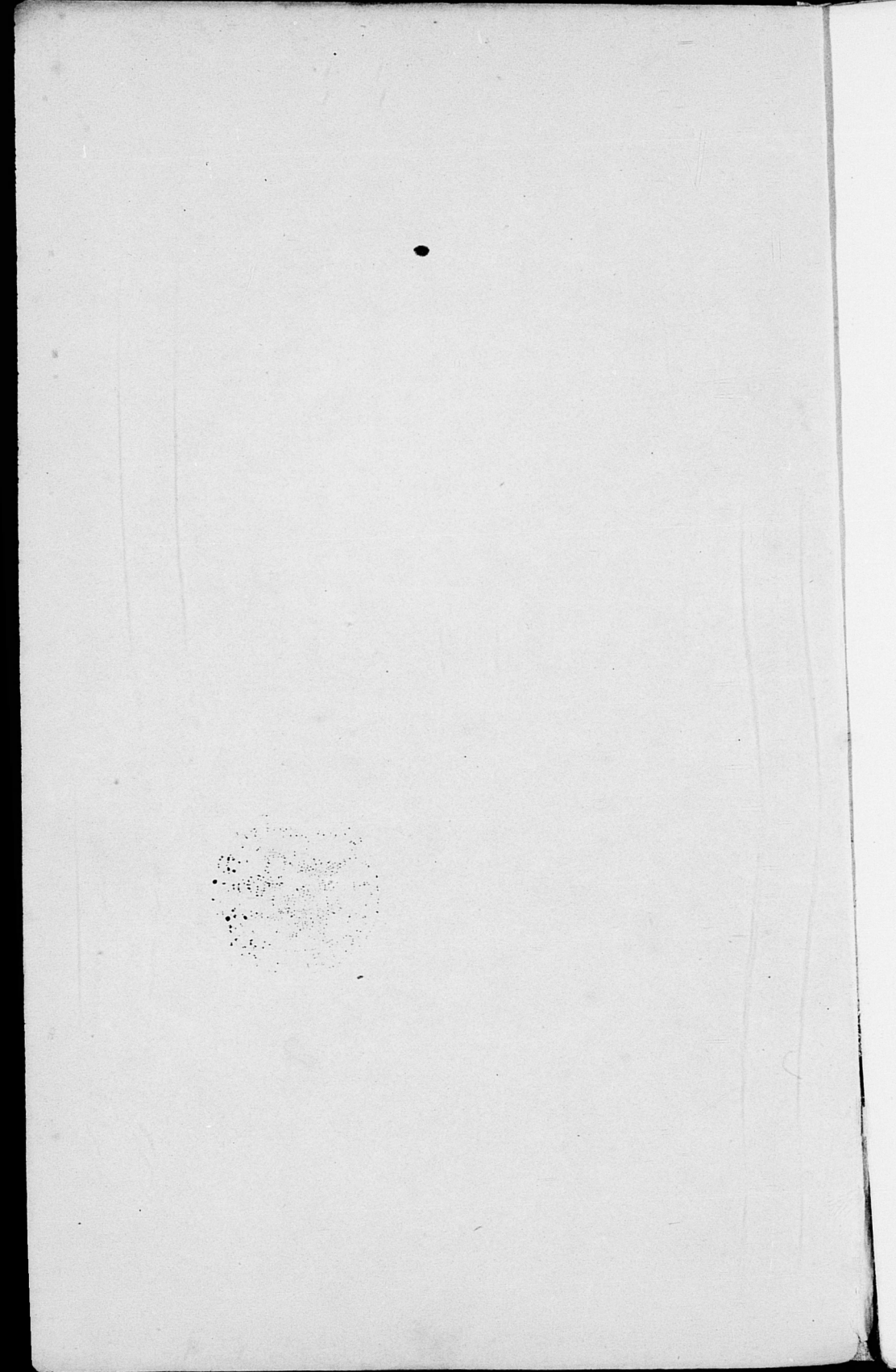


Lo 8° 27' 14" <sup>20</sup>  
(18042) P. d. S.

Humaker



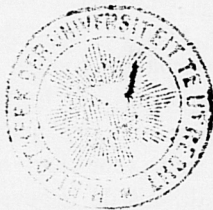
DE GRONDSLAG VAN HET INTERNATIONAAL  
PRIVAATRECHT.

DOOR

**Mr. HAMAKER.**

Mr. T. M. C. ASSER, Schets van het internationaal privaatrecht.  
Haarlem, de erven F. Bohn.

---



Reeds geruimen tijd werd het internationaal privaatrecht hier te lande stiefmoederlijk behandeld. Er is in dit opzicht een groot verschil tusschen onze juristen van de 17de en 18de eeuwen en die van dezen tijd. Bij velen der eersten treft men eene principieele behandeling aan van de vraagstukken, die we thans onder den naam van internationaal privaatrecht samenvatten. Wel hebben zij er geene dikke boeken over geschreven; integendeel zij geven het onderwerp in den regel slechts een plaats in een grooter werk, waarvan het dan een enkel hoofdstuk uitmaakt. Maar de wijze van behandeling is principieel: zij trachten aan het vraagstuk der wetsconflicten een vasten grondslag te geven door de opsporing van de beginselen, waardoor het beheerscht wordt, wel begrijpende dat, zijn deze laatste eenmaal blootgelegd, de verdere uitwerking van de quaestie, vergelijkenderwijs gesproken, weinig moeite meer zal opleveren. En bij de opsporing dier beginselen stellen zij zich op een vrij standpunt: niet gebonden als zij zijn door eenig rechtsvoorschrift, is het voor hen slechts de vraag, wat uit den aard der zaak, uit de gegeven toestanden en uit zekere door niemand weersproken waarheden ten aanzien der wetsconflicten voortvloeit. Zij komen in den regel tot een ondubbelzinnig resultaat en hebben de gaaf hun stelsel zoo helder uiteen te zetten en zoo scherp te formuleeren, dat zij, sommigen van hen althans, langen tijd onder de beste schrijvers over ons onderwerp gerekend werden en op de ontwikkeling van de leer een onmiskkenbaren invloed uitgeoefend hebben. Er is

zelfs eene zeer belangrijke richting, de door de Engelsche en Amerikaansche praktijk en wetenschap ingeslagene, die naar het getuigenis van STORY, en blijkens zijn geheele boek, haar uitgangspunt heeft in het geschrift van dien Nederl. schrijver, die ook naar mijn oordeel onder hen weer de eerste plaats inneemt, van ULR. HUBER.

Geheel anders is het ten onzent in deze eeuw met het internationaal privaatrecht gesteld geweest. Men kan niet zeggen dat het niet behandeld is; maar zeker is het dat methode en uitgangspunt geheel verschillend gekozen werden. Wat de literatuur opleverde bestond eensdeels uit monografiën, gewijd aan eene enkele ondergeschikte quaestie, en die wel dikwijls groote scherpzinnigheid en belezenheid verraden, maar toch de wetenschap niet wezenlijk verder brachten. Voor zulke monografiën zal het eerst recht de tijd zijn, als de grondslagen van het internationaal privaatrecht onwrikbaar zijn vastgesteld. Anderdeels heeft de literatuur te wijzen op de commentaren op de artt. 6—10 A. B.. Uitgangspunt waren hier de woorden van de wet en de bedoeling van den wetgever. Het zou ondankbaar zijn te beweren dat de wetenschap, niet van het Ned. recht, maar van het internationaal privaatrecht door die commentaren niet gebaat werd. Toch moet erkend worden, dat, gelijk trouwens niet anders verwacht noch verlangd kan worden, de principieele behandeling, zooals onze voorouders die gaven, er niet in te vinden is, en dat ze dan ook tot de vaststelling der grondslagen niet bijdragen. Het onderzoek dier grondbeginselen geschiedt te zeer ter loops om eenige vrucht van belang af te werpen.

De redenen, die tot deze verminderde en veranderde beoefening van het internationaal privaatrecht geleid hebben, zijn niet ver te zoeken. In de eerste plaats moet natuurlijk de rechtseenheid genoemd worden, die in het begin dezer eeuw de vroegere rechtsverscheidenheid hier te lande verving. Juist die verscheidenheid van recht binnen de grenzen der republiek had de aandacht van onze rechtsgeleerden op het vraagstuk der wetsconflicten gevestigd. Dit is niet alleen

a priori waarschijnlijk, maar blijkt bovendien uit de voorbeelden, waarmee zij hunne stellingen duidelijk maken en die bijna altijd slechts onderstellen botsingen tusschen Hollandsch, Utrechtsch, Friesch, Geldersch recht, en nagenoeg nooit van Fransch, Engelsch of Duitsch recht gewagen. Toen zij wegviel, verviel ook het praktisch belang der quaestie voor een groot deel: er kan toch wel geen sprake van wezen, dat in het begin dezer eeuw reeds het verkeer van Nederland met het buitenland even druk was als vroeger dat van de onderscheidene deelen van Nederland onder elkaâr, noch zelfs, dat thans, hoeveel er in de middelen van verkeer ook veranderd moge zijn, het internationale verkeer zulk een omvang zou hebben verkregen.

Tot vermindering van de beoefening van het internationaal privaatrecht zal in de tweede plaats wel niet minder hebben bijgedragen de opneming van enkele uitspraken der wetenschap van het intern. privaatrecht in de wet A. B. Dat de vrije gang der wetenschap door die regeling werd belemmerd, behoeft geen betoog, en dat in den eersten tijd nadat zij had plaats gehad een gevoel bestond, alsof nu in het voorschrift der wet de eenige bron, waaruit de wetenschap voortaan te putten had, gelegen was, zoodat haar taak slechts in uitleggen bestaan zou, was natuurlijk en is het gewone gevolg van elke codificatie.

Thans echter schijnt ook bij ons voor het intern. privaatrecht een nieuw tijdperk van bloei aan te zullen breken. Het zou vreemd zijn, indien wij op den duur ons onttrokken aan de beoefening van een zoo bij uitnemendheid praktisch vak, dat bovendien de verdienste heeft, bij het steeds toenemend internationaal verkeer, elk jaar in belangrijkheid te winnen. Daarbij komt dat sedert 40 jaar Duitschland, Frankrijk, Engeland, Italië het voorbeeld geven van eene hernieuwde, met de oude tradities brekende, beoefening, terwijl ten slotte de wet op het hooger onderwijs het internationaal privaatrecht als zelfstandig vak van studie officieel heeft erkend.

Onder deze omstandigheden hebben we de verschijning

van het boek van Prof. ASSER te begroeten als eene heugelijke en belangrijke gebeurtenis.

De »Schets» is juist zulk een geschrift als wij thans in de eerste plaats van noode hadden, een geschrift dat in beknopten, maar toch duidelijken vorm den tegenwoordigen stand der wetenschap bekend maakt, naar een juist systeem de hoofdvragen uiteenzet en de hoofdwerken der literatuur aangeeft. Het stelt een ieder in staat zich met geringe moeite eene voorstelling te vormen van wat het internationaal privaatrecht eigenlijk is. Het wekt zoodoende de belangstelling in het vak, die, ik vrees het te kunnen zeggen zonder de Nederl. rechtsgeleerden onrecht te doen, bij verreweg de meesten van hen ontbrak. Ja zelfs het doet hem, die het met aandacht leest, de talrijke leemten en onzekerheden opmerken, die aan het internationaal privaatrecht tot nog toe eigen zijn en geeft daarmee een prikkel tot eigen onderzoek. Als ik dit alles bedenk, aarzel ik niet de »Schets» eene uitstekende inleiding te noemen in de periode van nieuwen bloei, die ik voor het internationaal privaatrecht ten onzent voorzie. Het boek wijst tevens den beoefenaar het standpunt aan waarop hij zich te plaatsen, de richting waarin hij zich te bewegen heeft. Het is geen Nederlandsch recht dat Prof. ASSER uiteenzet, het zijn niet de voorschriften van internationaal privaatrecht in de Nederl. wet vervat, waarom het hem te doen is. Zijne leer heeft een cosmopolitisch karakter, is geput uit beginselen, die, zoo ze *ergens* waar zijn, ook *overal* gelden moeten. Slechts de aandacht, die hij, als toegift, schenkt aan sommige artikelen der Nederl. wetgeving, verraadt in den schrijver den Nederlandschen jurist. En al wat hij over die bepalingen zegt had gemist kunnen worden zonder dat het karakter van zijn boek in het minst veranderd ware. In één woord Prof. ASSER behandelt het internationaal privaatrecht als dat wat het bestemd is te zijn, als een boven alle territoriale wetgevingen verheven recht, als het principe d'harmonie, waarvan een fransch schrijver spreekt, dat hare verscheidenheid voor het leven in éénheid oplost.

Een éénheid, niet bestaande in identiteit, maar zich daarin openbarende, dat ieder privaatspersoon bij elke zijner handelingen, ieder rechter bij elke zijner beslissingen, zich slechts naar ééne wetgeving te richten heeft en in staat is die ééne hem thans beheerschende wetgeving uit de groote verscheidenheid met zekerheid uit te vinden.

Ik zal noch den lezer, noch mij zelf vermoeien met een overzicht over den inhoud van de »Schets». Ik mag onderstellen dat zij in ieders handen is. Evenmin zal ik mij wagen aan een beoordeeling der bijzondere beslissingen, welke Prof. ASSER ten beste geeft. Met vrucht zou zij slechts kunnen geschieden op het terrein van de algemeene beginselen, waarin de afzonderlijke uitspraken wortelen of behooren te wortelen. Ik wend mij daarom liever onmiddellijk tot die beginselen zelve en wil, zoo kortelijks als het onderwerp dit toelaat, nagaan, welken grondslag de schrijver voor het internationaal privaatrecht aanneemt en hoe zijn stelsel zich verhoudt tot de wetenschap in het algemeen. Moet ik daartoe de zaak eenigszins hoog ophalen, men vergeve het mij om haar niet te miskennen gewicht.

Het internationaal privaatrecht, in den zin van een overal evenzeer toepasselijk stel regelen omtrent de wetsconflicten (om dien ouden en eigenlijk niet geheel juisten naam te gebruiken) is, zoo het bestaat, een wetenschappelijk recht. Voor alle beschaafde staten bindende tractaten zijn er op dit stuk niet. De tractaten, die gesloten werden, kwamen tusschen enkele staten tot stand en betreffen bovendien slechts ondergeschikte punten. Evenmin kunnen de, overigens geheel ontoereikende, bepalingen, die omtrent de toepassing van buitenlandsch recht in sommige nationale wetgevingen voorkomen op den naam van internationaal privaatrecht aanspraak maken. Slechts de rechter van den staat, die ze uitvaardigde, is er aan gebonden; zij zijn niet meer dan de opvatting door dien staat omtrent het internationaal privaatrecht gehuldigd. In plaats van dit laatste zelf te zijn, werken zij er de vrije ontwikkeling van tegen,



althans voor zooverre zij van de juiste opvatting afwijken. Zij beletten dat deze toegang krijsge tot de gerechten. Ten slotte kan er ook geen sprake van zijn, dat er een internationaal privaatrecht bestaan zou in den vorm van gewoonterecht, dat wil hier zeggen, van gerechtspraktijk. Tegen deze onderstelling verzet zich reeds dadelijk het beginsel in verreweg de meeste landen aangenomen, dat geen rechter gebonden is aan vroegere uitspraken, hetzij van hemzelf, hetzij van andere gerechten. Zelfs derhalve, indien eene uniforme jurisprudentie was te bewijzen, zou toch een bindend recht daarin niet gelegen zijn. Maar bovendien, van die uniforme jurisprudentie bestaat schijn noch schaduw.

