
DE BRONNEN VAN HET STELLIG RECHT IN HET LICHT DER WETSIDEE

EEN BIJDRAGE TOT OPKLARING VAN HET PROBLEEM
IN ZAKE DE VERHOUDING VAN RECHTSBEGINSEL EN
POSITIEF RECHT

DOOR

PROF. DR H. DOOYEWEERD.

III.

C. *De positivistische bronnentheorie en kritiek op haar.*

Positivistisch kunnen wij iedere rechtsbronnentheorie noemen, die het stellig (positieve) recht *los van zijn materieelen zin* poogt te vatten, een boven den subjectieven willekeur der rechtsvormers verheven, in dien zin zelve gegronde innerlijke wetmatigheid van de rechtsorde loochent en het *positiviteitselement in het rechtsbegrip verabsoluteert*. Een positivistische bronnentheorie opereert *als zoodanig* noodwendig met een bloot *formeel begrip* van rechtsbron.

Het is licht aan te toonen, dat zulk een positivistische rechtsbronnentheorie, *consequent doorgedacht*, zich zelve in innerlijke tegenspraak moet ontbinden. Immers zij heft het *begrip des rechts* op. Het *begrip* toch staat en valt met de *wetmatige bepaaldheid* van het object, waarvan men een begrip wil verkrijgen. Is echter de rechtsorde identiek met den subjectieven willekeur der rechtsvormers, dan bezit zij geen innerlijke wetmatigheid en is geen rechtsbegrip mogelijk. Begripsmatige bepaaldheid van zuiveren subjectieven willekeur is een tegenspraak in zich zelve.

Er bestaat in de tijdelijke werkelijkheid geen subjectieve willekeur zonder gebondenheid aan eene boven-subjectieve wetsorde.

Het positivisme vindt bewust of onbewust zijn consequente kennistheoretische basis in het *empirisme*, dat in zijn verwerping van een vóór alle subjectieve ervaring aanwezige objectieve wetmatigheid der

waargenomen verschijnselen, zich zelve in een scepticistisch subjectivisme ontbindt.

Wil het empirisme de klip van het volmaakt negatieve scepticisme vermijden, dan moet het op een bepaald punt met het empiristische dogma breken. Dat kritieke punt is reeds in een der meest scherpzinnige kennistheorieën van empiristisch karakter, in die van DAVID HUME aan te toonen. Wanneer Hume de objectieve gelding van de (mechanische) causaliteitswet langs empiristischen weg poogt te bestrijden, dan loopt zijn betoog uit op een herleiding van die zgn. *causaliteitswet* tot subjectieve associaties van psychische voorstellingsfuncties.

Dit betoog kan alleen *dan* hout snijden, wanneer men uitgaat van een psychische *associatiewet*, die zelve nimmer langs empiristischen weg valt aan te toonen. Aanvaardt men deze boven-subjectieve associatiewet niet, dan valt ook de *clou* van het geheele betoog, dat er immers op uit is de voorgewende causaliteitswet uit psychische associatie van voorstellingsfuncties te *verklaren*.

Op soortgelijke wijze moet de positivistische bronnentheorie, wil ze niet tot een nihilistische rechtsbeschouwing leiden, op een kritiek punt met het positivistisch gronddogma breken en onvoorziens een boven den subjectieven willekeur der rechtsvormers verheven wetmatigheid in de rechtsorde aanvaarden.

Het bedoelde kritieke punt ligt verschillend al naar gelang we met het *naief*-positivisme dan wel met het *moderne* zgn. *kritisch* positivisme te doen hebben.

Wij willen deze beide richtingen een oogenblik nader afzonderlijk beschouwen.

a. De naief-positivistische theorie in monistische en dualistische gedaante.

Naief positivistisch kunnen wij die positivistische rechtsbeschouwing en dientengevolge ook die bronnentheorie noemen, voor welke het positieve recht als zoodanig nog niet tot *probleem* geworden is.

Ze is ontstaan uit een samenstel van factoren, die geleidelijk tot een ontzenuwing van de leer der historische school hebben gevoerd en de stelling dezer school, waarmede zij het pleit tegen de natuurrechtstheorie opnam, n.l. dat er geen ander recht is dan positief recht, in positivistischen zin omduidde.

De overgang van de historische tot de positivistische bronnentheorie was voltrokken, toen de historisch-idealistische grondslag der historische school: de leer van een aanvankelijk onbewuste organisch-historische ontwikkeling van het recht uit den boven-individueelen volksgeest was losgelaten, zonder dat aanvankelijk een nieuwe rechts-wijsgeerige theorie over den oorsprong van het positieve recht ervoor werd in de plaats gesteld. Het bedoelde gronddogma der historische school had reeds van meetaf scherpe bestrijding gevonden zoowel van de zijde der *Kantiaansche* als van de zijde der *Hegeliaansche* filosofie.

De eerste richting werd in de rechtstheorie onder de bestrijders van VON SAVIGNY vooral vertegenwoordigd door THIBAUT, de tweede richting door GANS. Beide richtingen keerden zich tegen de irrationalistische en in staatkundigen zin quietistische theorie i. z. den oorsprong van het stellig recht uit een aanvankelijk onbewust werkenden volksgeest. THIBAUT had in zijn strijd tegen Von Savigny een onmiddellijk politiek doel voor oogen: de codificatie van het gemeen-Duitsche privaatrecht. De verschijning van zijn bekend geschrift, *Ueber die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* waartegen Von Savigny in 1814 zijn *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* richtte, vond haar aanleiding in een vlugschrift van A. W. REHBERG getiteld *Über den Code Napoléon und dessen Einführung in Deutschland* (1813). Rehberg had zich hierin op hartstochtelijke wijze verzet tegen een algemeene invoering van de Code Napoleon in Duitschland, eischte afschaffing van de Fransche codificatie, waar ze reeds was ingevoerd en overal herstel van den ouden toestand.

Daartegenover stelde Thibaut de noodzakelijkheid, om aan de versplintering van het toenmalig Duitsche privaatrecht een einde te maken door de opstelling van algemeen Duitsche wetboeken, waarin het burgerlijk-, straf- en privaatrecht zou worden gecodificeerd. Bij de opstelling van dit program vond hij Von Savigny op zijn weg, die aan de wetgeving in het proces der rechtsvorming slechts een bescheiden plaats toekende en zich tegen de *codificatie* als zoodanig richtte, als zijnde overbodig in een tijd, waarin de juristen inderdaad de historische ontwikkeling der positieve rechtsstof beheerschen of wel uiterst schadelijk in een tijd, als den toenmaligen, waarin zulks niet het geval was.

Thibaut, die van de rationeele rechtsvorming langs den weg der

wetgeving alles verwachtte, stond inderdaad lijnrecht tegenover de organische ontwikkelingstheorie der historische school. Zulks blijkt uit niets zoo duidelijk als uit zijn beschouwing van de rechtsgeschiedenis als leervak. Voor hem is de rechtsgeschiedenis hoogstens object van een paedagogische hulpwetenschap van het recht, niet een immanente ontwikkelingsfactor van het positieve recht zelve. Voor de propaedeuse tot de beoefening van het positieve recht kon volgens hem evengoed een cursus in het Perzisch of Indisch recht als in het Romeinsch of Germaansch recht dienst doen. Zijn geheele belangstelling is gericht op de practische rechtsbehoeften van zijn tijd en daarin toont hij zich een voorlooper van RUDOLPH VON JHERING in zijn latere periode. Hij ziet niet het noodwendig substraatsverband tusschen de historische ontwikkeling en het stellig recht.

In zijn strijd tegen de irrationeele organologische ontwikkelingstheorie der historische school vond hij den Berlijnschen hoogleeraar GANS aan zijn zijde ¹⁾, die georiënteerd aan HEGELS rationalistische dialectiek, reeds daardoor tegen VON SAVIGNY'S leer van den oorsprong van het stellig recht gekant moest zijn. HEGEL toch had tegenover Schelling's leer der onbewuste zelf-ontplooiing van het absolute, de dialectische zelf-ontwikkeling der rede gesteld en hij had Von Savigny's pleidooi tegen de rationeele codificatiegedachte gebrandmerkt als „einen der grössten Schimpfe, der einer Nation oder jenem Stande (dem juristischen) angetan werden könnte" ²⁾.

In den gemeenzamen strijd tegen de historische school delfden de beide filosofisch georiënteerde juristen Thibaut en Gans het onderspit. De codificatiegedachte had voorshands geen uitzicht op verwezenlijking.

In 1839 stierf Gans, in 1840 Thibaut.

Doch na hun dood werd de historische rechtsbronnentheorie in een gevaarlijke crisis verwickeld door het ontbranden van den reeds besproken strijd tusschen Romanisten en Germanisten.

Weliswaar bleef, gelijk wij zagen, de Germanistische richting in haar groote leiders BESELER en GIERKE aan den historisch-idealistischen grondslag der school getrouw, maar anderzijds begonnen zich reeds op scherpe wijze positivistische tendenzen in haar rechtsbronnentheorie baan te breken, gelijk wij hierboven aan BESELER'S en GIERKE'S theorie i.z. *wettenrecht*, *gewoonte-* en *juristenrecht* uitvoerig hebben aangetoond.

De grondstelling der historische rechtsbronnentheorie: de opvatting

van den nationalen volksgeest als eenige materiele rechtsbron was ondermijnd. De codificatiegedachte, die na het ineenzinken der rationalistische natuurrechtstheorie, de krachtigste motor voor de positivistische rechtstheorie zou worden, werd door de Germanisten opnieuw naar voren gebracht. In 1854 voorspelde WINDSCHEID, dat de tijd Georg Beseler zou volgen.

Voeg daarbij de lange reeks geschriften over de methode en taak der rechtswetenschap, welke sinds het revolutiejaar 1848 in steeds scherpere mate tegen de historische school positie kozen ³⁾ en *last not least* den afval van RUDOLPH VON JHERING van de historische school, en ge hebt een duidelijk beeld van den overgang van de historische tot de positivistische theorie. Met name de ontwikkelingsgang van Von Jhering vraagt in dit verband onze aandacht.

Terwijl deze in zijn vroegste periode (1842—1852) nog geheel in de romantisch-organische theorie der historische school bevangen was, welker oorspronkelijken gedachtengang hij tegen haar epigonen krachtig verdedigt in dé groote verhandeling uit het jaar 1844: *Die historische Schule der Juristen* (anoniem verschenen in de „Literarische Zeitung” ⁴⁾), begon hij reeds in zijn tweede periode, aanvangend met de verschijning van den eersten band van zijn *Geist des römischen Rechtes* (1852) principieel zich van de romantiek af te wenden. In dien eersten band van zijn beroemd werk, waarin hij het program der historische school: het verstaan van een rechtssysteem uit den *volksgeest* wilde verwezenlijken ten aanzien van de ontwikkeling van het Romeinsche recht, bestreed hij Von Savigny's poging, de *receptie* van dit recht in de Germaansche landen als product van den nationalen volksgeest te duiden en wees hij op de groeiende beteekenis van het internationale recht.

In de „Inleiding” vinden wij de stoute uitspraak: „Die welt-historische Bedeutung und Mission Roms in ein Wort zusammengefasst ist die Ueberwindung des Nationalitätsprinzips durch den Gedanken der Universalität” ⁵⁾, in welke uitspraak VON JHERING zich bewust tegen den romantischen trek in de historische bronnentheorie keert. De historische school, die zich zoo uitnemend verdienstelijk heeft gemaakt door het historisch onderzoek van het Romeinsche recht, heeft de receptie niet wetenschappelijk kunnen verstaan en rechtvaardigen: „durch das Tor der Nationalität kommt das römische Recht nie in unsere Wissenschaft hinein” ⁶⁾.

Von Jhering zelf grondt de receptie op de algemeene kultuurwet van de *gemeenschap* der volkeren. Dezelfde wet, die voor de stoffelijke wereld geldt, bestaat ook voor de geestelijke: „Leben ist Aufnahme von auszen und innerliche Aneignung; Rezeption und Assimilation sind die beiden Fundamentalfunktionen, auf deren Dasein und Gleichgewicht das Bestehen und die Gesundheit jedes lebenden Organismus ruht. Die Aufnahme von Auszen verwehren und den Organismus zur Entwicklung „von innen heraus“ verurteilen heiszt ihn toten — die Entwicklung von innen heraus beginnt erst bei der Leiche“.⁷⁾

Eerst door zijn *universaliteit* is het Romeinsche recht een cultuurelement der moderne wereld geworden.

Von Jhering verwerpt geenszins de opvatting, dat de eerste ontwikkeling van het positieve recht uit den *nationalen* volksgeest voortkomt. Integendeel juist op dit punt tracht hij het program der historische school te volvoeren: het positieve recht *in zijn aanvankelijke ontwikkeling uit den nationalen volksgeest* te verstaan. Hij wijdt zelfs een geheel hoofdstuk in het eerste boek aan het wezen van den Romeinschen volksgeest, een hoofdstuk, dat hij met verontschuldiging voor zijn diletantisme op dit gebied, als een schets van geschiedphilosophie aandient en waarin hij de constitueerende kenmerken van dezen volksgeest tracht te ontdekken, terwijl VON SAVIGNY c. s. zulks nimmer beproefd hadden. Doch daarbij blijkt tevens, dat Von Jhering principieel gebroken heeft met de irrationalistische opvatting van het aanvankelijk onbewust ontstaan van het recht uit den moederschot van dien volksgeest.

