

BN

0137.

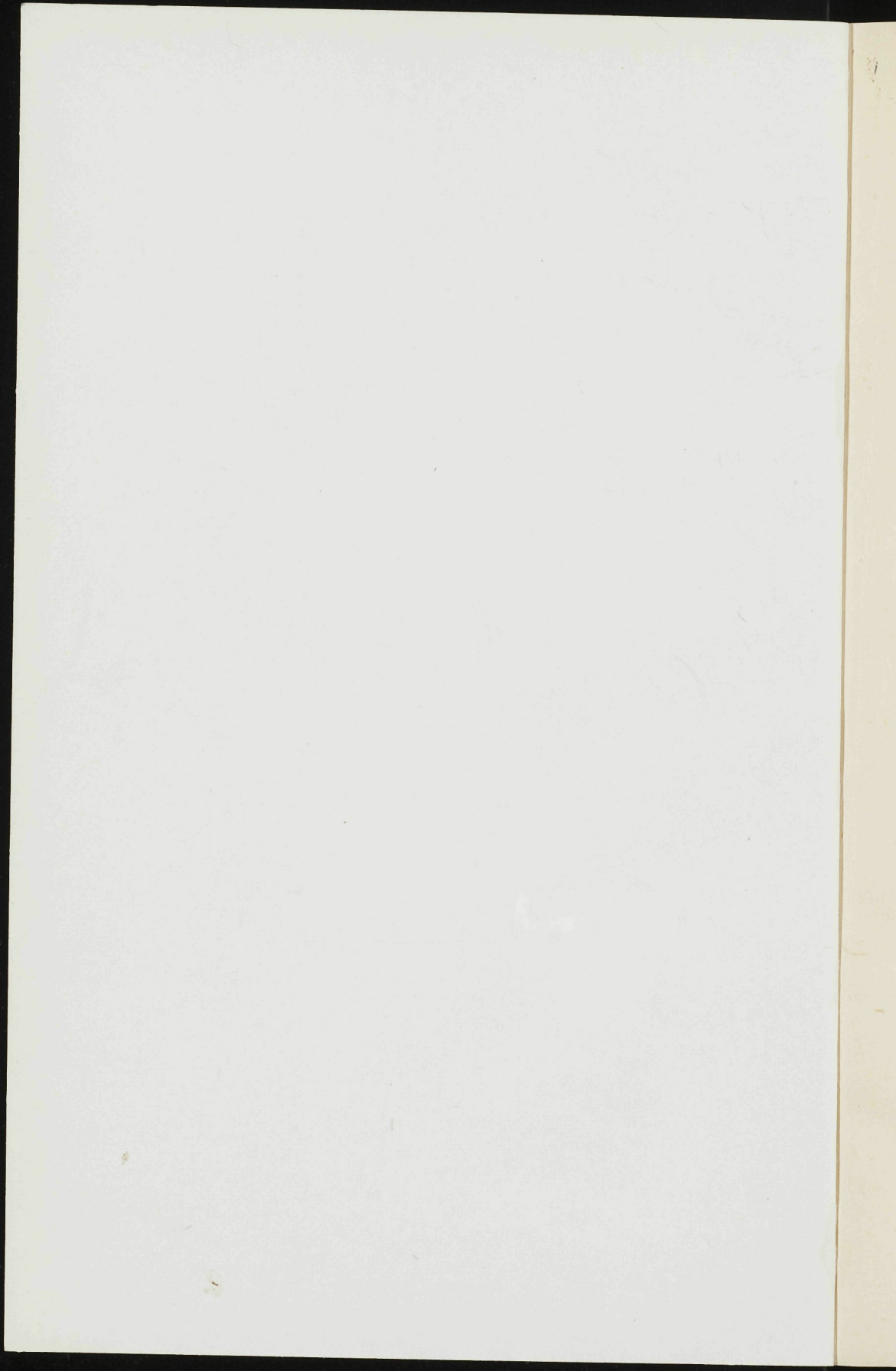
—

DE STRIJD
OM HET
SOUVEREINITEITSBEGRIJ
IN DE MODERNE
RECHTS- EN STAATSLEER

DOOR
PROF. DR H. DOOYEWEERD



UITGEVERIJ H. J. PARIS — AMSTERDAM



29/5

2 Im 2

De Strijd om het Souvereiniteitsbegrip
in de moderne Rechts- en Staatsleer

De strijd om het koninkrijk
in de middeleeuwen

DE STRIID
OM HET
SOUVEREINITEITSBEGRIIP
IN DE MODERNE
RECHTS- EN STAATSLEER

UITGEWERKTE REDE TER GELEGENHEID VAN DE
70^{DE} HERDENKING VAN DE STICHTING DER VRIJE
UNIVERSITEIT OP 20 OCTOBER 1950
VAN DE RECTOR-MAGNIFICUS
DR H. DOOYEWEERD



UITGEVERIJ H. J. PARIS
AMSTERDAM
MCML

DE STRID
OM HET
SOEVEREINTEITSRECHT
IN DE MODERNE
RECHTS- EN STAATLEER

UITGEWERKT RECHT TER GELEGENHEID VAN DE
HERDENKING VAN DE STICHTING DER VRIJE
UNIVERSITEIT OP 25 OCTOBER 1899
VAN DE RECTOR-MAGISTRUS
DR. H. DOOTWEDD



INLEIDING

In de ontwikkeling, die de rechts- en staatswetenschap sinds de tweede helft der vorige eeuw heeft doorgemaakt, zijn vele vroeger als onaantastbare waarheden aanvaarde leerstukken in de smeltkroes der critiek geworpen. Maar onder deze voor het huidig wetenschappelijk bewustzijn problematisch geworden leerstukken is er geen van zo diep ingrijpende betekenis aan te wijzen als dat der souvereiniteit.

Vooralsin de beide wereldoorlogen heeft de mening, dat het zgn. souvereiniteitsdogma tot de zowel wetenschappelijk als practisch overwonnen en verouderde vooroordelen behoort in de democratische landen aan aanhang gewonnen.

Ongetwijfeld is daarbij het zwaartepunt van de aanval wel enigszins naar de volkenrechtstheorie verschoven, omdat de internationale verhoudingen steeds meer in het centrum der belangstelling komen. Want al heeft het Handvest der Verenigde Naties in art. 2 (onder 1 en 7) de souvereiniteit der aangesloten staten als beginsel aanvaard, een sterke stroming onder de volkenrechtsgeleerden ging ongetwijfeld reeds sinds 1919 in tegengestelde richting¹⁾ en de snelle ontwikkeling der internationale verhoudingen in onze dagen — men denke slechts aan het plan SCHUMAN en aan het besluit van de Consultatieve Vergadering van de Raad van Europa tot aanbeveling van de vorming van een West-Europese legermacht in het kader van het Atlantisch Pact — schijnt voor deze laatste niet ongunstig.

Maar in de staatsrechtswetenschap en de algemene staatsleer was reeds in de tweede helft der vorige eeuw het verzet tegen het bedoelde leerstuk begonnen. Reeds in 1888 meende de Duitse staatsrechtsgeleerde HUGO PREUSZ, dat de eliminering van het souvereiniteitsbegrip uit de dogmatiek van het staatsrecht „nur ein kleiner Schritt vorwärts auf der von unserer Wissenschaft längst eingeschlagenen Bahn” zou zijn²⁾.

Sindsdien heeft ook de rechtssociologie zich krachtig in het pleit gemengd en hebben verschillende harer vooraanstaande vertegen-

¹⁾ Vgl. de literatuuropgave bij H. HELLER *Die Souveränität* (1927), F. W. COKER *Political theories of recent times* (1927) c. III en J. MARITAIN *The concept of sovereignty* (*The American political science Review*, vol. XLIV, 1950, no 2 p. 343).

²⁾ *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften* S. 135.

woordigers er op gewezen, dat met name de grote omvorming van de sociaal-economische structuur der Westerse maatschappij de staat steeds meer uit de centrale positie heeft verdrongen, die in vroeger tijd de basis voor het soevereiniteitsdogma scheen te leveren ³⁾).

En tenslotte heeft ook een der bekende woordvoerders der neoscholastieke wijsbegeerte, JACQUES MARITAIN, tegen het bedoelde leerstuk positie gekozen. In een onlangs in de Engelse taal verschenen artikel „The concept of sovereignty” verklaarde hij: „The two concepts of Sovereignty and Absolutism have been forged together on the same anvil. They must be scrapped together ⁴⁾).

Dat intussen, ondanks deze gecombineerde aanvallen het soevereiniteitsbegrip allerminst uit de rechts- en staatsleer was geëlimineerd bleek wel uit het krachtig pleidooi, dat HERMANN HELLER in 1927 voor het volledig eerherstel ervan leverde, een pleidooi, dat tegelijkertijd tot een scherp requisitoir werd tegen de tendenzen, die op een ondermijning van dit fundamentele begrip gericht waren. En ALFRED VON VERDROSZ, eens, als aanhanger van Kelsen's „reine Rechtslehre”, een vurig bestrijder van de traditionele idee van de soevereine overheidsstaat, aanvaardde haar in zijn in 1937 verschenen boek over het volkenrecht weer als noodzakelijke grondslag der internationale rechtsorde ⁵⁾).

In het algemeen kan men zeggen, dat in de dogmatische rechtswetenschap het bedoelde leerstuk nog steeds overwegende aanhang heeft, al zoekt men in het algemeen de uiterste consequenties ervan in de internationale betrekkingen te ontgaan.

Het is wetenschappelijk zeker niet verantwoord in deze uiterst actuele strijdvraag positie te kiezen, voordat men zich grondig rekenschap heeft gegeven van de veelzijdige rol, die het traditionele soevereiniteitsbegrip sinds de XVIe eeuw in de rechts- en staatsleer gespeeld heeft en van de problemen, die bij een eventuele eliminering ervan rijzen.

In de tweede plaats is het zowel voor de wetenschap als voor de politiek onafwijzbare plicht te onderzoeken, of de stromingen, die beweren zich tegen het bedoelde begrip te keren, zich inderdaad principieel van dit laatste hebben losgemaakt, dan wel of ze het slechts in een andere vorm opnieuw aan de wetenschap en de practijk willen

³⁾ Hierover nader bij de bespreking van de rechtssociologische variant van de leer der rechtsovereiniteit.

⁴⁾ t.a.p. in fine.

⁵⁾ *Völkerrecht* (1937) S. 44 f. In zijn vroegere geschriften *Grundlagen und Grundlagen der Völkerrechts* (Niemeyer's Zeitschr. f. intern. R. XXIX Bnd 1921 S. 65 f.), *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung* (1923) en *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (1926) stond VERDROSZ nog op het standpunt der „reine Rechtslehre”, zij 't al met prijsgeving van haar positivistische grondslag. Vgl. ook G. A. WALZ *Völkerrecht und Staatliches Recht* (1933) S. 104 f.

opleggen. Gelijk zo vaak, kunnen ook hier terminologische misverstanden en onhelderheden het wetenschappelijk debat vertroebelen.

En tenslotte is het voor hen, die zich bij de wetenschapsbeoefening op de principiële grondslag onzer Universiteit stellen van allesbeheersende betekenis zich af te vragen, of zij de probleemstelling zelf, die aan de moderne strijd voor of tegen het traditionele soevereiniteitsbegrip ten grondslag ligt, kunnen aanvaarden, dan wel of het reformatorisch uitgangspunt tot een principieel andere moet leiden.

Het schijnt mij niet ongepast, op deze 70e herdenkingsdag van de stichting onzer Universiteit voor deze fundamenteel belangrijke kwesties uw aandacht te vragen, waarbij ik dan in de eerste plaats een summier overzicht wil geven over de oorspronkelijke inhoud en de verdere ontwikkelingsgang van het bedoelde leerstuk, sinds het in de XVIe eeuw zijn intrede in de rechts- en staatsleer gedaan heeft.

I - DE GESCHIEDENIS VAN HET LEERSTUK

A - BODIN'S soevereiniteitsbegrip en de Humanistische naturrechtsleer

Toen JEAN BODIN vijf jaren na de Bartholomaeusnacht zijn beroemd werk *Six livres de la République* in het licht gaf, waarin hij het soevereiniteitsbegrip tot grondslag van zijn staatsconceptie maakte, deed hij een greep, die niet slechts voor de staatsleer, maar ook voor de gehele opvatting van het stellige recht van revolutionaire betekenis werd.

Al kon hij gebruik maken van het romeinsrechtelijk georiënteerd gedachtengoed der hoog- en laat-middeleeuwse legisten en al had hij in de nadere uitwerking van zijn soevereiniteitsbegrip een onmiddellijk voorloper in AENEAS SYLVIUS⁶), de raadgever van de keizer FREDERIK III, niemand had vóór hem de soevereiniteit tot wezenskenmerk van iedere staat verklaard.

De eigenlijke kern van BODIN's soevereiniteitsbegrip lag niet in zijn omschrijving in de latijnse editie als *summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*, maar in zijn nadere uitwerking.

Wat deze formule betreft, zij is veelszins misverstaan, wegens onvoldoende bestudering van BODIN's theorie uit de bron zelf. BODIN leerde allerm minst, dat het soevereine staatshoofd boven alle wetten

⁶) Vgl. de uitspraken in zijn kort geschrift *De ortu et autoritate Imperii Romani* (GOLDLAST *Monarchiae sacri Romani Imperii* II p. 1558 sqq.), die ik samenvatte in mijn studiereeks *In den strijd om een christelijke staatkunde* no. XIII (Antir. Staatk., 2e Jrg. 1926 blz. 262/3).

verheven zou zijn. Hij achtte de soeverein in uitdrukkelijke positie tegen MACCHIAVELLI onderworpen aan het *ius naturale* en het *ius divinum*.

Hij achtte hem evenals ieder zijner onderdanen gebonden aan verdragen, die hij in tegenstelling tot de middeleeuwse Germaanse opvatting scherp van wetten als autoritaire ordeningen onderscheidde, en aan de grondbeginselen van het *ius gentium*. En al kon van een eigenlijk stellig volkenrecht in zijn tijd, waarin de staatsidee nauwelijks was doorgebroken, nog moeilijk sprake zijn, het lag zeker niet in de lijn van BODIN's soevereiniteitsleer de volkenrechtelijke gebondenheid van de staat aan tractaten te ontkennen. Slechts de onderworpenheid aan een *hogere overheid* is volgens hem met het wezen van een staat onverenigbaar. Ja, BODIN bedoelde zelfs niet het soevereine staatshoofd boven de zgn. „lois fondamentales” van de absolute monarchie te verheffen. De Franse koning is volgens hem aan deze fundamentele wetten gebonden, voorzover zij noodwendig aan het bezit der kroon inhaerent zijn, met name aan de salische wet voor de erfopvolging ⁷⁾.

Het adagium „*Princeps legibus solutus est*” was, gelijk bekend, ontleend aan de commentaar van de Romeinse jurist ULPIANUS op de *lex Julia et Papia* (l. 1 D. III, 31) en werd in de latere keizertijd in absolutistische zin uitgelegd.

Het was gemeengoed in de postglossatorenschool en in de opkomende humanistische rechtsschool van ALCIAT, BUDÉ en ZASIUS. En tegenover de extreem-absolutistische opvatting ervan, gelijk wij die b.v. in de rechtsschool van Toulouse onder de regering van FRANS I verdedigd vinden, stelde reeds ZASIUS op het voetspoor van de postglossator CINUS de uitlegging, zoals wij die later bij BODIN terugvinden ⁸⁾ Ook CALVIJN, juridisch gevormd in de humanistische rechtsschool, heeft, gelijk BOHATEC tegenover BEYERHAUS overtuigend bewezen heeft ⁹⁾, niet slechts in zijn jeugdwerk de Seneca-commentaar, maar tot in zijn laatste geschriften, met name in zijn homilie over het eerste boek Samuel, aan de juridische geldigheid van het Romeinsrechtelijk principe volgens de door ZASIUS gegeven uitlegging, vastgehouden, al heeft hij in toenemende mate de nadruk gelegd op de zedelijke plicht van de vorst, zich ook zelf aan zijn positieve wetten te houden.

Op dit punt betekende BODIN's soevereiniteitsbegrip dus niets nieuws.

Baanbrekend werd daarentegen de uitwerking, die hij gaf aan het begrip „hoogste macht”. De een- en ondeelbaarheid der soevereiniteit verzet zich volgens hem tegen iedere beperking van de opdracht 't zij

⁷⁾ De bronnenplaatsen, die op al deze punten betrekking hebben, vermeldde ik uitvoerig in mijn aangehaalde verhandeling.

⁸⁾ Zie de bronnenplaatsen in het hieronder geciteerde werk van BOHATEC S. 47 f.

⁹⁾ JOSEF BOHATEC *Calvins Lehre von Staat und Kirche mit besonderer Berücksichtigung des Organismusgedankens* (Breslau, 1937) S. 36 f.

in macht, 't zij in taak, 't zij in tijd. De keizer van het H. Roomse Rijk, die door de bekende „Wahlkapitulationen” sterk in zijn overheidsgezag gebonden was, zag zich aldus — zeer tot ergernis van de Duitse juristen — de titel van soeverein, en daarmee van staatshoofd, ontzegd. De Franse koning is nòch aan hem, nòch aan de Paus ondergeschikt. Gemengde regeringsvormen worden als in strijd met het soevereiniteitsbegrip onverbiddelijk afgewezen. Maar bovenal houdt dit laatste volgens BODIN in *de absolute en enig oorspronkelijke competentie tot rechtsvorming binnen het grondgebied van de staat*. De wetgevende macht als eerste en voornaamste uitvloeisel der soevereiniteit verdraagt geen andere oorspronkelijke bevoegdheid tot rechtsvorming naast zich¹⁰⁾. Het gewoonterecht wordt in zijn juridische gelding volstrekt afhankelijk gemaakt van de uitdrukkelijke of stilzwijgende erkenning in de wet, en implicite ook alle uitdrukkelijke rechtsvorming in de samenlevingskringen, die zich binnen het grondgebied van de staat bevinden.

Het monopolie op het gebied der rechtsvorming, dat de Romeinse keizers eerst in de absolutistische Byzantijnse tijd voor zich hadden opgeëist, werd hier als uitvloeisel der soevereiniteit tot wezenskenmerk van iedere staat geproclameerd, die met de overheid werd vereenzelvigd.

Ogenschojnlijk was de latere absolutistische Romeinsrechtelijke theorie op dit punt via het corpus juris ook reeds door de grondlegger der glossatorenschool IRNERIUS verkondigd (Summa Codicis h.t. § 2. Vgl. hierbij S. BRIE *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht* I (1899) S. 114).

Maar dit had weinig betekenis gehad, omdat zij hier slechts op de keizer van het Heilige Roomse Rijk werd toegepast, wiens machtspositie allerminst met deze theorie strookte. En zij diende hier ook slechts als fictieve constructie.

Maar in haar algemene toepassing op de zich vormende absolute nationale staat kon BODIN's theorie tot een practisch program worden, dat voor de eerstvolgende eeuwen de gehele opvatting van het positieve recht onder haar beslag zou krijgen.

De wetenschap stelde zich in dienst van de practische politiek, die op een afbraak van de uit haar voegen geraakte middeleeuwse samenleving gericht was.

Na de ineenslorting van de Karolingische staat was in de Germaanse landen van het continent de samenleving teruggevallen in een ver-

¹⁰⁾ Vgl. de parallel door BODIN getrokken tussen de soevereiniteit Gods en die van de vorst: (Franse ed. Livre 1 ch. 10 p. 215: „Or tout ainsi que ce grand Dieu souverain ne peut faire un Dieu pareil à luy, attendu qu'il est infini, et qu'il ne se peut faire qu'il y ait deux choses infinies, par démonstration nécessaire; aussi pouvons nous dire que le Prince, que nous avons posé comme l'image de Dieu, ne peut faire un subject égal à luy, que sa puissance ne soyt anéantie.”

splinterde ongedifferentieerde toestand, waarin alleen het hiërarchisch georganiseerde kerk-instituut eenheid en samenhang kon brengen. Zij vertoonde een wereldlijke onderbouw en een kerkelijke bovenbouw, die in haar onderlinge verhouding beantwoordden aan het religieuze grondmotief van het Rooms-Katholicisme als de tot de 14e eeuw volledig overheersende geestelijke cultuurmacht: het motief van *natuur en genade*.

Het *sacrum imperium romanum* en de kerk omvatten de gehele christenheid, waarvan de keizer als het wereldlijk en de paus als het geestelijk hoofd werd beschouwd. Maar het gezag van de keizer steunde tot de 14e eeuw goeddeels op de kerk.

De wereldlijke onderbouw gaf een bonte schakering van sociale verbanden te zien, die naar twee modelvormen waren geconstitueerd: het gilde-type en het type van de mondverhouding, die zich weer vaak in mengvormen met elkander kruisten.

Het gilde-type was een kunstmatige navolging van de primitieve oud-Germaanse sibbe; de mond-verhouding was een in meerdere of mindere mate verzwakte navolging van de oud-Germaanse absolute huismacht of *mund*¹¹).

Het eerste type kwam tot uitdrukking in de middeleeuwse steden met de daarin gevestigde burg-, koopmans- en ambachtsgilden en ten plattelande in de vrije buurschappen of markgenootschappen. Het tweede type werkte zich in sterkere of verzwakte vormen uit in alle middeleeuwse heerschappijverhoudingen, in de hoge, middellijke en lage heerlijkheden, de leenbetrekkingen, de vroomhoven enz.

Het overheidsgezag was een zaak in de handel en niet een publiek ambt in dienst ener *res publica*. De landsheren konden er vrijelijk over beschikken. Eenmaal in handen gekomen van private personen of corporaties was het een onaantastbaar eigen recht van deze geworden. Vandaar dat de middeleeuwse autonomie steeds impliceerde de uitoefening van overheidsgezag uit eigen hoofde, hetgeen ook met de vorming van het politieke standenwezen niet veranderde. Bij deze ongedifferentieerde toestand der samenleving, waarbij met name de als gilden georganiseerde verbanden de mens naar alle levenssferen omvatten, kon een werkelijk staatswezen niet tot ontwikkeling komen.

De idee der *res publica* leefde nog slechts voort in de theorie der Romeinsrechtelijk geschoolde juristen en in de Aristotelisch-Thomistische wijsbegeerte. Maar zij had geen grondslag in de toenmalige sociale werkelijkheid.

Het middeleeuwse rechtsleven, zoals het zich vóór de receptie van het Romeinse recht en vóór de doorbraak van de moderne staatsidee

¹¹) Het woord „mund” (*mundium*) betekent hier, evenals bij de Romeinen het woord *manus*, de gewapende hand als symbool der huismacht.

vertoonde, droeg geheel de karaktertrekken van de samenleving waartoe het behoorde. Voor de onderscheiding van de intrinsiek aan de staatsstructuur gebonden gedifferentieerde rechtssferen van het publiek recht en het burgerlijk privaatrecht was hier nergens een aanknopingspunt te vinden en de pogingen door moderne historici als G. VON BELOW en H. MITTEIS ondernomen, om deze onderscheiding hier terug te vinden ¹²⁾, moeten m.i. als onvruchtbaar worden beschouwd, omdat zij geen rekening houden met de ongedifferentieerde structuur der middeleeuwse samenleving. Dit betekent natuurlijk niet, dat de zuiver privaatrechtelijke opvatting op de middeleeuwse gezagsverhoudingen zou passen, want ook deze negeert het ongedifferentieerd karakter dezer laatste.

Bij deze stand van zaken wordt het verklaarbaar, dat BODIN in zijn souvereiniteitsleer het monopolie van de rechtsvorming voor het souvereine staatshoofd opeiste.

De middeleeuwse autonomie in de rechtsvorming verdroeg zich inderdaad niet met de staatsidee, juist omdat zij een ongedifferentieerd karakter vertoonde. Iedere autonome rechtskring, die een oorspronkelijke competentiesfeer voor zich opeiste, eiste in deze situatie tegelijk een overheidsgezag uit eigen hoofde op, dat zich tegen de idee van de res publica keerde, omdat het geen begrenzing door het publiek belang erkende.

