
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.

II.

Kritiek op de grondslagen der historische rechtsbronnentheorie en haar uitwerking in de Romanistische richting.

Daar de hieronder te bespreken Germanistische richting in de historische rechtsbronnentheorie de door VON SAVIGNY en PUCHTA gelegde grondslagen heeft aanvaard en alleen in de uitwerking een belangrijk verschil met de Romanistische richting vertoont, treft onze kritiek op die grondslagen beide richtingen gelijkelijk.

Deze kritiek dient zich in de eerste plaats te richten op het door de school unaniem gehuldigde *materieele begrip van rechtsbron*, waarin de geheele historische rechtsbeschouwing in nuce vervat is. Het blijft de onvergankelijke verdienste der historische school, dat zij den rationalistischen hoogmoed der humanistische natuurrechtstheorie heeft gebroken en de onhoudbaarheid van een zelfstandig tegenover het positieve recht staande natuurrechtsorde heeft in het licht gesteld. Weliswaar was een GUSTAV HUGO ¹⁾, die men gewoonlijk als voorlooper der historische school noemt, hierin reeds voorgegaan, maar deze scherpzinnige Romanist bestreed het rationalistisch natuurrecht slechts met de wapenen van KANT's kenniskritiek en stond nog innerlijk vreemd tegenover den zin der historische ontwikkeling. Boven KANT's eigen natuurrechtelijk systeem uitgaande, poneerde hij de stelling, dat, evenals het denkend verstand slechts op zich zelve ledige denkvormen be-

zit, die haar geheelen inhoud aan de ervaring moeten ontleenen, zoo ook de rede in moraal en natuurrecht niets anders kan leveren dan formeele, inhoudslooze richtlijnen en kritische principes, die al hun inhoud aan de historische ervaring moeten ontleenen.

Maar HUGO ziet de historie op positivistische wijze en is dus niet doorgedrongen tot den zin der historische wetmatigheid in verband met het positieve recht.

Zulks is eerst het werk geweest van de historische school Zij heeft de noodwendige positiviteit van alle recht aangetoond en het zinsverband tusschen die positiviteit en de historische ontwikkeling in het licht gesteld.

Wij zullen nog later in het thetisch gedeelte zien, hoe *rechtsbeginsel* en *stellig recht* nimmer als twee zelfstandige rechtssystemen naast of tegenover elkander kunnen worden gesteld. De grondstelling der historische school: „Alle recht draagt positiviteitskarakter”, zou slechts de nadere toelichting hebben behoeft: „Alle positief recht is positivering van goddelijke rechtsbeginselen”, om haar tegen alle verdenking van positivisme te vrijwaren.

De natuurrechtelijke geldingsbron van het stellig recht: „*pacta sunt servanda*” bleek niets dan een in wezen positivistische, wjl alle willekeur legitimeerende *delegatienorm*, gelijk dan ook de kritische positivist KELSEN deze natuurrechtelijke „oorsprongsnorm” ten grondslag kon leggen aan de geheele stellige volkenrechtsorde, zonder daarmede ook maar één materieel rechtsbeginsel in het wetenschappelijk volkenrechtssysteem te tolereeren. Het innerlijk tegenstrijdig dualisme tusschen natuurrecht en positief recht werd dan ook, gelijk wij zagen door het aanvaarden van een natuurrechtelijke delegatienorm voor het stellig recht niet opgeheven, doch eer verscherpt. Dit dualisme nu heeft de historische school voorgoed overwonnen, terwijl ze door haar *materieele rechtsbronnentheorie* evenzeer de klip van het positivisme heeft ontzeild.

Doch is haar begrip van materieele rechtsbron voor ons te aanvaarden?

Zien wij goed toe, dan blijkt het begrip „volksgeest”, reeds krachtens zijn wijsgeerigen oorsprong uit het Duitsche na-Kantiaansche idealisme, door de historische school in zuiver *historischen zin* bedoeld te zijn. De nationale volksgeest is een historische verbandsindividualiteit, die aan de *individueele wet der historische ontwikkeling* is onderworpen

en dus geenszins bloot subjectief en individualistisch is bedoeld. Wij zagen in het voorafgaande reeds, hoe deze historische wetmatigheid door VON SAVIGNY c. s. is gevat, hoe n.l. de humanistische wetsidee in haar transpersonalistisch-idealistisch type in zijn opvatting heeft door-
gewerkt.

Doch dit nu daargelaten, beteekent de rechtsbronnentheorie der historische school, inzooverre zij het recht als een product van de „volksgeest” beschouwt, noodwendig een verabsoluteering van den historischen wetskring ten koste van den zelfstandigen, souverainen zin des rechts.

Uitdrukkelijk stelt de historische school vast, dat het begrip „volk” als zoodanig geen rechtsbegrip is, maar een natuurlijke historische individualiteit.

Wanneer dan echter de „volksgeest” inderdaad de materiele geldingsbron van alle stellig recht ware, dan zou de historische ontwikkelingswet, waaraan die „volksgeest” onderworpen is, een immanente wetmatigheid van de rechtsorde zelve zijn, m. a. w. *het recht ware gehistorificeerd*.

In zooverre is de historische rechtsbronnentheorie ex origine *historisch*, schendt zij de souvereiniteit in eigen kring van het recht naar zijn *zin*.

Inzooverre de historische rechtsbeschouwing dus boven het positivisme uitkomt, n.l. in de aanvaarding van een boven alle subjectieve willekeur verheven innerlijke wetmatigheid van het recht in zijn ontwikkeling, is deze wetmatigheid niet als goddelijke *rechtswetmatigheid*, maar als *historische wetmatigheid* gevat.

PUCHTA, die de historische rechtsbeschouwing het meest wijsgeerig heeft doorgedacht, laat dan ook zelfs het *rechtsbegrip* zich eerst in de historische ontwikkeling ontplooien.^{1a)}

Deze grondfout belast de geheele historische rechtsbronnentheorie, die tot een wezenlijke *zin-duiding* van het stellig recht in zijn uitermate gedifferentieerde zin-structuur volstrekt ontoereikend is.

Want een wezenlijk alzijdige materiele rechtsbronnentheorie moet *met handhaving van den zelfstandigen rechtszin* niet slechts het zinsverband tusschen het stellig recht en den *historischen*, maar niet minder het zinsverband van het recht met den *socialen* en de andere wetskringen in het oog vatten. De Romanistische richting, die de grondslagen der historische rechtsbronnentheorie — *anders dan haar Ger-*

menistische zusterrichtung — bij de *uitwerking* in haar theorie der formeele ontstaansbronnen van het recht onverzwakt heeft gehandhaafd, heeft met name het sociale zin-substraat van het stellig recht verwaarloosd en *moest* daarom in de toepassing harer rechtsbronnentheorie op de zinstructuur van den rechtskring aanstonds vastloopen.

Terecht heeft reeds v. JHERING gewezen op de ontoereikendheid van de historische theorie tot opklaring van den zin van de *receptie van het Romeinsche recht* en van het *internationale recht*, dat in geen geval uit een ontwikkeling van den nationalen volksgeest is te duiden.

Wij zelve wezen reeds op de impasse, waarin deze theorie geraakte bij een zin-duiding van het volkenrecht, het kerkrecht enz. enz. Hoe is het b.v. mogelijk het Gereformeerde of Rooms-Katholieke kerkrecht op een nationale volksovertuiging terug te voeren, hoe zou zulk een volksovertuiging zijn aan te toonen in het zeer specifieke recht der onderscheiden maatschapskringen?

Wij wezen er op, hoe bij VON SAVIGNY op het nationale element der volksovertuiging veel minder de nadruk valt dan bij PUCHTA en hoe hij zelfs oog blijkt te hebben voor het feit, dat het „particuliere recht” der onderscheiden niet-statelijke verbanden aanvullend en wijzigend op het gemeene volksrecht kan inwerken. Maar hij ziet deze verbanden slechts als „volksmässige Abteilungen des Ganzen”, m. a. w. slechts als onderdeelen van het historisch nationaal volksverband en zoo blijft het uiteraard ook bij hem bij de historische volksovertuiging (volksgeest) als materiele geldingsbron van *alle* stellig recht.

Een behoorlijke zin-analyse van den socialen substraatskring van het recht, die gelijk we nog later zullen aantoonen, door den souverainen zin van *omgang en verkeer* is gequalificeerd, ontbreekt in de Romanistisch-historische theorie dan ook geheel.

Ze is te simplicistisch gebouwd en moest wegens haar historische grondfout met de wezenlijke zin-structuur van den rechtskring in conflict komen.

Men zal begrepen hebben, dat deze principiele kritiek op de historische rechtsbronnentheorie reeds vooruitgrijpt op onze in 't vervolg onzer verhandeling nader te adstrueeren kijk op den komischen zinsamenhang van den rechtskring en dat wij van het bestaan van een zelfstandigen historischen en socialen wetskring uitgaan.

In dit verband kunnen wij slechts wijzen op het *vastloopen* eener

historische beschouwing, die ex origine het bestaan van zulke wetskringen moet *loochenen*.

Dit is reeds een *negatieve* voorbereiding voor het aantonen van de juistheid eener in de organische Calvinistische wetsidee gefundeerde rechtsbronnenleer.

Met de hierboven gesignaleerde grondfout der historische theorie hangt haar tweede hoofdgebrek ten nauwste samen. Zij heeft het noodwendig *competentie-element*, dat aan het begrip „rechtsbron” naar zijn materieelen zin inhaerent is, verwaarloosd.

Reeds bij de bespreking van de Romeinsch-rechterlijke „theorie” van het „gewoonterecht”, bleek de zwakke stee te zijn het *niet precisieren van het competente rechtsvormingsorgaan*. Van deze leemte kon straks de staatsabsolutistische theorie gebruik maken door het zgn. „gewoonterecht” als een delegatie van de staatswetgeving te vatten.

De historische rechtsbronnentheorie heeft de verwarring op dit punt zoo mogelijk nog vergroot.

Het „volk”, als historische individualiteit beschouwd, is in ’t geheel niet als competent rechtsvormingsorgaan te vatten, wijl het als zoodanig geen rechtszin bezit. De historische theorie van het gewoonterecht verwaarloost de competentievraag, is daarom geen *rechtstheorie, want het positieve recht bestaat nooit en nergens los van de materieele competentie van een rechtsvormend verbands- of maatschapsorgaan*. Er bestaat geen „gewoonterecht” zonder meer, maar maatschaps-gewoonterecht, kerkelijk, statelijk, en niet statelijk verbandsgewoonterecht, welke alle hun eigen onderling zeer uiteenloopende materieele zinstructuur bezitten en zeker niet uniform in een nationale *volks*-overtuiging zijn gegrond.

Het materieele competentie-element in het positieve recht hangt ten nauwste samen met den slechts in zin-samenhang met zijn substraatskringen te vatten zin-structuur van den rechtskring; en deze zinstructuur is door de historische school niet behoorlijk geanalyseerd.

Vandaar, dat zij de staatsabsolutistische bronnentheorie niet in den hartader heeft kunnen treffen, ja, gelijk we zagen, door haar gemis aan een *verbandstheorie*, zelfs de natuurrechtelijke gedachte, dat positief recht slechts in den staat gevormd kan worden ²⁾, op bedenkelijke wijze in ’t gevlj kwam.

De verwaarloozing van het materieele competentie-element wreekt

zich in innerlijke tegenstrijdigheden bij de behandeling van de *wet* als formeele rechtsbron.

De grondstelling der historische school *dwingt* tot verwerping van de positivistische opvatting, dat de wet den grond harer juridische gelding in zich zelve heeft en moet tot de consequentie voeren, dat de wet, voorzooverre zij met het nationaal volksrechtsbewustzijn *in strijd* komt, van nul en geener waarde is.

Wat doen echter PUCHTA en VON SAVIGNY? Zij durven deze consequentie niet aan en kennen aan de wet *absolute* gelding toe, krachtens het wezen van het staatsgezag, dat immers *souvereiniteit* bezit.

Om toch hun grondstelling te redden, dat de volksgeest de *eenige* materiele ontstaans- en geldingsbron (en maar niet bloot *ideëele geldigheidsbron* in den zin van *waardeeringsmaatstaf*) van alle stellig recht is, behelpen zij zich met de *fictie*, dat de wet als „algemeene wil” haar inhoud steeds middellijk of onmiddellijk aan het volksrecht ontleent!!

Men hoore PUCHTA (*Gewohnheitsrecht* I, S. 145/6): „Das Wesen des Staatsgewalt besteht darin, dasz dasjenige, was sie unter den verfassungsmässigen Voraussetzungen als allgemeinen Willen erkennt, auch als solcher gilt, *ohne dasz hier erst eine materielle Untersuchung statt findet, neben welcher keine Staatsgewalt*, da sie eben das höchste seyn soll bestehen könnte.” En dan verder: Allerdings ist die Thätigkeit der Gesetzgebung mehr eine formelle(!) als die der beiden anderen Rechtsquellen, indem der Gesetzgeber kein eigenthümliches Rechtsbewusstsein hat, sondern seinen Stoff unmittelbar von dem Volksgeist oder von den Juristen erhält, und er hat auch häufig nur einen rein formellen Einfluss auf das Recht, indem er das schon bestehende Recht ausspricht, und ihm also nur die Form des Gesetzes giebt.” (In gelijken zin VON SAVIGNY, *System* I, S. 39—42). En dan merkt Puchta op, dat de inhoud van het recht toch ook niet perse reeds bestaand volksrecht of juristenrecht behoeft te zijn „indem eine Volksansicht oder eine Ansicht der Juristen sanktionirt werden kann, welche sich noch nicht zu einer festen Ueberzeugung, zij einem Recht ausgebildet hat, oder ohne Hülfe des Gesetzgebers vielleicht nie ausgebildet hätte.”