Bij de objectiveering van den Romeinschen volksgeest, wiens essentieel karakter Von Jhering samenvat als „das System des disziplinierten Egoismus“⁸⁾, heeft ook de *reflexie*, de *bewuste berekening* haar aandeel. „Den Römern was es Bedürfnis, die Dinge selbsttätig zu gestalten, es widerstrebte ihnen, sie nach der Theorie der Naturwüchsigkeit sich selbst zu überlassen“⁹⁾. En die reeds in den eersten band van den „Geist“ aanwezige tegenstand tegen de irrationalistische opvatting van den volksgeest voerde, gelijk Von Jhering's leerling ADOLF MERKEL terecht opmerkt, ook vanzelf tot een andere *ontwikkelingsgedachte* in de rechtsgeschiedenis¹⁰⁾.

Had deze gedachte bij Von Savigny en zijn volgelingen een ontegenzeggelijk *conservatief* karakter gedragen, bij Von Jhering wordt zij *progressief*. Daarmede hangt weer samen zijn tegen de historische

school gerichte beschouwing over de verhouding van wettenrecht en gewoonterecht in de Romeinsche rechtsontwikkeling. Wat Von Jhering in deze zijn tweede periode nog aan de historische school bond, was veeleer PUCHTA's „Begriffsjurisprudenz" in de poneering van de theoretische wetenschap als rechtsbron ¹¹⁾, dan de door hem reeds toen verworpen romantisch-irrationeele theorie van een „naturwüchsig" ontstaan van het positieve recht uit den volksgeest.

In den derden band van zijn „Geist des römischen Rechtes", verschenen in 1858, heeft Von Jhering Puchta's opvatting gefundeerd door een uitgebreide theorie over de *rechtstechniek*, waarin met name de natuurhistorische beschouwing van de juridische *constructie* het mikpunt van scherpe aanvallen van verschillende zijden werd, gelijk hij zelf in zijn lateren tijd deze beschouwing van de productiviteit der logische constructie met matelooze ironie heeft bespot in zijn *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*.

Het krasse naturalisme en begrippenrealisme dezer natuurhistorische methode, waarin de rechtsbegrippen en rechtsinstituten als juridische lichamen met een eigen organisch leven worden beschouwd, waarin gezocht wordt een „anatomische" en „physiologische beschouwing van het rechtsorganisme" en van zijn „Aggregatzustände" in de begrippen ¹²⁾ heeft inderdaad met de historische theorie van den organischen samenhang van het positieve recht in zijn gemeenzame materiele rechtsbron „den volksgeest" weinig meer van doen, doch is in waarheid niet anders dan een natuurwetenschappelijke denaturering van de historische organismegedachte ¹³⁾.

Eerst door de natuurhistorische opvatting der rechtsbegrippen als levende lichamen acht VON JHERING de opvatting van de theoretische wetenschap als rechtsbron te fundeeren: „Haben wir einmal die Vorstellung der Rechtskörper adoptirt, die Idee des individuellen Seins und Lebens auf den gegebenen positiven Stoff angewandt, so müssen wir dieser Idee auch da treu bleiben, wo der positive Stoff uns im Stich lässt, d. h. das Fehlende in irgend einer Weise ergänzen. Das Material aber zu dieser Ergänzung gewährt uns theils der einzelne Körper selbst, seine Natur und innere Dialektik, theils die allgemeine Theorie der juristischen Körper" ¹⁴⁾.

Intusschen had Von Jhering reeds in zijn inleidingsartikel tot de door hem in samenwerking met GERBER uitgegeven *Jahrbücher für die Dogmatik* (verschenen in 1857) bij de onderscheiding van de

receptieve en productieve werkzaamheid der rechtswetenschap het parool gegeven: „door het Romeinsche Recht boven het Romeinsche recht uit!“¹⁵⁾ en daarmee blijk gegeven van een vooruitstrevende opvatting der rechtsontwikkeling, welke wij bij PUCHTA voor wien het Romeinsche recht langzamerhand de „ratio scripta“ geworden was, te vergeefs zoeken.

De natuurhistorische methode, in dienst gesteld van dit vooruitstrevend ideaal typeert Von Jhering's tweede periode, waarin de afval van de grondgedachten der historische school zich reeds scherper begint te openbaren¹⁶⁾.

Men heeft den gedachtegang, welke aan deze methode ten grondslag ligt, terecht in verband gebracht met het geschrift van J. H. VON KIRCHMANN: *Ueber die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, oorspronkelijk een voordracht in het jaar 1847, dus vlak voor het uitbreken van den revolutiestorm, in de „Juristische Gesellschaft“ te Berlijn gehouden en die door LANDSBERG niet onaardig *de grafrede der historische school* genoemd wordt¹⁷⁾.

Dit geschrift, geheel beheerscht door het naturalistisch wetenschaps-ideaal der humanistische levens- en wereldbeschouwing beteekende primair een aanval op de opvatting der historische school in zake de taak der rechtswetenschap, doch is in' wezen een „ad absurdum“ voeren van de positivistische richting in de rechtswetenschap, welke hier ten onrechte met de historische richting wordt vereenzelvigd. De veel geciteerde woorden „Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und Bibliotheken werden Makulatur“ bedoelden niet anders dan aan een wetenschap, welke geen ander object kiest dan de producten eener steeds wisselende wetgeving, gebrek aan een objectieve wetmatigheid te verwijten. Doordat zulk een wetenschap het „toevallige“ tot voorwerp van onderzoek kiest, wordt zij zelve tot toevalligheid: „Die Gegenwart ist allein berechtigt; die Vergangenheit ist tot, sie hat nur Wert, wenn sie das Mittel ist, die Gegenwart zu verstehen und zu beherrschen“. De rechtswetenschap echter komt tot een waarlijke beheersching van de rechtsstof altijd eerst *dan*, wanneer die stof dood is. Daarom stelt zij zich gaarne vijandig tegenover de rechtsontwikkeling. „Ja, diese, aus der Eigentümlichkeit ihres Gegenstandes für die Wissenschaft hervorgehende Gefahr hat die Wissenschaft schon öfter verleitet, über das vergangene Recht das der Gegenwart völlig zu vergessen, stolz das gegenwärtige Recht dem verachteten Handwerke

des Praktikers zu überlassen . . . Die geschichtliche Schule liefert hierfür der Belege genug; kaum dasz die Koryphäen derselben einen mittleren Weg haben einhalten können”.

Von Kirchmann kent slechts één soort ware wetenschap, n.l. de natuurwetenschap, die „eeuwige”, onveranderlijke wetten opspoort, daardoor de natuur door het denken leert *beheerschen* en zoo practisch de menschheid tot hooger kultuurtrap voert¹⁸⁾. In mijn *Beteekenis der Wetsidee voor Rechtswetenschap en Rechtsphilosophie* en mijn studiereeks *In den strijd om een Christelijke staatkunde* heb ik de wetsidee, welke achter dit humanistisch wetenschapsideaal verscholen ligt, uitvoerig ontleed.

Het is de natuurwetenschappelijke pool in deze wetsidee, welke in Von Kirchmann's geschrift overheerscht, terwijl in de romantiek veeleer het humanistisch vrijheidsideaal of persoonlijkheidsideaal overweegt.

Zoo wordt ook gesproken van een „natuurlijk” recht, levend in het volksbewustzijn, dat de rechtswetenschap, die aan de toevallige luimen van den wetgever gebonden is, niet kan vatten en wordt aan de rechtswetenschap met name haar *inproductiviteit* verweten: „Was hat die Rechtswissenschaft für Werkzeuge erfunden, für Einrichtungen geschaffen, um ihren Gegenstand, das Recht, den Menschen zugänglicher zu machen, die Last, den Schmerz der Entwicklung ihnen zu mildern? Alle anderen Wissenschaften haben hierin der Menschheit die glänzendste Dienste geleistet; ihre Schöpfungen grenzen an das Wunderbare. Die Naturwissenschaften und Mathematik stehen oben . . . Was sind dagegen die Leistungen der Rechtswissenschaft? Ich suche eifrig nach allen Richtungen, und was ich finde, sind Formulare zu Rechtsgeschäften und Prozeshandlungen; eine Menge von Verwarungen, Belehrungen, Formeln und Klauseln . . . ; endlich Gebäude des gemeinen Prozesses voll Gründlichkeit, kurz alles, nur nicht den Weg, bei seinem Leben zu seinem Rechte zu kommen . . . Dagegen sucht man vergeblich, nach einer Leistung der Wissenschaft an den Orten, wo es wahrhaft Not tut, bei der Fortbildung des Rechts im allgemeinen”.

Een naturalistisch utilitarisme spreekt uit deze rede en Von Jhering's „natuurhistorische methode”, hoezeer in zijn tweede periode nog dienstbaar aan de logos-overschatting van Puchta's „Begriffsjurisprudenz”, is toch reeds in verband met de nieuwe ontwikkelingsgedachte der biologie als een optimistisch antwoord op VON KIRSCHMANN's sceptische kritiek op de waarde der rechtswetenschap te verstaan. En het

verdient ongetwijfeld de aandacht, dat Von Jhering's vriend en leerling ADOLF MERKEL in Von Jhering's productieve rechtswetenschap reeds als nauwe aanraking met de positivistische rechtsphilosophie constateert¹⁹). Met dit al is Von Jhering in zijn tweede periode nog in *dezen* zin tot de historische school te rekenen, dat hij de historische ontwikkeling, zij 't al niet langer in den romantisch-irrationalistischen zin, als een immanente wetmatigheid van het stellig recht beschouwt en de moderne ontwikkeling des rechts nog van een dogmatiek in den zin der „Begriffsjurisprudenz” verwacht. De radicale breuke met de historische school en Puchta's „Begriffsjurisprudenz” volgt eerst in de derde periode van Von Jhering's wetenschappelijken arbeid. Deze derde periode, die ongeveer in 't jaar 1859 in Von Jhering's ontwikkeling tot doorbraak is gekomen, is gekarakteriseerd door een volledige afkeering van de „Begriffsjurisprudenz”, door een naturalistische opvatting van de rechtsontwikkeling in nauwe aansluiting bij DARWIN's evolutie-theorie, gepaard met een scherpe bestrijding²¹) van de eenzijdig organologische ontwikkelings-theorie der historische school en een sociaal utilarisme, dat zijn bekende uitdrukking heeft gevonden in het motto van Von Jhering's tweede hoofdwerk: „Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts”²¹).

Von Jhering zelf geeft in de voorrede bij de eerste druk van zijn *Der Zweck im Recht*, waarvan de eerste band in het jaar 1877 verscheen, van de verandering in zijn opvattingen deze verklaring, dat hij bij de behandeling van de theorie der subjectieve rechten in den 4en band van zijn *Geist* (waarvan de eerste druk in 1865 verscheen) op het belangenelement in het recht gestuit was. Aan den volgenden (nimmer verschenen) band was de uitwerking en rechtvaardiging van dit gezichtspunt voorbehouden. Maar bij die uitwerking drong hij verder door tot het doel van het recht, zoowel in subjectieven als objectieven zin. „Nachdem diese Frage mir einmal entgegen getreten war, war ich nicht mehr imstande, ihr auszuweichen, überall fauchte sie in dieser oder jener Gestalt wieder auf, es war die Sphinx, welche mir den Weg vertrat, und diesen Rätsel ich lösen musste, wenn ich meinen wissenschaftlichen Frieden wiedergewinnen wollte”.

De waarheid is, dat Von Jhering's omkeer in zijn derde periode, gelijk uit het 4e hoofdstuk van zijn *Scherz und Ernst* en uit zijn briefwisseling blijkt, veeleer te danken was aan het voortdurend verkeer met de rechtspractijk²²).

De nieuwe richting, welke het eerst in 1861 haar neerslag vond in de beide eerste „brieven van een onbekende over de tegenwoordige rechtswetenschap” (later weder afgedrukt in „Scherz und Ernst”), openbaart zich ook in den in 1865 verschenen 4en en laatsten band van den *Geist des römischen Rechts*.

Het gewichtigste gedeelte van dezen band, begint met § 58, waarmede een overgang wordt gemaakt van de schildering van het objectieve rechtssysteem tot de theorie der subjectieve rechten. Nadruk wordt (in § 59) gelegd op het historisch wisselend karakter der rechtsbegrippen en hun teleologisch karakter en dan volgt een uiteenzetting van het aandeel „der juristischen Logik am Recht”, waarin een vernietigend oordeel wordt geveld over de methoden der „Begriffsjurisprudenz”. „Es ist das Blendwerk der juristischen Dialektik, welche dem Positiven den Nimbus des LOGISCHEN zu geben versteht, welche indem sie das Vorhandene vor unserem Urteil als vernünftig zu rechtfertigen sucht, dabei nicht DEN Weg einschläge, dasz sie die HISTORISCHE, PRAKTISCHE oder ETHISCHE Berechtigung oder Notwendigkeit desselben nachweist, sondern den, dasz sie mit Hilfe von Gesichtspunkten, die erst für diesen Zweck erfunden sind, die LOGISCHE Notwendigkeit desselben darzutun” . . .

„Geblendet durch den Glanz des Logischen, der das römische Recht bedeckt und jedem, der sich ihm naht, zuerst in die Augen fällt, wird das Wahrnehmungsvermögen des Augen, wenn nicht die frische Luft des Lebens es wieder kräftigt, nur zu leicht für alles andere abgestumpft; statt der wirklichen Welt, in der die realen Mächte des Lebens regieren, erblickt es ausschliesslich nur noch die Fata Morgana einer Welt, in welcher der abstrakte Gedanke das Szepter führt. Da schwingt sich denn der Begriff zur Rolle des Demiurgen auf: Er hat die Welt des Rechts gemacht, er regiert sie. An die Stelle der realen Kräfte, welche im Schosze des Rechts walten setzt sich die Dialektik des Begriffes; was JENE geschaffen und hervorgebracht, gibt sie für IHR Werk aus, indem sie, je nachdem es positiver oder negativer Art ist, das eine als logisch NOTWENDIG das andere als logisch UNMÖGLICH deduziert. Die Stellvertretung und die Uebertragung bei Obligationen ist ausgeschlossen, weil der Begriff der Obligation sie nicht verstatet, der Erblasser kann nicht zum Teil aus dem Testament, zum Teil nach Intestaterbrecht beerbt werden, weil die testamentarische und Intestaterbfolge logisch inkompatible Begriffe sind . . . 23).

