

# DE LEER VAN HET NATUURRECHT EN HET POSITIEVE RECHT IN FRANKRIJK

DOOR J. KOSTERS

Mijne rede beoogt eenige historische mededeelingen te geven omtrent de leer van het natuurrecht en het positieve recht in Frankrijk. Ik wil daartoe als middenpunt nemen de denkbeelden van een der groote Romeinsch geschoolde juristen uit den bloeitijd van het natuurrecht, een voorlooper van den modernen tijd, wiens werk bij de tot standkoming van den Code Civil groot gezag had en dit tot in onze dagen behouden heeft. Ik bedoel Jean Domat, in 1625 geboren, eerst advocaat, later advocaat des Konings — d.i. hoofd van het Parket — bij het Gerecht van zijne geboorteplaats, Clermont in Auvergne. Verschillende der toespraken, welke hij in laatstgenoemde functie jaarlijks tot de rechters en advocaten van zijn Gerecht had te houden, zijn bewaard gebleven. Aan het einde van zijn leven, in 1694, verscheen zijn groot werk: *Les loix civiles dans leur ordre naturel et le droit public*, een boek, waarin met vaste hand de bonte chaos van rechtsregelen, die zich destijds in Frankrijk aan het oog vertoonde, tot een logisch, welgeordend en sluitend geheel wordt samengevat. Het is werk uit één stuk, dat men wel eens heeft vergeleken met een fraai monument style-Louis Quatorze, den Vorst, aan wien het boek in ongeveer de vereering is opgedragen <sup>1)</sup>.

Des schrijvers denkbeelden over de rechtsbronnen werden kort na zijnen dood naast Cicero en de Groot's *De jure belli ac pacis* de beste lectuur voor de vorming van den magistraat genoemd. Aldus de kanselier d'Aguesseau, die er aan toevoegt:

---

<sup>1)</sup> P. Viollet, *Histoire du droit civil français*, 2e dr., blz. 222, 223.

Niemand heeft zulk een diep inzicht in de ware beginselen der wetten en ze zoozeer ontvouwd op eene wijze, den filosoof, den jurist en den Christen waardig <sup>1)</sup>.

Ik zal trachten die denkbeelden te bezien in het licht der wetenschap over een ruim tijdperk, hier en daar ter vergelijking ook buiten Frankrijk. Met een enkel woord over de codificatie en Domat's invloed in dit verband zal ik eindigen.

Vooreerst eenige mededeelingen over het natuurrecht.

Het is vanouds eene alom verbreide leer geweest, dat het menschdom ééne groote gemeenschap vormt, die door het natuurrecht wordt beheerscht. Wat Frankrijk betreft had in de zestiende eeuw Donellus verklaard, dat de natuurlijke rede eischt te doen wat noodig is om de groote maatschappij van het menschelijk geslacht in stand te houden.

In gelijken zin nemen Duarenus en Connanus eene opperste natuurlijke wet aan tot behoud van de groote menschelijke maatschappij, eene wet, die laatstgenoemde zich als een quasi-civiel recht voorstelt, dat de leden der groote maatschappij — de individuen — beheerscht.

In Nederland en in Duitschland vindt men bij de natuurrechtsleeraren eerlang dezelfde denkbeelden (de Groot, Pufendorf) <sup>2)</sup>.

Domat's ideeën sluiten zich daarbij aan. De Goddelijke verordening heeft eene universeele gemeenschap van het menschelijk geslacht gevormd. Dat die gemeenschap een lichaam

---

<sup>1)</sup> D'Aguesseau, Instructions sur les études propres à former un magistrat, *Oeuvres* 1763, deel III, blz. 45 vlg.

<sup>2)</sup> Donellus, *Juris civilis libri* 28, (uitg. 1526) lib. I, cap. 12 no. 10, blz. 16, 2e kol.

Duarenus, *Opera* (uitg. 1558), In Dig. lib. I cap. V.

Connanus, *Comment. juris civilis* (1558), lib. I, cap. 6 sub. G. e.

H. de Groot, *De jure belli ac pacis*, Prol. §§ XVIII, XXIV, XLV.  
v. Pufendorf, *De jurc naturae et gentium*, lib. II cap. III no's XV vlg.

is, is eene waarheid, die de Bijbel ons leert en die de rede ons duidelijk doet worden. Twee, aan de Evangeliën ontleende opperste wetten zijn de steunpilaren, die de ordening der menschelijke samenleving dragen. Vooreerst deze:

Gij zult liefhebben den Heer Uwen God met geheel Uwe ziel en geheel Uw verstand. En de tweede: Gij zult allen één zijn <sup>1)</sup>).

Uit deze twee hoofdwetten wordt nu een tiental algemeene regelen afgeleid, die de menschelijke samenleving beheerschen. De volgende wetten maken Domat's Dekaloog uit:

1<sup>o</sup>. De mensch, als lid der menschelijke gemeenschap, heeft daarin zijne plichten te vervullen, zooals de plaats en de stand, waarin God hem gesteld heeft, het meebrengen. Dus moet een ieder zijne verbintenissen nakomen.

2<sup>o</sup>. Als lid der gemeenschap is de mensch onderworpen aan de gestelde machten, omdat God ze heeft ingesteld.

3<sup>o</sup>. De mensch mag niets doen, wat de publieke orde stoort. Dus mag hij geen misbruik maken noch van zich zelf, noch van de zaken, die hij bezit.

4<sup>o</sup>. Hij mag niemand onrecht aandoen en moet ieder het zijne geven.

5<sup>o</sup>. Hij moet waarachtigheid en goede trouw betrachten bij de nakoming van de verbintenissen, die hij vrijwillig heeft aangegaan.

6<sup>o</sup>. Hij moet eveneens getrouwelijk de verbintenissen nakomen, die hem zijn opgelegd, zonder dat hij ze vrijwillig heeft aangegaan.

7<sup>o</sup>. Hij moet nalaten alle bedrog, kwade trouw en dubbelhartigheid.

8<sup>o</sup>. Hij moet de ambten, die de gemeenschap hem oplegt,

---

<sup>1)</sup> *Traité des Loix*, Ch. I no. VI, VII, VIII. — Matth. 22, 28, Johannes 17, 21. — *Loix civiles*, Livre I, Titre III, Préface. — *Droit public*, livre premier, Préface. — Harangues prononcées aux Assises de 1657, 1679, 1682 et 1683, in Deel II van zijn werk, uitg. 1735.

aanvaarden en de geldelijke en andere lasten dragen, die deze van hem eischt.

9<sup>o</sup>. Hij is vrij alle soorten van overeenkomsten aan te gaan, die niet in strijd zijn met de goede orde der menschelijke gemeenschap.

10<sup>o</sup>. Overeenkomsten, strijdende met de goede orde van die gemeenschap, zijn hem verboden <sup>1)</sup>).

Opmerking verdient, dat de regelen: Doe een ander, wat gij wilt, dat hij U doet, en: Doe een ander niet, wat gij niet wilt, dat hij U doet, niet in het boek van Domat worden aange troffen <sup>2)</sup>), terwijl ze wèl voorkomen in de ambtelijke toespraken, die van vroegeren datum zijn dan het boek. De twee genoemde regelen, in de zeventiende en achttiende eeuw door de natuurrechtswetenschap in Nederland vooropgesteld en zelfs in de Staatsregeling van 1798 opgenomen, hadden in andere landen reeds vóór Domat bedenking ontmoet <sup>3)</sup>).

Een andere algemeene regel, die wèl in de redevoeringen, doch niet in het werk te vinden is, luidt, dat het welzijn van allen gaat boven dat van den enkeling <sup>4)</sup>).

Voor een kleiner deel zijn de tien regelen aan den Bijbel ontleend. De Heilige Schrift — heet het —, die zoo tal van regelen van natuurrecht tot goddelijk recht stempelt, is voor het natuurrecht eene onwaardeerbare kenbron. Maar het grootste deel der regelen komt voort uit het recht der Romeinen. God heeft deze ongeloovigen verlicht — aldus de schrijver — en

<sup>1)</sup> *Traité des Loix*, Ch. V nos. I—X.

<sup>2)</sup> Althans niet in de beschouwingen, opzettelijk aan het natuurrecht gewijd.

<sup>3)</sup> De Groot, *Inleidinge tot de Holl. Rechtsgel.* Bk. I, dl. 2 § 6. Huber, *Heedensd. Rechtsgeleertheit*, Bk. I, Kap. 2 no. 7.

J. Voet, *Comment. ad Pand.*, lib. I, tit. I no. 15 i.f.

Staatsregeling 1798, Algem. Beginselen, art. 6.

Thom. Hobbes, *De Civè*, cap. III § 26; *Leviath.* Cap. I, XV en daarover v. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, Lib. II, cap. III en aldaar aangehaald Sharroc, *De offic. sec. jus. natur.* cap. II § 1.

<sup>4)</sup> Harangues van 1657 en 1679.

zich van hen willen bedienen om eene wetenschap van het natuurrecht te scheppen. Nergens vindt men de natuurlijke beginselen van rechtvaardigheid en billijkheid in zoo groot aantal verzameld en in bijzonderheden geregeld als in het Romeinsche recht. Alle Romeinsche regelen, die in geval van strijdige meeningen de beslissing geven overeenkomstig een beginsel van natuurlijke billijkheid, zijn natuurrecht. Wij beschouwen ze als geschreven rede, omdat zij datgene aangeven, wat de rede verkiest bij tegenstrijdige gevoelens<sup>1)</sup>.

Het kenmerkende van de omschrijving, die Domat van het natuurrecht geeft, is, dat ze nauw samenhangt met de groote menschenmaatschappij. Immers volgens hem bestaat het natuurrecht uit de onveranderlijke of natuurlijke wetten, die zóó essentieel zijn voor de verbintenissen, welke betrekking hebben op de ordening der menschelijke samenleving, dat men ze niet kan veranderen zonder de grondslagen van die ordening te vernietigen.

Domat's omschrijving van het natuurrecht sluit zich nauw aan bij die van Pufendorf, volgens wiens ruim twintig jaar te voren verdedigde opvatting voor de natuurlijke regelen maatstaf is, of zij zich zóózeer aanpassen bij 's menschen redelijke en sociale natuur, dat zonder die regelen eene moreele vreedzame maatschappij van het menschelijk geslacht niet mogelijk zou zijn.

Het natuurrecht van den Franschen jurist bestaat uit de in alle tijden en op alle plaatsen geldende regelen, die God den mensch door de rede doet kennen, die zoo rechtvaardig zijn, dat geen enkele overheid ze afschaffen kan. Die regelen, welke gelden zonder voorafgaande publicatie, binden alleen de redelijke wezens, de menschen<sup>2)</sup>. De leer van Ulpianus, dat het

---

<sup>1)</sup> Algemeene Voorrede tot het werk.

*Traité des Loix*, Ch. XI no. 5 XIX en XXIX; Ch. XIII no. IX. Harangue van 1679.

<sup>2)</sup> *Traité des Loix*, Ch. XI, nos. I en II; Ch. XII nos. I en

natuurrecht voor alle levende wezens, ook voor de dieren geldt, had in Domat's tijd afgedaan. Slechts aan den fel bestreden Hobbes wordt door de wetenschap verweten, dat hij nog voorstander van die opvatting is, waar hij verkondigde, dat alle gemeenschap gegrond is op vrees en dat natuurrecht is, hetgeen de rede leert te doen en te laten om lijf en leven zoo goed en zoo lang mogelijk in stand te houden. (Huber)<sup>1)</sup>.

Recht is er dus alleen voor de met rede begaafde wezens. Nu had Gajus geleerd, dat er een recht bestaat, hetwelk de natuurlijke rede tusschen alle menschen heeft vastgesteld en dat bij alle volken gelijkelyk wordt gebezigd; „*vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur*”, had de Romeinsche jurist er aan toegevoegd, in overeenstemming met wien de Instituten van Justinianus van *jus naturale* „*quod appellatur jus gentium*” spreken. Dienovereenkomstig is dit voor alle volken en menschen geldend recht steeds door eene sterke wetenschappelijke strooming met natuurrecht vereenzelvigd. Men hoore uit het Renaissance tijdperk de uitspraak van Cujacius: „Als alle met rede begaafde menschen doen, wat de

---

XLVII. — *Loix civiles*, Liv. I, Tit. I sect. I nos. III, IX, XII. — Harangue van 1679, etc.

De Groot, *De jure belli ac pacis*, Lib. I cap. I §§ X, XII.

v. Pufendorf, *De jure nat. et. gent.* lib. I cap. VI § XVIII, lib. II cap. III § XV.

