

8 80 453

Jul 23 Dec. 1892

ABR. A. VAN OVEN.

BINDING'S LEER

OVER

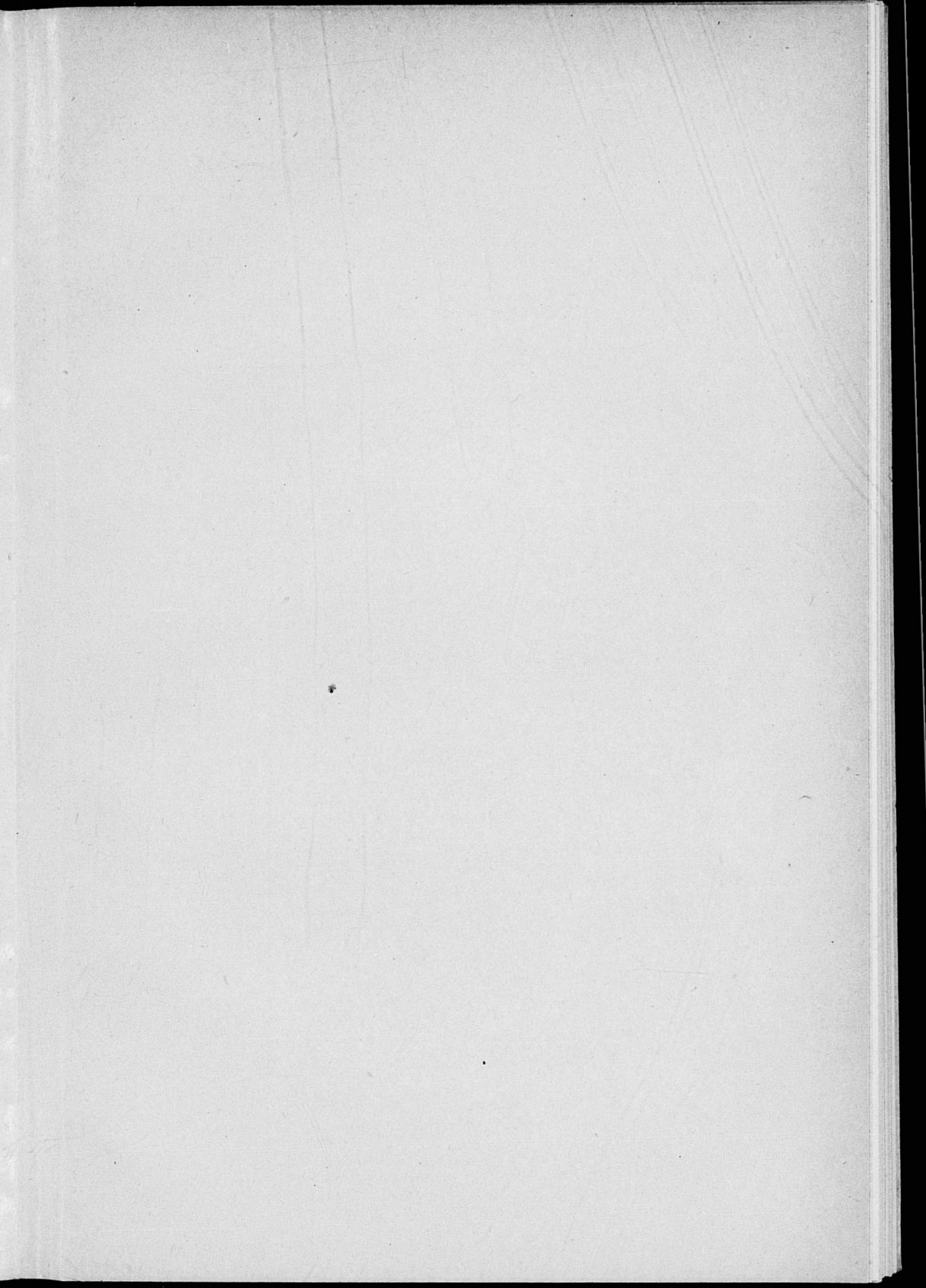
ANALOGIE IN HET STRAFRECHT.

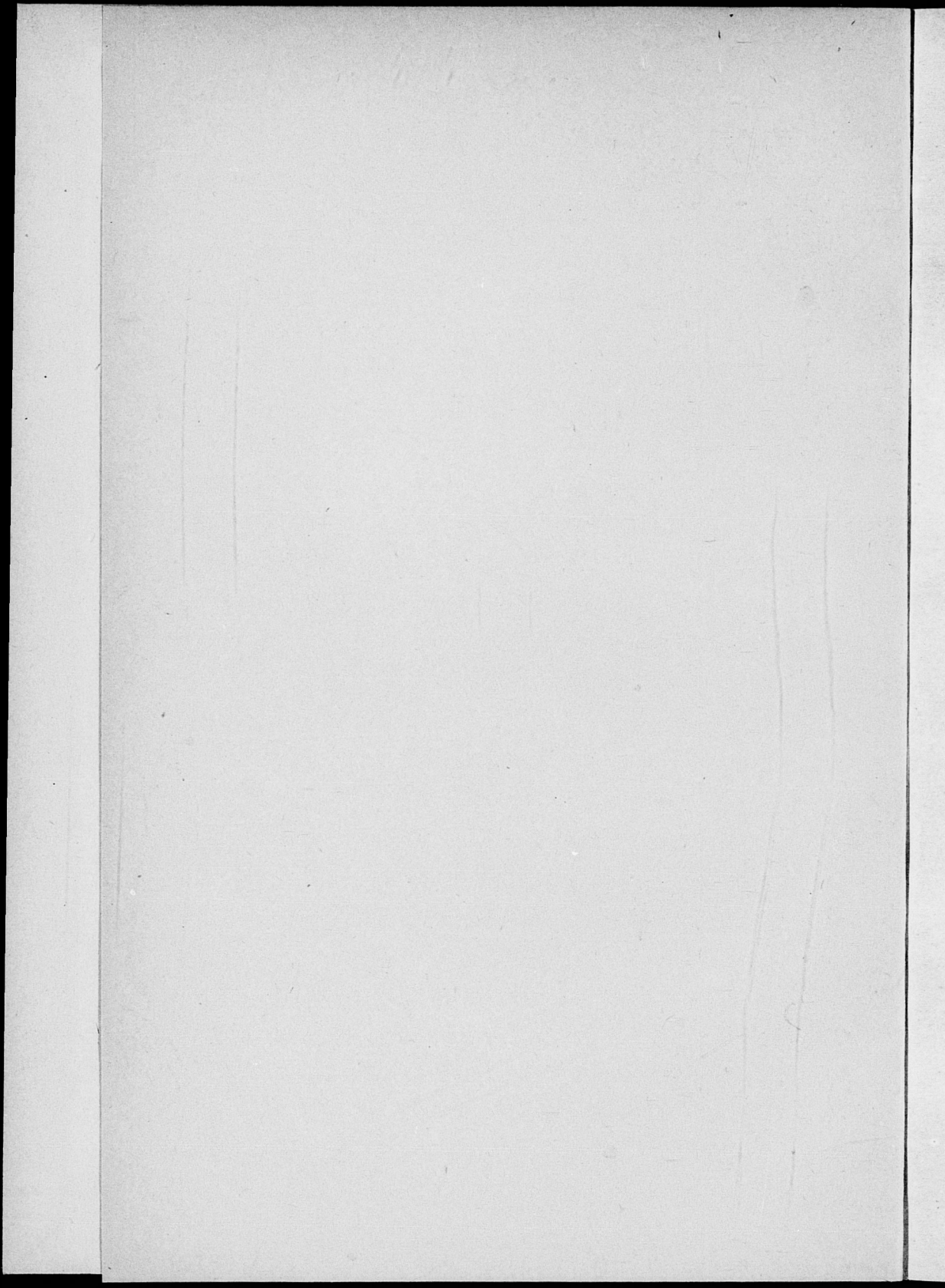
Academisch Proefschrift.

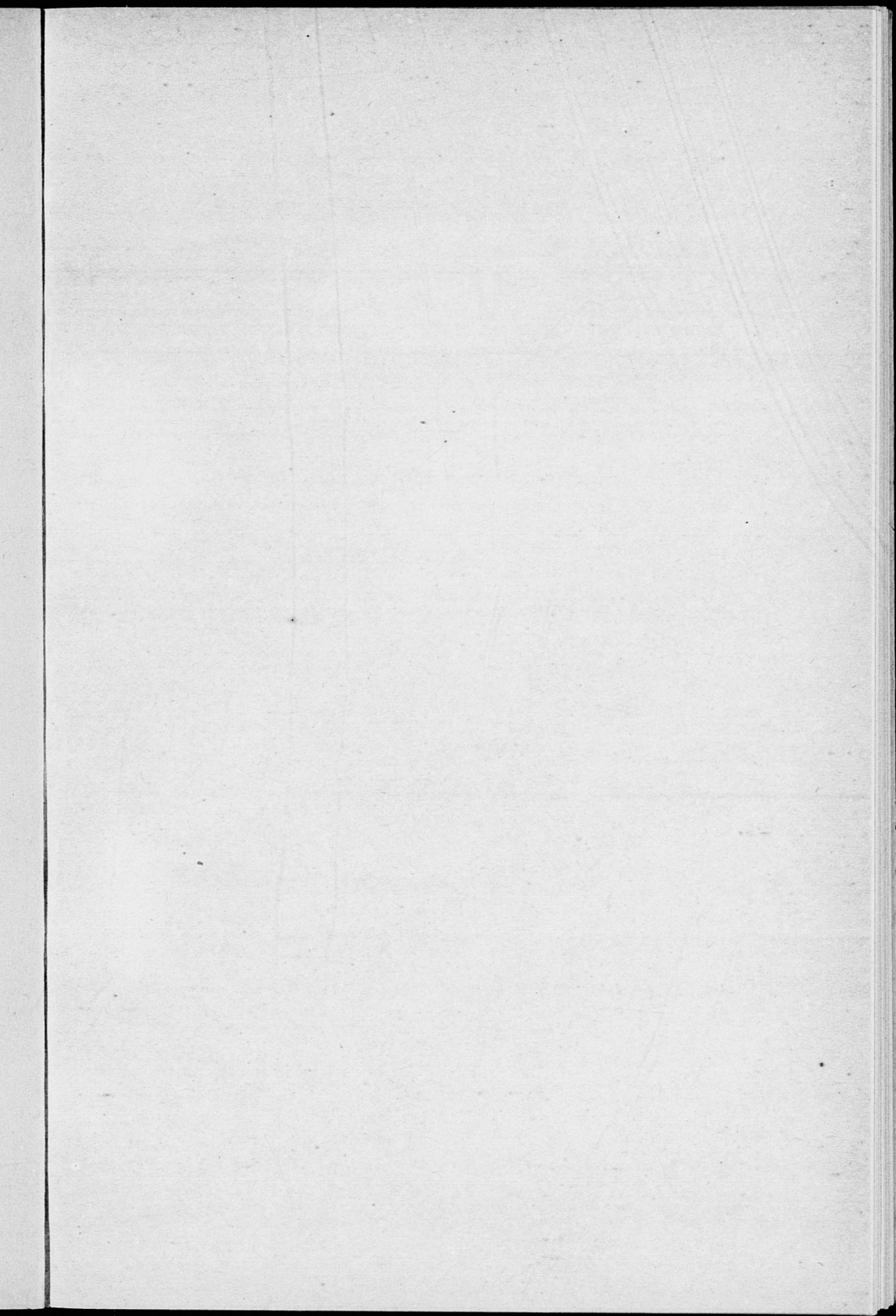
DORDRECHT. — J. P. REVERS.  
1892.

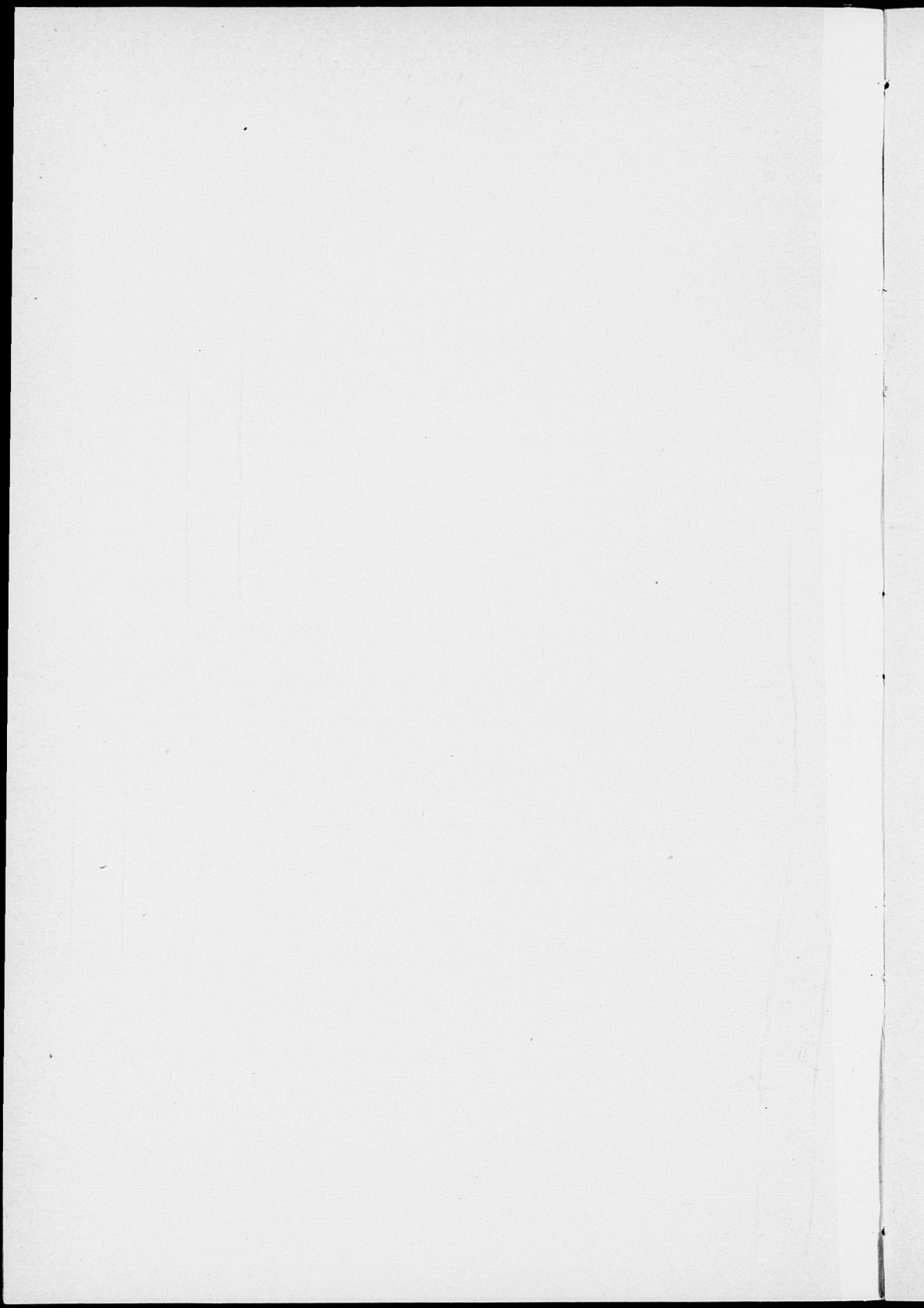
ct.  
3

**A. oct.  
1453**







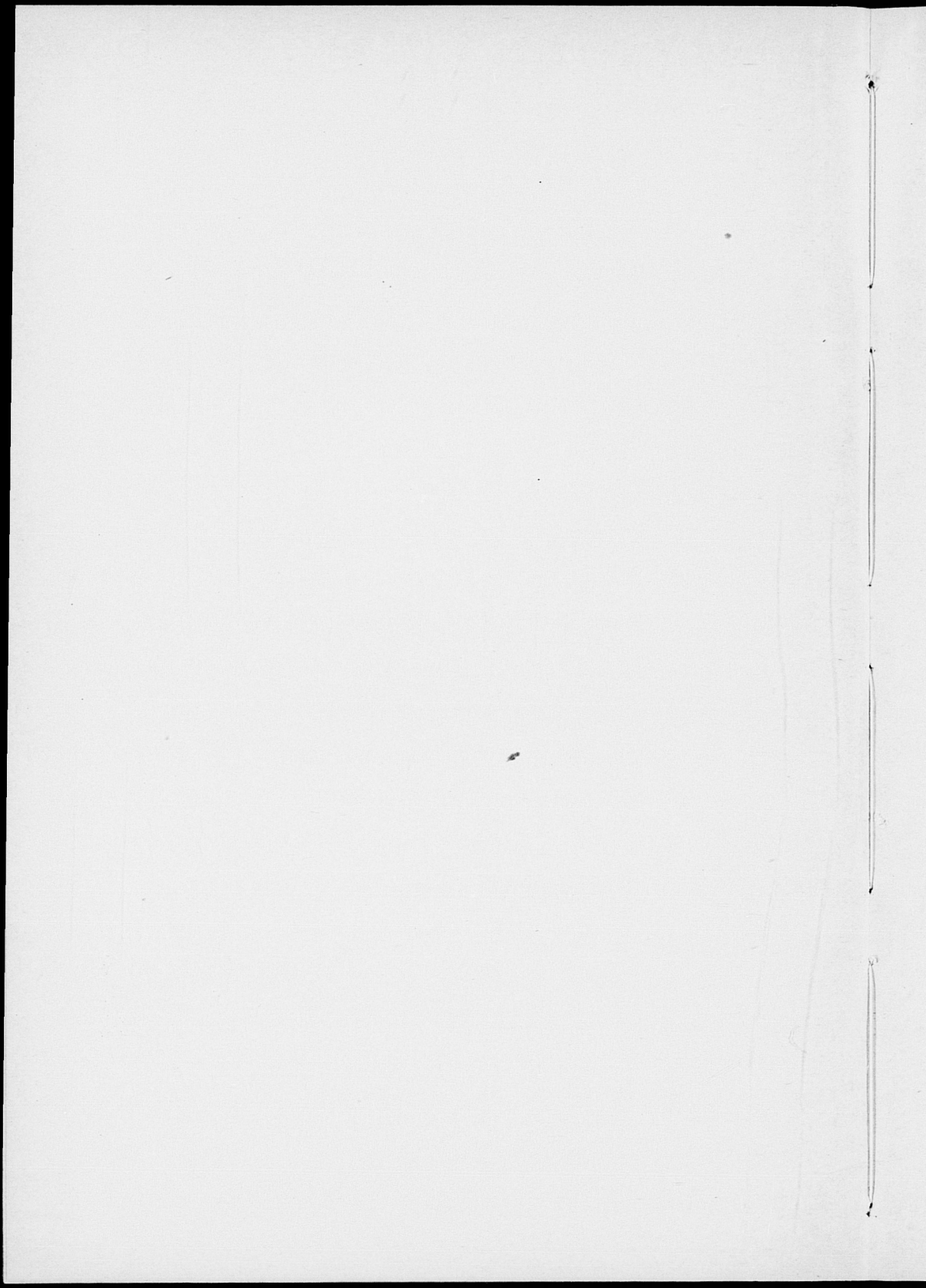


BINDING'S LEER

20

OVER

ANALOGIE IN HET STRAFRECHT.



BINDING'S LEER  
OVER  
ANALOGIE IN HET STRAFRECHT.

---

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP

AAN DE UNIVERSITEIT TE AMSTERDAM,

OP GEZAG VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

**Dr. C. M. KAN,**

HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER LETTEREN EN WIJSBEGEERTE.

IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN

op Vrijdag 23 December 1892, des namiddags te 4 ure,

IN DE AULA DER UNIVERSITEIT

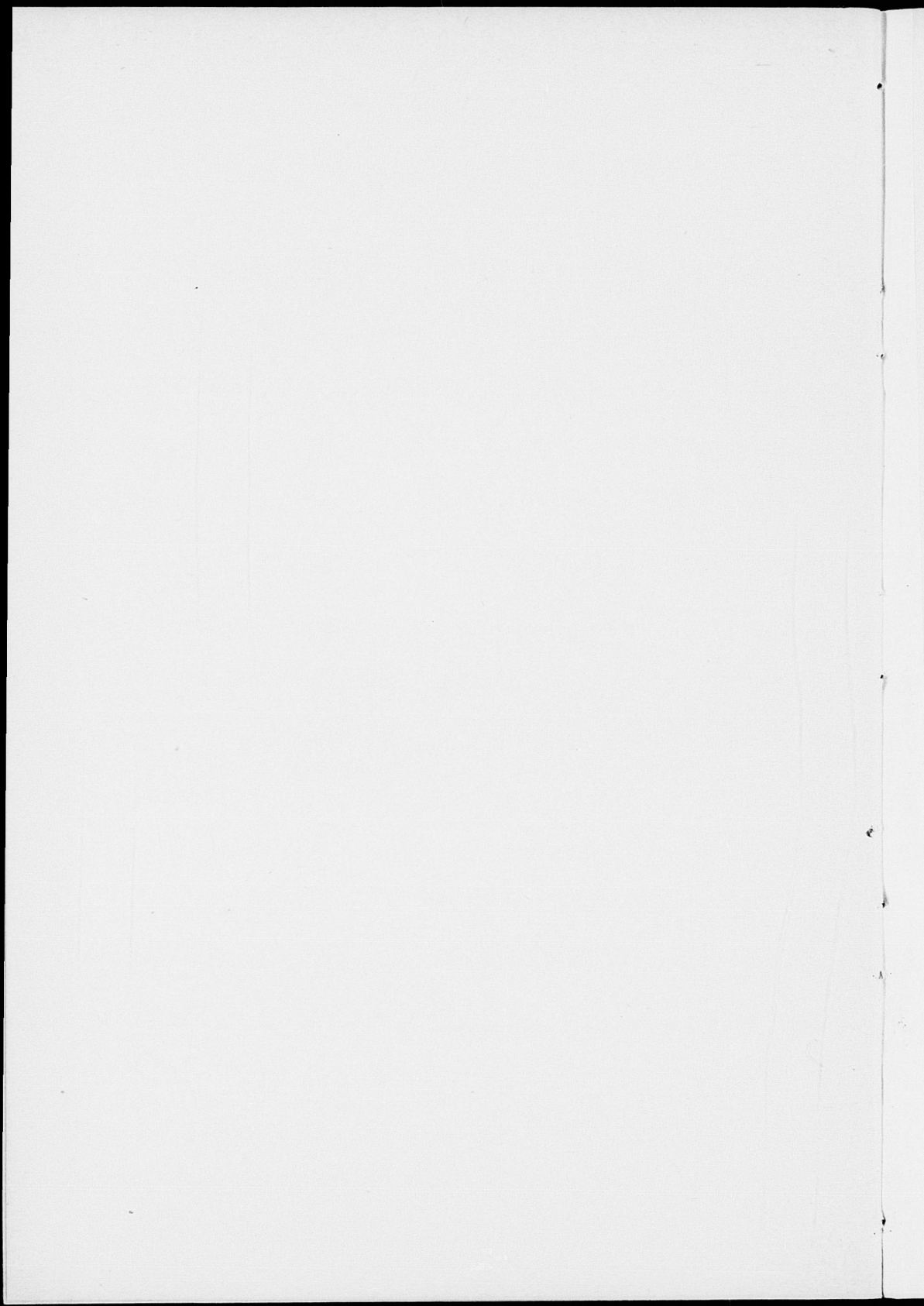
DOOR

**ABRAHAM ADOLPH VAN OVEN,**

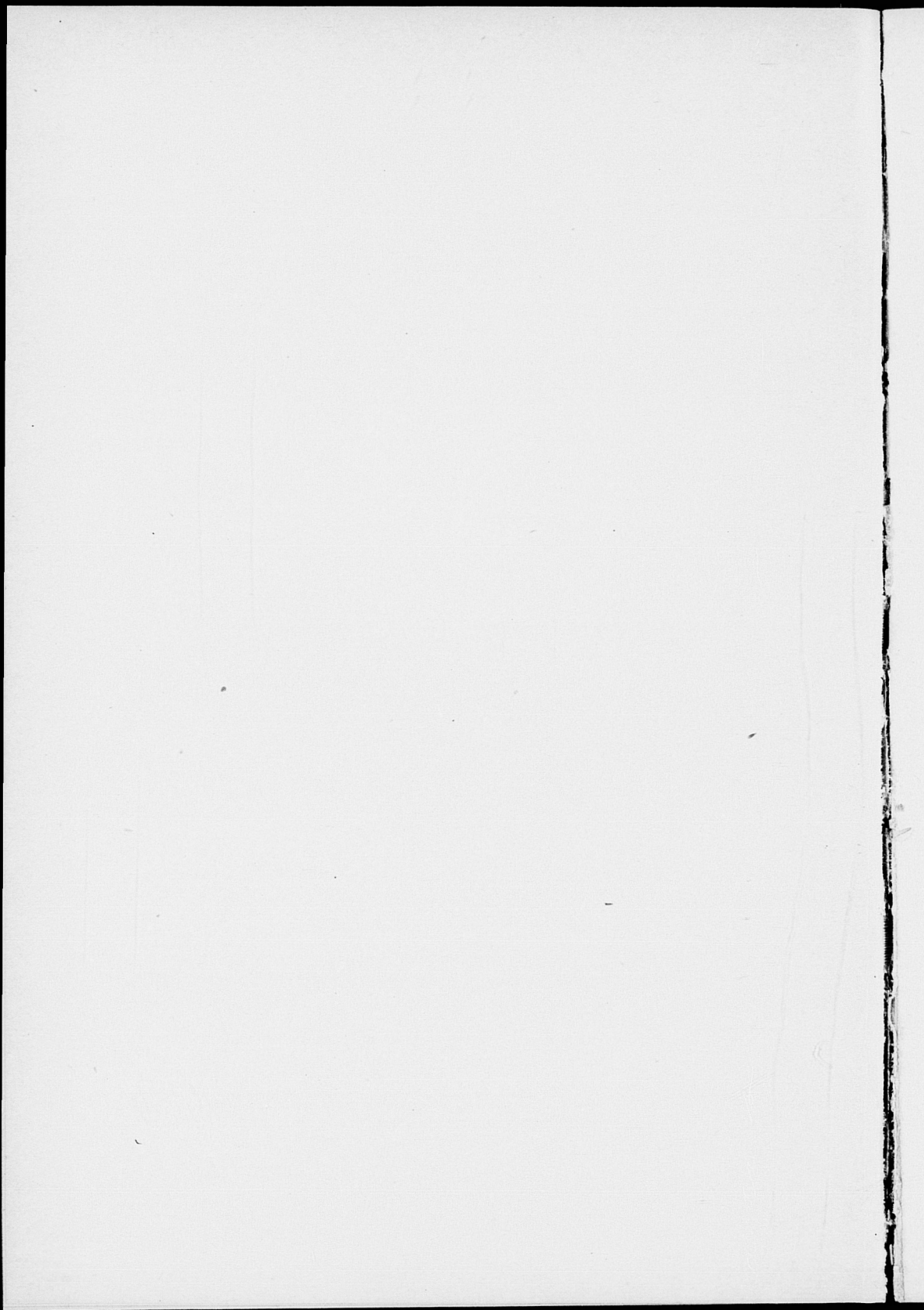
GEBOREN TE DORDRECHT.



DORDRECHT. — J. P. REVERS.



*Aan mijn Ouders.*



## I.

### Binding's Theorie.

In zijn eminent „Handbuch des Strafrechts” werkt Prof. BINDING een theorie uit over interpretatie en analogie, die — èn om hare fijne degelijke begripsontleding, èn' om de alleszins geniale doch alleszins verwonderlijke basis waarop zij rust, èn om hare resultaten — een ernstige beschouwing en een degelijke critiek meer dan waardig is. Een poging daartoe wordt gewaagd in de volgende bladzijden. Als ik er in mag slagen, in deze allergewichtigste levensquaestieën van recht en rechtswezen, eenige feilen van den grooten jurist duidelijk bloot te leggen, zal ik mij gelukkig achten en meenen met dit geschrift *iets* bereikt te hebben.

Wat is BINDING's theorie?

In zijn inleiding reeds, bij het aangeven van de materie der strafrechtswetenschap, wijst hij er op, hoe die materie beperkt wordt, 1°. door 't bestaan van codificatieën; en 2°. door het rechtsvoorschrift „nulla poena sine lege”, welk voorschrift hij afkeurt, als zijnde een resultaat van twee foutieve theorieën, de strafrechtelijke „balanceertheorie” van FEUERBACH, en de staatsrechtelijke theorie der trias politica (rechter = mond der wet). De „balanceertheorie” bestaat niet meer als grondslag onzer wetboeken; — ze is onjuist, en wanneer men norm en sanctie maar onderscheidt, dan ziet men dat veeleer bekendheid met het *onrechtmatige* der gedraging een element is van het straf-

baar feit, dan wel bekendheid met het *op straffe* verboden zijn; en wat de splitsing der drie staatsmachten betreft: haar zóóver door te voeren, dat de rechter slechts de slaaf, of het mondstuk, der wet zou zijn — niemand denkt er meer aan, wetgever noch geleerde, — en toch houdt de bepaling „nulla poena sine lege” stand! Te betreuren, omdat de wetgever onmogelijk „dem Verbrecherleben in alle Schlupfwinkel zu folgen vermag.” De wet is niet „die Fessel die den Richter zum Sklaven macht”; ze is „überhaupt nicht richterliche Instruction, sondern den Strafherrn berechtigender oder verpflichtender Rechtssatz.” <sup>1)</sup> Zeker, hoe vollediger en systematischer onze wetten zijn, des te eer komt men er toe te gelooven „Gesetz und Recht seien identisch” <sup>2)</sup>; maar dit nu is geheel onwaar. „Alles Gesetzesrecht ist eingebettet in eine grosse Zahl von Rechtssätzen, die der Gesetzesform entbehren: die sich bald als Voraussetzungen gesetzlicher Bestimmungen, bald als deren Folgen darstellen, bald den falsch gefassten Gesetzesparagraphen von seiner Stelle verdrängen, bald von der Legislation nicht aufgenommen werden, entweder weil sie Gemeingut oder weil sie für kurze Fassung zu complicirt oder in kurzer Fassung zu schwer zu verstehen sind oder weil der Gesetzgeber einfach vergisst seinem Willen Worte zu leihen.”

Deze plaats schrijf ik hier in haar geheel af; want om 't daar uitgedrukte idee beweegt zich BINDING's geheele theorie, welke voor 't overige — in mijn woorden weergegeven — nagenoeg deze is:

Wetboeken! Heel goed dat ze er zijn; ze geven een vastheid aan het recht en een vasten bodem aan de wetenschap; ze zijn als 't ware het microscoop van den jurist; want ze zijn voor den rechter absoluut bindend en

<sup>1)</sup> BINDING, Handbuch § 4.

<sup>2)</sup> L. c. § 5.

kunnen niet worden veranderd of afgeschaft dan bij de wet; in hun geschreven letter hebben ze een absoluut bestaan, onafhankelijk van dat, wat de wetgevers gedacht of zich ingebeeld hadden: stat scriptum, als een onbeweegbare steenen zuil <sup>1)</sup>. En verder heeft JHERING <sup>2)</sup> gelijk, waar hij zegt dat onze wetten te vergelijken zijn met een Chineesch alphabet: voor elk woord een letter, voor elk speciaal geval een voorschrift. Maar nu moeten we in het Gothisch of Latijnsch alphabet hetzelfde teruggeven, en daardoor in staat zijn met een beperkt aantal letters meerdere woorden te schrijven. Want de wetgever die een principe sanctioneert voor een bepaald geval, doet zulks ook voor andere *geheel verwante* gevallen. En zoo is dan de wet: het fundament en het geraamte van het huis; de wets-toepasser moet geheel in overeenstemming met die gegevens, 't huis verder opbouwen. „*Berichtigende Auslegung*” (interpretatie waarbij een fout in den tekst verbeterd wordt), 't gebruik van „*vooronderstelde voorschriften*”, *consequentie* en *analogie* — zijn levensvereischten voor rechtstoepassing, en de rechter is er toe verplicht, ze aan te wenden. Waarom? Omdat, evenals ieder ander, zoo ook de *wetgever twee wijzen heeft om zich uit te drukken: het formeel gezegde en de „konkludente Handlung”* <sup>3)</sup>. En als de wetgever iets zegt dat op zich zelf niet volledig is (en een volledig wetboek is onmogelijk!) dan *is* dat gezegde tevens „konkludente Handlung” voor alles wat niet gezegd is doch met dat gezegde in logisch-dogmatisch-systematische overeenstemming is. En, even als ieder ander bij zijn private rechtshandelingen, zoo zegt ook

<sup>1)</sup> Vgl. Handbuch §§ 95—100.

<sup>2)</sup> Geist des Römischen Rechts, I. § 3, pag. 30. waarnaar BINDING § 46 verwijst.

<sup>3)</sup> Handbuch § 40, pag. 197 v.v.

de wetgever juist datgene wat hij zegt; zijn bedoeling doet er niet toe, zijn innerlijke wil ook niet; wat hij *zegt*, *ita ius esto*, en wel in den zin, dien ieder mensch die de rechtstermen kent, er aan hechten moet.

En zoo hebben we dan naast datgene wat in de wet *staat*, nog meerdere soorten van recht: 1°. het „*ungesetztes*” Recht dat uit de wet *volgt* (door analogie enz.); en 2°. ook de rechtssurrogaten (vonnissen die niet op de wet of het daaruit volgende berusten) *in zoo verre* deze door een zekere veelvuldigheid een stilzwijgende goedkeuring van den wetgever verwerven, daaruit blijkende, dat hij geen wet maakt om de jurisprudentie tegen te spreken <sup>1)</sup>; zij zijn óók: „*ungesetztes Recht*” en zijn in het dagelijksche leven bekend als „gewoonterecht.”

Doch analogie, berichtigende Auslegung, consequentie en de toepassing van door de wet vooronderstelde rechtsvoorschriften; *die vier* vormen een bijzondere soort van *ungesetztes Recht*: n.l. die soort, die uit de wet voortvloeit, uit de wet zelve kenbaar is, en uit de wet alleen. Ze zijn niet alleen toegelaten, maar zelfs voor den rechter verplicht; en dat wel in alle soorten van wetten, behalve waar (en in zoover als) ze uitdrukkelijk worden uitgesloten. En het voorschrift „Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde” (§ 2 Strafgesetzbuch), sluit de analogie uit in zooverre, als 1°. door haar meer strafsancties zouden worden toegepast, dan die in de letter der wet aanwezig zijn; (Keine Handlung deren Strafbarkeit die Auslegung des Strafgesetzes nicht ergibt, darf per analogiam unter Strafe gezogen werden.” <sup>2)</sup> en in zooverre als 2°. een feit volgens een andere dan de daarbij be-

<sup>1)</sup> Handbuch § 41, pag. 202 en § 44, pag. 210 v.v.

<sup>2)</sup> Handbuch § 47.

hoorende sanctie scherper of zachter gestraft zou worden. Buiten deze grenzen is de analogie noodzakelijk. „Berichtigende Auslegung” en consequentie zijn toegelaten en noodzakelijk; wel sluit de letter van § 2 ze uit, maar § 2 zelf moet in dit opzicht door interpretatie verbeterd worden. <sup>1)</sup> De „vooronderstelde rechtsvoorschriften” worden hier door B. niet uitdrukkelijk genoemd, maar ’t is niet twijfelachtig of hij acht ook die in ’t strafrecht toepasselijk.

Hierbij dient nog te worden opgemerkt, dat BINDING (in *zijn* systeem terecht) de onderscheiding tusschen *analogie* en *analogische interpretatie* verwerpt. <sup>2)</sup>

Wenschelijk ware (volgens B.) een opheffing van § 2; het is verkeerd dat de wetstoepassing hier afgeknot en verminkt is; de reden waarom is ondeugdelijk — zie die reden vermeld boven, pag. 1 en 2, en besproken beneden pag. 8—11; — de analogie is in alle deelen van het recht noodig indien men wetboeken heeft die andere rechtsbronnen uitsluiten <sup>3)</sup>; het gebrek aan analogische toepassing voert tot schreeuwend onbillijkheden en tot verwringing van het recht <sup>4)</sup>.

BINDING’s beschouwingen over deze materie eindigen met de opnoeming van zeven voorbeelden van analogie in het strafrecht waar die niet uitgesloten is door § 2 Strafgesetzbuch: 1. Het Eerste Deel van ’t Strafgesetzbuch is toepasselijk op alle strafposities voorkomende in Duitsche Rijks- of Landswetten; dit vindt men door analogie.

<sup>1)</sup> Handbuch § 45 i. f.

<sup>2)</sup> § 40 i. f.

<sup>3)</sup> Zie vooral § 46, III, pag. 216.

<sup>4)</sup> Zie de casusposities in Handbuch § 47, noot 6 en noot 8 (pag. 220). Moest niet het onrechtmatig opvragen, verkrijgen en behouden van geld op eens anders spaarbankboekje naar analogie van verduistering bestraft kunnen worden?

2. Regelen omtrent concursus idealis homogeneus kunnen alleen analogisch uit § 73 geput worden. 3. Het kan voorkomen dat het bestaan of de beteekenis van een delictsbestanddeel door analogie uit de omschrijving daarvan bij een ander delict moet worden afgeleid; dit geldt zelfs ten aanzien van het „opzet.” 4. Straftoematings-gronden: — die moeten ook vaak analogisch worden gevonden. 5. De rechtvaardigingsgronden — geen wet kan bedoelen ze volledig aan te geven! 6. Gronden die de strafbaarheid verminderen, vermeerderen of uitsluiten moeten vaak per analogiam worden toegepast op de deelnemers. 7. Indien de voogd zelf delinquent is zal van hem wel geen klachte uitgaan; uit § 65 volgt dan analogisch dat de klachte wèl kan uitgaan van de „Obervormundschaftsbehörde” of van een „ad hoc bestellte(n) Vormund.”

Na deze opsomming volgt dan, quasi als 8<sup>ste</sup> voorbeeld, de algemeene opmerking dat „Ausnahmerechtsätze” (anomale voorschriften, uitzonderingen, afwijkingen van 't regelmatige systeem, ius singulare, ius speciale) zeer goed het uitgangspunt voor analogie kunnen vormen, hetgeen vaak bestreden is. Het komt mij voor dat B. hierin volmaakt gelijk heeft. VON SAVIGNY (System § 46) verwerpt zoowel de analogie als de analogische interpretatie (die hij terecht duidelijk onderscheidt) uit dergelijke voorschriften als uitgangspunt: hetgeen alleen wortelt in een foutieve opvatting van het begrip „rechtssysteem”; immers dit laatste wordt niet gevormd uitsluitend door het *regelmatige* recht <sup>1)</sup>, maar door het *geheele* positieve recht. Wie 't rechtsborduur sel voortborduren wil, die moet, denkende aan 't „ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispo-

<sup>1)</sup> De grens tusschen regelmatig en onregelmatig recht — is die wel voor alle gevallen te vinden zonder willekeurige onderscheidingen?

sitio", ook de uitzonderingen en afwijkingen voortborduren.

