Utrecht University Library
Partner in Science
Universiteit Utrecht

Wilsrechten

https://hdl.handle.net/1874/259453

A° 192 Juni 23 Nov 1914

WILSRECHTEN

G. W. RUPKE CHRZN.

WILSRECHTEN.

RIJKSUNIVERSITEIT TE UTRECHT
1777 7321

Diss. Utrecht 1914 rup

WILSRECHTEN.

PROEFSCHRIFT TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT, OP GEZAG VAN DEN RECTOR-MAGNIFICUS PROF. H. SNELLEN Jr., HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER GENEESKUNDE, VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAT DER UNIVERSITEIT TEGEN DE BEDENKINGEN VAN DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID TE VERDEDIGEN OP MAANDAG 23 NOVEMBER 1914 DES NAMIDDAGS TE 4 UUR, DOOR

GERARDUS WILLEM RUPKE CHRZN.
GEBOREN TE NIEUWERKERK A/D IJSEL.

A. H. KRUYT — AMSTERDAM

UNIVERSITEITS BIBLIOTHEEK UTRECHT

AAN DE NAGEDACHTENIS

VAN MIJN VADER.

Bij het verlaten der academie is het mij een genoegen, hier mijn dank te kunnen betuigen aan allen, die mij leiding en voorlichting gaven bij mijne studiën.

In het bizonder zij U, hooggeleerde SUYLING, dank gebracht voor de belangstelling, die gij in dit mijn proefschrift stellen wildet en voor de bereidwilligheid, mij tijdens de bewerking ervan getoond.

Ook vinde hier nog plaats de dankbare erkenning voor wat de Societas Studiosorum Reformatorum, en in het bizonder de Utrechtsche afdeeling daarvan, voor mij gedurende mijne studiejaren was.

INHOUD.

HOOFDSTUK I.

Het objectieve recht.

Pg.

§ 1. Het objectieve recht. Formeele begripsbepaling. 1
§ 2. Het objectieve recht. Materieele begripsbepaling. 7

HOOFDSTUK II.

Het subjectieve recht.

§ 1. Algemeene beschouwingen. 13
§ 2. De tegenstelling tuschen de individualistische en de communistische gedachte. 18
§ 3. Het subjectieve recht en de tegenstelling tusschen de individualistische en de communistische gedachte. 23
§ 4. De omvang van het begrip subjectief recht. . . 25

HOOFDSTUK III.

De verdeeling der subjectieve rechten.

§ 1. De wijze van verdeeling der subjectieve rechten. 30
§ 2. De wilsrechten in het algemeen. 36

HOOFDSTUK IV.

Eenige bizondere wilsrechten.

§ 1. De bevoegdheid tot het vervreemden van rechten. 45
§ 2. De exceptie. 50

Pg.

§ 3. Opdracht of levering van onroerend goed. . . . 61
§ 4. Pand en hypotheek. 66
§ 5. De actio Pauliana. 70
§ 6. Ontbindingsrecht. 73
§ 7. Het openbaar aanbod. 79

Besluit. 85

Apologie. 86

Aanteekeningen. 91

HOOFDSTUK I.

HET OBJECTIEVE RECHT.

§ 1. HET OBJECTIEVE RECHT. FORMEELE BEGRIPSBEPALING.

Met den naam „Wilsrechten", dien wij aan ons onderwerp van studie gaven, duiden wij aan eene groep van subjectieve rechten. Zij hebben recht op eene eigen plaats. Dit zal blijken, zoodra wij genaderd zijn tot het onderzoek naar de grondslagen, waarop eene rationeele verdeeling van de subjectieve rechten behoort te rusten.

Alvorens wij echter tot de bespreking van ons eigenlijk onderwerp kunnen overgaan, zullen moeten worden behandeld de vragen: „Wat is objectief recht?" en „Wat is subjectief recht?" Althans zal ter voorkoming van begripsverwarring reeds nu moeten bepaald worden, wat wij in dit werkje onder deze termen wenschen te verstaan. Groot toch is het verschil van gevoelen ten deze onder de rechtsgeleerden en niet minder groot het misverstand, dientengevolge ontstaan.

Bij de korte begripsbepaling, waarmede wij daarom veiligheidshalve aanvangen, zal de definieering van

het begrip objectief recht voorafgaan aan die van het subjectieve rechtsbegrip. Immers zonder rechtsorde, objectief recht, kan er van subjectieve rechten geen sprake zijn, tenminste niet in wetenschappelijken zin. [1])

De behandeling dezer vragen zal niet dan zeer summier kunnen zijn, waar immers het doel alleen is, vast te stellen, welke beteekenis wij aan de genoemde termen hechten.

De rechtsgeleerde schrijvers zijn in twee groepen te verdeelen. Eenerzijds zij, die het objectieve recht trachten te definieeren door formeele kenmerken te noemen, anderzijds zij, die meenen door middel van materieele kenmerken het objectieve recht voldoende te kunnen omschrijven.

De eerste groep, waartoe de meeste auteurs behooren, tracht dus het objectieve recht te omschrijven, door een of meer formeele kenmerken aan te geven. Gaat men nu na, welke kenmerken genoemd worden, dan ontmoet men eene zeer groote verscheidenheid. En dit is waarlijk geen wonder. Wanneer men eenmaal in deze richting zoekt, wordt de vraag zuiver terminologisch van aard. Dat eene wet in den engen zin recht geeft, daarover is men het algemeen eens. Het verschil ontstaat eerst, wanneer men gaat behandelen de vragen: „Geeft de gewoonte recht?" en „Stelt een rechterlijk vonnis objectief recht vast?"

Een enkel woord zij hierover gezegd. Bij het aangeven van een formeel kenmerk zal de geestesrichting van den auteur, zooal niet een beslissenden, dan toch zeker een aanmerkelijken invloed uitoefenen. Schier iedereen toch denkt zich eene maatschappelijke orde zóó, als hij die, in verband met

zijn inzicht, zijne wereldbeschouwing, zou wenschen. De aanhangers van de leer der Staatssouvereiniteit noemen alleen het bevel van den wetgever in engen zin recht, terwijl zij, die de leer der Rechtssouvereiniteit huldigen, aan den wetgever slechts eene zeer ondergeschikte plaats toekennen, maar een recht aannemen, dat gelden zou, onafhankelijk van de personen of organen, die de wet in engen zin vaststellen. [2])

Verreweg de meeste in de literatuur aangegeven formeele kenmerken van het objectieve recht kunnen dan ook meer of minder idealistisch genoemd worden. Men definieert meer naar het beeld, dat men zich in abstracto vormde, dan naar den feitelijken verschijningsvorm. Zoo definieerde van formeel standpunt HEGEL het recht in objectieven zin als „de algemeene wil." [3])

IHERING verklaarde, deze bepaling te aanvaarden, [4]) terwijl ook THON in zijne bekende studie: „Rechtsnorm und subjectives Recht" zich hierbij aansloot. [5])

Afgezien nog van de algemeene bezwaren tegen eene formeele omschrijving van het begrip objectief recht als zoodanig hierboven gemaakt, kan deze definitie niet bevredigend genoemd worden. Wanneer toch het objectieve recht is de algemeene wil der gemeenschap, dan mag de vraag gesteld worden, of er objectief recht aanwezig is, zoodra er is een algemeene wil. Dit is nu ongetwijfeld niet het geval. Let slechts op de zedelijke normen. Wel is hier een algemeene wil, maar toch is er nog niet en behoeft er nog niet te zijn objectief recht. De omschrijving: „Objectief recht is de algemeene wil" is dus ongetwijfeld te ruim.

Het maakt trouwens nog groot verschil, of men het recht definieert als den algemeenen wil, dan wel of men met THON zegt: „Alle recht is de uitdrukking van den wil der gemeenschap." [6])

De algemeene wil kan hoogstens de gever van het recht zijn in dezen zin, dat hij een regel van objectief recht geeft, maar nooit kan de algemeene wil het recht zelve zijn. „De algemeene wil" is eene formule, die meer een antwoord geeft, of beter, zou kunnen geven op de vraag: „Vanwaar is het objectieve recht?" dan dat zij genoemd mag worden eene omschrijving van het wezen van het objectieve recht zelve. Dit mag wellicht THON er toe gebracht hebben, niet bij zijne definitie te blijven stilstaan, want onmiddellijk legt hij den vollen nadruk op de bevelen, die de rechtsorde geeft, de normen. [7])

Nog op eene andere wijze is aan te toonen, dat het objectieve recht niet voldoende is gekarakteriseerd door de omschrijving als de algemeene wil. Ware deze definitie juist, dan zou, ten opzichte van eene bepaalde, concrete rechtsverhouding, elke rechtsnorm steeds moeten zijn de algemeene wil. Dit is echter volstrekt niet altijd waar. Indien art. 1374, lid 1, B. W. zegt: „Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen, die dezelve hebben aangegaan, tot wet" dan is deze norm meer dan de bloote wil der gemeenschap. 't Zou dan in allen gevalle zijn de *uitdrukking* van dien algemeenen wil, die door een bepaald orgaan is gegeven en die *bindende* kracht heeft, ja die bindende kracht zou blijven behouden, ook al ware aan te toonen, dat de algemeene wil juist het tegendeel van dezen regel

tot inhoud had. Met andere woorden: De norm van art. 1374, lid 1, B. W. is niet slechts de algemeene wil, de algemeene wensch, maar hij zou in allen gevalle moeten worden omschreven als de formuleering van den inhoud van den algemeenen wil door eene macht, die gehoorzaamheid eischt, ja zoo noodig afdwingt. Een rechtsnorm geldt, eischt gehoorzaamheid, ook al is de algemeene wil gericht op het tegendeel ervan.

Eenerzijds is dus deze definitie te beperkt. Immers, ook wat niet de algemeene wil is, kan recht zijn. Anderzijds is ze te ruim. Niet de algemeene wil, maar hoogstens de op eene bepaalde wijze tot uitdrukking gekomen inhoud van den algemeenen wil is recht. Niet het zijn van algemeenen wil maakt een norm tot rechtsnorm, maar de wijze waarop, de macht, waardoor hij is geponeerd geworden.

Zuiver van terminologischen aard is de strijd vooral voor de aanhangers der Staatssouvereiniteitsleer van alle schakeeringen, die formeele kenmerken van het objectieve recht zoeken. Heel algemeen gesproken is voor hen in beginsel iedere overheidsuitspraak recht. Evenwel, zoover wil men toch niet gaan. Den titel van „recht" reserveert men voor bepaalde soorten van overheidsuitspraken, voor die, welke door zekere organen in zekeren vorm worden gegeven. Maar hier vangt nu aanstonds de willekeur aan. Van welke organen moet de uitspraak uitgaan? In welken vorm moet zij gegeven worden? Van theoretisch standpunt is voor hem, die het objectieve recht formeel wil definieeren, eigenlijk geen enkel steunpunt voor eenige beperking te vinden. Wetten b. v. noemt men recht; daarentegen plaatst men het reglement van orde van de Tweede

Kamer, van een gemeenteraad, buiten de groep der rechtsvoorschriften. Dit lijkt meten met twee maten.

Intusschen erkend dient, dat beperking van het formeele rechtsbegrip mogelijk is, zoodra het standpunt der theorie voor dat van het positieve recht verlaten wordt. In onze wetgeving zijn namelijk enkele bepalingen te vinden, die bepaaldelijk voor den rechter een aantal overheidsuitspraken buiten het formeele rechtsbegrip sluiten. Het zijn:

1 art. 48 B. Rv., dat het karakter van formeel recht ontzegt aan de overeenkomst, niettegenstaande zij, ingevolge art. 1374 B. W., als wet geldt tusschen partijen. Contracten behooren, zoo beslist art. 48 B. Rv., tot de feiten van het geding. Cassatie wegens verkeerde uitlegging van de daarin vervatte bedingen is onmogelijk, tenzij de lagere rechter tegelijkertijd een wettelijken uitlegregel heeft geschonden. Aldus beslist de constante jurisprudentie van den Hoogen Raad. [8])

2 art. 12 der wet houdende Algemeene Bepalingen, dat ook aan de rechterlijke uitspraak het formeele rechtskarakter onthoudt. Analogice zal zeker hetzelfde ten aanzien van administratieve beslissingen mogen worden aangenomen.

3 art. 99 R. O. dat, in verband met de beide voorvoorafgaande artikelen en met art. 625 B. W., naar de opvatting van den Hoogen Raad, buiten de formeele rechtsorde sluit de niet in den vorm van wetten, algemeene maatregelen van bestuur en plaatselijke verordeningen of daarmee gelijkgestelde uitingen tot stand gekomen openbaringen van het overheidsgezag. [9])

§ 2. HET OBJECTIEVE RECHT. MATERIEELE BEGRIPSBEPALING.

Gaan wij nu na, of zij, die materieele kenmerken van het objectieve recht gezocht hebben, daarin geslaagd zijn.

Gewoonlijk wordt als materieel kenmerk genoemd de algemeenheid. Objectief recht zou de regel zijn, die alle individuen bindt. 't Is echter o. i. niet mogelijk, met deze beschouwing mede te gaan. Denk b.v. aan eene wet, die aan een bepaald individu ex art. 32 der wet van 9 Mei 1890, Stb. n° 78, een pensioen verleent. Let slechts op de voorschriften voor de Kroon geschreven. Vooral voor hen, die ook in het vonnis van den rechter, of ingevolge art. 1374 B. W. in de overeenkomst van partijen eene bron van recht zien, kan de algemeenheid nooit een kenmerk zijn van het objectieve recht.

Schakelen wij de definities uit, die de algemeenheid als materieel kenmerk van het objectieve recht aangeven, dan treft men voorts in de literatuur een groot aantal omschrijvingen van het begrip objectief recht aan, die alle materieele kenmerken van het objectieve recht geven en die onderling slechts weinig verschillend zijn. Deze alle hebben gemeen, dat zij als genus proximum noemen de regeling der maatschappelijke samenleving. Het

objectieve recht is dan ook inderdaad een der regelingen van het maatschappelijke samenleven. [10])

Wanneer wij dan echter zien, wat aan deze definitie wordt toegevoegd als differentia specifica, dan blijkt eenstemmigheid vooralsnog afwezig. Dit deel der definitie zal moeten aangeven het specifieke van het recht, datgene, waardoor het objectieve recht zich onderscheidt van andere regelingen der maatschappelijke samenleving als b.v. zede en gewoonte.

Er is gezegd: Het recht regelt alleen het uiterlijke leven, de andere ethische machten beheerschen alleen het innerlijke leven. De onjuistheid hiervan is o. i. duidelijk. De zedelijke normen zijn niet zonder beteekenis voor het uiterlijke leven; zij oefenen integendeel ook daarop een zeer grooten invloed uit. [11])

Anderen hebben het verschil tusschen het recht en de andere regelingen van het maatschappelijke leven gezocht in het machtselement der rechtsorde. [12]) Alleen het recht zou gehandhaafd worden door uiterlijken dwang. Ook hiertegen zijn terecht bezwaren ingebracht. Eenerzijds heeft ook de moraal eene zekere uiterlijke macht, anderzijds bestaat niet ten behoeve van alle rechtsvoorschriften eene uiterlijke macht.

In eene andere richting weer heeft Stammler het criterium ter onderscheiding tusschen recht en moraal trachten te vinden. [13]) Het recht zou zijn, de dwingende regeling der maatschappelijke samenleving, die onschendbaar wil gelden. [14]) Hierbij wordt dan met dwingende regeling bedoeld niet eene feitelijk dwingende regeling, maar alleen zulk eene, die pretendeert te gelden ook zonder toestemming van de aan hare macht onderworpen subjecten.

Met reden mag echter betwijfeld worden, of de door STAMMLER gegeven omschrijving het recht voldoende scherp van zede en gewoonte afscheidt. Zijne toevoeging kan niet gezegd worden, het specifieke kenmerk van het recht aan te geven. Immers wil ook de moreele norm niet algemeen gelden? Wordt ook deze niet als onschendbaar gedacht? Is ook deze niet bindend? WINDSCHEID acht dan ook aanvulling noodig. [15]) Deze komt dan tot de formuleering: Recht is de regeling voor de samenleving, die naar hare bedoeling onschendbaar wil gelden, en die in 't algemeen gehoorzaamd wordt en slechts bij uitzondering niet. [16])

Deze aanvulling van STAMMLER's definitie neemt echter de bezwaren niet weg, die wij zooeven maakten. HÖLDER wees reeds op het bestaan van rechtsnormen, waarvan de vervulling nooit kan worden afgedwongen. [17]) En wat WINDSCHEID ter verdediging van zijne definitie tegen deze critiek opmerkt, schijnt niet afdoende. [18]) Een ander bezwaar noemt WINDSCHEID zelf. [19]) 't Is bedenkelijk, zegt hij, in eene definitie de begrippen regel en uitzondering op te nemen, maar hij meent, dat het onzekere, dat hierdoor in de begripsbepaling komt, in overeenstemming is met de feiten.

Naar onze meening zoekt WINDSCHEID in eene verkeerde richting, door aan de houding, die het subject inneemt tegenover eene regeling, waaraan het is onderworpen, een criterium te willen ontleenen ter onderscheiding van dien regel. Wetenschappelijker schijnt het ons, in het wezen van het objectieve recht zelve het criterium te zoeken, dat tusschen de rechtsorde en de

andere regelingen der samenleving de grenslijn aangeven moet. En wanneer men dat doet, kan het dwangelement nooit als zoodanig gelden. „Dwang" is geen essentieel bestanddeel van het begrip recht. [20])

Waarin wij dan wel het specifieke van het objectieve recht meenen te kunnen vinden tegenover andere regelingen van de samenleving? Datgene wat o. i. het objectieve recht afscheidt van andere regelingen als zede en gewoonte, is de kracht, het gezag, dat het recht bezit. Alleen het recht wordt gegeven door eene met gezag toegeruste overheid. De rechtsnorm eischt gehoorzaamheid, onderwerping, omdat hij is gegeven door de overheid, die in zichzelve heeft eene bevoegdheid tot het eischen van gehoorzaamheid van de onderdanen. Alleen het recht is eene regeling door de overheid, krachtens haar gezag als zoodanig, gegeven. Het recht is de eenige regeling, door menschen aan menschen opgelegd, n. l. door gezaghebbende menschen aan menschen, die aan dat gezag zijn onderworpen.

In de praktijk kunnen zich moeilijkheden voordoen bij de bepaling, wie als overheid moet beschouwd worden. Vooral bij staatsgrepen en revoluties zal dit voorkomen. In zulk een concreet geval zal het dan ook twijfelachtig kunnen zijn, wat recht is. Maar al wordt dit voetstoots erkend, dit lijkt ons geen beletsel om in theoretische beschouwing juist te bepalen, wat recht is. Er bestaat toch zeker geenerlei reden om de feitelijke onzekerheid, die zich ten deze kan voordoen, over te brengen in de definitie van het objectieve recht.

Dit specifieke kenmerk van het recht uit zich dan vooral in den uiterlijken dwang, waarmede tal van rechtsnormen worden gehandhaafd. Deze dwang is echter niet noodzakelijk, niet essentieel, zooals kan blijken uit de voorschriften, die gedragsregels voor de Kroon inhouden, uit de leges imperfectae in het algemeen. Alle recht bindt, is dwingende regeling in dezen zin, dat het als overheidsgebod gehoorzaamheid eischt. Dit dwingende, bindende karakter van het recht meenen wij voldoende aan te geven door in onze definitie op te nemen de bepaling, dat het recht door de overheid *krachtens haar gezag* wordt gegeven. Immers naar de voorstelling, die wij ons van den staat maken, treedt dit overheidsgezag steeds bindend, zoo noodig zelfs dwingend op.

Zoo luidt dan onze begripsbepaling: *Objectief recht is de door de overheid krachtens haar gezag gegeven regeling der maatschappelijke samenleving.*

Zij heeft, dit spreekt vanzelf, slechts theoretische waarde; ze geeft uitsluitsel over de voorstelling, die de onderzoeker zich van het recht heeft te maken. Onze definitie brengt die voorstelling tot twee elementen terug: maatschappelijke ordening van overheidswege. Met deze laatste woorden: „van overheidswege," raakt zij de formeele begripsbepaling van het objectieve recht: overheidsuitspraak. Het is van belang, hierop te wijzen, omdat, naar wij aan het slot der voorafgaande paragraaf zagen, het formeele rechtsbegrip, voor wie zich op positiefrechtelijk standpunt stelt, inperking lijdt. Niet alle, maar alleen bepaalde overheidsuitspraken zijn, naar onze positieve wet, recht. Daarom zal, indien men niet in het algemeen,

maar met het oog b. v. op onze rechtsorde, het materieele rechtsbegrip wil omschrijven, aan de elementen van de hierboven gegeven definitie „maatschappelijke ordening van overheidswege" moeten worden toegevoegd: „voorzoover de betrekkelijke overheidsuitspraak door de positieve wetsbepalingen tot het recht wordt gerekend".

(Omtrent de plaats, die in deze onze beschouwing het z. g. gewoonterecht inneemt, vergelijke men hierachter aanteekening 21. Men zie ook nog aanteekening 22).

HOOFDSTUK II.

HET SUBJECTIEVE RECHT.

§ 1. ALGEMEENE BESCHOUWINGEN.

Het subjectieve rechtsbegrip wordt in hoofdzaak op tweeërlei wijze omschreven en wel als eene door de rechtsorde verleende macht of als een door de rechtsorde beschermd belang. IHERING was het, die de laatstgenoemde definitie gaf [23]) en op zijn voetspoor volgden vele schrijvers, al dan niet met geringe afwijkingen. [24])

Tegen deze groep van definities is terecht door tal van auteurs bezwaar gemaakt. Het subjectieve recht moge verleend worden om het individu in staat te stellen, zijne belangen te behartigen, maar daarmede is dan nog niet gezegd, dat dit doel in de definitie moet genoemd worden, veel minder nog, dat de definitie geheel aan het doel moet worden ontleend. [25]) Zeer scherp wees THON de fout dezer definitie aan, toen hij schreef: „Een recht is niet een beschermd belang, maar het middel om een belang te beschermen". [26]) Als hij dan zelf, na de uitvoerige bestrijding van IHERING's meening, als begripsbepaling van het wezen van het subjectieve

recht geeft: „Het subjectieve recht ontstaat ten behoeve van hem, die door de normen wordt beschermd, uit de bepaling van het objectieve recht, volgens welke (bepaling) hem, ingeval van overtreding van de eersten (de normen) een middel tot verwezenlijking van het gebodene of tenietdoening van het verbodene, (n.l.) de actie verleend wordt", kan dit echter wel moeilijk op den naam van definitie aanspraak maken.[27])

Allen, die het subjectieve recht van de zijde van het belang trachten te definieeren, beginnen aan het verkeerde eind, afgezien nog van de vraag, of wel bij ieder subjectief recht van een belang kan sprake zijn en ook nog afgezien van de vraag, of er niet belangen door de rechtsorde worden beschermd, zonder dat er een subjectief recht aanwezig is.[28]) Onzes inziens zal men, om eene juiste definitie van het subjectieve recht te vinden, moeten uitgaan niet van het doel, waartoe het verleend wordt, maar van het objectieve recht. Immers, dit is het primaire, waaraan het subjectief recht secundair is, daar dit laatste aan dat objectieve recht zijn ontstaan en zijn bestaan te danken heeft.

Het objectieve recht regelt de maatschappelijke samenleving. Eene nadere beschouwing van het doel, waarmede het dit doet en van de wijze, waarop deze regeling tot stand wordt gebracht, zal ons vanzelf het begrip subjectief recht leeren kennen. Hoe vervult het objectieve recht zijne taak? Door de samenleving aan vaste regelen te onderwerpen. Het doel, dat het recht daarmede beoogt, is het mogelijk maken van dit samenleven. Het recht wil zijn eene

macht, die het individu dwingt tot samenleven in orde en rust met andere individuen. Het recht regelt de maatschappelijke samenleving, vooronderstelt dus als het object harer regeling menschen, die in een zeker verband, de maatschappij, samenleven. Die samenleving is dus aan het recht anterieur.