Critiek op de definities van de Groot en Pufendorf bij Jan Voet, *Comment. ad Pand.*, Lib. I tit. I no. 15. Vgl. nog Donellus, *Jus civile*, Lib. I cap. XII, 1e kol., blz. 15, nos. 30, 70, 2e kol. supra.

<sup>1)</sup> Ulp. l. I § 3 *Dig. de just. et jure* (1,1).

Thom. Hobbes, *De cive*, cap. II, 1.

Huber, *De jure civitatis*, lib. I cap. IV nos. II vlg.

v. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, lib. II cap. II nos. II vlg.

H. de Groot, Inleid. Bk I, dl. 2 § 6; *De jure belli ac pacis*, Lib. I cap. I § XI.

d'Aguesseau, *Essai d'une institution au droit public*, *Oeuvres* (1763), tom. IV, blz. 268 suiv.

Thomasius, *Notae ad singul. Inst. et Pandact.* titul. lib. I lit. II, init.

redelooze dieren niet doen, dan doen zij dat volgens het jus gentium, hetwelk ook genoemd wordt „jus naturale” en „jus aequum et bonum” en „naturalis aequitas” en „naturalis ratio” en „lex naturalis et natura”<sup>1)</sup>.

Een voor alle menschen bij alle volken gelijkelijk in zwang zijnd recht neemt, gelijk bleek, ook Domat als natuurrecht aan. Maar, evenals hij het voor alle levende wezens geldend recht niet van zijnen tijd acht, laat hij den term „droit des gens” voor het natuurrecht als verouderd varen. In de Bloemlezing van Romeinsche teksten ten gebuik van school en rechtspraak, die de Fransche jurist heeft samengesteld, is alles, wat over het dierenrecht loopt, weggelaten en de genoemde sententie van Gajus wèl opgenomen, maar geschrapt het laatste deel ervan, de benaming betreffende: „vocaturque jus gentium” etc. Tegenwoordig, zoo heet het, verstaat men onder de uitdrukking „droit des gens” de gemeene wetten, die de volken, waarin de universeele gemeenschap verdeeld is, onderling binden<sup>2)</sup>. Hier ziet men de vruchten van de scheppers van het moderne volkenrecht. Domat vermeldt „Suarez en ó μεγας”, zooals Huber de Groot noemt, niet, maar veel minder dan de Nederlandsche en Deutsche juristen van zijnen tijd is de Fransche rechtsgeleerde bevangen in de oud-Romeinsche systematiek en terminologie betreffende het jus gentium. Trouwens, ook Domat's opvolgers in Frankrijk blijven het gemeene recht vereenzelvigen met het „droit des gens” of liever — zoo luidt het — natuurrecht, dat het meest algemeene is, daar het het recht voor alle natiën is. Of wel, men neemt naast het classieke jus gentium een jus

<sup>1)</sup> Gaj. l 9 *Dig. de just. et jure* (I, 1).

§ 11 *Inst. de rer. div.* (II, 1).

Cujacius, *Opera omnia* (uitg. 1658), Notae in Lib. I *Inst. Just.* cap. 2 pr.

<sup>2)</sup> *Legum Delectus ex libris Digestorum et Codicis ad usum scholae et fori*. Digest. lib. 1 lit. 1, no. VI, in Livre II van het werk. — *Traité des Loix*, chap. XI, nos XLIV en XLV.

inter gentes aan als „le droit des gens proprement dit”. (Bouhier, Montesquieu, d’Aguesseau) <sup>1)</sup>.

Overall is het natuurrecht, waarvan de tien hoofdregels reeds genoemd zijn, aanwezig. Zoo bestaat het volkenrecht, dat de, geene gemeenschappelijke macht boven zich hebbende en dus — naar men het toen placht uit te drukken — als individuen in den natuurstaat levende volken onderling bindt, niet uitsluitend, maar voor een belangrijk deel uit de natuurlijke wetten van menselijkheid, gastvrijheid en trouw, en andere, uit deze wetten voortvloeiende regelen, waarvan de voornaamste sancties oorlog en represailles zijn <sup>2)</sup>.

Domat zwijgt over de conflicten tusschen de private wetten van verschillende volken, materie, waarvan zijn tijdgenoot Jan Voet de regelen, althans goeddeels putte uit het natuurlijke recht, immers „ex ipsis juris ac rationis naturalis principiiis”, terwijl Huber verklaarde, dat zij niet tot het recht van een enkel volk, het jus civile, maar tot het jus gentium behoorden, daar de volken ze in hunne onderlinge verhoudingen moeten inacht nemen, zoodat „juris gentium rationes” hier gevolgd

<sup>1)</sup> Huber, *De jure civitatis*, Lib. I cap. II no. 1; lib. I cap. I no. III. —

J. Voet, *Comment. ad Pand.*, lib. I cap. I § 18.

Thomasius, *Notae ad singul. Inst. et Pand.* tit. lib. I tit. II init.  
Bouhier, *Observ. sur la Coutume du duché de Bourgogne*, chap. I no. X, uitg. 1787, dl. I, blz. 354.

D’Aguesseau, *Oeuvres* (éd. 1759), tom. XVII, blz. 122, tom. IV blz. 267 vlg.

Vgl. ook Thomasius, *Notae ad singul. Instit. et Pandect titulos*, Lib. I, tit. II.

Montesquieu, *De l’esprit des lois*, liv. I, chap. 3; liv. XXVI chap. 1.

<sup>2)</sup> Huber, *De jure civitatis*, lib. I cap. I no. III.

v. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, lib. II cap. II § IV;  
Wolff, *Instit. juris nat. et gentium*, dl. II, IV, voorrede, vertaling Luzac p. 183 etc.

*Traité des Loix*, Chap. XI no. XXXIX. — Harangue van 1679.



moeten worden, zijnde de grondbeginselen ten deze in het Romeinsche recht te zoeken <sup>1)</sup>).

Na de internationale thans de interne natuurrechtssfeer.

Hoezeer de menschen van nature gelijk zijn — zegt Domat Ulpianus na —, brengt de natuur evenzeer machtsverhoudingen onder hen mede, zoodat Regeeringen noodig zijn geworden. Meer dan den republikeinschen acht de schrijver den monarchalen regeeringsvorm natuurlijk, dien hij in zijne dagen schier overal gevolgd ziet en die kort na de schepping der wereld, onder het bewind der patriarchen de natuurlijke was <sup>2)</sup>).

Ten aanzien van het privaatrecht denkt Domat aan de verhouding van echtgenooten en aan die van ouders en kinderen, waar ook de natuurlijke gelijkheid niet in den weg staat aan zekere machtsverhoudingen, die de natuur evenzeer meebrengt. Naast het familierecht vindt men in het verbintenissenrecht tal van natuurrechtelijke regelen uitgewerkt. Zoo kan volgens eene natuurlijke wet de schenker bij ondankbaarheid van den begiftigde het geschonkene terugvragen. Het natuurrecht wil, dat de depôthouder het in bewaring ontvangene moet teruggeven, als de bewaargever het vraagt; dat de leener goed voor de hem in bruikleen gegeven zaak heeft zorg te dragen; dat de verkooper den koper moet vrijwaren tegen uitwinning enz. Al dergelijke wetten zijn uitwerking van de reeds genoemde algemeene natuurlijke wetten, die voor de menschelijke samenleving gelden <sup>3)</sup>).

Zijn de algemeene wetten voor ieder duidelijk, de afgeleide regelen geven vaak aanleiding tot twijfel. Dan geeft de natuur-

<sup>1)</sup> Voet, *Comment. ad Pand.*, lib. I tit. IV, pars 2, 1.  
Huber, *Praelect. juris Romani*, tom. II, lib. I tit. III, a.

<sup>2)</sup> Ulp. l. 4 *Dig. de Just. et jure* (1, 1).

Domat, *Droit public*, Titre premier, Préface en Tit. I sectie I.

<sup>3)</sup> *Droit public*, Tit. I, sect. I vlg.; *Traité des Loix*, chap. III. — *Loix civiles* Liv. I, Tit. I sect. I, sect. V; Tit. II, préface, sect. I. — Harangue van 1683. Vgl. ook *Droit public*, Tit. I sect. I no. I.

lijke rede, door ervaring en kennis van het Romeinsche recht geoefend, den doorslag <sup>1)</sup>).

Gezien al het voorgaande is het geen wonder, dat zij, die aan de practische toepassing van het recht deelnemen, advocaten en rechters, bij de uitoefening hunner functiën het natuurrecht moeten aanwenden. Met kracht en klem houdt Domat in zijne toespraken den advocaten voor, dat zij geene zaken mogen aannemen, die met het natuurrecht strijden en dat zij slechts rechtvaardige zaken met rechtvaardige middelen mogen verdedigen. Wat de rechters betreft, de natuurlijkste van al hunne plichten is de zwakken te helpen. Het is eene ingewortelde onjuiste opvatting der rechters, dat zij niet verplicht zijn recht te geven aan hen, die er hen niet voor beloonen. Zeker, de Koning staat den rechters toe het hun toekomend salaris van de particulieren te vragen. Maar niets strijdt meer tegen de natuurlijke orde der rechtvaardigheid en van het rechtersambt dan het genoemde waandenkbeeld. Want wie niet werkt, verstoort de wereldorde en schendt de natuurlijke en goddelijke wet. Hij is veelmeer een monster in de natuur dan hij, die wegens ziels- of lichaamsziekte niet werken kan <sup>2)</sup>).

Tot dusver het natuurrecht. Daarnaast staat de tweede groote groep van regelen, die van het arbitraire of voluntaire recht, ook wel het menschelijke of positieve recht genoemd — „*jus voluntarium, quod in Scholis positivum vocatur*”, zegt ten onzent Huber. — Ziethier Domat's denkbeelden daaromtrent. Deze groep omvat de regelen, die door de menschen zijn uitgevonden. Zij zijn òf wel gesteld door hen, die het recht hebben wetten te maken — het geschreven Overheidsrecht —, òf wel zij zijn — hetgeen de oudere toestand vormt — door eenige gewoonte of gebruik ingevoerd. De arbitraire wetten kunnen

<sup>1)</sup> *Traité des Loix*, Chap. XI, no. XXVIII, XXIX.

<sup>2)</sup> Harangues van 1669, 1671, 1672 (twee toespraken), 1673, 1675, 1677, 1679, 1683.

veranderd of afgeschaft worden zonder de twee genoemde aan de Evangelieën ontleende hoofdwetten geweld aan te doen en zonder te kort te doen aan de orde der menschelijke samenleving en aan de natuurlijke regelen. Zoo hun inhoud anders was dan hij is, zou dit de beginselen der billijkheid niet deren. Zij kunnen in verschillende tijden en plaatsen verschillend zijn en werken in beginsel slechts voor het heden en de toekomst. Vergeleken bij de regelen van het natuurrecht zijn zij gering in aantal en vereischen lang niet zooveel studie en inzicht als laatstgenoemde regelen. Het geheugen is er voldoende voor. Zij zijn als bloote feiten, die men heel goed niet kan kennen. Zij moeten dan ook worden afgekondigd, als algemeene bekendheid ontbreekt, welke laatste toestand niet aanwezig is bij de gewoonten, die wij zonder nadenken volgen<sup>1)</sup>.

Alle arbitraire regelen ontleenen hunnen bestaansgrondslag aan het nut, dat zij hebben voor den kring, waarin zij werken, hetzij dat zij strekken om ongewenschte toestanden te voorkomen of te doen ophouden, hetzij dat zij in eenig ander opzicht het algemeen welzijn beoogen. Gegeven deze grondslag, moet men de arbitraire regelen toepassen, al kent men er de oorspronkelijke motieven niet van, al zijn de regelen onvolmaakt en al bieden zij ongemakken.

Want men moet vermoeden, dat de regel, die in gebruik is, nuttig en rechtvaardig is. Het enkele gebruik ervan doet hem rechtvaardig voorkomen. Niet is hier, gelijk bij andere schrijvers, de rechtsgrondslag, dat zij, die de macht hebben, den regel op te leggen, hem rechtvaardig achten<sup>2)</sup>.