Deze aanval van Von Jhering op de „Begriffsjurisprudenz”, gelijk zij door Puchta’s invloed een tijdlang de rechtswetenschap beheerscht had, heeft gevoerd tot een *definitieve schrapping van de theoretische wetenschap onder de rechtsbronnen* en de vervanging der Begriffsjurisprudenz” door de zgn. „Interessenjurisprudenz”, gelijk zijn sociaal-utilitaristische rechtsbeschouwing *de definitieve opruiming betekende met het gronddogma der historische school: de poneering van den nationalen volksgeest als „naturwüchsig” organisme qua eenige materiele rechtsbron van het stellig recht.*

Wat VON JHERING voor de theorie der historische school in de plaats stelde, was rechtswijsgeerig te weinig doordacht, om een behoorlijk fundament voor een nieuwe rechtsbronnentheorie te leveren. *En zoo heeft Von Jhering’s machtige invloed de opkomst van dat naieve „empiristisch” positivisme in de hand gewerkt, dat men de „euthanasie der rechtsbronnentheorie” kan noemen, ook al zijn bij Von Jhering zelve te veel ernstige wijsgeerige motieven werkzaam, dan dat men hem zonder meer tot de naieve positivisten zou mogen rekenen.*

Wij willen dezen ontwikkelingsgang nog kort aanduiden aan de hand van enkele hoofdgedachten van VON JHERING’s werk: *Der Zweck im Recht.*

De grondslag van geheel dit werk is de onderscheiding van tweeërlei causaliteitswet, welke alle gebeuren bepaalt, t. w. de mechanische en de psychologische. Beide zijn volgens Von Jhering een toepassing van de logische denkwet van den toereikenden grond, volgens welke iedere verandering een toereikende oorzaak vereischt. Op de zinnelijke natuur toegespitst levert dit principe de mechanische causaliteitswet: geen (stoffelijke) werking zonder (stoffelijke) oorzaak. Op den wil toegespitst de psychologische causaliteitswet of de doelmatigheidswet: geen handeling zonder doel. Bij de mechanische oorzaak is de door haar in beweging gezette stof passief, lijdend; bij de doelloorzaak daarentegen is het handelend wezen actief werkzaam. De mechanische oorzaak behoort tot het verleden, het doel tot de toekomst. Waar het leven in de natuur zich tot zielsactiviteit ontwikkelt, begint ook de zelfbepaling en zelfhandhaving van het levende wezen in den wil en de doelstelling. Reeds bij het dierlijk leven is een zich doeleinden stellende wil aan te wijzen: geen wil zonder doelstelling! De wil is het vermogen der eigen causaliteit tegenover de buitenwereld, waarin tegelijk de vrijheid van den wil tegenover die buitenwereld ligt opgesloten²⁴).

Het is van belang er op te wijzen, dat deze geheele tegenoverelkander stelling van mechanische causaliteit en teleologische causaliteit in den grond der zaak van naturalistischen huize is, en met den idealistischen gedachtengang der na-kantiaansche filosofie niets meer van doen heeft. Von Jhering's doelmatigheidsbegrip is van biologischen oorsprong en duidelijk georiënteerd aan DARWIN'S evolutiehypothese: „Mag die Materie dem einen (scl. dem Kausalitätsgesetze) gehorchen, der Wille dem andern (scl. dem Zweckgesetze), beide vollführen jedes in seiner Weise und Sphäre nur die Werke, die ihnen von Anfang an durch den Zweck aufgetragen sind; mit derselben Notwendigkeit mit der sich nach der Darwinschen Theorie die eine Tierart aus der andern entwickelt, erzeugt sich aus dem einen Rechtszweck der andere, und wenn tausendmal die Welt so erschaffen würde, wie sie es einmal ward, nach Milliarden Jahren müsste die Welt des Rechts stets dieselbe Gestalt an sich tragen, denn der Zweck hat für die Schöpfungen des Willens im Recht dieselbe unwiderstehliche Gewalt wie die Ursache für die Gestaltung der Materie. . . . Das Recht kennt ebensowenig Sprünge wie die Natur, erst musz das Vorhergehende da sein, bevor das Höhere nachfolgen kann. Wenn 'es aber einmal da ist, so ist das Höhere unvermeidlich — jeder vorhergehende Zweck erzeugt den folgenden — und aus der Summe alles einzelnen ergibt sich später durch bewusste oder unbewusste Abstraktion das Allgemeine: die Rechtsideen, die Rechtsanschauung, das Rechtsgefühl" 25).

Ook het recht is zoowel naar zijn subjectieve als naar zijn wetszijde een schepping der doelmatigheid. De vraag is slechts *welke* doeleinden de rechtsorde scheppen en welke het subject dezer doeleinden is.

De geheele vraagstelling voert, gelijk men gemakkelijk inziet, reeds als zoodanig boven de grenzen van het natief-positivisme uit. Het stellig recht wordt hier naar zijn reëlen oorsprong tot *probleem* gemaakt. Men zou kunnen zeggen, dat hier het probleem van de *materieele ontstaansbronnen* (in causaal-teleologischen zin) van het positieve recht wordt opgeworpen, gelijk zulks later meer methodisch in de rechtssociologie van EUGEN EHRLICH zou geschieden.

Wij zullen intusschen zien, hoe deze naturalistische sociologie Von Jhering slechts dient tot fundeering van een positivistisch en dies ter laatste instantie *formeel* bedoeld begrip van rechtsbron, blijkend in zijn uitspraak, dat de staat als monopolistisch dwanginstituut „de eenige bron des rechts" is 26).

Het kritieke punt van het positivisme, de noodwendige breuk met zijn eigen grondstelling, waarop wij reeds vroeger wezen, is bij Von Jhering niet, gelijk bij het eigenlijk naieve positivisme *verborgen*, maar openlijk en bewust op den voorgrond gesteld.

De naturalistische sociologie dient bij Von Jhering in waarheid, om in positivistischen lijn den materieelen zin des rechts te elimineeren.

Er zijn volgens hem vier doel-oorzaken of motieven voor het sociale handelen. Twee daarvan hebben het egoïsme, de uitsluitende wilsrichting op het eigenbelang tot motief, het zijn *loon* en *dwang*; zonder deze is geen samenleving denkbaar; zonder loon geen verkeer, zonder dwang geen recht en staat.

De beide andere motieven zijn niet op het individueele eigenbelang gericht, doch op de objectieve levensvoorwaarden der samenleving als zoodanig; zij zijn het *plichtsgevoel* en de *liefde* ²⁷⁾, die echter op haar beurt slechts een *hoogere* vorm van egoïsme, n.l. van het egoïsme der maatschappij zijn. Het recht is in zijn ontwikkeling slechts te verstaan als de in het welbegrepen eigenbelang van de macht beperkte wet van den sterkste, die ook in de dierenwereld geldt. Terwijl in de dierenwereld de sterkste ten koste van de zwakkeren leeft en de laatste bij conflict van belangen vernietigt, leerde de historische ervaring aan de menschheid het inzicht, de zwakkere vijanden niet slechts onschadelijk, maar ook dienstbaar te maken aan het belang van den sterkere. De eerste schrede op dezen weg was de *slavernij*; de volgende schrede was de beëindiging van den strijd met een *vredeverdrag*, dat de verhouding der beide partijen regelt en de zwakkeren als *vrijen* laat bestaan: „Wir haben damit den Weg angegeben, auf dem die Gewalt ohne Zuhilfenahme eines andern Motivs als ihres eignen Interesses zum Recht gelangt. Die Form, in der das Recht hier in die Erscheinung tritt, ist, wie bereits bemerkt, der FRIEDE: die Beilegung des Kampfes durch Herstellung eines *modus vivendi*, den beide Teile als für sich verbindlich anerkennen. Die Gewalt setzt sich damit ein Masz, das sie beachten, sie erkennt eine Norm an, der sie sich unterordnen will, und diese von ihr selbst genehmigte Norm ist das *Recht*.” ²⁸⁾

Niet aan de ethische overtuiging zijner verhevenheid en majesteit dankt het recht de plaats, die het in de moderne wereld inneemt, deze laatste is veeleer het eindresultaat van een langdurig ontwikkelingsproces. Het begin is het naakte egoïsme, dat eerst in den loop der

tijden voor de zedelijke idee en de zedelijke gezindheid plaats maakt. Zoo is het recht dus de „Politik der Gewalt”.

Het recht als norm voor de macht behoeft den staat als de monopolistische organisatie van den socialen dwang in mechanischen zin: „Der Staat ist wie der berufene so auch der einzige Inhaber der sozialen Zwangsgewalt — das Zwangsrecht bildet das *absolute Monopol des Staates*”. De staat als hoogste machtsorganisatie is *als zoodanig* soverain. Alle andere macht binnen het staatsgebied, die der individuen of der velen is haar *onderworpen*, haar *onderdaan*.

Ieder verband, dat de aanspraken tegen zijn medeleden langs den weg van mechanischen dwang wil geldend maken, is op medewerking van den *staat aangewezen*. „Dasz heiszt aber mit andern Worten: der Staat ist die einzige Quelle des Rechts, denn Normen, welche von demjenigen, der sie aufstellt, nicht erzwungen werden können, sind keine *Rechtssätze*. Es gibt daher kein von der Autorität des Staates unabhängiges, sondern nur ein vom ihm abgeleitetes *Vereinsrecht*. Damit hat der Staat, wie der Begriff der höchsten Gewalt es mit sich bringt, den Prinzipat der sämtlichen Vereine auf sein Gebiete, und dies gilt auch für die Kirche” ²⁹⁾

Zoo komt Von Jhering van zelf tot de definitie van het recht, waarbij hij zich aan de gangbare positivistische opvatting aansluit:

„Recht ist der Inbegriff der in einem Staate geltenden Zwangsnormen”. Deze definitie is louter *formeel* bedoeld. Zij wordt eerst in het vervolg van het onderzoek door Von Jhering gecompleteerd met het *materieele doelelement*. De volledige definitie luidt nu:

„*Recht ist der Inbegriff der mittels äusseren Zwanges durch die Staatsgewalt gesicherten Lebensbedingungen der Gesellschaft im weitesten Sinne des Wortes*” ³⁰⁾.

Ondanks den logisch zeer bedenkelijken vorm dezer definitie, is het duidelijk, dat hier een zgn. *genetische* definitie wordt gegeven, het recht naar zijn *inhoud* wordt gedefinieerd met behulp van zijn *materieele ontstaansbronnen*, gelijk het naturalisme van Von Jhering, die als *doeloorzaken* ziet, terwijl dan die materieele ontstaansbronnen tegelijk als *ideëele geldigheidsbron* of beoordeelingsmaatstaf van het positieve recht naar zijn gerechtigheidsgehalte dienen.

Zulks blijkt nog duidelijker, wanneer Von Jhering in den tweeden band van *Der Zweck im Recht* zijn opvatting van de levensvoorwaarden der maatschappij als bron niet slechts van het recht, maar ook van de

zeden en de moraal ³¹), stelt tegenover de opvatting van de historische school, volgens welke de *volksgeest* de eenige materiele rechtsbron is ³²).

Daar intusschen die materiele ontstaansbronnen dezelfde zijn voor recht, sociale zedenormen, en moraalnormen, zoo blijkt het recht als *zoodanig* bij Von Jhering een louter formeel begrip, dat opnieuw met behulp van zijn bron, maar ditmaal met behulp van de schijnbaar formeele ontstaans- en geldingsbron, t. w. den machtswil van den staat wordt gedefinieerd.

Zoo wordt de staat als machtsorganisatie inderdaad de eenige bron des rechts.

Zulks heeft voor de ontwikkeling der rechtsbronnentheorie in positivistischen zin inderdaad de grootste consequenties. Zuiver juridisch beschouwd, is alle positief recht nu *staatswil*.

Een streep wordt gehaald door de ontdekking van de Germanistische richting in de historische school: de AUTONOMIE als niet tot den wil van den staatswetgever te herleiden RECHTSBRON ³³):

„Das Recht der Selbstgesetzgebung (AUTONOMIE) für ihre eignen Angelegenheiten, welches tatsächlich manche andere Vereine auszer dem Staat ausgeübt haben, steht damit (scl. met de opvatting van den staat als eenige bron des rechts) nicht im Widerspruch, denn es hat seinen juristischen Grund in der ausdrücklichen Verleihung oder der stillschweigenden Duldung von Seiten des Staates, es besteht nicht aus eigener Kraft, sondern durch Ableitung von seiten des Staates. Dies gilt auch von der christlichen Kirche. Ob ihre eigene Auffassung eine andere ist, und ob der mittelalterliche Staat dieselbe anerkannte, ob ein Jahrtausend hindurch das *jus canonicum* als selbständige Rechtsquelle galt, kann für die heutige Wissenschaft, wenn sie sich überzeugt, dasz diese Auffassung mit dem Wesen des Staates und Rechts unvereinbar ist, ebensowenig maszgebend sein, als die Lehre der Kirche von der Bewegung der Sonne um die Erde für die heutige Astronomie” ³⁴).

