

# ANTIREVOLUTIONAIRE STAATKUNDE

DRIEMAANDELIJKSCH ORGAAN

VAN DE

Dr. ABRAHAM KUYPERSTICHTING  
TER BEVORDERING VAN DE STUDIE  
DER ANTIREVOLUTIONAIRE BEGINSELEN

ONDER REDACTIE VAN

Prof. Mr. A. ANEMA - Mr. Dr. E. J. BEUMER - Dr. H. COLIJN  
Mr. H. A. DAMBRINK - Prof. Dr. H. DOOYEWEERD  
Dr. J. W. NOTEBOOM - Prof. Mr. V. H. RUTGERS  
J. SCHOUTEN - Dr. J. SEVERIJN

---

VIERDE JAARGANG

---



UITGAVE VAN J. H. KOK N.V. TE KAMPEN 1930

---

---

## INHOUD

---

	Blz.
PROF. DR. H. DOOYEWEERD, 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, I . . . . .	1
D. LANGEDIJK, Het Nederlandsch Schoolverbond, I . . . . .	68
J. C. RULLMANN, De Coalitie uiteengevallen en weer tot stand gekomen (1891—1897) . . . . .	91
Mr. Groen van Prinsterer's bijdrage ter beantwoording van de vraag: welke behoort de betrekking van België tot Holland te zijn? . . . . .	113
D. LANGEDIJK, Het Nederlandsch Schoolverbond, II . . . . .	163
DR. J. SEVERIJN, De staatsleer van het fascisme . . . . .	181
PROF. DR. H. DOOYEWEERD, 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, II . . . . .	224
MR. B. DE GAAY FORTMAN, Mr. J. W. Gefken 1807—1887 . . . . .	265
PROF. DR. P. A. DIEPENHORST, Uit de geschiedenis van ons parlementaire stelsel . . . . .	290
PROF. DR. H. DOOYEWEERD, 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, III . . . . .	325

---

---

---

# 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.

I.

## INLEIDING.

Een behandeling der centrale wetenschappelijke vraagstukken aan de hand van de theorie der wetsidee, gelijk ik zulks reeds verschillende malen in dit tijdschrift beproefd heb, stelt zoowel den schrijver als den lezer voor zeer bijzondere moeilijkheden.

Wie een probleem in 't licht der wetsidee wil bezien heeft het dieplod uitgeworpen naar de laatste gronden der levens- en wereldbeschouwing.

Hij ziet, hoe iedere wetenschappelijke theorie welke de grondslagen der wetenschap raakt, ter laatste instantie bewust of onbewust in een wetsidee is gegrond, waarin in religieuzen zin stelling gekozen wordt tegenover de absolute Waarheid. Hij ziet, hoe tegenover de noodwendigheid dier stellingname de eisch in zake de neutraliteit, de afzijdigheid van het wetenschappelijk denken zelve slechts vanuit een specifieke wetsidee, valt te verstaan.

Hij ziet in de wetsidee maar niet een samenstel van richtsnoeren, die slechts leiding kunnen geven, wanneer men zich op de ijle hoogten der laatste levensvragen bevindt, maar veeleer een vaste structuur, waarbinnen van meet af het denken zich beweegt, waaraan het zich niet kan onttrekken, en die zelfs de wijze der probleemstelling bepaalt.

De doorwerking van die structuur ook in de concrete vraagstukken

van een wetenschap na te speuren, wordt nu een taak, waaraan geen ontkomen meer is.

Thetisch, zoowel als anti-thetisch dwingt de wetsidee tot stelling-name.

Geen enkele theorie kan meer als geheel genomen worden aanvaard, die bij onderzoek in een andere wetsidee gegrond blijkt. Dat maakt deze behandelingswijze zoo bij uitstek moeizaam! Men kan niet midden in het onderzoek invallen, doch moet van stap tot stap den tocht medemaken.

Maar anderzijds, wie de grondgedachte eenmaal doorschouwd heeft, moet gevoelen, dat alleen zóó die hoogere wijding over het wetenschappelijk denken komen kan, welke de wetenschap doet zien als dienst van God.

Als de wetenschap aan den wortel der Christelijke religie onttrokken was, wat had de Christen dan met haar van doen? Als er een inderdaad *neutrale* wetenschap mogelijk ware, dan moest de *absoluutheid* der Christelijke religie worden prijsgegeven, want tegenover de absolute waarheid is op geen enkel terrein een neutrale houding mogelijk.

De wijsbegeerte der wetsidee beteekent de volkomen breuk met de idee eener neutrale wetenschap. Zij brengt de ware *εἶδος* in het wetenschappelijk denken, door het op te heffen tot de religieuze zinvervulling.

Midden in de meest concrete vragen der wetenschap werpt de wetsidee haar zin- en samenhang ontdekkend licht.

In de hieronder volgende verhandeling willen wij beproeven de *theorie der rechtsbronnen* in 't licht der wetsidee te behandelen.

Om meer dan één reden moet zulk een behandeling voor de *Calvinistisch* ingestelde rechtswetenschap *noodzakelijk* worden geacht.

Want men zal moeten toegeven, dat zoolang de Calvinistische wetenschap niet tot wijsgeerige klaarheid is gekomen over het wezen van het stellig recht en zijn bronnen, haar *beginselen* niet voldoende bevruchtend op de dogmatiek kunnen inwerken.

Met name inzake de verhouding van de rechtsbeginselen tot het stellig recht en het wezen en de functie der rechtsbeginselen zelve heerscht bij ons, ondanks den belangrijken arbeid die aan dit centrale probleem reeds gewijd is, nog allesbehalve klaarheid.

Daar nu bij de behandeling van dit probleem schier alle grondvragen der rechtsphilosophie zijn betrokken, zal men 't mij niet



euvel mogen duiden, dat mijn studie in haar uitwerking het karakter en den omvang van een *inleiding in de Calvinistische rechtsphilosophie* zal aannemen.

Niet echter alleen voor de Calvinistisch ingestelde rechtswetenschap, doch voor de geheele rechtswetenschap moet een behandeling der rechtsbronnentheorie in dit licht van beteekenis zijn, daar wij zullen zien, hoeveel verwarring en onklarheid op dit gebied heerscht.

## HOOFDSTUK I.

### De vraagstelling en de pogingen tot haar oplossing.

#### § 1. *De chaos in de moderne rechtsbronnen-theorie en de rechtvaardiging van de behandeling van het probleem in het licht der wetsidee.*

Wanneer wij ons trachten te oriënteren in den huidige stand der wetenschappelijke theorieën in zake de bronnen van het recht, dan is het eerste, wat ons moet opvallen een schier chaotische verwarring in den zin, waarin men het woord „rechtsbron” gebruikt. Niet minder dan zeven verschillende beteekenissen meen ik te moeten vaststellen:

<sup>10</sup> rechtsbron als *transcendente oorsprong des rechts*: God, de rede enz.

<sup>20</sup> rechtsbron als *formeele geldingsbron van het positieve recht*.

In dezen zin wil men met „rechtsbron” aanduiden een hoogste ordening binnen het rechtssysteem, waarvan alle lagere ordeningen in formeelen zin hare *gelding afleiden*.

Dit is de zin, waarin het begrip rechtsbron gebruikt wordt in de naieve dogmatische staatsabsolutistische rechtsbeschouwing, die ter laatste instantie de *wet*, de wil van den soeverein, als eenige geldingsbron van het positieve recht opvat.

Doch evenzeer wordt het begrip in dezen zin gebruikt in de moderne zgn. *kritische* rechtsleer van KELSEN en zijn school, die in de rechtsbronnentheorie de vraag wil beantwoorden, hoe het positieve recht zich „normlogisch” laat begrijpen als een gesloten logisch systeem, naar boven uitmondend in een „oorsprongsnorm” van niet hoogere

logische afleidbaarheid, en naar beneden zich trapsgewijze concreetiserend tot de individueele vonnisexecutie.

3<sup>o</sup> rechtsbron als *formeele ontstaansbron van het positieve recht*.

In dezen zin noemt men wet, verordening, gewoonte, tractaat, rechtspraak etc. als juridische *vormen*, waarin het positieve recht ontstaat, zonder daarbij te prejudicieeren op de systematische vraag in welke formeele geldingsverhouding al zulke bronnen tot elkander staan.

4<sup>o</sup> rechtsbron als *materieel-juridische geldingsbron van het positieve recht*.

In dezen zin noemt men het natuurrecht, de billijkheid, de natuur der zaak, de grondbeginselen van het recht enz. enz. rechtsbron, neemt dus zijn uitgang van de vóór-positieve beginselen, die aan alle rechtsvorming ten grondslag liggen.

In dezen zin wordt vaak het begrip „rechtsbron” rustig gebruikt naast de onder 2<sup>o</sup> en 3<sup>o</sup> genoemde beteekenissen.

Met name in de Fransche theorie!

Zoo maakt de bekende Fransche schrijver, FRANÇOIS GENY in zijn standaardwerk „Méthode d'Interprétation et sources en droit privé positif” een onderscheid tusschen *formeele* en *niet-formeele* rechtsbronnen, waarbij de laatste als „subsidaire” naast de eerste zouden gelden.

Wet en gewoonte worden dan als formeele rechtsbronnen gesteld naast de wetenschappelijke autoriteit en de rechtspractijk (*autorité* et *tradition*) eenerzijds en het vrije wetenschappelijk onderzoek (*la libre recherche scientifique*) anderzijds als niet-formeele bronnen, waarbij de laatste de hoogere voor-positieve rechtsbeginselen en de „natuur der zaak” aan het licht heeft te brengen.

Buiten de theorie om kunnen we uitteraard deze veelduidigheid in het gebruik van het begrip rechtsbron nog meer verwachten.

Zoo noemt art. 38 van het statuut van het Permanente Hof van Internationale Justitie te 's Gravenhage de volgende volkenrechtelijke rechtsbronnen naast elkander: verdragen, gewoonte, algemeene rechtsbeginselen, die in het volkenrechtelijk verkeer der beschaafde staten zijn erkend, en de rechtspraak benevens de *communis opinio* van autoriteit bezittende volkenrechtsgeleerden als *suppletoire* bronnen voor de rechtsvinding.

5<sup>o</sup> rechtsbron als *materieele buiten-juridische geldingsbron van het positieve recht*.

In dezen zin denkt men zich onder rechtsbron een normatieve *buiten-rechtelijke* instantie, zonder overeenstemming waarmede het formeele recht, gelijk het zich in wet, verordening, tractaat, rechtspraak etc. openbaart, niet als recht kan worden erkend.

In dezen zin stelde de Historische School de historisch gedachte volksgeest als eenige rechtsbron voor, welke zij echter tegelijk als materieele *ontstaansbron* dacht. Zoo wordt het psychologisch gedacht rechtsbewustzijn of rechtsgevoel door KRABBE en DUGUIT tot eenige ware rechtsbron geproclameerd, de „rechtsovertuiging der maatschappij” door HAMAKER en in 't algemeen bij de moderne sociologische rechtschool (JUNG, EHRLICH c. a.) 1).

6<sup>o</sup> rechtsbron als *materieele buiten-juridische ontstaansbron van het positieve recht*.

In dezen zin beduidt het woord rechtsbron het geheel der door een bloot ervaringsonderzoek op te sporen sociale oorzaken, die bewerken, dat de menschen zich in doorsnee regelmatig naar zekere maatschappelijke regelen gedragen, welke regelen, voorzoover zij als voor het maatschappelijk leven „noodwendig” gevoeld worden, rechtskarakter bezitten.

In dezen zin heeft Dr. EUGEN EHRLICH een nieuwe rechtsbronnen-theorie opgesteld, waarin „Uebung”, „Besitz”, „Herrschaft”, en „Willenserklärung” als fundamenteele „Tatsachen des Rechts” de plaats der traditioneele formeele ontstaansbronnen innemen.

In dezen zin wordt het begrip „rechtsbron” practisch door de geheele naturalistisch-sociologische rechtstheorie genomen, waarbij echter als *element* mede de onder 5<sup>o</sup> genoemde beteekenis in het begrip wordt gelegd.

7<sup>o</sup> *rechtsbron als kenbron van het positieve recht*.

In dezen zin verstaat men onder rechtsbronnen de bronnen, waaruit wij onze kennis omtrent het positieve recht van tegenwoordigen of verleden tijd putten.

In dien zin gelden verzamelingen van rechtsoorkonden, formulieren, wetten en verordeningen, reglementen etc. etc., maar ook wetenschappelijke rechtslectuur, ja voor vroegere tijdperken, ook historische werken als kenbronnen van het recht.

Deze simpele opsomming moge voorloopig volstaan ten bewijze van den chaotischen toestand, waarin zich de moderne rechtsbronnentheorie bevindt. Eenerzijds mag men dezen toestand beschamend vinden voor

de rechtswetenschap, anderzijds is hij uiterst leerzaam voor het onlosmakelijk verband, waarin de rechtsbronnentheorie staat met de wetsidee, die aan de wetenschappelijke beschouwing ten grondslag ligt.

De rechtsbronnentheorie voert ons midden in de grensvragen van het recht.

Zij onderstelt een inzicht in de plaats, welke de rechtskring in den kosmischen samenhang der wetskringen inneemt, een inzicht met name in de verhouding tusschen den rechtskring, den socialen en den historischen wetskring en wel, omdat, zooals wij nog nader zien zullen, hier met name de opvatting in zake de *positiviteit* van het recht en de *structuur van de onderscheiden verbanden en maatschapskringen* in t geding is. Onmiddellijk wordt deze opvatting weder beïnvloed door de beschouwing in zake den oorsprong der wetskringen in transcendenten religieuzen zin en daarmede is het geheele probleem reeds in het kader der wetsidee gesteld.

Overzien we nog eens de onderscheiden beteekenissen, waarin men het woord rechtsbron gebruikt, dan moet het aanstonds opvallen, dat de principieel formalistische beschouwing, welke in den sub 2<sup>o</sup> genoemden zin tot uiting komt, het rechtsbronnenprobleem *abstract, los* van het kosmisch verband tusschen het recht en zijn substraatskringen wil behandelen.

Bij KELSEN wordt het probleem een vraag van logische systematiek der rechtsnormen.

Geen spoor hier van een onderzoek naar de kosmische structuur van den rechtskring, geen spoor van een behoorlijke analyse van de interne structuur van de onderscheiden verbanden en maatschapskringen, die zulk een ontzaggelijke zin-verscheidenheid in het rechtsleven brengen.

De staat is geen levensverband, maar veeleer het logisch totaal-systeem der rechtsnormen, een kategorie van het scheppend norm-logisch denken!

De positiviteit van het recht moet worden verstaan als logische onafleidbaarheid uit een ander normen-systeem, als souvereiniteit in norm-logischen zin.

Met een waar fanatisme wordt iedere inmenging van natuurrechtelijke gezichtspunten in het rechtswetenschappelijk onderzoek geweerd. *Rechtsbeginselen* zijn „ethisch-politische postulaten”, die buiten het

gebied van het stellig recht en daarom buiten de grenzen der rechts-wetenschap vallen.

Het recht is een *denkvorm*, die iederen willekeurigen inhoud kan aannemen, een zuiver formeel „zoo behooren” van den vorm: Wenn A... soll B. (Wanneer zoo en zoo wordt gehandeld, behoort die en die dwang te worden geoefend). De souvereiniteit des rechts ligt in zijn karakter van logische categorie. Het recht is *slechts* norm, het heeft geen zelfstandige subjectzijde.

Het kosmisch verband van het rechtsleven kan slechts natuurwetenschappelijk worden onderzocht als systeem van oorzaken en gevolgen.

Zoo is het kosmisch verband tusschen den rechtskring en zijn substraatskringen door de theorie inderdaad doorgesneden. In een star entweder-oder staat de *werkelijkheid* als *natuur*-systeem tegenover het *recht* als logisch *normen*-systeem.

In mijn *De Beteekenis der Wetsidee voor Rechtswetenschap en Rechtsphilosophie* heb ik de humanistische wetsidee, welke achter deze schijnbaar neutraal wetenschappelijke methode verscholen ligt, blootgelegd.

Stel nu tegenover deze opvatting van het rechtsbronnenprobleem, die welke belichaamd is in den sub 5<sup>o</sup> en 6<sup>o</sup> genoemden zin.

Onmiddellijk valt dan op, hoe deze opvattingen in scherpe tegenstelling met de formalistische, het levensverband tusschen het recht en zijn substraatskringen, dat door KELSEN zoo cru was doorgesneden, juist als het fundamenteele voorwerp van het wetenschappelijk onderzoek beschouwen.

Zij willen het recht niet als een logische afgetrokkenheid behandelen, doch als een reëel verschijnsel, in verband met den historischen, den psychischen en den socialen kring.

Doch wat zien we nu? Dit in rekening stellen van het kosmisch verband, waarin ons het recht gegeven is, geschiedt ten koste van een principieele verflauwing der zin-grenzen tusschen het recht en zijn grensgebieden.

Het begrip rechtsbron wordt nu in een niet-juridischen zin gebruikt. De souvereiniteit in eigen kring van den rechtszin wordt genegeerd. Het recht wordt ingelijfd, 't zij bij de historiewetenschap, 't zij bij de sociale psychologie, hetzij bij de sociologie, en kan slechts als historisch, resp. psychologisch, resp. sociologisch verschijnsel *sui generis*

van andere historische, resp. psychologische, resp. sociologische verschijnselen worden onderschèden.

Het scherpst en onverdragelijkst werkt deze grensverwarring uiter-aard door in de sub 6<sup>o</sup> genoemde opvatting van het begrip rechtsbron.

Want hier wordt de continuïteit van het natuurwetenschappelijk denken over den rechtskring uitgebreid, wordt zool niet in naam, dan toch in 't wezen der zaak, naar den *zin*, het recht van zijn norm-karakter beroofd.

Maar ook naar de sub 5<sup>o</sup> bedoelde opvatting, is het recht een product van buiten-rechtelijke factoren, is de souvereiniteit in eigen kring van het rechtsgebied miskend.

Een humanistische wetsidee van psychologisch, of historisch type doet hier het wetenschappelijk denken de zin-grenzen tusschen het rechtsgebied en zijn substraatskringen doorbreken.

Letten wij tenslotte op de opvatting van het begrip rechtsbron, welke wij sub 4<sup>o</sup> hebben genoemd, dan vinden we daarin de op zich zelve sympathieke gedachte uitgedrukt, dat het positieve recht steunt op rechtsbeginselen, die aan allen willekeur der rechtsvormers onttrokken zijn. Doch nog daargelaten, dat op zich zelve de natuurrechtsgedachte een vorm kan aannemen, die met de goddelijke zin-structuur van den rechtskring in lijnrechten strijd is, getuigt de opvatting van natuur-rechtelijke beginselen als *rechtsbron naast* „formeele” rechtsbronnen als wet en gewoonte van een onhoudbaar dualisme in het rechtsbegrip en tevens van een miskening van essentiele elementen in het begrip rechtsbron.

Wat het eerste punt betreft, schuilt de innerlijke tegenstrijdigheid dezer opvatting hierin, dat men de natuurrechtsgedachte, tot uitdrukking komende in de aanvaarding van materiele rechtsbeginselen, welke aan menselijke willekeur onttrokken zijn, zoekt te verbinden met een positivistische opvatting der zgn. formeele rechtsbronnen.

Zoo schrijft GENY (t. a. p. II 2—3), dat aan de formeele rechtsbronnen (wet en gewoonte) een „force obligatoire absolue” toekomt, terwijl de niet formeele bronnen slechts een „direction moins impérative” bezitten.

Zulk een dualistisch rechtsbegrip is innerlijk tegenstrijdig. Men moet òf totaliter breken met het slechts formeele begrip van rechtsbron, òf men moet een consequent positivistisch standpunt in de rechtsbronnen-theorie innemen, waarvan we overigens de volstrekte onhoudbaarheid

hieronder omstandig zullen aantonen. Wie eenmaal erkent, dat positief recht naar zijn zin niet anders kan zijn dan positivering van goddelijke rechtsbeginselen — en ook GENY erkent dit <sup>2)</sup> — kan zonder antinomie niet aanvaarden, dat aan wet en gewoonte als *formeele* rechtsbronnen absoluut verbindende kracht toekomt.

De kritiek, welke KELSEN <sup>3)</sup> en zijn leerling ALF ROSS <sup>4)</sup> van uit radicaal positivistisch standpunt op dit dualistisch rechtsbegrip geoefend hebben, moet als klemmend worden erkend. Wel te verstaan, alleen in zooverre zij zich richt tegen een inderdaad *dualistisch* rechtsbegrip, waarin natuurrechtsleer en positivistische rechtsbeschouwing tot een compromis gebracht zijn. Want wij zullen hieronder uitvoerig aantonen, dat het door deze schrijvers gevoerde bewijs voor de tegenstrijdigheid van iederen vorm van natuurrecht met den eisch van de positiviteit des rechts, op een drogreden berust.

Wij behoeven nauwelijks uitdrukkelijk te zeggen, dat de transcendente opvatting van den oorsprong des rechts, tot uitdrukking komende in de onder 1<sup>o</sup> genoemde beteekenis van het woord rechtsbron, schoon technisch-wetenschappelijken zin ontberend, stilzwijgend of uitdrukkelijk in de technische opvatting is voor-ondersteld.

In de beschouwing inzake den transcendenten oorsprong des rechts, waaraan een positivistische rechtsbronnentheorie slechts schijnbaar kan ontkomen, doet uiteraard de instelling der wetsidee zich gevoelen in het antwoord op de vraag: welke is de diepste oorsprong der wetskringen?

Wat ten slotte betreft de onder 3<sup>o</sup> en 7<sup>o</sup> genoemde beteekenissen waarin het begrip rechtsbron gebruikt wordt, het is duidelijk, dat *in dezen zin* gebruikt, aan het woord alle systematisch-wetenschappelijk karakter ontbreekt. De vraag: wat zijn de bronnen van het positieve recht? laat zich niet beantwoorden met een simpele empirische opsomming van de verschillende *vormen*, waarin stellig recht kan *ontstaan*, zonder dat eenig criterium wordt geboden voor hetgeen men onder positief recht heeft te verstaan en zonder dat een poging wordt gedaan, om de onderlinge verhouding der rechtsbronnen systematisch aan te geven. En de onder 7<sup>o</sup> bedoelde beteekenis moet uiteraard geheel buiten beschouwing blijven.

Zoo blijkt dus over de geheele linie de zin, waarin men het wetenschappelijk begrip rechtsbron gebruikt, afhankelijk van de wetsidee,

welke men bewust of onbewust aan zijn wetenschappelijke instelling ten grondslag heeft gelegd.

Werpen wij nog eenmaal den blik terug op de onderscheiden *technisch-wetenschappelijke* opvattingen, dan meenen wij te mogen constateeren, dat iedere opvatting op zich zelf genomen, hoe zeer ook in totaal voor ons verwerpelijk, nochtans een eenzijdigheid in de andere opvattingen poogt te corrigeeren.

Formeele en materieele, geldings- en ontstaanszijde van het positieve recht worden om beurte eenzijdig naar voren gebracht. In het dualistisch begrip van rechtsbron, dat wij hierboven summier ontleedden, wordt de beginselzijde van het stellig recht geaccentueerd.

Maar nergens is een bevredigende oplossing gevonden voor een materieele rechtsbronnentheorie, die al deze elementen in zich vereenigt, zonder de souvereiniteit in eigen kring van het recht aan den materieelen levenssamenhang of den materieelen levenssamenhang aan den zelfstandigen zin van het recht te offeren.

Moet hierin niet de oorzaak worden gezocht van het feit, dat de rechtsbronnentheorie is vastgelopen en de bereikte resultaten eigenlijk niemand geheel kunnen bevredigen?

Wij willen in deze studie beproeven het probleem in 't licht der Calvinistische wetsidee te stellen en men beoordeele naar de resultaten dezer behandelingswijze of zij vruchtbaar mag worden genoemd.

## § 2. *Het probleem inzake de bronnen van het recht gesteld in het licht der Calvinistische Wetsidee.*

Wij brengen hier nogmaals <sup>5)</sup> in herinnering, welke religieus-kosmologische vooronderstellingen voor het wetenschappelijk denken, deze wetsidee naar haar grondstructuur bevat.