---

<sup>1)</sup> *Traité des Loix*, Chap. XI nos III, XXVIII en XXIX; Chap. XII no. V. — *Loix civiles*, Liv. I sect. I nos. II, IV, IX, X, XI, XIII, XVI, XVII; Sectie II no. XIII. — Harangue van 1674.

<sup>2)</sup> *Traité des Loix*, Chap. XII nos III, V.

Voet, *Comment. ad Pand.* lib. I tit. I no. 20.

Med. Kon. Akad. v. Wet. afd. Lett. dl. 58, serie B no. 4, blz. 6.

Paulus I. 11 Dig. de just. et jure (1, 1): jus quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est jus civile.

Het gemeld vermoeden van nuttigheid en rechtvaardigheid brengt mede, dat als eene geschreven arbitraire wet of eene gewoonte in onbruik raakt, het vermoeden van hare nuttigheid en rechtvaardigheid ophoudt, waarmede hare bindende kracht vervalt. Een onderscheid, hierin bestaande, dat de positieve, anders luidende gewoonte de vroegere geschreven wet wèl afschaft, maar dat dit niet het geval is bij het enkel in onbruik raken der wet, maakt Domat niet. Hij stelt uitdrukkelijk beide gevallen op ééne lijn, in tegenstelling met een deel der wetenschap. (Donellus, Jan Voet <sup>1</sup>).

Dank zij de gevolgen, aan de nuttigheid der arbitraire wetten verbonden, ontkomt Domat aan de moeilijkheden, die bij de verhouding tusschen geschreven wet en gewoonte rezen, moeilijkheden, waartoe de teksten van het Romeensch recht aanmerkelijk bijdroegen. Het oudere recht der Romeinen kende aan de geschreven wet en de gewoonte gelijke kracht toe. Wat doet het er toe — vroeg Hadrianus' tijdgenoot Salvius Julianus — of het volk zijnen wil te kennen geeft bij de stembus dan wel door zijne handelingen en gedragingen? Maar uit den lateren Keizertijd dateeren teksten, die de Keizerlijke machtsvolkomenheid op wetgevend gebied ademen, en een er van, van keizer Konstantijn afkomstig, verklaart uitdrukkelijk, dat, hoe groot de kracht der gewoonte ook moge zijn, zij de wet niet kon overwinnen <sup>2</sup>). Domat nam aan, dat in Republieken, waar het volk almachtig is, de kracht der gewoonte op den algemeenen volkswil gegrond is, terwijl zij in Monarchieën op de macht van den Vorst berust, gelijk dan ook in Frankrijk de Koning de gewoonten der provinciën heeft doen beschrijven.

Maar voor Domat doet dit tot de verhouding tusschen ge-

---

<sup>1</sup>) Voor Domat zie vorige noot. — Voet, *t.a.p.* Lib. I Tit. 111 no. 35. Donellus, *Jus civile*, Lib. I cap. X, blz. 13, 2e kol. no. 40 vlg.; cap. 12, blz. 16, 2e kol. no. 50 vlg.

<sup>2</sup>) Julianus en Hermogenianus, l.l. 32 en 35 Dig. de legibus, san cons. et long. consuet. (1, 3).

*Constant. ad Proculum*, l. 2. Cod. 8, 52 (53).

schreven wet en gewoonte niet af, want hier geeft, gelijk gezegd, het gebruik van den regel met het daaraan verbonden vermoeden van nuttigheid den doorslag. Evenwel, de schrijver stond met zijne eenvoudige sterke argumentatie alleen, te midden van eene wetenschap, die op verschillende wijze uit het Romeinsche recht redeneerde.

Vooreerst was daar de, met name in Nederland door Jan Voet verdedigde opvatting, die tusschen de Republiek en de Monarchie onderscheidt. Voor de eerste oordeelde men, dat de gewoonte gelijke kracht had als de geschreven wet en deze laatste kon afschaffen. Doch in eene Monarchie was dit alles anders en kon de gewoonte de wet niet op zijde zetten. Als alle wetgevende macht bij den Vorst berust — aldus Jan Voet — moet hij, die kan binden, ook kunnen ontbinden en hij, die kan willen, moet ook niet kunnen willen.

Maar in Frankrijk, eene Monarchie, dacht men van oudsher anders en nam men aan, dat de gewoonte de wet vermocht af te schaffen. De wetenschap legde er voor en na den regel van Konstantijn aldus uit, dat eene *plaatselijke* gewoonte eene *algemeene* wet niet kon overwinnen en dat, bij gelijk werkingsgebied, de gewoonte geene hoogere, maar wel gelijke kracht had als de wet, die op hare beurt ook de gewoonte op zijde kon zetten. Ook werd wel eene bij voorbaat gegeven, stilzwijgende goedkeuring van den Vorst verondersteld, dat de gewoonte de wetten krachteloos kon maken. Aldus de argumenten, die men reeds in den Renaissancetijd bezigde. Na Domat, schrijft in 1736 de kanselier d'Aguesseau aan den eersten President van het Hof van Toulouse: alle wetten kunnen in onbruik raken en het staat vast, dat, als dit gebeurt, men geen cassatiemiddel kan ontleenen aan eene wet, die stilzwijgend is afgeschaft door een tegenovergesteld gebruik <sup>1)</sup>.

Nu stelde echter eene gezaghebbende strooming in de Fransche wetenschap voor de gewoonte, wilde zij de wet kunnen

---

<sup>1)</sup> Voet, *Comment. ad Pandectas*, Lib. I Tit. III no. 37. —

afschaffen, eenen bijzonderen eisch. Ulpianus had verklaard, dat men bij de vraag, of de gewoonte rechtskrachtig is, vóór alles moet nagaan of zij door een op tegenspraak gewezen vonnis bevestigd werd. Die regel, nu eens beschouwd als niets meer bevattend dan eene bloote raadgeving bij het onderzoek naar de geldigheid der gewoonte, dan weer als wezenlijke voorwaarde gesteld voor die geldigheid <sup>1)</sup>, speelde in een derde stelsel bij de vraag omtrent de afschaffing van de wet door de gewoonte een bijzondere rol. Immers, eene door groote namen geschraagde leer in Frankrijk wilde, dat eene enkel door de bevolking gebezigde gewoonte, slechts gegrond op den „tacitus illitteratusque consensus”, de wet niet kon afschaffen; wel echter was dit het geval, als de rechter de gewoonte in een contradictoir geding had bevestigd. Dan is er een onomstootelijk bewijs van het bestaan der gewoonte zeggen sommigen, dan is zij wet, betoogen anderen. (Cujacius, Faber, Bouhier) <sup>2)</sup>.

Nog zij vermeld, dat verschil van gevoelen heerschte over de vraag, of eene geschreven bepaling, die de vorming van gewoonterecht uitdrukkelijk uitsloot, ook op toekomstige ge-

---

Donellus, *Jus Civile*, lib. I cap. X blz. 13, kol. 2, nos 50 vlg., vooral 70, blz. 14, 1e kol. supra *l.c.*

Duarenus, *In Tit. de Legibus*, cap. XII no. 4.

M. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, i. v. Usage § II nos I—III, 5e éd. tom. 35, p. 294 vlg.; uittreksel van den brief van d'Aguesseau aldaar op blz. 298, 299.

<sup>1)</sup> Ulp. l. 34 Dig. de legibus, sen. cons. et long. cons. (1, 3).

Donellus, *Jus civile*, lib. I cap. X, p. 13, nos 20—40: Consilii hoc est, non necessitatis.

Bynkershoek, *Observ. tumult*; aangehaald door van Apeldoorn, Theorie en practijk van de rechtsbronnen in Holland in den tijd van Cornelis van Bynkershoek (1673—1743), *Tijdskrif vir Hedend. Rom.-Holl. Regt*, 1937, I p. 12.

<sup>2)</sup> Bouhier, *Coutume de Bourgogne*, Chap. XIII no. 39, *t.a.p.* blz. 455.

Cujacius, *Paratitla in lib. VIII Cod.*, no. LII, *de Feudis*, lib. II, tit. 1, *Opera omnia*, II, blz. 645 vlg.

Faber, *Ration. in L. 34 D de legibus*, bij Bouhier *t.a.p.*

woonten toepassing kon vinden. In tegenstelling met de neiging van sommigen in Nederland, vindt men de vraag in Frankrijk bevestigend beantwoord <sup>1)</sup>).

Dat een enkel vonnis zonder daarop volgende aannemelijke stilzwijgende berusting van allen, de geschreven wet kon afschaffen, werd van gezaghebbende zijde in Frankrijk eene gevaarlijke leer geacht. „Une fois n'est pas coutume”, luidde het oude adagium, waarop slechts bij hooge uitzondering inbreuk werd toegelaten. Daarentegen kon eene niet onderbroken reeks gelijkkluidende vonnissen gewoonte vormen. Ja, de openbaarheid van deze handelingen maakte, dat sommigen hier eenen korteren tijd en minder handelingen voor de vorming der gewoonten wilden aannemen dan bij de bloote volksgewoonten <sup>2)</sup>).

Nog werd wel voor het geval, dat de gewoonte het geschreven recht afschafte, ten aanzien van haren duur een bijzondere eisch gesteld. De Glosse had aangenomen, dat de duur der gewoonte die was, welke in het civiele recht voor de verjaring van onroerend goed gold, namelijk tien jaar inter praesentes en twintig jaar inter absentes. Eene sterke strooming in de wetenschap nam deze leer over. Wilde echter de gewoonte in staat zijn een geschreven recht af te schaffen, dan werd voor haar bestaan een langere duur gevorderd, namelijk veertig jaar, de verjaringstermijn tegen kerkegoed <sup>3)</sup>). Intusschen, reeds in de zestiende eeuw stuitte de leer der Glosse op tegenstand en

---

<sup>1)</sup> Zie Jan Voet en Merlin in noot 1 op blz. 13.

<sup>2)</sup> Loisel, *Inst.* liv. 5, tit. 5, art. 11, bij Bouhier, *Coutume de Bourgogne*, chap. XIII nos 48—51, *t.a.p.* blz. 457.

Merlin, *t.a.p.*, i. v. Usage § 1 no. III.

<sup>3)</sup> Justinian. 1 12 Cod. (VII, 33). — Nov. CXIX cap. 8; Nov. CXI cap. 1; Nov. CXXXI cap. 6.

Dunod, *Traité des prescriptions*, part. 1, chap. 13, bij Merlin, *t.a.p.* Usage § 1 no. III. — *Argentraeus Commentarii in patrias Britonum leges*, (uitg. 1664) ad art. 277, b. no. 6, blz. 1189.

Jan Voet, *Comment. ad Pand.*, lib. 1 tit. III no. 29 en literatuur aldaar.

werd de gelijkstelling van gewoonte en verjaring door velen ondeugdelijk geacht. Argentraeus vergeleek de gewoonte met eene publieke fontein, waaruit ieder zonder particulier recht mag scheppen, en de verjaring met eene private fontein, waaruit niemand mag putten dan hij, die een langdurig bezit heeft. De wetenschappelijke strooming, die de verjaringstermijnen ten deze verwierp, oordeelde gemeenlijk, dat de duur der gewoonte van de omstandigheden afhangt en het punt aan den rechter moest worden overgelaten.

Domat roert in dit verband de verjaring niet aan en eischt kortweg een onheuglijk gebruik <sup>1)</sup>).

Thans eenige mededeelingen over Domat's inzichten, waarbij de arbitraire en de natuurlijke rechtsregelen beide ter sprake komen.

Evenals het natuurrecht, treft men de arbitraire rechtsregelen allerwege aan, in het privaatrecht en in het publiek recht, het volkenrecht niet uitgezonderd. Want volgens Domat gelden voor de onderlinge verhouding der volken behalve natuurrechtsregelen op verschillende punten ook gewoonten.

Het betrof hier een punt van scherp strijd, want tegenover de leer, die volkenrechtelijke gewoonten erkende — de Groot, Huber, Bijnkershoeck — ontkende eene sterke strooming het bestaan van zulke gewoonten en zulks meermalen op minachtende wijze. Volgens deze richting waren de natiën onderling alleen door het natuurrecht gebonden, hetwelk ook de basis der internationale verdragen vormde, die immers op den natuurrechtelijken regel berustten, dat overeenkomsten binden

---

Duarenus, *l.c.* in tit. de Leg. cap. XI.