Dit is eenvoudig wetenschappelijk geknutsel!

Een van beide: of de wet is als *vorm* genoegzaam voor haar absolute juridische verbindbaarheid, maar dan valt de volksovertuiging als

eenige geldingsbron, òf wel de grondstelling der historische school is juist, maar dan is de wet niet te handhaven als formeele rechtsbron, *die den grond harer volstreckte verbindbaarheid in zich zelve draagt*. De fictie, dat de wetgever *slechts* de volksovertuiging tot uitdrukking brengt, is niets dan een maskeering van de innerlijke tegenstrijdigheid, welke ontstaat, doordat Puchta de kool en de geit wil sparen!

We zullen hieronder zien, dat de Germanistische richting deze fictie heeft losgelaten, maar in die wetenschappelijke eerlijkheid, tegelijkertijd de systematische eenheid in de historische rechtsbronnenleer overboord heeft geworpen.

De verwaarloozing van het materiele competentie-element wreekt zich bij de leiders der Romanistische richting wederom in hun opvatting van de wetenschap in den zin van den practischen (bij Puchta ook den *theoretischen*) juristen-arbeid als formeele rechtsbron naast de wetgeving.

Hebben de juristen soms *als* wetenschappelijk gevormde rechtskundigen competentie tot rechtsvorming?

Dit is immers niet vol te houden. Men kan onmiddellijk toegeven, dat op het moderne *historisch cultuurpeil* de rechtsvorming voor een goed deel slechts door rechtswetenschappelijk geschoolde organen kan geschieden, maar dit vereischte van juridische scholing is slechts een historische substraatsfactor van de moderne rechtsvorming; ze geeft nooit of te nimmer competentie in juridischen zin. VON SAVIGNY schijnt dit bezwaar zelf gevoeld te hebben.

In zijn *System* S. 48 schrijft hij:

„Es erscheint also hierin ein mannichfaltiger Einfluss des Juristenstandes auf das positive Recht. Gegen die Behauptung dieses Einflusses ist zuweilen der Vorwurf einer unbefugten Anmaasung erhoben worden. Dieser Vorwurf könnte nur dann gegründet seyn, wenn die Juristen einen geschlossenen Stand bilden wollten. Da aber jeder Jurist werden kann, der die nöthige Kraft darauf wendet, so liegt in jener Behauptung nur der einfache Satz, dasz, wer das Recht zu seinem Lebensberuf macht, durch seine gröszere Sachkenntniss mehr als Andere auf das Recht Einfluss haben wird.“

Accoord, kunnen wij aanstonds zeggen. Maar wat heeft dit betoog te maken met de poneering van het juristenrecht als formeele ontstaansbron van het stellig recht?

Het waren in wezen wetenschappelijk geschoolde juristen, die het

Romeinsche *ius civile* en *ius gentium* gepositieerd hebben. Maar dit feit stempelt de wetenschap niet tot formeele ontstaansbron van het recht.

Invloed op de rechtsvorming is heel wat anders dan *competentie tot rechtsvorming*.

Ook natuurlijke factoren hebben grooten invloed op de rechtsvorming, evenals historische gebeurtenissen, sociale en economische veranderingen etc. etc.

In de poneering van de rechtswetenschap tot formeele rechtsbron openbaart zich weder de historicistische grondfout der historische school. VON SAVIGNY liet, gelijk we zagen, het juristenrecht als zoodanig slechts als een vorm van gewoonterecht gelden, maar waar in de historische theorie van het gewoonterecht zelve het competentie-element ontbreekt, kan het appel op deze gewoonterechts-theorie niet baten ter fundeering van de wetenschap als formeele rechtsbron.

Groot wordt de verwarring in de historische bronnentheorie, doordat zij het juristenrecht, coördineert met de wet als formeele rechtsbron, want de wetgeving als formeele rechtsbron is juist door de formeele competentie der staatsorganen gequalificeerd.

Het zijn geheel ongelijksoortige grootheden, die als formeele ontstaansbronnen van het positieve recht worden aangediend.

De rechtswetenschap, ook de practisch georiënteerde, kan als zoodanig nimmer meer dan *kenbron* van het positieve recht zijn, maar wij zagen reeds in § 1 van dit hoofdstuk, dat aan het begrip *kenbron* alle juridische zin ontbreekt.

Uit rechtshistorisch oogpunt bezien was de weder-ontdekking van het juristenrecht door de historische school een groote winst. Maar we zien hier opnieuw, hoe weinig van die winst partij kan worden getrokken, wanneer men bij zijn onderzoek de souvereiniteit in eigen kring der wetssferen niet handhaaft.

Bij onze kritiek op de historische theorie in zake het juristenrecht, als formeele ontstaansbron van het stellig recht, zijn wij het vroeger door ons uitvoerig naar voren gebrachte verschil tusschen Von Savigny en Puchta op dit punt niet vergeten.

Wij houden er dus rekening mede, dat Von Savigny als juristenrecht alleen *nieuwe practische rechtsvorming* door wetenschappelijk geschoolde juristen laat gelden.

Wat wij bewezen is slechts dit, dat ook Von Savigny ons geheel

in de steek laat, wanneer het er op aankomt, de ware rechtsbronnen van dit juristenrecht op te sporen.

Uit de verwaarloozing door de Romanisten van het materieele competentie-element verklaart zich ook hun *gemis aan inzicht in het wezen van den menschelijken positieeringsarbeid*.

Zoo schrijft VON SAVIGNY „dasz überall, wo ein Rechtsverhältniss zur Frage und zum Bewusstseyn kommt, eine Regel für dasselbe längst vorhanden, also jetzt erst zu erfinden weder nöthig noch möglich ist. In Beziehung auf diese Beschaffenheit des allgemeinen Rechts, nach welcher es in jedem gegebenen Zustand, in welchem es gesucht werden kann, als ein gegebenes schon wirkliches Daseyn hat, nennen wir es POSITIVES Recht.” 3)

Deze naieve opvatting, als ware het positieve recht *als zoodanig* reeds *gegeven*, is niet zonder meer *statisch* te noemen. 4) Ze is veeleer een rechtstreeksche consequentie uit de humanistisch-historische grondstelling, dat het recht door de *historische ontwikkeling* vanzelf uit den volksgeest groeit. Zulks is echter volkomen in strijd met de zinstructuur des rechts als *normatieve* ordening. Nimmer is het positieve recht *gegeven*. De rechtsbeginselen, waaruit het gepositiveerd wordt, moeten immer door competente menschelijke organen *gevormd* worden en deze positivering draagt niet 't karakter van een statische daad in eens, maar is een *dynamisch proces*.

b. De Germanistische richting en kritiek op haar bronnentheorie.

Van een openlijk conflict tusschen de eenzijdig het Romeinsche recht beoefende *romanistische* en de op de studie van het Germaansche recht geconcentreerde *germanistische* richting in de historische school, kan eigenlijk eerst in de dertiger jaren der vorige eeuw worden gesproken. Bij de stichting van het „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft” werkten germanisten als EICHHORN en JACOB GRIMM broederlijk met de romanistische corypheeën samen en in de eerste jaargangen verschenen nog geregeld germanistische bijdragen.

Doch een innerlijke samenwerking tusschen beide richtingen ontbrak reeds van meetaf. Romanisten en germanisten gingen ieder hun eigen weg en vervulden zich meer en meer met den geest hunner eigen bronnen en gelijk GIERKE opmerkt: „Aus dem kühlen nebeneinander wurde wachsende Entfremdung, bis es endlich zu offener Fehde kam.” 5)

In de latere jaargangen van het tijdschrift overwoog een eenzijdig Romanisme en trad het Duitsche recht geheel terug.

De oorzaken van de openlijke uitbarsting van het conflict, dat straks zou worden ingeluid door de stichting van een zelfstandig orgaan van de Germanistische richting, het door REYSCHER en WILDA uitgegeven *Zeitschrift für deutsches Recht* (1839), en een bijzondere scherpte verkreeg door het requisitoir van GEORG BESELER tegen de Romanisten in zijn beroemd boek *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), zijn door GIERKE in zijn bekende gedachtenisrede *Die historische Rechtsschule und die Germanisten* (1903) op duidelijke wijze geresumeerd.

Wat de Germanisten volgens Gierke in Von Savigny en Puchta bestreden, was „de zonde tegen des historischen geest”, waarin de historische school steeds dieper gevallen was.

Het klassieke Romeinsche recht werd met name door PUCHTA hoe langer zoo meer op de oude natuurrechtelijke wijze als „ratio scripta” beschouwd. en de germaansche inslag welke dit Romeinsche recht na de receptie in de „usus modernus” verkregen had, werd gequalificeerd als een product van „blosze Unkunde und Dumpfheit literarisch schlechter Zeiten”, dat door de wetenschap moest worden uitgezuiverd. ⁶⁾

Zoo werden de post-glossatoren (BARTOLUS en BALDUS met name) van meetaf als dekadenten gebrandmerkt, de Germaansche volksgeest in zijn eigen rechtsvormende kracht teruggedrongen en zijn eigenaardigheid hoe langer zoo meer gezocht in de receptie van het on-nationale klassieke Romeinsche recht.

Het inheemsche recht werd in den hoek gedrongen en alleen ter aanvulling van leemten benut. Zelfs bij de wetenschappelijke beoefening van het Germaansche recht wilde men de wetenschappelijke begrippen slechts aan het Romanistisch arsenaal ontleend zien en verzette zich tegen iedere poging, de eigen Germaansche rechtsgedachte weer tegenover de Romeinsche in 't licht te stellen. ⁷⁾

VON SAVIGNY en PUCHTA hadden het juristenrecht als rechtsbron ingevoerd om de receptie van het Romeinsche recht als een werking van den nationalen volksgeest te kunnen rechtvaardigen.

Weliswaar was het vreemde recht lang geleden door de juristen aan het volk opgedrongen, vaak tegen de rechtsovertuiging van dit volk in ⁸⁾, maar in naieve verwisseling van ideaal en werkelijkheid fingeerde men, dat de juristen altijd slechts het rechtsbewustzijn des volks in

klaarder en fijner begrippen omzetten. Welnu het was juist op dit zwakke punt, dat BESELER in zijn aangehaalde boek „*Volksrecht und Juristenrecht*” zijn kritiek inzette.

In dit werk, dat onmiddellijk een heftige antikritiek van de zijde van PUCHTA uitlokte, werden de geschillen in de uitwerking der rechtsbronnentheorie, welke eigenlijk reeds van meetaf tusschen Romanisten en Germanisten bestaan hadden, in een scherpe belichting gesteld.

BESELER aanvaardt de grondslagen der historische bronnentheorie: „*Auch diese Schrift*”, zoo heet het in den aanvang van het 2e hoofdstuk van zijn boek, „*wenn gleich ihren eigenen Weg verfolgend, lehnt sich im Wesentlichen an die durch Von Savigny vertretene Grundansicht an; sie ist durch sie hervorgerufen und auf gewisse Weise überhaupt erst möglich geworden*” 9).

Maar in de uitwerking openbaart zich een dermate sterk verschil, dat men zich moet afvragen, of de Germanistisch-historische bronnentheorie niet in conflict komt met de toch ook door haar aanvaarde leer van den volksgeest als materieele geldings- en ontstaansbron van het stellig recht.

Reeds in de theorie van het gewoonterecht komt een sterk verschil naar voren.

BESELER aanvaardt Von Savigny's leer, dat in het gewoonterecht de volksovertuiging door natuurlijke overeenstemming onmiddellijk in stellig recht omzet, slechts voor een *normale*, niet door remmende factoren gehinderde ontwikkeling. M. a. w. slechts *idealiter* is voor hem het gewoonterecht een onmiddellijke openbaring van het volksrecht: „*aber wie die menschliche Dinge nun einmal nicht vollkommen sind, so wird auch die Rechtserzeugung in einem bestimmten Volke nicht immer in einer ideellen Weise vor sich gehen. Es sind so viele äusere Einflüsse möglich, welche unter den gegebenen Umständen ihre Herrschaft geltend machen, und auf die Gestaltung des positiven Rechts entschieden einwirken, dasz es wenigstens zufällig ist, ob und in wie weit demselben der Charakter eines Volksrechts bewahrt bleibt. Ein solcher äusere Einflusz kann nun sofort mit einer bindenden Kraft auftreten, was dann der Fall ist, wenn van der gesetzgebenden Gewalt im Staate schlechte Gesetze erlassen werden; er kann aber auch, an und für sich nicht einmal formell berechtigt, durch die Dauer der Einwirkung auf den Rechtszustand („nach dem Gesetze der Continuität”)* eine solche Macht erlangen, dasz sich daraus am Ende wahre Rechts-

normen entwickeln, die jeder für verbindlich hält und halten musz, und die also einen Theil des positiven Rechts ausmachen. Umstände verschiedener Art werden freilich zusammen treffen müssen, um eine solche Rechtserzeugung möglich zu machen; der letzte Grund der formellen Geltung ist dann aber die Gewohnheit, welche also nicht mehr, wie bei dem Volksrechte, ein bloßes Kennzeichen des Rechts ist, sondern dieses selbst produciren hilft und zwar oft im Gegensatz zu dem Geiste des Volks und der Vernunft der Dinge" 10).

Het gewoonterecht vindt dus *als zoodanig* zijn laatste geldingsbron in de *gewoonte* (het Herkommen 11)), waaraan BESELER, evenals zijn leerling GIERKE, slechts de eisch verbindt, dat de feitelijke *Uebung* als *longaevus usus* moet geschieden met de „*opinio necessitatis*”, d.w.z. het subjectieve bewustzijn, dat het hier om *rechtsregels* gaat 12). Maar dit rechtsbewustzijn is dan inderdaad een zuiver subjectieve factor in de rechtsvorming, het is niet, gelijk de volksgeest een objectieve historische ontwikkeling van individueele in het volk als verband gelegen ideeën.