Voorbeelden hiervan zullen zich, bij „uitsluitende" <sup>1)</sup> wetgeving, zelden voordoen. Immers twee gevallen zijn denkbaar; het meest voorkomende zal wel dit zijn: dat de te beslissen rechtsvraag beantwoord wordt door een *normaal* voorschrift, doch analogie vertoont met *ius singulare*. Deze stand van zaken brengt weinig moeielijkheid mee: 't normale voorschrift is rechtstreeksch toepasselijk; uitbreiding van 't abnormale is uitgesloten, omdat de wet, met haar normaal voorschrift, voor den *rechter* <sup>2)</sup> absoluut bindend is. — Het andere geval, dat moeielijker is, doch zelden voorkomen zal, is dit: dat een te beslissen rechtsvraag nòch onder 't normale, nòch onder 't abnormale voorschrift valt, doch slechts per analogiam onder een van beide gebracht kan worden. Is nu de analogie met 't abnormale voorschrift sterker dan die met het normale, dan zal het abnormale analogisch moeten worden toegepast. Een voorbeeld heb ik in de bestaande wetgeving niet gevonden; stel echter dat art. 42 S. R. <sup>3)</sup> ontbrak; en stel eveneens dat men in dat geval niet mocht aannemen dat het daarin neergelegde beginsel *toch rechtstreeksch* uit de wet voortvloeide <sup>4)</sup>; — hoe zou dan de rechter moeten beslissen of een rechtvaardigingsgrond per analogiam uit art. 43 al dan niet ware af te leiden voor het geval: dat een zelf-

---

<sup>1)</sup> Korthedshalve bezig ik deze uitdrukking, er mee bedoelende: een wetgeving die uitsluitende rechtsbron is, zonder gewoonterecht, arbitrair recht (of iets dergelijks) naast zich te dulden. — Art. 3. A. B. duldt geen gewoonterecht *naast* de wet, doch *krachtens* de wet.

<sup>2)</sup> Anders b. v. voor den Romeinschen praetor!

<sup>3)</sup> Niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een wettelijk voorschrift.

<sup>4)</sup> Dit wordt beweerd door v. HAMEL, Inleiding Ned. Strafr., § 31. pag. 236.

standig optredend ambtenaar, een onwettige gemeente-verordening uitvoert, terwijl dit binnen kring zijner werkzaamheid is gelegen (b.v. een politie-commissaris die een politie-verordening uitvoert) en hij te goeder trouw de verordening voor wettig houdt? — De *regel* <sup>1)</sup> van art. 43 is: „een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel heft de strafbaarheid niet op”; het: „tenzij.... etc.” is in ons, met objectieve theorieën doortrokken wetboek, zeker en stellig als *ius singulare* te beschouwen. Toch volgt m. i. uit de zooeven ontwikkelde theorie, dat de ambtenaar strafeloos zou blijven, daar art. 43 in zijn geheel, regel zoowel als uitzondering, analogisch zou moeten worden toegepast. <sup>2)</sup>

Gaan wij nu over tot een critisch onderzoek van BINDING'S redeneeringen.

---

<sup>1)</sup> In haar geheel is die regel: bevoegd bevel heft *wel* op, onbevoegd bevel *niet*. Art. 43 luidt: Niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een ambtelijk bevel, gegeven door het daartoe bevoegde gezag. — Een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel heft de strafbaarheid niet op, tenzij het door den ondergeschikte te goeder trouw als bevoegd gegeven werd beschouwd en de nakoming daarvan binnen den kring zijner ondergeschiktheid was gelegen.

<sup>2)</sup> Nu art. 42 bestaat en alleen in 43 een uitz. vermeld wordt, mag die uitz. *niet* analogisch worden toegepast in art 42.

## II.

### Critiek van Binding's Theorie.

In de allereerste plaats moeten we nu nagaan of het voorschrift „nulla poena sine lege” inderdaad niets anders is dan een overblijfsel van twee onjuiste theorieën, die bijna door niemand meer hoog geteld worden; of inderdaad de stand van zaken deze is dat het begrip: „rechter slaaf der wet, die niet eens interpreteren mag,” — dat dit begrip, op alle andere terreinen verdreven zijnde, op dit eene punt stand heeft gehouden waar het samentrof met FEUERBACH's theorie van den psychologischen dwang, die BINDING zoo aardig „Balanciertheorie” noemt.

Gaarne geloof ik dat de wetgevers van circa 1790 tot circa 1815, dit voorschrift gevende en zijn strekking en werking zeer wel begrijpende, geen anderen *grond* voor 't voorschrift *ingezien* hebben. Maar *zijn* er geen andere gronden?

Zeer zeker. 't Vereischte dat gevonnisd worde naar een geheel objectieven maatstaf, liggende buiten den mensch die rechter is en den mensch die procedeert — 't is *hier* sterker geaccentueerd dan elders. Het analogisch toepassen der wet is moeielijk, 't eischt strenge koude logica — zou men dit werk kunnen toevertrouwen aan den rechter op wien het onderzoek der feiten, op wien de persoon van van den beklagde, per se een bepaalden individueelen indruk maken?

Neen, de materie is hier zoo buitengemeen teér van aard,

dat niemand anders dan de wetgever, de in-'t-algemeen-ziende, die niet onder den onmiddellijken indruk is van een bijzonder geval, hier regelen mag stellen of uitwerken.

Is het vereischte van een geheel objectief voorschrift sterker dan op eenig ander gebied; het vereischte dat recht gevonden worde, is hier zwakker, véél zwakker. Elk privaatrechtelijk geding *moet* beslist worden, elk privaatrechtelijk vonnis is om zoo te zeggen eene keuze tusschen verschillende mogelijkheden; de zaak is van A. of van B.; de schade wordt geleden door C. of door D., en wel geheel door D. of gedeeltelijk door hem en gedeeltelijk weer door een ander. Maar een beslissing is noodig. Waar de wet zwijgt — daar moet een andere rechtsbron spreken. Maar waar de strafwet, de geschreven letter der strafwet zwijgt — welnu, daar ontslaat men van rechtsvervolging!

Zeer aardig zegt SCHAFFRATH <sup>1)</sup>: „Diese Nothwendigkeit und Unentbehrlichkeit der Analogie tritt nur im Civil-Rechte und da, wo *alle* Fälle und Streitigkeiten *entschieden* werden *müssen*, nie aber im Strafrechte ein. In diesem bleibt höchstens ein Mal eine Handlung ungestraft, weil der Wille des Gesetzgebers, sie zu bestrafen, *fehlt*, folglich kein Verbrechen vorhanden ist. Auch ist das Strafrecht, Strafe und Verbrechen selbst, *Ausnahme*.“

En STURM <sup>2)</sup> zegt: „Der Richter findet im Strafrecht gar nicht, wie im Civilrecht, Lebensverhältnisse vor, die eine Rechtsprechung verlangen.“

Er zijn, in verband met het „nulla poena sine lege” twee uitersten mogelijk; ons positieve recht bewandelt een mid-

<sup>1)</sup> Dr. W. M. SCHAFFRATH, Theorie der Auslegung constitutioneller Gesetze. Leipzig 1842. — § 11 wordt geciteerd.

<sup>2)</sup> Recht und Rechtsquellen, Eine Abhandlung. Kassel 1883. Geciteerd wordt hier § 8 van het tweede hoofdstuk.

denweg. Die eene mogelijkheid is: 't arbitraire strafrecht, dat den mensch onderwerpt aan het oordeel van zijn evenmensch; de andere: de ijzeren strafwet, limitatieve opsomming van strafposities en van afgemeten strafporties, waarbij het „nulla poena sine lege” een essentieel iets is. Bij deze tweede mogelijkheid vindt men niet de onaesthetische onbillijkheid dat een mensch voor zijn medemensch wordt ter verantwoording geroepen voor een daad waarvan hij de strafrechtelijke gevolgen niet kon weten, waarvan *niemand* de strafrechtelijke gevolgen kon weten, — maar men vindt er iets veel afschuwelijkers en harders; n.l. dat het warme veelkleurige menschenleven zonder genade wordt geregeerd door een blind voorschrift, opgesteld door mannen, die onmogelijk *al* de consequenties van hun voorschriften *konden* voorzien.

En aan den anderen kant, — bij een régime, waarbij niet alle strafsancities limitatief in de wet worden opgenoemd — men zal moeten erkennen dat dan een schreeuwende, leelijke hardheid dáárin zou gelegen zijn, dat ik, door zware tegenstrijdige plichten gedrongen zijnde, en beslissende dat eer en plicht mij een onrechtmatige daad gebieden — dat ik, leek, in een dergelijk geval niet te weten zou *kunnen* komen of die daad mij al of niet een strafvervolgving op den hals zou kunnen halen! — En dit is toch de toestand die geboren zou worden uit BINDING's systeem: „Nicht Kenntniss des Strafgesetzes, sondern Kenntniss der Norm. . . . ist die unentbehrliche Voraussetzung des Delicts.”

Beide uitersten zijn dus verwerpelijk, maar wanneer men nu heeft een zoodanige „ijzeren strafwet” waarin die ijzeren onbeweegbaarheid wordt verzacht, doordien de straf-toemeting vrij is binnen speciale maxima en een algemeen, zeer laag, minimum; dan heeft men alle voordeelen van een objectief voorschrift, met een voordeel er bij, bestaande in 't oordeel van een begrijpenden en gevoelenden

medemensch. Nog beter wordt dit daar, waar 't O. M. werkt volgens het oportuniteitsbeginsel. Doch door „nulla poena sine lege” op te heffen en de analogie vrij te laten, zou men dit systeem weer geheel bederven, en den werkring van den rechter uitbreiden tot het vinden van strafrecht indirect uit de wet.

Men lette wèl op de verschillende rollen die het „n. p. s. l.” in deze tegenstellingen spelen kan; de climax is aldus saamgesteld:

1. IJzeren strafwet mèt het voorschrift n. p. s. l., zonder analogie dus; mèt vrije straftoemeting; mèt oportuniteitsbeginsel;

2. Hetzelfde, doch zonder n. p. s. l.; analogie is dan *niet* uitgesloten;

3. Een ijzeren strafwet, object van analogische toepassing; geen oportuniteitsprincipe; afgemeten strafporties;

4. Een geheel ijzeren strafwet; geen analogie; afgemeten strafporties, geen oportuniteitsbeginsel.

Eén groot bezwaar tegen het n. p. s. l. heb ik nog niet trachten te weerleggen: het is wat B. zegt in § 46, III; een redeneering die hierop neerkomt, dat de codificatieën juist dóór het uit hen voortvloeiende ungesetzte Recht behouden: een „geschichtliche Entwicklung.” Ware dan een vaste wetgevingscommissie die alle gapingen in het recht dadelijk aan 't oordeel van den wetgever onderwerpt, niet een beter remedie? <sup>1)</sup> Kunnen *nieuwe* verhoudingen telkens maar weer behandeld worden volgens den geest der *oude* wet? Neen, analogie is juist geheel ongepast als middel voor historische ontwikkeling! Verandering van oude principes, geleidelijke toevoeging van nieuwe — kan dát ooit het werk zijn . . . der analogie?!

---

<sup>1)</sup> Vgl. OPZOOMER, Aanteekening op de Wet houdende Algemeene Bepalingen; bij art. 3.

Na deze opmerkingen over B.'s strijd tegen „nulla poena sine lege” gaan wij over tot zijn interessante theorie van het ungesetzte Recht, dat afgeleid wordt uit de wet.

Het is inderdaad jammer dat de Deutsche Rijkswetgeving niet berust op een zoo duidelijk grondwetsartikel als ons art. 150, en dat een Wet, houdende „Algemeene Bepalingen” voor Deutschland niet bestaat. In hoeverre de Deutsche wetgeving nu een „uitsluitende” wetgeving is of niet — het is nergens uitdrukkelijk bepaald. Bestaat voor het Deutsche Rijk dit standpunt: de wetgeving is uitsluitend in handen van den wetgever: de wet is het uitsluitend uitgangspunt voor alle daden van den rechter? En komt bij dit beginsel nog het bij ons geldende, dat de rechter een vonnis vellen *moet*, ook daar waar de wet hem in den steek laat? — Ik geloof van ja; — ten minste voor de onderwerpen van recht die door Rijkswetten geregeld zijn, voor het Burgerlijk Recht natuurlijk niet — en dat wel omdat de wetboeken, b.v. het Strafgesetzbuch en zijn Invoeringewet het als 't ware stilzwijgend onderstellen; omdat art. 1 van 't Gerichtsverfassungsgesetz luidt: „Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetze unterworfenen Gerichte ausgeübt” — ook dit artikel schijnt het „uitsluitende” beginsel te onderstellen; maar vooral — dit is mijn grootste argument — omdat de Deutsche schrijvers <sup>1)</sup> van onze dagen het beginsel in zeer duidelijk mate, vooronderstellen. Doordien rechter en geleerde een dergelijk principe respecteeren, heeft het feitelijk geldende kracht gekregen. En al is BINDING's leer omtrent konkludente Handlungen <sup>2)</sup> verwerpelijk — *hier* mag men wel zeggen dat indien de wetgever niet tegenspreekt, ja veeleer

<sup>1)</sup> Zie vooral VON LISZT, Lehrbuch § 17. En BINDING!

<sup>2)</sup> Zie pag. 14—17 dezer dissertatie.

onderstelt, dat hij dan ook het beginsel billijkt. Want het geldt hier iets anders dan zoo maar de een of andere rechtsnorm: het is hier de vraag: „Wat zijn de rechtsbronnen die bestaan, facto bestaan, in het Duitsche Rijk?” En deze vraag, het brandpunt van alle juridische vragen, is zelf een feitelijke, geen juridische; daar immers nòch de Reichsverfassung, nòch een wet zich duidelijk en krachtig hierover uit!

BINDING'S theorie van konkludente Handlungen nu is apert foutief. In het privaatrecht — ja, daar bestaan ze, omdat de wet ze in het leven roept — maar wat is hun rechtsgrond in het staatsrecht? Het lijkt wel alsof BINDING den wetgever wil behandelen zóóals de wet den enkeling! Immers hij redeneert: wat ge zegt, dát is recht; wat ge er mee bedoelt geeft niet; ge hebt het gezegd, en dus beveelt ge wat het volk (voorzoover het er verstand van heeft) er uit opmaakt; en verder zijt ge tevens gebonden aan alle consequenties van uw gezegde. — Zóó spreekt de wet tot den burger als ze zegt: sluit rechtshandelingen af; ge hebt de keuze tusschen een groote menigte, aan elke waarvan de staat een zeker geheel van rechtsgevolgen toekent; of gij uw gezegde wel zóó bedoeld hebt als de rechter het opvat, geeft niet, en of ge u al de rechtsgevolgen van uw handeling bewust waart geeft ook niet!

Een grond om zoo te mogen spreken, noemt B. niet; daar is er trouwens geen, dan misschien deze: dat hij in den staat met „uitsluitende” wetgeving alle recht wil afleiden van den wetgever; niet alleen het geschreven recht, maar ook alles wat daar indirect uit voortvloeit, en bovendien nog alle jurisprudentie, die niet door den wetgever wordt gedésavouéerd. Maar dit is niet een gezonde opvatting van den „uitsluitenden” wetgever. Wil men het

principe van „uitsluitende” wetgeving niet verlagen tot een parodie op zichzelf, dan erkenne men dat de wet is: de uitgedrukte wil des wetgevers; en dat er buiten dien uitgedrukten wil geen recht bestaat: nòch de niet-gewilde uitdrukking, nòch de niet-uitgedrukte wil hebben kracht. De wet te beschouwen als een abstractie met een eigen wil — het is een verkrachting der waarheid.

De theorie der konkludente Handlungen mist allen grond in het positieve staatsrecht; en indien ze algemeen erkend werd door de rechters zou òf de wetgever haar moeten afsnijden door een duidelijk voorschrift, òf hij zou zich gebonden zien tot een bovenmenselijke taak. Goed te zeggen datgene dat men wil zeggen — is niet gemakkelijk; maar het zóó te zeggen dat men in kan staan voor *alle* consequenties, ook voor zulke consequenties die getrokken worden door wat voor geval *a* gezegd is, toe te passen op geval *x* — het is lang geen kleinigheid!

BINDING grondvest zijn theorie op de bewering: „dass ebenso für Gedanken wie für Entschlüsse zwei verschiedene Mittel der Erklärung existiren: das vom Menschen dafür erfundene Mittel der Sprache und die den Rückschluss gestattende, die sog. konkludente Handlung.”

Maar waarop grondt zich nu deze bewering weer? — Hierop is m. i. geen antwoord te geven.

En is het niet vreemd, dat dezelfde Binding, die in § 95, over de interpretatie, zoo juist zegt: „Aus der Verschiedenheit der Zielen: unverbindlicher Gedanke <sup>1)</sup> — autoritativer Wille <sup>2)</sup>, und aus der Verschiedenheit der Mittel zum Ziel; unverbindlicher Gedankenausdruck <sup>3)</sup> — autoritativer Willensausdruck <sup>4)</sup>, rechtfertigt sich die Be-

<sup>1)</sup> B. v. in een gedicht.

<sup>2)</sup> D. i. in de wet aanwezige wil (m. i. die van den wetgever).

<sup>3)</sup> Het gedicht.

<sup>4)</sup> De wet.

hauptung einer wesentlichen Verschiedenheit zwischen philologischer und juristischer Auslegung" -- is 't niet vreemd dat diezelfde schrijver bij de ontwikkeling zijner theorie van de konkludente Handlungen, dat hij daar „ das Mittel der Sprache” zoo maar zonder eenige onderscheiding vergelijkt met het opstellen — aannemen — afkondigen — publiceren eener wet?

De theorie draagt verder haar dood in haar eigen boezem om. „Gedanken” staan hier naast „Entschlüsse”. Goed, wanneer men aan „Entschlüsse” die beteekenis hecht, dat ze „Gedanken” moeten bevatten, dat ze zelf een bijzondere soort van „Gedanken” *zijn*. Maar een Entschlüss in den zin van BINDING — een in 't leven roepen eener abstracte wet, die haar licht in zichzelf moet dragen — hoe is 't mogelijk dat dit kan gebeuren door konkludente Handlung? Alleen krachtens positief wetsvoorschrift, dat zegt: indien de wetgever niet spreekt, wordt hij geacht zoo en zoo te bevelen. En een dergelijk voorschrift wordt in de Reichsverfassung vergeefs gezocht!

Neen, de twee beweringen: „de wet is niet de verklaarde wil des wetgevers, doch heeft haar eigen wil” — en „als de wetgever den eenen rechtsregel explicite sanctioneert, dan sanctioneert hij ook implicite eenen anderen, die er uit voortvloeit” — zijn met elkaar in tegenspraak.

Want indien B. in de wet zag: den drager van den *verklaarden wil* des wetgevers, — dan zou zijn theorie ten minste eenigszins mogelijk zijn. Dan kon hij zeggen: „men kan zijn wil implicite of explicite verklaren”; en dan kon hij verder daaruit besluiten dat een praesumptie bestaat daarvoor dat de wetgever ook de analogische consequentieën gewild heeft. Doch nu beweert hij dat dadelijk bij de afkondiging der wet alle verband tusschen *'s wetgevers wil* en den „*wil der wet*” is opgehe-

ven — hoe kan die wet, die *voor zichzelf*, voor haar eigen inhoud, *niet* is de drager van 's wetgevers wilsbesluit — hoe kan zij zulks *wèl* zijn voor dingen die slechts indirect uit haren inhoud volgen? — Nu, dat is zij ook volgens B. niet; het is de wil der *wet* die wordt overgebracht op 't ongeschreven recht, *door* de konkludente Handlung van den *wetgever*! Er bestaat dus een praesumptie voor den onpersoonlijken wil der *wet*, doordien de *wetgever* zwijgt! Hoe dit alles te rijmen met de negatie van alle relatie tusschen wil der wet en wil des wetgevers?

En dat, naast dit alles, een gewoonte van de rechterlijke macht om een zeker rechtsvoorschrift te negeren of een nieuw te fingeeren, — dat die gaandeweg zou gebillijkt worden, ja, *rechtsbron* worden zou door het stilzwijgen van den wetgever, — waar is een grond voor *deze* onderstelling te vinden? Waar? In welke constitutie wordt een dergelijke wijze van „dum tacent, clamant” aan de wetgevende factoren toegestaan — neen, opgedrongen?

Ten overvloedige merk ik nog op dat dit „stilzwijgend wetten maken”, ware het erkend, feitelijk dit gevolg zou hebben dat recht zou kunnen gelden, dat slechts door één der wetgevende factoren wordt goedgekeurd; indien bij ons de rechterlijke gewoonte gaandeweg een geheel systeem b. v. van Internationaal Privaatrecht invoert, dan kan het uitblijven van een wet op die materie geweten worden daaraan, dat b. v. alleen de Eerste Kamer den feitelijken toestand prefereert boven diengenen die uit die wet zou geboren worden! — En die medewetgever — aan den anderen kant — die geen recht van initiatief heeft, zou lijdelijk moeten toezien, dat een door hem ten sterkste afgekeurd gebruik insloep in ons positief, bindend recht — doordien zijn collega's, wèl met het recht van initiatief bedeed, den feitelijken toestand billijken!