Onder deze omstandigheden moet het internationaal privaatrecht zijn een wetenschappelijk recht of is eene loochening van zijn bestaan het eenige wat ons overig blijft. M. a. w. er moeten algemeen erkende, hunne werking over geheel de beschaafde wereld uitstreckende rechtsbeginselen zijn, waaruit de wetenschap door redeneering regelen omtrent de toepasselijkheid der onderscheidene nationale wetgevingen kan afleiden, regelen, die dan evenzeer verbindend zouden zijn als de beginselen waaruit ze voortvloeiden, of we mogen van een internationaal privaatrecht niet langer spreken.

Zijn er van die rechtsbeginselen? Het is duidelijk, dat ieder beoefenaar van het vak het op dit stuk met zich zelf eens moet wezen, zal hij gerechtigd zijn zelfs maar één stap te zetten op het veld van het onderzoek. Wel staat het hem, die het bestaan der bedoelde beginselen ontkent, vrij regelen ter oplossing der wetsconflicten op te sporen, maar zoowel de methode als de resultaten van zijn onderzoek zullen verschillen van die van hem, die dat bestaan aanneemt. Voor den eerste komt het op het doelmatige aan: hij tracht de regelen te vinden, die in het welbegrepen belang der volkeren de meest aannemelijke zijn. En wat hij vindt langs dezen weg zal nooit meer wezen dan den inhoud van een ontwerp, dat hij de staten ter verbindende vaststelling aanbeveelt. De laatste daarentegen zal trachten uit de door hem als feitelijk en algemeen erkend aange-

nomen beginselen logisch voort te redeneeren. Zijn doel is die beginselen door middel van deductie op de bijzondere gevallen toe te passen. Hem gaat slechts het ware aan. En de resultaten van zijn onderzoek zal hij beschouwen als bindende regelen, buiten alle bemoeiing van den wetgever om voor praktische toepassing vatbaar. Op het al of niet doelmatige zal hij hoogstens in zooverre letten dat hij, waar het logisch gededuceerde mocht blijken ondoelmatig te wezen, den wetgevers eene uitdrukkelijk vaststellen afwijking zal in overweging geven.

Nog eens: zijn er van die rechtsbeginselen? Bijna eenstemmig wordt deze vraag bevestigend beantwoord; de weinigen, die de tegenovergestelde meening verkondigd hebben, vonden tot nog toe geen aanhang. Mij is geen ook maar eenigszins gezaghebbend schrijver bekend, die niet uitgaat van de onderstelling, dat de rechter ook buiten uitdrukkelijke voorschriften van zijne eigene wet om bevoegd en verplicht kan zijn tot toepassing van buitenlandsch recht en die niet, zoo al niet daar, waar hij zijne beginselen uiteenzet, dan toch metterdaad aanneemt, dat die toepasselijkheid van buitenlandsche wetten van vaste in den aard der dingen gelegene regelen afhankelijk is. De typische vertegenwoordiger der andere richting is PFEIFFER <sup>1)</sup>. Hij is van meening, dat geen rechter bevoegd is buitenrecht aan zijne beslissingen ten grondslag te leggen, welke ook de feitelijke omstandigheden van het geval mogen zijn, en hij beschouwt dergelijken toestand als overeenkomstig met den aard der zaak en met de belangen der volkeren. Hij zou dan ook niet wenschen, dat er bij tractaat of wetverandering in werd gebracht. Wijst men hem op de bezwaren, die uit die volstrekte niet-toepasselijkheid van buitenlandsch recht ontegenzeggelijk voortvloeien, dan antwoordt hij, dat, integendeel, die bezwaren en moeilijkheden niet gemist kunnen worden, daar het hunne roeping is, de volkeren te overtuigen van de noodzakelijkheid eener uniforme

<sup>1)</sup> Das Princip des intern. Privatrechts. Tübingen. 1851.

wetgeving. PFEIFFER ontkent alzoo het bestaan van een internationaal privaatrecht zoo volstrekt mogelijk; hij ontkent het als verbindend recht, door de wetenschap te deduceeren, hij ontkent het ook als jus constituendum. Gelukkig, ik zei het reeds, is zijn aanhang uiterst gering geweest en vindt zijne leer thans ten minste geen geloof meer. Er mogen schrijvers zijn wier uitgangspunt niet ver van het zijne af ligt, ook zij hebben, al zij het ten koste der consequentie, een middel gezocht en gevonden om praktisch tot een geheel ander resultaat te geraken.

Algemeen, derhalve, neemt men het bestaan van rechtsbeginselen aan, waaruit door de wetenschap een bindend internationaal privaatrecht kan worden afgeleid. Alle schrijvers beginnen dan ook hunne geschriften met eene uiteenzetting der beginselen, die zij voor de ware houden en waardoor zij zich nu verder bij hun onderzoek zullen laten leiden. Maar hier houdt de eensgezindheid op. Vraagt men, niet meer of er, maar welke rechtsbeginselen er zijn, dan ontvangt men de meest verschillende antwoorden. Wat de een stelt als onbetwistbare waarheid, wordt door den ander ver weggevoerd, niet alleen waar het geldt bijzaken, maar op het stuk van het eigenlijke grondbeginsel zelf. En men denke niet, dat dit meeningsverschil alleen valt op te merken bij schrijvers, die in tijd of plaats ver van elkaar verwijderd zijn. Ware het zoo, we zouden het misschien kunnen verklaren door te wijzen op de veranderingen, die elke zich ontwikkelende leer te zien geeft. Maar het is niet zoo. Integendeel men treft het aan bij schrijvers uit denzelfden tijd en uit hetzelfde land. Wie er zich van overtuigen wil, vergelijk eens de theorie van HUBER met die van J. VOET, die van DERNBURG met die van WINDSCHEID, of ten slotte de theorie van de hedendaagsche Italiaansche school met al wat door anderen over het onderwerp geleerd wordt. Het zal hem dan blijken, dat het eene niet is eene ontwikkeling van het andere of het andere in een nieuwen juisteren vorm, maar dat hij met lijrechten tegenover elkaar staande beginselen te doen heeft: zoo zelfs, dat

het hem moeite zal kosten zich uit den eenen gedachtengang in den anderen te verplaatsen. Maar al te dikwijls zal hij ondervinden, dat elk aanknooppingspunt ontbreekt.

Van waar dit verschijnsel? Naar mijn oordeel is de oorzaak grootendeels daarin gelegen, dat de schrijvers, bewust of onbewust, uitgaan van zekere grondgedachte die zij niet uitspreken; wat zij ons geven is niets dan eene gevolgtrekking, wier herkomst ons verborgen blijft, en die, juist daarom, groot gevaar loopt daar voor ons te staan als een uit de lucht gevallen wezen, waarmee we niet weten wat aan te vangen.

Het zou, geloof ik, een nuttig werk zijn die niet uitgesprokene, althans niet behoorlijk in het licht gestelde grondgedachten der onderscheidene stelsels op te sporen. Eerst nadat dit gedaan is, zal het mogelijk zijn ze aan eene beoordeeling te onderwerpen en met zekerheid tot hunne waarheid of onwaarheid te concludeeren. Alleen langs dezen weg, geloof ik, zal de eenstemmigheid bereikt kunnen worden, die thans nog zoo ver te zoeken is.

Gelijk te verwachten was behoort ook Prof. ASSER tot hen, die aan het bestaan van een verbindend internationaal privaatrecht gelooven. Hij is van oordeel, dat de rechter ook buiten uitdrukkelijke voorschriften zijner eigene wet om bevoegd en verplicht is tot toepassing van buitenlandsch recht in al die gevallen waarin dat buitenl. recht toepasselijk is. Dit blijkt o. a. uit de §§ 5 en 6. Op pag. 22 vinden wij zijn beginsel zóó uitgedrukt: »de roeping der rechterlijke macht is om twistgedingen te beslissen overeenkomstig het daarop *toepasselijk* recht”, onverschillig of dit toepasselijk recht moge blijken inl. of buitenl. recht te wezen. De mogelijkheid dat ook dit laatste toepasselijk zij, wordt hier stilzwijgend verondersteld: en het geheele verdere boek is bestemd om de gevallen, waarin die toepasselijkheid werkelijk aanwezig zijn zal, aan te wijzen. Prof. ASSER alzoo gelooft aan het bestaan van bindende rechtsbeginselen, waaruit door de wetenschap bindende regelen omtrent de conflicten der wetten, m. a. w. een voor onmiddellijke toe-

passing door den rechter vatbaar intern. privaatrecht kan worden afgeleid. Zijne »Schets» is eene korte aanwijzing van den inhoud, die dat intern. privaatrecht naar zijne meening heeft. Hij staat derhalve op denzelfden bodem met bijna alle schrijvers; ook naar mijn oordeel is dit gewone standpunt tevens het eenige juiste.

Alles komt nu echter aan op de redenen, die hem tot de inneming van dit standpunt geleid hebben: want dat het 't gewone is, bewijst natuurlijk niet dat het 't ware is. De vraag is dus: welke gronden worden door Prof ASSER bijgebracht voor zijn stelling, dat het buitenl. recht even goed toepasselijk zijn kan als het inlandsche, en waar het toepasselijk is door den rechter moet worden toegepast, ook al wordt hem daartoe door de wet van zijn eigen land bevel noch verlof gegeven? Om zijn stelsel goed te begrijpen en te waardeeren, is het noodig dat we ons den stand der wetenschap in het algemeen voor den geest roepen. Daartoe ga ik thans over, niet zonder aarzeling echter. Ieder die de schrijvers over intern. privaatrecht gevolgd heeft in hunne uiteenzetting der beginselen, weet hoe duister en onsamenhangend die uiteenzettingen veelal zijn: hoe moeilijk het dikwijls is de eigenlijke meening van den schrijver uit zijne afzonderlijke stellingen op te maken. Is het daarom misschien een gewaagd ondernemen, indien ik eene poging doe in enkele bladzijden een overzicht te geven van eenige der belangrijkste theoriën, aan den anderen kant kan iedere poging in die richting haar nut hebben, indien zij er slechts op uit is tot de kern der zaak, tot de grondgedachte der stelsels door te dringen.

Het spreekt van zelf, dat ik in mijn overzicht niet alle theoriën, die ooit verkondigd zijn, kan opnemen. Daarvoor zijn haar aantal en hare verscheidenheid te groot. Er loopen er trouwens vele onder, die slechts, men zou bijna zeggen toevallig, hier of daar het hoofd boven water steken, om dan weldra weer te verdwijnen zonder een spoor na te laten; die, door dezen of genen schrijver uitgedacht voor de beslissing van eene bijzondere quaestie, door hem zelf

spoedig weer worden losgelaten, zonder dat hij zich bewust geweest is een beginsel gesteld te hebben, dat, zoo het juist ware, niet deze ééne quaestie, maar het geheele vraagstuk beheerschen zou. Ik moet mij beperken tot die theoriën, die als de basis van het geheele intern. privaatrecht nitrukkelijk zijn verkondigd en kan zelfs niet verzekeren er daarvan geen enkele te zullen overslaan. De belangrijkste echter zal ik vermelden. Het gaat gemakkelijker dan bij den eersten oogopslag misschien schijnen zou, omdat zij, zoo men slechts de kleinere verschilpunten veronachtzaamt, tot enkele groepen kunnen teruggebracht worden.

We moeten beginnen met de scherpe onderscheiding van de twee vragen, wier beantwoording de theoriën zich tot taak stellen.

Zij zijn :

1°. Is een staat verplicht te dulden, dat door zijne rechters buitenlandsch recht worde toegepast in die gevallen, waarin dit toepasselijk is?

2°. Welke zijn de beginselen, waardoor de toepasselijkheid van iedere wetgeving wordt bepaald?

Het behoeft geen betoog, dat tusschen beide vragen logisch verschil bestaat. Aan den anderen kant is het niet minder duidelijk, dat tusschen haar een nauw verband aanwezig is. De tweede komt eerst te pas, nadat de eerste bevestigend beantwoord is, en de eerste heeft aileen praktisch belang, indien op de tweede een antwoord gevonden is, en wel een antwoord, waaruit de mogelijkheid van de toepasselijkheid van buitenlandsch recht voortvloeit.

Slechts zoo we weten, dat de rechters van iederen staat in het algemeen bevoegd zijn casu quo buitenlandsch recht toe te passen, hebben we te onderzoeken, naar welke beginselen zij voor ieder geval hebben uit te maken, of zij voor dat geval van hunne algemeene bevoegdheid moeten gebruik maken, of zij alzoo in dat geval aan hunne beslissing eene buitenlandsche wetgeving moeten ten grondslag leggen en zoo ja, welke. En alleen indien het vaststaat, dat in de bijzondere gevallen, tengevolge van de feitelijke om-

standigheden, waaronder zij plaats hadden, eene buitenland-  
sche wet de uit den aard der zaak toepasselijke zal kunnen  
blijken te zijn, krijgt de vraag praktisch belang, of, in het alge-  
meen, beslissing naar buitenlandsch recht iets is, dat pas heeft.

Of het aan deze innige verwantschap te wijten is, weet ik niet, maar een feit is het, dat verreweg de meeste schrijvers beide vragen slecht uit elkaar houden. Er zijn er onder, aan wie dit zeker niet als een fout kan worden aangerekend, omdat zij ze beide beantwoorden naar één zelfde beginsel; zoo b.v. v. WAECHTER, v. BAR en die hen volgen. De meesten echter scheiden feitelijk, in dien zin, dat zij zich de twee vragen als verschillend hebben gedacht en ze ieder afzonderlijk trachten op te lossen; uitdrukkeijk daarentegen scheiden ze niet. Ze geven ons redeneeringen, die slechts als antwoord op de eerste vraag en redeneeringen die slechts als antwoord op de tweede vraag zin hebben, zonder ons te waarschuwen, dat zij nu de eerste, dan de tweede op het oog hebben, ja zelfs zonder in het algemeen van de mogelijkheid eener scheiding te gewagen. Zullen wij hunne stelsels begrijpen, dan moeten wij hun verzuim herstellen en iedere argumentatie tot een van de twee vragen terug brengen. Mij althans is deze methode meermalen de weg geweest, waarlangs ik kwam tot inzicht in de bedoelingen der schrijvers. Zoo is de leer van de *comitas juris gentium* (Story, Foelix) slechts te begrijpen, indien men haar opvat als een antwoord op de eerste vraag: zoo moet hetgeen v. SAVIGNY leert omtrent de rechtsgemeenschap tusschen onafhankelijke staten uitsluitend met de eerste, zijn beginsel van den *Sitz der Rechtsverhältnisse*, die moet worden opgespoord opdat blijke aan welke wetgeving zij onderworpen zijn, uitsluitend met de tweede in verband gebracht worden.