Zien we goed toe, dan heeft reeds in 't licht van deze gewoonterechts-theorie de zin van den „volksgeest” als materieele bron van het positieve recht een belangrijke verschuiving ondergaan.

De nationale volksovertuiging is niet langer *condicio sine qua non* voor de vorming van het stellig recht, doch alleen de *normale* en *idealiter* alleen *gerechtvaardigde* materieele rechtsbron. Gewoonterecht en volksrecht dekken elkander niet meer. Het is eigenlijk slechts toevallig, wanneer in het gewoonterecht het ware volksrecht tot uiting komt. En zoo is onvoorziens de volksovertuiging een *beoordeelingsmaatstaf* van het stellig recht geworden, een *toetssteen voor zijn al of niet gerechtvaardigd zijn* in de trant der neo-kantiaansche *rechts-idee*. Daarmede valt de volksovertuiging als *de* materieele rechtsbron, waaruit het stellig recht *als zoodanig* gevormd wordt. Alleen het *volksrecht* zelve heeft in den nationalen volksgeest zijn materieele rechtsbron.

Doch er bestaat ook ander stellig recht, dat op zuiver formeele, d. i. *slechts* subjectieve wijze kan zijn ontstaan en voor zijn gelding zich niet op die materieele rechtsbron kan beroepen, maar door feitelijke levensomstandigheden in 't aanzijn is geroepen. M. a. w. reeds op dit punt heeft de Germanistische rechtsbronnentheorie een dualistisch karakter gekregen, dat haar systematischen samenhang doorbreekt.

Zij heeft het ontoereikende gevoeld van de Romanistische rechts-

bronnentheorie, doch heeft, om die leemte aan te vullen een dualistisch begrip van rechtsbron aanvaard, dat geen innerlijke verzoening meer toelaat: 1^o. rechtsbron als normatieve ideeële maatstaf van het stellig recht en 2^o. rechtsbron als bloot formeele ontstaansgrond en toereikende geldingsbron tevens. Uit dit dualisme kon slechts tweeërlei uitweg baten: òf de weg door Von Savigny c. s. ingeslagen: *de ontkenning van een bloot formeele ontstaansbron als rechtsbron* in den zin van geldingsbron òf de loochening van de volksovertuiging als ware rechtsbron en de aanvaarding van de formeele ontstaansbron als toereikende geldingsbron van het positieve recht. De laatste weg zou zijn uitgelopen in een naief positivisme.

Geen van beide wegen heeft intusschen de Germanistische theorie ingeslagen; ze wilde den volksgeest als materieele rechtsbron handhaven en wilde anderzijds de bestaanbaarheid van een bloot formeel positief recht niet prijs geven, daar zij langs dezen weg het in Duitschland gereciperde Romeinsche recht, welks gelding ze niet ontkennen kon, als strijdig met de nationale volksovertuiging aan de kaak wilde stellen. Het is begrijpelijk, dat het scherpe intellect van PUCHTA dit dualisme als een corruptie van heel de historische rechtsbronnen-theorie brandmerkte.

Het is ook bij VON SAVIGNY, hoezeer hij ook een soepeler beschouwing ten aanzien van de beteekenis der „gewoonte” huldigt dan Puchta, niet te vinden.

Immers weliswaar kent Von Savigny aan de gewoonte als zoodanig autoriteit toe voor het positieveeren van meer gedetailleerde bepalingen als het vaststellen van verjaringstermijnen enz., maar het is duidelijk, dat hier de gewoonte slechts een functie krijgt bij de eigenlijke *positivering* der volksovertuiging, niet als *vervangster* van de materieele rechtsbron: den volksgeest.

Wanneer wij kennis nemen van de uitvoerige systematische behandeling, welke BESELER in zijn standaardwerk *System des gemeinen deutschen Privatrechts* (1873), 1e Aufl. aan de rechtsbronnen geeft, dan verscherpt zich de indruk van verwarring, welke in de Germanistische rechtsbronnentheorie is ingetreden, doch vinden wij tegelijk tusschen al deze wetenschappelijke onklarheid door *waardevolle nieuwe gezichtspunten*, welke in de Romanistische theorie, welke haar foutieve grondslagen zoo veel consequenter uitwerkte, ten eenenmale ontbreken.

Het belang der zaak rechtvaardigt een eenigszins uitvoerige uiteenzetting.

Beseler begint het tweede hoofdstuk van het eerste boek van zijn hoofdwerk met een algemeene beschouwing over de rechtsvorming, waarin de grondgedachte der historische rechtsbeschouwing weer scherp naar voren komt.

„Die tiefere Einsicht in das Wesen der menschlichen Dinge lehrt uns”, aldus onze schrijver, „daz es nicht einzelne, zufällige Ereignisse sind, welche den Gang der Geschichte, im Groszen und Ganzen genommen, bestimmen: daz vielmehr in ihr Ideen wirksam sind, welche auf den der Menschheit verliehenen Trieben und Kräften beruhen, und sich ihrer innern Natur gemäsz mit einer gewissen Notwendigkeit offenbaren und verwirklichen müssen. In ihnen faszt sich die höhere Bestimmung der Menschheit zusammen, und die einzelnen Völker so gut wie die Individuen werden, bei aller Freiheit und Genialität der Persönlichkeit nach der ihnen von der Vorsehung angewiesenen Stellung von denselben erfasst und in ihren Dienst gezogen. Denn auch die Völker in ihrer höheren, weltgeschichtlichen Bedeutung entbehren der Persönlichkeit nicht; im Kreise seines Volkes aber und indem er von diesem genährt und getragen wird, seine Zeit erfassend, wirkt der einzelne Mensch auf das Ganze ein.

— Wer vom einem solchen innern Zusammenhange in der Cultuurgeschiede überzeugt ist, für den wird es keiner weitläufigen Beweisführung bedürfen, daz auch das *Recht* seinem ursprünglichen Wesen nach kein Produkt des Zufalls, der Willkühr oder der Weisheit ist; es ist mit der Menschheit selbst gesetzt, eine ursprüngliche, ihr von Gott verliehene, mit dem Staatstrieb untrennbar verbundene Kraft und Begabung, die wohl bei der Unvollkommenheit aller irdischen Dinge nicht rein und ungetrübt heraustreten und sich offenbaren kann, aber ihre Herkunft und ursprüngliche Natur auch nie ganz verleugnen wird”.

In deze inleidende passage komt de historistische grondslag, dien wij reeds vroeger naar voren brachten en kritiseerden, scherp uit. De geheele beschouwing is zeker anti-positivistisch ingesteld, zij aanvaardt het recht als een goddelijke boven toeval en menschelike subjectiviteit verheven ordening, maar als eene, die *als zoodanig* aan de *historische ontwikkelingswetmatigheid* onderworpen is.

Hooren wij nu echter Beseler verder:

De geschiedenis leert volgens hem, „daz es nicht die Bestimmung menschlicher Einrichtungen ist, unbeirrt und ungestört von äusseren, feindlichen Einflüssen sich in naturgemäßer Weise vollkommen zu entwickeln. Die ganze Anlage und historische Ausbildung eines Volkes kann schon von der Art sein, daz es sich ein Recht schafft, welches an den *höheren Anforderungen der Gerechtigkeit gemessen*, diesen in wesentlichen nicht entspricht. (Ik cursiveer!) Aber hier bleibt doch immer das volksthümliche Element gewahrt, und die Fehler pflegen auch bei edleren Völkern durch besondere Vorzüge wieder aufgewogen zu werden: dem starren egoistischen Geiste des altrömischen Stadtrechts steht die Heiligkeit, welche es dem jus quaesitum gewährt, ausgleichend zur Seite”.¹⁴⁾

Hier maken wij even halt en constateeren, dat de nationale volks-overtuiging althans in dit verband *geenszins de rol vervult, die wij vroeger signaleerden*, n.l. die van een *ideëele beoordeelingsmaatstaf van het positieve recht*.

Immers zoo wordt ons hier geleerd: het „volksrecht” kan ondanks het feit, dat het zijn bron in den „volksgeest” vindt, nochtans zeer wel *niet* voldoen aan de „hoogere” maatstaf der gerechtigheid.

Thans echter verder:

„Schlimmer”, zoo vervolgt Beseler, „ist ohne Zweifel die Lage der Dinge, wenn das Volk, an sich und seinem Rechte irre geworden, bei der weiteren Ausbildung desselben von äusseren, zufälligen Einflüssen sich bestimmen lässt: wenn es sich gedankenlos von der *Gewohnheit* beherrschen lässt, anstatt in ihr nur die durch die Dauer befestigte Aeuszerung seines Rechtsbewusstseins anzuerkennen, oder wenn es gar, politisch zerfallen, von einem Juristenstande, der dem nationalen Geiste untreu geworden, oder von einer unfähigen, in legislativen Experimenten sich ergehenden Gesetzgebung um sein eigenstes, gutes Recht gebracht worden ist. Dann kann es, wenn das Volk sich aufrafft und besinnt, unabweislich werden, daz der ganze Rechtsstoff einem Läuterungsprocesz unterworfen und durch die künstlerisch schaffende Hand des Gesetzgebens, der sich zum Organ des nationalen Strebens macht, zu einem festen einheitlichen Ganzen umgebildet wird. Das ist die CODIFICATION, die sich aber von den allgemeinen geschichtlichen und nationalen Voraussetzungen keineswegs lossagen darf, und daher, richtig verstanden, mehr eine Umbildung und Fixirung des Rechtsstoffs, als eine Rechtserzeugung ist.”

In het licht van Beseler's vroeger uiteengezette opvatting inzake het gewoonterecht, kan het aan geen twijfel onderhevig zijn, dat in de hier afgeschreven passage *de nationale volksovertuiging wel degelijk als ideëele waardeeringsmaatstaf van het stellig recht fungeert*, zoodat wij thans kunnen vaststellen, dat *drieërlei begrip van rechtsbron Beseler's theorie verwart*: 1^o. rechtsbron als buiten-rechtelijke materiele ontstaans- en geldingsbron van het (volks)recht; d. i. de nationale in historische ideeën verankerde rechtsovertuiging des volks 2^o. rechtsbron als ideëele beoordeelingsmaatstaf van het niet in de volksovertuiging gewortelde wettenrecht en juristenrecht (gewoonterecht), d. i. wederom de nationale volksovertuiging; 3^o. rechtsbron als formeele ontstaansbron en geldingsbron tevens van het stellig recht: wet, gewoonte (Herkommen), waaraan gelijk wij later zullen zien, nog moet worden toegevoegd de *autonomie*.

Wij zagen reeds, dat deze drie beteekenissen in Beseler's theorie niet, gelijk de materiele en formeele betekenis bij VON SAVIGNY en PUCHTA tot een systematische zin-eenheid in het begrip rechtsbron zijn samengevat, maar los naast elkander staan. Want, dat Beseler niet slechts het door hem scherp van het volksrecht onderscheiden bloote *gewoonterecht*, maar ook het wettenrecht als *stellig recht* onafhankelijk maakt van zijn overeenstemming met de nationale rechtsovertuiging des volks, blijkt duidelijk uit wat hij over de wet als rechtsbron opmerkt:

„Das Gesetz wirkt absolut und hat nur in sich das Maasz seiner Geltung 15).

De formeel-juridische ontstaansbron is hier inderdaad in positivistische lijn tegelijk tot formeele in zich zelf genoegzame geldingsbron geworden.

Hier openbaart zich een krasse antinomie met de door Beseler onderschreven grondstelling der historische school, dat het recht zich met een zekere historische noodwendigheid uit de in den individueelen volksgeest vervatte historische ideeën ontwikkelen moet. Immers hoe rijmt zich deze stelling met de positivistische opvatting van wettenrecht, en gewoonterecht (waaronder ook het juristenrecht valt) als stellig recht?

Intusschen wij zagen achter deze geheele verwarring reeds een duidelijk *politieke* tendenz werkzaam: De door het juristenrecht in strijd met het volksbewustzijn bewerkstelligde receptie van het Ro-

meinsche recht moest als bloot formeele rechtsvorming tegenover de ideëele materieele rechtsvorming uit den volksgeest gesteld worden ¹⁶). De Germanistische richting greep ter verwezenlijking harer politieke idealen inzake de positivierung van een gemeen Duitsch privaatrecht zonder bedenking naar een middel, dat Von Savigny reeds in zijn strijdschrift tegen THIBAUT had gediskwalificeerd: de *codificatie* ¹⁷). De wettelijke codificatie moest aan de nationale Germaansche rechts-gedachte tegenover de aan het Duitsche volk door een zijn taak mis-kennenden juristenstand opgedrongen Romeinsche rechtsgedachte de zegepraal verschaffen ¹⁸).

Het juristenrecht zelve is bij BESELER en zijn volgelingen nog slechts één der vormen van het ongeschreven recht *naast het volksrecht* en het gewoonterecht (*Herkommen*) dat zich buiten den juristenstand om ontwikkelt. Het is een vorm van gewoonterecht, die haar bron vindt in de „*thatsächlich begründeten Macht des Juristenstandes über das Rechtswesen*” en het kan slechts in zooverre gelding als positief recht verkrijgen als die macht reikt, „*sei es nun, dasz der Einflusz des Volkes auf die Rechtsbildung dadurch ganz ausgeschlossen ist, oder dasz das Volk bestimmt wird, sich dem Inhalt des Juristenrechts zu fügen, und denselben als gültiges Herkommen anzuerkennen und zu befolgen, oder sich wenigstens gleichgültig dagegen zu verhalten, und durch keine selbständige Rechtsbildung ihm entgegen zu treten*”. ¹⁹)

Of de nationale rechtsovertuiging met het juristenrecht overeenstemt of zich ermede in tegenspraak bevindt, is voor de gelding van het laatste onverschillig: slechts wanneer die tegenspraak zoo sterk wordt, dat het volk in de rechtsvorming zijn eigen weg gaat en inzooverre dit laatste in oppositie met de rechtspraak geschieden kan — slechts *dan* kan *tegen* de meening der juristen en de practijk der rechtspraak *in* een volksrecht bestaan, hetwelk de vorming van het juristenrecht belet.