De samenleving nu bestaat uit menschen, individuen, die in se souverein zijn, d.w.z. uit individuen, die elk op zichzelf, een oogenblik gedacht als staande alleen tegenover de dingen buiten hem, de stoffelijke natuur, vrij zijn in doen en laten. Het enkele individu buiten verband en buiten aanraking met andere menschen is volkomen vrij, zijne macht te doen gelden over de hem omringende natuur, in theorie absoluut heerscher, in praktijk voor zoover zijne physieke vermogens hem dit mogelijk maken. Alles, wat het individu doet, iedere daad is eene uiting van zijne souvereiniteit. Buiten alle relatie tot andere menschen, alleen staande tegenover de natuur, de zaken in den ruimsten zin, komt deze souvereiniteit in volle ontplooiing uit.

Het objectieve recht regelt echter, zooals wij zagen, de maatschappelijke samenleving, eene maatschappij, waarin meerdere individuen tezamen leven. De idee maatschappij zal ons dus helder moeten zijn, om het juiste begrip van de wijze, waarop het recht deze regelt, te kunnen verkrijgen.

Zoodra meerdere op zichzelf souvereine individuen met elkander in aanraking komen, blijft hun aller souvereiniteit niet ten volle bestaan. In de maatschappij bewegen de individuen zich niet los naast elkander. Er is tusschen hen velerlei verband.

Bloed- en aanverwantschap doen zekere relaties tusschen hen geboren worden. Door de economische verhoudingen wordt het eene individu de gebruiker van eens anders bezit, verricht de een voor den ander diensten, ontstaan in één woord de meest veelsoortige betrekkingen tusschen individuen onderling, en dit aantal neemt toe, naarmate de samenleving tot hooger trap van ontwikkeling opklimt. Hoe beschaafder maatschappij, des te meer punten van aanraking, des te meer betrekkingen onderling. [29])

Staat dit vast en stelt men daarnaast het feit, dat souvereiniteit een absoluut begrip is, dan gevoelt men, dat eene menschelijke samenleving eene onoplosbare tegenstelling vormt. Het begrip souvereiniteit sluit de mogelijkheid uit, dat meerderen die tegelijkertijd zouden bezitten over dezelfde zaken. Het begrip maatschappij, liever nog het begrip betrekking tusschen menschen onderling, sluit absolute vrijheid uit. De mensch als souverein en de samenleving als een geheel van betrekkingen en verhoudingen tusschen menschen onderling, kunnen nooit samengaan, zonder dat de tegenstelling, die in deze begrippen ligt, eene bron wordt van moeilijkheden. Zoo brengt het samenleven van meerdere individuen in zichzelve mede de behoefte aan eene regeling, aan de beperking van de souvereiniteit van den enkeling. Dientengevolge zal altijd blijven de tegenstelling tusschen het algemeene en het bizondere belang, de oorzaak van de compromis-natuur van het recht.

Nu moge het aan het geslachtsverband een tijdlang gelukt zijn, het samenleven van meerdere individuen mogelijk te maken, het gezinsverband moge

dit in meer beperkten kring nog langer gedaan hebben, zede en gewoonte mogen eene regeling gegeven hebben, krachtens welke ieder zich onthield van de uitoefening van een deel zijner souvereiniteit, van die daden, welke in strijd waren met de maatschappelijke orde, ongetwijfeld waren bij voortschrijdende ontwikkeling, gepaard gaande met vermindering van de kracht van het geslachts- en familieverband, de genoemde factoren niet meer voldoende, om de samenleving op den duur mogelijk te maken, de maatschappij te doen blijven bestaan.

De waarneming leert dan ook, dat steeds in alle maatschappelijke samenleving het recht opkomt als de macht, die het maatschappelijke leven ordent door vaste, bindende regelen te stellen. De steller van het recht zag zich dus als taak aangewezen, het mogelijk maken van het samenleven in de maatschappij van de aan zijn gezag onderworpen individuen.

---

§ 2. DE TEGENSTELLING TUSSCHEN DE INDIVIDUALISTISCHE EN DE COMMUNISTISCHE GEDACHTE.

Van deze gegevens uitgaande: Eene samenleving van in se souvereine individuen en eene overheid, die zich tot taak gesteld ziet de regeling van die samenleving, komt men tot de vraag, hoe deze regeling zal moeten geschieden.

Denkbaar is ze allereerst wel in dezen zin: Aan ieder individu wordt een kring aangewezen, waarbinnen het zijne souvereiniteit blijft behouden, terwijl daarbuiten hem alle macht wordt ontnomen. Zelfs kan het eisch genoemd worden, om voor het individu zooveel mogelijk zijne souvereiniteit te bewaren en die te waarborgen, den kring van zijne heerschappij zoo ruim mogelijk te maken. Immers het recht ziet zich tot taak gesteld, de samenleving mogelijk te maken, niet terwille van die samenleving zelve, maar terwille van de individuen. Het recht moet eene helpende, niet eene belemmerende macht zijn voor het individu.

In eene regeling, op deze wijze gedacht, zou men de individualistische idee verwezenlijkt zien. Ze gaat als het ware uit van het standpunt van het individu. 't Is hier de vraag: Hoe kan ik, wanneer nu eenmaal zekere beperking noodzakelijk is, van mijne vrijheid het grootst mogelijke deel behouden?

Toch kan eene zoodanige regeling, die alleen zou beperken het gebied, de uitgestrektheid der souvereiniteitssfeer der individuen, niet meer voldoende zijn, zoodra er is eene samenleving. Dan toch stelt naast het individu ook de maatschappij, het grootere geheel, hare eischen. Naast het individueele belang komt het algemeene. Wel is altoos het individueele belang einddoel, maar gegeven eenmaal het feit, dat het individueele belang een saamleven eischt, dan heeft die samenleving haar eigen bestaansvoorwaarden, stelt de samenleving als zoodanig hare eischen. Zoo komt naast de individualistische gedachte van eene eigen rechtssfeer, waarbinnen het subject souverein blijft, de communistische idee, die bepaalde daden gebiedt of verbiedt, niet aan een bepaald individu, maar aan allen, omdat die daden in strijd zijn met het belang der gemeenschap als zoodanig. Hier is niet als bij de individualistische gedachte eene vrijheid voor het individu, maar integendeel een verplicht zijn. Hier is geen bevoegdheid van het individu, maar alleen eene bevoegdheid van de overheid, om gehoorzaamheid te eischen. [30])

De communistische gedachte dus, als uitsluitend beslissend principe gedacht, zou tot het resultaat moeten leiden, dat elke rechtshandeling van het individu door het recht zou worden geboden of verboden. Van wilsvrijheid van het individu, om iets te doen of niet te doen, zou geen sprake meer kunnen zijn. [31])

In de rechtsorde nu vinden wij de resultante van deze tweeërlei leidende principes. Hier vindt men eene uiting van de communistische idee, ginds eene

van de individualistische. Schier nooit echter zijn deze uitingen zuiver. Voortdurend wordt de een door de ander beperkt. Zoo is de norm: „Gij zult niet dooden" ongetwijfeld van communistischen aard, een recht als de eigendom als uitvloeisel van de individualistische gedachte te beschouwen. De eigendom is echter niet zonder inwerking van de communistische idee gebleven. Die toch beperkte den eigendom zóó, dat deze niet meer is eene absolute heerschappij, maar eene heerschappij, beperkt door regels van communistischen aard. De z.g. beperkingen van den eigendom zijn te beschouwen als gevolgen van de communistische gedachte. [32])

Wie eigenaar is van eene zaak heeft nog hetzelfde absolute recht, dat hij zou hebben gehad, wanneer hij buiten de maatschappij had geleefd, voorzoover zijn eigendomsrecht niet is beperkt geworden. Het wezen van het recht bleef hetzelfde, maar in de maatschappij maakte de communistische gedachte er een aantal inbreuken op.

In den norm: „Gij zult niet dooden" spreekt aan den anderen kant de communistische idee ook niet zuiver, want ingeval van noodweer is het dooden van den mensch niet onrechtmatig en ook bij noodtoestand kan dit voorkomen. [33])

De overheid nu stelt zich in het algemeen terecht op het standpunt der communistische gedachte. Immers de maatschappij is het later gewordene, de inbreuk op den oorspronkelijken toestand. Vandaar, dat bij voortgaande ontwikkeling nog steeds meer de communistische gedachte overheerschend wordt. 't Is een voortdurende strijd, die noodwendig moet staan

in het teeken van de overwinning der communistische gedachte. Immers steeds ingewikkelder worden de maatschappelijke verhoudingen en daardoor wordt de souvereiniteitssfeer van het individu steeds kleiner.

Het strafrecht is bijna geheel uiting van de communistische gedachte. Op het gebied van het privaatrecht ziet men nog meer de erkenning van het oorspronkelijke individualistische beginsel. Daar toch is het nog veelal zoo: De overheid vindt daar de feitelijke verhoudingen, de openbaringen van de souvereiniteit van het individu. Die erkent zij, gelijk b.v. in den eigendom of in de schuldvordering. Zij maakt ze tot eene door het recht erkende macht. Dat doet zij, omdat zij op deze wijze het algemeen belang dient en het geven van geboden en verboden in den zin der communistische gedachte voorshands onnoodig schijnt.

Mogelijk is, dat zij in die erkenning van die verhoudingen niet ver genoeg gaat; dat zij in hare verboden en geboden de eischen van de souvereiniteit van het individu onnoodig te zeer miskent. Dan zullen de menschen langs den weg, dien de constitutie opent, den wetgever tot eerbiediging van hunne souvereiniteit moeten dwingen. De idee der individueele souvereiniteit stelt dan als eene kracht van moreele orde de grens, tot waar de wetgever gaan kan van communistisch standpunt. Trouwens deze zelf houdt rekening met de individualistische gedachte. Hij toch regelt in het belang der gemeenschap, maar die gemeenschap is niets dan de vereeniging, het totaal der individuen. Het communistische principe zou dus zijne kracht verliezen, zoodra de individualiteit eene schade lijden zou, die zij naar redelijken

maatstaf niet behoeft te dragen. In één woord, de idee der individueele souvereiniteit stelt een moreel postulaat op, dat geen wetgever mag miskennen. Zij is eene macht, die de overheid onder moreele contrôle en onder moreele beperkingen plaatst. De idee der individueele souvereiniteit vraagt dus regeling volgens de individualistische gedachte, voor zoover dit mogelijk is, terwijl de communistische idee, mits goed verstaan, vraagt regeling van communistisch standpunt, waar dit van individualistisch standpunt niet afdoende mogelijk blijkt. [34])

---

§ 3. HET SUBJECTIEVE RECHT EN DE TEGENSTELLING TUSSCHEN DE INDIVIDUALISTISCHE EN DE COMMUNISTISCHE GEDACHTE.

Waar is nu in deze beschouwingen de plaats van het subjectieve recht?

Hierbij komt het belang uit der onderscheiding tusschen de individualistische en de communistische gedachte. De communistische idee toch geeft het individu niet de bevoegdheid iets al dan niet te doen naar eigen wil. Zij doet de overheid geboden en verboden stellen, zij legt het individu den plicht op, deze daad te verrichten, gene na te laten. Geheel anders is het op het terrein der individualistische gedachte. In het belang van de gemeenschap wordt hier, zooals wij boven zagen, zooveel mogelijk de souvereiniteit van het individu erkend. Het middel, dat de wetgever daartoe gebruikt, is toekenning van zekere macht. Hoever de wetgever in de toekenning van die macht zal gaan, hangt van velerlei factoren af. Maar altijd, wanneer het objectieve recht eene macht van het individu erkent, is er een aanpassen aan feitelijke verhoudingen. De erkenning van den eigendom, van het auteursrecht, van het octrooirecht enz. verheft feitelijke relatiën, openbaringen van de individueele souvereiniteit, tot rechtsmacht. Zij plaatst daarmee de feitelijke verhouding onder de bescherming van de overheid. In één woord, de individueele

souvereiniteitsopenbaring krijgt wettelijke sanctie. Maar men meene niet, dat nu die erkende souvereiniteitsopenbaring, dat b.v. het eigendomsrecht eene macht vormt, die geen beperking lijdt. Ze reikt niet verder dan de wetgever wil. De communistische gedachte bepaalt de grenzen, waarbinnen de individueele souvereiniteit zich zal kunnen doen gelden. [35])

Wat nu het individu rechtens mag doen, is de inhoud van zijn subjectief recht. Het subjectieve rechtsbegrip definieeren wij derhalve als de door het objectieve recht erkende bevoegdheid, daden te verrichten, die voor het recht beteekenis hebben, of kortweg als eene door het objectieve recht erkende rechtsmacht.

Deze opvatting ligt niet ver van de door WINDSCHEID verdedigde: Recht is de door de rechtsorde verleende wilsmacht of wilsheerschappij. [36]) Vergelijkt men hiermede onze formuleering „Subjectief recht is de bevoegdheid, daden te verrichten, die door het objectieve recht worden erkend," dan ligt in het voorafgaande de verklaring van de afwijkingen. Het objectieve recht toch verleent niet eene wilsmacht, maar het vindt de feitelijke souvereiniteitsopenbaring van het individu, erkent die en verheft zoo de feitelijke macht van het individu tot eene rechtsmacht. Eene wilsheerschappij, zooals WINDSCHEID haar noemt, behoeft deze niet te zijn. De wil in dezen zin ligt buiten dit terrein. Het objectieve recht verleent de rechtsmacht om iets te doen. Daarmede is zijne taak afgeloopen, het subjectieve recht ontstaan. Eerst bij de uitoefening van het subjectieve recht komt het wilselement te voorschijn. Vandaar dat wij ook in dit opzicht van WINDSCHEID afweken. [37])

§ 4. DE OMVANG VAN HET BEGRIP SUBJECTIEF RECHT.

De bovengenoemde omschrijving typeert o.i. voldoende het wezen van het subjectieve recht. Daarom zouden wij onder den term subjectief recht willen begrijpen alles, wat aan de door ons gegeven definitie beantwoordt. Echter gewoonlijk wordt bij het woord subjectief recht gedacht aan een enger begrip. Meer dan één schrijver definieerde het subjectieve recht en ging dan later, wanneer hij bepaalde vormen van rechtsmacht ontmoette, daaraan het karakter van subjectief recht ontzeggen, wanneer n.l. zijne aandacht getrokken werd door het feit, dat ze eigenlijk volgens zijne definitie dat karakter hebben zouden. Zoo zegt b.v. SECKEL: Geen „Gestaltungsrechte" zijn de rechten, offerten te doen, stichtingen in te stellen, beschikkingen bij doode te maken, door overeenkomst een derde onmiddellijk een vorderingsrecht te doen verkrijgen enz. Want, wat ieder kan, is niet concrete macht; alle subjectief recht is een voorrecht, een meerder tegenover datgene, wat allen of velen kunnen, eene macht, die anderen niet toekomt.[38]) In denzelfden geest uit zich VON TUHR, die het karakter van subjectief recht o.a. onthoudt aan eigenschappen van den mensch als ouderdom en meerderjarigheid ; dat een normaal volwassen mensch

rechtshandelingen kan verrichten is geen subjectief recht, omdat alle menschen, die zoo zijn, dat kunnen; dat men rechten kan doen onstaan, is geen recht. Deze „Fähigkeiten" worden door de wet verleend en kunnen door eene rechtshandeling noch verkregen, noch weggenomen worden.

Wanneer wij de verschillende auteurs op dit punt nagaan, dan treft het ons, dat nergens eene argumentatie te vinden is, die bizonder overtuigend kan genoemd worden. Meer geeft het den indruk, dat men tracht deze „Fähigkeiten" buiten het terrein der subjectieve rechten te brengen of te houden, zonder dat men juist inziet de reden, waarom dit zou moeten geschieden en den weg, dien men daartoe moet inslaan.

Wij zouden ons dan ook willen houden aan de boven gegeven definitie van het subjectieve recht. Wanneer onze beschouwing over het verband tusschen het recht en de maatschappij juist is, dan is ook de bevoegdheid om rechtshandelingen te verrichten, nog liever de bevoegdheid om eene bepaalde handeling te verrichten, die in rechte erkend wordt, een subjectief recht. Immers er is eene feitelijke macht om handelingen te verrichten. Zoowel meerder- als minderjarigen bezitten die feitelijke macht. Voor meerderjarigen wordt deze macht door het recht erkend, gemaakt tot eene rechtsmacht, voor den minderjarige niet. Wanneer slechts een of enkele individuen handelingsbevoegdheid bezaten, zouden von Tuhr en Seckel deze bevoegdheid een subjectief recht willen noemen; nu allen van dezelfde categorie die handelingsbevoegdheid bezitten, is het voor hen

geen subjectief recht meer. Dit nu lijkt onaannemelijk. Eene bevoegdheid is òf nooit een subjectief recht òf altijd. Is b.v. het recht van den staatsburger om te kiezen in wezen veranderd, nu velen het bezitten? Is niet integendeel het actieve kiesrecht in wezen hetzelfde of er een tiental, dan wel of er een millioen kiezers in een staat zijn?

Seckel poneert, zooals wij zagen, de stelling: Alle subjectief recht is een voorrecht, een kunnen van meer dan anderen kunnen. En dezelfde auteur neigt in hetzelfde opstel er sterk toe, om persoonlijkheidsrechten aan te nemen. [40]) Beschouwt hij die dan ook als voor-rechten, als eene macht, die anderen niet toekomt, een meerder tegenover datgene, wat allen of velen kunnen?

Men zal ons tegenwerpen: Zoo wordt het begrip subjectief recht ruim, onpraktisch ruim. Dit ontgaat ons niet. Maar dit zal ons niet mogen afschrikken. Het terrein van het aan alle subjectieve rechten gemeenschappelijke moge er door beperkt worden, maar wat nog gemeenschappelijk blijft, is van des te hooger belang. Het juiste inzicht zal bevorderlijk zijn aan de wetenschap. En wat nu verdwijnt uit het terrein van het aan alle subjectieve rechten gemeenschappelijke, zullen wij terugvinden daar, waar het behoort, bij de verschillende species van het genus subjectief recht.

Ons schijnt de zaak eenigszins anders te staan, dan Seckel en von Tuhr die voorstellen. Subjectief recht is de bevoegdheid eene handeling te verrichten, die rechtens van beteekenis is. Nu ligt, zooals wij zagen, aan iedere daad van een rechtssubject eene feitelijke relatie ten grondslag. Door het objectieve

recht nu wordt of in 't algemeen, in abstracto, eene bevoegdheid gegeven om in te werken op de wereld der rechtsdingen of in 't bizonder, in concreto, om in te werken op eene bepaalde rechtsverhouding, een persoon of eene zaak. Deze eerste soort van bevoegdheden nu zijn het, die door haar ruim karakter en hare onbepaaldheid voor de praktijk van het rechtsleven van weinig belang schijnen en daardoor vele schrijvers er toe brengen, ze uit de rij der subjectieve rechten te weren.

Als voorbeeld moge het volgende dienen: De schrijvers over de met de wilsrechten ongeveer correspondeerende „Gestaltungsrechte" of „sekundäre Rechte" erkennen als zoodanig wel de bevoegdheid van hem, aan wien eene bindende offerte werd gedaan, om die offerte aan te nemen. Hij kan, zoo zegt men, een subjectief recht doen ontstaan. Niet erkent men als subjectief recht de bevoegdheid, om eene bindende offerte te doen. Maar wij zouden hier willen vragen: Welk verschil is er in het wezen van deze beide bevoegdheden? Gebruiken niet beide eene hun verleende rechtsmacht? De geadresseerde heeft een wilsrecht, omdat hij de bevoegdheid heeft, een subjectief recht te doen ontstaan. Maar vanwaar is dit recht? Is het niet ontstaan uit het aanbod? Hij, die de offerte doet, is dat niet de persoon, die een subjectief recht, een wilsrecht, doet ontstaan, ten behoeve van hem, aan wien hij zijne bindende offerte richt? Wij kunnen het niet anders inzien, of deze gevallen staan volkomen gelijk, wanneer men de vraag stelt, of er in wezen verschil is tusschen de bevoegdheid van dengene, die de bindende offerte doet en die van hem, aan

wien de offerte gericht is. Het recht, eene bindende offerte te maken, is een algemeen subjectief recht, een persoonlijkheidsrecht als men wil; het recht een dergelijk aanbod te accepteeren is een bizonder recht, een recht, dat in verband staat met eene speciale, eene concrete betrekking. Hierin is het verschil te zoeken. En dan is dit verschil, uit praktisch oogpunt bezien, zeer groot. Zoo belangrijk het recht, eene bindende offerte aan te nemen, uit economisch oogpunt zijn kan, zoo onbelangrijk is het recht, om eene bindende offerte te doen. Aan dit verschil is het dan ook wel te wijten, dat men deze algemeene subjectieve rechten het rechtskarakter heeft willen ontzeggen.

Naast wat men algemeen onder den term subjectieve rechten begrijpt, vindt men dus nog tal van rechten, die eene persoonlijke, subjectieve, rechtsmacht geven tot inwerking op de wereld der rechtsdingen, de rechtsorde, in onbepaalden zin. Door de buitengewone ruimte van beweging, die deze rechten het subject geven, schijnen ze van geringe praktische waarde. Het belang hunner erkenning blijkt echter, zoodra men een enkel of een groep van subjecten ontmoet, die deze rechten missen. Zoo denke men o.a. aan handelingsbevoegdheid, vertegenwoordigingsbevoegdheid (voogden tegenover minderjarigen, curatoren tegenover curandi, directeuren tegenover commissarissen en aandeelhouders eener naamlooze vennootschap enz.), beschikkingsbevoegdheid.

Wij handhaven dus ook tegenover dit bezwaar onze definitie, al erkennen wij gaarne, dat de subjectieve rechten dan verdeeld zouden kunnen worden in algemeene en bizondere. [41])

HOOFDSTUK III.

DE VERDEELING DER SUBJECTIEVE RECHTEN.

§ 1. DE WIJZE VAN VERDEELING DER SUBJECTIEVE RECHTEN.

Wanneer men nu uitgaat van de bovenstaande omschrijving van het subjectieve recht, blijkt het aantal dezer rechten onbepaald groot te zijn. Systematische ordening is dus de eenig denkbare wijze, waarop een overzicht kan worden verkregen.

En niet alleen heeft men zeer spoedig deze behoefte aan systematische groepeering gevoeld, maar zelfs zijn er complexen van bevoegdheden, van subjectieve rechten in den boven aangegeven zin, aan te wijzen, die altijd bijeengevoegd zijn geweest, die altijd als een enkelvoudig subjectief recht zijn beschouwd geworden. Zoo is b.v. het eigendomsrecht, hoezeer ook eene samenvoeging van meerdere onderscheidene en van elkander verschillende bevoegdheden, als een enkelvoudig subjectief recht beschouwd. De onderscheiding der verschillende in den eigendom liggende bevoegheden is eerst later geschied. De allereerste onbewuste systematiek is dus die geweest, welke grootere of kleinere groepen van bevoegdheden, ontstaan uit eene enkele rechtsverhouding, tot

een geheel vereenigde en die met de namen: eigendom, pandrecht, voogdij enz. bestempelde. Of juister gezegd: Eerst helderder wetenschappelijk inzicht heeft de z. g. enkelvoudige rechten leeren splitsen in meerdere bevoegdheden.

Deze uit de praktijk opgekomen figuren als eigendom enz. gingen in de wetboeken over en bleven daarin tot heden bewaard. Vooral voor de praktijk van het rechtsleven en voor den wetgever zijn ze dan ook onontbeerlijk, hoewel ze nooit vrij te noemen zijn van eenige willekeur. Ter illustratie hiervan nemen wij het voorbeeld door VON TUHR gegeven.[42]) Het is in de oude beschouwing, waarbij meerdere bevoegdheden een enkelvoudig subjectief recht konden vormen, niet logisch noodzakelijk, het pandrecht op te vatten als een apart recht naast de vordering. Men had — maar aldus geschiedde niet — er even goed in kunnen zien eene eigenschap der schuldvordering.