Nu wordt consequent ook het gewoonterecht op den staatswil teruggevoerd ³⁵).

En zoo vinden wij hier inderdaad de positivistische rechtsbronnentheorie in consequenten zin belichaamd. Het juridisch begrip van rechtsbron is schijnbaar louter formeel geworden, doch is inderdaad materieel, wijl meta-juridisch gevat. Alle competentie tot rechtsvorming is in beginsel geconcentreerd in de staatsmacht. Het recht is als dwang-

norm wil van den staat, en de staat *als zoodanig* is als machtsorganisatie een buiten-rechtelijke grootheid.

Intusschen schuilt in deze positivistische opvatting van het begrip rechtsbron een aperte antinomie. Immers, wanneer Von Jhering het recht wil afgrenzen tegen „Sitte” en „Moral”, dan heeft hij geen ander criterium dan den *staatsdwang*. „Der Jurist, der nicht allen festen Boden unter den Füßen verlieren will, darf in einem solchen Falle (scl. bij door den staat niet erkende normen) nicht von Recht sprechen, für ihn gibt es kein anderes Kriterium des Rechts als Anerkennung und Verwirklichung desselben durch die Staatsgewalt” . . . „Der vom Staate in Vollzug gesetzte Zwang bildet das absolute Kriterium des Rechts, ein Rechtssatz ohne Rechtszwang ist ein Widerspruch in sich selbst, ein Feuer, das nicht brennt, ein Licht, das nicht leuchtet” ³⁶).

Maar anderzijds wordt het recht als norm voor de uitoefening der staatsmacht duidelijk van den staat onderscheiden:

„Die Gewalt kann zur Not ohne das Recht bestehen und hat tatsächlich den Beweis dafür erbracht. Das Recht ohne die Gewalt ist ein leerer Name ohne alle Realität, denn erst die Gewalt, welche die Normen des Rechts verwirklicht, macht das Recht zu dem, was es ist und sein soll” ³⁷).

En op een andere plaats ³⁸): „Die Organisation der sozialen Zwangsgewalt schlieszt zwei Seiten in sich: die Herstellung des äusseren Mechanismus der Gewalt und die Aufstellung von Grundsätzen, welche den Gebrauch derselben regeln. Die Form der Lösung der ersteren Aufgabe ist die STAATSGEWALT, die der zweiten das RECHT. Beide Begriffe stehen im Verhältnis gegenseitiger Bedingtheit: die Staatsgewalt hat das Recht, das Recht die Staatsgewalt nötig.”

Von Jherings definitie ontbindt derhalve zich zelve in logische tegenspraak: R (recht) = S (staatsmacht) en R is non S .

Weliswaar schijnt een oogenblik Von Jhering aan het recht een ander criterium dan den staatsdwang te geven, wanneer hij bij de behandeling van het formeele normkarakter des rechts, drie ontwikkelingstrappen van het staatsgebod onderscheidt, t. w. die van het „Individualgebot”, die van de abstracte eenzijdig verbindende norm en die van de tweezijdig verbindende norm, en alleen in den laatsten vorm het recht „seine vollendete Gestalt” laat bereiken, doch deze uitspraak ziet klaarblijkelijk reeds niet meer op het rechtskarakter als zoodanig, doch veeleer op het *gerechtigheidsgehalte* van het positieve

recht. Von Jhering erkent dit zelve, als hij van het onderscheid tusschen eenzijdig en tweezijdig (d. w. z. ook den wetgever) verplichtende gelding van de *rechtsnorm* spreekt „der für die vollständige Verwirklichung der *Rechtsidee* (ik cursiveer!) in der Gesellschaft von äusserstem Belang ist.”³⁹⁾

En ook, wanneer Von Jhering het alleen eenzijdig de onderdanen bindend despotisch recht bespreekt en daarbij wijst op de zelfs daarin voorhanden kiemen van *orde* en *gelijkheid*, dan zijn ook hier slechts *gerechtigheidsmomenten*, niet wezenlijke begripmomenten van het positieve recht gemeend, gelijk blijkt uit de volgende passage: „Kann man in einem solchen Zustande bereits von einem RECHT sprechen? Insofern man darunter lediglich einen Inbegriff von Zwangsnormen versteht: Ja! Insofern man den Maszstab dessen anlegt, was das Recht sein kann und sein soll: die gesicherte Ordnung der bürgerlichen Gesellschaft: Nein! Aber die Keime des Rechts in den letzteren Sinn sind doch selbst hier schon vorhanden. Ich meine damit selbstverständlich nicht die blosze Form desselben: die Norm, sondern das substantielle des Rechts: die Zwecke, die dasselbe zu verwirklichen hat.”⁴⁰⁾ (Ik cursiveer!)

Het positivisme *eischt* een formeel begrip van rechtsbron. Het naief genetisch positivisme, dat het positieve recht als wil van den staat omschrijft, heeft echter inderdaad de grenzen van het positivisme overschreden, in zooverre het nl. het positieve recht metajuridisch definieert en daarmede tegelijk een naturalistisch materieel begrip van rechtsbron invoert.

In welke verhouding staat nu bij Von Jhering het *juridisch bedoeld* begrip van rechtsnorm (de staatswil als formeele ontstaans- en geldingsbron van alle recht) tot het blijkbaar *sociologisch bedoeld* materieel begrip van rechtsbron (de levensvoorwaarden der maatschappij als materieele ontstaansbron)?

Met een aan Kant herinnerende, maar inderdaad niet kritisch-idealistisch gevatte onderscheiding, rekent Von Jhering het begrip staatljke dwangnorm tot den *vorm*, het begrip levensvoorwaarden der maatschappij tot den materieelen *inhoud* van het stellig recht, waarbij die inhoud zich weder zou dekken met het doel en daarmede tegelijk in Von Jherings lijn met de *materieele ontstaansbron van het stellig recht*⁴¹⁾ die gelijk we zagen bij hem tenslotte ook de rol van *ideëele geldigheidsbron* speelt!

Zoo wordt — en zulks getuigt inderdaad van Von Jherings wijsgeerigen aanleg, die zich overigens bij hem niet boven het peil van dilettantisme ontwikkeld heeft — hier het rechtsbronnenprobleem op methodische wijze in verband gebracht met het *rechtsbegrip*.

Onderscheiden wordt een *formeel juridisch* begrip van rechtsbron en een *materieel sociologisch* begrip van rechtsbron en bovendien wordt gezocht naar een systematische verbinding tusschen beide, die reeds in het rechtsbegrip tot uitdrukking is gebracht in het verband van *vorm* en *inhoud*.

Intusschen vonden wij reeds, dat het zgn. formeel juridisch begrip bij Von Jhering inderdaad in 't geheel niet *formeel*, doch veeleer zelve reeds *materieel* (zij 't al *subjectief*) en *buitenrechtelijk* is gevat, inzooverre n.l. de machtswil van den staat als geldingsbron van alle positieve recht wordt geponeerd. Daarin ligt volstrekt niet meer een naief-positivistische aanvaarding van in de ervaring gegeven rechtsbronnen, doch veeleer een *politieke theorie*, de *staatsabsolutistische*. Door den staatswil tot hoogste geldingsbron van alle stellig recht te poneeren, overschrijdt het naieve positivisme aan alle zijden de grenzen van het (juridisch) positivisme.

Het positivisme is „ex origine” onbekwaam om het probleem van de geldingsbron van het recht te stellen.

Het zou — wilde het inderdaad zijn grenzen eerbiedigen — alleen een onderzoek naar de *formeel-juridische ontstaansbronnen van het recht* (de subjectieve positiveringsvormen) mogen instellen. Zoodra het immers de vraag naar de onderlinge geldings-verhouding tusschen die formeele ontstaansbronnen opwerpt, komt het op het gebied van de kosmische structuur van den rechtskring als zoodanig.

De valstrik van alle naief-positivistische bronnentheorie (en van *theorie* kunnen wij slechts spreken, inzooverre zij de systematische geldingsverhouding tusschen de verschillende rechtsbronnen construeert, niet natuurlijk in zoover ze volstaat met een bloote opsomming der bronnen) *ligt in de vereenzelving van juridische ontaans- en geldingsbron van het positieve recht in den rechtsvormenden staatswil* (de wetgeving).

Aan de opvatting van den staatswil als eenige (juridische) geldingsbron van het recht ligt weder bewust (gelijk bij VON JHERING), of onbewust ten grondslag een individualistische, atomistische beschou-

wing van het menselijk gemeenschapsleven, die wij reeds als „mathematische methode” bij het rationalistisch humanistisch natuurrecht ontdekten.

Bij VON JHERING is dit individualisme niet een *verborgen* apriori, gelijk bij vele positivistische rechtsleeraars, die hun blik niet buiten de grenzen van het positieve recht willen laten wijden, maar een bewuste „metaphysische” theorie, die zijn geheele rechtsbeschouwing beheerscht: „Die Gesellschaft” (bedoeld is hier de geheele menselijke samenleving), aldus Von Jhering, „ist nichts als die Summe der Individuen, und wenn man auch, um die Bedeutung des Rechts als eines Stückes der gesamten menschlichen Ordnung im ganzen und groszen darzulegen, von dem einzelnen absehen und ihm die Gesamtheit substituieren mag, so ist es doch schliesslich das Individuum, an dem das Recht seine Wirksamkeit äuszert, ihm kommt es zugute, ihm legt es Beschränkungen auf.” 42)

Hoezer dit individualisme Von Jherings rechtsbeschouwing beheerscht, blijkt uit een uitspraak als de volgende: „der Daseinszweck des Individuums ist auf Erden ohne Zwang nicht zu realisieren, er ist der erste und in ihm liegt daher der Urkeim des RECHTS als der RECHTEN GEWALT.” 43)

Dit alles is zuiver natuurrechtelijk-humanistisch gedacht in den trant van HOBBS' machtstheorie.

Dit individualisme doordringt Von Jherings bekende theorie der rechtspersoonlijkheid, welke op een negatie van de zelfstandige persoonlijkheid van het verband uitloopt. Dit individualisme doordringt de geheele beschouwing over de structuur van de privaatrechtelijke societas (maatschap), in haar verhouding tot de vereeniging en den staat. Een wezenlijk structuurverschil ziet Von Jhering tusschen deze verschillende vormen der maatschappij niet: „Eine Vergleichung der privatrechtlichen mit der staatlichen Gesellschaft wird die gleichartigkeit beider dartun. Die Grundzüge beider sind ganz dieselben.” 44) Het gezag, gelijk wij later bij de behandeling van het probleem der zgn. „sociologie” zullen zien, een integreerend kenmerk van het *verband*, in onderscheiding van de maatschap, wordt bij Von Jhering *vernaturaliseerd* tot de inderdaad biologisch gevatte *macht van den sterkste*, een *quantitatief* begrip, dat hij nu consequent ook in de maatschapsverhoudingen aanneemt, waar immers de contractueel verbonden socij te zamen sterker zijn, dan ieder deelgenoot afzonderlijk: „für die

gemeinsamen Interessen treten ALLE ein, für das Partikularinteresse nur der EINZELNE. Die Macht aller aber ist bei Gleichheit der Kräfte der des einzelnen überlegen und sie wird es um so mehr, je gröszer die Zahl derselben ist." 45)

De verbanden of vereenigingen worden van de maatschapsverhoudingen alleen onderscheiden, doordat zij niet berusten op het beginsel der exclusiviteit, maar op dat der *expansie*: Het aantal *deelgenooten* aan de *societas* is beperkt, zij vormen een *gesloten* belangengemeenschap, dat der vereeniging daarentegen in beginsel *onbeperkt*, zij vormt een *open* belangengemeenschap. 46) „Indem der Verein zu den Momenten, welche bereits die Sozietät mit dem Staat teilt, noch das öffentliche, d. i. des Offenseins nach auszen hinzufügt, beseitigt er den einzigen Unterschied, der zwischen beiden noch übrig war. Mit diesem letzten Schritt hat die Form der Assoziation diejenige Brauchbarkeit und Vollendung erhalten, welche sie zur Verfolgung aller Zwecke der Gesellschaft, zur Aufnahme eines jeden Inhaltes, des reichsten wie der dürftigsten, tauchlich macht. Der Verein ist die *Organisationsform der Gesellschaft schlechthin*." 47)

Deze geheele individualistische verbandstheorie is doortrokken van hetzelfde staatsabsolutistisch ideaal, dat HOBBS' natuurrechtelijke staatstheorie vervulde: „Was war der Unterricht einstens? *Privatsache*. Was dann? *Vereinsache*. Was jetzt? *Staatssache*. *Individuum*, *Verein*, *Staat* — das ist die geschichtliche Stufenleiter der gesellschaftlichen Zwecke. Seine erste Aufnahme findet er beim Individuum; ist er gröszer geworden, so übernimmt ihn der Verein, ist er völlig ausgewachsen, so fällt er dem Staat anheim. Wenn der Schlusz von der Vergangenheit auf die Zukunft ein berechtigter ist, so wird der Staat am Ende aller Dinge alle gesellschaftlichen Zwecke in sich aufgenommen haben. Der Verein ist der Pionier, der dem Staat die Wege ebnet, — was heute Verein, ist nach Jahrtausenden Staat, alle gemeinnützigen Vereine tragen die Anweisung auf den Staat in sich, es ist nur eine Frage der Zeit, wann er dieselbe honorieren wird." 48)

Het is van het grootste gewicht vast te stellen, dat deze geheele sociaal-politische theorie, welke bij Von Jhering openlijk aan zijn juridisch positivisme is ten grondslag gelegd, in waarheid de gemeenzame grondslag van alle positivistische rechtstheorieën vormt, voor zoover zij de gelding van alle positieve recht op een hoogste formeele ontstaans- of geldingsbron terugvoeren, ook voorzooverre zij als „kri-

tische" theorieën voorgeven alle politieke postulaten uit hun rechtsbeschouwing te willen weren.