In het proces- en strafrecht kan zulks niet meer, want op deze deelen der rechtsorde heeft het volk bijna iederen onmiddellijken invloed verloren. Daarentegen kan zulks wel in het privaatrecht met name bij die verhoudingen, welke onmiddellijk door de belanghebbenden zelve in 't leven geroepen worden.

Op welke wijze kan nu het volksrecht zich tegen een juristenrecht doorzetten, dat tegen de nationale rechtsovertuiging al te zeer ingaat?

Doordat men de juristen zoo ver mogelijk buiten het rechtsleven

houdt en eventueele rechtsgeschillen door een eigen arbitrale rechtspraak laat beslissen.

Maar zelfs wanneer het tot rechtelijke vonnissen is gekomen, die de in het volksrecht levende nationale rechtsovertuiging beleedigen, is dit volksrecht daardoor nog niet terzij gesteld. Het verhindert de vorming van het juristenrecht en heeft een aanspraak op volle erkenning, welke het ook de jurist, die zich van den waren stand van zaken overtuigd heeft, niet mag weigeren. Op deze wijze heeft zich volgens Beseler tegen de verkeerde theorie der oudere, romaniseerende rechtswetenschap in, welke ook in de statelijke rechtspraak haar vertegenwoordiging vond, een stuk Duitsch volksrecht gehandhaafd, waarvan in 't bijzonder het familierecht en het recht van het grondbezit, dat van den handel en van den landbouw rijkelijk voorbeelden levert. Maar anderzijds gebiedt weder de achting voor het positieve recht, het juristenrecht, wanneer het eenmaal door de gewoonte is ingeburgerd, als stellig recht te erkennen ²⁰).

Wanneer wij deze geheele beschouwing van BESELER over de verhouding van volksrecht tot juristenrecht overzien, dan treft ons een nieuw element in zijn bronnentheorie. De *gelding* van het juristenrecht wordt hier onvoorziens teruggevoerd op de „tatsächlich begründeten Macht des Juristenstandes über das Rechtswesen”, op het *feitelijk zich doorzetten* van de rechtsovertuiging der juristen zelfs tegen het volksrecht in.

Daarmede gaat Beseler toch weer *achter* den subjectieven vorm der positivering (*Uebung*, gepaard met de subjectieve opinio necessitatio) terug naar een *materieele ontstaans- en geldingsbron*, die echter ditmaal niet in den objectieven volksgeest, maar in de *subjectieve feitelijke machtspositie van den juristenstand* wordt gezocht.

Beseler grijpt hier vooruit op de later te bespreken zgn. *sociologische geldingstheorie*, die den normatieven zin des rechts zelve in beginsel heeft aangetast.

Het volksrecht kan ook het wettenrecht terzij stellen langs denzelfden weg, waarin het een met de nationale rechtsovertuiging strijdend juristenrecht (althans op bepaalde terreinen van het recht) kan overwinnen, n.l. door zijn feitelijke „Durchsetzung” te verhinderen. En toch wordt anderzijds geleerd, dat de wet absoluut werkt en de maatstaf harer gelding slechts in zich zelve heeft! Wanneer dit zoo is, hoe kan dan die absoluut bindende wet door een derogatoir

gewoonte- of volksrecht worden opgeheven, gelijk Beseler uitdrukkelijk leert? ²¹⁾)

Men ziet, hoe weinig Beseler zijn bronnentheorie systematisch heeft doorgedacht.

Aan alle zijden stuit men in zijn leer op logische tegenstrijdigheden.

Het ligt voor de hand in Beseler's gedachtengang de „feitelijke Durchsetzung” ook ten aanzien van de wet als geldingsbron te aanvaarden en dus ook de juridische gelding van de wet afhankelijk te maken van de feitelijke machtspositie van den wetgever.

Maar daarmee valt de wet dan tevens als zoodanig als geldingsbron van stellig recht.

Anderzijds dwingt de consequentie, dan ook de gelding van het volksrecht op de feitelijke machtspositie zijner organen terug te voeren. *Maar daarmee valt dan ook de volksovertuiging als materiele rechtsbron!*

Naast de drie reeds gevondene, ontdekken wij hier dus een vierde begrip van rechtsbron bij Beseler t. w. de *machtspositie van een bepaalde sociale groep, waardoor deze haar wil kan doorzetten.*

De objectieve volksgeest, de formeele ontstaansbron, (wet, autonomie, Herkommen), de ideëele geldigheidsmaatstaf, (geldigheidsbron), de feitelijke machtspositie van een bepaalde sociale groep, zie daar vier toto coelo onderscheiden beteekenissen waarin het begrip rechtsbron bij Beseler voorkomt. Ieder dezer factoren vormt bij gemis aan een systematische zin-verbinding, een voortdurende bedreiging voor de andere en streeft met logische consequentie naar de alleenheerschappij.

Het probleem van het stellig recht is daardoor in de uiterste verwarring gekomen.

De vraag: wat verstaat men onder *gelding* van het stellig recht, blijkt hier op volmaakt tegenstrijdige wijzen te zijn beantwoord.

Tegenover deze donkere schaduwzijden der Germanistische theorie willen wij thans het licht laten vallen op de belangrijke nieuwe gezichtspunten, welke zij tegenover de Romanistische theorie geopend heeft en waaraan m. i. in de moderne rechtsbronnentheorieën veel te weinig aandacht wordt geschonken.

In de eerste plaats is bij de uitwerking zijner volksrechtstheorie bij Beseler een gedachtengang aan te wijzen, die wanneer hij inderdaad consequent over de geheele linie van het positieve recht wāre door-

gevoerd, het historisme zou hebben overwonnen en tot een materiele bronnentheorie zou hebben geleid, welke inderdaad de soevereiniteit in eigen kring van het recht zou hebben tot uitdrukking gebracht.

Het oorspronkelijk volksrecht, dat volgens Beseler in tegenstelling tot de leer van Von Savigny en Puchta ook in tijden van voortgeschreden kultuur nog kan bestaan en door het volk *onmiddellijk* gevormd kan worden ²²⁾, wordt onder het algemeen gezichtspunt van het *ongeschreven recht* gebracht en als zoodanig tegenover het *geschreven recht* (wettenrecht en autonomierecht) gesteld.

Het moet dan volgens onzen schrijver voldoen aan de beide vereischten van alle ongeschreven recht t.w. het moet in het rechtsbewustzijn gefundeerd en door *Uebung* gepositieerd zijn.

In Beseler's verwarde terminologie wordt de *Uebung*, door het rechtsbewustzijn geleid, kortweg *rechtsbron* genoemd en als zoodanig gecoördineerd met de formeele autoriteit van den wetgever en de nader te bespreken autonomie.

Op welke wijze geschiedt nu de positieering van het volksrecht? „Das ist nun so zu denken, dasz das Volk indem es sich einem Lebensverhältnisz hingiebt und sich dabei betheiligt, von dem Bewusstsein erfüllt ist, nicht blosz nach Willkühr oder einem Gebot der Sittlichkeit folgend zu handeln; sondern dasz es sich eben mit siner Handlung auf dem Rechtsgebiet fühlt, *und zwar einem bestimmten Rechtsprincip unterworfen. Das Rechtsprincip wird aber nicht frei und mit Ueberlegung geschaffen; es ruht vielmehr schon in den Verhältnissen* ²³⁾, mit derer Anschauung es als eine nothwendige Folge in das Bewusstsein des Volkes übertritt und von ihm nun als Recht geübt wird". ²⁴⁾

Hieraan knoopt Beseler een hoogst belangrijke beschouwing vast over de „natuur der zaak" in den zin van in de levensverhoudingen zelve gelegen rechtsbeginselen, waarbij hij de verhouding dezer beginselen tot de rechtsbron van het volksrecht nagaat; een beschouwing intusschen, waarin zijn leerling GIERKE hem niet gevolgd is ²⁵⁾. De „Natur der Sache" in haar engeren technischen zin, gelijk ze in 't bijzonder sinds RUNDE ²⁶⁾ voor de juridische methode vruchtbaar is gemaakt, is n.l. niets anders dan „das die Rechtsverhältnisse naturgemäsz beherrschende Princip". *Zij valt naar haar materieelen inhoud met het volksrecht, gelijk dat zich in 't bijzonder voor het privaatrecht ontwikkelt, samen; „aber es wird dabei keine Rücksicht genommen*

auf das Rechtsbewusstsein des handelnden, in den Rechtserhältnissen sich bethätigenden Volkes, welches eben, indem es in den thatsächlichen Beziehungen und Einrichtungen sein Bedürfnis befriedigt, den in den Lebensverhältnissen ruhenden Trieb ihrer Natur entsprechend zum bestimmten Rechtsprincip ausbildet. *Die Natur der Sache ist an sich noch keine Rechtsquelle*, (Ik cursiveer!), sondern nur die thatsächliche Voraussetzung derselben. Erst die durch das Rechtsbewusstsein des Volkes vollzogene Vermittlung, welke sich in der Uebung des Rechtssatzes ausspricht, begründet die Rechtserzeugung und schafft die Natur der Sache zum Volksrecht um."

In deze geheele beschouwing, hoezeer zij opnieuw blijk geeft van de verwarde opvatting, welke bij Beseler inzake het begrip „rechtsbron" heerscht, komt nochtans een voor de historische school nieuw gezichtspunt naar voren.

Ook Puchta en Von Savigny spraken wel is waar van de „natuur der zaak", maar dit begrip speelt bij hen i. h. a. slechts een rol bij het beginsel der analogie in de wetsinterpretatie en is bij hen te verstaan in den zin van den organischen samenhang der rechtsinstituten in hun oorsprong uit den organisch werkenden historischen volksgeest ²⁷).

Beseler daarentegen toont een inzicht in het kosmisch karakter der rechtsbeginselen in den levenssamenhang en in dit verband moet inderdaad met LANDSBERG bijzondere beteekenis worden toegekend aan het feit, dat bij Beseler de volksgeest der historische school ongemerkt vereenzelvigd wordt met de „in den Lebensverhältnisse ruhende Normen", ook al miskent Landsberg de principieele beteekenis van dit feit, wanneer hij meent, dat deze kosmische rechtsbeginselen bij Beseler samenvallen met de practische levensbehoeften. Een sociaal utilitarist in de trant van Von Jhering is Beseler geenszins. Intusschen blijkt Beseler voor de souvereine zin-structuur van den rechtskring weer zoo weinig oog te hebben, dat hij de in de levensverhoudingen latent rustende beginselen eerst door de door het subjectieve rechtsgevoel geleide *Uebung* tot rechtsbeginselen laat stempelen ²⁸).

De generale in den kosmischen zin-samenhang gegeven zin-structuur van den rechtskring wordt hier *verpsychologiseerd*, doordat het criterium van de rechtswaarde wordt gelegd in het subjectief-psychisch *rechtsgevoel*.

En deze verwarring wordt nog vergroot, doordat Beseler de door

dit psychisch gevoel²⁹⁾ begeleide *Uebung* tot *rechtsbron* verheft.

Ik kom thans tot het *meest gewichtig punt in de Germanistisch-historische rechtsbronnentheorie*: haar poneering van de AUTONOMIE als formeele (ontstaans- en geldings)bron van het geschreven stellig recht *naast de wet*. Dit is een punt, dat gelijk we reeds bij de behandeling van de Romanistische bronnentheorie zagen, van meetaf een eigenaardigheid der Germanistische richting is geweest en slechts te verklaren valt uit haar streven de *Germaansche* rechtsgedachte tegenover de *Romeinsche* in een scherp licht te stellen.

Wij zagen vroeger, hoe de Romanistische bronnentheorie ondanks haar anti-staatsabsolutistischen inslag (in de leer van het volksrecht), nochtans — met name in PUCHTA'S uitwerking — op bedenkelijke wijze weer in de eenzijdig statelijke-rechtsbeschouwing terugviel, in-zoover zij n.l. het recht als „algemeenen wil” vatte, die als zoodanig nimmer in niet-statelijke verbanden, maar slechts in het staatsverband als *de* rechtsorganisatie van het volk, kan gepositieerd worden.

Op dit punt was de Romanistische richting in wezen niet boven de humanistische natuurrechtsleer uitgekomen, van welke GIERKE getuigde, dat zij het natuurrechtelijk schema der verbanden geheel onder het individualistisch Romeinsch-rechtelijk gezichtspunt der „societas” behandelde en afgezien daarvan het geheele verbandsrecht als een eerst door den staat geschapen burgerlijke rechtsorde beschouwde³⁰⁾.

Een in eigen zin-structuur gewortelde zelfstandige interne rechtskring der niet-statelijke verbanden kon op deze wijze geen erkenning erlangen. PUCHTA beschouwde, gelijk we zagen, de *autonomie*, in den zin waarin zij door EICHHORN c. s. als zelfstandige rechtsbron was aangetast, slechts *individualistisch* als een aan bepaalde onderdanen *door het staatsgezag* als individuen ingeruimd recht, om door private beschikkingen werkelijke rechtsnormen te vormen, en zag daarin slechts een *a-normale rechtsbron*. Weliswaar kent hij daarnaast een autonomie van organische onderdeelen van den staat (waaronder hij nevens de *gemeenten* ook de *privaatrechtelijke corporaties* als gilden en universiteiten rekent!), maar deze autonomie is voor hem in geen enkel opzicht een van den staat onafhankelijke rechtsbron: „Die Staaten bestehen aus einer Anzahl engerer Verbindungen, die dem Ganzen gleichartig, und nur dadurch von ihm verschieden sind, dasz sie eben bloz Glieder des Ganzen sind”, schrijft hij in zijn *Cursus der Institutionen* I (4e Aufl. 1853) S. 54.