Maar BODIN'S souvereiniteitsleer, de bureaucratische centraliseringspolitiek van de absolute monarchie in 't gevele kwam, schoot haar eigenlijk politiek doel: de monopolisering van het overheidsgezag, verre voorbij. Zodra zich het differentiëringsproces in de samenleving gaat doorzetten en de staat het monopolie van het overheidsgezag tot zich heeft getrokken, blijkt tegelijk dat ook het rechtsleven een differentiëringsproces doormaakt, dat zich onmogelijk in de kaders van de statelijke rechtskring laat afsluiten. De leer, dat alle positief recht zijn geldingsbron vindt in de wil van de souvereine wetgever, die zelf boven zijn wetten staat, blijkt dan in de volle zin des woords een politiek dogma, dat zowel met de modale zin des rechts als met de rijke structuur-verscheidenheid der samenleving in flagrante strijd is.

Het blijft de onvergankelijke verdienste van de Herbornse Calvinistische jurist JOHANNES ALTHUSIUS, dat hij in een tijd, die wetenschappelijk volkomen voor deze staatsabsolutistische rechtsopvatting rijp was, een structuurtheorie der menselijke samenleving ontwikkeld heeft, gebouwd

¹²⁾ G. v. BELOW *Der deutsche Staat des Mittelalters* (2e Aufl. 1925).

H. MITTEIS *Lehnrecht und Staatsgewalt* (1933) Einleitung, en *Der Staat des hohen Mittelalters* (1940), met name S. 488 f. Zie echter ook zijn latere verhandeling *Land und Herrschaft* in Hist. Zeitschr. Bnd. 163 (1941) S. 276 f., waarin men op dit punt een voorzichtige terugtocht kan opmerken.

op de erkenning van een Goddelijke wereldorde en de innerlijke aard der sociale levenskringen en waarin er op gewezen werd, dat ieder dezer laatste zijn *lex propria* en eigen rechtssfeer heeft, die niet van enige andere is af te leiden ¹³).

Het moge waar zijn, dat deze „symbioseleer” nog het wetenschappelijk apparaat miste voor een diepere analyse dezer sociale structuren, dat zij in haar juridische constructie van iedere vorm van consociatie uit een verdrag de natuurrechtelijke schematiek volgde, en dat zij nog niet geheel vrij was van de hiërarchisch-universalistische beschouwingswijze der middeleeuwse theorie. Maar zij was in elk geval principieel boven de Aristotelisch-scholastieke theorie uitgekomen, die slechts aan de zgn. volmaakte gemeenschappen, staat en kerk, de oorspronkelijke competentie tot positieve rechtsvorming toekende en juist daarom tegen *BODIN's* soevereiniteitsleer op het gebied der wereldlijke rechtsvorming geen eigenlijk verweer had ¹⁴).

Intussen behoorde aan deze laatste voorlopig de toekomst. De wetenschap — ook de rechts- en staatstheorie — kwam steeds meer onder beslag van de modern-Humanistische levens- en wereldbeschouwing met haar religieuze grondmotief van natuur en vrijheid, beheersing van de natuur-werkelijkheid door de wetenschap en volstrekte autonomie van de vrije persoonlijkheid op wetenschappelijk, zedelijk en geloofsgebied.

Het beheersingsmotief riep het klassiek-Humanistisch wetenschapsideaal in het leven, dat de mathematische en de door *GALILEI* en *NEWTON* gegrondveste natuurwetenschappelijke methode tot universeel denkmodel verhief, waarnaar een nieuw theoretisch werkelijkheidsbeeld werd ontworpen, dat voor (in de scheppingsorde gegronde) structuur- en geaardheidsverschillen geen plaats meer had. Het was door het nieuwe vrijheidsmotief zelve opgeroepen, doch moest — consequent doorgevoerd — noodzakelijk met dit laatste in botsing komen.

In een natuurwetenschappelijk werkelijkheidsbeeld bleef geen plaats voor een autonomie en vrijheid van de menselijke persoonlijkheid.

Reeds in *BODIN's* staatsleer begon dit in zijn tijd nog niet geconsolideerde wetenschapsideaal zijn invloed te doen gelden.

De wetenschap stelde zich in dienst van een politiek, die de staat als een rationeel beheersingsinstituut wilde opbouwen na afbraak van de ongedifferentieerde feodale samenleving.

¹³) *Politica methodice digesta* c. 1, 20: *Propriae leges sunt cujusque consociationis peculiares, quibus illa regitur. Atque hae in singulis speciebus consociationis aliae atque diversae sunt, prout natura cujusque postulat.* Vgl. over de betekenis van *ALTHUSIUS' symbioseleer* nader mijn *De bronnen van het stellig recht in het licht der Wetsidee II* (Antirev. Staatsk., driemaand. orgaan, 4e Jrg. 1930) blz. 253 vlg.

¹⁴) *VERDROSZ* aanvaardt in zijn *Völkerrecht* (S. 46) *BODIN's* soevereiniteitsbegrip juist op de grondslag dezer scholastieke staatsidee! (S. 40).

Dit als doel gesteld zijnde, wilde BODIN's staatsleer de middelen tot bereiking daarvan in een streng methodische, aan de wiskunde georiënteerde, weg aanwijzen.

Zij begint met een definitie: „De staat is een rechtmatige regering van meerdere huishoudens en van wat aan deze laatste gemeen is, met soeverein gezag”¹⁵⁾. En dan verklaart BODIN: „Wij stellen deze definitie voorop, omdat men in alle zaken het hoofddoel moet opsporen en eerst daarna de middelen om het te bereiken. Nu is de definitie niets anders dan het doel van de zaak, die aan de orde is; en wanneer zij niet goed gefundeerd is, stort alles, wat men op die definitie bouwt, spoedig daarna ineen”¹⁶⁾.

Maar deze laatste was allerm minst gewonnen uit een nauwgezet onderzoek van de innerlijke aard en structuur van het staatsverband en der overige sociale levenskringen. Zij was georiënteerd aan een politieke doelstelling, die met een Goddelijke wereldorde, waarvan ALTHUSIUS uitging, geen rekening hield en slechts op volledige overheersing van de samenleving door het staatsinstrument gericht was.

Binnen het aldus door zijn politieke doelstelling bepaalde kader vervulde BODIN's soevereiniteitsbegrip de volgende uiteenlopende functies, die wij voor een juiste beoordeling van het pro en contra in haar onderling verband dienen in het oog te houden:

- 1° - afgrenzing van de staat van alle overige politieke en niet-politieke sociale levenskringen;
- 2° - garanderen van de eenheid en ondeelbaarheid van het staatsbegrip door de een- en ondeelbaarheid van het soevereine overheidsgezag;
- 3° - afgrenzing van het begrip van het positieve recht als uitdrukkelijk of stilzwijgend verklaarde wil van de soevereine wetgever;
- 4° - bepaling van de verhouding tussen de verschillende competentie-sferen in de rechtsvorming, waarvan alle overige in haar gelding afhankelijk werden gemaakt van de enige oorspronkelijke competentie van het soevereine staatshoofd krachtens diens wetgevende macht.

De door HUGO DE GROOT gevestigde Humanistische natuurrechtsleer aanvaardde BODIN's soevereiniteitsbegrip. Ook zij stelde zich in dienst van de afbraak- en vernieuwingspolitiek. *More geometrico*, door

¹⁵⁾ Franse tekst: „Republique est un droit gouvernement de plusieurs mesnages, et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine”.

¹⁶⁾ „Nous mettons ceste definition en premier lieu, parce qu'il faut chercher en toutes choses la fin principale, et puis apres les moyens d'y parvenir. Or la definition n'est autre chose que la fin du subiect qui se presente: et si elle n'est bien fondee, tout ce qui sera basti sur icelle se ruinera bientost apres.”

analyse van de samenleving in haar eenvoudigste elementen, de individuen, en synthetische constructie van de gewenste nieuwe maatschappij uit deze sociale elementen met behulp van het juridisch maatschapscontract, wilde zij de nieuwe sociale en rechtelijke orde opbouwen. Om BODIN's absolutistisch soevereiniteitsbegrip voor het Humanistisch vrijheids- en autonomiebesef aannemelijk te maken construeerde zij de staat uit een maatschappelijk verdrag tussen de van nature vrije en gelijke individuen, meestal (behalve bij HOBBS en ROUSSEAU¹⁷)) gecomplementeerd door een gezags- en onderwerpsverdrag, bij PUFENDORF zelfs nog door een derde verdrag over de staatsvorm. Want als *societas inaequalis* kon de soevereine staat niet als een vrij en egalitair georganiseerd genootschap worden geconstrueerd.

In HOBBS' *Leviathan* en in ROUSSEAU's onfeilbare en almachtige *volonté générale* kreeg het soevereiniteitsbegrip zijn meest consequente absolutistische uitwerking.

Met BODIN's soevereiniteitsbegrip werd ook diens opvatting over de verhouding van wetgeving en gewoonterecht aanvaard¹⁸). Het inheemse gewoonterecht was onder de toets van de klassiek-Romeinse traditie van het *ius naturale et gentium* tot een *ius iniquum* geworden, een bolwerk van de ten ondergang gedoemde feodale maatschappij. In de nieuwe orde zou geen ander recht erkenning mogen vinden dan het naar klassiek Romeins model ontworpen burgerlijk privaatrecht en het *ius publicum*, d.w.z. het typisch *statelijk* recht, dat door DE GROOT op het voetspoor van de Spaanse geleerden VITORIA en SUAREZ was gecomplementeerd met een *volkenrecht*, al werd dit laatste bij de meest extreme natuurrechtelijke verdedigers van het soevereiniteitsbegrip als HOBBS, SPINOZA en PUFENDORF niet aanvaard als wezenlijk stellig recht.

Op het doel, binnen het grondgebied van de soevereine staat alle rechtsvorming in de wetgeving te doen opgaan was het codificatiestreven gericht, dat straks in verschillende landen verwezenlijking zou vinden.

HUGO DE GROOT vermeldt in Bk. I cap. I § XIV van zijn beroemd werk over het recht van oorlog en vrede terloops, dat er buiten het

¹⁷) Zie echter Dr J. P. A. MEKKES *Proeve eener critische beschouwing van de ontwikkeling der humanistische rechtsstaatstheorieën* (1940) blz. 278, die bij ROUSSEAU een zij 't al gemaskeerd tweede verdrag naast het „contrat social” meent te kunnen aantonen.

¹⁸) Zie reeds GROTIUS *De jure belli ac pacis* L. II cap. IV § V, 2. Niet aldus de Romanisten der 16e en 17e eeuw, die buiten de Humanistische natuurrechtsschool stonden, met name niet de grote Franse Calvinistische juristen DONELLUS (*Comment. de jure civili* L. I c. 10, I, VI) en DUARENUS (*Opera, Comment. in Tit. de legibus* c. 11) en t.o. J. VOETIUS (*Comment. ad Pandectas* L. 1, t. 3 nos 27, 37), die allen zelfs de mogelijkheid van afschaffing ener wet door het gewoonterecht erkenden, cf. de leer der klassieke Romeinse juristen.

volk
een
waa
M
rede
wetg
gron
E
leer
kom
D
men
den.
zoch
indi
van
de
indi
natu
van
slecl
door
de k
nom
staa
een
wete
ecor
sche
de s
grot
van

19
pater
„qua
ding
(193
van
socia
inter
Hau
20
QUE
schap

volkenrecht en het door de staat in het leven geroepen *ius civile* nog een recht bestaat, dat in kleinere groepen geldt (*ius arctius patens*), waarbij hij met name ook aan de steden, buurschappen en gilden denkt.

Maar in zijn natuurrechtelijk systeem speelt dit om begrijpelijke redenen geen rol. Het spreekt voor hem van zelf, dat de soevereine wetgever de enige *oorspronkelijke* competentie tot rechtsvorming op het grondgebied van de staat bezit ¹⁹⁾.

Eerst met de Britse wijsgeer JOHN LOCKE begint in de natuurrechtsleer een reactie tegen het absolutistisch soevereiniteitsbegrip op te komen vanuit het Humanistisch vrijheidsmotief.

De slechts formeel-juridische verdragsconstructie had zakelijk de menselijke vrijheid tegenover de soevereine overheid niet kunnen redderen. In HOBBS' *Leviathan* was zij volledig ten onder gegaan. Daarom zocht LOCKE een waarborg voor de natuurrechtelijke vrijheid van het individu met zijn aangeboren mensenrechten door in de constructie van het maatschappelijk verdrag een uiterst beperkte doelstelling voor de daarbij in het leven geroepen staats-associatie op te nemen. De individuen geven volgens hem in dit verdrag slechts zoveel van hun natuurlijke vrijheid prijs als nodig is voor de georganiseerde bescherming van hun aangeboren mensenrechten. Dit kwam hierop neer, dat de staat slechts tot taak kreeg de burgerlijke privaatrechten zijner onderdanen door sancties te handhaven. Deze oud-liberale rechtsstaatidee, die de staat de bevoegdheid tot eigenmachtig ingrijpen in het maatschappelijk economisch leven ontzegde, leidde tot een scherpe onderscheiding tussen de staat en de autonome burgerlijke maatschappij, een onderscheiding, die een bijzonder accent zou krijgen sinds de opkomst van de economische wetenschap, die de staatswetgeving ondergeschikt verklaarde aan de economische wetten van de burgerlijke maatschappij (de physiocratische en de klassieke school in de economie) ²⁰⁾. Werd zo enerzijds aan de soevereiniteit van de wetgever op het gebied der rechtsvorming de grondslag ontnomen, anderzijds werd ook de één- en ondeelbaarheid van het soevereine staatsgezag geloochend.

¹⁹⁾ *De iure belli ac pacis* L. I cap. 1 § XIV. Wel zegt hij hier, dat het *ius arctius patens* niet „ab ea potestate civili” stamt, maar hij voegt er onmiddellijk aan toe: „quamquam ei subditum”. Het heeft dus geen van de wetgever onafhankelijke gelding. Hieruit blijkt de misvatting van GURVITCH, die in zijn *L'idée du droit social* (1931) p. 178 e.s. en zijn *Sociology of law* (1947) p. 63 GROTIUS de verdediging van een juridisch pluralisme van verschillende aan het statelijk recht aequivalente sociaal-rechtelijke ordeningen in de schoenen schuift. Zie over GURVITCH' Grotius-interpretatie ook mijn *De „théorie de l'institution” en de staatsleer van Maurice Hauriou* I (Antir. Staatk. 1940—41).

²⁰⁾ Zie de uitspraken van de physiocratische leermeesters DUPONT DE NEMOURS en QUESNAY over de onderworpenheid van de staatswetten aan de wetten der maatschappij bij GURVITCH *Sociology of law* (1947) p. 66/7.

De door LOCKE verdedigde theorie i.z. de deling der machten, die, gelijk KLIMOWSKY heeft aangetoond, in de staatkundige geschiedenis van Engeland, met name in de puriteinse revolutie onder CROMWELL een historische grondslag had²¹⁾, en straks in de MONTESQUIEU's trias-politicaal haar definitieve vorm zou krijgen, moest met innerlijke noodzakelijkheid tot een verval van het soevereiniteitsbegrip leiden, ofschoon LOCKE formeel van dit laatste uitging.

Van een overheidssouvereiniteit is bij hem geen sprake meer en de vóór BODIN bij de legisten gangbare en door LOCKE weer opgenomen leer der volkssouvereiniteit beantwoordde allerminst aan de kenmerken, die BODIN voor de „*summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*” had opgesteld, al houdt LOCKE vast aan de opvatting, dat de wetgevende macht, opgedragen aan koning en parlement, het eerste en hoogste uitvloeisel der soevereiniteit is²²⁾.

En wij zien ook hoe in de door LOCKE beïnvloede rechtsleer van LEIBNIZ en de Wolfiaanse school steeds meer aandacht wordt besteed aan het niet-statelijk recht, met name aan het economisch gequalificeerde bedrijfsrecht, waarvoor een oorspronkelijke, niet van de wetgever afgeleide competentiesfeer wordt opgeëist²³⁾.

Daarentegen kreeg het soevereiniteitsbegrip een nieuwe betekenis in de radicaal-democratische wending van ROUSSEAU's theorie der „*volonté générale*”, die BODIN's leer i.z. de overheidssouvereiniteit in die van de absolute en directe volkssouvereiniteit omzette. ROUSSEAU keerde zich evenzeer als vrijheidsapostel tegen de formele verdragsconstructie zijner voorgangers en wilde in de „onvervreemdbare burgerrechten” aan ieder individu zijn bij het „*contrat social*” prijsgegeven natuurlijke vrijheid in hogere vorm teruggeven.

In zijn constructie van de soevereiniteit krijgt de wetgevende macht, geconcentreerd in de uitsluitend op het publiek belang gerichte volkswil als *volonté générale*, zo zeer juridische almacht, dat zelfs voor een wettelijke delegatie der rechtsvorming in niet-staatse verbanden in het geheel geen plaats overblijft.

²¹⁾ E. KLIMOWSKY *Die englische Gewaltenteilungslehre bis zu Montesquieu* (1927).

²²⁾ *Two treatises of government* Bk II ch. XI p. 299.

²³⁾ Zo met name LEIBNIZ in zijn geschrift *De tribus juris gradibus* (Mollat ed. pp. 12 sq.).

NETTELBLADT, een der meest invloedrijke natuurrechtsleraars uit de Leibniziaans-Wolfiaanse school, die mede sterk de invloed van LOCKE heeft ondergaan, onderscheidt reeds sterk de (economisch gequalificeerde) *maatschappij* en *de staat*, het *regimen societatis* (een stelsel van economische belangengroepen) en het *regimen civitatis*. Van hem is de uitspraak: „Zo ontstaat er een dubbele regering, de burgerlijke of publieke en de private, waarbij de laatste bestaat in de sociale macht der autonome groepen, die geheel onafhankelijk van de staatsmacht zijn” (aangeh. bij G. GURVITCH *Sociology of Law*, 1947, p. 66).

Private corporaties zijn, omdat zij de enkeling van het publiek belang aftrekken, in ROUSSEAU's staatsconceptie principieel ontoelaatbaar ²⁴).

B - De historische conceptie van het soevereiniteitsbegrip en de leer der staatssouvereiniteit.

In de restauratietijd krijgt de soevereiniteitsleer een geheel nieuwe wending, omdat zij zich thans gaat verbinden met het legitimiteitsbeginsel en het zgn. monarchistisch principe, onder principiële afwijziging van iedere natuurrechtelijke verdragsconstructie ²⁵).

Terwijl de voorafgaande periode het probleem inzake de soevereine macht in natuurrechtelijke zin had gesteld, geheel los van het historisch verleden, en slechts een natuurrechtelijke formulering had gegeven aan de absolutistische, dan wel meer liberaal-constitutionele tendenzen van de tijd, gaat men thans, in overeenstemming met de conservatieve historische denkwijze van de restauratiebeweging, alle nadruk leggen op de werkelijk of vermeend historisch gefundeerde rechten van de door de revolutie onttroonde dynastieën.

Daarbij diende de voor-revolutionaire staatsrechtelijke positie van DE BOURBONS als model ²⁶).

In de door BEUGNOT ontworpen inleiding tot de charte van LODERWIJK XVIII werd de standaardformule gegeven voor het monarchistisch legitimiteitsprincipe ²⁷), een formule, die in de grondwetten van verschillende Duitse staten overging en in art. 57 der Weense slotacte tot onaantastbaar dogmatisch uitgangspunt voor de deductie van de staatsrechtelijke positie der vorsten werd verheven: „Da der deutsche Bund“, zo lezen wij hier, „mit Ausnahme der freien Städte aus souveränen

²⁴) *Du Contrat social* II ch. 3 p. 43: „Il importe donc, pour avoir bien l'énoncé de la volonté générale, qu'il n'y ait pas de société partielle dans l'état...”

²⁵) Vgl. E. KAUFMANN *Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzips* (1906) en H. MEISNER *Die Lehre vom monarchischen Prinzip* (1913).

²⁶) MEISNER a.w. S. 5 ff. meent nochtans, dat in Duitsland de leer van het monarchistisch principe zich onafhankelijk van Franse invloeden zou hebben ontwikkeld en hier zou teruggaan op het geschrift van de thüringsche Freiherr K. A. von WANGENHEIM *Die Ideen der Staatsverfassung* (1815). G. JELLINEK *Allgemeine Staatslehre* (3e Aufl. von Dr. WALTER JELLINEK, 1919) S. 471, acht het niet onmogelijk, dat nader onderzoek MEISNER in het gelijk zou stellen, maar wijst in de tekst toch zelf Beugnot's formule als oorsprong aan.

²⁷) In deze formule wordt gezegd, dat de koning „après une longue absence“, gevolg gevend aan de wens zijner onderdanen, aan het volk een constitutie uit vrije soevereine macht verleent, dat hij daarbij wel de oude positie van het koningschap handhaaft, volgens welke het gehele publiek gezag van Frankrijk in de persoon des konings zijn zetel heeft, maar aan de uitoefening daarvan het volk een aandeel toekent. Vgl. voor de Franse tekst DUGUIT et MONNIER *Les constitutions et les principales lois publiques de la France depuis 1789* (2e ed. 1908) p. 183 c.s.

Fürsten besteht, so musz dem hierdurch gegebenen Grundbegriff zufolge die gesamte Staatsgewalt in dem Oberhaupt des Staates vereinigt bleiben, und der Souverän kann durch eine landständische Verfassung nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden werden". Dat de hier aan de vroegere landsheren der Duitse territoriën toegekende souvereiniteit in het positieve Duitse rijksrecht van het ancien régime geen onaantastbare grondslag had, werd door de Weense diplomaten met stilzwijgen voorbijgegaan. Zo verviel de uit de historische denkwijze geboren legimititeitsleer op haar beurt weer in de natuurrechtelijke Begrijfsjurisprudentz, die uit de staatsrechtelijke positie der Franse koningen vóór de revolutie een algemeengeldig souvereiniteitsbegrip deduceerde.

In deze gedachtengang berustte de koninklijke souvereiniteit niet op de grondwet, maar was omgekeerd de constitutie door de souvereine Vorst, krachtens zijn vermeend historisch gegronde machtsvolkomenheid, geotctroyeerd en berustte de binding van de uitoefening der wetgevende macht aan de medewerking der standen of der volksvertegenwoordiging op vrijwillige zelf-beperking van het souverein gezag ²⁸⁾.

Deze leer, al of niet met christelijke voorstellingen over het „droit divin" der vorsten verbonden, kreeg een uitgesproken contra-revolutionaire wending, wanneer zij zich tegen de idee van de staat als res publica zelve keerde en, gelijk bij v. HALLER en MAURENBRECHER, het souvereine overheidsgezag tot een privaatrecht van de vorst proclameerde ²⁹⁾.

Onderging zo enerzijds het souvereiniteitsbegrip — in overeenstemming overigens met HOBBS' en ROUSSEAU's opvatting ³⁰⁾ — een verscherping tegenover BODIN's conceptie, die toch steeds de koninklijke souvereiniteit juridisch gebonden achtte aan de onafhankelijk van haar geldende „lois fondamentales" van het Rijk, anderzijds bracht de historische denkwijze van de restauratietijd een principiële slag toe aan BODIN's leer in zake het monopolie van de souvereine wetgever op het

²⁸⁾ Dit was natuurlijk iets geheel anders dan de bij ons te lande van antirevolutionaire zijde verdedigde opvatting, dat de uitdrukkelijke opdracht van de souvereiniteit aan de Prins van Oranje uit naam van het Nederlandse volk en door de Oranjevorst aanvaard onder het beding ener wijze constitutie met zich bracht, dat de latere Koning Willem I een souverein gezag bezat, dat niet aan de grondwet van 1814 ontleend, maar door haar slechts *erkend was*. GROEN VAN PRINSTERER wees, gelijk bekend, het ook door STAHL verdedigd „monarchische Prinzip" af.

