

# Perikelen van een Historistische Rechtstheorie

## Een kritische beschouwing van de

### *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Recht*

door Prof. Mr L. J. VAN APELDOORN, tiende herziene druk 1951 en elfde herziene druk 1952 (N. V. Uitg.-Maatschappij W. E. J. Tjeenk Willink, Zwolle).

In een snel tempo volgen de herziene drukken van VAN APELDOORN's bekende *Inleiding* elkander op. De 10e en 11e zelfs binnen het jaar. In den loop van den tijd is het karakter van dit boek sterk gewijzigd.

Oorspronkelijk slechts geschreven voor studenten en met een bescheiden omvang en pretentie, is het geleidelijk uitgegroeid en heeft het ook een meer ambitieus karakter gekregen.

Reeds in het voorbericht voor den 9en druk werd het duidelijk, dat de schrijver zijn werk ging beschouwen als een „Inleiding tot de rechtswetenschap, die den samenhang tussen de verschillende onderdelen van recht en van rechtswetenschap blootlegt”, een karakterisering, die hij bij den eersten druk nog niet durfde te gebruiken en die ook in den ongewijzigd gebleven titel niet tot uitdrukking komt.

De wijzigingen, aanvullingen en verduidelijkingen in de beide laatste drukken aangebracht, hebben geen verdere principiële verandering in den opzet, de behandelingsmethode en opvattingen van den schrijver gebracht. De verwijzingen naar rechtspraak, wetgeving en literatuur zijn bijgewerkt, hetgeen de actuele waarde van deze *Inleiding* zeer ten goede komt.

De uitgebreide literatuuropgaven en de verwijzingen in de noten getuigen van een enorme belesenheid ook buiten het enger vakgebied van den schrijver. En op het eerste gezicht zou men zeggen, dat dit boek, ofschoon het in zijn latere omwerkingen niet meer uitsluitend voor aankomende juristen is geschreven, toch hun bevattingsvermogen niet te boven zal gaan. Want de schrijver heeft den vorm van een zgn. „*Inleiding*” gehandhaafd. Zijn stijl en zinsbouw zijn niet gecompliceerd en zelfs in de slotparagraaf over de rechtsphilosophie heeft hij alle technisch-wijsgerige termen vermeden.

En toch rijst bij mij ernstige twijfel of dit boek inderdaad geschikt is om voor aankomende juristen, die nog niet geleerd hebben kritisch te denken, als leidraad te dienen. Ik ontken niet dat het een schat van „wetenswaardigheden” bevat, maar het mist juist datgene, wat de aankomende studenten in de eerste plaats nodig hebben: nl. de tucht van methodisch denken en een helder inzicht in de fundamentele problemen, waarvoor de rechtswetenschap zich geplaatst ziet.

Hier komt nog iets bij. De schrijver heeft een zeer geprononceerd standpunt als uitgangspunt van deze *Inleiding* gekozen. Dat is zijn goed recht. Maar hij heeft zich niet kritisch rekenschap gegeven van den aard der vooroordelen, die in dit uitgangspunt besloten liggen en hanteert dit laatste als „criterium van wetenschappelijkheid”. Daardoor *poneert* hij doorlopend dogmatische stellingen (die niet kritisch verantwoord zijn) met een beroep

op „de werkelijkheid”, zonder dat hij zijn lezers duidelijk maakt, dat het theoretisch „werkelijkheidsbeeld”, waarop hij zich beroept, zelve bepaald is door de voor-oordelen, waarvan zij als „theoretische axiomas” uitgaat.

Ik acht dit wetenschappelijk ongeoorloofd en bepaald een paedagogisch gevaar voor aankomende studenten, die nog niet geleerd hebben door zulk een dogmatische denkwijze van den leermeester heen te zien.

Wetenschappelijke oordelen en boven-wetenschappelijke voor-oordelen behoren angstvallig te worden *onderscheiden* in 't belang van de wetenschap, al zal ik de eerste zijn, om te erkennen, dat de eerste zonder de laatste niet mogelijk zijn.

Maar ik wil de hier geformuleerde bezwaren niet opperen, zonder ze uitvoerig toe te lichten aan den inhoud van het boek. En ik hoop, dat de schrijver, voor wiens capaciteiten als rechtshistoricus ik de grootst mogelijke wetenschappelijke hoogachting en eerbied koester, mijn critiek zal willen aanvaarden in den geest, waarin zij door mij geschreven is, nl. als een eerlijk beroep op zijn critisch-wetenschappelijken zin.

VAN APELDOORN is en blijft *rechtshistoricus* van een grote en volkomen verdiende reputatie en ook in dit boek heeft hij nimmer zijn voorliefde voor deze zijde van de rechtsstudie verloochend.

De wijze, waarop hij telkens de rechtsvragen van het heden in het licht der historische ontwikkeling weet te plaatsen, hetgeen ongetwijfeld de sterkste zijde van zijn theoretische uiteenzettingen vormt, verraaft in alle opzichten den vakman, die een enorm materiaal beheerst, en uit eigen critische bronnenstudie kent. De „historische denkwijze”, die sinds het optreden der Historische School hoe langer hoe meer de dogmatisch-Romanistische en natuurrechtelijke methode in de behandeling van het Romeinse en oud-vaderlandse recht verdrong en die de beoefening der rechtsgeschiedenis eerst op wezenlijk wetenschappelijk peil heeft gebracht, zit VAN APELDOORN „in het bloed” en is het kernstuk van zijn gehele rechtsbeschouwing geworden.

Maar diezelfde historische denkwijze, die voor de historiewetenschap in al haar vertakkingen *conditio sine qua non* is, wordt tot een ernstig gevaar voor de wetenschap in het algemeen en voor de rechtswetenschap in het bijzonder, wanneer zij op oncritische wijze wordt *verabsoluteerd*, wanneer zij in *Historisme* vervalt. Het Historisme schept zich een theoretisch beeld van de empirische werkelijkheid, waarin de laatste met haar historisch aspect wordt *vereenzelvigd*.

Het is zich niet meer bewust van de *theoretische abstractie* die een wezenlijk *wetenschappelijke* historische denkwijze aan onze ervaringswerkelijkheid moet verrichten om haar explicite in haar historisch aspect te vatten.

Het vereenzelvigt dit aspect, dat slechts één van de vele *modi* of *wijzen* is, waaronder wij de tijdelijke werkelijkheid ervaren, met het concrete gebeuren, met de concrete geschiedenis in den zin van *wat werkelijk geschied is*. En het vergeet, dat datgene wat werkelijk geschiedt, ons slechts in den onverbrekkelijken samenhang van *alle* aspecten van den menselijken ervaringshorizon gegeven is, en dus nimmer in het historische kan *opgaan*. Daarbij wordt zowel de modale structuur (d. i. de structuur van de *wijze* van ervaring) van het historische als die van de overige aspecten geëlimineerd, omdat anders de historistische visie op de werkelijkheid uiteraard niet zou zijn door te voeren. De valstrik, die het historisme van meetaf aan de wetenschap spande, was de wijze, waarop het zich met de sociologische denkwijze verbond.

De sociologie als totaal-wetenschap van de menselijke samenleving heeft



inderdaad die samenleving niet naar één bijzonder aspect, maar in den samenhang van al haar aspecten te onderzoeken door een analyse van de typische totaal-structuren der sociale werkelijkheid en hun onderlinge ver-  
 vlechtingen. Deze samenhang is een inter-modale, d.w.z. hij betreft het ver-  
 band *tussen* de modale aspecten onzer ervaring, en kan dus zelve niet van  
 historisch karakter zijn. Het historisch aspect is in zijn eigen zin-karakter  
 door dezen intermodalen samenhang der aspecten bepaald en deze is in  
 principe voor iedere cultuur-historische fase der samenleving dezelfde. Het  
 Historisme zal nu dezen inter-modalen samenhang van de verschillende  
 aspecten der samenleving als een *historischen* interpreteren en daarmee is  
 dan de keten der oneritische verabsolutering van een vakwetenschappelijk  
 gezichtspunt tegelijk gesloten en gemaskeerd. Want door de verbinding van  
 het historisch gezichtspunt met de sociologische totaal-visie van de mense-  
 lijke samenleving wordt de argeloze lezer geredelijk in den waan gebracht,  
 dat het eerste zelve een *totaal-visie* van de *werkelijke* menselijke samenleving  
 kan geven.

Uit de onloochenbare waarheid, dat de samenleving een historische ont-  
 wikkeling *heeft*, wordt — in een typische kortsluiting van het critisch in-  
 zicht — geconcludeerd, dat zij slechts een historische ontwikkelingssamen-  
 hang *is*. Men merkt niet eens op, dat deze vereenzelviging een aperte con-  
 tradictie insluit. Want zal de samenleving een historische ontwikkeling kun-  
 nen *hebben*, dan kan zij niet zelve een historische ontwikkelingssamenhang  
*zijn*. Een historische ontwikkelingsgang kan niet zelve weer een historische  
 ontwikkeling *hebben*.

Dezelfde contradictie doet zich voor wanneer de onderscheiden niet-his-  
 torische *aspecten* der samenleving onder een historischen noemer worden ge-  
 bracht. Het Historisme spreekt van omgangsvormen, taal, economische be-  
 trekkingen, aesthetische vormen, recht, godsdienst, enz., als van „historische  
 verschijnselen”, die met elkander in *historischen samenhang* staan. Niemand  
 zal kunnen loochenen, dat omgang, taal, economische verhoudingen, een  
 historische ontwikkeling *hebben*. Maar als zij slechts „historische variabele  
 verschijnselen” *waren*, dan zou dit zeer zeker niet mogelijk zijn. Het omgangs-  
*aspect*, het taal*aspect*, het juridisch en het economisch *aspect* waarbinnen  
 omgangsvormen, taalvormen, rechts- en economische vormen zich respec-  
 tievelijk aan onze ervaring voordoen, zijn heel wat anders dan variabele  
 historische verschijnselen! Gelijk ook het historisch aspect zelve in zijn con-  
 stante modale structuur, uiteraard geen historisch verschijnsel kan zijn, daar  
 het veeleer het optreden van historische verschijnselen eerst mogelijk maakt.

De voortdurende verwarring van de modale aspecten der ervarings-werke-  
 lijkheid met concrete verschijnselen, die dan in hun volle werkelijkheid tot  
*historische verschijnselen* worden geproclameerd, is een noodzakelijk gevolg  
 van de verabsolutering van het historisch aspect. De eliminering van de  
 modale structuur van dit laatste, die het historisch gezichtspunt innerlijk  
 begrenst en waarin tegelijk de innerlijke samenhang met alle andere aspecten  
 onzer ervaring tot uitdrukking komt, impliceert noodzakelijk een eliminering  
 van de modale structuren der overige aspecten.

Daarmede gaat ook ieder criterium voor de principiële afgrenzing van de  
 vakwetenschappelijke onderzoekingsvelden verloren.

Het Historisme kan uiteraard de *rechtswetenschap* evenals de andere  
 sociale vakwetenschappen slechts als een tak van de historiewetenschap zien.  
 Als het consequent is moet het echter de wetenschap zelve uitsluitend als  
 een „historisch-sociaal verschijnsel” beschouwen en dus ook breken met

ieder constant criterium van wetenschappelijke waarheid. Tegenover de universele „historische bepaaldheid” van alle wetenschappelijke oordelen kan dan geen enkel criterium van „natuurlijke waarheid” zich als voor alle tijden geldend handhaven.

OSWALD SPENGLER heeft, gelijk bekend, deze nihilistische consequentie van het Historisme grif aanvaard en daarmee aan de eigenlijke historische wetenschap den doodsteek toegebracht.

Bij de meeste historici, die op positivistisch-historistisch standpunt staan, toont zich echter de „natuurlijke waarheid” sterker dan de „historistische leer”. Zij handhaven de „natuurlijke waarheid” voor de wetenschap en beperken zich er toe alleen t. a. v. de normatieve waarderingsoordelen iedere natuurlijke waarheid te loochenen. Dit impliceert dan voor hen, dat de wetenschap beperkt is tot de constatering en de „causale verklaring” van „ervaringsfeiten”, zonder het aanleggen van enige norm. Zij bemerken weer niet, dat zij zich daarbij zelf weerspreken, door de vaststelling van ervaringsfeiten aan de wetenschappelijke waarheidsnorm te onderwerpen. Of menen zij wellicht, dat deze norm *in haar wetenschappelijke vormgeving* aan de historische bepaaldheid zou zijn onttrokken? De historische ontwikkeling van het wetenschappelijk denken en de daarvoor aangelegde positieve waarheidscriteria leren toch wel het tegendeel, zelfs ten aanzien van de mathesis! Let men dus alleen op de historische bepaaldheid van de wetenschap, dan is het op historistisch standpunt niet te verdedigen, dat men voor de wetenschap een „natuurlijke waarheid” handhaaft, die zich als zodanig aan de historische relativiteit onttrekt, terwijl men overigens voor alle oordelen, die een „norm” aanleggen, de gelding van een natuurlijk waarheids-criterium loochent. Of is de eis, dat de rechtswetenschap zich van iedere „waardering” der feiten heeft te onthouden, iets anders dan een dogmatisch geponeerde „norm” van wetenschappelijke waarheid, gezien het onweersprekelijke feit, dat de sociale wetenschappen in haar *feitelijke* ontwikkeling, allerminst aan dezen eis voldoen? En is deze norm door hen, die haar als een „natuurlijke waarheid” poneren, wel ooit kritisch getoetst aan den innerlijken aard en de noodzakelijke voorwaarden van het wetenschappelijk denken?

Hoe wil men bv. als historicus de ontwikkeling van rechtsinstellingen onderzoeken zonder het aanleggen van normatieve criteria?

Is een feitelijke huwelijksverhouding wetenschappelijk vast te stellen zonder de hantering van normatieve begrippen?

Een huwelijk is toch iets anders dan een concubinaat? Maar als men alleen let op de objectief zinnelijk waarneembare zijde van de huwelijksverhouding, dan is er geen enkel verschil te ontdekken. Ongetwijfeld zijn de sociale *vormen*, waarin het huwelijk zich bij verschillende volkeren en in verschillende tijden voordoet, variabel en „historisch bepaald”. Maar het huwelijks-*instituut*, waaraan op verschillende wijze door den mens *vorm* wordt gegeven, vertoont blijkens de resultaten van de niet langer in het evolutionistisch voor-oordeel bevangene moderne kritische volkenkunde, een merkwaardige constantheid en het behoort naar christelijk inzicht tot de scheppingsordeningen. Deze waarheid weerspreekt ongetwijfeld het historistisch dogma, dat haar voor de wetenschap wil elimineren. Maar hoe nu als de „feiten” met dit dogma niet kloppen? Is dit misschien „zoveel te erger voor de feiten”?