Cujacius, *Opera omnia*, deel II, Paralatha in lib. VIII Cod., no. 52, blz. 304, 305.

Donellus, *Jus civile*, lib. I cap. X, blz. 13, 1e kol. no. 50 vlg.

<sup>1)</sup> Domat, *Loix civiles*, Liv. I, tit. I sect. 1 no. X.



en te goeder trouw moeten worden nagekomen. (Pufendorf, Jan Voet, enz.) <sup>1)</sup>).

Verder verdient het onderling verband tusschen de arbitraire en de natuurlijke rechtsregelen de aandacht.

Vooreerst: de natuurlijke regelen kunnen zeer wel het onderwerp vormen van — neergelegd zijn in — de geschreven wetten of de gewoonten der menschen. Dan hebben die regelen eenen dubbelen rechtsgrondslag, daar zij èn als natuurrecht, èn als arbitrair recht gelden. Dit is bijvoorbeeld het geval met die onderwerpen, welke zóó natuurlijk en onmisbaar zijn voor de voldoening der meest voorkomende behoeften, dat zij altijd en overal in gebruik zijn geweest, gelijk de overeenkomsten van ruil, huur, bewaargeving, bruikleen en zoovele andere, de voogdijen, het erfrecht <sup>2)</sup>).

Gewoonten in zake onderwerpen als deze behooren volgens Domat tot het oudste arbitraire recht der menschheid.

Eene andere oorzaak van het ontstaan van arbitraire regelen betreft het geval, dat de omvang van twee natuurlijke wetten moet worden afgebakend.

Een voorbeeld: Het is eene natuurlijke wet, dat de eigenaar zijn goed mag behouden, tot hij er zich vrijwillig van ontdoet. Eene andere natuurlijke wet wil, dat wie eene zaak bezit, niet tot in het oneindige gevaar loopt in dat bezit gestoord te worden. Verzoening tusschen deze twee wetten werd gebracht door de uitvinding van den arbitrairen regel: Wie zonder bezit te hebben van eene zaak daarop aanspraken wil maken, moet deze doen gelden binnen eenen bepaalden tijd <sup>3)</sup>).

Ander voorbeeld:

Het is eene natuurlijke wet, reeds door de Romeinen als

---

<sup>1)</sup> Domat, *Traité des Loix*, ch. XI, no. XXXIX.  
v. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, lib. II cap. III § XXIII.  
Voet, *Comment. ad Pand.* lib. I tit. I § 18.  
*Bibliotheca Visseriana* IV blz. 74, 75.

<sup>2)</sup> *Traité des Loix*, Chap. XI no. 12.

<sup>3)</sup> *Traité des Loix*, Chap. XI, no. VIII.

zoodanig erkend, dat de goederen van eenen vader bij zijnen dood op zijne kinderen vererven. Maar het is ook eene natuurlijke wet, dat iemand bij uitersten wil over zijne nalatenschap mag beschikken. Onbegrensde werking van ieder dezer wetten is niet mogelijk. Onbeperkte van de eene brengt de andere in verdrukking. Dus werd eene arbitraire wet uitgevonden, die de vrijheid des vaders beperkte om ten nadeele van zijne kinderen te beschikken en precies vaststelde, hoe groot de legitieme portie der kinderen is <sup>1)</sup>).

Bij gebreke van eenen verzoenenden arbitrairen regel kon verschil van opvatting bij de afbakening van twee natuurlijke wetten tot verschil van recht leiden. Zoo is het een natuurlijke regel, dat bij gebreke van ad- en descendenten de broeders van den overledene erven. Maar — ik zeide het zoeven — het is ook eene natuurlijke wet, dat de erflater over zijne nalatenschap mag beschikken. De natuur wijst niet aan, hoever in dit verband de testeervrijheid gaat en zoo ziet men in onze dagen — zegt Domat —, dat in het noordelijk deel van Frankrijk de erflater zijne broeders niet bij testament mag uitsluiten, terwijl in het Zuiden des lands die vrijheid wèl voor den erflater bestaat <sup>2)</sup>).

Ook met andere doeleinden dan de reeds genoemde, zijn bij onderwerpen van natuurrecht arbitraire regelen ingevoerd. Zoo in het natuurrechtelijk erfrecht de erfstellingen over de hand, ten einde zekere goederen in de familie te houden en misbruik der testeervrijheid bij het nageslacht tegen te gaan. Omgekeerd kunnen bij instellingen van arbitrair recht natuurlijke regelen zich doen gelden. Zoo is het leenstelsel door de menschen uitgevonden, maar het gebod, dat de voorwaarden, waarop het leen wordt uitgegeven en aangenomen, moeten worden nagekomen, is natuurrechtelijk.

<sup>1)</sup> Paulus l. 7 *Dig. de bonis damn.* (48, 20).

Domat, *Traité des Loix*, Chap. XI, no. VII.

<sup>2)</sup> *Traité des Loix*, Chap. XI no. XXXI.

Dit verschil bestaat tusschen de beide laatstweergegeven toestanden: bij de instellingen van natuurrechtelijken aard zijn de arbitraire regelen uitzondering, terwijl bij onderwerpen van arbitrair recht de natuurlijke voorzieningen de minderheid vormen <sup>1)</sup>).

Thans komt eene gewichtige vraag ter sprake: hoe stond het, als eene natuurlijke en eene arbitraire wet met elkander in strijd waren? De strijd kon zich in tweeërlei vorm vertoonen: òf wel doordien de beide concurrerende wetten positief ieder eenen andersluidenden inhoud hadden, òf wel doordien negatief de eene verbood wat de andere toeliet.

Er was in de wetenschap eene strooming, die bij botsing met kracht de nietigheid van het arbitraire recht staande hield. Leerde Gajus niet, dat aan de natuurlijke rechten geen afbreuk kan worden gedaan door de *civilis ratio* — de nuttigheidsmotieven van het arbitraire recht eens volks? Wie probeert het natuurrecht te veranderen, aldus Donellus, bereikt niets anders dan dat het recht, dat hij vaststelt, tegen de rechte rede indruischt en dus onrecht en onbillijk is. Wat strijdt met de gerechtigheid, met het eeuwig billijke en goede, is nietig <sup>2)</sup>).

Eene tweede richting legt er den nadruk op, dat bij strijd tusschen de arbitraire wet en de billijkheid het arbitraire recht voorging. Regelen van billijkheid vermogen het niet op zijde te zetten. Aldus Cujacius, die betoogt: „De rechter mag niet van de geschreven wet afwijken, ook al is zij zeer hard — *praedura* —. Hij mag de billijkheid slechts volgen in zaken, waarvan duidelijk is, dat zij niet in de geschreven wet vervat

<sup>1)</sup> *Traité des Loix*, Chap. XI, nos XI vlg., XVI, XVII.

<sup>2)</sup> Gajus l. 8 *Dig. de capit. minut.* (4, 6): *civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest.*

Donellus, *Jus civile*, lib. I cap. XII, blz. 15 kol. 2 supra; cap. X, blz. 13, 2e kol. no. 50 i.f., 60.

Voor een vroeger tijdperk: vgl. Meyers, *L'histoire des principes fondamentaux du droit internat. privé* etc., Académie de droit internat., Recueil des Cours, 1934, III, blz. 630.

zijn." En dan volgt deze aan Aristoteles ontleende omschrijving van de billijkheid: „Aequitas nihil aliud est quam jus quod Lex scripta praetermisit" <sup>1)</sup>).

In denzelfden geest waarschuwt in een later tijdperk de President van het Gerecht te Dijon Bouhier ervoor, toch op zijne hoede te zijn, als men de billijkheid boven de wet wil stellen. Dat is bij den rechter „une espèce de prévarication". Er is niets, vervolgt de Bourgondische magistraat met een beroep op Quintilianus, waarmede de advocaten ons zóó zeer trachten te verblinden als met de billijkheid en er is niets wat de ooren der rechters liever hooren. Zelfs als de wet den rechter vrij laat naar zijn geweten recht te spreken, moet hij dit doen „secundum conscientiam jurium", dat is: volgens de wet <sup>2)</sup>).

Wat Domat betreft, reeds werd vermeld, dat bij botsing van twee natuurlijke wetten de werking van deze door eenen regel van arbitrair recht kon worden beperkt. Maar hoe was de onderlinge verhouding, als het geheele afschaffing gold?

Soms schijnt het — zegt Domat — dat eene natuurlijke wet door eenen arbitrairen regel is afgeschaft, terwijl dit in wezen niet zoo is. Zoo erven volgens het natuurrecht zonen en dochters van hunnen vader. Maar krachtens sommige Fransche coutumes verliezen dochters, die door haren vader zelfs zonder bruidsschat worden uitgehuwelijkt, behoudens bijzonder beding, het vaderlijk erfdeel. Toch blijft de natuurlijke regel in werkelijkheid ongedeerd, want het verzekerd bestaan in de vreemde familie van den man vervangt voor de dochter het natuurlijk erfrecht <sup>3)</sup>).

De vroeger vermelde algemeene beschouwingen over het hooge karakter der natuurlijke wetten mogen er niet toe leiden aan te nemen, dat Domat de arbitraire regelen ongeldig heeft geacht op grond, dat zij strijden met de natuurlijke billijkheid. Immers hij zegt: Harde arbitraire wetten, ook al schijnen zij met

<sup>1)</sup> De Feudis, lib. II, tit. I, *Opera omnia*, II, blz. 646.

<sup>2)</sup> *Coutume de Bourgogne*, Chap. II no. 47, *t.a.p.* blz. 374.  
Vgl. ook Jan Voet, *Comm. ad Pand.* lib. I tit. III no. 23.

<sup>3)</sup> *Traité des Loix*, Chap. XI no. XXX.

de billijkheid te strijden, zijn toch altijd rechtvaardig, daar steeds een in het algemeen welzijn gelegen billijkheidsgrond is aan te wijzen, waarin de regel zijne rechtvaardiging vindt. Evenals het nooit voorkomt — zegt de schrijver in dit verband — dat iets wat billijk is, in strijd is met de rechtvaardigheid, zoo komt het evenmin voor, dat hetgeen rechtvaardig is, met de billijkheid strijdt. Men hoede zich ten deze voor den schijn. Zoo schijnt het billijk, dat de uitleener, die zijn geld terugverlangt, de leenovereenkomst met alle middelen kunne bewijzen. Maar de billijkheid, gelegen in het algemeen belang, brengt mede, dat onbetrouwbare bewijzen, met name valsche getuigenissen, zoo-veel doenlijk dienen te worden voorkomen. Vandaar is ingevoerd de arbitraire wet, die bij overeenkomsten, welke zeker bedrag te boven gaan, geschrift vereischt. Dus is Domat niet geneigd harde arbitraire wetten als strijdig met de billijkheid nietig te verklaren — anéantir <sup>1)</sup>).

Het voorgaande betrof de arbitraire regelen in het algemeen. Eene eenigermate afzonderlijke wetenschappelijke behandeling heeft de strijd tusschen natuurrecht en arbitrair recht gevonden, waar het betrof de vraag, of eene met de rede strijdende gewoonte geldig was.

In het Romeinsche recht kwamen plaatsen voor, die op dit punt van grooten invloed waren.

Vooreerst eene plaats van Celsus, houdende, dat wat niet berust op rede, maar eerst door dwaling, later door gewoonte is ingevoerd, geen gezag heeft in soortgelijke gevallen — in aliis similibus non obtinet.

Verder de regel van Keizer Konstantijn, dat, hoe groot de macht der gewoonte ook moge zijn, zij de rede niet vermag te overwinnen.

---

<sup>1)</sup> *Loix Civiles*, liv. I, tit. 1 sect. II nos. IV vlg., VIII; sectie II, préface.

Ordonnance civile touchant la réformation de la Justice, van April 1667, titel XX, art. 2, Jourdan e.a., *Recueil général des anciennes lois françaises*, XVIII, blz. 137.

Eindelijk: Keizer Alexander vermaant de gouverneurs der provinciën, de ratio, die de gewoonte deed geboren worden, in het oog te houden <sup>1)</sup>).