Het beste voorbeeld misschien van de verwarring waartoe men zonder de naauwkeurige scheiding komt, geeft ons HUBER <sup>1)</sup>. Hij vat zijne theorie in drie stellingen samen

<sup>1)</sup> De *Conflictu leg.* in de *prael. jur. civ.* deel II lib. I tit. 3 tweede hoofdstuk. Zie ook Hedend. *Rechtsgel.* boek I kap. III.

en ik zet het den beste deze stellingen te begrijpen, indien hij niet de beide eerste op de tweede vraag, de derde op de eerste vraag doet slaan. V. BAR, die hieraan niet dacht, heeft dan ook blijkbaar van HUBERS bedoeling niets gevat. <sup>1)</sup>

Wij komen thans tot de *eerste* vraag: zijn de staten verplicht te dulden dat hunne rechters buitenlandsch recht toepassen en is dus <sup>2)</sup> toepassing van buitenlandsch recht te beschouwen als iets dat van zelf spreekt en waartoe de rechter geen uitdrukkelijk verlot behoeft?

De tegenwoordige wetenschap beantwoordt deze vraag bevestigend en ook de oudere schrijvers, b.v. de aanhangers van de statuten-theorie doen dit, zoo niet uitdrukkelijk dan toch implicite. Slechts één schrijver is mij bekend, die niet alleen principieel het tegendeel aanneemt, maar ook den moed heeft het consequent vol te houden, de boven reeds besprokene PFEIFFER.

Met het oog op de gronden, waarop zij in beginsel tot de toepasbaarheid van buitenlandsch recht besluiten, breng ik de schrijvers tot drie groepen.

A. Tot de eerste reken ik hen, die zich op volkenrechtelijk standpunt plaatsen en zich de vraag voorstellen als betreffende de verplichtingen van den eenen staat tegenover den anderen. Zijn de staten tegenover elkaar verplicht elkanders wetten toetepassen? dat is de vraag, waarop voor hen alles aankomt. En het antwoord luidt bevestigend: zij verschillen slechts in de wijze waarop zij het bestaan van zulke eene verplichting trachten aan te toonen en in den naam en de kracht die zij haar toekennen. Zoo moeten zij dan weer in twee kategoriën worden gesplitst.

a. De oudste groep wordt gevormd door de mannen,

---

<sup>1)</sup> Alleen zóó is het te verklaren, dat v. BAR (intern. Privatrecht p. 35) schrijven kan: »dasz HUBER's Theorie aus den von ihm vorangestellten Principien nicht abgeleitet werden kann, ist klar.» Ik zou durven beweren, dat er geene theorie bestaat, die meer eenheid en consequentie vertoont, dan die van HUBER.

<sup>2)</sup> Dit is de onmiddellijk praktische zijde van de quaestie.



die alles gegrond achten in de *comitas gentium*, de welwillendheid der staten tegenover elkaar. Zij kennen iederen staat naar streng recht de bevoegdheid toe elke toepassing van buitenlandsch recht te weigeren, waaruit dan volgt, dat zij, waar ze toch plaats heeft, een vriendelijkheid is. Zij geven echter toe, dat, tengevolge van de feitelijke verhouding tusschen de staten en de burgers der staten onderling, d. i. ten gevolge van het internationale verkeer, die vriendelijkheid eigenlijk niet geweigerd kan worden en komen zoo toch weer tot het bestaan van iets, dat sprekend gelijk op eene verplichting. In werkelijkheid denken ze er dan ook niet aan, de noodzakelijkheid van de toepassing van buitenlandsch recht te ontkennen<sup>1)</sup> en zij gebruiken ten slotte hun uitgangspunt, het strenge recht der staten om die toepassing eens vooral te weigeren, slechts om er voor iederen staat de bevoegdheid uit af te leiden tot terzijdestelling van de buitenlandsche wetten, zoodra hetzij hij zelf hetzij zijne onderdanen door de toepassing schade zouden lijden; want wie het meerdere kan, vermag ook het mindere; om dus op de toepasbaarheid van vreemd recht eene uitzondering te statuëeren, die, gelijk we zien zullen, op andere gronden door nagenoeg alle theoriën wordt aangenomen.

Het behoeft na het gezegde geen betoog, dat het eigenlijk niet meer dan een quaestie van *naam* is, wanneer de schrijvers van deze groep het bestaan van eene *verplichting* tot het dulden van de toepassing van buitenlandsch recht ontkennen. Wanneer men van iemand zegt, dat hij zekere handeling verricht uit vriendelijkheid jegens een ander, dien hij die vriendelijkheid niet weigeren kan, dan zegt men, m. a. w., dat hij tot die handeling verplicht was, al is het daarom nog geene verplichting van streng juridischen aard. En zoo staat de zaak hier.

De voorstanders van deze leer willen dan ook, dat de rechters, buiten alle uitdrukkelijke voorschriften in hunne

---

<sup>1)</sup> Zie b.v. Westlake, *Revue de dr. intern.* deel XII, pag. 45.

eigene wetgeving om, de bedoelde *comitas gentium* als door hunnen staat erkend beschouwen en zich bevoegd achten zullen naar buitenlandsche wetten recht te spreken, zoodra een geschil uit den aard der zaak onder die wetten valt.

De uitvinder, althans een der eerste verkondigers van deze leer was ULR. HUBER <sup>1)</sup>; van hem werd zij overgenomen vooral door de Engelsche en Amerikaansche schrijvers. Ook FOELIX huldigt haar. Het uitvoerigst misschien vindt men haar uiteengezet bij STORY <sup>2)</sup>, die HUBER's theorie als den grondslag der Engelsch-Amerikaansche praktijk uitdrukkelijk erkent <sup>3)</sup>.

b. Tot de tweede groep breng ik die schrijvers, die niet alleen daadwerkelijk, gelijk de vorige, maar ook uitdrukkelijk een *verplichting* tot toepassing van vreemd recht erkennen. Hunne leer is een protest tegen de theorie van de *comitas*. Niet uit welwillendheid, maar omdat ze moeten erkennen de staten elkaars wetgeving! Ze zijn daartoe verplicht en moeten niet denken, dat zij, vreemde wetten toepassende, een gunst bewijzen, die ze, gelijk ze haar nu geheel willekeurig toekennen, in andere gevallen weer even willekeurig zouden kunnen weigeren.

Maar hoe ontstaat die verplichting? Hier wijken de schrijvers, tot deze groep behorende, van elkaar af. Sommige leiden haar met SAVIGNY af uit de rechtsgemeenschap, de solidariteit, die de afzonderlijke souvereine staten weer tot één geheel verbindt, en die, vorderende dat zij elkan- der als gelijkgerechtigde wezens erkennen, hen verbiedt elkanders wetgeving als niet bestaande te behandelen. Zoo-

<sup>1)</sup> De Conf. leg. »Rectores imperiorum id comiter agunt, ut jura cujusque populi intra terminos ejus exercita, teneant ubique suam vim, quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium praejudicetur.» Zie verder de toepassingen, die hij aan het beginsel geeft.

<sup>2)</sup> Conflict of laws, chapt. II.

<sup>3)</sup> Zie ook Westlake in Revue de dr. intern. XII p. 45. »disciples de Huber, qui a été plus fréquemment cité en Angleterre et aux Etats-Unis que sur le continent, les juges anglais etc.»

doende ontstaat tusschen de wetgevingen van onderscheidene onafhankelijke staten dezelfde verhouding als tusschen de verschillende particuliere rechten binnen éézelfden staat. Even natuurlijk als het is, dat de rechter van dit deel des lands waar dit recht geldt ook vonnisse naar het recht, dat in dat andere deel van het land verbindend is, even natuurlijk is het, dat de rechter van dezen staat oordeele naar de wetten van dien staat. <sup>1)</sup>

De hier bedoelde schrijvers zijn op deze gronden van oordeel, dat de rechters van iederen staat bevoegd en verplicht zijn, ook buiten uitdrukkelijke voorschriften hunner eigene wetgeving om, vreemd recht toe te passen. En slechts bij wege van uitzondering eischen zij, dat al die inheemsche wetten, die op zedelijke motieven berusten of wier handhaving in het belang van staat of maatschappij noodzakelijk is, in alle gevallen ter uitvoering komen, zonder dat op buitenlandsch recht acht geslagen worde. <sup>2)</sup>

Anderen, nl. de nieuwe Italiaansche school, roepen, om er de verplichting tot toepassing van buitenlandsch recht uit af te leiden, een min of meer speculatief en natuurrechtelijk beginsel te hulp. Ik geloof niet, dat de zaak daardoor wint in duidelijkheid. Hun stelsel komt, indien ik het wel begrepen heb, ongeveer op het volgende neer. Iedere staat is wel is waar soeverein binnen zijn grondgebied maar hieruit vloeit niet voort, dat hij gerechtigd zou zijn tot absolute uitsluiting van vreemde wetten. Integendeel hij moet binnen zijne grenzen door zijne rechters de wetgeving van andere staten laten toepassen op de burgers van die staten en op hunne rechtsbetrekkingen, zoolang hij zelf door die toepassing in zijne belangen niet gekrenkt

<sup>1)</sup> Men zie v. SAVIGNY Syst. VIII. Vooral § 348. Kort en klaar is WINDSCHEID I § 34 volgg. Ook prof. OPZOOMER, Aant. op art. 6 A. B. is deze meening toegedaan. Voorts FR. MOMMSEN in Archiv. für die civ. prax. 1878 p. 149 seqq., ENDEMANN Handelsrecht § 9. BRUNS in HOLTZENDORFFS Encyclopaedie p. 326.

<sup>2)</sup> SAVIGNY § 349. WINDSCHEID t. a. p. We hebben hier eene uitzondering ongeveer overeenkomende met die van de theorie der comitas.

wordt. Waarom? Omdat het natuurrecht het zoo wil. Gelijk de individueele vrijheid niet beperkt mag worden zoolang zij niet andere individuën of den staat zelf benadeelt, zoo mogen, in de betrekkingen tusschen de volkeren onderling, de rechten van de eene natie niet worden verkort, tenzij zij de andere in de hare schenden zouden. En daar nu iedere staat het recht heeft de wetten te maken, waaraan zijne burgers gebonden zullen zijn, moet ook dit recht door andere staten worden geëerbiedigd, zoolang het hen niet aantast in hunne rechten. Ziedaar de rechtmatige eisch van het »droit de nationalité'', een recht niet minder heilig in de verhouding der staten onderling, als het »droit de liberté'', het is in de betrekkingen tusschen de individuën en den staat of tusschen de individuën onderling.

En wanneer zal nu de erkenning van de souvereiniteit van andere staten en toepassing van hunne wetten, als niet langer onschadelijk, kunnen worden geweigerd? Zoodra door die toepassing de beginselen van openbare orde, of de economische, moreele, politieke en godsdienstige belangen van dezen staat zouden worden gelaedeerd. Hiermee neemt de Italiaansche school een uitzondering aan overeenkomende met die, welke we bij de voorstanders van de comitas en bij v. SAVIGNY en zijne volgelingen aantreffen <sup>1)</sup>.

Ik hoop hiermee de Italiaansche leer met juistheid te hebben weergegeven: zij komt mij voor weinig overtuigend te wezen voor wie niet gelooft aan een droit de la nature of droit primitif en aan het licht der natuurlijke rede, waarop herhaaldelijk beroep gedaan wordt. Maar ik onthoud mij van kritiek: zij ligt buiten mijn bestek.

B. Wij komen nu tot de schrijvers van de tweede hoofdgroep, waartoe behooren al diegenen, die van oordeel zijn, dat de vraag, of de rechters van een staat bevoegd zijn naar buitenlandsche wetten te vonnissen uitsluitend uit het

---

<sup>1)</sup> Men zie deze theorie bij MANCINI, *Revue de droit intern.* 1875 p. 329 volg., en bij FIORE, *Droit intern. privé* p. 47 volg. van de Fransche vertaling van PRADIER FODÉRE.

inlandsche recht moet worden beantwoord. Met het bestaan, al of niet, van eene volkenrechtelijke verplichting tot toepassing van vreemde wetten laten zij zich niet in, omdat naar hunne meening 's rechters bevoegdheid op dit punt niet op die wijze is uit te maken. Eerst nadat die verplichting door den wetgever is erkend, bindt zij ook den rechter. De eenige praktische vraag is dus in hun oog, of het inlandsche recht den rechter uitdrukkelijk of stilzwijgend de bevoegdheid geeft casu quo ook naar buitenlandsche wetten recht te spreken. Doet het dit, dan zijn zij er toe bevoegd, ook al kon eene volkenrechtelijke verplichting *niet*, doet het dit niet, dan zijn zij er niet toe bevoegd, ook al kon eene volkenrechtelijke verplichting *wel* worden bewezen. Op den wil van het inheemsche recht komt alles aan.

Zijn er nu in dat recht uitdrukkelijke voorschriften omtrent het oordeelen naar uitheemsche wetten, dan is er geen moeilijkheid. Wat echter, zoo deze ontbreken of onvolledig zijn? Dan moet de rechter het voorschrift zijner eigene wet, dat op geschillen als het onderhavige slaat, raadplegen en door uitlegging trachten op te sporen, of het ook in dit concrete geval (stel b.v. dat er buitenlanders in betrokken zijn, of dat het loopt over een in den vreemde gelegen goed etc.) wil worden toegepast. Wil het dit, hij legt het aan zijne beslissing ten grondslag, ook al mocht zodoende eene volkenrechtelijke verplichting worden geschonden. Alleen in het omgekeerde geval staat de weg tot buitenlandsch recht voor hem open. Stel b.v. er wordt eene hereditatis petitio ingesteld omtrent goederen door een vreemdeling nagelaten. De rechter zal nu het erfrecht der inlandsche wet moeten opslaan, om te onderzoeken of het ook nalatenschappen van vreemdelingen beheerschen wil. Blijkt die wil, hij past de inlandsche wet toe, blijkt die wil niet of blijkt het, dat hij niet bestaat<sup>1)</sup>, hij doet recht naar de buitenlandsche wet.

De uitvinder van deze theorie, de man althans, die haar

<sup>1)</sup> Wat van de twee, is tusschen de geleerden betwist.

het eerst tot den grondslag gemaakt heeft van het geheele systeem, is v. WAECHTER <sup>1)</sup>. Zij is later door velen overgenomen: ik noem slechts v. BAR, THÖL en DERNBURG <sup>2)</sup>. Volkomen eensgezind zijn zij trouwens niet: één geschilpunt mag hier niet voorbijgegaan worden. Wat moet er gebeuren, indien de rechter bij zijne uitlegging in bovenbedoelden zin van het betrokken inlandsche rechtsvoorschrift geene zekere uitkomst verkrijgt? Moet nu buitenlandsch of inlandsch recht worden toegepast? V. WAECHTER verwijst voor dergelijke gevallen van twijfel, wier mogelijkheid hij erkent, den rechter naar het inlandsche recht als het eenige dat voor toepassing in aanmerking komen mag. V. BAR daarentegen ontkent het bestaan van eene presumpcie voor de toepasselijkheid van het inheemsche rechtsvoorschrift. Ook dat mag niet worden toegepast, tenzij er eene positieve aanwijzing is voor de toepassing. Het staat in dit opzicht met het corresponderende voorschrift in de buitenlandsche wetten volkomen op één lijn.