Ik heb hier slechts enkele consequenties en inconsequenties van het Historisme blootgelegd, om zijn oncritisch karakter in het licht te stellen.

VAN APELDOORN, die in zijn wijsgerige visie op het recht en de rechtswetenschap HORA SICCAMO volgt, huldigt het Historisme in den hierboven gesignaleerden inconsequenten vorm, zoals hij dit in het geschrift *Natuurlijke waarheid en historische bepaaldheid* van zijn leermeester ontwikkeld vond.

Explicite heeft hij dit standpunt slechts uiteengezet in Hoofdstuk XV, getiteld „Rechtskunst, rechtswetenschap en rechtsphilosophie”. Maar het doet implicite zijn invloed in deze gehele *Inleiding* gelden, met name bij de incidentele behandeling van enige grondbegrippen van de rechtswetenschap waarin zich de innerlijke samenhang tussen het juridisch aspect en de andere aspecten onzer ervaring uitdrukt, in 't bijzonder in Hoofdstuk V, getiteld „Recht en Macht”.

De fundamentele verwarringen en onhelderheden, waarin dit standpunt het wetenschappelijk denken van den schrijver bevangen heeft, kan ik bij den aanvang van mijn critische analyse van zijn boek niet beter aantonen, dan door een uitvoerig citaat uit laatstgenoemd hoofdstuk, waarin hij zijn visie op de rechtsgeschiedenis uiteenzet, waarbij ik enkele cursiveringen aanbreng:

„Geschiedenis”, zo schrijft hij hier<sup>1</sup>, „is hetgeen geschiedt, dus geen stilstand, maar beweging, geen dood, maar leven. Al wat leeft is aan verandering onderhevig. Dus ook de *samenleving der mensen*, en ook die zijde van de *samenleving* welke wij recht noemen. Het recht, *van wetenschappelijk-standpunt beschouwd*, is m. a. w. een *historisch verschijnsel*, het heeft een *geschiedenis* (!)

„Het recht is een historisch verschijnsel, d. w. z. *het is onderworpen aan een voortdurende ontwikkeling*. Het begrip *ontwikkeling* sluit tweeërlei in: „het element van verandering en dat van stabiliteit. *Wat zich ontwikkelt*, blijft, al verandert het.

„Het recht ontwikkelt zich” betekent dus in de eerste plaats dat er tussen „het recht van thans en dat van voorheen een onverbrekelijk verband, een „ononderbroken continuïteit of samenhang bestaat. Het recht van nu en „voorheen vormt een eenheid.

„Hieruit volgt, dat alleen historisch onderzoek ons het recht van onzen „tijd kan doen begrijpen; dat een *wetenschappelijke* (curs. van den schr.) „beoefening van het recht noodzakelijk moet zijn een historische beoefening „ervan. Grondbeginsel van alle wetenschappelijk onderzoek is immers, dat „van een begrijpen der verschijnselen geen sprake kan zijn zonder kennis „van hun *samenhang, hun verband* . . .

„Het recht ontwikkelt zich” betekent in de tweede plaats, dat het verandert. Het recht als samenlevingsverschijnsel, voert niet een afgezonderd „bestaan: *in de samenleving en in haar geschiedenis staat niets op zichzelf*, „*maar hangt alles samen*. Ontstaan, verandering en tenietgaan van rechtsinstellingen worden bepaald door allerlei maatschappelijke factoren, economische, politieke, kerkelijke, godsdienstige, etische. *En het is de taak van „den rechtshistoricus den historischen samenhang tussen het recht en andere „maatschappelijke verschijnselen* zoveel mogelijk na te sporen en daaruit de „ontwikkeling van het recht te verklaren.”

Analyseren wij nu de hier geciteerde passage, dan constateren wij het volgende:

1°. in de tweede alinea wordt het *juridisch aspect* (de schrijver noemt het „zijde”) van de samenleving vereenzelvigd met een *historisch verschijnsel*, omdat het „recht” als „zijde der samenleving een geschiedenis heeft”.

<sup>1</sup> 11e dr. (1952) blz. 324.

De (door den schrijver niet getrokken) consequentie van deze lapidaire verwarring van *zijn* en *hebben* is de prijs-gave van ieder criterium, om het juridisch gezichtspunt, waaronder wij de concrete verschijnselen vatten van andersgeaarde modale aspecten te onderscheiden. Immers, wanneer het juridisch aspect onzer ervaring in zijn modale geaardheid zelve een historisch verschijnsel is, dan kan het ook geen constante structuur hebben en kan de rechtshistoricus ook geen rechtsbegrip hanteren, dat zowel op het klassiek Romeinse als op het middeleeuws-Germaanse en het huidige Nederlandse recht van toepassing is. Ja, men kan dan ook niet meer spreken van de historische ontwikkeling van het Romeinse of het Germaanse recht. Immers de rechtelijke geaardheid van het positieve recht is dan zelve aan historische verandering onderworpen.

Deze consequentie tracht de schrijver nu te ontgaan in de derde en vierde alinea van de geciteerde passage.

Hier geeft hij een soort definitie van wat hij onder „historisch” verstaat, nl. het onderworpen zijn aan een voortdurende ontwikkeling. Dat het ontwikkelingsbegrip als een zgn. analogisch (meerzinnig) begrip onmogelijk den aard van het historische kan bepalen, maar dat het in zijn *historisch* gebruik, veeleer omgekeerd door den aard van het historische aspect moet zijn bepaald, is hem blijkbaar ontgaan. Het is immers van *biologischen* oorsprong en kan dus in de historiewetenschap geen dienst doen tenzij men het qualificeert door het onherleidbaar kern-moment van het historisch aspect, dat zijn modalen *zin* bepaalt. Reeds HUIZINGA wees in zijn *De Wetenschap der geschiedenis* op de gevaren van een oncritische overneming van het biologisch ontwikkelingsbegrip in de historiewetenschap.

VAN APeldoorn ziet echter de hier verscholen valstrik niet<sup>1</sup>. Hij spreekt rustig over *het* begrip van ontwikkeling, dat volgens hem zowel het element van verandering als dat van stabiliteit bevat: „*Wat* zich ontwikkelt, *blijft*, al verandert het.” Wij zouden in alle bescheidenheid den schrijver willen vragen, waarop het substantief „*wat*” hier slaat. Het historisch ontwikkelingsbegrip doelt als zodanig niet op een concreet *wat*, maar op een *wijze van*, op een *hoe*, op een *modus* of *modaliteit* van gebeuren. Het historische zelf is slechts een *modus* van de concrete werkelijkheid, welke laatste in *alle* aspecten onzer ervaring fungeert. Datgene, *wat* in het historisch aspect fungeert, de concrete geschiedenis, kan nimmer in dit aspect opgaan, kan nimmer een bloot historisch verschijnsel, d. i. een theoretische abstractie der historiewetenschap zijn!

Naar welk aspect der ervaring selecteert de historicus verschijnselen, die hij onder „de slag bij Waterloo” samenvat? Tot datgene wat hier *werkelijk geschied* is, behoren toch zeker ook de fysisch-chemische lichaams-processen, de adembalingsverrichtingen enz. der strijdende mannen?

Maar geen historicus zal de slag bij Waterloo explicite naar de natuurkundige en biologische aspecten beschrijven. Niet op het *wat* der geschiedenis, maar op het *hoe* van haar *historisch aspect* komt het dus aan, wanneer het gaat om de afgrenzing van het historisch onderzoekingsveld.

VAN APeldoorn concludeert echter uit zijn definitie van het „historische” als datgene, *wat* aan voortdurende ontwikkeling onderworpen is, dat ook in

<sup>1</sup> Dat blijkt reeds uit zijn stelling: „Al wat *leeft* is aan ontwikkeling onderworpen, dus ook de *menselijke samenleving*, dus ook het *recht*”. Het uitgangspunt is hier het leven in *biologischen zin*. Dan wordt de menselijke samenleving daaronder gevat en vervolgens ook het *rechtsleven*. Maar vergeten wordt, dat hier het begrip „leven” een niet-biologischen, *juridischen zin* heeft.

het recht als „historisch verschijnsel” zowel een element van stabiliteit als van verandering schuilt. Het eerste zoekt hij dan hierin, dat er tussen het recht van thans en dat van voorheen een ononderbroken continuïteit of samenhang bestaat. Thans wordt dus „het recht” gezien als een concreet *wat*, dat zich „historisch” ontwikkelt. Maar als het recht zelf voor de wetenschap slechts een „historisch verschijnsel” is, hoe kan men dan wetenschappelijk spreken van „het recht” als een „eenheid van nu en voorheen”?

Het stabiele element van „het recht” kan toch onmogelijk schuilen in de continuïteit van zijn historische ontwikkeling. Want die continue ontwikkeling is juist de continue *verandering*, die inderdaad niet kan worden geconstateerd zonder dat wij haar betrekken op iets *blijvends*, dat de verandering eerst *mogelijk* maakt, maar dat dan ook iets principieel *anders* moet zijn dan een verschijnsel *binnen* den historischen ontwikkelingsamenhang.

In de laatste alinea van het citaat wordt juist het *veranderlijke* van het recht gezocht in den historischen ontwikkelingsamenhang, maar ditmaal niet in dien van „het recht” zelve, maar in dien *tussen* „het recht en andere maatschappelijke verschijnselen”! Is dan de samenhang tussen de verschillende „aspecten” der samenleving slechts een *historische*, dat wil dus naar de door den schrijver gegeven definitie zeggen, slechts een van *voortdurende ontwikkeling*?

Of zou het niet veeleer zo zijn, dat de samenhang tussen de aspecten zelve *constant* moet zijn, evenals de structuur der aspecten zelve, waarin zich deze samenhang uitdrukt, zal een *historische* samenhang tussen de concrete maatschappelijke verschijnselen mogelijk zijn? En dat de laatste in hun (alle aspecten onzer ervaring omvattende) *totaliteits*-structuur door verschillende aspecten typisch *gequalificeerd* zijn, ofschoon zij alle ook in het *historisch* aspect fungeren, d. w. z. ofschoon zij ook een historische ontwikkeling hebben?

Wanneer VAN APELDOORN spreekt van „het recht”, dat zich ontwikkelt en in die (historische) ontwikkeling iets „blijvends” openbaart, dan is het niet moeilijk vast te stellen, welk beeld hem voor ogen heeft gestaan. Het is dat van het levend organisme, dat zich uit een kiem ontwikkelt, waarin in nuce reeds het gehele ontwikkelingsplan besloten is. Het was de Historische School die dit beeld introduceerde, toen zij poneerde, dat de gehele cultuur van een volk zich uit een individuen „volksgeest” ontwikkelt. Dat dit feitelijk mythologie was, is nog eens door HUIZINGA in herinnering gebracht.

Maar die mythologie wordt zelfs onverstaanbaar, wanneer zij door VAN APELDOORN wordt overgedragen op „het recht”<sup>1</sup>. Want de „volksgemeenschap” is althans nog een sociale *realiteit*, die zich in overdrachtelijken zin

<sup>1</sup> Om misverstand af te snijden, stel ik aanstonds op den voorgrond, dat ik wel degelijk vasthoud aan een *historische* ontwikkeling, van de rechtsvorming. Ik oefen hier slechts kritiek op het overbrengen van een crypto-biologisch ontwikkelingsbegrip in de historiewetenschap en de rechtswetenschap.

*Historische* ontwikkeling valt alleen te ervaren binnen het *historisch* aspect der samenleving, niet binnen het eigenlijk *juridische*. De historische ontwikkeling van het recht speelt zich niet *binnen* het juridisch ervaringsaspect af, maar in den *intermodalen samenhang* van het juridische en het historische, die nóch van historischen, nóch van juridischen aard is, maar in de *tijdelijke werkelijkheidsorde* is gegrond. In de wetenschappelijke beoefening der rechtshistorie moeten wij steeds de rechtsinstellingen van een bepaalden tijd zien tegen den *achtergrond* van de gehele historische ontwikkeling. Zij mogen daarbij niet zelve als *historische verschijnselen* worden beschouwd, want dan verliezen wij hun *rechts* karakter uit het oog. Onder het puur *historisch* gezichtspunt ontwaren wij geen *recht*, maar slechts culturele machtsontwikkeling in den historischen cultuur-samenhang.



met een levend organisme als een in verschillende aspecten fungerende totaliteits-structuur laat vergelijken.

Maar „het recht” als „zijde der samenleving” is geen sociale realiteit, maar slechts een geabstraheerd *aspect* van de samenleving, evenzeer als het historisch aspect zelve geen sociale realiteit is, maar slechts een *modus* daarvan, welken die realiteit *heeft*, welke aan haar *inhaerent* is.

Hoe moeten wij ons zulk een aspect der samenleving voorstellen als een levend organisme dat zijn gehele ontwikkelingsplan reeds in zijn kiem bevat?

Het wordt nog moeilijker zich een beeld te vormen van wat de schrijver eigenlijk precies bedoelt, wanneer men bedenkt, dat hij principieel van de grondleggers der Historische School afwijkt, doordat hij „het recht” als *voorwerp van wetenschappelijk onderzoek* niet ziet als een bijzonder normatief aspect van de samenleving, maar als een complex van zinnelijk waarneembare menselijke gedragingen, van feitelijke gebruiken, die los van enige rechtsnorm door de wetenschap moeten worden beschreven en oorzakelijk verklaard.

Rechtsnormen kunnen volgens hem nooit binnen het onderzoekingsveld der wetenschap vallen, omdat zij slechts menselijke voorstellingen zijn omtrent hetgeen behoort en niet behoort en alleen in het menselijk bewustzijn leven, maar niet vatbaar zijn voor objectief zinnelijke waarneming<sup>1</sup> (11<sup>e</sup> druk, blz. 292/3).

Hieruit volgt dan vanzelf dat de zgn. dogmatische rechtswetenschap, die de schrijver „rechtsleer” noemt, door hem in 't geheel niet als wetenschap erkend wordt. Ze zou veeleer een „kunst” zijn. Dit was zeker niet de opvatting van VON SAVIGNY, PUCHTA of van BESELER en GIERKE. Het is slechts te verklaren uit de doorwerking van het naturalistisch positivisme, dat zich via de 19<sup>e</sup> eeuwse sociologie in het historisch en rechtswetenschappelijk denken van VAN APELDOORN heeft ingedrongen.

Daarbij is het niet de moderne critische cultuurwetenschappelijke sociologische methode, maar de dogmatische pseudo-natuurwetenschappelijke, die voor hem „der Weisheit letzter Schluss” is. Slechts zinnelijk waarneembare verschijnselen zijn voor hem positieve feiten, die voor wetenschappelijke constatering en verklaring vatbaar zijn. Dat juist het pseudo-natuurwetenschappelijk positivisme in de sociologie slechts een masker was voor de hantering van politieke waarderingsoordelen is tegenwoordig vrijwel gemeengoed geworden in de critiek op het 19<sup>e</sup> eeuwse positivisme.