Eene verdere groepeering vond nu op de volgende wijze plaats: Overeenkomstige figuren werden tot eene groep vereenigd, waarbij dan de bevoegdheid, het subjectieve recht in onzen zin, dat de kern vormde van het complex, den aard van het geheel bepaalde, m.a.w. de bevoegdheden, die niet de kern van het recht vormden, werden verwaarloosd. De meest bekende, op deze wijze gevonden indeelingen, zijn die naar object en subject. Zoo ontstonden de onderscheidingen in zakelijke rechten, vorderingsrechten, familierechten, vereenigingsrecht, erfrecht, rechten toekomende aan één persoon, aan meerderen gezamenlijk enz. Nog even zij het herhaald: Al deze

verdeelingen gaan uit van de rechtsfiguren, die wij kennen onder de namen voogdij, eigendom enz., niet van het enkelvoudige subjectieve recht in den zin, dien wij boven aangaven.

Tegen deze methode en derhalve ook tegen de resultaten, waartoe zij komt, is tweeërlei bezwaar te maken. Ten eerste ging men niet uit van de eenvoudigste vormen, de enkelvoudige rechten, maar van reeds gevormde groepen van dikwerf heterogene bestanddeelen. Ten tweede zocht men het criterium voor verdere ordening in subject of object. Dit nu schijnt ons toe, geen aanbeveling te verdienen. De rechtswetenschap toch wil, evenals alle andere wetenschap, het wezen der dingen leeren kennen en, zoo zij dit beoogt, zal voor haar altoos de inhoud van een recht van meer beteekenis moeten zijn, dan het subject of het object. Zoo kunnen b.v. in abstracto twee rechten zeer wel in wezen, in inhoud, hetzelfde zijn, al wordt 't eene uitgeoefend op eene zaak, het andere op een persoon, terwijl daartegenover een beheerschingsrecht als eigendom, vruchtgebruik enz. altijd principieel verschillend zal blijven van een beschikkingsrecht als hypotheek. [43])

Van theoretisch standpunt bezien, verdient dus eene indeeling naar den inhoud de voorkeur boven eene naar subject of object. Toch viel steeds op de verdeelingen naar den inhoud minder de aandacht. Mag men dit feit wellicht daaraan toeschrijven, dat men niet uitging van de enkelvoudige subjectieve rechten, maar van complexen, die onderling in aard verschillende rechten bevatten? Men kan dit nagaan bij de verdeeling in absolute en relatieve rechten.

Theoretisch is deze verdeeling van veel belang, al wordt ze in de wetboeken niet genoemd. Zoodra men deze verdeeling zuiver wil doorvoeren, stuit men op de moeilijkheden, waartoe de bijeenvoeging van meerdere rechten tot aparte figuren als eigendom enz. aanleiding geven kan. Het pandrecht is, zooals wij zagen, in de oude opvatting niet logisch noodzakelijk te denken als een zelfstandig, een apart recht. Wanneer wij ons nu het pandrecht een oogenblik voorstellen als eene eigenschap der vordering, dan zou men hier een recht hebben, dat noch absoluut, noch relatief was. 't Zou dan moeten zijn een relatief recht met eene absoluut werkende eigenschap. Verder kan in dit verband ook gewezen worden op de voorrechten van ons burgerlijk recht, die in het algemeen als relatieve rechten worden beschouwd, terwijl dan enkele ervan, b.v. dat van den verhuurder en de scheepsvoorrechten weer als zakelijke, dus absolute rechten worden genoemd. Ja, in de oude opvatting acht men in de voorrechten van den herbergier zoowel absolute als relatieve elementen aanwezig![44]) Hier neemt dus deze opvatting aan een enkelvoudig recht met in aard verschillende elementen. Is het dan niet juister te spreken van een complex van deels absolute, deels relatieve bevoegdheden of rechten, dan dat men door de vaagheid van het woord element zich zoekt te redden?[45])

Wanneer nu uit zuiver wetenschappelijk oogpunt eene systematiek naar den inhoud der subjectieve rechten boven die naar subject of object aanbeveling verdient, is reeds daarom de toepassing der nieuwe methode geboden. Daarbij komt, dat hare doorvoering niet op

de hinderpalen stuit, die wij zooeven hebben leeren kennen. En de overweging, dat de gevonden verdeeling voor den wetgever onbruikbaar zou kunnen zijn, mag den onderzoeker niet weerhouden te trachten langs den nieuwen weg een dieper inzicht in de beteekenis van de subjectieve rechten te erlangen.

Sinds enkele jaren nu is op de mogelijkheid eener indeeling, als hier bedoeld wordt, meer de aandacht gevallen en zelfs is ze reeds op verschillende wijzen beproefd. ZITELLMAN onderscheidde: Rechte des rechtlichen Dürfens, Rechte des rechtlichen Sollens en Rechte des rechtlichen Könnens. [46]) HELLWIG sloot zich bij deze terminologie aan, [47]) SECKEL wilde eene verdeeling in Herrschaftsrechte en Gestaltungsrechte, [48]) terwijl VON TUHR spreekt van Herrschafts- en sekundäre Rechte. [49])

O.i. kon SECKEL volkomen terecht schrijven: „Die hier sogenannten Gestaltungsrechte bilden eine Art von Privatrechten, die trotz der Häufigkeit und praktischen Wichtigkeit der unter sie fallenden Erscheinungen noch nicht einmal eines festen Namens, geschweige denn einer festen Theorie sich erfreut". [50]) Ook nu kan deze uitspraak nog ten volle gelden, zooals in het vervolg van deze studie blijken zal.

Van de groote massa der subjectieve rechten behoort n.l. als zelfstandige groep, een aantal tot heden verwaarloosde rechten te worden afgescheiden: de wilsrechten, ongeveer overeenkomende met de in Duitschland sinds eenigen tijd erkende Rechte des rechtlichen Könnens, Gestaltungsrechte of sekundäre Rechte. Van hoe groot belang deze wilsrechten ook

voor de praktijk van het rechtsleven zijn, zullen tenslotte enkele voorbeelden doen uitkomen.

Wij beperken ons onderzoek tot het terrein van het privaatrecht. Een onderzoek van denzelfden aard voor het publiekrecht schijnt ons niet minder interessant te zijn, daar ook in het publiekrecht wellicht nog meer dan in het privaatrecht de wilsrechten eene ruime plaats innemen. Echter, ofschoon veel, wat voor privaatrechtelijke wilsrechten geldt, ook voor de publiekrechtelijke opgaat, het terrein der wilsrechten is in het privaatrecht reeds zoo veel omvattend, dat, in verband met de weinige bearbeiding van deze categorie van rechten en den aard van deze studie, beperking tot het privaatrecht voor ons geboden schijnt.

---

§ 2. DE WILSRECHTEN IN HET ALGEMEEN.

De inhoud van elk subjectief recht is de bevoegdheid, om iets te doen. Eene daad wordt door het subjectieve recht rechtens mogelijk gemaakt. De bevoegdheid is bij ieder subjectief recht in karakter dezelfde, n.l. eene door het objectieve recht erkende macht tot handelen, eene door het recht verleende rechtsmacht. Het verschil in den inhoud der subjectieve rechten zullen wij dus zoeken moeten in de daden, die het subject krachtens die rechten verrichten kan. Iedere daad doet eene verandering ontstaan. Maar boven de wereld der feitelijke dingen schept het objectieve recht eene door haar gedachte wereld.[51]) Dientengevolge vallen ook de menschelijke daden, die rechtens van beteekenis zijn, uiteen in tweeërlei soort.

Sommige daden toch brengen verandering in de wereld der feitelijke dingen, andere wijzigen alleen de rechtsorde, de fictieve wereld der rechtsverschijnselen.[52]) Vergelijken wij den grondeigenaar, die den bodem bebouwt, met den verhuurder, die een huurcontract opzegt. In beide gevallen is er eene daad, een gebruiken van physieke vermogens. Maar de eerste brengt verandering in den feitelijken toestand der dingen, de tweede wil allermeest en allereerst in den rechtstoestand wijziging aanbrengen.

Dit strijdt niet met hetgeen wij boven stelden als de taak van het recht. Daar vonden wij: Het recht moet het maatschappelijk samenleven mogelijk maken. In overeenstemming daarmede is einddoel van de uitoefening van alle subjectief recht machtsinwerking op de wereld der feitelijke dingen. Maar nu eens wordt dit doel onmiddellijk bereikt, zoo door den eigenaar, die zijn grond bewerkt; dan weer indirect, doordat eerst verandering wordt teweeggebracht in de rechtsorde, zoo wanneer de verhuurder het huurcontract opzegt, teneinde de vrije beschikking te krijgen over zijn eigendom. In het eerste geval is de uitoefening van het subjectieve recht het laatste stadium voor de verwezenlijking van het doel; in het tweede geval is de uitoefening van het subjectieve recht middel om te komen tot eene wijziging in de rechtswereld, terwijl dan na die wijziging in de rechtsorde de mogelijkheid zal ontstaan, te komen tot machtsinwerking op de feitelijke gedaante der dingen.

Is nu boven aangegeven verschil in de daden, die door de subjectieve rechten rechtens mogelijk gemaakt worden, van voldoende belang om eene verdeeling der subjectieve rechten te kunnen motiveeren? Naar onze meening ja. De wereld der feiten toch wordt door het recht beheerscht, althans het recht wil de feitelijke dingen beheerschen. Maar het recht kan hier zeer zeker niet almachtig genoemd worden. Al verleent b.v. het recht alleen aan den eigenaar de bevoegdheid om op eigen grond te loopen en al verbiedt het alle anderen, dien bodem te betreden, het kan een ander niet feitelijk beletten,

zich op des eigenaars grond te begeven. Het recht moge repressieve maatregelen nemen, de individuen physiek beheerschen kan het niet. Het kan reageeren op de handelingen der individuen; ze veroorzaken, ze regelen in haar feitelijken omvang en in hare feitelijke beteekenis kan het niet.

Geheel anders is het in de rechtsorde. Deze toch is eene wereld van voorstellingen, gedacht door het objectieve recht. Die wereld beheerscht het recht volkomen, immers ze ontstaat alleen, omdat het recht dit wil. Hier is het recht oppermachtig. Het schept daar de dingen en doet ze verdwijnen, zooals het wil. Hier is het alleen het objectieve recht zelve, dat de beteekenis bepaalt, die zal gegeven worden aan de daad van het individu.

Een subjectief recht om den bodem te bebouwen is voor velerlei schending vatbaar; dat om een huurcontract op te zeggen niet. De verhuurder, die in den vereischten vorm het huurcontract opzegde, heeft daarmede den rechtstoestand gewijzigd. Het recht zelve bepaalt dit en daarmede is alles beslist. Geen enkele macht kan hier iets aan veranderen. Waar eenmaal het recht zegt: Wanneer gij, verhuurder, in dien bepaalden vorm het gemaakte contract opzegt, dan wordt uit kracht van de opzegging het contract of liever de verhouding, waarin gij tot den huurder staat, verwijderd uit de wereld van het recht, kan geen enkele macht daaraan iets veranderen.

Deze onderscheiding is dus principiëel. Wilsrecht is dan de bevoegdheid, wijziging te brengen in den rechtstoestand, heerschappijrecht elk ander subjectief privaatrecht.

Eenerzijds dus de heerschappijrechten voor schending vatbaar, met alle gevolgen van dien; men denke vooral aan de actie en de executie. Anderzijds de wilsrechten voor schending niet vatbaar en daarom zonder actie en executie langs gerechtelijken weg.

Wordt de uitoefening van een heerschappijrecht onrechtmatig verhinderd, zoo zal 's rechters hulp kunnen worden ingeroepen en zal deze door zijn vonnis het onrechtmatig verrichte kunnen ongedaan maken of zal men krachtens art. 1401 B.W. eene actie tot schadevergoeding kunnen instellen. Geheel anders staat het met de wilsrechten. Hier is schending onmogelijk, kan er van eene actie bij schending geen sprake zijn, zal ook de actie van 1401 B. W. niet kunnen voorkomen. Hoogstens zal eene sententia mere declaratoria kunnen worden gevraagd, teneinde vast te stellen den toestand, ontstaan door de uitoefening van het wilsrecht. Als voorbeeld zij hier genoemd het recht, afstand te doen van eene erfenis. (1048 B.W.) Is van dit recht door den erfgenaam of legataris gebruik gemaakt, dan is hij niet meer erfgenaam of legataris. Wanneer de ex-erfgenaam daarbij een rechtmatig belang heeft, zou hij in rechte hoogstens de uitspraak kunnen uitlokken, dat hij terecht gebruik gemaakt heeft van zijn recht van afstand en hij derhalve geen erfgenaam is, eene zuivere sententia declaratoria derhalve.

Hier van eigenrichting te spreken schijnt ons minder juist toe. Eigenrichting toch is het eigenmachtig in het leven roepen van den toestand, dien men langs gerechtelijken weg behoort te verkrijgen.[53]) Dit geval nu doet zich hier niet voor. Des rechters hulp

is overbodig, daar de uitoefening van het wilsrecht den rechtstoestand reeds wijzigt. Er is hier en kan hier ook nooit zijn een recht en belang om 's rechters hulp in te roepen tot verkrijging van een feitelijken toestand. Wanneer b.v. degene, die het recht heeft zich op compensatie te beroepen, van zijn recht heeft gebruik gemaakt, is zijn schuld teniet gegaan. Schending van dit recht, om zich op compensatie te beroepen, is ondenkbaar. Wordt hij dus later in rechte tot betaling aangesproken, zoo heeft hij als verweer het *feit*, dat de schuld is tenietgegaan.

Voorzoover wij konden nagaan, is deze indeeling nog niet op bovenstaande wijze geformuleerd. Meerderen hebben alleen gelet op een onderdeel der wilsrechten, bij name op die rechten, welke de bevoegdheid geven een subjectief recht te doen ophouden, als b.v. het opzeggingsrecht.[54]) Enneccerus daarentegen stelde een begrip op, dat nog ruimer is dan het onze. Hij noemt de rechten op rechtswijziging of Gestaltungsrechte de rechtsmacht, krachtens welke eene wijziging in den rechtstoestand door ons kan worden bewerkt of ook ten onzen bate zonder onzen wil intreedt.[55])

Nader bij onze formuleering staat de definitie van Seckel: „Das private Gestaltungsrecht ist das subjective (konkrete) Privatrecht, dessen Inhalt ist die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehung durch einseitiges Rechtsgeschäft."[56]) Deze omschrijving is geheel in overeenstemming met de twee kenmerken,

welke Seckel als aan alle „Gestaltungsrechte" gemeen had aangegeven. Alle deze rechten toch worden uitgeoefend door eene eenzijdige wilsverklaring en hun inhoud zou zijn de macht, om op een heerschappijrecht of eene andere rechtsbetrekking in te werken. [57])

Uit theoretisch oogpunt bezien, moeten wij deze definitie onjuist achten. Immers reeds in de definitie wordt opgenomen, hoe de uitoefening zal geschieden: Van tweeën een: òf de uitoefening van alle wilsrechten zal geschieden door eene eenzijdige wilsverklaring en dan vloeit deze eigenschap voort uit het wezen der wilsrechten, dan wel, ze is eene toevallige bijkomende eigenaardigheid, maar in beide gevallen is vermelding dier eigenschap in de begripsbepaling niet aan te bevelen; òf niet alle wilsrechten worden door eene eenzijdige wilsverklaring uitgeoefend en dan is het gevolg van deze wijze van omschrijving, dat men een kleiner of grooter aantal rechten buiten de groep der wilsrechten sluit, wier inhoud toch gelijk zou zijn aan die der overige wilsrechten.

Zoo zal elders in dit werkje de bevoegdheid, om het eigendomsrecht te vervreemden, blijken een wilsrecht te zijn, terwijl Seckel dit niet onder de Gestaltungsrechte opneemt, omdat zijne definitie, naar hij meent, dit verhindert. Temeer moet het bevreemden, dat juist Seckel dit kenmerk noemt en in zijne definitie opneemt, omdat er volgens hem eene tegenstelling tuschen den inhoud der onderscheidene soorten van privaatrechten bestaat. Eene nieuwe verdeeling naar den inhoud acht hij mogelijk. [58]) Welnu,

wanneer er in den inhoud eene tegenstelling is, zooals wij met SECKEL aannemen, waarom zou men dan niet daar de scheidslijn trachten te vinden? Bij de wijze van uitoefening te gaan zoeken naar een tweede kenmerk, is dan onnoodig. Het verschil in inhoud is dan voldoende om tot eene verdeeling der subjectieve rechten te geraken. [59])

Het meest komt met onze definitie overeen de opvatting van VON TUHR, [60]) die echter op eene zeer eigenaardige wijze het begrip „sekundär Recht", zooals de naam bij hem luidt, vindt. Na de behandeling van het subjectieve rechtsbegrip en van het rechtssubject, worden nog besproken de rechtsplicht en de rechtsverhouding. Daarop komt hij tot de heerschappijrechten, omdat de rechten, welke inhouden de bevoegdheid, om te heerschen over een object, de voornaamste zijn. In § 7 volgen dan de „sekundäre Rechte." [61]) De verdeeling der heerschappijrechten leverde wel de fundamenteele soorten van de subjectieve rechten op, maar er zijn er toch nog wel meer, n.l. de bevoegdheden om op een heerschappijrecht of op eene rechtsverhouding in te werken. [62]) Deze bevoegdheden zijn dikwijls op te vatten als een bestanddeel van het recht zelve, waarmede ze verbonden zijn, maar er zijn ook zelfstandige rechten van die soort. De inhoud van deze rechten is in alle gevallen verschillend van die der heerschappijrechten. Krachtens gene toch kan het subject inwerken op den rechtstoestand, krachtens de heerschappijrechten op den feitelijken toestand.

Onberispelijk is deze beschouwing ongetwijfeld niet. VON TUHR zegt, dat de inhoud van alle sekun-

däre Rechte essentieel verschillend is van dien der heerschappijrechten. En dan zou men toch de onzelfstandige sekundäre Rechte moeten beschouwen als eigenschappen van de heerschappijrechten, waaraan ze verbonden zijn?

Een enkel woord nog over den naam, aan deze rechten gegeven en te geven.

Hierbij kunnen de door CROME en BEKKER gebezigde namen worden voorbijgegaan. De namen „negative Rechte" of „Gegenrechte" beslissen reeds, welke werking deze rechten hebben. Zij kunnen alleen betrekking hebben op een onderdeel der rechten, die wij benoemen willen. Ook ZITELMANN's en HELLWIG's formules: „Rechte des rechtlichen Dürfens", „Sollens" en „Könnens" zijn niet boven critiek verheven. Het „Sollrecht" is een recht van de passieve zijde bezien; het „Darf" en het „Kannrecht" een recht van de actieve zijde beschouwd. Voorts is ieder recht van de actieve zijde bekeken een „Kannrecht", immers het geeft de bevoegdheid iets te doen. [63])

Zeer juist schijnt ons den naam, dien SECKEL voorstelt n.l. „Gestaltungsrecht". Eene vertaling hiervan te geven, welke als naam bruikbaar zou zijn, wilde ons echter niet gelukken. Hoe duidelijk ook de beteekenis moge zijn, ze in één woord in het Nederlandsch uit te drukken, schijnt onmogelijk. Waarom VON TUHR nu deze rechten weer „sekundäre Rechte" noemt, is niet duidelijk. Hij gebruikt toch in denzelfden zin als SECKEL het woord „gestalten" in dit verband. [64]) Hoe dit zij, de verandering

is geen verbetering. Het woord secundair kan moeilijk geacht worden aan te wijzen het specifieke der wilsrechten. Tenslotte kan men, gedachtig aan het „verba valent usu" als naam geven, wat men wil, maar wanneer, als hier, de keuze staat tusschen twee formules, kiest men toch liefst die, welke het best aanwijst den aard van het benoemde, in dit geval met SECKEL „Gestaltungsrechte".

Ook SECKEL gebruikt den term „secundair". Bij hem zijn de Gestaltungsrechte te verdeelen in primaire en secundaire, waarbij dan de primaire zijn die Gestaltungsrechte, die tot inhoud hebben de bevoegdheid, een subjectief recht te doen ontstaan.[65]) Aan den anderen kant bedient VON TUHR zich ook van het woord Gestaltungsrechte, maar in meer beperkten zin, want hij begrijpt daaronder alleen de aan een subject toekomende rechten, om door zijn wil alleen de rechtsbetrekking tusschen hem en een ander subject te wijzigen.[66])

Wij meenden deze rechten te moeten noemen „Wilsrechten". Nu eene goede vertaling voor SECKEL's term „Gestaltungsrechte" ontbreekt, duidt deze naam o.i. nog het duidelijkst den wezenlijken aard van deze rechten aan.

HOOFDSTUK IV.

EENIGE BIZONDERE WILSRECHTEN.

§ 1. DE BEVOEGDHEID TOT HET VERVREEMDEN VAN RECHTEN.

Uit het groote aantal dezer wilsrechten, willen wij enkele eenigszins uitgebreider bespreken. Wij kiezen daartoe als eerste de bevoegdheid tot het vervreemden van rechten.

Deze bevoegdheid toch gaf reeds aanleiding tot strijd over de vraag, of ze al dan niet zou zijn een wilsrecht. Volgens SECKEL is het recht om te beschikken over een subjectief recht niet een Gestaltungsrecht, omdat deze bevoegdheid niet zou worden uitgeoefend door eene eenzijdige wilsverklaring.[67]) Wij zagen echter reeds, dat als criterium te stellen is de inhoud van het recht zelve, niet de wijze van uitoefening. Is nu de inhoud van dit recht gelijk aan die van een heerschappijrecht, dan wel aan die van een wilsrecht?

In het laatste hoofdstuk van THON's reeds eerder genoemd werk wordt deze bevoegdheid uitvoerig besproken.[68]) Releveeren wij hier de hoofdpunten

van zijn betoog, voorzoover ze met ons onderwerp in verband staan en daarvoor van belang zijn. Over het algemeen, aldus dan THON, leert men, dat de macht van den eigenaar, om zijn recht over te dragen of er op andere wijze over te beschikken, tot den inhoud van het eigendomsrecht zelve behoort. Iedere eigendomsvervreemding zou eene eigendomsuitoefening inhouden. Het is reeds eigenaardig, dat deze vervreemdingsbevoegdheid bij den eigendom altijd wordt gerekend tot den inhoud van het recht zelve, terwijl dit bij andere rechten lang niet altijd wordt gedaan. [69]) Al ziet men ook in de cessie van eene vordering eene overdracht van het vorderingsrecht, dan nog rekent men de bevoegdheid om te cedeeren niet tot den inhoud van het vorderingsrecht. En terecht, want het gaat niet aan, de vervreemdingsbevoegdheid als een bestanddeel van den inhoud van het recht zelve op te vatten. Vervreemding door den eigenaar doet den eigendom overgaan. Het eigendomsrecht is dus het object der vervreemding. Daarom moet de macht, die den eigendom overdraagt, wel liggen buiten dat recht. [70]) Wat overgedragen wordt, kan niet tegelijk datgene zijn, wat overdraagt. [71]) De bevoegdheid, om over de aparte rechten te beschikken, mag dus niet tot den inhoud dier rechten worden gerekend. [72]) Maar die bevoegdheden hebben toch een, en naar ik meen, een zelfstandig bestaan, [73]) En niet alleen deze beschikkingsbevoegdheden komen in ons rechtsleven voor, maar er zijn nog talrijke andere bevoegdheden. Het schijnt wel, alsof ons overzicht van de privaatrechten nog belangrijk zal moeten worden uitgebreid. [74])

Tot zoover THON. Aan de erkenning van het bestaan van wilsrechten in onzen zin ontkomt hij alleen, door de genoemde rechten te bestempelen met den naam „bevoegdheden." [75]) Rechten worden ze voor hem niet, omdat het subject aan deze bevoegdheden geen actie kan ontleenen. Het subject verkrijgt geen bescherming door eene actie en dit was voor THON immers het karakteristieke kenmerk van het subjectieve recht. [76]) Echter niet de actie is het hoogste. De bevoegdheid, aan het subject gegeven is primair, de actie is secundair, bijzaak, om het recht praktisch van hooger waarde te doen zijn. Bij THON's z.g. „Befugnisse" ontbreekt de actie. Maar verandert daardoor den aard der bevoegdheid? Immers neen. De actie vindt men alleen daar, waar de „Normenschutz" niet voldoende is. 't Ontbreken der actie bewijst dus alleen, dat ze hier onnoodig geoordeeld is. Het recht kan hier gehandhaafd worden zonder actie.