Hier wreekte zich ongetwijfeld de eenzijdig Romanistische instelling van de grondleggers der historische rechtsschool. In den klassieken Romeinschen tijd was de vrije „Assoziationsgeist” nagenoeg niet ontwikkeld. Het privaatrecht werd overwegend als een systeem van de individualistische rechtssferen der „patres familiae” gevat en daartegenover werd de staat als *het rechtsverband* beschouwd, waarin de individuen hun vereeniging vonden.

BESLER heeft de houding der geheele Germanistische richting in de historische school tegenover deze Romanistische leer op scherpe wijze in 't licht gesteld: „eine wie ganz andere war doch”, zoo schrijft hij, „verglichen mit dem politischen Leben unserer Tage, die Anziehungskraft, welche der antike Staat in seiner Blüthe ausübte, vor dem das eigentliche Familienleben und die niederen Stufen des Gemeinwesens fast ganz verschwanden, mit dem keine Persönlichkeit selbstberechtigt in Widerspruch gerathen durfte”³¹).

Het Germaansche volkskarakter was van meetaf gekarakteriseerd door een diepen zin voor het familieleven en door dien vrijen verbandsgeest, die zich in de engere kringen van gemeente en genootschap („Genossenschaft”) in een uiterste differentiatie ontplooidde.

Het was die verbandsidee, die idee der vrije „Genossenschaft”, welke door de Romanistische wetenschap met haar typisch individualistische opvatting der rechtspersoonlijkheid van meetaf in haar ware wezen miskend en door de staatsabsolutistische vorstenpolitiek in haar vrije ontwikkeling op alle wijzen belemmerd en teruggedrongen, in den modernen tijd weer krachtig zoowel in het private als publieke leven begon in te grijpen.

Aan de „Genossenschaftsidee”, welke zij in scherpe polemiek tegen de Romanistische individualistische fictietheorie inzake het wezen der rechtspersoonlijkheid verdedigde, knoopt zich voor de geheele Germanistische richting de theorie, dat het interne verbandsrecht der niet-statelijke gemeenschappen *een zelfstandige rechtsbron* bezit, welke *niet tot de statelijke wetgeving langs den weg van het delegatiebegrip is te herleiden*. M. a. w. de Germanistisch-historische theorie begint weer aandacht te schenken aan de gedifferentieerde *verbandstructuur van het rechtsleven* en slaat daarmede een weg in, die tot een belangrijke opklaring van het probleem der rechtsbronnen had kunnen leiden (zie § 2 van deze studie).

Wij mogen dit feit met dankbaarheid constateeren, al mogen wij

reeds hier opmerken, dat de uitwerking, welke met name Beseler's leerling OTTO GIERKE aan de „Genossenschaftstheorie”, als theorie der rechtspersoonlijkheid gegeven heeft, ³²⁾ nog een behoorlijke kosmologische structuur-analyse ontbeert.

De autonomie als formeele rechtsbron was reeds door EICHHORN behandeld. In het tweede deel van zijn standaardwerk *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte* (5e Ausg. 1843 S. 190 flg.) begint hij de opsomming der rechtsbronnen met een uiteenzetting van de beteekenis der autonomie en merkt daarbij op, dat in de Middeleeuwen alle deelen des rechts (met uitzondering van het kanonieke) zich meer door *autonomie* dan door geschreven en van hooger gezag gegeven wetten ontwikkelden. Onder de langs autonomen weg gevormde rechtsbronnen somt hij op:

10. het recht der wijsdommen, waarbij de autonome vorming vooral in handen lag van den rechter met zijn schepenen;

20. het door *overeenkomsten tusschen de belanghebbenden* gepositieerde recht, waarbij in aanmerking komen

a. *de dienstrechten*, d. w. z. de contractueele bepalingen tusschen leen- of dienstheeren en hun vazallen of dienstlieden over hun wederkeerige rechten en plichten;

b. de verdragen der corporaties of gemeenschappen van vrije of onvrije lieden over gemeenschapsrechten, de zgn. willekeuren;

c. de verdragen tusschen den keizer en de corporatieve standen over hun wederkeerige rechten;

d. de verdragen tuschen kerk en staat.

Het was vooral tegen de theorie der autonomie in dezen vorm, dat Puchta heftig te velde trok en het valt niet te ontkennen, dat bij EICHHORN de interne verbandsstructuur geheel terugtreedt achter den vorm der contractueele maatschapsverhoudingen.

Maar anderzijds merkten wij reeds vroeger op, en wij zullen deze stelling in het thetisch deel dezer studie nog uitvoerig adstrueeren, dat ook het nevenschikkend maatschapsrecht zijn zelfstandige interne zinstructuur bezit, die niet op een delegatie van den staatswetgever kan worden teruggevoerd, en die door de historische rechtsbronnen-theorie, welke principieel het verdrag als formeele rechtsbron uitschakelt, niet kan worden opgeklaard.

BESELER gaat in zooverre met Puchta's kritiek op de theorie der autonomie mede, dat hij private verdragen of eenzijdige private be-

schikkingen over bijzondere rechtsverhoudingen uit de rij der formeele rechtsbronnen schrapt. Hij argumenteert zulks aldus, dat de tegenovergestelde opvatting het onderscheid tusschen recht in objectieven (norm-) zin en subjectieven zin uit 't oog verliest en de rechtsnorm verwart met de subjectieve rechtsverhouding.

Reeds hier moeten wij tegen dit betoog, dat ook nog heden ten dage in ruimen kring onderschreven wordt, opmerken, dat het berust op een onjuist begrip van de zin-structuur van iedere norm en daarmee samenhangend op een onjuist begrip van rechtsbron.

Wij zullen later zien, hoe het *verdrag* niets is dan een *subjectieve vorm*, waarin rechtsbeginselen tot concrete rechtsnormen worden gepositiveerd, gelijk ook de *wet* niets is dan zulk een subjectieve vorm. De *vorm* van de rechtsbron als positiveringsvorm van rechtsbeginselen is altijd *subjectief*, daar ieder rechtsbeginsel positivering eischt door menselijke subjectiviteit.

Doch de *inhoud* van een contract is voorzoover het inderdaad een bindend rechtscontract is, is zoo weinig subjectief als de inhoud der wet.

Het is eenvoudig een vooroordeel te meenen, dat aan het begrip „rechtsnorm” inhaerent zoude zijn een *algemeene* inhoud, zoodat b.v. een contract, dat slechts voor een individueel geval de rechtsverhouding normeert, daarom geen objectief recht zou kunnen bevatten.

Deze opvatting berust op een onhoudbaar statische opvatting van het menselijk positiveringsproces, en vergeet, dat de rechtsnormen haar positieve gelding ter laatste instantie eerst bereiken in haar positivering in het concrete geval.

De algemeene wet individualiseert zich in haar positivering tot het concrete geval.

Achter de geheele beschouwing, dat wel de wet, maar niet het contract als formeele rechtsbron kan gelden schuilt de naieve beschouwing, dat *de wet als subjectieve positiveringsvorm* zelve den grond harer objectieve gelding in zich zoude dragen, een opvatting, die gelijk we zagen ook BESELER huldigt.

Zoo beperkt Beseler van meetaf zijn autonomiebegrip tot de rechtsverbanden en schakelt het geheele *maatschapsrecht* uit en daarbij is hij door de meeste Germanisten als GIERKE, STOBBE³³⁾ en tal van anderen³⁴⁾ gevolgd: „Die Autonomie”, aldus zijn definitie, „ist also die gewissen Corporationen zustehende Befugnisz, sich innerhalb des von ihnen

beherrschten Kreises oder doch für ihre besonderen Angelegenheiten nach freiem Ermessen ihr eigenes Recht (Willkühren, Statute, Beliebungen) zu setzen". Daarbij vestigt hij de aandacht op de *verbands*-structuur dezer rechtsbron: „Eine solche Satzung gilt dann nicht allein für Diejenigen, welche sie unmittelbar zu Stande gebracht haben, nach den Regeln über die Verträge, sondern sie bindet die Gesamtheit als solche und daher alle einzelnen Mitglieder derselben, die künftig hinzugekommenen sowohl, wie die gegenwärtigen" ³⁵). De principieele beteekenis van de poneering der autonomie als formeele rechtsbron is slechts te vatten in verband met de door BESELER opgezette en door GIERKE in grootschen stijl verder ontwikkelde „*Genossenschafts*“- of *verbandstheorie*, welke een radicale breuk beteekent met de door de Romanistische richting nimmer principiëel overwonnen natuurrechtelijke staatsabsolutistische rechtsbeschouwing en de voorloopster zou worden voor een verdiepte sociologische fundeering der rechtsbronnentheorie..

In dit verband moeten wij een oogenblik bij Beseler's leer der rechtspersoonlijkheid stil staan.

„Het is een zeer verbreide meening," zoo begint hij zijn uiteenzetting over het ontstaan der rechtspersonen, „dat rechtspersonen slechts op een *fictie* berusten, een kunstmatig bestaan voeren, dat hun alleen door het *staatsgezag* kan worden verleend. Wel wordt een zekere *feitelijke* grondslag ondersteld, opdat de staat zijn schepping der rechtspersoonlijkheid tot stand kan brengen, bij de corporatie de meerderheid van personen, bij de stichting het voor het bepaalde doel bijeengebrachte vermogen.

Maar dit zouden slechts de feitelijke voorwaarden zijn; waaraan de staat zijn fictie knoopt. ³⁶)

Beseler meent, dat deze fictietheorie in een bepaalde positieve rechtsorde (bedoeld is ongetwijfeld de Romeinsch-rechtelijke) inderdaad steun kan vinden. Maar ze wordt gewoonlijk niet in die beperktheid, maar veeleer als een logische noodwendigheid voorgedragen. Daarom mag deze theorie, althans voor het Duitsche recht, zeker niet (gelijk zelfs een Germanist als PFEIFFER deed) met een beroep op het Romeinsche of kanonieke recht worden verdedigd.

Met groote scherpzinnigheid gaat Beseler nu over tot de kritiek der statelijke theorie inzake de verbandspersoonlijkheid, waarbij hij door zijn principieele overwinning van de positivistische theorie der rechts-

persoonlijkheid den weg effent voor een kosmologische analyse der verbandsstructuur als zoodanig, al heeft de Germanistische theorie — ook een van haar grootste vertegenwoordigers, GIERKE niet — die analyse op een bevredigende wijze gegeven.

Ofschoon Beseler blijkbaar alleen voor het Germaansche recht de geldigheid der fictietheorie wil bestrijden, begint hij met een argument, dat deze theorie veeleer *principieel* in den hartader treft.

Beseler begint nl. aan de theorie, die alle rechtspersoonlijkheid op verleening door het staatsgezag terugvoert, de eigenlijk voor de hand liggende vraag te stellen, waaraan dan de rechtspersoonlijkheid van den staat zelve haar „rechtliche Begründung” ontleend heeft. Het tegenargument, dat de rechtspersoonlijkheid slechts de rechtsbevoegdheid zou bevatten om een vermogen te hebben en dat deze rechtsbevoegdheid aan de *fiscus* zou toekomen, welke haar rechtspersoonlijkheid van het reeds geconstitueerde staatsgezag zou hebben verworven, snijdt hij terecht af. Immers de „Vermögensfähigkeit” vormt slechts de eene zijde der zelfstandige persoonlijkheid: „man darf sich also den Staat nicht schon als gesetzt denken, um durch ihn die Existenz des Fiskus, d. h. eines Theils seines Organismus zu erklären”³⁷). Deze argumentatie zou ongetwijfeld nog aan scherpere hebben gewonnen, wanneer Beseler er op gewezen had, dat de staat niet slechts in privaatrechtelijke, maar ook in publiekrechtelijke structuur rechtspersoon is, die als zoodanig publiekrechtelijke handelingen verricht, als zoodanig ook eerst wetten kan bestellen. Alles wat tegen deze argumentatie van de zijde van Kelsen’s „reine Rechtslehre” ware aan te voeren, berust op de principieele elimineering zoowel van den staat als van de rechtspersoonlijkheid naar haar *zin*. Natuurlijk vervalt het geheele probleem, wanneer men in de lijn van Kelsen’s „kritisch” formalisme rechtsorde en staat vereenzelvigt. Maar dan heeft men het eigenlijk rechtsgebied verlaten en ’t gebied eener „Normlogik” betreden, die op innerlijk antinomische wijze het recht beproeft te logificeeren.

Beseler’s argumentatie treft inderdaad het kritieke punt van alle statelijke positivisme, dat in den staatswil de laatste juridische geldingsbron ziet. Het belang zijner beschouwing schuilt *hierin*, dat hij in zijn bestrijding van de individualistische theorie der rechtspersoonlijkheid, die in wezen slechts op de nevengeëschikte *maatschapsrechtverhoudingen* was berekend, de aandacht heeft gevestigd op de

interne rechtsstructuur der menschelijke verbanden ³⁸). Deze laatste kan, gelijk we in ons thetisch deel nog nader zullen zien, *nimmer* op delegatie van staatswege berusten, doch is in de kosmische structuur van ieder verband *gegeven*.