In de „kritische" voleindiging der positivistische bronnentheorie, die van KELSENS school, bereikt dit staatsabsolutistisch postulaat zijn hoogtepunt in de poneering van de eenzelve van staat en rechtsorde. Wanneer in deze theorie de staatsstructuur wordt ge-elimineerd en alle verschil tusschen maatschaps- en verbandsrecht als „van meta-juridischen aard" in de „reine Rechtslehre" wordt uitgewischt, dan is het niet de „neutrale" wetenschap, maar een levens- en wereldbeschouwing, die dit „positivisme" zijn stempel heeft opgedrukt. Dit zullen wij bij de behandeling der zgn. „kritisch-positivistische" bronnentheorie nog uitvoerig adstrueeren.

In dit verband volstaan wij met de volgende opmerking: Het positivisme redeneert immer als volgt: *Formeel juridisch* is de competentie van den statelijken rechtsvormer onbegrensd. In *politieken* zin kan men het ongewenscht vinden, dat de staat zich met alles bemoeit; maar in *juridischen* zin staat zijn al-mogendheid vast.

Dit dogma, met naieve zelfverzekerdheid door het positivisme verkondigd, *gebruikt in waarheid het „formalisme" ter maskeering van een zeer bevooroordeelde, ter laatste instantie in een specifiek type der humanistische wetsidee verankerde, beschouwing van zin en structuur van den rechtskring en de kosmische verhouding van dezen kring tot de andere wetskringen.*

Vraagt men in positivistische lijn: welke *positiefrechtelijke* gronden kan men voor dit dogma aanvoeren? dan heeft men geen anderen grond ter beschikking dan de formeel-bindende kracht van de staatswet zelve. Vraagt men verder: waarop berust dan die formeel-bindende kracht van de staatswet? dan krijgt men weer ten antwoord: op de wet (wil men: de „grondwet") zelve ⁴⁹).

Het kritisch positivisme van KELSEN gaat boven dezen openlijken „circulus vitiosus" uit, maar belandt dan, gelijk we later zullen zien, bij een natuurrechtelijk, volmaakt boven-positief beginsel. Het naief, genetisch positivisme komt hoogstens met Von Jhering tot de in wezen naturalistische belijdenis: alle positief recht is staatswil, een belijdenis, die zeker niet op het positief recht steunt.

De naieve verwisseling van juridische geldings- en ontstaansbron van het stellig recht, waarop wij reeds vroeger wezen, is het kritieke punt, waar het positivisme in het humanistisch natuurrecht uitmond ⁵⁰).

Aan een kosmologische verbandstheorie kan inderdaad geen enkele rechtsbeschouwing ontkomen. Waar zij het structuurprobleem „negeert”, heeft ze inderdaad reeds positie tegenover dit probleem gekozen in een verkapt individualisme.

Rest ons nog het humanistisch type van wetsidee te ontdekken, waarin VON JHERING's bronnentheorie uit zijn derde periode, is geworteld.

Von Jhering's rechtsbeschouwing is, *materieel* gezien, *sociaal-utilitaristisch*: de levensvoorwaarden der maatschappij zijn volgens hem, gelijk we zagen de bron van alle normen voor het praktisch handelen. De maatschappij is het „doelsubject” van al deze normen.

Deze teleologische rechtsbeschouwing had eigenlijk Von Jhering consequent moeten voeren tot een natuurrechtelijke rechtsbeschouwing: immers, als inderdaad de „levensvoorwaarden der maatschappij” de ware materiele ontstaans- en geldingsbron van alle positief recht zijn, dan ligt de conclusie voor de hand, dat dan ook stelregels, al zijn ze honderdmaal door den staat in de wet belichaamd, welke met die levensvoorwaarden in strijd zijn, niet als positief recht kunnen worden aangemerkt. M. a. w. het had bij Von Jhering's uitgangspunt voor de hand gelegen het juridisch *geldings-* en *ontstaanselement* in het positieve recht scherp uit elkander te houden en de gelding van het positieve recht alleen op de overeenstemming van zijn inhoud met de levensvoorwaarden der maatschappij te doen steunen.

Doch aan deze conclusie staat het rechtspositivisme van Von Jhering in den weg. De absolute gelding van den staatswil mag niet worden aangetast. Von Jhering geeft daarom aan zijn teleologische rechtsbeschouwing deze subjectivistische wending, dat het niet aankomt op de *objectieve overeenstemming* van het positieve recht naar zijn inhoud met de levensvoorwaarden der maatschappij, maar alleen op het *motief*, dat *subjectief* den rechtsvormer leidt. Op die wijze wordt de gelding van middeleeuwsche wetten tegen toevenarij etc. gehandhaafd: „das Motiv, das sie *subjectiv* leitete, war die Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft, und nur in diesem subjektivem Sinne ist ja der von mir aufgestellte Gesichtspunkt gemeint, er solle nicht aussagen, dasz etwas objektive Lebensbedingung *sei*, sondern subjektiv dafür *gehalten* werde”⁵¹).

Daarmede is natuurlijk aan de voor het positivisme gevaarlijke consequenties van Von Jhering's sociaal utilitarisme de spits afgebroken.

Tegelijk schijnt hiermede echter iedere *materieele* wetmatigheid van het positieve recht te zijn opgeheven.

Hoe kan achter een dergelijk subjectivisme, zou men meenen, nog een *wetsidee* verscholen liggen?

Intusschen is reeds in de humanistische natuurrechtstheorie van den Britschen wijsgeer THOMAS HOBBS, welker fundeering in een humanistische wetsidee van mechanistisch naturalistisch type, wij in een andere studiereeks uitvoerig hebben aangetoond, een soortgelijk subjectivisme en positivisme te bespeuren. Hier werd de absolute positieve gelding van iedere subjectieve wetgeverswillekeur als zoodanig teruggevoerd op het natuurrechtelijk formalistisch pseudo-beginsel: „verdragen behooren te worden gehouden”, doch dit beginsel zelve in een mechanistische natuurwet van de menschelijke zielsbewegingen gefundeerd.

Bij VON JHERING is de subjectieve opvatting van den statelijken rechtsvormer inzake de „levensvoorwaarden der maatschappij” gefundeerd in een inderdaad natuurhistorisch gevatte wet van de geschiedontwikkeling in Darwinistischen trant: „Worein das Wohl und Glück der Gesellschaft zu setzen sei, das ist, wie gesagt eine Frage, welche sich nicht von der Theorie in Form einer abstrakten gesellschaftlichen Glückseligkeitstheorie beantworten lässt — dieselbe würde bei jedem derartigen Versuche stets nur das etwas idealisierte Spiegelbild ihrer eignen Zeit wiedergeben — sondern das ist eine Frage, welche die Geschichte der Menschheit beantwortet, indem sie Blatt vor Blatt ihres Buches entrollt. Auf jedem Blatte, das sie umwendet, steht bereits das „Verte” für die folgende Seite, der erreichte Zweck schlieszt einen neuen in sich. Aber bevor die Seite nicht ganz bis zu Ende gelesen ist, kommt kein neues Blatt an die Reihe, jeder neue Zweck hat die Erreichung des früheren zur unerläszlichen Voraussetzung”⁵²).

Het is een en dezelfde wet, welke de geheele schepping van laag tot hoog beheerscht: de wet der zelfhandhaving. „Der Dúalismus, den die individualistische Theorie der Natur aufbürdet, indem sie das sittliche selbständig neben und unabhängig vom Egoismus auftreten lässt, ist damit beseitigt, das Sittliche reiht sich dem Egoismus an als eine Fortbildung desselben auf der Stufe der Gesellschaft”⁵³).

Het middel, dat de natuur toepast, om de wet der zelfhandhaving te realiseeren, is de *lust*. Naar de bloote natuur-orde handhaaft zich het leven slechts door het overschot der (individueele) lust boven de onlust.

De zedelijkheid, waartoe Von Jhering in ruimeren zin ook de rechtsorde rekent, is nu niet het werk der natuur in dien zin, dat de mensch haar reeds kant en klaar mede ter wereld brengt, doch het werk der historie, dat uit den natuurlijken individueel-egoïstischen, der historischen, d.i. den socialen of zedelijken mensch vormt, „die Geschichte, welche die Natur ablöst, um ihr Werk ganz in ihrem Sinn und Plane fortzusetzen und den Gedanken der Selbsterhaltung auch in bezug auf die Gesellschaft zu verwirklichen” 54).

Wat is echter die maatschappij in historische ontwikkeling? We zagen het, niets dan de natuur op de hoogere ontwikkelingsstrap der menschelijke samenleving, beheerscht door dezelfde (natuur)wettmatigheid 55).

Een naturalistische wetsidee van evolutionistisch-biologisch type ligt aan Von Jherings rechtspositivisme ten grondslag.

Daarbij aan alle zijden wijsgeerige onklarheden, die den dilettantischen geest van Von Jhering verraden: Tot een systeem der doeleinden, gelijk het Aristotelisch-Thomisme in de lijn zijner teleologische wetsidee zulks gaf, komt het niet en kan het in dit relativistisch utilitarisme niet komen. De naturalistische overgang van natuurwet tot norm wordt in de lijn van het naturalistisch continuïteits-postulaat zonder schroom gemaakt.

* *
*

Intusschen gaat VON JHERING, doordat hij zijn rechtspositivisme uitdrukkelijk wijsgeerig poogt te fundeeren en zich bewust is van zijn naturalistische wetsidee, gelijk we zagen, principieel boven de grenzen van het positivisme uit. Het positivisme is hier wijsgeerig „ad absurdum” gevoerd.

Veel erger staat het echter met het dorre onwijsgeerig rechtspositivisme, dat zich zijn „Voraussetzungen” niet bewust is, en meent het probleem der rechtsbronnen alleen met behulp van het positieve recht zelve te kunnen stellen en oplossen.

Dit positivisme zou consequent doorgevoerd, tot de volgende resultaten moeten voeren, waarmede het tegelijk van zijn recht als wetenschappelijke theorie zou moeten abdiceren:

10 het bezit geen *rechtsbegrip*. Immers een begrip van het positieve recht kunnen wij slechts krijgen, als wij weten, *wat* het positieve recht tot *recht* stempelt en om dit te weten te komen, moeten wij den

blik boven de grenzen van het positieve recht uitwenden en positie kiezen in een wetsidee.

De rechtsvormer kan niet uitmaken wat we onder positief recht hebben te verstaan, wijl zijn „wil” zelve aanspraak maakt op de gelding als positief recht.

Het positivisme echter moet consequent doorgevoerd het subjectieve positiviteitselement in het stellig recht *verabsoluteeren*, elimineert daarmede alle bovensubjectieve wetmatigheid van den rechtskring en maakt daarmede het verkrijgen van een rechtsbegrip onmogelijk.

2^o het bezit geen systematisch begrip van „rechtsbron”. Het kan, consequent doorgevoerd, van rechtsbronnen slechts spreken in den zin van „formeele ontstaansbronnen” van het positieve recht en deze pogen op te sommen, waarbij het intusschen weer een rechtsbegrip moet hanteeren dat het niet bezitten *kan*. Iedere conclusie uit een formeele ontstaansbron (b.v. de staatswet) tot de geldingsverhouding van de bronnen onderling, doorbreekt de grenzen van het positivisme.

3^o Het kan geen systeem van het positieve recht geven. Immers een wetenschappelijk rechtssysteem onderstelt oplossing van het probleem inzake de geldingsverhouding van de rechtsbronnen.

4^o Het mag onder geen omstandigheid een materieele geldings- en ontstaansbron onder zijn rechtsbronnen opnemen.

Op ieder dezer vier punten zondigt het naief positivisme tegen zijn eigen grondgedachte en het *moet* die zonde tegen den „geest van het positivisme” begaan, wil het geen geestelijken zelfmoord plegen.

ad 1^{um} Het opereert met een rechtsbegrip, dat als zoodanig wel is waar den zin des rechts niet raakt, maar nochtans gewonnen is uit een kosmologischen kijk op den samenhang des rechts met de andere wetskringen, UIT EEN WETSIDEE. Het recht is wil van den staat, waarbij de staat als naturalistisch gevatte machtsorganisatie is gedacht.

ad 2^{um} Het opereert krachtens dit rechtsbegrip met een systematisch begrip van rechtsbron, dat niet slechts de functie van formeele ontstaansbron, maar tevens die van hoogste formeele geldingsbron vervult. Door de *formeele gelding*, d.w.z. de *subjectief gewilde gelding* voorts te vereenzelvigen met de *objectieve* (d. w. z. wetmatige) gelding is de overschrijding van de grenzen van het positivisme min of meer gemaskeerd.

ad 3^{um} Het tracht een wetenschappelijk systeem van het stellig

recht te geven, door alle niet statelijk recht, samengevat onder den verzamelnaam „gewoonterecht” als een delegatie van den staatswil te vatten.

ad 4^{um} Het aanvaardt inderdaad een materieele geldings- en ontstaansbron van het positieve recht, zoodra het aankomt op *systematische* uitlegging van het positieve recht. Dan wordt een beroep gedaan op de *analogie* als rechtsbron, met behulp waarvan men tot de vóór-positieve materieele beginselen van de wet poogt op te klimmen, om daaruit nieuwe rechtsnormen te positiveren, waaronder een in de wet niet voorzien rechtsgeval kan worden gesubsumeerd.