Trouwens THON zelve geeft overduidelijk aan, dat deze bevoegdheden in wezen overeenkomen met alle andere privaatrechten. Enkele zinnen halen wij daartoe nog aan: De rechtsorde verbindt aan deze of gene handeling rechtswerking. Hiermede is het individu een „Können rechtlicher Art" verleend. Deze z.g. rechten geven geen „Normenschutz," noch eene actie, maar eene onmiddellijke rechtsmacht. [77])

Wat nu is het wezen van alle subjectief recht? Ook voor THON zal dat toch wel zijn, dat het subjectieve recht aan het individu geeft eene rechtsmacht. Welnu, dat doen ook zijne „bevoegdheden." Die zijn ook subjectieve rechten, zelfs nog in hoogeren zin. Immers hier eene onmiddellijke rechtsmacht, ginds

slechts eene, die in vele gevallen alleen in naam bestaat, eene, die door eene actie moet worden beschermd en gehandhaafd. Wanneer wij dan tenslotte nog zien, dat THON zegt: Bevoegdheid is rechtsmacht,[78]) blijkt het geschil ten deze in hoofdzaak er een te zijn over den naam. THON wilde subjectieve rechten en bevoegdheden; wij willen subjectieve rechten verdeeld in heerschappij- en wilsrechten.

O. i. verdient echter de door ons voorgedragen meening de voorkeur. Waar in het wezen geen verschil aanwezig bleek, te zijn, achten wij het verschil in naam onverdedigbaar. Bij THON's spraakgebruik raakt de hoogere eenheid geheel op den achtergrond. Thon's „Befugnisse" zijn dan ook door latere schrijvers als subjectieve rechten erkend. En dan valt ook de bevoegdheid om over een recht te beschikken onder de categorie der wilsrechten.

Volgens SECKEL is dit niet zoo. Die bevoegdheid wordt volgens hem niet uitgeoefend door eene eenzijdige wilsverklaring. Daarom moest hij haar, door zijne definitie van de „Gestaltungsrechte" gedwongen, buiten de wilsrechten sluiten. Is dan voor SECKEL dit beschikkingsrecht een „Herrschaftsrecht"? Wordt er hier heerschappij uitgeoefend? Immers neen. En toch, één van beiden moet het naar zijne opvatting zijn. Hij verdeelt alle subjectieve rechten in „Herrschaftsrechte" en „Gestaltungsrechte". Tertium non datur.[79])

De beschikkingsbevoegdheid is dus een wilsrecht. Wat in de oudere beschouwingswijze het eigendomsrecht werd geheeten, blijkt dus te zijn een heerschappijrecht, inhoudende de bevoegdheid, over de zaak zelve de meest volstrekte heerschappij uit te

oefenen, voorzoover dit niet is verboden, en daarnaast een wilsrecht, inhoudende de bevoegdheid, om over dat heerschappijrecht op de meest volstrekte wijze te beschikken, voorzoover dit niet is verboden.

Nu kan gevraagd worden, waaruit dit beschikkingsrecht dan ontstaat. THON heeft, zooals boven bleek, op duidelijke wijze aangetoond het zelfstandig bestaan van de beschikkingsbevoegdheid naast het heerschappijrecht. Als subjectieve rechten zijn ze dan ook gelijkwaardig, staan ze naast elkaar. Beide zijn door het objectieve recht gegeven naar aanleiding eener feitelijke relatie. Ware het heerschappijrecht primair, het beschikkingsrecht secundair, dan zou het laatste nooit zelfstandig kunnen bestaan zonder het eerste. Ze gaan echter niet altijd samen. Eigendom zonder beschikkingsbevoegdheid is evenzeer denkbaar als beschikkingsrecht zonder eigendom. Wel bestaat er, althans in verreweg de meeste gevallen, verband. Gewoonlijk zullen eigendom en beschikkingsrecht toekomen aan hetzelfde subject, zullen beide rechten ontstaan uit dezelfde feitelijke relatie, zij het dan ook onder verschillende voorwaarden. Zoo mist de fideicommissaire erfgenaam, de failliet, de beslagene het beschikkingsrecht. Daarentegen komt aan den curator, als vertegenwoordigende de faillissementscrediteuren, komt ook aan den beslaglegger, hoewel zij niet eigenaar zijn, de beschikking over de failliete massa, over het gearresteerde goed toe. Aan het beslag, dat op den boedel of op het gearresteerde goed is gelegd, danken zij hun beschikkingsrecht over eens anders goed.

§ 2. DE EXCEPTIE.

De naam exceptie is in ons recht overgegaan uit het Romeinsche recht, doch thans duidt hij een geheel ander begrip aan. Wel is er een historisch verband, is de ontwikkeling, de overgang van de exceptio in de exceptie na te sporen, maar 't schijnt ons voor ons betoog niet noodzakelijk, dat hier te ontwikkelen. [80])

In de hedendaagsche wetenschap wordt de naam exceptie nog in tweeërlei zin gebruikt. In het processrecht is de exceptie het middel van verdediging, berustende op het ontbreken van hoedanigheid bij eene der partijen en verder op alle zoodanige gronden, welke, den aangevoerden grondslag der vordering in zijne waarde latende, niettemin de toewijzing van den eisch moeten beletten, zooals v. Boneval Faure zegt. [81]) Onder die gronden zijn er, die een eigen recht des verweerders veronderstellen. [82]) Die processueele excepties nu, welke opkomen uit een eigen recht der partij, worden genoemd excepties in materieelen zin. [83]) Meestal omschrijft men dan de excepties in materieelen zin als de bevoegdheid van hem, die tot eene praestatie verplicht is, deze praestatie te weigeren. [84])

Het wil ons echter voorkomen, dat deze opvatting te dicht blijft bij het begrip der processueele exceptie,

bij begrippen als praestatie en verplichting. Nader aangeduid: De tegen eene exceptie gerichte exceptie, de duplicatio, schijnt ons in wezen niet te verschillen van de exceptie, die zich tegen den eisch richt. [85]) Bovendien hij, die een recht heeft om eventueel eene exceptie op te werpen tegen den eischer, die van hem eene praestatie vraagt, zóó, dat des eischers recht krachteloos wordt, heeft dat recht evenzeer buiten een proces. Hij heeft niet alleen het recht de praestatie te weigeren, wanneer die in rechte wordt gevraagd, maar hij kan iedere uitoefening van het recht verhinderen. Op grond van deze overwegingen zouden wij ons willen vereenigen met de door ENNECCERUS gegeven bepaling: Exceptie in materieelen zin is het recht, de tegen ons gerichte uitoefening van een recht door onze wilsverklaring te beinvloeden (geheel of gedeeltelijk te verhinderen). [86])

Evenwel men zij hier voorzichtig. Die uitdrukking „materieele exceptie" is dubbelzinnig; immers zij omvat nog tweeërlei: ten eerste het recht door eene verklaring een aanspraak te stuiten (in een proces eene rechtsvordering in haar loop te stuiten) en ten tweede het recht eene rechtsbetrekking door eene verklaring te vernietigen. Een voorbeeld van het eerste is het beroep op verjaring, van het tweede, het beroep op minderjarigheid, zoolang niet ingevolge art. 1490 B.W. verjaring is ingetreden. Niet altijd wordt dit in het oog gehouden. Daargelaten moge worden of het terminologisch inderdaad wel juist gezien is, rechten van de tweede soort tot de materieele excepties te brengen. Naar het schijnt, verwijdt men daarmede dit begrip tot de veel ruimere voor-

stelling van verweermiddel. Maar hoe dit zij — het ligt niet op onzen weg om in deze vraag van terminologie partij te kiezen — met exceptie in materieelen zin worden rechten van onderscheiden aard aangeduid. Dit staat echter vast, beide soorten van rechten zijn wilsrechten.

KOHLER ontkent dit ten onrechte.[87]) Er kan hier, volgens hem, slechts sprake zijn van bevoegdheden, die eenvoudig uit het persoonlijkheidsrecht ontstaan. In bepaalde gevallen n.l. treft eene vordering den persoon op zulk eene wijze, dat hij de bevoegdheid heeft, er tegen op te komen. Dit schijnt ons niet voldoende, om de exceptie niet als een recht te erkennen. Van nader betoog mogen wij ons hier echter ontslagen achten. Reeds bestreden wij eene verwante opvatting van THON. Naar het daaromtrent opgemerkte meenen wij hier te kunnen verwijzen.

En ten onrechte volgt SECKEL, voorzoover het de exceptie in den zin van middel tot stuiting eener vordering betreft, het voorbeeld van KOHLER na.[88]) Zeker de exceptie in dien zin vernietigt het aangetaste recht niet, maar daarom valt ze toch wel binnen SECKEL's eigen definitie van het Gestaltungsrecht: zij vergunt door eene enkele wilsverklaring eene rechtsbetrekking te wijzigen. A is verplicht B eene zekere praestatie te doen. Door inroeping van het exceptieve recht, door middel van eene eenzijdige wilsverklaring wordt A van deze verplichting bevrijd. Er is dus, wat SECKEL noemt „Gestaltung konkreter Rechtsbeziehung durch einseitiges Rechtsgeschäft."

Houdt men dit alles in het oog, zoo valt het gemakkelijk partij te kiezen in de groote strijdvraag,

of de exceptie rechtsvernietigend werkt. Voorzoover het de excepties van de tweede soort betreft, de — laten wij ze maar noemen — betwistingsrechten, beroep op minderjarigheid, dwang, dwaling, bedrog (altijd voor intreden van de verjaring), moet zij bevestigend worden beantwoord. Ontkennend moet het antwoord luiden voor de excepties van de eerste soort: beroep op verjaring (art. 1987 B.W.) en op minderjarigheid enz. na verjaring (art. 1490 B.W., laatste lid).

Dat zulk eene exceptie eene logische onmogelijkheid zou zijn, houdt men ten onrechte staande. Een recht, dat bestaat en tevens werkeloos was, zou niet denkbaar zijn. Wanneer B de uitoefening van A's recht kan verhinderen, dan zou A geen recht hebben. [89]) Toch meenen wij deze constructie te moeten handhaven, niet alleen volgens onze positieve wetsbepalingen, maar ook in iure constituendo. A kan een recht hebben tegenover B, terwijl B het recht heeft de uitoefening van A's recht onmogelijk te maken. Men zal vragen: Waarom construeert de wet dit geval dan niet zóó, dat noch A noch B eenig recht heeft? Toegegeven zij, dat, wanneer met de bovengegeven omschrijving alles gezegd was omtrent de verhouding tusschen de rechten van A en van B, het aanbeveling verdienen zou deze rechten elkander te doen vernietigen. En inderdaad zouden meerdere feiten, die volgens onze wet eene exceptie geven, zoowel eene rechtsvernietigende, als eene exceptie in den engeren zin, beter kunnen worden gemaakt tot rechtsvernietigende feiten. [90]) Echter er zijn ook andere gevallen. Zoo b.v. de verhouding

tusschen den oorspronkelijken eigenaar, A en dengene, die door verjaring „eigenaar" geworden is, B. De oorspronkelijke eigenaar heeft het eigendomsrecht, kan dit tegen den nieuwen eigenaar inroepen en hem zal zijn eisch worden toegewezen, tenzij B zich op de exceptie van verjaring beroept. Hier, gevoelt men, is deze regeling beter, dan die, waarbij na verjaring de rechter steeds B voor eigenaar zou moeten houden en aan A den eisch ontzeggen, altijd als maar het feit der verjaring vaststond.

In al die gevallen, waarin de eene partij het recht van de andere partij kan hinderen in de uitoefening, of de rechtsbetrekking kan vernietigen, mits zij zich beroepe op verjaring, minderjarigheid, dwang, bedrog, dwaling, is deze constructie de eenig juiste. Het moet het individu vrijstaan, deze rechten al dan niet te gebruiken. Het geval is dan zeer goed denkbaar, dat men zich op dergelijke excepties, 't zij dan rechtsvernietigende, 't zij uitoefeningsverhinderende, niet zou willen beroepen op grond van ethische beweegredenen. [91])

De materieele excepties in engen zin, waarbuiten dus, naar onze beschouwing, vallen de betwistingsrechten, behooren volgens de gegeven bepaling tot de negatieve rechten, waartoe alle betwistingsrechten en ook compensatie behooren. De excepties in den aangegeven zin onderscheiden zich echter van de andere negatieve rechten in tweeërlei opzicht. Terwijl betwisting en compensatie de rechtsverhouding, de rechtshandeling, het recht treffen, werkt de exceptie alleen vernietigend op de voorgenomen rechts-

uitoefening. Dan zijn betwisting en compensatie absoluut vernietigende rechten, terwijl de exceptie de uitoefening van het recht slechts stuit. Hier blijft dus altijd de mogelijkheid van rechtsuitoefening voortbestaan. [92])

Het rechtskarakter der exceptie in den engen zin komt wel het duidelijkst te voorschijn, wanneer men ze vergelijkt met de feiten, die het ontstaan van een recht verhinderden of een recht deden te niet gaan. In praktisch gevolg staan deze feiten met de uitgeoefende exceptie op ééne lijn. In het proces worden bij de betrekkelijke ontkenning feiten genoemd, die het recht der tegenpartij òf verhinderden te ontstaan, òf deden tenietgaan. Deze feiten hebben een reëel bestaan, werken dus ook zonder dat ze speciaal door eene der partijen worden ingeroepen, wanneer ze den rechter slechts uit het geding blijken. (Zelfs kan na toewijzing van den eisch en voldoening van het vonnis sprake zijn van de condictio indebiti). De exceptie daarentegen werkt niet, wanneer de partij niet uitdrukkelijk verklaart, van haar recht te willen gebruik maken. Al blijkt uit het geding, dat de partij zich zou kunnen beroepen op de exceptie van verjaring, dan nog wordt daarop niet gelet, zoolang ze zich er niet uitdrukkelijk op beroept. Eerst na de verklaring van de partij, dat zij zich op verjaring beroept, wordt de eisch der andere partij afgewezen. Het exceptie-recht geeft als het ware de bevoegdheid, eene wilsverklaring af te leggen en die wilsverklaring is dan een feit, dat het recht der tegenpartij krachteloos maakt.

Een tweede verschilpunt is dit: Een recht, alleen gehinderd door eene exceptie, bestaat en wordt bij het vervallen der exceptie een onaantastbaar recht. Is er een rechtsvernietigend of een rechtsverhinderend feit, dan is het recht òf tenietgegaan òf het is nooit ontstaan, het recht bestaat dan niet. Het feit, dat verhinderend of vernietigend was, is een feit, iets, dat niet kan worden weggenomen. Wil men het recht, dat men meende te hebben, doen ontstaan, dan is vestiging vereischt. De exceptie, een recht, kan tenietgaan, een feit is en blijft. [93])

Een derde verschilpunt komt uit in het faillissement. Een recht en dus ook de exceptie kan alleen worden uitgeoefend door den gerechtigde of door zijn vertegenwoordiger. Stellen wij nu het volgende geval: A heeft tegen B eene vordering, maar B kan zich op eene peremptoire exceptie beroepen. Nu wordt B's faillissement uitgesproken. Op de verificatievergadering wordt A's vordering opgegeven, maar door B betwist, en ook door den curator en door een derden schuldeischer C. Nu kan zoowel B als de curator zich beroepen op de exceptie, niet echter C. Was er daartegenover geweest niet eene exceptie, maar een rechtsvernietigend feit, dan zou ook C zich daarop kunnen beroepen. [94])

Nog zij vermeld, dat eene vordering, waartegen eene exceptie kan worden ingeroepen, niet vatbaar is voor compensatie ex art. 1462 B. W., in dezen zin, dat compensatie kan worden verhinderd door een beroep op de exceptie. Wanneer A tegen eene vordering van B eene exceptie heeft en B eene vordering tegen A, dan geldt de door B gedane com-

pensatie, wanneer A zich niet op zijne exceptie beroept. Immers er is eene vordering van B tegen A, die volkomen gelijk staat met iedere andere, zoolang A zich niet op zijne exceptie beroept, zóó zelfs, dat A in rechte aangesproken, den eisch zal zien toewijzen, wanneer hij zich niet op zijne exceptie beroept.

Wij onderscheiden dus: rechtsverhinderende feiten: het recht bestaat niet, betwistingsrechten: het betwiste recht gaat te niet, en de eigenlijke materieele exceptie: het recht bestaat, wordt zelfs niet aangetast, maar alleen de uitoefening wordt verhinderd.

De excepties kunnen op verschillende wijzen tenietgaan. Hier is het van belang te spreken over den afstand van dit recht. De gerechtigde kan eenzijdig afstand doen van zijn recht en niet alleen vóór maar ook na de uitoefening. [95]) De minderjarige b.v., die na de verjaring van art. 1490 B.W., laatste lid, in rechte aangesproken wordt wegens eene verbintenis, zich beroept op zijne minderjarigheid en op grond daarvan de actie van zijn crediteur ziet afgewezen, kan nadien tot het besef komen, dat het beroep op zijne minderjarigheid en het zich onttrekken aan zijne verplichtingen, moreel onverdedigbaar is. Voldoet hij alsdan nog aan de verbintenis, dan is er geen sprake van onverschuldigde betaling. Integendeel. Dit kan zeer belangrijke gevolgen met zich brengen. Ook hier komt weer aan het licht het verschil tusschen de exceptie en de rechtsverhinderende of rechtsvernietigende feiten. Feiten toch kunnen niet ongedaan

gemaakt worden. Wanneer A van B een huis koopt en de koopsom voldoet, terwijl zij later overeenkomen, die betaling liever te willen aanrekenen op eene andere vordering, die B op A heeft, b.v. uit geldleening, dan is het niet meer mogelijk, de vordering uit koop en verkoop te doen herleven. Alleen door nieuwe vestiging zou het beoogde resultaat te bereiken zijn.

Van de wijze, waarop A zijn recht uitoefent, zal afhangen, hoe B zijne tegen dat recht gerichte exceptie zal doen gelden. Wordt B buiten rechte door A aangesproken, dan zal hij door de verklaring, dat hij van zijne exceptie gebruik wenscht te maken, A's vordering kunnen terugwijzen. Spreekt A hem nu in rechte aan, dan zal hij zich opnieuw beroepen op zijn recht en nu door eene verklaring in rechte A's vordering af doen wijzen.

Beroept B zich niet tijdig op zijne exceptie, in 't algemeen (behoudens art 141 B. Rv.) niet vóór de uitspraak, dan zal door het in kracht van gewijsde gaan van het vonnis, de exceptie worden vernietigd.

Meerdere auteurs verdeelen de excepties, met het oog op haar ontstaan, in zelfstandige en onzelfstandige.[96]) Onzelfstandig zou dan zijn de exceptie, die berust op een zakelijk recht of op eene verbintenis; uit het positieve recht zou naar gelang der omstandigheden eene vordering of eene exceptie ontstaan. De verhuurder, die den huurder aanspreekt tot te-

ruggave der zaak, zou zijn eisch zien toewijzen, tenzij de huurder uitdrukkelijk verklaarde, gebruik te willen maken van de hem uit zijne positie als huurder toekomende exceptie.

O. i. is dit eene onjuiste beschouwing. De eisch van den verhuurder is hier onrechtmatig, niet voor toewijzing vatbaar, en dit blijkt, wanneer de huurder zich beroept op het huurcontract. Het feit van het bestaan van de rechtsverhouding doet den eisch afwijzen, niet een beroep op eene exceptie. 't Is niet zoo, dat de verhuurder recht heeft op het bezit der zaak, tenzij de huurder zich beroepe op eene exceptie, maar de verhuurder heeft geenerlei recht op het bezit, zoolang de huurder krachtens zijn huurcontract recht heeft op het bezit der zaak. De verhuurder kan hem alleen het bezit ontnemen, wanneer de huurder is onrechtmatig bezitter. En dit vereischte ontbreekt hier. Bovendien: Kon de huurder zich maar alleen verweren door eene exceptie, dan zou de onderhuurder, door den eigenaar aangesproken, geen beroep kunnen doen op het huurcontract tusschen verhuurder en huurder. En dit kan hij wel. Door inroeping van het tusschen den eischer en gedaagde-verhuurder bestaand huurcontract (als inroeping van een feit) wordt de eisch voor toewijzing onvatbaar. Het huurcontract is in dit geding een rechtsvernietigend feit, niet de bron van een exceptief recht.[97])

Eene verdeeling der excepties in zelfstandige en onzelfstandige heeft dus geen reden van bestaan. De excepties zijn allen zelfstandig. Wat men onzelfstandige excepties noemt, zijn geen excepties in den boven aangegeven zin. Dit ware dan voor ieder der z.g. onzelfstandige excepties speciaal aan te toonen.

Dit schijnt ons echter na het gezegde overbodig.

De excepties zijn wel te verdeelen in dilatoire en peremptoire of liever in tijdelijk en voortdurend werkende. Tijdelijk werkend zijn dan die excepties, welke door tijdsverloop wegvallen of door eenige andere oorzaak, in de exceptie zelve gelegen, niet voortdurend blijven bestaan, alsmede die, welke door hem, tegen wiens recht ze zich richten, kunnen worden op zijde gezet. Of korter gezegd: Tijdelijk werkend zijn al die excepties, wier bestaan, bezien van de zijde van hem, tegen wiens recht ze gericht zijn, voor wijziging vatbaar zijn. Wordt het bestaan eener tijdelijk werkende exceptie ingeroepen, dan is de uitoefening van het recht, waartegen de exceptie zich richt, onmogelijk geworden. Eene actie zal moeten worden afgewezen, welke afwijzing echter niet uit zal sluiten de mogelijkheid, om later een vonnis te verkrijgen, wanneer de exceptie is tenietgegaan, althans gewijzigd.

De voortdurend werkende excepties zijn die, wier bestaan, bezien van de zijde van hem, tegen wiens recht ze zich richten, voor wijziging niet vatbaar zijn. Wordt eene voortdurend werkende exceptie ingeroepen, dan is eveneens de uitoefening van het recht, waartegen de exceptie zich richt, onmogelijk geworden. Eene actie zal ook hier moeten worden ontzegd, en voor hem, die ze instelde, schijnt het alsof zijn recht geheel is tenietgegaan. Toch al is zijn recht praktisch van zeer geringe waarde geworden, het blijft bestaan, wat duidelijk blijkt, wanneer de exceptie wegvalt. En dit kan altijd gebeuren tengevolge van afstand door hem, aan wien ze toekomt.[98])

---

§ 3. OPDRACHT OF LEVERING VAN ONROEREND GOED.