De eerste is hier ongetwijfeld consequenter dan de laatste. Indien de rechter alleen dan mag vonnissen naar buitenlandsch recht, indien het betrokken voorschrift der inlandsche wet het zoo wil, dan moet hij, zoodra van dien wil niet blijkt, dus ook in de gevallen van twijfel, de vreemde wet buiten 't spel laten.

Ik wijs ten slotte nog op het groote verschil tusschen deze leer en die van groep A; er bestaat eene schijn van overeenkomst, die tot verwarring aanleiding zou kunnen geven en ook werkelijk gegeven heeft. Ook naar de laatste nl. hangt de bevoegdheid tot rechtspraak naar uitheemsche wetten af van den wil van den inlandschen wetgever, die het in zijne macht heeft zijne rechters die rechtspraak te verbieden. Dergelijk uitdrukkelijk verbod zouden zij, hoe ongerijmd het ook wezen mocht, moeten opvolgen. Naar

<sup>1)</sup> Zie zijne opstellen in deel 24 en 25 van het Archiv für die civ. Praxis en zijne onlangs verschenen Pandecten § 31.

<sup>2)</sup> v. BAR, Das intern. Privat und Strafrecht. THÖL, Handelsrecht § 17. DERNBURG, Preuss. Privatrecht § 26.

beide theoriën alzoo is de wil van den inlandschen wetgever beslissend. Ziedaar het punt van overeenkomst. Het alles afdoend<sup>1)</sup> verschil is dit: bij gebreke van uitdrukkelijke voorschriften concludeeren de eerst besproken theoriën tot de toepasbaarheid van vreemd recht, ééns voor al, niet op grond van eene stilzwijgende bedoeling der inheemsche wet maar krachtens algemeene beginselen. V. WAECHTER en zijne volgelingen daarentegen eischen, dat in ieder bijzonder geval, niet uit buiten de wet gelegen beginselen, maar uit het betrokken voorschrift der inlandsche wet door uitlegging worde afgeleid, wat voor dat geval 's wetgevers wil is: rechtspraak naar de eigene of naar de vreemde wet.

C. Eindelijk nog de derde groep. De schrijvers, die daartoe behooren, trachten de noodzakelijkheid van de toepassing van buitenlandsch recht te betoogen, noch door een beroep op hetgeen de eene staat den anderen verschuldigd is, noch door eene interpretatie der inlandsche wet, maar door middel van een beginsel van hooger aard, aan eene hoogere orde der dingen ontleend en dat daarom ook door de staten moet worden in acht genomen: het beginsel namelijk dat verkregen rechten niet mogen worden geschonden. De rechter, die de toepassing van vreemde wetten per se weigerde, zou dikwijls verkregen rechten schenden. Maar het is een eerste plicht, ook van den staat, verkregen rechten te eerbiedigen. Ergo. Eene poging alzoo om voor de conflicten tusschen in- en buitenlandsche wetten eene oplossing te vinden krachtens hetzelfde beginsel, dat ook als leidraad gebezigd wordt in den doolhof der botsingen tusschen oude en nieuwe wetten.

Men heeft aan deze theorie verweten, dat zij zou berusten op een *petitio principii* of zich bewegen in een cirkel<sup>2)</sup>. Want, zegt men, om te weten of er uit zekere feiten een recht verkregen werd, dient men eerst te weten naar welke wetgeving de beoordeeling moet plaats hebben. Ik geloof

<sup>1)</sup> Hoe afdoend het is, zal later nog duidelijker blijken.

<sup>2)</sup> v. WAECHTER, *Archiv. f. die civ. Pr.* XXV p. 4. v. SAVIGNY, *Syst. VIII*, p. 132. v. BAR, *das intern. Priv.* p. 49, 57.

niet, dat dit verwijt verdiend is. Zij, die het uitspreken, vergeten, dat het beginsel der verkregen rechten niet gebruikt wordt om den rechter in ieder geval de toepasselijke wetgeving aan te wijzen, maar om duidelijk te maken, dat hij, indien het eenmaal, op andere gronden, vaststaat, dat het geschil natuurlijkerwijze valt onder eene buitenlandsche wet, deze uit den aard der zaak toepasselijke wet ook werkelijk moet toepassen en haar niet mag ter zijde leggen, eenvoudig omdat zij eene vreemde is. Zij verwarren de beide vragen door mij in den aanvang onderscheiden. Het beginsel der verkregen rechten behoort bij de eerste en heeft met de tweede niets te maken. Integendeel, het onderstelt, dat deze laatste op andere gronden beantwoord is. Het zegt niet: zie hier, rechter, den regel, die u in staat zal stellen telkens uit alle mogelijke wetgevingen diegene uit te vinden, die het aan uw oordeel onderworpen geschil van nature beheerscht. Het roept hem alleen toe, dat hij, wetende dat het geschil staat onder de heerschappij eener uitheemsche wet, nu ook verplicht is die wet aan zijne beslissing ten grondslag te leggen, al is zij niet van zijn eigen wetgever uitgegaan.

Slechts dit kan men de voorstanders van de leer der verkregen rechten met grond ten laste leggen, dat zij veelal verzuimen de tweede en moeilijkste vraag uitdrukkelijk te beantwoorden; daardoor geven zij zelve voedsel aan de meening, dat zij hunne theorie ook voor die beantwoording geschikt achten <sup>1)</sup>.

Hiermee is het overzicht, dat ik wenschte te geven van de belangrijkste pogingen vóór en na gedaan tot beantwoording van de eerste vraag, afgelopen. Onderzoeken we thans wat Prof. ASSER van de quaestie denkt. Dat hij ze

---

<sup>1)</sup> De hier besproken theorie heeft zeer vele voorstanders: de meeste schrijvers maken er een meer of min uitgebreid gebruik van. Meestal doet zij alleen als bijkomend beginsel dienst. Onder deze omstandigheden onthoud ik mij van het noemen van bepaalde personen.



zich gesteld en eene oplossing gezocht heeft, is niet twijfelachtig. Op pag. 20 lezen we, dat de rechter bevoegd en verplicht is buitenlandsch recht toe te passen. En de grond van deze beslissing wordt ons gegeven met de volgende woorden: »het voeren van een proces (toch) heeft niet ten doel nieuwe rechten in het leven te roepen, maar wel bestaande rechten te doen erkennen. Deze waarheid zou geheel uit het oog verloren worden, indien de rechter zijn vonnis onder alle omstandigheden deed steunen op de wetten van het land, waar het proces gevoerd wordt. Hij moet integendeel, ook bij het ontbreken van positieve wetsvoorschriften, onderzoeken naar welk recht, volgens algemeene beginselen, het geding behoort te worden beslist. De aard der handeling of der rechtsbetrekking, de nationaliteit of woonplaats der handelende personen, de plaats waar gehandeld is of waar de uitvoering van aangegane verbindtenissen moet geschieden, dit alles en nog velerlei andere omstandigheden zullen tot maatstaf moeten strekken bij het bepalen der in elk geval toepasselijke wet.»

Het is, dunkt mij, duidelijk, dat we hier in eenigszins gewijzigde gedaante de theorie der verkregen rechten voor ons hebben. De rechter moet zoo recht spreken, dat verkregen rechten worden gehandhaafd, zegt zij evenals laatstgenoemde. Slechts in zooverre verschilt zij van deze, dat zij die verplichting niet afleidt uit de wel wat mystieke onschendbaarheid van zoodanige »verkregen rechten», maar uit den aard van 's rechters taak en van het proces. Van Prof. ASSERS beginsel geldt alzoo volkomen wat van de leer der verkregen rechten werd opgemerkt, nl. dat het voor de wetgevingen eene, van elders bekende, natuurlijke heerschappij onderstelt. Slechts indien ik eerst weet, dat dit geval uit den aard der zaak stond onder de heerschappij van die wet en dat alzoo die wet bevoegd was aan den betrokken persoon een recht toe te kennen, zal ik uit den aard van 's rechters taak en uit dien van het proces, zooals Prof. ASSER ze omschrijft, iets kunnen afleiden omtrent de vraag welke wet ik nu moet toepassen. Met hetzelfde recht alzoo

als daar, zou men hier kunnen spreken van een petitio principii of cirkelredeneering. Als men dat bedenkt schijnt het vreemd, dat we Prof. ASSERS rechtsgrond ook, tot tweemaal toe zelfs, aantreffen, bij v. BAR <sup>1)</sup>, denzelfden schrijver, die de theorie der verkregen rechten beschuldigt van eene petitio principii. Te zonderlinger is deze inconsequentie, omdat v. BAR in zijn stelsel met dergelijken rechtsgrond niets van noode had.

Welke van alle theoriën, waarmede wij in de vorige bladzijden kennis maakten, is de meest juiste? Ik voor mij weiger eene keuze te doen, omdat ik geloof, dat we aan geene van allen behoefte hebben. Zij trachten te bewijzen, wat geen bewijs noodig zou hebben, indien zij zelve niet van eene noodelooze, door nietsgerechtvaardigde onderstelling uitgingen. Zij beginnen met aan te nemen, stilzwijgend of uitdrukkelijk, dat de rechters van iederen staat eigenlijk slechts de wetten van dien staat hebben toe te passen, en nadat zij zoodoende beslissing naar buitenlandsch recht gemaakt hebben tot iets, dat eene bijzondere verklaring behoeft, zetten zij zich neer om die verklaring te geven. Naar mijn oordeel is bedoelde onderstelling geheel ongemotiveerd, en verwacht zij het statistisch meest voorkomende met het principieel regelmatige. Ik zie wel, dat de rechters van iederen staat in den regel beslissen naar het recht van dien staat, maar ik bespeur nergens, noch in de zaak zelve, noch in de geschriften der geleerden een reden, om dat als het normale, als het 't meest met den aard der dingen overeenkomstige te beschouwen. Ik acht op dezen grond het zoeken van een beginsel, dat de toepassing van buitenlandsch recht zou verklaren, een nutteloos werk: en ik geef in overweging in plaats daarvan te trachten den grond op te sporen, waarop 's rechters toepassing van recht in het algemeen, hetzij in-, hetzij buitenlandsch, berust. Het zal ons weldra blijken, dat men het over dien grond nog alles behalve eens is.

---

<sup>1)</sup> Intern. Priv.recht p. 58, Krit. Viert. jahrschr. XV p. 3.

We zijn thans tot de tweede vraag genaderd en zullen weer onderzoeken eerst, hoe zij door de wetenschap in het algemeen wordt beantwoord, dan hoe Prof. ASSER haar oplost. Doch vóóraf moet de vraag zelve nader worden toegelicht.

Ieder, die van oordeel is en tracht te betoogen, dat de rechter bevoegd en verplicht is tot toepassing van buitenlandsch recht, gaat daarbij uit van de stelling dat toepassing van buitenlandsch recht nuttig en noodig zijn kan, dat den rechter geschillen kunnen worden voorgelegd, wier goede, billijke, rationeele beslissing slechts door toepassing van de eene of andere buitenlandsche wetgeving kan plaats hebben. Er zijn derhalve geschillen, waarvoor de rechter van zijne nu eenmaal vaststaande bevoegdheid tot toepassing van buitenlandsch recht gebruik moet maken. Maar welke geschillen zijn dat? welke van de geheele massa geschillen, die aan 's rechters oordeel onderworpen worden, moeten naar inlandsch, welke naar buitenlandsch recht beslist worden? En welke van het totale aantal buitenlandsche wetgevingen is het telkens, die voor de beslissing in aanmerking komen moet?

Het zou denkbaar wezen, dat men principieel het bestaan van een vast beginsel op dit stuk ontkende; dat men alzoo, na 's rechters bevoegdheid tot beslissing naar vreemd recht in het algemeen betoogd te hebben, van meening was èn de keuze van de gevallen èn de keuze van de buitenlandsche wetgeving aan hem te moeten overlaten, zonder hem eenig beginsel als leiddraad mede te geven. Voor zooverre ik weet echter, heeft niemand zoo geoordeeld. Tot nog toe heeft ieder schrijver, die zich met de quaestie bemoeid heeft, getracht één of meer beginselen te ontwikkelen, die den rechter in staat zouden stellen uit de feitelijke omstandigheden van ieder geval af te leiden, of hij voor dat geval van zijne algemeene bevoegdheid tot toepassing van uitheemsch recht gebruik moet maken en, zoo ja, naar de wetgeving van welk land hij zijn oordeel zal hebben in te richten. Ieder is er op uit geweest 's rechters willekeur in dit opzicht te besnoeien.

Komen al bij enkele schrijvers soms uitdrukkingen voor, die het tegendeel zouden doen onderstellen, bij nader inzien blijkt, dat zij de mogelijkheid, niet van vaste beginselen, maar van een enkel vast beginsel, dat voor alle gevallen voldoende zou, wilden ontkennen.

Die vraag is nu dus: naar welk beginsel of naar welke beginselen kan de rechter uit de bijzondere omstandigheden van elk aan zijn oordeel onderworpen geval afleiden, of hij voor dat geval van zijne algemeene bevoegdheid tot toepassing van buitenlandsch recht gebruik moet maken, en, zoo ja, naar de wet van welk land hij zijne beslissing heeft interichten?

Gaan we na, wat de wetenschap op dit punt leert, dan treft het ons hoe gering de aandacht is, die vele geleerden er aan schenken. Er zijn er, die met vuur de eerste vraag bespreken, maar deze tweede, die toch eigenlijk de hoofdvraag is en zeker het moeilijkste gedeelte van de taak uitmaakt, bijna onaangeroerd laten. Het blijkt wel, dat zij beginselen aannemen; wanneer zij tot de bijzonderheden overgaan, is hunne beslissing daarop telkens gebaseerd; maar welke die beginselen zijn, nemen zij niet de moeite uit te spreken. Anderen doen dit laatste wel, maar denken er niet aan voor de juistheid van hun beginsel eenig bewijs aan te voeren. De minsten stellen een beginsel niet alleen, maar trachten het te bewijzen bovendien. Voor een deel is dit verschijnsel misschien te wijten aan de groote moeilijkheid van de quaestie, die de schrijvers huiverig maakt er zich in te verdiepen: voor het grootste deel echter komt zij mij voor het gevolg te wezen daarvan, dat er in deze zaak zekere grondstellingen zijn, die zich, te recht of ten onrechte, als van zelf sprekend, als axiomata bijna, opdringen, zoodat men het, juist daarom, overbodig acht ze uitdrukkelijk als de basis der redeneering te doen kennen.