²⁹⁾ v. HALLER *Restauration der Staatswissenschaft* Bnd. II (1820) 1e Theil S. 64—69. MAURENBRECHER *Die regierenden Fürsten und die Souveränität* (1839), die (S. 167) vaststelt, „dasz die Souveränität in der Erbmonarchie das *reine Privatrecht* (Eigentum, Teil des Patrimoniums) der Fürsten" zou zijn (aangeh. bij G. JELLINEK a.w. S. 472/3).

³⁰⁾ Nòch HOBBS, nòch ROUSSEAU achtten de souverein aan een grondwet onderworpen. Vgl. ROUSSEAU's *Du contrat social* II ch. XII p. 87.

gebied der rechtsvorming. Dit geschiedde onder invloed van een irrationalistische en universalistische wending van het Humanistisch vrijheidsmotief, zoals die zich wijsgerig in het na-Kantiaanse vrijheidsidealisme (met name in SCHELLING's transcendentiaal idealisme) uitwerkte.

De Humanistische natuurrechtsleer had overwegend onder invloed gestaan van de rationalistische en individualistische denkwijze van het klassieke, aan de mathematische natuurwetenschap georiënteerde wetenschapsideaal, ofschoon sinds LOCKE ongetwijfeld meer met historische ervaringsgegevens werd rekening gehouden. Zelfs KANT's praktische vrijheidsidee, die hij toch scherp van de „natuur” had afgescheiden, verraadde nog duidelijk de oriëntering aan het natuurwetenschappelijk denkmodel, daar hij de toepassing der categorische imperatief naar het algemene schema der natuurwet vatte en met de individuele aanleg en roeping van de mens in zijn ethiek geen rekening hield. In zijn opvatting van de autonomie der vrije persoonlijkheid werd het zedelijk „autos” (de „zelfheid”) van de mens in de algemene „nomos” (de *zedewet*) gezocht en tot een wezenlijke *gemeenschapsidee* kon KANT niet komen, daar hij aan de individualistische denkwijze vasthield.

In het na-Kantiaanse vrijheidsidealisme werd de door KANT gestelde grens tussen „natuur” en „vrijheid” niet langer erkend. Men wilde deze beide antithetische motieven, die in het religieuze grondmotief van het Humanisme een polaire spanning brachten, dialectisch ineen denken, in de „natuur” zelve het verborgen spoor der „vrijheid” en in de „vrijheid” het verborgen spoor der „natuur” ontdekken. En in plaats van de rationalistische denkwijze, die alle individualiteit in het algemeen wetmatige trachtte op te lossen, brak zich nu een irrationalistische denkwijze baan, die juist omgekeerd de wet tot een onzelfstandige reflex van de individuele aanleg zocht te herleiden.

De autonome vrijheid der persoonlijkheid werd nu zo gevat, dat de *nomos* (de wet) uit het individuele *autos* (de individuele aanleg van de persoonlijkheid) moest ontspringen. KANT's „burgerlijke wetsmoraal” kon bij deze opvatting geen genade meer vinden.

Deze irrationalistische wending van het vrijheidsmotief ging gepaard met een universalistische reactie tegen het individualiteitsloos individualisme der voorafgaande periode.

De samenleving werd gezien als een organisch geheel met delen, en de individuele persoonlijkheid” van de mens als lid van een evenzeer individuele gemeenschap, waaraan men een collectieve persoonlijkheid toekende.

Deze nieuwe conceptie van het Humanistisch vrijheidsmotief ging zich nu ook in de wetenschap geldend maken. Het natuurwetenschappelijk denkmodel werd overal door een nieuwe historische denkwijze verdrongen, die op het geesteswetenschappelijk verstaan van het indivi-

dule binnen individueel-historische samenhangen gericht was, in plaats van op het ontdekken van algemene wetten. Tegenover het rationalistisch geloof, dat men de staats- en rechtsorde naar een onveranderlijk natuurrechtelijk model kon construeren, dat los van het historisch verleden voor alle tijden en volkeren pasklaar zou zijn, werd alle nadruk gelegd op het organisch karakter van de historische ontwikkeling der cultuur, die in de individuele volksaard of „volksgeest” haar ware bron vindt. Zo ontstond een nieuw wetenschapsideaal, dat met verabsolutering van het historisch aspect tot een *historistische* visie op de werkelijkheid voerde. En deze historische denkwijze moest zich natuurlijk ook tegen de traditionele conceptie van het positieve recht als product van de souvereine wil van de wetgever keren.

De door FR. CARL VON SAVIGNY gegroundveste Historische rechtsschool die het recht tot een historisch ontwikkelingsverschijnsel proclameerde, dat organisch, aanvankelijk zonder bewuste vormgeving, uit de individuele volksgeest of volksovertuiging groeit, brak geheel met de vroegere rationalistische opvatting in zake de verhouding van wet en gewoonterecht. De staat zelf werd in haar theorie teruggedrongen naar het tweede plan. Hij werd slechts gezien als een supra-structuur boven de infra-structuur van de volksgemeenschap, als de politieke organisatievorm van de laatste. Zoals iedere volksgemeenschap uit haar eigen individuele volksaard haar eigen recht voortbrengt, zo ook haar eigen individueel historische staatsvorm. Tegen de leer van het natuurrecht werd die van het organisch zich ontwikkelend volksrecht gekeerd, dat niet in de wil van de staatssouverein, maar in de historische rechtsovertuiging des volks, zijn ware geldingsgrond heeft. Het volksrecht, dat aanvankelijk als gewoonterecht in de Übung tot openbaring komt, krijgt bij het ingewikkelder worden van de maatschappelijke verhoudingen een technisch orgaan in de juristenstand en krijgt dan zijn technische vormgeving in het juristenrecht ³¹⁾

Det wetgever heeft volgens v. SAVIGNY slechts een secundaire, of-schoon niet onbelangrijke, taak, die alleen overheersend kan worden in tijden, die voor de rechtsvorming door de volksovertuiging niet meer gunstig zijn, zoals de Byzantijnse tijd voor het Romeinse rijk.

Een codificatie van het recht is echter volgens hem niets dan een natuurrechtelijke illusie. Als historisch verschijnsel is het recht in voortdurende ontwikkeling en kan het niet in wetboeken worden vastgelegd. Juristenpraktijk en interpretatie weven om de wetsteksten aanstonds een onzichtbaar en zich steeds veranderend web, dat zich aan de contrôle van de wetgever onttrekt.

³¹⁾ SAVIGNY *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814).

Wanneer deze gedachtengang consequent werd gevolgd, dan moest het traditionele soevereiniteitsbegrip, dat sinds Bodin uitsluitend op de staat was betrokken, als noodzakelijk element in de definitie van het positieve recht vervallen.

Intussen waren de beide leiders van de romanistische vleugel der Historische School v. SAVIGNY en PUCHTA te eenzijdig privaatrechtelijk georiënteerd, om hun rechtsbeschouwing explicite met het traditionele soevereiniteitsprobleem in verbinding te brengen. Anderzijds stond althans de tweede te zeer onder de invloed van de klassieke Romeins-rechtelijke traditie, die slechts voor de beide statelijke rechtskaders: het burgerlijk privaatrecht en het publieke recht belangstelling had, dan dat hij principieel met de eenzijdig statelijke opvatting van het positieve recht kon breken. Opvallend is de wijze, waarop PUCHTA in zijn *Gewohnheitsrecht* de theorie van het volksrecht weer met deze traditionele opvatting verzoent. Het stellig recht heeft volgens hem twee zijden, die niet kunnen worden gescheiden zonder het begrip des rechts op te heffen. De eerste bestaat in de volksovertuiging van hetgeen recht is, de tweede is het *geldend maken*, het *realiseren* en *sanctioneren* dezer overtuiging en dit laatste is slechts mogelijk door een orgaan van de algemene wil, derhalve door de staat. Want het volk in „natuurlijke” zin, als infra-structuur van de staat, is een incertum corpus, dat handelings-onbekwaam is. De staat is het enig rechtsverband van het volksgeheel. Hij moge dan geen schepper van het recht zijn, zonder realisering van de volksovertuiging door de staatsorganen van rechtspraak en politie kan geen positief recht bestaan ³²⁾.

En daar volgens hem de wezenlijke rechtsvorming slechts van het geheel kan uitgaan keert hij zich ook — in tegenstelling tot v. SAVIGNY — tegen de van Germanistische zijde verdedigde autonomie als oorspronkelijke formele rechtsbron ³³⁾. Ook de mogelijkheid van rechtsvorming langs contractuele weg wordt principieel ontkend. Niet de partijwil, maar slechts de gemeenschapswil van het in de staat georganiseerde volksgeheel kan volgens hem de rechtsovertuiging des volks tot positieve gelding brengen.

En PUCHTA aarzelt niet — weer in tegenstelling tot v. SAVIGNY ³⁴⁾ —

³²⁾ *Gewohnheitsrecht* I S. 138—143. Vgl. over deze theorie uitvoerig mijn *De bronnen van het stellig recht in het licht der wetsidee* I (Antir. Staatk., driemaand. orgaan 4e Jrg. 1930) blz. 50—68.

³³⁾ *Gewohnheitsrecht* I S. 155 f. Hiermede is niet in strijd wat PUCHTA in zijn *Cursus der Institutionen* 2e Aufl. 1853 S. 54) over de autonomie opmerkte. Zie mijn *De Bronnen van het stellig recht II* (Antirev. Staatk. 1930) blz. 245.

³⁴⁾ In zijn *System des heutigen römischen Rechtes* I § 11. laat v. SAVIGNY het volkenrecht als een wezenlijk, zij 't al gebrekkig recht gelden, dat zijn ontstaansbron heeft in het gemeenschappelijk rechtsbewustzijn van een geestelijke volkerengemeenschap, met name van de Christelijk-Europese, welke gemeenschap haar grondslag

daaruit de destructieve consequenties voor het volkenrecht te trekken. Volkenrecht kan volgens hem niet bestaan. Slechts van een volkeren-moraal mag worden gesproken, een consequentie, die ook sommige natuurrechtsleraars als SPINOZA en HOBBS uit het soevereiniteitsbegrip hadden getrokken en die in de Hegeliaanse School (LASSON e.a.) verbonden werd met de leer van de „Weltgeschichte” als „Weltgericht”.

Practisch was hiermede weder een soevereiniteit van de staat over de rechtsvorming aanvaard, zij 't al dat deze soevereiniteit hier in irrationalistisch universalistische zin werd omgebogen. Niet de wetgever, maar de rechter als technisch staatsorgaan van het organisch zich ontwikkelend volksrecht, waarvan ook de rechtswetenschap en de wet slechts een bijzondere uitdrukking kunnen zijn, oefent de formele soevereiniteit in de rechtsvorming uit³⁵). Dit althans op het gebied van het privaatrecht en strafrecht, want voor het staatsrecht acht PUCHTA de „Übung” in de constitutionele praktijk voldoende³⁶).

En dit komt weer hierop neer, dat het privaatrecht werd vereenzelvigd met zijn burgerrechtelijke sector, d.i. hier met het in Duitsland tot de invoering van het Bürgerliche Gesetzbuch in 1900 gegolden hebbende en aan het Duitse rechtsleven aangepaste Romeinse *ius gentium*.

Want de klassieke Romeinsrechtelijke traditie was met name door PUCHTA weer op de oude natuurrechtelijke wijze tot *ratio scripta* verheven en met deze canonisering van het Romeinse recht deed ook de sinds de postglossatoren-school opgekomen „Begriffsjurisprudenz” weer

deels in stamverwantschap, deels en vooral in gemeenschappelijke religieuze overtuigingen bezit. Hier is uiteraard een ongeorganiseerde gemeenschap bedoeld, hetgeen ons later een zeer problematische universalistische constructie zal blijken te zijn.

³⁵) *Gewohnheitsrecht* I S. 181: „Das Recht erhält seine eigentliche Wirksamkeit durch die Gerichte, welche einen Zweig der Verfassung bilden; also durch die bürgerliche Gesellschaft (bedoeld in de zin van staat!), und den Zweig der Staatsgewalt, welcher Justiz heisst.”

Door een redenering uit „de natuur der staatsmacht” wordt deze opvatting dan weer verzoend met de leer van het volksrecht. Zie t.a.v. S. 182: „Ja da er” (nl. de staat) „aus derselben Quelle hervorgeht, aus der das Gewohnheitsrecht flieszt, und die Verfassung nur gleichsam die letzte Formirung eines Volks ist, so kann der Staat unmöglich etwas einer solchen Thätigkeit, aus das er selbst entspringt, und einer Verbindung, die seinen Inhalt, seine substantielle Grundlage ausmacht, irgend feindlich gegenüberstretendes sein.”

Dit is wel een sterk stuk, daar PUCHTA juist even te voren zelf erkende, dat het staatsgezag de werkzaamheid van het gewoonterecht, zijn geldend maken voor de gerechten, kan beperken, ja zelfs geheel kan verbieden! De twijfel, die in deze gevallen aan de geldigheid van het volksrecht als gewoonte-recht ontstaat, berust dan volgens hem slechts op „uitwendige gronden”, niet op de „natuur” van dit recht of op de „natuur” van de „Staatsgewalt”. PUCHTA valt hier dus eigenlijk terug in een natuurrechtelijke gedachtengang, die het conflict tussen „natuurrecht” en „positief recht” aan de orde stelt!

³⁶) *Gewohnheitsrecht* II S. 234.

haar intrede in de Historische School. Zo zette zich — ondanks alle principële strijd tegen de natuurrechtsleer — de natuurrechtelijke traditie in de dogmatische rechtswetenschap onder de Romanisten voort.

Eerst de Germanistische vleugel der Historische School onder leiding van zijn beide coryphaeën GEORG VON BESELER en OTTO GIERKE begon op het gebied der rechtsvorming de voor het traditionele souveriniteitsbegrip fatale consequenties uit de leer van het volksrecht te trekken.

Is alle recht, gelijk v. SAVIGNY geleerd had, een historisch product van de individuele volksaard, dan moest de receptie van het volksvreemde Romeinse recht in de Germaanse landen als een principële denaturering van de gezonde ontwikkeling der Germaanse rechtsinstellingen worden beschouwd. De als individualistisch gebrandmerkte geest van het Romeinse burgerlijk privaatrecht was, evenals de absolutistische overheidsidee van het Romeinse imperium, volkomen in strijd met de sociale genootschappelijke grondslagen van het Germaanse recht.

Daarom moest zowel in het burgerlijk privaatrecht als in het publiekrecht de suprematie van de klassieke Romeinse traditie worden gebroken en de Germanisten aarzelden niet daarvoor een beroep op de wetgever te doen.

BESELER meende zelfs, dat althans een *stuk* volksrecht zich onafhankelijk van de staat zou kunnen handhaven, vooral wanneer men in zijn rechtsgeschillen de burgerlijke rechter buiten spel liet ³⁷⁾.

De studie van de oud-Germaanse volksinstellingen en het middeleeuws Germaanse genootschapswezen voerde tot een meer sociologische beschouwingswijze van het rechtsleven en de Germanisten proclameerden — in scherpe oppositie tegen PUCHTA — de autonomie tot formele oorspronkelijke rechtsbron. Zij ontdekten het interne verbandsrecht als een aan de klassieke traditie onbekend „Sozialrecht”.

Dreigde aanvankelijk deze „Germanistische Ansturm” onder invloed van de historische denkwijze tot een volledige ondermijning van de grondslagen van het burgerlijk privaatrecht en van de staatsidee te voeren, GIERKE zag tijdig genoeg het gevaar en sloot een compromis met de natuurrechtsidee. De leer van de mensenrechten, in de klassieke traditie van het *ius naturale et gentium* aan het burgerlijk privaatrecht ten grondslag gelegd, mocht niet ten offer vallen aan de Germaanse volksrechtsgedachte met haar binding van de gehele rechtspositie van de enkeling aan de ongedifferentieerde sociale verbanden ³⁸⁾. Het „Individualrecht” moest als zelfstandige rechtssfeer naast het nieuw ontdekte „Sozialrecht” der verbanden gehandhaafd blijven en de klassieke idee van de staat als heerschappelijke *res publica* mocht niet ten onder gaan in de ongedifferentieerde genootschapsidee van het Germaanse recht.

³⁷⁾ *System des gemeinen deutschen Privatrechts* 1e Abt. S. 96 f.

³⁸⁾ GIERKE *Naturrecht und Deutsches Recht* (1883) S. 16.

Maar GIERKE wilde de aan de Romeinse imperiumidee georiënteerde conceptie van de bureaucratische overheidsstaat, die in BODIN's vereenzelviging van de res publica met de overheid tot praegnante openbaring kwam, vervangen door een organische staatsleer, waarin de overheid als wezenlijk orgaan van het, overheid en volk gemeenschappelijk omvattende, staatsverband zou worden erkend. Dit laatste is volgens hem, evenals alle andere sociale verbanden, een reëel geestelijk organisme met een eigen persoonlijkheid, maar het is een gelede persoonlijkheid, waarin zowel de rechtssubjectiviteit van de individuele burgers als die van de engere in het staatsgeheel geïncorporeerde verbanden onaangetast blijft.

Het Germaanse „Genossenschaftsprincipe” kon op deze wijze toch een bevruchtende invloed op de moderne idee van de rechtsstaat oefenen.

De souvereiniteit in de volle zin des woords kan dan niet toekomen aan de overheid, of aan het volk, maar slechts aan de staat zelf: „Das Gemeinwesen als solches ist uns das oberste Subjekt im öffentlichen Recht” schreef GIERKE in 1874; „der Herrscher ist uns nur das vornehmste Glied und herrschende Organ der mit ihm sich keineswegs deckende Staatspersönlichkeit. Damit steht allerdings Manches in der herrschenden Staatslehre, besonders der historische überkommene Souveränitätsbegriff, noch in einem gewissen Widerspruch. Denn sobald man die Staatspersönlichkeit zum Ausgangspunkt des Staatsrechts macht, darf man in letzter Instanz nur von einer Souveränität des Staates selbst, nicht von der Souveränität eines Staatsgliedes über den Staat sprechen. Allein das sind Reste einer älteren Staatsanschauung, die es zu überwinden gilt”³⁹⁾.

Het was geenszins GIERKE's bedoeling daarmede de zeer bijzondere staatsrechtelijke positie van het Koningschap in de monarchie te ontkennen. In een monarchie is volgens hem de koning inderdaad *hoofd* van de staat en wel volgens *eigen* recht, waarmede hij een duidelijke concessie deed aan de legitimiteitsleer van het monarchistisch principe⁴⁰⁾. En hij heeft er ook geen bezwaar tegen overeenkomstig het historisch gebruik van een koninklijke souvereiniteit te spreken, mits men bedenkt, dat dit nòch een souvereiniteit over de staat, nòch over het recht, maar alleen over de andere leden van de staat kan zijn⁴¹⁾.

³⁹⁾ *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien* (Abdruck der in der Z. f. d. ges. Staatsw. 1874 Heft 1 und 2 ersch. Abh.), Tübingen, Mohr. 1915 S. 27. Voorts *Das deutsche Genossenschaftsrecht* Bnd. II S. 831.

⁴⁰⁾ Dat de leer der staatssovereiniteit zich met de opvatting van het monarchaal gezag als *eigen* recht niet verdraagt, wordt met nadruk door JELLINEK *Allgem. Staatslehre* (3e Ausg.) S. 473 betoogd. Vóór hem had reeds BERNATZIK *Republik und Monarchie* (1892) S. 27f op de innerlijke tegenspraak in deze verbinding gewezen.

⁴¹⁾ t.a.p. S. 120.

De hier voorgedragen leer der staatssouvereiniteit betekende tegenover het traditionele, op BODIN teruggaande soevereiniteitsbegrip in een bepaald opzicht inderdaad een vooruitgang en zij stond in vele opzichten boven de concepties van GERBER, LABAND en JELLINEK, die gewoonlijk als de typische representanten dezer leer worden beschouwd. Aan de vroegere Humanistische soevereiniteitstheorieën ontbrak een inzicht in het reëel verbandskarakter van de staat, en daarmee ook het juridisch orgaanbegrip. De staat werd nu eens met de overheid, dan weer met het volk als aggregaat van individuen vereenzelvigd. De individualistische denkwijze der Humanistische natuurrechtsleer kon in 't geheel niet tot een wezenlijke verbandsidee en in ruimere zin tot een echte gemeenschapsidee komen.

Wel vinden wij in de Aristotelisch-Thomistische scholastiek een staatsconceptie, die de staat als een organisch geheel met delen vat, dat als een *unitas ordinis* scherp van een aggregaat van individuen onderscheiden wordt. In deze gedachtenlijn kwamen bij het doorbreken van de moderne staatsidee de scholastieke Spaanse denkers MOLINA en SUAREZ er reeds toe aan de staat als *corpus* het sovereyn gezag toe te kennen ⁴²⁾.

Maar deze scholastieke verbandsleer vatte in universalistisch-Griekse zin de staat als het geheel der natuurlijke samenleving, waarvan alle lagere gemeenschappen, evenals de enkelingen, slechts dienende leden konden zijn, voorzover de natuurlijke orde reikt.

Daartegenover betekende ALTHUSIUS' verbandstheorie in zoverre een breuk met deze scholastisch-universalistische visie op de samenleving, dat hij nòch de enkelingen, nòch de private corporaties als delen van de staat beschouwt, maar alleen de steden en de provinciën ⁴³⁾. Ook hij kent de eigenlijke soevereiniteit aan het aldus gelede staatsverband zelve toe en wanneer hij dit staatsverband met de *populus* gelijkstelt, dan moeten wij bedenken, dat hier het volk niet als een verzameling individuen werd gevat, maar veel meer met het verband van leden van de staat werd vereenzelvigd ⁴⁴⁾. De overheid als *summus magistratus* oefent dan het staatsgezag uit niet in eigen naam, doch in naam van het staatslichaam, dat zelf zijn onvervreembare soevereiniteit aan God ontleent ⁴⁵⁾.

⁴²⁾ GIERKE *Joh. Althusius* (3e Ausg. 1913) S. 162.

⁴³⁾ *Politica* cap. IX § 5: *Membra regni, seu symbioticae universalis consociationis voco, non singulos homines, neque familias, vel collegia, prout in privata et publica particulari consociatione, sed civitates, provincias et regiones plures inter se de uno corpore ex conjunctione et communicatione mutua constituendo consentientes.*

⁴⁴⁾ Vgl. *Politica*, Praefatio: *Jura haec (scl. majestatis) a populo seu membris regni et Reipublicae constituta sunt, ab illis incepterunt, atque non nisi in illis consistere possunt et ab illis conservari.*

⁴⁵⁾ *ib.*: *Concedo horum jurium principem seu summum magistratum esse dispensatorem, administratorem, vel procuratorem. Proprietatem vero illorum et usum-*

Van een door GIERKE in ALTHUSIUS' opvatting gelegde theorie der volkssouvereiniteit in de zin der Humanistische natuurrechtsleer is hier dus geen sprake. En ook de natuurrechtelijke verdragsconstructie, waarvan ALTHUSIUS zich voor de juridische constituering van de staat en de overige verbanden bedient, was veeleer aan het traditioneel feodale en standenrecht ontleend, dan dat zij, gelijk bij de Humanistische natuurrechtsleraars der 17e eeuw een methodisch hulpmiddel werd in dienst van de sociale afbraak- en vernieuwingspolitiek.

De grote invloed van ALTHUSIUS' soevereiniteitsleer kwam tot openbaring in de onderscheiding, welke een tijdlang in de staatstheorie heersend werd tussen de *maiestas realis*, die aan de staat als geheel, en de *maiestatis personalis*, die aan de overheid werd toegekend, een onderscheiding, die formeel, zonder dat daaruit staatsrechtelijke consequenties werden getrokken, ook nog in HUGO DE GROOT's theorie van het *subjectum commune* en het *subjectum proprium* der soevereiniteit voortleefde, maar sinds het midden der XVIIe eeuw weer uit de staatsleer verdween⁴⁶⁾. Zij herleefde practisch in GIERKE's onderscheiding van de staatssovereiniteit en de persoonlijke soevereiniteit van de koning over de overige leden van het staatsverband.