Wat er van de historiewetenschap zou overblijven, als men werkelijk ernst maakte met VAN APELDOORN's opvatting van de wetenschap, is gemakkelijk te raden: niets, maar dan ook niets! Met name zijn aan de Historische School ontleend ontwikkelingsbegrip zou hij moeten afdanken en daarmee de gehele door hem voorgedragen historische denkwijze, die allerminst in objectief

<sup>1</sup> De door den schrijver gegeven argumentatie geeft blijk van verwarring tussen het wetenschappelijk oordeel en zijn „Gegenstand”. „De wetenschap”, zo schrijft hij (blz. 292), „*waardeert* dus niet, zij *constateert* alleen, zij spreekt nooit in den imperatief, doch altijd in den indicatief. Hieruit volgt, dat rechtsnormen geen object „kunnen zijn van de wetenschap.” Volgt dit inderdaad uit 's schrijvers premisse?

Wanneer de rechtswetenschap theoretisch vaststelt, dat volgens het Nederlands recht polygamie verboden is, spreekt zij dan in den imperatief en ligt in deze wetenschappelijke vaststelling van een geldende norm dan een waarderingsoordeel in den door den schrijver bedoelden zin?

Dat is immers niet vol te houden en daarmee valt reeds het gehele verdere betoeg over den aard der rechtswetenschap!

Zulke denkfouten moeten wel grote verwarring kweken bij de aankomende juristen, die op deze wijze worden „ingeleid” in de rechtswetenschap.

zinnelijke verschijnselen gegrond is. De moderne zgn. „realistische” richting in de rechtswetenschap, zoals die in de Scandinavische landen en Amerika wordt verdedigd, zou men misschien als een min of meer zuivere toepassing van VAN APELDOORN's hier voorgedragen opvatting van de rechtswetenschap kunnen aanvoeren. Maar deze richting staat diametraal tegenover 's schrijvers „historische denkwijze” met haar uitgesproken conservatieve tendenzen. Ze is van een anti-traditionele, ultra-revolutionaire strekking.

Wat ons echter in dit verband het meest interesseert, is de vraag, hoe VAN APELDOORN bij zijn „wetenschappelijke” opvatting van „het recht” als een complex van zinnelijk waarneembare menselijke gedragingen, los beschouwd van ieder normatief gezichtspunt, nog kan spreken van een „rechtelijke zijde” der samenleving. Ik zou menen, dat concrete feitelijke menselijke gedragingen in 't geheel geen „zijde” vormen van de samenleving, maar zelve een grote *veelzijdigheid* vertonen. Laat men ze met VAN APELDOORN voor de wetenschap alleen in hun zinnelijk waarnemingsaspect gelden, dan zou men kunnen zeggen, dat volgens zijn opvatting de wetenschap alleen deze objectief zinnelijke *zijde* der samenleving tot veld van onderzoek heeft. Maar men kan toch moeilijk zeggen, dat deze „zijde”, identiek is met „het recht” in wetenschappelijken zin!

De schrijver heeft blijkbaar een bijzondere kijk op zinnelijke waarneembaarheid.

„Zijn dus rechtsnormen, als bewustzijnsinhoud, niet vatbaar voor waarneming, de menselijke gedragingen, *waarin zij zich naar buiten openbaren*, „(ik curs.) m. a. w. de gebruiken of gewoonten, zijn dat wel. Deze kunnen als „rechtsverschijnselen” object zijn van wetenschap evenals andere maatschappelijke verschijnselen”, zo schrijft VAN APELDOORN (blz. 293), blijkbaar onder invloed van DURKHEIM. Maar is de *openbaring* van de rechtsnormen in de feitelijke menselijke gedragingen dan zinnelijk waarneembaar? Kan ik m.a.w. zonder de feitelijke gedragingen aan een rechtsnorm te toetsen, uit haar zinnelijk waarneembare *zijde* constateren, dat zij openbaring van rechtsnormen zijn?

Ik moet eerlijk bekennen, dat ik volstrekt niet begrijp, wat de schrijver hier eigenlijk bedoeld kan hebben.

Als de wetenschap, gelijk hij stelt, in 't geheel geen rechtsnormen mag aanleggen bij de vaststelling van de positieve feiten, dan mag ze ook niet spreken van feitelijke gewoonten als „openbaringen van rechtsnormen”. Zo werd het dan ook gesteld door de „realistische rechtsbeschouwing”, die de rechtsregels consequent vatte als waarschijnlijkheidsoordelen over de toekomstige gedragingen van mensen (i. h. b. van de rechters), los van iedere „openbaring van normen.”

Het blijft op 's schrijvers standpunt een onoplosbare vraag, wat de wetenschap het recht geeft van *rechtsgebruiken*, in onderscheiding van *omgangsgebruiken*, *geloofsgebruiken*, *morele gewoonten* enz. te spreken.

Want er bestaan geen gebruikelijke menselijke gedragingen, die *slechts* een rechtelijk karakter zouden dragen. Het „rechtelijke” is geen sociale werkelijkheid, maar slechts een *modaal aspect* daarvan, en een modaal aspect is nu eenmaal geen zinnelijk waarneembaar verschijnsel!

Zodra een rechtsnorm wordt verwerkelijkt in menselijke gedragingen, is die werkelijkheid altijd *meer* dan rechtelijk, vertoont zij evenveel modale aspecten als onze ervaringshorizon.

Het is de wetenschappelijke denkhouding, die deze aspecten theoretisch uiteen-stelt en zich een bepaald aspect tot onderzoekingsveld kiest. Voor de

rechtswetenschap is het *condictio sine qua non*, dat zij zich rekenschap geeft van den aard van het juridisch aspect, waarnaar zij de verschijnselen schift en onderzoekt, en daar dit zonder critisch wijsgerig onderzoek niet mogelijk is, is het voorbarig en oncritisch zonder zulk een onderzoek eenvoudig te *poneren*, dat de rechtswetenschap slechts *feiten* zou hebben te constateren en „oorzakelijk verklaren”, met uitschakeling van ieder normatief gezichtspunt. Wanneer de rechtswetenschap feiten constateert, dan kunnen dit voor haar slechts *rechtsfeiten* zijn, d. w. z. feiten, gezien in hun *juridisch* aspect, evenals voor de economie de feiten slechts naar hun *economisch* en voor de historiewetenschap slechts naar hun *historisch* aspect in aanmerking komen. En aangezien de verschillende modale aspecten onzer ervaringswerkelijkheid in een onverbrekelijken *zin-samenhang* staan en zij buiten dezen samenhang hun onherleidbare eigen-geaardheid niet kunnen openbaren, kan de rechtswetenschap het niet stellen zonder een theoretische (zgn. transcendentale) *idee* van dezen samenhang.

Ook de schrijver heeft zulk een *idee* aan zijn kijk op de rechtswetenschap ten grondslag gelegd, en wel een *historistische*. Maar hij doet zulks op oncritische wijze, dwz. zonder zijn lezers te waarschuwen, dat het hier om een wijsgerig apriorisme gaat, dat zich zal hebben te rechtvaardigen tegenover onweersprekelijke standen van zaken. En één van deze onweersprekelijke standen van zaken is deze, dat het eigenlijk juridisch aspect der samenleving uit onzen gezichtskring verdwijnt, wanneer men wetenschappelijk het recht slechts als een *historisch* verschijnsel laat gelden, dat dan, in een nieuwe kortsluiting van het critisch inzicht, op zijn beurt wordt vereenzelvigd met een complex gebruikelijke menselijke gedragingen naar hun zinnelijk waarneembaar aspect! Want een historische ontwikkeling is evenmin zinnelijk waarneembaar als het juridisch aspect der feiten, dit wil dus zeggen, dat *historische* verschijnselen *als zodanig* niet zinnelijk waarneembaar zijn.

De schrijver heeft zich zo weinig critisch rekenschap gegeven van zijn positivistisch wetenschapsbegrip, dat hij na de ponering ervan, het weer prijsgeeft zonder dat hij zich daarvan blijkbaar bewust is.

Bij de nadere uiteenzetting van zijn opvatting van de rechtswetenschap (blz. 320 vlg.) schrijft hij, dat ze zich in drie, onderling samenhangende takken van wetenschappelijk onderzoek differentieert, nl. de rechtssociologie, de rechtsgeschiedenis en de rechtsvergelijking. Daarbij krijgt hij aanstonds te worstelen met de *idee van den samenhang* tussen het juridisch aspect en de overige aspecten der samenleving, waarover ik hier boven sprak. Het historicisme kan dezen samenhang slechts als een „historischen” zien.

Maar hoe kan dan de sociologische en de rechtsvergelijkende methode een andere zijn dan de historische?

Zonder zich over deze toch noodzakelijk zich opdringende critische vraag het hoofd te breken, schrijft hij, dat de *sociologische* methode *den samenhang* (welke?) van het recht met andere maatschappelijke verschijnselen onderzoekt, en de *historische* den *historischen samenhang* of m. a. w. de historische ontwikkeling van het recht navorst, terwijl de *rechtsvergelijkende* de rechtsordeningen van verschillende rechtsgemeenschappen met elkaar vergelijkt.

Hoe nu? zo vragen wij. Kan de sociologische samenhang dan op 's schrijvers standpunt een andere zijn dan de historische?

De schrijver glipt over deze vraag haastig heen, met de opmerking, dat de sociologische methode het zonder de hulp van de historische niet kan stellen. Maar over den *aard* van den eigenlijken sociologischen samenhang in onderscheiding van den historischen, horen we niets. De pseudo-natuur-

wetenschappelijke sociologie onderscheidde een statische en een dynamische beschouwing van de maatschappelijke verschijnselen en poneerde, dat de eerste van de historische ontwikkeling abstraheert. Heeft dit misschien den schrijver bij zijn onderscheiding voor ogen gestaan? Dan moet worden opgemerkt, dat dit slechts een onderscheiding zou kunnen zijn *binnen* de sociologische methode, maar niet een *tussen* een sociologische en een historische.

Ook de rechtsvergelijkende methode blijkt ten slotte voor hem slechts een specimen van de historische. De rechtsvergelijking zal volgens hem moeten worden tot „vergelijkende rechtsgeschiedenis”.

Afgezien van deze onhelderheid, voert de schrijver bij zijn eigen afgrenzing van het onderzoekingsveld der rechtssociologie onvoorziens weer *rechtsnormen* binnen den wetenschappelijken gezichtseinder, die hij daar eerst verboden had verklaard! Na te hebben vastgesteld, dat het nog altijd hapert aan een juiste afbakening van het gebied dezer wetenschap, merkt hij op, dat de rechtssociologie in onderscheiding van de algemene sociologie „het recht tot het middelpunt van haar onderzoek maakt”.

„Als uitgangspunt nemend de in wetten, besluiten, reglementen contracten, vonnissen, juridische geschriften en andere bronnen beschreven *normen*, (ik curs.) onderzoek zij, of en in hoeverre die *normen* (ik curs.) in het maatschappelijk verkeer worden verwerkelijkt, m. a. w. in hoeverre het leven zich inderdaad daarnaar richt of ervan afwijkt, om aldus te komen tot een beschrijving van de rechtsregels, die in het maatschappelijk verkeer feitelijk worden gevolgd. Zij tracht voorts uit den sociologischen samenhang (?) van recht en andere verschijnselen te verklaren, enerzijds, waarom een concrete rechtsregeling bestaat zó als ze bestaat, anderzijds welken invloed die rechtsregeling op haar beurt uitoefent op andere maatschappelijke verschijnselen” (blz. 322).

Ik teken bij dit citaat het volgende aan. Om de rechtsverschijnselen te kunnen onderscheiden van andere maatschappelijke verschijnselen moet dus de rechtssociologie volgens den schrijver van *rechtsnormen* uitgaan, zoals die in verschillende bronnen beschreven zijn. Van hieruit tracht zij dan de rechtsregels op te sporen, waarnaar de mensen zich feitelijk gedragen. De eerste constatering van de rechtssociologie is dus, dat er *rechtsnormen* gelden van bepaalden inhoud en dit kan de wetenschap toch blijkbaar weer wel, zonder dat haar oordelen het indicatief karakter verliezen! De tweede constatering is dat er rechtsregels gelden, die feitelijk door de mensen worden gevolgd. Het zij zo, maar hoe maakt de schrijver dan uit, dat dit ook *rechtsregels* zijn? Want *regels* voor het menselijk gedrag kunnen toch niet hetzelfde zijn als de feitelijke gedragingen zelve, die er door beheerst worden? Gezien het feit, dat de schrijver ze elders „rechtsgebruiken” noemt, heeft hij blijkbaar aan zgn. „gewoonterecht” gedacht, waarmee een individuele menselijke gedraging onder het juridisch gezichtspunt evengoed in juridische tegenpraak kan zijn als met een wettelijken regel.

Maar nu ontstaat, bij aanlegging van 's schrijvers criterium van wetenschap, noodzakelijk de vraag, waar dan het verschil ligt tussen gewoonterecht in rechtssociologischen zin en dat in den zin der zgn. dogmatische rechtswetenschap.

VAN APeldoorn zou nu, als hij consequent was, moeten antwoorden: hierin, dat de dogmatische rechtsleer de gewoonterechtelijke regels als *normen* aanvaardt en de rechtssociologie niet. Maar dit antwoord zou op tweeërlei punt vastlopen. Want ten eerste zit de Nederlandse rechtsdogmatiek nog altijd met art. 3 van de wet A. B. Volgens den schrijver bevat dit artikel geen posi-

tieven rechtsregel, maar slechts een wetgeverstheorie en ik ben dit volkomen met hem eens. Maar er zijn nog steeds beoefenaars van de rechtsdogmatiek, die dit ontkennen en geen gewoonterecht extra en contra legem aanvaarden. Men kan dus niet zeggen, dat *de* dogmatische rechtswetenschap het gewoonterecht zonder meer als norm aanvaardt. In de tweede plaats dringt zich de vraag op, hoe de rechtssociologie van gewoonterechtelijke regels zou kunnen spreken anders dan in den zin van feitelijk geldende *normen* voor het menselijk rechtsleven.

In het zesde hoofdstuk, waar hij handelt over de bronnen van het positieve recht, lezen wij (blz. 60), dat het recht, wat zijn inhoud betreft, ontstaat uit het rechtsbewustzijn van het volk, maar dat de daarin levende rechtsvoorstellingen nog te vaag zijn om tot voor de samenleving bruikbare rechtsregels te worden en dat eerst wet, gewoonte en tractaat als „formeele rechtsbronnen” ze daartoe kunnen *maken*. Dat is cum grano salis de leer der Historische School<sup>1</sup>, die echter allerminst valt te harmoniëren met 's schrijvers naturalistisch en positivistisch wetenschapsbegrip.