Zij ziet onzen kosmos als een transcendent-religieus gefundeerd organisme van wetskringen, die in een bepaalde kosmische orde gevoegd zijn.

Iedere wetskring bezit souvereiniteit in eigen kring, gewaarborgd door zijn voor de rede onherleidbaren zin. In iederen wetskring is een *subjectsfunctie* der kosmisch-organische realiteit *onderworpen* aan een naar haar zin souverein-in-eigen-kring geheel van *wetsfuncties*. De wetskringen, welke in de kosmische orde aan een bepaalden wetskring voorafgaan, zijn diens *substraatskringen*.



De kosmische realiteit in al haar zin-functies bezit een onvergankelijken transcendent-religieuzen wortel in het menschengeslacht, waarin de religieuze zin-volheid onzer schepping (door de zonde gebroken, maar in Christus hersteld) naar den eeuwigen ongebroken zin der goddelijke wet hare belichaming vindt. Alle in eigen kring souvereine zin-functies van onzen kosmos zijn in haren organischen samenhang een tijdelijke straalbreking van dien transcendenten religieuzen zin, zoowel naar de wets- als de subjectszijde.

Alle wetten, die ons in ons vergankelijk kosmisch bestaan binden, vinden in al hun zin-verscheidenheid hun diepsten oorsprong in Gods souvereiniteit en zijn een tijdelijke zinbreking van den eeuwigen zin der wet, zooals Christus ons die heeft geopenbaard.

In den souvereinen zin van iederen wetskring weerspiegelt zich zoowel naar de wets- als naar de subjectszijde de samenhang met den souvereinen zin van alle andere wetskringen, waardoor gewaarborgd is, dat geen enkele wetskring buiten organischen samenhang met de andere kan bestaan.

Daardoor vertoont de zin van iederen wetskring zelve een kosmisch-organische structuur, waarin de *zin-kern* de souvereiniteit in eigen kring waarborgt, terwijl de *analogieën* in de zinstructuur die elementen in de zin-structuur zijn, welke terugwijzen naar den zin der substraatskringen, de *anticipaties* die zin-elementen, welke vooruitwijzen naar den zin van de kosmisch latere wetskringen. Zoo vindt de souvereiniteit in eigen kring in deze religieus gefundeerde organische structuur haar tegenbeeld in de *universaliteit in eigen kring* van iederen wetskring naar zijn *zin*. Iedere wetskring weerspiegelt in zijn *zin-structuur* de zin-totaliteit van onzen kosmos, die eerst in den onvergankelijken religieuzen zin hare vervulling en zin-voleindiging vindt.

Dit geheele inzicht in den samenhang der wetskringen werpt een verrassend licht op de zgn. *grensvragen* eener wetenschap, die onder den invloed van de „sovereine *denkmethoden*” van de humanistische wetenschapsidee het denken in onoplosbare tegenstrijdigheid hebben verwickeld.

De (kosmische) werkelijkheid is ons gegeven in de structuur van vergankelijke *individueele* dingen, die in alle wetskringen hun zinvolle werkelijkheidsfuncties bezitten. Deze werkelijkheidsfuncties zijn onderscheiden in *subjectsfuncties* en *objectsfuncties*.

De boom heeft als (individueel) ding subjectsfuncties in den getalskring, den ruimtekkring, den physischen en den biotischen wetskring, objectsfuncties daarentegen in de latere wetskringen (den physischen, logischen, historischen, socialen, aesthetischen, economischen, juridischen, moreelen en pistischen wetskring). De objectsfuncties van een ding bestaan slechts in correlatie tot *subjectsfuncties*, die het ding als zoodanig niet bezit. De boom heeft b.v. als waarnemingsobject een objectsfunctie in den psychischen wetskring, doch mist in dezen wetskring een subjectsfunctie. In zooverre bestaat de psychische objectsfunctie van den boom slechts in samenhang met de dierlijke of menschelijke *subjectsfunctie* in dien psychischen kring, doch is geenszins een subjectieve schepping van het bewustzijn.

Ieder ding is, voorzover het een *subjectseenheid* is, gequalificeerd door zijn meest gecompliceerde subjectsfunctie in de kosmische werkelijkheid, welke tegelijk de *begrenzing* van zijn subjectieve activiteit beteekent en die wij zijn *leidende functie* noemen. De „leidende functie” van het ding ontsluit de anticipatiesferen in den zin zijner vroegere subjectsfuncties in de richting op zich zelve. Zoo worden in de interne structuur van den boom de getals-, ruimte-, bewegings- en energiefuncties *geleid* door de organische levensfunctie, doch met volledige handhaving van de souvereiniteit in eigen kring van iedere functie in eigen wetmatigheid.

Er zijn natuurlijke en geestelijke dingen.

Tot de geestelijke dingstructuren behoort o. a. de staat, die door de rechtsfunctie is gequalificeerd, het zgn. „zichtbaar” kerkverband, dat door de pistische (de geloofs-) functie is gequalificeerd, het bedrijfsverband, dat in den economischen kring zijn leidende functie bezit, en in 't algemeen alle verbanden der menschelijke samenleving.

Alle dingen, die een leidende functie *in* de kosmische werkelijkheid bezitten, zijn *vergankelijk*, begrensd tot het tijdelijke.

De mensch heeft daarom *als zoodanig* geen „leidende functie”. Heel zijn activiteit in deze wereld wordt bepaald door zijn stellingname in den onvergankelijken, religieuzen, den kosmos transcendeerenden wortel zijner persoonlijkheid, 't zij in onderwerping aan God, 't zij in apostasie, in afval van zijn Schepper.

Daarom is ieder vergankelijk ding begrensd door de souvereiniteit in eigen kring, doch de mensch *als zoodanig* gaat onzen vergankelijken kosmos te boven.

Slechts in zijn tijdelijke functies in de natuur en in de geestelijke verbanden is de mensch aan de souvereiniteit in eigen kring onderworpen.

\* \*  
\*

Ziet hier in uiterst summieren vorm de religieus-kosmologische consequenties der Calvinistische wetsidee. Niets in dezen kijk op onzen kosmos kan worden gemist, willen wij inderdaad een principieel standpunt in de rechtsbronnenleer innemen en onze wetenschappelijke methode door deze rijke Christelijke wetsidee laten bevruchten.

Reeds in de wijze, waarop wij het probleem gaan *stellen*, moet de structuur onzer wetsidee zich openbaren.

De volgende richtsnoeren dienen ons hierbij te leiden:

1<sup>o</sup> In de opvatting van de bronnen van het recht moet de souvereiniteit in eigen kring van het rechtsgebied naar zijn *zin* worden gehandhaafd en tegelijk het organisch levensverband, waarin het recht ons naar zijn zin gegeven is, worden gevat.

Dit brengt met zich een breuk met alle *formalistische* opvattingen, die het recht als een logische afgetrokkenheid willen behandelen. In 't licht onzer wetsidee kan slechts een *materieele* bronnentheorie in aanmerking komen, doch slechts een zoodanige, die de souvereiniteit in eigen kring handhaaft.

2<sup>o</sup> Uit onzen kosmologischen kijk op de werkelijkheid vloeit voort, dat de geestelijke verbanden der menschheid in hun tijdelijk-kosmisch karakter ieder een eigen functie in het rechtsleven vervullen, welke bepaald wordt door hun „leidende functie” welke men ook hun *bestemming* zou kunnen noemen.

Zulks brengt met zich de erkenning van de waarheid, dat ieder zelfstandig gequalificeerd verband zijn eigen *interne* rechtssfeer heeft, welke niet uit die van een ander verband kan worden afgeleid.

Het komt er op aan de principieele, in de kosmische orde gegronde *competentiegrenzen* van dezen internen rechtssfeer op te sporen.

Zoo wordt de *principieele* competentievraag, welke aan alle stellig-rechtelijke competentie-afbakening ten grondslag ligt, het *kardinale punt* onzer rechtsbronnentheorie.

3<sup>o</sup> Daar de wetten van iederen wetskring in de goddelijke souvereiniteit gegrond zijn, kan ook de rechtswet naar haar souvereinen zin niet op menschelijken willekeur berusten.

Het stellig recht valt in 't licht onzer wetsidee slechts te verstaan als menschelijke positivering van goddelijke *rechtsbeginselen*, die ons in hun tijdelijk-kosmische gelding slechts in het organisch levensverband der wetskringen gegeven zijn. Dit brengt met zich een onderzoek naar den aard dezer rechtsbeginselen en hun concrete verhouding tot den menschelijken positiveringsarbeid.

In dezen zin kunnen wij ten volle onderschrijven de uitspraak van ALF ROSS: „Das Problem der Quellen des positiven Rechts wird man nicht mit voller Klarheit stellen können, solange nicht das positive Recht selber Problem geworden ist.” 6)

4<sup>o</sup> Geen enkele rechtsbronnentheorie kan bevredigen, die niet het probleem stelt in zake de onderlinge verhouding der onderscheiden rechtsbronnen. Als *wetenschappelijke* theorie moet zij de systematische behandelingswijze kiezen.

In 't licht onzer wetsidee brengt dit met zich een onderzoek naar den externen samenhang en onderlinge verhouding van de rechtsbronnen der in hun *interne* rechtssfeer soevereine verbanden.

Wij ontveinzen ons niet, dat wij door het probleem aldus te stellen, een ontzaggelijk zware taak op ons nemen. Doch zij, die bij voorbaat zouden weigeren, ons verder op dezen weg te volgen, 't zij wegens 't verschil in uitgangspunt, 't zij omdat ze slechts een lichte spot voor zulk een „diepzinnige” behandelingswijze over hebben, hebben wij een ernstige vraag te stellen.

Aan de eerstbedoelde categorie zouden wij willen vragen, of, waar iedere bronnentheorie, die niet aan de oppervlakte der gemakzuchtigheid wil blijven staan, zich in een wetsidee moet instellen, en alle theorieën in de wetenschappelijke wereld recht van spreken hebben, men dit recht aan de onze zou willen betwisten?

Aan de tweede categorie kunnen wij slechts vragen, of minder „diepzinnige” behandelingswijzen tot bevredigende resultaten hebben gevoerd? Zoo niet, dan bedenke men, dat de wetenschappelijke waarheid een kostbare schat is, die de inspanning van al de krachten van ons denken ten volle waard is.

In 't licht van de boven geformuleerde richtsnoeren geven wij onze voorloopige definitie van het begrip rechtsbron, welks elementen we later uitvoerig moeten analyseeren: *Rechtsbron is iedere juridische*

*vorm, waarin door de tot rechtsvorming competente organen van een rechtsgemeenschap of een kring van den rechtsmaatschap materieele goddelijke rechtsbeginselen worden gepositieerd tot geldend recht in het gegeven levensverband.*

Deze definitie is nog slechts een *voorloopige*. Zij mist nog de richting op de systematiek der rechtsbronnen. Vóór we echter de systeem-gedachte kunnen doorvoeren, dienen wij eerst een inzicht te verkrijgen in het materiaal, dat systematisch gevat moet worden. Als richtsnoer bij onze onderzoekingsstocht naar dit materiaal is de voorloopig gegeven definitie voldoende. In deze definitie zijn echter zelve nog ongeveer alle punten problematisch.

In de eerste plaats moeten wij uiteenzetten, wat wij onder positief recht en gelding van het recht hebben te verstaan, van welken aard de rechtsbeginselen zijn en hoe ze zich tot de menselijke positivering verhouden. Eerst daarna komt aan de orde de kardinale competentievraag, welke wij in onze voorloopige definitie hebben vastgekoppeld aan de onderscheiding van rechtsverband en rechtsmaatschap. Ook den zin dezer onderscheiding, die we als fundamenteel voor de rechtsbronnenleer beschouwen, moeten wij in 't vervolg onzer uiteenzettingen uitvoerig opklaren. Zij brengt ons midden in de zoo netelige vragen in zake het verband tusschen rechtswetenschap en sociologie.

De zin des rechts en de zin van den socialen wetskring moeten in hun souvereiniteit in eigen kring en hun onderling organisch verband worden opgeklaard en ieder, die geen vreemdeling is in den chaos van de moderne sociologische wetenschap zal onmiddellijk begrijpen, voor welke enorme moeilijkheden reeds dit eene probleem ons stelt. De geheele vraagstelling voert ons in het hart der rechtsphilosophie.

Alvorens ons echter in een onderzoek van deze moeilijke problemen te begeven, willen wij in een historische uiteenzetting ons nader oriënteren in den modernen stand van de rechtsbronnenleer, ten einde meer concreet te kunnen aantonen, op welke punten de theorie is vastgeraakt en hoe zij de rechtspractijk een deugdelijk criterium moest onthouden.

### § 3. *De historisch ontwikkeling der theorieën in zake de bronnen van het recht en kritiek dezer theorieën.*

A. *De staatsabsolutische theorie in haar natuurrechtelijk karakter.*  
De meest onbevredigende leer in zake de rechtsbronnen, die noch-

tans nog vele aanhangers ook in onzen tijd vindt en die men wel de *populaire* mag noemen is de zgn. *twee bronnen theorie* in haar staats-absolutische gedaante.

Volgens deze leer bestaan er slechts twee bronnen, waaruit alle positief recht voortvloeit, t. w. *wet* en *gewoonte*, waarbij het „gewoonterecht” een ware vergaarbak is voor alle rechtsvorming van niet-statelijken oorsprong. De systematische verhouding tusschen deze beide bronnen wordt zoo gezien, dat de wet als wil van den staat de eenige *oorspronkelijke*, de gewoonte daarentegen *afgeleide* rechtsbron is, die hare gelding alleen aan de wet kan ontleenen.

Dit is die zoo *eenvoudig schijnende* theorie, die in onze beroemde Wet houdende Algemeene Bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk van 15 Mei 1829 (Stbl. no. 28) in verschillende artikelen is aanvaard en het meest onverhuld is belichaamd in de artikelen 3 en 5, die in het voorbeeld van de wet A. B., de titre préliminaire der Fransch code civil ontbraken: „Gewoonte geeft geen recht, dan alleen wanneer de wet hierop verwijst,” en „Eene wet kan alleen door eene latere wet, voor het geheel of gedeeltelijk, hare kracht verliezen”.

Een stuk wetgeverstheorie in den vorm van een wetsbepaling! Bezat zij positief recht? Hoogst bekwame Nederlandsche civilisten als LAND, DIEPHUIS, SUYLING en zelfs KOSTERS wagen het niet daaraan te twijfelen en dat terwijl zij beter dan wie ook wisten, dat in de rechtspractijk dit artikel met weinig reverentie is behandeld!

Bezien wij deze theorie nader.

Het moet onmiddellijk opvallen, dat zij uitgaat van het begrip rechtsbron in den zin van *formeele geldingsbron* en dat zij gedragen wordt door een beschouwing, die we *staatsabsolutistisch* kunnen noemen. De wil van den souverainen staat, belichaamd in de wet, bron van alle stellig recht.

Jawel, als het in de macht van den staat stond de onderlinge verhouding tusschen alle rechtsbronnen te bepalen, als het waar was, dat de staat het monopolie der rechtsvorming bezat, als het waar was, dat alles wat formeel in de wet staat als positief recht moet worden beschouwd, alleen omdat het in de wet staat.

Doen wij slechts enkele grepen uit de rechtspractijk om de spanning, waarin dit dogma met de rechtsbehoeften staat, aan te toonen.

Art. 746 B. W. bepaalt, dat de zgn. „onzichtbare” en de niet-voortdurende erfdiensbaarheden niet door verjaring kunnen worden

verkregen. De jurisprudentie heeft echter kans gezien dit uit het Romeinsche recht overgenomen artikel, dat nòch in het oud-vaderlandsch recht, nòch in de moderne rechtsbehoeften steun vond, ten aanzien van de erfdiensbaarheid van weg ter zij te stellen, door een „vrije interpretatie” van art. 719 B. W., dat in 't geheel niet over servituten, maar over buurwegen handelt!

Art. 1401 B. W. bedoelde vergoeding van schade door onrechtmatige daad veroorzaakt, alleen toe te kennen in geval van subjectieve schuld bij den dader in den zin der *lex Aquilia*.

De Hooge Raad heeft dit subjectief schuldvereischte, dat in de behoeften van het rechtsleven geen steun meer vond ter zij gezet, in zijn constante moderne jurisprudentie en het subjectief schuldvereischte feitelijk opgelost in het materiele onrechtmatigheidselement.

Onder vigeur van de oude artikelen 36 tot en met 56 van het Wetboek van Koophandel zijn in strijd met letter en geest van de wet naamlooze vennootschappen met burgerlijke doeleinden door de Kroon steeds gerekend, onder de bepaling van de genoemde artikelen te vallen en heeft ook de Nederlandsche jurisprudentie niet betwijfeld, dat zulks terecht geschiedde.

Onder vigeur van het oude art. 64 W. v. K. moest bij aanvaarding van de „theorie” van art. 3 der wet A. B. het juridisch bestaan van makelaars in onroerende goederen worden ontkend. Immers de wet sprak uitdrukkelijk slechts van makelaars in roerende goederen. Toch werden in de groote stelen, waar de rechtsbehoefte met dit wettelijk exclusivisme in strijd was, rustig makelaars in onroerende goederen aangesteld, die sinds 1863 om het stuitende van een openlijk handelen „in strijd met de wet” weg te nemen „makelaars in roerende goederen” werden genoemd.

Voor de wijziging van 1875 bepaalde art. 302 van het W. v. K., dat een levensverzekering alleen mocht worden gesloten, wanneer de sterfttekans was gebonden aan een „op straffe van nietigheid te bepalen” tijd. Deze wettelijke eigenwijsheid vond geen steun in de rechtsbehoeften en er werden rustig verzekeringen gesloten, die zich niet aan dit wettelijk voorschrift hielden. Bij de wetswijziging van 1875 werd deze tegen-wettelijke practijk door den wetgever met terugwerkende kracht gesanctioneerd! 7)

Terecht wijst Prof. KOSTERS <sup>8)</sup> erop, hoe in al zulke gevallen, waarin zich inderdaad positief recht tegen de wet in heeft ontwikkeld,

een ware ontreddeering zou ontstaan, wanneer met de formeele wets-theorie ernst werd gemaakt!

Hoe denkt men voorts met de artikelen 3 en 5 der wet A. B. te rijmen de het zgn. gewoonterecht volgende wetsinterpretatie door de jurisprudentie van administratie en rechter?

Prof. KOSTERS schrijft te dezen aanzien: „De gulden spreuk van Paulus: „optima enim est legum interpres consuetudo” mag ten gevolge van de uitsluiting der gewoonte ten opzichte der rechtsvorming, voor den Nederlandschen rechter strikt genomen, naar de letter, en gelet op den geest des tijds, toen de codificatie tot stand kwam, eigenlijk slechts als innerlijke overweging gelden en officieel in zijn uitspraken niet toegepast worden”.

Inderdaad, naar letter en geest is zulk een interpretatie in strijd met de geïncrimineerde wetsartikelen.

Maar waar is de almachtige wet, die den rechter zulk een interpretatie zou beletten, of liever waar 't hier een *geldingsvraag* betreft, de rechtskracht van een in hoogste instantie gewezen vonnis, dat op zulk een interpretatie berust, zou kunnen te niet doen?

En doet het er iets toe, of de rechter en de administratie uitdrukkelijk, dan wel stilzwijgend de bedoelde wetsartikelen in hun rechtsvorming ter zij stellen?

Berust de rechtsvorming der jurisprudentie in zake het zgn. „abus de droit” naar haar gelding op de wet?

Is de moderne constante jurisprudentie van den H. R. inzake art. 1401 B. W., waarin dit college vooruitgreep op het in 1913 bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal ingediend, maar nimmer tot wet verheven wetsontwerp, te rijmen met de positivistische tweebronnentheorie?

Men kan op goede gronden betwisten, dat de wet A. B. ook op het publiek recht van toepassing is.

Toch zou, gelijk wij nog later zullen zien, de positivistische staats-absolutistische rechtsbronnentheorie uiteraard haar beste kansen juist op dit gebied maken.

En toch, een simpele blik op de practijk van gemeenterecht, staatsrecht en administratief recht volstaat, om haar praktische onhoudbaarheid ook hier te toonen.

THORBECKE'S eerwaardige Gemeentewet is, gelijk algemeen en ook door de Regeering erkend wordt, op essentieele punten hopeloos verouderd.



Het rechtsleven helpt zich hier zoo goed en zoo kwaad het gaat, langs buitenwettelijke, ten deele tegenwettelijke wegen en geen verstandig mensch denkt eraan, die practijk af te keuren op den enkelen grond, dat hare rechtsvorming niet op de wet steunt.

De artt. 121 en 122 der Gemeentewet zijn door hare hopelooze omslachtigheid en stroefheid als wettelijken vorm, waarlangs de gemeenten tot gemeenschappelijke behartiging van haar belangen kunnen komen, een doode letter gebleven. De nieuwe rechtsbehoeften welke op 't gebied van intercommunale gas-, electriciteits-, drinkwatervoorziening e. d. ontstonden, vinden hoe langer hoe meer voorziening in den privaatrechtelijken vorm der naamlooze vennootschap, 't geen althans naar de tegenwoordige practijk met den geest der Gemeentewet moeilijk in overeenstemming is te brengen. De rechtspositie van de directeuren der gemeentebedrijven berust op geen enkele wetsbepaling, de essentieele taakverdeeling der organen van het gemeentebestuur, heeft zich in aanpassing aan de moderne behoeften radicaal buiten de wet om gewijzigd.

De artikelen 128—133 der Gemeentewet voorzien slechts de vereeniging en splitsing der gemeenten. De rechtspractijk heeft haar echter in overeenstemming met de moderne behoeften, toegepast op vrijwel elke grenswijziging.

En wat schreef Minister KAN in de toelichting bij het K. B. van 21 Nov. 1928 bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal ingediend gewijzigd ontwerp tot herziening der Gemeentewet? <sup>9)</sup> „Het moge twijfelachtig zijn, of deze practijk met de bepalingen der wet in overeenstemming is, zeker was zij *aanbevelenswaardig* (ik cursiveer), want de toepassing der bepalingen was ongetwijfeld wenschelijk, vooral als een grenswijziging, dikwijls nog sterker dan een vereeniging van gemeenten zou kunnen doen, in het leven en de belangen der gemeentenaren ingreep. Het verdient aanbeveling, elken twijfel hieromtrent weg te nemen en de wet bij de bestaande practijk aan te passen.”

Art. 54 der Gemeentewet kent slechts commissies van bestand, uit raadsleden samengesteld.

De practijk kent echter andere commissies, waarin naast raadsleden ook gewone ingezetenen zitting hebben enz. enz.

In den jongsten tijd heeft de Regeering zelfs openlijk erkend, dat art. 54 der Gemeentewet in zijn rigoristische strekking niet meer als

stellig recht kan worden beschouwd. Het bedoelde artikel erkent slechts een *adviseerende* bevoegdheid van de commissies van bijstand. Nu had de gemeenteraad van Tiel op 9 December 1927 een nieuwe verordening op het beheer der gemeentelijke lichtbedrijven vastgesteld, waarin aan de desbetreffende commissie van bijstand voor bepaalde zaken een *beslissende*, instee van adviseerende bevoegdheid werd toegekend. Gedeputeerde Staten van Gelderland droegen de met de wet strijdende bepalingen dezer verordening aan de Kroon ter vernietiging voor.

In een merkwaardige missive verklaarde Minister KAN tot de gevraagde vernietiging *niet* te zullen medewerken.

„Inderdaad”, zoo schreef de Minister, „kan volgens art. 54, tweede lid der Gemeentewet aan de commissies van bijstand geen zelfstandige bevoegdheid worden toegekend . . . Echter is in den loop van latere jaren gebleken, dat het vooral in groote gemeenten moeilijk is het karakter van bloot adviseerend college, hetwelk de commissie van bijstand eigenlijk volgens de letter der wet is, te handhaven. Meer en meer is de behoefte gevoeld en ook in practijk gebracht om op enkele punten van het beheer van bepaalde takken van huishouding zelfstandige bevoegdheden aan de commissies van bijstand toe te kennen.