GIERKE's leer der staatssovereiniteit was echter ongetwijfeld uit een geheel andere geest geboren. Wanneer hij aan de staat evenals aan de overige samenlevingsverbanden een eigen reële verbandspersoonlijkheid toekent, en deze laatste op één lijn stelt met de individuele menselijke persoonlijkheid, en wanneer hij in deze verbanden op metaphysische wijze een eigen ziel en lichaam construeert⁴⁷⁾, dan bevinden wij ons in de gedachtensfeer van het na-Kantiaanse vrijheidsidealisme, waarin het Humanistisch persoonlijkheidsideaal en vrijheidsmotief een irrationalistische en universalistische wending verkrijgt.

De nieuwe leer der staatssovereiniteit borg intussen, voorzover ze inderdaad uit de gedachtengang der Historische school leefde, alle kiemen in zich voor een volledige ondermijning van het traditionele Humanistisch soevereiniteitsbegrip. Sinds de theorie van het volksrecht zich had uitgewerkt in de leer van de autonome rechtvorming in de verschillende sociale verbanden, kon het soevereiniteitsbegrip niet langer als kenmerk hebben de enige oorspronkelijke competentie tot vorming van positief recht. En toch had BODIN daarin de kern gezocht!

Wanneer dus het soevereiniteitsbegrip, althans in beginsel, niet langer een essentiële rol in de definitie van het positieve recht kon spelen

fructum adeo jura ad regnum seu populum universum pertinere contendo, us hisce etiam si velit, se abdicare, atque in alium transferre et alienare nequaquam possit, non minus quam vitam quam quisque habet, alio communicare potest.

⁴⁶⁾ Zie GIERKE *Althusius* S. 164 f.

⁴⁷⁾ *Das Wesen der menschlichen Verbände* (1902).

— GIERKE verwerpt uitdrukkelijk de opvatting van dit laatste als gebod van de souverain — dan moet noodzakelijk de vraag rijzen, welke rol het dan nog zou kunnen vervullen in de definitie van de staat.

GIERKE hield zelf nog vast aan BODIN's opvatting, dat de souvereiniteit als een wezenskenmerk van iedere staat moet worden beschouwd. De laatste onderscheidt zich volgens hem van alle andere samenlevingsverbanden als „sovereine machtsorganisatie”, die niet als „Genossenschaft”, maar als „Gebietskörperschaft” moet worden gevat, omdat het eerste begrip door hem alleen op de niet-politische verbanden betrokken was ⁴⁸⁾. En wat onder „sovereine machtsorganisatie” moet worden verstaan, maakt hij zelf als volgt duidelijk: „Das Wesen „staatlicher” Verbindung beruht darin, dass sie die machtvolle Durchführung des allgemeinen Willens zum Inhalt hat. Sie ist die Gemeinschaft des politischen Handelns. Ihre Substanz ist der allgemeine Wille, ihre Erscheinungsform die organisierte Macht, ihre Aufgabe die zweckbewusste That”.

Statelijk leven van deze aard heeft volgens hem altijd bestaan, reeds in de familie, het oude volksverband en de stam. Maar van een eigenlijke staat spreken wij toch eerst, wanneer zich een zelfstandig organisme voor het politisch leven vormt. Wanneer dit proces zich voltrokken heeft, kunnen de staatsfuncties door een gehele hiërarchie van engere en ruimere politieke verbanden (gemeenten, provincies, bonden enz.) worden uitgeoefend. Zij alle zijn van statelijk karakter.

„Einen spezifischen Character jedoch und eine Reihe qualitativer Unterschiede von allen anderen politischen Verbänden muss derjenige Machtverband aufweisen, dessen Macht nach oben hin durch keine ähnliche Macht beschränkt und nach unten hin jeder ähnlichen Macht überlegen ist. Denn eine Macht, welche die höchste ist, unterscheidet sich von jeder anderen Macht durch des spezifische Merkmal, dass sie durch und durch Macht, die Macht schlechthin ist; und ein Wille, dem derartige Macht entspricht, ist von jedem anderen Willen als ein souveräner, schlechthin allgemeiner, nur durch sich selbst bestimmter Wille verschieden. Deshalb nennt man unter den politischen Verbänden, obwohl sie alle staatlich sind, nur den jeweilig höchsten Machtverband „Staat” ⁴⁹⁾.

Daarmede was ondubbelzinnig het souvereiniteitsbegrip uit de rechtsfeer naar de politieke machtsfeer overgebracht en was het van een

⁴⁸⁾ *Deutsches Genossenschaftsrecht* Bnd II S. 866: „Der Genossenschaftsbegriff ist der Gattungsbegriff für diejenigen deutschrechtlichen Körperschaften, welche nicht Staat oder Gemeinde sind. Er ist mithin im Verhältniss zum Körperschaftsbegriff ein Artbegriff.” In gelijke zin ROSIN *Recht der öffentlichen Genossenschaft* S. 40, 41. Tegen deze onderscheiding PREUZ *Gemeinde, Staat, Reich* S. 240 f.

⁴⁹⁾ *Grundbegriffe* S. 96/7.

natuurrechtelijke tot een *historische* categorie geworden. Want gelijk ik in mijn *Wijsbegeerte der Wetsidee* bij de behandeling van de algemene theorie der wetskringen heb aangetoond, is de macht of beheersing het kernmoment in de modale structuur van het historisch aspect der werkelijkheid.

Dat het soevereiniteitsbegrip in de nieuwe leer nog slechts als een historische categorie kon worden aanvaard, wordt ook door JELLINEK geconstateerd, die hieruit, in afwijking van GIERKE en op het voetspoor van GERBER en LABAND reeds de conclusie trok, dat het geen wezensmerk van iedere staat kan zijn, maar dat ook het bestaan van niet-sovereine staten, bv. de lid-staten van een statenbond en zgn. vazal-staten, moet worden toegegeven⁵⁰). JELLINEK wil in navolging van GERBER aan het begrip soevereiniteit nog slechts een formeel en negatief karakter toekennen, nl. dat het de negatie van iedere onderschikking aan of beperking van de staatsmacht door een andere macht betekent. Over de positieve inhoud van de staatsmacht zelve en de daarmee verbonden afzonderlijke bevoegdheden praejudicieert echter volgens hem het soevereiniteitsbegrip niets. Souvereiniteit is niet de staatsmacht zelve, maar slechts een bepaalde eigenschap daarvan⁵¹).

Zodra het soevereiniteitsbegrip echter uit de natuurrechtelijke sfeer in de historische machtssfeer werd overgeplant, werd weer het probleem geboren, waarvoor de leer der staatssouvereiniteit geen bevredigende oplossing had te bieden, nl. de verhouding van de soevereine staatsmacht tot het recht. GIERKE, die in zijn organische staatsleer juist de grondslagen meende te hebben gelegd voor een opvatting van het *ius publicum* als een *volwaardig*, op wederkerigheid van rechten en plichten gebaseerd „recht” en die zich met geestdrift achter v. BÄHR's pleidooi voor de rechtsstaat met een geregelde administratieve rechtspraak had gesteld, verwarde zich in een probleemstelling, waaruit geen gezonde en wetenschappelijk aanvaardbare oplossing kon geboren worden. „Staatsleben und Rechtsleben,” zo schreef hij in zijn *Die Grundbegriffe des Staatsrechts*, „sind zwei selbständige und spezifisch verschiedene Seiten des Gemeinlebens. Jenes manifestirt sich in der machtvollen Durchführung gewollter Gemein Zwecke und kulminirt in der politischen That, dieses offenbart sich in der Absteckung von Handlungssphären für die von ihm gebundenen Willen und gipfelt im rechtlichen Erkennen („für Recht erkennen”)”⁵²).

⁵⁰) *Allgemeine Staatslehre* S. 487.

⁵¹) Deze opvatting werd het eerst door GERBER in zijn *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* (3e Aufl. 1880) S. 22. verdedigd. In de uitdrukkingen, vorstensouvereiniteit, volkssouvereiniteit, „National-souveränität” zag hij slechts leuzen van bepaalde politieke stromingen. Ook KELSEN spreekt herhaaldelijk over het „politiek misbruik van het soevereiniteitsbegrip”.

⁵²) t.a.p. S. 105.

In deze onhoudbare juxtapositie van staat en recht, die in strijd kwam met GIERKE's eigen stelling, dat de staat een essentiële rechtelijke zijde heeft, openbaarde zich het innerlijk conflict tussen het in de machtssfeer overgehevelde soevereiniteitsbegrip en de leer van de volks-overtuiging als enige materiële geldingsbron van het positieve recht.

Dat in dit conflict zich de radicale gespletenheid in het religieuze grondmotief van het Humanisme, dat van natuur en vrijheid, slechts in een nieuwe vorm uitwerkte, heb ik reeds in mijn boek *De Crisis in de Humanistische Staatsleer* aangetoond.

Zolang de Historische School nog in de gedachtensfeer van het Duitse vrijheidsidealisme leefde, trachtte zij in een dialectische, zgn. geesteswetenschappelijke denkwijze de antithesis tussen macht en recht, natuur en vrijheid, te overbruggen.

Reeds v. SAVIGNY leerde in zijn beroemd inleidingsartikel in het *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Bnd. I 1815), dat de door een volksgeest voortgebrachte cultuur als totaliteit „notwendig und frey zugleich ist”.

In dezelfde gedachtenlijn zoekt GIERKE de soevereine staatsmacht als uitdrukking van de geen hogere macht boven zich erkennende heerserswil enerzijds en het recht als uitdrukking van de vrije volks-overtuiging anderzijds dialectisch ineen te denken: „Der Staat” zo schrijft hij, „bedarf, um die innere Kraft zur Durchführung seiner Kulturmission zu erlangen, der Unterstützung durch den Rechtsgedanken; würde er lediglich als handelnde Macht empfunden, die nur, weil sie die physische Gewalt hat, bei jedem für zweckmässig erachteten Willensakt Gehorsam beansprucht und findet, so müsste alles politische Leben in Despotismus erstarren; und so sucht der gesunde Staat seine Macht zugleich auf das Recht zu begründen, so dass vom gesammten Volksbewusstsein die Tatsache einer bestimmten Herrschaftsordnung zugleich als Rechtssatz empfunden wird, womit sich dann von selbst auch Schranken der staatlichen Befugnisse und entsprechende rechtliche Pflichten des Staates ergeben. Das Recht umgekehrt bedarf, um sein Ziel eines geordneten Zusammenlebens der Menschen zu erreichen, der vergeltenden Hülfe des Staats; es kann, wie das Beispiel des Völkerrechts zeigt, ohne den Schutz der Staatsgewalt seine Aufgabe nicht vollkommen erfüllen, bleibt vielmehr ein unvollendetes, unfertiges Recht. Und so findet des Recht erst dann seinen Abschluss, wenn ihm der Staat seine Macht zur Verfügung stellt, Gerichte für seine Klarstellung niedersetzt und jeden dem Recht widerstrebenden Einzelwillen zwangsweise zum Gehorsam gegen die Norm zurückführt”⁵³).

Maar deze dialectische ineenschakeling van recht en soevereine staatsmacht liet de vraag onbeantwoord, op welke grondslag zij mogelijk

⁵³) t.a.p. S. 105/6.

was. Wanneer inderdaad staat en recht twee specifiek verschillende en zelfstandige zijden van de samenleving zouden zijn, dan valt inderdaad niet in te zien, hoe de soevereine wilsmacht van de staat aan het recht onderworpen zou kunnen worden. In GIERKE's dialectische antithesis van soevereine staatsmacht en recht drukte zich, gelijk ik reeds opmerkte, de radicaal-religieuze antithesis in het verborgen uitgangspunt zijner staatsleer uit: het onverzoenbaar conflict tussen het natuur- of beheersingsmotief en het vrijheidsmotief.

Tot een wezenlijke synthesis kan een theoretische antithesis alleen dan worden gebracht, wanneer in het uitgangspunt van het theoretisch denken inderdaad de diepere eenheid der tegendelen gegeven is. Maar het heel de Humanistische staatsleer beheerschend grondmotief van natuur en vrijheid bood zulk een uitgangspunt nergens. Daarom moest in haar verdere ontwikkeling de door GIERKE getroffen dialectische schijn-synthese tussen soevereine staatsmacht en recht weder in een polaire antithese uiteenbreken.

Rechts GIERKE's leerling HUGO PREUSZ, de latere ontwerper van de grondwet van Weimar, was de eerste die, in consequente doordenking van GIERKE's in het vrijheidsmotief gewortelde theorie van de organische persoonlijkheid der sociale verbanden, principieel het soevereiniteitsbegrip elimineerde⁵⁴). Dit laatste is volgens hem het noodzakelijk correlaat van het individualistisch persoonsbegrip en beide zijn van Romeinsrechtelijken huize. Als historische categorie paste het soevereiniteitsbegrip bij de absolute overheidsstaat, die voor een eigenlijk publiek *recht* geen plaats had. Immers het recht is naar zijn wezen een afgrenzing van de wilsmacht der persoonlijkheden, maar een soevereine, d.i. absolute, macht valt principieel buiten het kader van het recht. De soevereine staatspersoon is, volgens PREUSZ, evenals de persoon van het Romeinse privaatrecht, een absoluut individu. Zij laat geen plaats voor een interne veelheid van persoonlijkheden, die als leden in een geheel geordend zijn, en dus ook niet voor interne publiekrechtelijke betrekkingen tussen de deel-personen en de totaal-persoon. Zij absorbeert in de interne sfeer van de staat alle persoonlijkheid en laat dus slechts plaats voor een privaatrecht⁵⁵). De moderne rechtsstaat heeft zich — in tegenstelling tot de absolute overheidsstaat — ontwikkeld uit het Germaanse rechtsprincipe der autonome „Genossenschaft”. En op deze rechtsstaat past het soevereiniteitsbegrip niet meer.

Is de staat, gelijk GIERKE heeft uiteengezet, een organische verbandspersoonlijkheid te midden van een gehele reeks organische verbands-

⁵⁴) Vóór hem had reeds BLUNTSCHLI in een artikel over de soevereiniteit in BLUNTSCHLI en BRATER's Staatswörterbuch Bnd IX S. 554 zich voor een vervanging van het woord soevereiniteit door „Staatshoheit” of „Staatsautorität” uitgesproken.

⁵⁵) *Gemeinde, Staat, Reich* S. 100 f.

personen, die zich weer als leden in omvattender verbanden kunnen voegen, dan lost zich vanzelf het probleem op van de deel-staten in de Duitse bondsstaat en van het ingeordend zijn van het Duitse rijk in de meer omvattende volkenrechtelijke gemeenschap. Behoort echter de soevereiniteit tot het wezen van de staat, dan blijft nòch voor een bondsstaat, nòch voor een volkenrechtsgemeenschap plaats.

Daarom moet de moderne staat volgens PREUSZ als een wezenlijke „Genossenschaft” worden gevat en wel als een „Genossenschaft” van het type der natuurlijke, organisch gegroeide en niet op willekeurige vereniging berustende gemeenschap, die door haar volmaakte organisatie tot „Körperschaft” is ontwikkeld. Het door de staat over zijn leden uitgeoefend gezag verschilt in niets van dat in de andere verbanden; de staat onderscheidt zich van deze slechts als een „Gebietskörperschaft” met „Gebietshoheit”. Onder „Gebietshoheit” verstaat PREUSZ dan, dat alleen een werkelijke staat, in onderscheiding van provincie en gemeente, die ook onder de „Gebietskörperschaften” vallen, zelfstandig over zijn gebied kan beschikken en aangezien dit gebied tot zijn wezen als persoon behoort, eventueel ook alleen zichzelf kan opheffen. Dit begrip „Gebietshoheit” was volgens hem het eerst in de middeleeuwse stad tot ontwikkeling gekomen en had niets van doen met het Romanistisch soevereiniteitsbegrip.

Zo scheen de eliminerend van het soevereiniteitsbegrip inderdaad winst op te leveren met name voor de theorie der statenverbindingen, die, bij handhaving van dit begrip met allerlei gewrongen constructies ging werken, zoals bv. het begrip der gedeelde of dat der halve soevereiniteit, dat der *inwendige* en der *uitwendige* soevereiniteit, en voorzover zij de figuur van niet-sovereine staten aanvaardde, geen deugdelijk criterium scheen te hebben, om zulke staten van gemeenten en provinciën te onderscheiden.

Maar het soevereiniteitsbegrip liet zich niet zo gemakkelijk aan de kant zetten. Het had van meetaf een heel wat veelzijdiger rol vervuld, dan in PREUSZ' beschouwingen naar voren kwam. Het had niet slechts dienst gedaan om de staat van iedere andere samenlevingskring te onderscheiden en hem het monopolie van het overheidsgezag op zijn territorium tegenover andere machten toe te kennen, maar evenzeer voor de begripsbepaling van het positieve recht en ter bepaling van de onderlinge verhouding tussen de competentie-sferen in de rechtsvorming.

De door GIERKE op grootse wijze uitgewerkte Genossenschaftstheorie had weliswaar de ogen geopend voor de autonome rechtsvorming binnen de grote verscheidenheid van sociale verbanden, maar zij had geen materieel criterium kunnen aangeven voor de afgrenzing van de oorspronkelijke competentiesferen der niet staats verbanden tegenover de oorspronkelijke competentiesfeer van de staat. De autonomie was ten-

slotte slechts als een formele, zij 't al oorspronkelijke, rechtsbron naast het juristenrecht en de wetgeving gesteld. En ook wanneer men met de Historische School het rechtsbewustzijn des volks tot laatste geldingsbron van het positieve recht proclameerde, en met BESELER en GIERKE — in tegenstelling tot PUCHTA — de mogelijkheid aanvaardde, dat zowel de volksgemeenschap als de andere gemeenschapskringen onmiddellijk en onafhankelijk van de staat door activering van haar rechtsbewustzijn gewoonterecht kunnen vormen, bleef toch de vraag onontwijkbaar welk recht in geval van conflict had te wijken.

De souvereiniteitsleer had op deze vraag althans een ondubbelzinnig antwoord gegeven. En GIERKE zelf wist ook geen principieel andere oplossing er voor in de plaats te stellen: „Allerdings,” zo merkte hij op, „kann sobald ein Staat besteht, weder autonomisches Recht noch Gewohnheitsrecht ohne ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung des Staates seine wirkliche Geltung durchsetzen. Aber Anerkennung oder Dulden ist noch nicht Schaffen”⁵⁶). En in een verhandeling over LABAND's Staatsrecht gaat hij zelfs zo ver de formele almacht van de staatswetgever te erkennen⁵⁷). Hier deed dus ten slotte toch het souvereiniteitsbegrip weer dienst om de geldingsverhouding tussen de statelijke en de overige rechtskringen te bepalen. *Men kan het niet elimineren, zonder voor het hier gestelde probleem een andere oplossing te bieden.* En de allesbeheersende vraag is daarbij deze, of men dit probleem als een intrinsiek *rechts*probleem, dan wel als een historische *machts*vraag ziet. In het laatste geval wordt achter GIERKE's dialectische verbinding van recht en macht de in wezen daarin onopgeloste antinomie onmiddellijk zichtbaar. Want dan is de oorspronkelijke juridische competentie ten slotte opgegaan in de souvereine staatsmacht en heeft het recht dat zelfstandig karakter, dat GIERKE ervoor opeiste, verloren.

G. JELLINEK heeft deze zijde van het souvereiniteitsprobleem scherp belicht. Hij wijst er op, dat het souvereiniteitsbegrip ook door de meest staatsabsolutistisch gezinde natuurrechtsleraars steeds als een *rechts*-begrip was gevat.

Maar voor hen was dit niet moeilijk, omdat zij de staat aan het natuurrecht konden binden. „Unserer Erkenntnis vom Rechte hingegeben, welche dessen Existenz von dem Dasein einer es verwirklichenden Organisation abhängen lässt, zeigt die Frage, ob die das Recht verbürgende Organisation unter oder über dem Rechte steht, als eines der schwierigsten Probleme der gesamten Staatslehre”⁵⁸). BODIN's conceptie van de souvereiniteit, die de staat (in de overheid) boven de positieve wetten

⁵⁶) t.a.p. S. 32.

⁵⁷) Schmoller's Jahrb. f. Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft 7e jrg. (1883) S. 1189.

⁵⁸) *Allgemeine Staatslehre* (3e Aufl. 1929) S. 476.

stelde, kan dan niet meer worden aanvaard, zonder het recht tot een machtsdictaat te ontzielen. De staat moet dus ook zelf aan het recht gebonden zijn. Hoe viel echter deze gebondenheid te construeren vanuit de door JELLINEK aanvaarde leer der staatssouvereiniteit? JELLINEK nam hier de toevlucht tot zijn bekende constructie van de zelfbeperking van de staat als soevereine machtsorganisatie. De staat bindt zich zelf en in zich zelf zijn bestuurs- en rechtspraakorganen aan het gevormde recht. In deze zelf-binding blijft de staat dan aan zijn eigen soevereine wil en dus niet aan een boven hem staande macht gehoorzamen.

Ditzelfde geldt volgens hem ook voor de verhouding van de staat tot het volkenrecht.

Deze constructie tracht JELLINEK zowel sociaal-psychologisch als juridisch aannemelijk te maken ⁵⁹). De sociaal-psychologische uiteenzetting kunnen wij als hier niet ter zake dienende laten rusten. Juridisch ziet JELLINEK in zijn theorie slechts de toepassing van KANT's leer van de autonome wetgeving der practische rede. KANT had immers geleerd, dat de zuiver zedelijke wil zich alleen naar normen kan richten, die zij zich zelf overeenkomstig zijn innerlijk wezen, heeft gesteld en niet naar normen, die van een buiten hem staande macht stammen. En ook bij het sluiten van een overeenkomst vinden wij volgens JELLINEK de figuur van de juridische zelf-verplichting.

Intussen schoten beide argumenten langs het probleem, dat hij zelf had opgeworpen, heen.

KANT's leer van de autonome moraal, waarin het Humanistisch vrijheidsmotief haar praegnante uitwerking verkreeg, was als zodanig niet op het recht over te dragen en de verdragsconstructie, waarmee de Humanistische natuurrechtsleraars, KANT inclusief, de soevereiniteit van het staatsgezag hadden trachten te rechtvaardigen, kon sinds de Historische School geen dienst meer doen.

JELLINEK's probleemstelling inzake de verhouding van de soevereine staatswil tot het recht vloeide rechtstreeks voort uit zijn dualistisch staatsbegrip, dat ik reeds in mijn *De Crisis in de Humanistische Staatsleer* in zijn ware achtergrond en wereldbeschouwingsverband heb geanalyseerd.

Onder neo-Kantiaanse invloed had de dialectische, zgn. geesteswetenschappelijke denkwijze, die natuur en vrijheid in-een had trachten te vatten, weer plaats gemaakt voor een streng methoden-dualisme. De sociologische, op de „fysisch-psychische werkelijkheid” gerichte, en de normatief juridische beschouwing van de staat weken uiteen. „Sein” en „sollen” werden weer scherp gescheiden en daarmee werd ook GIERKE's opvatting van de sociale verbanden als persoonlijke reële geestelijke organismen prijsgegeven. De staat als sociale werkelijkheid,

⁵⁹) a.w. S. 477 f.

als „mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Verbandseinheit seszhafter Menschen” moest volgens JELLINEK los van alle normatieve gezichtspunten worden gevat. En hetzelfde geldt van het recht, voorzover dit slechts als feitelijke sociale gedragswijze, als „tatsächliche Rechtsübung” wordt beschouwd.

Tegenover dit sociologisch staats- en rechtsbegrip wordt dan het normatief-juridische gesteld: de staat als „Gebietskörperschaft” in de zin van een rechtspersoon, en het recht als norm als een „sollen”. En wanneer nu JELLINEK, in strijd met zijn eigen methodisch verbod, in zijn juridisch staatsbegrip weer het volgens hem zelf „puur feitelijk” sociologisch element van de „oorspronkelijke heersersmacht” overneemt, en de staat in normatief-juridische zin omschrijft als „mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Gebietskörperschaft”, dan moest deze definitie weer onmiddellijk uiteenvallen in haar beide componenten, die elkander wederkerig uitsluiten.