Tot zulke ongerijmdheden zou *deze* theorie leiden!

Laat ons nu de vier verschillende vormen waarin het (uit de wet kenbare) ungesetzte Recht zich volgens B. voor- doet, in oogenschouw nemen. <sup>1)</sup>

I. De eerste is de z.g. „berichtigende Auslegung”. Waar- om is dit een afzonderlijke rechtsbron, behoorend tot het un- gesetzte Recht? Dit is mij niet duidelijk. Dat ze toegelaten is, valt niet in twijfel te trekken: indien een wetsartikel in strijd is met andere wetsartikelen, of met de als *zeker* vaststaande ratio legis — ja, dan zal de rechter dit ge- deelte der wet slechts mogen toepassen na 't in overeen- stemming te hebben gebracht met de *bedoeling* die het *tracht* uit te spreken; mits de aan die bedoeling beant- woordende *beteekenis* nog in de woorden *herkenbaar* is. Dit is echter een bijzondere wijze van interpreteeren, geen ongeschreven recht; het is een methode om de vragen te beantwoorden: „Wat is de *verklaarde wil* des wetgevers? Wat is de volledige werking en strekking der wet; of wel: Wat is de volledige werking en strekking van dit artikel, in verband met de geheele wet?” <sup>2)</sup>

Een aardig voorbeeld van de noodzakelijkheid dezer „berichtigenden” interpretatie geeft art. 1811 B. W., dat absoluut geen beteekenis heeft als men de uitdrukking „handeling, waarvan de *uitkomsten*..... van eene onzekere gebeurtenis afhangen”, niet vervangt door: „handeling waarvan de *rechtsgevolgen*..... van eene onzekere gebeurte- nis afhangen.” De uitkomst, de sociale oeconomische uit- komst, hangt immers bij vele overeenkomsten, die *geen*

<sup>1)</sup> Handbuch § 41 pag. 201.

<sup>2)</sup> Zeer interessant zijn de beschouwingen van den genialen VON SAVIGNY (System § 37), die de „berichtigende Auslegung” alleen toe- laat ingeval de samenhang der wetgeving, of ook wel de directe ratio legis, ze gebiedt. Ik zou hier nog aan toe willen voegen: de redactie- fout, — mits, evenals in andere gevallen, binnen zekere grenzen. Zie pag. 48.

kans-overeenkomsten zijn, bijna altijd van onzekerheid af!

Nog beter voorbeeld is in art. 269 W. v. B. R. V. gelegen, waar de woorden „het voorgaande artikel” doelen en ook inderdaad alleen kunnen worden toegepast op.... art. 263! De artt. 264—268 n.l. zijn bij een herziening ingevoegd, bij welke herziening men zoowel art. 263 als art. 269 onveranderd liet!

Men zie ook art. 452 W. v. S. R. <sup>1)</sup> in zijn oorspronkelijke redactie. „Het bedrijf dat *in dat huis* wordt uitgeoefend” . . . . door de novelle zijn de woorden „in dat huis” gesteld in plaats van den oorspronkelijken tekst: „aldaar”. Ware nu de novelle *niet* tot stand gekomen; zou de rechter dan dit art. aldus moeten interpreteeren, dat de bordeelhouder, die in 't stadhuis of op 't policiebureau tot de bedoelde vrouw zegt: „Dit is nu 't stadhuis”, of wel: „we zijn hier in een bureau van politie”; — dat die man niet strafbaar is!? M. i. moet hij veroordeeld worden!

Nu een voorbeeld van „ber. Ausl.” van art. 5 W. v. S. R., dat de Ned. strafwet toepasselijk verklaart op den Nederlander, die zich, wáár ook, schuldig maakt aan 't misdrijf van art. 237 (dubbel huwelijk) en andere. 't Valt niet te ontkennen, dat veroordeeling volgens dit art. uitgesloten is indien, nadat een mailboot met Nederlandsche passagiers en bemanning was gestrand op een onbekend, buiten den koers liggend eiland in den Grooten Oceaan, — indien daarna getrouwde scheepsgezellen en passagiers, frères et compagnons geworden zijnde der niet-scheepva-

---

<sup>1)</sup> De bordeelhouder die in het huis waarin hij zijn bedrijf uitoefent, eene niet tot zijn gezin behorende vrouw opneemt, zonder haar vooraf, op voor haar verstaanbare wijze, in tegenwoordigheid van den burgemeester of van den door dezen aangewezen ambtenaar, op diens bureel te hebben bekend gemaakt met het bedrijf dat *in dat huis* wordt uitgeoefend, wordt gestraft . . . etc.

rende bevolking, en meenende hun in Nederland wonende echtgenooten wel nimmer weder te zullen zien, — indien zij dan aldaar gehuwd zijn volgens het dáár geldend recht. — Indien die lieden door eenig onverhoopt toeval weder in Nederland terugkomen, zal de rechter hen niet straffen, daar de ratio legis der geheele strafwet, en die van art. 5 in 't bijzonder, zulks uitsluit; terwijl ook overigens hier wèl dubbel huwelijk aanwezig is, maar niet dubbel huwelijksleven, en B. W. 549—551 <sup>1)</sup> het niet onwaarschijnlijk maken, dat ze hun echtgenooten terugvinden als echtgenooten van anderen.

BINDING beweert dat § 2 v. h. Strafgesetzbuch door „ber. Ausl.” zóó moet geïnterpreteerd worden, dat de „ber. Ausl.” zelf en ook „das Verfahren der *Konsequenz*” <sup>2)</sup> *toegepast mogen worden op alle „Reichstrafrechtssätze.”* Dit „toegepast mogen worden” valt m. i. niet te ontkennen; maar daartoe § 2 zelve berichtend te interpreteren — 't is onnoodig. In B's systeem is het noodig, omdat beide methoden volgens hem voeren tot iets wat *niet* „gesetzlich bestimmt” is. Maar *dan* ware ook een dergelijke interpretatie van § 2 ongeoorloofd, daar kennelijk de onmiddellijke ratio legis dezer § is: alle straf die niet „gesetzlich bestimmt” is, uit te sluiten als bron voor strafsancties. Wat B. wil zou dus hierop neerkomen, dat deze § regelrecht het tegengestelde zou zeggen van wat ze zeggen wil! — We moeten kiezen: óf consequentie en „berichtende Auslegung” voeren tot terreinen buiten het

---

<sup>1)</sup> Zouden deze artt. ook per analogiam toepasselijk zijn op bedoelde scheepsgezellen en passagiers? Ik geloof van neen. Een moeilijke quaestie van Internationaal Privaatrecht knoopt zich aan deze casuspositie!

<sup>2)</sup> Handbuch § 45, pag. 213. Hij noemt daar het gebruik van vooronderstelde voorschriften niet uitdrukkelijk; ik geloof echter dat hij ook op deze deze redeneering toe wil passen.

wettelijk bepaalde, en dan zijn ze verboden; òf ze leveren slechts directe wetstoepassing, en dan zijn ze toegelaten.

II. Indien een wet *andere rechtsvoorschriften, onuitgesprokene, vooronderstelt*, — in dat geval zijn de „onuitgesproken voorschriften” volgens B. ungesetztes Recht, dat uit de wet wordt gevonden. BINDING's theorie *schijnt* hier, wat dit punt betreft, veel sterker dan op andere punten. Als b.v. eene uitzondering in de wet geformuleerd wordt, zóó dat duidelijk uitkomt dat ze uitzondering is, dan volgt daaruit dat ook de „onuitgesproken” regel geldende kracht heeft.

Zeer juist. Maar de regel *is* in dit geval *niet* onuitgesproken. Als ik zeg: „heden moogt ge, bij uitzondering, niet uitgaan”, — dan *zeg* ik ook: „andere dagen moogt ge wèl uitgaan”. En een artikel: „Doodslag wordt nooit, zooals moord, met de guillotine bestraft, maar met hoogstens levenslange gevangenisstraf”, — gesteld dat *dit* artikel bestond en dat geen andere bepaling expresselijk aan „moord” gewijd was, — zou dan in dit artikel niet opgesloten liggen de volkomen rechtsgeldtge bepaling: „Moord wordt met de guillotine bestraft”?

We zeiden dat BINDING's theorie sterker schijnt dan elders in deze groep van gevallen. Immers indien men — in B's. trant — zegt: „De wet zegt iets en de wil der wet is hier rechtsbron voor het niet in de wet gezegde, doch door haar vooronderstelde”, dan is *dat* niet te bestrijden; evenmin is het te bestrijden dat „het geven der wet hier konkludente Handlung is voor 's wetgevers wilsbesluit omtrent het vooronderstelde.” Edoch, hoe komt dit? Hierdoor, dat men voor de uitdrukking „wil der wet” die andere uitdrukking „wil des wetgevers” kan substitueeren, en dan staat er nog juist hetzelfde: „De wet(gever) zegt iets (in de wet), en de wil de(s) wet(gevers) is hier rechtsbron voor het niet in de wet gezegde doch (in) haar

veronderstelde"; dat „het geven der wet hier konkludente Handlung is voor 's wetgevers wilsbesluit omtrent het vooronderstelde" vindt zijn oorzaak daarin, dat „het geven der wet (overal) konkludente Handlung is voor 's wetgevers wilsbesluit omtrent het (in de wet gezegde)."

Verder komt het in dit voorbeeld juist zoo duidelijk uit, dat BINDING's beide theorieën met elkaar in tegenspraak zijn. Het „andere dagen moogt ge wèl uitgaan" is — in B.'s systeem — een vorm van ungesetztes Recht, steunende op den „wil der wet". Maar de konkludente Handlung des wetgevers (die Handlung is hier het gezegde: „heden moogt ge niet etc.") geeft nooit meer dan een praesumptie voor den wil des *wetgevers*. En dienzelfden wil des wetgevers -- B. negeert hem in 't gesetzte Recht! Als die wil in 't gesetzte Recht genegeerd wordt — hoe kan hij dan *via* dat gesetzte Recht verschijnen in het *uit* dat gesetzte Recht gevondene ungesetzte?

Enfin, deze laatste redeneering is *in casu* van weinig gewicht, omdat de *vooronderstelde rechtsvoorschriften* niet anders zijn dan geschreven recht. Ze zijn de duidelijk verklaarde wil des wetgevers, en dus niet: ungesetztes Recht!

III. De *derde vorm* is: dat een wet bestaat waaruit andere voorschriften voortspruiten door „*das sog. Verfahren der Konsequenz.*" Het eenige voorbeeld dat B. hiervan geeft is: dat uit art. 2 der Reichsverfassung <sup>1)</sup> voortvloeit: das Verbot authentischer Auslegung der Reichs- durch Landesgesetze. Maar is dit verbod ungesetztes Recht? Waar „gesetzte" is dat „Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen"? Allermint! Indien b.v. een Beiersche wet eens

---

<sup>1)</sup> Innerhalb dieses Bundesgebietes übt das Reich das Recht der Gesetzgebung nach Maszgabe des Inhalts dieser Verfassung und mit der Wirkung aus, das die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen.

een authentieke verklaring van het Strafgezetzbuch gaf, dan zou daardoor art. 2 R. V. *zelf* geschonden worden, want de Verfassung zegt dat de Rijkswet voorgaat, en de rijks-wet (het strafwetboek) richt zich tot den rechter, niet tot het Beiersche staatsgezag. Gaf dit staatsgezag een interpretatie, waaraan het den rechter wilde binden, dan zou het „vorgehen” van art. 2 R. V. een doode letter zijn. Neen, het authentiek interpreteeren door het Beiersche staatsgezag — ’t ware een van de dingen die verboden zijn door art. 2 R. V., indien men ’t grammatisch en logisch interpreteert: en het resultaat eener interpretatie — dat is toch geen *buiten* de wet liggend recht?

IV. De *vierde vorm* van *ongeschreven recht* dat door het bestaan der wet gesanctioneerd wordt is: de *analogie*, d. i. volgens BINDING: het zoeken naar latente rechtsvoorschriften. Waren de door analogie gevonden voorschriften waarlijk *latente voorschriften*, dan zou de analogie ook waarlijk een rechtsbron zijn, voortvloeiend *uit* de wet. Maar de analogie is zulks niet, omdat — en B. dwaalt m. i. op dit punt — het *niet* ligt „im Wesen des Rechts und der Gerechtigkeit, die gleichartigen Lebenserscheinungen gleichmässig behandeln zu wollen.” <sup>1)</sup> Trouwens — de analogie zooals B. haar opvat, kan, als ik het wel heb, niet gevonden worden; hij wil n.l. aldus analogisch te werk gaan <sup>2)</sup>: eerst vindt men een principe dat het uitgangspunt is voor eenige rechtsnormen; dan overtuigt men zich van de afwezigheid van alle rechtsgronden voor een afwijking van dat principe; en van die afwezigheid moet men *zeker* zijn — hoe is dat mogelijk? Hoe kan men er zeker van zijn dat de wetgever omtrent een niet-voorzien geval, geen afwijking noodig zou

<sup>1)</sup> BINDING Handbuch § 46, pag. 214.

<sup>2)</sup> Ibidem, pag. 215.

oordeelen van de rechtsbeginselen, gehuldigd in wèl voorziene gevallen?

Over aard en wezen der analogie in 't algemeen straks meer, in mijn derde Hoofdstuk. Bezien we eerst de *acht voorbeelden* — of liever de zeven — *van analogische toepassing der strafwet*, die BINDING opgeeft aan het slot van § 47 van zijn „Handbuch”:

1. De al-of-niet-toepasselijkheid van het Eerste Deel van het Strafgesetzbuch op andere speciale delicten dan de in dat wetboek genoemde: — dit is echter geen quaestie van analogie. Men moet òf met VON LISZT <sup>1)</sup> aannemen dat „der gesamte allg. Teil des St. G. B. keine selbständige Bedeutung hat, sondern nur in Beziehung auf die in dem betr. St. G. B. behandelten Verbrechen besteht”; òf men moet aldus redeneeren: het eerste gedeelte (bij ons: het eerste boek van 't Strafwetboek) behandelt een andere materie dan de wetten (of gedeelten van wetten) waarin speciale delicten worden omschreven; het is dus rechtsbron voor de daarin behandelde algemeene regelen; *andere bronnen* dan 't Wetboek bestaan voor de bijzondere delicten, maar voor de algemeene regelen niet. Mij dunkt dat zóó de quaestie zuiverder gesteld is; wat ten aanzien van dit inderdaad zeer moeielijk dilemma nu ook de ware keuze zij voor het Deutsche recht; voor het onze wordt de quaestie gelukkig gecoupeerd door art. 91 W. v. S., dat bepaalt dat de acht eerste Titels van 't Eerste Boek ook toepasselijk zijn „op feiten waarop bij andere wetten of verordeningen straf is gesteld, tenzij de wet anders bepaalt.”

2. Regelen omtrent *concurfus idealis homogeneus* kunnen alleen analogisch worden afgeleid uit § 73. <sup>2)</sup> Vol-

<sup>1)</sup> Lehrbuch § 17, pag. 86. (Ed. 1888).

<sup>2)</sup> Wen eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt, so kommt nur dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafe, und bei

komen juist; § 73 regelt het geval: „Wenn einde und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt”, zonder regelen te geven voor het geval dat men door één daad meerdere malen dezelfde norm overtreedt; het zegt dus wèl dat indien ik met één pistoolschot A. dood en B. wond, dat dan voor 't bepalen der straf alleen het dooden van A. in aanmerking komt; het zegt echter niet wat rechtens is als ik met één pistoolschot A. en B. beide verwond. Analogisch moet dan worden aangenomen dat de strafbepaling tegen verwonding slechts éénmaal mag worden toegepast.

Nu moge men zeggen dat § 73 toepasselijk is bij overtreding van verschillende normen, zoowel door het veroorzaken van één gevolg, als door het veroorzaken van meer gevolgen; maar voor meervoudige overtreding van dezelfde norm door veroorzaking van meerdere gevolgen is het in ieder geval slechts per analogiam bruikbaar.

In het Nederlandsche recht is dit alles evenzoo: men zie art. 55 W. v. S. <sup>1)</sup>. 't Is waar, deze materie is in het Nederlandsche wetboek ietwat vollediger geregeld dan in 't Duitsche: art. 56 regelt het voortgezette delict. Doch dit bewijst hoogstens dit: dat ook het in art. 56 bepaalde <sup>1)</sup> voor het Duitsche recht slechts door analogie uit § 73 kan

ungleichen Strafarten dasjenige Gesetz, welches die schwerste Straftat androht, zur Anwendung.

<sup>1)</sup> Art. 55. Valt een feit in meer dan éene strafbepaling, dan wordt slechts éene dier bepalingen toegepast, bij verschil die waarbij de zwaarste hoofdstraf is gesteld. — Indien voor een feit dat in eene algemeene strafbepaling valt, eene bijzondere strafbepaling bestaat, komt deze alleen in aanmerking.

Art. 56. Staan meerdere feiten, ofschoon elk op zichzelf misdrijft of overtreding opleverende, in zoodanig verband dat zij moeten worden beschouwd als éene voortgezette handeling, dan wordt slechts éene strafbepaling toegepast, bij verschil die waarbij de zwaarste hoofdstraf is gesteld . . . . . etc.

gevonden worden. De zooeven aangeduide gaping echter blijft voor 't Nederlandsche recht bestaan, nl. deze, dat het meermalen overtreden eener zelfde norm door één handeling (met meerdere gevolgen) — dat dit geval niet in de wet wordt geregeld. Art. 56 toch heeft juist het oog op meerdere daden, met meerdere gevolgen, die „elk op zichzelf misdrijf of overtreding” opleveren; en zelfs is in dit artikel weer vergeten dat die daden alle onder dezelfde strafbepaling kunnen vallen; immers het zegt wèl: „dan wordt slechts ééne strafbepaling toegepast”; doch de uitdrukking: „vallen ze alle onder dezelfde strafbepaling, dan wordt die slechts éénmaal toegepast”, ontbreekt, en het in haar veratte moet analogisch worden gevonden.

In den 2<sup>en</sup> band der verzameling „Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen” komt onder n<sup>o</sup>. 105 een merkwaardige casus voor: vier metselaars hadden een stelling gemaakt om op een derde verdieping te arbeiden; ze waren daarbij onvoorzichtig te werk gegaan; twee vrouwen droegen kalk naar boven; de stelling stortte in en de vrouwen stierven. — Nu had het Münchener Landgericht de zaak beschouwd als een geval van concursus realis en § 74 toegepast; het Reichsgericht casseerde, daar § 74 niet toepasselijk was, terwijl weliswaar § 73 hier „seinem Wortlante nach”, niet gelden kon; doch: „der daselbst ausgesprochene Grundsatz, dasz in dem Falle, wenn eine und dieselbe Handlung *mehrere Strafgesetze* <sup>1)</sup>

---

<sup>1)</sup> In dit geval is dat ook op twee wijzen mogelijk: *a.* de eene vrouw sterft, de andere bekommt zwaar lichamelijk letsel (hier is één daad met twee gevolgen); *b.* de eene vrouw sterft, de andere blijft ongedeerd, en de metselaars worden gedagvaard en wegens culposen doodslag, en wegens 't overtreden eener plaatselijke bouwverordening, verbiedende „het zoodanig onvoorzigtiglijk plaatsen van stellingen, dat daardoor iemand eenig nadeel overkomt,” (één daad, één gevolg, twee normen).

verletzt, nur *ein* Strafgesetz..... zur Anwendung zu kommen hat, stellt es auszer Zweifel, dasz auch in dem Falle, wenn eine und dieselbe Handlung eine mehrfache Verletzung *des-selben* Strafgesetzes enthält, das betreffende Strafgesetz nur *einmal* zur Anwendung gebracht werden darf."

Het Reichsgericht overweegt dus dat § 73 analogisch moet worden toegepast.