„De levering of opdracht van onroerende zaken geschiedt door de overschrijving van de akte in de daartoe bestemde openbare registers". Aldus luidt het bekende eerste lid van art. 671 B. W.[99])

Over deze bepaling is zeer veel gesproken en geschreven. En dit is waarlijk geen wonder, waar eenerzijds de historie van die bepaling tot in het Romeinsche en Germaansche recht reikte, terwijl anderzijds tal van praktische gevolgen nauw verbonden zijn aan de opvatting, die men omtrent den eigendomsovergang van onroerend goed heeft. Voor ons doel schijnt het echter onnoodig, den historischen grondslag dezer bepaling na te gaan, waar wij alleen in het hedendaagsche recht te zoeken hebben naar het bestaan en de werking van het wilsrecht.[100])

De literatuur scheen op den goeden weg om tot een communis opinio te geraken. Steeds meerderen stelden onder de leiding van HAMAKER[101]) de zaak als volgt voor: Door de overeenkomst (bij voorkeur de zakelijke genoemd) wordt de eigendom overgedragen, maar eigendomsoverdracht is nog geen eigendomsovergang. Immers wil de overdracht tegen derden werken, dan zal overschrijving van de akte noodig zijn. Eerst met die overschrijving in de registers is

de eigendomsovergang voltooid. De eenvoudigste formuleering is wel die van SCHOLTEN, die zegt: „Door zakelijke overeenkomst alleen wordt onroerend goed door den vervreemder aan den verkrijger overgedragen," en „Ten aanzien van derden werkt die eigendomsoverdracht niet dan na overschrijving in de daartoe bestemde registers; door deze inschrijving is de eigendomsovergang voltooid". [102]) In verband met deze opvatting wordt dan algemeen aangenomen, dat de verkrijger de akte kan doen overschrijven zonder medewerking van den vervreemder; zelfs na des vervreemders dood acht men den verkrijger daartoe bevoegd. Of zooals LAND zegt: Levering of opdracht van onroerende zaken geschiedt door eene akte van overdracht. Zij doet echter den eigendom der zaak nog niet op den verkrijger overgaan, maar verleent dezen de macht om zich dien te verschaffen.[103])

In het algemeen is tegen deze voorstelling een groot bezwaar. De eigendomsoverdracht door eene zakelijke overeenkomst op zich zelve, (zij het dan zonder werking tegenover derden) ligt vrijwel buiten de woorden van art. 671 B. W. Zij strijdt bovendien met art. 35 der faillisementswet: „Van vóór de faillietverklaring opgemaakte akten kan de door art. 671 van het Burgerlijk Wetboek of art. 309 van het Wetboek van Koophandel gevorderde overschrijving en van bevorens verleende hypotheken, alsmede van de akten, genoemd in art. 315 van laatstgemeld Wetboek, de inschrijving na de faillietverklaring niet geldig meer geschieden". [104]) Krachtens deze bepaling behoort toch het onroerende goed, ook na de vervreemding, nog tot den boedel van den

vervreemder en doet eerst de overschrijving der akte het goed daaruit gaan. In denzelfden zin beslist art. 505 B. R.v.

Wij voor ons achten met deze bepalingen de quaestie beslist en ook juist beslist. Dat dit inderdaad zoo is, valt met behulp van de wilsrechten niet moeilijk aan te toonen.

De eigenaar heeft het recht om over zijn goed te beschikken. Van dit zijn recht maakt hij gebruik b.v. door het onroerende goed te verkoopen. Evenwel de afsluiting der koopovereenkomst, ook al geschiedde ze schriftelijk, heeft zijn beschikkingsrecht nog niet uitgeput. Hij blijft volmaakt bevoegd om aan eenen tweeden kooper te verkoopen en te leveren. De eerste kooper vischt achter het net, wanneer hij niet zorgt, dat hij het eerst laat overschrijven. Tot het laten verrichten van die overschrijving is hij bevoegd. Afgezien van de vorderingsrechten, aan de koopovereenkomst ontleend, verwerft de kooper uit het contract nog iets n.l. het recht om de akte in de registers te laten boeken. Dat recht nu is een wilsrecht: de bevoegdheid, met overheidshulp, door zijne verklaring (het verzoek om inschrijving) den door partijen bedongen eigendomsovergang (zakelijke overeenkomst) te bewerken. Dat recht ontleent hij aan den verkooper, aan den tot levering verplichte. Hierop worde alle nadruk gelegd. Want waarom is de door ons bestreden leer uitgedacht? In hoofdzaak om te ontkomen aan het bezwaar, dat de levering, eene door den verkooper te verrichten handeling, van den kooper zou kunnen uitgaan. Daarom kon de levering, de eigendomsovergang, niet in de overschrijving van de akte

liggen; daarom moest zij verplaatst worden naar een vóór de inschrijving liggend moment, naar de zakelijke overeenkomst; daarom moest, om met de wet niet in al te duidelijken strijd te komen, tusschen eigendomsoverdracht en eigendomsovergang onderscheiden worden. Dit alles nu kan men zich besparen. De levering, ook als de inschrijving op verzoek van den kooper geschiedt, is niet eene handeling, die enkel en alleen van den kooper uitgaat. Ze is eene handeling, die steunt op een aan het contract ontleend, van den verkooper ontvangen recht: het wilsrecht tot overschrijving. Dit recht verklaart dus het eigenaardige verschijnsel, dat hij, aan wien geleverd worden moet, aan zichzelven levert. Hij toch ontleent die bevoegdheid aan den verkooper zelve. De levering blijft dus, wie ze ook feitelijk verricht, steeds eene handeling, die in laatste instantie op den wil van den verkooper berust. De oude, beproefde leer, dat eerst met de overschrijving der akte het verkochte goed van eigenaar wisselt, kan dus gehandhaafd worden. Vóór de overschrijving is de kooper enkel crediteur en tot inschrijving gerechtigde, maar eigenaar is hij niet noch tegenover derden, noch tegenover den verkooper. [105])

De gewrongen onderscheiding tusschen eigendomsoverdracht en eigendomsovergang mogen wij dus prijsgeven. Dat is inderdaad eene niet geringe winst. Tot hoe ingewikkelde verhoudingen geeft zij niet aanleiding! B.v. A verkoopt aan B een onroerend goed. Nu is B tegenover A, volgens de door ons bestreden leer, eigenaar geworden. Als dus B op zijne beurt aan C verkoopt en deze zijne akte laat inschrijven dan zou hij, C, tegen A de revindicatie

kunnen instellen. Is die oplossing houdbaar? Of, om algemeener te spreken, de bestreden leer heeft het nadeel, dat zij het eigendomsrecht, dat als absoluut recht tegen elk en een iegelijk wordt geacht te werken, tijdelijk maakt tot een recht, dat wel tegen A en niet tegen derden kan worden ingeroepen. [106]) Een ander nadeel is nog, dat ze de eenheid van het zakenrecht verbreekt. Of gelooft iemand, dat als A aan B een roerend goed verkoopt, de enkele zakelijke overeenkomst tegenover A den eigendom doet overgaan? Naar de hier door ons gegeven voorstelling blijft die eenheid bewaard. Geen overgang van eigendom, noch van roerend, noch van onroerend goed, zoolang de openlijke handeling, waaraan de wet den overgang vastknoopt (overschrijving der akte, overdracht van het bezit) niet heeft plaats gehad.

§ 4. PAND EN HYPOTHEEK.

Het zakelijke recht is een zoodanig absoluut recht, waardoor eene zaak aan onze onmiddellijke heerschappij wordt onderworpen, hetzij geheel, hetzij in eenig bepaald opzicht.[107]) Al zijn er meerdere afwijkende omschrijvingen te vinden, wij meenen met deze te kunnen volstaan, omdat zij aangeeft het karakteristieke van de zakelijke rechten, n.l. dat zij geven eene onmiddellijke heerschappij over die zaak zelve.

Tot de zakelijke rechten worden nu algemeen gerekend pand en hypotheek. Pand is dan het zakelijk recht op eens anders — daartoe uitdrukkelijk door inbezitstelling verbonden — roerende zaak, strekkende om daarop de voldoening eener schuld bij voorrang te kunnen verhalen, terwijl van hypotheek de volgende definitie wordt gegeven: Het recht van hypotheek is een zakelijk recht op eens anders bepaalde — daartoe uitdrukkelijk verbonden — onroerende zaak, strekkende om daarop de voldoening eener schuld bij voorrang te verhalen.[108])

Meestal wordt erkend, dat deze beide rechten in aard belangrijk afwijken van de andere zakelijke rechten. Laten wij nagaan, waarin dan wel het zakelijke karakter van deze rechten uitkomt. Daarbij zal dan vooraf van het eigenlijke pandrecht, het verhaalsrecht, moeten worden afgescheiden het retentie-

recht, als zijnde een zelfstandig subjectief recht, dat niet alleen voorkomt verbonden met het pandrecht, maar ook zelfstandig en ook nog verbonden met andere rechten. Pand en hypotheek als verhaalsrechten zijn dan de rechten op eens anders daartoe uitdrukkelijk verbonden roerende of onroerende zaak, strekkende om daarop de voldoening eener schuld bij voorrang te verhalen. Nu geeft alle zakelijke recht genot of gebruik van eene zaak; de zaak zelve is onderworpen aan de heerschappij van hem, wien het zakelijke recht toekomt. Hier zou nu de zaak ook onder de macht van den gerechtigde staan, maar alleen beschouwd uit het oogpunt harer handelswaarde. [109])

Het zakelijke karakter van het verhaalsrecht zou zich duidelijk uiten in de bevoegdheid van den pand- en hypotheekhouder om de zaak te verkoopen, haar zoo geheel voor den eigenaar te doen verloren gaan, terwijl hij de opbrengst mag doen strekken om zichzelven boven en met uitsluiting van anderen betaling te verschaffen. De schuldeischer oefent dus in een bepaald opzicht onmiddellijk heerschappij over de zaak uit, niet als voorwerp van genot, maar als drager van waarde. Voor hypotheek zou het zakelijke karakter nog sterker uitkomen dan voor pand, omdat de bezwaarde goederen met het verband belast blijven, in welke handen zij ook overgaan. [110])

En pand èn hypotheek geven dus geen heerschappij over de zaak zelve, maar over de zaak als drager van waarde. Eenvoudig gezegd is dit niets anders, dan dat pand en hypotheek zijn rechten, om over het eigendomsrecht van eene zaak te beschikken. De zaak zelve blijft in vollen eigendom van den eigenaar, maar er

is een ander, die zijn eigendomsrecht kan overdragen aan een derde. M. a. w. pand en hypotheek zijn geen zakelijke rechten in den strikten zin, want zij geven geen heerschappij over eene zaak, maar het zijn wilsrechten, rechten, welke inhouden de bevoegdheid, in te werken niet op den feitelijken toestand, maar op den rechtstoestand, om te beschikken over een eigendomsrecht van een ander. Dat hypotheek dan ook blijft rusten op het goed is geen bewijs van zakelijk karakter, is geen uiting van heerschappij over de zaak zelve, maar daaruit blijkt eenvoudig dit, dat een recht absoluut kan zijn, ook zonder dat het zakelijk is. [111])

Tenslotte heeft deze voorstelling nog eene zeer praktische zijde. De eerste hypotheekhouder, die het beding van art. 1223, lid 2, B. W. heeft gemaakt, en de pandhouder verkoopen zonder rechterlijke tusschenkomst het hun verbonden goed. Dat lijkt in strijd met de gewone regelen voor executie gesteld. Toch is dit daarmede in volkomen harmonie. Gelijk de gewone executant eerst aan het gelegde beslag een wilsrecht ontleent (de bevoegdheid om over het eigendomsrecht van het beslagene te beschikken), putten zij uit de handeling, die hun recht vestigde, de bevoegdheid, om het verbonden goed te veilen buiten eenige overheidsbemoeiing om. Dit klopt volkomen met den vroeger gevonden regel, dat tot handhaving van het wilsrecht geen actie van noode is. Ook ten opzichte van den hypothecairen crediteur, die zich niet van art. 1223, lid 2, B. W. bedienen kan, gaat dit op: Ook hij behoeft niet te procedeeren. Intusschen is zijn wilsrecht van meer beperkten om-

vang dan dat van den pandhouder en van den eersten hypotheekhouder, die het beding van art. 1223, lid 2, B. W. maakte. Hij bezit slechts een wilsrecht om op het verbonden goed beslag te leggen en zoo het beschikkingsrecht te verwerven, niet het recht om rechtstreeks over het eigendomsrecht te beschikken.

§ 5. DE ACTIO PAULIANA.

Een treffend staal van een wilsrecht vormt de z. g. actio Pauliana. Dit toch is eene bevoegdheid, om wijziging te brengen in een gevestigden rechtstoestand. De aangevallen handeling is opzichzelf beschouwd volkomen geldig. Zoowel kooper als verkooper zijn verbonden. Er zijn hier echter derden, aan wien het recht is verleend, de overeenkomst nietig te doen worden door eene eenvoudige wilsverklaring. De handeling is niet in zichzelve nietig, maar wordt dit zoodra een derde, wien de actio Pauliana toekomt, van zijn recht gebruik maakt. Door zich van zijn recht te bedienen, doet hij de overeenkomst vervallen en kan hij ageeren, alsof de aangevallen overeenkomst niet tot stand gekomen was.

Naar art. 777 W. v. K. (oud) was eene dergelijke handeling vernietigbaar. Art. 42 der Faillissementswet spreekt nu van inroeping der nietigheid. Volgens de Memorie van Toelichting is deze wijziging vooral aangebracht, omdat vroeger eerst de nietigverklaring moest worden gevraagd aan den rechter, terwijl nu de curator rauwelijks revindicatoir beslag leggen kan.

Parser acht nu nog slechts vernietigbaarheid aanwezig, omdat alleen „ten behoeve van den boedel" de nietigheid kan worden ingeroepen, en de bevoegdheid, dit te doen, alleen aan den curator toekomt. [112])

MOLENGRAAFF spreekt van betrekkelijke nietigheid, nietigheid alleen ten aanzien van den boedel.[113]) Wil PARSER dus een constitutief vonnis met onmiddellijk daarbij volgend een dictum, dat steunt op de nietigverklaring, MOLENGRAAFF wil de nietigheid gesteld zien als een feit, en acht hoogstens een declaratoir vonnis mogelijk.

Ons schijnt het moeilijk eene betrekkelijke nietigheid aan te nemen. Liever zien wij in de Pauliana een wilsrecht, dat uitgeoefend wordt, door de gevolgen van de nietigheid in te roepen.

Wat voor belang er in schuilt deze voorstelling boven de andere te aanvaarden, vraagt men misschien. Ons dunkt een belang van niet geringe beteekenis. Uit de constructie, die wij geven, volgt toch, dat, wanneer de curator meent, dat er geen reden is, de nietigheid ex art. 42 F. W. in te roepen, de handeling ook volkomen geldig blijft, terwijl ook in dat geval, volgens de opvatting van MOLENGRAAFF, de handeling voorzoover zij strekt ten nadeele van den boedel, nietig blijven zou.[114]) Dit verschil wijst op de principieele tegenstelling tusschen de bestreden en de verdedigde voorstelling. Betrekkelijke nietigheid zou eene nietigheid zijn ten aanzien van den boedel. De aangevallen handeling zou tegenover iedereen volmaakt geldig wezen, alleen ten opzichte van den boedel zou ze niet werken. In die voorstelling schuilt eene tegenstrijdigheid. Eene handeling kan niet tegelijk zijn en niet zijn; ze moet werken of niet werken. Wie anders meent, zou tot de conclusie moeten komen, dat de kooper, wien een Pauliana bedreigt, tegelijk eigenaar en niet-eigenaar zou zijn. Deze tegenstrijdig-

heid lost de voorstelling van het wilsrecht op. De handeling is volmaakt geldig, maar de curator heeft de bevoegdheid, door rechtstreeks de gevolgen van het niet-werken der handeling in te roepen, al haar effect met terugwerkende kracht te doen verdwijnen tegenover iedereen. Alleen op deze wijze kan men aan de onoplosbare moeilijkheid ontkomen. Gesteld de nietigheid was inderdaad relatief in dien zin, dat de handeling niet tegenover den boedel werkte, dan zou ten opzichte van derden de kooper nog altijd als eigenaar gelden moeten; de nietigheid werkt immers alleen ten opzichte van den boedel. Intusschen, zoo is niet de bedoeling der wet. Deze wil niet weten van eigendom ten aanzien van den een wel en ten aanzien van den ander niet bestaande. De kooper is tegenover iedereen eigenaar of niet-eigenaar. Wat hij wezen zal, hangt af van de al of niet-uitoefening van het aan den curator toekomende wilsrecht.

§ 6. ONTBINDINGSRECHT.

Gelijk het recht, de nietigverklaring van eene overeenkomst uit te lokken, is de bevoegdheid, ontbinding te vragen van een contract, een wilsrecht. Als bestanddeel van de rechtsbetrekking gaat het daarmee over op hem, die in de plaats van de vroegere partij treedt, b.v. op hem, die een door den eigenaar verhuurd huis koopt. De kantonrechter te Enschede dacht over dit punt anders, blijkens onderstaand vonnis van den 4den April 1912:

Wij kantonrechter; enz.

overwegende dat bij de dagvaarding wordt gesteld: dat tusschen den eischer Siemerink, als verkooper, en den eischer Oude Bruinink, als kooper, den 13 Oct. 1910 voor notaris Vollenhoven van Daalen te Stad-Almelo is verleden eene akte van koop en verkoop betreffende twee huizen met erven en bouwland, gelegen te Berghuizen, kadastraal bekend gemeente Losser sectie E nos. 1673, 1674, 1675 en 664 tezamen groot 36 aren.

dat de gedaagde van den eischer Siemerink vóór het aangaan der gezegde koopovereenkomst een deel der daarbij omschreven onroerende goederen — bestaande in eene woning plaatselijk genummerd B 54 met erf en achter en op zijde van de gemelde woning gelegen perceeltjes land, alles staande en gelegen aan

den Denekamperstraatweg te Berghuizen gemeente Losser — mondeling in huur en gebruik bezat en ook thans nog bezit van den nieuwen eigenaar Oude Bruinink, tegen een jaarlijkschen huurprijs van f 46.80, welke gewoonlijk betaald werd om de 14 dagen, of ook wel eens over langeren termijn;

dat gedaagde op 30 Oct. 1910 aan eischers te dezer zake een saldo verschuldigd was van f 14.20, hetwelk door hem niet is voldaan, terwijl hij ook die huur nooit voldaan heeft, zoodat eischers thans ter zake hiervan een bedrag van f 75.40 van gedaagde te vorderen hebben;

dat voorts de gedaagde van den eischer Siemerink een onderdeel der bij bovenbedoelde akte omschreven onroerende goederen — n.l. een perceel bouwland, gelegen achter gemelde woning en achter de woning van den eischer Oude Bruinink — mede vóór het aangaan der gemelde koopovereenkomst mondeling in huur bezat tegen een jaarlijkschen huurprijs van f 9.—, verschijnende op den 1sten Nov. en dat perceel thans nog in huur bezit van den nieuwen eigenaar Oude Bruinink, hebbende gedaagde daarvan niet de huur betaald, verschenen 1 Nov. 1910 en 1 Nov. 1911, uitmakende een bedrag van f 18.—;

dat derhalve gedaagde aan de eischers schuldig is ter zake van gemelde huur van een en ander een gezamenlijk bedrag van f 93.40;

dat de eischer Siemerink zich bij de gemelde akte had verbonden, het verkochte op den 1sten Nov. 1910 geheel ontruimd door den huurder over te dragen in het bezit en de macht van den kooper, den eischer Oude Bruinink;

dat de eischer Oude Bruinink, als getreden door koop in de rechten van den oorspronkelijken eigenaar Siemerink (eischer sub 2 gemeld), en voorzooveel noodig ten verzoeke van genoemden Siemerink bij exploit van den deurwaarder H. J. Plaggemans dd. 21 April 1911 aan gedaagde heeft beteekend een afschrift der hierboven gemelde akte van koop en verkoop dd. 13 Oct. 1910 en zulks, opdat de gedaagde van den inhoud daarvan niet onkundig zou zijn;

dat de gedaagde in gebreke blijft met de voldoening van gemeld bedrag aan achterstallige huur, ondanks herhaalde minnelijke aanmaningen, sommatie en in gebrekestelling, zoodat de eischers gerechtigd zijn ter zake van wanpraestatie de ontbinding der bovengemelde huurovereenkomst te vorderen;

met conclusie: 1o. ontbonden te verklaren de tusschen partijen bestaande mondelinge overeenkomst van huur en verhuur van enz.;

2o. den gedaagde te veroordeelen om het zooals gemeld gehuurde binnen drie dagen na de beteekening van het in deze te wijzen vonnis te ontruimen, te ontledigen en geheel ter vrije beschikking van den eischer Oude Bruinink te stellen, met machtiging op dezen om voor het geval gedaagde daarmede in gebreke mocht blijven, die ontruiming zelf te doen bewerkstelligen, desnoods met behulp van den sterken arm;

3o. het in dezen te wijzen vonnis, wat de ontruiming betreft, te verklaren uitvoerbaar bij voorraad, niettegenstaande verzet of hoogere voorziening;

4o. den gedaagde te veroordeelen in de proceskosten;

post alia:

Ten aanzien van het recht:

dat het voorschrift van art. 1612 eerste alinea B. W. dezen zin heeft: dat van het oogenblik van den koop, ook zonder beteekening der overdracht aan den huurder, de rechten en verplichtingen op den kooper overgaan, deze met het goed tevens de huurovereenkomst aanvaardt en als verhuurder tegen den ouden huurder staat, zoodat tot de aanvaarding den ouden verhuurder, al dadelijk na de aanvaarding den nieuwen kooper de huurpenningen moeten worden uitbetaald; (cf A. P. L. Nelissen, huur en vervreeming pg. 262 en 266; arresten van den Hoogen Raad d.d. 5 Nov. 1896 W. 6882 en 5 Maart 1897 W. 6937);

dat hieruit voortvloeit, dat de kooper geene actie kan gronden op de wanbetaling der huurpenningen aan den ouden verhuurder verschuldigd, gelijk deze geen vordering kan baseeren op het feit, dat de huurder de overeenkomst tegenover den kooper niet nakomt;

dat in strijd met bovenomschreven rechtsbeginselen de dagvaarding is gebouwd, daar de kooper (de eerste eischer) zijne actie tot ontbinding en ontruiming mede grondt op de wanbetaling der aan den ouden verhuurder alsnog verschuldigde huurpenningen, terwijl de oude verhuurder (de tweede eischer) op grond van alsnog aan hem verschuldigde huur de ontbinding vraagt eener overeenkomst, welke niet meer tusschen hem en den gedaagde bestaat, en de ontruiming eischt van een huis, waarop hij geen enkel recht meer kan doen gelden;

dat de conclusie der dagvaarding derhalve niet

logisch uit de daarin gestelde feiten voortvloeit, zoodat de eischers niet ontvankelijk in hunne vorderingen zullen dienen te worden verklaard;

Gezien enz.

Recht doende enz.

Verklaren de eischers niet ontvankelijk in hunne vorderingen en veroordeelen hen in de proceskosten aan zijde van gedaagde begroot op nihil.

In het bovenvermelde geval had derhalve de verhuurder-verkooper reeds vóór den verkoop het recht verkregen ontbinding der overeenkomst van huur en verhuur te vragen. De kooper-verhuurder trad in de rechten van den verkooper-verhuurder. Terecht verwijst de Enschedesche kantonrechter zelve naar het vonnis van den Hoogen Raad van 5 Nov. 1896 (W. 6882) waarin men leest, dat art. 1612 B. W. in dien zin moet worden opgevat, dat door verkoop van het verhuurde goed de rechten en verplichtingen des verhuurders van rechtswege op den kooper overgaan, even alsof deze onder algemeenen titel aan den verkooper opvolgde.[115]) De kooper-verhuurder volgde dus ook ten deze in het recht van den verkooper-verhuurder op en verkreeg dus reeds onmiddellijk het recht de ontbinding der huurovereenkomst te vragen wegens wanpraestatie. De verkooper-verhuurder verliest dus het recht ontbinding te vragen.

Maar zelfs al neemt men aan, dat het wilsrecht tot het vragen van ontbinding niet was overgegaan op den kooper, dan toch gaat het voor den verkooper verloren, omdat hij geen belang meer heeft bij de ontbinding der huurovereenkomst. Neemt men dit aan, dan zal de kooper-verhuurder eerst ontbinding

kunnen vragen, wanneer ook jegens hem wanpraestatie is ingetreden. Immer dan ontstaat voor hem persoonlijk het wilsrecht.

Wij voor ons achten, dat krachtens art. 1612 B. W. alle rechten en verplichtingen van den verkooper en dus ook het op ontbinding gerichte wilsrecht op den kooper overgaan en meenen dus, dat in het bovengegeven geval de eerste eischer wel degelijk een recht had op grond van wanpraestatie, zoo jegens zichzelven als tegenover zijn auteur ingetreden, om de ontbinding der huurovereenkomst te vorderen. [116])

Eigenaardig blijft in dit vonnis, dat de kantonrechter, die art. 1612 B. W. opvat als de Hooge Raad, toch meent dat uit dit artikel juist het omgekeerde moet volgen. Waarop hij deze meening grondt is niet duidelijk, tenzij men moet aannemen, dat hij het recht op ontbinding zuiver persoonlijk acht. Maar wilsrechten zijn niet noodwendig persoonlijk in dien zin, dat zij voor overgang onvatbaar zouden zijn. Alleen wanneer dit het geval ware, zou een kooper alleen kunnen ageeren tot ontbinding op grond van wanbetaling, tegenover hem persoonlijk ingetreden.