Het blijkt niet of de schrijver deze theorie over de rechtsbronnen tot de (dogmatische) rechtsleer dan wel tot de rechtswetenschap rekent. Want die onderscheiding komt eerst in het slothoofdstuk aan de orde en in den gehelen vroegeren inhoud van zijn *Inleiding* hanteert hij lustig de normatieve begrippen van wat hij de „dogmatische rechtsleer” noemt.

Maar wanneer wij even verder lezen in de *Inleiding* van het zesde hoofdstuk, dan zouden wij geneigd zijn te onderstellen, dat VAN APELDOORN werkelijk van mening is, dat hij hier een *rechtswetenschappelijke* theorie voordraagt in den in het slothoofdstuk bedoelden zin.

Immers, handelend over de door hem genoemde formele rechtsbronnen, (blz. 60) schrijft hij: „Ter onderscheiding van rechtsbronnen in anderen zin „kunnen wij ze ook noemen: *geldingsbronnen* van het recht; want zij zijn de „oorzaak (*causa efficiens*) van de gelding der rechtsregels. Met dit laatste „constateren wij eenvoudig een feit: het feit, dat de in wet of gewoonte „belichaamde regels gelden, d. w. z. door de mensen plegen te worden nageleefd en anders door den rechter worden doorgezet. Nu kunnen wij natuurlijk een stap verder gaan en vragen: hoe is dit feit te verklaren? Hoe „komt het, dat regels, die in wet of gewoonte belichaamd zijn, worden nageleefd of toegepast als bindende normen? En dan luidt het antwoord: dat „komt, doordat de heersende rechtsovertuiging aan wet en gewoonte bindend gezag toekent”.

Nu moet in de eerste plaats worden opgemerkt, dat bij het hier gehanteerde zogenaamd „sociologisch” geldingsbegrip, de wet onmogelijk als zelfstandige „rechtsbron” naast de gewoonte kan fungeren. Ieder weet toch, dat b.v. een groot deel van de bepalingen van het B. W. niet *plegen* te worden nageleefd door de rechtsgenoten, maar feitelijk een dode letter zijn, omdat zij geregeld door standaardcontracten, gebruikelijke bedingen enz. worden terzij gesteld en ook door den rechter niet worden „doorgezet”. En dat geldt maar niet alleen voor zgn. dispositieve, maar wel degelijk ook voor zgn.

<sup>1</sup> De schrijver vergist zich, wanneer hij (blz. 103) aan VON SAVIGNY de mening toedicht, dat de wet slechts een *kenbron* zou zijn van het in de volksovertuiging levende recht. Dat leert VON SAVIGNY wel t. a. v. de gewoonte, maar niet t. a. v. de wet en het praktische juristenrecht, dat hij „formelle Entstehungsgründe” noemt. Overigens heeft VAN APELDOORN blijkbaar ook de principiële verschilpunten tussen VON SAVIGNY en PUCHTA, die ik in mijn verhandeling *De Bronnen van het stellig Recht* (A. R. Staatk. 1930 p. 1—67; 224—263; 325—362) heb onderzocht, niet gezien.



dwingende wetsregels (denk bv. aan de zgn. brouwerij-inventariscontracten, die een bezitsloos zekerheidsrecht op roerend goed introduceerden, materieel in strijd met de wettelijke bepalingen over het pandrecht). De schrijver zelf heeft hier op gewezen. En waarom hij tractaten wél, overeenkomsten daarentegen niet onder de formele rechtsbronnen rekent, blijft werkelijk een raadsel<sup>1</sup>.

De werkelijke stand van zaken is deze, dat een theorie van de rechtsbronnen zoals de schrijver die hier ontwikkelt, in 't geheel niet past bij een sociologisch geldingsbegrip. Dat had hij reeds van EUGEN EHRLICH kunnen leren. Onder „rechtsbronnen” verstaat deze rechtssocioloog geen formeel-juridische, maar de „Tatsachen des Rechts”, in den zin van feiten, die bewerken, dat de mensen zich in doorsnee naar zekere regels gedragen. Maar die „causale feiten” zijn bij EHRLICH dan ook niet wetten en tractaten.

V. SAVIGNY en PUCHTA hanteerden in hun bronnentheorie nergens dit naturalistisch-sociologisch geldingsbegrip en weigerden dan ook terecht de gewoonte als „formele ontstaansgrond” van recht te aanvaarden. Bij v. SAVIGNY en PUCHTA fungeert ze uitsluitend als *kengrond* van geldend recht. V. APeldoorn, die den gedachtengang van deze coryphaeën der Historische School op dit punt blijkbaar niet begrepen heeft, schrijft dit ten onrechte toe aan hun overschatting van de betekenis van de rechtsovertuiging des volks en een miskenning van de betekenis der vormgeving. Dit kan men v. SAVIGNY allerminst ten laste leggen. Maar v. APeldoorn heeft eenvoudig het principieel verschil tussen v. SAVIGNY's en EHRLICH's benadering van het rechtsbronnenprobleem niet gezien.

Hij sticht grote verwarring door zijn formeel-juridische bronnentheorie, waarin de gewoonte als juridische ontstaansvorm overigens niet past, als een (naturalistisch-) sociologische te hanteren en dus wetten en tractaten als a-normatieve feiten voor te stellen, die oorzakelijk bewerken, dat de mensen zich dienovereenkomstig plegen te gedragen! En als de schrijver dan deze „feiten” zelve weer oorzakelijk gaat verklaren, dan heeft dit ook weer niets met „wetenschap” in den door hem geponeerden zin van doen.

<sup>1</sup> Overeenkomsten, wetten en tractaten zijn als zodanig slechts *juridische ontstaansvormen*, die over den aard van hun inhoud nog niets prejudiciëren. Bij wetten maakt men onderscheid tussen wetten in *formelen* en *materielen* zin.

T. a. van overeenkomsten en tractaten maakt men sinds BINDING en TRIEPPEL een analogo onderscheid tussen „rechtshandelingen” en „Vereinbarungen” (Gesamttakten), waarbij de eerste niet, de laatste wel als bronnen van positieve rechtsnormen worden erkend. Ik acht het overigens onjuist de overeenkomst als „Rechtsgeschäft” niet onder de rechtsbronnen te rekenen. Ieder schriftelijk contract tussen twee rechtssubjecten bevat concrete positieve rechtsregels, die partijen tot wet strekken, voorzover ze niet op bepaalde gronden nietig zijn. Het vrije maatschappelijke bedrijfsrecht komt geheel in den vorm van overeenkomsten en in den indirecten vorm van usanties tot stand.

De leer, dat overeenkomsten als zodanig geen ontstaansvorm van positieve rechtsnormen kunnen zijn, is afkomstig van VON SAVIGNY en PUCHTA en houdt bij hen verband met hun opvatting, dat het positieve recht zijn materiële ontstaansbron slechts in de gemeenschappelijke overtuiging van het volk kan vinden en dus altijd van deze gemeenschap moet uitgaan. Zij konden deze leer echter niet volhouden t. a. v. het kerkrecht.

Wat het volkenrecht betreft, trok alleen PUCHTA (niet VON SAVIGNY) de consequentie uit de volksgeesttheorie, dat het geen eigenlijk recht zou zijn, maar hij nam — anders dan VAN APeldoorn — dan ook niet de tractaten onder de formele rechtsbronnen op. VAN APeldoorn heeft de dogmatische leer, dat overeenkomsten geen „objectief recht” kunnen vormen, in 't geheel niet consequent volgehouden, maar neemt haar, na haar eerst te hebben geponeerd, in 't vervolg van zijn uiteenzettingen practisch weer terug! Maar waarom haar dan eerst dogmatisch verdedigd? Dit kan niets anders dan verwarring bij den lezer stichten.

Want dan laat hij — in de lijn der niet-naturalistisch denkende Historische School — het rechtsbewustzijn van het volk, d.w.z. een complex van normvoorstellingen, als oorzaak gelden, in plaats van dat „rechtsbewustzijn” oorzakelijk uit de gewoonte als a-normatief „zinnelijk waarneembaar feit” te verklaren, in den zin van de „normative Kraft des Faktischen”. Ik geef gaarne toe, dat een causale verklaring van normvoorstellingen uit een a-normatieve feitelijke regelmaat van gebeurtenissen onmogelijk is en dat bv. een anti-sociale groepsgevoonte wel het normbesef kan verzwakken, maar nimmer zelve tot sociale norm kan worden. Maar deze stand van zaken moet dan veeleer tot de conclusie voeren, dat een a-normatieve verklaring van de menselijke samenleving in 't algemeen en van het rechtsleven in 't bijzonder, onmogelijk is. De schrijver echter beweert juist, dat de rechtswetenschap alle normen moet uitschakelen, om wetenschap te blijven! En in Hoofdstuk III § 2 (blz. 24) betoogt hij bij het onderzoek naar het onderscheid tussen recht en zeden: „Er is overigens „een nauw verband tussen zede” (in den zin van normen, die verplichtingen opleggen) „en gebruik. De eerste ontwikkelt zich uit het laatste. Wanneer in een be- paalden kring iets telkens geschiedt, ontstaat daar de gedachte dat het „zo behoort. Dit is de macht van de gewoonte of de „normatieve kracht „van het feitelijk gebeuren”. Wat gebruikelijk is wordt dikwijls tot norm „verheven”. En dan voegt hij er aan toe, dat van wetenschappelijk standpunt beschouwd, de zede steeds maatschappelijk gebruik (en geen norm) is, evenals het recht.

Wanneer de schrijver overigens erkent, dat het gebruik niet *altijd* tot norm wordt verheven, dan velt hij zelf weer het vonnis over een poging tot causale verklaring van de normvoorstelling uit de a-normatieve gewoonte. Want dan blijkt daaruit, dat de a-normatieve gewoonte *alleen* niet de magische werking kan hebben normvoorstellingen te doen ontstaan. Zulk een verklaringspoging heeft net zo min iets met wetenschap uitstaande als de beroemde „generatio spontanea” in de antieke biologie (volgens welke bv. muizen ontstaan uit het stof!)

De suggestieve invloed der gewoonte is inderdaad groot. Maar ze kan niet uit een a-normatieve regelmaat van zinnelijk waarneembare verschijnselen normen doen ontstaan. Wie meent dit wetenschappelijk (in 's schrijvers zin) te kunnen aantonen, vergeet dat volgens dit naturalistisch positivistisch wetenschapsbegrip „normen” nimmer als „object” van wetenschappelijk onderzoek kunnen fungeren en dus ook niet wetenschappelijk *verklaard* kunnen worden.

En dus mag dan de wetenschap ook niet van *rechtsgebruiken* spreken, want in een a-normatieve sfeer van verschijnselen zijn nu eenmaal geen rechtsgebruiken te ontdekken.

Intussen vinden wij eigenlijk nergens in VAN APeldoorn's boek een consequente toepassing van dit naturalistisch wetenschapsbegrip op het onderzoek der rechtsverschijnselen en evenmin op het rechtshistorisch onderzoek, volgens hem de rechtswetenschap bij uitnemendheid. Wel komt telkens weer zijn historistisch uitgangspunt tot uitdrukking, dat hij niet in critischen zin als een boven-wetenschappelijk vooroordeel aan ons blootlegt, maar op de bekende dogmatische wijze als criterium van wetenschappelijkheid aan zijn juridische lezers opdringt.

Met name het vijfde hoofdstuk, getiteld „Recht en Macht”, is daarvan een zeer illustratief voorbeeld. In den aanhef van dit hoofdstuk lezen wij: „Het „objectieve recht is een ordenende macht, het subjectieve recht is een door-

„het objectieve recht geordende macht. Recht is macht. Onze *Grondwet* vat „dan ook de rechten van den koning samen onder de benaming „macht des „Konings”, en het *Burg. Wetboek* betitelt de rechten van de ouders ten opzichte van hun kinderen als „ouderlijke macht”. Hoe zou ook het recht, „als het geen macht was, zijn functie in de samenleving kunnen vervullen?”

De schrijver is hier gestuit op een zgn. analogisch grondbegrip der rechtswetenschap, nl. het machtsbegrip. Dit is van huis uit een cultuur-historisch-sociologisch begrip. Macht is principieel verschillend van natuur-kracht. Het is de *beheersende wijze* van vormgeving (ook die aan het menselijk bewustzijn), die wij de *culturele* noemen, in tegenstelling tot de instinctief natuurlijke, die wij in de dierlijke vormgeving opmerken. Het historisch aspect onzer ervaring is door dit machtsmoment als zijn onherleidbare kern gequalificeerd. De historische ontwikkeling is *culturele* ontwikkeling en dus machtsontwikkeling en niet een natuurlijke evolutie. In de rechtswetenschap is dit oorspronkelijk machtsbegrip niet bruikbaar, omdat het als zodanig geen juridischen zin heeft. Het fungeert hier als een zgn. analogisch begrip met de *juridische kwalificatie* als *rechtsmacht*.

In onze *Grondwet* en in het B. W. is het woord macht uitsluitend in dezen *juridischen* zin bedoeld en natuurlijk niet in den historisch-sociologische betekenis. Maar in dit analogisch grondbegrip der rechtswetenschap komt de innerlijke samenhang tussen het juridisch en het historisch aspect tot pregnante uitdrukking. De *rechtsmacht* over personen is in oorspronkelijke historische macht *gefundeerd*, zonder dat de eerste tot de laatste te herleiden is.

In het historisch aspect openbaart de macht zich enerzijds als macht over personen en anderzijds als macht over zaken. Daarmede correspondeert in het juridisch aspect de onderscheiding tussen rechtsmacht over personen (competentie tot rechtsvorming) en rechtsmacht. (beschikkingsbevoegdheid) over rechtsobjecten (subjectief recht).

De Historische School begon in historistischen zin het oorspronkelijk (historisch) machtsbegrip in de dogmatische rechtswetenschap over te brengen en VAN APeldoorn volgt haar daarin. Daardoor ontstond een haard van antinomieën. Want de gelijkstelling van recht en macht (in historischen zin) of de terugvoering van de gelding van het recht op macht betekent de opheffing van het recht.

GEORG JELLINEK heeft getracht deze antinomie te ontgaan door het recht te vatten als „Selbstbeschränkung der Staatsmacht”, maar dat deze constructie zich in innerlijke tegenspraak ontbindt, wordt tegenwoordig algemeen erkend. De schrijver heeft deze antinomie wel gezien, voorzover de macht in den *typischen*, op de staatsstructuur betrokken zin van *zwaardmacht* wordt verstaan. Daarom geeft hij aan het machtsbegrip een wending, die het *schijnbaar* een juridischen zin geeft. Hij onderscheidt nl. de materiële macht in den zin van de van overheidswege georganiseerde dwang en de zedelijke macht. De eerste is volgens hem niet een essentieel element van het recht, doch slechts een accidentele eigenschap, die *in den regel* bij de rechtsnormen wordt aangetroffen. „Daarentegen is wél een essentieel element van „het recht zijn zedelijke macht, de macht, die de rechtsnormen ontlent „aan de waarde, welke de gemeenschap eraan toekent en uit hoofde waarvan die normen in de meeste gevallen kunnen rekenen op *vrijwillige* naleving door de rechtsgenoten”.