De soevereine machtswil van de staat was bloot sociaal-psychologisch gevat, los van ieder normatief-juridisch aspect. Een zo gevatte staatswil kan zich onmogelijk autonoom aan de rechtsnormen binden.

Slechts de normatief-juridische wilsfunctie kan aan rechtsnormen onderworpen zijn. En ook KANT had in zijn leer van de autonome zelf-binding van de zedelijke wil niet de psychologische, maar de normatief ethische wilsfunctie op het oog.

Zo ontbindt zich JELLINEK's constructie van de zelfbinding van de soevereine staatswil aan het recht in de innerlijke antinomie van zijn dualistisch staatsbegrip.

Dezelfde antinomie openbaart zich, waar hij de kern-vraag van het soevereiniteitsprobleem, de verhouding van het soevereiniteitsbegrip tot het materieel-juridisch competentiebegrip tracht te beantwoorden.

In de lijn van zijn leer inzake de binding van de soevereine staatswil aan het recht ontkent hij, dat de soevereine staatsmacht identiek zou zijn met staatsalmacht. „Sie ist rechtliche Macht” zo verzekert hij, „und daher durch das Recht gebunden”. Maar onmiddellijk daarop laat hij volgen: „Sie duldet allerdings keine absoluten rechtlichen Schranken. Der Staat kann sich jeder selbstgesetzten Schranken entledigen aber nur in den Formen des Rechtes und neue Schranken schaffen. Nicht die einzelne Schranke, sondern die Beschränkung ist das Dauernde”⁶⁰). Dit komt dus hierop neer, dat de staat, zij 't al in de vormen des rechts, vrij de grenzen van zijn eigen oorspronkelijke competentie bepaalt, gelijk zulks in de bekende Kompetenz-Kompetenztheorie van de Duitse staatsrechtgeleerde HAENEL theoretisch was uitgewerkt⁶¹). Weliswaar noemt JELLINEK de definitie der soevereiniteit als onbeperkte rechts-

⁶⁰) *Allg. Staatsl.* S. 482.

⁶¹) HAENEL *Studien* I S. 149 en *Deutsches Staatsrecht* I (1892) S. 114 f., 797.

macht over zijn competentie slechts een methodische hulpvoorstelling om de „Rechtmässigkeit kompetenzerweiternder staatlicher Akte zu rechtfertigen". Weliswaar zegt hij, dat onder alle omstandigheden de soevereine macht van de staat over zijn eigen competentie haar grens vindt in de erkenning van de rechten der individuele persoonlijkheid van de leden van het staatsverband, zowel van de individuen als van de engere sociale verbanden. Maar deze grens, gedicteerd door het Humanistisch vrijheidsmotief, kon in JELLINEK's rechtsleer geen wezenlijk juridische betekenis hebben. Hij had immers even te voren zelf verklaard, dat het bestaan van het recht afhankelijk is van zijn verwerkelijking door een organisatie, die steeds *machtsorganisatie* moet zijn. Wanneer dus de staat als *souvereine* machtsorganisatie de gepretendeerde rechten zijner leden niet verwerkelijkt, dan kunnen zij onmogelijk een *juridische*, maar hoogstens een *morele* grens voor zijn competentie betekenen.

Hun *juridisch* bestaan blijft dus overgeleverd aan de soevereine staatswil, die iedere zich zelf gestelde grens ook weer kan opheffen.

De soevereine „rechtliche Macht" van de staat is in JELLINEK's conceptie geen wezenlijke *rechtsmacht*, zij is geen intrinsiek *juridische* competentie, maar slechts een, buiten het rechtsgebied vallende, *historische* wilsmacht, die zich zelf aan rechtsgrenzen zou moeten binden.

Daarmede was tegelijk nog eens scherp belicht, dat iedere definitie van het positieve recht, waarin de soevereine machtswil van de staat als essentieel element is opgenomen, inbreuk maakt op wat ik de modale soevereiniteit in eigen kring van het recht noem. Ook de natuurrechtelijke constructie van de soevereiniteit was in waarheid slechts een juridisch masker geweest voor het Humanistisch *machts-* of *beheersingsmotief*. Het traditionele soevereiniteitsbegrip moest noodzakelijk met de modale eigenaard en modale onherleidbaarheid van het rechtelijk aspect der samenleving in botsing komen en daarmede een bron worden van onoplosbare antinomieën tussen recht en macht.

C - De leer der rechtssouvereiniteit en haar vermeende overwinning van het traditionele soevereiniteitsdogma.

Aan dit laatste bezwaar scheen de *leer der rechtssouvereiniteit* te ontkomen, die in drie varianten, t.w. de *psychologische* van KRABBE, de *normlogische* van KELSEN en de *rechtssociologische* van DUGUIT en GURVITCH zich tegen het traditionele soevereiniteitsbegrip keerde, onverschillig of dit zich in de leer van de overheids, dan wel in die der volks- of die der staatssouvereiniteit geldend maakte.

In werkelijkheid echter is de leer der rechtssouvereiniteit nergens de intrinsieke antinomieën van het traditionele soevereiniteitsbegrip te

bovengekomen en heeft zij, met name in haar logicistische uitwerking bij KELSEN, veelszins tot een fundamentele verwarring van de met het soevereiniteitsbegrip opgeworpen problemen gevoerd ⁶²⁾.

Zij suggereert ons nl., dat deze problemen met één slag verdwijnen, wanneer men slechts in plaats van de staat of diens hoogste gezagsdragers de onpersoonlijke rechtsorde soverein verklaart.

De ware stand van zaken is echter deze, dat de rechtsorde slechts de wets- of normzijde van het rechtelijk aspect der menselijke samenleving kan zijn en dat de grote structuurverscheidenheid, welke onze moderne sterk gedifferentieerde samenleving vertoont, zich noodzakelijk ook in haar juridisch aspect uitdrukt.

De leer der rechtssouvereiniteit kan dus niet ontkomen aan een bepaling van de onderlinge verhouding van de staat en de overige samenlevingskringen.

Aan *welk* recht zal dan immers de soevereiniteit toekomen? Aan het volkenrecht, dan wel aan het staatsrecht of aan het burgerlijk privaatrecht, af aan het kerkrecht, of aan het interne bedrijfsrecht enz. enz.?

Onverschillig welke keuze men doet, men zal ook op deze wijze steeds komen tot de toekenning van een absolute competentie aan één der samenlevingskringen.

Maar een *absolute* competentie kan geen wezenlijke *rechtsmacht* zijn en zo komt de leer der rechtssouvereiniteit op haar beurt in botsing met de modale structuur van het recht. En toch dankte deze leer juist haar ontstaan aan de poging, de zelfstandigheid van het recht te redden tegenover de leer der staatssovereiniteit, die op het critieke moment, ook waar zij in principe de zelfstandigheid van het eerste tegenover de macht poneerde, toch weer uit de soevereine staatsmacht een absolute juridische competentie op het gebied der rechtsvorming liet ontspringen.

De modern-Humanistische leer der rechtssouvereiniteit heeft drie geheel verschillende ontstaansbronnen, die ook haar zoo sterk verschillende uitwerking verklaren.

De eerste is de volksrechtstheorie van de Historische School, die het positieve recht niet langer op de soevereine wil van de statelijke wetgever, maar op de zich historisch ontwikkelende volksovertuiging grondde.

De tweede is de logicistische stroming in de dogmatische rechtswetenschap, die in de „Begriffsjurisprudenz” haar oorsprong had en tot een sterke overschatting leidde van de logische eenheid en geslotenheid van het positieve recht als een „objectief” systeem van „Rechtsätze”. Nadat de school van GERBER en LABAND deze gedachtenrichting

⁶²⁾ Slechts van de hieronder besproken theorie van GURVITCH kan dit niet worden gezegd. Juist daarom is zij in menig opzicht de meest interessante onder de theorieën der rechtssouvereiniteit.

ook in de staatsrechtswetenschap had geïntroduceerd en hier voor een zgn. zuiver-juridische methode het pleit had gevoerd met uitschakeling van alle niet-juridische (politieke, ethische e.a.) gezichtspunten, werd ze door KELSEN en zijn school in het kader van de neo-Kantiaanse kenniscritiek geplaatst en tot de uiterste consequenties gevoerd, doordat nu ook de staat en de overige samenlevingsverbanden in een logisch systeem van „Rechtssätze” werden opgelost.

De derde bron van de leer der rechtssouvereiniteit is de moderne rechtssociologie, die juist geheel met de traditionele rechtsdogmatiek brak en het positieve recht niet primair in zijn statelijk-organisatorisch kader, maar als een algemeen maatschappelijk verschijnsel ging bezien, dat uit maatschappelijke oorzaken moet worden verklaard. Deze rechtssociologie stond aanvankelijk overwegend onder invloed van de positivistische natuurwetenschappelijke denkwijze, maar hield steeds nog een zekere historische aanraking met de volksrechtstheorie der Historische school. Onder inwerking van de moderne levensphilosophie kwam de laatste weer tot een nieuwe irrationalistische uitwerking in de rechtssociologie van GEORGES GURVITCH, waarin de positivistische denkwijze geheel verdrongen werd door een dialectische, zgn. geesteswetenschappelijke.

Ad I^{um}. „In de volksrechtstheorie was het competentieprobleem op het gebied der rechtsvorming feitelijk uitgeschakeld.

Haar hoofdgedachte was: Het recht wordt niet gemaakt, maar groeit organisch met en uit de volksovertuiging. Het gewoonterecht is een onmiddellijke neerslag van de rechtsovertuiging des volks. Het manifesteert zich in de feitelijke „Übung” der volksgenoten. Wij merkten reeds op, dat bij consequente uitwerking van deze in oorsprong irrationalistisch-romantische rechtsopvatting het souvereiniteitsbegrip iedere betekenis voor de definitie van het positieve recht moest verliezen. De vraag was slechts of zij zich consequent liet vervolgen.

Bij deze volksrechtsleer knoopte onze landgenoot KRABBE aan, bij wien zij geleidelijk een rationalistisch-psychologische uitwerking krijgt. Het is volgens zijn eigen belijdenis het Humanistisch vrijheidsmotief, dat zijn theorie der rechtssouvereiniteit beheerst. Tegen „das böse Prinzip der Unfreiheit”, dass Macht vor Recht gehe”, leidt zij alle macht uit het recht af, terwijl zij „im Hochhalten dieser Gewalt (nl. des Rechtes) das Prinzip der Freiheit zu erblicken glaubt”⁶³).

Overigens wil KRABBE niet zeggen, dat in alle tijden van een souvereiniteit des rechts kan worden gesproken. Vooral in zijn later werk *De moderne Staatsidee* (1919) betoogt hij uitvoerig, dat de vereenzel-

⁶³) *Die Lehre der Rechtssouveränität* S. 193.

viging van de staatsmacht met de rechtsmacht een historisch proces is, dat met de strijd tussen de oude overheidsstaat en de moderne constitutionele staat begon en eerst voltooid is, waar de republikeinse of de parlementaire regeringsvorm zich heeft ontwikkeld.

Eerst wanneer de rechtsidee de volledige overwinning over de overheidsidee, de idee van de meerwaardigheid van de machtswil der overheid, behaald heeft, is in de moderne staat de oorspronkelijke toestand hersteld, die vóór het opkomen van de met georganiseerde militaire macht toegeruste overheid bestaan zou hebben: de volledige souvereiniteit van het oude volksrecht, dat door het volk uit zijn rechtsovertuiging gevormd werd⁶⁴). Zo was het in de oude Germaanse volksgemeenschap. Zo is het sinds de overwinning van het parlementaire stelsel weer het eerst in Engeland geworden, waar practisch slechts het onpersoonlijk gezag van „the rule of law” geldt, al moge de theorie, met name in de analytische rechtsschool van AUSTIN, nog vaak in de oude voorstellingen van een persoonlijk souverain of een soevereine staatsmacht terugvallen.

Het critieke punt in KRABBE's leer der rechtssouvereiniteit lag in het in principe uitgeschakelde competentieprobleem, dat zich bij haar uitwerking weer in zijn volle gewicht opdrong, zodra de schrijver zich rekenschap moest geven van de onderlinge verhouding der principieel verschillende kringen der samenleving, waarbinnen het recht tot positieve vorm komt.

Dan zien wij KRABBE terugvallen in de Duitse theorie van de onbepaalde competentie van de staat tegenover alle „op een beperkter doel (genotsbevrediging) gerichte” verbanden. Deze onbeperkte competentie vloeit volgens hem voort uit het feit, dat het de gehele menselijke persoonlijkheid omvattend gemeenschapsdoel, dat in de hiërarchie der sociale doeleinden de topplaats inneemt, in de staat „verbandspersoonlijkheid” heeft gekregen.

Dan lezen wij bij hem, dat, behalve wat het volkenrecht betreft, van een zelfstandige gelding van het recht tegenover de staat in de rechtsvorming geen sprake kan zijn, dat echter het staatse recht, ofschoon het zelfstandige gelding heeft, in geval van conflict heeft te wijken voor de meer omvattende internationale rechtsorde van de cultuurgemeenschap der volkeren⁶⁵). Waarop berust dan echter de competentie van deze hoogste en alle andere omvattende gemeenschap? Deze kan onmogelijk door de internationale rechtsorde zelve bepaald zijn, omdat die rechtsorde de competentie van de desbetreffende gemeenschap vooronderstelt. Hier eindigen wij dus bij de volstreckte

⁶⁴) *De moderne Staatsidee* blz. 2—36.

⁶⁵) *Die Lehre der Rechtssouv.* S. 243 f. j° *Staatsidee* blz. 271. Het volkenrecht richt zich volgens K. niet tot de staten, maar rechtstreeks tot de individuen.

souvereiniteit der volkerengemeenschap over alle andere kringen der samenleving, het absolutisme van de *civitas maxima*, die naarmate haar organisatie groeit en zij dus werkelijk verbandspersoon wordt, de afzonderlijke staten als verbandspersonen wellicht òf geheel zal doen verdwijnen, òf ze tot blote uitvoerders van de door de internationale rechtspersoon gestelde doeleinden zal degraderen ⁶⁶).

Zo absorbeert in deze theorie der rechtssouvereiniteit tenslotte de souvereiniteit weer het recht. En de grondslag der theorie, de leer van het rechtsgevoel of rechtsbewustzijn der volksgenoten als enige materiële bron van het recht, die door KRABBE juist tegen het traditionele souvereiniteitsbegrip gekeerd was, werd later door hem volledig geparalyseerd en omgezet in het traditionele principe van het democratisch natuurrecht: de heerschappij van het meerderheidsprincipe. Daar het rechtsgevoel bij de afzonderlijke volksgenoten verschillend kan reageren en het rechtsbewustzijn bovenal eenheid van norm eist, waarvan de rechtswaarde praevaleert over de inhoud der norm, moet het individuele rechtsgevoel wijken voor het gevoelen der meerderheid ⁶⁷). Daarmede werd de irrationalistische volksrechtsidee der Historische school weer getransformeerd in de rationalistische natuurrechtelijke theorie der volkssouvereiniteit.

Ad II^{um}. In een geheel ander gedachtenklimaat beweegt zich de theorie der rechtssouvereiniteit, gelijk ze in H. Kelsen's „*reine Rechtslehre*” wordt voorgedragen.

Uitgaande van de zgn. oorsprongslogica der neo-Kantiaanse Marburgerschool ⁶⁸), werd hier het souvereiniteitsbegrip slechts in een zgn. norm-logische zin aanvaard. Het kan dan nog slechts de betekenis hebben de logische eenheid van een systeem van positieve rechtsnormen en zijn logische onherleidbaarheid tegenover elk ander normenstelsel tot uitdrukking te brengen. In deze zin worden ook *souvereiniteit* en *positiviteit* van het recht identieke begrippen, in zoverre de souvereiniteit des rechts ook zijn afleiding uit een natuurrechtssysteem uitsluit ⁶⁹). Op rechtspositivistisch standpunt is het natuurrecht geen recht. JELLINEK's dualistisch staatsbegrip wordt radicaal afgewezen.

De staat is volgens Kelsen evenals ieder ander sociaal verband slechts als een normatief-*juridische* eenheid te vatten en hij lost zich dan op in een logisch systeem van „*Rechtssätze*”, dat in het traditionele begrip van de „staatspersoon” slechts gepersonificeerd wordt.

⁶⁶) *Die Lehre der Rechtssouv.* S. 243 f.

⁶⁷) *De moderne Staatsidee* blz. 50 vlg.

⁶⁸) In zijn *General Theory of law and the State* (1945) speelt deze geen rol meer.

⁶⁹) *Das Problem der Souveränität und die Theorie der Völkerrechtes* (1920) S. 86.

Aan de positieve rechtsnorm zelf wordt door hem ieder imperatief karakter onzegd. Onder „normlogisch” gezichtspunt wordt zij getransformeerd in een hypothetisch logisch oordeel van de vorm: „Wenn A... soll B” (Wanneer een zeker rechtsfeit plaats vindt, behoort straf of schadevergoeding te worden opgelegd). Dit oordeel richt zich tot niemand. De rechtsnorm heeft geen „adres”.

Door deze logicistische conceptie scheen reeds ieder verband van de positieve rechtsregel met een imperatieve soevereine staatswil doorsneden.

Het positieve recht scheen van ieder subjectief element ontdaan. De gehele subjectieve zijde van het rechtsleven, het rechtssubject, het subjectieve recht, het rechtsfeit enz. wordt opgelost in de wetszijde, die dan op haar beurt wordt gelogificeerd tot een systeem van louter „objectieve” logische oordelen.

Als een logische en onherleidbare eenheid kan een systeem van rechtsnormen wetenschappelijk slechts worden gevat vanuit een zgn. grond- of oorsprongsnorm, die zonder zelf een positiefrechtelijk karakter te dragen, als laatste geldingsgrond aan het gehele juridisch positiveringsproces moet worden ten grondslag gelegd om het als *recht* te kunnen vatten. In deze oorsprongsnorm moet dan een hoogste orgaan voor de rechtsvorming met absolute competentie worden ingezet, waarvan alle verdere competenties als logisch afgeleid moeten worden beschouwd.

Van hieruit moet dan het rechtssysteem worden geschapen als een logische trappenbouw van hogere d.w.z. algemenere en lagere, d.w.z. nader geconcretiseerde normen, waarbij telkens nieuwe rechtsorganen voor de nadere positivering worden ingesteld, die ten opzichte van de onmiddellijk hogere *gedelegeerde*, ten opzichte van de lagere *delegerende* competentie hebben. En op de laagste trap van het systeem komt dan de executie, die zelve niet meer als rechtsnorm, maar slechts als laatste daad van positivering der rechtsnormen te vatten is. Dit is de beroemde „Stufentheorie”, die Kelsen van zijn leerling ADOLPH MERKL overnam.⁷⁰⁾

Zuiver rechtslogisch gezien, los van alle zgn. ethisch-politische postulaten, zijn er nu naar Kelsen's aanvankelijke opvatting, twee mogelijkheden: of men aanvaardt de soevereiniteit van de staat als normensysteem, of wel men aanvaardt de soevereiniteit van de volkenrechtsorde. De ene hypothese sluit de andere uit. Met onverbidelijke logica worden de absolutistische consequenties uit beide standpunten getrokken. Is de

⁷⁰⁾ *Allgemeine Staatslehre* (1925) S. 248—250. ADOLPH MERKL *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff* (1923) S. 203 f. Vgl. hierover uitvoerig mijn *De Beteekenis der Wetsidee voor Rechtswetenschap en Rechtsphilosophie* (1926) blz. 27 vlg. en blz. 93.

staat als rechtssysteem souverain, dan is hij juridisch almachtig. Dan kan geen enkele oorspronkelijke competentiesfeer naast die van de staat worden erkend, dan lost alle recht zich logisch op in staatsrecht en worden alle organen der rechtsvorming *staatsorganen*.

Is echter de volkenrechtsorde souverain, dan blijft voor soevereine staten geen plaats, dan lost alle recht zich logisch op in volkenrecht en worden alle rechtsvormende organen tot volkenrechtsorganen.

Het was van meetaf niet twijfelachtig naar welke van beide hypothesen Kelsen's voorkeur uitging. De eerste komt volgens hem neer op een verabsolutering, ja vergoddelijking van de staat. Reeds in de slotparagrafen van zijn in 1920 verschenen werk „*Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*” kwam hij uit ethisch-politisch oogpunt tot een radicale afwijzing van het primaat van de staatsrechtsorde en tot een ware lofrede op de hypothese van het primaat van het volkenrecht: „Die Rechtseinheit der Menschheit, die nur vorläufig und keineswegs endgültig in mehr oder weniger willkürlich gebildete Staaten gegliedert ist, die civitas maxima als Organisation der Welt: das ist der politische Kern der juristischen Hypothese vom Primat des Völkerrechts, das ist aber zugleich der Grundgedanke des Pazifismus, der auf dem Gebiete der internationalen Politik das Gegenbild des Imperialismus darstellt. So wie für eine objektivistische Lebensanschauung der sittliche Begriff des Menschen die Menschheit ist, so ist für eine objektivistische Rechtstheorie der Begriff des Rechts identisch mit dem des Völkerrechts und gerade darum zugleich ein ethischer Begriff”⁷¹⁾.

In zijn in 1934 verschenen werk „*Reine Rechtslehre*” scheen Kelsen zelfs de „logische eenheid van het rechtelijk wereldbeeld” op de grondslag van het primaat van het volkenrecht als uitvloeisel van de kennis-theoretische grondslagen der „Normlogik” te hebben aanvaard:

„Die theoretische Auflösung der Souveränitätsdogma's”, zo schrijft hij hier, „dieses Hauptinstruments der imperialistischen gegen das Völkerrecht gerichteten Ideologie, ist eines der wesentlichsten Ergebnisse der Reinen Rechtslehre. Obgleich durchaus nicht in politischer Absicht gewonnen, kann es dennoch politische Wirkung haben... Die Feststellung solch möglicher Wirkung kann der Reinheit der Lehre keinen Abbruch tun. Auch die exakte Naturwissenschaft und nur sie ermöglicht, ohne es zu beabsichtigen, ja gerade weil sie auf nichts anderes als auf reine Erkenntnis zielt, den Fortschritt der Technik. In diesem Sinne darf gesagt sein, dass die Reine Rechtslehre, indem sie durch die Relativierung des Staatsbegriffs die erkenntnismässige Einheit alles Rechtes sicherstellt, eine nicht unwesentliche Voraussetzung für die orga-

⁷¹⁾ a.w. S. 319.

nisatorische Einheit einer zentralisierten Weltrechtsordnung schafft" ⁷²).

Dat echter in de leer van de souvereiniteit van het volkenrecht volgens Kelsen's uitwerking een verabsolutering, ja vergoddelijking van de *civitas maxima* schuilt, en dat ook hier de leer der rechtssouvereiniteit de rechtsidee in de souvereiniteitsidee laat ondergaan, is Kelsen zich niet bewustgeworden.

In zijn „Normlogik” is het juridisch sollen tot een ledige denkvorm geworden, waarin zich tenslotte ook bruut geweld als recht laat begrijpen. En weer is het 't beheersingsmotief van het Humanistisch wetenschapsideaal, dat, ditmaal in de vorm der oorsprongslogica, het souvereiniteitsbegrip over de rechtsidee, de „natuur” over de „vrijheid” doet triomferen.

Ad III^{um}. Onder de sociologische varianten van de leer der rechtssouvereiniteit vertegenwoordigt de theorie van de Franse rechtssocioloog en staatsrechtsgeleerde LÉON DUGUIT de rationalistische en naturalistische, en die van de uitgeweken Russische socioloog GEORGES GURVITCH de irrationalistische en dialectische „geesteswetenschappelijke” richting.