Na het hierboven weergegeven *principeel* argument voert Beseler tegen de fictietheorie een rechtshistorisch argument aan, ontleend aan het Germaansche „Genossenschaftswesen”. „Es kommt ferner in Betracht”, aldus onze schrijver, „dasz sich schon vor der Ausbildung einer concentrirten Staatsgewalt, z. B. bei der altgermanischen Stammesverfassung und auch noch im späteren Mittelalter corporative Einrichtungen in selbständiger Haltung finden, welche dem Staate vorhergegangen sind, und durch seinen Willen nicht erst haben begründet werden können, und in der that auch nicht begründet worden sind.” ³⁹)

Wat nu de verhouding tusschen staat en niet-staatelijk verband betreft, kent BESELER aan den staat het recht der „Kenntnisnahme, der Oberaufsicht und der Verhinderung” toe, daar de staat zich in zijn moderne ontwikkeling tegenover de rechtsverbanden en hun ontstaan niet onverschillig kan toonen. Ten aanzien der *politieke* corporaties, die het publiek belang onmiddellijk betreffen en met name in de staatsstructuur zelve overgrijpen, acht hij uitdrukkelijke erkenning van staatswege noodzakelijk voor hun ontstaan.

Maar de erkenning van staatswege kan niet meer als eigenlijke constitueering van de rechtspersoonlijkheid worden beschouwd. In stee van het *jus constituendi* aanvaardt Beseler slechts een *jus confirmandi* des staats.

Het Romeinsche recht kent slechts twee vormen van vereeniging van meerdere rechtssubjecten tot gemeenschappelijke doeleinden t. w. *de communio* en de *universitas* ⁴⁰). De eerste laat de rechtssubjecten zelfstandig naast elkander staan. Zij bevinden zich slechts tijdelijk, 't zij toevallig of door contract in gemeenschappelijke rechtsverhoudingen, maar zijn niet verbonden tot een boven-individuele eenheid met een eigen verbandswil. De „universitas” daarentegen is een rechtspersoon, geheel afgescheiden van de individueele subjecten, die erin vereenigd zijn en alleen de universitas zelve, niet de leden bezitten als zoodanig rechten ⁴¹).

De Germaanschrechtelijke corporatie daarentegen kent dit scherpe dualisme tusschen *communio* en *universitas* niet, doch laat naast de verbandsrechten ook zelfstandige rechten der individueele verband-

leden toe, zoo in 't bijzonder bij de *gezamendehandsche* rechten.

Met groote scherpte wijst BESELER erop, dat het verband niet alleen een rechtszijde, doch ook een zedelijke, politieke en economische zijde bezit en dan laat hij een opmerking volgen, die, zooals we later zullen zien, voor de kosmologische structuur-analyse der verbanden van het hoogste gewicht is: „Um die ganze Erscheinung in ihrer all-gemeinen Natur und in ihren besonderen Formen gehörig würdigen zu können, ist es vor allem nöthig, dasz man sich das gesammte corporative Leben zur Anschauung bringt, und namentlich den Zweck, zu dessen Erreichung solche Vereine sich gebildet haben, klar erkennt.“⁴²⁾

Beseler onderscheidt voorts de corporaties in de *gemeenten* (Gemeinden) en de *genootschappen* (Genossenschaften). De eersten zijn een integreerend deel van het staatsorganisme en daarom van overwegend *politische* beteekenis.

De genootschappen daarentegen hebben zeer uiteenlopende niet-statelijke doeleinden. Beseler heeft zoowel in zijn *Volksrecht und Juristenrecht* als in zijn *System des gemeinen deutschen Privatrechtes* de verschillende soorten dezer „Genossenschaften” onderzocht, en zijn werk is op dit punt rechtshistorisch en dogmatisch op waarlijk groot-sche wijze voortgezet door zijn beroemden leerling OTTO GIERKE in diens standaardwerk: *Das deutsche Genossenschaftsrecht*.

Dit onderzoek is de grondslag geworden voor Gierke's bekende structuur-onderscheiding van *Individual-* en *Sozialrecht*⁴³⁾.

Doch intusschen had de *Genossenschaftstheorie* zelve een *herziening* ondergaan. Haar zwakke plekken, die tot een algemeene scherpe kritiek op de geheele theorie aanleiding hadden gegeven, heeft GIERKE in zijn *Deutsches Privatrecht* zelve in 't licht gesteld. De fout van de theorie in haar oorspronkelijken vorm was geweest, dat zij, in haar streven de onhoudbaarheid van de exclusiviteit van de Romeinsch-rechtelijke begrippen „societas” en „universitas” voor het Germaansche verbandswezen aan te toonen, in haar verbandsbegrip zoowel maatschapsbetrekkingen als ware verbanden had opgenomen. Deze fout is later hersteld. Gierke onderscheidt in zijn bovengenoemd standaardwerk scherp tusschen *körperschaftliche* en *gesellschaftliche Vereinigung*. Ook na deze verscherping van het verbandsbegrip bleef echter het starre Romeinschrechtelijk dilemma uitgesloten: „Allein,” zoo schrijft Gierke, „auf der einen Seite müssen wir in dem Körper-

schaftsbegriff die Möglichkeit einer verfassungsmässigen Ergänzung des Einheitrechtes der Verbandsperson durch vielheitliches Sonderrecht der Glieder, auf der anderen Seite in dem Gesellschaftsbegriff die Möglichkeit einer Zusammenfassung der Personenmehrheit zu einer Personeneinheit aufzunehmen. Nennen wir die hierbei wirksamen deutschen Rechtsgedanken einerseits das *genossenschaftliche Prinzip* und andererseits das *Prinzip der gesamten Hand*, so können wir sagen, dass die deutsche Körperschaft einer mehr oder minder durchgeführten genossenschaftlichen Struktur, die deutsche Gesellschaft oder Gemeinschaft — einer mehr oder minder entwickelten Einheit zur gesamten Hand fähig ist." 44)

Niets was meer in staat de staatsabsolutistische rechtsbronnen-theorie in den hartader te treffen, dan dit onderzoek naar de pluriformiteit der verbandsstructuur in het rechtsleven, een onderzoek dat straks, helaas met verflauwing van de gebiedsgrenzen tusschen rechtskring en socialen wetskring, gepaard met een vernaturaliseering van de sociale functie der realiteit, door de *sociologische rechtsschool* zou worden voortgezet.

Deze geheele gedachterichting, welke in anti-staatsabsolutistischen geest aan de pluriformiteit der rechtsverbanden in nauwen samenhang met de structuur van den socialen wetskring recht laat wedervaren, was reeds op geniale wijze voorbereid door den geestesarbeid van den beroemden Calvinistischen jurist JOHANNES ALTHUSIUS (1557—1638), eerst hoogleeraar in de rechtswetenschap aan de gereformeerde hoogeschool te Herborn, later syndicus van de stad Embden, den grooten tijdgenoot en tegenstander van den absolutistischen staatsrechtsleeraar JEAN BODIN.

Gierke heeft aan Althusius' verdiensten ter zake althans ten deele recht laten wedervaren in zijn belangrijk werk *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, ja, men mag Gierke de eer niet onthouden, Althusius in den modernen tijd weer te hebben „ontdekt”, ook al ziet hij dezen Calvinist door den typisch humanistischen bril, door een rechtstreeksche ontwikkelingslijn te construeeren tusschen de Calvinistische, diep religieus gedachte rechts- en staatsleer van Althusius en Rousseau's humanistische theorie van het „contrat social”.

Terwijl reeds in de Middeleeuwen de pauselijke theorie een souveriniteitsbegrip voor de kerk ging opeischen, waarin alle zelfstandige

rechtssferen der andere verbanden als bloote delegatie der „suprema potestas ecclesiae” fungeerden en dus het zelfstandig staatsleven, zoowel als dat der andere verbanden geheel in het gecentraliseerde kerkverband werd opgezogen, begon, gelijk wij vroeger zagen, als een ware renaissance van het antieke staatsbegrip in de 16e eeuw zich een staatstheorie te ontwikkelen, die omgekeerd voor den (nationalen) staat in de persoon van den monarch een alle zelfstandigheid der overige verbanden absorbeerende souvereiniteit postuleerde.

De historisch-sociale ondergrond dezer theorie was, gelijk we zagen, met name in Frankrijk de geleidelijke verzwakking van het middel-eeuwsche verbandsleven, de uiteenbreking der kerkelijke eenheidskultuur en de toenemende centralisatie van het staatsgezag; de wijsgeerige achtergrond, het de nominalistische lijn voortzettend humanistisch individualisme, gevoed door de Romeinsch-Stoïcijnse machts- en wilsleer.

De enorme beteekenis van ALTHUSIUS tegenover deze absolutistische staatsleer bestond hierin, dat hij uitgaande van het verbandsbegrip der *symbiose* (de organische samenleving), het geheele rechtsleven liet zien als een trapsgewijze opbouw van verbanden, waarin familie, genootschap (*collegia*), gemeente en provincie als noodwendige organische verbanden tusschen staat en individu komen te staan, waarbij ieder enger verband als een ware en oorspronkelijke *gemeenschap met een eigen doel en een eigen, niet aan den staat ontleenden rechts-sfeer* optreedt en van haar rechtsgezag slechts zooveel aan den staat afstaat, als deze noodig heeft tot bereiking van zijn specifiek doel: *de verwezenlijking van een rechtsgemeenschap boven alle verbandsonderscheidenheid* ⁴⁵).

Het is daarbij van het hoogste belang, op te merken hoe Althusius *niet* de niet-statelijke verbanden *als zoodanig* als „*membra regni, seu symbioticae universalis consociationis*”, beschouwt, evenmin als de „*homines singulos*” ⁴⁶) en daarmee blijkt geeft de souvereiniteit in eigen kring der interne verbandsstructuren, althans op dit punt, scherp te hebben doorgedacht, waardoor hij principieel ook het organisch-Aristotelisch schema heeft overwonnen!

Dat Althusius voor de constructie van dit *federalistisch rechtssysteem* in de natuurrechtelijke lijn van zijn tijd gebruik maakt van de privaatrechtelijke *verdragsconstructie is een punt, waarop met name door Gierke veel te groote nadruk is gelegd* ⁴⁷).

De verdragsconstructie was hier eenvoudig een juridische representant voor het nog niet bekende begrip der juridische verbands*functie*, het juridisch verbandsbegrip in den modernen zin des woords.

En met name KURT WOLZENDORFF heeft er op gewezen „dasz die Vertragstheorie wesentlich nur die Form hergibt, in die Rechtsgedanken gekleidet sind, die wenn auch mehr oder weniger von naturrechtlichen Vorstellungen beeinflusst, dem positiven Recht entnommen waren.“ 48)

Een onoverbrugbare klove gaapt dan ook tusschen de *verdrags-theorie* van ALTHUSIUS, welke in wezen dient, om de pluriformiteit van de met eigen bestemming en oorspronkelijken rechtssfeer bekleede verbanden juridisch te construeeren en de *humanistisch-natuurrechtelijke verdragsconstructie* van een HOBBS en ROUSSEAU, die uit het individu den staats-absolutistischen Leviathan wilden opbouwen met vernietiging van alle zelfstandigheid der overige rechtsgemeenschappen, een klove zoo onoverbrugbaar als die tusschen Althusius' Calvinistische wetsidee, gegrond in de souvereiniteit Gods en de humanistische wetsidee, gefundeerd in de rede-souvereiniteit.

In ALTHUSIUS' hoogst merkwaardige symbioseleer wordt voor ieder verband als specifieke levensgemeenschap een *lex propria*, een eigen levenswet gepostuleerd, voor alle verbanden gelijkelijk de *lex communis*, de algemeene wet van de onderscheiding tusschen gezagsdragers en gehoorzamenden.

Gierke moet dan ook in de 4e band van zijn *Genossenschaftsrecht* ten aanzien van Althusius' verbandstheorie erkennen: „Auf jeder d(ies)er Verbandsstufen entfaltet bereits der Gesellschaftsvertrag die Kraft, eine Lebensgemeinschaft zu erzeugen, vermögen deren die Genossen einen einheitlichen Körper bilden und als eine einzige Person gelten. Ueberall erwächst daraus eine Gewalt des Ganzen über die Glieder, die zwar in der Genossenschaft wie in der Familie noch eine „potestas privata“ bleibt, in den territorialen Verbänden aber sich zur „potestas publica“ erhebt und nur in Gemeinde und Provinz als „potestas publica limitata“ durch die „potestas publica universalis“ eingeschränkt wird.“ 49)

Wij vragen: *Hoe is het mogelijk, dat de verdragsconstructie, die overal zoowel in de middeleeuwsch-nominalistische, als in de rationalistisch-humanistische natuurrechtsleer tot een methodische vernietiging van de verbanden als levensgemeenschappen met oorspronkelijk*

gezag voerde, bij Althusius omgekeerd tot een zoo scherp mogelijke handhaving van de levensverbanden kon voeren, wanneer die verdragsconstructie bij hem niet een geheel andere rol vervulde dan in de individualistische natuurrechtstheorieën?

De laatste grond van heel het onderling zoo in hooge mate gedifferentieerd verbandsleven ligt bij Althusius in de *goddelijke wereldorde*. Zie daar de diepste grond van Althusius' verbandstheorie, die ieder compromis met ROUSSEAU'S leer van het maatschappelijk verdrag uitsluit.

Althusius aanvaardt de verbanden als kosmische structuren binnen de goddelijke wereldorde en benut het verdrag slechts voor de juridische functie dezer levensverbanden, het humanistisch natuurrecht daarentegen begint met een methodistische afbraak der levensverbanden en construeert haar juridische consociatio uit het *individu*.

Bij Althusius vindt men reeds de indeeling aller verbanden in *consociatio simplex et privata*, welke de individuen voor een bijzonder gemeenschapsdoel verbindt en de *consociatio mixta et publica*, welke de eenvoudige verbanden tot een alzijdige politieke gemeenschap (politeuma) integreert ⁵⁰).

