

RECHTSTHEORIE

RECHTSGESCHIEDENIS

AAK20168100

C.J.H. Jansen

Ter gelegenheid van de 100e verjaardag van *Noordwijkerhout / Guldemond* (HR 31 december 1915, *NJ* 1916, p. 407) verscheen op 17 december 2015 een prachtig boek, getiteld *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*. De redactie was in handen van drie medewerkers van de Radboud Universiteit (R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens en J.A.F. Peters), de president van de Hoge Raad (M.W.C. Feteris), een raadsheer uit de Hoge Raad (G. Sniijders) en een lid van het parket bij de Hoge Raad (L.A.D. Keus). Iedere student leert nog steeds de cruciale rechtsoverweging uit dit arrest. De Hoge Raad overwoog na een uitvoerige historische analyse van het toenmalige artikel 165 GrW (thans art. 112 GrW) en het vervallen artikel 2 Wet RO dat niet het publiek- of privaatrechtelijke karakter van het geschil, maar het te beschermen recht de uitsluitende bevoegdheid van de rechterlijke macht in een geschil tussen staat en burger bepaalt. De leer dat het recht waarin de aanlegger vraagt te worden beschermd, beslissend is voor de bevoegdheid van de burgerlijke rechter staat bekend als de *objectum litis*-leer. Het arrest is uitgegroeid tot een klassieker in het publiekrecht. Zoals Schlössels laat zien in zijn afsluitende bijdrage aan het boek, is er sprake van een mysterie rondom deze klassieker: het heeft lang geduurd voordat het arrest in de literatuur serieuze aandacht heeft gekregen. Zijn klassiekerstatus is zelfs van na de Tweede Wereldoorlog, anders dan bij bijvoorbeeld het arrest *Lindenbaum / Cohen* van 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161 dat tot beschouwingen in bijna elk juridisch tijdschrift uit zijn tijd heeft geleid. Wellicht is deze late erkenning van het arrest als klassieker te wijten aan het feit dat Hoge Raad niet zo definitief de *objectum litis*-leer in *Guldemond* heeft omarmd als de literatuur van tegenwoordig aanneemt. Dit komt bijvoorbeeld naar voren uit een noot van de Leidse hoogleraar E.M. Meijers (1880-1954) onder dit arrest in het *WPNR* (1916/2439, p. 464 e.v.).

Meijers kapittelde allereerst de toen en ook nu gangbare opvatting dat er slechts een keuze uit twee stelsels bestond: dat hetwelk het voorwerp van het geschil en dat hetwelk de aard van het recht, waarin het geschil wortelt, beslissend verklaart. 'Dikwijls', ik citeer nu letterlijk, 'spreekt men ook, alsof dit hetzelfde is, van de leer van het petitum tegenover die van het fundamentum petendi. Een zoodanige kenschetsing geeft nochtans een onzuiver beeld en werkt verwarrend.' (p. 468). Meijers komt op basis van de literatuur en de rechtspraak tot drie hoofdrichtingen. De laatste hoofdrichting kende weer twee opvattingen. Hoofdrichting 1 stelde centraal hetgeen partijen verdeeld hield: eiser moest 'een regt van eigendom, schuldvordering of burgerlijk regt' stellen en de gedaagde betwistte dat recht. Volgens Meijers was dit de opvatting van de raadsman van de eiser in cassatie in *Noordwijkerhout / Gulde-*