Ook op dit punt onderscheid ik de schrijvers weer in drie groepen.

A. Tot de eerste behooren alle diegenen, die uitgaan van het denkbeeld, dat de werking van iedere wetgeving

beperkt is binnen een bepaald plaatselijk gebied. Dit gebied valt samen met het grondgebied van den staat, die de wetgeving uitvaardigde, of, indien er in éénzelfden staat verscheidene particuliere rechten gelden naast elkander, dan met die provincie of dat landschap, waarvoor zij kracht heeft.

Men zou deze theorie die van de *territorialiteit* van het recht hunnen noemen, indien uit het gebruik van dit woord, dat in zeer verschillende beteekenissen voorkomt, geen misverstand te vreezen was.

B. Tot de tweede breng ik al die schrijvers, die aan het recht van elken staat eene persoonlijke werking toeschrijven voor de leden van dien staat, eene werking, die van elk begrip van plaats geheel onafhankelijk is.

De theorie van de *persoonlijkheid* des rechts.

C. Onder de derde eindelijk valt de school van v. WAECHTER, v. BAR etc., wier leer ik hier niet nader kan karakteriseeren.

Ad A. Het eigenaardige van deze theorie is, gelijk ik opmerkte, dat zij de werking van iedere wet beperkt acht binnen het grondgebied van den staat die haar uitvaardigde.<sup>1)</sup> Zij redeneert nu verder op deze wijze: 1°. binnen dat gebied harer werking beheerscht de wet alles, wat geschikt is voorwerp te zijn van de heerschappij van wetten, de werking van wetten te ondervinden; 2°. de werking binnen dat gebied éénmaal op zulk een voorwerp van de heerschappij van wetten uitgeoefend blijft er aan bij, wat er nu verder met dat object gebeuren moge: zij moet ook elders erkend en geëerbiedigd worden. M. a. w. de rechters van andere landen, voor zooverre het hun in het algemeen vrij staat naar vreemde wetten recht te spreken, moeten door haar toe te passen, aan de wet de werking verzekeren, die zij binnen haar gebied op het voorwerp harer heerschappij rechtmatig heeft uitgeoefend. Zoo

<sup>1)</sup> Gemakshalve laat ik het geval van onderscheidene particuliere rechten binnen éénzelfden staat, dat geheel naar dezelfde regelen behandeld wordt, nu verder buiten beschouwing.

doende wordt den rechter van zelf in elk geval de wet aange-  
wezen, die in dat geval toepasselijk is.

Ziehier de grondslag van de leer: daarop stellen zich,  
zoo niet uitdrukkelijk dan toch rebus ipsis et factis, alle  
schrijvers tot deze categorie behoorende. Zij wijken nu  
echter van elkaar af in de opvatting, die zij huldigen, om-  
trent de voorwerpen, waarop de wetten hare werking doen  
gevoelen en komen zoo, ondanks het gemeenschappelijk  
uitgangspunt, toch weer tot verschillende resultaten. We  
moeten daarom deze groep weer in drie onderafdeelingen  
splitsen:

a. sommigen beschouwen als datgene, dat de werking  
der wetten ondervindt, als de voorwerpen harer heerschappij,  
personen, zaken en handelingen (de theorie der statuten).

b. Anderen merken als zoodanig aan: rechtshandelingen  
en andere rechtsfeiten (HUBER).

c. Weer anderen zien de voorwerpen, waarop de heer-  
schappij der wetten zich doet gevoelen, in de rechtsbetrek-  
kingen (v. SAVIGNY).

Ad a. De theorie der statuten beschouwt, zeg ik, als  
datgene, wat de heerschappij der wetten onmiddellijk on-  
dervindt, de personen, de zaken en de handelingen. Wat  
de personen betreft, bestaat die werking daarin, dat zij  
een staat ontvangen en handelings- en rechtsbevoegdheid  
bezitten of missen. Aan de goederen geeft zij zekere eigen-  
schappen en de vatbaarheid om op bepaalde wijzen ver-  
kregen en verloren te worden. Die handelingen eindelijk  
stempelt de wet als geldig of ongeldig.

In verband met de stellingen in den aanvang omschreven,  
komt zij nu tot dit resultaat; de staat en bevoegdheid  
der personen moet beoordeeld worden naar de wet van het  
land, waartoe de persoon behoort; de eigenschappen der,  
de rechten op goederen (onroerende) worden bepaald door  
de wet van het land, waar het goed ligt, terwijl eindelijk  
de geldigheid der handelingen afhangt van de wet der  
plaats, waar de handeling verricht werd.

Is de beschouwing der statuten-theorie omtrent datgene,

dat als het object van de heerschappij der wetten moet worden aangemerkt, welke beschouwing hare eigenaardigheid uitmaakt, juist? Ik aarzel niet haar volkomen onjuist te noemen; ze wordt ons dan ook voorgelegd, zonder dat er zelfs maar eene poging gedaan wordt haar te bewijzen. Meende men misschien, met het oog op de plaats der Instituten: omne jus quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, dat zij geen bewijs behoefde? Hoe dit zij, zij maakt zich schuldig aan verwarring van vorm en wezen der rechtsvoorschriften. Omdat het wetenschappelijk rechtssysteem, door de Rom. juristen uitgedacht en door de lateren ontwikkeld, spreekt van de juridische eigenschappen der personen, zaken en handelingen, stelt zij zich voor, dat de rechtsvoorschriften in werkelijkheid eigenschappen toekennen en ontnemen, en dat hierin hunne eigenlijke werking gelegen is. Zij voelt niet, dat dit alles slechts beeldspraak is, uitgedacht en ingevoerd wel is waar tot groot gemak en voordeel der rechtswetenschap, maar waardoor men zich omtrent den waren aard des rechts niet moet laten bedriegen, en die men moet weten vaarwel te zeggen, zoodra het om de rechtsvoorschriften in hunne praktische gedaante en in hunne waarachtige werking te doen is.

Doch dit punt gaat ons thans verder niet aan. Het was mijn doel slechts aan te toonen, dat de bekende statuten-theorie uit de grondbeginselen, die aan deze geheele groep van theoriën gemeen zijn, en uit de haar uitsluitend eigene opvatting van de voorwerpen, waarop de wetten werken, moge deze opvatting dan juist of onjuist wezen, logisch voortvloeit.

Ad *b.* Eenvoudiger en meer overeenkomstig de waarheid is de theorie tot welke ik nu overga. Zij werd, voor zoverre mij bekend is, het eerst uiteengezet door onzen landgenoot ULRICH HUBER, <sup>1)</sup> al is het waar, dat enkele toepassingen van haar beginsel reeds in de statuten-theorie

---

<sup>1)</sup> Prael. jur. civ. T. II. hb. I tit. 3 hoofdstuk 2. Heedend. Rechtsgel. boek I kapit. 3.

voorkwamen. Zij is, nu nog, de grondgedachte, waarvan zeer vele schrijvers stilzwijgend uitgaan, terwijl zij door enkele als de ware uitdrukkelijk erkend wordt.

Hare eigenaardigheid bestaat daarin, dat zij als het eigenlijke object van de werking der wetten, als dat, wat er onmiddellijk door aangedaan wordt, beschouwt de handelingen der menschen en andere, rechtsgevolgen in het leven roepende, feiten. Uit deze opvatting, in verband gebracht met de in den aanvang uiteengezette grondbeginselen omtrent het plaatselijk gebied der wetten, leidt zij af, dat iedere wetgeving beheerscht alle handelingen en andere rechtsfeiten, die, door wie ook, verricht werden of plaats hadden binnen het territorium van den staat, die haar uitvaardigde. Zij en zij alleen stempelt deze handelingen als geldig of ongeldig, zij en zij alleen knoopt er zekere rechtsgevolgen aan vast, en overal derhalve, ook in andere staten voor zooverre zij zich tegen de toepassing van buitenlandsch recht in het algemeen niet verzetten, moeten zij naar die wet beoordeeld worden. M. a. w. de rechter, die weten wil naar welke wetgeving hij in casu heeft recht te spreken, onderzoekte slechts, waar de feiten, die den grondslag van het geschil uitmaken, hebben plaats gehad. De wet, die in dat land geldt, is de toepasselijke, want zij beheerschte de feiten, toen zij plaats hadden en hare heerschappij moet nu in het vonnis tot haar recht komen.

Het is duidelijk, dat deze theorie in hare praktische resultaten ten eerste van die der statuten afwijkt. Wel wil ook de laatste, dat de handelingen beoordeeld zullen worden naar de wet der plaats, waar zij verricht werden, maar bij haar wordt deze regel gedrukt door de beide anderen, die omtrent de personen en die omtrent de goederen. Het gevolg hiervan is, dat zij aan de heerschappij van de wet der plaats, waar gehandeld is, ten slotte slechts den vorm der handelingen overlaat.

Waarop steunt HUBERS theorie? Hij doet meer dan de meeste schrijvers en tracht zijne leer een vasten grondslag te geven. Daartoe beroept hij zich op de volgende, naar



zijne meening, onbetwistbare waarheden : 1°. de wetten hebben kracht alleen binnen de grenzen van den staat, en verbinden daar allen, die aan dien staat onderworpen zijn; 2°. onderworpen aan den staat zijn al die personen, die zich, langer of korter, binnen zijne grenzen ophouden. Allen alzoo, ziedaar den gedachtengang, die zich binnen het grondgebied van den staat bevinden, zijn, zoolang zij er zijn, aan de wetten van den staat gebonden, m. a. w. hun doen en laten wordt er door beheerscht en moet er naar beoordeeld worden.

Het is hier niet de plaats voor een uitvoeriger bespreking van HUBERS leer: er kunnen zeker bezwaren tegen worden ingebracht. Toch komt het mij voor, dat zij boven alle andere uitmunt door eenvoudigheid en consequentie en door de praktische bruikbaarheid harer resultaten. Voor dit laatste pleit zeker het feit, dat de Engelsche en Amerikaanse praktijk en wetenschap haar hebben overgenomen, terwijl voor hare waarheid zeker toch ook iets te zeggen moet zijn, wanneer we zien, dat een man als BRUNS <sup>1)</sup> haar op nieuw verkondigt, zonders trouwens HUBERS naam te noemen en waarschijnlijk dus door zijn eigen nadenken tot haar gevoerd. Ook BRUNS wil, dat alle feiten zullen worden beoordeeld naar het recht, waaronder zij plaats hadden. Hij wijkt van HUBER slechts af in den grond, waarop hij zijn stelsel baseert (een verschil niet in het voordeel van BRUNS) en in zooverre als hij, niet gelijk HUBER bij uitsluiting, maar slechts in den regel, als het recht, waaronder het feit plaats had, het recht beschouwt van het land, waar het geschiedde. Volgens HUBER gebeurt een feit, dat in Nederland plaats heeft, noodzakelijk onder de heerschappij der Nederlandsche wet. Naar BRUNS zou het mogelijk zijn althans dat het in zijn ontstaan onder de heerschappij stond van eene andere wetgeving en later alzoo niet naar de Nederlandsche maar naar die andere wetgeving beoordeeld moest worden.

---

<sup>1)</sup> In Holtzendorffs Encyclop. der Rechtswiss. 2de editie p. 328.

Eene leer als die van HUBER wordt, behalve door BRUNS en de Engelsche en Amerikaansche praktijk, meer ter loops en indirekt nog door talrijke andere schrijvers gehuldigd. Velen, hoewel van andere beginselen uitgaande, gebruiken haar om er de beslissing van een enkel punt op te baseeren. Indirekt wordt zij aangenomen door al diegenen, die het intern. privaatrecht willen afleiden uit den regel, dat verkregen rechten niet mogen worden geschonden. Wanneer zij zich daarop beroepen om te bewijzen, dat de staten niet gerechtigd zijn zich tegen de toepassing van buitenlandsche wetten te verzetten, dan onderstellen zij dat de handelingen in hare geldigheid en rechtsgevolgen beheerscht worden door de wet der plaats, waar zij verricht werden en dat alzoo het recht, dat volgens die wet uit de handeling was voortgevloeid, uit den aard der zaak als een verkregen recht beschouwd moet worden.

Ad c. Naar het oordeel van de schrijvers, die de theorie der territorialiteit in dezen derden gewijzigden vorm voordragen, oefenen de wetten hare werking uit op de rechtsbetrekkingen. Deze opvatting omtrent de objecten, waarop het recht zijne heerschappij doet gevoelen, ligt voor de hand; wij kennen allen de omschrijving van het recht als eene *regeling van rechtsbetrekkingen*. Bij vele schrijvers vindt men er dan ook voor het internationaal privaatrecht gebruik van gemaakt. De eerste echter, die haar gebezigd heeft als den grondslag van de geheele leer, is v. SAVIGNY. Hij stelt de theorie tot taak <sup>1)</sup> »dass bei jedem Rechtsverhältnisse dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältniss seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist (worin dasselbe seinen Sitz hat),’ en wil dan, dat de rechter de wet, die binnen dat rechtsgebied geldt, op de rechtsbetrekking toepasse.

In deze formule alleen reeds staat ons de grondslag der theorie van v. SAVIGNY klaar voor oogen. Hij onderstelt, dat de wetgevingen een plaatselijk gebied hebben, waar

<sup>1)</sup> Zie b.v. Syst. VIII, pag. 28, 103.

binnen hare werking beperkt is. Dit heeft hij met de geheele groep theoriën gemeen. Hij neemt verder aan, dat hetgeen, waarop zij werken, zijn de binnen dat gebied gevestigde rechtsbetrekkingen. Hierin wijkt hij van de andere theoriën af. Hij wil ten slotte, dat de rechter door zijne rechtspraak deze heerschappij der wetten tot haar recht doe komen en dus op iedere rechtsbetrekking de wet toepasse, die haar blijkens het voorgaande van nature beheerscht.