Ja, hij ontwikkelt reeds in volle scherpte de in den modernen tijd weer door TÖNNIES zoo sterk op den voorgrond gebrachte onderscheiding tusschen *natuurlijke en noodwendige gemeenschap* (de familie) en de *burgerlijke en vrijwillige corporatie*, waarbij hij typisch aan de familie in 't bijzonder ethische en economische doeleinden toewijst; ten aanzien van het rechtsgezag in de verbanden stelt hij de algemeene regel op, dat het daarmede bekleede orgaan is „major singulis, minor universis collegis” ⁵¹).

Wij vinden hier m. a. w. een verbandstheorie, die hoezeer ze nog niet *overall* even scherp is doorgedacht, met name niet in zake de verhouding van kerk en staat ⁵²), (waar zij zich overigens aan de Deutsche toestanden van dien tijd aanpast), *nochtans geheel op het Calvinistisch beginsel der souvereiniteit in eigen kring is geïnspireerd en als zoodanig ons ook een zeer bruikbaar aanknoopingspunt zal leveren voor de nadere ontwikkeling onzer rechtsbronnentheorie*.

* *
*

Resumeeren wij onze kritische beschouwing van de, aan de historische school georiënteerde, Germanistische rechtsbronnentheorie,

dan kunnen wij haar gebreken en verdiensten als volgt samenvatten:

10. Zij heeft de systematische eenheid in de rechtsbronnentheorie der historische school op bedenkelijke wijze doorbroken. Haar begrip van rechtsbron is ten deele historistisch, ten deele positivistisch, ten deele naturalistisch „sociologisch” gevat. Zij opereert *naast elkander* met een materieel en een formeel begrip van rechtsbron (*volksrecht* contra het recht, dat buiten samenhang met den volksgeest staat en *alleen op formeele gronden bindt*) en gebruikt bovendien het materieele begrip weer in drie verschillende beteekenissen, t. w. *a.* de nationale volksgeest als materieele ontstaans- en geldingsbron; *b.* de nationale volksgeest als ideëele beoordeelingsmaatstaf; en *c.* de feitelijke machtspositie der rechtsvormers als buiten-juridische ontstaansbron van het positieve recht. Daarom is ook het *probleem* van het stellig recht door haar ernstig vertroebeld.

20. Tegenover deze principieele gebreken staat echter de onbetwistbare verdienste, dat zij in haar verbandstheorie weer aandacht is gaan schenken aan het kardinale probleem der rechtsbronnentheorie: *de materieele competentievraag*, welke, gelijk we zagen zoowel door de natuurrechtelijke als de historisch-Romanistische richting was verwaarloosd. Op dit punt heeft zij een gedachtelijn voortgezet, welke, *gesproken uit het Calvinistisch kosmisch beginsel der organische souvereiniteit in eigen kring*, reeds door JOHANNES ALTHUSIUS was uitgewerkt.

Zoo min zij echter tot een systematische eenheid in haar begrip van rechtsbron gekomen is, zoo min heeft ze kans gezien, de resultaten harer verbandstheorie systematisch in haar leer van de rechtsbronnen te verwerken, 't geen ten duidelijkst hieruit blijkt, dat zij een „sociale groep” als de juristenstand op grond van zijn feitelijke machtspositie competent acht tot rechtsvorming, in haar wetstheorie een slechts formeel begrip van rechtsbron hanteert, het algemeen gewoonterecht buiten samenhang met het competentie-element behandelt⁵³) en de *autonomie* als bron van het niet-statelijk geschreven verbandsrecht als een *slechts-formeele* rechtsbron *naast* wet, gewoonte (wetenschap) en volksovertuiging heeft gesteld. De Germanistische verbandstheorie is dus niet het fundament van de Germanistische rechtsbronnenleer geworden, maar slechts van een specifieke en dan nog louter formeel gevatte rechtsbron: *de autonomie*.

Dubbel zwaar moet BESELER c. s. de fout, de autonomie als een

slechts-formeele rechtsbron te hebben begrepen, worden aangerekend, omdat zij in het begrip der autonomie, gelijk in hun geheele verbandstheorie, de *materieele* competentievraag hebben opgeworpen.

Want deze vraag krijgt slechts zin, als over de geheele linie met het positivistisch begrip van rechtsbron gebroken wordt, gelijk ALTHUSIUS zulks gedaan had, die het in zijn *Politica* uitsprak, dat er geen enkele positieve rechtsnorm bestaanbaar is „*quae non aliquid naturalis et divinae aequitatis immutabilis habeat admissum*” en dat een stellig voorschrift, dat van de goddelijke en natuurlijke rechtsbeginselen zich losmaakt, geen stellig recht genoemd kan worden, doch dien naam onwaardig is ⁵⁴).

¹) HUGO, *Naturrecht als Philosophie des positiven Rechtes* (1798).

^{1a}) PUCHTA, *Cursus der Institutionen* (4e Aufl. 1853) I (Encyclopädie) S. 17 fig.: „*Entfaltung des Rechtsbegriffs in der Geschichte*” en S. 95 fig.: *Philosophie des Rechts und Jurisprudenz*, waar aan de rechtsphilosophie tweeërlei taak wordt toegekend: 1. „zu zeigen, wie dieses Glied des Weltorganismus (scl. das Recht) aus dem Ganzen hervorgegangen, wie also das Recht überhaupt entstanden, wie die Menschheit zu dem Recht gekommen ist” en 2. „die(se) Geschichte des Rechts in dem Ganzen des Menschengestes”.

²) GIERKE, *Naturrecht und Deutsches Recht* (1883) S. 28 merkt terecht op: „Unter allen eigenthümlich germanische Bildungen traf *die zwischen Staat und Individuum vermittelnden Verbände* der tödlichste Pfeil der naturrechtlichen Doktrin. Der souveräne Staat und das souveräne Individuum verbündeten sich gegen die Korporation. Die ständische, genossenschaftliche und herrschaftliche Gliederung der alten Gesellschaft ging in Trümmer, die Gemeinde wurde ihrer Selbstständigkeit beraubt, die Kirche selbst zur Staatsanstalt degradirt.”

³) VON SAVIGNY, *System* S. 14.

⁴) ROSS, *Theorie der Rechtsquellen* (1929) S. 167 schrijft in dit verband terecht: „Die Positivität des Rechts ist für diese Lehre noch nicht Problem geworden, sie wird vielmehr mit dem Dogma von der „einstufigen”, präjudiziellen Existenz verwechselt.”

⁵) GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten* (1903) S. 12.

⁶) GIERKE, die t. a. p. S. 17 deze woorden van VON SAVIGNY aanhaalt, doet intusschen den ruimen geest van den grooten stichter der historische school onrecht, door ze zoo te interpreteren, dat Von Savigny eigenlijk met den geheelen „*usus modernus*” schoon schip wilde maken. Wij wezen er reeds vroeger op, dat Von Savigny ten volle het recht eener nieuwe rechtsontwikkeling, welke in nieuwe levensbehoefden gegrond was, erkende en zelfs iedere poging in de lijn van Puchta's Begrijfsjurisprudenz, om zulk nieuw recht uit het klassieke Romeinsche recht logisch te *construeeren*, ten scherpste veroordeelde!

⁷) Onder de humanistische natuurrechtsleeraars is, gelijk bekend, THOMASIUS de kampioen voor het Germaansche en tegen het Romeinsche recht geweest. Maar GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht* Bnd. 4 S. 542, merkt terecht op, dat juist door den rationalistischen invloed van die natuurrechtsleer het Thomasius en zijn volgelingen niet gelukken kon de zelfstandige Germaansche *rechtsbeschouwing* tegenover de Romanistische in eere te herstellen.

8) Herhaaldelijk hebben de Duitse landstanden tegen de invoering van het Romeinsche recht geprotesteerd. Het krachtigst protest vinden we wel in een door de Beiersche ridderschap opgesteld bezwaarschrift van 1499: „In iudicibus” zoo heet het hier, „intolerabilis error. Non enim eliguntur iudices more antiquo, sed multi juris Romani professores, pauci magistratus, nobiles atque provinciales. Cum jus municipale servandum sit, et antiqua consuetudines pro legibus habendae sint, fit, ut multa his contraria fiunt, unde deceptiones, errores et turbae oriuntur. Illi enim juris professores nostrum morem ignorant, nec etiam si sciant, illis nostris consuetudinibus quicquam tribuere volunt.”

9) BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht* (Leipzig 1843) S. 58.

10) *Volksrecht und Juristenrecht* S. 77.

11) Zie over het „Herkommen” als rechtsbron BESELER, *System* S. 89, waar aan de historische school in haar Romanistische richting een willekeurige beperking van de positieve rechtsstof wordt verweten, doordat zij het „Herkommen” als zoodanig niet onder de rechtsbronnen opnam. PUCHTA noemt dit „Herkommen” ook *Observanz*.

12) BESELER, *System des Deutschen Privatrechtes* (1873) S. 91 flg.

GIERKE, *Deutsches Privatrecht I* (1895) S. 165 flg.

13) *System des gemeinen deutschen Privatrechtes* (1873) S. 44/5.

14) BESELER, *System* S. 45.

15) *System* S. 53.

16) Zie de duidelijke passage in *Volksrecht und Juristenrecht* S. 78/9 onder beroep op EIKE VON REPGAU'S Saksenspiegel: „Wir müssen also neben dem Volksrecht ein Gewohnheitsrecht annehmen, welches nicht allein gleichgültig neben jenem hergehen, sondern demselben auch feindlich entgegentreten, ja es verderben kann, wie auch die schlechte Gesetzgebung es vermag. Indem Von Savigny diese Entartung der Rechtserzeugung nicht anerkennt, sondern stets einen naturgemäßen Entwicklungsprozess vor sich gehen lässt, sieht er sich genöthigt, den heutigen deutschen Rechtszustand nach den von ihm festgehaltenen Prinzipien künstlich zu construieren — ein Versuch der schon deswegen miszlingen musste, weil die Reception des römischen Rechts in ihrem geschichtlichen Verlaufe sich nur als ein Ausfluss des Gewohnheitsrechts im Gegensatz zum Volksrecht erklären lässt. Denn selbst wenn man annehmen will, wie Von Savigny es thut, dass das letztere in seiner späteren Erscheinung vorzugsweise als Juristenrecht auftritt, so kann doch auch dieses, insoweit es das recipirte römische Recht zu seinem Inhalte hat, nicht als eine Fortsetzung des Volksrechts erscheinen”.

17) Op de „Germanistenversammlungen” die in September 1846 in de keizerzaal te Frankfurt am Main en in September 1847 in het raadhuis te Lübeck plaats hadden, was men het over het *plan der codificatie* eens geworden. Zij zou moeten omvatten een Duitsch burgerlijk wetboek en een Duitsch strafwetboek.

18) GIERKE, *Naturrecht und Deutsches Recht* 1883 S. 16, heeft reeds met de eenzijdige Germanistische veroordeeling der receptie gebroken en toont weer inzicht in de historische noodwendigheid dezer ontwikkeling: „Allein,” zoo schrijft hij, „zunächst bedarf es heute bei allem Meinungsstreit über Wesen und Gründe der Reception des römischen Rechts in Deutschland doch *dafür* kaum des Beweises, dass dieser merkwürdiger Vorgang, so gut wie die parallelen Ereignisse in der Geschichte der Kunst, der Sitten oder des wissenschaftlichen Denkens, ein nothwendiges Produkt des Charakters und der Schicksale unserer Nation, dass er ein essentielles Moment jener grossen historischen Bewegung war, kraft deren unser Volk durch gesteigerte Aneignung wiederbelebter antiker Kulturelemente sein Mittelalter überwand, sein Wesen ergänzte und seine Reife zeitigte.”

Maar het verschil met PUCHTA'S en ten deele ook VON SAVIGNY'S beschouwing der receptie blijft evident. Bij GIERKE is de receptie slechts een middel

geweest, om de Germaansche rechtsbeschouwing met behoud van haar eigen karakter tot rijpheid te brengen, terwijl bij de Romanisten die eigen Germaansche rechtsgedachte door de klassiek-Romeinsche geheel verdrongen werd.

¹⁹⁾ *System*, S. 96.

²⁰⁾ t. a. p. S. 98.

²¹⁾ t. a. p. S. 87/8.

²²⁾ *Volksrecht und Juristenrecht* S. 79.

²³⁾ Ik cursiveer !

²⁴⁾ *System des gemeinen Deutschen Privatrechtes* S. 79.

²⁵⁾ Zie GIERKE, *Deutsches Privatrecht* I S. 182. Hier bestrijdt hij evenals BESELER de opvatting van RUNDE (*Deutsches Privatrecht* S. 80), die de „natuur der zaak” als zoodanig tot rechtsbron had verheven. Maar Gierke gaat veel verder, hij verwerpt blijkbaar het begrip geheel: „Denn wie vorsichtig auch dieser Begriff gefasst und wie stark gegenüber dem absoluten Wesen des Naturrechts die Relativität eines den wechselnden Lebensverhältnissen entnommenen Maszstabes betönt werden mag, so hält doch unter der Flagge der Natur der Sache stets von Neuem ein Stück Vernunftrechts seinen Einzug. Soll aus den Dingen ein ihnen immanenter Rechtssatz herausgehohlt werden, der eine gleich unmittelbare Geltung wie Gesetzes- und Gewohnheitsrecht hat, so wird das positive Recht durch ein verkaptes Naturrecht überhöht. In Wahrheit kann aus vernünftigen Erwägungen über die Natur der Sache immer nur die Ueberzeugung von der Angemessenheit dieses oder jenes Rechtssatzes, niemals die Annahme seiner Geltung entspringen. Der Richter soll freilich bei der Rechtsanwendung nicht blind verfahren und vor Allem da wo das geltende Recht zweifelhaft oder scheinbar unvollständig ist, den Zweckgedanke zu Rathe ziehen. Allein wer ihn hierauf hinweist, eröffnet ihm keine selbständige Rechtsquelle, sondern giebt ihm ein Richtmasz für die Deutung und Entfaltung des geltenden gesetzten und ungesetzten Rechts”.