Ik meen dan ook, dat de evolutie, welke zich met betrekking tot de bevoegdheid van de commissiën van bijstand langzamerhand heeft voltrokken, niet mag worden voorbijgezien . . . De vraag is slechts, in welke mate de zelfstandigheid kan worden toegelaten. De bevoegdheid, neergelegd in de artt. 7 en 14, lid 18 van de onderwerpelijke Tielsche verordening, acht ik in verband met de bovenbedoelde evolutie niet de aan te leggen grenzen te overschrijden.”

In het zittingsjaar 1929/30 kwam deze kwestie in de Tweede Kamer der Staten-Generaal ter sprake en verklaarde Minister RUYSS DE BEERENBROUCK zich met het standpunt van zijn ambtsvoorganger geheel te kunnen vereenigen (Handd. 2e Kamer St. Gen. 1929/30 blz. 629—631 en 639—640; zie ook het K.B. van 24 April 1928).

Wij vermelden deze geruchtmakende kwestie hier voorloopig zonder commentaar, doch vestigen er alleen de aandacht op, hoe hier van de regeeringstafel zelve de formalistische rechtsbronnentheorie implicite werd verloochend!

Wat onze Grondwet betreft, weet ieder, dat de grondslag van heel

onze moderne staatsinrichting, het parlementaire stelsel, geheel buiten de Grondwet om, zich in ons staatsbestuur heeft ingeburgerd.

Hoe tenslotte over een theorie te oordeelen, die tot de consequentie zou dwingen, dat het interne kerkrecht slechts een van den statelijken wetgever „afgeleide” gelding kan bezitten en die in 't algemeen voor de interne rechtsorde van *alle* niet statelijke rechtsverbanden en rechtsmaatschapskringen de wet als eenige oorspronkelijke geldingsbron aanwijst?

Hoe moet de theorie zich redden tegenover een rechtsorde, als de middeleeuwsche, waarin de wetgeving zelfs gedurende twee eeuwen geheel gerust heeft? Hoe tegenover moderne rechtsorden als de *Britsche* en de *Scandinavische*, die in 't geheel niet tot een wettelijke codificatie gekomen zijn? Hoe tegenover revolutionair gevormd recht enz. enz.

Doch een principieele bestrijding dezer tweebronnentheorie kunnen wij eerst later geven. Hier interesseert ons nog alleen haar historische oorsprong.

Onder invloed van de absolutistische-humanistische natuurrechtsleer was men eraan gewoon geraakt rechtsgemeenschap en staat te vereenzelvigen en alle stellig recht tot den wil van den soeverein te herleiden, die zich primair in de wetgeving openbaart.

In de staatsleer van JEAN BODIN, zooals we die ontwikkeld vinden in zijn beroemd, in 't jaar 1577 verschenen, werk *Les six livres de la République* (door hem zelf niet zonder afwijking van de Fransche tekst in het latijn vertaald) wordt voor 't eerst *methodisch-systeematisch*<sup>10)</sup> de stelling ontwikkeld, dat de soevereiniteit van het staatshoofd hare volledige uitdrukking vindt in het recht van wetgeving en dat naast dezen soevereinen rechtsvormer-wetgever geen andere zelfstandige rechtsvormer kan bestaan.

Daarmede werd de rechtsvorming in het zgn. „gewoonterecht” volledig aan de wet als wil van den soeverein onderworpen.

„Om kort te gaan”, aldus BODIN, „de gewoonte heeft geen rechtskracht dan bij toelating en de gratie van den soeverein, die haar bij de wet kan bekrachtigen. En aldus hangt geheel de kracht van de burgerlijke wetten en costumen af van de macht van den soeverein”.<sup>11)</sup>

Deze gedachte was op zich zelve allerminst nieuw. Historisch gaat ze terug op een absolutistische misduiding van de *consensusleer* der Romeinsche juristen.

Wat leerde deze theorie over de verhouding van wet en gewoonterecht en bovenal wat verstonden de Romeinsche juristen onder gewoonterecht?

Het gewoonterecht heeft naar Romeinsche opvatting twee wezenlijke voorwaarden: *consuetudo* en *consensus*.

De *consuetudo* is een gedurende langeren tijd <sup>12)</sup> bestaande praktische toepassing van een rechtsnorm, blijkende uit een doorlopende gelijkmatigheid in de „rechtsvormende” <sup>13)</sup> gedragingen.

Talrijke plaatsen uit de Justiniaansche codificatie bevestigen de opvatting, dat de *consuetudo* door de Romeinsche juristen maar niet als een bloote *kengrond* voor de aanwezigheid van gewoonterecht werd beschouwd, maar veeleer als een wezenlijke *ontstaansfactor*.

Intusschen werd de *geldingsgrond* van het gewoonterecht niet in deze *consuetudo*, maar in de *consensus*, de *wilsovereenstemming* gezocht.

Wij laten hier rusten de vraag, of de Romeinsche juristen, gelijk VON SAVIGNY <sup>14)</sup> en PUCHTA meenen, in deze *consensus* reeds het element der innerlijke rechtsovertuiging (*opinio necessitatis*) hebben gelegd, een opvatting, die o. i. in de bronnen weinig steun vindt, <sup>15)</sup> doch vragen ons liever af, op de *wilsovereenstemming* van *wie* de Romeinsche juristen de gelding van het gewoonterecht terugvoerden.

Wanneer wij op deze vraag een antwoord in de bronnen zoeken, treft ons een merkwaardig gebrek aan juridische scherpte. Nu eens wordt de overeenstemmende wil van alle individuen als vormer van het gewoonterecht genoemd, dan weder wordt de indruk gevestigd, alsof het op een *verbandswil* teruggaat.

Zoo grondt de bekende jurist SALVIUS JULIANUS, tijdgenoot van keizer HADRIANUS, de verbindbaarheid van het gewoonterecht eerst op de overweging, dat het geen onderscheid kan maken, of het volk zijn wil uitdrukkelijk door stemming in de *comitia*, dan wel zijdelings door zijn praktische gedragingen verklaart, doch hij trekt daaruit de conclusie, dat de wetten niet slechts door de uitdrukkelijke wilsverklaring van den wetgever, doch ook door stilzwijgende wils-overeenstemming van *allen* door *desuetudo* (d.w.z. het practisch in onbruik geraken) hun gelding kunnen verliezen <sup>16)</sup>.

Hier vinden wij m. a. w. naast elkander het verbandsbegrip „*populus*” en de opvatting als zou het gewoonterecht op een stilzwijgend verdrag van alle individuen onderling berusten.

BRIE geeft in zijn bekend historisch werk over het gewoonterecht voor deze onhelderheid deze verklaring, dat de romeinsche juristen in 't algemeen in de theorie der rechtspersoonlijkheid niet tot een principieele scheiding tusschen eenheid en veelheid gekomen zijn en dientengevolge de uiting van een verbandswil in de wetgeving verwarden met de contractueele vereeniging van meerdere individueele willen <sup>17)</sup>.

Doch een dergelijke verklaring raakt de „cardo quaestionis” eenvoudig niet. Immers het gaat hier *niet* om de vraag of de Romeinsche juristen zich een heldere voorstelling van het begrip rechtspersoonlijkheid hebben gevormd, doch veeleer *hierom*, of zij inderdaad den *populus* als wetgever en den *populus* als gewoonterecht-vormer vereenzelvigden.

Deze laatste vraag kan na EHRlich's <sup>18)</sup> sterk gedocumenteerde onderzoekingen in zake de Romeinsche rechtsbronnen, niet anders dan in *ontkennenden zin* worden beantwoord.

De „*populus*”, die bij stemming in de *comitia* zijn wil in de wetgeving verklaart, is *staatsorgaan*; de „*populus*” echter, die door de Romeinsche juristen *overwegend* als vormer van het gewoonterecht wordt aangeduid, is niet *staatsorgaan*.

Het gewoonterecht heeft toch in de bronnen van den klassieken tijd overwegend betrekking op het *ius civile* <sup>19)</sup>, als kern van het privaatrecht <sup>20)</sup> en dit *ius civile* is als juristenrecht, althans vóór Augustus zeker niet als van statelijken oorsprong en gelding beschouwd <sup>21)</sup>. M.a.w., wanneer de Romeinsche juristen de gelding van het gewoonterecht op een „*consensus populi*” terugvoeren, dan openbaart zich daarin de *verlegenheid hunner gewoonterechtstheorie*, voorzoover men van zulk een „theorie” bij hen mag spreken <sup>22)</sup>. Er werden geen consequenties uit getrokken. Want inderdaad, naast de „*consensus populi*” vindt men in de bronnen <sup>23)</sup> als gelijkwaardigen geldingsgrond van het gewoonterecht de „*consensus utentium*”, d.w.z. de stilzwijgende wilsovereenstemming van de niet nader aangeduide practische rechtsvormers vermeld.

Het is het *competente rechtsvormingsorgaan*, dat in de consensus-leer der Romeinsche juristen alle preciseering mist en wij zullen later zien, hoe ook de moderne theorieën, welke het gewoonterecht als rechtsbron naast andere vermelden, er niet in geslaagd zijn deze leemte in de Romeinschrechtelijke opvatting op bevredigende wijze aan te

Wat leerde deze theorie over de verhouding van wet en gewoonterecht en bovenal wat verstonden de Romeinsche juristen onder gewoonterecht?

Het gewoonterecht heeft naar Romeinsche opvatting twee wezenlijke voorwaarden: *consuetudo* en *consensus*.

De *consuetudo* is een gedurende langeren tijd<sup>12)</sup> bestaande praktische toepassing van een rechtsnorm, blijkende uit een doorlopende gelijkmatigheid in de „rechtsvormende”<sup>13)</sup> gedragingen.

Talrijke plaatsen uit de Justiniaansche codificatie bevestigen de opvatting, dat de *consuetudo* door de Romeinsche juristen maar niet als een bloote *kengrond* voor de aanwezigheid van gewoonterecht werd beschouwd, maar veeleer als een wezenlijke *ontstaansfactor*.

Intusschen werd de *geldingsgrond* van het gewoonterecht niet in deze *consuetudo*, maar in de *consensus*, de *wilsovereenstemming* gezocht.

Wij laten hier rusten de vraag, of de Romeinsche juristen, gelijk VON SAVIGNY<sup>14)</sup> en PUCHTA meenen, in deze *consensus* reeds het element der innerlijke rechtsovertuiging (*opinio necessitatis*) hebben gelegd, een opvatting, die o. i. in de bronnen weinig steun vindt,<sup>15)</sup> doch vragen ons liever af, op de *wilsovereenstemming* van wie de Romeinsche juristen de gelding van het gewoonterecht terugvoerden.

Wanneer wij op deze vraag een antwoord in de bronnen zoeken, treft ons een merkwaardig gebrek aan juridische scherpte. Nu eens wordt de overeenstemmende wil van alle individuen als vormer van het gewoonterecht genoemd, dan weder wordt de indruk gevestigd, alsof het op een *verbandswil* teruggaat.

Zoo grondt de bekende jurist SALVIUS JULIANUS, tijdgenoot van keizer HADRIANUS, de verbindbaarheid van het gewoonterecht eerst op de overweging, dat het geen onderscheid kan maken, of het volk zijn wil uitdrukkelijk door stemming in de *comitia*, dan wel zijdelings door zijn practische gedragingen verklaart, doch hij trekt daaruit de conclusie, dat de wetten niet slechts door de uitdrukkelijke wilsverklaring van den wetgever, doch ook door stilzwijgende wils-overeenstemming van *allen* door *desuetudo* (d.w.z. het practisch in onbruik geraken) hun gelding kunnen verliezen<sup>16)</sup>.

Hier vinden wij m. a. w. naast elkander het verbandsbegrip „*populus*” en de opvatting als zou het gewoonterecht op een stilzwijgend verdrag van alle individuen onderling berusten.

BRIE geeft in zijn bekend historisch werk over het gewoonterecht voor deze onhelderheid deze verklaring, dat de romeinsche juristen in 't algemeen in de theorie der rechtspersoonlijkheid niet tot een principieele scheiding tusschen eenheid en veelheid gekomen zijn en diengevolge de uiting van een verbandswil in de wetgeving verwarden met de contractueele vereeniging van meerdere individueele willen <sup>17</sup>).

Doch een dergelijke verklaring raakt de „cardo quaestionis” eenvoudig niet. Immers het gaat hier *niet* om de vraag of de Romeinsche juristen zich een heldere voorstelling van het begrip rechtspersoonlijkheid hebben gevormd, doch veeleer *hierom*, of zij inderdaad den populus als wetgever en den populus als gewoonterecht-vormer vereenzelvigden.

Deze laatste vraag kan na EHRlich's <sup>18</sup>) sterk gedocumenteerde onderzoekingen in zake de Romeinsche rechtsbronnen, niet anders dan in *ontkennenden zin* worden beantwoord.

De „populus”, die bij stemming in de comitia zijn wil in de wetgeving verklaart, is *staatsorgaan*; de „populus” echter, die door de Romeinsche juristen *overwegend* als vormer van het gewoonterecht wordt aangeduid, is niet staatsorgaan.

Het gewoonterecht heeft toch in de bronnen van den klassieken tijd overwegend betrekking op het *ius civile* <sup>19</sup>), als kern van het privaatrecht <sup>20</sup>) en dit *ius civile* is als juristenrecht, althans vóór Augustus zeker niet als van statelijken oorsprong en gelding beschouwd <sup>21</sup>). M.a.w., wanneer de Romeinsche juristen de gelding van het gewoonterecht op een „consensus populi” terugvoeren, dan openbaart zich daarin de *verlegenheid hunner gewoonterechtstheorie*, voorzoover men van zulk een „theorie” bij hen mag spreken <sup>22</sup>). Er werden geen consequenties uit getrokken. Want inderdaad, naast de „consensus populi” vindt men in de bronnen <sup>23</sup>) als gelijkwaardigen geldingsgrond van het gewoonterecht de „consensus utentium”, d.w.z. de stilzwijgende wilsovereenstemming van de niet nader aangeduide praktische rechtsvormers vermeld.

Het is het *competente rechtsvormingsorgaan*, dat in de consensus-leer der Romeinsche juristen alle preciseering mist en wij zullen later zien, hoe ook de moderne theorieën, welke het gewoonterecht als rechtsbron naast andere vermelden, er niet in geslaagd zijn deze leemte in de Romeinschrechtelijke opvatting op bevredigende wijze aan te

vullen, waardoor het *gewoonterecht* in de rechtsbronnentheorie een waar *asylum ignorantiae* is gebleven.

Weliswaar wordt het gewoonterecht in de Romeinsche rechtsbronnen herhaaldelijk als gewoonte van *civitas*, *provincia*, somtijds ook van de stad (*urbs*) en een bepaalde streek (*locus*, *regio*) aangeduid, doch men vindt geen spoor van een onderzoek naar het karakter der niet-statelijke rechtsverbanden en maatschapskringen, als vormers van gewoonterecht. De patricische *gentes* waren ongetwijfeld de vormers van het oudste, nog sterk sacraal getint gewoonterecht. Men kan daarover het belangwekkend boek van FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique*, raadplegen. <sup>24)</sup> Het *kunstmatig* verbandsleven, waarover later, nam ongetwijfeld in den klassieken Romeinschen tijd op verre na niet die fundamenteele plaats in als in de middeleeuwsche Germaansche rechtswereld, doch het natuurlijk verbandswezen speelde wel een hoogst belangrijke rol. Voor dit interne verbandsrecht konden echter de Romeinsche juristen, voor wie het niet statelijk recht culmineerde in de actie, de rechtsvordering, als zoodanig geen belangstelling koesteren.

In elk geval waren de Romeinsche juristen er verre vandaan, de gelding van het vage gewoonterecht in juridischen zin <sup>25)</sup> op de wet terug te voeren.

Immers in zake de verhouding van wettenrecht en gewoonterecht golden vaste regelen, waaruit de gelijkwaardigheid van beide als rechtsbronnen, die ook overigens in ondubbelzinnigen vorm is erkend, zonneklaar blijkt.

Deze regelen zijn de volgende:

1. Wanneer de wet zweeg, gold hetgeen de gewoonte voorschreef.
2. Een wet verkreeg door de gewoonte een bindende uitlegging.
3. Het gewoonterecht kon een wet afschaffen.

Deze laatste regel wordt in hare gelding eerst in den absolutistischen keizertijd ontkend, waartoe behoort de bekende *l 2 C quae si longa consuetudo*, welke van keizer Constantinus stamt.

Glossatoren en post-glossatoren, die zich voor de taak gesteld zagen, de afwijkende gewoonterechten der Italiaansche steden tegenover de bepalingen van het algemeen geldend geacht *corpus juris* te verdedigen <sup>26)</sup>, namen de klassieke Romeinsche theorie over de verhouding van wettenrecht en gewoonterecht ten aanzien van de *consuetudines secundum et paeter legem* over. Terwijl bij de vroegere



glossatoren in verband met de tegenstrijdigheid tusschen 1 32 § 1 Dig. de legib. en 1 2 C h. t. in het Corpus Juris verdeeldheid heerschte over de gelding van consuetudines „contra legem”, hebben de latere glossatoren aan CONSTANTIJN'S uitspraak een dermate beperkte uitlegging gegeven, dat zij practisch veel van haar beteekenis verloor. Het kanoniek recht erkende, behoudens de afwijkende leer van het Decretum Gratianum, de slechts aan eenige voorwaarden gebonden afschaffende kracht van het gewoonterecht tegenover de wet en ook de latere Romeinschrechtelijke wetenschap heeft niet gearzeld de „gewoonte” (inbegrepen de constante jurisprudentie) als zelfstandige rechtsbron naast de wet te erkennen, evenzeer als de vervormende en afschaffende kracht der gewoonte tegenover de wet.

Intusschen bleef ontbreken een behoorlijke wetenschappelijke ontleding van de „rechtsgewoonte” als rechtsbron, niettegenstaande de vaak zeer subtiële beschouwingen die men aan de bestaansvoorwaarden van het gewoonterecht en zijn verhouding tot de wet ging wijden.

Wel valt bij de post-glossatoren, die het eerst een eigenlijke *theorie* in zake het gewoonterecht hebben opgesteld, een veel scherper juridische kijk op het rechtsleven van hun tijd te bespeuren dan bij hun voorgangers, de glossatoren. Hun positie als overwegend *practische* juristen, die zich ten doel stelden, het Romeinsche recht aan de nieuwe rechtsbehoeften aan te passen, dwong hen reeds bijzondere aandacht te schenken aan de talrijke specifieke gewoonterechten, die in hun tijd naast het corpus iuris in de steden en landschappen van Italië en Frankrijk golden. Doch ook begonnen zij reeds rekening te houden met de gewoonterechten van niet-statelijke verbanden, die in de Middeleeuwsch-Germaansche rechtswereld, gelijk wij weten een zeer belangrijke plaats innamen. Zoo valt het op, dat, terwijl de glossatoren, evenals de Romeinsche rechtsbronnen, naast de algemeene rechtsgewoonten slechts van speciale gewoonterechten van stammen en territoriale publiekrechtelijke rechtsverbanden (populos, terras, civitates, municipia, oppida, loca etc.) weten te verhalen, de groote jurist BARTOLUS<sup>27)</sup> ook reeds aandacht schenkt aan de gewoonterechten der domkapittels, terwijl BALDUS<sup>28)</sup> zelfs gelding toekent aan de gewoonterechten der afzonderlijke koopmans- en handwerkersgilden binnen een stad!

Doch de *theorie* der post-glossatoren sluit zich aan bij de Romeinsche consensusleer, en de juridische verscherping, die zij aan het

begrip „consensus populi” gaven, bestond juist hierin, dat zij dit begrip in *staatsrechtelijken* zin gingen vatten. Dientengevolge erkende men zelfs het *meerderheidsbeginsel* bij de vorming van het gewoonterecht, leerde men, dat het niet aankwam op de toestemming van die leden van het volksverband, welke ook van de deelneming aan de wetgeving waren uitgesloten, ja begon zich reeds de meening baan te breken, dat de toestemming van het volk kon worden vervangen door die van de raden en de magistraten van het staatsverband. BARTOLUS merkt in een zijner glossen zelfs op, dat onder „populus” moeten worden verstaan „decuriones et alii, qui regunt civitatem”. 29)

Merkwaardig is, dat dezelfde BARTOLUS bij het vermelden van de gewoonterechten der domkapittels en dergelijke niet-statelijke verbanden erkende, dat deze niet op een „consensus populi” konden worden teruggevoerd, en niet aarzelde, zijn doctrinaire definitie van het gewoonterecht, waarin de „volkstoestemming” een wezenlijke rol speelde, in verband hiermede weer prijs te geven!

Reeds schijnt de glossator IRNERIUS, uitgaande van de theorie, dat het volk zijn wetgevende macht op den keizer van het Heilige Roomsche Rijk had overgedragen, de stelling verdedigd te hebben, dat de autoriteit van het gewoonterecht op een stilzwijgende toestemming van den keizer berust 30).

Onder de post-glossatoren hebben PETRUS DE BELLAPERTICA en ALBERICUS DE ROSATE ongetwijfeld deze theorie gehuldigd 31).

Een parallele wending van de consensusleer ontmoeten wij bij de kanonisten, waar zij voor de gelding van een aan het geschreven recht derogerend gewoonterecht de stilzwijgende of uitdrukkelijke toestemming van den paus gaan eischen.

Doch dan moet tevens worden erkend, dat de kanonieke theorie, niet in 't minst op 't voetspoor van THOMAS VAN AQUINO'S 32) wijsgeerige theorie in zake de ratio van het recht, veel heeft gedaan om het van het statelijk recht fundamenteel verschillend interne verbandrecht der kerk in 't licht te stellen, waar zij voor dit onderscheid zich op de *bestemming der verbanden* beroept.

Zoo zoeken ANTONIUS A BUTRIO, en PANORMITANUS het doel van het wereldlijk recht in het algemeen welzijn (bonum publicum), daarentegen dat van het goddelijk en kanoniek recht in het zieleheil (felicitas animae) en willen daarna de *rationaliteit* (haar niet strijden met ius naturale, ius divinum (ratio iuris) en het welzijn der zielen

of der kerk (*ratio utilitatis*)) der *consuetudines* als wezenlijke factor beoordeelen.

Op dit bijzonder karakter van het canoniek recht voerden de kano-nisten ook het in afwijking van het Romeinsche recht vereischte eener *legitima praescriptio* (een tijdsverloop van 40 jaren) voor het deroga-toir gewoonterecht terug.

Zoo schrijft PANORMITANUS, (Nicolas de Tedeschis), een beroemd canonist uit de XV<sup>e</sup> eeuw, dat in het wereldlijk recht de leeken van den keizer de bevoegdheid hebben gekregen om zelfs tegen de wet van den souverain recht te vormen (l. 9 omnes populi Dig. de justitia et jure l, 1). Doch in het kanoniek recht is het aan de geestelijken niet geoorloofd rechtsregelingen te maken in strijd met de canons. Daarom is hier voor derogatoir gewoonterecht een *praescriptio* vereischt, die eigenlijk niet op de rechtsgewoonte, maar op de *pauselijke wet* betrekking heeft. De *wet* moet verjaard zijn, zal zich een tegenstrijdige gewoonte rechtsgeldig kunnen vormen <sup>33</sup>).

De staatsabsolutistische omwending in de Romeinsche consensusleer werd uiteraard sterk bevorderd door het opkomen van de absolute monarchie in den beginnenden modernen tijd, een proces, dat wel het eerst in Frankrijk tot afsluiting is gekomen. De honderdjarige oorlog had hier krachtig bijgedragen tot de verwezenlijking van Frankrijk's staatkundige en nationale eenheid. Zonder strijd hadden de vorsten reeds tijdens den oorlog de standen (*états généraux*) teruggedrongen en in den strijd om terugwinning der door het leenstelsel verbrokkelde soevereiniteitsrechten, bleven zij niet slechts overwinnaar, maar wisten zij zelfs, sinds de pragmatieke sanctie van 1438 de Fransche kerken aan hun macht te onderwerpen <sup>34</sup>).