De beide grondleggers van de moderne sociologie als zelfstandige wetenschap DE ST. SIMON en AUGUSTE COMTE bedoelden een synthese te treffen tussen de natuurwetenschappelijke denkwijze van de verlichtingstijd en de uit het Humanistisch vrijheidsmotief geboren historische denkwijze van de restauratieperiode. Van de laatste namen zij de universalistische en historicistische kijk op de samenleving en het principeel verzet tegen de aprioristische en individualistische constructie der natuurrechtsleer over. Anderzijds stonden zij sterk onder invloed van de in de laatste helft der 18e eeuw opgekomen economische wetenschap, die, in aanknoping aan LOCKE's liberalistische natuurrechtsleer, een scherp onderscheid maakten tussen de staat en de burgerlijke maatschappij en de laatste geheel onder het gezichtspunt der economische natuurwetten bezagen. Reeds de Physiocraten leerden, dat de staatswetgeving essentieel ondergeschikt is aan de wetten van de economische orde der maatschappij en bij conflict met deze had te wijken.

Op die „burgerlijke maatschappij” richtte de jonge sociologie al haar aandacht. De staat werd slechts als een secundair product van de in de „maatschappij” werkende krachten en economische klassetegenstellingen gezien, die naar natuurwetenschappelijke, „positivistische” methode onder algemene statische en dynamische wetten zouden moeten worden gevat. Zo werd de „maatschappij” enerzijds op universalistische wijze

⁷²) *Reine Rechtslehre* Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik (1934) S. 153/4. In zijn *General Theory of Law and State* (1945) p. 388 blijkt Kelsen echter weer tot zijn vroeger standpunt te zijn teruggekeerd.

beschouwd als het organisch geheel der samenleving, waarin de toenemende arbeidsverdeling een steeds sterkere onderlinge afhankelijkheid en solidariteit van alle onderdelen teweegbrengt, en anderzijds als een zich historisch ontwikkelend stelsel van krachten, waarvan de ontwikkelingswetten met behulp van een natuurwetenschappelijk omgebogen historische onderzoeksmethode zouden moeten opgespoord worden.

In de verbinding van de universalistische sociologische visie met de natuurwetenschappelijke denkwijze school uiteraard een bron van innerlijke antinomieën. Met de universalistische kijk op de samenleving werd ook een idealistisch motief van de historische denkwijze der restauratieperiode overgenomen.

De voornaamste factor, die de solidariteit en eenheid van het maatschappelijk organisme waarborgt is volgens DE ST. SIMON en COMTE namelijk een gemeenschap van *leidende ideeën*, zoals die in de Middeleeuwen onder de theologische leiding van de Kerk verzekerd was.

Maar anderzijds zou de positivistische methode in de sociologie alle metaphysische begrippen moeten uitschakelen en, los van alle normatieve gezichtspunten, zich uitsluitend op de *sociale feiten* hebben te baseren.

In de latere ontwikkelingsgang van de 19e eeuwse sociologie wordt het idealistisch motief dan ook steeds radicaler prijsgegeven en werden de ideeën nog slechts als een ideologische reflex van de feitelijke maatschappelijke verhoudingen beschouwd, die zich streng natuurwetenschappelijk zouden ontwikkelen.

Eerst in het begin der XXe eeuw kwam onder invloed van de neo-Kantiaanse denkers H. RICKERT en MAX WEBER een reactie tegen de natuurwetenschappelijke denkwijze in de sociologie en begon zich een cultuurwetenschappelijke methode baan te breken.

De positivistische denkwijze belette intussen de jonge sociologische wetenschap niet van meetaf haar vermeend onbevooroordeeld onderzoek in dienst te stellen van een praktisch politisch hervormingsprogram, dat zich tegen de „sovereine overheidsstaat” der vorige periode keerde. Reeds DE ST. SIMON voorspelde, dat de staat als „heerschappij over personen” zou plaats maken voor een economisch „beheer van zaken”. En met de idee van de soevereine staat als een op het „algemeen belang” gerichte „res publica” werd ook de natuurrechtelijke grondslag van het burgerlijk privaatrecht, de leer van de mensenrechten, als een metaphysische speculatie van de juristen ter zij geschoven.

Het is duidelijk, dat bij doorwerking van deze politieke tendenzen der positivistische sociologie in de rechtswetenschap het dogma van de staatssouvereiniteit, dat reeds met de volksrechtsleer der Historische School in conflict was geraakt, een nog veel radicaler bestrijding zou tegengaan. Tot een radicale breuk met dit dogma kon echter deze socio-

logische denkwijze evenmin als de volksrechtstheorie der Historische school voeren, zolang beide zich in het kader der dogmatische rechtswetenschap bleven voegen, welker begrippen en methode alleen voor het statelijk recht berekend waren.

De laatste ontwikkelingsperiode van RUDOLPH VON JHERING levert hiervan het doorslaand bewijs ⁷³). Want ofschoon v. JHERING, die aanvankelijk leerling van de Historistische school was geweest, in zijn laatste tijd een naturalistisch-sociologische rechtsopvatting ontwikkelde, waarin het recht als een noodzakelijk product van de levensbelangen der maatschappij werd gevat, voerde hem toch de inpassing dezer opvatting in het kader van de normatief-dogmatische rechtswetenschap weer met volle zeilen naar het traditionele soevereiniteitsdogma terug. Het recht als uitdrukking van de levensvoorwaarden der maatschappij behoeft volgens hem voor zijn positieve verwerkelijking de staat als de monopolistische organisatie van de sociale dwang. De staat als machtsorganisatie bindt zich dan, evenals bij JELLINEK, zelf aan dit recht als „Norm oder Politik der Gewalt”. De staat als hoogste machtsorganisatie is als zodanig *souverein*, zodat alle positieve rechtsvorming ten slotte weer van de soevereine staatswil afhankelijk wordt. De autonomie wordt op delegatie van de zijde van de staat teruggevoerd. En zo wordt ook in de definitie van het recht weer de soevereine staatsmacht opgenomen: „Recht ist der Inbegriff der mittels äusseren Zwanges durch die Staatsgewalt gesicherten Lebensbedingungen der Gesellschaft im weitesten Sinne des Wortes” ⁷⁴).

Geheel anders wordt dit echter sinds de opkomst van de eigenlijke rechtssociologie, die principieel met de dogmatische rechtswetenschap brak.

Voorzover zij intussen consequent de positivistische natuurwetenschappelijk georiënteerde denkwijze volgde, die slechts een „causale verklaring” van het recht als maatschappelijk verschijnsel beoogde, kwam het juridisch competentieprobleem, dat immers tot de normatieve gedachtenwereld van de dogmatische rechtswetenschap behoorde, en daarmee ook het traditionele soevereiniteitsbegrip, in 't geheel niet aan de orde.

Wanneer EUGEN EHRLICH in zijn *Grundlegung der Rechtssoziologie* het probleem van de bronnen van het recht ter sprake brengt, dan schakelt hij de eigenlijk juridische vraagstelling i.z. de ontstaansvormen, die de juridische competentie impliceren, nadrukkelijk uit. Hem gaat het om het opsporen van de feitelijke oorzaken, die bewerken, dat de mensen zich in de sociale verbanden in doorsnee naar zekere organisato-

⁷³) Een uitvoerige analyse van deze ontwikkelingsgang vindt men in mijn *De Bronnen van het Stellig Recht* (t.a.p. blz. 325 vlg.).

⁷⁴) *Der Zweck im Recht* I S. 399.

rische regelen gedragen, waarbij de *Übung* zich sociaal-psychologisch in het rechtsgevoel omzet tot de overtuiging, dat het zo rechtens behoort. Zo worden de rechtsbronnen bij hem identiek met de sociale „Tatsachen des Rechts”: „Übung”, „Besitz”, „Herrschaft” en „Willenserklärung”⁷⁵⁾.

Van een theorie der rechtssouvereiniteit kan bij hem niet worden gesproken. Het is er hem slechts om te doen, zonder enige praktische politieke bijgedachte aan te tonen, dat het statelijk recht met zijn „Rechtssätze” die slechts de rol van „Entscheidungsnormen” vervullen, volkomen secundair is ten opzichte van de innerlijke orde der onderscheiden sociale verbanden en dat alle recht in wezen sociaal verbandsrecht is. Het eigenlijk souvereiniteitsprobleem ligt geheel buiten zijn on-politische, naturalistische gezichtskring.

De rechtsdogmatiek met haar normatieve vraagstellingen laat hij als „praktische Rechtslehre” in haar waarde. Hij ontkent slechts dat zij eigenlijke *wetenschap* van het rechtsleven is⁷⁶⁾.

Een theorie der rechtssouvereiniteit kon uit de rechtssociologie eerst geboren worden, wanneer de laatste zich òf met DUGUIT het praktische politisch doel stelde van een principiële omvorming van de staat en zijn rechtsorde, gelijk zulks reeds bij de Franse grondleggers der sociologische wetenschap het geval was geweest, òf wel het normatief-juridische gezichtspunt (en daarmee implicite het juridisch competentieprobleem) weer in de „sociale feiten” zelve tot gelding ging brengen, gelijk zulks bij GURVITCH valt te constateren in zijn leer van de „faits normatifs” als oorspronkelijke rechtsbronnen.

LÉON DUGUIT was in zijn rechtssociologische opvattingen sterk beïnvloed door de grote Franse socioloog EMILE DURKHEIM, al heeft hij de zeer gecompliceerde en in haar latere ontwikkeling zich steeds duidelijker van het naturalistisch positivisme distantieerende gedachtenkader van zijn leermeester in sterke mate vervlakt.

Evenals DURKHEIM ziet hij in het recht slechts de objectieve uitdrukking van de sociale solidariteit, die in primitieve samenlevingen een mechanisch karakter draagt als „solidarité par similitude” en in gedifferentieerde samenlevingen een organisch karakter aanneemt als „solidarité par division du travail”. De objectieve rechtsregel is onafhankelijk van enige wil. Aanvankelijk zag hij in een consequent naturalistisch positivisme de sociale solidariteit als een pure fysische en vitale noodzakelijkheid, als „een evenwicht van fysiologische behoeften en ten gevolge daarvan uitgewisselde sociale diensten.”

En in overeenstemming daarmee vatte hij ook de objectieve rechtsregel aanvankelijk als een simpele aanwijzing van deze noodzakelijkheid,

⁷⁵⁾ *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913) S. 68 f.

⁷⁶⁾ a.w. S. 1 f.

zonder enig normatief karakter, zodat daaruit dus ook geen verplichting kan voortvloeien.

In zijn latere tijd zag hij zich echter gedwongen aan het sociale recht een zekere normatieve zin toe te kennen, wilde hij aan zijn bestrijding van de klassieke staatsidee met haar souvereiniteitsdogma, waaraan zijn gehele wetenschappelijke leven gewijd was, de noodzakelijke grondslag geven. Iedere idealistische of „metaphysische” opvatting van de sociale norm wordt echter door hem verworpen. Hij wil haar slechts als sociaal-psychologisch verschijnsel laten gelden, dat in het solidariteits- en rechtsgevoel der individuen tot uiting komt. Van een collectief bewustzijn, waaruit zijn leermeester DURKHEIM, of van een volksgeest, waaruit de Historische school het recht liet ontspringen, wil hij echter niet weten.

En ook alle sociale verbanden worden door hem op rationalistisch-individualistische wijze opgelost in individuen. De staat is niets dan een krachtsverhouding tussen sterkere en zwakkere individuen, waarvan de eerste (de „regeerders”) hun wil aan de laatste opleggen.

Begrippen als subjectief recht en competentie, rechtspersoon en rechtsorganisatie worden als producten van een metaphysische natuurrechtelijke constructie terzij geschoven. De overheid heeft geen *recht* op gehoorzaamheid en geen enkele competentie op het gebied der rechtsvorming.

Regeerders en onderdanen zijn volkomen gelijkelijk onderworpen aan de normen van het „objectieve recht”, die onafhankelijk van hun wil uit de feitelijke solidariteit van het maatschappelijk leven voortvloeien en in het rechtsgevoel der individuen als zodanig tot bewustzijn komen. Ook de wet kan geen enkele rechtsnorm in het leven roepen, maar alleen reeds bestaande objectieve rechtsnormen constateren.

Zo wordt over de gehele linie de souvereiniteit van het „droit social” geproclameerd, dat zich zowel in het nationale als internationale milieu der maatschappij geldend maakt.

Het juridisch competentieprobleem scheen radicaal geëlimineerd. Wanneer het recht geen menselijke *vormgeving* zou behoeven, dan zijn er natuurlijk ook geen competente organen nodig die met deze taak belast zijn. Dan verdwijnt ook het probleem in zake de onderlinge verhouding der competentiesferen, waarvoor de traditionele souvereiniteitsleer een oplossing had trachten te geven.

Maar dit probleem liet zich nu eenmaal niet negeren, omdat de noodzakelijkheid van vormgeving door competente organen reeds in de modale geaardheid van het positieve recht besloten ligt. In zijn *Traité de droit constitutionnel* zag DUGUIT zich gedwongen de vormgevende factor in het positieve recht weer in te voeren door zijn onderscheiding van *normatieve* en *constructieve* rechtsregels en te erkennen: „La loi positive... ne crée pas de droit objectif, mais elle est incontestablement

un facteur important de sa formation" ⁷⁷). En het probleem der rechtsvorming keerde dan ook in volle scherpste terug, waar hij vanuit zijn politisch hervormingsprogram de lijnen voor de noodzakelijke transformatie van het burgerlijk privaatrecht en het publiek recht gaat uitstippelen, die uit zijn opvatting van de souvereiniteit van het „droit social" voortvloeien. Dit geschiedt dan in de misleidende vorm van een simpele beschrijving van de feitelijke tendenzen, die in deze richting in de rechtsontwikkeling sinds de laatste helft der vorige eeuw zouden zijn waar te nemen ⁷⁸). Dan blijkt plotseling, dat er wel degelijk een individualistisch burgerlijk privaatrecht en een publiek overheidsrecht bestond waartegen het souvereine „droit social" de strijd moest opnemen, terwijl toch de sociologische theorie impliceerde, dat er geen ander recht is dan „droit social". Dan worden de collectieve contracten, de gebruikelijke bedingen in het bedrijfsrecht, de „contrats d'adhésion" ten tonele gevoerd ten bewijze, dat de private autonomie in het burgerlijk overeenkomstenrecht, waarvan de code civil uitging, bezig is te verdwijnen, dan wordt gewezen op de syndicalistische beweging, die overal tot organisatie van de beroepen en de bedrijfstakken voert en daarmee krachtig tot de socialisering van het recht bijdraagt, op de omvorming van de Romeinse, Jacobijnse, royalistische en Napoleontische souvereine staat en zijn publiek recht in een stelsel van „publieke sociale diensten", „services publics", die onder zekere contrôle volstrekt autonoom hun sociale taak vervullen.

Van de spontane ongeorganiseerde ontwikkeling van het recht is dan geen sprake meer. De georganiseerde bedrijfs- en beroepsgroepen krijgen een overwegende taak in de vormgeving aan het „droit social", dat middels de functionele decentralisatie de traditionele staat, overeenkomstig de reeds door DE ST. SIMON gedane voorspelling, van een overheidsinstituut tot beheersing van personen zal transformeren in een stelsel van georganiseerd beheer van zaken. De souvereiniteit van het „droit social", dat volgens DUGUIT's uiteenzetting niets anders is dan een samenstel van sociaal-economische en zede-normen („moeurs"), die, om hun volstrekt overwegend belang voor de instandhouding der maatschappelijke solidariteit, in het rechtsgevoel der individuen tot „de hoogste trap" van sociale norm, tot *rechtsnorm* worden verheven ⁷⁹), blijkt dan neer te komen op een volledige verdringing van het klassieke burgerlijk privaatrecht en publiek recht. De natuurrechtelijke leer van

⁷⁷) *Traité de droit const.* (3^{ième} éd. 1927) I p. 114.

⁷⁸) Zie zijn geschriften *Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'État* (1911); *Les transformations générales du droit privé depuis le Code de Napoléon* (1912); *Les transformations du droit public* (1921) en *Souveraineté et liberté* (1922).

⁷⁹) Zie *Traité de droit constitutionnel* 3e éd. I (1927) p. 89 e.s.

de mensenrechten, waarin inderdaad de beginselgrondslagen van het burgerlijk privaatrecht waren gevat, wordt dan als „metaphysische speculatie” aan de kant gezet. Het begrip subjectief recht wordt vervangen door het begrip „sociale functie”, dat voor een burgerrechtelijke vrijheidssfeer geen plaats meer laat.

En zo voert ook deze variant van de leer der rechtssouvereiniteit tot het absolutisme van een bepaald soort recht. Het substantivum absorbeert ook hier weer het adjectivum.

Bijzondere belangstelling verdient in het kader van ons onderzoek de tweede sociologische variant dezer leer, die in de jongste tijd door GEORGES GURVITCH is uitgewerkt⁸⁰). Want deze schrijver gaat bij de ontwikkeling zijner theorie juist uit van de grote sociale verscheidenheid van rechtssferen en van het daarmee opgeworpen competentieprobleem en komt dan in een eigen uitwerking van de volksrechtstheorie der Historische school tot en volkomen irrationalistische en universalistische conceptie van de rechtssouvereiniteit. Hier vinden wij m.a.w. precies de omgekeerde ontwikkeling als bij KRABBE.

Het soevereiniteitsprincipe is volgens GURVITCH zowel uit sociologisch als uit juridisch en politisch gezichtspunt volstrekt onmisbaar. Van sociologisch en juridisch standpunt bezien moet er een soevereine rechtsstructuur zijn ter harmonisering van verschillende bijzondere structuren van recht, die met elkander in botsing komen.

Van staatkundig oogpunt bezien moet de staat een *politieke* soevereiniteit bezitten, die door GURVITCH scherp van de *rechtssouvereiniteit* wordt onderscheiden, en niets meer inhoudt dan het monopolie van onvoorwaardelijke dwang op een territorium. De politieke soevereiniteit van de staat strekt zich dan uit over alle locale groepen, die in hem tot eenheid zijn gebracht.

Ook volgens GURVITCH komt aan de macht geen zelfstandige betekenis toe in het soevereiniteitsprobleem. Iedere sociale macht is volgens hem slechts een functie van de sociale rechtsorde der groep, waarbinnen zij wordt uitgeoefend. „That is why sociological analysis leads to the conclusion that the fundamental problem of sovereignty is that of law”, zo merkt hij op⁸¹). De soevereiniteit is dan slechts te zien als een bijzondere kwaliteit van de aan de sociale rechtsorde der groep ontleende macht.

⁸⁰) Vanaf zijn eerste grote werk *L'idée du droit social. Notion et système du droit social* (1932) en het meest systematisch in zijn *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit* (1935) p. 138 e.s. en zijn *Sociology of Law* (1947) p. 197 f (Section III: „Sovereignty and the relations of various juridical orders with that of the State”).

⁸¹) *Sociology of law* (1947) p. 198.

Daarentegen schuilt volgens GURVITCH in de eigenlijke *overheids-* macht steeds een niet-juridisch element, niet vatbaar voor rechtsregeling. Daarom ziet hij in het overheidsrecht een deformatie van het eigenlijk „droit social”, doordat het dit laatste dienstbaar maakt aan het „droit individuel”, dat van geheel ander karakter is ⁸²⁾.

Dit vastgesteld zijnde, maakt de schrijver een onderscheid tussen *relatieve* en *absolute* soevereiniteit. Iedere sociale groep (staat, kerk, bedrijf, vakorganisatie, werkgeversvereniging, enz. enz.) heeft volgens hem een relatieve rechtssouvereiniteit over de verschillende soorten recht, die in haar sociale rechtsorde tot eenheid zijn gebracht. De *absolute* soevereiniteit kan echter niet toekomen aan de rechtsorde van de staat, maar slechts aan de spontane ongeorganiseerde, alle bijzondere groepen omvattende, rechtsorden van de nationale volks- en de internationale volkerengemeenschap, waarvan de eerste weer als deel in de laatste ingaat.

In tegenstelling tot de bijzondere groepen der gedifferentieerde samenleving, die volgens GURVITCH door een enkele of verschillende functies gekarakteriseerd zijn, zijn de al-omvattende groepen van *super-functioneel* karakter en kunnen daarom ook nimmer in een bepaalde organisatie als de staats- of economische organisatie opgaan. Zij zijn veeleer de totale infra-structuren van een gegeven samenleving.

Haar absoluut soevereine rechtsorde bepaalt de materiële competentie van alle in haar besloten bijzondere rechtskringen, die van de staat inbegrepen.

Deze materiële competenties zijn volgens de schrijver van volstrekt *variabel* karakter en *er bestaat geen voor alle tijden geldige hiërarchie tussen de rechtsorden der bijzondere groepen.*

De staat heeft in waarheid nimmer absolute rechtssouvereiniteit bezeten, maar hij heeft zijn politieke soevereiniteit, bestaande in het monopolie van de onvoorwaardelijke dwang, altijd uitgeoefend binnen de grenzen zijner variabele juridische competentie, hem toebedeeld door

⁸²⁾ *L'expérience juridique* p. 136. GURVITCH ontkent intussen met nadruk, dat hierin een waarderingsoordeel zou schuilen: „Si je considère le droit subordonatif, le droit de domination comme une perversion, une déformation du droit d'intégration, par son asservissement au droit individuel, il ne s'agit ici d'aucune „qualification de tendances”... Je ne nie point que la domination et la subordination, à certains moments de l'histoire aient pu correspondre aux aspirations profondes des communautés en question, et que leur nécessité puisse être justifiée sociologiquement et moralement. J'affirme seulement qu'au point de vue strictement juridique, le droit subordonatif ne peut être compris autrement que comme une déformation du droit social d'intégration par sa soumission au droit hétérogène de coordination...”

Ce n'est pas une appréciation, c'est une explication juridique de structure, explication qui conduit à reconnaître, dans la subordination et dans la domination, un élément irréductible à la réglementation par le droit, un élément de pouvoir métajuridique.”

de rechtsorden van de superfunctionele volks- en volkerengemeenschap. En deze laatste brengen voortdurend wijziging in de competenties van de staat en de overige functionele groepen. Zo heeft de super-functionele rechtsorde der Westerse maatschappij van de 16e tot de 19e eeuw de suprematie toegekend aan het recht van de territoriale staat en het contractuele recht der vrije en gelijke individuen. Geheel anders was de competentie-verdeling in de rechtsorde der feodale middeleeuwse staatloze maatschappij en in andere typen van super-functionele rechtsstelsels.

Tegenwoordig leven wij volgens GURVITCH onder een overgangsstelsel van recht, waarin de suprematie van de rechtsorde van de staat en van het vrije contractuele recht geheel is ondermijnd door de nieuwe heerschappelijk gevormde rechtsinstituten der economische groepen van het georganiseerde kapitalisme, die nog het spiegelbeeld leveren van een volkomen gedesintegreerde, door klasse- en groepstegenstellingen verscheurde economische maatschappij. Anderzijds dringt de toenemende volkenrechtelijke organisatie de statelijke rechtsorde steeds verder uit haar overheersende positie terug. Uit deze chaotische overgangstoestand bieden zich dan twee uitwegen aan: 't zij een autonome (aan de statelijke rechtsorde aequivalente) rechtsorganisatie van het economisch leven op de grondslag der bedrijfsdemocratie, beginnend met fabrieksraden en culminerend in een nationaal-economische Raad, een „geleide economie” gecontroleerd en geregeld door de belanghebbende partijen zelve, 't zij de totalitaire staatsorden van verschillende soort.

De grote betekenis van GURVITCH's rechtssociologische theorie der rechtssouvereiniteit ligt in haar diepe wijsgerige fundering en veelzijdige sociologische uitwerking. Zij gaat daardoor verre uit boven die van DUGUIT, die evenzeer radicaal met de leer der staatssoevereiniteit op het gebied der rechtsvorming brak, maar aan het grondprobleem van iedere soevereiniteitsleer: de onderlinge verhouding tussen de materieel-juridische competentiesferen der onderscheiden samenlevingskringen geen aandacht schonk.

Intussen blijft in GURVITCH' theorie volkomen in het duister, hoe men zich de nationale en internationale gemeenschap in de zin van ongeorganiseerde infra-structuren als dragers van de absolute rechtssouvereiniteit heeft te denken.