Het kan niet ontkend worden, dat de leer van v. SAVIGNY zwakke punten aanbiedt, die haar in het bijzonder eigen zijn. Ten eerste: is het waar, dat het recht, niet personen, zaken en handelingen (statuten-theorie) noch menselijke handelingen en andere rechtsfeiten (HUBER) maar rechtsbetrekkingen beheerscht, dat dit de objecten zijn, waarop het zijn stempel drukt? v. SAVIGNY beweert het, maar bewijst het niet. Ten tweede: kan men naar waarheid van rechtsbetrekkingen zeggen, dat zij een zetel hebben binnen een bepaald landsterritoor, dat zij er thuis hooren? v. SAVIGNY moet aan iedere rechtsbetrekking eene plaats geven, zooals zaken die hebben door hunne ligging, personen door hun domicilie, handelingen door de tegenwoordigheid van den persoon, die handelde, op een bepaalde plek, anders valt zijne geheele theorie, die op de plaatselijke werking der wetten gebaseerd is. Maar gaat dat? Antwoordt men dat juist de woonplaats der personen, de ligging der goederen, de plaats der handeling den zetel der rechtsbetrekkingen bepalen zullen, dan ontstaat een ander bezwaar: dit nl., dat de theorie bloot formeel <sup>1)</sup> is en geschikt om den meest verschillenden inhoud op te nemen. Zij geeft geen vast beginsel, dat nu verder slechts behoeft uitge-

---

<sup>1)</sup> v. SAVIGNY, Syst. VIII p. 120, geeft dit formeele karakter zijner leer toe en acht elke poging om een materieel grondbeginsel te vinden bedenkelijk. Merkwaardig is het, dat UNGER (Oesterr. Privatrecht. I. p. 162) de theorie van v. SAVIGNY nu juist weer prijst, als de eenige, die »*materiellen Inhalts ist und positive Anhaltspunkte darbietet*». Een typisch voorbeeld van de tegenstrijdigheden, waarvan ons vak overloopt.

werkt te worden en toegepast op de bijzondere gevallen. Zij is niet meer dan eene methode, die al naar mate zij door den een of door den ander wordt toegepast, tot de meest verschillende uitkomsten leiden kan. Wie toch zal mij zeggen, waaraan ik in ieder geval den zetel der rechtsbetrekking herkennen kan? Hier is eenvoudig alles aan mij zelf overgelaten, en ik geloof niet, dat iemand mij van ongelijk zou kunnen overtuigen, wanneer ik iedere rechtsbetrekking gezeteld achtte in het land, waar de handeling heeft plaats gehad, die haar deed ontstaan, of wanneer ik de rechtsbetrekkingen onderscheidde in die welke zaken en die welke personen betreffen, den zetel der eerste opsloeg op de plaats, waar het goed gelegen is, dien der laatste in het land, waar de persoon thuis hoort, en derhalve v. SAVIGNYS beginsel gebruikte tot verkondiging, hetzij van HUBERS, hetzij van de statuten-theorie. Men kan werkelijk met deze leer doen wat men wil, en vreemd is het alzoo niet, dat zij vele aanhangers gevonden heeft. Zij heeft de fout, die haar uitvinder zelf aan de theorie der statuten ten laste legt. <sup>1)</sup>

Hiermee is het onderzoek der theoriën, die aan elke wetgeving een plaatselijk rechtsgebied toeschrijven, afgevoerd.

Ad B. Wij komen nu tot die welke van het denkbeeld eener persoonlijke werking des rechts uitgaat en verkondigd is door de Italiaansche schrijvers van den laatsten tijd en door den Gendschen hoogleeraar LAURENT. Haar beginsel is: de in ieder geval toepasselijke wet, is de wet van den staat, waartoe de persoon, over wiens rechtsbetrekking beslist moet worden, behoort door afstamming. De rechter, die weten wil, naar de wetgeving van welken staat hij in een gegeven geval moet recht doen, heeft slechts te vragen naar de nationaliteit van den betrokken persoon: het recht van die natie past hij toe. De ligging van het goed, de plaats waar gehandeld werd, het domicilie der personen, kortom de

<sup>1)</sup> v. SAVIGNY Syst. VIII, p. 123.

plaatselijke kenmerken van het geschil, hebben met de vraag, welke wetgeving zal worden toegepast, niets te maken.

Waarop steunt dit beginsel? Daarop, dat het recht behoort tot de karakteristieke eigenschappen van een volk; dat het bij elk volk onder den invloed van allerlei oorzaken een eigen inhoud krijgt, waardoor het van dat van alle andere volken in meerdere of mindere mate afwijkt, en dat dus het recht geschikt voor het eene volk, daarom nog niet ook voor het andere deugt. Kortom, het recht is iets nationaals, eene eigenschap, die, gelijk aan de geheele natie, zoo ook aan elk harer leden afzonderlijk toekomt, en die evenmin als andere eigenschappen afgelegd wordt bij de overschrijding van de grenzen. Het recht van den staat, waartoe ik behoor, maakt een deel uit van mijn wezen, is althans mijne bezitting: <sup>1)</sup> de vreemde staat, binnen wiens grondgebied ik mij voor korter of langer tijd ophoud, moet, gelijk mijne persoonlijkheid, zoo ook deze mijne eigenschap erkennen en eerbiedigen, mag mij deze mijne bezitting niet ontnemen. En dit alles zou hij doen, zoo hij weigerde op mij toe te passen het recht van het volk, waartoe ik behoor, dat is, *mijn* recht.

Zie hier de redeneering, waarop de Italiaansche theorie steunt. Consequent leidt ze tot het middeneeuwsche stelsel der persoonlijke rechten en voert ze ons dus eeuwen terug. Die consequentie echter wordt vermeden door de inroeping van twee andere beginselen, beide ontzaggelijk vaag en rekbaar en daardoor uitstekend geschikt voor de taak, die ze hebben te vervullen. Naar het eene lijdt het hoofdbeginsel uitzondering in alle gevallen, waarin het de personen vrijstond zich aan eene bepaalde wetgeving te *onderwerpen*. Onafhankelijk van de nationaliteit der handelende personen komt dan die wet in toepassing, waaraan zij zich onderworpen hebben of geacht kunnen worden zich te hebben willen onderwerpen. Wie weet, welk een misbruik van deze presuntie van vrijwillige onderwerping vroeger

<sup>1)</sup> Patrimoine noemt MANCINI het.

en later gemaakt is, voelt ook het gewicht van deze uitzondering.

Naar het andere moet het hoofdbeginsel verlaten worden, zoodra het publiek recht van den staat, wiens rechter vonnis vellen zal, in de zaak gemoeid wordt. Dit publiek recht, dat ook alle bepalingen omvat, die op zedelijke overwegingen steunen of de economische belangen van den staat waarborgen, moet op een ieder worden toegepast. De nationaliteit van den betrokken persoon heeft op de toepasselijkheid van dat recht niet den geringsten invloed.

Het behoeft geen betoog, dat het begrip publiek recht (*lois d'ordre public*) alles behalve nauwkeurig omschreven is: de scheiding tusschen publiek en privaatsrecht is zeker eene van de allermoeilijkste, die in het recht te maken vallen. Onder deze omstandigheden is het te begrijpen, dat alle min bruikbare gevolgen van het stelsel der persoonlijke rechten, die den aanval van het eerste uitzonderingsbeginsel zegevierend doorstaan hebben, ten slotte toch onder de slagen van het tweede sneuvelen moeten. En er is dan ook niets verwonderlijks in, dat de bepalingen van internationaal privaatrecht in het Italiaansche wetboek van 1865, die op het stelsel van de nieuwe Italiaansche school gebaseerd zijn, zoo weinig afwijken van hetgeen door vele schrijvers, die buiten deze school staan en van tegenovergestelde beginselen uitgaan, geleerd wordt. Het beginsel van de persoonlijkheid des rechts, dat op zich zelf tot ongehoorde uitkomsten zou moeten leiden, wordt door de beide andere beginselen zoo afdoende getemd, dat al zijne eigenaardigheid er bij verloren gaat. Maar principieel staat het zoo scherp mogelijk tegenover de theoriën, die we onder A behandelde en die door de groote meerderheid der schrijvers gehuldigd worden. Volgens de laatste heeft iedere wetgeving eene binnen bepaalde plaatselijke grenzen omschreven werking: zij mogen verschillen in hetgeen ze als het onmiddellijk voorwerp van de heerschappij der wetten beschouwen, daarin komen zij overeen, dat zij iedere wetgeving slechts laten beheerschen die objecten, die binnen het staatsterritoor thuis hooren, aanwezig

zijn of plaats hadden. En hieruit leiden ze dan af het antwoord op de vraag, welke wetgeving de rechter in ieder geval heeft toe te passen: dat hangt er van af, zeggen ze, waar hetgeen, waarover hij heeft recht te doen, personen, zaken, handelingen, rechtsbetrekkingen thuis hoort, is of plaats had. Laurent en de Italianen daarentegen negeeren elk territoriaal gezichtspunt. Wanneer het 't privaatrecht is, dat door den rechter moet worden toegepast, dan hangt alles uitsluitend af van de nationaliteit van de betrokken personen; op domicilie, ligging van goederen, plaats der handeling, kortom op al wat er plaatselijks zijn kan in de omstandigheden van het geschil, wordt niet gelet. En aan den anderen kant, indien het 't publiek recht is, waarvan de beslissing afhangt, dan moet de rechter, weer met veronachtzaming van alle territoriale gezichtspunten, uitsluitend toepassen het publiek recht van zijn eigen land. Mijne handelingen in den vreemde verricht zullen, indien de rechter van dezen staat tot oordeelen geroepen wordt, als geldig of ongeldig beschouwd worden, voor- of nadeelige gevolgen voor mij of anderen in het leven roepen, al naarmate het publiek recht van dezen staat het verlangt!

Mij komt de leer der Italiaansche school niet zeer aannemelijk voor. Zij schijnt mij volkomen willekeurig in haar uitgangspunt en onbruikbaar in de resultaten, dier er bij consequente toepassing uit zouden voortvloeijen. De grond waarop zij steunt is, wij zagen het reeds, deze redeneering: het recht van een volk is een product van zijn geest en karakter, van zijne geschiedenis en uiterlijke levensomstandigheden. Het recht van elk volk heeft daardoor iets eigenaardigs, dat uit het innigste wezen van die natie voortkomt, en 'twelk ten gevolge heeft, dat het alleen voor dat volk deugt. *Dus* moet dat recht elk lid van het volk naar het buitenland vergezellen: ook vreemde staten moeten het eerbiedigen en op zijne rechtsbetrekkingen toepassen.

De sprong in de redeneering, die met dat *dus* gemaakt wordt, is enorm. Het Fransche recht deugt niet voor de Nederlandsche natie: *derhalve* kan van den Nederlander,

die zich voor korter of langer tijd binnen Frankrijk ophoudt, niet geëischt worden, dat hij tijdens zijn verblijf aldaar zijn doen en laten inrichte naar de Fransche wet. Wie voelt niet dat de logica hier ver te zoeken is?

Het stelsel der Italianen is zoo zonderling, dat de vraag zich van zelf opdringt: hoe zijn ze er toe gekomen? Ik kan mij twee oorzaken denken en geloof, dat van beide de sporen te ontdekken zijn. Aan den eenen kant hebben we in de leer der Italiaansche school eene nawerking te zien van de *statuta personalia*. Wat de statuten-theorie aannam voor die rechtsvoorschriften, die de personen tot object hebben, heeft zij geeneraliseerd. Aan den anderen kant schijnen de Italianen, en het is vooral MANCINI, die het mij doet denken, zich voorgesteld te hebben, dat een stelsel als het hunne noodig was om den inlander in het buitenland het behoud zijner rechten te waarborgen. Hun schijnt voor oogen gezweefd te hebben het alternatief: òf op den vreemdeling wordt het privaatrecht van zijn eigen land toegepast, òf hij is rechteloos, verliest althans die rechten, die hem krachtens de wet van zijn eigen land reeds toekwamen op het oogenblik, dat hij zich naar het buitenland begaf. Zij hebben er niet aan gedacht, dat men zeer goed den vreemdeling, zoolang hij hier is, kan onderwerpen aan de wetten van dit land, d. w. z. zijne hier verrichte handelingen, zijne hier gevestigde rechtsbetrekkingen beoordeelen naar de wet, die hier geldt, en toch de geldigheid zijner binnen zijn vaderland aangegane handelingen, den inhoud zijner daar gevestigde rechtsbetrekkingen toetsen aan, vaststellen naar zijne vaderlandsche wet. Zij letten er niet op, dat stelsels als die van HUBER, v. SAVIGNY etc. er juist op uit zijn onderscheid te maken tusschen de behandeling van hetgeen hier thuis hoort of voorvalt en die van hetgeen elders thuis hoort of voorvalt en zodoende voor den vreemdeling de rechten te behouden die hij reeds had toen hij de grenzen overschreed en toch tevens, van dat oogenblik af aan, zijn doen en laten aan het recht van dezen staat te onderwerpen.



Ik stap hiermeê af van het stelsel van de persoonlijkheid des rechts in zijne nieuwe gedaante. Ik heb er een weinig langer bij stilgestaan, omdat het in den tegenwoordigen tijd veel opgang maakt. Men vindt het uiteengezet b.v. in een opstel van MANCINI in de *Revue de droit intern.* <sup>1)</sup>, door FIORE in zijn *Droit intern. privé* <sup>2)</sup> en door LAURENT in zijn *Droit civil international* <sup>3)</sup>.

Ad C. Wij komen thans tot de theorie die, na door v. WAECHTER het eerst verkondigd te zijn, vooral door het boek van v. BAR groote bekendheid en grooten invloed verkregen heeft. Zij vormt eene tegenstelling met de beide vorige.

Deze, om het gewicht der zaak zij het mij vergund het nog even in herinnering te brengen, zoeken voor de toepassing van buitenlandsch recht een rechtsgrond, niet in het inlandsche recht, maar daarbuiten in algemeene beginselen. Is die rechtsgrond gevonden, staat het vast, dat toepassing van vreemd recht niet iets ongeoorloofds is, dan vragen zij naar welk beginsel de rechter in ieder concreet geval te onderzoeken heeft, of hij, in dat geval, naar inlandsch of naar buitenlandsch recht moet beslissen en naar het recht van welken vreemden staat. En ook op deze vraag trachten zij het antwoord te ontleenen niet aan het inlandsche recht, maar daarbuiten aan de beginselen, waardoor de natuurlijke en rechtmatige heerschappij van iedere nationale wetgeving wordt omschreven. Want, zoo meenen zij, het is 'srechters taak die rechtmatige heerschappij tot haar recht te doen komen, haar in de concrete gevallen te maken tot praktische werkelijkheid; kent hij dus den omvang van die heerschappij, heeft hij met behulp van die kennis en door acht te slaan op de feitelijke omstandigheden (nationaliteit en domicilie der personen, ligging

<sup>1)</sup> T. VII (1875) p. 329—363, waar op p. 356 de bepalingen der Ital. wet te vinden zijn.

<sup>2)</sup> Hoofdstuk IV, p. 47 volgg.

<sup>3)</sup> Zie aldaar passim en speciaal I, p. 624 volgg.

der zaak, plaats der handeling, zetel der rechtsbetrekking: wat van dit alles in aanmerking komen moet, daaromtrent verschillen de schrijvers) voor ieder geschil de wetgeving gevonden onder wier heerschappij het van nature staat, dan weet hij ook naar het recht van welk land hij moet vonnissen. En slechts in zooverre achten zij den rechter bij het volvoeren van deze zijne taak aan het inlandsche recht gebonden, als er daarin uitdrukkelijke voorschriften omtrent de telkens toepasselijke wet voorkomen <sup>1)</sup>. Die voorschriften heeft hij, als tot hem gerichte bevelen, onvoorwaardelijk te gehoorzamen. Maar overigens kan het inlandsche recht hem in de geheele zaak niets zeggen. Het geldt hier de grenzen der rechtmatige heerschappij van iedere wetgeving, ook van de inlandsche: zij zelve bepaalt die grenzen niet, zij bestaan onafhankelijk van haren wil.