„Regels, uitgevaardigd door een macht, die *rechtsmacht* is — omdat ze „heerst over het gemoed der mensen en dus *in het algemeen* kan rekenen op

„vrijwillige naleving van hare voorschriften — zijn uit dien hoofde recht” (blz. 48).

In werkelijkheid is met deze wending het historisch-sociologisch machtsbegrip niet prijsgegeven. Maar door een verwarrend woordenspel wordt nu aan het begrip *rechtsmacht* de historisch-sociologische zin gegeven van een „heerschappij over het gemoed der mensen”, waardoor deze bewogen worden tot in doorsnee vrijwillige gehoorzaamheid aan voorschriften, welke de machthebber geeft en waardoor zij deze als *normen* aanvaarden. Gemeten aan het naturalistisch-positivistisch criterium, dat de schrijver aan de wetenschap aanlegt, kan dit weer geen wetenschappelijke definitie heten. Immers, hij legt een normatief waarde-element in deze „zedelijke macht”. En het is inderdaad ook niet mogelijk macht in haar oorspronkelijken historisch-sociologischen zin te vatten met uitschakeling van dit normatieve element. Macht is nu eenmaal iets anders dan fysieke of psychische kracht (suggestieve invloed). Zij heeft altijd in zich het moment der culturele *roeping*. Maar dit geldt evenzeer voor de typische zwaardmacht van de overheid. De schrijver maakt de fout deze laatste alleen te zien als een „materiële” macht over *zaken*, over fysieke machtsmiddelen. Maar hij vergeet, dat deze middelen niets betekenen zonder de mensen, die ze moeten bedienen. Zonder *macht over personen* heeft de overheid geen zwaardmacht, en deze macht over personen moet — althans ten aanzien van leger- en politiepersoneel — voldoen aan dezelfde eisen, die VAN APeldoorn aan een „zedelijke macht” stelt, maar dit is op zich zelve nog niets anders dan historisch-sociale macht, geen *rechtsmacht* in den juridieken zin.

Ik heb reeds eerder opgemerkt, dat de *rechtsmacht*, in den zin van *rechtsmacht over personen*, *gefundeed* is in historisch-sociale macht. Maar de vereenzelviging van deze begrippen heft het begrip *rechtsmacht* op. Men beproeve slechts de begrippen „macht des konings” en „ouderlijke macht” in hun juridieken zin te vervangen door het begrip „zedelijke macht” in den door den schrijver bedoelden historisch-sociologischen zin. Kan men uit een „zedelijke ouderlijke macht” worden „ontzet” door een rechterlijke uitspraak? Kan een „zedelijke macht” des Konings worden omschreven als aandeel in de wetgevende macht, de uitvoerende macht enz.? Dit is immers niet vol te houden?

„Zedelijke macht” in den zin van heerschappij over het gemoed der mensen onttrekt zich aan iedere juridische regeling. Zij volgt haar eigen wetten.

Dat de schrijver inderdaad het machtsbegrip in zijn oorspronkelijken *historischen* zin en niet in zijn analogischen *juridieken* zin heeft bedoeld, blijkt duidelijk uit zijn volgende uiteenzettingen: het is volgens hem „een „zeer gewoon verschijnsel in de rechtshistorie, dat *recht* geschapen wordt „door een macht, die daartoe volgens het geldende objectieve recht eigenlijk „niet bevoegd was, maar niettemin de door haar gevormde regels als recht „zag erkend en nageleefd, omdat deze, in het algemeen beantwoordend aan „de behoeften van de practijk en het algemeen belang dienend, konden „rekenen op de stilzwijgende goedkeuring van de rechtsgenoten”.

VAN APeldoorn is hier gestuit op het probleem, dat voor het juridisch legalisme ontstaat ten aanzien van rechtsvorming, waarvoor geen formeel-juridische geldingsgrond in de wet is aan te geven. De standaardvoorbeelden daarvan zijn de revolutionnaire rechtsvorming en het zgn. noodrecht. Maar de schrijver rekent daar ook toe het praetorisch recht en de constante rechtspraak van den H. R., wat zeer betwistbaar is, daar hier alleen de *formele* competentie en niet een eventueel conflict van den *innoud* van het langs

dezen weg gevormde recht met het wettenrecht in 't geding is<sup>1</sup>. Volgens hem berust de gelding van het in al deze gevallen gevormde recht uitsluitend op het feit, dat de betrokken rechtsvormers de „zedelijke macht” in historisch-sociologischen zin daartoe hadden. Nu is de formeel-juridische competentie altijd een *afgeleide* rechtsmacht, die een *oorspronkelijke materiële* rechtsmacht onderstelt van het rechtsorgaan, dat de formele competentie-regeling in het leven riep, zonder zelf een reeds wettelijk geregelde rechtsmacht te bezitten. Deze oorspronkelijke (niet afgeleide) rechtsmacht is bepaald en juridisch begrensd door den *aard van het ambt van den rechtsvormer* (niet door de historische macht van een persoon) en den innerlijken aard van den samenlevingskring, waarbinnen dit ambt wordt uitgeoefend.

Zij doet zich volstrekt niet alleen ten aanzien van den staat voor, maar in iederen samenlevingskring waarin rechtsvorming overeenkomstig den bijzonderen aard van dien kring plaats vindt. Zij voert ons m. a. w. naar de vóór-positieve grondslagen van iedere positieve rechtsorde, naar de typische structuurprincipes van de onderscheiden samenlevingskringen. Deze laatste drukken zich ook binnen het juridisch aspect uit in een verscheidenheid van typische oorspronkelijke competentiesferen, die door den innerlijken aard en levenswet van den betrokken samenlevingskring zijn bepaald<sup>2</sup>.

Maar ook deze oorspronkelijke niet formeel-juridisch af te leiden en te begrenzen rechtsmacht blijft *rechtsmacht*, ze kan niet worden herleid tot macht in historisch-sociologischen zin, al heeft ze de laatste tot historisch *substraat*. VAN APeldoorn doet dit wél en komt daardoor noodzakelijk, tot wat door Kelsen niet onaardig „juridisch wondergeloof” is genoemd, nl. de voorstelling, dat recht uit niet-recht kan ontstaan.

„Uit macht kan dus recht geboren worden”, zo schrijft hij, ook uit phy- „sieke macht, mits zij zich ontwikkelt tot een zedelijke macht, een macht, „die heerst over het gemoed der mensen” (blz. 52). Maar vlak daarop blijkt

<sup>1</sup> Nergens is in onze wet A. B. de zgn. *indirecte* rechtsvorming langs den weg van een constante rechtspraak uitgesloten.

Deze laatste valt niet, gelijk de schrijver meent, onder gewoonterecht, omdat een *longaevus usus* bij het snelle tempo onzer moderne rechtsontwikkeling meestal niet past en niemand aarzelt over constante jurisprudentie te spreken, wanneer slechts uit een reeks arresten de wil van ons hoogste rechtscollege blijkt om eenzelfde rechtsbeginsel toe te passen, ook al volgen deze uitspraken elkander in een snel tempo op. Ze is ook niet uitgesloten door art. 12, omdat dit alleen de *directe* rechtsvorming in den vorm van zgn. *arrêts de règlement* verbiedt. In art. 36 van het ontwerp 1820 had Kemper een speciale bepaling opgenomen tegen de „*jurisprudence des arrêts*”. Het artikel luidde zo, dat gewoonte, al ware dezelve ook door een reeks van gewijsden ondersteund, geen wet krachteloos zou kunnen maken en in de gevallen, waarin de wet niet naar de gewoonte verwees, zou de overeenkomst van gewijsden geen recht maken. (Zie Voorduin, *Gesch. en begins. der Ned. W. S. Dl. I, stuk 2, blz. 337 en 344*).

Maar dit artikel is in onze wetgeving terecht niet overgenomen. Het kon geen enkele practisch-juridische betekenis hebben, omdat het de overeenkomst van gewijsden zelve niet kon uitsluiten.

Daarentegen blijkt uit de geschiedenis van art. 4 titre préliminaire C. c., waaraan art. 13 onzer wet A. B. is ontleend, dat men bedoelde den rechter zelf de bevoegdheid tot aanvulling van leemten in de wet te geven. (Zie Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du C. c. II p. 4 e. v. en Noordziek I, 1 blz. 380 vlg.*). En de formele wettigheid ener constante jurisprudentie ligt in den aard van de formele competentie van den H. R. zelve. Want zonder het volgen van een vaste lijn bij de interpretatie der wet, zou de H. R. zijn formele taak, omschreven in art. 99 van de wet R. O., niet kunnen vervullen, zou geen eenheid in wettoepassing mogelijk zijn.

<sup>2</sup> Dit is uiteraard mijn eigen opvatting, die ik den schrijver niet kan opdringen, maar die niettemin rekenschap kan geven van standen van zaken, die het staats-absolutistisch soevereiniteitsbegrip slechts met een machtspreuk ter zij kan stellen.



hij geheel vergeten, dat hij recht uit macht wilde doen ontstaan en keert de verhouding precies om, waar hij, n.b. als *illustratie op de vorige stelling*, gaat spreken over de receptie van het Romeinse recht in de Germaanse landen op grond van de zedelijke macht, die van dit recht uitging! En dan heet het: „Recht is macht, die streeft naar rechtvaardigheid”.

Wij krijgen dus de volgende onderling tegenstrijdige stellingen te verwerken: 1<sup>o</sup> Recht is macht, die heerst over het gemoed der mensen;

2<sup>o</sup> Recht kan worden geschapen door *een* macht, die geen juridische bevoegdheid heeft:

3<sup>o</sup> Uit macht kan recht geboren worden;

4<sup>o</sup> Van recht kan macht uitgaan.

De eerste stelling vereenzelvigt recht en macht.

De tweede en derde onderstellen, dat recht en macht niet identiek zijn en laten het eerste uit de laatste ontstaan. De vierde eindelijk laat omgekeerd uit recht macht geboren worden. Nu is in al deze gevallen de macht althans nog gevat als een „zedelijke” in den vroeger omljnden historisch-sociologischen zin<sup>1</sup>.

Maar de gedachtengang van den schrijver wordt nog verwarder, wanneer hij naar aanleiding van zijn stelling, dat recht de macht is, die streeft naar rechtvaardigheid, en dat onze opvattingen over de rechtvaardigheid historisch bepaald en dus veranderlijk zijn naar tijd en plaats, opmerkt:

„Hier doet zich m. a. w. de macht der gewoonte gelden. „Waar allen stelen „is niemand een dief” (!) Door de macht der gewoonte kunnen ook blote „machtsverhoudingen — verhoudingen geboren uit geweld of onrecht — tot „rechtsverhoudingen worden. Het is dan niet het geweld of het onrecht, dat „recht schept, maar het is de *gewoonte*, die dit doet”.

Thans krijgen we dus een vijfde stelling te verwerken, die zich als volgt laat formuleren: macht, ditmaal in den zin van „blote macht”, geboren uit geweld of onrecht, kan recht scheppen door de macht der gewoonte.

Hierbij moet uiteraard ook de gewoonte als „blote” gewoonte worden verstaan. Dit impliceert van 's schrijvers standpunt, dat uit „blote” gewoonte een „zedelijke macht” over het gemoed der mensen kan ontstaan, waardoor zij voorschriften van usurpatoren als recht aanvaarden. En deze nieuwe openbaring van het juridisch wondergeloof wordt dan toegelicht met het spreekwoord: „Waar allen stelen is niemand een dief”, dat met de hier geïmpliceerde stelling niets te maken heeft, omdat het alleen (in paradoxale uitdrukkingwijze) op het *verloren gaan* van het normbesef door een a-sociale groepsgevoonte slaat, terwijl de schrijver wil betogen, dat uit de „blote” gewoonte *rechtscheppende* macht in den zin van „zedelijke macht” kan ontstaan! En dat terwijl hij vroeger — juist omgekeerd — had uiteengezet, dat de eigenlijke oorzaak dat de gewoonte als formele rechtsbron wordt aanvaard, is te zoeken in de rechtsovertuiging van het volk!

Hoe is deze laatste tegenstrijdigheid te verklaren? Hieruit, dat bij zijn poging tot causale verklaring van het ontstaan van recht uit de „blote” gewoonte het naturalistisch-sociologisch gezichtspunt het cultuur-historische gaat doorkruisen. Het machtsbegrip, gedenatureerd tot een natuur-causaal begrip, verliest daarbij nu ook zijn oorspronkelijk historischen zin (heerschappij over mensen door vormgeving aan hun normatief cultuurbewustzijn) en wordt practisch identiek met het *a-normatieve psychologisch begrip*

<sup>1</sup> De term „zedelijke macht” is hier weer verwarrend, maar ik wil niet op alle slakken zout leggen.

der suggestieve beïnvloeding. Maar dit betekent niet een consequente toepassing van 's schrijvers naturalistisch wetenschapsbegrip. Immers, hij wil thans uit de feitelijke suggestieve kracht der gewoonte het ontstaan van recht als „zedelijke macht”, dit is in zijn gedachtengang als *norm*, verklaren, hetgeen in 't kader van dit wetenschapsbegrip uitgesloten moest zijn. Dit is nòch vlees nòch vis, nòch cultuur-historisch, nòch positivistisch naturalistisch denken! Het is eenvoudig het product van een methodische verwarring, veroorzaakt door het doorenmengen van de verschillende *modale* betekenissen van het woord „macht” en het door elkander gebruiken van het sociaal-psychologisch begrip der suggestieve beïnvloeding en het cultuur-historisch machtsbegrip.

Het is allernijst mijn bedoeling 's schrijvers betoogkracht door een spitsvondige analyse te caricaturiseren, wat ik als volstrekt ongeoorloofd beschouw.

Ik wil alleen doen zien, welke verwarring men in de rechtswetenschap sticht door analogische (meer-zinnige) termen als het woord „macht”, in een niet-juridieken zin te gebruiken en dus zijn wetenschappelijk denken niet onder de tucht van een methodische begripvorming te stellen. De eristische kunst der sophisten maakte opzettelijk misbruik van de meer-zinnigheid der woorden. Het moderne Historisme doet het onopzettelijk, omdat zijn uitgangspunt dwingt tot een nivellering van de modale zin-verschillen in de analogische grondbegrippen der onderscheiden sociale wetenschappen. En ook thans nog is het gevaar, de dupe te worden van een woordenspel, slechts te bezweren in den weg der Socratische begripstucht.