Zij braken de macht van het Parijzer Parlement, het trotsche centrale gerechtshof van de „noblesse de robe”, dat zich de bevoegdheid had toegekend de koninklijke ordonnantiën op hare rechtsgeldigheid te toetsen, en zoo scheen alle rechtsvorming van hun souverainen wil afhankelijk terwijl anderzijds Ulpianus' bekende spreuk „*Princeps legibus solutus est*”, de vorstelijke wetgever is zelf niet aan de wet onderworpen, hier hare volmaakte verwezenlijking scheen te vinden <sup>35</sup>). Zoo werd reeds in 1492 van officieel ambtelijke zijde verkondigd, dat de vorstelijke soevereiniteit zich ook over de gewoonterechten uitstrekt: „*Consuetudines populorum non possunt astringere principem*”. <sup>36</sup>)

Daarbij kwam van de zijde der *humanistische natuurrechtsleer* een krachtigen steun voor de gedachte, dat alle rechtsvorming hare gelding van het soevereine staatshoofd-wetgever moet afleiden.

Gemeenzaam nam deze abstracte, naar mathematische methode te werk gaande natuurrechtsleer, haar uitgangspunt in een geconstrueerden natuurstaat, waarin de individuen zonder eenig rechtsverband naast elkander staan. Door middel van de bekende verdragsconstructie, liet men dan die individuen alzijdig in het *staatsverband* opgaan, en alle positief recht uit den wil van het soevereine staatshoofd ontspringen, zonder anderen natuurrechtelijken grondslag, dan het afgetrokken, formeele beginsel: *pacta sunt servanda*: het verdrag, waarbij de individuen al hun recht op het soevereine staatshoofd hebben overgedragen, moet tot elken prijs gehouden worden.

Wij hebben in dit tijdschrift bij de analyse van HOBBS' natuurrechtsleer in 't licht der wetsidee gezien, hoe dit staatsabsolutistisch natuurrecht regelrecht in een *positivisme* uitmondde, dat zelfs den meest vergaanden willekeur van den soverein legitimeerde. Daar in den wil van den soverein-wetgever alle bijzondere willen vereenigd zijn, kan de soverein geen *onrecht* doen. Immers: *Volenti non fit iniura*: Niemand kan *met* zijn wil onrecht geschieden!

Voeg bij dit alles den enormen invloed van de *idee der staatsraison* sedert de Renaissance, met haar herleving van de antiek-heidensche staatsgedachte, welke alle levenssferen in de staatsgemeenschap laat opgaan, en den staat vergoddelijkt<sup>37)</sup>, en ge kunt u een denkbeeld vormen van de kracht, waarmede de staats-absolutische rechtsbronnen-theorie zich kon geldend maken.

Het was in wezen de humanistische natuurrechtsleer, die de dwaalleer in zake de statelijkheid van alle positieve recht en de opvatting van de wet als geldingsbron van alle stellig recht tot *gemeengoed* gemaakt heeft.

Reeds HUGO DE GROOT maakt alle „gewoonterecht” afhankelijk van den wil van den soverein<sup>38)</sup>, gelijk hij de gelding van alle positief recht natuurrechtelijk terugvoert op het oorspronkelijk verdrag, waarbij de burgers zich tot een staatsgemeenschap vereenigden en zich aan een soverein bij verdrag ingesteld gezag onderwierpen.

THOMAS HOBBS noemt de wet de eenige stellige regel van recht en onrecht. Wat niet tegen een wetsbepaling strijdt, kan niet voor onrecht worden gehouden. En niemand heeft het recht wetten te stellen

dan de staat, wijl wij alleen aan den staat gehoorzaamheid verschuldigd zijn.

In den scherpsten vorm spreekt hij het in zijn *Leviathan* uit, dat de „costumen” geheel haar rechtsgeldigheid aan den wil van den soevereinen wetgever ontleenen.

Hij wijst er op, dat vele rechtsgewoonten in strijd zijn met de rede. De rechtsgeleerden van zijn tijd lieten slechts „rechte” in de rede gegronde gewoonten gelden. Welnu: het oordeel over de redelijkheid der costumen, komt alleen toe aan den wetgever, als soverein hoofd der staatsgemeenschap. <sup>39)</sup>

PUFENDORFF, in menig opzicht meer van Hobbes, dan Grotius afhankelijk, laat het geheele burgerlijk recht opgaan in het complex van wetten, die hij naar hun gezag omschrijft als regelen voor de statelijke rechtspraak <sup>40)</sup>. Geheel in overeenstemming met zijn Britschen leermeester loochent hij zelfs 't bestaan van een stellig volkenrecht, wijl het niet in den wil van een soverein is gegrond. Een staat, die een in natuurrechtelijk opzicht rechtvaardigen oorlog voert, mag alle zgn. volkenrechtelijk gewoonterecht met voeten treden. Het kan hem juridisch nimmer binden. <sup>41)</sup>

Reeds in de 17e eeuw eischen sommige natuurrechtsleeraars de codificatie van alle positief recht door den statelijken wetgever. HOBBS met name voert er het pleit voor. De *wet* is de eenige vorm, welke de soevereine *rede* kan erkennen, voor het vormen van positief recht. Want er is geen stellig recht buiten den staat en de wetgever als soverein is het ware orgaan der *rede*, waardoor de natuurrechtelijke constructies in positief recht kunnen worden omgezet! Reeds CONRING, LEIBNIZ en THOMASIVS stellen voor Duitschland den natuurrechtelijken eisch van codificatie van het burgerlijk recht <sup>42)</sup>. In den tijd der *verlichting* wordt de roep om codificatie algemeen.

Het was de codificatie-gedachte in haar typisch humanistisch-rationalistischen vorm, gedragen door de naieve beschouwing van de mogelijkheid eener volmaakte wetgeving, die alle andere rechtsvorming overbodig maakt.

De codificatie-gedachte in den zin, waarin ze door JEREMIAS BENTHAM <sup>43)</sup> werd verdedigd, waarbij eenvoudig met het buitenwettelijk recht „*tabula rasa*” zou worden gemaakt!

Hier staan we voor een beschouwing van de rechtsbronnen, die het „gewoonterecht” zelfs niet meer als afgeleide rechtsbron wil doen

gelden, een beschouwing, die straks haar weerslag vindt in de codificaties van de verlichte vorsten, die zich beijverden de nieuwe theorieën bij hun wetgevendende arbeid toe te passen. Het klinkt voor het modern bewustzijn waarlijk als een parodie, wanneer we in het Josefinische wetboek van 1 November 1786 elk gewoonterecht als een „strafbares Beginnen” zien gequalificeerd (Liber I, par. 24).

De opvatting van de almacht van den wetgever in de rechtsvorming moest uiteraard ook de interpretatie van de wet aan den wil van den soeverein onderwerpen.

Reeds bij CHRISTIAN WOLFF kan men lezen, dat het recht, om de wetten uit te leggen tot de onverbreekelijke soevereiniteitsrechten behoort, zoodat bij twijfel in zake de beteekenis van de wettelijke bepalingen uitkomst bij den soeverein gevraagd moet worden. <sup>44)</sup>

Tweeërlei zeer belangrijke invloed op de rechtsvorming meende men op deze wijze te kunnen fnuiken: die van den rechter, die de wet heeft toe te passen en die van de practische en theoretische juristen.

Dat de rechtspraak inderdaad recht vormt, was practisch tot nu toe algemeen erkend. Niet slechts de constante jurisprudentie, de zgn. „rechtliche Praxis” was bij de sterke differentieering en onzekerheid in den rechtstoestand een onmisbare rechtsvormer geweest, maar de hoven, waarin de in het Romeinsche recht geschoolde juristen den toon aangaven, traden in hun zgn. „arrêts de réglemens” veelszins zelve als wetgever op en decreteerden, dat overeenkomstig hun beslissing voortaan recht gedaan zou worden. De autoriteit van de „communis opinio doctorum”, de op den voorgrond tredende rechtsgeleerden, was algemeen erkend. Hier te lande beriep men zich in processen op de opvatting der groote juristen, Huig de Groot voorop, als op de geschreven wetten!

Terwijl nu onder den machtigen invloed van ROUSSEAU'S „Du contrat social” het recht van almachtige wetgeving als een onvervreemdbaar majesteitsrecht van het soevereine volk werd gepredikt, had een uit een geheel andere bron gesproten theorie, de beroemde trias-politica-leer van DE MONTESQUIEU den strijd ingezet tegen de rechtsvorming langs den weg der rechtspraak. Gericht tegen de misstanden welke onder de absolute monarchie in de Fransche administratie en rechtspraak, met name op 't gebied der strafrechtspraak, waren ingedrongen, wilde deze theorie scherpe scheiding van de wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht.

En van deze drie machten zou de rechtspraak slechts de spreekbuis van de wet mogen zijn: „Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle”.<sup>45)</sup>

(Mais) les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur”.<sup>46)</sup>

Deze leer, die de rechtszekerheid zoo in alle opzichten scheen te waarborgen, eischte het zgn. „*référé législatif*”. In gevallen waarin de wet onduidelijk zou zijn, of leemten mocht bevatten, zou bindende informatie bij den wetgever moeten worden ingewonnen.

In dezen vorm ging, zij 't al onafhankelijk van de trias-politica theorie, de leer van de afhankelijkheid van den rechter over in het Preussisch Landrecht van 1794 (Einleitung § 50), dat ook het beroep op de opvatting van rechtsgeleerden en vroegere rechterlijke beslissingen in de rechtspraak uitsloot (Einleitung § 6), en werd ze straks, de natuurrechtelijke leer getrouw, in haar scherpsten vorm toegepast in de wetgeving der Fransche revolutie. De instelling van een cassatiehof bij de wet van 27 Nov.—1 Dec. 1790, dat eigenlijk buiten de rechtelijke macht staande, geheel afhankelijk zou zijn en geregeld zou worden door het wetgevend lichaam, „seul et véritable interprète de la loi”, gepaard met de invoering van een „*référé législatif obligatoire*” (art. 21 al. 2), voor 't geval de lagere rechter zich niet naar de meening van het cassatiehof wilde voegen, was geheel een uitvloeisel van die leer.

Dat in de Fransche code civil deze staatsabsolutistische denkbeelden niet zijn overgegaan, is niet het minst te danken aan het ruime juridisch inzicht van hare ontwerpers, PORTALIS voorop, die ondanks fellen tegenstand van de revolutionaire dogmatici, het inzicht in de noodwendige gebrekkigheid van een wetboek wisten te doen zegevieren, die de Fransche codificatie wisten te behoeden voor het opnemen van dwaze bepalingen als onze artikelen 3 en 5 wet A. B., waardoor men eens en voorgoed de zelfstandige niet-statelijke rechtsvorming zou buitensluiten en het zgn. gewoonterecht aan de souvereiniteit van den wetgever onderwerpen, en die, met volledige verwerping van den gedachtengang, welke aan de invoering van het „*référé législatif*” ten grondslag lag, het beroemde art. 4 zijn plaats in de Fransche code wisten te verzekeren, dat door zijn verbod van rechtsweigering den rechter tot rechtsvorming legitimeert bij stilzwijgen van de wet. Doch de geestesrichting, welke bij het tot stand komen onzer Nederlandsche

codificatie heeft voorgezeten, was inderdaad geheel van de natuurrechtelijke opvatting van de almacht van den wetgever, en de vereenzelviging van recht en wet, doortrokken en het mag inderdaad curieus worden genoemd, dat onze wet A. B., in art. 13 de bepaling van art. 4 der Code civil overnam, die toch in haar stelsel geenszins paste!

Wij willen de ontwikkeling van deze denkbeelden in de parlementaire beraadslagingen en in de wetgeving zelve hier niet verder vervolgen. Ze is reeds zoo vaak uiteengezet, dat het weinig zin kan hebben, deze bekende zaken hier nog eens te herhalen. <sup>47)</sup>

Voor ons doel was het voldoende, den historischen oorsprong der staatsabsolutische bronnentheorie, die straks in den vorm van de naief-positivistische en de zgn. kritisch-positivistische theorieën zou herleven, in enkele scherpe trekken te hebben aangetoond.

Die oorsprong ligt in het humanistisch rationalisme met zijn naar mathematische methode construeerende individualistische theorieën van staat en maatschappij.

Een rationalisme, dat, gelijk ik in een ander verband uitvoerig heb aangetoond, is gegrond in een type der humanistische wetsidee, waarin het mathematisch wetenschapsideaal met zijn alle zin-grenzen verflauwend continuïteitsbeginsel nog onbetwist den voorrang heeft.

De transcendente oorsprong van het recht is hier *de rede* in den zin van het soevereine, mathematisch denken. De formeele geldingsbron van het stellig recht kan geen andere zijn dan de wil van den staatssoverein-wetgever, natuurrechtelijk gerechtvaardigd door het formalistisch beginsel: verdragen moeten gehouden worden, wijl het mathematisch denken, uitgaande van het geïsoleerde individu in een denkbeeldigen natuurstaat, slechts in een alle zelfstandige rechtssferen in zich opzuigende staatsconstructie tot een logische eenheid kan geraken.

Wanneer HOBBS <sup>48)</sup> en op zijn voetspoor ROUSSEAU <sup>49)</sup> alle tusschengeledingen tusschen het individu en den staat willen vernietigen en zelfs een redelijken staatsgodsdienst eischen onder de soevereiniteit van den wetgever, een ideaal, dat de Fransche revolutie zou verwezenlijken, dan heeft men daarin maar niet zonder meer een min of meer burleske herleving van de antieke Platonische staatsidee te zien, maar een innerlijke consequentie van het continuïteitsbeginsel der humanistische wetsidee in haar rationalistisch type, een beginsel, dat de „sovereiniteit in eigen kring” als onredelijk *moet* verwerpen.



*Kritiek op de staatsabsolutistische bronnentheorie in haar natuurrechtelijke gedaante.*

Onze kritiek op de staatsabsolutistische bronnentheorie in haar bovenomschreven natuurrechtelijk karakter kan kort zijn.

Te waardeeren valt in haar althans, dat zij wijsgeerig *rekenschap* wil geven van de functie der wet als eenige geldingsbron van het stellig recht en niet, gelijk haar naief-positivistische uitlooper, die wijsgeerige rekenschap overbodig acht. Zij heeft althans het stellig recht tot *probleem* gemaakt.

Intusschen lijdt deze theorie aan tweeërlei vitium originis, waardoor zij voor de rechtswetenschap onhoudbaar is en het eigenlijk probleem van de bronnen van het recht eenvoudig niet raakt.

In de eerste plaats is hare methode de abstract-mathematische; ze wil het recht als een afgetrokken grootheid buiten verband met zijn substraatskringen naar mathematische methode construeeren. Vandaar haar uitgaan van het geïsoleerd individu.

Het probleem van het stellig recht en zijn gelding kan echter op deze wijze niet worden gesteld.

Het stellig recht bestaat eenvoudig niet buiten het levensverband met zijn historische, sociale en verdere substraatskringen. *Dit levensverband maakt juist de kern van het probleem uit en maakt het zoo uitermate ingewikkeld.*

De natuurrechtelijke geldingsgrond, welke de humanistische natuurrechtsleer aan het positieve recht geeft, t. w. het *pacta sunt servanda*, (verdragen moeten gehouden worden) is een volmaakt onhoudbare, wjl innerlijk tegenstrijdige. Dit beginsel in zijn zin-looze afgetrokkenheid dogmatisch vooropgesteld, kan door geen enkele stellige rechtsorde worden aanvaard. Immers het sanctioneert als zoodanig ook het verdrag, om revolutie te maken, dus om de stellige rechtsorde omver te werpen. Hoe kan het dan de basis der stellige rechtsorde vormen?

Het beginsel ontbeert den onmisbaren *rechtszin*. Ware rechtsbeginselen (anders dan logicistische *begrippen*) zijn niet formeel, maar *materieel* van karakter, hetgeen, gelijk wij later zullen zien, de formeele gebondenheid van een deel van het stellig recht geenszins uitsluit. Het is volkomen juist, dat de humanistische natuurrechtsleer de gelding van het stellig recht op het geconstrueerd verdrag doet steunen, waarbij de *staat* zou zijn ingesteld, en eerst heeft trachten aan te toonen, dat de *staat* zelve door het natuurrecht

(bij Hobbes de natuurwet) gevorderd wordt. Dit is echter geen bewijs tegen de volstrekt formalistische opvatting van het „pacta sunt servanda”. Immers als deze natuurrechtsleer het „pacta sunt servanda” niet strikt *formeel* had opgevat, zou dit door het mathematisch denken geformuleerd principe nimmer dienst hebben kunnen doen, om de wet als formeele geldingsbron van alle positief recht te proclameeren. Het „pacta sunt servanda” moest den overheidswil als *zoodanig* legitimeeren, onafhankelijk van zijn materieelen inhoud, waarbij het natuurrecht naar zijn strict *verplichtende* zijde hoogstens als negatieve *grens* voor dezen willekeur wordt geponeerd, gelijk het anderzijds in den ruimsten zin als *aanvullende* rechtsbron wordt aanvaard. Dit brengt de innerlijke antinomie tusschen natuurrecht en stellig recht in de humanistische natuurrechtsleer, een antinomie, welke ik bij de kritische uiteenzetting van GROTIUS' en HOBBS' stelsels in dit tijdschrift uitvoerig heb besproken. Een wezenlijk rechtsbeginsel kan nimmer tot sanctioneering van de positivistische wilsleer voeren. Het verdrag is als *zoodanig* niets dan een subjectieve *vorm*, waarin *rechtsbeginselen* kunnen worden gepositiveerd tot stellig recht. Men kan echter nimmer dien *subjectieven vorm* (de wilsovereenstemming der partijen) vereenzelvigen met zijn *objectieven inhoud* en dien *vorm* zelve als *schepper* van het stellig recht kwalificeeren. En toch, dit laatste *doet* de humanistische natuurrechtsleer met haar pseudo-beginsel: verdragen *binden* partijen. Zoodra men ter beperking van dit formalistisch rede-beginsel zou toevoegen de clausule: „voor zoover zij niet strijden met de openbare orde of de goede zeden”, of „met de overige natuurrechtsbeginselen”, kan het „pacta sunt servanda” reeds geen dienst meer doen, om de wet als *zoodanig* als stellig recht te legitimeeren. Immers dan geeft men reeds toe, dat 't enkele feit, dat een bepaling in de wet staat nog geen grond is, om haar voor stellig recht uit te geven. Even ondeugdelijk als het formalistisch „pacta sunt servanda” is het (zelfs nog door den kritischen KANT aanvaarde) beginsel: *volenti non fit iniuria*, waardoor men de rechtmatigheid van allen wetgeverswillekeur wilde *construeeren*. Dit principe is gegrond in *de wilsleer*, die het recht overlevert aan den willekeur van zijn subjecten en daarmede het *wetskarakter* van het recht als noodwendige normeering van den subjectieven willekeur, ondergraaft. Het probleem van den normatieven *rechtswil*, is door deze wilsleer zelfs niet gesteld. Zoodra, gelijk bij

ROUSSEAU en KANT, het probleem van den normatief gedachten „algemeenen wil” (*volonté générale* contra de *volonté de tous*) wordt opgeworpen, openbaart zich de noodwendige *antinomie* tusschen het humanistisch natuurrecht en zijn formalistische en subjectivistische baseering van het stellig recht in den *wil* der verdragsluitenden.

Het tweede grondgebrek dezer bronnentheorie is een onmiddellijk uitvloeiSEL harer foutieve abstraheerende methode. Men vindt bij haar zelfs geen spoor van een kosmologisch onderzoek naar de ingewikkelde structuur van het rechtsleven, naar de structuur en het karakter der zeer gedifferentieerde verbanden, die ieder hun eigen functie in het rechtsleven vervullen. Wat men gewoonlijk de natuurrechtelijke „Soziallehre” noemt (zie GIERKE, *Johannes Althusius*, 3e Aufl. 1913 S. 103 flg.) kan toch waarlijk als zoodanig niet worden aangediend.

PUFENDORFF, onder wiens invloed zich deze sociale theorie zich met name zou hebben gevormd, geeft een uiterst armelijk uitzieende beschouwing over de „societates”, die hij met de „personae morales compositae” gelijk stelt, onderscheidt ze in publieke en private en somt onder de laatste op de familie en de corpora of communitates, zooals de koopmans- of handwerkersgilden. Een analyse dezer verbanden acht hij overbodig, evenzeer als een gedetailleerde onderscheiding van al zulke verbanden (zie *De Jure naturae et gentium* Liber I cap. I § XIII).

WOLFF, bij wien de sociale theorie in het humanistisch natuurrecht wel het meest uitvoerig is ontwikkeld, toont zoo weinig begrip voor het wezen der verbanden, dat hij, trouwens geheel in de lijn der individualistisch-nationalistische theorie blijvend, het huwelijk als een „societas aequalis” beschouwt, waarin de rechten en verplichtingen uitsluitend op een overeenkomst berusten (*Institutiones Juris Naturae ac Gentium* § 866) en een afzonderlijke „societas paterna” naast de „societas conjugum” aanneemt.

De geheele humanistische natuurrechtsleer gaat uit van de natuurlijke gelijkheid van alle individuen, buiten den staat slechts maatschapsbetrekkingen, berustend op een contract tusschen de als substanties gedachte individuen en laat alle niet-statelijk verbandsgezag op delegatie van den staatssoverein berusten (zie GIERKE, *Althusius* 3e Aufl. S. 241/2). En de staat zelve, wien als „societas inaequalis” met haar onderscheiding van gebieders en onderdanen, de onbepaalde soevereiniteit over de „societates aequales” toekomt, wordt naar de

heerschende beschouwing op een maatschappelijk en onderwerpingsverdrag teruggevoerd.

Het verbandsbegrip is aan de humanistische natuurrechtsleer vreemd; en wij zullen later zien, hoe zij ook het wezen der maatschapsverhoudingen niet gevat heeft, daar zij de structuur van den socialen wetskring met haar mathematische constructies eenvoudig niet benaderd heeft. Hoe zou zij dan de structuur van den rechtskring behoorlijk hebben kunnen ontleden?

Met een naieve eenvoudigheid gaat deze theorie op haar doel los: het rechtsleven als een constructie van het mathematisch denken op te bouwen. Zij merkt nauwelijks, dat intusschen het voorwerp van haar onderzoek haar onder de vingers is doorgeslipt!

### B. *De historische rechtsbronnentheorie.*

De eerste stoot tot een wetenschappelijke rechtsbronnentheorie, die het begrip „rechtsbron” in zin-samenhang met de substraatskringen van het recht heeft willen vatten en in *dien* zin een *materieele* theorie beteekent, is uitgegaan van de *historische school*, die na de ineensstorting der Fransche revolutie het pleit tegen de abstracte humanistische natuurrechtsleer opnam. Eenerzijds moest de wending, welke zij aan de leer der rechtsbronnen gaf, in scherp conflict komen met de staatsabsolutistische rechtsopvatting, doch *anderzijds* heeft zij, gelijk wij nader zullen zien, met name onder PUCHTA's invloed, *toch ook weder de bedoelde rechtsopvatting op niet onbelangrijke wijze in de hand gewerkt!*

Het heeft mij getroffen, hoeveel misverstand nog steeds in de gangbare uiteenzettingen der historische rechtsbronnentheorie bestaat en dat niettegenstaande het feit, dat deze theorie reeds zoo vaak het voorwerp van kritisch onderzoek geweest is. Te verwonderen valt dit overigens niet, wanneer men bedenkt, dat over de beteekenis der historische school, met name over de geestehistorische beteekenis van haar vader FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY zooveel verschil van meening heerscht.<sup>50)</sup>

Ook het jongste, mij bekende, uitvoerig en zeer serieus werk over de theorie der rechtsbronnen, dat van ALF ROSS vervalst in de heerschende misvatting, VON SAVIGNY's theorie, welker *eigen* karakter tegenover PUCHTA's opvatting hij overigens scherp gezien heeft, op het zoo essentieele stuk van de opvatting der rechtswetenschap als rechtsbron, toch weer met die van zijn leerling PUCHTA te vereen-

zelve<sup>51</sup>). Ook wordt aan de tegenstelling tusschen de zgn. Romanistische en de Germanistische bronnentheorie niet voldoende aandacht geschonken. Reden te over, om de historische theorie, die zulk een diepgaanden invloed heeft geoeffend, aan een zelfstandig onderzoek te onderwerpen.