mond. De Hoge Raad heeft met zijn uitspraak in dit arrest de constante rechtspraak bevestigd dat hoofdrichting 1 niet de heersende is. Dan hoofdrichting 2. Zij richtte zich volgens Meijers op het door de eiser gevorderde, namelijk de bescherming in een burgerlijk recht. Hoofdrichting 3 ging uit van de grondslag van de vordering, het *fundamentum petendi*. De grondslag van de vordering kon op twee manieren worden bepaald: opvatting 1, door de aard van het recht (was dat privaat- of publiekrechtelijk?) of opvatting 2, door de handeling die de inbreuk opleverde (was deze handeling een administratieve daad of niet?). Welke hoofdrichting genoot nu de voorkeur van de Hoge Raad? Meijers hield van tellen. Hij was naast civilist een civiloog *avant la lettre*. Hij constateerde dat er 21 uitspraken waren geweest waarin het *fundamentum petendi* (beide opvattingen) beslissend was geweest. Hij onderscheidde 7 uitspraken die hij beschouwde 'als zich richtende naar het gevorderde'. Ten slotte was er ook nog een aantal uitspraken waarvan niet goed was na te gaan of 'meer op den grondslag van de vordering dan wel op het gevraagde' was gelet. Meijers deed in zijn annotatie geen uitspraak over welke hoofdrichting of opvatting de voorkeur van de Hoge Raad of zijn eigen voorkeur had. Het wordt uit zijn korte bespreking ook niet zonder meer duidelijk of hij *Noordwijkerhout / Guldemond* wel een klassieker (in potentie) vond. Ik heb de indruk van niet.

De vaak als zijn tegenvoeter opgevoerde Amsterdamse hoogleraar Paul Scholten (1875-1946) dacht daar vermoedelijk niet anders over. Hij heeft zich nooit rechtstreeks uitgelaten over het arrest *Noordwijkerhout / Guldemond*. Interessant is echter de trend in de rechtspraak van de Hoge Raad die hij in zijn *Algemeen deel* schetst. Hij verbindt deze trend met de persoon van de president van de Hoge Raad. Scholten wees erop dat de rechtspraak van de Hoge Raad onder Kist (1880-1897) er een was van onderwerping aan de wet, wetgetrouwheid en die onder Coninck Liefsting (1897-1908) – zijn opvolger – er een van historische verdieping. De rechtspraak werd bevredigender en beter met het aantreden van Witius Hendrik de Savornin Lohman (1864-1942) (*Algemeen deel*, 3e druk (1974), p. 191). Hij was de voorzitter van de zetel die *Guldemond* wees. Nu is kritiek mogelijk op deze schets. Scholten vergeet in zijn opsomming het presidentschap van Eijssell (1908-1912), de kampioen van het legisme. Tevens geldt Scholtens karakterisering van de rechtspraak onder Coninck Liefsting als historisch ook voor andere, latere perioden, zoals die onder De Savornin Lohman. Het arrest *Noordwijkerhout / Guldemond* was eveneens sterk historisch gemotiveerd. In de woorden van Scholten schuilt wat mij betreft wel een grote kern van waarheid met betrekking tot de persoon van De Savornin Lohman. Met hem begon een andere periode in de rechtspraak van de Hoge Raad en in deze nieuwe periode is *Noordwijkerhout / Guldemond* heel goed te plaatsen. De Savornin Lohman was reeds op 37-jarige leeftijd buiten de voordracht van de Hoge Raad om in 1901 benoemd tot

lid van de Hoge Raad. In 1912 werd hij vicepresident, in 1914 president. Hij zou dat tot 1931 blijven. Hij stond voor een andere verhouding tussen het recht en het maatschappelijke leven. Hij vond dat de burger niet in de kou moest blijven staan door een rigide wetsuitleg en sprak recht in de geest van de Utrechtse hoogleraar W.L.P.A. Molengraaff (1858-1931) en de Amsterdamse hoogleraar J.F. Houwing (1857-1921). *Noordwijkerhout / Guldemon*d was de eerste in een rij van arresten die onder zijn voorzitterschap werden gewezen, waarvan *Lindenbaum / Cohen* ongetwijfeld de bekendste uitspraak is geworden. De Savornin Lohman stond kortom voor een ruime competentie voor de rechterlijke macht om de burger bij een schending van zijn rechten te hulp te komen. Volgens Schlössels staat het *Guldemon*d-arrest te boek als ijkpunt van een nieuwe rechtsontwikkeling. En hij heeft gelijk.