Geheel anders v. WAECHTER. Hij eischt, dat de rechter in ieder concreet geval uit het recht van zijn eigen staat, en wel uit het over gevallen als dit handelende voorschrift van dat recht, door uitlegging opmake, of hij dit dan wel het parallele buitenslandsche voorschrift moet toepassen, en tevens, zoo het antwoord in den laatstbedoelden zin uitvalt, aan het recht van welken vreemden staat hij zich te houden heeft. De rechter mag bv. buitenslandsch erfrecht alleen toepassen, als het inlandsche erfrecht daaraan de beslissing overlaat en alleen het erfrecht uit die buitenslandsche wetgeving, die door de wet van zijn eigen land om zoo te zeggen in het geding geroepen wordt. De rechter is dus gebonden niet alleen aan de uitdrukkelijke bepalingen zijner wet omtrent de rechtsconflicten, maar moet ook verder aan elk inlandsch rechtsvoorschrift vragen of het wil worden toegepast of niet.

Naar het eene stelsel alzo voor de geheele quaestie principieele buitensluiting van het inlandsch recht behalve voor zooverre het uitdrukkelijke bepalingen van internationaal privaatrecht inhoudt. Naar het andere, even zoo

<sup>1)</sup> Gelijk bij ons in de art. 6, 7, 8, 10 A. B.

principieele afhankelijkstelling van de inlandsche wet, die ieder conflict ten slotte moet oplossen.

Van waar zoo groot verschil?

Ik kan het mij slechts op ééne wijze verklaren: daaruit nl., dat de stelsels uitgaan van lijnrecht tegenovergestelde opvattingen van den aard des rechts en van de taak des rechters.

Aan het eerste ligt het denkbeeld ten grondslag, dat het recht<sup>1)</sup> gericht is tot de privaatspersonen, wier doen en laten het beheerschen wil, wier maatschappelijk leven het regelt, en dat het dan zijn doel het best bereikt, wanneer het door hen vrijwillig wordt erkend en geëerbiedigd. En 'srechters taak ziet het eenvoudig daarin, dat hij aan het recht, zoo noodig, de erkenning en eerbiediging, waarop het aanspraak heeft, met dwang verzekere.

Neemt men aan, dat de eerste theorie werkelijk van deze beschouwingen uitgaat, dan is hare geheele methode verklaard. Dan is het duidelijk, waarom het voor haar de eenige vraag is, welke wetgeving in elk geval bevoegd was te heerschen, het doen en laten der personen te bepalen. Want de aanspraak op heerschappij is de oorzaak, de toepasselijkheid het gevolg. Dat deze wetgeving moet worden toegepast en geene andere is het gevolg daarvan, dat het doen en laten der menschen, waarover nu moet worden beslist, stond onder de heerschappij van deze wetgeving en van geene andere. Tevens spreekt het dan van zelf, dat zij er niet aan denken kan het antwoord op haar vraag aan het recht van den staat, wiens rechter beslissen moet, te ontleenen: de quaestie toch is juist of de rechter dat recht of een ander ter hand moet nemen, of dat recht dan wel een ander, toen zij handelden, de personen beheerschte en dus nu toepasselijk is.

Het tweede stelsel op zijne beurt berust op de meening, dat de rechtsvoorschriften gericht zijn tot den rechter en eenvoudig eene voor hem bestemde instructie bevatten, om

<sup>1)</sup> Ik spreek natuurlijk slechts over privaats- en strafrecht.

naar die en die regelen te vonnissen; dat de bestemming van het recht is toegepast te worden door den rechter, en dat de taak van den laatste bestaat in nauwkeurig en getrouw nakomen van de hem in het recht gegeven opdracht. Van daar de beperking van 's rechters bevoegdheid tot de toepassing van het recht van zijn eigen staat, want geen ander souverain is bevoegd hem instructies of opdrachten te geven. Van daar de bevoegdheid tot toepassing van buitenlandsch recht alleen, wanneer 's rechters eigen souverain, dus het inheemsche recht, d. i. de instructie hem door zijn souverain verstrekt, hem tot die toepassing last gegeven heeft. Van daar in één woord die geheele eigenaardige opvatting van de quaestie.

Doch hoe dit alles zijn en waarin het verschil zijn grond hebben moge, dit althans, hoop ik, is uit het voorgaande duidelijk gebleken, dat de vroeger behandelde theoriën en die van v. WAECHTER lijnrecht staan tegenover elkaar en onvereinigbaar zijn.

Slechts op één punt ontmoeten zij elkander en zou een verdwalen uit de eene in de andere, bepaaldelijk uit de oudere en thans nog gewone theorie in die van v. WAECHTER denkbaar zijn. Misschien zelfs is het geheele ontstaan van de laatste slechts het gevolg van zulk een verdwalen. Dat aanrakingspunt ligt in de uitdrukkelijke bepalingen tot oplossing van de wetsconflicten, die in vele wetgevingen voorkomen. Beide theoriën leeren, dat de rechter onverbiddelijk tot de opvolging van die voorschriften verplicht is. Geene algemeene beginselen omtrent de grenzen der heerschappij van iedere wetgeving, geene overwegingen van convenientie kunnen hem, ook naar het oordeel van de gewone leer, van het blindelings uitvoeren van die bepalingen ontslaan. Naar de theorie van v. WAECHTER spreekt dit van zelf: zij acht den rechter aan alle bepalingen der wet van zijn eigen land gebonden en natuurlijk dus ook aan deze. Doch ook de andere theorie maakt zich hier niet aan inconsequentie schuldig. Want juist het karakter van eene instructie voor den rechter, dat zij aan het privaats- en strafrecht

ontzegt, kent zij aan de hier bedoelde voorschriften toe. Hunne bestemming is niet het doen en laten der personen te bepalen, maar den rechter een regel te stellen omtrent de telkens door hem toe te passen wet. Zij zijn een uitdrukkelijk bevel aan den rechter, dat hij in allen gevalle moet opvolgen. En het komt mij niet onmogelijk voor, dat de leer van v. WAECHTER haar ontstaan te danken heeft aan eene miskenning van dit onderscheid, aan de misschien onbewust gemaakte gevolgtrekking: er zijn voorschriften, die slechts als een bevel aan den rechter te verstaan zijn, derhalve komt aan alle voorschriften dit karakter toe.

Het zij mij ten slotte vergund door een voorbeeld de theorie van v. WAECHTER in een helder daglicht te stellen en tegelijk hare praktische onuitvoerbaarheid te doen uitkomen. Onderstellen we, dat gevraagd wordt de beslissing van een geschil over de erfenis nagelaten door een vreemdeling, en dat de rechter ten gevolge van deze laatste omstandigheid twijfelt of inlandsch dan wel buitenlandsch recht zal moeten worden toegepast. Hoe zal hij nu moeten te werk gaan? Op deze wijze: hij slaat het erfrecht van zijne eigene wet op om te zien, of daarin ook uitdrukkelijke bepalingen omtrent nalatenschappen van vreemdelingen voorkomen. Is dit zoo, dan is hij geholpen. Is dit niet zoo, en dat is de regel, dan onderzoekt hij of de geest en de bedoeling van het inlandsche erfrecht meebrengen, dat het op de erfenissen van buitenlanders worde toegepast, of het, waar het de erfopvolging regelt, ook die in de erfenissen van buitenlanders op het oog heeft. Hoe hem dit mogelijk zijn zal, begrijp ik niet. Maar goed, hij vindt, onderstel ik, door uitlegging, niet door van buiten af in de wet te brengen wat er niet in te vinden is, dat het inlandsche erfrecht op vreemde nalatenschappen niet slaat. Wat nu? Zich onbevoegd verklaren, zou men zeggen: 's rechters instructie zwijgt voor dit geval, dus onthoudt hij zich van rechtspraak. Maar met die conclusie is de theorie van v. WAECHTER natuurlijk niet gediend. Zij eischt daarom van den rechter, dat hij nu verder, door interpretatie, in zijne wet het bevel

leze om naar buitenlandsch recht te beslissen en wel naar het recht van een bepaalden vreemden staat.

Wie voelt niet, dat hier iets onmogelijks van den rechter gevorderd wordt! Van dit alles staat in de wet geen woord, toch moet hij het er uit voor den dag brengen. Slechts op ééne wijze kan de rechter een antwoord vinden op de vragen, die hij heeft op te lossen: door nl. te redeneeren, niet uit de wet, maar uit algemeene beginselen, zooals de andere theorie ze aanneemt, maar die door deze, krachtens haar beginsel, verworpen worden en verworpen moeten worden.

Werkelijk zien we dan ook sommigen der tot deze groep behoorende schrijvers dergelijke beginselen uitdrukkelijk huldigen: zoo neemt b.v. THÖL <sup>1)</sup> het beginsel der verkregen rechten aan, en gaat ook v. BAR <sup>2)</sup> uit van eene bepaalde opvatting omtrent de natuurlijke en rechtmatige heerschappij van iedere wetgeving, en toch zijn beide zonder twijfel de leer van v. WAECHTER toegedaan. Zij begrijpen niet, naar het schijnt, dat zij zoodoende hun eigenlijk grondbeginsel den doodsteek geven. Consequenter is DERNBURG, <sup>3)</sup> die elk algemeen principe uitdrukkelijk verwerpt.

Wij zijn nu aan het einde ook van het overzicht, dat ik wilde geven van de theoriën, die tot de beantwoording van de tweede in den aanvang door mij onderscheiden vraag ontworpen zijn. Ik heb getracht ze zoo scherp te formuleeren als het mij mogelijk was. De taak was niet gemakkelijk. Boven reeds wees ik er op, dat de schrijvers maar al te dikwijls hun eigenlijk uitgangspunt, hunne werkelijke grondstelling voor ons verborgen houden. Waar dit het geval was, heb ik haar moeten afleiden uit hunne redeneeringen. Ik heb bovendien moeten scheiden wat feitelijk vereenigd wordt maar logisch niet bij elkaâr behoort en evenzoo moeten

<sup>1)</sup> Handelsrecht. p. 55 § 17.

<sup>2)</sup> Krit. Viert. jahr. schrift XV. p. 6. Voor dezen schrijver vloeien dan ook beide theoriën derwijze in een, dat hij meent met v. SAVIGNY te staan op denzelfden bodem.

<sup>3)</sup> Preuss. Privatrecht. I. p. 48 § 26.

bijeenvoegen, wat logisch één is, ofschoon het in de stelsels slechts gescheiden voorkomt. Ik beweer dan ook niet, dat men één van de behandelde stelsels bij eenigen schrijver juist zóó zal weer vinden, als ik het uiteengezet heb. Het is mij niet in de eerste plaats te doen geweest om hetgeen de geleerden gezegd hebben, maar om hetgeen zij gezegd zouden hebben, indien zij zich vollediger hadden uitgelaten en om hetgeen zij m. i. ter wille der logica hadden moeten zeggen.

Thans heb ik nog te onderzoeken, wat prof. ASSER antwoordt op de vraag: op welke wijze, naar welke beginselen of regelen de rechter in elk concreet geval moet uitmaken, of hij naar inlandsch of naar buitenlandsch recht moet vonnissen en, zoo het laatste 't geval blijkt te zijn, welke vreemde wetgeving hij aan zijne beslissing ten grondslag leggen moet.

Boven zagen wij, dat de schrijver der »Schets» zich tegen de toepassing van buitenlandsch recht in het algemeen niet verzet niet alleen, maar zelfs voor die toepassing een rechtsgrond aanwezig acht. Hij komt (p. 20, 22) tot de slotsom, dat de rechter verplicht is in elk geval recht te doen naar de op dat geval toepasselijke wet, onverschillig of zij inheemsch of vreemd is. Maar hoe moet hij er telkens achter komen, de wet van welk land toepasselijk is? Zoolang dat niet vaststaat, is, gelijk van zelf spreekt, Prof. ASSERS rechtsgrond waardeloos. Het komt er dus vóór alles op aan, hoe hij deze vraag beantwoordt. Welke der tot hare oplossing opgestelde theoriën neemt hij als de ware aan: schrijft hij aan de wetten eene territoriale werking toe, huldigt hij het stelsel der persoonlijke rechten, is hij de zienswijze van v. WAECHTER toegedaan, of verkondigt hij misschien eene eigene leer? Zie daar, wat we nu moeten nagaan. Gemakkelijk is de taak niet; de schrijver spreekt zijne meening op dit punt niet uit met die nauwkeurigheid en helderheid, die anders behooren tot zijne karakteristieke eigenschappen.

De sedes materiae is § 5 van de »Schets», de § die aan den grondslag van het internationaal privaatrecht gewijd is.

We lezen daar, p. 20: »Hij (de rechter) moet, integendeel, ook bij het ontbreken van positieve wetsvoorschriften, onderzoeken naar welk recht, volgens algemeene beginselen, het geding behoort te worden beslist. De aard der handeling of der rechtsbetrekking, de nationaliteit of woonplaats der handelende personen, de plaats, waar gehandeld is of waar de uitvoering van aangegane verbindtenissen moet geschieden, dit alles en nog velerlei andere omstandigheden zullen tot maatstaf moeten strekken bij het bepalen der in elk geval toepasselijke wet.» In deze woorden geeft ons Prof. ASSER zijn grondbeginsel en hunne kracht en beteekenis hebben we dus in de eerste plaats te onderzoeken. En nu moet mij de verklaring van het hart, dat ik in den aangehaalden volzin een beginsel, een theorie niet heb kunnen vinden. Zij constateeren slechts, wat door niemand, behalve de consequente loochenaars van het internationaal privaatrecht ooit ontkend is, nl. dat de rechter uit de feitelijke omstandigheden van het geschil zal moeten afleiden, welke wetgeving voor de beslissing in aanmerking komt. Zij werpen daarentegen niet het minste licht over de vraag, die eerig en alleen tusschen de onderscheidene theoriën betwist is: op welke der feitelijke omstandigheden de rechter moet acht slaan en *hoe* hij, uit die omstandigheden, waarop het aankomt, de toepasselijke wet afleiden zal. Tot het, in ieder concreet geval, toepasselijk zijn van eene bepaalde wetgeving werken twee dingen samen: de feitelijke omstandigheden van het geval en de algemeene regel, waarnaar die feitelijke omstandigheden beoordeeld worden, de major zonder welke uit de feiten zelve waarlijk geen conclusie te trekken is. Van die beide zaken noemt Prof. ASSER er slechts één, het feitelijk element, waarover allen het ééns zijn: den regel, over wiens inhoud alleen gestreden wordt, noemt hij niet. En het is dan ook zeker ten onrechte, dat hij de feitelijke omstandigheden qualificeert als den *maatstaf* bij het bepalen der in elk geval toepasselijke wet; zij kunnen nooit meer zijn dan datgene, waaraan de maatstaf wordt aangelegd.