*a. De Romanistische richting.*

Men zal allereerst een onderscheiding moeten maken tusschen de theorieën der Romanistische en der Germanistische richting. Reeds in zijn *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), gericht tegen de met name door Prof. THIBAUT verdedigde codificatiegedachte, heeft de vader der historische school VON SAVIGNY de grondslagen voor de historische rechtsbronnentheorie gelegd, welke theorie later in het beroemde werk van Prof. GEORG FRIEDRICH PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht* (Dl. I, 1828, Dl. I, 1837) op een typische wijze is uitgewerkt. Juist deze uitwerking, gepaard met een logicistische rechtsbeschouwing, waarin het standpunt van het Romeinsche recht als het in logisch opzicht alleen *mogelijke* wordt voorgesteld, (een logicisme, dat vooral in PUCHTA's beroemd *Lehrbuch der Pandekten* tot uitdrukking komt) zou dan de naaste oorzaak worden voor de bekende „*Germanistische Ansturm*”, waardoor de breuk tusschen de romanistische en germanistische richtingen in de historische school werd bezegeld. VON SAVIGNY zelf heeft in het eerste deel van zijn hoofdwerk, *System des heutigen römischen Rechts* (1840), dat overwegend aan de bronnen van het stellig recht is gewijd, PUCHTA's beschouwingen op verschillende punten gevolgd, doch — en dit wordt gewoonlijk over 't hoofd gezien — is op *essentieele* punten een van PUCHTA afwijkend standpunt blijven innemen.

De historische rechtsbronnentheorie rust ondanks alle antagonisme in de onderscheiden richtingen op een gemeenzame rechtsbeschouwing, welke op klassieke wijze door FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY (1779—1861) is geformuleerd, eerst in het programschrift „*Vom Beruf unserer Zeit*”, dan in nog scherper vorm in zijn inleidingsartikel in het in 1814 door hem in samenwerking met EICHHORN en GÖSCHEN gestichte „*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*” getiteld „*Ueber den Zweck dieser Zeitschrift*”.

Typeerend voor deze rechtsbeschouwing is, dat zij de historische ontwikkeling als een *immanente* wetmatigheid van het recht zelve vat,

daarbij uitgaande van haar eigenaardige stelling, dat het recht een organische, aanvankelijk *onbewuste* schepping is van den volksgeest <sup>52</sup>), die zich in historische continuïteit ontwikkelt.

Volgens VON SAVIGNY heeft alle recht, evenals de taal een bepaald karakter, dat aan een volk eigen is. Taal, zede en recht hebben geen afzonderlijk bestaan; het zijn slechts natuurlijke functies van eenzelfde volk, die in de natuur onafscheidelijk verbonden zijn en slechts voor onze beschouwing als bijzondere eigenschappen verschijnen. Wat ze tot een geheel verbindt, is de gemeenzame overtuiging des volks, hetzelfde gevoel van innerlijke noodwendigheid, dat alle gedachte aan toevallig en willekeurig ontstaan uitsluit.

Deze organische samenhang van het recht met het wezen van het volkskarakter handhaaft zich ook in de verdere ontwikkeling en ook deze ontwikkeling staat onder dezelfde wet van innerlijke noodwendigheid. Het recht groeit dus met het volk, ontwikkelt zich met het volk en sterft eindelijk af, wanneer het volk zijn eigen karakter verliest.

Het gemeenzame volksbewustzijn (de „volksgeest”, gelijk het later in de historische school zou heeten) is dus de ware bron des rechts.

In de verdere ontwikkeling, bij stijgende kultuur, differentieeren zich alle functies van het volksleven hoe langs zoo meer en wat tot nu toe gemeenschappelijk geschiedde, valt nu als taak aan afzonderlijke standen ten deel.

Ook voor de rechtsontwikkeling vormt zich een speciale stand, de *juristenstand*. Het recht krijgt nu een *wetenschappelijke* ontwikkelingsrichting en gelijk het te voren in het bewustzijn van het geheele volk leefde, zoo ontwikkelt het zich nu verder in het bewustzijn der juristen, die voortaan het volk in deze rechtsvormende functie vertegenwoordigen. „Das Daseyn des Rechts ist von nun an künstlicher und verwickelter, indem es ein doppeltes Leben hat, einmal als Theil des ganzen Volkslebens, was es zu seyn nicht aufhört, dann als besondere Wissenschaft in den Händen der Juristen. Aus dem Zusammenwerken dieses doppelten Lebensprinzips erklären sich alle spätere Erscheinungen und es ist nunmehr begeflich, wie auch jenes ungeheure Detail ganz auf organische Weise, ohne eigentliche Willkühr und Absicht entstehen konnte”. <sup>53</sup>)

„Die Summe dieser Ansicht also ist, dasz alles Recht auf die Weise entsteht, welche der herrschende, nicht ganz passende, Sprachgebrauch als Gewohnheitsrecht bezeichnet, d. h. dasz es erst durch Sitte

und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz erzeugt wird, überall also durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkür eines Gesetzgebers". 54).

In zijn bekend inleidingsartikel in het *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, Bnd I (1815), stelt VON SAVIGNY scherp tegenover elkaar het onhistorisch rationalisme en de historische beschouwing. Dit is de algemeene vraag: in welke verhouding staat het verleden tot het heden of het worden tot het zijn? En daarover leert het rationalisme, „dasz jedes Zeitalter sein Dasein, seine Welt, frey und willkürlich selbst hervorbringe, gut und glücklich, oder schlecht und unglücklich, je nach dem Maasse seiner Einsicht und Kraft". 54) Daarentegen naar de historische beschouwing „giebt es kein vollkommen einzelnes und abgesondertes menschliches Daseyn: vielmehr, was als einzeln angesehen werden kann, ist von einer anderen Seite betrachtet, Glied eines höheren Ganzen... Ist aber dieses, so bringt nicht jedes Zeitalter für sich, und willkürlich seine Welt hervor, sondern es thut dieses in unauflöslicher Gemeinschaft mit der ganzen Vergangenheit. Dan also musz jedes Zeitalter etwas gegebenen anerkennen, *welches jedoch nothwendig und frey zugleich ist* (ik cursiveer); nothwendig, in so fern es nicht von der besonderen Willkür der Gegenwart abhängig ist: frey, weil es eben so wenig von irgend einer fremden besonderen Willkür (wie der Befehl des Herrn an seinen Slaven) ausgegangen ist, sondern vielmehr hervorgebracht von der höheren Kultur des Volkes als eines stets werdenden, sich entwickelnden Ganzen".

De historische ontwikkeling dringt zich met innerlijke noodwendigheid op: „Es ist nicht etwa die Rede von einer Wahl zwischen Gutem und Schlechten, so dasz das Anerkennen eines Gegebenen gut, das Verwerfen desselben schlecht, aber gleichwohl möglich wäre. Vielmehr ist das Verwerfen des Gegebenen der Strenge nach ganz unmöglich, es beherrscht uns unvermeidlich, und wir können uns nur darüber täuschen, nicht es ändern." 55)

Dat in deze geheele rechts- en historiebeschouwing niets ligt van een natuurwetenschappelijk causale denkwijze, gelijk b.v. nog MANIGK aanneemt 56) moest eigenlijk voor ieder, die den wijsgeerigen geest van de kringen, waarin deze historische rechtsbeschouwing ingang vond, en het verband waarin zij staat tot den geest der romantiek — kent, een vanzelf sprekende waarheid zijn.

Men heeft zwaar gedebatteerd over de vraag, of men VON SAVIGNY romanticus mag noemen. Men heeft gewezen op zijn nuchtere, zakelijke instelling, tot uiting komen in zijn jeugdgeschrift over het bezitsrecht en de eerste banden van zijn *Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter*, een instelling, hemelsbreed verschillend van de romantische levenshouding met haar kultus van het gevoel <sup>57</sup>).

Maar de Duitse romantiek is niet zulk een eenvoudig verschijnsel, dat men haar geesteshouding in zulk een enkele, uitwendige trek zou kunnen typeeren <sup>58</sup>).

Nieuwere onderzoekers hebben er op gewezen, dat de denker, die men vroeger als den specifiek „romantischen” wijsgeer beschouwde, SCHELLING, en van wien niet te betwisten valt, dat hij de specifiek „romantische” categorieën geschapen en aan de romantische wereldbeschouwing de meest treffende uitdrukking gegeven heeft, wezenlijk gespeend was aan de romantische „Innerlichkeit” en eer een intellectualistische dan gevoelspersoonlijkheid was <sup>59</sup>).

Dat juist SCHELLING en niet, gelijk BRIE gemeend heeft, HEGEL een diepgaanden invloed op de rechtsbeschouwing der historische school

Dat juist SCHELLING en niet, gelijk BRIE <sup>59a</sup>) gemeend heeft, de speculatief-rationalistische HEGEL een diepgaanden invloed op de rechtsbeschouwing der historische school heeft geoeffend, is wel in hooge mate waarschijnlijk; dat die invloed op het constructieve intellect der historische school, PUCHTA sterker is geweest dan op zijn leermeester VON SAVIGNY zal ons nog in den vervolge blijken.

Willen wij SCHELLING'S wijsbegeerte verstaan in het licht der in het immanentiestandpunt gewortelde humanistische wetsidee met haar onderling tegenstrijdige factoren van wetenschaps- en persoonlijkheidsideaal, dan moet Schelling's ontwikkeling tot 1804 worden gezien als tweede etappe op den weg van het na-kantiaansche idealisme, dat bedoelde het door den grooten Koningsberger wijsgeer gestelde dualisme tusschen wetenschaps- en persoonlijkheidsideaal, natuurnoodwendigheid en vrijheid te overwinnen.

De dualistische scheiding tusschen theoretische en practische rede bij Kant, waarin wetenschaps- en persoonlijkheidsideaal ieder hun eigen domein was toegewezen, en de begrenzing van de theoretische rede in Kant's systeem door de idee van het „Ding an sich”, deed te kort aan de absoluutheid der „Vernunft”. Zou een absolute eenheid tusschen natuurnoodwendigheid en vrijheid binnen het kader der humanistische



wetsidee worden verkregen, dan moest gebroken worden met een analytische denkwijze, die in erkenning van de logische grondwet der tegenspraak, tenslotte terugdeinst voor de antinomie, de logische tegenstrijdigheid. Om de absolute eenheid in den kosmos, de kosmische realiteit zelve als ontwikkeling van de absolute rede te verstaan, moest het wijsgeerig denken den weg der *dialectiek* gaan bewandelen, *door* de eindige begrensde antinomieën heendenken tot de absolute synthese, waarin de absolute identiteit van natuur en vrijheid wordt erkend, waarin de rede uit zijn dialectische ontwikkeling in de tegenstrijdigheden in zich zelve terugkeert.

Kant's statische, formalistische denkwijze, die de materie der ervaring in haar individualiteit overliet aan de irrationeele psychische „Empfindung” en als tegeninstantie dezer „Empfindung” het „Ding an sich” had gehandhaafd, kon tot dit absolute identiteitsstandpunt der rede niet voeren.

Met het „Ding an sich” als grens voor de rede, moest radicaal worden gebroken, de kosmos in al zijn individueele ervaringsinhoud moest totaliter als zelfontwikkeling der rede worden verstaan.

Nergens mochten meer grenzen aan de rede-ontwikkeling worden gesteld. Het continuïteits-principe van het mathematisch-humanistisch wetenschapsideaal met zijn tendenz over alle zin-grenzen der soevereiniteit in eigen kring heen, de totaliteit der natuur als een wetmatig geheel van mechanische oorzaken en gevolgen te begrijpen, dat tenslotte terwille van de soevereine persoonlijkheidsidee als irrationeel-religieuze grondinstelling der humanistische wetsidee weer zijn grenzen moest vinden in de individualiteit en de vrijheid, moest als moment worden opgenomen in de dialectische zelfontwikkeling der rede en daarmee worden opgeheven in de absolute autonomie en vrijheid der rede. FICHTE is de schepper dezer idealistische dialectische methode in zijn *Wissenschaftslehre*, SCHELLING voert haar door in zijn *System des Transzendentalen Idealismus*, HEGEL voleindigt en volmaakt haar in zijn *Logik*.

De ontwikkeling van dit na-kantiaansche idealisme staat in eigenaardige wisselwerking met den geest der Duitsche romantiek. Men kan evenmin zeggen, dat dit in hooge mate bontkleurig geestesverschijnsel een product is van het genoemde idealisme, als omgekeerd. Maar het idealisme is *door* de romantiek heengegaan en wederzijdsche intensieve beïnvloeding is daarvan het gevolg geweest.

De Romantiek, die de eerste dertig jaren der vorige eeuw met haar karakteristieke levens- en wereldbeschouwing vervult, kan ondanks al haar talrijke nuanceeringen, in negatief opzicht worden gekarakteriseerd als de afkeer van het rationalisme der *Aufklärung*, en in positief opzicht als de enthousiaste liefde voor alle diepere gronden van natuur en leven, voor de individualiteit en de totaliteit van den kosmos, die door de begrippen en formules van het mathematisch denken der achter-liggende periode, nimmer schenen te kunnen worden gevat.

De eigenlijk „philosophische” generatie der romantici in de periode der hoog-romantiek is door KANT's kritische wijsbegeerte heengegaan en is tevens diep beïnvloed door GOETHE's kunst en ideeënwereld, waarin de individualiteitsverheerlijking een centrale rol speelt.

De dialectische denkwijze, het tusschen polaire tegenstellingen heen- en weer zweven, is typeerend voor heel deze geestesrichting, met haar drang, om boven de tegenstellingen van het analytisch denken de organische totaliteit in haar absoluutheid te schouwen.

Niet langer de mathematische natuurwetenschap, maar de *historie* en de kunst worden het oriënteringsbedied voor de romantische filosofie. De organische ontwikkeling in de geschiedenis wordt in de reeds door KANT aangewezen richting, als het kampveld tusschen natuurnoodwendigheid en vrijheid gezien, het ware schouwtooneel van de dialectische spanningen, waarin de absolute rede haar ontwikkelingsgang maakt.

Individualiteit en verband komen hier tot hooger synthese in volk en natie. De volksgeest is individueel en boven-individueel tevens. Zij is nimmer als een complex van natuurwetenschappelijk-causale factoren te vatten, maar als een hogere synthese van nog onbewuste natuur en bewuste vrijheid.

In ADAM MÜLLER's organische staatsleer met haar karakteriseering van den staat als die „innige Verbindung . . . des gesamten inneren und äusseren Lebens einer Nation zu einem groszen, energischen, unendlich bewegten und lebendigen Ganzen”, heeft deze romantische historische beschouwing haar meest typische toepassing op de staatsleer gevonden.

Tegen het onhistorisch absolutisme der verlichtingswijsbegeerte met haar individualistische tegenstelling van een geconstrueerden natuurstaat en een burgerlijken staat stelt MÜLLER *als een der eersten*, nog *vóór* het optreden van de eigenlijke historische school, de historisch-

relativistische denkwijze: Waar wij ook staan, staan wij in het midden der historische ontwikkeling, in „der Mitte der bürgerliche Lebens”; gelijk *voor* ons de geslachten zijn voorbijgegaan, zoo zal ook *na* ons de wereld haar loop voortzetten; en zoo blijft ons niets anders over, dan deze historische bepaaldheid van heel ons bestaan voor alles ook bij ons staatkundig denken en handelen in de rekening te stellen.

Juist bij MÜLLER openbaart zich intusschen in sterke mate de invloed van de aan de antieke staatsidee georiënteerde staatsbeschouwing van SCHELLING in diens periode na 1801, waar hij den staat als het oeren grondfactum van alle sociale leven verklaart en aan den staat een al-omvattend karakter toekent, dat zijn dialectische spanning met de door Müller anderzijds sterk op den voorgrond gestelde <sup>60)</sup> vrijheid en individualiteit der enkelingen en corporaties, moeilijk kan verbergen. „Der Mensch ist nicht zu denken ausserhalb des Staats”, <sup>61)</sup> aldus Müller, en dit was inderdaad een scherpe reactie tegen het rationalistisch natuurrecht, maar tevens overspant hij zijn „staatsidee” tot het uiterste, door den staat als „Inbegriff des physischen und geistigen Lebens einer Menschenmasse”, als „Totalität der menschlichen Angelegenheiten, ihre Verbindung zu einem lebendigen Ganzen” <sup>62)</sup> te kwalificeeren. Op typische wijze vindt men ook reeds bij Müller de begrippen „Geschichtlichkeit” en „Naturwüchsigkeit” in enge verbinding. <sup>61)</sup>

Het punt, waar Schelling's idealisme en de romantische historiebeschouwing, langs welke wegen dit ook geschied moge zijn, de rechtsopvatting der historische school hebben beïnvloed, moet gezocht worden in de typisch *organologische* grondtrek in de theorie van VON SAVIGNY en zijn volgelingen, in de min of meer dialectische vereeniging van natuurnoodwendigheid en vrijheid, in het den nadruk leggen op het onwillekeurige, *onbewuste*, „naturwüchsige” van het rechtsvormingsproces in zijn aanvang <sup>63)</sup>.

Wij vinden dezen trek, in min of meer piëtistische accentueering terug bij FRIEDRICH JULIUS STAHL, waar hij de door hem voorgestane legitimistische historische opvatting van het recht stelt tegenover die van het abstracte natuur- en rederecht: „(Sondern), was die Partei der Legitimität unter Recht versteht, ist das ÜBERKOMMENE RECHT, DAS NATURWÜCHSIG GESCHICHTLICH GEWORDENE RECHT, das ursprünglich auf Herkommen und Gewohnheit, das auf einzelnen Gesetzen aus verschiedenen Zeiten ruht, also dessen erster Stamm und Fundament

nicht die Wirkung menschlicher Reflexion und menschlicher Einführung, sondern die Wirkung von Natur und Geschichte ist . . . Sie erkennt die formell bindende Macht des Gesetzes an; aber sie schreibt dem Recht, auch wenn es nicht auf Gesetz, sondern auf Herkommen beruht, dasselbe Ansehn *und noch höheren Werth zu* (hier cursiveer *ik*), und DIE INNERE EHRFURCHT knüpft sie nicht an diese Form, den Einführungsakt, sondern an den inneren Gehalt des Rechts. Das Recht is ihr um so heiliger, je mehr es sich vom Gesetze ABGELÖST hat und aus sich selbst gibt als ein Vorhandenes, bei dem niemand mehr an den Ursprung denkt." Zoo wordt de normatieve idee van de „leiding Gods" in de geschiedenis vereenzelvigd met het „buiten 's menschen toedoen" tot stand gekomene<sup>64</sup>).

Deze geheele beschouwing, waartegen de Calvinist reeds intuïtief, krachtens de geheele religieuze instelling zijner levens- en wereldbeschouwing, bedenking moet voelen rijzen, is — HET ZIJ HIER MET NADRIJK GEZEGD — geenszins van Christelijken, doch van humanistisch-idealistischen huize en wij moeten het zeer betreuren, dat een Christelijk denker als STAHL op dit punt onder Schellingiaansch-romantische invloeden gekomen is, al valt zulks uit den typischen tijdgeest der restauratie en ook misschien uit de lichte ontvankelijkheid van zijn Lutheraansche levens- en wereldbeschouwing voor irrationalistische invloeden min of meer te verstaan.

Zoeken wij Schelling's idealistische historiebeschouwing in haar afhankelijkheid van de typische idealistisch-humanistische wetsidee hier beknopt naar haar grondtrekken te karakteriseeren.

De totaliteit van het wereldproces, als zelfontwikkeling der absolute zelfs boven de eindige tegenstellingen verheven rede, ziet Schelling als een ononderbroken reeks, die zich van het eenvoudigste in de natuur tot het hoogste en meest samengestelde: het kunstwerk in opgaande lijn ontwikkelt, als een ontwikkelingsgeschiedenis van het absolute, dat zich tot de organische totaliteit van het heelal ontvouwt. De beide groote hoofdphases dezer ontwikkeling zijn eenerzijds de natuur of de „natuurgeschiedenis", anderzijds de geschiedenis in engeren zin, het worden van den menschegeest. Ofschoon in de phase der „natuur" de „noodwendigheid", het „bewustlooze" een overheerschende rol speelt, zoo is toch ook hier reeds „die verborgene Spur der Freiheit ontdekbaar". Op de laagste trap of potentie der natuurontwikkeling, de materie, vindt de natuur haar eene pool, de

noodwendigheid; in haar hoogste trap, het levend organisme, komt zij tot haar andere pool, de vrijheid.

Deze ontwikkelingsgang der natuur in haar verschillende potenties wordt gedacht als een werking van verborgene krachten (zwaartekracht, licht als „Prinzip der Seele” en leven), geenszins als een natuurwetmatig causaalproces, zij is de eerste ontwikkelingsphase van de absolute rede, waarin vrijheid en noodwendigheid in hoogere eenheid zijn opgeheven.

Anderzijds, ofschoon de geschiedenis in engeren zin, als de wording van den menschegeest, als „het rijk der vrijheid” (persoonlijkheid) geldt, als de sfeer van het bewuste geestelijk willen en scheppen, zoò ligt aan die vrijheid toch weer een onbewuste potentie, een geheime noodwendigheid ten grondslag. Geschiedenis eischt naar haar begrip een vereeniging van natuur en vrijheid, die boven het individueele willen uitgaat. De individuen komen in de geschiedenis slechts in aanmerking als wezens, „welche ein Ideal vor sich haben, das nie durch das Individuum, sondern allein durch die Gattung ausgeführt werden kann”. De verwerkelijking van dit ideaal, dat den eenigen inhoud der geschiedenis uitmaakt, gaat alle individueele handelen te boven, ze laat zich slechts als mogelijk denken, wanneer in den gang der geschiedenis een harmonie tusschen onbewuste natuurnoodwendigheid en wilsvrijheid bestaat, welke harmonie door het „Schicksal” of de „voorzienigheid” wordt gehandhaafd <sup>65</sup>).

Deze geheele ontwikkelingsdialectiek is in 't wezen der zaak gestimuleerd door de humanistische persoonlijkheids- en vrijheidsidee in haar boven-individueele na-kantiaansche opvatting. Het mathematisch wetenschapsideaal is in dit nieuwere organisch persoonlijkheidsideaal geabsorbeerd. De natuur mag niet langer slechts verstandelijk-logisch-wetmatig, ze moet in dieperen zin als openbaring der absolute vrijheid worden geschouwd. Dit kan slechts in den weg van het dialectisch denken. De vrijheid in absoluten zin is boven de wet, die Kant voor het zedelijk leven eischte, verheven. Ze is hoogere, absolute natuur, gelijk in het kunstwerk, waarin noodwendigheid en vrijheid tot absolute synthese zijn gebracht.

De diep-wijsgeerige tendenz in dit idealisme, om tot een absoluut, boven alle tijdelijke zin-verscheidenheid verheven uitgangspunt voor de filosofie te komen, moet, waar dit uitgangspunt niet in de Christelijke religie, in haar absoluten transcendenten zin, doch veeleer

in de immanente rede in den zin van de humanistische vrijheidsidee wordt gezocht, noodwendig tot *pantheïsme* voeren. De rede in dezen zin wordt vergoddelijkt en de geschiedenis is de gang Gods door de wereld. De geheele idealistische dialectiek met haar continuïteitsbeginsel, dat de zin-grenzen tusschen de wetskringen in *redelijken* zin relativeert, is diep onchristelijk.<sup>66)</sup> STAHL heeft wel de onchristelijkheid van Schelling's *uitgangspunt*, maar niet van de *doorwerking* in het systeem gezien<sup>67)</sup> en daarbij vergeten, dat de uitwerking van een stelsel nimmer van de achterliggende wetsidee is los te maken.

Gaan wij thans, na de historische rechtsbeschouwing in de genoemde essentieele trekken, in 't licht der wetsidee te hebben gesteld, over tot een onderzoek van de historische rechtsbronnentheorie.

Wat verstaat de historische school onder rechtsbron?

VON SAVIGNY heeft in den eersten band van zijn *System des heutigen römischen Rechts* (1840) getracht een scherpe definitie te geven<sup>68)</sup>. „Wij noemen rechtsbronnen,” aldus VON SAVIGNY, „de ontstaansgronden van het algemeene recht, dus zoowel van de rechtsinstituten als van de daaruit door abstractie gevormde afzonderlijke rechtsregels”.