3. Bestanddeelen van het delict vindt men *niet* door *analogie*, maar door *analogische interpretatie*. Deze twee wil B. niet onderscheiden. Ten onrechte, meen ik. Indien de wetgever op een of andere vraag een onvolledig antwoord geeft, dan heeft hij die vraag voorzien, en dan bestaat de zekerheid (verwant aan de door B. § 46, pag. 215 bedoelde zekerheid) dat de wetgever, indien hij andere principes (of afwijking van de principes) noodig keurde voor deze vraag, dan voor verwante vragen, — dat hij zulks dan zou hebben gezegd. — Bij analogie daarentegen zoekt men antwoord op een vraag die door den wetgever in de wet niet voorzien is. Men moet dus deze twee wèl onderscheiden! In 't eerste geval heeft de wetgever een antwoord gegeven in de wet; nu is nog maar noodig dat antwoord te interpreteren; en dit doen we dan door systematische interpretatie, en wel door die systematische interpretatie, die men de analogische zou kunnen noemen; n.l. *die* systematische interpretatie, waarbij men redeneert: ik weet nu welke plaats deze bepaling in ons rechtssysteem inneemt; en daardoor: welke beginselen uit andere bepalingen op deze bepaling toepasselijk zijn.

B. geeft geen voorbeeld van dit vinden van delictsbestanddeelen door analogie (juister: analogische interpretatie). Ons wetboek biedt een uitmuntend voorbeeld: bij verschillende der z.g. gemeengevaarlijke delicten (brandstichting, veroorzaken van overstroming, enz.) is het vereischte gesteld: „indien daarvan gemeen gevaar voor goederen

(of: levensgevaar, gevaar voor de veiligheid der scheepvaart etc.) te *duchten* is." Deze formule komt in dezen vorm slechts voor bij de opzettelijke delicten dier rubriek <sup>1)</sup>; bij de culpose staat in plaats van „te *duchten* is" het woord „*ontstaat*" of een equivalent. Waarom? Om de poging tot deze opzettelijke misdrijven niet straffeloos te laten. Doch toen amendementen voorgesteld werden om dit vereischte van „te *duchten* is" te veranderen zóó dat duidelijk uitkwam dat het gevolg (nl. het gevaar) moest geweten kunnen worden aan de schuld van den delinquent — toen ontdekten Regeering en Kamerleden in de uitdrukking „indien gevaar te *duchten* is"..... zoo iets als een schuldgraad, en wel..... een objectieven schuldgraad. Het wil dan zeggen: indien de stand van zaken zóódanig was, dat *men* *duchten* kon. — En indien men nu bij andere dergelijke gevolgen nà het voltooide delict, — indien men nu bij die bijkomende voorwaarden voor de strafwaardigheid aldus gaat redeneeren, dat men b.v. bij mishandeling die „zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft" (art. 300) zegt: ook hier is nu vereischte voor dit delict (of dezen delictsvorm) dat het letsel *te duchten was* — dan geeft men door deze redeneering een mooie illustratie van het vinden van delictsbestanddeelen door analogische interpretatie.

4. *Straftoemeting* — die te vinden door analogische interpretatie! *Ja*, indien een strafsanctie den rechter speelruimte laat tusschen minimum en maximum, en bij een of ander bijzonder delict is aangewezen hoe de rechter zich binnen die ruimte bewegen moet — dan is analogische interpretatie van verwante strafsancties geboden; -- doch *neen*, indien — zooals B. wil — door deze analogi-

<sup>1)</sup> W. v. S. R. II, VII, artt. 157—176. De *overtredingen* dezer soort (artt. 424—429) zijn, in dit verband, van wejnig theoretisch belang.

sche interpretatie inderdaad andere strafsancties zouden toegepast worden dan de uitdrukkelijk in de wet genoemde. „Ueberlegung”, genoemd bij doodslag, zou dan als strafverzwarringsgrond gelden bij kinderdoodslag, abortus en verwonding, hoewel zij daar niet wordt genoemd; doch dat mag niet; het mag alleen in zooverre de omstandigheid van „voorbedachten rade” hier voor den rechter een grond is om dichter bij 't maximum der wettelijke strafmaat te vonnissen, doch nooit in zooverre de rechter buiten die maat zou willen gaan; — B. noemt nog een paar voorbeelden, waarvoor m. i. hetzelfde geldt <sup>1)</sup>).

Voor ons recht kan men als voorbeeld opgeven — een dergelijk geeft B. ook voor het Deutsche — dat de bepaling van art. 304: dat de straffen van 300—303 (mishandeling) met een derde kunnen worden verhoogd indien de feiten gepleegd worden tegen moeder, wettigen vader, echtgenoot of kind van den delinquent; — dat deze bepaling zeker geen aanleiding geeft om de strafsanctie tegen belediging door feitelijkheden voor 't geval dat b.v. de moeder beledigd wordt te verhoogen boven haar, in art. 266 genoemd, maximum! En evenmin zal de Deutsche rechter § 213, „die schuldlose Gereiztheit des Täters” bevattende als strafvermindingsgrond bij doodslag, ooit mogen toepassen op andere delicten om daardoor beneden het wettelijk minimum te vonnissen. Want dit alles ware zeer zeker in strijd met den eisch „daz *diese* Strafe *gesetzlich* bestimmt war”, en evenmin ware het te rijmen met onze „daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling”. Daar is geen wettelijke strafbepaling die belediging van de moeder zwaarder straft dan de belediging van wien ook (artt. 261—271).

5. Op pag. 6 dezer dissertatie gebruikte ik het woord „rechtvaardigingsgronden”; dit is zeker geen correcte ver-

<sup>1)</sup> § 47, pag. 221.

taling van B.'s woord „Strafausschliessungsgründe”, hetwelk een uitgebreider beteekenis heeft, en zoo is dan ook van de voorbeelden die hij sub 5 geeft (§§ 51 en 54) het eerste een schuld-uitsluiting, het tweede een rechtvaardigingsgrond. Dat deze beide soorten van „strafuitsluiting”, zoowel volgens Duitsch als Nederlandsch recht, door analogie mogen worden vermeerderd, valt m. i. niet te betwijfelen.

Een casuspositie: § 52, o. a. bepalend dat men niet gestraft wordt voor feiten tot welke men door „eine Drohung, welche mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben seiner selbst onder eines Angehörigen verbunden war, zu der Handlung genöthigt worden ist,” noemt vervolgens die Angehörige op, en daaronder ook: Verlobte. — Moet men nu § 52 niet analogisch toepassen, indien een jongeling een misdrijf begaat, noodzakelijk ter redding van het leven van een meisje dat hij juist ging „vragen”, terwijl dat meisje zich tegenover een intieme vriendin erover uitgelaten had dat ze hem zou accepteren?

Ook bij ruime opvatting van 't woord „Verlobte” <sup>1)</sup> is § 52 hier niet rechtstreeksch toepasselijk. Analogisch is het m. i. zeker toepasselijk.

Intusschen: 't is moeielijk voorbeelden te vinden waarin een dusdanige analogie voor het Nederlandsche recht noodzakelijk is. De rechtvaardigingsgronden worden in de artt. 40—43 opgenoemd, en vooral art. 40 is zéér ruim. Intusschen kan het zich voordoen, dat analogie hier geboden zou zijn. Zoo zal bijvoorbeeld bij al te enge interpretatie van de uitdrukking „wettelijk voorschrift” — zooals die van den Hoogen Raad bij zijn bekend arrest op art. 184 — „het wettelijk voorschrift” analogisch moeten worden toe-

<sup>1)</sup> Zie b.v. OLSHAUSEN, Kommentar z. Straf. ad § 52, n<sup>o</sup>. 24.

gepast op *alle geldige* Koninklijke Besluiten, Gemeenteroordeningen en Waterschapskeuren bij de toepassing van art. 42.

Overigens wil ik in verband hiermede niet voorbijgaan, dat zeer veel te zeggen is vóór de bewering dat „wettelijk voorschrift” niet behoefde in de wet te staan; het ligt in den aard der zaak, dat niet alleen de uitvoering van een wettelijk voorschrift, maar zelfs ook de uitoefening van elke wettelijke bevoegdheid, de strafbaarheid volgens de strafwet uitsluiten, voor zoover deze laatste niet bepaaldelijk anders gebiedt. Men denke aan den arts, aan den schipper, aan de „ouderlijke macht.”

6. De toepasselijkheid van bijzondere gronden voor strafuitsluiting of strafvermindering op de deelnemers (b.v. § 310 en § 313. 2) behoeft niet door analogie te worden gevonden, doch volgt uit § 48. 2 en § 49. 2.

De aangehaalde § 313 bedreigt straf tegen 't veroorzaken van overstrooming, doch veel minder straf indien de dader daarmee slechts het doel had zijn eigendom te beveiligen. Indien ik nu een dergelijke overstrooming met een dergelijk doel wel niet zelf veroorzaak, doch ze *help* veroorzaken, en dat wel zóó dat ik Gehülfe in den zin van § 49 ben, is dan dit bij mij aanwezige motief: „ik heb door raad en daad geholpen, omdat ik mijn eigendom wilde beveiligen” niet reden genoeg om de zachtere bepaling van § 313 toe te passen, daar men n.l. in § 49. 2 leest „Die Strafe des Gehülfen ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich Hülfe geleistet hat”.... etc.?

Men zie ons art. 189, 1<sup>o</sup>. (strafbaarheid van hem, die iemand, die wegens misdrijf vervolgd wordt, verbergt, enz.), en men zie in het tweede lid van dat art. dat men in dit geval zijn bloedverwanten wèl verbergen mag: indien ik nu opzettelijk behulpzaam ben mijn broeder te verber-

gen, zal dan niet uit de artt. 50 <sup>1)</sup> en 78 <sup>2)</sup> volgen dat het tweede lid van 189 op mij toepasselijk is? Wie, met artt. 50 en 78 als brilleglazen, art. 189 leest, moet ook het tweede lid van 189 door dien bril bezien!

Hierbij zegt B. nog: „Wären in G. B. § 209 die Zeugen, Aerzte und Wundärzte vergessen, so würde ihre Strafflosigkeit per analogiam aus der der Sekundanten gefolgert werden müssen“. Volkomen juist. Bij ons net eender; zie art. 156 dat, onder meer, een equivalent van § 209 bevat.

7. Indien de voogd zelf delinquent is — van wien moet dan de klachte uitgaan? Volgens § 65, dat den „gesetzlichen Vertreter“ aanwijst, is dit een quaestie van Burgerlijk Recht, niet van Strafrecht. Wie is wettelijk ver-tegenwoordiger als het belang van den pupil met dat van den voogd strijdt? Als dit niet een quaestie van burgerlijk recht is, welke quaeste is zulks dan wel? Bij ons voorziet het W. v. S. er zelf in; art. 64b noemt toezienden voogd of curator, echtgenote en ook verscheiden bloedverwanten.

---

<sup>1)</sup> De persoonlijke omstandigheden, waardoor de strafbaarheid uitgesloten . . . . . wordt, komen bij de toepassing der strafwet alleen in aanmerking ten aanzien van dien dader of medeplichtige wien zij persoonlijk betreffen.

<sup>2)</sup> Waar van misdrijf in het algemeen of van eenig misdrijf in het bijzonder gesproken wordt, wordt daaronder medeplichtigheid aan en poging tot dat misdrijf begrepen, voor zoover niet uit eenige bepaling het tegendeel volgt.

---

### III.

#### **Grond der Analogie; haar Rechtskracht; haar Methode; en haar Gebied in het Strafrecht.**

Ik wil nu trachten, in 't kort, de theorie, die ik voor de juiste houd, te ontwikkelen en te verdedigen.

Ik begin met de aandacht te vestigen op een climax: *arbitrair* recht, — *gewoonterecht*, — *geschreven* recht, — *uitsluitende codificatie*. De climax ligt in den aard dezer vier, niet in hun historische opeenvolging: het zou absurd wezen te zeggen dat arbitrair recht historisch antérieur is aan gewoonterecht!

Waarin ligt dan deze climax-aard? In de verhouding waarin, in elk der vier gevallen, de beide deelen van het rechtswezen tot elkander staan. Die beide deelen zijn: 1. het vinden van recht, 2. het toepassen van recht. Het rechtssprekende gezag legt als 't ware telkens weer dien weg af, en het midden van dien weg is een heuvel: het objectieve recht. De grond van dat objectieve recht kan varieeren: de wil van een enkele, de wil van meerderen, de gewoonte, de billijkheidsidee van den rechter; maar steeds bestaat dat ideëele iets, dat ideëele geheel van voorschriften, dat het positieve recht is.

Bij 't heerschen van *arbitrair* recht nu is het de rechter zelf, die, geheel vrij, uit zijn eigen ideëen het objectieve recht vindt en toepast.

Is *gewoonte* de rechtsbron, of, om met VON SAVIGNY <sup>1)</sup> te spreken: „het *volksrecht*”, dan moet telkens de rechter nagaan hoe het (uit de gewoonte kenbare) rechtsbewustzijn van het volk omtrent het te beoordeelen geval is, en dat toepassen. Daar echter, bij toenemende beschaving, het rechtsbewustzijn van het volk èn verslapt, zich bepalend tot algemeenheden, èn toch buitendien al ontoereikend wordt voor meer gecompliceerde verhoudingen, treedt dan gaandeweg het oordeel van rechtskenners in de plaats van het oordeel des volks; even als b.v. het krijgswezen zich tot bepaalde individuen in het volk gaat bepalen, zoo geschiedt dat ook met het recht <sup>2)</sup> — Het is te begrijpen dat bij dezen stand van zaken allicht het *arbitrair* recht een zekere plaats naast het gewoonterecht (of „volksrecht”) inneemt <sup>3)</sup>.

Maar tevens is in een dergelijke periode de staatswil werkzaam in het geven van voorschriften <sup>4)</sup>: *keuren, constituties, wetten, ordonnances* enz.; deze alle derogeren aan het gewoonte- en arbitrair recht. Ze binden den rechter aan een bepaalde wijze van zien in bepaalde rechtsvragen. Het komt mij voor, dat voor deze soort van wetten (waar-

<sup>1)</sup> System §§ 12 en 14.

<sup>2)</sup> Men denke aan het Weisthum; aan de *responsa prudentium*; aan den „rath der rechtsverstandigen” waarnaar de C. C. C. verwijst.

<sup>3)</sup> Zie: VAN HAMEL, Inleiding tot de Studie v. h. Ned. Str. R. § 6, pag. 54.

<sup>4)</sup> 't Is te betreuren dat VON SAVIGNY geen verschil ziet tusschen „volkswil” en „staatswil”. 't Is de oude fout van l. 32 § 1 D. I. III. *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur (et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum)*. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt: merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes. Nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

voor ze trouwens bedoeld is) VON SAVIGNY's leer over interpretatie geheel opgaat. In § 13 van het „System” heet het, dat de vorm der wetten is: „die abstracte Form der Regel und des Gebots. Alles andere, was damit verbunden werden könnte, Entwicklung, Darstellung, Einwirkung auf die Ueberzeugung, ist der Natur der Gesetzes fremd und gehört anderen Sphären der Mittheilung an. Dadurch entsteht indessen ein Misverhältnisz zwischen dem Gesetz und dem Rechtsinstitut, dessen organische Natur in jener abstracten Form unmöglich erschöpft werden kann. Dennoch musz dem Gesetzgeber die vollständige Anschauung des organischen Rechtsinstituts vorschweben, wenn das Gesetz seinem Zweck entsprechen soll, und er musz durch einen künstlichen Prozess aus dieser Totalanschauung die abstracte Vorschrift des Gesetzes bilden: eben so musz derjenige, der das Gesetz anwenden soll, durch einen umgekehrten Prozess den organischen Zusammenhang hinzufügen, aus welchem das Gesetz gleichsam einen einzelnen Durchschnitt darstellt”.

En in § 33, over interpretatie: „Jedes Gesetz ist dazu bestimmt, die Natur eines Rechtsverhältnisses festzustellen, also irgend einen Gedanken (sey er einfach oder zusammengesetzt) auszusprechen, wodurch das Daseyn jenes Rechtsverhältnisses gegen Irrthum und Willkühr gesichert werde. Soll dieser Zweck erreicht werden, so müssen Die, welche mit dem Rechtsverhältnisz in Berührung kommen, jenen Gedanken rein und vollständig auffassen. Dieses geschieht, indem sie sich in Gedanken auf den Standpunkt des Gesetzgebers versetzen, und dessen Thätigkeit in sich künstlich wiederholen, also das Gesetz in ihrem Denken von Neuem entstehen lassen. Das ist das Geschäft der Auslegung, die wir daher bestimmen können als die Reconstruction des dem Gesetze inwohnenden Gedankens. Nur auf diese Weise ist es möglich, eine sichere und vollständige

Einsicht in den Inhalt des Gesetzes zu erlangen, und nur so ist daher der Zweck des Gesetzes zu erreichen."

Deze wijze van interpreteeren is *hier* onbetwistbaar goed. Want hier bestaat eenvoudig een *bevel van den staat aan den rechter om op sommige vragen zóó en niet anders te antwoorden*. De andere rechtsbronnen blijven echter bestaan. De rechter past het volksrecht toe, aangevuld door arbitrair recht, en hier en daar gebonden door een geschreven voorschrift. En al worden die geschreven voorschriften vollediger en talrijker, ja, al werden door hen *alle* rechtsquaesties beslist: dan nog zouden daardoor de andere rechtsbronnen niet principieel zijn afgeschaft. Zoo kan een spreuk „*statuta stricte intellegenda contra ius commune*” heerschen; zoo kan de toepassing der wet een onderwerp worden van gewoonte of van juristenrecht; zoo kan een wet in *desuetudinem* vervallen. Men denke aan de wijze waarop de XII Tabb. in practijk werden gebracht; aan de kracht van 't praetorisch edict, waardoor de rechtstoepassende magistraat telkens derogeerde aan wetten, of ze aanvulde; aan het Engelsche recht; aan het Nederlandsche recht der vorige eeuw. Deze en dergelijke dingen kunnen gebeuren, overal waar de scheiding van wetgevende en rechterlijke macht, met het „*uitsluitingsbeginsel*”: *dat geen recht bestaat buiten datgene dat direct of indirect van den wetgever komt*, — nog niet uitdrukkelijk of stilzwijgend is erkend. Vrij volledige wetten, (ze mogen dan *ordonnances* heeten of keuren of hoe ook) kunnen in dat régime bestaan; of ze door *desuetudo* kunnen worden afgeschaft, en hoe ze moeten worden toegepast, *stricte* of niet — ziedaar bloot feitelijke quaestieën. We kunnen eenvoudig vragen: hoe stond het daarmee bij dat volk in die periode? En het antwoord wordt dan gevonden uit dat wat VON SAVIGNY *Volksrecht* noemt, d. w. z.: het hangt alleen dáárvan af, hoe zij die met de rechts-

toepassing belast zijn *doen*, zonder dat staat of volk het hun beletten <sup>1)</sup>).

In 't voorbijgaan wil ik hier even wijzen op een merkwaardige tegenstelling: evenals 't bij gebrek aan bepalingen dienaangaande in Grondwet of andere wetten, een feitelijke quaestie is: „in hoe groote mate bij een volk de wetten worden toegepast als uitsluitend recht”; — evenzeer kan een erkend uitsluitings-beginsel weer worden afgeschafft door een revolutionair optreden der rechterlijke macht: dit is waar BINDING op doelt als hij zegt dat, indien de wetgever, door lethargie bevangen <sup>2)</sup>, niet meer regelend optreedt, dat dan „so gewiss die Ströme seewärts fließen” de practijk regelen zal vinden die het codificatie-recht aanvullen of verdringen. Maar waarom hier liever de zaak verklaren uit den praesumptieven wil des wetgevers, dan uit noodzakelijke handelingen van revolutionair karakter?

Dit in 't voorbijgaan. Laat ons nu het uitsluitings-beginsel beschouwen, in zijn wording en in zijn tegenwoordige beteekenis.

Het is merkwaardig, *hoe de dageraad van een tijdperk van „uitsluitende” wetgeving overdrijft*. JUSTINIANUS overdreef, door zelfs een leerboekje en een bloemlezing uit geschriften over recht — door die beide als codificatieën af te kondigen, en door alle interpretatieve geschriften te verbieden.