GURVITCH opereert hier met zijn bekende constructie van het „fait normatif” als eigenlijke en oorspronkelijke rechtsbron. Volks- en volkerengemeenschap zijn volgens hem sociale feiten, waarin zich de rechtswaarde of rechtsidee in haar alzijdigheid heeft belichaamd, terwijl in de bijzondere sociale groepen als „faits normatifs” slechts bepaalde aspecten dezer rechtsidee zijn geïncorporeerd. Dit houdt dan onmiddellijk verband met het superfunctioneel karakter dezer al-omvattende

gemeenschappen. De rechtsorde dezer laatste is een volkomen spontane en bewegelijke, in de integrale rechtservaring harer leden tot bewustzijn komende. Zij behoeft geen rechtsvormende, met juridische competentie beklede organen. Zij is de volstrekt soevereine, waarvan iedere rechtsmacht der georganiseerde sociale groepen afhankelijk, wijl afgeleid is.

Hier is inderdaad de volksrechtstheorie der Historische school tot de laatste consequenties uitgewerkt: de toekenning van de absolute soevereiniteit aan de inderdaad „mystieke” rechtsorde ener ongrijpbare supergemeenschap, die PUCHTA een „incertum corpus” noemde.

De universalistische theorieën der menselijke samenleving hebben altijd getracht deze laatste als een geheel met delen te vatten. Voorzover dit sociologisch universalisme zijn oorsprong vond in een irrationalistische wending van het Humanistisch vrijheidsmotief zocht zij het sociale geheel dan steeds in een structureel volkomen onbelijnde supergemeenschap, die zij bewust of onbewust naar het model van een ongedifferentieerde samenlevingskring vatte.

De volksgemeenschap, welker „volksgeest” de Historische school tot enige oorspronkelijke materiële rechtsbron verhief, is inderdaad, in een nog gesloten ongedifferentieerde samenleving, een reëel sociaal verband, dat echter niet tot de *natuurlijke*, als zodanig immers *ongeorganiseerde*, gemeenschappen behoort, maar steeds een zwakkere of sterkere kunstmatige organisatievorm vertoont en zelf een ongedifferentieerde structuur heeft ⁸³⁾.

Zodra het differentiëringsproces in de samenleving inzet, is dit ongedifferentieerde volks-, resp. stamverband met al zijn ongedifferentieerde onderdelen (als sibben, clans, gilden enz.) na langere of kortere tijd ten ondergang gedoemd.

Staat en ongedifferentieerde volksgemeenschap bevinden zich tegenover elkander in een principiële strijdverhouding. Het begrip staatsvolk heeft niets van doen met de primitieve volksgemeenschap en ook het begrip „natie” krijgt eerst zin, waar de ongedifferentieerde volksgemeenschap verdwenen is ⁸⁴⁾. De „natie” is, gelijk ik in de derde band van mijn *Wijsbegeerte der Wetsidee* heb uiteengezet, van intrinsiek *politische* structuur en mist het karakter ener natuurlijke gemeenschap ⁸⁵⁾.

Het was een noodlottig gevolg van de historistische, de sociale structuurverschillen nivellerende, denkwijze der Historische school, dat zij in haar volksrechttheorie deze primair belangrijke sociologische waarheden

⁸³⁾ In zijn *Sociology of law* (1947) p. 205 vereenzelvigt GURVITCH het primitieve stamverband met de al-omvattende infrastructuur der volksgemeenschap, die volgens zijn theorie ongeorganiseerd moet zijn! Men ziet hier duidelijk het derailement.

⁸⁴⁾ Het nazisme had een ideologie van het „Volkstum”, maar bestreed iedere *nationale* uiting in de bezette gebieden.

⁸⁵⁾ *W. d. W.* III blz. 407.

uit het oog heeft verloren en een continue historische ontwikkeling construeerde tussen de ongedifferentieerde, primitieve volksgemeenschap en de moderne samenleving.

Zo ging zij de staat vatten als de politieke organisatievorm van de oude ongedifferentieerde volksgemeenschap, die als *infra-structuur* op natuurlijke organische wijze zowel haar staats- als rechtsorde zou voortbrengen.

Zo nivelleerde zij ook het radicale structuurverschil tussen de genetische, in de banden des bloeds gefundeerde, natuurlijke gemeenschappen en de staat. Zo wiste zij eindelijk ook het radicale structuurverschil uit tussen de natuurlijke gemeenschappen en de ongedifferentieerde levensverbanden.

In GURVITCH' rechtssociologie heeft deze, in oorsprong romantische, volksconceptie haar consequent universalistische uitwerking gekregen en zich nu ingepast in een moderne activistische en dynamische levensfilosofie, die onder meer ook uit de romantiek van de restauratietijd haar geestelijke voedingssappen getrokken heeft ⁸⁶).

Door nu de mystieke infrastructuren van volks- en internationale gemeenschap tot draagsters van de absolute rechtssouvereiniteit te proclameren, scheen de aloude antinomie van het Humanistisch soevereiniteitsbegrip, het conflict tussen macht en recht, en in dieper zin tussen „natuur” en „vrijheid”, opgeheven.

In de ongeorganiseerde infrastructuren der samenleving komt immers het recht volkomen spontaan, zonder inmenging van enige machtsorganisatie tot openbaring? Maar hoe nu, als deze infrastructuren slechts speculatieve constructies van het irrationalistisch universalisme blijken te zijn? Dan zal in de uitwerking der theorie vanzelf aan het licht komen, dat ze tenslotte weer aan een der levenskringen de absolute soevereiniteit over alle andere in handen speelt.

GURVITCH heeft blijkbaar zelf gevoeld, dat hier de wonde plek in zijn soevereiniteitsleer schuilt. In zijn recent werk *Sociology of Law* werpt hij zich zelf tegen: „It might, however, be objected that these considerations affect only diffuse, unorganized sovereignty of law, and ignore the problem of jural sovereignty concentrated in an organ capable of expressing it consciously and deliberately. Would not every sufficiently developed society be characterized by such concentration of the sovereignty of law?” ⁸⁷).

⁸⁶) In zijn *L'expérience juridique* (1935) p. 136 merkt GURVITCH op: „On voit donc que le rôle que j'attribue au droit spontané et inorganisé dans la construction de la démocratie n'implique aucune croyance romantique dans la valeur particulière de ce droit, qui peut être bon ou mauvais comme tout autre droit empirique et qui n'a ainsi rien à voir avec le droit naturel.” Maar deze uitspraak zou ook v. SAVIGNY voor zijn volkrechtsleer volledig hebben onderschreven.

⁸⁷) G. GURVITCH *Sociology of law* (Londen 1947) p. 200.

Het antwoord, dat de schrijver op deze vraag geeft, brengt de volledige bevestiging onzer prognose. Practisch, zo merkt hij op, doet zich dit probleem eigenlijk alleen voor, wanneer de structuren van het statelijk en het autonome economische recht door de onderliggende rechtsorden der nationale en internationale gemeenschap als gelijkwaardig zijn erkend, dat zou dus eerst het geval zijn in GURVITCH' toekomstbeeld. In dit geval zal het noodzakelijk worden een arbitraal gerechtshof te organiseren, dat de competentie heeft het spontane soevereine recht van de nationale en internationale gemeenschap bindend te interpreteren. In perioden, daarentegen, waarin de juridische suprematie is toegekend aan een bepaalde functionele sociale groep (bv. in de middeleeuwen aan de kerk, van de 16e tot de 19e eeuw aan de staat) krijgt deze groep ook de organen, die de competentie hebben de rechtssouvereiniteit te interpreteren en te vertegenwoordigen. „This fact, however, does not mean at all that jural sovereignty may be attributed to partial groups, because in any case true jural sovereignty remains diffuse within all-inclusive super-functional societies.”

In alle gevallen voert dus ook GURVITCH' theorie der rechtssouvereiniteit tot de noodzakelijkheid een competent orgaan als exclusief vertegenwoordiger en bindende uitlegger van de volstrekt soevereine rechtsorde der al-omvattende sociale infra-structuren te vinden.

Juist in de perioden van staatsabsolutisme, waarin de persoonlijke vrijheid en de vrijheid der overige levenskringen het grootste gevaar lopen, is dit volgens GURVITCH de staat zelf, die nu voor zijn usurpatorische ingreep in de oorspronkelijke competentiesferen der overige levenskringen zelfs de legitimatiebrief van het soevereine recht krijgt!

Daarmede valt ook deze theorie, die, naast DUGUIT's leer van het „droit social”, wel het meest radicaal met het traditionele soevereiniteitsbegrip scheen te hebben gebroken, weer in de fundamentele antinomie van dit laatste terug.

Deze antinomie lag reeds besloten in GURVITCH' opvatting van de „rechtservaring” zelve, waarin hij op dialectische wijze autonomie en heteronomie, idee en zinnelijk verschijnsel, „norm” en „feit”, „natuur” en „vrijheid” trachtte ineen te vatten. Met principiële uitschakeling van de modale structuur van het juridische aspect, werd hier getracht de rechtsidee te benaderen als een „verlogisering van de morele waarden” op de grondslag van een generalisering en quantificering dezer laatste. Hetgeen dan weer inhield een innerlijk tegenstrijdige verbinding tussen het irrationele en het rationele, het ongeorganiseerd-spontane en het georganiseerde element, de gevormde regel en de onstabiele dynamiek, posiviteit en idealiteit in het rechtsleven⁸⁸).

⁸⁸) *L'expérience juridique* p. 65: „Le vécu juridique immédiat est essentiellement intermédiaire entre l'expérience du spirituel et l'expérience du sensible, comme il est

Hoezeer ook op het eerste gezicht deze beschouwing met alle zijden in het proces der rechtsvorming trachtte rekening te houden, zij bleef beheerst door het dialectisch grondmotief van natuur en vrijheid, dat voor onderling onherleidbare modale structuren van de onderscheiden aspecten der realiteit geen plaats in het theoretisch werkelijkheidsbeeld liet.

*

II - HET TRADITIONELE SOUVEREINITEITSBEGRIIP EN DE LEER VAN DE SOUVEREINITEIT IN EIGEN KRING

Overzien wij nu nog eenmaal de ontwikkelingsgang, die het souveriniteitsbegrip sinds *BODIN* in de Humanistische rechts- en staatsleer heeft doorgemaakt, dan meen ik het volgende te mogen vaststellen. In al zijn evoluties, ook in die van de leer der rechtssouvereiniteit, impliceerde het de loochening van oorspronkelijke, materieel-juridisch begrensde competentiesferen van de staat en de overige levenskringen.

Oorspronkelijke competentiesferen in deze materieel-juridische zin kunnen nimmer op een positieve rechtsorde gegrond zijn, omdat iedere positieve rechtsvorming als zodanig de oorspronkelijke competentie of rechtsmacht daartoe vooronderstelt.

Slechts afgeleide competentie kan een positief-rechtelijke en dus noodzakelijk variabele grondslag hebben.

Hoever men ook in een eventueel positiefrechtelijk gevormde hiërarchie van afgeleide competenties opklimt, ter laatste instantie stuit men steeds op de oorspronkelijke competentie, waarvan deze positiefrechtelijke hiërarchie zelve is afgeleid. Waarop berust dan deze oorspronkelijke rechtsmacht als vooronderstelling van alle positief recht?

Deze rechtsmacht kan slechts gegrond zijn op en materieel begrensd zijn door de innerlijke aard, door het interne structuurprincipe van de sociale kring, waarbinnen zij wordt uitgeoefend en dat aan alle menselijke willekeur onttrokken is.

Als *oorspronkelijke*, niet van een andere tijdelijke levenskring afgeleide rechtsmacht kan men haar *souverein* noemen, mits men onmiddellijk dit souveriniteitsbegrip begrenst door de toevoeging „in eigen kring”. En dan wordt het tegelijk het radicale tegendeel van het in de

essentiellment intermédiaire entre l'expérience morale et l'expérience des idées logiques.

Cette double tension dans l'expérience juridique, qui est la cause de son caractère antinomique intense, du drame aigu, dont elle est le lieu, a pour résultat une complexité extrême de ses données immédiates: de la réalité du droit, de l'idée de la justice, qui s'y incarne, et de toute la sphère juridique...

J'ai cherché ainsi à reconstruire d'une façon dialectique cette interpénétration de l'idéal et du sensible, de la valeur et de l'être, de l'autonomie et de l'hétéronomie...”

Humanistische theorieën geconstrueerde soevereiniteitsbegrip. Want ondanks alle hier ondernomen pogingen, om aan dit laatste een juridische grondslag of althans een rechtelijke begrenzing te geven, het doorbrak theoretisch met innerlijke noodzakelijkheid de grenzen van de oorspronkelijke competentiesferen der samenlevingskringen en tegelijk de modale grenzen van het recht.

De soevereiniteit in eigen kring is niet een vaag politiek slagwoord, de leuze van een bepaalde christelijk-staatkundige partij. Zij is diep in de gehele werkelijkheidsorde gegrond, en laat zich nergens straffeloos negeren. Want zij is de uitdrukking van de soevereine Goddelijke Schepperswil en Schepperswijsheid, die alles naar zijn aard geschapen en in de tijd zijn vaste structurele grenzen gesteld heeft, Die deze tijdelijke werkelijkheidsorde ook in de menselijke zondeval in stand houdt, om haar in de verlossing door CHRISTUS JEZUS in haar religieuze zin-volheid tot openbaring te brengen: de totale en radicale betrokkenheid van heel de tijdelijke werkelijkheid op de liefdedienst der verheerlijking Gods.

De soevereiniteit in eigen kring is m.a.w. een universeel kosmologisch principe, dat in het juridisch aspect der werkelijkheid slechts zijn bijzonder *rechtelijke* uitdrukking krijgt.

Het brengt tweeërlei stand van zaken in de structuren der werkelijkheid aan het licht: 1°. de onderlinge onherleidbaarheid dezer laatste en 2°. haar onverbreekelijke onderlinge vervlechting en samenhang in de tijd.

Want slechts in haar onverbreekelijke samenhang kunnen zij haar onherleidbare eigengeaardheid openbaren.

Dit geldt zowel voor de *modale structuren* van de onderscheiden *aspecten* der werkelijkheid, die de algemene eigengeaardheid dezer laatste bepalen, als voor de *typische totaalstructuren* of *individualiteitsstructuren* der werkelijkheid, waarin deze modale aspecten in hun integrale samenhang zijn verenigd en op typisch verschillende wijzen zijn gegroepeerd en geïndividualiseerd tot een individueel structuur-geheel.

Alle rechtsverhoudingen — onverschillig binnen welke individualiteitsstructuur der menselijke samenleving als die van de staat, van de kerk, van het bedrijf, van de inter-nationale verhoudingen enz. enz. zij zich mogen voordoen — zijn als *rechtsverhoudingen* bepaald door de modale structuur van het juridisch aspect der werkelijkheid. In deze modale structuur drukt zich de gehele orde en samenhang der onderscheiden aspecten in een eigen onherleidbare modaliteit uit. Zij is, gelijk ik in mijn *Wijsbegeerte der Wetsidee* Bnd. II uitvoerig heb uiteengezet, opgebouwd uit een modale zin-kern, die de onherleidbaarheid van het aspect waarborgt, en uit een reeks andere structuur-momenten, waarvan een deel (de zgn. modale analogieën) de innerlijke samen-

hang van het juridisch aspect met alle vroeger gerangschikte en een deel (de zgn. modale anticipaties) die met alle later gerangschikte aspecten handhaaft, maar die alle door de modale zin-kern gequalificeerd zijn.

Onder de modaal-juridische structuur-momenten van analogisch karakter neemt nu de *rechtelijke competentie* een essentiële plaats in. Zij is inhaerent aan alle menselijke *vorm-geving* aan de rechtsbeginselen, waardoor deze laatste tot *positieve* rechtsnormen worden uitgewerkt. Competentie is *rechtsmacht* en in deze praegnante term „rechtsmacht” drukt zich de onverbreekelijke samenhang tussen het *juridisch* en het *historisch* aspect der werkelijkheid uit.

Want *macht* of *beheersing* is het modale kern-moment, de modale zinkern, van het historisch aspect als het aspect der cultuurontwikkeling.

De *rechtsmacht* is geen macht in de oorspronkelijk-historische zin, zij is slechts een *historische analogie* in de modale structuur des rechts, die door de juridische zin-kern gequalificeerd blijft. Maar zij is wel in historische machtsverhoudingen *gefundeerd* en kan zich dus nimmer los van de laatste voordoen.

De juridische competentie of rechtsmacht is naar haar aard nimmer exclusief en absoluut. Zij onderstelt een meerderheid van oorspronkelijke competentiesferen, die zich onderling in rechtsverhoudingen van wederkerige begrenzing bevinden.

Want, gelijk in *alle* modale grondbegrippen van de rechtswetenschap, schuilt ook in het competentiebegrip een *getals-analogie*, waarin zich de innerlijke samenhang tussen het juridisch en het getalsaspect der werkelijkheid uitdrukt⁸⁹⁾. Zo min een rechtsleven bestaanbaar is, waarin slechts één rechtssubject zou fungeren, zo min is een rechtsleven mogelijk, waarin slechts één oorspronkelijke competentiesfeer voor de rechtsvorming zou gegeven zijn. Ook in een ongedifferentieerde samenleving is dit laatste niet het geval.

Dit wil zeggen, dat het traditionele soevereiniteitsbegrip reeds noodzakelijk in botsing komt met de modale soevereiniteit in eigen kring van het recht.

Hoe men ook sinds *BODIN* de exclusieve soevereiniteit van de staat dan wel van de zgn. volkerengemeenschap op het gebied der rechtsvorming juridisch heeft trachten te construeren of achteraf weer aanrechtsgrenzen heeft trachten te binden, al deze constructies konden dit in wezen on-juridisch soevereiniteitsbegrip niet in een wezenlijk *rechts*-begrip transformeren.

Het hing samen met een theoretische visie op de werkelijkheid, die

⁸⁹⁾ Vergelijk hierover laatstelijk mijn verhandeling *De modale structuur van het juridisch oorzakelijkheidsverband* (Mededelingen der Kon. Ned. Akademie van Wetensch. afd. Letterkunde, Nieuwe Reeks, Dl 13 no 5 (1950) blz. 30 vlg.

door het religieuze grondmotief der Humanistische levens- en wereldbeschouwing, dat van *natuur en vrijheid* beheerst was, en voor een in de Goddelijke schepping gegronde structurele orde der werkelijkheid geen plaats had.

Daarom dient een wezenlijk *principiële* critiek op dit soevereiniteitsbegrip *hier* te beginnen.

De Humanistische rechts- en staatsleer kon tenslotte het soevereiniteitsbegrip niet missen, omdat het hier in de eerste plaats dienst moest doen ter bepaling van de onderlinge verhouding van de competentiesferen der verschillende samenlevingskringen: de soverein verklaarde en daarmee verabsoluteerde levenskring kreeg de exclusief-oorspronkelijke competentie toebedeeld, alle overige zagen zich slechts een afgeleide toegemeten.

Daar de werkelijkheidsvisie, waarvan de traditionele soevereiniteitsleer uitging, reeds de modale structuren van de aspecten onzer ervaringswereld moest doorbreken, kon zij a fortiori geen rekening houden met de typische individualiteitsstructuren der menselijke samenleving, omdat deze laatste zonder de grondslag der eerste niet zijn te vatten. Zo werd het soevereiniteitsbegrip tegelijk tot wezenskenmerk van de staat verheven, omdat men het interne structuurprincipe van dit verband had uitgeschakeld ⁹⁰⁾.

Nu zijn het juist deze individualiteits-structuren die de (door de modale structuur van het juridisch aspect nog slechts algemeen omlijnde) oorspronkelijke competentiesferen haar *typische* materiële inhoud en begrenzing geven.

Zij geven ook de enige boven-willekeurige grondslag aan een wetenschappelijke definitie van de onderscheiden typen van recht, waarin zich de verschillende innerlijke geaardheid der gedifferentieerde sociale levenskringen uitdrukt, als staatsrecht en burgerlijk privaatrecht, kerkrecht, intern bedrijfsrecht, intern gezins- en familierecht, volkenrecht enz. enz.

⁹⁰⁾ Bij HERMANN HELLER, de meest militante verdediger van het traditionele soevereiniteitsbegrip, is de soevereiniteit dan ook inderdaad het enig wezenskenmerk van de staat.

Men vergelijk zijn definitie (*Die Souveränität*, 1927 S. 110): „Staat heisst die auf einem bestimmten Gebiet universale, deshalb notwendig einzigartige und souveräne Entscheidungseinheit”.

Ofschoon ook hij de soevereiniteit nog slechts als een *historisch* begrip laat gelden, trekt hij uit het traditionele begrip ook de noodzakelijke consequentie op het gebied der rechtsvorming, nl. dat de moderne soevereine staat de enige oorspronkelijke competentie daartoe heeft. Zie a.w. S. 57, waar wij de stelling lezen: „dasz für die juristische Betrachtung des heutigen Staates die Positivität der ihm eingeordneten Verbandssatzungen abgeleitet erscheint von der Positivität der staatlichen Rechtsordnung”. Vgl. ook zijn posthuum uitgegeven *Staatslehre* (1934) S. 186 f. en mijn critiek daarop in mijn *Wijsbegeerte der Wetsidee* Bnd III (1936) blz. 346 vlg.

De individualiteitsstructuren der sociale levenskringen zijn typische structuur*principes*, die in de werkelijkheidsorde gegrond zijn, maar zich slechts realiseren door menselijke vormgeving.

De producten dezer vormgeving zijn de *sociale vormen*, die steeds historisch gefundeerd zijn, en variëren met de gehele historische ontwikkeling der samenleving.

Deze variabele sociale vormen, onderscheiden in *ontstaans-* en *bestaansvormen*⁹¹⁾, zijn tegelijk de knooppunten van de onderlinge vervlechting der sociale individualiteitsstructuren⁹²⁾.

Geen enkele dezer laatste kan zich in isolement verwerkelijken, omdat de tijdelijke wereldorde zelve ze onverbrekkelijk met elkander verbonden heeft.

Maar gelijk de modale structuren der aspecten in haar onderlinge samenhang en vervlechting haar modale souvereiniteit in eigen kring behouden, evenzeer handhaven de individualiteitsstructuren der sociale levenskringen in haar onderlinge vervlechting haar typische souvereiniteit in eigen kring en daarmee in het juridisch aspect haar oorspronkelijke competentiesfeer op het gebied der rechtsvorming.

De staat neemt hier geen uitzonderingspositie in. Ook hij heeft niet meer dan souvereiniteit in eigen kring. Dit neemt echter niet weg, dat zijn oorspronkelijke rechtsmacht van een geheel enige aard is.

Naar zijn intern structuurprincipe is de staat gekarakteriseerd als een institutaire publiekrechtelijke gemeenschap van overheid en onderdanen op de historische grondslag van een monopolistische organisatie van de zwaarmacht op een territorium. Want gelijk iedere gedifferentieerde sociale structuur, is ook die van de staat getypeerd door twee, in verschillende modale aspecten geleverde functies, waarvan de eerste de *interne bestemmingsfunctie* of de kwalificerende functie, en de tweede de *typische funderingsfunctie* genoemd wordt, omdat het individualiteitstype van de eerste in dat van de laatste gefundeerd is.

Nu is de bestemmingsfunctie van de staat, in onderscheiding van die van alle andere levenskringen, in het *rechtelijk* aspect der sociale werkelijkheid besloten. Dit wil zeggen, dat de staat, als zodanig op het gebied der rechtsvorming optredend, nimmer recht kan vormen, dat door een typische buiten-rechtelijke bestemmingsfunctie is gequalificeerd.

Alle recht, dat krachtens de interne structuur van de sociale levens-

⁹¹⁾ Vgl. over deze onderscheiding mijn *Tien voordrachten over Sociologie* (Syllabus 1946—1947 van het studium generale aan de Technische Hogeschool te Delft, Delftsche Uitgeversmaatschappij) blz. 159.