Dat VON SAVIGNY hier „ontstaansgrond” en niet „geldingsgrond” zegt, moet wel hieruit worden verklaard, dat voor hem de *gronden* voor ontstaan en gelding innerlijk één zijn, gelijk natuur en vrijheid innerlijk één zijn. Inderdaad wordt, gelijk wij reeds in § 1 zagen, het begrip rechtsbron door de historische school zoowel in den zin van materieelen geldingsgrond als in dien van materieelen ontstaansgrond gebruikt<sup>69)</sup>.

Intusschen moet in deze definitie iets merkwaardigs opvallen, VON SAVIGNY beperkt 't begrip „rechtsbron” tot de ontstaansgronden van het *algemeene* recht.

Waarom hij dit doet, blijkt uit zijn volgende uiteenzetting, waarin hij 't begrip rechtsregel wel afgrenzen tegenover het aan deze regel beantwoordende *rechtsfeit*.

Het verdrag, de overeenkomst mag niet als vorm voor de positivering van rechtsnormen worden erkend. Het is een bloote „Tatsache” een rechtsfeit in subjectieven zin.<sup>70)</sup>

We zullen bij de uiteenzetting onzer eigen bronnentheorie zien, hoe VON SAVIGNY zich door deze begrenzing in zijn opvatting van 't begrip

rechtsbron, den toegang tot het inzicht in het wezen van het „maatschapsrecht” heeft versperd.

De eenige rechtsbron in den genoemden materieelen zin is de volksgeest, of de rechtsovertuiging des volks. In het gemeenzame bewustzijn des volks leeft het stellig recht en het moet daarom ook *volksrecht* worden genoemd <sup>71</sup>).

Bij PUCHTA, wiens systematiek VON SAVIGNY in hoofdzaak volgt, vinden wij een scherp *nationale* omgrenzing van het begrip volksgeest en volk <sup>72</sup>).

VON SAVIGNY is op dit punt veel soepeler, het *historische* element overweegt bij hem, gelijk ROSS terecht opmerkt <sup>73</sup>), verre het *nationale*. Welke practische consequenties dit verschil met zich brengt zullen wij hieronder zien.

De volksgeest werkt onzichtbaar in de rechtsvorming. Het stellig recht ontstaat echter in bepaalde *vormen* <sup>74</sup>). Er zijn drie van zulke vormen, die als rechtsbronnen in formeelen zin kunnen worden aangeduid, t. w.

1. *de natuurlijke overeenstemming in de overtuiging*, gelijk zij door het wezen des volks onmiddellijk gegeven is;
2. *de wetgeving*;
3. *de wetenschap*.

In den eerstgenoemden vorm ontstaat het *gewoonterecht*. In dit gewoonterecht, in welken vorm het positieve recht zich bij de verschillende volkeren aanvankelijk *uitsluitend* openbaart is het volk in *natuurlijken*, niet in staatkundigen zin, zelve onmiddellijk het orgaan der volksovertuiging.

De onmiddellijke volksovertuiging wordt werkzaam in de leden van het volk en daarom noodwendig ook in de handelingen, welke naar dit bewustzijn geschieden en die dus de aanwending, de *Uebung* van het recht zijn. Deze „Uebung” of „Sitte” wordt met name door PUCHTA scherp onderscheiden van de bloote *gewoonte*, inzooverre in de gewoonte een simpele herhaling van individueele handelingen, in de „Sitte” daarentegen een gebruik op den grondslag eener gemeenschappelijke volksovertuiging, *nader* van de *rechtsovertuiging* der volksgemeenschap ziet. PUCHTA acht 't daarom eigenlijk meer juist van een „Recht der Sitte” dan van gewoonterecht te spreken.

Ook op dit punt is VON SAVIGNY's beschouwing minder rigoristisch. Hij noemt de gewoonte niet materieele ontstaansgrond, maar *kenbron*

(kenteeken) van het positieve recht <sup>75</sup>). Nochtans heeft volgens hem de dwaling, die in de gewoonte den ontstaansgrond ziet, een juiste kern. Er zijn n.l. buiten de in het volksbewustzijn algemeen erkende en ontwijfelbare grondslagen van het stellig recht, vele gedetailleerde bepalingen, die een minder vaste basis bezitten; zij kunnen zulk een basis verkrijgen door dat zij door herhaald gebruik aan het volk meer bepaald tot bewustzijn gebracht worden (b.v. de bepaling der verjaringstermijnen). In al zulke gevallen krijgt de gewoonte als zoodanig autoriteit <sup>76</sup>).

VON SAVIGNY werkt dit punt nog nader uit:

In beide betrekkingen, waarin de „Uebung” van het recht van belang is, n.l. als *kenteeken* van het positieve recht en als *medewerkende antstaansgrond*, zijn het twee klassen van handelingen, die zich bij voorkeur vruchtbaar toonen: 1. de symbolische vormen der rechtshandelingen; 2. de vonnissen der uit het volk gevormde gerechten. Hier schijnt Von Savigny in tegenspraak te komen met zijn vroegere stelling, dat het verdrag niet onder de formeele rechtsbronnen mag worden gerekend. Doch dit is slechts *schijn*. Immers het moet immer *algemeen* recht zijn, dat zich in den vorm van het gewoonterecht positieveert. Het blijft er bij, dat het verdrag als *zoodanig* geen formeele bron is.

In elk geval is de *gewoonte* slechts *middellijke* kengrond van het gewoonterecht. Slechts buitenstaanders behoeven de gewoonte als kenteeken van het ontstaan van stellig recht. De leden van het volk zelve echter hebben dit kenteeken niet noodig, daar hunne rechtskennis een *onmiddellijke*, op aanschouwing berustende, is <sup>77</sup>).

Tweeërlei verschil met de Romeinsche consensusleer valt in deze beschouwing van het gewoonterecht op:

- 10 het materiele geldingselement is in de volksovertuiging verlegd
- 20 de gewoonte wordt niet langer als essentiele ontstaansfactor beschouwd.

De tweede formeele ontstaansbron van het recht is de *wetgeving*. In de wetgeving werkt de volksovertuiging niet onmiddellijk, doch *middellijk* door middel van het uitwendig orgaan der staatsgemeenschap, het staatsgezag. De wetgever kan slechts als orgaan van het volksrecht worden beschouwd. Op dit punt komt eerst recht de fundamenteele tegenstelling tusschen de historische en absolutistisch natuurrechtelijke rechtsbronnentheorieën aan het licht. Wel verre van



eenige oorspronkelijke rechtsbron te zijn is de wet veeleer slechts één der vormen, waarin de volksovertuiging het stellig recht ontwikkelt.

PUCHTA noemt de wet een meer formeele bron van het recht dan de beide andere, „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". 78)

Ook hier is het VON SAVIGNY, die een ruimer kijk blijkt te bezitten. Hij ziet in de wetgeving een der edelste rechten van het hoogste staatsgezag en ook al noemt hij eerst het reeds voorhanden volksrecht den inhoud van de wet, het blijkt spoedig, dat hij aan den wetgever een belangrijke zelfstandige taak toekent. Zulks hangt samen met zijn minder rigoristische opvatting van het verband tusschen nationale volksovertuiging en wet. VON SAVIGNY onderscheidt den invloed van de wetgeving in staats- en publiek recht en privaatsrecht, doch werkt hoofdzakelijk slechts het laatste punt uit 79).

Bij alle zekerheid der grondslagen van het stellig recht, kan toch in bijzonderheden veel onbepaald zijn gebleven en zulks in 't bijzonder bij zulke volkeren, wier aanleg meer in andere richting, dan de rechtsvorming is geaccentueerd. Daarbij komen de vele bepalingen, in welker natuur een zekere speelruimte aan den willekeur is gelaten. In al zulke gevallen is een zelfstandige aanvulling van het volksrecht noodig, die weliswaar ook door gewoonte, maar sneller en zekerder en daarom beter door wetgeving kan geschieden.

Nog gewichtiger is de invloed der wetgeving op de verdere ontwikkeling der rechts. Wanneer n.l. door veranderde zeden en behoeften een wijziging in het bestaande recht noodzakelijk wordt, of wanneer in 't verloop des tijds geheel nieuwe rechtsinstituten noodig worden, dan kan weliswaar de volksovertuiging op den duur deze nieuwe elementen door haar innerlijke, onzichtbare kracht in de rechtsorde invoegen. Maar juist hier kan de invloed van de wetgeving uiterst heilzaam, ja onontbeerlijk worden. Want daar de volksovertuiging slechts geleidelijk werkt, ontstaat noodwendig een tijd van onzeker recht, welke onzekerheid door de uitspraak der wet kan worden beëindigd.

Voorts staan alle rechtsinstituten onderling in samenhang en wisselwerking (de rechtsorde is als uitvloeisel van den organischen volks-

geest volgen de historische school zelve een organisme!), zoodat door iedere nieuw gevormde rechtsnorm ongemerkt een tegenspraak met andere, nog niet gewijzigde rechtsregels kan ontstaan. Daardoor wordt een accomodatie noodig, welke bijna alleen door een gereflecteerd, opzettelijk, dus persoonlijk ingrijpen (van den wetgever) op veilige wijze kan geschieden.

Eindelijk treden in de geschiedenis van ieder volk ontwikkelings-trappen en toestanden in, welke voor de rechtsvorming door gemeenzaam volksbewustzijn niet meer gunstig zijn. Hier zal dan deze onder alle omstandigheden onmisbare rechtsvorming vanzelve aan de wetgeving toevallen, gelijk b.v. in den tijd van Constantijn, toen uitsluitend de keizerlijke wetgeving der verdere ontwikkeling des rechts bezorgde!

Men ziet dus, VON SAVIGNY heeft een veel breeder kijk op de wetgeving als rechtsbron dan zijn leerling.

EN TOCH — *en zie hier een der punten, welke in de heerschende uiteenzettingen de historische bronnentheorie geregeld over het hoofd worden gezien* — PUCHTA IS HET GEWEEST, DIE DE STAATSABSOLUTISTISCHE OPVATTING IN EEN BEPAALD OPZICHT IN DE HAND HEEFT GEWERKT, MEER DAN ZIJN LEERMEESTER VON SAVIGNY.

Om dit punt in het licht te stellen, moeten wij een oogenblik terugkeeren tot het fundament der historische rechtsbeschouwing, de leer van den volksgeest of volksverzuiging.

PUCHTA heeft het eerst het begrip volksgeest een scherper omlijning pogen te geven in zijn subject, het volk als gemeenschap <sup>80)</sup>.

Hij begint scherp te onderscheiden tusschen het volk in *natuurlijken* (historischen) en in staatkundigen zin. Heillooze verwarring is volgens hem ontstaan door de vermenging dezer beide volksbegrippen.

Eenerzijds heeft men n.l. datgene, wat van het volk in natuurlijken zin met waarheid of althans met schijn van waarheid, kan worden gezegd, op het volk in staatkundigen zin overgedragen en b.v. dit laatste het fundament van den staat genoemd; zoo is men tot de leer van het staatsverdrag en de volkssouvereiniteit gekomen. Anderzijds heeft men ook dat, wat van het volk in politischen zin geldt, op het natuurlijk volksverband aangewend. En daarvan ligt een voorbeeld dicht bij de hand: „*Denn gerade das Gewohnheitsrecht hat man als ein von den Unterthanen ausgehendes Recht betrachtet, ein Irrthum, der für sich allein schon fähig ist, die ganze Theorie unserer Rechtsquelle auf den Kopf zu stellen.*”

Het volk, in den zin, waarin het als subject der volksovertuiging in aanmerking komt, is een natuurlijk geheel, berustend op natuurlijke verhoudingen, vooral op lichamelijke en geestelijke verwantschap, verwantschap van aanleg en overtuigingen (nationaliteit). Nu kan zulk een *incertum corpus* als zoodanig niet handelen, want hier kan ook geen sprake zijn van een *gefingeerde* persoonlijkheid, die slechts door den staat kan worden verleend. Het volk in natuurlijke zin is handelingsonbekwaam, kan dus ook geen besluiten bij meerderheid van stemmen nemen (gelijk een gefingeerde persoon). Zijn werkzaamheid op zijn leden kan slechts de onzichtbare macht der gemeenzame overtuiging zijn. Het recht is het resultaat van de nationale volksovertuiging. In de familie kan als zoodanig geen recht gevormd worden. Hierin onderscheidt zich volgens Puchta het recht van de moreele overtuiging, dat het recht slechts van het heele volk kan uitgaan, de moraal echter zoowel aan den geest der individuen als zoodanig en aan die der familie als aan die des volks eigen is, wat zich uit het beginsel der moraal (das menschliche Wohl) van zelf verklaart.

En nu volgt die bedenkelijke terugbuiging naar de slechts statelijke rechtsopvatting, die door de boven weergegeven inleidende beschouwingen is voorbereid. Juist wijl het recht slechts van het volk als zoodanig kan uitgaan en dit volk als zoodanig een natuurlijke gemeenschap zonder handelingsbekwaamheid is, vindt het volk zijn eenig mogelijke rechtelijke organisatie in *den staat*.

De staat is het georganiseerde volk.

Het stellig recht nu heeft twee zijden, die volgens Puchta niet kunnen worden gescheiden, zonder het begrip des rechts op te heffen. De eerste bestaat in de volksovertuiging van hetgeen recht is, de tweede in de *geldendmaking*, de realiseering dezer overtuiging en dit laatste is slechts mogelijk door een orgaan van den algemeenen wil, alzoo *in den staat*. Zonder realiseering van de volksovertuiging door de staatsorganen van rechtspraak en politie kan geen positief recht bestaan.

Om deze reden is Puchta ook van oordeel, dat er geen recht kan gelden vóór den staat, daarom acht hij anders dan VON SAVIGNY een volkenrecht onmogelijk en wil hij slechts van een volkeren- of statenmoraal spreken.

Puchta's meening is dus deze: De staat is wel is waar niet de schepper van het recht. Maar alle recht eischt voor zijn geldendmaking

de organen van den staat. En alzoo: er is geen recht buiten den staat <sup>81)</sup>, er bestaan geen zelfstandige rechtssferen naast de *statelijke*.

Uit deze ondanks alles weder exclusief statelijke rechtsopvatting had logisch ook de ontkenning van een zelfstandig kerkrecht moeten voortvloeien.

PUCHTA heeft deze consequentie echter niet aangedurfd. In zijn eenig niet-civielrechtelijk werk, dat over het recht der kerk <sup>82)</sup>, neemt hij positie tegen HEGEL's beschouwing, die evenals SCHELLING in zijn beroemde *Würzburger Vorlesungen* (1804) de geheele bestemming der menschen in lichamelijk en geestelijk opzicht in den staat liet opgaan. PUCHTA verdedigt hier een zelfstandig rechtsbestaan voor de kerk, 't geen, gelijk gezegd, in zijn stelsel volstrekt niet past.

PUCHTA heeft zeer scherp positie gekozen tegen de o. a. door EICHHORN en i. h. a. door de *germanistische richting* verdedigde leer, die het gewoonterecht op het *autonomiebeginsel* terugvoert. Puchta kan de autonomie slechts *individualistisch* zien, e. w. als een aan bepaalde onderdanen van het staatsgezag als *individuen* ingeruimd recht, door private beschikkingen (verdragen, contracten, of stilzwijgend door „*Observanz*”) werkelijke rechtsnormen te vormen. Daar nu alle recht in wezen op de volksovertuiging als „algemeenen wil” rust, is in de autonomie, welke de onderdanen min of meer zelfstandig tegenover het staatsgezag een recht toekent en dus eigenlijk de innerlijke eenheid in de volksgemeenschap ontkent, slechts een *onregelmatige* rechtsbron te zien. In de Germaansche rechtstoestanden zou de autonomie haar verklaring hierin vinden, dat nog een welgeordende staatsinrichting ontbrak en het beginsel van de natuurlijke vrijheid van het individu overwoog. Zoo kwam men er toe in den vorm van verdragen, in den lateren tijd tusschen de standen en den landsheer, wezenlijke rechtsnormen vast te stellen, als waren deze organen niet als zoodanig leden van hetzelfde organisme, doch tegenover elkander staande individuen. Een *verdrag* nu, d. i. de bewuste wilsovereenstemming tusschen meerdere personen, die als zoodanig als individuen tegenover elkander staan, kan wel een *rechtsverhouding*, doch geen *rechtsnorm* voortbrengen, onderstelt veeleer de rechtsnorm.

„Denn das Recht ist etwas öffentliches und allgemeines, welches eben deshalb nicht von den Einzelnen als solchen hervorgebracht werden kann; der Wille aller Einzelner als solcher wäre noch immer kein allgemeiner Wille”. <sup>83)</sup> M. a. w., Puchta kent geen andere rechts-

gemeenschap dan den staat als organisatie van het volk en deze stelling komt re vera de statelijke rechtsopvatting geheel in het gevele.

Vergelijken wij nu de opvatting van Puchta op dit punt weder met die van zijn leermeester, dan blijkt opnieuw de ruimere blik van VON SAVIGNY.

Weliswaar volgt Von Savigny zijn leerling in zooverre, dat ook hij den staat als de eenige rechtsorganisatie van het volk in natuurlijken zin beschouwt: „Die(se) leibliche Gestalt der geistigen Volksgemeinschaft ist der STAAT, und mit ihm sind zugleich scharf bestimmte Gränzen der Einheit gegeben”.<sup>84)</sup>

Doch Von Savigny laat hier onmiddellijk op volgen: „Allein, auch da, wo die Einheit eines Volkes unzweifelhaft ist (en hij heeft even te voren betoogd, dat de grenzen der individueele volkeren onbestemd en wisselend zijn<sup>85)</sup>), finden sich innerhalb der Gränzen desselben oft engere Kreise, die durch einen besonderen Zusammenhang noch neben dem allgemeinen des Volkes, vereinigt sind, wie Städte und Dörfer, *Innungen, Corporationen aller Art* (ik cursiveer!), welche insgesamt volksmäßige Abtheilungen des Ganzen bilden. Auch in diesen wiederum kann eine eigenthümliche Rechtserzeugung ihren Sitz haben als PARTICULÄRES Recht, neben dem gemeinsamen Volksrecht, *welches dadurch auf manchen Seiten ergänzt oder umgebildet wird.*” En Von Savigny wijst in dit verband op de oer-oude gewoonterechten der individueele gentes in Rome!<sup>86)</sup>

Voorts wijst Von Savigny met nadruk op het feit, dat de staat vaak verschillende volkseenheden omvat. Wat het kerkrecht betreft, Von Savigny erkent het als „ein für sich bestehendes Rechtsgebiet, das weder dem öffentlichen noch dem Privatrecht untergeordnet werden darf”.<sup>87)</sup>

In een afzonderlijk § (11) bespreekt VON SAVIGNY het karakter van het volkenrecht, dat hij in scherpe tegenstelling met Puchta als wezenlijk *recht* laat gelden, zij 't al als een gebrekkig recht, zoowel wegens de onvolledigheid van inhoud als wegens 't ontbreken van een staatsgezag, met name van een rechterambt. Het volkenrecht heeft dan zijn ontstaansgrond volgens Von Savigny in het gemeenschappelijk rechtsbewustzijn van een geestelijke gemeenschap der volkeren, met name van de Christelijke Europeesche, welke gemeenschap haar grondslag deels in stamverwantschap, deels en vooral in gemeenzame religieuze overtuigingen bezit<sup>88)</sup>.

Uit deze geheele uiteenzetting van Von Savigny blijkt genoegzaam, dat hij het dogma van de statelijkheid van alle stellig recht, dat Puchta buiten het kerkrecht streng consequent doorvoert (ondanks het in wezen anti-staatsabsolutistische uitgangspunt der historische rechtstheorie), veel minder consequent heeft gehuldigd, en *dat hij veel meer dan Puchta oog heeft gehad voor de differentieering in de rechtsverbanden*. Alleen maar, een behoorlijke analyse van de structuur dezer verbanden zoekt men ook bij hem tevergeefs.

Wij komen tenslotte tot de opvattingen van VON SAVIGNY en PUCHTA i. z. de wetenschap als rechtsbron in formeelen zin.

Door het poneeren van de rechtswetenschap als derde formeele ontstaansbron van het positieve recht (het zgn. *juristenrecht*) heeft de historische school gemeend, tegenover de heerschende leer, die het juristenrecht, evenals alle ander buiten-wettelijk recht onder het „gewoonterecht” samenvatte, een groote stap tot verheldering van de rechtsbronnentheorie te hebben gedaan.

Doch juist tegen de verheffing der wetenschap tot rechtsbron heeft de geheele statelijke rechtsbronnentheorie een kruisvuur van kritiek gericht. De positivist BERGBOHM ziet in zijn *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* hierin niets anders dan een terugval van de historische school in het natuurrechtelijk dogma.

Om ter zake een juist oordeel te vellen, dienen we na te gaan, hoe Von Savigny c. s. er toe gekomen is, de rechtswetenschap als rechtsbron te erkennen en *in welken zin deze stelling gemeend is*. WANT OP GEEN PUNT DER HISTORISCHE RECHTSBRONNENTHEORIE IS ZOOVEEL MISVERSTAND, DOOR GEBREK AAN EEN WEZENLIJKE BESTUDEERING ONTSTAAN ALS HIER!

De geheele gedachte van de rechtswetenschap als *formeele ontstaansbron* van het stellig recht (dus niet als rechtsbron in den zin van materiele geldingsbron!), is bij Von Savigny opgekomen uit zijn studie van de Romeinsche rechtsontwikkeling. De ontwikkeling van het *ius civile* was hier in hoofdzaak aan den arbeid der wetenschappelijk gevormde juristen te danken, die lang voordat Augustus door de instelling van het *ius reponendi* aan de adviezen der daarmede begiftigde juristen statelijke wetskracht toekende, door de wetenschappelijke autoriteit hunner arbeid feitelijk de rechtsovertuiging des volks zelfstandig tot stellig recht vormden. Het was in wezen dit juristenrecht (en niet de keizerlijke wetgeving), dat, door Justinianus, slechts

van het stempel der staatswetgeving voorzien, in de moderne rechtsontwikkeling is overgegaan.

In de Middeleeuwen waren het met name de post-glossatoren, die door hun *construeerende methoden* het Romeinsche recht aan de Germaansche toestanden aanpasten en in wier arbeid de omvorming van het Romeinsche recht tot stellig recht feitelijk geheel was geconcentreerd. Daarom bleef het in en ook buiten Duitschland een erkende regel, dat de *communis opinio doctorum* recht vormde, waarbij men intusschen de vraag, wanneer van een gemeenschappelijke opvatting der rechtsgeleerden sprake was, zeer formalistisch en willekeurig beantwoorde <sup>89)</sup>.

VON SAVIGNY heeft boven deze rechtshistorische gegevens nu zijn theorie in zake de ontwikkeling van het volksrecht gebouwd. In boek I cap. 2 § 15 van zijn *System* geeft hij een beschouwing over de rechtsbronnen in hun samenhang. Aanvankelijk uitsluitend gewoonterecht, wordt het volksrecht geleidelijk daarnevens door de wetgeving in ondersteunenden en aanvullenden zin gepositieerd. Komt dan bij voortschrijdende ontwikkeling des volks de rechtswetenschap daarbij, dan heeft het volksrecht in de wetgeving en in de wetenschap twee organen, *waarvan elk tegelijk zijn eigen ontwikkelingsgang volgt en zijn eigen leven heeft*.

Neemt tenslotte in later tijden de rechtsvormende kracht des volks in zijn totaliteit af, dan leeft zij voort in deze organen. Dan is echter ook van het oude volksrecht gewoonlijk weinig meer in zijn oorspronkelijken vorm zichtbaar, doordat het voor het grootste en belangrijkste deel in wetgeving en wetenschap zal zijn verwerkt en nog slechts in deze laatste onmiddellijk verschijnt. Op deze wijze kan het geschieden, dat het volksrecht door wet en wetenschap schier geheel overdekt wordt en dan zal ook het ware ontstaan van het voorhanden positieve recht licht vergeten en miskend worden.