Deze begripstucht dient in een *Inleiding tot de Rechtswetenschap* in de eerste plaats te worden in acht genomen ten aanzien van de elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap, die in de modale structuur van het juridisch aspect zelve gegrond zijn en die merkwaardigerwijze *alle* een analogisch karakter vertonen, omdat zij die structuur-momenten van dit aspect betreffen, waarin de innerlijke samenhang met de overige aspecten onzer ervaring tot uitdrukking komt. Men denke aan de begrippen juridische eenheid en veelheid, geldingsgebied van een rechtsorde en plaats van een rechtsfeit, rechtswerking en juridische causaliteit, rechtsleven en rechtsorgaan, juridische wil en verklaring, rechtsbetekenis en juridieke interpretatie, rechtsbetrekking, juridische toerekening, juridische overeenstemming en tegenspraak, (rechtmatigheid, onrechtmatigheid), rechtsmacht en juridische ontstaansvorm, rechtsverkeer, juridische belangenharmonisering, juridische evenredigheid enz. enz.

Eerst op den grondslag van deze elementaire begrippen kunnen de gecompliceerde als rechtsfeit, subjectief recht, rechtssubject en rechtsobject worden geanalyseerd. Ook de wetenschappelijke beoefening der rechtshistorie moet telkens op deze grondbegrippen teruggrijpen, die zelve niet van *historischen* en evenmin van transcendentiaal-*logischen*, maar van *juridischen* aard zijn.

In VAN APeldoorn's *Inleiding* zal men tevergeefs zoeken naar een werkelijke analyse van de juridische grondbegrippen. Waar ze incidenteel bij hem aan de orde komen, blijkt hij er geen raad mee te weten en vereenzelvigd hij ze nu eens met fysisch-psychische, dan weer met historisch-sociologische verschijnselen, of wel hij verklaart ze als juridische constructies of ficties van de rechtsdogmatiek, die „in strijd zijn met de werkelijkheid”. Vgl. bv. zijn behandeling van het begrip „rechtspersoon” en de toepassing daarvan op den staat.

Ik moet hier wel even bij stilstaan, omdat zij typerend is voor 's schrijvers gemis aan inzicht in de verhouding van wetenschap en werkelijkheid.

Bij de bespreking van „de rechtssubjecten of personen” in Hoofdstuk VIII § 1 begint hij een dogmatische (niet wetenschappelijk toegelichte en verantwoorde) definitie in te voeren: „*Persoon in juridischen zin*”, zo schrijft hij „is ieder, die rechtsbevoegdheid bezit”. Vervolgens vernemen wij, dat „persoonlijkheid of rechtsbevoegdheid” een „hoedanigheid” is, welke door „het objectieve recht verleend wordt en alleen toekomt aan degenen, aan „wie zij door het recht wordt toegekend”.

Daarna volgt een nieuwe dogmatische stelling: „Het objectieve recht kan „haar alleen verlenen aan *mensen*, daar alleen zij subjectieve rechten, d.w.z. „bevoegdheden en verplichtingen kunnen hebben”. En dan is 's schrijvers conclusie natuurlijk gemakkelijk te raden: de rechtspersoonlijkheid (in onderscheiding van de zgn. natuurlijke persoonlijkheid) is niets dan een fictie, een juridische constructie!

De door den schrijver niet opgemerkte valstrik in dit redebeleid schuilt reeds in zijn definitie van het „rechtssubject”. De rechtssubjectiviteit is immers niet zelve een *mens*, maar, zoals hij vlak daarop zelf verklaart, een *juridische hoedanigheid*.

De definitie, die de eerste premisse van 's schrijvers conclusie vormt: „*Persoon in juridischen zin is ieder, die rechtsbevoegdheid bezit*”, berust dus op een logische kortsluiting en staat op dezelfde hoogte als een definitie van de getalseenheid in den volgenden trant: het getal 1 is ieder concreet ding, dat quantitative eenheid heeft!<sup>1</sup>

De tweede premisse van den schrijver: rechtssubjectiviteit *kan* alleen aan *mensen* worden verleend, omdat alleen zij subjectieve rechten *kunnen* hebben, gaat van een *petitio principii* uit, die met *onweersprekelijke* standen van zaken in het moderne *rechtsleven*, en dus met het juridisch aspect der *werkelijkheid*, in strijd is.

Het is onloochenbaar, dat de rechtssubjectiviteit alleen *kan* voorkomen in *menselijke samenlevingsverhoudingen*; maar dat zij alleen *kan* worden verleend aan *individuele* mensen en niet aan sociaal-menselijke collectiviteiten, is een stelling, waarvoor de schrijver ons ieder bewijs schuldig blijft.

Maar hier wreekt zich de beginfout. Het begrip rechtssubject werd vereenzelvigd met een menselijk persoon als fysisch-psychisch individu. Wanneer de schrijver dit gecompliceerde grondbegrip der rechtswetenschap eerst had geanalyseerd, dan zou hij bemerkt hebben, dat het in 't geheel niet past op een werkelijkheidsbeeld, dat slechts plaats heeft voor de *fysisch-psychische aspecten* onzer ervaring en dus slechts een natuurwetenschappelijke *abstractie* is uit de volle, gegeven werkelijkheid. De rechtssubjectiviteit is, onverschillig of ze aan een individueel mens of aan een menselijke collectiviteit toekomt, nimmer te vatten als een fysisch-psychisch individu. Ze is een juridische *functie*, een juridische eenheid in een grote veelheid van juridisch-sociale betrekkingen.

Ze is een relatieve functie, die een juridisch meer of minder toelaat. De minderjarige, die een eigen vermogen bezit, heeft nog geen volledige rechtssubjectiviteit, omdat hij — behoudens handlichting — de juridische handlingsbevoegdheid mist, die wordt aangevuld door hem een vertegenwoordiger toe te wijzen. Reeds deze rechtsbetrekking tussen vertegenwoordiger en minderjarige is onmogelijk individualistisch te vatten, zonder de werkelijke standen van zaken in ons moderne rechtsleven grondig te mistekenen.

<sup>1</sup> Dat 's schrijvers definitie inderdaad zo bedoeld is, en maar niet op een minder gelukkige formulering berust, zal uit het vervolg blijken.

Want hier treedt een partiële juridische eenheid van twee rechtssubjecten op, waardoor de vertegenwoordiger rechten kan uitoefenen en verplichtingen vervullen, die niet aan hem, maar aan den minderjarige toekomen. Reeds hier, en niet eerst in de figuur der rechtspersoonlijkheid, moeten voor den schrijver de conflicten met zijn „fysisch-psychisch” werkelijkheidsbeeld beginnen, dat ook aan zijn naturalistisch wetenschapsbegrip ten grondslag ligt! Als de rechtspersoon een juridische fictie is, dan moet dit evenzeer het geval zijn met de rechtssubjectiviteit van den minderjarige.

En inderdaad is dit beweerd door juristen als BINDER, HÖLDER, H. J. WOLFF e.a., die, anders dan VAN APELDOORN, hun individualistische opvatting van de rechtssubjectiviteit hebben *doorgedacht*<sup>1</sup>. Zij hebben hier voor de rechtswetenschap hetzelfde gedaan, wat de Franse geest slechts alseen „bon mot” ten beste gaf bij de beantwoording van de vraag hoe in het huwelijk man en vrouw één kunnen zijn: „Si l'une des deux personnes est nulle”. VAN APELDOORN daarentegen schrijft: „Tegenwoordig pleegt het objectieve recht persoonlijkheid toe te kennen aan alle mensen” (dus ook aan pasgeborenen, krankzinnigen enz.). Is dit op 's schrijvers standpunt dan niet „in strijd met de werkelijkheid”?

Moet niet het gehele begrip rechtssubject (onverschillig op wie het wordt toegepast) voor den schrijver een fictie, een blote juridische constructie worden, zodra hij de logisch onhoudbare vereenzelving van rechtssubject en fysisch-psychisch menselijk individu moet loslaten?

Maar dan ben ik zo vrij ook 's schrijvers ontwikkelingsbegrip een pure *historische* fictie te noemen, die in strijd is met de „werkelijkheid” in 's schrijvers naturalistischen zin genomen.

De ware stand van zaken is deze, dat de wetenschap altijd theoretische abstractie aan de werkelijkheid verricht en dat dus haar begrippen zich nimmer met de werkelijkheid kunnen *dekken*. Maar dit is geheel iets anders dan rechtsbegrippen tot „ficties” of „pure constructies” te devalueren, omdat ze niet passen op de abstracte fysische en psychische *aspecten* der werkelijkheid, die men in een naturalistisch voor-oordeel met de empirische werkelijkheid *vereenzelvid* heeft!

Zolang men niet geleerd heeft de geabstraheerde *aspecten* der werkelijkheid, waarop de verschillende vakwetenschappen hun onderzoek richten, te onderscheiden van de concrete werkelijkheid in haar al-zijdigheid, is men aan een critische bezinning op den aard der wetenschap en haar verhouding tot de werkelijkheid nog niet toegekomen.

De schrijver hanteert door elkander twee theoretische werkelijkheidsconcepties, een cultuur-historische en een naturalistische, die elkander wederkerig uitsluiten en die geen van beide plaats hebben voor het juridisch aspect. Ik toonde hierboven reeds aan tot welke verwarring dit gevoerd heeft in zijn theorie van de rechtsbronnen en in zijn uiteenzetting van de verhouding tussen recht en macht.

Het beroep op de werkelijkheid ter verdediging van een bepaalde theoretische visie op de juridische standen van zaken, is altijd oncritisch en misleidend, wanneer men zich niet bewust is, dat in de wetenschap de blik op de werkelijkheid zelve van theoretisch-wijsgerigen aard en dus niet onbevooroordeeld is. De naïeve vóór-theoretische werkelijkheids-ervaring kan in de wetenschap geen dienst doen, omdat zij aan een theoretische onderscheiding

<sup>1</sup> Vgl. hierover uitvoerig mijn *Grondproblemen in de leer der rechtspersoonlijkheid* in *Themis* (98e jrg) p. 199—263 en 367—421.

van de verschillende aspecten dier ervaring niet toekomt en deze laatste hier slechts *impliciet* (in hun onverbrekelijken samenhang in den tijd), maar nimmer *expliciet* tot bewustzijn komen.

Wie beweert, dat de werkelijkheid slechts een fysisch-psychische, of wel een cultuur-historische is, spreekt een stelling uit, die in de naïeve ervaring nimmer steun kan vinden, omdat zowel de natuurwetenschappelijke als de cultuur-historische beschouwing der werkelijkheid haar *vreemd* zijn, daar deze beide een *abstract-theoretisch* karakter dragen. Het theoretisch werkelijkheidsbeeld berust op een theoretische uiteen-legging van de empirische werkelijkheid in haar onderscheiden modale aspecten en moet dus altijd een antwoord geven op de vraag inzake de *onderlinge verhouding en samenhang dezer laatste*, hetgeen een intrinsiek *wijsgerig* probleem is.

Wanneer VAN APELDOORN dus schrijft, dat de rechtspersoon een  *fictieve constructie* is van het *feit*, dat meerdere personen rechten en verplichtingen kunnen hebben, die niet zijn rechten en verplichtingen der individuele personen<sup>1</sup> en dan de stelling poneert: „Een zelfstandig rechtssubject naast die individuele personen is er in werkelijkheid niet” (blz. 150), dan is deze stelling zin-loos om twee redenen:

- 1<sup>o</sup>. omdat hier de abstracte rechtssubjectiviteit weer behandeld wordt alsof zij zich zou dekken met een persoon in den zin van een individuen mens en
- 2<sup>o</sup>. omdat de schrijver ons niet verklaart, wat hij in dit verband onder „werkelijkheid” verstaat.

Immers bij aanlegging van de a-normatieve fysisch-psychische werkelijkheids-conceptie, die hij in het slothoofdstuk voor de *wetenschap* conditio sine qua non acht, mag hij nòch over rechtssubject, nòch over rechten en verplichtingen spreken. En in een positivistisch-historistisch werkelijkheidsbeeld, dat pretendeert alle normatieve gezichtspunten te hebben uitgeschakeld, passen deze normatieve begrippen al evenmin! Wanneer hij echter in zijn theoretisch werkelijkheidsbeeld weer het normatief-juridisch aspect wil opnemen, dan is zijn stelling, dat er geen rechtspersoon bestaat, onderscheiden van de individuele rechtssubjecten, zonder meer in strijd met de juridische *feiten* en de stelling, dat een stichting een subjectloos vermogen is, een *contradictio in terminis*. Want het begrip subjectief recht impliceert nu eenmaal een rechtssubject.

Men kan natuurlijk deze theorie over de stichting trachten te redden, door ook de begrippen rechten en plichten niet meer op haar toe te passen. Maar dan spreekt men over het „stichtingsvermogen” niet langer in *juridischen* zin en voert dus een begrip in, dat voor de rechtswetenschap onbruikbaar is<sup>2</sup>.

Overigens heeft, gelijk reeds GIERKE met klem van redenen betoogd heeft, in een positivistisch (zgn. fysisch-psychisch) werkelijkheidsbeeld ook het spreken over een *persoonlijkheid van den individuelen mens*, in 't geheel geen zin, omdat zij niet behoort tot de zinnelijke waarneembaarheden.

\* \* \*

<sup>1</sup> Dit klopt overigens weer niet met 's schrijvers opvatting van de stichting als subjectloos vermogen!

<sup>2</sup> Men komt hier ook niet uit, door de begrippen rechten en plichten te vervangen door dat van *aansprakelijkheid* (Haftung). Want ook dit juridisch begrip impliceert een rechtssubject. Men moet dus — als men de stichting zelve niet als rechtssubject wil aanvaarden — althans zijn toevlucht zoeken in een constructie van ambtelijke rechten en plichten van de bestuurders, wil men van de juridische standen van zaken rekenschap geven.



In de hoofdstukken, waarin de schrijver de „onderdelen van het recht” behandelt, treft ons een volledig gemis aan een eigenlijken sociologischen grondslag.

Wanneer de rechtssociologie inderdaad enig nut voor de rechtswetenschap zal hebben, dan dient zij althans ons inzicht te geven in den innerlijken aard en de structuur-principes van de onderscheiden samenlevingskringen, waarin de typische rechtssferen als die van het staatsrecht, het burgerlijk privaatrecht, het volkenrecht, het interne bedrijfs- en verenigingsrecht, het kerkrecht enz. zich voordoen, en die den typischen aard dezer rechtssferen bepalen. Dan dient zij ons ook inzicht te geven in de onderlinge verhouding en samenhang dezer rechtssferen.