Steunend op deze teksten, stelde vanouds eene sterke strooming voor de geldigheid der gewoonte den eisch, dat zij redelijk was. Zoo beschouwden in de Nederlanden en in Duitschland velen de onredelijke, en op dwaling berustende gewoonten niet als rechtsgeldig. Zij zijn „velut iniqua morum corruptela” en, als zij tusschen de volken bestaan, vormen zij geen recht „sed pessimam potius morum humani generis corruptelam” (Jan Voet, Bynkershoek met name voor het volkenrecht, Textor) <sup>2)</sup>).

In Frankrijk, in het Renaissance-tijdperk, wordt dezelfde opvatting wel aangetroffen (Donellus, Duarenus), maar ter zake van gezaghebbende zijde een onderscheid gemaakt tusschen de civilis ratio van het arbitraire recht en de naturalis ratio, die voorschrijft, wat eerlijk, billijk en goed is en noodig voor de instandhouding der gemeenschap van het menschelijk geslacht. Men hoore Molinaeus: Volgens Baldus, zegt hij, was het voldoende, dat gewoonten in leenzaken duldbaar — tolerabiles — en door het gebruik bevestigd waren, al hebben zij niet alle mogelijke redelijkheid voor zich. Er kan mee volstaan worden, dat de gewoonte niet is „contra rationem, scilicet — voegt Molinaeus er aan toe — divinam et naturalem”. Het is genoeg, dat de gewoonte eenig motief hebbe. Men ziet: de meerdere of mindere redelijkheid uit nuttigheidsmotieven, aan het arbitraire recht eigen, doet er niet toe, zoodat niet van belang is, of de

---

<sup>1)</sup> Celsus l. 39 *Dig de leg., sen. cons. et long. cons.* (1, 3).

Constant. ad Proc. l. 2 *Cod.* 8, 52.

Alexander l. 1 *Cod.* 8, 52.

<sup>2)</sup> Voet, *Comment. ad Pand.*, lib. 1, tit. 1, no. 19: tit. III no. 28.

Bynkershoek, de foro legatorum, *Ad lectorem*, c 7 i.f., c 17; *Quaestiones juris publici*, lib. 1 de rebus bellicis, c 1, 2, 5, 7, 12, 14, 15, 20.

Textor, *Synopsis juris gentium*, tom. 1 Praef., c 1, 2, 8.

gewoonte op dwaling nopens den inhoud van het arbitraire recht berust <sup>1)</sup>).

Het zij mij vergund met een en ander te vergelijken het oordeel van twee veelzijdige auteurs, wier geschriften zich niet op het engere rechtsterrein bewegen: Montaigne, tijdgenoot van Molinaeus, en Pascal, de laatste te Clermont in Auvergne geboren evenals Domat, die persoonlijk zeer met den denker van Port Royal bevriend was en aan diens sterfbed stond <sup>2)</sup>).

Montaigne, in een oorspronkelijk, krachtig betoog, had alle toetsing van de gewoonte aan de rede verworpen. De gewoonte is een tyran, betoogt hij, sterker dan de natuur, zoodat men naar hare redelijkheid niet vraagt, waarvoor trouwens geen maatstaf is aan te geven, getuige de eindelooze verscheidenheid der gewoonten, die onder de volken bestaan en die met de levendigste kleuren geschilderd worden. Montaigne heeft gelijk, zegt Pascal, de gewoonte moet gevolgd worden, zoodra zij als gewoonte is gevestigd, zonder dat onderzocht behoeft te worden, of zij al dan niet redelijk is. Dit geldt echter alleen — vervolgt de schrijver der *Pensées* — voor wat niet met het natuurrecht of het goddelijk recht in strijd is. Het is waar, dat het volk de gewoonte alleen nakomt, omdat het gelooft, dat zij recht is. Zonder dat geloof zou het volk haar niet volgen, omdat het volk alleen onderworpen wil zijn aan de rede of het recht. Zonder deze zou de gewoonte als tyrannie beschouwd worden, terwijl de heerschappij van rede en recht niet tyranniek is, maar een wezenlijk genot <sup>3)</sup>).

---

<sup>1)</sup> Donellus, *Jus civile*, lib. I cap. X, blz. 13, 2e kol. no. 50 i.f., 60. Molinaeus, *Consuet. Paris*. Tit. 1, Fiefs, § XXXVII, Glo. no. 3, *Opera* (uitg. 1658), tom. I blz. 936.

Vgl. nog akte van het Parlement van Parijs van 1350, J. Michelet, *Histoire de France, Moyen Age*, V blz. 409 vlg. j° 353.

<sup>2)</sup> Viollot, *Histoire du droit civil français*, blz. 224.

<sup>3)</sup> Montaigne, *De la Coustume et de ne changer aisément une loy receüe*, éd. Plon I, blz. 170 vlg.

Pascal, *Pensées*, éd. Librairie de Paris, no. XLIII.

Hier wordt, met verwerping van de rede als zelfstandig vereischte voor de gewoonte, uit het enkele volgen van deze het rechtsbewustzijn of de opinio necessitatis der gebruikenden afgeleid, evenwel niet zonder erkenning van de moreele regelen van natuur- en goddelijk recht als hooger recht.

Nog vindt men in de wetenschap, zij het terloops, de redelijkheid in verband gebracht met de reeds behandelde vraag, omtrent de verhouding tusschen de geschreven wet en de gewoonte. Immers sommigen betoogden: Eene gewoonte, die niet of in geringe mate op de rede berust, vermag de geschreven wet niet af te schaffen, maar eene redelijke gewoonte, die van openbaar nut is, kan eene wet op zijde stellen, waarvan de redelijkheid heeft opgehouden te bestaan, waarvan de redelijkheid minder is dan die der gewoonte, of die voor het gemeenebest minder bevorderlijk is dan laatstgenoemde. In dit betoog worden ratio civilis en ratio naturalis op ééne lijn geplaatst (Cujacius)<sup>1)</sup>.

In de achttiende eeuw werd in Frankrijk geleerd, dat eene vaste rechtspraak gewoonte kan vormen, ook al berustte zij oorspronkelijk op dwaling. Slechts mocht zij niet tot andere gevallen worden uitgebreid. En de rechters moesten hunne rechtspraak wijzigen, wanneer zij al te zeer met de billijkheid streed of onverwachte moeilijkheden opleverde (Bouhier)<sup>2)</sup>.

Thans eenige woorden over de rechtstoepassing, meer in het bijzonder over de uitlegging en de aanvulling der rechtsregelen. Vooreerst de uitlegging.

De grondstellingen, waarvan Domat uitgaat, zijn de volgende:

De natuurlijke billijkheid is de alom tegenwoordige ziel der gerechtigheid. Zij maakt alle regels en bakent het gebruik

---

<sup>1)</sup> Cujacius, *Opera omnia*, II, Paratitla in Lib. VIII Cod. no. LII.

<sup>2)</sup> Bouhier. *Coutume de Bourgogne*, Chap. XIII, nos 48—51, t.a.p. blz. 457.



ervan af. De natuurlijke wetten vormen den grondslag der gansche rechtsgeleerdheid.

Redeneeringen overeenkomstig de beginselen van rechtvaardigheid en billijkheid zijn steeds beslissend voor de oplossing der rechtsvragen. Dient een en ander bij de uitlegging der rechtsregelen te worden in acht genomen, er is op dit punt een onderscheid te maken tusschen de uitlegging der natuurlijke en die der arbitraire wetten. Bij de natuurlijke wetten kan de uitlegging altijd overeenkomstig de beginselen der natuurlijke billijkheid geschieden. Leidt de letterlijke uitlegging van eene natuurlijke wet tot een onbillijk resultaat, dan heeft men den zin van den regel onjuist begrepen. De uitlegging is fout en moet worden herzien <sup>1)</sup>.

Bij de arbitraire wetten is de toestand anders. Hier geven wil en bedoeling van hem, die den regel maakte — overheid of volk — den doorslag, ook al mochten de gevolgen daarvan hard zijn. Dit wil echter niet zeggen, dat bij de uitlegging der arbitraire regelen de billijkheid verder geheel zou kunnen worden verzaakt. Want bij onvolmaaktheid der uitdrukkingen, bij duisterheden en dubbelzinnigheden, zijn bedoelde regelen uit te leggen in hunnen meest natuurlijken zin, strookend met het onderwerp, in voege, dat de billijkheid het meest bevorderd wordt <sup>2)</sup>.

Ook voor het overige volgt Domat de uitlegkunde der Romeinen. Zoo hecht hij aan de interpretatie door de gewoonte, vooral als die door eene reeks gelijkkluidende vonnissen wordt bevestigd. De geest der wet gaat hem boven de letter: als een regel op een essentieel punt iets heeft weggelaten, is eene uitbreiding van de woorden naar zin en strekking der voorziening geboden, ook al zouden de termen deze aanvulling niet uitdrukken. Hij kent wetten, die uitbreidend en wetten, die strikt

---

<sup>1)</sup> *Loix civiles*, Liv. I Tit. I sect. II, Préface, nos I, II, VI. — *Traité des Loix*, Chap. XI nos XXVIII, XXIX.

<sup>2)</sup> *Loix civiles*, Liv. I, Tit. I, Sect. II nos III—IX.

moeten worden geïnterpreteerd, waarbij de aandacht verdient, dat hij wetten, die de natuurlijke vrijheid in het burgerlijk verkeer en de menselijkheid bevorderen, in uitbreidenden zin, en wetten, die bedoelde vrijheid beperken en een hard karakter dragen eng, in welwillenden, menschelijken zin, wil uitleggen. De regel van Paulus: in poenalibus causis benignius interpretandum est, is hem uit het hart gegrepen. Het oude adagium: favorabilia amplianda, odiosa restringenda, nog door zijne voorgangers en tijdgenooten gebezigd, noemt hij niet meer <sup>1)</sup>).

Eene neiging om, wanneer bij de toepassing van strijdende wetten te kiezen is tusschen eenen arbitrairen en eenen natuurlijke regel, laatstgenoemden aan te wenden, is bij den schrijver stellig waar te nemen, gelijk blijkt uit het volgende:

In Rome behoorde de moeder tot de wettige erfgenamen van haren zoon. Aan den anderen kant kon de vader bepalen, dat bij overlijden van zijnen zoon vóór diens mondigheid, een ander — zelfs een niet-bloedverwant — van den zoon zou erven, de zoogenaamde substitutio pupillaris. Hoe nu, als de zoon onmondig sterft? Volgens Papinianus sloot de substitutie door den vader de moeder van het erfrecht uit. Domat verwijt den Romeinschen rechtsgeleerde, dat hij dusdoende het verschil tusschen de natuurlijke en de arbitraire wetten uit het oog verliest en het natuurlijke erfrecht der moeder achterstelt bij het niets natuurlijk bevattend, zuiver arbitraire erfrecht van den gesubstitueerde.

In parenthesi, naar Van Apeldoorn in eene lezenswaardige studie heeft aangetoond, was voor Nederland De Groot dezelfde oplossing toegedaan op grond, dat de Romeinsche patria

---

<sup>1)</sup> *Loix civiles*, Liv. I Tit. 1, sect. II nos. XI, XIV, XV, XIX. Vgl. De Groot, *De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. XVI § X. v. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, lib. V c. XII § 12. Jan Voet, *Comment. ad Pand.*, lib. 1 tit. IV no. 17. Molinaeus, *Consuet. Paris*, tit. 1 De Fiefs, § XX, Glo. 1 no. 21, t.a.p. blz. 584; § XLVII, Glo. 1 p. 1087. Meyers, t.a.p., blz. 618 vlg., 360 i.f., 631.

potestas ten onzent onbekend was, terwijl Bynkershoek Papi-  
nianus wilde volgen <sup>1)</sup>).

Bij twijfel omtrent de uitlegging en gebleken strijd met de  
billijkheid van Koninklijke Ordonnantiën moet men zich tot den  
Vorst wenden, gelijk reeds de Codex en de Novellen van  
Justinianus aangaven en, naar Domat aantoon, in Frankrijk  
inheemsch was <sup>2)</sup>).

