

gevreesden naam erkend. Maar of men nu van algemeene rechtsbeginselen, rechtsgevoel, natuurrecht, „richtiges Recht”, redelijkheid, billijkheid of wat dan ook spreekt, algemeen erkend wordt, dat er een macht is, sterker en hooger dan het positieve recht, die, om practisch beter en vlotter te kunnen werken, tracht zich te concretiseeren in het positief recht, doch, daar dit nooit afdoende gelukt, steeds weer over dat positieve recht heen, desnoods er dwars dóór heen, zich ook in de practijk van het recht wil doen gelden. Soms ruimt het positieve recht zelf, als het zich onmachtig voelt, bescheidenlijk zijn plaats en geeft aan zijn auteur zwaard en weegschaal maar weer in handen; artikel 1374 B.W. en de talloze soepele termen in nieuwere wetten zijn de aan een ieder bekende voorbeelden daarvan. Doch ook waar dit niet geschiedt en er conflict ontstaat, doet zich dat „hooger recht” gelden. Soms moet het 't hoofd buigen, als het stoïcijnsch rigorisme, door Cujacius reeds erkend en door Voigt, Pernice en Sokolowski in zijn invloed op het Romeinsche Recht zoo keurig geteekend, ook bij onze magistraten het wint van rechtsgevoel en practischen zin. Maar menigmaal ook triomfeert het zelf, al is het dan ook meestal onder een dialectisch woordenspel, dat in schijn het positieve recht doet voorgaan, maar in werkelijkheid het den harden nek omdraait.

Volk, rechter en Overheid zijn samen met hun positieve rechtsorde niet genoegzaam, om aan de behoefte van het rechtsleven te voldoen. Er moet een orgaan der billijkheid zijn, om desnoods dat positieve recht te breken, om, als ik het zoo eens zeggen mag, de veiligheidsklep te geven op de juridische machine. Nooit heeft de rechtsorde die veiligheidsklep kunnen ontberen. Zij is er altijd geweest, nu eens openlijk erkend, dan weer schuil gaand onder de vormen van toepassing van positief recht. In Rome was het de praetor, die als de formula niet aan het positief recht kon worden ontleend, lucht gaf door een actio utilis of een der andere hulpmiddelen, om aan den klem van het positieve recht te ontsnappen, waarin de Romeinen zoo vindingrijk waren. In de