Of men hierbij met BERGBOHM ⁵⁶⁾ weigert van een rechtsbron te spreken en op naieve wijze de voorgewend zuiver logische constructie als aan het positieve recht inhaerent vat („die logische Expansionskraft des positiven Rechtes”), doet natuurlijk niet ter zake. Bij zulk een logicistische opvatting van de juridische constructie poneert men slechts de theoretische wetenschap als rechtsbron, 't geen merkwaardigerwijze juist BERGBOHM als een typisch natuurrechtelijke stelling heeft gebrandmerkt. Immers de wet zelve als staatswil behoeft niet naar de analogie te verwijzen.

Intusschen, wij geven hier nog slechts die richting in het naief-positivisme aan, welke uit zijn staatsabsolutistisch rechtsbegrip de consequenties voor de rechtsbronnentheorie heeft aangedurfd ⁵⁷⁾.

Daarnaast staat echter een andere strooming, de eigenlijke naief-positivistische *twee-bronnentheorie*, welke wet en gewoonte als de twee eenige, onderling volmaakt heterogene rechtsbronnen naast elkander laat staan *en dat niettegenstaande zij evenzeer het recht naar zijn begrip als staatswil vat.*

Deze positivistische richting is m. a. w. zelfs niet toegekomen tot een methodisch verband tusschen haar „rechtsbegrip” en haar bronnen-theorie. Voorzover zij het gewoonterecht vat als een maatschappelijk recht, dat zijn geldingsgrond moet vinden in de subjectieve „opinio necessitatis” der volksgenooten en zijn formeele ontstaansbron in de „longaevus usus”, doorbreekt zij zelfs de eenheid van haar rechtsbegrip.

Van een eigenlijke rechtsbronnentheorie kan men hier uiteraard zelfs niet spreken, wijl zij de eerste eischen eener theorie: de systematische behandelingsmethode, gefundeerd door een eenduidig rechtsbegrip, niet vervult.

Ze is inderdaad de „euthanasie” der rechtsbronnentheorie!

Tenslotte bestaat voor het naief positivisme nog deze mogelijkheid, de geldingsverhouding tusschen wettenrecht en gewoonterecht „historisch” te bepalen en den staatswil in den vorm der wet alleen voor den modernen tijd als geldingsbron van het „gewoonterecht” te laten fungeeren, terwijl men toegeeft, dat in vroeger tijd de gewoonte een zelfstandige en zelfs de meest gewichtige rechtsbron was.

Zoo ten onzent b.v. LAND, die met het oog op deze relatieve opvatting zijn „rechtsbegrip” laat verwateren tot een niets zeggend algemeen begrip, waaronder alle normen vallen: „Onder Recht verstaan wij het geheel der regelen, waarnaar men in het maatschappelijk leven verplicht is zich te gedragen”⁵⁸).

Intusschen komt de positivistische theorie in dezen vorm inderdaad niet boven het onwetenschappelijk dualisme in rechtsbegrip en bronnenleer uit. Want ofschoon zij voor den modernen tijd de „gewoonte” als zelfstandige rechtsbron schrappt, moet zij voor vroeger tijden het gewoonterecht met een zelfstandigen geldingsgrond in de rechtsovertuiging der volksgenooten naast het wettenrecht met zijn geldingsgrond in zichzelf handhaven.

M. a. w. ook zij hanteert tweeërlei toto coelo verschillend begrip van rechtsbron: dat van formeel juridische ontstaans- en geldingsbron en dat van een buitenrechtelijke ontstaans- en geldingsbron. Daarnaast speelt weer het reeds bij de Germanistisch-historische richting gesignaleerde begrip van rechtsbron in den zin van ideëelen waardeeringsmaatstaf of *geldigheidsbron* zijn verwarrende rol⁵⁹).

Zij onderzoekt niet de competentiegrenzen van de statelijke rechtsvorming en die van de niet-statelijke rechtsvorming, doch poneert als dogma, dat uit *het begrip van wet* haar juridisch alvermogen voortvloeit⁶⁰). Maar ze komt dan in deze impasse, dat de rechtshistorie ons in de tijden van de „praevalentie” van het gewoonterecht tal van voorbeelden biedt van lands- en rijkswetten, die plechtig het zgn. „gewoonterecht” voor eeuwig afschaffen⁶¹), terwijl toch geen jurist er aan twijfelde, dat die wetten het niet tot gelding hebben kunnen brengen. Hoe kan men dan, gelijk Land, voor onze huidige rechtsorde volstaan met een simpel beroep op de befaamde artikelen 3 en 5 van de wet A. B. ter adstructie van zijn stelling, dat de wet in den modernen tijd de eenige rechtsbron is? En dat terwijl ook onze tijd voorbeelden te over biedt van wettelijke bepalingen, die geen geldend

recht meer bevatten, en terwijl Land zelf toegeeft dat gewoonterecht „in 't algemeen de kracht kan hebben een bestaande wet op te heffen of te wijzigen”. Daarop ontvangt men geen ander antwoord, dan de uitspraak: „Meer en meer is het gewoonterecht vervangen door het geschreven recht: de inhoud kan dezelfde zijn gebleven, maar de verandering van vorm heeft ook verandering in de kracht van den regel ten gevolge; hij geldt voortaan als wet”.

Uit deze uitspraak is slechts één conclusie te trekken, die echter het geheele formeel-juridisch geldingsbegrip van Land overboord werpt: de gelding van het positieve recht hangt ter laatste instantie niet af van zijn formeel-juridischen ontstaansvorm, maar van de feitelijke machtspositie der rechtsvormers of van andere buiten-rechtelijke factoren, waarover Land ons volmaakt in 't duister laat. Doch Land's positivistische bronnen „theorie” maskeert deze fundamenteele leemte met het panacee der formeel-juridische gelding der wet en laat dus rustig de eene formeel-juridische ontstaansbron (de wet) richten over de competentie der andere formeel-juridische ontstaansbronnen, zonder *het kernprobleem der bronnentheorie*: de materiele competentie der in hun structuur toto coelo onderscheiden rechtskringen zelfs te stellen. Waarbij de in de Nederlandsche positivistische rechtsliteratuur geregeld verwaarloosde waarschuwing van GOUDSMIT ⁶²⁾, dat de wetgever zijn bevoegdheid te buiten gaat, wanneer hij de rechtsbronnen beheerschen wil, zonder een woord van behoorlijke weerlegging, in den wind wordt geslagen!

Aan alle zijden beteekent de naief-positivistische bronnentheorie een teruggang tegenover de natuurrechtelijke en de historische theorieën:

Tegenover de *natuurrechtelijke*: want deze maakte het positieve recht althans tot *probleem*, door de vraag naar zijn boven-positieven geldingsgrond te stellen.

Tegenover de *Romanistisch-historische*: want deze wierp althans het probleem op inzake de verhouding van het positieve recht tot de historische ontwikkeling en erkende in deze ontwikkeling een objectieve, niet tot de natuur te herleiden wetmatigheid. Het positivisme, meenende het waardevolle uit de historische theorie te handhaven, heeft inderdaad allen zin aan de ontdekking van Von Savigny c. s. ontnomen, door in positivistische lijn het „geschichtliche” te vereenzelvigen met het „geschehene” ⁶³⁾ ⁶⁴⁾.

Tegenover de *Germanistisch-historische* richting: Want deze stelde

principieel de kernvraag der bronnentheorie: de materieele competentie van den rechtsvormer aan de orde, ook al faalde zij in de systematische uitwerking harer gedachte.

Voorts heeft het naief positivisme, door zijn in wezen *statische rechtsopvatting*, zelfs niets bijgedragen tot onze kennis van de formeel juridische ontstaansbronnen van het recht, ofschoon het althans op dit punt had moeten toonen, welke resultaten een zuiver empirische opvatting van het positieve recht kan bereiken. Wet en „gewoonterecht”, in dit armelijk kader (waarvan het „gewoonterecht” een waar „asylum ignorantiae” vormt) worden „cum grano salis” de formeele ontstaansbronnen ondergebracht.

Alles, wat figuren als VON JHERING, MERKEL e. a. voor belangrijke nieuwe gezichtspunten tegenover de historische bronnentheorie naar voren hebben gebracht, ligt buiten het kader van het formalistisch positivisme. Zij hebben beide in de lijn van de zich sedert de tweede helft der vorige eeuw krachtig ontwikkelende, maar natuurwetenschappelijke methode werkende wetenschap der zgn. „sociologie” gewezen op het nauwe substraatsverband tusschen het recht en de sociale en economische functie der kosmische realiteit. Von JHERING heeft met name voor het onderzoek der sociale conventienormen zich onvergankelijke verdienste verworven ⁶⁵).

Doh dit komt niet op de creditzijde van het naief-positivisme in de rechtsbronnentheorie. Integendeel, gelijk MERKEL ⁶⁶) terecht opmerkt, juist de meer wijsgeerige zijde van Von Jhering's arbeid heeft in de kringen zijner positivistische vakgenooten weinig waardeering gevonden en eerst bij het herleven der rechtsphilosophie sedert het laatst der vorige eeuw, is Von Jhering op dit punt weer als voorlooper gewaardeerd.

(Wordt vervolgd).

1) THIBAULTS' later, van machteloze afgunst tegen de voorshands zegevierende historische school getuigend geschrift: „*Ueber die sogenannte historische und nicht-historische Rechtsschule* (1839) verscheen in hetzelfde jaar als GANS' werk *Ueber die Grundlagen des Besitzes*, waarin Gans' kritiek tegen Von Savigny en zijn volgelingen haar hoogtepunt bereikte.

2) HEGEL, *Rechtsphilosophie* § 211.

3) Zie hierover uitvoerig LANDSBERG—STINTZING *Gesch. der deutschen Rechtswissenschaft*, 3e Abt. (1910) S. 745 flg. „Wetter- und Sturmzeichen”.

4) Het is een verdienste van Dr. LANGE's proefschrift: *Die Wandlungen Jherings in seiner Auffassung vom Recht* (1927) deze verhandeling, die tot nu toe slechts terloops in een artikel van KANTOROWICZ *Die Epochen der Rechtswissenschaft* (1914 S. 361) was vermeld, aan een uitvoerig onderzoek te hebben

onderworpen, waardoor het inderdaad noodzakelijk is geworden Von Jherings ontwikkelingsgang in plaats van in twee, in drie perioden te verdeelen.

5) R. VON JHERING *Geist des römischen Rechts* 1er Teil (6e Aufl. 1907) S. 1.

6) T. a. p. S. 5.

7) T. a. p. S. 6.

8) *Geist* I S. 326.

9) T. a. p. S. 319 jo. S. 97.

10) ADOLF MERKEL: *Rudolf von Jhering* in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts" Bnd XXXII 1893 (opgenomen in de Gesammelte Abhandl. S. 743).

11) *Geist* 2er Theil, 2e Abl. S. 386: „Das System ist eine unversiegbare Quelle neuen Stoffs". Ter illustratie van de overschatting van het logisch denken in de rechtswetenschap diene de volgende passage (t. a. p. S. 387) „Wie viele Lehren hat die römische Jurisprudenz geschaffen, zu denen das positive Recht ihr auch nicht den geringsten Anhaltspunkt, den leisesten Anstosz gegeben hatte! Welches Gesetz hatte z. B. etwas bestimmt über die Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der Servituten, des Pfandrechts u. s. w.? Und doch ist diese Lehre von der Untheilbarkeit eine der feinsten, die es gibt. Oder wo stand etwas über den Eigentumserwerb durch Specification und Accession? Diese Lehren sind ausschliesslich juristische Productionen, gewonnen rein auf dem Wege der *juristischen Speculation*. Der Stoff, aus dem die Jurisprudenz, die Lehre von der Specification und Accession bildete, war nichts als der allgemein logische Begriff der *Identität*, angewandt auf die *Umgestaltung einer Sache*" (sic!)

12) *Geist*, 2er Theil, 2e Abl. (5e Aufl. 1898) S. 361.

13) VON JHERING poogt (t. a. p. S. 360 nooit 506) zich tegen de scherpe kritiek op zijn naturalistische theorie eenigszins te dekken door de opmerking, dat de opvatting der rechtsbegrippen als reële lichamen niet van hem stamt, doch reeds bij VON SAVIGNY is te vinden. Inderdaad schrijft Von Savigny in zijn *Vom Beruf unserer Zeit*, 3e Aufl. S. 29: „Die Begriffe sind den römischen Juristen *wirkliche* Wesen gewesen, desen Dasein und Genealogie ihnen durch langen vertrauten Umgang bekannt geworden ist." Doch deze opmerking is bij Von Savigny geenszins in den zin van een naturalistisch begrippenrealisme bedoeld. Een van zijn grondstellingen is immers, dat het recht geen bestaan „an sich" heeft, doch slechts voor onze beschouwing als een abstracte grootheid kan optreden.

14) T. a. p. S. 388.

15) Dr. H. LANGE *Die Wandlungen Jherings in seiner Auffassung vom Recht* (1927) S. 44 flg.

16) LANGE t. a. p. S. 44 dwaalt, wanneer hij in Von Jherings poneering van de *productiviteit* der theoretische wetenschap een „bahnbrechende Erkenntnis gegenüber dem nur receptiven Verhalten der meisten Anhänger der älteren historischen Schule" ziet. Deze uitspraak is onbegrijpelijk in 't licht van PUCHTA's opvatting van de theoretische wetenschap als rechtsbron. Deze opvatting was reeds lang gemeengoed van vele historische juristen geworden. Het nieuwe van Von Jhering in zijn tweede periode ligt veeleer in de natuurhistorische methode in dienst gesteld van een progressieve rechtspolitik.