Wat verstaat VON SAVIGNY nu onder de rechtswetenschap als rechtsbron? Hij begint, *wat de kritiek geregeld vergeet*, scherp te onderscheiden de *theoretische* en de *practische* arbeid der rechtsgeleerden. <sup>90)</sup>

Theoretisch noemt Von Savigny ieder zuiver-wetenschappelijk onderzoek, hetzij het op kritische vaststelling van de tekst der rechtsbronnen, of op verklaring daarvan, of op systematische bearbeiding der rechtsnormen gericht is. „Dadurch, aldus v. S., „*wird kein neues*

*Recht erzeugt* (ik cursiveer!), sondern nur das vorhandene Recht zu reinerer Erkenntnis gebracht und *insofern kann diese Arbeit zunächst nicht unter die Rechtsquellen gezählt werden* (ik cursiveer!)”<sup>91</sup>).

Zij neemt slechts als een groote autoriteit een soortgelijke plaats in, doordat de rechters in de practijk hare resultaten overnemen. Als voorwaarde voor dit feitelijk gezag der wetenschap is slechts te noemen de *communis opinio* van rechtsgeleerden, die bekend staan als ernstige onderzoekers.

Slechts in dezen *oneigenlijken* zin laat Von Savigny de theoretische rechtswetenschap als formeele ontstaansbron gelden. *In waarheid echter is bij hem de eigenlijke wetenschap geen rechtsbron*, daar hij immers erkent, dat ze slechts op kritische waarheid is gericht en geen nieuw recht vormt. Daarom hangt haar feitelijk gezag ook aan de mate, waarin zij erin slaagt, de rechtspractijk van de waarheid harer resultaten te overtuigen: een nieuw, nog grondiger onderzoek kan de vroeger heerschende opvatting weer geheel wijzigen.

Wanneer Von Savigny de wetenschap onder de formeele ontstaansbronnen rangschikt, dan heeft hij ook niet de wetenschap zelve in haar theoretisch karakter op het oog, doch veeleer de practische arbeid der geleerde juristen in de positieve rechtsvorming, ook al heeft hij zelf door zijn terminologie onklarheid geschapen.

„Als praktische Arbeit dagegen”, aldus v. S., „bezeichne ich hier jede Forschung, welche nicht auf den Inhalt der Quellen für sich beschränkt ist, sondern zugleich das Verhältnisz dieses Inhalts zu dem lebendigen Rechtszustand und das Bedürfnisz der neueren Zeit, ins Auge faszt”.<sup>92</sup>)

Hier heeft Von Savigny inderdaad nieuwe rechtsvorming door de wetenschappelijke juristen op het oog (’t geen ook door Ross bij zijn verwarring tusschen theoretische en practische wetenschap in de uiteenzetting van VON SAVIGNY uit ’t oog is verloren<sup>93</sup>)) door adviezen, acten, vonnissen e. d. maar evenzeer door dogmatische geschriften. *Op den uitwendigen vorm* komt ’t Von Savigny niet aan!

Dit practisch juristenrecht nu is volgens Von Savigny niets anders dan *het technisch-wetenschappelijk orgaan van het gewoonterecht*, doch slechts onder een belangrijk voorbehoud, waarin de leidende gedachte der historische rechtsbeschouwing weder duidelijk naar voren komt.

Bij de beschouwing van dit practisch juristenrecht n.l., voorzoover



het den „usus modernus” van het Romeinsche recht heeft gevormd, onderscheidt Von Savigny daarin twee geheel ongelijksoortige bestanddeelen:

1<sup>o</sup> een deel is van gezond karakter en berust op nieuwe behoeften van het leven, is in de natuurlijke rechtsontwikkeling ontstaan. Aan dit deel schrijft Von Savigny: „die Kraft und Realität eines auf wissenschaftlichen Wege anerkannten *Gewohnheitsrecht*” toe *en bestrijdt de vroegere, onwetenschappelijke pogingen, om dit nieuwe recht door begripsconstructies uit het Romeinsche recht af te leiden!* Hij toont zich hier dus een bestrijder der zgn. *Begriffsjurisprudenz!*

2<sup>o</sup> een ander deel is echter uit gebrekkige kennis, uit verwarring en onkunde inzake het wezenlijk geldende recht ontstaan en dit stuk pseudo-juristenrecht moet door de wetenschap worden teruggedrongen en kan zijn aanspraak op gelding zelfs niet doen steunen op de consuetudo: „Was diese Natur an sich trägt, hat nur den falschen Schein eines praktischen Rechts: es ist schlechte Theorie, die einer besseren Theorie jederzeit wichen musz”.<sup>94)</sup>

M. a. w. ook het juristenrecht kan als bijzonder orgaan van het gewoonterecht *slechts in materieelen zin* gelden door zijn worteling in de normatieve historische ontwikkeling en de rechtsovertuiging des volks.

In verband hiermede bespreekt Von Savigny tenslotte ook de vraag, of de *rechtspraak* als zelfstandige formeele rechtsbron kan gelden.

Von Savigny beschouwt de rechtsvorming langs den weg der rechtspraak, gelijk reeds bleek, als *juristenrecht* en stelt voor de gelding van het aldus gevormde recht dezelfde eischen als voor het juristenrecht in 't algemeen. M. a. w. ook *hier* kan het simpele gebruik in de rechtspraak op zich zelve geen stellig recht vormen „Da aber die Richter eben so gut als die Schriftsteller dem Irrthum unterworfen sind, so können auch solche Urtheile aus bloßer Unkunde des Rechts hervorgegangen seyn. Auch hier also, wie bey den Schriftstellern, ist vielmehr eine allgemeinere Uebereinstimmung nöthig, die durch mehrere gegeneinander laufende Urtheile gänzlich ausgeschlossen wird”.<sup>95)</sup>

*Samenvattend* kunnen wij dus zeggen: Bij Von Savigny is de wetenschap in *theoretischen zin*, die slechts naar wetenschappelijke waarheid, niet naar voldoening aan de in de historische ontwikkeling opgekomen nieuwe rechtsbehoeften streeft, *niet rechtsbron in formeelen zin, wijl ze immers geen nieuw recht vormt.*

Rechtsbron als formeele ontstaansbron is bij Von Savigny slechts

het practisch juristenrecht, *maar dan alleen als zelfstandig orgaan van het gewoonterecht*, m. a. w. als volksrecht op hooger intellectueel plan, waarbij de volksovertuiging zich in de *communis opinio doctorum* heeft geconcentreerd. Als derde rechtsbron naast het eigenlijk gewoonterecht kan dit juristenrecht dan alleen gelden, omdat bij het eigenlijk gewoonterecht het volk de onmiddellijke drager der rechts-overtuiging is, terwijl bij het juristenrecht de volksovertuiging zich verder ontwikkelt in den wetenschappelijk gevormden juristenstand. DE MEENING, DAT DE HISTORISCHE SCHOOL DE THEORETISCHE RECHTS-WETENSCHAP IN EIGENLIJKEN ZIN NAAST GEWOONTE- EN WETGEVING ALS RECHTSBRON (EN DAN NATUURLIJK IN DEN ZIN VAN *formeele ontstaansbron*, VAT MEN OOK WEL EENS VERGEET!) HEEFT WILLEN PONEEREN, VINDT DUS IN VON SAVIGNY'S LEER GEEN STEUN!

Slechts bij Von Savigny's epigonen, in de eerst plaats bij PUCHTA, kan men voor de tegenovergestelde opvatting aanknoopingspunten vinden en het is in dit verband noodzakelijk op het meestal over het hoofd geziene, maar niet onbelangrijk verschil tusschen Von Savigny's en Puchta's leer inzake de wetenschap als rechtsbron een oogenblik stil te staan.

Dit onderscheid hangt ten nauwste samen met de omstandigheid, dat PUCHTA, veeleer dan Von Savigny zelf, de vader is geworden van de zgn. „Begriffsjurisprudenz”<sup>96</sup>), die meende door louter logische constructies de positiefrechtelijke leemten in het rechtssysteem te kunnen aanvullen.

Slechts bij zulk een opvatting van de theoretisch-wetenschappelijke werkzaamheid is 't mogelijk haar met Puchta tot zelfstandige formeele rechtsbron te verheffen.

Hooren wij Puchta zelf<sup>97</sup>): „Gewohnheitsrecht und gesetzliches haben das mit einander gemein, dasz sie vermöge der äusseren Autorität gelten, welche der gemeinsamen Volksüberzeugung, der gesetzgebenden Gewalt zukommt. Wie nun durch die wissenschaftliche Behandlung die Prinzipien zum Bewusstseyn gebracht werden, auf denen die durch diese Rechtsquellen gegebenen Rechtssätze beruhen, so wird es sie auch möglich, aus denselben Principien noch andere Rechtssätze auf dieselbe Weise, wie jene schon bestehenden daraus flieszen, zu folgern, *Sätze, welche neu sind, insofern sie erst durch die Wissenschaft aus dem bestehenden Recht, in welchem sie als Keime allerdings schon liegen, hervorgetrieben werden*” (ik cursiveer!).

De theoretische wetenschap heeft dus langs logischen weg de positiefrechtelijke leemten aan te vullen, een taak, die men vroeger aan het natuurrecht toekende:

„Der Richter hat also auch das als Rechtssatz anzuerkennen, was sich als solcher aus inneren Gründen (mit Berücksichtigung der Natur der Sache, durch juristische Consequenz und Analogie) ergibt. Dieses Recht gründet sich nicht auf eine äussere Autorität, sondern lediglich auf die innere der wissenschaftlicher Wahrheit, ein solcher Satz gilt nur insofern er wahr ist“ (ik cursiveer!).

*Dat hier inderdaad de THEORETISCHE rechtswetenschap is bedoeld, blijkt behalve uit het door mij gecursiveerde nog duidelijker uit de omstandigheid, dat Puchta tegenover dit soort juristenrecht een ander juristenrecht stelt in den zin der „praktische Jurisprudenz“ van Von Savigny. In deze redeneering is inderdaad de theoretische rechtswetenschap tot rechtsbron geworden. Maar deze stelling ontbindt zich zelve, daar de slechts op theoretische waarheid gerichte wetenschap nimmer nieuw recht kan vormen, doch veeleer het positief gevormde recht tot object van onderzoek moet nemen, derhalve het bestaan van het stellig recht reeds voor-onderstelt.*

(Wordt vervolgd)

<sup>1)</sup> Dat er inderdaad aanleiding bestaat voor een scherpe onderscheiding van de sub 5<sup>o</sup> en sub 6<sup>o</sup> genoemde beteekenissen, waarin het woord rechtsbron gebruikt wordt, kan niet twijfelachtig zijn, al speelt in de terminologie der schrijvers zelve vaak verwarring tusschen geldings- en ontstaansbron in dezen zin door. Het woord „rechtsbron“ heeft sub 8<sup>o</sup> een uitgesproken *normatieve* zin, sub 6<sup>o</sup> daarentegen een *natuur-causalen* zin. Wanneer KRABBE in zijn *De moderne staatsidee* blz. 42 schrijft, dat er geen ander recht is „dan hetgeen ontspringt uit de eenige bron, die in staat is een norm tot rechtsnorm te maken het originaire rechtsgevoel en rechtsbewustzijn“, en dan vervolgt: „Wat niet dááruit is ontstaan, kan met dwang van staatswege worden gehandhaafd, kan door de rechterlijke macht als grondslag harer vonnissen worden gebezigd . . . , maar recht is het nooit en nimmer“ — dan kan ondanks zijn tot verwarring aanleiding gevende terminologie de *normatieve* geldingszin, waarin hij het woord rechtsbron gebruikt niet verborgen blijven.

<sup>2)</sup> GÉNY, *Méthode d'Interpretation* II, 221: „Même sous sa forme positive, le droit nous apparaît comme un ensemble de règles, issues de la naturae de choses, et devant être dégagées, au moyen d'une interprétation, plus au moins libre, des éléments sociaux, qu'il a pour object d'ordonner en vue du bien commun. Directement inspiré par la justice et l'utilité générale, son essence le place donc fort au dessus des sources formelles, qui n'en sont que les révélations empiriques, destinées seulement à diriger les jugements humains de façon plus précise, mais, en soi toujours incomplètes et imparfaites.“

<sup>3)</sup> KELSEN, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* 1928 S. 33: „Hier können wir uns begnügen, festzustellen, dass eine Delegation des positiven Rechtes durch das Naturrecht nichts anderes

bedeuten kann, als: dasz im System des letzteren eine Norm behauptet wird, durch die eine oberste Autorität zur Setzung positiven Rechtes ermächtigt wird, deren Normen nicht darum gelten sollen, weil sie ihrem Inhalt nach gerecht sind, sondern, weil sie von der durch das Naturrecht eingesetzten Autorität erlassen sind. . . Ihre Annahme (scl. dieser Delegationsnorm) stellt den logisch unmöglichen Versuch dar, mit Hilfe des naturrechtlichen Geltungsprinzips ein dieses ausschliessende: das positivrechtliche zu begründen."

<sup>4)</sup> ALF ROSS, *Theorie der Rechtsquellen* (Wiener Staats- und Rechtswissenschaft. Studien Bnd XIII) 1929, S. 56 flg.

<sup>5)</sup> Mijn werk over de „Philosophie der Wetsidee" zal, naar ik hoop, thans spoedig in druk verschijnen. Ik moet in afwachting daarvan, belangstellenden voorloopig nog verwijzen naar de korte samenvatting mijner theorie in de Prolegomena van mijn studie „Het juridisch causaliteitsprobleem in 't licht der Wetsidee" (A.R. Staatk. 1928, driemaand. orgaan blz. 21 vlg.).

<sup>6)</sup> ROSS, t. a. p. S. 3.

<sup>7)</sup> Zie voor krasse practische voorbeelden in de Fransche rechtsvorming: HENRI DE PAGE, *De l'interprétation des lois* Tome II (1925) p. 183 en volgende.

<sup>8)</sup> J. KOSTERS, *De plaats van gewoonte en volksovertuiging in het privaatrecht* (1912) blz. 108 vlg.

Het standpunt van Prof. Kusters ter zake van de verbindbaarheid van de artt. 3 en 5 van de Wet A. B. is o. i. niet vrij van tegenspraak. Eenerzijds (blz. 90) schrijft Kusters aan de genoemde artikelen op de meest besliste wijze rechtskracht toe en acht hij het ongeoorloofd, dat de jurisprudentie zich er over heen zet, anderzijds lezen wij (t. a. p. blz. 106/7) tot onze verwondering: „Dus is eene schraping van den regel van art. 3 A. B. ook uit een oogpunt van interpretatie der wet wenschelijk, zoo niet noodzakelijk: want de gewoonte behoort ten deze wel recht te geven — *en geeft metterdaad ook recht* (ik cursiveer!) — in dien zin, dat zij bij de uitlegging van toepassing van zoo menige wetsbepaling den doorslag geeft. Een voorschrift, dat met ronde woorden het tegendeel verklaart en waarvan men, tegen zijne woorden en oorspronkelijke bedoeling in, de strekking moet beperken, om tot dragelijke resultaten te komen, kan niet gehandhaafd".

In 't licht van deze en volgende uiteenzettingen kan men m. i. Prof. Kusters' vroegere uitspraak in zake de stricte verbindbaarheid van de artt. 3 en 5 toch moeilijk voor het volle pond nemen. Wij zullen trouwens in 't vervolg zien, dat de formeele geldingstheorie zich zelf in tegenspraak ontbindt.

<sup>9)</sup> Gedr. St. Tweede Kamer St.-Gen. zitt. 1928/9 no. 235.

<sup>10)</sup> De methodisch-systematische beteekenis van Bodin's soevereiniteitsbegrip, heb ik uitvoerig besproken in mijn studiereeks *In den Strijd om een Christelijke Staatskunde* XIII (A.R. Staatskunde, 2e jrg. blz. 248 vlg.).

Hier wees ik ook op voorloopers van Bodin als LUPOLD VAN BEBENBURG en AENEAS SYLVIUS.

<sup>11)</sup> *Les Six livres de la République* Livre I Chap. X, pag. 222: „Je respons que la coutume prend sa force peu à peu, et par longues années d'un commun consentement de tous, ou de la plus part: mais la loy sort en vn moment, et prend sa vigueur de celuy qui a puissance de commander à tous: la coutume se coule doucement, et sans force: la loy est commandee et publiee par puissance, et bien souvent contre le gré der subjects... dauantage la loy peut casser les coutumes, et la coutume ne peut derogar à la loy..... et pour le faire court, la coutume n'a force que, par la souffrance, et tant qu'il plaist au Prince souuerain, qui peut faire une loy, y adioustant son homologation. Et par ainsi toute la force des loix ciuiles et coutumes gist au pououir du Prince souuerain".

<sup>12)</sup> Zie de bronnenplaatsen, aangehaald bij Dr. SIEGFRIED BRIE, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht* I S. 12 flg.

<sup>13)</sup> Waarom wij hier uitdrukkelijk van *rechtsvormende* gedragingen spreken, zal ons later blijken bij onze kritiek op de sociologische rechtsbronnentheorie.

<sup>14)</sup> VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* I S. 147 schrijft, dat de consensus „nicht ein willkürlicher Entschluss (sei), der ebensogut auch in entgegengesetzter Richtung gedacht werden könnte, sondern die aus innerer Nothwendigkeit übereinstimmende Gesinnung“.

<sup>15)</sup> Slechts enkele uittalingen in rhetorische geschriften pleiten voor de *overtuigings*theorie: Zoo QUINTILIANUS, *Institutio oratoria* lib. V cap. 10 § 13, waar hij het gewoonterecht omschrijft als „persuasio” (civitas aut gentis). Zie voorts CICERO, *Tuscul. Quaest.* I cap. 15 § 35.

Voor de *wilstheorie* daarentegen pleit een geheele reeks plaatsen in het *Corpus iuris civilis*.

<sup>16)</sup> L. 32 § 1 D. 1 de legibus senatusque consultis et longa consuetudine 3 *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos tenant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes; nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.*

<sup>17)</sup> BRIE t. a. p. S. 17.

<sup>18)</sup> EUGEN EHRLICH, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen* (1902) I in 't bijzonder S. 168—200.

Anders PUCHTA, *Gewohnheitsrecht* I, 86, die althans de bekende uitspraak van Salvius Julianus zoo interpreteert, dat deze jurist identiteit van subject aanneemt.

<sup>19)</sup> Zie EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913) S. 356 en zijn rectoraatsrede: *Die Tatsache des Gewohnheitsrechts*.

PUCHTA, *Gewohnheitsrecht* I, 24.

<sup>20)</sup> Naast het ius civile komen het ius naturale en het ius gentium als bestanddeelen van het privaatrecht in aanmerking.

D 1, 1, 1, 2 Ulpianus I. primo institutionum . . . : *Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.*

<sup>21)</sup> POMPONIUS 2 § 1-2-3-4-5, *Dig. de origine juris et omnium magistratum et successione prudentium* I, 2: *Haec disputatio et hoc jus quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur . . . sed communi nomine appellatur jus civile”.*

<sup>22)</sup> Zie PUCHTA, *Gewohnheitsrecht* I S. 68, die eveneens 't bestaan van een eigenlijke rechtsbronnentheorie bij de Romeinsche juristen ontkent.

<sup>23)</sup> Vgl. de Instituten van Justinianus § 9 en § 11 I, 1, 2.

Merkwaardig is de uitspraak van den jurist MODESTINUS L 40 D. 1 de legibus 3: *Ergo omne ius aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo.*

<sup>24)</sup> Voor het gewoonterecht, dat waarschijnlijk ouder is dan de wet der twaalf tafelen vgl. men KRUEGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts* S. 14 flg.

<sup>25)</sup> Hieraan doet niets af de populaire beschouwing der Romeinsche schrijvers, welke de oeroude, grootendeels tot het zgn. gewoonterecht behoorende instituten en rechtsnormen van het Romeinsche recht op de koningswetten terugvoerde en voor den geheelen lateren rechtstoestand de lex XII tabularum als grondliggend beschouwde. Zie BRUNS *Fontes* I pag. 1 sqq. en dezelfde schrijver in Holtzendorff's *Encycl. der Rechtswissenschaft* I (4e Aufl.) S. 112.

PUCHTA, *Gewohnheitsrecht* S. 13 flg.

<sup>26)</sup> Zie BRIE t. a. p. S. 125.

<sup>27)</sup> BARTOLUS, ad L. 32 D h. t. rep. num. 6.

<sup>28)</sup> BALDUS, ad l. 32 D h. t. Per hanc legem (scil. l. 3 C. h. t.) apparet quod valet consuetudo collegiorum huius civitatis, puta mercatorum et aliarum artium.

<sup>29)</sup> BARTOLUS ad l. 32 D h. t. rep. num. 16.

<sup>30)</sup> BRIE, t. a. p. S. 114 met de daar aangehaalde plaatsen.

<sup>31)</sup> PETR. DE BELLAPERTICA in zijn *Quaestiones et Decisiones* Qu. CCCCLXII. ALBERICUS DE ROSATE ad l. 32 D. h. t. num. 45 (eenigszins anders num. 66—67).

<sup>32)</sup> THOMAS VAN AQUINO, *Summa Theol.* II 1 Qu. XCVII art. 3.

<sup>33)</sup> PANORMITANUS, *Commentaria*, primae partio in primum Decretalium, Venetiis MDCV, in fol. Bibl. nat. E. 1189, c. XI no. 7.

RENÉ WEHLÉ, *De la coutume dans le droit canonique* (1928) p. 95 onderscheidt de „doctrine” als kanonieke leer en de „théorie” als wetenschappelijke rechtvaardiging van de doctrine, en laat de laatste eerst in de 15e eeuw een aanvang nemen. Vaststaat, dat reeds in de doctrine van het einde der 12e resp. het begin der 13e eeuw de gelding van particuliere, van ’t gemeene recht der kerk afwijkende rechtsgewoonten door sommige kanonisten op stilzwijgende toestemming van den paus is gegrond. Zie VON SCHULTE, *Geschichte der Quellen und Litteratur des canon. Rechts* I S. 101.

Maar ook in de theorie der 13e eeuw wordt door verschillende kanonisten het vereischte der pauselijke bewilliging voor zulk derogatoir gewoonterecht gevorderd. Zoo met name DAMASUS en JOHANNES TEUTONICUS (JOHANNES SÉMÉCA) (BRIE t.a.p., S. 190 fig.).

In dit verband is onbegrijpelijk, hoe Wehlé PANORMITANUS (Nicolas de Tedeschis), die in de XVe eeuw optreedt, als den *eersten* theoreticus van het kanoniek gewoonterecht kan verheerlijken, die dit vereischte uitdrukkelijk zou hebben gesteld en daarmede de kanonieke theorie van hare afhankelijkheid van de civilistische (!) zou hebben bevrijd.

Zoo schrijft WEHLÉ t.a.p. p. 273 zelfs het volgende: „c’est dans Panormitanus que, pour la première fois, se trouve la mention „d’une permission donnée par le pape” comme d’un élément important pour la formation juridique d’une coutume contraire au droit. Cette mention est un fait si capital pour l’historique de la coutume dans le droit canonique qu’ elle suffirait à immortaliser (!) Panormitanus; mais surtout, elle est l’indice certain de la christianisation de la théorie de la coutume. Désormais l’Église est maîtresse de son droit; elle a sa théorie à elle sur la question si complexe de la coutume; le mouvement qui amènera la „canonisation” définitive de la coutume, c’est à dire son assimilation aux princes directeurs de l’Église, est déclenché”.

Hoe over deze ietwat pathetische uitspraak te denken, wanneer wij reeds bij JOHANNES TEUTONICUS ((XIIIe eeuw) in zijn Gl. abrogatae ad dictum Gratiani ante c. 4 Dist. 4 lezen: „Sed dic quod NON POTEST ABROGARE NISI PER EXPRESSUM CONSENSUM PPAE etc..

Wehlé vermeldt Johannes Teutonicus slechts terloops.

<sup>34)</sup> Zie hierover uitvoerig mijn studiereeks *In den Strijd om een Christelijke Staatkunde*, XI, (A.R. Staatkunde, 1e jrg. blz. 588 vlg.).

Vgl. voorts E. FUETER, *Geschichte des Europ. Staatessystem* von 1492 bis 1559 (München und Berlin 1919).

J. DECLAREUIL, *Histoire Générale du Droit français* (1925) p. 511—531.

HENRI SÉE, *Les idées politiques en France au XVIIe Siècle* (Paris 1923).