En ook het einde der vorige eeuw heeft sterk overdreven. Toen kwam het beginsel op, samengroeiend en saam-

<sup>1)</sup> Daarom noemde ik in Hoofdstuk II, pag. 13-14, dit voor het Duitse Rijk een bloot feitelijke vraag. Facto heerscht daar, omtrent de Rijkswetten, het uitsluitings-beginsel.

<sup>2)</sup> Handbuch § 44, pag. 211.

gegroeid met de leer der trias politica. En nu moge die leer onjuist en onhoudbaar zijn wat betreft de absolute scheiding van uitvoerende en wetgevende macht — de *scheiding van wetgever en rechter* is een uitmuntend denkbeeld. De wetgever legt den weg af tot aan den heuvel (onze vergelijking van daar straks); de verdere weg is het terrein van den rechter. Jammer maar dat b.v. DE MONTESQUIEU niet inzag dat er nog een heel eind weegs bestaat tusschen den „heuvel” en het concrete vonnis. Men leze in het proefschrift van Mr. A. A. CNOPIUS <sup>1)</sup> de merkwaardige citaten uit DE MONTESQUIEU <sup>2)</sup>, BECCARIA <sup>3)</sup>, GLOBIG en HUSTER <sup>4)</sup>, welke den rechters zelfs alle interpretatie ontzeggen, en hen willen maken tot „la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés”.... Men zie verder de citaten bij BINDING § 4. Merkwaardig is wel dit woord van FREDERIK DEN GROOTE: „Wenn Ich (n.l. bij zijn codificatie-arbeid) meinen Eindzweck erreiche, so werden freilich viele Rechtsgelehrte bei der Simplification dieser Sache ihr geheimnissvolles Ansehen verlieren, um Ihren ganzen Subtilitäten-Kram gebracht, und das ganze Corps der bisherigen Advokaten unnütz werden.”

Maar niet slechts in theorieën de iure constituendo vindt men dergelijke uitingen. Een Fransche Wet van Aug. 1790 gelastte den rechter de wetgevende macht te raadplegen zoodra hij een wet wilde interpreteren <sup>5)</sup>; dit stelsel heeft echter niet lang gegolden, want in Dec. 1790

<sup>1)</sup> A. A. CNOPIUS. Analogische Toepassing der Strafwet. Proefschrift. Leiden 1889.

<sup>2)</sup> Esprit des Lois, Livre VI, Chap. 3, en Livre XI, Chap. 6.

<sup>3)</sup> BECCARIA, „Dei delitti e delle pene”, Chap. IV. (In 't Fransch vertaald door MORELLET „Traité des Délits et des Peines, Amst. 1771.)

<sup>4)</sup> „Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung” von GLOBIG und HUSTER, 1783.

<sup>5)</sup> Merkwaardig is, dat ditzelfde middel reeds meermalen was gebruikt

werd een Hof van Cassatie ingesteld, dat een soort van tusschen-macht zou zijn tusschen wetgever en rechter. Het *référé au législateur*, ten einde een authentieke interpretatie uit te lokken, heeft, beperkt zijnde, in verschillende vormen voortgeleefd tot 1837 toe, terwijl levendige strijd bestond omtrent het al of niet terugwerken eener dergelijke authentieke interpretatie. De Fransche strafwetten der revolutie laten den rechter géén vrijheid in straftoemeting, de Code Pénal, met zijn speciale minima, niet veel. — Bij ons vindt men een mislukte poging om een inleiding in de rechtswetenschap bij de wet vast te stellen. En onze Grondwet van 1814 kent in haar artikel 146 een merkwaardige wijze van authentieke interpretatie der Grondwet zelve.

Dit alles echter is voorbij, en het zou absurd zijn te beweren dat onze wetboeken, opgesteld in den bloeitijd der historische school, op een zoo enge wijze moeten worden toegepast. *Voor ons recht* (en ook voor 't Fransche) *is de kwestie bij de wet geregeld*: art. 150 der Grondwet is duidelijk genoeg; de Wet houdende Algemeene Bepalingen eveneens. Streng imperatief eischt zij afkondiging; voor zoover een wet niet is afgekondigd, geldt ze niet; geen wet werkt terug; gewoonterecht krijgt een afhankelijke, aanvullende plaats; geen wet wordt door *desuetudo* afgeschaft. Ook art. 11: de regter moet volgens de wet recht spreken; hij mag in geen geval de innerlijke waarde

---

voor een heel ander doel: n.l. ter versterking van de macht des konings. Louis XIV bepaalde hetzelfde in de ordonnance van 1666. Het Preussische Landrecht van 1721 zegt dat niet in de wet voorziene vragen door het college aan den Koning *mogen* worden voorgelegd ter beslissing. De Beiersche Codex Criminalis van 1751 gelast den rechter gevallen die niet in de wet voorzien zijn analogisch te beslissen, doch de zaak dadelijk aan den Geheimen Raad te melden; datzelfde staat in de (Oostenrijksche) Theresiana van 1768.

of billijkheid der wet beoordeelen. — Tot nog toe is alles streng à la MONTESQUIEU c. s. Doch nu art. 13: stilzwijgen, duisterheid of onvolledigheid der wet — ze beletten den rechter niet te vonnissen: hij *moet* vonnissen. Gewoonterecht aan kant gezet; de wet alleen rest ons dus; en wel alléén de van te voren behoorlijk afgekondigde wet; deze is dan ook volstrekt bindend. Doch waar ze te kort schiet, waar ze *niet* spreekt? *Toch* mag de rechter niet zwijgen. Dit artikel is dus wel een krachtig bewijs dat onze wet niet op 't standpunt van DE MONTESQUIEU c. s. staat. <sup>1)</sup>

Stilzwijgen, duisterheid, onvolledigheid — geen van drieën is een voldoende excuus voor den rechter! En, als deze geen van drieën een excuus zijn, is dan nog wel buiten hen een excuus denkbaar?

In geval van duisterheid zal de rechter, met de duistere wet vóór, zich en tòch zich herinnerend dat de afgekondigde wet voor hem (art. 11) zoo volstrekt mogelijk bindend is, — de wet moeten ophelderen. Ingeval van onvolledigheid — haar aanvullen; in geval van stilzwijgen — een wets-surrogaat zoeken.

Een wetgever nu, die zijn rechter gelast de wet op te helderen, aan te vullen, en er surrogaten voor te zoeken, geeft hiermee inclusief aan den rechter de bevoegdheid en de plicht om de wet te *interpreteeren*, d. i.; bij de toepassing der wet niet eenvoudig aan de letter te blijven hangen, maar recht te spreken met in-het-oog-houding van de beteekenis en strekking, die elk artikel (ook het duidelijkste) heeft door de eigenaardige plaats die 't in 't geheele rechtssysteem inneemt; met in-het-oog-houding van de reden waarom juist *die* zinswendingen en woorden er in voorkomen, en geen andere. Hij moet nagaan,

<sup>1)</sup> Vgl. Art. 4 Code Civil.

wat de bedoeling en de wil des wetgevers waren, en in hoeverre die werkelijk in de wet zijn uitgedrukt.

Boven is reeds ontvouwd, waarom dezelfde beginselen ook van kracht zijn voor de Duitse Rijkswetten.

Wat is echter de *beteekenis, de strekking, de rechtskracht eener geldig aangenomen en geldig afgekondigde wet?*

We zagen reeds <sup>1)</sup> wát de beteekenis eener wet is in den staat <sup>2)</sup>, waarin het uitsluitings-beginsel niet heerscht, waar de staat — om zoo te zeggen — niet het monopolie heeft van recht-vaststellen.

Is 't nu in den staat waar dit wèl zoo is, veel anders? Neen; alleen dit is anders: de codificatie is *uitsluitende rechtsbron*, en dus kan de wijze waarop ze toegepast wordt niet door een andere rechtsbron worden bepaald. Meer verschil is er niet. Want in beide gevallen is de wet *een gezegde van den mensch wetgever tot den mensch rechter*, men zou kunnen zeggen: een open brief van wetgever aan rechter; onverschillig of de wetgever één mensch of een veelhoofdig wezen is. Is de wetgever een veelhoofdig wezen; — nu, dan is er één mensch die zijn gedachten in 't wetsontwerp uit, terwijl anderen het wetsontwerp goedkeuren. De wet zelve heeft geen wil, heeft zelfs geen absoluut bestaan: de wet is een geheel van woorden, en woorden zijn niet anders dan de enunciaties van ideëen.

Daar ik mij verbeeld in de dissertatie van Mr. L. VAN PRAAG <sup>3)</sup> een bijna absoluut juiste en zeer duidelijke uit-

<sup>1)</sup> In het citaat uit VON SAVIGNY, op pag. 35.

<sup>2)</sup> Het is klaar en heider, dat de rechter, zoekende naar volksrecht en naar arbitrair recht, zeer vaak — en met reden! — analogisch te werk zal gaan uit wetten zoowel als uit ongeschreven rechtsregelen. STURM l. c. II § 8, schijnt dit voor het strafrecht de eenige mogelijke soort van analogie te vinden!!

<sup>3)</sup> L. VAN PRAAG, De Beteekenis van „wettelijk voorschrift” in het Wetboek van Strafrecht, den Haag 1890. Geciteerd worden pag. 22 vv.

drukking te hebben gevonden van wat ik zeggen wil, copieer ik daaruit eenige zinsneden:

„De uit te leggen wet is een geheel van door de Regeering in gemeen overleg met de Staten-Generaal gemaakte en door de eerste aan de onderdanen opgelegde bepalingen. Als zoodanig bevat zij den in den afgekondigden tekst neergelegden inhoud van de onderling overeenstemmende wilsbesluiten van Reg. en Staten-Generaal. Op het oogenblik dat deze wilsbesluiten genomen worden, dat wil dus zeggen bij de aanneming van het ontwerp door de Staten-Generaal en bij de goedkeuring door den Koning (art. 121 GW. '87) is de wil van beide gericht op het tot wet verheffen van den tekst, *zoöals* die te voeren door hen is vastgesteld en *in de beteekenis* waarin zij dien hebben vastgesteld. Hiermee is natuurlijk niet bedoeld dat zij den inhoud der wet in al zijn gevolgen daarbij helder voor oogen zouden hebben. Maar alles wat uit de wet kan worden afgeleid, en waaraan de wetgever dikwijls in de verste verte niet heeft gedacht, geldt slechts daarom als wet, omdat het, zij 't latent, ligt opgesloten in het door den wetgever bewust als wet gewilde. Er is dus niet de minste reden om op dien grond met BINDING en OPZOOMER <sup>1)</sup> den wil van de wet te stellen tegenover dien van den wetgever, alsof de eerste uitdrukking iets

---

<sup>1)</sup> (Noot van mij, niet van Mr. VAN PRAAG) Mr. OPZOOMER, Aanteekening op de Wet houdende Algemeene Bepalingen: bij art. 11. Zeer interessante en sijn ontwikkelde beweringen, doch, als ik het wel heb, bijna alle onjuist. O. gaat o. a. zoöver, dat hij het grondwetsartikel „De wetten zijn onschenbaar” (Grondwet 121b) — eenvoudig negeert in den zin, die daar blijkens de gewisselde stukken en debatten aan gehecht werd. Ergo zijn de wetten het object van het toetsingsrecht van den rechter, die onderzoeken mag of haar inhoud wel grondwettig is! Want — art. 121b heeft geen anderen zin dan die in de woorden zelf (zonder toelichting uit de wording der wet) ligt opgesloten!

meer kon zijn dan een overdrachtelijke wijze van spreken, en alsof een wet, een tekst, *werkelijk* kon willen! Willen kan alleen een persoon; een „unpersönlicher Wille” waarvan BINDING spreekt, is een onding.”

En, omtrent de bewering dat de wet dadelijk bij haar ontstaan geheel los is van wat de wetgever heeft willen zeggen, gaat Mr. VAN PRAAG voort:

„Zoo zou wet worden niet wat met zorg is nagegaan en overdacht, niet hetgeen Regeering en Staten-Generaal in 's lands belang achten, maar iets geheel anders, dat voor het resultaat van hun werken in de plaats wordt geschoven, een volkomen onbekende grootheid, waarvan de inhoud afhangt van een blind toeval.”

Ik ben het echter niet volkomen eens met de verklaring die Mr. VAN PRAAG geeft van de uitdrukking „wil der wet”; dat is niet een metaphore voor „wil des wetgevers”, wat ook weer een verkorting zou zijn voor „overeenstemmende wil der wetgevende personen”.

Neen, de uitdrukking: „*wil der wet*” is een *elliptische* uitdrukking, die beduidt: de geheele verklaarde wil van den wetgever, zoowel de bewuste, geheel overeenstemmend met zijn wil en bedoeling, als datgene dat door hem onbewust, buiten zijn weten, doch niet tegen zijn wil, weten of bedoeling verklaard wordt.

En heeft men bezwaar tegen het woord „wetgever” in 't enkelvoud, dan antwoord ik dat de zaak zoo staat: kracht van wet heeft de verklaarde wil van een (mede-) wetgever, die door de andere medewetgevers is goedgekeurd op de voorgeschreven wijze. Wet is de wil, die verklaard is; evenmin de niet-verklaarde wil, als de niet-gewilde verklaring. Niet, omdat dit in 't privaatrecht en in 't natuurrecht ook zoo is <sup>1)</sup>, maar omdat hier geen

<sup>1)</sup> In dezen trant redeneert Dr. SCHAFFRATH.

wet is, geen gedachte van een der wetgevers, goedgekeurd door de medewetgevers.

Want, de beteekenis van de scheiding der staatsmachten — ligt die niet daarin dat de wetgever de eene helft van het rechtswezen regeert, de rechter de andere? Is 't niet veeleer een aanwijzing aan verschillende denkende menschen: dit is uw terrein, wetgever, dat het uwe, rechter; — dan wel dat het te doen is om een wet? De wet is *middel* om deze scheiding door te kunnen voeren, geen doel. Verder voert de leer der trias politica niet.

Men zij nu echter, op dit standpunt staande, voorzichtig met Memories van Toelichting, Kamerdebatten enz. enz. Die geven niet den wil, de bedoeling van den wetgever — maar van dezen of genen der meestemende leden eener vergadering. Vooral stelle men geen praesumpties en ficties als deze: verklaart iemand in de Kamersitting iets, en wordt dit niet tegengesproken, dan heeft die verklaring rechtskracht. <sup>1)</sup> Maar aan den anderen kant vergeete men ook niet dat deze materialen een goed middel vormen om den wil en de bedoeling van den wetgever op 't spoor te komen, en vooral om de beteekenis te vinden die een of andere technische term in de oogen der wetgevers had. Het eenvoudigste is wel, als een of andere beteekenis van een woord herhaaldelijk in de stukken stilzwijgend wordt aangenomen.

SCHAFFRATH zegt (§ 17) . . . . dasz in constitutionellen Staaten (soms) ein *jeder* von den drei Factoren der gesetzgebenden Gewalt eine gesetzliche Bestimmung aus ganz andern, ja aus verschiedenen, ja, grade aus *entgegengesetz-*

---

<sup>1)</sup> VON WÄCHTER heeft in 1835 „De Lege Saxonica” geschreven en eveneens een Duitse vertaling daarvan, welke is afgedrukt in § 40 van SCHAFFRATH's boek. v. W. heeft daarin een vernuftig uitgewerkt geheel van dergelijke ficties en praesumpties opgesteld, waar SCHAFFRATH terecht tegen te velde trekt, hoewel deze laatste soms steunt op de zonderlingste natuurrechtelijke beweringen.

ten Gründen, und selbst in *verschiedenem* Sinne annimmt. Diesz erklären sie oft ganz offen und ausdrücklich, oft nicht.... Nicht über die Motiven und Auslegung, sondern *nur* über die *Worte* des *Gesetzentwurfs* wird abgestimmt.

Zeer juist — maar: indien de bedoeling, de wil, des voorstellers in de wet kenbaar is, ja, in de wet *verklaard* en *herkenbaar* is — dan hebben de voorstemmers zulks gebillijkt. Alleen bedoelingen die buiten de geschreven tekst liggen *kunnen* (*behoeven* niet eens) uitdrukkelijk worden gedesavoueed. Indien echter èn de bedoeling der voorstellers, èn die andere der voorstemmers in den tekst herkenbaar is? De rechter zal dan m. i. moeten kiezen, welke van beide 't meest overeenstemt met de andere deelen der wet en der wetgeving.

De beraadslagingen en stukken missen alle vis legis — doch zijn een hulpmiddel om de beteekenis der in de wet gebruikte woorden en zinswendingen te vinden; — om den wil des wetgevers te vinden waar die in de wet is uitgedrukt op onduidelijke wijze; — om de ratio legis op 't spoor te komen; — een uitnemend hulpmiddel zijn ze daarvoor!

Het volgt uit dit alles, dat de rechter, een wetsartikel toepassend, dat artikel (al is 't nog zoo duidelijk) zal moeten *interpreteeren*, d. w. z. *beteekenis en strekking opsporen, die door den wetgever in een wetsartikel gelegd is*. Niet wat hij er in heeft willen leggen zonder zulks te doen, evenmin datgene wat er wel in te lezen is, doch tegen 's wetgevers wil zou indruischen; maar wèl al wat de wetgever bewust gewild en gezegd heeft, eveneens alles wat hij daardoor onbewust wilde. Onbewust — want het is onmogelijk dat een sterveling, een regel stellende, alle gevolgen van dien regel inziet.

Na deze laatste opmerking zal wellicht iemand mij toeroepen: „Maar dan vaart ook gij in 't schuitje van BIN-

DING!" Toch niet. Ik meen dat mijn opvatting strookt met den aard der dingen, dat ze inductief uit de eenvoudige werkelijkheid kan worden afgeleid. Indien ik, wetgever zijnde, b.v. aldus redeneer: om velerlei redenen is het wenschelijk dat (opzettelijke) doodslag bestraft worde; want doodslag is een kwaad, en straf is een geschikt maatschappelijk palliatief. Stel verder dat ik niet doorredeneer, en dat het begrip „noodweer" niet in mijn gedachten opkomt; dan zal ik b.v. bevelen: „Doodslag wordt bestraft met de galg." Wat is nu mijn *wil*? Deze: dat óók doodslag uit noodweer bestraft worde. Het kan zijn dat dit niet in mijn *bedoeling* lag: doch die negatieve bedoeling, die voor mijn eigen kenvermogen onbewust bleef, heeft zich niet geuit in een *wil*, nog minder in een *gezegde* dat drager van zulk een *wil* was. Ware ik nu despoot, dan zou mijn met rechtsbedeeling belaste dienaar, door doodslag met den koorde te straffen, niet anders doen dan mijn *wil* uitvoeren <sup>1)</sup>. Doch door mijn *gezegde* *analogisch* uit te breiden b.v. tot poging tot doodslag, tot culposen doodslag, tot hulpverzuim in levensgevaar.... daardoor zou mijn dienaar *niet* mijn wil toepassen, hij zou slechts dáárnaar *gissen*, welke *wil* bij mij omtrent die feiten aanwezig zou zijn, indien ik er over nagedacht had; en die gissing zou zich gronden op de bekendheid met mijn *bedoeling*, die zich geuit heeft in een *verklaarden wil* omtrent doodslag!

Ik neem dus als vaststaande aan: *dat alle interpretatie is: het opsporen van de beteekenis en strekking, die door*

---

<sup>1)</sup> Volgens *deze* redeneering is het duidelijk, dat berichtigende Auslegung, consequentie en voorondersteld recht vallen onder 't zoeken naar den *wil* des wetgevers; en wel de eerste onder 't zoeken naar den verkeerd gezegden (doch herkenbaren) wil; de tweede onder 't zoeken óf naar den bewusten óf naar den onbewusten wil; het derde onder 't zoeken naar den niet uitdrukkelijk, doch wel duidelijk, gezegden wil.

's wetgevers wil in een wetsartikel (of in een geheele wet) is neergelegd.

