat aan den daarbij belanghebbende; wanneer deze, zoo hij dat doet, de kans loopt, het door hem geleden nadeel niet gebeterd te krijgen en wanneer ten slotte hem daarneven eene andere actie is toegestaan, waarmede hij op volledige schadevergoeding aanspraak kan maken, — dan voorzie ik, dat hij van die eerste vordering niet dikwijls gebruik zal maken. En als Mr. VAN HOUTEN zegt [1]), dat „in den regel..... naar alle waarschijnlijkheid de administratieve rechtspraak het meest gekozen" zal „worden, reeds omdat de procedure bij die afdeeling voor deze soort van zaken het meest geschikt is", dan geef ik dat toe voorzoover het betrekking heeft op overtredingen, waarvan de nadeelige gevolgen moeielijk in geld zijn uit te drukken, of waarbij met eene geringe vergoeding kan volstaan worden. In de overige gevallen zal het de burgerlijke rechter zijn, van wien eene beslissing gevraagd wordt. Neen, dan schijnt mij, in alle bescheidenheid, het in dit proefschrift voorgestelde middel eenvoudiger, doeltreffender en stelselmatiger.

Ik wil besluiten met het volgende. Men late overal rechtspraak toe, omdat dit een niet te miskennen eisch is van den Rechtsstaat. Aangezien, door zoo te doen, ieder

---

1) Verslag, blz. 71.

onderscheid tusschen de rechtsregels vervalt, verdeele men ook de rechtspraak niet. Of de omvang van de taak des rechters daardoor zoo groot wordt, „dat betwijfeld mag worden, of de leden der rechterlijke macht tijd en gelegenheid hebben zich, nevens de wetenschap, noodig om voor de uitoefening van de hun thans opgedragen taak geschikt te zijn en te blijven, die grondige kennis van het zoo uitgebreide administratieve recht eigen te maken, welke voor eene goede berechting der administratieve rechtsgeschillen gevorderd moet worden" [1]), is eene vraag die ik volmondig bevestigend beantwoord. De rechterlijke macht toch wordt uitgeoefend door rechtsgeleerden, niet door wetgeleerden. De tekst der wet en het bericht van deskundigen zijn de hulpmiddelen, waarmede de van de algemeene rechtsbeginselen doordrongen rechter, tot eene juiste en betrouwbare beslissing kan komen.

Eén recht, één rechtspraak, één rechter, is hetgeen wij hebben moeten. Zoo handhaaft men het gezonde beginsel, dat ook reeds door onze voorouders gehuldigd werd, alvorens zij door vreemden invloed het rechte spoor bijster werden. [2]) Wil men nu daarneven, teneinde de taak des rechters te verlichten of teneinde het gezag der admini-

---

1) Verslag, § 2, blz. 5.

2) Verg. Mr. P. TJEENK WILLINK, Publiekrechtelijke geschillen in de Republiek der Vereenigde Nederlanden, blz. 105:
„....één regel hebben we althans kunnen ontdekken. Deze luidt: Alle geschillen, van welken aard ook, worden door de gewone gerechten beslecht. In het eene geval met meer, in 't andere geval met minder omslag, komt ten slotte elk publiekrechtelijk geschil voor denzelfden rechter, die alle andere rechtspraak oefent."

stratie te verhoogen, aan de besluiten van laatstgenoemde eenen zekeren waarborg van doelmatigheid (dus ook van rechtmatigheid) verleenen door de overwegingen, die aan het definitieve besluit moeten voorafgaan, aan zekere vormen te binden — het zij zoo! [1]) Men bedenke echter, dat niet dit, wèl rechtspraak een eisch is van den Rechtsstaat.

Zoo men dus werkelijk naar de vervulling van dezen streeft, dan handhave men voorloopig art. 2 der Wet op de Rechterlijke Organisatie, waardoor art. 153 van de Grondwet in zijnen ruimsten zin kan worden toegepast en wijzige dat laatste artikel bij eene mogelijke grondwetsherziening in dier voege, dat de rechterlijke macht bevoegd wordt van *alle* rechtsgeschillen kennis te nemen: vanzelf wordt

---

1) De Staatscommissie zegt hierover het volgende (zie Verslag, § 2, blz. 5):

„Voor geschillen als deze vier of vijf instanties te hebben (*administratie + rechterlijke macht*) ware onhoudbaar. Men zoude dus niet enkel aan het centraal bestuur, maar ook aan Gedeputeerde Staten hunne bevoegdheid ter zake van de beslissing van administratieve rechtsgeschillen moeten ontnemen".