17) LANDSBERG-STINTZING *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 3e Abl. 1910 S. 737.

18) Zie THEODOR STERNBERG *I. H. v. Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft* (Berlin-Leipzig 1908) S. 16 flg.

19) MERKEL Gesammelte Abhandl. aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, 2e Halbf. S. 740), in zijn verhandeling *Rudolf von Jhering*.

20) Met name in zijn bekend, in 1872 verschenen *Der Kampf ums Recht*.

21) Dit „sociaal” utilitarisme onderscheidt VON JHERING zelf scherp van het zuiver subjectief individualistisch utilitarisme van JEREMIAS BENTHAM en SPENCER *Der Zweck im Recht*, II S. 133 flg.

22) Hiervoor raadplege men nader LANGE t. a. p. S. 69 flg.

23) *Geist* 3er Teil, 1e Abt. (5e Aufl. 1906) S. 318/9.

24) *Der Zweck im Recht* I (5e Aufl.) S. 3 flg.

25) Voorrede bij *Der Zweck im Recht* I S. IX/X.

26) *Der Zweck im Recht* I S. 247 flg.

27) *Der Zweck im Recht* I S. 75.

28) T. a. p. S. 191/2.

29) T. a. p. S. 247.

30) T. a. p. S. 399.

31) Ook van de „gerechtigheid” als beoordeelingsmaatstaf van het positieve recht. Zie *Der Zweck im Recht* I S. 288 flg.

32) *Der Zweck im Recht* II S. 150 „selbst aus den Munde der Juristen vom reinsten Wasser haben wir den Volksgeist als Quelle des Gewohnheitsrechts bezeichnen hören. Ist der Volksgeist bestimmter, als die Gesellschaft?”

33) Ditzelfde kan niet zoo sterk gezegd worden van Von Jherings leerling ADOLF MERKEL, die ook overigens van zijn leermeester afwijkende beschouwingen huldigt, waarvan hij rekenschap aflegt in zijn verhandeling *Rudolf von Jhering* t. a. p. S. 754 flg. Vgl. zijn *Elemente der allgemeinen Rechtslehre* in *Gesammelte Abhandl.* aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts 2e Theil (1899) S. 579:

„Jede Gemeinschaft, welche die Macht besitzt, Verhältnisse ihrer Angehörigen zu einander und zu ihr selbst in der oberbezeichneten Weise selbständig zu ordnen, kann ihr eigenes Recht haben. Ob ihr jene Macht vom Staate übertragen und ob die bindende Kraft ihres Rechts in oberster Instanz auf die Autorität der Staatsgewalt zurückführen sei, ist eine thatsächliche Frage, deren Beantwortung sich weder aus dem Begriffe des Rechts, noch aus dem des Staates herleiten lässt und welche zum Beispiel in Bezug auf das Recht, das sich die katholische Kirche bezüglich ihrer Organisation geschaffen hat, zu verneinen ist.” Zie voorts zijn *Jur. Enzyklopädie* (5e Ausg. 1913 § 66 en § 67 jb. § 867.

In verband hiermede neemt MERKEL ook niet het statelijk machtselement in zijn rechtsbegrip op, terwijl hij in zijn verhandeling *Rudolf von Jhering* t. a. p. S. 755 noot 2 aanduidingen geeft in de richting van een overwinning der individualistische maatschappijbeschouwing en toenadering tot het transpersonalistische idealisme.

Intusschen neemt ook Merkel de autonomie niet onder de rechtsbronnen op. Hij herleidt de geheele kwestie i. z. de verhouding van statelijk recht en niet statelijk verbandsrecht tot een feitelijke machtskwestie en nadert hier dus sterk de zgn. sociologische geldingstheorie. Ook bij zijn bespreking van de verhouding van wet en „gewoonte” als rechtsbronnen (§ 115 *Jur. Enzyklopädie*) stelt hij zich op het standpunt dezer geldingstheorie. Hij neemt n.l. de praevaletie van de wet aan, op grond van het feit, dat den in de gemeenschap „zu höchst maszgebenden Wille” de bevoegdheid niet ontzegd kan worden „die Formen im Voraus zu bezeichnen, in welchen er Rechtssätze produzieren will, und für seine Organe festzustellen, unter welchen Voraussetzungen, sie eine Norm als für sich verbindlich anzusehen haben, doch voegt er aan toe „freilich nur insolange als das betreffende Gesetz seine Geltung behauptet und nicht etwa selbst der Macht des Herkommens erliegt.”

34) *Zweck* I S. 250.

35) T. a. p. S. 251. Tegen PUCHTA *Pandekten* § 11 noot 9.

36) T. a. p. S. 250/1.

37) T. a. p. S. 196.

38) T. a. p. S. 242.

39) T. a. p. S. 263.

40) T. a. p. S. 274.

41) T. a. p. S. 339: „Die beiden im bisherigen entwickelten Momente des Rechts im objektiven Sinne: die Norm und der Zwang sind rein *formale Momente*, die uns über den *Inhalt* des Rechts nichts aussagen: mittels ihrer wissen wir nur, dasz die Gesellschaft gewisse Dinge von ihren Mitgliedern erzwingt, aber nicht warum und wozu; es ist die *äuzere Form* des Rechts, die sich überall gleich bleibt, fähig, den verschiedensten Inhalt in sich aufzunehmen. Erst durch den Inhalt erfahren wir, wozu das Recht der Gesellschaft eigentlich dient. . .”

42) T. a. p. I S. 399. Op dit punt wijkt VON JHERING's leerling Merkel niet onbelangrijk van zijn leermeester af. Terecht wijst hij er in zijn aangehaalde verhandeling *Rudolph von Jhering* S. 755 noot 2 op, dat een objectieve teleologie, waarvan immer ook Von Jhering uitgaat, zich verzet tegen een individualistische maatschappijbeschouwing. Hij zelf houdt in afwijking van Von Jhering het germanistisch begrip „Genossenschaft” aan en schrijft (*Elemente der allgemeinen Staatslehre*, t. a. p. S. 632) ten aanzien van den staat, dat hij nòch als een bloot gedachte eenheid, nòch als de som van zijn leden mag worden beschouwd, doch een reëele levenseenheid is. Daar intusschen aan Merkel een behoorlijke kosmologische verbandstheorie ontbreekt, weet hij dit inzicht in zijn bronnen-theorie niet vruchtbaar te maken.

43) T. a. p. I S. 226.

44) T. a. p. S. 231/2: Die gemeenzame grondtrekken zijn de volgende:

1. die Gemeinsamkeit des Zwecks,
2. das Dasein von Normen, welche die Verfolgung desselben regeln, bei der einen in Form des Vertrags, der *lex privata*, bei der andern in Form des Gesetzes, der *lex publica*,
3. als Inhalt derselben: Rechtsstellung, Rechte und Pflichten der Gesamtheit wie der einzelnen,
4. Verwirklichung dieser Normen gegen den widerstrebenden Willen des einzelnen mittels Zwanges,
5. die Verwaltung, d. h. die freie Verfolgung des Zweckes mit den Mitteln der Gesellschaft innerhalb der durch die obigen Normen gesetzten Grenzen und alles, was sich daran anschlieszt: das Bedürfnis eines besonderen Organs zu diesem Zweck bei gröszerer Zahl der Mitglieder (Verwaltungsrat — Regierung), daran sich reihend der Gegensatz zwischen denjenigen, *durch* die, und *für* die Verwaltung geschieht (Angestellte, Beambte — Aktionäre, Mitbürger, Untertanen), und die daraus sich ergebende Gefahr einer dem Interesse der Gesellschaft widersprechenden Verwendung ihrer Mittel im Interesse ihrer Verwalter, die bei der staatlichen Gesellschaft nicht minder zu besorgen steht als bei der privatrechtlichen und als Schutzmittel dagegen die Kontrolle der letzteren durch die Gesellschaft selber (Generalversammlung — Ständeversammlung)“.

45) T. a. p. S. 229.

46) T. a. p. S. 235.

47) T. a. p. S. 237.

48) T. a. p. S. 239. Uit dit citaat blijkt voldoende, dat Von Jhering den staat niet slechts *formeel* als dwanginstituut maar ook *materieel* als „Zweckorganisation” in beginsel voor omnipotent houdt.

Op het eerste gezicht zou men het staatsabsolutistisch karakter van Von Jhering's rechtstheorie kunnen ontkennen, door er op te wijzen, dat de schrapping van de autonomie onder de rechtsbronnen voor Von Jhering rechtstreeksche consequentie is uit de omstandigheid, dat hij in den mechanischen staatsdwang het eenig rechtskriterium ziet. Men hoeft nog niet staatsabsolutist te zijn, om

den staat het monopolie van den dwang van den sterken arm toe te kennen.

Doch uit Von Jhering's individualistische „sociologie” blijkt duidelijk, dat niet slechts formeel, maar ook in materieelen zin voor hem de competentie der niet-statelijke verbanden tot autonome rechtsvorming op uitdrukkelijke of stilzweigende delegatie door den staat berust. Trouwens de formeele zijde is voldoende, om de materieele te bepalen. Uit Von Jherings „formeele” rechtsbeschouwing vloeit immers voort, dat wanneer b.v. de staat den internen rechts sfeer van alle niet-statelijke verbanden aan zich wilde trekken en dus b.v. zelve aan de R.K. of andere kerken een statelijke rechtsorde voor hare interne organisatie zou willen opleggen, daarmede voor de bedoelde verbanden alle competentie tot interne rechtsvorming zoowel in formeelen als materieelen zin zoude vervallen. Dit is het radicale staatsabsolutisme onder het masker van een juridisch formalisme!

De subjectieve macht beslist, niet de interne rechtsstructuur der verbanden!

Hierop komt overigens practisch ook MERKEL'S beschouwing neer, ook al laat deze het recht niet opgaan in statelijken machtswil. (*Zie Jur. Enzyklopädie* § 80, 5e Aufl., contra de opvatting van het recht als staatswil).

't Verschil tusschen Von Jhering en Merkel is uit 't oogpunt der *rechtsbronnentheorie* alleen dit, dat Von Jhering aan den staat apriori het monopolie der macht toekent, terwijl Merkel de machtsverhouding tusschen staat en niet-statelijk verbond als een wisselend-feitelijke ziet.

⁴⁹⁾ Zie onder de oudere positivisten b.v. C. G. BRUNS: „Die Frage, wer im Staate Gesetz geben kann und in welcher Form, ist lediglich eine staatsrechtliche und hängt von der konkreten Staatsverfassung ab”; aangeh. bij ROSS, t. a. p. S. 181 noot 26.

Zie t. o. b.v. SUYLING, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht* 2e dr. (1927), 1e st. 1e ged. blz. 9: „Het positieve recht (daarentegen) is een maatschappelijke orde, door den Staat ingesteld of erkend”. jo. blz. 10 „Geheel in het algemeen kan men den staat de eenige rechtsbron in den zin van oorsprongsbron noemen. Hij scheidt toch alle recht of erkent het tenminste als zoodanig. Maar de staat, althans de staat onzer rechtsorde, de staat-rechtspersoon, behoort niet tot de waarneembare verschijnselen; als zoodanig bestaat hij slechts in de voorstelling, die wij ons, op grond van het geldend recht, van hem hebben te vormen.” (!) M. a. w. het recht wordt gedefinieerd door den staatswil, de staatswil weer door het recht!

⁵⁰⁾ Zeer sterk treedt deze verwisseling op in SUYLING'S aangehaald werk. Hij neemt het begrip rechtsbron wetenschappelijk slechts in den zin van *oorsprongsbron* (t. a. p. S. 10), d. w. z. van *formeele ontstaansbron* en gaat met dit begrip gewapend, rustig spreken over de „rangorde der rechtsbronnen”, een vraagstuk, dat alleen met behulp van het geldingsbegrip is op te lossen.

⁵¹⁾ T. a. p. S. 350.

⁵²⁾ *Der Zweck im Recht* II S. 160.

⁵³⁾ T. a. p. II S. 155.

⁵⁴⁾ T. a. p. II S. 155.

⁵⁵⁾ Dit naturalisme spreekt weder bijzonder sterk bij Von Jhering's leerling ADOLF MERKEL *Jur. Enzyklopädie* (5e Ausg. 1913) S. 30: „*Der kausale Zusammenhang* (aber) zwischen Zweckmässigkeit und Gerechtigkeit im Bereiche des Rechts bestimmt sich so, dass der im Rechte sich äussernde Wille seinen Zweck im allgemeinen nur unter der Voraussetzung erreicht, dass seine Bestimmungen der Natur der geordneten Verhältnisse entsprechen und den darin stehenden Menschen als gerecht erscheinen”.

Zie voorts met name zijn verhandeling *Ueber das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft* (Hinterlassene Fragmente und Gesammelte Abhandl. II, 1e Hälfte 1879) S. 318 flg., waar de onderscheiding

tusschen normatieve en natuurwetenschappelijke oordeelen aldus wordt opgeheven: „Das „Soll“ ist daher nur eine Konsequenz des Urteils über das „Ist“ und kann daher nicht der Gegenstand einer Disziplin bilden, welche der Wissenschaft des „Ist“ selbständig gegenüber stünde.

Vielen erscheint es freilich als unbegreiflich, wie das Bestehende den Maszstab für seine Umbildung soll an die Hand geben können, und doch handelt es sich dabei um einen Vorgang, zu dem sich Analogien in allen Wissensgebieten finden lassen.