§ 7. HET OPENBAAR AANBOD.

Een aantal verschijnselen uit het rechtsverkeer van den nieuweren tijd werd onder bovenstaanden naam door POLDERMAN behandeld in zijn academisch proefschrift. [117]) Onder aanbod wordt in deze studie verstaan eene wilsverklaring, waaruit derden kunnen afleiden, dat het de bedoeling is van den handelenden persoon, zich te binden, welke verklaring inhoudt alle omstandigheden en vereischten, welke voor de tot stand te brengen overeenkomst noodzakelijk zijn en die gericht is tot hen, met wie de aanbieder de overeenkomst wil sluiten. Openbaar aanbod is dan ieder aanbod, waarbij de individualiteit van den toekomstigen contractant van geenerlei gewicht is. [118])

De opvatting door POLDERMAN verdedigd, is deze: De aanbieder zou geen verbintenis in het leven roepen, maar een toestand van gebondenheid; de verbintenis van den offerent ontstaat *na* (bedoeld zal wel zijn *door*) de acceptatie van hem, tot wien het aanbod gericht is. Het openbaar aanbod zou langs dezen weg te onderscheiden zijn eenerzijds van de verbintenisscheppende eenzijdige rechtshandeling en anderzijds van Contrahirungszwang. De eenzijdig verbintenisscheppende handeling schept zelfstandig eene verbintenis. Er wordt eene belofte gedaan, die eene volledige verbintenis schept, en waarbij de toekomstig recht-

hebbende wordt bepaald door de vervulling der bedingen, waaronder de belofte gesteld is. Onder Contrahirungszwang is te verstaan de van overheidswege opgelegde verplichting om eene bepaalde overeenkomst te sluiten, zooals wij die ten onzent kennen in art. 31, lid 1, der Spoorwegwet van 1875 en in art. 14 van de Telegraafwet van 1904.

De wet legt hier de verplichting op om, wanneer iemand uit het publiek aanbiedt eene overeenkomst aan te gaan, dit aanbod te accepteeren. Doet degene, op wien de Contrahirungszwang drukt, dit niet, dan begaat hij eene onrechtmatige daad, zoodat degene, die het aanbod deed, art. 1401 B. W. zal kunnen inroepen. Eene actie uit overeenkomst heeft hij in dit geval echter niet, omdat er alleen een aanbod is geweest, geen acceptatie en de overeenkomst dus niet is ontstaan. [119])

In den vorm, waarin Polderman tusschen de eenzijdig verbintenisscheppende handeling en Contrahirungszwang het openbaar aanbod plaatsen wil, meenen wij echter bezwaren te kunnen inbrengen. Allereerst schijnt het ons minder gelukkig toe, als vereischte voor het aanbod te stellen, dat de offerent de bedoeling moet hebben zich te verbinden. Ook voor Polderman, als aanhanger der vertrouwenstheorie bij de uitlegging van wilsverklaringen, zullen derden mogen afgaan op wat zij vernemen, en zal dus degene, die het aanbod accepteert, den aanbieder verbinden in gevallen, waarin deze wellicht niet de bedoeling gehad heeft, zich te verbinden. Niet de bedoeling van den offerent, maar de inhoud zijner wilsverklaring, uitgelegd naar de vertrouwenstheorie,

is beslissend. Maar dit nu daargelaten, dan blijft er een grooter bezwaar tegen de constructie van de gebondenheid van den aanbieder zelve. Vergelijkt men den koopman, die een bepaald artikel aanbiedt tegen een bepaalden prijs, met den eigenaar van een park, die daarin vrije wandeling toestaat. Den eersten acht men terecht na acceptatie tot praesteeren verplicht, den laatsten niet. Wat kan hiervan de reden zijn? O. i. moet men, om deze vraag te kunnen beantwoorden, letten op de positie van hen, tot wien het aanbod gericht is. De groote vraag ook in het praktische verkeer is, welke bevoegdheid krijgt degene, tot wien een aanbod is gericht. Daarop moet de volle nadruk gelegd worden. Niet de positie van den offerent, maar die van het publiek is de cardo quaestionis. En dan schijnt de meest logische opvatting van het aanbod deze te zijn: Ik geef door mijn aanbod, dengene, die dit accepteeren kan, het recht door eene enkele wilsverklaring mij te binden, te verplichten tot praestatie. Hij, die het aanbod doet, geeft daarmede te kennen, gebonden te willen worden door hem, die het aanbod accepteert. In het bovenstaande voorbeeld wordt de koopman geacht het publiek, voorzoover het kennis neemt van zijn aanbod, een recht te geven om door eene wilsverklaring hem te verbinden, de eigenaar van het park wordt geacht aan het publiek geenerlei recht te geven, maar alleen toe te staan, te dulden het betreden van zijn grond.

Deze opvatting is niet in strijd met de door Polderman verdedigde, maar veeleer te beschouwen als eene aanvulling, eene andere formuleering. Hij toch beziet de zaak van de zijde van den offerent, wij

van den kant van hem, tot wien het aanbod is gericht. De grief tegen de voorstelling van POLDERMAN is ten deze ook alleen, dat hij het beslissende punt aan de verkeerde zijde plaatst en van de andere zijde van de zaak niets weten wil. En juist alleen door uit te gaan van de positie van hem, die het aanbod ontvangt, is eene logische constructie mogelijk. POLDERMAN toch moet met zijne voorstelling noodzakelijkerwijze in moeilijkheden komen. Zoo merkt hijzelf terecht op, dat hij, waar hij aanneemt dat er bij een openbaar aanbod is eene gebondenheid aan dit aanbod gedurende een redelijken tijd, tot dezelfde praktische resultaten komt als de theorie, die in het aanbod zelve reeds een verbintenisscheppend feit ziet. [120]) Maar wat is dan het voordeel der onderscheiding tusschen het openbaar aanbod, die geen verbintenis zou scheppen, maar alleen een toestand van gebondenheid, en eene wilsverklaring, die een verbintenisscheppend feit is, wanneer toch ontstaan en gevolgen gelijk zijn?

Eene tweede moeilijkheid is deze: Wanneer ik eene wilsverklaring afleg met de bedoeling, mijzelven te binden, maar zóó, dat niemand eenig recht tegenover mij ontvangt vóór zijne acceptatie, dan moet daaruit consequent volgen, dat ik, mits nog maar niemand heeft geaccepteerd, de gelegenheid heb, mijzelven van die gebondenheid te bevrijden door eene nieuwe wilsverklaring. De logische grond voor het gebonden zijn gedurende een redelijken tijd aan zijn aanbod kan nooit liggen in den wil van den offerent, maar alleen in een verkregen recht van derden. Hij, die eene bindende offerte doet, heeft de bedoeling of wordt

krachtens de vertrouwenstheorie geacht de bedoeling te hebben, aan hen, die accepteeren kunnen een subjectief recht te verleenen, door welks uitoefening hij zal verbonden worden. Juist door deze zijde niet tot zijn recht te doen komen, wordt bij POLDERMAN het onderscheid tusschen het openbaar aanbod en de Contrahirungszwang ook onnoodig verzwakt. Bij de spoorwegmaatschappijen heeft men eene verplichting, opgelegd door de overheid, een werkelijk gebonden zijn, zonder dat er iemand is, die eenig recht heeft. Eerst door het doen van een aanbod, krijgt de reiziger het recht om acceptatie van dat aanbod te vorderen. Ook bij het openbaar aanbod zou er nu zijn eene gebondenheid zonder eenig recht van het publiek. Ware dan de meening niet eenvoudiger, dat er geen principieel verschil is tusschen deze twee gevallen? Men zou dan het openbaar aanbod kunnen construeeren als een geval van Contrahirungszwang niet van overheidswege, maar door den offerent zichzelven opgelegd. Bij de spoorwegmaatschappijen kan de verplichting ook weer door de Overheid weggenomen worden, bij het aanbod door den aanbieder.

Tusschen Contrahirungszwang en de eenzijdig verbintenisscheppende handeling is logisch geen gebondenheid krachtens eigen wilsverklaring aan te nemen, wanneer niet het beslissend moment wordt gezocht in het recht van derden. Het wilsrecht lost ook hier weer de moeilijkheden op. De constructie van het openbaar aanbod ging met vele moeilijkheden gepaard en wel omdat men zich geen verbintenis met onbepaalde personen kon denken. Crediteur wordt men of door overeenkomst of door wetsfeit (onrechtmatige

daad enz.) Bij het openbaar aanbod is er noch eene overeenkomst noch een wetsfeit. Een crediteursrecht kon het dus niet geven. Dit doet het dan ook niet, maar het schept een wilsrecht, de bevoegdheid om, door acceptatie van het aanbod, de overeenkomst in het leven te roepen.

Tot zooverre loopt onze beschouwing met die van POLDERMAN gelijk, waar wij eigenlijk zijn geheele betoog kunnen overnemen, mits de zaak steeds worde bezien uit het oogpunt van dengene, tot wien het aanbod is gericht. Een verschilpunt raken wij echter, wanneer wij meenen, dat het wilsrecht tot acceptatie ontstaat door de kennisneming van het aanbod, niet uit het aanbod alleen. [121]) Dit blijkt voldoende uit de feiten zelve van de publicatie van het aanbod. Men publiceert het aanbod door etaleeren aan hen, die voorbijgaand de etalage bezien, bij advertentie in een bepaald blad aan de lezers dier courant, bij strooibiljet of circulaire, huis aan huis bezorgd, aan alle bewoners van een bepaalde stad of een gedeelte daarvan enz. Bij het aanbod aan een bepaald persoon per brief acht POLDERMAN de offerte eerst voltooid bij ontvangst van het schrijven, daar de post op last van den offerent handelt. Vergelijkt men daarmede het etaleeren van waren. Is ook daar het aanbod niet eerst voltooid, wanneer het publiek ervan kennis neemt? Is bij adverteeren ook niet de drukker en verzender de lasthebber van den offerent? Is de automaat niet alleen eene wijze van uiting van het aanbod door den offerent, evenzeer als het geschreven of het gesproken woord? Er is dunkt ons geen enkele reden, in deze gevallen anders te beslissen. [122])

BESLUIT.

Wij sluiten met het openbaar aanbod de behandeling der bizondere wilsrechten en daarmede tegelijkertijd deze studie af. Voorzeker niet uit gebrek aan stof. Men zou nog talrijke wilsrechten kunnen bespreken. Denk slechts aan de rechten tot nietigverklaring of vernietiging uit ons Burgerlijk Wetboek, aan het optierecht, een der meest belangrijke rechten in het economische leven van onzen tijd, aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid, aan het recht om afstand te doen, aan de overeenkomst met een beding ten behoeve van een derde, aan de aanwijzing van den bevoordeelde bij het levensverzekeringscontract.

Volledig te zijn in de behandeling der wilsrechten hadden wij ons dan ook niet voorgesteld. Wij wilden alleen de aandacht vestigen op deze tot heden verwaarloosde rechten. Zouden er gevonden worden, die, na lezing van deze studie, zich geneigd gevoelden, de hier behandelde materie nader onder de oogen te zien, zoo zullen wij ons doel hebben bereikt, hetzij dan dat hun arbeid hen brengt tot bestrijding van de hier gegeven voorstelling, hetzij dat zij met ons de wilsrechtstheorie aanvaarden. Du choc des opinions jaillit la vérité.

AANTEEKENINGEN.

1) Men vergelijke hierover:
A. v. TUHR: Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band I § 1 pg. 54 noot 2 (in BINDING: Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft X, 1, I).
Dr. A. MERKEL: Juristische Encyklopädie.

2) Zie b.v. KRABBE: Die Lehre der Rechtssouveränität o.a. pg. 161, 162. „Darum ist es unrichtig zu sagen, dasz die als Rechtsorgane fungierenden Personen Recht *machen*; sie *bezeugen* blosz, was nach ihrer Anschauung Recht ist. Das Recht wird nicht gemacht, sondern bezeugt. Die Aussagen gelten kraft der Rechtsordnung als *Rechts*aussagen, und das aus diesen Zeugnissen hervorgegangene Recht verdankt seine Gewalt ausschlieszlich dem Umstande, dasz es Recht ist, nie den Personen, die zu seiner Feststellung mitwirkten."
Onder de Fransche auteurs zie men vooral:
LÉON DUGUIT: Traité de droit constitutionnel, die op pg. 17 schrijft: „L'homme vit en société et ne peut vivre qu'en société; la société ne subsiste que par la solidarité qui unit entre eux les individus qui la composent. Par conséquent une règle de conduite s'impose à l'homme social par la force même des choses, règle qui peut se formuler ainsi: ne rien faire qui porte atteinte à la solidarité sociale sous l'une de ses deux formes et faire tout ce qui est de nature à réaliser et à développer la solidarité sociale, mécanique et organique. Tout le droit objectif se résume en

cette formule et la loi positive pour être légitime devra être l'expression, le développement ou la mise en oeuvre de ce principe."

Cf nog CHARMONT: La renaissance du droit naturel.

Ook nog HAMAKER: Het recht en de maatschappij o.a pg. 114.

3) HEGEL: Philosophie des Rechts § 82 Zusatz.

4) IHERING: Geist des römischen Rechts III 3e Auflage pg. 318.

5) THON: Rechtsnorm und subjektives Recht pg. 1.

6) THON: t.a.p. pg. 1.

7) THON: t.a.p. pg. 3: „Begrifflich liegt doch in jedem Rechtssatze ein Imperativ, ein praeceptum legis, oder, wie wir heute zu sagen pflegen, eine Norm."

8) Cf. o.a. H. R. 28 Februari 1913 W. 9515.

9) „daarmee gelijkgestelde uitingen." Men vergelijke hiervoor art. 100 Sr., art. 3 Alg. Bep.

Zie H. R. 23 Februari 1906 W. 8341, H. R. 31 Oct. 1913, W. 9589 (over gewoon Koninklijk besluit) waarmede te vergelijken is H. R 16 Febr. 1914 W. 9630 en H. R. 14 April 1914 W. 9646 (ministerieele besluiten).

Over buitengewone wetgevers zie men v. TETS: Nederlandsche neutraliteitsproclamaties, Ac. Pr. Leiden 1909 pg. 180.

10) Dat in ASSER: Ned. Burg. Recht I pg. 1 nog steeds, met verwaarloozing van alle andere regelingen van de maatschappelijke samenleving, ook al is dit werk een handboek en niet eene wetenschappelijke studie, wordt gezegd: „Recht is *de* regeling der maatschappelijke samenleving,"

bewijst, hoe weinig de andere niet-rechtelijke regelingen de aandacht trekken.

11) Zie MERKEL: t.a.p. § 80.

12) O.a. COHN: Grundlegung der National-ökonomie pg. 85.

13) STAMMLER: Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung pg. 485 seqq.

14) STAMMLER: t.a.p. pg. 492 seqq., 498 seqq. „Recht ist die ihrem Sinne nach unverletzbar geltende Zwangregelung menschlichen Zusammenlebens."

15) WINDSCHEID: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9de druk, bewerkt door Dr. TH. KIPP I pg. 81, § 15 noot 5.

16) WINDSCHEID: t.a.p. pg. 83 letterlijk:
„Recht is nur diejenige ihrem Sinne nach unverletzlich gelten wollende Regel des Zusammenlebens, welche im allgemeinen Gehorsam findet und nur ausnahmsweise nicht."

17) In Kritische Vierteljahrschrift XLV pg. 226.

18) WINDSCHEID: t.a.p. pg. 83.

19) WINDSCHEID: t.a.p. pg. 83.

20) Men zie hierover THON: t.a.p., die op pg. 7 concludeert: „Der Zwang ist kein wesentlicher Bestandtheil im Begriffe des Rechts."
Zoo ook WINDSCHEID: t.a.p. pg. 164: „Dasz die Rechtsordnung dem Berechtigten auf sein Verlangen Zwangsmittel zur Durchsetzung der von ihr verliehenen Herrschaft gewähre, gehört zum Begriffe des Rechts nicht."
Vergelijk ook de bij WINDSCHEID genoemde schrijvers.

21) Ten aanzien van de gewoonte worde tweeërlei scherp onderscheiden.

In ons positieve recht wordt de vraag of de gewoonte recht geeft, beheerscht door de bepaling van art. 3 der wet van 15 Mei 1829 Stbl. No. 28: „Gewoonte geeft geen regt, dan alleen, wanneer de wet daarop verwijst."

De gewoonte geeft geen recht. Het rechtskarakter moet dus volgens het Nederlandsche recht aan de gewoonte qua talis worden ontzegd.

Wanneer nu de wet verwijst naar de gewoonte, (voorbeelden zie men in Asser's Handleiding I pg. 49) dan wordt volgens den gewoonteregel recht gesproken. Echter zal men dan toch moeilijk anders kunnen doen dan den desbetreffenden regel van de gewoonte het rechtskarakter toekennen op grond van het feit, dat de wet ernaar verwijst. In die gevallen is er dus positief recht. De gewoonte is dus niet in het algemeen rechtsbron, die door de eerste woorden van art. 3 der wet houdende Algemeene Bepalingen wordt uitgeschakeld, om in bepaalde gevallen krachtens het slot van dat artikel weer te worden toegelaten, maar de zaak staat zoo: Gewoonte is eene regeling van de maatschappelijke samenleving *naast* de rechtsorde. „Gewoonte geeft geen recht", maar waar de wet den gewoonteregel wil overnemen, wil verheffen tot rechtsregel, daar is dit mogelijk. 't Is dan echter toch altijd de wet, die het recht stelt, niet de gewoonte. In de gevallen, waarin de wet „op de gewoonte verwijst," zooals artikel 3 zegt, staat het geval niet zoo, dat nu de wettelijke regeling geheel ontbreekt, en de gewoonte geldt, voorzien van hare eigen kracht, maar zóó, dat de gewoonteregel wordt opgenomen in de wet, recht wordt en dus als recht gehandhaafd wordt.

De formuleering van art. 3 is dan ook in zooverre onjuist te achten, als zij spreekt over het geven van recht door de gewoonte. In werkelijkheid is er in die gevallen een rechtsregel, waarvan de inhoud niet in de wet te vinden is, maar waarvan de inhoud, krachtens de bepaling

der wet, gelijk zal zijn aan den inhoud van den voor die verhouding geldenden gewoonteregel.

Eene ruime plaats aan het gewoonterecht toekennen, zooals Mr. J. Kosters doet in zijne studie: „De plaats van gewoonte en volksovertuiging in het privaatrecht" kunnen wij dus niet. O.i. geeft de gewoonte geen recht. De gewoonte kan eene zelfstandige regeling van het maatschappelijke leven geven, en dit doet zij dan ook. Maar recht kan de gewoonte slechts worden door het overheidsbevel. In de praktijk geschiedt dit voor het privaatrecht op tweeërlei wijze. Of direct, doordat de Overheid krachtens haar gezag beveelt, dat in bepaalde gevallen tot recht zal worden verheven, wat gewoonte is, of indirect door de bepaling van art. 13 der wet houdende Algemeene Bepalingen. Hier wordt de gewoonteregel door 's rechters uitspraak rechtsregel.

Hiermede is tevens gezegd, dat wij het rechterlijk vonnis beschouwen als rechtsbron.

Van veel grooter belang is echter de vraag, of er sprake kan zijn van gewoonte*recht* voor andere wetgevingen en uit algemeen theoretisch oogpunt.

Windscheid (I § 15) spreekt van gewoonterecht als van het recht, dat, zonder door den Staat te zijn gegeven, feitelijk wordt geëerbiedigd. Zoomin bij Windscheid als bij andere schrijvers (zie voor uitvoerige literatuuropgave de verschillende noten bij Windscheid ad § 15) vindt men voldoende aannemelijk gemaakt, dat dat z.g. gewoonterecht werkelijk *recht* is.

Wanneer dan ook Windscheid zegt: „In der Uebung tritt hervor die Ueberzeugung der Uebenden, dasz das, was sie üben, Recht sei, und in dieser Ueberzeugung liegt der Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts," dan wagen wij het de juistheid hiervan te betwijfelen. Is het niet veelmeer zoo, dat bij het volgen eener gewoonte de algemeene overtuiging op den voorgrond treedt, dat die gewoonte billijk, ethisch goed is en dat in die over-

tuiging de bron ligt van de kracht van den gewoonteregel? Die kracht van den gewoonteregel is eene andere dan die van den rechtsregel; de sanctie is evenzeer verschillend. De gewoonte is eene regeling der maatschappelijke samenleving evenals het recht, maar eene regeling sui generis.

Zoo bezien wordt het gevoelen van SAVIGNY, PUCHTA e. a., als zou de gewoonte qua talis staan boven het wettenrecht, onhoudbaar en kan men het recht stellen boven de gewoonte zonder (zooals b.v. WINDSCHEID doet) zijne toevlucht te moeten nemen tot het argument, dat de gewoonte slechts is „der Ausdruck der Totalexistenz der Uebenden in ihrer zufälligen historischen Bestimmtheit, während das Gesetz auf bewuszter Abwägung der Gründe und bewuszter Erfassung der zu erreichenden Ziele beruht". (I § 15 noot 14).

Hoe zwak deze grond is, om het wettenrecht te verheffen boven het gewoonterecht, moge blijken door aanhaling zijner woorden „die letzte Quelle alles positiven Rechts ist die Vernunft der Völker. Mittelbar begründet sie Recht durch Vermittelung der Gesetzgebung. Unmittelbar begründet sie Recht eben auf den Wege der Uebung" (I § 15).

Vergelijkt men deze uitspraak met de hierboven aangehaalde, dan zou men veeleer geneigd zijn, de gewoonte als zijnde de onmiddellijke uiting van de laatste bron van het positieve recht, het rechtsbewustzijn van het geheel, de eereplaats te geven boven het wettenrecht, dat slechts middellijk wordt vastgesteld door enkelen.

Er zal dus ook in landen als Duitschland van gewoonte*recht* niet kunnen worden gesproken. Alleen kan er sprake zijn van eene grootere vrijheid van den rechter om de gewoonte te raadplegen en door zijn vonnis den gewoonteregel te verheffen tot rechtsregel.

22) Ter beoordeeling van verschillende definities van objectief recht, lette men ook op het volgende. Ieder land heeft zijn eigen nationaal objectief recht. Meerdere rechtsnormen, die ten onzent gelden, treft men in andere landen

niet aan. Blijkt daaruit niet onmiddellijk, dat men in de definitie van het objectieve recht steeds zal moeten aantreffen dit nationaliteitsbeginsel?

Om b.v. op HEGEL's definitie van recht terug te komen. Is er dan een algemeene, een wereldwil? Zoo ja, vanwaar dan het verschil tusschen het recht, dat hier te lande geldt en dat van Engeland?

Dit bezwaar wordt bij onze definitie ondervangen door opneming van het begrip „Overheid". Daarmede toch is onmiddellijk de begrenzing tot een bepaalden staat gegeven.

23) IHERING: t.a.p. III § 60, 61.

24) Zoo b.v. MICHOUD: Théorie de la personnalité morale 1e partie 1906 pg. 105: „l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre."

25) Zie over dit punt de literatuur, aangegeven bij WINDSCHEID: t.a.p. I pg. 157.

26) THON: t.a.p. pg. 219.

27) Volledig luidt de plaats: „Das subjective Recht wird durch die Verheiszung eventueller Ansprüche begründet; es besteht in der Aussicht auf solche. Oder genauer, es erwächst für den durch die Normen Geschützten aus der Bestimmung des objectiven Rechts, wonach ihm für den Fall der Uebertretung der ersteren behufs Verwirklichung des Gebotenen oder Wiederaufhebung des Verbotenen, ein Mittel, der Anspruch, gewährt wird."

En toch laat THON hierop onmiddellijk volgen: „Die hier versuchte Begriffsbestimmung des subjectiven Rechts . . ."