Zoo een maatregel vindt de commissie eene ware omwenteling voor het administratieve recht. Bovendien is vlg. haar de meerdere geschiktheid van Ged. Staten boven die van den rechter — hetgeen ik reeds trachtte te weerleggen — ook nog een bezwaar ertegen. Toch zijn die bezwaren niet afdoende. Door de invoering van *rechtspraak* zal de beslissing der administratie vaak inderdaad overbodig worden; geen enkelen reden zie ik, waarom men in die gevallen niet van de contentieuse administratie afstand zou willen doen. Daar schaffe men haar dus af, of daar voere men haar niet in. Waar men echter de beslissing der administratie naast rechtspraak blijft noodig vinden, daar zullen de voordeelen der contentieuse administratie wel zoo groot zijn, dat zij tegen het nadeel van 5 instanties opwegen.

dan bij de toepassing van *iederen* rechtsregel een rechtsgeschil en dus rechtspraak mogelijk. Men bepale verder in de gevallen, waarin men vele onjuiste beslissingen der administratie en dus veel rechtsgeschillen voorziet, in de wetten daarop betrekkelijk, de vormen, die eene juiste beslissing van het beheer zooveel mogelijk waarborgen. Dat ten slotte de voorstellen der STAATSCOMMISSIE 1891 daarneven geen recht van bestaan hebben, behoeft na al hetgeen voorafging niet nader te worden aangetoond.

STELLINGEN.

STELLINGEN.

I.

Tusschen den staat en eene andere gemeenschap bestaat slechts een verschil in graad.

II.

Een principiëel onderscheid tusschen publiek- en privaatrecht bestaat niet.

III.

Ten onrechte beschouwt men de bescherming van subjectieve rechten als de bestemming des rechters.

IV.

Bij een rechtsgeschil is de grens tusschen rechtsvraag en feitelijke vraag niet te trekken.

V.

Invoering van eenen afzonderlijken administratieven rechter is op geen enkelen grond te rechtvaardigen.

VI.

Ongeoorloofde overdracht van wetgevende macht door den Gemeenteraad op Burgemeester en Wethouders bestaat niet.

VII.

Op verdragen, volgens art. 44 van het Regeeringsreglement voor Nederlandsch-Indië door den Gouverneur-Generaal met Indische vorsten en volken gesloten, is art. 59 van de Grondwet niet toepasselijk.

VIII.

Ten onrechte wordt beweerd, dat er bij het verkeer der staten slechts sprake kan zijn van moraal; er be-

staat een stellig, zij het dan ook weinig ontwikkeld, volkenrecht.

IX.

Door verdragen alleen kunnen evenwel geen volkenrechtelijke regelen ontstaan.

X.

De collectieve productie door de sociale democratie voorgestaan, zal eene groote onvastheid van de nationale welvaart tengevolge hebben, reden waarom de vrije voortbrenging de voorkeur verdient.

XI.

Daar meerdere voortbrenging grootere welvaart geeft, behoort de productie zoo hoog mogelijk te worden opgevoerd.

XII.

Daarom is in de eerste plaats bescherming, onder welken vorm ook, verwerpelijk.

XIII.

In de tweede plaats moeten te dien einde de staatsschuld en het gebruik van bezoldigde ambtenaren aanzienlijk worden verminderd.

XIV.

De zgn. pachtwaarde-theorie van RICARDO komt neder op de oeconomische waarheid, dat vermeerdering van vraag bij standvastig aanbod de prijzen doet stijgen.

XV.

Het is wenschelijk, dat de groote gemeenten optreden als verzekeraars tegen brand der gebouwen, binnen hun gebied gelegen.

STELLINGEN

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

Doctor in de Rechtswetenschap

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

Dr. A. A. W. HUBRECHT

Hoogleeraar in de Faculteit der Wis- en Natuurkunde

VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAT DER UNIVERSITEIT

TEGEN DE BEDENKINGEN VAN

DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID

TE VERDEDIGEN

op Vrijdag 24 Januari 1902 des namiddags te 3 uur

DOOR

GERHARD JAN FABIUS

geboren te UTRECHT

STOOMDRUKKERIJ — P. DEN BOER — UTRECHT

STELLINGEN.

I.

Volgens het Romeinsche recht was ususfructus niet voor overdracht vatbaar.

II.

Art. 839 van het Burg. Wetb. is slechts van toepassing op den bewindvoerder, die bij den aanvang van het vruchtgebruik is benoemd door hem, die het vruchtgebruik vestigde.

III.

Legaat van bepaalde zaken is volgens ons recht eene wijze van eigendomsverkrijging.

IV.

Termijnhandel, waarbij het alleen te doen is om verrekening van een koersverschil, wordt door art. 1825 B. W. verboden.

V.

„Onrechtmatig" in art. 1401 B. W. wil zeggen: „in strijd met een wettelijk voorschrift."

VI.