Rechtssociologen als EHRlich en GURVITCH hebben — daargelaten de vraag of hun onderzoekingsmethode acceptabel is — althans deze grote verdienste gehad, dat zij de dogmatische rechtswetenschap, die op Romanistisch natuurrechtelijk voetspoor, slechts belangstelling had voor het burgerlijk privaatrecht (in den ruimsten zin) en het publieke recht van den staat en van de internationale betrekkingen, uit dezen „dogmatischen sluimering” gewekt hebben. Zij hebben althans de ogen geopend voor de grote verscheidenheid van het rechtsleven binnen de niet-statelijke en niet-volkenrechtelijke samenlevingsverbanden.

Vóór hen hadden reeds BESELER en GIERKE standaardwerken gewijd aan het „Genossenschaftsrecht” als een autonoom sociaal recht. Men zou dus verwachten, dat VAN APeldoorn, die de rechtssociologie tot een der essentiële takken van de eigenlijke rechtswetenschap rekent, in zijn *Inleiding* van de onderzoekingen der rechtssociologen enig profijt had getrokken. Zulks te meer, daar hij immers in het voorbericht voor den 9en druk van zijn boek zelf had geschreven, dat de *Inleiding tot de rechtswetenschap* den *samenhang* tussen de verschillende onderdelen van het recht en van de rechtswetenschap heeft bloot te leggen.

Het tegendeel is het geval. De schrijver volgt bij zijn behandeling van deze onderdelen het oude voetspoor der rechtsdogmatiek. Zelfs de korte bespreking van het arbeidsrecht in Hoofdstuk XIV is geheel binnen het kader van het burgerlijk privaatrecht en het publieke recht gehouden. De rechtssferen, die daarbuiten vallen, komen niet aan de orde. En wat de door hem wel behandelde onderdelen van recht en rechtswetenschap aangaat, missen wij iedere poging, den lezer enig inzicht in den typisch socialen aard dezer rechtssferen en hun onderlingen *samenhang* te geven. Slechts in hoofdstuk XI, dat over het staatsrecht handelt, wordt in de eerste § iets over den staat gezegd, maar deze uiteenzetting beperkt zich tot een korte beschouwing over het woord staat „in zijn verschillende betekenissen”, die bovendien zeer aanvechtbaar is, daar hij bv. meent, dat het woord ook gebruikt wordt in den zin van een bepaald „grondgebied”, waarop een onder „een hoogste gezag levend volk woont” en als bewijs daarvoor aanhaalt art. 3, 2<sup>e</sup> lid der G. W. waar gesproken wordt over de grenzen van het „Rijk”.

Reeds VAN DER POT heeft er op gewezen, dat deze term niet identiek is met „staat” en met name HAURIou heeft er tegen gewaarschuwd de feudale rijkjes en rijken als „staten” te betitelen.

Bepaald bedenkelijk is de bewering (blz. 227), dat de term „staat” ook tegenwoordig nog veel wordt gebruikt in den juridischen zin van „de regerende personen”, waarvoor de schrijver verwijst naar de termen staatswil, staatsmacht, staatsgezag, staatszorg, staatsbemoeiing. Want hier dicht hij aan deze algemeen gangbare termen een betekenis toe, die zij hoogstens

kunnen hebben in een bepaalde *theorie*, die zowel in sociologischen als juridischen zin het verbandskarakter van den staat negeert, maar daarmede onherroepelijk moet vastlopen. Want zij kan de continuïteit van het staatsleven, die onafhankelijk is van de wisseling der personen, die met het overheidsambt zijn bekleed, en van de wisseling der personen, die tot het staatsvolk behoren, niet verklaren. Ook de overheidspersonen zijn nu eenmaal gebonden aan wetten, die zij niet zelve hebben gemaakt en waarin de staatswil zijn juridische continuïteit openbaart. Maar de schrijver is weer aanstonds gereed met zijn machtspreuk, dat de „gewone opvatting”, die aan het verbandskarakter en de rechtspersoonlijkheid van den staat vasthoudt „in strijd met de werkelijkheid is”.

„Realiteiten zijn wel de overheidspersonen, het volk en het grondgebied, „maar daarnaast en *afgescheiden daarvan*” (ik curs.) „bestaat” volgens hem „geen wezen, dat uit die drie zou zijn samengesteld. Vat men die drie realiteiten samen onder de benaming *staat*, dan is dit niets anders dan een verzamelwoord, geen werkelijk bestaand wezen, uitgerust met een wil, drager van rechten en verplichtingen en handelend door organen. Wie spreekt van den staatswil kan daarmede alleen het oog hebben op den wil der overheidspersonen. Want alleen mensen hebben een wil, juridische constructies niet”.

Daargelaten de volstrekt scheve weergave van de gangbare opvatting van den staat als een wezen, dat *naast en afgescheiden* van overheid, volk en grondgebied zou bestaan<sup>1</sup>, is de hier verdedigde leer, dat overheidspersonen, volk en grondgebied drie aparte „realiteiten” zijn, die in het woord „staat” slechts als „verzameling” worden aangeduid, bepaald belangwekkend als wij beproeven haar aan 's schrijvers werkelijkheidsbeeld te toetsen.

Is, volgens hem, wel het „volk” een „realiteit” „afgescheiden van en naast” de mensen, die ertoe behoren? Of is dit wellicht niets dan een „historische constructie”, die in strijd is met het werkelijkheidsbeeld, dat in het slot hoofdstuk voor de wetenschap wordt gepostuleerd, omdat de historische continuïteit van een volksgemeenschap niet objectief zinnelijk waarneembaar is? En zou het „grondgebied”, dat reeds in zijn terminologische aanduiding zijn betrokkenheid op het overheidsgezag verraadt, een aparte „realiteit” zijn, of is het niets dan een „juridische constructie”, in strijd met „de werkelijkheid”, die slechts plaats heeft voor een stuk „grond”, maar niet voor een „gebied”? Of moeten wij ook hier weer het woord „werkelijkheid” nu eens in „cultuur-historischen”, dan weer in „fysisch-psychischen” zin nemen en het normatief juridisch aspect, waarin het grondgebied als *rechtsgebied* fungeert, geheel uitschakelen?

Het is inderdaad gemakkelijker de door den schrijver zo apodictisch geformuleerde stelling neer te schrijven, dan haar wetenschappelijk te verantwoorden!

Dat van APeldoorn bij de behandeling van de „onderdelen van het recht” in 't geheel geen aandacht wijdt aan den innerlijken aard der typische rechtssferen, moet wel samenhangen met zijn historicistisch uitgangspunt<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Zie daartegen reeds GIERKE, *Das Wesen der menschlichen Verbände*.

<sup>2</sup> De consequenties van dit standpunt vindt men bv. gedemonstreerd in WALDECKER's *Allgemeine Staatslehre*, die tussen kerk, staat en een naamloze vennootschap geen enkel wezensverschil kan ontdekken, omdat de historie leert, dat een naamloze vennootschap (bv. de O. I. en W. I. compagnie) als staat en ook een kerk als staat kan optreden! Waarom ook niet? „Im historistischen Dunkel sind alle Kätze grau”. Men kan ook nog de moderne staatsbedrijven, de staatskerk en den

Van het burgerlijk privaatrecht in zijn ook het burgerlijk handelsrecht omvattenden materiëlen zin, weet hij geen andere omschrijving te geven dan dat het „de private belangen regelt” (Hoofdst. IX blz. 170)<sup>1</sup>. Wel geeft hij bij de bespreking van de bronnen van het Burgerlijk Wetboek een zeer beknopt, maar niettemin uitstekend rechtshistorisch overzicht over de geschiedenis van het oud-Franse recht, dat bij de samenstelling van het B. W. groten invloed heeft gehad. Maar in dit overzicht, dat begint bij de Germaanse volksrechten, komt nergens aan de orde het principieel geaardheidsverschil tussen het ongedifferentieerde volksrecht en het evenzeer ongedifferentieerde recht der middeleeuwse samenlevingskringen enerzijds en het gereciperde Romeinse *ius gentium* en het moderne burgerlijk privaatrecht anderzijds. De machtige klassieke traditie, die het *ius gentium*, in scherpe tegenstelling tot het Romeinse volksrecht (*ius civile*), in nauwen samenhang zag met het (Stoïsche) *ius naturale* en die in de beide eerste artikelen van ons B. W. haar neerslag gevonden heeft, kan hem voor den innerlijken aard van het Burgerlijk privaatrecht niets leren, omdat hij a-priori aan deze zeer specifieke conceptie van het natuurrecht iedere betekenis voor de wetenschappelijke analyse van den aard van het burgerlijk recht moet ontzeggen. De invloed van het Stoïsche *ius naturale* op de klassieke Romeinse juristen tracht hij in het slothoofdstuk (blz. 349) te bagatelliseren door de opmerking, dat „de enige Romeinse jurist van wien blijkt, dat hij met de stoïsche natuurrechtsleer enigszins vertrouwd was” GAIUS geweest is. Een dergelijke opmerking bewijst, dat de schrijver van dit onderwerp geen studie gemaakt heeft.

De grote standaardwerken van MORITZ VOIGT<sup>2</sup> en PAUL SOKOLOWSKI<sup>3</sup>, die op grond van een nauwgezet bronnenonderzoek tot een volstrekt tegen-gestelde conclusie komen, vermeldt hij niet eens. Ik maak hem er geen verwijt van, dat hij in dit onderwerp niet thuis blijkt te zijn, maar wel, dat hij zich niettemin gerechtigd acht daarover zulke apodictische uitspraken te doen. Hier toont het aprioristisch Historisme zich een gevaarlijke vijand voor de wetenschappelijke nauwgezetheid, die aan den historicus eigen behoort te zijn, en die wij overigens van VAN APeldoorn toch gewend zijn.

Door ditzelfde voor-oordeel is de schrijver ook niet in staat de destructieve strekking van de moderne (voornamelijk uit de positivistische sociologie stammende) beweging tot „socialisering” van het burgerlijk privaatrecht t. a. v. de grondslagen van dit laatste te verstaan.

Bij de bespreking van de leer van het rechtsmisbruik in Hoofdstuk IV § 3 (blz. 40 vlg.) en de daaraan voorafgaande § 2, wreekt zich dit. Wel

kerkstaat aanvoeren ten bewijze, dat alle innerlijke geaardheidsverschillen tussen de samenlevingskringen verdwijnen, als men maar niet vasthoudt aan den eis van een critische structuur-analyse van de samenleving, maar de sociale structuren consequent als louter variabele historische verschijnselen beschouwt. En er met den nodigen nadruk aan toevoegt, dat iedere andere beschouwing niets is dan een „natuurrechtelijke speculatie”, die „in strijd is met de werkelijkheid”.

<sup>1</sup> Wat de schrijver zich onder „regeling van private belangen” precies voorstelt, is verre van duidelijk.

Het burgerlijk privaatrecht bestrijkt slechts een betrekkelijk smallen sector van het privaatrecht, nl. dien sector, die in de rechtssfeer van den staat valt. Het kan „private belangen” slechts regelen voorzover deze zelve van burgerrechtelijken aard zijn. Dit wil zeggen, dat 's schrijvers definitie, zo ze niet op een tautologie uitloopt en dus niets zegt, onhoudbaar is.

Er zijn tal van private belangen, die in hun specifiek karakter buiten den burgerlijken rechtssfeer vallen. Dit is, zoals hieronder zal blijken, van principieel belang in de burgerrechtelijke leer van het rechtsmisbruik.

<sup>2</sup> Die Lehre vom *ius naturale, aequum et bonum und ius gentium des Römer* (4 Bnd).

<sup>3</sup> Die Philosophie im Privatrecht (2 Bnd).

bestrijdt hij de leer van de sociale functie in den extremen vorm, waarin zij door LÉON DUGUIR is voorgedragen en verwijt hij dezen „een door voorin- genomenheid eenzijdige, onvolledige waarneming der werkelijkheid” (blz. 38)<sup>1</sup>. Maar hij aanvaardt niettemin in de burgerrechtelijke leer van het subjectief recht deze theorie in den meer gematigden vorm, waarin zij door JOSSERAND werd voorgedragen en die haar neerslag heeft gevonden in het eerste artikel van het zgn. Russische B. W. Zulks komt tot uiting in de door hem gegeven definitie van het rechtsmisbruik: „Misbruik van recht wordt aanwezig geacht, wanneer iemand zijn recht uitoefent op een wijze, welke in strijd is met het doel, waartoe het recht is toegekend, in strijd m. a. w. met de maatschappelijke bestemming ervan”. Of deze leer zich verdraagt met den aard van het burgerlijk privaatrecht, is bij hem geen punt van overweging.

De Hoge Raad heeft haar van meetaf afgewezen en het principieel daaraan *tegengesteld* criterium aanvaard, dat het rechtsmisbruik is gelegen in het gebruik maken van een recht zonder enig redelijk belang. Dit wil zeggen, dat de H. R. bij de aanlegging van dit *negatieve* criterium zich principieel onthoudt van een *positieve* beoordeling van de specifieke bestemming, welke de burgerlijk gerechtigde aan zijn recht geeft, omdat zulks hem buiten de innerlijke grenzen van de burgerrechtelijke maatstaven zou voeren.

De schrijver vermeldt echter deze leer van de H. R. als een nadere toelichting van zijn eigen definitie:

„Daar rechten strekken ter bescherming van belangen”, zo schrijft hij, „wordt het gebruik maken van een recht *zonder enig redelijk belang* als misbruik van recht gequalificeerd” (blz. 41). Dit is zonder meer een ernstige fout, die bewijst, dat de schrijver zich van de portée van den modernen strijd over het rechtsmisbruik in 't geheel niet bewust is.

In § 3 van het slothoofdstuk geeft de schrijver een naar verhouding vrij uitvoerige beschouwing over aard en taak van de rechtsphilosophie. Of- schoon hij hier — met name bij zijn critisch-historisch overzicht over de natuurrechtsleer — duidelijk confessie doet van zijn historistisch uitgangspunt, werpt hij toch in de inleiding dezer § een nieuw, en nu inderdaad *critisch* probleem op, die dit gehele uitgangspunt feitelijk weer „im Frage stellt”. Blijkbaar onder den indruk van de neo-kantiaanse ken-theoretische onderzoekingen naar de transcendentiaal-logische voorwaarden onzer rechts-ervaring merkt hij op: „Rechtssociologie, rechtsgeschiedenis en rechtsvergelijking veronderstellen . . . , dat er iets gemeenschappelijks, iets blijvends is, hetgeen een onbegrensde reeks van voorstellingen in ons bewustzijn saamverbindt, zodat wij ze samenvatten onder één woord: *rechtsvoorstellingen*. Wat stellen wij ons eigenlijk voor bij „recht”: Een voorstelling „moeten wij daaromtrent toch wel hebben, want hoe zouden wij anders aan „rechtssociologisch, rechtshistorisch en rechtsvergelijkend onderzoek ook „maar kunnen beginnen? Maar van iets een voorstelling te hebben is nog „wat anders dan daarvan een zo scherp omlinjende voorstelling te hebben, „dat het mogelijk is deze in woorden uit te beelden. Wanneer men ons de „vraag stelt: wat is recht? dan kan het ons gaan als AUGUSTINUS, toen men „hem vroeg: wat is tijd? Als men er mij niet naar vraagt, zeide hij, weet ik

<sup>1</sup> Dit klinkt weer vreemd in 's schrijvers mond, wanneer wij bedenken dat hij in zijn theoretisch werkelijkheidsbeeld alle normatieve aspecten wil uitschakelen en toch meent te kunnen vaststellen, dat „ook individuele belangen nog altijd in het objectieve recht erkenning en bescherming vinden” door de toekenning van subjectieve rechten. Is dit volgens hem nog een oordeel over de *werkelijkheid*?