Niet onder „het gebruik en de uitlegging der regelen” maar  
onder „de regelen des rechts in het algemeen” rekt Domat  
het leerstuk der ongeoorloofde wetsontduiking en behandelt hij  
de aanvulling der wetten. Omtrent het laatste onderwerp  
heet het:

wordt een geval niet geregeld door eenige uitdrukkelijke of  
geschreven wet, dan gelden daarvoor als recht de beginselen  
der billijkheid, die de universeele wet is, welke zich over alles  
uitstrekt. Hier treedt de natuurlijke billijkheid op als zelf-  
standige rechtsbron, niet krachtens bevelen of gedoogen van  
de wet, die de leemte laat.

Soms kan echter het natuurrecht geene uitkomst geven. Dan  
geldt het volgende: Als in eenige provinciën of plaatsen stellige  
regelen ontbreken over onderwerpen, die er in gebruik zijn,  
en als de gerezen moeilijkheden niet door het natuurrecht of  
de geschreven wetten worden geregeld, doch samenhangen  
met en dus beslist moeten worden door gewoonten en gebrui-  
ken, dan dienen toegepast te worden de beginselen der gewoon-  
ten, geldende ter plaatse, en, bij gebreke van deze, naburige  
gewoonten, vooral die van de voornaamste steden. De schrijver  
acht zoodanige toepassing natuurlijk en verwijst naar eene  
Romeinsche plaats van Julianus, welke in soortgelijke gevallen

---

<sup>1)</sup> 1. 8 § 5 *Dig. de inoff. test.* (5, 2).

Domat, *Traité des Loix*, Chap. XI, no. XXIV.

De Groot, *Inleidinge*, B. II D. 19 § 9; Bynkershoek, *Observ.*  
*tumult.* no. 1926 bij van Apeldoorn, *t.a.p.* blz. 22.

<sup>2)</sup> *Loix civiles*, tit. 1, sect. II no. XII.

Jan Voet, *Comment. ad Pand.*, lib. I tit. III no. 23.

ten langen leste het recht der stad Rome — jus quo urbs Roma utitur — toepasselijk verklaart <sup>1)</sup>).

Het loont de moeite in verband met Domat's ideeën een tweetal plaatsen te vermelden uit het werk van Molinaeus. Ratio en aequitas, tezamen verbonden, zijn een middel om de gewoonten uit te breiden. Baldus — zoo vervolgt hij, zegt zoo mooi, dat, hoewel de ratio — id est integra ratio meo iudicio, verklaart Molinaeus — niet tot het wezen der gewoonte behoort, zij wel tot uitbreiding van deze kan strekken, omdat, waar de ratio ontbreekt, is geplant op een dorre plaats waar niets wil ontkiemen (ubi non est ratio ibi est plantatum in aridum quod non pullulat). En dan nog deze uitlating van den Parijschen jurist: op punten, die samenhangen met statuten of gewoonten, kan men enkel ter aanvulling of verklaring, maar niet om eenen nieuwen hoofdregel te stellen, zijne toevlucht nemen tot hetgeen op soortgelijke punten veelvuldig en billijk is vastgesteld in de overige gewoonten van het rijk. Dit elders vastgestelde kan geacht worden in de aan te vullen of uit te leggen gewoonte te zijn begrepen.

Boven alle andere was te raadplegen de Coutume de Paris, als hebbende „plus caeteris civilis rationis et honestae gravitatis”, de Coutume, waarvan de Picardier Andreas Tiraquellus, volgens Molinaeus terecht, zeide: est caput omnium hujus regni et totius etiam Belgicae Galliae consuetudinum” <sup>2)</sup>).

In verband met het voorgaande zij nog de aandacht gevestigd op eene uitlating van Pothier, waarin het verschil, dat bij de aanvulling der rechtsregelen tusschen natuurrecht en positief recht bestaat, goed uitkomt. Twee bureu hebben eenen

---

<sup>1)</sup> *Loix civiles*, Liv. I Tit. I sect. I no. XXIII; sect. II no. XX. — *Traité des Loix*, Chap. XII no. VI.

Julian. l. 32 pr. *Dig. de leg., sen. consult. et long. consult.* (I, 3).

<sup>2)</sup> *Consuet. Paris.* Tit. I de Fiefs, § XXXVII, Glo I no. 4, *t.a.p.* blz. 937; § XLVII, Glo V no. 2, *t.a.p.* blz. 1101, 1102. — *Epit. Tit. I de Fiefs* no. 2, *t.a.p.* blz. 5. — Tit. I de Fiefs, § III Glo 3 no. 16, *t.a.p.* blz. 256.

muur in gemeen eigendom; een hunner gaat daar een stuk boven op bouwen. Het gewoonterecht ter plaatse zwijgt over de gevolgen van den opbouw. Maar de Coutume de Paris voorziet op dit punt en stelt twee regelen:

Vooreerst dezen, dat de bouwer eene schadeloosstelling moet geven aan zijnen buurman voor hetgeen de gemeene muur in waarde minder wordt door den last, dien hij door het bovenstuk te dragen krijgt. Die plicht tot schadevergoeding — zegt Pothier — berust op de natuurlijke billijkheid, want de last verkort den levensduur van den muur. Dus geldt overal waar de Coutumes dit punt niet regelen, de in de Parijsche Coutume neergelegde natuurrechtelijke plicht tot schadevergoeding.

De tweede regel, dien de Coutume de Paris stelde, betrof het bedrag der schadeloosstelling, die bestond in het zesde deel der waarde van hetgeen gebouwd werd boven zes voet. Dit is een punt niet van natuurlijk, maar van arbitrair recht, zegt de geleerde van Orleans. Hier kan de Parijsche regeling slechts gelden voor het territoire, waarvoor zij gegeven is. Elders dan op dat territoire leemten aanvullen, vermag zij ten deze niet.

Dus zal ter plaatse, waar de rechtsleemte zich voordoet, het bedrag der schadevergoeding door schatting moeten worden vastgesteld <sup>1)</sup>.

Ik moet de veel behandelde en betwiste vraag betreffende de aanvulling der coutumes door het Romeinsche recht laten rusten, evenals ik, nu ik nog een enkel kort woord over het recht der Revolutie ga zeggen, niet nader treden zal in de materie der natuurlijke onvervreemdbare rechten van den mensch, eene stof, waarbij het Angelsaksisch natuur- en staatsrecht, niet het oud-Fransche recht de hoofdrol speelde. Zoo wordt dan ook het onder Turgot in de Koninklijke ordonnantie van 1776 ter opheffing van de gilden tot een onvervreemdbaar

---

<sup>1)</sup> *Traité du contrat de société*, Premier appendix, Du quasi-contrat de communauté no. 213 (uitg. 1830, II, blz. 452, 453).

recht der menschheid verklaarde recht om te werken — droit de travailler — niet aangetroffen in de Déclaration des droits de l'Homme van 1789 en eerst later in zeer verzwakten vorm teruggevonden <sup>1)</sup>).

Ik bepaal mij tot de denkbeelden, die de samenstellers van den Code over de door mij behandelde vraagstukken hebben gehad. Hierbij zij in herinnering gebracht, dat na een drietal ontwerpen van het lid der Conventie, later tweede Consul en Aartskanselier van het keizerrijk, Cambacérès — ontwerpen, onderscheidenlijk van 1793, van het jaar II en van het jaar IV —, Bonaparte als eerste Consul den 24 thermidor van het jaar VIII (13 Augustus 1800) eene regeeringscommissie benoemde, die een nieuw ontwerp — het Projet de l'an VIII — samenstelde, waaromtrent het oordeel van 's Lands gerechten werd ingewonnen, en dat niet zonder strijd en niet zonder aanmerkelijke wijzigingen de Code Civil is geworden.

Het ontwerp van het jaar VIII bevatte een later teruggenomen Livre préliminaire, waarin de volgende bepalingen voorkomen <sup>2)</sup>:

Er bestaat een universeel en onveranderlijk recht, de bron van alle positieve wetten. Het is de natuurlijke rede, voorzoo veel zij alle menschen beheerscht.

Ieder volk erkent een extern of volkenrecht en heeft een intern, eigen recht.

Het extern of volkenrecht bevat de regelen, die de volken in hunne onderlinge verhoudingen in acht nemen. Sommige van die regelen zijn uitsluitend gegrond op de beginselen der natuurlijke billijkheid, andere op gebruiken en verdragen. De

---

<sup>1)</sup> Jellinek, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* (1927), blz. 15, 16. — Jourdan e.a., *Recueil général des anciennes lois françaises*, deel 23, blz. 375. — *Déclaration des droits de l'Homme* van 1789 (édit. originale). — Constitutie van 1793, Déclaration etc., art. 21.

<sup>2)</sup> P. A. Fenet, *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil*, II, blz. 3 vlg.

eersten vormen het natuurlijk volkenrecht, de tweede het positief volkenrecht.

Het intern of bijzonder recht van ieder volk is samengesteld deels uit het universeel recht, deels uit de wetten, die het volk eigen zijn, deels uit de gewoonten of gebruiken, die het aanvulsel der wetten zijn. De gewoonte wordt gevormd door eene lange reeks bestendig herhaalde handelingen, die de kracht hebben gekregen van eene stilzwijgende, gemeenschappelijke overeenkomst.

Men ziet: de Fransche Republiek bezigde den consensusgrondslag der Romeinen <sup>1)</sup>).

Onder de bepalingen in zake de toepassing en de uitlegging der wet verdienen de aandacht:

Eene voorziening houdende uitdrukkelijke verwerping van het onderscheid tusschen de *leges favorabiles*, die wèl, en de *leges odiosae*, die niet voor uitbreiding vatbaar zijn. Tegen de felle critiek der natuurrechtelijke wetenschap sedert het einde der zeventiende eeuw vooral in de Duitsche landen — Thomasius, Heineccius — was het oude adagium: *favorabilia amplianda, odiosa restringenda* niet bestand gebleken <sup>2)</sup>). Verder is er nog de bepaling, dat men niet van geval tot geval mag redeneeren dan wanneer er eenzelfde beslissend motief is. De analogie komt hier voor den dag en wordt als middel van uitlegging in het kader der wet gebracht. Dan de voorziening, krachtens welke eene duistere wet in den meest natuurlijke zin moet worden toegepast, en ten slotte de regel, dat in civiele zaken de rechter bij gebreke van eene precieze wet een „*ministre d'équité*” is, zijnde de billijkheid de terugkeer tot de natuurlijke wet of tot de gebruiken, aangenomen bij het zwijgen der positieve wet.

<sup>1)</sup> Titel I, Artt. 1—5.

<sup>2)</sup> Thomasius, *Institutiones jurisprudentiae divinae* (in quibus fundamenta juris naturalis etc.), lib. 2 cap. 2 § 160 vlg.

Heineccius, *Praelectiones acad. in Hug. Grotii De iure belli ac pacis*, lib. II cap. XVI § 10, *Opera omnia*, uitg. 1771, tom. IX, blz. 348, 349.

Het toepassen van gebruiken valt hier onder de billijkheid.

Domat's invloed bij een en ander is onmiskenbaar. Slechts vindt men zijn beginsel, dat de geest der wet boven de letter gaat, niet terug. In plaats daarvan leest men in het ontwerp van het jaar VIII den regel: als eene wet duidelijk is, moet men de letter ervan niet ontduiken — éluder — onder voorwendsel den geest er van te doorgronden <sup>1)</sup>).

Van het begin tot het einde der wordingsgeschiedenis van den Code is het natuurrecht schering en inslag. Volgens Cambacérés was het gebouw der burgerlijke wetgeving des te hechter, omdat het was opgetrokken, niet op het drijfzand der systemen, maar op den vasten grond van het natuurrecht en den maagdelijken bodem der Republiek.

De wetten van eene groeiende Republiek zijn als de werken der natuur, die door te veel tooi verminderen en die slechts door hunne enkele schoonheid moeten schitteren <sup>2)</sup>). Zoo waren de ontwerpen van Cambacérés uiterst beknopt — het tweede telde slechts 297 zeer korte artikelen tegen de Code Civil 2281 —, een opzet, geheel strookend met de destijds geuite gedachte, dat de natuurlijke beginselen zóózeer in de rede liggen, dat zij niets aan den wetgever overlaten en niet in het Wetboek behooren te worden opgenomen <sup>3)</sup>).