Het stelsel van ons Burgerlijk Wetboek, waarbij de benoeming van ambtenaren van den Burgerlijken Stand door het gemeentebestuur geschiedt, verdient de voorkeur boven dat van art. 4 van het zgn. Ontwerp 1886, hetwelk die benoeming aan den Koning opdraagt.

VII.

Wanneer onroerende goederen, toebehoorende aan eenen minderjarige, ten algemeene nutte worden onteigend, heeft de minderjarige, bij wederbelegging in onroerend goed der aan hem opgekomen schadeloosstelling, geen recht op vergoeding der kosten, welke die belegging met zich brengt.

VIII.

De Nederduitsch Hervormde Gemeente heeft niet het recht eenen hoofdelijken omslag te heffen van iemand, dien zij alleen op grond van art. 2 van het Algemeen Reglement van de Hervormde kerk door geboorte of door den doop tot hare gemeenschap rekent.

IX.

De kassiersquitantie is onderworpen aan het zegelrecht van de wet van 11 Juli 1882 (Stb. No. 93.)

X.

Hij, die beweert door blanco endossement eigenaar geworden te zijn van eenen wissel, moet bewijzen, dat het endossement voor den vervaldag is gesteld.

XI.

De schepelingen zijn bevoegd, met voorbijgaan van den schipper, de reederij aan te spreken tot voldoening van hetgeen, waarop zij krachtens de aanmonstering aanspraak hebben.

XII.

Commissarissen eener naamlooze vennootschap zijn geen bestuurders in den zin van art. 39 W. v. K.

XIII.

Het feit, dat twee personen elkander over en weder schuldig zijn en dat de renten van die schulden zijn verrekend, bewijst nog niet het bestaan eener overeenkomst „rekening-courant" en verhindert ieder hunner dus niet elke inschuld afzonderlijk in te vorderen.

XIV.

Bij verbintenissen om te geven is volgens ons recht tenuitvoerlegging op de zaak zelve mogelijk.

XV.

Wanneer twee personen, de een dragende eenen lichtbak, de ander dragende een geweer, te zamen en in vereeniging wild pogen op te sporen en te bemachtigen, is de drager van den lichtbak *mededader* van ongeoorloofde wildbemachtiging.

XVI.

Strafbare poging tot bygamie bestaat niet.

XVII.

De overtreding van art. 10, laatste lid, der Arbeidswet is een delictum continuum en op haar is dus niet toepasselijk de bepaling van art. 17, dat eene afzonderlijke straf wordt opgelegd voor ieder etmaal, in den loop waarvan die overtreding is geschied.

XVIII.

Iemand, die een roerend voorwerp van een ander wegneemt, met het oogmerk het te beleenen, ten einde op die wijze aan geld te komen, is schuldig aan diefstal, ook al had hij bovendien het voornemen, dat voorwerp later te lossen en terug te geven

XIX.

Waar de zetkastelein eener tapperij zonder last van den houder der vergunning buiten het lokaal, waarvoor de vergunning is verleend, sterken drank verkoopt, is deze, en niet de houder der vergunning, dader van het strafbare feit.

XX.

De bepaling van art. 14, titel I, van het Crim. Wetb. voor het Krijgsvolk te Lande — dat nl. de militaire rechter niet bevoegd is, ingeval een militair een zgn. commun delict pleegt met iemand, die voor den burgerlijken rechter terecht staat — is niet toepasselijk, wanneer twee personen, waarvan één een militair is, elkander wederkeerig hebben mishandeld.

XXI.

In art. 109 der Grondwet heeft het woord *wet* slechts formeelen zin.

XXII.

In het stelsel onzer Grondwet is art. 69 onjuist, art. 59 juist gesteld.

XXIII.

Eene stookplaats in eene broeikas komt in aanmerking voor de berekening van het aantal haardsteden volgens art. 14 en vlg. van de wet op de Personeele Belasting.

XXIV.

Het aantreden en appèl houden zijn in art. 42, lid 2, der Wet op de Schutterij onder de oefeningen begrepen en komen dus in aanmerking bij de berekening der 2 uren, als maximum voor den duur der oefeningen gesteld.

XXV.

Een ambtenaar, die zijne standplaats heeft in zekere gemeente (A) en die voor minder dan 90 dagen tot het waarnemen van ambtsbezigheden tijdelijk naar eene andere gemeente (B) wordt verplaatst, is in deze laatste gemeente (B) belastingplichtig volgens art. 245, lid 1, der Gemeentewet, wanneer hij in de gemeente A gedurende dien tijd geen woning heeft.

XXVI.

Het Kon. Besluit van 19 October 1896, Stbl. No. 163, tot uitvoering van de Stoomwet, is niet toepasselijk op een stoomtoestel, dienende tot centrale verwarming van eene sociëteit.