Arresten als *Noordwijkerhout / Guldemon*d en *Lindenbaum / Cohen* kwamen in de geschiedenis van de Hoge Raad op een belangrijk moment. Het huis van de cassatierechtspraak was in de eerste decennia van de vorige eeuw nog allerm minst een rustig bezit. Over deze taak van de Hoge Raad bleef discussie, ook al beantwoordde de overgrote meerderheid van de juristen, aanwezig ter vergadering van de NJV in 1933, het vraagpunt of het middel van cassatie in zowel burgerlijke zaken als strafzaken behoorde te worden vervangen door beroep op een centraal hof zonder hoofdelijke stemming in grote meerderheid ontkenend (*HNJV* 1933-II, p. 232). De Haagse advocaat Visser van IJzendoorn zei in 1940 als voorzitter van de NJV dat de Hoge Raad zijn ‘negativisme’ had laten varen en dat het college in die tijd vrijwel steeds wanneer dat nodig bleek, het wetsartikel wist te vinden waarin de gewenste regel bleek te zijn neergelegd (*HNJV* 1940-II, p. 10-11). Dit geldt ook voor het arrest *Guldemon*d. De daarin verdedigde opvatting is bevredigend. Daarin schuilt een deel van de bekoring die van het arrest uitgaat (anders overigens A.Q.C. Tak in de bundel die de *fundamentum petendi*-leer omarmt).

*Guldemon*d/*Noordwijkerhout* staat aan de wieg van een groot aantal uitspraken van de burgerlijke rechter op het terrein van het publiekrecht (in het bijzonder het bestuursrecht) en was een belangrijke bouwsteen in de bescherming van de burger tegen de overheid. De feestbundel is daarom volkomen terecht. *De burgerlijke rechter in het publiekrecht* kent naast een aantal historische beschouwingen onder meer bijdragen over de onrechtmatige en rechtmatige overheidsdaad, de ontwikkeling van de administratieve rechtspraak en de aanvullende rechtsbescherming die de burgerlijke rechter bood op bestuursrechtelijk, belastingrechtelijk en strafrechtelijk terrein, de verhouding tussen privaatrechtelijke theorie en publiekrechtelijke dogmatiek, de rechtsvergelijking en de formele rechtskracht. Het boek is een indrukwekkende staalkaart van de rol van de burgerlijke rechter in de publiekrechtelijke rechtsvorming. Zie ook M.J.O. Copier en L.J.M. Timmermans, ‘De burgerlijke rechter in het publiekrecht. Verslag symposium en boekpresentatie van 17 december 2015’, *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2016, afl. 3.

Met plezier wijs ik op de verschijning van de tweede druk van het boek *Lijf ende Goed*t. De juridische bescherming van de menselijke persoon en diens vermogen. Een schets van de continentale rechtsgeschiedenis van Jan Hallebeek, hoogleraar Rechtsgeschiedenis aan de Vrije Universiteit (met medewerking van Harry Dondorp en Hylkje de Jong). In het voorwoord geeft Hallebeek het oogmerk waarmee hij het boek heeft geschreven, als volgt aan:

‘Het beoogt de student in vogelvlucht kennis te laten maken met de ontwikkelingen in de continentale rechtswetenschap en rechtspraktijk, van de Middeleeuwen tot heden. (...) Daarnaast wil dit boek dit besef tot leven brengen aan de hand van een fundamentele vraag uit het vermogensrecht, kernachtig samengevat met de woorden “Lijf ende Goedt”, namelijk die naar de aansprakelijkheid voor buitencontractueel toegebrachte schade.’

Overeenkomstig dit oogmerk kent het boek twee delen: een schets van de externe rechtsgeschiedenis (hoofdstukken I-VI, onder meer over het Corpus Iuris Civilis (in de Middeleeuwen), het Canoniek recht en het *ius proprium*, het natuurrecht, het humanisme en het codificatietijdperk) en een geschiedenis van het aansprakelijkheidsrecht, mede in historisch-vergelijkend perspectief (hoofdstukken VII-XII). Een interessant boek voor iedereen die in de historische ontwikkeling van het privaatrecht is geïnteresseerd.