Natuurlijk zijn de kosmische rechtsbeginselen nimmer met wett- en gewoonterecht op een lijn te stellen, daar zij veeleer aan alle rechtsvorming ten grondslag liggen. GIERKE echter vervangt de rechtsbeginselen door de in den zin van het na-kantiaansche idealisme gedachte „rechtsidee”, die zich als „Vernunftidee” immanent in de historische ontwikkeling van het positieve recht openbaart. Zie zijn *Joh. Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien* 3e Ausg. (1913) S. 317/8.

²⁶⁾ RUNDE, *Deutsches Privatrecht* § 80.

²⁷⁾ Zie VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* I S. 292 j^o S. 6—11.

²⁸⁾ BESELER, *System* S. 78/9: „Der Begriff des Rechtsverhältnisses (in abstracto) setzt also voraus, dasz es schon vom Recht erfasst und durchdrungen ist; bis das geschehen, stellt es sich als ein erst rechtlich zu normirendes Lebensverhältnisz heraus. Nun hat zwar auch dieses schon den Drang in sich, auf ein seiner Natur und seinem Zweck entsprechende Weise nach einem bestimmten Triebe sich auszubilden und zu realisiren; aber damit ist es noch nicht auf das Rechtsgebiet hinüber geführt. Es bedarf vielmehr zu diesem Beruf noch eines neuen Momentes, welches als Rechtsquelle wirksam, an das Lebensverhältnisz herantritt und es zum Rechtsverhältnisz macht, *indem es das ihm einwohnende Princip zum Rechtsprincip erhebt.*” (Ik cursiveer !)

²⁹⁾ Hier polemiseert Beseler tegen PUCHTA, die (*Gewohnheitsrecht* II S. 33) het rechtsbewustzijn als *rechtsovertuiging* vat, „denn das setzt eine DURCH REFLEXION erworbene Sicherheit des Wissens voraus, wie sie hier, wo die unmittelbare Rechtsanschauung vorherrscht, nicht anzunehmen ist, während sie beim Juristenrecht unerlässlich.”

³⁰⁾ GIERKE, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht* Bnd. 4 (1913) S. 490.

³¹⁾ *Volksrecht und Juristenrecht* S. 158/9.

³²⁾ GIERKE, *Deutsches Privatrecht* I S. 470 noemt de verbandspersoon een „werkelijke en volle persoon”, *gelijk de individueele persoon*, maar een samengestelde.

Deze opvatting bewijst, dat Gierke aan de hypostaseerende opvatting der menschelijke verbanden door de romantische en na-kantiaansche idealistische filosofie niet is ontkomen.

Het is het in den modernen tijd vooral weer door OTTMAR SPANN hernieuwde transpersonalisme (of universalisme), dat voorbijziet, dat de volle en werkelijke menschelijke persoonlijkheid nimmer in de tijdelijke natuur- en geestesfuncties van onzen kosmos kan opgaan, wat met de tijdelijke verbandsstructuren *wel* het geval is.

Een behoorlijke kosmologische analyse der *verbanden* eischt een organische, natuur- en geestesfuncties in zin-samenhang en souvereiniteit in eigen kring stellende wetsidee.

³³⁾ *Handbuch des deutschen Privatrechts* (2e Aufl. 1882) I S. 132.

STOBBE zelf is moeilijk meer onder de aanhangers der historische school te rangschikken. In zijn bekend *Handbuch des deutschen Privatrechts* (2e Aufl. 1882) ontbreekt eigenlijk ieder dieper aanknoopingspunt bij deze school. In dl. 1 bestrijdt hij de Germanistische richting in de historische school juist in haar meest waardevolle stellingen. Zoo verwerpt hij de verbandstheorie van BESELER en GIERKE (§ 51 S. 404 flg.) en verstaat onder „autonomie” in objectiefrechtelijken zin weer evenals Puchta „die Satzung” von Rechtsnormen, welke bestimmten Kreisen im Staat zusteht, eine untergeordnete Art von Gesetzgebung”. (§ 19 S. 129)

³⁴⁾ Onder de oudere Germanisten nam reeds WILDA dit standpunt in in zijn verhandeling „Autonomie” in Weiske's Reichslexikon I S. 539—560. Zie voorts GERBER, *Ueber den Begriff der Autonomie* in Archiv f. civilist. Praxis.

³⁵⁾ BESELER, *System*, S. 71.

³⁶⁾ *System*, S. 232.

³⁷⁾ Zeitschrift f. deutsches Recht IX S. 472.

³⁸⁾ *System*, S. 233.

³⁹⁾ Dit komt scherp uit in zijn bestrijding van GERBER'S betoog (*Ueber öffentliche Rechte*, Tübingen 1852 S. 14—12), die de rechtspersoonlijkheid beperkt tot de privaatrechtelijke vermogensverhoudingen. Zeer goed merkt Beseler op: „Allein die Rechtsordnung bezieht sich nicht allein auf das Privatrecht. Jene Auffassung, deren es gar nicht bedarf, um die Selbständigkeit der monarchischen Gewalt gegen die falschen Consequenzen aus der Persönlichkeit des Staates zu vertreten, führt notwendig dahin, das Dasein des Staatsrechts und des Völkerrechts überhaupt zu leugnen” (S. 230 noot 3). Deze kritiek is daarom zoo raak, wijl GERBER gelijk wij weten, juist de staatsrechtswetenschap op scherpe *publiekrechtelijke begrippen* wilde bouwen. In zijn *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* (1865) heeft GERBER dan ook het tot nu toe door hem voor de staatseenheid gebruikte vage begrip „sittlicher Organismus” vervangen door het publiekrechtelijk begrip der *staatspersoonlijkheid* en daarmede Beselers kritiek als juist aanvaard.

Gerber had ook opgemerkt, dat gemeenten, markgenootschappen en gilden weliswaar in Deutschland niet door beschikkingen van het staatsgezag in het leven geroepen zijn, maar dat zulke rechtsverhoudingen langen tijd *feitelijk* bestaan konden hebben, alvorens haar rechtskarakter tot klaar bewustzijn kwam.

Hiertegen merkt BESELER t. a. p. S. 233 noot 6 zeer juist op: „Allein, nur auf die Existenz jener Vereine als juristische Personen ohne Zuthun der Staatsgewalt kommt es hier an; nicht auf die mehr oder weniger klare Auffassung ihrer juristischen Natur und auf ihre Bedeutung für zukünftige Anwendungsfälle. Es handelt sich hier *um die rechtliche Möglichkeit der autonomen Ent-*

stehung juristischer Personen, nicht um die freie Entschlieszung des modernen Staates bei der Ordnung dieser Verhältnisse. (Ik cursiveer !)

³⁷⁾ System S. 233.

⁴⁰⁾ GIERKE, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht* Bnd. 2 (1873) S. 332/3 drukt dezelfde gedachte aldus uit: „Mit dem römischen Personenbegriff ist dies (n.l. de vereinigbaarheid van individueele rechten der verbandsleden met de structuur van het verband), da die Person absolut, unteilbar und nur auf sich selbst hingewiesen ist, unvereinbar. Vielmehr ist ein Personenverband nur denkbar entweder als *societas*, bei welcher nichts als eine Summe obligatorisch verknüpfter, in ihrer Selbständigkeit und Isolirtheit durchaus intakter Einzelpersonen vorhanden ist, oder als *universitas*, bei welcher zwar eine einheitliche juristische Person entsteht, diese aber wie ein fremdes Individuum den Einzelnen, die in ihrer Selbständigkeit und Besonderheit gar nicht berührt werden gegenübertritt. In beiden Fällen bleiben die Willens- und Rechtssphären jeder Person begrifflich genau so geschlossen und selbständig, als sie dies ohne die Vereinigung wären. *Es hat daher für die Beschaffenheit eines Rechts gar keine Erheblichkeit, wenn dasselbe einem Verbande zusteht.* (Ik cursiveer !) Denn ist der Verband eine *societas*, so fällt das Recht in die Individualsphären einer Mehrheit von Subjekten, deren obligatorische Verknüpfung dabei gar nicht in Betracht kommt. Ist der Verband eine *universitas*, so fällt das Recht in die Eine Individualsphäre der juristischen Person. Und treffen an irgend einem Punkte Rechte einer *universitas* und der sie bildenden *singuli* zusammen, so ist es genau, als träfen Rechte zweier beliebiger Individuen zusammen.”

⁴¹⁾ Vooral GIERKE t. a. p. S. 134—526 heeft de „Genossenschaft” en i. h. a. de Germaanschrechtelijke corporatie in verband gebracht met de gezamenhandse rechten. In zijn *Deutsches Privatrecht* I (1895) S. 481 flg. is hij hiervan teruggekomen.

⁴²⁾ BESELER, *System* S. 238.

⁴³⁾ GIERKE, *Deutsches Privatrecht* I S. 26: „Individualrecht ist das Recht, insoweit es die menschlichen Willensträger als Einzelwesen zu einander in Beziehungen setzt.” Het rust op de verhouding *der nevenschikking* en gaat van de onverbondenheid der subjecten uit. „Sozialrecht ist das Recht insoweit es die Beziehungen der menschlichen Willenträger als Gesellschaftwesen ordnet.” Het berust „auf dem Verhältnisz der Einordnung (Ueber- und Unterordnung) und geht von der Verbundenheit der Subjecte aus.”

Deze definities laten niets aan scherpte te wenschen over.

⁴⁴⁾ GIERKE, *Deutsches Privatrecht* I S. 482.

⁴⁵⁾ ALTHUSIUS, *Politica* (methodice digesta atque exemplis sacris et profanis illustrata) Groningen 1610 cap. 1 (pag. 3): „Lex eiusmodi (scl. consociationis et symbiosis) est duplex, quaedam enim socialis vitae directioni et gubernationi inservit: quaedam vere rationem et modum res et operas communicandi inter symbioticos praescribit. Lex directioni et gubernationi symbiosis inserviens, est communis, vel propria.

Communis et perpetua lex est, ut in quavis consociatione et symbiosis specie sint quidam imperantes, praestites, praepositi, praefecti, seu superiores: quidam vero obsequentes, seu inferiores”.

(p. 5): „Propriae leges sunt cujusque consociationis peculiare, quibus illa regitur. Atque haec in singulis speciebus consociationis *aliae atque diversae sunt, prout natura cujusque postulat.*” (Ik cursiveer)

Hier toont Althusius inzicht in de kosmische verbandsstructuur.

Zie voorts de zeer uitvoerige analyse van de structuur der niet-statelijke verbanden en hunne functies in cap. II: „De privata domesticae et naturalis consociationis communicatione, ciusque specie priore, nimirum de consociatione conjugali.”

⁴⁶⁾ *Politica* cap. IX (p. 115): *Membra regni, seu symbioticae universalis con-*

sociationis, voco, *non singulos homines, neque familias, vel collegia prout in privata et publica particulari consociatione, sed civitates, provincias et regiones plures inter se consentientes, de uno corpore ex conjunctione et communicatione mutua constituendo.*" (Ik cursiveer)

⁴⁷⁾ GIERKE heeft in de „Zusätze vom Jahre 1902" bij zijn *Johannes Althusius* in verband met de van de zijne afwijkende Althusiuswaardeering van STINTZING en REHM scherper op de géschilpunten tusschen Althusius en Rousseau den nadruk gelegd, maar is niet teruggekomen op zijn overschatting van de betekenis der verdragsconstructie bij Althusius.

Intusschen gaf hij in de 4e band van zijn standaardwerk *Das Deutsche Genossenschaftsrecht* S. 345—350 een waardevolle aanvulling in zake Althusius' verbandsbegrip.

⁴⁸⁾ KURT WOLZENDORF: *Staatsrecht und Naturrecht*, Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgesch. hrg. v. Gierke Heft 126 (1916) S. 210.

⁴⁹⁾ GIERKE, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht* Bnd. 4 S. 348/9.

⁵⁰⁾ *Politica*, cap. II (pag. 9).

⁵¹⁾ *Politica*, cap. II (pag. 12): „Species privatae et simplices hujus consociationis sunt duae. Est enim alia naturalis, alia vero civilis."

⁵²⁾ Zie *Politica*, cap. IX.

⁵³⁾ Zie b.v. GIERKE, *Deutsches Privatrecht* I S. 166: „Ist die Gemeinschaft organisiert, so bildet sie doch, falls sie Gewohnheitsrecht erzeugt, die erforderliche Ueberzeugung unabhängig von ihrer Organisation in ihrem durch diese nicht erschöpften Zusammenhange aus: das Staatsvolk unabhängig von seiner Organisation zur gesetzgebenden Allgemeinheit, die körperschaftlich verbundene Gesamtheit unabhängig von ihrer Organisation zur satzungsbefugten Gemeinheit."

⁵⁴⁾ ALTHUSIUS, *Politica (methodica digesta atque exemplis sacris et profanis illustrata)* Groningen 1610 cap. IX p. 122: „Nam lege civili potestam solvere, est etiam aliquatenus naturalis et divinae legis vinculis eandem exuere. Nulla enim est, nec esse potest lex civilis, quae non aliquid naturalis et divinae aequitatis immutabilis habeat admissum. Nam si haec prorsus discedit a sententia juris naturalis et divini, non lex dicenda est, sed nomine hoc prorsus indigna."