<sup>35)</sup> Dat ook in den tijd der gevestigde gecentraliseerde monarchie in Frankrijk, *juridisch* de gebondenheid van den vorst aan de „lois fondamentales” van den staat, nimmer ernstig is betwijfeld, heb ik reeds doen zien in *In den strijd om een Christelijke Staatkunde*, t. a. p. XI blz. 596 vlg.: *Het begrip der legitimitéit*.

<sup>36)</sup> Zie ook LE BRET, *Traité de la souveraineté du Roy* I, 9, p. 69.

<sup>37)</sup> Bij de oud-Fransche juristen is deze heidensche opvatting van de godde-

lijkheid des soevereins nimmer onverholener uitgesproken dan bij DEGRASSALIUS *Regalium Franciae libri duo jura et dignitatis christianissimorum regum*, waar hij schrijft: „Rex est tanquam quidam corporalis deus”.

Zie voorts LE BRET t. a. p. I, 1, 9, IV, 3. pp. 1, 9, 512.

<sup>38)</sup> Zie GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis* (ed. Molhuysen MCMXIX Liber II cap. IV § V, 2: „Cui simillimum quid in consuetudine apparet. Nam haec quoque, semotis legibus civilibus quae certo tempore ac modo eam introduci volunt, a populo subdito introduci potest *ex eo quod ab imperium habente toleratur*.”

In zijn *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*, nieuwe uitg. door Mr. L. J. van Apeldoorn 1926 Bk. I D. 2 § 13 j<sup>o</sup> § 15 geeft De Groot aan het gewoonterecht tot „naesten oorspronck” „de wille van de overheid eens burgerlike gemeenschaps”.

<sup>39)</sup> *Leviathan*, Deel II cap. 26 § 3.

<sup>40)</sup> PUFENDORFF, *De iure naturae ac gentium*, Lib. VIII cap. 1 § 1.

Pufendorff onderscheidt hier duidelijk *gelding* en *oorsprong* der burgerlijke wetten.

Naar hun *gelding* worden ook natuurrecht en stellig goddelijk recht door den statelijken rechter toegepast, doch toch eigenlijk alleen in *bindenden* zin, voorzoverre zij door den soeverein van den staat gesanctioneerd zijn.

Naar hun *oorsprong* definieert Pufendorff de wetten als die regelen, die alleen tot beginsel hebben den wil van den soeverein en die betreffen het bijzonder welzijn van den staat.

In de statelijke rechtspraak moet het natuurrecht als aanvullende rechtsbron dienen, waar het stellig recht in den steek laat.

<sup>41)</sup> t. a. p. Liber II Cap. IV § 23.

<sup>42)</sup> Zie voor verdere voorbeelden JAQUES STERN, *Thibaut und Savigny* (1914) 8; 236.

<sup>43)</sup> BENTHAM, *The works*, Bowring 1843 III blz. 205 (aangehaald bij KOSTERS t. a. p. blz. 34): a general view of a complete code of law; A complete digest, such is the first rule. Whatever is not in the codes of law ought not to be law.

Nothing ought to be referred either to custom or to foreign law or to pretended law of nations enz.

<sup>44)</sup> CHRISTIAN WOLFF: *Institutiones Juris Naturae et gentium MDCCLXXIV* Pars III Sect. II Cap. IV § 1044: „Cum lege voluntatem suam declarat Superior, quid a subditis fieri, vel non fieri velit; *jus interpretandi leges in Rep. superiori competit*. Quamobrem in casu dubio *interpretatio ab eo requirenda*, quae *authentica dici solet*.

Stechts de *leges fundamentales*, die volgens Wolff den soeverein binden, kan hij niet interpreteren.

<sup>45)</sup> DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des loix* (uitg. Arkstee en Merkus, Amsterdam en Leipzig MDCCLXIII) Livre XI chap. VI p. 266.

<sup>46)</sup> t. a. p. p. 271.

<sup>47)</sup> Voor Frankrijk raadplege men b.v. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* bl. 70 vlg. en Prof. A. ESMEIN *L'Originalité du Code Civil* in *Le Code Civil*, Livre du Centenaire (1904) I. Voor ons land KOSTERS t.a.p. bl. 44 vlg.

<sup>48)</sup> Zie mijn analyse van Hobbes' theorie in dit tijdschrift „In den strijd om een Christelijke Staatskunde” XV.

<sup>49)</sup> ROUSSEAU, *Du Contrat social* Livre IV ch. VIII.

<sup>50)</sup> Ik kan voor dit punt eenvoudig verwijzen naar de uitvoerige literatuur-opgave bij ALF ROSS, *Theorie der Rechtsquellen* (1929) S. 128 flg.

ROSS geeft t. a. p. een korte, scherpe typeering van de chaotische verscheidenheid op dit punt, die ik, ter orientering, hieronder laat volgen:

„Die überlieferte Auffassung sieht in Savigny den St. Georg der deutschen Rechtswissenschaft, der den Drachen des Naturrechts zur Strecke brachte. Im

Gegensatz hierzu behauptet eine andere Auffassung dasz Savigny nicht nur keineswegs das Naturrecht besiegt, vielmehr selber ihre Drachensaat weiter verbreitet habe; man fühlt sich daher versucht „Savigny als recht eigentlich denjenigen zu nennen, welcher die Uebertragung des Naturrechts in die neueste Jurisprudenz vermittelt hat“. In politischer und methodischer Hinsicht ist es allgemein üblich die Politik der Schule als fortschrittfeindlichen Konservatismus, Quietismus zu brandmarken und Savigny als Urheber des verketzerten Dogmas von der logischen Geschlossenheit der Rechtsordnung zu stempeln.

In neuester Zeit hat ein bekannter Freirechtsmann Savigny sogar geschildert, als sei er „der gewaltige Gegner der gegenwärtigen deutschen Rechtswissenschaft und Kultur überhaupt“, der „Vater des juristischen Historismus und Begriffsjurisprudenz“. Kurz darauf übernahm es ein anderer „Modernist“, Savigny rein zu waschen. Er sprach ihn von sämtlichen oben erwähnten freirechtsfeindlichen Anklagen los und titulierte ihm sogar als den „ersten *originalen* Freirechtler“. Statt das genannte Dogma begründet zu haben, habe Savigny ihm vielmehr den Krieg erklärt. Ein dritter Verfasser, ein Soziologe, endlich hat Savigny und seine Methode für eine speziell soziologisch orientierte Jurisprudenz in Beschlag nehmen wollen und in seiner Lehre vom Gewohnheitsrecht die vom Verfasser selbst aufgestellte, soziologische Lehre von den „Tatsachen des Rechts“, von Rechtseinrichtungen im Gegensatz zu eigentlichen Entscheidungsnormen wiedergefunden. Derselbe Streit der Meinungen gilt in nicht geringeren Masse dem Verständnis des theoretischen Grundbegriffes der Schule: des Volksgeistes. Während einige in diesem Begriffe nur „einen zusammenfassenden, kurzen Ausdruck für die empirische Gemeinsamkeit der geistigen Beschaffenheit der Volksglieder sehen“, nehmen andere an, dasz damit eine Personifikation, eine realpsychische Existenz oder Kraft gemeint ist“.

<sup>51)</sup> ROSS, t. a. p. S. 141.

<sup>52)</sup> Dit woord komt, gelijk bekend, in VON SAVIGNY'S „Vom Beruf unserer Zeit“ nog niet voor, en is eigenlijk door PUCHTA in de terminologie der historische rechtsschool „geijkt“ geworden. In latere werken gebruikt ook VON SAVIGNY zelf het.

S. BRIE, *Der Volksgeist bei Hegel und in der historische Rechtsschule* (1909) S. 26 meent, dat Puchta dit woord aan Hegel ontleend heeft.

<sup>53)</sup> *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Neudruck nach der 3er Auflage, Freiburg 1892 S. 8.

<sup>54)</sup> t. a. p. S. 8/9.

<sup>55)</sup> Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. Bnd. I (1815) S. 4.

<sup>56)</sup> Dr. ALFRED MANIGK, *Savigny und der Modernismus im Recht* (Berlin 1914). Het doet inderdaad merkwaardig aan, wanneer deze schrijver Von Savigny tegen STAMMLER'S verwijt, dat de „mystische Annahme einer Volksseele“ als een „rätselhaftes Urding, das unverändert in geheimnisvollen Drängen durch die Geschichte hindurchginge“ in strijd komt met de natuurwetenschappelijke causaliteitswet, op de volgende wijze meent te moeten verdedigen (t.a.p. S. 72): „Savigny war es gerade, der das Walten des Kausalitätsgesetzes (sic!) gegen die rationalistische Auffassung in der Richtung ins Feld führte, dasz diese, indem sie nach Gesetzmacherei rief, sich ausserhalb des kausalen geschichtlichen Wirkens stellen wolle und *dies doch nicht könne*“ en verder „So ist es klar, dasz im Gegensatze zu Stammers Darstellung Savigny es vielmehr war, der den Fehler des Uebersehens des Kausalitätsgesetzes in der Theorie der Rechtsentstehung bei den Gegnern der historischen Rechtsauffassung aufdeckte“.

De natuurcausale opvatting der historische rechtstheorie is wel 't scherpst te vinden bij STAMMLER, *Ueber die Methode der geschichtliche Rechtstheorie* (in Festgabe zu B. Windscheids Doktorjubiläum, Halle 1888).

<sup>57)</sup> MANIGK t. a. p. S. 67.



58) GUSTAV ADOLF WALZ onderscheidt in zijn lijvig werk: *Die Staatsidee des Rationalismus und der Romantik und die Staatsphilosophie Fichtes* (1928), waarin hij zich zeer geringschattend over de „politische Romantik” uitlaat, de „Romantiker von Temperament” en de „Romantiker nach System”. De laatste „ist der Typ, der im Grunde in seinem seelischen lebendigen Ablauf gar nicht Romantiker ist, der seiner kühlen, klaren Vernunft durchaus die unbestrittene Herrschaft in seinem Seelenleben einräumt” (S. 249).

59) Zie G. WALZEL, *Deutsche Romantik*, S. 47, en METZGER, *Gesellschaft, Recht und Staat in der Ethik des Deutschen Idealismus* (1917) S. 237.

Zie thans ook RICHARD KRONER, *Von Kant bis Hegel* Bnd. II (1924) S. 97: „das Gerede von dem „romantisch” philosophierenden Schelling, das meistens von denjenigen am lautesten erhoben wird, die am wenigsten fähig sind, seine Philosophie im einzelnen zu verstehen, musz vor der kritischen Schärfe und gewissenhaften Strenge dieser schwierigen Deduktionen (n.l. in het praktisch deel van het System des Transcendentalen Idealismus van 1800) verstommen”.

59a) SIEGFRIED BRIE, *Der Volksgeist bei Hegel und in der historischen Rechtsschule* (1909) S. 22. Vgl. DITTMANN, *Der Begriff des Volksgeistes bei Hegel* (1900) voor de tegenovergestelde opvatting, alsmede FRANZ ROSENZWEIG, *Hegel und der Staat* (1920) I, 22, LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswiss.* 3e Abt. 2e Halbband 1910 S. 213 flg. en vooral EDGAR LOENING, *Die philosophischen Ausgangspunkte der rechtshistorischen Schule* (Intern. Wochenchrift 1910 S. 82 flg.).

60) ADAM MÜLLER, *Vermischte Schriften* I S. 236, waar hij de individueele en de corporatieve vrijheid de beide „Grundgestalten” der vrijheid noemt.

61) ADAM MÜLLER, *Elemente der Staatskunst* (1809) Bnd. I S. 31: „Aber klar ist die Vorstellung noch nicht, dasz der Staat das Bedürfnis aller Bedürfnisse des Herzens, des Geistes und des Leibes sei; dasz der Mensch nicht etwa bloz seit den letzten, zivilisierten Jahrtausende, nicht bloz in Europa, sondern überall und zu allen Zeiten, ohne den Staat nicht hören, nicht sehen, nicht denken, nicht empfinden, nicht lieben kann; kurz, dasz er nicht anders zu denken ist als im Staat.”

62) *Elemente* Bnd. I S. 48. Het is ongetwijfeld met Dr. JAKOB BAXA, *Einführung in die romantische Staatswissenschaft* (1923) als een groote geestesdaad van Müller te zien dat hij den staat niet langer met het liberalisme als een abstract rechtsinstituut, maar als een *lebensverband* beschouwt, waarin hij met name de *economische* functie naar voren brengt. Doch het is tevens — en dat gezichtspunt ontbreekt bij Baxa in zijn verheerlijking geheel, een groote post op de debetzijde van Müllers organische staatsleer en van die van de geheele „politische Romantik”, dat zij in hun geringschatting voor analytisch onderzoek, geheel de noodzakelijkheid van een analyse der staatsstructuur over het hoofd hebben gezien, waardoor de principieele begrenzing van den staatsfeer door de souvereiniteit in eigen kring bleef ontbreken, ook al voert men het pleit voor een organische staatsopvatting, die aan iedere corporatie haar eigen individualiteit en vrijheid laat. Immers de vraag is juist: waarin bestaat het criterium van die vrijheid en dat criterium is zonder analyse der verbandsstructuren niet te vinden!

63) Dit wordt ook erkend door STAHL, *Geschichte der Rechtsphilosophie* 2e Aufl. S. 390.

64) STAHL, *Die Gegenwärtigen Parteien in Staat und Kirche*, 2e Aufl. (1868) S. 307. *Geschichte der Rechtsphil.* 2e Aufl. 1847 S. 579 j<sup>o</sup> S. 75 flg.

65) SCHELLING, *System des transzendentalen Idealismus* S. 595.

Zie de analyse van dit systeem bij KRONER a.w. II S. 84—104, bijzonder van waarde, wegens de doorlopende vergelijking met FICHTE'S *Wissenschaftslehre*.

66) Vergelijk ook deze pantheistische opvatting in de *Ideen zu einer Philosophie der Natur* (1797):

„... In den ältesten Zeiten schon liesz man die ganze Welt von einem belebenden Prinzip, Weltseele genannt, durchdrungen werden... Der ganze Zauber, der das Problem vom Ursprung organisierter Körper umgibt, rührt daher, dass in diesen Dingen Notwendigkeit und Zufälligkeit innigst vereinigt sind... Dadurch wurde der menschliche Geist frühzeitig auf die Idee einer *sich selbst* organisierenden Materie geführt und weil Organisation nur in Bezug auf einen Geist vorstelbaar ist, auf eine ursprüngliche Vereinigung des Geistes und der Materie in diesen Dingen.

Er sah sich genötigt, den Grund dieser Dinge einerseits in der Natur selbst, andererseits in einem über die Natur erhabenen Prinzip zu suchen; daher geriet er frühzeitig darauf, Geist und Natur als Eines zu denken. Hier trat zuerst hervor aus seinem heiligen Dunkel jenes idealistische Wesen, in welchem er Begriff und Tat, Entwurf und Aufführung als Eines denkt" (S. 142).

<sup>67)</sup> STAHL, *Geschichte der Rechtsphil.* (2e Aufl.) S. 390 in verband met de voorafgaande waardeering.

<sup>68)</sup> VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* (1840) I S. 11 flg.

<sup>69)</sup> Zie b.v. PUCHTA, *Gewohnheitsrecht* I, 83: „Die Frage ist aber (scl. bei den Römischen Juristen) durchaus nicht die: aus welchem Grund gilt das *Gewohnheitsrecht*? sondern die: aus welchem Grunde gilt die Gewohnheit, die *Consuetudo*. Also nicht: was ist der Grund der Gültigkeit dieser *Rechtsquelle*? sondern: was ist der Grund davon, dass die *Consuetudo* ein *Erkenntnismittel* des Rechts ist? Hier spreekt Puchta dus van geldingsgrond in denzelfden zin, waarin hij later van ontstaansgrond zal spreken.

<sup>70)</sup> VON SAVIGNY oefent in dit verband (S. 12, noot b) kritiek op CICERO, die de verdragen „ten onrechte" onder de rechtsbronnen heeft gerekend. En hij voegt er op betekenisvolle wijze aan toe: „Zu jenem ersten Irrthum hat viel beigetragen der vieldeutige Ausdruck *Autonomie*." We zullen later zien, wat achter dezen uitval tegen het autonomiebeginsel schuilt.

<sup>71)</sup> *System* t. a. p. S. 14.

<sup>72)</sup> PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht* I (1828) S. 143: „Das gesammte Recht ist in dem ersten Abschnitt dieses Kapitels als etwas nationales, und die Volksüberzeugung als die eigentliche Quelle alles Rechts bezeichnet worden."

<sup>73)</sup> ROSS t. a. p. S. 136.

<sup>74)</sup> Zie voor het volgende PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht* I S. 144 flg.

<sup>75)</sup> PUCHTA (*Gewohnheitsrecht* I S. 78/9) onderscheidt correct *formeele* ontstaansbronnen (1. de natuurlijke overeenstemming der overtuiging; 2. wetgeving; 3. de wetenschap) en *kenbronnen* van het recht (1. de toepassing van het recht in 't leven, waartoe behoort de „Sitte", de toepassing van het recht in de gerechten enz.; 2. de oorkonden; 3. het systeem, waaronder Puchta begrijpt: „die Gesammtheit der innern Gründe der Erkenntniss").

<sup>76)</sup> *System* I S. 36 flg.

<sup>77)</sup> t. a. p. S. 38.

<sup>78)</sup> *Gewohnheitsrecht* I S. 146.

Wel erkent Puchta, dat de inhoud der wet niet noodwendig bestaand recht, gewoonterecht of praxis behoeft te zijn, „indem eine Volksansicht oder eine Ansicht der Juristen sanctionirt werden kann, welche sich noch nicht zu einer festen Ueberzeugung, zu einem Recht ausgebildet hat, oder ohne Hülfe des Gesetzgebers vielleicht nie ausgebildet hätte. Und somit ist die Gesetzgebung wenigstens *potentia* wirkliche Rechtsquelle." Maar deze concessie laat toch den inhoud der wet tenslotte ontspringen uit „Volksansicht" und „Juristenansicht".

<sup>79)</sup> *System* I S. 38 flg.

<sup>80)</sup> *Gewohnheitsrecht* I S. 133 flg.

<sup>81)</sup> *Gewohnheitsrecht* I S. 138—143.

<sup>82)</sup> PUCHTA, *Das Recht der Kirche* (1840). Hier tracht hij een compromis te vinden tusschen STAHL'S en ROTHE'S opvatting.

<sup>83)</sup> t. a. p. S. 157.

<sup>84)</sup> *System* I S. 22.

<sup>85)</sup> Zie ook *System* I S. 31: „Allerdings kann auch auf die Bildung der Staaten Zufall und Willkühr groszen Einfluss ausüben, und besonders wird die Begränzung derselben durch Eroberung und Zerstückelung oft sehr abweichend von den natürlichen, durch Volkseinheit angegebenen Gränzen bestimmt“.

<sup>86)</sup> ib. S. 20 noot a.

<sup>87)</sup> ib. S. 28.

<sup>88)</sup> t. a. p. S. 33.

<sup>89)</sup> B.v. de meening van 7 doctoren; of de overeenstemmende meening van BARTOLUS en BALDUS etc. etc.

<sup>90)</sup> *System* I, 87. Ook LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswiss.* (3e Abt. 2e Halbband 1910) S. 448) heeft deze nadere uiteenzetting van de wetenschap als rechtsbron bij VON SAVIGNY over 't hoofd gezien en vereenzelvigd Von Savigny's opvatting dientengevolge met de van PUCHTA. LANDSBERG baseert zijn opvatting slechts op een korte uitspraak van Von Savigny t.a.p. S. 46, waar hij schrijft: „Indessen entsteht durch die dem Stoff gegebene wissenschaftliche Form, welche seine inwohnende Einheit zu enthüllen und zu vollenden strebt, ein neues organisches Leben, welches bildend auf den Stoff selbst zurück wirkt, so dasz auch aus der Wissenschaft als solcher eine neue Art der Rechtserzeugung unaufhaltsam hervorgeht“. Inderdaad schijnt Von Savigny hier de „Begriffsjurisprudenz“ van zijn leerling in 't gevele te komen. Doch hij laat er onmiddellijk een waarschuwing tegen dezelfde logicistische methode op volgen, die ondubbelzinnig genoeg is. Leest men daarna de §§ 19 en 20 hiermede in verband, dan blijkt de onhoudbaarheid van Landsberg's opvatting zonneklaar!

<sup>91)</sup> t. a. p. S. 88.

<sup>92)</sup> t. a. p. S. 90.

<sup>93)</sup> ROSS t. a. p. S. 166 schrijft: „Auf der anderen Seite ist es ganz verfehlt, wenn Manigk, auf Grund der Bezeichnung der Analogie als nicht blosz logischer sondern auch organischer Art, glaubt, Savigny als den „ersten originalen Freirechtler“ karakteriseren zu können. Manigk ist augenscheinlich mit Savignys philosophischen Voraussetzungen nicht genügend vertraut, um verstehen zu können, dasz unter organisch eine Art *Gebundenheit* zu verstehen ist. Wenn Manigk betont, dasz Analogie in Savignys *praktischer* Anwendung faktisch eine Neubildung bedeutet, so besagt das nichts. Dann das gilt von jeder Analogie, geradeso, wie sich hinter der krassesten Begriffsjurisprudenz ein gut Teil Freirecht verbergen kann“.

Wij kunnen hiertegenover slechts constateeren, dat ROSS het onderscheid tusschen theoretische en practische rechtswetenschap bij Von Savigny ontgaan is! Von Savigny spreekt zelve van „neue Rechtsbildung“ door den practischen arbeid der Juristen! Dit zal toch zeker wel het einde van allen tegenspraak moeten zijn!

<sup>94)</sup> *System* I, 93/94.

<sup>95)</sup> *System* I, S. 97.

<sup>96)</sup> Vooral in zijn *Lehrbuch der Pandekten* (1e Aufl. Leipzig 1838) bij de uiteenzetting van de functie der analogie en der „juristischen Konsequenz“ (29—30).

<sup>97)</sup> *Gewohnheitsrecht* II boek 3 hoofdstuk I § 3 S. 15/16.

---

---

# HET NEDERLANDSCH SCHOOLVERBOND

DOOR

D. LANGEDIJK.

Het Christelijk onderwijs beleefde onder de schoolwet van 1857 een tijd van druk en tegenspoed. Schijnbaar was er verademing gekomen, daar de vrijheid van onderwijs de gelegenheid opende, om scholen te stichten van eigen richting. En in dat opzicht kunnen wij ook spreken van verruiming. Maar aan den anderen kant was het voor vele vrienden van de Christelijke school een groote teleurstelling, dat door deze wet de openbare school onverbiddelijk gedreven werd in de richting der neutraliteit, ook al sprak art. 23 van „opleiding tot alle christelijke en maatschappelijke deugden”. Zij, die met GROEN VAN PRINSTERER hun hoop gevestigd hadden op de facultatieve splitsing, zagen die hoop in rook opgaan.

De bijzondere school was van nu aan de eenige uitkomst voor hem, die zijn kinderen wilde doen onderwijzen naar eisch van Gods Woord. En de stichting van zulke scholen was, in weerwil van de vrijheid van onderwijs, nog zoo moeilijk. Want niet alleen moesten de ouders deze inrichtingen geheel en al zelf bekostigen, maar velerlei tegenwerking verzwaarde nog de taak van hen, die van de openbare school voor hun kinderen niet gediend waren.

Vaak ontving het hoofd der openbare school uit zijn kerkelijke bedieningen een niet onaanzienlijk deel van zijn inkomen, zoodat het gemeentebestuur er maar weinig aan behoefde toe te voegen. Of ook waren schoolgebouw en onderwijzerswoning eigendom van de Hervormde Kerk, die zoodoende meehielp aan de bevordering van het openbaar onderwijs. In zoo'n geval was het uiterst moeilijk een vrije school te stichten<sup>1)</sup>. Want, hoe beter de positie van de openbare school was, des te zwaarder kregen het de voorstanders van Christelijk onderwijs. Vooral werd aan hen de concurrentie nog moeilijker gemaakt, wanneer de gemeenteraad kosteloos onderwijs invoerde.