⁹²⁾ Zo is bv. de moderne huwelijksgemeenschap naar haar burgerrechtelijke ontstaansvorm vervlochten met staat, gezins- en familiegemeenschap, naar haar sociale bestaansvorm bovendien met kerk, beroeps- en bedrijfsgemeenschap, omgangskring enz. enz.

kring, waarbinnen het geldt, aan zulk een buiten-juridische bestemming dienstbaar is, zoals bv. het economisch gequalificeerde interne bedrijfsrecht, of het pistisch gequalificeerde interne kerkrecht, is een *specifiek* recht, *jus specificum*.

Het door de staat als zodanig gevormde recht daarentegen is naar zijn aard steeds *ius commune*, gemeenrecht.

Alle recht vertoont reeds naar zijn modale structuur een correlatie van wat wij maatschaps- en gemeenschapsbetrekkingen noemen, omdat aan iedere samenlevingsverhouding, onverschillig haar typische structuur, deze correlatie inhaerent is.

In de maatschapsverhouding treden de subjecten niet op als leden van een geheel, maar gecoördineerd, *naast* of zelfs *tegenover elkander*. In de gemeenschapsverhouding daarentegen zijn zij steeds als leden van een hen allen omvattend geheel gevoegd.

Daarom ontmoeten wij ook in het typisch statelijk recht de correlatie van twee typisch statelijke rechtssferen, t.w. het burgerlijk privaatrecht en het publieke verbandsrecht van de staat.

Het eerste is een statelijk maatschapsrecht, rustend op de klassieke grondslagen van het *ius naturale et gentium*, het tweede een statelijk gemeenschapsrecht.

Dit zijn de beide oorspronkelijke competentiesferen van het staatsverband, die door de innerlijke structuur van dit laatste materieel begrensd zijn.

De staat kan naar zijn aard geen intern (typisch economisch gequalificeerd) bedrijfsrecht van maatschaps- of gemeenschapskarakter vormen, evenmin intern kerkrecht of welk ander buiten-juridisch gequalificeerd recht ook. Hij mist daartoe de oorspronkelijke competentie.

Ongetwijfeld kunnen staat en bedrijf of staat en kerk, in een zeer nauwe verbondenheid optreden in de figuur van het staatsbedrijf en de staatskerk (resp. de kerkelijke staat).

Nimmer echter worden zelfs in deze nauwste structuurvervlochtening het bedrijf of de kerk een *deel* van het staatsverband. Ook een *staats*-bedrijf blijft naar zijn innerlijke structuur een *bedrijf*, ook de *staatskerk* blijft *kerk*.

Wezenlijke *delen* van de staat kunnen slechts verbanden zijn, die het innerlijk structuurprincipe van het staatsgeheel vertonen.

En met de innerlijke souvereiniteit in eigen kring der sociale structuren handhaven zich ook de daarin geïmpliceerde oorspronkelijke competentiesferen op het gebied der rechtsvorming zelfs in de innigste structuurvervlochtening. *Intern* bedrijfsrecht of *intern* kerkrecht kunnen naar hun typische aard niet het typisch statelijk karakter van publiekrecht of burgerlijk privaatrecht aannemen.

Wel zal alle niet-statelijk recht als *ius specificum* een typische *binding*

ondergaan in het burgerlijk privaatrecht en het publiekrecht en daardoor ontstaat de schijn, dat de staat de volstreckte souvereiniteit op het gebied der rechtsvorming bezit.

Deze valse schijn wordt versterkt, wanneer men geen oog heeft voor de interne structuurprincipes der samenlevingskringen en van hun typische rechtssferen en wanneer men alleen let op de juridische ontstaansvormen van het positieve recht als wet, verordening, contract, statuut, rechtspraak enz.

Want gelijk de sociale vormen de knooppunten bleken te zijn van de onderlinge vervlechting der sociale levenskringen, zo zijn in het juridisch aspect de juridische ontstaansvormen de knooppunten van de onderlinge vervlechting der oorspronkelijke competentiesferen.

In het bedrijfsleven is de kartel-overeenkomst oorspronkelijke rechtsbron van economisch gequalificeerd maatschapsrecht. De overeenkomst is echter tegelijk door de staat ingeschakeld in het burgerlijk privaatrecht en eventueel in het publiekrecht, d.w.z. in de beide oorspronkelijke competentiesferen van de staat. Zij wordt daarmee aan de burgerrechtelijke en publiekrechtelijke bindingen onderworpen⁹³).

Maar daarmee wordt het intern maatschappelijk bedrijfsrecht niet getransformeerd in burgerlijk privaat of publiek recht. Het behoudt in alle statelijke binding zijn interne souvereiniteit in eigen kring. En hetzelfde geldt voor het interne gemeenschapsrecht van het bedrijfsleven.

Zodra de staat in zijn burgerlijk contractenrecht de private overeenkomsten aan een sociaal-economische bestemming zou trachten te binden, zouden zijn rechtsregels op hetzelfde ogenblik de aard van burgerlijk privaatrecht als *ius commune* verliezen en zij kunnen dan ook niet meer met het overheidsgezag van de staat worden geldend gemaakt.

De geschiedenis van het Wetboek van Koophandel spreekt in dezen een duidelijke taal. De burgerlijke wetgever meende aanvankelijk op dwingende wijze het interne bedrijfsrecht te kunnen reguleren. Hij trachtte dwingend voor te schrijven wat daden van koophandel zijn, hij trachtte de naamloze vennootschap als rechtsvorm te binden aan een economische handelsbestemming, de makelaardij te beperken tot transacties in roerend goed enz. enz.

Op al deze punten werd zijn regeling een volslagen fiasco. Het bedrijfsleven ging rustig voort zijn eigen intern recht te vormen en de wetgever moest stap voor stap terugkeren van zijn ingreep in een oorspronkelijke competentiesfeer, die de zijne niet was.

Wat echter tot de onvervreembare oorspronkelijke competentiesfeer van de staat blijft behoren is het waken tegen de competentie-over-

⁹³) Vgl. hierover nader mijn studie *De sociologische verhouding tusschen recht en economie en het probleem van het zgn. „economisch recht“*. (Opstellen aangeboden aan de hoogleraren ANEMA en DIEPENHORST, 1949) blz. 221—266.

schrijding van de zijde der zgn. private levenskringen en de binding van het door hen gevormde recht aan de eisen van het burgerlijk privaats- en het publiek recht, die ieder hun eigen typische rechtsbeginselen hebben.

Hiermede is in enige grote lijnen de betekenis van de souvereiniteit in eigen kring op het gebied der rechtsvorming aangegeven en uiteengezet, waarom het traditionele souvereiniteitsbegrip met de orde der werkelijkheid in strijd moest komen. Voor de nadere uitwerking van deze opvatting moet ik verwijzen naar de derde band mijner *Wijsbegeerte der Wetsidee* en mijn latere aan dit onderwerp gewijde verhandelingen.

Er blijven echter nog twee problemen over, die met het traditionele souvereiniteitsbegrip samenhangen en bij prijsgeving van dit laatste een andere oplossing vragen.

Dit is in de eerste plaats de vraag, of in de interne sfeer van het staatsverband nog plaats blijft voor een oorspronkelijk overheidsgezag, dat niet aan het positieve staatsrecht ontleend is en in de tweede plaats het probleem i.z. de verhouding van de staat tot de volkenrechtelijke organisaties en daarmede implicite de vraag i.z. de verhouding van het staatsrecht tot het volkenrecht.

Wat het eerste punt aangaat, hebben wij er reeds op gewezen, dat een oorspronkelijke competentie nimmer zelve aan een positieve rechtsorde ontleend kan zijn en bij onze critiek op de verschillende theorieën der zgn. rechtssouvereiniteit kwam aan het licht, dat een oorspronkelijke competentie altijd een orgaan onderstelt, dat met deze rechtsmacht bekleed is.

Nu is alle rechtsgezag, dat binnen de interne sfeer van het staatsverband wordt uitgeoefend naar de innerlijke aard van dit laatste een publiekrechtelijk *overheidsgezag*, dat typisch is gefundeerd in het monopolie der zwaardmacht op een grondgebied.

In geen enkele andere gedifferentieerde levenskring kan het rechtsgezag dit typisch karakter dragen.

GURVITCH' opvatting, die in de leer der rechtssouvereiniteit wel de heersende mag worden genoemd, dat in het overheidsgezag steeds een metajuridisch machtsmoment zou schuilen, dat voor eigenlijke rechtsregeling niet vatbaar is, getuigt m.i. van een gemis aan inzicht in de modale structuur van het recht en in haar verhouding tot de individualiteitsstructuren der samenleving.

Als publiekrechtelijke competentie is het overheidsgezag van intrinsiek juridische aard. Maar het is van een *typisch* juridisch karakter, dat nimmer los van de historische (niet-rechtelijke) zwaardmacht is te vatten, omdat dit verband in het innerlijk structuurprincipe van de staat zelve besloten ligt. Dit typisch structuurverband tussen het rechtelijk

en het historisch aspect doet echter niets af aan de modale souvereiniteit in eigen kring dezer beide. Wij zagen immers, dat reeds de modale structuur van het recht de competentie als *rechtsmacht* aan de *historische* macht bindt, zonder dat daarmee de modale structuurgrenzen tussen recht en macht worden uitgewist. En in *iedere* sociale kring is de *typische* competentie in een *typische* historische machtsvorm gefundeerd.

Wij kunnen alleen zeggen, dat het overheidsgezag naar schriftuurlijk-christelijk inzicht, met de *zonde* samenhangt, om der zonde wil is ingesteld, maar dit is iets anders dan GURVITCH' opvatting, dat het een „deformatie” van het ware sociale rechtsgezag zou wezen.

Dit overheidsgezag nu kan in afgeleide zin door een reeks organen worden uitgeoefend, die tegenover elkander een relatieve onafhankelijkheid bezitten en wier competentie in de grondwet en nader in zgn. organieke wetten geregeld is. Maar de oorspronkelijke competentie vraagt een rechtsorgaan, dat binnen de structurele grenzen van de statelijke rechtsmacht inderdaad met het hoogste gezag is bekleed en zich ook bij tijdelijke suspendering van een positieve grondwettelijke orde als overheid kan legitimeren, doordat zij in staat is haar publiek-rechtelijke taak te vervullen op de grondslag van het territoriale monopolie der zwaarmacht.

Het zgn. noodrecht is ons te zeer vertrouwd geworden, dan dat wij ons nog aan de illusie van de „logische geslotenheid” van de positieve rechtsorde kunnen overgeven. Dit blijft de kern van waarheid zowel in het Romeins-rechtelijk adagium: „Princeps legibus solutus est”⁹⁴) als in de beroemde theorie van de „pouvoir constituant”. Zelfs Kelsen moest er mede rekening houden toen hij de positieve rechtsorde in een oorsprongsnorm fundeerde, die zelve niet als positieve rechtsregel werd aangediend, maar alleen het oorspronkelijk orgaan voor de rechtsvorming aanwees.

Zeker is, dat dit oorspronkelijk of hoogste overheidsorgaan zich bij een democratische traditie van het staatsleven nimmer zal kunnen legitimeren zonder de steun der volksovertuiging. Maar een staatsvolk kan als zodanig nimmer zelve met overheidsgezag bekleed zijn, omdat het niet tot regeren in staat is, hetgeen steeds de taak van een élite is.

De grote Franse staatsrechtsgeleerde MAURICE HAURIOU heeft aan deze stand van zaken, zij 't al in de terminologie van de traditionele souvereiniteitsleer, een treffende uitdrukking gegeven in zijn onderscheiding van de *souveraineté du gouvernement* en de *souveraineté de sujétion*, die beide overkoepeld worden door de *souveraineté de l'idée de l'état*⁹⁵).

⁹⁴) In de verdediging van dit adagium tegen de moderne objectivistische theorieën der rechtssouvereiniteit ligt ongetwijfeld de sterkste zijde van HELLER's betoog.

⁹⁵) MAURICE HAURIOU *Précis de droit constitutionnel* (2e éd. 1929) p. 86 e.s.

Wat tenslotte het tweede aan de orde gestelde probleem aangaat, de verhouding van de staat tot de volkenrechtelijke organisaties en van het staatsrecht tot het volkenrecht, moeten wij beginnen op te merken, dat het gehele dilemma, dat de moderne leer der rechtssouvereiniteit in haar logicistische variant opstelde: het staatsrecht ontleent zijn gelding aan het volkenrecht of wel omgekeerd, in wezen op het traditionele souvereiniteitsbegrip berust, dat men juist meende te hebben afgezworen.

Beide hypothesen ontbinden zich zelve in innerlijke antinomieën.

Het volkenrecht onderstelt het bestaan van onafhankelijke staten met een oorspronkelijke competentiesfeer, en een meerderheid van staten onderstelt een volkenrecht voor de juridische regeling hunner onderlinge betrekkingen.

Het volkenrecht is naar zijn innerlijke structuur een *inter*-statelijk, niet een *super*-statelijk of *intra*-statelijk recht, hetgeen niet uitsluit, dat ook andere volkenrechtelijke subjecten dan staten tot erkenning kunnen komen ⁹⁶).

De verwezenlijking van de idee der *civitas maxima* zou het einde van het volkenrecht betekenen.

Het laatste vertoont, zodra het tot behoorlijke ontwikkeling is gekomen, gelijk alle recht, een correlatie van maatschaps- en gemeenschapsfuncties.

Maar ook het volkenrechtelijk gemeenschapsrecht, zoals dit thans zijn grondwet heeft in het Handvest der Verenigde Naties, wijkt in zijn innerlijke aard en structuur principieel af van het interne verbandsrecht van de staat en kan dus nimmer de soevereine geldingsbron van dit laatste zijn.

In de eerste plaats mist de Volkerenunie, evenals haar voorganger de Volkenbond, het institutioneel karakter van de staat.

De staat is geen vereniging of genootschap, berustend op het beginsel van vrijwillige toe- en uittreding, maar, evenals de kerk en de natuurlijke gemeenschappen, een *instituut*, dat bestemd is zijn leden onafhankelijk van hun wil te omvatten. Daarentegen kan een wezenlijk volkenrechtelijke organisatie slechts een genootschappelijk karakter dragen. Zij kan geen staat tegen diens wil het lidmaatschap opleggen, noch een staat dwingen in het verband te blijven.

Haar rechtsgezag mist het karakter van publiekrechtelijk overheidsgezag, reeds omdat het niet gefundeerd is in een monopolistische organisatie van de zwaarmacht op een grondgebied.

Daarom kan de staat nooit op dezelfde wijze deel zijn van een volkenbond of volkerenunie als gemeenten, provinciën, waterschappen

⁹⁶) Zie Dr J. H. J. VAN DER MOLEN *Subjecten van volkenrecht* (1949) blz. 12 vlg.

of andere autonome publiekrechtelijke corporaties delen zijn van het staatsverband.

Niet het traditionele souvereiniteitsbegrip, maar de interne structuur-principes, die aan deze verschillende verbanden ten grondslag liggen, geven de bevredigende verklaring van deze stand van zaken.

Gaat men nu echter in universalistische lijn uit van de idee van een natuurlijke, d.i. ongeorganiseerde volkerengemeenschap, waarvan de staten natuurlijke leden zouden zijn, dan heeft men implicite een constructieve visie op de samenleving geïntroduceerd, die tot een principiële verflauwing van alle structurele grenzen voert.

Waarom dan ook niet de staat tot een natuurlijke gemeenschap verklaard?

Maar waar blijven dan de innerlijke geaardheidsverschillen tussen de samenlevingskringen?

Men kan toch moeilijk ernst maken met de gedachte, dat de gepretendeerde natuurlijke volkerengemeenschap van gelijke innerlijke structuur en geaardheid zou zijn als een familie, een gezin of een huwelijksband?

De familiegemeenschap eindigt naar haar aard, waar de banden des bloeds niet meer kunnen spreken.

Dat de mensheid uit énen bloede ontsproten is, is geen mogelijke grondslag voor een structuurtheorie der menselijke samenleving, die slechts de *tijdelijke* kringen der sociale werkelijkheid kan onderzoeken.

Wel heeft iedere schriftuurlijke visie op de samenleving uit te gaan van de religieuze wortelgemeenschap van het menselijk geslacht. Maar deze wortelgemeenschap is *in* de tijd niet te vinden. Hier heerst het principe der structuurverscheidenheid, dat door de universalistische visie in al haar varianten wordt uitgeschakeld. De universalistische idee van een natuurlijke statengemeenschap is een ideologische constructie zonder grondslag in de tijdelijke werkelijkheidsorde, evenzeer als de idee van een natuurlijke gemeenschap tussen de ondernemingen van eenzelfde bedrijfstak.

Ook de juiste verhouding tussen volkenrecht en intern staatsrecht kan alleen worden gevat in het licht van het kosmologisch principe van de souvereiniteit in eigen kring, dat ook in de meest gecompliceerde structuurvervlochteningen binnen de werkelijkheid zijn onaantastbare gelding behoudt.

Het staatsrecht is „enkaptisch” gebonden⁹⁷⁾ in het volkenrecht gelijk omgekeerd het volkenrecht „enkaptisch” is gebonden in het interne staatsrecht, maar in deze wederkerige binding verliezen geen

⁹⁷⁾ De term „enkapsis” wordt in de Wijsbegeerte der Wetsidee gebruikt ter aanduiding van de vervlechting van principieel verschillende individualiteitsstructuren, die als zodanig niet in de verhouding van deel tot geheel kunnen staan.

van beide hun eigen innerlijke aard en oorspronkelijke competentiesfeer¹⁾.

Het door de zgn. „Normlogik” opgestelde postulaat van de „Einheit des rechtlichen Weltbildes” is theoretisch slechts te verwezenlijken bij een grondige nivellering van de individualiteitsstructuren der menselijke samenleving en bij een principiële verflauwing der grenzen tussen de oorspronkelijke competentiesferen der sociale levenskringen.

*

En hiermede beëindig ik mijn critische beschouwingen over het soevereiniteitsbegrip.

In de loop van mijn betoog hebben de principiële bezwaren, die ik tegen dit begrip in zijn traditionele conceptie ontwikkeld heb, een diepere en universele achtergrond gekregen in het gehele theoretisch werkelijkheidsbeeld, waaruit het geboren is.

Het theoretisch werkelijkheidsbeeld, waarvan de onderscheiden vakwetenschappen uitgaan, is nimmer neutraal tegenover de religie, maar wordt intrinsiek beheerst door het religieuze grondmotief, dat de wetenschappelijke denkactiviteit haar centrale aandrift geeft.

Hier ligt het innerlijk en noodzakelijk aanknopingspunt tussen religie en wetenschap.

Naarmate onze Universiteit uitgroeit wordt de innerlijke reformatie onzer theoretische visie op de werkelijkheid steeds dringender eis.

Want het zijn niet rossen en ruiters, die ons bij het najagen van het ideaal harer stichter ter overwinning zullen voeren. Het is alleen en uiteindelijk de innerlijke drijfkracht van het schriftuurlijk grondmotief der Reformatie, dat van schepping, zondeval en verlossing door CHRISTUS JEZUS, dat ook onze theoretische visie op de werkelijkheid

¹⁾ Wanneer in deze zin het veel besproken en omstreden art. 2 sub 7 van het Handvest der Verenigde Naties wordt verstaan, dan verliest het begrip „domestic jurisdiction” dat exclusief en absoluut karakter, dat aan het traditionele soevereiniteitsbegrip inhaerent is. Trouwens, reeds het voorbehoud aan het slot van het artikel: „but this principle shall no prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII” geeft een volkenrechtelijke binding van de oorspronkelijke staatscompetentie. Ik geloof echter, dat het onjuist zou zijn aan te nemen, dat de bepaling van de grenzen dezer laatste volgens het statuut eenzijdig door het volkenrecht zou kunnen geschieden. Reeds art. 51, dat uitdrukkelijk het „natuurlijk recht der staten tot individuele of collectieve zelfverdediging” erkent, wijst er op, dat het Handvest van een principiële grens voor de volkenrechtelijke competentie der UNO. uitgaat, die uit de aard van de staat zelve voortvloeit.

Vgl. over deze kwestie Goudrich and Hambro *Charter of the United Nations* (2e ed. 1949) p. 98—100; Dr HANS WEHBERG *Der Nationale Zuständigkeitsbereich der Staaten nach der Satzung der vereinten Nationen* (Arch. des Völkerrechts, Bnd. 2 Heft 3, 1950) S. 259 f en Dr G. H. J. VAN DER MOLEN *Uitsluitend nationale bevoegdheid en gemeenschapsbevoegdheid in het volkenrecht* (1946) blz. 26 vlg.

radicaal dient om te zetten, zal van een wezenlijk *ge-reformeerde* en niet van een slechts *scholastisch geaccomodeerde* wetenschap sprake zijn.

N A S C H R I F T

Nadat deze rede reeds gezet was, kwam mij de belangrijke voordracht van de Oostenrijkse bondspresident Dr KARL RENNER *Mensch, Staat und Menschheit* onder ogen, door deze gehouden aan de universiteit te Wenen ter gelegenheid van de herdenking van het vierjarig bestaan van de Organisatie der Verenigde Naties, en opgenomen in het *Österreichische Zeitschr. f. öffentl. Recht* Bnd. II Heft 3—4 (1950) S. 387 f.

Ook RENNER schaart zich onder de bestrijders van het soevereiniteitsbegrip, dat zich volgens hem historisch overleefd heeft: „Die gesellschaftlichen Funktionen, die der souveräne Staat in ihrer Gesamtheit zu erfüllen historisch berufen war, entgleiten ihm täglich mehr, und dieser Wandel wird immer deutlicher empfunden. Diese Funktionen aber sind begrifflich Attribute der Souveränität — ihr Versagen bewirkt jene Erscheinung, die ich als funktionelle Auflösung der Souveränität bezeichnen möchte,” zo merkt hij hier op. En hij wil inderdaad ernst maken met de eliminering van het soevereiniteitsbegrip: „Jeder Macht- und Rechtskreis ist beschränkt und nicht absolute Gewalt steht so auch der Gesamtorganisation der Nationen zu”. Maar RENNER blijft bevangen in de historicistische visie op de menselijke samenleving en hij heeft daarom geen enkel principieel criterium te bieden voor de afgrenzing van de oorspronkelijke competentiesferen der sociale kringen. Zo is het geen wonder, dat hij aan het slot van zijn voordracht onvoorziens weer in de doorlopend door hem betreden soevereiniteitsidee terugvalt: „Sie” (scl. die Idee der UNO.) „führt das Werk gesellschaftlicher Organisation nach oben zu Ende”, zo merkt hij hier op, „und sichert zugleich jedem Glied sein Eigenleben in einem festen Macht- und Rechtskreise und so auch dem Einzelmenschen das unzerstörbare Recht der Eigenpersönlichkeit. Und vom Rechte des menschlichen Individuums führt ein lückenloser Treppenweg empor zum Rechte der Menschheit, vom Menschenrechte zum Menschheitsrechte. Von diesem Treppenbau wird allerdings der Staat noch lange die wichtigste, aber doch nur eine Stufe sein.” De hier aan de Volkerenunie toegekende functie komt toch feitelijk neer op de soevereine afgrenzing der onderscheiden rechts- en competentiesferen van alle andere sociale kringen, die in haar hun bekronende organisatorische afsluiting zouden vinden. En zo verwondert ons ook niet meer zijn slotuitspraak: „Wenn man absolut den Begriff Souveränität nicht preisgeben will, mag man sagen: die Menschheit selbst will endlich souverän, Herrin ihrer selbst und Herrin ihrer künftigen Geschichte werden.” En dit is dan weer de oude Humanistische geloofsbelijdenis.

INHOUD

	Blz.
INLEIDING	1
I - DE GESCHIEDENIS VAN HET LEERSTUK	3
A - BODIN's souvereiniteitsbegrip en de Humanistische natuurrechtsleer .	3
B - De historische conceptie van het souvereiniteitsbegrip en de leer der staatssouvereiniteit	13
C - De leer der rechtssouvereiniteit en haar vermeende overwinning van het traditionele souvereiniteitsdogma	31
II - HET TRADITIONELE SOUVEREINITEITSBEGRIP EN DE LEER VAN DE SOUVEREINITEIT IN EGEN KRING	50
NASCHRIFT	62

BIBLIOTHEEK Vrije Universiteit



3 0000 00761 1167