„het precies, maar de vraag beantwoorden kan ik niet. De rechtsphilosophie „wil een antwoord hebben op die vraag: wat is recht“?

Nu gaat het beroep op AUGUSTINUS hier niet op, omdat de vraag „Wat is recht?“ op een heel ander niveau ligt dan de vraag: „Wat is tijd“. De tijd in zijn alle aspecten onzer ervaring omvattende zin is inderdaad niet vatbaar voor een begripsomvatting<sup>1</sup>. Het „rechtelijke“ daarentegen is slechts een modaal aspect onzer ervaring, waarnaar de rechtswetenschap juist haar veld van onderzoek afgrenst. Hiervan *moeten en kunnen* wij ons een theoretisch begrip vormen, willen wij niet voortdurend op onwetenschappelijke wijze de velden van onderzoek en de grondbegrippen der onderscheiden vakwetenschappen dooreen warren. Maar zonder wijsgerige bezinning is dit inderdaad niet mogelijk.

Volgens den schrijver kan dit wél, voorzover men alleen over de rechtsverschijnselen spreekt, dat is volgens hem wat van het recht „zinnelijk waarneembaar“ is en de rechtswetenschap (in den vroeger door hem bedoelden drieledigen zin) zou dan ook wel degelijk in dezen zin een criterium voor de onderscheiding der rechtsverschijnselen kunnen bieden. Ik heb er reeds vroeger op gewezen, dat de schrijver in gebreke is gebleven ons op dezen grondslag enig criterium aan te wijzen en dat het onmogelijk is van rechtsverschijnselen te spreken, zolang men het normatief-juridisch aspect onzer ervaring principieel uit het wetenschappelijk gezichtsveld uitschakelt.

In de eerste § van Hoofdstuk I van zijn boek beweert de schrijver, dat de „samenleving, als geordende gemeenschap, is de openbaring van het recht, is datgene wat er van het recht uiterlijk zichtbaar is“ en dat het recht dus is „het leven der mensen zelf, gezien van een bepaalden kant, nl. als geordende samenleving“ (blz. 5). Hier wordt dus de geordende „samenleving“ ons niet alleen voorgesteld als een „zinnelijke waarneembaarheid“, maar ook als een „bepaalde kant“, een bepaald aspect van de samenleving dat wij rechtelijk noemen! De schrijver beschikt blijkbaar over een mystiek zintuig, waardoor hij betrekkingen van huwelijk, nationaliteit, huur en verhuur, bewaargeving, geldlening, assurantie enz. zinnelijk kan waarnemen en in die zinnelijke waarneembaarheden „het recht“ als ordenende macht kan gewaar worden. Voor hen, die dit zesde zintuig missen, is het veeleer zo, dat het gehele empirische rechtsleven ons slechts *op symbolischen grondslag* kan worden *betekend*, maar als zodanig nimmer zinnelijk waarneembaar is, al is het niet *los* van het zinnelijke gewaarwordingsaspect gegeven.

In § 2 van hetzelfde hoofdstuk leert de schrijver op het voetspoor van de natuurrechtsleraars HOBBS en THOMASIVS, dat het *doel* van het recht is een vreedzame ordening van de samenleving door het brengen van evenwicht tussen de tegenstrijdige menselijke belangen. En hij voegt hieraan toe, dat het recht dit doel alleen kan bereiken door zoveel mogelijk naar rechtvaardigheid (het suum cuique tribuere) te streven. Daarbij moet volgens hem echter steeds een compromis worden getroffen tussen de rechtvaardigheid en de rechtszekerheid, die met elkander in tweespalt liggen.

Men zou menen, dat dit toch wel bij uitstek *normatieve* begrippen zijn, die dus voor de rechtswetenschap, die zich aan de „werkelijkheid“ heeft te houden, verboden zijn.

Maar neen, op blz. 13 lezen we tot onze verwondering, dat de theorieën volgens welke het recht geen ander doel heeft dan de verwerkelijking van de rechtvaardigheid, eenzijdig en *in strijd met de werkelijkheid* zijn. De

<sup>1</sup> Wel weer de afzonderlijke modale aspecten van den tijd.



schrijver meent dus dat de normatieve beginselen der rechtvaardigheid en rechtszekerheid zich kunnen „verwerklijken”, dit wil in zijn „werkelijkheidsbeeld” zeggen, „zinnelijk waarneembaar” kunnen worden.

Het Duitse idealisme (met name HEGEL) sprak ook over een verwerklijking van de rechtsidee, maar hanteerde dan ook niet het naturalistisch werkelijkheidsbeeld van den schrijver. Bij HEGEL behoort het recht tot het werkelijkheidsgebied van den „objectieven geest”. Maar in § 3 van het slothoofdstuk scherpt VAN APELDOORN nog eens aan zijn lezers het Kantiaanse dualisme in, dat van geen brug tussen „sein” en „sollen” wil weten: „Rechts-„normen”, zo schrijft hij hier, „behoren tot een andere wereld dan de rechts-„gebruiken; zij behoren niet, zoals deze, tot de wereld van de *feiten*, van het „zijn, van de *natuur*, maar tot die van de *waarden*, tot de wereld van het „moeten (sollen) en *mogen*, dus tot een andere wereld dan die, waarin de „wetenschappelijke onderzoeker zich beweegt” (blz. 331).

Maar hoe ter wereld kan hij dan spreken van een „verwerklijking” van de normen van rechtvaardigheid en rechtzekerheid?

Zelfs de Z.W.-Duitse school van het neo-Kantianisme, die in de „cultuur” een „tussenrijk” tussen het gebied van het zijn (de natuurwerkelijkheid) en het rijk der waarden zag, weigerde beslist van een „verwerklijking van de waarden” te spreken. Uit dit alles blijkt slechts nogmaals, dat VAN APELDOORN zich de wijsgerige portée van zijn standpunt niet bewust is, en dat hij een Kantiaanse tegenstelling in zijn betoog invoert, die hij blijkbaar niet begrepen heeft.

In Hoofdstuk III, dat handelt over „Recht en andere ethische normen”, blijkt, dat „het recht” toch weer niet hetzelfde is als de „geordende samenleving”. Immers hier zet de schrijver uiteen, dat ook de „zeden” een belangrijke ordenende macht in de samenleving zijn en te zamen met het recht een „goede ordening” of de „volmaking van de gemeenschap” ten doel hebben. Daarin zouden deze beide soorten van „ethische normen” zich juist onderscheiden van die van moraal en religie.

De moraal zou alleen de volmaking van den individuelen mens ten doel hebben, maar niet op de gemeenschap betrokken zijn. Zij zou, gelijk de schrijver op KANT's voetspoor leert, in de eerste plaats op de gezindheid van den mens en niet primair op de uitwendige handelingen betrokken zijn.

Wij mogen wel vragen waar de schrijver dan de morele liefdeplichten tussen ouders en kinderen, tussen de echtgenoten, tussen den mens en zijn naaste, tussen den mens en zijn vaderland enz. enz. wil onderbrengen? Zijn zij niet van uitgesproken *sociaal* karakter?

Volgens den schrijver moeten wij het zijn van individu en dat van sociaal wezen als twee „zijden” zien van het menselijk bestaan (de term „zijde” hanteert hij met bijzondere voorliefde, maar tot nu toe bleek nog nergens wat hij er precies onder verstond). Maar als we nu toch blijkbaar weer de normatieve aspecten onzer ervaring in het theoretisch werkelijkheidsbeeld moeten opnemen, is deze stelling dan niet „in strijd met de werkelijkheid”?

De verhouding tussen den individuelen mens en de gemeenschap is een relatie, die constitutief is voor het individuele menselijk bestaan zelve, maar die zich dan ook in *alle* zijden of aspecten der tijdelijke menselijke existentie geldend maakt. En zij heeft haar wortel juist in de centrale religieuze sfeer. Dat in het morele aspect de mens slechts als „individu” in aanmerking zou komen, is een stelling, die nimmer in den innerlijken *aard* van het morele aspect kan gegrond zijn, maar slechts op rekening van een individualistische

Griekse of humanistische filosofie van de autonome moraal is te stellen, die geen enkel contact heeft met de „orde der werkelijkheid”.

Maar de schrijver, die hier blijkbaar geheel zijn leer over de historisch-sociale bepaaldheid van al onze normatieve oordelen vergeten is, sluit zich rustig bij KANT's opvatting van de autonome moraal aan en maakt van die autonomie een wezenscriterium tussen de „eigenlijke moraal” enerzijds en de heteronome ordeningen van recht en zeden anderzijds! De „maatschappelijke, positieve of objectieve moraal” is volgens hem geen zedelijkheid in eigenlijken zin. Dit standpunt moet (in zijn religieuze bepaaldheid) bij de wezenlijke Kantianen ernstig worden genomen. Bij VAN APELDOORN kan men het niet „au serieux” nemen, daar het bij hem een onverteerd stuk filosofische wijsheid is, dat hijzelf vanuit zijn historisch standpunt onmogelijk kan aanvaarden en verantwoorden.

Maar ik laat nu verder 's schrijvers onderzoek naar het onderscheid tussen recht, moraal, zeden en religie rusten, omdat het in wezen niet uitkomt boven de criteria, die sinds THOMASIVS en KANT algemeen bekend zijn geworden en eigenlijk niemand bevredigen. Ook VAN APELDOORN niet, getuige het feit, dat hij in § 3 van zijn slothoofdstuk de vraag naar het rechtsbegrip opnieuw, en thans in kennistheoretischen zin, aan de orde stelt. En ditmaal maakt hij wel ernst met zijn uitgangspunt, maar haalt daarmee tegelijk een streep door al zijn vroegere apodictische uitspraken over de opvattingen van het recht, die „in strijd zijn met de werkelijkheid”. Na nog eens de gangbare rechtscriteria te hebben gememoreerd, schrijft hij (blz. 332): „Al deze opvattingen . . . stemmen in zoverre overeen, dat zij 1e een nauw verband leggen tussen recht en staat (of overheid), 2e het resultaat zijn van een empirisch onderzoek naar het gemeenschappelijk kenmerk van regels, die rechtsregels plegen *genoemd* te worden of m.a.w. onder het begrip recht *geclassificeerd* plegen te worden. Daar echter bij het classificeren van normatieve regels, d.w.z. van regels, waaraan een waarderingsoordeel ten grondslag ligt, te allen tijde ook weer waardering, dus subjectief oordeel een rol speelde en speelt, is men er niet in geslaagd langs den weg van zodanig empirisch onderzoek te komen tot de vaststelling van een *algemeen geldig*, door ieder te aanvaarden rechtsbegrip”. Dit is nu eindelijk duidelijke taal. Maar zou dan ook onze „voorstelling” van „het recht”, die de schrijver een noodzakelijke voorwaarde acht, om „aan rechtssociologisch, rechtshistorisch en rechtsvergelijkend onderzoek ook maar te kunnen beginnen”, niet aan die subjectiviteit, die aan alle waarderungen eigen is, onderhevig zijn? Of zou die, misschien niet onder woorden te brengen, „voorstelling” wel een „algemeen geldigen inhoud” hebben? Hier raken wij weer in den nevel. Het is wel duidelijk, dat wanneer de laatste vraag ontkennend zou moeten worden beantwoord — en ik kan niet inzien hoe dit op 's schrijvers standpunt anders zou kunnen zijn — ook datgene, wat hij als eigenlijke *wetenschap* van het recht beschouwt, niet langer kan worden uitgegeven voor objectief onderzoek van werkelijke verschijnselen, los van ieder normatief gezichtspunt. Maar misschien is juist dit de reden, waarom die noodzakelijke voorstelling van het recht door den schrijver niet „in woorden kan worden uitbeeld”.

„Indien er een algemeen geldig rechtsbegrip is”, zo besluit de schrijver „dit summier kennistheoretisch onderzoek, „dan kan dit alleen zijn een „begrip a priori, d.w.z. een begrip, dat niet stamt uit de ervaring, maar aan „alle ervaring voorafgaat, omdat het in de wetten van het denken zelf besloten is. Maar is er zodanig algemeen geldig, noodzakelijk rechtsbegrip”?

Zo werd het probleem inderdaad gesteld door de neo-Kantiaanse rechts-leraars STAMMLER en KELSEN. En dat er in dezen zin geen algemeen geldig rechtsbegrip is, en niet *kan* zijn, ben ik met den schrijver volkomen eens, niet slechts, omdat ook onze critische bezinning op den aard van het recht „historisch bepaald” is (wat niet betekent, dat zij in historistischen zin zelve slechts een historisch verschijnsel zou zijn), maar bovenal, omdat het dogma van de autonomie der wetenschap tegenover de wijsbegeerte en de religie tegen een wezenlijk critisch onderzoek naar de innerlijke structuur der wetenschappelijke denkhouding niet bestand is gebleken.

Maar de schrijver wil juist aan die autonomie van de rechtswetenschap vasthouden, die hij niet critisch kan verantwoorden. Op zijn historistisch standpunt rest dan niets anders dan de rechtswetenschap over te leveren aan een „subjectieve voorstelling van recht”, die aan voortdurende verandering onderhevig is. Want als hij zou menen nog een objectieve basis voor de rechtswetenschap te kunnen vinden door zich vast te klampen aan sociale gedragsregels, die rechtsregels plegen *genoemd* te worden, dan zou hij opnieuw op een subjectivistischen zandgrond bouwen. Want zelfs in de benaming van menselijke gedragsregels als rechtsregels openbaart zich voortdurend verschil tussen de rechtsdogmatici en de rechtssociologen over de vraag, welke gedragsregels den naam „recht” verdienen. Dat heeft hij ten slotte zelf ruiterlijk erkend.

Slechts dan, wanneer het juridisch aspect der menselijke samenleving zelve tot den menselijken ervaringshorizon behoort en een onherleidbare constante modale structuur vertoont, die gegrond is in een werkelijkheidsorde, die geen „mensenwerk” is, kan de rechtswetenschap worden onttrokken aan een relativistisch subjectivisme, dat haar waarheids criterium onherroepelijk ondermijnt.

H. DOOYEWEERD.