28) Over deze vragen zie men o. a. v. TUHR: t.a.p. pg. 58, 61 en de daar aangegeven literatuur.

29) Wij meenen dus tweeërlei soort betrekking te moeten onderscheiden. Aan iedere daad toch van den mensch ligt eene betrekking ten grondslag. Wanneer hij den bodem bearbeidt, een stuk vee slacht, doet hij dit krachtens de verhouding, waarin hij tot die zaak staat, als heerscher tegenover het beheerschte. Steeds is er eene feitelijke verhouding, waaraan de mensch de gelegenheid ontleent, zijne physieke vermogens op de zaak te doen inwerken. Dit is de betrekking van het souvereine individu tegenover de aan zijne souvereiniteit onderworpen stoffelijke natuur.

Van geheel anderen aard is de betrekking tusschen twee individuen onderling. Daar is eene verhouding van twee gelijkwaardige, immers beide op zichzelf beschouwd, souvereine individuen.

30) Voor de schijnbare uitzonderingen, waar het individu toch eene bevoegdheid schijnt te verkrijgen, zie men de leer der z.g. reflexwerkingen.

Cf. IHERING: Geist des röm. Rechts III § 61 en IHERING's Jahrbücher X 245.

31) Dit alles moge voor privaat- en strafrecht niet historisch te bewijzen zijn, het volkenrecht is ten deze meer demonstratief. Allereerst zien wij hier ontstaan eene begrenzing der souvereiniteitsgebieden en eerst later bij de toeneming van de onderlinge aanrakingspunten, bij de ontwikkeling eener statenmaatschappij, komt de erkenning van de feitelijke verhoudingen van samenbelanghebbenden te zijn en regeling der gemeenschappelijke belangen.

32) Men vergelijke in ASSER: t.a.p. II 5e druk, pg. 83 seqq. de daar onder *a* genoemde beperkingen van den eigendom.

33) Hierover vergelijke men SIMONS: Leerboek van het Nederlandsche strafrecht, deel I § 34 en 35 en de daar op pg. 178, 179 en 180, respectievelijk onder noten 5—7, 1 en 2 en 1—6 genoemde literatuur.

34) Door de regeling van dit tweeërlei standpunt ontstaat naast en boven de wereld der feitelijke dingen eene fictieve, de rechtsorde. Aan de eene zijde toch worden tal van daden, die het individu feitelijk kan doen, rechtens onmogelijk gemaakt, immers verboden, anderzijds worden tal van daden, die het individu eveneens feitelijk kan doen, gemaakt tot daden, die rechtens beteekenis hebben. Feitelijk is het individu nog even vrij, om onbeperkt zijn wilsbesluit in daden om te zetten, als wanneer er geen rechtsorde bestond, maar rechtens mag het zijn wil voortaan slechts doen gelden op een bepaald, beperkt gebied en bovendien zijn er nog een groot aantal daden, die het nog wel feitelijk, maar niet meer rechtens kan verrichten.

35) Als Duguit: Les transformations générales du droit privé pg. 1 seqq. het bestaan van het subjectieve recht bestrijdt, kampt hij tegen windmolens. In het absolute subjectieve recht, dat hem voor oogen staat, gelooft toch wel niemand meer. Zeker, de subjectieve rechten zijn even zoovele betuigingen van eerbied aan de souvereiniteit van het individu en die souvereiniteit is absoluut. Maar wat beduidt dit? Dat ieder mensch in zich draagt iets van eene hoogere orde, die den wetgever, zal hem de onmisbare steun van de bevolking niet ontvallen, heilig moet zijn. Of meent de Fransche geleerde meer succes te zullen hebben met de bewering, dat subjectieve rechten niet bestaan? In de stoffelijke wereld zijn ze zeker niet te vinden. Maar dat is toch geen bezwaar. De wereld van het recht valt niet noodzakelijk met de stoffelijke werkelijkheid samen; zij bestaat uit wat de wetgever als bestaande voorstelt. En aan de in dien zin opgevatte realiteit van de subjectieve rechten behoeft men niet te twijfelen. Men sla de wetboeken op; daar worden ze als door het recht erkende grootheden opgesomd.

36) Windscheid: t.a.p. I § 37.

37) Windscheid voelt zelf de moeilijkheid, wanneer hij

zegt: „Es hat jedoch die hier festgehaltene Definition des Rechts mit einer Schwierigkeit zu kämpfen. Dieselbe liegt in der Tatsache, dasz der Bestand der dem Rechte entsprechenden Willensunterworfenheit und somit des Rechtes selbst, unabhängig ist von dem realen Wollen des Berechtigten, von einer von ihm ausgehenden Willensäuszerung. Wer über ein fremdes Grundstück geht, verletzt das Recht des Eigentümers, obgleich der Eigentümer es ihm nicht verboten hat: wer seinen Gläubiger nicht zur rechten Zeit befriedigt, verletzt das Recht des Gläubigers obgleich der Gläubiger es ihm nicht verboten hat. Und ein Recht kann auch ein Willensunfähiger ohne Vertreter haben, ja, man kann ein Recht haben, ohne es zu wissen."

Op verschillende wijzen zocht WINDSCHEID voor deze moeilijkheid eene oplossing. Het laatst in de door THON aangegeven richting; o.i. echter zonder te slagen.

Zie verder WINDSCHEID: t.a.p. pg. 158—163 en de daar opgegeven literatuur.

Maar zelfs bij de uitoefening van het subjectieve recht zij men voorzichtig met het als vereischte stellen van het wilselement in feitelijken zin. Veelmeer schijnt ook daar de juiste opvatting deze te zijn, dat de rechtssubjecten door het recht als willende wezens worden gedacht. (Men vergelijke art. 1 der wet h. Alg. Bep.) behoudens bizondere beschermende bepalingen bij rechtshandelingen (cf. art. 1483 B. W.)

38) SECKEL: „Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts" in Festgabe für Koch 1908, pg. 211.

„Jedes (private) Gestaltungsrecht musz den begrifflichen Allgemeinerfordernissen des subjektiven Privatrechts genügen. Danach sind keine Gestaltungsrechte das „Recht" Offerten zu machen, Stiftungen zu gründen, Verfügungen von Todes wegen zu errichten, durch Vertrag einem Dritten unmittelbar ein Forderungsrecht zu verschaffen usw. Denn was jeder kann, ist nicht konkrete Macht; jedes subjektive Recht ist ein Vor-recht, ein mehreres gegenüber dem, was alle

niet aan. Blijkt daaruit niet onmiddellijk, dat men in de definitie van het objectieve recht steeds zal moeten aantreffen dit nationaliteitsbeginsel?

Om b.v. op HEGEL's definitie van recht terug te komen. Is er dan een algemeene, een wereldwil? Zoo ja, vanwaar dan het verschil tusschen het recht, dat hier te lande geldt en dat van Engeland?

Dit bezwaar wordt bij onze definitie ondervangen door opneming van het begrip „Overheid". Daarmede toch is onmiddellijk de begrenzing tot een bepaalden staat gegeven.

23) IHERING: t.a.p. III § 60, 61.

24) Zoo b.v. MICHOUD: Théorie de la personnalité morale 1e partie 1906 pg. 105: „l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre."

25) Zie over dit punt de literatuur, aangegeven bij WINDSCHEID: t.a.p. I pg. 157.

26) THON: t.a.p. pg. 219.

27) Volledig luidt de plaats: „Das subjective Recht wird durch die Verheiszung eventueller Ansprüche begründet; es besteht in der Aussicht auf solche. Oder genauer, es erwächst für den durch die Normen Geschützten aus der Bestimmung des objectiven Rechts, wonach ihm für den Fall der Uebertretung der ersteren behufs Verwirklichung des Gebotenen oder Wiederaufhebung des Verbotenen, ein Mittel, der Anspruch, gewährt wird."

En toch laat THON hierop onmiddellijk volgen: „Die hier versuchte Begriffsbestimmung des subjectiven Rechts..."

28) Over deze vragen zie men o. a. v. TUHR: t.a.p. pg. 58, 61 en de daar aangegeven literatuur.

29) Wij meenen dus tweeërlei soort betrekking te moeten onderscheiden. Aan iedere daad toch van den mensch ligt eene betrekking ten grondslag. Wanneer hij den bodem bearbeidt, een stuk vee slacht, doet hij dit krachtens de verhouding, waarin hij tot die zaak staat, als heerscher tegenover het beheerschte. Steeds is er eene feitelijke verhouding, waaraan de mensch de gelegenheid ontleent, zijne physieke vermogens op de zaak te doen inwerken. Dit is de betrekking van het souvereine individu tegenover de aan zijne souvereiniteit onderworpen stoffelijke natuur.

Van geheel anderen aard is de betrekking tusschen twee individuen onderling. Daar is eene verhouding van twee gelijkwaardige, immers beide op zichzelf beschouwd, souvereine individuen.

30) Voor de schijnbare uitzonderingen, waar het individu toch eene bevoegdheid schijnt te verkrijgen, zie men de leer der z.g. reflexwerkingen.

Cf. IHERING: Geist des röm. Rechts III § 61 en IHERING's Jahrbücher X 245.

31) Dit alles moge voor privaat- en strafrecht niet historisch te bewijzen zijn, het volkenrecht is ten deze meer demonstratief. Allereerst zien wij hier ontstaan eene begrenzing der souvereiniteitsgebieden en eerst later bij de toeneming van de onderlinge aanrakingspunten, bij de ontwikkeling eener statenmaatschappij, komt de erkenning van de feitelijke verhoudingen van samenbelanghebbenden te zijn en regeling der gemeenschappelijke belangen.

32) Men vergelijke in ASSER: t.a.p. II 5e druk, pg. 83 seqq. de daar onder *a* genoemde beperkingen van den eigendom.

33) Hierover vergelijke men SIMONS: Leerboek van het Nederlandsche strafrecht, deel I § 34 en 35 en de daar op pg. 178, 179 en 180, respectievelijk onder noten 5—7, 1 en 2 en 1—6 genoemde literatuur.

34) Door de regeling van dit tweeërlei standpunt ontstaat naast en boven de wereld der feitelijke dingen eene fictieve, de rechtsorde. Aan de eene zijde toch worden tal van daden, die het individu feitelijk kan doen, rechtens onmogelijk gemaakt, immers verboden, anderzijds worden tal van daden, die het individu eveneens feitelijk kan doen, gemaakt tot daden, die rechtens beteekenis hebben. Feitelijk is het individu nog even vrij, om onbeperkt zijn wilsbesluit in daden om te zetten, als wanneer er geen rechtsorde bestond, maar rechtens mag het zijn wil voortaan slechts doen gelden op een bepaald, beperkt gebied en bovendien zijn er nog een groot aantal daden, die het nog wel feitelijk, maar niet meer rechtens kan verrichten.

35) Als Duguit: Les transformations générales du droit privé pg. 1 seqq. het bestaan van het subjectieve recht bestrijdt, kampt hij tegen windmolens. In het absolute subjectieve recht, dat hem voor oogen staat, gelooft toch wel niemand meer. Zeker, de subjectieve rechten zijn even zoovele betuigingen van eerbied aan de souvereiniteit van het individu en die souvereiniteit is absoluut. Maar wat beduidt dit? Dat ieder mensch in zich draagt iets van eene hoogere orde, die den wetgever, zal hem de onmisbare steun van de bevolking niet ontvallen, heilig moet zijn. Of meent de Fransche geleerde meer succes te zullen hebben met de bewering, dat subjectieve rechten niet bestaan? In de stoffelijke wereld zijn ze zeker niet te vinden. Maar dat is toch geen bezwaar. De wereld van het recht valt niet noodzakelijk met de stoffelijke werkelijkheid samen; zij bestaat uit wat de wetgever als bestaande voorstelt. En aan de in dien zin opgevatte realiteit van de subjectieve rechten behoeft men niet te twijfelen. Men sla de wetboeken op; daar worden ze als door het recht erkende grootheden opgesomd.

36) Windscheid: t.a.p. I § 37.

37) Windscheid voelt zelf de moeilijkheid, wanneer hij

zegt: „Es hat jedoch die hier festgehaltene Definition des Rechts mit einer Schwierigkeit zu kämpfen. Dieselbe liegt in der Tatsache, dasz der Bestand der dem Rechte entsprechenden Willensunterworfenheit und somit des Rechtes selbst, unabhängig ist von dem realen Wollen des Berechtigten, von einer von ihm ausgehenden Willensäuszerung. Wer über ein fremdes Grundstück geht, verletzt das Recht des Eigentümers, obgleich der Eigentümer es ihm nicht verboten hat: wer seinen Gläubiger nicht zur rechten Zeit befriedigt, verletzt das Recht des Gläubigers obgleich der Gläubiger es ihm nicht verboten hat. Und ein Recht kann auch ein Willensunfähiger ohne Vertreter haben, ja, man kann ein Recht haben, ohne es zu wissen."

Op verschillende wijzen zocht WINDSCHEID voor deze moeilijkheid eene oplossing. Het laatst in de door THON aangegeven richting; o.i. echter zonder te slagen.

Zie verder WINDSCHEID: t.a.p. pg. 158—163 en de daar opgegeven literatuur.

Maar zelfs bij de uitoefening van het subjectieve recht zij men voorzichtig met het als vereischte stellen van het wilselement in feitelijken zin. Veelmeer schijnt ook daar de juiste opvatting deze te zijn, dat de rechtssubjecten door het recht als willende wezens worden gedacht. (Men vergelijke art. 1 der wet h. Alg. Bep.) behoudens bizondere beschermende bepalingen bij rechtshandelingen (cf. art. 1483 B. W.)

38) SECKEL: „Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts" in Festgabe für Koch 1908, pg. 211.

„Jedes (private) Gestaltungsrecht musz den begrifflichen Allgemeinerfordernissen des subjektiven Privatrechts genügen. Danach sind keine Gestaltungsrechte das „Recht" Offerten zu machen, Stiftungen zu gründen, Verfügungen von Todes wegen zu errichten, durch Vertrag einem Dritten unmittelbar ein Forderungsrecht zu verschaffen usw. Denn was jeder kann, ist nicht konkrete Macht; jedes subjektive Recht ist ein Vor-recht, ein mehreres gegenüber dem, was alle

oder viele können, eine Macht, die den andern nicht zusteht."

39) v. Tuhr t.a.p. pg. 160—161.
„Ueberblicken wir, was zu dieser Kategorie von Rechten gezählt werden kann, so sind zunächst auszuscheiden die Voraussetzungen rechtlichen Könnens, welche in der persönlichen Beschaffenheit des Subjekts liegen z.B. Alter, geistige Gesundheit etc; dasz ein volljähriger, geistesgesunder Mensch Rechtsgeschäfte vornehmen und damit auf den Rechtszustand einwirken kann, wird nicht als subjektives Recht aufgefaszt, weil diese Möglichkeit ohne weiteres allen Menschen derselben Kategorie zusteht, sondern als rechtliche Eigenschaft oder Fähigkeit. Die Fähigkeit, Rechte zu begründen (z.B. Geschäftsfähigkeit, speziell Testierfähigkeit, Wechselfähigkeit, etc.) ist Voraussetzung für den Erwerb von Rechten und selbst so wenig ein Recht, wie die zum Erwerb nicht minder notwendige Fähigkeit, Rechte zu haben (allgemeine resp. spezielle Rechtsfähigkeit). Diese Fähigkeiten werden vom Gesetz verliehen und können durch Rechtsgeschäft weder begründet noch aufgehoben werden."

40) Seckel: t.a.p. pg. 206. „Vielleicht treten auch die noch umstrittenen Persönlichkeitsrechte hinzu, von denen freilich mindestens ein Teil mit dem Namen eines bloszen Rechtsgutes sich wird bescheiden müssen."

41) Algemeen en bizonder in den zin, waarin wij deze woorden hier gebruikt hebben (zie pg. 28). Daargelaten wordt, of deze verdeeling praktisch van veel belang zal zijn.

42) v. Tuhr: t.a.p. pg. 61.

43) Zie nog het voorbeeld dat Enneccerus: (Kipp und Wolff Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, 1. Allgemeiner Teil 1911 6de—8ste druk) pg. 172 geeft:
Eene verdeeling naar het object scheidt de vorderings-

rechten af van het zakenrecht en vereenigt ze met het familierecht.

44) Zie Asser II 5de druk pg. 301.
„En eindelijk zijn ook in de rechten van herbergier en vervoerder nog zakelijke elementen aan te wijzen."
Zie voorts de uitvoeriger bespreking op pg. 323—325.

45) Vaagheid in dezen zin. 't Is niet uit te maken, wat bedoeld wordt met de deels absolute, deels relatieve elementen van een enkelvoudig recht. Het enkelvoudige recht blijkt te bestaan uit meerdere elementen. Maar wat zijn dan die elementen? Rechten kunnen het volgens de oude beschouwing niet zijn. Immers, als men die elementen samenvoegt, vormen zij tezamen een enkelvoudig recht.
Een aardig voorbeeld van een samengesteld recht vindt men in de auteurswet. In de Memorie van Antwoord bij de behandeling in de 2de Kamer vindt men het volgende: Ten aanzien van de onderscheiding tusschen geheele en gedeeltelijke overdracht moge ter verduidelijking er aan worden herinnerd, dat het auteursrecht, al naar den verschillenden aard van het object, verschillende bevoegdheden in zich vervat. Zoo zal het auteursrecht op een boek bevatten het uitsluitend recht om het uit te geven in de oorspronkelijke taal en het uitsluitend vertalingsrecht; het auteursrecht op een tooneelstuk bovendien het uitsluitend opvoeringsrecht in het oorspronkelijke en in vreemde talen; het auteursrecht op eene schilderij het uitsluitend recht om gravures, etsen, fotografieën enz. enz. er van uit te geven, en het uitsluitend recht om de schilderij publiek ten toon te stellen, anders dan met het oogmerk van verkoop; steeds is „het" auteursrecht de totaliteit der bevoegdheden, welke, in verband met de uitwerking, door het ontwerp in de artikelen 12, 13 en 14 gegeven, het openbaar maken en het verveelvoudigen van het werk betreffen.
Na het bovenstaande zal het, naar vertrouwd wordt, duidelijk zijn, dat gedeeltelijke overdracht is de overdracht,

niet van de totaliteit der bevoegdheden, die het auteursrecht uitmaken, doch van eene of meer op zich zelf staande, b.v. van het uitsluitend opvoeringsrecht van een tooneelstuk. Deze overdracht is iets gansch anders dan het verleenen van vergunning, om het stuk op te voeren. Die vergunning zou de schrijver daarna nog aan vele andere tooneelgezelschappen kunnen verleenen. Maar heeft een gezelschap het opvoeringsrecht verkregen, is werkelijk een gedeelte van het auteursrecht overgedragen, dan is het gezelschap voortaan uitsluitend bevoegd op te voeren, en kan dus de schrijver niet meer aan andere gezelschappen vergunning verleenen. Evenzoo is het gesteld met alle andere wijzen van openbaarmaking en verveelvoudiging van werken van letterkunde, wetenschap en kunst."

46) Zitelmann: Intern. Privatrecht II, 1, 1898.

47) Hellwig: Anspruch und Klagrecht 1900, Rechtskraft 1901, en Lehrbuch des Ziv. Proz. Recht I 1908.

48) Seckel: t.a.p. pg. 207—208.

49) v. Tuhr: t.a.p. pag. 160.

50) Seckel: t.a.p. pg. 205.

51) Het schijnt ons van belang, hier er even op te wijzen, dat de rechtsorde niet maar een bloot mechanisch spiegelbeeld is van de wereld der feitelijke dingen.

In deze laatste toch blijft als logische eisch gelden, dat aan iedere daad anterieur zij eene relatie. (Vergelijk hierboven aanteekening 29).

Wanneer nu de wetgever wenscht te erkennen de bevoegdheid van het individu, om binnen een bepaald gebied zijne souvereiniteit te doen gelden, dan erkent het recht de feitelijke relatie, brengt die over in de rechtsorde, maakt ze door zijne erkenning tot eene rechtsverhouding en

doet daaruit al dan niet onder zekere voorwaarden het recht opkomen, om bepaalde handelingen te verrichten.

Zoo is om de feitelijke, economische en sociale verhouding tusschen een subject en een object, die eigendom genoemd wordt, te maken tot eene rechtsverhouding, noodig de erkenning ervan door het recht.

En zooals uit de feitelijke verhouding ontstaat de feitelijke gelegenheid, om op het object in te werken, zoo kan het recht uit de rechtsverhouding doen ontstaan de bevoegdheid, om rechtens op het object in te werken. Hier loopen feiten en fictie volkomen parallel. In de wereld der feiten: een mensch, eene zaak, eene feitelijke verhouding en eene daad, in de fictieve wereld, de rechtsorde: een subject, een object, eene rechtsverhouding en de uitoefening van eene bevoegdheid.

Dit is (zooals wij boven zagen) het meest normale geval van het subjectieve recht. Men lette echter op het volgende: Het objectieve recht regelt het maatschappelijke leven met het doel, die samenleving mogelijk te maken, m a. w. het regelt, waar regeling noodzakelijk is, waar het regeling noodig acht. Verder gaat het recht niet. De mogelijkheid blijft dus, dat het recht eene bepaalde betrekking, eene bepaalde daad buiten zijn gebied liggen laat. Zoo is de bevoegdheid, om in eigen huis al dan niet op een bepaald uur te eten, rechtens van geen belang. Hier is dus eene daad, die verricht kan worden, die een feitelijk bestaan kan hebben, maar die niet bestaat in de fictieve wereld, die het recht schept, in de rechtsorde. Dergelijke handelingen kunnen echter wel door het recht geregeld worden. Zoo b. v. het licht branden in particuliere huizen na een bepaald uur, wat in verband met oorlogsgevaren juist in den laatsten tijd wel eens verboden werd. Zoo is in vroeger tijden de feitelijke betrekking tusschen vader en natuurlijk kind rechtens van geen beteekenis geweest, terwijl zij nu krachtens art. 344*a* B. W. ook in de rechtsorde bestaat, eene rechtsbetrekking is. (Men vergelijke 342 B. W. oud: „Het onderzoek naar het vaderschap is verboden" met

art. 344*a* B. W., lid 1, dat nu zegt: „De vader van een natuurlijk kind, dat niet door hem erkend is, is verplicht, door eene uitkeering, in het onderhoud en de opvoeding van het kind gedurende de minderjarigheid te voorzien").

Aan den anderen kant kan het recht betrekkingen scheppen, die niet correspondeeren met feitelijke betrekkingen, hun in rechte eene andere beteekenis geven, dan ze in het feitelijke leven hebben. Zoo is de reëele, de feitelijke betrekking tusschen den vader en het natuurlijk kind, geheel gelijk aan die tusschen den vader en het wettige kind, terwijl dit tweetal betrekkingen in rechte nog van zeer verschillenden aard zijn. Evenzoo kan het gaan met de handelingen van het individu. Het schrijven van eenige woorden door een schuldeischer op eene schuldbekentenis, zonder dat daarmede eenig feitelijk gevolg voor de verhouding tusschen schuldeischer en schuldenaar is teweeggebracht, zal onder de voorwaarden van art. 1920 B. W. wel verandering brengen in den rechtstoestand. Met die verandering in den rechtstoestand zal dan krachtens het bevel van het recht correspondeeren eene verandering in de wereld der feiten. Het uitspreken van eene wilsverklaring heeft in feitelijken zin geen gevolg. Zede en gewoonte eischen, dat op de wilsverklaring volge de daad. Het recht maakt door zijn regel de wilsverklaring tot eene verklaring, die rechtens beteekenis heeft, doet door de feitelijke wilsverklaring verandering ontstaan in de rechtsorde en eischt dan weer, dat de feiten zullen overeenstemmen met den door hem gefingeerden toestand.

52) Dit „alleen" behoeft wel geen nadere verklaring. Elke daad des menschen valt op het terrein der feitelijke dingen, openbaart zich daar. Hier gaat 't echter over de daad van den mensch, zooals het recht die ziet. En dan heeft b.v. eene wilsverklaring geen beteekenis voor de feitelijke verhoudingen, maar alleen voor het recht.