Dem Mediziner entwickelt sich aus der Beobachtung des gesunden und kranken Menschen das Bild einer normalen Konstitution und normaler Funktionen des menschlicher Organismus, welches ihn krankhafte Bildungen und Prozesse als solche erkennen lässt und welche ihm Zielpunkte und Gesichtspunkte für die den Letzteren gegenüber zu entfaltene Thätigkeit abgibt. (Deze vergelijking vindt men reeds bij VON JHERING *Zweck im Recht*). Dem Botaniker entwickelt sich ein Bild von den normalen Formen einer Pflanzenspecies, welches ihn verkrüppelte und unvollkommene Exemplare von normal gebildeten unterscheiden lässt u.s.w. Ueberall führt uns die Beobachtung des Lebens dazu, uns die Formen zu entwerfen, welche der ungehemmten unter günstigsten Bedingungen erfolgenden Entwicklung eines Komplexes von Kräften entsprechen“. enz.

⁵⁶⁾ BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (1892) S. 387.

Terecht schrijft ROSS t. a. p. S. 182 in dit verband: „Die Analogie — oder, wie die historische Schule es ausdrückte, die Wissenschaft — als Rechtsquelle bedeutet im System des Positivismus eine formal-naturrechtliche Reminiszenz“.

Eenigszins onhelder is de opvatting van den leerling van Von Jhering ADOLF MERKEL in diens *Juristische Enzyklopädie* (5e Aufl. 1913) S. 67 flg. ten aanzien van de analogie als rechtsbron.

In § 105 schrijft hij: „Die gesetzgeberische Tätigkeit bringt (aber) zugleich Rechtssätze zur Entstehung, welche nicht selbst Bestandteile eines Gesetzes sind und für welche die aufgestellten Sätze keine Geltung haben, Rechtssätze, für deren Existenz nicht der *Inhalt* der gesetzgeberischen Willensäußerungen, sondern deren *Voraussetzungen* entscheidend sind“.

Daarna in § 106: „Eine gesetzliche Bestimmung nämlich stellt sich, logisch betrachtet, als eine Anwendung eines allgemeineren, als gültig vorausgesetzten, Urteils auf besondere Verhältnisse dar. Dieses allgemeinere Urteil nun — der Obersatz in dem Syllogismus, welcher jener Bestimmung zugrunde liegt — nimmt unter gewissen Bedingungen selbst die Bedeutung eines Rechtssatzes bzw. einer Quelle vom Rechtssätzen in Anspruch“.

Hier schijnt dus de analogie als rechtsbron aanvaard, waarbij we moeten bedenken, dat Merkel in positivistischen trant onder rechtsbron verstaat de formeele ontstaansbronnen (*Entstehungsformen*) van het positieve recht, die tegelijk als juridische geldingsbron optreden (zie § 101). Dit geeft reeds moeilijkheden, want welken juridischen ontstaansvorm heeft het langs den weg der analogie gepositieveerde recht? De analogie zelve is zeker niet juridische ontstaansbron. Intusschen wordt in § 111 de *geldingsvraag* van dit soort recht opgeworpen: „Die Rechtssätze, welche in dieser Form einer analogen Anwendung gegebener Gesetze wirksam werden, leiten ihre positive Gültigkeit aus allgemeinen, gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich sanktionierten Grundsätzen, her. Wo ein besonderer, die Gültigkeit statuierender Rechtssatz nicht vorhanden ist, da ergibt sie sich aus den Grundsätzen, welche für die Stellung der Gerichte zum objektiven Rechte bestimmend sind, und nach welchen diese die Entscheidung von Rechtsfragen nicht mit Berufung auf Lücken im Inhalte der Gesetzgebung ablehnen dürfen, den Maszstab für die Entscheidung dieser Fragen aber soweit immer möglich dem geltenden Rechte entnehmen sollen. Diesen

Masztab vermögen sie, wo der Inhalt der Gesetzte versagt, auf dem bezeichneten Wege zu gewinnen".

Hier wordt duidelijk op materiele rechtsbeginselen teruggegaan, maar alleen op *bij de wet of de erkende rechtsgewoonte gesanctioneerde*.

Dubieus blijft hierbij, of de gelding van het aldus gepositieerde recht op de formeele ontstaansbron of op de materiele rechtsbeginselen als materieel-juridische geldingsbron wordt teruggevoerd. Alleen de eerste opvatting past in Merkel's positivistische theorie.

Overigens heerscht bij Merkel ten aanzien van *de geldingsvraag* de grootst mogelijke onklarheid, waardoor zijn geheele rechtsbronnenleer in verwarring komt.

Eenerzijds grondt hij de *gelding* in den zin van „de verplichtende kracht” van het positieve recht in de „ethische macht” van het recht:

Jur. Enz. § 49: „Die Rechtsvorschriften können eine verpflichtende, d. i. moralisch bindende Wirksamkeit nur äuszern, sofern gewisse Eigenschaften bei ihnen vorausgesetzt und anerkannt sind, die ihnen unsere Achtungsgefühle zuwenden und die moralische Kräfte unserer Natur für sie tätig werden lassen.”

Hier wordt het begrip „gelding” dus blijkbaar in den zin van „ideëele geldigheid” gebezigd.

Anderzijds wordt de *gelding* van het positieve recht genomen in den zin van de natuurcausaal bedoelde *sociologische gelding*: de causaal dwingende macht van het sterkste verband. Op dit geldingsbegrip grondt Merkel, gelijk wij in noot 48 zagen de praevaleantie van het wettenrecht boven het gewoonterecht in den modernen tijd.

Tenslotte wordt „gelding” door hem genomen in den zin van *formeel juridische gelding*, welke teruggevoerd wordt op de wet, resp. het *gewoonterecht*.

In dien zin wordt de „gelding” van constante jurisprudentie en verdragen, die hij beide als rechtsbronnen, in den zin van formeele ontstaansbronnen erkent, teruggevoerd op de hoogste formeele geldingsbron: de wet, of bij 't ontbreken van een wetgever (gelijk in het volkenrecht) op het gewoonterecht (zie ib. § 118 en §121).

In verband daarmee heeft het begrip rechtsbron bij Merkel niet minder dan vier of vijf verschillende beteekenissen en wel die van: 1^o formeel juridische ontstaansbron, 2^o formeel juridische geldingsbron, 3^o materieel-buitenrechtelijke ontstaansbron in natuur-causalen zin (de machtspositie van den rechtsvormer), 4^o materieel buitenrechtelijke geldingsbron (ideëele geldigheidsbron: de moreele volksovertuiging), waarbij eventueel (t. a. van de analogie) nog als 5^o ware toe te voegen: die van materieel-juridische geldingsbron (de rechtsprincipia).

Tot een systematische zin-eenheid zijn al die verschillende beteekenissen niet samengevat, en *kunnen* zij niet worden samengevat, daar zij elkander „per definitionem” *uitsluiten*.

Aan dezelfde onklarheid en tegenspraak lijdt ook Merkels rechtsbegrip, waarin, evenals trouwens bij Von Jhering natuurcausale *naast* normatieve elementen optreden (het recht is tegelijk „ethische” en natuurnoodwendig dwingende („materieele”) macht. Vgl. *Jur. Enzykl.* Hoofdstuk I § 22 flg. *Das Recht als Lehre und Macht*.

⁵⁷⁾ Zie voor deze richting het zeer instructieve overzicht bij ROSS *Theorie der Rechtsquellen* (1929) S. 435 flg. over de literatuur i. z. de theorie van het gewoonterecht.

In Duitschland noemt men de theorie, welke het gewoonterecht naar zijn gelding op den staatswil terugvoert de „Gestattungstheorie”.

Onder de Duitsche aanhangers dezer theorie zijn te noemen: KIERULFF *Theorie des gemeinen Zivilrechts* (1839) S. 13. REINHOLD SCHMID *Theorie und Methodik des bürgerl. Rechts* (1878) S. 224; BRUNS *Geschichte und Quellen des*

Röm. Rechts (Holzendorffs Enzyklopädie der R. W.) S. 224; ERNST MEIER *Die Rechtsbildung in Staat und Kirche* (1861) S. 24; BINDING *Handbuch des Strafrechts I* (1885) S. 200 flg. HERZFELDER *Gewalt und Recht* (1890) S. 149—150; J. RÜMELIN *Das Gewohnheitsrecht* (Jherings Jahrbücher, Bnd 27, 1189 S. 186); BRUNO SCHMIDT *Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens* (1899) 2, 29—30; LABAND *Das Staatsrecht des deutschen Reichs* (1911) I S. 75; WALTER JELLINEK *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung* (1913) S. 177 flg.

H. NAWIANSKY *Bayerisches Verfassungsrecht* (1823) S. 341—342; SEYDEL *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre* (1853) S. 13.

PFENNIGER *Uebung und Ortsgebrauch im schweizerischen Zivilgesetzbuch* (1911) S. 82 flg.

GMÜR *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches* (1918) S. 82 flg.

Onder de Fransche schrijvers huldigden de oudere auteurs meest de theorie: DELISLE *Traité de l'interprétation juridique* (1849) p. 21. OUDOT *Philosophie de droit* (1846) p. 66. La Bigne de Villeneuve *Elements de droit civil I* (1883) p. 2. HUC *Commentaire théorique et pratique du Code Civil* (1892) I p. 58—60. BAUDRY LACANTINERIE *Precis de droit civil t. 1*, p. 27 etc.

Voorts is er een geheele reeks schrijvers, die op het voetspoor van AUSTIN „het gewoonterecht” opvatten als „judge-made law” welke gelding op den soeverainen staatswil wordt teruggevoerd.

⁵⁸) LAND *Inleiding tot de Verklaring van het Burgerlijk Wetboek* (1899) bl. 1.

⁵⁹) T. a. p. blz. 13 noot 1: „Daarmede is nog niet gezegd, dat wij den wil van de overheid aanzien voor „het eigenlijke recht”;... Wij erkennen, dat de wetgever, of wil men zeggen de overheid, uiting geeft aan het recht; das Gesetz ist das Organ des Volksrechts, zegt ook Savigny, System I blz. 39. Dit kan intusschen niet wegnemen, dat de afstand tusschen het eigenlijke recht en de wet dikwijls zeer groot is, dat zelfs het eerste door het laatste soms geheel wordt verlaten, en ook dan hebben wij het positieve recht te volgen, al is het geen Organ des Volkrechts dan in theorie.

„Dit aan te nemen is nu niet het huldigen van een theorie van het positieve recht, in dien zin alsof de grond van de rechtskracht der wet gelegen is in het bevel van den Staat. Zeker wordt zij daardoor bindende; maar zeker ook heeft de Staat en zij die voor hem spreken, zijn steun te zoeken in dat „eigenlijke recht”.

⁶⁰) LAND *Inleiding tot de Verklaring van het Burgerlijk Wetboek* (1899) blz. 12: „Wat de wet of een geldend gewoonterecht voor ons bepaalt, geldt voor ons als recht, en het blijft zijn kracht behouden totdat het positieve recht zelf het heeft afgeschafft.”

Even verder (bl. 14) volgt de uitspraak: „Ook zal een verstandig wetgever bedenken, dat hij maat heeft te houden; met het vaststellen van elken regel wordt ook het recht vastgelegd, tot schade allicht van zijne verdere ontwikkeling”. Beide uitspraken impliceeren de in juridischen zin onbepaalde competentie van den statelijken wetgever. Want het positieve recht wordt door Land in positivistischen lijn, zuiver *formeel* genomen.

⁶¹) Zie verschillende voorbeelden bij KOSTERS *De Plaats van Gewoonte en Volksovertuiging in het Privaatrecht* (1912) blz. 14 vlg.

⁶²) GOUDSMIT *Pandekten-systeem I* Par. 15 (i. f.).

⁶³) Men zie de inderdaad droevige passage bij BERGBOHM *Jurisprudenz und Rechtsphil.* S. 549, waar de beteekenis van het echte „*historische principe*” voor de rechtsbronnentheorie aldus wordt omschreven:

„Damit eine praktische, Handlungen oder Verhältnisse der Menschen und ihrer Vereine bestimmende Norm oder Regel positives Recht im Sinne der

Jurisprudenz und Rechtswissenschaft, in allen ihren Zweigen und Stufen sein könne, ist eine unerlässliche Bedingung die, dasz sie zu dem wesentlichen normativen Inhalt die ebenso wesentliche Rechtsform erworben habe, was nur auf die Weise geschehen konnte, dasz ihr eine kompetente rechtsbildende Macht durch einen geeigneten, äusserlich erkennbaren Vorgang, *der als solcher der Geschichte angehört* (ik cursiveer!) und die formelle Rechtsquelle der betr. Norm bildet, die Rechtsqualität verlieh. Der Verzicht auf diese Bedingung dagegen würde ein Prinzip involvieren, dem ein derartiges geschichtliches Element fehlt, und folgeweise auf ein Recht leiten, das nicht durch eine formelle Rechtsquelle hindurch in die Wirklichkeit, wo es seine objektive Verbindlichkeit als formelles Recht bewähren könnte (sic!), eingetreten ist d. h. auf ein ungeschichtliches oder nicht positives oder Naturrecht, das kein Erkenntnisobjekt der Rechtswissenschaft, weil juristisch überhaupt gar kein Recht ist."

⁶⁴⁾ Zeer scherp is BERGBOHM'S denatureering van het historische rechtsbeginsel gezien door MERKEL in zijn „Besprechung von Dr R. Bergbohm“, „Jurisprudenz und Rechtsph.“, opgenomen in Hinterlassene Fragmente und Gesammelte Abhandl. (II, 2) S. 730.

⁶⁵⁾ Zie de tweede band van zijn *Der Zweck im Recht*, welke voor het overgrootste deel aan dit onderzoek gewijd is.

⁶⁶⁾ MERKEL *Rudolph von Jhering* t. a. p. S. 751.