Van de wetten betreffende de primitieve rechten, welke de mensch van nature heeft, verklaart Cambacérés, dat bij die wetten de regel omtrent het niet-terugwerken der wetten toepassing mist. Bijgevolg, als het Wetboek het recht van natuurlijke kinderen om van hunne ouders te erven erkent, geldt die erkenning ook voor kinderen, die vóór het in werking treden van het Wetboek geboren zijn <sup>4)</sup>).

---

<sup>1)</sup> Titel V, artt. 5, 8, 10, 11.

<sup>2)</sup> Fenet, *t.a.p.* I, blz. 2.

<sup>3)</sup> Fenet, *t.a.p.* I, blz. 17 vlg.; Planiol, *Traité élém. de droit civil*, 6e éd. I no. 71.

Tribunal de Montpellier, Fenet, IV blz. 524, 525.

<sup>4)</sup> Fenet, I, blz. 6.



In het latere tijdperk der wordingsgeschiedenis maakt Portalis, een bekend lid der Regeeringscommissie van het jaar VIII, in overeenstemming met meer dan één gerecht — Montpellier, Rouen —, in zijne Inleiding op het ontwerp der Commissie, scherp de onderscheiding tusschen eenerzijds het veranderlijk, zuiver positief deel van het recht, dat geheel afhangt van den wetgever zelf, die hier volkomen vrij is, en anderzijds, de regelen, die een moreel karakter hebben en onafhankelijk zijn van den arbitrairen wil der menschen. De positieve wetten — verklaart Portalis met Ulpianus — wijken nooit volkomen van de natuurlijke wetten af. Als zij somtijds schijnen daarvan af te wijken, geschiedt dit slechts om de strekking der natuurlijke wetten aan te passen bij de behoeften der gemeenschap <sup>1)</sup>. Aan het slot van eene vermaard geworden beschouwing over de onvolmaaktheid der wetten en hare aanvulling heet het: Als op enig punt niets vastgesteld of bekend is, doordien bij eene leemte alle vast gebruik, jurisprudentie of maximen ontbreken, dan stijgt men weer op tot de beginselen van het natuurrecht. Want, is de voorziening des wetgevers beperkt, de natuur is oneindig en vindt toepassing op alles wat de menschen kan interesseeren <sup>2)</sup>.

Jaubert, lid van het Tribunaat, verklaart in zijne toelichting van het ontwerp van het jaar VIII, dat het Ontwerp de in zwang zijnde gewoonten geëerbiedigd heeft telkens wanneer niet de natuurlijke billijkheid of de openbare orde de aaneming geboden van een beginsel, verkieslijk boven alle <sup>3)</sup>.

Thans, uit vele, enkele voorbeelden over bijzondere onderwerpen.

De regelen omtrent den staat der personen werden meerendeels als natuurrecht beschouwd. Een der aanvankelijk voor-

---

<sup>1)</sup> Fenet, VI, blz. 43; I, blz. 499 i.f. — Trib. de Montpellier, de Rouen: Fenet IV, blz. 524 vlg., 536 vlg.; V, blz. 457. — Ulp. l. 6 Dig. de just. et jure (I, 1).

<sup>2)</sup> Fenet, I, blz. 469—471.

<sup>3)</sup> Fenet, I, *Précis historique*, blz. CXII.

gestelde artikelen luidde: Er bestaan in de natuur en krachtens de wet verhoudingen tusschen de individuen, welke de gemeenschap vormen; die verhoudingen bepalen den persoonlijken staat.

Zoo was de voogdij van den langstlevende der ouders eene natuurlijke voogdij, evenals die van de grootouders. Ten onrechte miskent men in Engeland, dat de wettiging van natuurlijke kinderen op de natuurlijke billijkheid berust. Van de adoptie zegt Bonaparte, dat zij geen burgerlijk contract is, noch eene rechtshandeling. Zij is eene naäping der natuur, „une imitation par laquelle la société veut singer la nature”<sup>1)</sup>.

Het huwelijk is geen sacrament, ook geen burgerlijk contract, evenmin een mengsel van beide; het is eene handeling van het natuurrecht, eene uitspraak, waarbij men gelegenheid vindt de Romeinsche stelling omtrent een voor alle levende wezens geldend natuurrecht met nadruk te verwerpen.

Gevolg van het natuurrechtelijk karakter des huwelijks is, dat kinderen uit een zoogenaamd putatief huwelijk — een huwelijk, te goeder trouw gesloten, maar door het positief recht nietig verklaard — wettig zijn. Het bloedschennis huwelijk is nietig, omdat de natuur in het menschelijk hart spreekt. De natuur gebiedt den man zijne vrouw en kinderen boven zijne broeders en zusters lief te hebben. Dus zijn giften tusschen de echtgenooten toegelaten, ook al benadeelen ze de zijlinie nog zoozeer, terwijl benadeeling van de kinderen niet buiten zekere grenzen mag gaan<sup>2)</sup>.

Intusschen, de toepassing der natuurrechtelijke regelen bracht meermalen moeilijkheden mede. In de eerste plaats bij botsing van twee regelen van dat recht.

---

<sup>1)</sup> *Eerste Ontwerp Cambacérès*, Liv. I tit. 1 art. 3, Fenet I blz. 17, 500, 501.

*Ontwerp Regeeringscommissie* Liv. I tit. 9 chap. 2, sect. première, Fenet II, blz. 71; VI, blz. 49; I, blz. 7, 101; X, blz. 288.

<sup>2)</sup> Fenet, I, blz. 499, 500; I, blz. 482, 483 vlg.; VI, blz. 46, 41, 42; I, blz. 157.

De gelijkheid der menschen was een primitief, natuurlijk onvervreemdbaar menschenrecht, nog steeds zeer dierbaar aan het Fransche volk. Dit recht bracht mede, dat de echtgenooten een gelijk recht op het beheer van hunne goederen hebben. Maar anderzijds, handhaving der natuurlijke orde en de maritale macht, gegrond op eene aanwijzing der natuur, eischten het uitsluitend beheersrecht van den man. Overeenkomsten, waarbij de vrouw het beheer kreeg, zouden met de natuurwet strijden en zwakheid van geest bij den man doen vermoeden.

Terwijl in het eerste ontwerp van Cambacérés de gelijkheid zegevierde, had in de latere voordrachten de maritale macht de overhand<sup>1)</sup>.

Ernstig verschil van inzicht in het karakter der natuurlijke instellingen leverde de echtscheiding op.

Het eerste ontwerp van Cambacérés ging zoover, dat de enkele wil van een der echtgenooten voldoende was om van echt te scheiden, want — betoogde men in 1791, in overeenstemming met Montesquieu's gevoelen, de echtscheiding is gegrond op de natuur, de rede, de rechtvaardigheid en op de persoonlijke vrijheid, een der grondrechten van den mensch. Als de mensch zich niet gelukkig voelt, behoeft hij niet gebonden te blijven. Van het menschelijk hart te eischen wat boven zijne kracht gaat is ongelukken maken op het altaar der natuur zelve. De onontbindbaarheid is geene wet der natuur, bij geene enkele gemeenschap (*société*), ook niet bij het huwelijk<sup>2)</sup>.

Maar zeven jaar later in het jaar VIII, redeneerde men heel anders. De wensch naar het voortbestaan van het huwelijk is de wensch der natuur, heet het nu. Het huwelijk is de natuur-

---

1) *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* van 1791 art. 1, van 1793 art. 2, Duguit et Monnier, *Constitutions*, blz. 1, 66. Fenet I, blz. 156, 486.

2) Montesquieu, *Esprit des Lois*, Liv. XXVI, chap. 3 i.f. Fenet, I, blz. 26: *1e Ontwerp Cambacérés*, liv. 1, tit. 6 § 2, artt. 3, 6 vlg.; I, blz. 105, 157 i.f., 158.

lijkste, de meest onverbreekelijke van alle gemeenschappen, omdat men niet alleen voor zich zelf bedingt, maar voor de kinderen, den Staat, de geheele gemeenschap van het menschelijk geslacht. Dus wordt echtscheiding slechts op grond van bepaalde ernstige redenen toegelaten<sup>1)</sup>.

Bij het erfrecht deed zich eene andere moeilijkheid voor, namelijk of dit recht natuurrecht dan wel positief recht was. Volgens het Romeinsch recht leerde de natuurlijke rede, als eene stilzwijgende wet, dat de kinderen van hunne ouders erven. Nog iets verder in dezelfde richting gaat Cambacérès, die ter toelichting van zijn eerste ontwerp betoogde: de orde der natuur, de wensch der rede brengen mede, dat alle kinderen gelijkelijk de nalatenschap verdeelen, zij het, dat den erflater zeker beperkt beschikkingsrecht toekomt. Maar het erfrecht der zijlinies is niet meer natuurrecht, doch civiel recht. Hier is des erflaters beschikkingsrecht onbeperkt<sup>2)</sup>.

In de Inleiding tot het ontwerp van het jaar VIII wordt de vraag, of het erfrecht natuurrecht dan wel positief recht is, met zoovele woorden gesteld en in gansch anderen zin opgelost.

Het uitgangspunt is, dat de eigendom natuurrechtelijk van aard is — hij behoorde tot de natuurlijke, onvervreembare menschenrechten. Maar met den dood des eigenaars treedt een nieuwe toestand in. Het gezond verstand, de rede, het algemeen welzijn, gedoogen niet, dat de goederen der nalatenschap onbeheerd blijven. De behoorlijkheid en de billijkheid brengen mede, ze te laten aan de familie van den overledene, maar strikt genomen heeft geen enkel lid der familie het recht, ze als zijn eigendom op te eischen. Allerlei vragen rijzen hier: erven de kinderen bij gelijke deelen! Spelen eerstgeboorte en sekse een rol? Hoe, als er geene kinderen zijn?

De wetgeving van den Staat moet hier ingrijpen. Alles wat

<sup>1)</sup> Fenet, II, blz. 51: *Regeeringsontwerp*, liv. 1, tit. 6, artt. 1, 2; I, blz. 487 vlg., 492, 494 495.

<sup>2)</sup> Paulus l. 7 *Dig. de bonis damn.* (48, 20).  
Fenet, I, blz. 8, 166, 167.

de verdeling der nalatenschappen betreft is politiek of civiel recht, zij het, dat de wetgever zonder bezwaar de beginselen der algemeene billijkheid naderen kan <sup>1)</sup>).

Een naderen tot de natuurlijke ideeën werd ook gezien in den, van het oude Frankrijk overgenomen regel, dat de eigendom van eene zaak door enkele overeenkomst verkregen werd.

Het Romeinsche recht had de levering (*traditio*), de toe-eigening en de natrekking — alle drie eigendomsverkrijgingen — tot het natuurrecht of *jus gentium* gerekend <sup>2)</sup>. Over de natrekking lieten de mannen der Revolutie zich uitdrukkelijk uit. Zij was natuurrechtelijk, immers dikwijls een geschenk van de natuur, gelijk de te velde staande oogst, onafgeplukte boomvruchten. Op één punt bestond echter, evenals bij het erfrecht, twijfel. Dat de aanwas van eilanden in niet bevaarbare en niet vlotbare rivieren krachtens natuurrechtelijke natrekking aan de oevereigenaren behoorde, daarover was men het eens. Maar hoe, wanneer het den aanwas van eilanden in bevaarbare en vlotbare rivieren betref? Overeenkomstig het vroegere recht rekende het Ontwerp van het jaar VIII dit punt tot het positieve recht en kende den aanwas aan de natie toe. De Rechtbank te Lyon bestreed deze opvatting en nam natuurrecht aan in den zin der Romeinen. De natuur toch vormde het eiland ten koste der aan de rivier grenzende oevereigenaren <sup>3)</sup>.

Wat betreft de materie der overeenkomsten, ze berusten volgens de makers van den Code op de rede, op beginselen van natuurrecht, ons overgeleverd uit de Oudheid en geboren tegelijk met het menschelijk geslacht. Ontdaan van scholastische subtiliteiten zijn zij de uitdrukking van de gevoelens, die God

---

1) *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* van 1791, art. 2, van 1793 art. 1, Duguit et Monnier, *Constitutions*, blz. 2, 66. — Fenet, I, blz. 517, 518.

2) §§ 11 vlg., 40 *Inst. de rer. div.* (II, 1). — Gajus l. 1. 3, 7 §§ 1, 5 *Dig. de acq. rer. dom.* (41, 1), e.a.