Alle theoriën, die ik in de voorgaande bladzijden in her-



innering bracht, letten, om de toepasselijke wet aan te wijzen, op de feitelijke omstandigheden van het geval. Het verschil tusschen haar bestaat daarin, dat de eene vooral of uitsluitend aan deze, de andere aan die omstandigheden hecht, en dat zij ieder hare eigene regelen gereed hebben om uit de feiten een gevolg af te leiden. De statuten-theorie let vooral op het domicilie der personen en op de ligging der goederen en houdt zich aan de regelen, dat, indien over den staat der personen beslist moet worden, de wet van het land, waar zij gedomicilieerd zijn, moet worden toegepast, indien over goederen, de wet van het land, waar zij gelegen zijn. HUBER houdt zich aan de plaats, waar gehandeld werd, en aan den regel, dat de wet van het land, waarbinnen de handeling verricht is, op die handeling toepasselijk is. v. SAVIGNY is van oordeel, dat alles aankomt op de plaats, waar de rechtsbetrekking haren zetel heeft, om dan gebruik te maken van het beginsel, dat iedere rechtsbetrekking beheerscht wordt door, en dus beoordeeld moet worden naar, de wet van het land, waar zij gezeteld is. De nieuwe Italiaansche school let weer op eene andere feitelijke omstandigheid en gebruikt een anderen regel. En wat wil nu Prof. ASSER? Dat is niet te zeggen: wij zien slechts, dat de rechter, naar zijn oordeel, op al deze feitelijke omstandigheden zal moeten acht slaan en op nog velerlei andere; maar hoe, om er wat mede te doen, om ze op welke wijze te gebruiken? Het blijkt niet.

Het gezegde geeft mij, geloof ik, recht tot de bewering waarmee ik begon, dat de aangehaalde woorden van de »Schets» een beginsel niet bevatten. Het is alsof hij ons zijne theorie uiteenzet: maar het is ook niet meer dan schijn. In werkelijkheid zijn we even wijs als te voren.

Hoe is deze handelwijze te verklaren? Ik kan er mij tweeërlei verklaring van denken.

Eerstens reken ik het mogelijk, dat prof. ASSER eene theorie, een regel niet noodig oordeelde: dat hij, daar er nu toch voor de toepassing van buitenlandsch recht in het algemeen een rechtsgrond aanwezig is, den rechter bevoegd

achtte om, vrij van alle theoretische banden, telkens te grijpen naar de wet, wier toepassing om redenen van utiliteit als de meest wenschelijke beschouwd moet worden.

In de tweede plaats is het denkbaar, dat prof. ASSER, door bij de opstelling van zijn quasibeginsel uitsluitend melding te maken van datgene, dat alle theoriën gemeen hebben, het afleiden namelijk van de toepasselijke wet uit de feitelijke omstandigheden van het geding, heeft willen te kennen geven, dat hij ze alle gelijkelijk juist achtte en voornemens was ze alle beurtelings te gebruiken.

Voor beide verklaringen zijn gronden bij te brengen uit het bijzondere deel der »Schets», dat de uitwerking van zijn stelsel bevat. De eerste vindt steun in de niet zeldzame plaatsen waar Prof. ASSER een regel van internationaal privaatrecht als den juisten aanneemt zonder te zeggen, waarom of uitsluitend op gronden van utiliteit. <sup>1)</sup> Al deze plaatsen had hij moeten weglaten indien hij gemeend had, dat het internationaal privaatrecht alleen krachtens een leidend beginsel te ontwikkelen is. Aan den anderen kant echter, ik moet het toegeven, zijn de op theoretische gronden steunende redeneeringen, redeneeringen alzoo, welke in den mond van iemand, die meent, dat de beslissing aan de utiliteit toekomt, geen zin hebben, nog talrijker.

Voor de tweede verklaring kan men zich daarop beroepen, dat werkelijk de meeste der tot nu toe verkondigde theoriën beurtelings tot adstructie der afzonderlijke beslis-

---

<sup>1)</sup> Geen grond wordt b.v. opgegeven (p. 44) voor de inachtneming van de *lex rei sitae* ten aanzien van den vorm van overgang van onroerend goed; evenmin voor de beslissingen (p. 89 90) omtrent de wettigheid van kinderen en de vaderlijke macht; evenmin voor de beoordeeling van de erfopvolging naar de *lex domicilii testatoris* (p. 90). Want hetgeen Prof. ASSER daar en p. 93 aanvoert, pleit wel voor de beoordeeling naar éénzelfde wet, niet echter voor beoordeeling juist naar de wet van het land, waartoe de erflater behoorde op het oogeblik van zijn dood (zie p. 94). Verder p. 158 enz. Utiliteitsgronden zie men aangevoerd p. 33, 40, 41, 45, 66, 67, 79, 80, 93.

singen van prof. ASSER dienst doen. <sup>1)</sup> Hij baseert zijne regelen soms op eene der theoriën, die aan het recht eene territoriale werking toekennen (behandeld onder letter A), soms op de theorie der Italiaansche school (letter B), soms op redeneeringen, die alleen door een aanhanger van v. WAECHTERS leer (letter C) gebruikt kunnen worden.

Het schijnt alzoo werkelijk, dat Prof. ASSER alle theoriën als gelijkelijk juist beschouwd heeft, en dat we hierin de reden moeten zien, die hem belet heeft er één bepaalde van te omhelzen.

Doch, wat hiervan zij, dit, geloof ik, staat vast: prof. ASSER heeft een bepaald beginsel niet aangenomen noch a priori bij de uiteenzetting van den grondslag van het internationaal privaatrecht, noch a posteriori bij de uitwerking van zijn stelsel. Hij komt tot zijne speciale beslissingen langs de meest verschillende wegen. Hij redeneert zoowel uit de utiliteit als op theoretische gronden en put deze laatste uit de onderscheidene heterogene theoriën.

En hierneê is het zwakke punt van de »Schets» aangegeven. Zij mist eenheid. De afzonderlijke regelen van internationaal privaatrecht, die zij opstelt, maken daardoor den indruk van volkomen willekeurig te wezen. De lezer begrijpt wel, dat ze zoo zouden *kunnen* zijn als de schrijver ze geeft, maar voelt niet dat ze zoo *moeten* zijn. En naar

---

<sup>1)</sup> De leer, dat de wetten zeker plaatselijk gebied beheerschen en hare werking doen gevoelen op alle objecten harer heerschappij, die tot dat plaatselijk gebied behooren of er plaats hadden, de leer alzoo, dat de wetten hebben eene territoriale werking, vindt men in den vorm van de eene of de andere der theoriën, die tot deze klasse behooren, b.v. p. 114, 49, 58, 65, 153. Redeneeringen ontleend aan de Italiaansche school en m. i. alleen zin hebbende voor hem, die hare geheele leer huldigt, komen voor b. v. p. 35 onderaan en p. 81. De theorie van v. WAECHTER (de wet eene instructie voor den rechter) wordt stilzwijgend of uitdrukkelijk aangenomen op p. 58, 158, 167 en voorts overal waar, voor het uitvinden der toepasselijke wetgeving, geredeneerd wordt als of het op eene interpretatie der inlandsche wet aankwam, b.v. p. 80 in het midden, p. 116 bovenaan, p. 130.

mijn inzien kunnen ze dan ook in geen geval als bindend recht, dat voor onmiddellijke toepassing door den rechter vatbaar is, beschouwd worden. Wel ben ik er vast van overtuigd, dat het der wetenschap mogelijk zal zijn een den rechter bindend internationaal privaatrecht te deduceeren, maar zij moet dan anders te werk gaan dan Prof. ASSER. Zij moet haar steunpunt zoeken in één of meer rechtsbeginselen, die stilzwijgend of uitdrukkelijk erkend en daardoor bindend zijn. Uit dat beginsel of uit die beginselen moet zij logisch voortredeneeren. Zij moet er de gevolgen uit afleiden die er in liggen en die juist, omdat zij er in liggen, even bindend zullen zijn als het beginsel zelf. Zóó en zóó alleen kan zij komen tot een voor onmiddellijke toepassing vatbaar internationaal privaatrecht. Zij moet dus in de eerste plaats geen regelen opstellen, waarvoor zij geen grond weet bij te brengen. Zij moet zich onthouden van elk beroep op de utiliteit, de billijkheid en dergelijke, anders dan tot de dan trouwens geheel overbodige adstructie van een toch reeds vaststaanden regel. Zij zal er zich boven alles voor moeten wachten uit strijdige beginselen te redeneeren.

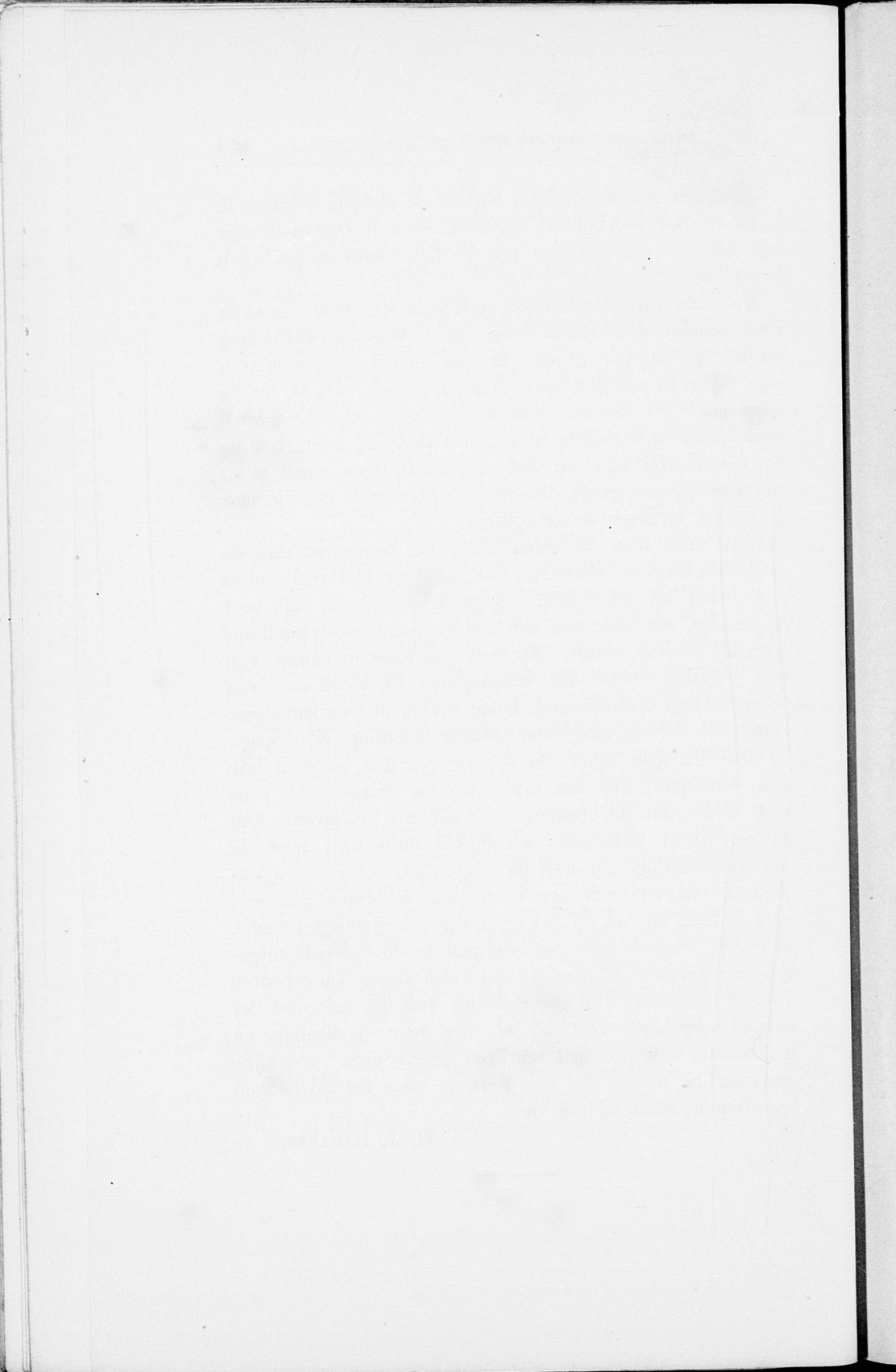
Naar mijn bescheiden meening, ik moet het zeggen ondanks allen eerbied dien zijne geleerdheid en talenten mij inboezemen, doet Prof. ASSER juist alles wat de wetenschap, die bindende regelen wil vaststellen, niet moet doen. Hij geeft regelen zonder aanvoering van grond. Hij geeft er andere, die slechts op utiliteit gebaseerd worden. Hij redeneert uit strijdige theoriën. En toch stelt hij zich voor bindende regelen uit te spreken. Hij zou den rechter verantwoord achten, die zijne regelen in toepassing bracht, zich daarbij steunende op de gronden in de »Schets» te lezen. Dit blijkt uit den geheelen aanleg van het boek en bovenal uit de §§ 5 en 6. Mij komt het voor een dwaling te wezen. Ik kan den inhoud der »Schets» slechts beschouwen als een ontwerp, dat, om voor den rechter verbindend te zijn, eerst nog hetzij bij wet of tractaat vastgesteld, hetzij door de wetenschap uit bindende rechtsbeginselen gededuceerd moet worden.

Aan den hoogsten eisch, ziedaar de slotsom waartoe ik kom, voldoet de »Schets» dus niet. Maar ik voeg er dadelijk bij, dat het onbillijk zou zijn er dien hoogsten eisch aan te stellen.

Men kan verwachten noch verlangen, dat Prof. ASSER in eene schets meer levere, dan de wetenschap thans nog schijnt te kunnen geven. Ik ten minste moet verklaren nog bij geen schrijver gevonden te hebben, wat ik nu bij hem mis. De fouten, waaraan hij zich schuldig maakt, ontmoet ik in meerdere of mindere mate bij allen, ook bij de besten. Zij zijn bij den tegenwoordigen stand onzer wetenschap, die, gelijk dikwijls is opgemerkt, nog in haar kindsheid verkeert, onvermijdelijk.

Laat men dien hoogsten eisch los, beschouwt men de »Schets» als een ontwerp, dan blijft er niet veel anders dan reden tot lof overig. Zij geeft in helderen stijl, kort en bondig, een overzicht van het systeem, zoo als het thans meestal geleerd wordt. Zij stelt den lezer in kennis van den jongsten stand der wetenschap. Zij vloeit over van scherpzinnige opmerkingen, hetzij tot bevestiging van eigen, hetzij tot weerlegging van anderer meening. Zij draagt, op elke bladzijde bijna, de sporen van den helderen blik van den man, die het internationaal privaatrecht kent niet alleen uit de boeken, maar ook uit het leven. Dat zij zeer goed bruikbaar is bij het onderwijs, weet ik bij ondervinding. Zij stelt de vragen zoo scherp en systematisch dat zij zelfs een uitstekende leidraad genoemd mag worden zoowel bij het onderwijs als bij de eigen studie. Moge de wensch door den schrijver in de voorrede uitgesproken vervuld worden en bij velen zijner landgenooten de lust ontwakken tot bearbeiding van dit onderdeel der rechtswetenschap! Dat hij er dan door de moeilijke en ondankbare taak van het schrijven dezer »Schets» voor zijne rekening te nemen in niet geringe mate toe zal hebben bijgedragen, staat bij mij vast.

H. J. HAMAKER.



1818056