53) Zie over eigenrichting het academisch proefschrift van Mr. F. v. Leer: Het verbod van eigenrichting (Amsterdam 1909). Aan deze studie ontleenen wij in hoofdzaak ook de omschrijving van eigenrichting. Vergelijk ook Windscheid t.a.p. I § 123.

54) Zie Crome: System I 1900. Bekker: Pandekten I § 18.

55) Enneccerus: t.a.p. pg. 161. Deze auteur verdedigt het opnemen in de rij der Gestaltungsrechte van de rechten op verkrijging zonder eigen toedoen. Wij voor ons meenen, dat in deze gevallen juist het rechtskarakter ontbreekt. Er is hier geen subjectief recht, geen bevoegdheid daden te verrichten, die rechtens van beteekenis zijn. Trouwens ook Enneccerus zelve kan naar onze meening, hier niet een subjectief recht erkennen. Hij zelf toch definieert het subjectieve recht als de door de rechtsorde verleende, tot bevrediging van menschelijke belangen dienende macht (pg. 159). Het subjectieve recht is voor hem eene macht, die het objectieve recht aan het individu verleent. En hier is van macht geen sprake (pg. 156).

56) Seckel: t.a.p. pg. 210. Cf. ook Windscheid: t.a.p. I pg. 155—156.

57) Seckel: t.a.p. pg. 208. „Allen hier interressierenden Rechten ist ein Doppeltes gemeinsam. Einmal, dasz sie durch private rechtsgeschäftliche Erklärung, sei es mit, sei es ohne Hinzureten eines Staatsakts, ausgeübt werden. Sodann, dasz ihr Inhalt nicht ist eine präsente, unmittelbare Herrschaft über ein Objekt, über Person oder Sache, über Sondergut oder Immaterialgut, sondern vielmehr die Macht eines der Herrschaftsrechte oder eine sonstige Rechtsbeziehung einseitig zu begründen, aufzuheben oder zu ändern, mit einem Worte, zu gestalten."

58) Seckel: t.a.p. pg. 207. Op pg. 208 heet het onmid-

dellijk na het noemen der twee kenmerken: „Der Typus dieser Rechte ist von dem aller übrigen Rechte grundverschieden."

59) Zie WINDSCHEID: t.a.p. pg. 155—156.

60) v. TUHR: t.a.p. pg. 159 seqq.

61) v. TUHR: t.a.p. pg. 133 seqq.

62) v. TUHR: t.a.p. § 6 en § 7. Ter vergelijking geven wij hier den aanvang van § 6 naast dien van § 7.

§ 6. Ein subjektives Recht liegt vor, wenn der Wille eines Menschen für eine rechtliche Wirkung maszgebend ist. Die wichtigsten rechtlichen Wirkungen stellen sich als Beherrschung eines Objekts dar."

§ 7. Mit der im § 6 durchgeführten Einteilung der Rechte nach ihren Objekten sind zwar die fundamentalen Arten der subjektiven Rechte aufgezählt, aber der Kreis dessen nicht erschöpft, was in der Sprache des Lebens und zum Teil auch des Gesetzes mit dem Namen Recht bezeichnet wird. Wenn subjektives Recht eine vom Gesetze anerkannte Willensmacht ist, so kann sie auch darin bestehen, dasz jemand auf ein ihm oder einem anderen zustehendes Herrschaftsrecht (Eigentum, Forderung etc.) oder ein Rechtsverhältnis einzuwirken vermag, es begründen, aufheben, abändern kann."

63) Zie SECKELS bestrijding t.a.p. pg. 209—210 die van JELLINEK aanhaalt: „Jedes subjektive Privatrecht enthält notwendig ein Dürfen und ebenso notwendig ein Können in sich" en ook nog: „Niemals ist ein Dürfen ohne ein Können möglich."

64) v. TUHR: t.a.p. pg. 160. „Jedenfalls ist die Willensmacht, welche dem Subjekt durch solche selbstständige oder unselbständige Befugnisse gewährt wird, inhaltlich durchaus ver-

schieden von der Macht, die ihm vermöge der oben betrachteten Rechte an Objekten zusteht; dort darf der Berechtigte eine Sache ausschlieszlich beherrschen, von einem Menschen etwas verlangen und somit auf die tatsächliche Gestaltung des Lebens einwirken, hier kann er durch seinen Willen Rechte oder Rechtsverhältnisse schaffen, aufheben, ändern, d. h. auf die Gestaltung der Rechtslage einwirken."

65) Seckel: t.a.p. pg. 211—212.

66) v. Tuhr: t.a.p. pg. 161.

67) Seckel: t.a.p. pg. 216.

68) Thon: t.a.p. pg. 325 seqq.

69) Thon: t.a.p. pg. 326.

70) Thon: t.a.p. pg. 327.

71) Thon: t.a.p. pg. 328.

72) Dit geschiedt echter nog telkens weer. Zie b.v. v. Tuhr: t.a.p. pg. 160.

73) Thon: t.a.p. pg. 335. „So haben sie doch eine (und wie ich annehme eine selbstständige) Existenz."

74) Thon: t.a.p. pg. 336.

75) Thon: t.a.p. pg. 342.

76) Thon: t.a.p. pg. 218.

77) Thon: t.a.p. pg. 338—339.

78) Thon: t.a.p. pg. 343.

79) Seckel: t.a.p. pg. 208.

80) Men zie Windscheid: t.a.p. I § 47 noot 1 en de daar aangehaalde literatuur.
Ook v. Boneval Faure: Ned. Burg. Procesr. I pg. 310 seqq.

81) v. Boneval Faure: t.a.p. I pg. 319.
Zie ook Merkel: t.a.p. § 834.

82) v. Boneval Faure: t.a.p. I pg. 319.

83) Helder is de uiteenzetting van Enneccerus: t.a.p. pg. 562.
Exceptie in processueelen zin is de bewering van daadzaken, die de door den eischer gestelde feiten niet bestrijden, maar de veroordeeling van den verweerder uitsluiten.
Ze zijn dan:
1 rechtsontkennende.
2 de exceptie in materieelen zin, het beroep op een eigen recht, dat het recht van den eischer werkeloos maakt.
Zie ook v. Tuhr: t.a.p. pg. 289.

84) v. Tuhr: t.a.p. pg. 288.
Eenigszins ruimer Windscheid: t.a.p. pg. 202—203, die niet van praestatie spreekt, maar van doorvoering van een recht.
Hellwig: Anspruch und Klagrecht pg. 8. Exceptie is het recht, eene verschuldigde praestatie te weigeren.
Zitelmann: Intern. Privatr. II 245 „het recht, dat het recht van den eischer opheft of hindert.

85) Windscheid: t.a.p. § 48 erkent dat ook uitdrukkelijk: „die Hemmung eines Anspruchs kann durch einen ihr entgegenstehenden Umstand in derselben Weise ausgeschlossen werden, wie der Anspruch selbst durch die Einrede ausgeschlossen wird."

Wat Windscheid over de Gegeneinrede zegt, is in een woord samengevat: „Al wat van de Einrede is gezegd, geldt ook hier."

86) Cf. ook v. Tuhr: t.a.p. pg. 297, Dr. J. Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I pg. 190.

87) Kohler: t.a.p. I § 64.

88) Seckel: t.a.p. pg. 216.

89) Zie in dezen zin:
Lenel: Ursprung und Wirkung der Exceptionen 1876.
Fischer in zijn en Bekkers Beiträge Heft 6 § 9.
Windscheid: t.a.p. 8ste druk.
Hölder: Institutionen des Röm. Rechts pg. 51 seqq.

90) Vergelijk v. Tuhr: t.a.p. pg. 290—291.

91) Denk b.v. aan onze eerstejaars studenten, die gewoonlijk minderjarig zijn.
Cf. Leonhard: Irrtum.
Hellwig meent, in overeenstemming met de Motive zum d. B. G. B. II pg. 831 dat hij, die van zijne exceptie gebruik maakt, het recht van de tegenpartij opheft, zoodat, na de inroeping der exceptie, het is alsof de vordering rechtens nooit bestaan heeft (Anspruch und Klagrecht § 2).
Daartegenover houden vele anderen vol, dat aan de peremptoire exceptie die kracht niet toekomt. Volgens hen wordt door de uitoefening van het exceptieve recht de vordering slechts gestuit. De aangesprokene is niet verplicht te doen, wat van hem is geëischt. Eene ingestelde actie wordt ontzegd, maar het recht van den eischer blijft. (Zie b.v. Enneccerus: t.a.p pg. 565.)
Het geschil ten deze is van zuiver theoretischen aard. Wanneer b.v. A zich tegen B heeft beroepen op de exceptie van verjaring buiten proces en B stelt daarna eene actie tegen

A in, dan zal volgens Hellwig A in het proces zich moeten beroepen op het feit, dat hij buiten proces van zijn exceptief recht heeft gebruik gemaakt en dus B's recht niet meer bestaat. Volgens de andere opvatting zal de vordering van B worden toegewezen, tenzij A in het proces tot afwering van *die* vordering zich op zijne exceptie beroept.

Voor de betwistingsrechten is Hellwig's meening, zooals wij boven zagen, de juiste; voor de excepties in engen zin schijnt ons echter noch in de wettelijke bepalingen, noch in het begrip exceptie eenige grond aanwezig voor Hellwig's meening. De andere constructie schijnt juister, b.v. wanneer men denkt aan het geval, dat A zich eerst op verjaring beroept, maar later op grond van ethische motieven zich niet meer van deze exceptie wenscht te bedienen. A voldoet nu vrijwillig, wat van hem was geëischt. Is dit dan volgens Hellwig eene onverschuldigde betaling of eene schenking?

Wij achten hier integendeel eene gewone betaling aanwezig en een afstand van het exceptieve recht.

92) Het verschil tusschen betwisting en exceptie blijkt ook in het proces, al worden beide genoemd exceptie.

Stel het geval dat B tegen eene vordering van A zoowel de exceptie van verjaring als de z.g. exceptie van dwaling zou kunnen aanvoeren. Dan is toch de bedoeling van de exceptie van verjaring deze: De gestelde feiten erkennen wij, en ook het recht, dat A op grond daarvan beweert te hebben, maar daarnaast stellen wij feiten, die ons een eigen recht geven, dat wel uw recht niet doet tenietgaan, maar dat toch uitoefening van uw recht belet. De exceptie van dwaling zegt: De gestelde feiten erkennen wij, ook het recht, dat eischer daaraan ontleent, maar door de feiten, die wij stellen, krijgen wij het recht, des eischers recht te vernietigen. Bij verjaring staat recht tegenover recht en blijven deze beide bestaan, bij dwaling wijst het exceptieve recht de wondeplek van des eischers recht aan, zoodat dit te gronde gaat.

93) Zie Enneccerus: t.a.p. pg. 563.
Windscheid: t.a.p. pg. 208 en 212—214.
v. Tuhr: t.a.p. pg. 292—293.

94) Cf. v. Tuhr: t.a.p. pg. 293.

95) Cf. Kipp: in Festgabe für Koch pg. 134—135.

96) Zoo bv. Enneccerus: t.a.p. I pg. 561. v. Tuhr: t.a.p. I pg. 298—299.

97) Zie over dit geval v. Tuhr: t.a.p. pg. 299—300.
Enneccerus: t.a.p. pg. 561.
Friedenthal: Einwending und Einrede 1898 pg. 42.
Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts 1 § 36.

98) Stel b.v. het geval dat B door verjaring eigenaar geworden is van A's onroerend goed. Na eenige jaren verlaat B het goed. Dit wordt nu niet toegewezen aan den staat, maar A herneemt als eigenaar zijn recht. (Cf. 576 B. W.).

99) Naast art. 671 B. W. is te stellen art. 309 W. v. K.: Schepen zijn roerende goederen.

Echter kan de levering van zeeschepen, hetzij geheel of bij gedeelten, niet anders geschieden dan bij akte, overgeschreven in de daartoe bijzonderlijk bestemde openbare registers.

Vgl. ook art. 38, lid 1 en 3, van de Octrooiwet: Overdracht van het octrooi, alsmede van het recht, voortvloeiende uit eene octrooiaanvrage, geschiedt bij eene acte, houdende verklaring van den rechthebbende, dat hij het octrooi, of wel het recht, uit de octrooiaanvrage voortvloeiende, op den verkrijger overdraagt, en van dezen, dat hij deze overdracht aanneemt.

De overdracht werkt tegenover derden eerst, wanneer de acte in de openbare registers van den Octrooiraad is

ingeschreven. Tot het doen verrichten van deze inschrijving zijn beide partijen gelijkelijk bevoegd.

100) Voor een historisch overzicht zie men SCHOLTEN in ASSER's Handleiding II, 5de druk, pg. 119 seqq., en vergelijke men de daar aangehaalde werken.

101) HAMAKER: Verspreide Geschriften II, pg. 72 seqq.

102) SCHOLTEN: in ASSER t.a.p. II, 5de druk, pg. 123.

103) LAND: II pg. 57. Men vergelijke ook H. R. 14 Mei 1875 W. 3853, Hof Arnhem 3 Nov. 1897 W. 7054, Rb. Leeuwarden 17 Nov. 1909 W. 9013.

104) Men vergelijke H. R. 14 Mei 1875 W. 3853, Rb. Amsterdam 1 Oct. 1879 W. 4460, Rb. 's-Hertogenbosch 14 Jan. 1848 W. 1012, Rb. Amsterdam 9 April 1880.

Zie voor art. 35 F. W. MOLENGRAAFF: De Faillissementswet verklaard, 2de druk pg. 305 seqq. die uit de Memorie van Toelichting aanhaalt „omdat, al moge men medewerking voor de eigendomsoverschrijving onnoodig achten, de kooper daardoor toch nimmer het recht kan verkrijgen, om goederen, waarop eenmaal krachtens het vonnis van faillietverklaring een gerechtelijk beslag rust, aan dat beslag eenzijdig te onttrekken".

En uit het antwoord der regeering op het verslag der 1ste Kamer: „Zoolang de kooper naar het Nederlandsche burgerlijke recht, wanneer niet is geleverd, niet anders heeft dan een persoonlijk, geen zakelijk recht, kan en mag in de faillietenwet geen andere dan de voorgestelde bepaling worden opgenomen"

Men zie ook nog de bij MOLENGRAAFF aangehaalde literatuur en Hof A'dam 8 April 1910 W. 9072 en H. R. 24 Februari 1911 W. 9145.

105) Eigenaardig zijn hierbij te vergelijken de aangehaalde woorden van LAND: „De acte van overdracht doet den eigendom der zaak nog niet op den verkrijger overgaan, *maar zij verleent dezen de macht, om zich dien te verschaffen.*"

106) Dan telle men ook het logische bezwaar, dat zich voordoet, niet licht.

A verkoopt aan B een onroerend goed. Door de zakelijke overeenkomst alleen draagt A zijn eigendomsrecht over, geheel en al. Hij houdt dus niets over. En toch verkoopt hij opnieuw rechtsgeldig zijn eigendom, niet de zaak van een ander. Hoe is dit denkbaar? En krachtens welk recht doet hij dit? Zelf heeft hij geenerlei bevoegdheid meer. Zijne bevoegdheid, om opnieuw te beschikken, zou dan moeten berusten op het gebrek van eens anders recht.

107) Aldus de bepaling van SCHOLTEN in ASSER: t.a.p. II, (5e druk) pg. 338.

WINDSCHEID: t.a.p. I pg. 166 zegt: Zakelijke rechten zijn die rechten, krachtens welke de wil van den rechthebbende voor eene zaak beslissend is.

Daar vindt men tevens, als gewoonlijk, eene zeer uitgebreide literatuur-opgave.

108) Beide definities zijn weer die van SCHOLTEN in ASSER: t.a.p. II, 5de druk, pg. 337 en 369, waar men tevens de afwijkingen van de wettelijke definities verklaard vindt.

109) Zie SCHOLTEN in ASSER: t.a.p. pg. 338 en 369.

110) Aldus SCHOLTEN in ASSER: t.a.p. pg. 371.

111) Aanvaardt men deze beschouwing, dan worden vele uitingen, die met de oude leer in den grond der zaak moeilijk te rijmen zijn, als juist erkend:

Zie b.v. de Toelichting op het Ontwerp 1898 pg. 542—543, waar men uitgaat van het beginsel, dat het recht, dat ver-

pand wordt, bij den schuldenaar blijft, maar dat de schuldeischer een zelfstandig recht tot tegeldemaking met voorrang op de opbrengst bekomt.

Zoo de bekende quaestie bij verpanding van eene inschuld. Velen willen hierin zien, dat de pandhouder recht heeft, de vordering te innen. De jurisprudentie weigert deze bevoegdheid te erkennen. Men geeft nu in de praktijk den pandhouder onherroepelijke machtiging, om, bij niet voldoening der hoofdschuld, de inschuld te innen. En volgens den H. R. vervalt deze machtiging niet bij faillissement, dus is zij eene zelfstandige bevoegdheid. Zie hierover SCHOLTEN in ASSER: t.a.p. pg. 361—363 en de daar aangehaalde vonnissen.

Nog een voorbeeld van een verlaten van het standpunt, als zou pand een zakelijk recht zijn, vindt men in PLANIOL: Traité élémentaire de droit civil, 6de druk II pg. 750:

„Le droit de gage n'est pas un démembrement de la propriété, donné pour la jouissance des choses, comme les droits d'usufruit, d'usage ou de servitude; c'est un droit réel du second degré, si l'on peut ainsi parler, qui est établi sur le droit de propriété lui-même plutôt que sur la chose et qui autorise le créancier à aliéner pour son profit particulier la chose de son débiteur."

112) Zie PARSER: Het declaratoir vonnis, Ac. Pr. A'dam 1903 pg. 33 seqq.
Ook BELINFANTE: Ongeldigheid van rechtshandelingen, pg. 51.

113) Zie MOLENGRAAFF: De Faillissementswet verklaard, 2de druk, pg. 253 seqq.

114) Men zie hierover MOLENGRAAFF: Leidraad Nederl. Handelsrecht, 2e druk, pg. 774—778 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

115) Men zie ook het vonnis a quo Rb. Winschoten 22 Jan. 1896 W. 6849, waar eveneens eene uitvoerige argumentatie wordt gegeven.

116) Ook vergelijke men Rb. Haarlem 7 Mei 1895 W. 6680., Hof Amsterdam 17 April 1896 W. 6822 en H. R. 5 Maart 1897 W. 6937.

117) J. J. POLDERMAN: Het openbaar aanbod, Ac. Pr. Utrecht 1913.

118) POLDERMAN: t.a.p. pg. 11, 24—25.

119) POLDERMAN: t.a.p. pg. 11—35 passim.

120) POLDERMAN: t.a.p. pg. 146.

121) POLDERMAN: t.a.p. pg. 148—150.

122) Waar in het proefschrift van POLDERMAN een beroep gedaan wordt op de opvatting der leeken, daar nemen wij hier nog de vrijheid hetzelfde te doen.

POLDERMAN schrijft op pg. 67: „Dat ook in Duitschland het publiek in 't algemeen de meening is toegedaan, dat er b. v. door etaleering van waren met aangegeven prijs een aanbod wordt gedaan, bewijst wel de volgende zin, voorkomende in het opstel van BIERMANN: „Man führe einen Nichtjuristen vor irgend ein Schaufenster und frage ihn, ob der Kaufmann verpflichtet sei, die Waaren zu dem von ihm angegebenen Preise zu verkaufen. Bezweifelt jemand, dasz der Nichtjurist mit „ja" antworten wird?" Wellicht is twijfel hieraan mogelijk. Zou niet een leek, die niet te haastig was met zijne conclusie, u antwoorden: „Wanneer ik naar binnen ga en het geëtaleerde voorwerp verlang tegen den aangegeven prijs, dan wel, maar op zich zelven niet?" Of meent men waarlijk, dat de winkelier in San Francisco zich gebonden heeft aan het publiek, dus ook aan den Nederlander in Hemmen *(zooals bekend onze kleinste gemeente)* door het etaleeren van waren met aangegeven prijs?

Maar om tot ons beroep op de voorstelling der leeken te komen. Bij de veelvuldig voorkomende onderhande-

lingen om tot eene koopovereenkomst te geraken, bij loven en bieden, wordt algemeen de stelregel aanvaard: „Bod vernietigt vraag" en omgekeerd, d.w.z. dat hij, die voor eene zaak een bepaalden prijs vraagt, aan die som niet meer gebonden is, zoodra de andere partij een bepaald bod doet, en hij dus gerechtigd is dit bod af te slaan en een hoogeren prijs te vragen. Hier is dus ook klaarblijkelijk de opvatting, dat de verkooper door zijne vraag den kooper het recht geeft, door acceptatie de overeenkomst tot stand te doen komen. Blijkt, dat de kooper van dit recht geen gebruik wil maken, doordat hij met negatie van den gevraagden prijs een bepaald bod doet, dan is daarmede de verkooper vrij en krijgt deze op zijn beurt een acceptatierecht.

Ook komt de wilsrechtsopvatting duidelijk uit bij het verkoopen op markten. A brengt daar een paard. B als koopman informeert naar den prijs, onderhandelt eenigen tijd en vertrekt zonder te antwoorden op A's laatstgedane vraag. Komt nu C ten tooneele en wil hij koopen, dan wordt eerst B opgezocht en hem gevraagd, of hij al dan niet accepteert. A is gebonden door B's recht.

STELLINGEN.

I.

Iure Romano was voor traditio door constitutum possessorium noodig een causa detentionis.

II.

De woorden ipso iure in lex 21, D 16, 2 geven niet aan, dat compensatie plaats heeft zonder 's menschen toedoen, maar alleen dat door het enkele feit van het inroepen der compensatie door eene der partijen, de vorderingen tot het beloop der laagste tenietgaan.

III.

Aan de wilsrechten komt onder de subjectieve rechten eene zelfstandige plaats toe, naast de heerschappijrechten als vorderingsrecht, eigendom enz.

IV.

Het voordeel van art. 236 B. W. kan slechts genoten worden door de tweede en verdere echtgenooten tezamen, niet door ieder afzonderlijk.

V.

Een z.g. openbaar aanbod bindt den aanbieder alleen ten opzichte van hen, die ervan kennis nemen.

VI.

De in art. 42 der Faillissementswet genoemde handelingen zijn te beschouwen als geldig ook ten aanzien van den boedel, totdat de curator ze ongeldig maakt.

VII.

Art. 313. W. v. K. geeft onder no. 8 ook voor den bouw van het casco een voorrecht.

VIII.

Het misdrijf van art. 261 W. v. Sr. is strafbaar, ook al verklaart de beleedigde aan den rechter, dat hij zich niet in zijn eer of goeden naam aangerand gevoelt.

IX.

De bepaling van art. 298 W. v. Sr. kan niet tengevolge hebben, dat het maximum, in art. 10 van dat wetboek genoemd, wordt overschreden.

X.

Bij ontslag van rechtsvervolging, blijft de gevoegde civiele actie, die haren grond vond in het beweerde strafbare feit, voor toewijzing vatbaar.

XI.

Art. 66, lid 3, W. v. Sv. omvat ook de feiten, die de geneesheer uit eigen waarneming kent.

XII.

De bevoegdheden der politie ten aanzien van voorloopig aangehoudenen dienen wettelijk geregeld te worden.

XIII.

Ten onrechte beschouwt Merkel (Juristische Encyclopädie) het volkenrecht als een onderdeel van het recht.

XIV.

Onder de bepaling van art. 230 der Gemeentewet vallen alleen die zaken, welke de gemeente in eigendom bezit.

XV.

Wenschelijk is wijziging van art. 6 der wet op het Nederlanderschap en ingezetenschap in dien zin, dat, niettegenstaande naturalisatie van hun vader in een vreemd land, minderjarigen, die hun werkelijk verblijf in Nederland hebben behouden, door het enkele bereiken van den meerderjarigen leeftijd, ook zonder de verklaring bedoeld in art. 10 dier wet, het Nederlanderschap herkrijgen.

XVI.

De huidige omstandigheden schijnen er op te wijzen, dat protectie aanbeveling verdient.