3) Fenet, I blz. 164, 165 vlg.; II, blz. 98, art. 8, blz. 105, artt. 19, 20; IV, blz. 98, 99, 369, ad art. 8.

zelf in het hart der menschen heeft neergelegd en die daarom onveranderlijk zijn <sup>1)</sup>).

Omtrent het stelsel van het Wetboek in het algemeen verklaart men bij de invoering:

In tegenstelling met vroegere rechtssystemen gelijk het Romeinsche, is in den Code bij tal van gewichtige onderwerpen de natuurlijke orde de algemeene regel behoudens enkele onontbeerlijke uitzonderingen. En zóó groot is de uitgestrektheid der landen, waar het Wetboek wordt ingevoerd, dat men het kan beschouwen als het gemeene recht van Europa, le droit commun de l'Europe. Deze eenheid van recht over een zóó groot gebied is een voorbehoedsmiddel tegen den oorlog en bevordert den vrede.

Aldus vleit zich Keizer Napoleon blijkens de woorden, die het lid der Regeeringscommissie Bigot Prémeneu in het Verteenwoordigend Lichaam uit zijnen naam sprak.

Napoleon gaf bij deze uiting omtrent een universeel natuurrecht, blijk van meer illusie dan toen hij vroeger, in 1797, „bavards” en „fous” noemde lieden, die, als een Anacharsis Cloutz, op de stichting van eene alomvattende Republiek aandrongen. „Zij moesten maar eens een winterveldtocht meemaken”, schreef hij toen <sup>2)</sup>).

Wil men den weerklank van de Fransche ideeën in Nederland hooren?

Bij de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek verklaart Kemper in overeenstemming met het Ontwerp van het jaar VIII: „Alle burgerlijke wetgeving bevat bepalingen van tweederlei aard. Zij behelst, voor een gedeelte, voorschriften, welke hunnen grond hebben in de eeuwige en onveranderlijke begin-

---

<sup>1)</sup> Fenet I, blz. 509, 517; I, *Précis historique*, blz. CXXV; Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, XII, blz. 311, 312.

<sup>2)</sup> Fenet I, *Précis historique*, blz. CXXV—CXXIX. — *Bibliotheca Visseriana*, IV, blz. 134, 135.

selen van regt en onregt, of in het algemeen en soortgelijk belang van alle maatschappijen zonder onderscheid; maar zij behelst ook voorschriften, welke den grond hunner doelmatigheid hebben in het bijzonder belang of den bijzonderen toestand van het volk, waarvoor de wetgeving geschikt is." Ten aanzien der eerste soort van bepalingen, laat zich de aanneming der wetgeving van een volk bij een ander volk zonder bezwaar denken. Gansch anders is het bij de tweede soort van bepalingen, zegt Kemper: „alleen de Procrustische razernij van een militair despotismus, kon er aan denken, om van de stranden der Noordzee tot aan de boorden van den Tiber, de offering te vorderen van alles wat grond had in plaatselijke zeden, toestanden en betrekkingen, voor den hersenschimmigen luister eener eenvormigheid van recht" <sup>1)</sup>).

Een duidelijk antwoord op Napoleon's beschouwingen blijktens de rede van Bigot Prémeneu!

Soms treedt bij de behandeling van onderwerpen van bijzonderen aard het natuurrecht naar voren.

Bij de materie der schenkingen verklaart het lid der Tweede Kamer Barthélemy, dat voor giften van hand tot hand van roerende lichamelijke voorwerpen of van schuldvorderingen aan toonder, geene notarieele akte noodig was, omdat deze soorten van schenkingen zijn beschouwd als behoorende tot het universeel recht, dat geen anderen vorm vereischt dan levering (tradition) <sup>2)</sup>.

Verschillende der reeds vermelde denkbeelden omtrent de uitlegging der wetten worden teruggevonden in het Ontwerp van het Burgerlijk Wetboek van het jaar 1820.

Vooreerst vindt men daarin de bevoegdheid des rechters om, als zulks de meening des wetgevers is, de woorden op gelijksoortige gevallen uit te breiden. Maar zijn de woorden zoo

---

<sup>1)</sup> J. C. Voorduyn, *Geschiedenis en beginselen der Ned. Wetboeken*, deel I, 1e stuk, blz. 185, 186.

<sup>2)</sup> Voorduyn, V, blz. 328.

duidelijk, dat de onderstelde meening zich op geenerlei wijze met die woorden kan laten overeenbrengen, dan mag niet van de letter worden afgeweken, ook niet op grond eener denkbeeldige billijkheid <sup>1)</sup>.

Bij twijfelachtigheid van bedoeling moet eerst de geheele analogie des rechts gevolgd worden. Geeft dit geen baat, dan moet die uitlegging aangenomen, welke het meest met de natuurlijke billijkheid strookt en de natuurlijke vrijheid der menschen het minst beperkt <sup>2)</sup>.

Bij bepalingen, die de natuurlijke vrijheid beperken of die met de algemeene analogie van het recht strijden, verdient de inkortende uitlegging de voorkeur, in alle tegenovergestelde gevallen daarentegen de uitbreidende <sup>3)</sup>.

Afzonderlijk van de uitlegging zijn geregeld de gevallen van het strijden en zwijgen der wetten.

Faalt bij strijd tusschen wetten de uitlegkunde en de voorkeur naar chronologie, dan moet de rechter de bepaling kiezen, welke het meest met de analogie des rechts overeenkomt, en eindelijk aan de zachtste bepaling de voorkeur geven <sup>4)</sup>.

Wat het zwijgen der wetten betreft: zijn het gebiedende en verbiedende wetten, die zwijgen, dan moet de wetgever verondersteld worden de natuurlijke vrijheid tot het doen en laten niet te hebben willen beperken.

Overigens geldt de regel: „Tusschen partijen, tegenovergestelde belangen hebbende, kan het burgerlijk regt nimmer gerekend worden te zwijgen”. Als de wet en de uitlegging ervan geene uitkomst geven, moet eerst de analogie van het wetboek aangewend worden. Helpt ook deze niet, dan beslist de rechter volgens de voorschriften der natuurlijke billijkheid <sup>5)</sup>.

Hierbij zij vermeld eene voorziening van het Wetboek Napo-

---

<sup>1)</sup> *Algemeene Inleiding*, vierde Titel, artt. 48 en 49.

<sup>2)</sup> *t.a.p.* artt. 58 en 59.

<sup>3)</sup> *t.a.p.* art. 64.

<sup>4)</sup> *t.a.p.*, Vijfde Titel, art. 67, 68.

<sup>5)</sup> *t.a.p.* artt. 69—73.



leon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland van 1809. Als de wet in eenig geval niets bepaalt en eene gezonde uitlegkunde niet baat, moet gevolgd worden hetgeen met de billijkheid en de analogie van het vastgesteld recht in gelijksoortige gevallen zal bevonden worden meest overeenkomstig te zijn <sup>1)</sup>).

Nog hield het Ontwerp 1820 de regels in:

„Gewoonte geeft geen regt, dan alleen wanneer de wet omtrent eenig onderwerp op gewoonte verwijst. . .” en „De wetten verliezen hare kracht alleen door uitdrukkelijke opheffing van dezelve door den wetgever, welke echter ook dan gerekend wordt aanwezig te zijn, wanneer eene latere bepaling met eene vroegere geheel en volstrekt onbestaanbaar is. Gewoonte, al ware dezelve ook door eene reeks van gewijsden ondersteund, maakt geene wet krachteloos” <sup>2)</sup>).

Opmerking verdient bij een en ander:

Vooreerst: het Ontwerp 1820 bezigt eenerzijds de analogie des rechts als middel van uitlegging der wet, anderzijds kent het eene analogie van het Wetboek, die buiten de wet en de uitlegging van deze valt. Het Wetboek Napoleon voor Holland kent alleen de laatste analogie.

Ten tweede: het Ontwerp 1820 volgt wat het natuurrecht betreft Domat, zelfs op punten, waarover het Ontwerp van het jaar VIII dit niet deed — bescherming der natuurlijke vrijheid, toepassing der zachtste bepaling —. De letterlijke uitlegging, die laatstgenoemd Ontwerp aanhing, werd ook in 1820 voorgestaan.

Ten derde: terwijl in het Ontwerp 1820, evenals in het Oostenrijksche Burgerlijk Wetboek van 1811 <sup>3)</sup>, bij het zwijgen der wet eerst de analogie en slechts subsidiair de natuurlijke billijkheid gevolgd moet worden, noemt het Wetboek Napoleon voor Holland bij leemten der wet billijkheid en analogie zonder meer.

<sup>1)</sup> Art. 5.

<sup>2)</sup> Eerste Titel, artt. 5, 36.

<sup>3)</sup> § 7.

Ten vierde: Gelijk bleek, strooken de voorzieningen omtrent de gewoonte niet met het inzicht der Franschen. Hier zijn te vergelijken:

de bepalingen van het Oostenrijksche Wetboek:

Gesetze behalten so lange ihre Kraft, bis sie von dem Gesetzgeber abgeändert oder ausdrücklich aufgehoben werden.

Auf Gewohnheiten kann nur in den Fällen, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen werden <sup>1)</sup>;

En de bepalingen van het Pruisische Wetboek:

Gesetze behalten so lange Ihre Kraft, bis sie von dem Gesetzgeber ausdrücklich wieder aufgehoben werden.

So wenig durch Gewohnheiten, Meinungen der Rechtslehrer, Erkenntnisse der Richter, . . . neue Gesetze eingeführt werden können; eben so wenig können schon vorhandne Gesetze auf dergleichen Art wieder aufgehoben werden <sup>2)</sup>.

Ten vijfde: terwijl het Ontwerp 1820 een zwijgen der burgerlijke wetten erkent, erkent het niet een zwijgen van het burgerlijk *recht*. Daarentegen denkt de tekst van eene bepaling van den Code Civil, in onze wetgeving overgenomen, zich eenen rechter, die weigert redht te spreken onder voorwendsel (*sous prétexte*) van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der *wet* <sup>3)</sup>. Deze tekst gaat uit van de volmaaktheid der wet. Vergelijking met de beginselen van het Ontwerp 1820, doet twee tegenovergestelde rechtsbeschouwingen zien, die, onverzoenlijk als zij zijn, elkander in het Codificatie-tijdperk hebben doorkruist. Beide zijn aanvaard en werken tot op heden door: de eerste, die de alomtegenwoordigheid des rechts erkent, werd in dit uur ontwikkeld; de laatste, die de wet als volkomen beschouwt, heeft eene eigen geschiedenis en gevolgen en vormt een leerstuk op zich zelf.

De bepalingen omtrent de uitlegging, het strijden, en de aan-

---

<sup>1)</sup> §§ 9 en 10.

<sup>2)</sup> Einleitung §§ 59, 60.

<sup>3)</sup> C.C. art. 4. — Wet Algem. Bep. art. 13.

vulling der wet, voorkomende in het Ontwerp 1820, zijn in onze wetgeving niet overgenomen, als zijnde te leerstellig — „de hersenschimmige afschrik van den dag”, merkte Kemper schamper op. Maar, voornamelijk en juist bij de beraadslaging over het artikel, welks tekst van de volmaaktheid der wet uitgaat en dat men aannam, werd van meer dan ééne zijde onder het oog gezien het geval, dat letter en geest der wet geene uitkomst geven. Dan wilde men recht zien gedaan overeenkomstig „de billijkheid en de analogie van het in soortgelijke gevallen vigeerend regt”, „naar de bloote billijkheid”, „naar het natuurlijk regt of de billijkheid”, „naar de natuurlijke inlichting van billijkheid en gezond verstand”. De natuur bleek sterker dan de leer.

Ik ben aan het einde gekomen van mijne rede. De eerste aanleiding er toe is geweest de indruk, die zich allengs bij mij gevestigd had, dat in de Romaansche landen het onderscheid tusschen de natuurlijke en de positieve rechtsregelen dieper in de geesten geworteld is en verder doorwerkt dan ten onzent het geval is. En misschien is het niet ten onpas dit onderwerp te behandelen in een tijdperk der geschiedenis, waarin er zoo velen zijn, die in groot verlangen de armen uitstrekken naar een recht, hooger dan dat, hetwelk in de arbitraire regelen der menschen is neergelegd.