Een eerste methode hiertoe is de *grammatisch-logisch-systematisch-historische* interpretatie. De rechter moet n.l. 1<sup>o</sup>. goed nagaan wat de grammatische zin der bepaling is (volgens de beteekenis van de woorden en zinswendingen op 't oogenblik dat de wet opgesteld werd); 2<sup>o</sup>. logisch redeneeren en daardoor vinden wat de practische uitvloeiselen der bepaling <sup>1)</sup> zijn; 3<sup>o</sup> de bepaling beschouwen in verband met het geheele rechtssysteem en de eigenaardige plaats die ze daarin inneemt; en 4<sup>o</sup>. nagaan wat rechtens was, vóórdat dit wetsartikel bestond, om te zien welke verandering het bestemd was te veroorzaken. Deze vier dingen kunnen slechts in verband met elkaar geschieden. Overal waar de rechter een bepaling vindt, in strijd met andere, daar zal hij moeten trachten den wil des wetgevers op te delven en dat wel in de eerste plaats door systematisch te beproeven de bepalingen toch met elkaar te rijmen, of anders die bepaling, die niet met het overige te rijmen is, zoo te wijzigen dat ze zulks wel is.

Dit laatste is „berichtigende Auslegung”, die meestal òf extensieve of restrictieve interpretatie is. Het is niet anders dan het zoeken naar den (onduidelijk en verkeerdelijk) uitgedrukten wil des wetgevers; is de gevonden wil des wetgevers niet meer te rijmen met het gezegde, is de wil in dat gezegde absoluut niet herkenbaar <sup>2)</sup>, dan is m. i. de

<sup>1)</sup> Hierin ligt al opgesloten wat B. noemt „des Verfahren der Konsequenz”.

<sup>2)</sup> Hiervan een voorbeeld te geven is voorwaar niet gemakkelijk. Eén voorbeeld komt er dicht bij. Blijkens de verklaringen in de Tweede Kamer (28 October 1880) van den Heer DE SAVORNIN LOHMAN en van Minister MODDERMAN, waren zoowel de C. v. R., als de Staatscommissie, als de opeenvolgende regeeringen van oordeel dat de quaestie van „ondeugdelijke middelen” (bij poging) niet door de wet moest worden

„ber. Ausl.” uitgesloten en het wetsartikel in quaestie zal als niet geschreven moeten worden beschouwd.

Maar aan de „ber. Ausl.” rest alvast dit drie-deelige terrein: 1. wetsdeelen verbeteren die in strijd zijn met andere wetsdeelen (b.v. art. 1507 B. W., dat, letterlijk toegepast wordende, in strijd zou zijn met de aansprakelijkheid voor evictie en met art. 2014); 2. wetsdeelen verbeteren die in strijd zijn met den wil des wetgevers (*redactiefouten*; voorbeelden daarvan gaf ik op pag. 18 n.l. art. 269 B. R. V., art. 1811 B. W.); 3. wetsdeelen verbeteren die in strijd zijn met 's wetgevers bedoeling, met de z.g. ratio legis (zie op pag. 19 de restrictieve interpretatie van art. 5 S. R.).

Zooals elke interpretatie, zoo kan ook deze zich òf voordoen in den gewonen vierledigen vorm (grammatisch-logisch-systematisch-historisch) òf in andere vormen.

Opmerking verdienen drie bijzondere gevallen der vierledige methode; het vinden van *vooronderstelde voorschriften* en van wat BINDING noemt „*consequentieven*”; 't komt mij voor dat deze beide bijzondere vormen zijn waarin het *logisch* element sterk uitkomt. Een bijzondere vorm van het *systematisch* element zien we, in de reeds besproken *analogische* interpretatie; men zie pag. 27—28 waar ook een voorbeeld besproken werd.

Hoe moet de interpretat handelen met *drukfouten*, na de sanctie der wet ingeslopen; dus òf bij de promulgatie òf bij de publicatie? Hij moet m. i. in 't oog houden dat de vast-

---

beslist, doch aan *de wetenschap* (!) overgelaten. Daargelaten nog dat dit strijdt met het begrip van uitsluitende wetgeving en met S. R. art. 1 — is deze bedoeling der wetgevers m. i. in de wet *niet* herkenbaar. Ze blijft dus buiten rekening. Doch art. 45 blijft gelden, als drager van vele wilsbesluiten des wetgevers omtrent andere dingen. De vraag van ondeugdelijke poging moet nu door interpretatie en met in't-oog-houding van art. 1 worden beantwoord.

gestelde tekst niet is afgekondigd en de afgekondigde niet vastgesteld. Hij zal dus nagaan: wat moet er staan? En is dit in het afgekondigde herkenbaar, dan kan de drukfout geen kwaad; is het er niet in herkenbaar, dan is noch de afgekondigde, noch de vastgestelde tekst, geldende wet.

Ik sprak daarstraks van interpretatie ook buiten den gewonen vierledigen vorm. Een voorbeeld wil ik hiervan geven: de Memorie van Toelichting ziet in *opzet* gericht èn op daad èn op gevolg: „het normaal subjectief vereischte voor alle *misdrijven*”. Is een misdrijf culpoos — het wordt er duidelijk bij gezegd! Bij de andere vindt men òf het woord „opzet” of een equivalent (b.v. „oogmerk”; <sup>1)</sup> „wetende dat”) òf een verbum dat taalkundig het opzet in zich sluit (b.v. mishandelen, verleiden, te vondeling leggen). Nu is b.v. in art. 140 deze taalkundige kracht van het verbum (*deelnemen* aan eene vereeniging die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven) hoogst twijfelachtig; toch moet hier het bekend zijn met dit oogmerk als delictsbestanddeel gelden, 1. daar de in de M. v. T. uitgedrukte betekenis *best* uit de wet herkenbaar is, en 2. omdat analogische interpretatie ons in die vertolking der wet, steunt. (N.l. de analogie met alle misdrijven, waarin 't „opzet” in 't verbum ligt opgesloten).

Dit alles — het derde Hoofdstuk tot hiertoe — was slechts een aanloop, (een lange, doch noodzakelijke), om mijn opinie over analogie te zeggen.

Een staalkaart van opinies over deze quaesties: „Wat is de rechtsgrond der analogie? Wat haar methode? Wat haar rechtskracht? Wat haar gebied in het strafrecht? Is uitbreiding van dat gebied wenschelijk?” Verwacht die

---

<sup>1)</sup> „Oogmerk” is geen equivalent van „opzet”; doch 't meerdere sluit het mindere in.

hier niet, lezer! Alleen dit: het antwoord dat gewoonlijk op de laatste twee vragen gegeven wordt, nadert aan een: „der Jude wird verbrannt!” Want vele schrijvers ontkennen het bestaan der analogie in het strafrecht. MERKEL heeft een tusschenopinie; HÄLSCHNER verdedigt de analogie, doch heeft van de beteekenis der wet en van den wil des wetgevers m. i. een gezonder opinie dan BINDING. Vele oudere schrijvers (THIBAUT, KLEINSCHROD e. a.) verwarren haar met extensieve interpretatie; STURM, LUDEN, SCHÜTZE, RUBO, VON LISZT e. a. houden ze voor uitgesloten. Alleen SCHAFFRATH's opinie wil ik hier even bespreken; ook hij sluit haar uit, maar -- in zijn „Theorie” ten minste -- bedenkt hij niet, dat analogie nog iets anders kan vinden dan een vermeerdering van delicten. Strafrecht is volgens hem uitzonderingsrecht, analogie is ook uitzondering; en daarom kan de tweede niet op het eerste worden toegepast. Analogie <sup>1)</sup> is uitzondering — omdat zij 't eenige geval vormt waarin men den niet-uitgesproken wil des wetgevers mag praesumeeren. Dit nu is onjuist. Want in den staat waar recht alleen gevormd wordt door die rechtsgedachten, die door den wetgever worden uitgesproken en gesanctioneerd en afgekondigd — nu, daar bestaat geen recht buiten *dat*; waarin trouwens *uitspreken* en *sanctioneeren* en *afkondigen* evenzeer essentialia zijn als *willen*. Verder schendt men door deze praesumptie de scheiding der staatsmachten. En ten laatste, — het is onmogelijk om naar den wil des wetgevers te gissen, 't wordt een raden in 't blinde; indien de wetgever de materie ooit regelt, zal hij ze mogen regelen net zooals hij verkiest. Wat te gissen is is hoogstens dit: hoe zou de

---

<sup>1)</sup> SCHAFFRATH spreekt van Gesetzes- und Rechtsanalogie. Tusschen die twee bestaat geen wezenlijk verschil. Zie Mr. CNOPIUS, l. c. pag. 20 v.v., die de onderscheiding bestrijdt. Zie ook pag. 55 dezer dissertatie.

wetgever 't geregeld hebben, als hij het precies volgens dezelfde beginselen had geregeld als andere dingen? — En het antwoord op deze vraag levert nooit een praesumptie voor den wil des wetgevers! Vooral niet als b.v. sedert een ministerieele crisis heeft plaats gehad, een staatscommissie ontbonden is, de Kamers „om” zijn gegaan!

Wat is de *rechtsgrond der analogie*? In alle bescheidenheid komt het mij voor, dat BINDING — en anderen! — het te diep zoeken. Al de theorieën, hoe geleerd ook, van den praesumptieven wil, van de „konkludente Handlung”, van den wil der wet om consequent te zijn — het zijn klanken, holle klanken!

Bij „uitsluitende” wetgeving blijft de rechter, voor zoover niet het tegendeel bepaald is, bevoegd en verplicht over alle quaesties die men hem voorlegt, te vonnissen — (art. 13 A. B.) — ook al vallen die quaesties buiten de wet. Daar staan in den „uitsluitings”-staat naast elkaar: 1°. de codificatie, *bestemd* om de rechtsverhoudingen in haar geheelen omvang te regelen; 2°. de rechter, die alle concrete gevallen moet beslissen; 3°. de scheiding van rechter en wetgever.

Welnu, daar de rechter een staatsorgaan is, belast met het vellen van vonnissen volgens de voorschriften der codificatie, daar hij *zelf* geen *algemeen voorschrift* <sup>1)</sup> mag vaststellen, zelfs niet voor één bepaald geval; daar de codificatie, volgens het staatsrecht, de eenige instructie van den wetgever is, waarbuiten geen recht bestaat — zoo volgt uit al deze praemissen logisch en noodzakelijk, dat daar, waar de rechter over een niet in de codificatie besliste vraag moet vonnissen, — hij toch het wetboek moet trachten toe te passen, zoo dit mogelijk is; een vonnis,

---

<sup>1)</sup> Het „*iudicium dabo*”: de „wandeling tot aan den heuvel” is hem verboden.

een *rechtsuitvloeisel* moet hij geven; het recht waaruit het vonnis *onmiddellijk* kan voortvloeien bestaat niet, — wèl echter bestaat recht waaruit het *middellijk* kan voortvloeien; — welnu, concludeerend zeg ik, dat daar waar interpretatieve wetstoepassing onmogelijk is, analogische wetstoepassing geboden is. *Niet* omdat hier een latente norm bestaat: die bestaat alleen daar waar de wet een niet uitgesproken gedachte vooronderstelt. Ja, de door analogie te vinden regel is *latent*, en mocht men aannemen dat alle recht per se dogmatisch- en systematisch-consequent is, dan ware ze een latente *norm*. Nu is de te vinden regel latent, zonder norm te zijn, en hare toepasselijkheid grondt zich daarop, dat de rechter recht moet spreken, zonder recht te scheppen, en dat zijn eenige instructie, 't wetboek, hem in den steek laat.

Wat is de *kracht* en de *beteekenis der door analogie gevonden regel*?

Om dit na te gaan wil ik B's uitdrukkingen *Gesetzeslücke* en *Rechtslücke* hier gebruiken, om naar hun voorbeeld naast zijn woord „rechtssurrogaat” het woord: „*wets-surrogaat*” <sup>1)</sup> op te stellen. De analogische wetstoepassing geeft recht, zij 't dan ook indirect, en dat recht is wetssurrogaat; daar waar echter zelfs de analogische wetstoepassing onmogelijk, totaal onmogelijk wordt — zoo als bij ons in vele vragen van Internationaal Privaatrecht, daar zoeken de rechter een rechtssurrogaat. Hij *moet* immers vonnissen!

't Verschil tusschen deze twee is van groot practisch belang; de vonnissen zelf waarin ze toegepast worden, hebben natuurlijk dezelfde kracht als andere vonnissen; doch...

<sup>1)</sup> Het woord „rechtssurrogaat” wordt hier gebruikt in denzelfden zin als bij BINDING.

voor den rechter is een door analogie gevonden regel bindend, indien hij haar juistheid niet betwisten kan; komt echter een advocaat aan met een *rechtssurrogaat*, en erkent de rechter dat dit surrogaat billijk, logisch en in 't belang der menschheid is, — dan belet niets (dan wellicht de moraal) den rechter om toch een ander surrogaat te zoeken. Immers hier is hij op een terrein buiten de wet, op een terrein waar hij geheel vrij zich bewegen kan, waar hij de eenige instructie heeft: „als gij geen vonnis velt, wordt ge wegens rechtsweigerig vervolgtd.” Dit terrein der rechtssurrogaten is een ander dan dat der analogie; de rechter mag zich er alleen dan op begeven, als noch de interpretatie, noch de analogie de te beantwoorden vragen kunnen oplossen. Waarom? Omdat de wet zijn instructie is, zijn eenige instructie; — welke omstandigheid hem gebiedt om, waar hij die instructie wegens haar onvolledigheid niet kan opvolgen, toch in haar geest te handelen, zoolang zulks mogelijk is.

Een (analogisch) wetssurrogaat, in 't geding gebracht zijnde, is voor den rechter die de juistheid dier analogische toepassing erkent, even bindend als voor hem een interpretatie is, welke juistheid hij erkent.

Ook in *hooger beroep en in cassatie* zullen wetssurrogaten een andere beteekenis hebben dan rechtssurrogaten. Wordt een analogische wetstoepassing bestreden, dan is de vraag voor den appèlrechter deze: is de analogie hier *juist* of *onjuist*? Wordt een rechtssurrogaat bestreden, dan is de vraag: is deze oplossing van de zaak nu wel de *billijkste* of *humaanste*?

*Cassatie* tegen onjuiste analogische wetstoepassing is mogelijk, als zijnde cassatie tegen onjuiste wetstoepassing <sup>1)</sup>; cassatie tegen een rechtssurrogaat is alléén en uitsluitend

<sup>1)</sup> Art. 99, 2°. R. O. e. f. art. 346 e. S. V.

mogelijk uit dezen hoofde: dat de zaak door interpretatie of door analogie had kunnen worden beslist.

Als voorbeeld verwijs ik naar 't op pag. 26 vertelde: het Reichsgericht casceerde een onjuiste toepassing van § 74, overwegende dat analogische toepassing van § 73 hier op haar plaats zou zijn: hadde nu echter het vonnis a quo eens in plaats van § 74, een onjuiste analogie uit § 73 toegepast, — onderstel b. v. dat het de dwaze overweging bevatte: „overwegende dat § 73 hier analogisch moet toegepast worden met dien verstande, dat de rechter genoopt is het strafmaximum toe te passen” (dit zou iemand *desnoods* kunnen lezen in „die schwerste Strafart”!) dan ware cassatie toegelaten van deze onjuiste analogische toepassing. En hooger beroep en cassatie uit hoofde van analogie zijn niet binnen bijzondere grenzen beperkt: ze zijn mogelijk: èn 1°. uit hoofde van analogische toepassing, welke noodig was, doch onjuist is uitgewerkt; èn 2°. uit hoofde daarvan dat de letter der wet is toegepast waar analogisch had moeten worden gevonnisd (b. v. het Reichsgericht over § 74); èn 3°. uit hoofde daarvan dat analogische toepassing dáár heeft plaats gevonden, waar interpretatie had moeten geschieden.

Met *rechtssurrogaten* is 't anders gesteld. Stel dat een vonnis in eersten aanleg de overweging bevat: „O. dat onze wet geen bepaling inhoudt waaruit rechtstreeksch of analogisch zou kunnen worden beantwoord: de vraag of in dit geding omtrent opeisching van verloren roerend goed de rechter het Nederlandsche recht of in casu het Engelsche recht toe moet passen; — verklaart het Nederlandsche recht toepasselijk etc.” Nu zal de appèlrechter vrij zijn om indien partij tegen deze toepassing van Nederlandsch recht opkomt, juist dát recht toepasselijk te verklaren, waarvan hem de toepasselijkheid hier het beste voorkomt; cassatie kan hier niet helpen. Wel zullen èn

hooger beroep en cassatie hier kunnen helpen, indien de vraag, volgens den hooger en rechter, wel per analogiam hadden kunnen worden beantwoord, of (wat in casu wel bijna niet denkbaar is) indien, volgens den hooger en rechter, de vraag door interpretatie kon worden beantwoord.

Wat is de *juiste methode om analogie toe te passen?* Mij dunkt dat de door BINDING aangegevene methode ook voor de analogie, zooals ze in dit proefschrift wordt opgevat, juist is, mits ingericht voor het doel, dat haar *hier* wordt toegeschreven. Terecht ontkent B. alle principieele onderscheidingen van rechts- en wets-analogie; hij ziet daarin slechts een practisch verschil, gelegen in de „Breite des Ausgangspunkts.” Rechtsanalogie zou afgeleid worden uit de *geheele* wet; wetsanalogie slechts uit enkele artikelen; — aldus de traditioneele onderscheiding, die vergeet dat elke analogie slechts *volgt* uit een wetsuitlegging. In deze wetsuitlegging nu kan of het systematische of b.v. het logische element het leeuwenaandeel hebben; zij kan tot uitgangspunt hebben: de wet, en wel voornamelijk een bepaald artikel; of wel de wet in haar geheel. Principieele onderscheidingen kunnen zich aan *deze* onderscheidingen bezwaarlijk vastknoopen!

„Jede Analogie” zegt BINDING, „besteht aus vier Akten.”

De eerste is dan: het vinden van een principe, dat ten grondslag ligt aan een of meer gedeelten der wet; d. i.: aan een of meer *geïnterpreteerde* gedeelten der wet. Daarop volgt: het vinden van *zekerheid* dat er geen rechtsgrond (ratio legis) bestaat voor afwijking van dat principe. (Hierbij wil ik de opmerking maken, dat die zekerheid voor 't doel waarvoor B. die wil ('t vinden van *latente normen*), niet te vinden is; ze zou te vinden zijn, indien *consequentie* waarlijk in het wezen van „Recht und Gerechtigkeit” gelegen ware; dan zou men ook kun-

nen zeggen: de wet geeft nergens aanleiding om hier een reden tot afwijking te onderstellen, en dus volgt uit de wet dat ook deze latente norm geldende kracht heeft. Bij de opvatting der analogie echter, die in dit proefschrift verdedigd wordt, kan zekerheid verkregen worden, in zoverre als men zegt: analogische toepassing is toepassing van regelen die met den geest der wet overeenstemmen; ze is dus alleen *dàn* juist, wanneer de wet nergens aanleiding geeft tot afwijking van het gevonden principe; is dit laatste het géval, dan is ook die afwijking zelf, waartoe de wet aanleiding geeft, uitgangspunt voor haar analogische toepassing <sup>1)</sup>; bij „voortgezet onderzoek” is dus de vereischte mate van zekerheid te verkrijgen..... in zoverre n. l. voldoende materiaal en voldoende kennis der ratio legis voorhanden is.)

Het derde tempo is een redeneering, die hierop neerkomt: het gevonden principe *zelf* heeft geldende kracht, ook buiten de normen waarin 't belichaamd is; dat wordt, bij onze opvatting, eenvoudig dit: het gevonden beginsel is nu uitgangspunt voor het vinden van speciale regelen. Het vierde tempo is dan: 't vinden dier speciale regelen, die zich volgens B. verhouden tot de normen, die 't uitgangspunt der operatie waren, als broeder- en zusternormen. In ons systeem zou men liever moeten zeggen: als bastaardkinderen tot den vader.

In hoeverre is de analogie in 't strafrecht toegelaten? Onbeperkt, waar door interpretatie geen antwoord op een vraag te vinden is; — de eenige uitsluiting ligt in art. 1 S. R. (§ 2 Strafgesetzbuch). Die artikelen, het Hollandische en het Deutsche, zijn identisch. Zij sluiten uit: analogische vermeerdering van 't aantal strafsancties (waar-

---

<sup>1)</sup> Vgl. pag. 6—8.

van een bijzonder geval is: analogische toepassing der norm); en bovendien verbieden zij die analogische interpretatie, waardoor straftoematingsgronden boven (of beneden) het speciale maximum (of minimum) zouden worden overgebracht op andere delicten dan die waarbij zij vermeld zijn. M. a. w. een feit dat niet valt onder de geïnterpreteerde norm die met een sanctie voorzien is, kan nooit analogisch aan die sanctie vastgehecht worden; en van de beperking der analogische interpretatie vindt men een voorbeeld <sup>1)</sup> opgesloten in B.'s opmerking (§ 47, pag. 220, noot 8): „Es wäre sehr wünschenswert, die privilegierte Strafe des Kindesmordes der Mutter zu gute kommen zu lassen, die ihr getötetes eheliches Kind für ein uneheli-

#### E R R A T U M.

Op pag. 57, regel 5 van onderen, staat: „(zoowel bij art. 57 als bij 58)”; dit moet wezen: „(zoowel bij art. 56 als bij 57).”

---

als bij 58); vgl. pag. 26; <sup>2)</sup>

3. bij te enge interpretatie van art. 42 is ze noodig om art. 42 uit te breiden tot alle geldige Koninklijke Besluiten enz. (vgl. pag. 30—31).

---

<sup>1)</sup> Meer voorbeelden op pag. 29.

<sup>2)</sup> Immers ook in deze beide artikelen is vergeten: »Vallen ze alle onder dezelfde strafsancie, dan” . . . (zie pag. 26).

nen zeggen: de wet geeft nergens aanleiding om hier een reden tot afwijking te onderstellen, en dus volgt uit de wet dat ook deze latente norm geldende kracht heeft. Bij de opvatting der analogie echter, die in dit proefschrift verdedigd wordt, kan zekerheid verkregen worden, in zoverre als men zegt: analogische toepassing is toepassing van regelen die met den geest der wet overeenstemmen; ze is dus alleen *dàn* juist, wanneer de wet nergens aanleiding geeft tot afwijking van het gevonden principe; is dit laatste het géval, dan is ook die afwijking zelf, waartoe de wet aanleiding geeft, uitgangspunt voor haar analogische toepassing <sup>1)</sup>; bij „voortgezet onderzoek” is dus de vereischte mate van zekerheid te verkrijgen..... in zoverre n. l. voldoende materiaal en voldoende kennis der ratio legis voorhanden is.)

Het derde tempo is een redeneering, die hierop neerkomt: het gevonden principe *zelf* heeft geldende kracht, ook buiten de normen waarin 't belichaamd is; dat wordt, bij onze opvatting, eenvoudig dit: het gevonden beginsel is nu uitgangspunt voor het vinden van speciale regelen. Het vierde tempo is dan: 't vinden dier speciale regelen, die zich volgens B. verhouden tot de normen, die 't uitgangspunt der operatie waren, als broeder- en zustersnormen. In ons systeem zou men liever moeten zeggen: als bastaardkinderen tot den vader.

In hoeverre is de analogie in 't strafrecht toegelaten? Onbeperkt, waar door interpretatie geen antwoord op een vraag te vinden is; — de eenige uitsluiting ligt in art. 1 S. R. (§ 2 Strafgesetzbuch). Die artikelen, het Hollandische en het Deutsche, zijn identisch. Zij sluiten uit: analogische vermeerdering van 't aantal strafsancties (waar-

---

<sup>1)</sup> Vgl. pag. 6—8.

## ERRATUM.

Op pag. 57, regel 5 van onderen, staat: „(zoowel bij art. 57 als bij 58)”; dit moet wezen: „(zoowel bij art. 56 als bij 57).”

---



van een bijzonder geval is: analogische toepassing der norm); en bovendien verbieden zij die analogische interpretatie, waardoor straftoemettingsgronden boven (of beneden) het speciale maximum (of minimum) zouden worden overgebracht op andere delicten dan die waarbij zij vermeld zijn. M. a. w. een feit dat niet valt onder de geïnterpreteerde norm die met een sanctie voorzien is, kan nooit analogisch aan die sanctie vastgehecht worden; en van de beperking der analogische interpretatie vindt men een voorbeeld <sup>1)</sup> opgesloten in B.'s opmerking (§ 47, pag. 220, noot 8): „Es wäre sehr wünschenswert, die privilegierte Strafe des Kindsmordes der Mutter zu gute kommen zu lassen, die ihr getötetes eheliches Kind für ein uneheliches gehalten, und umgekehrt der Mutter sie zu versagen, die ihr uneheliches Kind für ehelich geboren erachtet hat. Allein § 2 untersagt dies.”

Binnen deze beperkingen zijn analogie en analogische interpretatie toegelaten; men zie hierover wat ik onder II schreef over de 7 voorbeelden van BINDING; daar ons wetboek echter een vrij volledig wetboek is, vindt men ten onzent niet veel voorbeelden van de noodzakelijkheid der analogie; feitelijk kan ik voor het Nederlandsche recht slechts drie voorbeelden geven waarin ze noodig is:

1. bij concursus idealis homogeneus (vgl. pag. 25—26);
2. bij concursus realis homogeneus (zoowel bij art. 57 *en 56* als bij 58); vgl. pag. 26; <sup>2)</sup>
3. bij te enge interpretatie van art. 42 is ze noodig om art. 42 uit te breiden tot alle geldige Koninklijke Besluiten enz. (vgl. pag. 30—31).

<sup>1)</sup> Meer voorbeelden op pag. 29.

<sup>2)</sup> Immers ook in deze beide artikelen is vergeten: »Vallen ze alle onder dezelfde strafsanctie, dan” . . . (zie pag. 26).

Van analogische interpretatie zullen zich veel voorbeelden voordoen; men zie pag. 27--29.

Ja, „nulla poena sine lege”, — het sluit de analogie in belangrijke mate uit; doch daardoor ontnemt het aan het wetboek niet een essentieel toebehooren, doch slechts een onnoodige wijze van aanvulling.

Opheffing van dat voorschrift <sup>1)</sup> en daardoor uitbreiding van het terrein der analogie — mogen we dáárvoor behoeft blijven!

---

<sup>2)</sup> Vlg. pag. 9—11.

## STELLINGEN.

---

### I.

In de artt. 1402—1405 B. W. behooren tot de ontstaansvereischten der bedoelde verbindtenissen: onrechtmatigheid en schuld.

### II.

In art. 1303 B. W. hebben de woorden „met vergoeding van kosten, schaden en interessen” betrekking op beide in dat artikel genoemde gevallen.

### III.

In geval een krankzinnige, die niet in staat van razernij verkeert en die niet onder curateele is gesteld, wil trouwen, kan — indien bloedverwanten bestaan die de curateele niet aanvragen — het O. M. dit huwelijk niet met goed gevolg stuiten.

### IV.

De Nederlandsche rechter is bevoegd en verplicht regelen van Internationaal Privaatrecht toe te passen ook buiten de in de Wet houdende Algemeene Bepalingen genoemde gevallen.

## V.

De artt. 263 v.v. W. v. B. R. V. zijn niet in strijd met de artt. 1962 en 1971 B. W.

## VI.

Onze verbindtenissen vormen een tusschensoort tusschen de bonae fidei obligationes en de obligationes stricti iuris van het Romeinsche Recht.

## VII.

Een naamlooze vennootschap is geen rechtspersoon.

## VIII.

Het Wetboek van Koophandel is niet uitsluitend toepasselijk op kooplieden, zaken van koophandel, daden van koophandel.

## IX.

De eerste Titel van het W. v. K. is uit een oogpunt van wetgevingstechniek zeer zwak.

## X.

Terecht is de Hooge Raad van oordeel, dat één getuigenis samen met één behoorlijk bewezen aanwijzing voldoende bewijs in strafzaken kan opleveren.

## XI.

Poging met absoluut ondeugdelijk middel is volgens onze wetgeving niet strafbaar.

## XII.

Alle poging behoort de iure constituendo even zwaar met straf te worden bedreigd als het voltooide delict, uitgenomen voor het geval van thätige Reue, waarvoor straf-feloosheid moet gelden.

## XIII.

Volgens ons staatsrecht moeten door de wet ingestelde belastingen worden geïnd, al komen ze niet voor in de middelenwet.

## XIV.

Het ware wenschelijk dat onze Staten-Generaal bestonden uit één Kamer. Deze Kamer zou alle bevoegdheden moeten hebben die nu aan de Tweede Kamer of aan de vereenigde zitting toekomen, behalve het recht van amendement dat trouwens ook *thans* te veroordeelen is. Hare leden zouden benoemd moeten worden door colleges, gekozen bij algemeen kiesrecht, algemeen in zooverre dat dergelijke uitsluitingen zouden bestaan als art. 80 der Grondwet in zijn tweede en derde lid vermeldt.

## XV.

Ook bij den tegenwoordigen stand van zaken ware het een verbetering, indien de leden der Tweede Kamer benoemd werden door colleges, gekozen bij algemeen kiesrecht, algemeen in zooverre dat dergelijke uitsluitingen zouden bestaan als art. 80 der Grondwet in zijn tweede en derde lid vermeldt.

## XVI.

Het is te betreuren dat studie van het Romeinsche Recht ten onzent voor den candidaat in de rechten niet verplicht is; en evenzeer moest een cursus over de Theorie der Interpretatie voor hem verplicht wezen.

---

# I N H O U D.

---

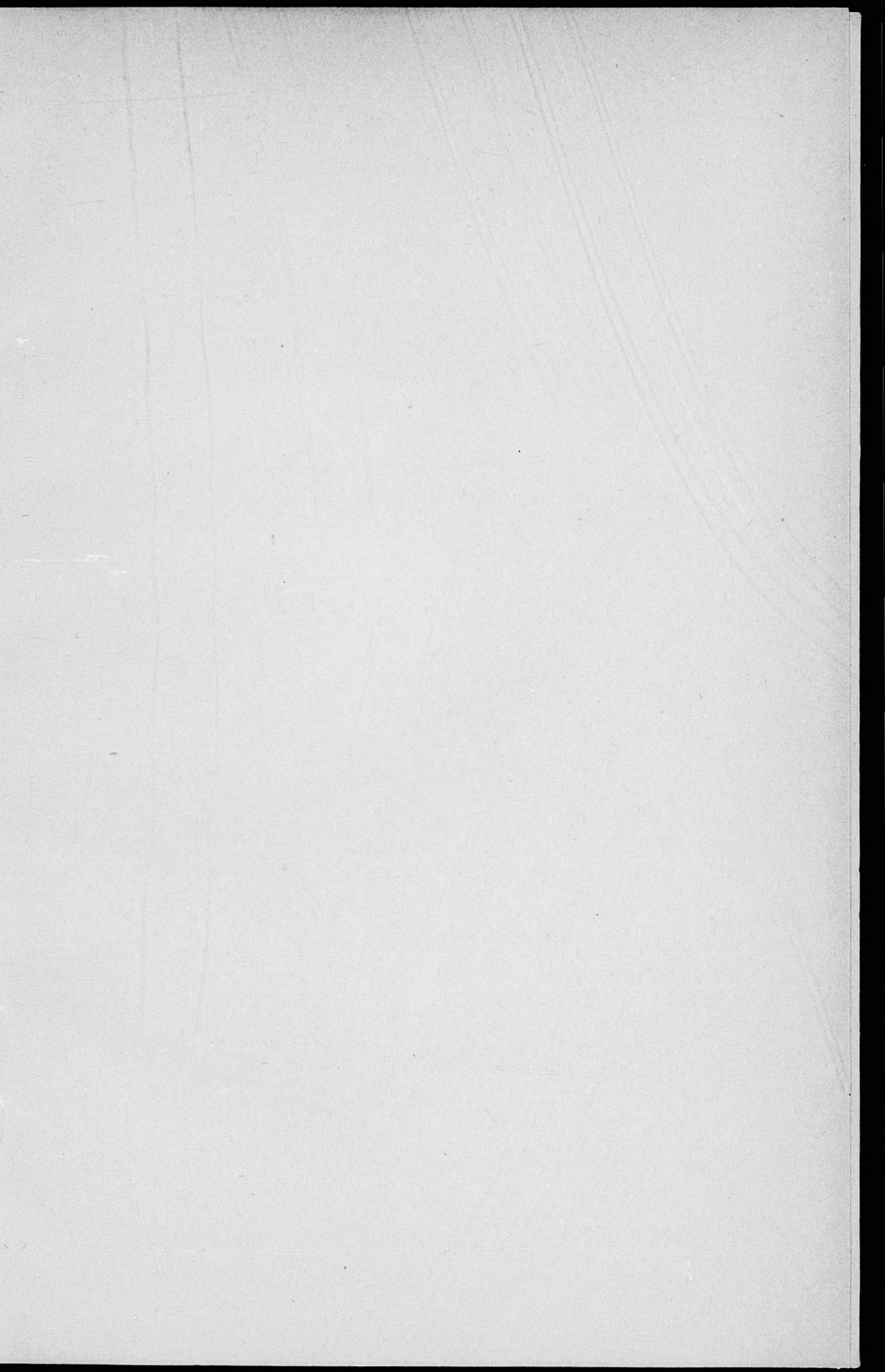
I. **BINDING's Theorie** . . . . . Bladz. 1

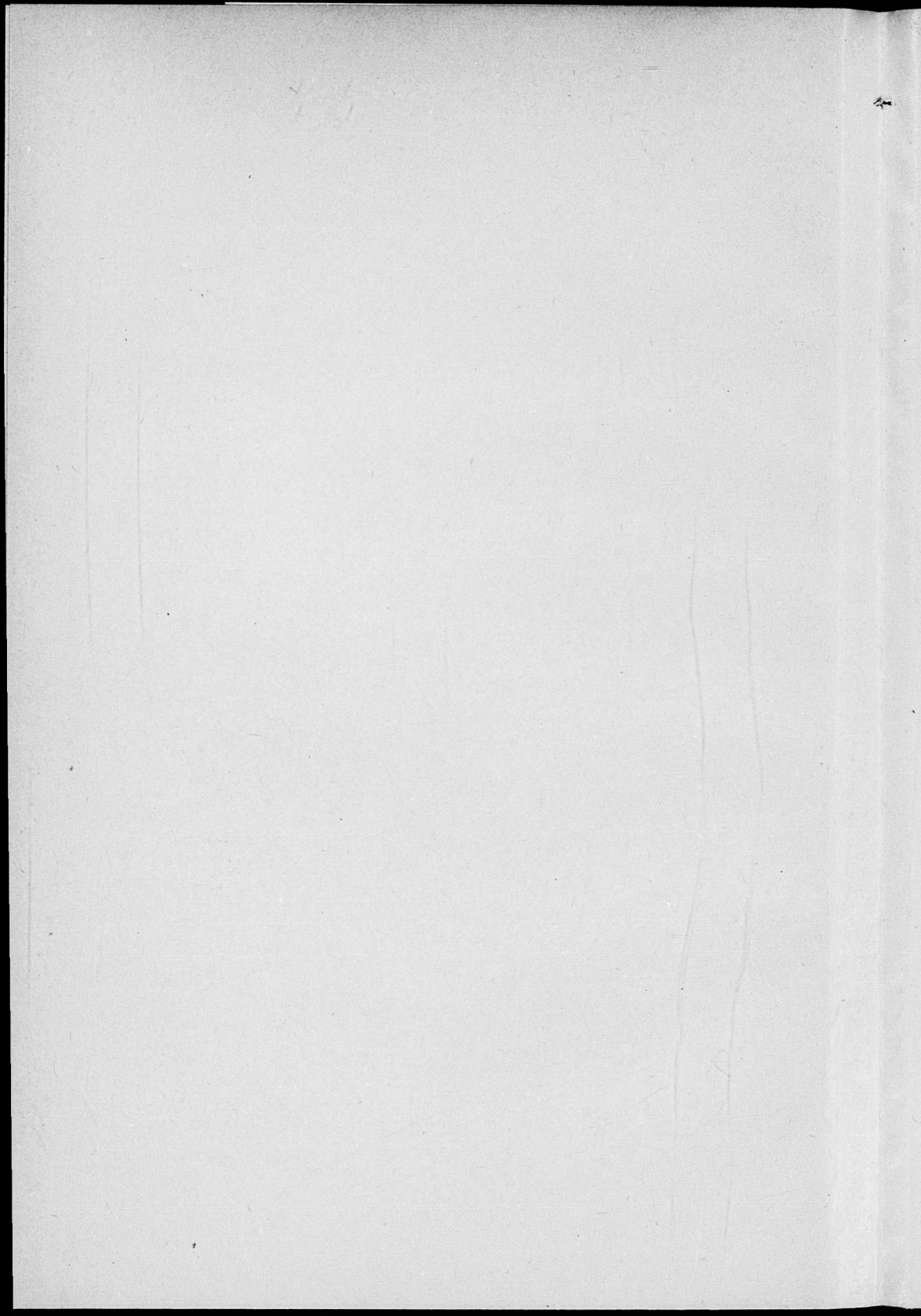
Beperking der materie der Strafrechtswetenschap door 't bestaan van codificatieën en door het „nulla poena sine lege”. — Critiek van dit adagium; balanceer-theorie en „rechter mond der wet”. — Wetboeken; ungesetztes Recht dat er uit voortvloeit; ungesetztes Recht dat er naast bestaat. — Er uit voortvloeiend: 1. berichtigende interpretatie; 2. vooronderstelde voorschriften; 3. consequentie; 4. analogie. — Beperking dezer laatste door § 2; dit is verkeerd. — Zeven voorbeelden van analogische toepassing van het Deutsche Strafwetboek. — Kunnen Ausnahmerechtssätze het uitgangspunt wezen voor analogie?

II. **Critiek van BINDING's Theorie** . . . . . 9

Nulla poena sine lege. — Hoe moet de Deutsche Rijkswetgeving worden toegepast? Als uitsluitende rechtsbron. — Ongeschreven recht, voortvloeiend uit de wet; konkludente Handlungen. — Strijd dezer theorie met B.'s opvatting van de wet als een abstractie. — Ongeschreven recht náást de wetboeken. — Berichtigende Auslegung; voorbeelden er van; is zij noodig voor § 2? — Voorondersteld recht. — Consequentie. — Analogie; ze geeft geen „latente voorschriften”. — De zeven voorbeelden van analogie besproken en gecritiseerd.

<b>III. Grond der Analogie; haar Rechtskracht; haar Methode; haar Gebied . . . . .</b>	<b>33</b>
Arbitrair recht; gewoonterecht; geschreven recht; uitsluitende codificatie. — Interpretatie van wetten; von SAVIGNY. — Wetten <i>naast</i> andere rechtsbronnen.	
Rechter als mondstuk der wet.	
Wat is ten onzent de verhouding van den rechter tot de wet?	
Wat is de beteekenis en rechtskracht der wetten? — Uitgedrukte wil des wetgevers. — „Wil der wet” is een elliptische uitdrukking. — Memorie van Toelichting, Debatten. enz.	
Interpretatie is: het opsporen van de beteekenis en strekking, die door den wetgever in een wetsartikel gelegd is. — Onbewuste wil. — Bedoeling, wil, gezegde.	
Methode der interpretatie: vooral de vierledige: grammatisch-logisch-systematisch-historisch. — Terrein der berichtigenden Auslegung. — Redactiefout. Drukfout. — Andere methoden van interpretatie zijn mogelijk.	
Analogie; opinies; Schaffrath.	
Rechtsgrond der analogie.	
Kracht en beteekenis van door analogie gevonden voorschriften. — Rechtssurrogaten. — Hooger beroep en Cassatie.	
Methode der analogie.	
Terraan van analogie en van analogische interpretatie. — Drie voorbeelden waarin de analogie voor 't Nederlandsche Strafrecht noodig is.	
<b>Stellingen . . . . .</b>	<b>59</b>
<b>Inhoud . . . . .</b>	<b>63</b>







A.

14